

RECHTSKUNDIG WEEKBLAD

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

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

BEGINSELEN VAN BEHOORLIJK HANDELEN

*Rede uitgesproken op 1 oktober 1982 te Gent
ter gelegenheid van het zesde lustrum van de Algemene Praktische Rechtsverzameling*

*door W. VAN GERVEN,
buitengewoon hoogleraar aan de Universiteiten van Leuven en Amsterdam,
corresponderend lid van de Koninklijke Academie voor Wetenschappen, Letteren
en Schone Kunsten van België*

Wie bovenstaande titel leest vraagt zich wellicht af, of ik mij niet vergis, of de titel niet veeleer moet luiden «Beginselen van behoorlijk bestuur». Afkomstig uit Nederland is dit laatste begrip nu ook goed ingeburgerd in het Belgische bestuursrecht, zo goed dat het gemakkelijker in de mond ligt dan het ruimere begrip «beginselen van behoorlijk handelen». En toch is het ruimere begrip ouder en nog fundamenteler dan het eerste. De band tussen beide begrippen wil ik hier onderzoeken met een dubbele bedoeling: in de eerste plaats om aan te tonen dat publiek- en privaatrecht tot een gemeenschappelijke noemer kunnen worden teruggebracht, in de tweede plaats dat beide van elkaar iets kunnen leren.

Algemene beginselen van behoorlijk bestuur in het publiek recht

Ere wie ere toekomt. Het is G.J. Wiarda die in zijn preadvies voor de Nederlandse Vereniging voor Administratief Recht van 1952 voor het eerst een inventaris heeft opge maakt van algemene beginselen van behoorlijk bestuur¹. Aan deze beginselen moet de overheid zich bij het gebruik van haar bevoegdheden houden. Aan deze normen zal de rechter dan ook het gedrag van de overheid toetsen bij de beoordeling van klachten die hem worden voorgelegd. Reeds in 1954 werd het begrip in de Nederlandse wetgeving geïntroduceerd, nl. in artikel 5 van de wet van 16 september 1954 houdende administratieve rechtspraak bedrijfsorganisatie (ARBO). Krachtens dit wetsartikel kan tegen besluiten

en handelingen van lichamen behorende tot de publiekrechtelijke bedrijfsorganisatie bij het College van beroep voor het bedrijfsleven (het College) een nietigheidsberoep worden ingesteld wegens strijd met een algemeen verbindend voorschrift (litt. a), wegens kennelijk misbruik van bevoegdheid (litt. b), als de overheid bij afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid tot het besluit of de handeling heeft kunnen komen (litt. c) of besloten of gehandeld heeft «in strijd met enig in het algemeen rechtsbewustzijn levend beginsel van behoorlijk bestuur» (litt. d). Ook in de latere Nederlandse wet van 1 mei 1975 houdende regels betreffende beroep op de Raad van State tegen overheidsbeschikkingen (AROB) waarbij een algemeen beroep tegen overheidsbeschikkingen wordt ingesteld, worden in artikel 8 dezelfde nietigheidsgronden genoemd, inclusief het strijdig zijn met algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

Enmaal in de ARBO-wet geïntroduceerd is het begrip algemene beginselen van behoorlijk bestuur (hierna a.b.b.b.) vooral in de rechtspraak van het College, en dus voornamelijk op economischrechtelijk gebied, tot ontwikkeling gebracht². Toch is het niet zonder belang aan te stippen dat het begrip reeds daarvoor werd gehanteerd in de rechtspraak van de (Nederlandse) Centrale Raad van Beroep, een rechtcollege dat in hoger beroep uitspraak doet in ambtenarenzaken³. Dit is niet zonder belang omdat zulks

¹ «Algemene beginselen van behoorlijk bestuur», preadvies uitgebracht door prof. mr. G.J. WIARDA, *Geschriften van de Vereniging voor Administratief Recht*, XXIV, 1952, p. 55-94.

² Een beknopt overzicht van deze jurisprudentie vindt men in *Nederlandse Staatswetten*, Ed. Schuurman & Jordens, 135 a, *Wet-ten administratieve en tuchtrechtspraak bedrijfsorganisatie*, bewerkt door mr. J.G. DE JONG, 4e druk, p. 26-44.

³ Zie G.J. WIARDA, «Algemene beginselen van behoorlijk bestuur in het Nederlandse recht», *TBP*, 1970, 365-378, op p. 367 e.v.

gebeurde op grond van twee eng omschreven nietigheidsgronden, m.n. strijd met algemeen verbindende voorschriften en kennelijk misbruik van bevoegdheid. De Centrale Raad van Beroep meende echter dat de term algemeen verbindende voorschriften mede omvat de tot het ongeschreven recht behorende algemene rechtsbeginselen. Zoals hierna wordt aangestipt hebben de Belgische Raad van State en het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen nadien een zelfde standpunt ingenomen.

Terugblikkend op de door hemzelf in belangrijke mate in beweging gebrachte ontwikkeling⁴ onderscheidt Wiarda een vijf- tot achtal a.b.b.b. De vijf voornaamste zijn de beginselen van fairplay, zorgvuldigheid, evenwichtigheid, zuiverheid van oogmerk en rechtszekerheid. Van deze vijf kunnen er nog drie andere worden afgesplitst, m.n. de motiveringsplicht, het gelijkheidsbeginsel en het vertrouwensprincipe.

Met *fairplay* wordt bedoeld, aldus Wiarda⁵, op die groep van normen en beginselen die bij een behoorlijk bestuur in acht moeten worden genomen als waarborg voor de onpartijdigheid van de bestuurder en van de gelegenheid voor de burger om op te komen voor zijn bij bepaalde bestuurshandelingen betrokken belangen. Dezelfde beginselen worden in andere landen aangeduid met termen als «due process» en «respect des droits de la défense». Het niet horen van belanghebbenden en de partijdige samenstelling van een adviescommissie zijn duidelijke voorbeelden van miskenning van de hier bedoelde beginselen. Begrepen in de enge zin van het woord sluit het *zorgvuldigheidsbeginsel* nauw aan bij fairplay. Er wordt immers onder verstaan dat de administratie haar beslissingen met zorgvuldigheid moet voorbereiden. Beide, fairplay en zorgvuldigheid, brengen overigens mee dat de overheidsbeslissing begrijpelijk moet zijn, hetgeen een zekere *motiveringsplicht* impliceert. Vat men het zorgvuldigheidsbeginsel ruim op, door eraan een meer inhoudelijke betekenis te geven, dan omvat het bovendien het beginsel van de evenwichtigheid⁶. Dit beginsel doelt nl. op de *evenwichtige beoordeling* van alle bij de beslissing betrokken belangen. Nu uitdrukkelijk genoemd in artikel 5 AROB, zoals hiervoor aangestipt, kon het voordien al worden aangetroffen in een arrest van de Hoge Raad van 25 februari 1949⁷ waar in verband met de beoordeling van het al dan niet rechtmatig karakter van een overheidsbeschikking tot opvordering van woonruimte, als een daad van willekeur wordt aangemerkt «als moet worden aangenomen dat de vorderende autoriteit bij afweging van de in aanmerking komende belangen in redelijkheid niet tot een vordering heeft kunnen komen en dus afweging van die belangen geacht moet worden niet te hebben plaatsgehad». Van het beginsel van de evenwichtigheid is het maar één stap naar dat van de *gelijkheid*: gelijke gevallen ongelijk behandelen,

ongelijke gevallen gelijk behandelen is immers geen evenwichtige beoordeling van bij de beslissing betrokken belangen. *Zuiverheid van oogmerk*, bij ons beter bekend als bevoegdheidsafwijking, is een ander door Wiarda genoemd en overigens in artikel 5 AROB uitdrukkelijk genoemd a.b.b.b. Een klassiek voorbeeld uit de Nederlandse rechtspraak is het gebruik door het bestuur van de bevoegdheid tot het vorderen van woonruimte met het doel het vragen van te hoge huren tegen te gaan⁸. Ten slotte is er het beginsel van de *rechtszekerheid* krachtens hetwelk het verlenen van terugwerkende kracht aan een voor de rechtsonderhorigen nadelige overheidsbeschikking als onrechtmatig wordt aangemerkt. Dit beginsel wordt evenwel steeds ruimer opgevat en doelt nu in het algemeen op het gehouden zijn van de overheid aan gedane toezeggingen, uitlatingen of anderszins gewekt vertrouwen. Aldus wordt het geacht in strijd te zijn met een a.b.b.b. indien de overheid een gedane toezegging intrekt zonder dat daarvoor enige bijzondere rechtvaardigingsgrond aanwezig is of indien zij zich niet houdt, bijzondere omstandigheden daargelaten, aan door haarzelf bekend gemaakte beleidsregels en richtlijnen. Zo begrepen omvat het beginsel van de rechtszekerheid het *vertrouwensprincipe*⁹.

Aan deze lijst kunnen nog andere beginselen worden toegevoegd. Zo bijvoorbeeld het *evenredigheids- of proportionaliteitsbeginsel*, ook wel genoemd het beginsel van de minste pijn, volgens hetwelk de overheid aan de rechtsonderhorigen, gelet op het nagestreefde doel van algemeen belang, geen onevenredig grote lasten of beperkingen mag opleggen of, anders uitgedrukt, zoveel belangen van de rechtsonderhorige moet ontzien als het algemeen belang toelaat¹⁰. Elke lijst is dus zuiver enuntiatief. Toch is een belangrijke *caveat* op zijn plaats: men moet zich hoeden voor wat Donner heeft genoemd misbruik van beginselen¹¹. A.b.b.b., zegt deze auteur, «zijn reservetroepen, waarmee spaarzaam moet worden omgegaan»¹². Alvorens ze aan te wenden moet de rechter proberen de eerste lijn toetsingsgronden, in het bijzonder strijd met geschreven algemeen verbindende voorschriften, hard te maken.

En toch — deze verdiende *caveat* ten spijt — is de opmars van het begrip a.b.b.b. niet te stuiten. Een beter exportartikel op juridisch gebied kon Nederland zich niet toewensen. Van Nederland is het begrip naar België overgewaaid¹³, al is het in ons land niet een uitdrukkelijk in de wet genoemde toetsingsgrond inzake overheidshandelen¹⁴.

⁸ H.R., 14 januari 1949, *N.J.*, 1949, 557, eveneens aangehaald door WIARDA, *art. cit.*, p. 373.

⁹ WIARDA, *art. cit.*, p. 374 e.v.

¹⁰ TAK, *op. cit.*, p. 195.

¹¹ «Misbruik van beginselen?», Redactionele kanttekeningen in *RMTh*, 1978, p. 377-379.

¹² Op p. 379.

¹³ Zie het artikel van L.P. SÜETENS, «Algemene rechtsbeginselen en algemene beginselen van behoorlijk bestuur in het Belgisch Administratief recht», *TBP*, 1970, 379-396.

¹⁴ Zie artikel 14 K.B. 12 januari 1973 houdende aanpassing van de wet van 23 december 1946 op de Raad van State, waar als nietigheidsgronden worden genoemd «overtreding van hetzij substantiële, hetzij op straffe van nietigheid voorgeschreven vormen, overschrijding of afwijking van macht».

⁴ In het in de vorige noot geciteerde artikel.

⁵ *Art. cit.*, p. 372, aan welk artikel, als niet anders is aangeduid, ook de andere hierna volgende omschrijvingen van a.b.b.b. zijn ontleend.

⁶ Vgl. A.G. TAK, *Overheidsbestuur en privaatrecht*, 1978, p. 193, met verwijzing naar de uitspraak van het College van 2 september 1970, *Adm. Besliss.*, 1971, nr. 83.

⁷ H.R., 25 februari 1949, *N.J.*, 1949, 558, aangehaald door WIARDA, *art. cit.*, p. 369.

Dit heeft niet belet dat strijd met ongeschreven beginselen van behoorlijk bestuur ook bij ons als een zelfstandige nietigheidsgrond wordt beschouwd¹⁵. Hetzelfde geldt in het recht van de Europese Gemeenschappen. Algemene beginselen van behoorlijk bestuur worden daar evenmin in de verdragen genoemd als toetsingsgrond¹⁶ en toch maakt het Hof van Justitie er in zijn rechtspraak veelvuldig gebruik van¹⁷.

Welke factoren aan deze opmars hebben bijgedragen? Daarover kan niet veel twijfel bestaan als men voor ogen houdt dat de aanvankelijke tegenzin om a.b.b.b. als zelfstandige toetsingsgrond te erkennen zijn reden vond in het principe van de scheiding van bevoegdheden tussen de executieve en de rechterlijke macht. Het komt niet de rechter toe, zo wordt ook nu nog — terecht — aanvaard, zich in te laten met beleid; de rechter mag niet gaan zitten op de stoel van de executieve. Zijn controle is een zuivere *wetmatigheidscontrole*, geen *doelmatigheidscontrole*. De laatste decennia is in deze zienswijze enige verandering gekomen. Geen drastische verandering: ook nu nog neemt men aan dat de rechter niet mag treden in de werksfeer van de uitvoerende macht en dat zijn controle op overheidshandelingen derhalve geen toetsing mag zijn van de doelmatigheid of de opportuniteit van de verrichte handeling. Maar toch wel enige verandering omdat aangenomen wordt dat de rechterlijke controle op overheidsbeschikkingen van een zuivere wetmatigheidscontrole uitgegroeid is tot een ruimere *rechtmatigheidscontrole*¹⁸.

De reden voor de gesignaleerde verschuiving ligt in een wel bekende verandering in de werkverdeling tussen de wetgevende en de uitvoerende macht, een verandering die ook invloed heeft gehad op de manier waarop de taak van de rechter wordt opgevat¹⁹. De wetgever, zo heeft Koopmans aangetoond, gedraagt zich thans veel meer als een modifier dan als een codificator, m.a.w. als een orgaan dat hervormingen stimuleert, plant en voorbereidt dan wel als een orgaan dat gedragsregelen in wetteksten omzet²⁰. Meteen heeft de wetgever zijn peil van onbekwaamheid bereikt. In domeinen zoals de sociaal-economische-financiële sector, waar de omstandigheden zich voortdurend wijzigen, is immers een alert, soepel en competent beleidsorgaan noodzakelijk. Daartoe is de wetgever niet uitgerust: hij kan ten hoogste een kaderwetgeving uitwerken waarin, naast enige algemene materieelrechtelijke regelen, regelen voorkomen van institutionele en procedurele aard. Het eigenlijke beleid moet volens nolens worden overgelaten aan de executieve waaraan daarenboven, wil zij kunnen tegemoetkomen aan

wisselende omstandigheden, een steeds ruimere beleidsmarge en derhalve een grote discretionaire bevoegdheid (*Ermessensfreiheit*) wordt gelaten bij het nemen van beslissingen die vaak steunen op wendbare regelen met een laag normerend gehalte (pseudowetgeving).

Het kan niet anders dan dat deze verschuiving in de respectieve taken van wetgevende en uitvoerende macht invloed gaat uitoefenen op de taak van de derde macht, de rechterlijke. Waar de rechterlijke controle voorheen een *wetmatigheidscontrole* kon zijn, omdat de wetgever nog bij machte was zelf gedetailleerde regels vast te stellen waaraan de executieve zich moest houden, en de overheidsbeslissingen aldus door de rechter aan precieze wetteksten konden worden getoetst, moet die rechterlijke controle thans, nu de wetgever zich wel moet beperken tot het opstellen van kaderwetten, een *rechtmatigheidscontrole* zijn, d.i. een controle waarbij het overheidshandelen niet alleen aan (meestal algemene) wetteksten maar ook aan ongeschreven algemene rechtsbeginselen wordt getoetst²¹. De rechterlijke controle blijft dus marginaal in die zin dat zij ook nu *niet* treedt in het opportuniteitsoordeel van de overheid omtrent de manier waarop die overheid de haar toevertrouwde doelstellingen van algemeen belang wenst te verwezenlijken, en dat zij het overheidshandelen ook nu slechts aan de grens beoordeelt, nl. aan de hand van geschreven en ongeschreven rechtsbeginselen die men a.b.b.b. pleegt te noemen. Marginaal betekent evenwel ook dat de rechter het overheidshandelen wel degelijk beoordeelt *op de grens* waar doelmatigheids- en rechtmatigheidsoverwegingen elkaar ontmoeten. De toetsing aan het hiervoor genoemde evenwichtigheidsbeginsel is daarvan een mooie illustratie: de rechter zal het overheidshandelen wraken als moet worden aangenomen dat het bestuur bij afweging van alle in aanmerking komende belangen in redelijkheid niet tot de genomen beslissing heeft kunnen komen. Niet elke beslissing waarmee de rechter het niet eens kan zijn, wordt gewraakt; alleen die beslissing waarmee geen redelijk mens zich kan verenigen.

Algemene beginselen van behoorlijk bestuur in het privaatrecht

Kenmerkend voor de overheid is dat zij, wegens en binnen de perken van, de haar toevertrouwde taak van algemeen belang, in een positie van bovengeschiktheid staat t.a.v. de aan haar jurisdictie onderworpen burgers. Precies omwille van deze bovengeschikte positie is de overheid aan een bijzondere rechterlijke controle onderworpen: niet alleen moeten de formele grenzen van de overheidsbevoegdheid worden gecontroleerd, maar daarenboven is de overheid ook binnen de formele grenzen van haar bevoegdheid aan interne beperkingen gebonden die met behulp van a.b.b.b. worden afgetast.

Het is een misverstand te menen dat a.b.b.b. slechts gelding hebben in het publiekrecht. Immers ook in het privaatrecht komen wettelijke of feitelijke posities van bovengeschiktheid voor die aan een gelijkaardige rechterlijke controle als in het publiekrecht onderworpen behoren te zijn. De meest voor de hand liggende gelijkenis bestaat in geval een particulier bij wet in een gezagspositie wordt ge-

¹⁵ SUTENS, *art. cit.*, p. 393.

¹⁶ Zie bij wijze van voorbeeld artikel 173 EEG dat als nietigheidsgronden noemt: onbevoegdheid, schending van wezenlijke vormvoorschriften, schending van dit verdrag of van enige uitvoeringsregeling daarvan dan wel misbruik van bevoegdheid.

¹⁷ Zie het uitvoerig overzicht bij H.G. SCHERMERS, *Judicial Protection in the European Communities*, 2e uitg., 1979, p. 31 e.v.

¹⁸ Voor een beknopt overzicht, in rechtsvergelijkend perspectief, van deze ontwikkeling, zie G. SCHRANS, *Rechtsbescherming in het economisch recht*, Thorbecke colleges 5, 1979, p. 15 e.v.

¹⁹ Daarover kort de «Berichten van de redactie» van mijn hand in *S.E.W.*, 1982, 141-144.

²⁰ KOOPMANS, «De rol van de wetgever», in *Honderd jaar rechtsleven*, 1970.

²¹ Zie ook SCHRANS, *op. cit.*, p. 31 e.v.

plaatst ter behartiging van een belang dat niet is het eigen belang van de met gezag beklede persoon. Een fraai voorbeeld daarvan is de ouderlijke macht²². Deze bij wet erkende positie van bovengeschiedtheid is aan de ouders verleend in het belang van het betrokken kind of van het gezin. Welnu, dezelfde beginselen van behoorlijk bestuur die de overheid in acht moet nemen, binden evenzeer de ouders. Om er maar enkele te noemen: het is de ouders niet toegestaan hun bevoegdheid voor een ander doel aan te wenden dan het belang ter behartiging waarvan zij werd verleend (zui-verheid van oogmerk); het komt de ouders niet toe hun kinderen kennelijk ongelijk te behandelen, behoudens bijzondere omstandigheden (bijv. gehandicapt kind) in welk geval zij tot een gedifferentieerde behandeling in de mate van de ongelijkheid (gelijkheidsbeginsel) gehouden zijn; een kennelijk onredelijke uitoefening van de ouderlijke macht bij afweging van alle in aanmerking komende belangen is ongeoorloofd (evenwichtigheidsprincipe). In beide gevallen betreft het evenwel een rechtmatigheidscontrole, d.i. een marginale controle: aan de ouders zoals aan de overheid komt een ruime *Ermessensvrijheid* toe aangaande de opportuniteit van een of andere beslissing in de beoordeling waarvan de rechter niet mag treden²³.

Een ander voorbeeld van een dergelijke bij wet erkende privaatrechtelijke gezagspositie tot behartiging van andermans belang is de beheersbevoegdheid van vennootschapsbestuurders. Ook ten aanzien van deze in het ondernemingsbelang verleende bevoegdheid²⁴ geldt dat de uitoefening ervan slechts marginaal door de rechter mag worden getoetst, m.a.w. de rechter mag niet, bij de beoordeling van de opportuniteit van deze of gene beslissing, de plaats innemen van de bestuurders. Toch mag hij marginaal, d.i. vanuit een rechtmatigheidsperspectief, nl. aan de hand van a.b.b.b., de uitoefening van de bestuursbevoegdheid controleren. Wordt de bevoegdheid werkelijk in het belang van de onderneming uitgeoefend? Worden de aan het gezag van de bestuurders onderworpen personen, zoals aandeelhouders of werknemers gelijk behandeld of ongelijk naar gelang de graad van ongelijkheid? Wordt de bevoegdheid niet kennelijk onredelijk gebruikt?

Naast deze privaatrechtelijke gezagsfuncties die bij wet zijn verleend tot behartiging van een ander belang dan het eigen belang van de gezagdrager en die, wegens het bestaan van een Ermessensvrijheid aan de zijde van de gezagdrager aan een slechts marginale rechterlijke controle onderworpen zijn, kunnen in het privaatrecht nog andere gevallen worden aangewezen waar, omwille van een aan een particulier — ditmaal in zijn eigen belang — bij wet of overeenkomst verleende macht, een marginale rechterlijke controle de plaats inneemt van een volledige rechterlijke controle. Want — het kan niet genoeg worden onderstreept — daar gaat het uiteindelijk om: de in het privaatrecht gebruikelijke volledige rechterlijke controle wordt, zodra men te doen heeft met een gezagspositie die — en omdat zij — een zekere beleids- of beoordelingskeuze inhoudt — vervangen door een *marginale* rechterlijke controle.

De andere gevallen die hier in de eerste plaats worden bedoeld, zijn de bij wet of contract ingestelde vormen van partijbeslissing, d.i. «de beslissing van een partij aan welke... de bevoegdheid is verleend, om de inhoud van de rechten en plichten van de andere partij te bepalen of te wijzigen»²⁵. Voorbeelden van bij wet voorziene partijbeslissingen zijn de in artikel 1854 B.W. aan een vennoot gegeven bevoegdheid om het winstaandeel van de andere vennoten te bepalen of de bevoegdheid van de advocaat om zijn honorarium vast te stellen waarop in artikel 459 Ger. Wb. wordt gealludeerd. Voorbeelden van bij overeenkomst voorziene partijbeslissingen zijn de bevoegdheid van de verhuurder om een door zijn huurder voorgestelde nieuwe huurder te weigeren en de bevoegdheid van de kredietverzekeraar om een welbepaald risico buiten de dekking te houden. Door Ronse wordt op overtuigende manier aangetoond dat de rechterlijke toetsing van dergelijke partijbeslissingen marginaal is, dat de rechter nl. maar mag tussenbeide komen wanneer het vastgestelde winstaandeel of honorarium kennelijk overdreven, resp. de weigering kennelijk willekeurig is²⁶, een criterium dat duidelijk verwant is met het a.b.b.b. dat bekend staat als het evenwichtigheidsbeginsel. Overigens zal ook wel gerechtelijk worden aanvaard dat de partij aan wie de partijbeslissing toekomt, diegene die daaraan onderworpen zijn, gelijk moet behandelen.

Marginale, i.p.v. volledige, toetsing dus ook bij bevoegdheden tot het nemen van een partijbeslissing, dit zijn bevoegdheden die aan de houder ervan een bovengeschiedtheidspositie geven zonder dat hij ze evenwel moet uitoefenen in andermans belang waardoor deze bevoegdheden zich onderscheiden van de voordien besproken privaatrechtelijke gezagsfuncties²⁷. Men kan nog een stap verder gaan. Een ieder nl. die zich in het privaatrecht een (weliswaar rechtmatige, immers met gebruikmaking van het eigendomsrecht en de contracts- en de mededingingsvrijheid)

²² Voor meer bijzonderheden aangaande deze bevoegdheid in het bijzonder en de bijzondere categorie van doelgebonden bevoegdheden (*droits-fonction*) waartoe zij behoort, zie VAN GERVEN, *Algemeen Deel*, nr. 67, p. 173-179.

²³ Deze *Ermessensvrijheid*, hierna beoordelingsvrijheid of marge genoemd, wordt ook vaak met de term discretionaire bevoegdheid vertaald. Ik vermijd laatstgenoemde term omdat hij verwarring kan doen ontstaan met de (uitstervende) categorie van de discretionaire rechten, dit zijn rechten waarvan de uitoefening niet aan rechterlijke controle onderworpen is (zie *Algemeen Deel*, nr. 66). De hier bedoelde bevoegdheden met *Ermessensvrijheid* zijn wel degelijk doelgebonden bevoegdheden, verleend met het oog op een bepaald doel waarvan zij op straf van bevoegdheidsafwijking niet mogen worden afgewend en dus wel degelijk aan rechterlijke controle onderworpen. Zoals in de tekst uiteengezet gaat het evenwel over een rechtmatigheidscontrole die niet of slechts marginaal raakt aan de beoordelingsmarge inzake de doelmatigheid van de te verrichten handeling, een beoordelingsmarge die inherent is aan de doelgebonden bevoegdheid.

²⁴ Over dit begrip, lees o.m. J.J.M. MAEIJER, *Het belangenconflict in de naamloze vennootschap*, Inaugurale rede, 1964.

²⁵ Aldus J. RONSE, «Marginale toetsing in het privaatrecht», *T.P.R.*, 1977, 207-222.

²⁶ *Art. cit.*, op p. 213 e.v.

²⁷ Om die reden kan er bij de uitoefening van een partijbeslissing en evenmin bij de hierna besproken aanwending van een machtspositie — anders dan bij uitoefening van een (publieke of private) gezagsfunctie — sprake zijn van afwijking van bevoegdheid.

machtspositie heeft opgebouwd, mag deze *niet* op willekeurige wijze gebruiken. «Niet op *willekeurige* wijze» wijst erop dat het de machthouder weliswaar principieel vrij staat binnen de perken van zijn eigendomsrecht datgene te doen of te laten wat hij goed vindt, maar dat de machtspositie waarin hij zich bevindt, hem bijkomende verplichtingen oplegt t.a.v. al wie aan zijn macht onderworpen is. Welnu, deze verplichtingen kunnen weer in termen van een gehouden zijn aan a.b.b.b. worden omschreven. Een illustratie daarvan biedt het zogenaamde Buma-arrest van de Nederlandse Hoge Raad van 24 mei 1968²⁸. Dit arrest, dat aansluit bij het Bovag-arrest van 11 januari 1957²⁹, maakt een toepassing van de in Nederland onder de term «misbruik van omstandigheden» bekend staande theorie. Daaraan beantwoordt de Belgische theorie van de «gekwalificeerde benadeling»³⁰. In die zaak werd aan Buma (Bureau voor muziekauteursrecht) verweten dat het onrechtmatig handelde tegen bepaalde verhuurders van zalen waar muziekopvoeringen plaatshadden, door — gebruikmakend van haar monopolistische positie — haar tarifiering zodanig te stellen, dat zaalverhuurders min of meer genoodzaakt waren met Buma te contracteren. De Hoge Raad overwoog dienaangaande dat er van misbruik sprake zou kunnen zijn, indien Buma's zaalverhuurdersregeling «zó bezwaarlijk en nadelig was, dat Buma, rekening houdend met alle bij de door haar ontworpen regeling betrokken belangen, naar redelijkheid niet had kunnen komen tot een (dergelijke) regeling...». Van der Grinten³¹ merkt bij dit arrest aan dat wie beschikt over een monopolie, een feitelijke macht verkrijgt. Voor het recht, aldus Van der Grinten, heeft dit tot gevolg dat wie zulk een overwicht heeft, rechtens niet kan voorbijgaan aan de belangen van anderen zodat hij bij de beslissing omtrent zijn gedraging de belangen van anderen die bij deze gedraging in het geding zijn, mede behoort te betrekken; zoniet maakt hij misbruik van zijn machtspositie en handelt hij onrechtmatig. Het zal een ieder zijn opgevallen dat de geciteerde overweging van de Hoge Raad een duidelijke verwijzing inhoudt naar het a.b.b.b. dat als het evenwichtigheidsprincipe bekend staat. In België kan dezelfde oplossing worden bereikt via de leer van de gekwalificeerde benadeling, als vaststaat dat het misbruik van machtspositie leidt tot een ernstige benadeling van de aan de macht onderworpen contractspartijen. Een machthouder is overigens niet alleen gehouden tot evenwichtige of niet-willekeurige beoordeling van de bij de uitoefening van zijn macht betrokken belangen — hetgeen leidt tot een marginale toetsing van de machtsuitoefening, van de kant van de rechter — hij is m.i. evenzeer gehouden tot gelijke behandeling, in gelijke omstandigheden, van al wie aan zijn

macht onderworpen is. Een wettelijke bevestiging daarvan vindt men overigens in artikel 86 EEG waar als een van de misbruiken van machtspositie wordt genoemd «het toepassen t.o.v. handelspartners van ongelijke voorwaarden bij gelijke prestaties, hun daarmede nadeel berokkenend bij de mededinging». Weliswaar wordt deze praktijk hier als ongeoorloofd aangemerkt in het kader van de vrijwaring van een stelsel van werkzame mededinging. Bij een andere gelegenheid heb ik evenwel verdedigd dat men ook langs civielrechtelijke weg, nl. met gebruikmaking van de hiervoor genoemde theorie van de gekwalificeerde benadeling, tot een gelijkaardig resultaat kan komen³².

Rechterlijke toetsing van de gedraging van privaatrechtelijke gezagdragers of machthouders aan de hand van a.b.b.b. komt dus, zo is hiervoor aangetoond, evenzeer voor in het privaatrecht als in het publiekrecht. In beide gebieden is de toetsing niet volledig maar marginaal, hetgeen betekent dat de rechter niet mag treden in de eigen beoordelingsbevoegdheid (*Ermessensfreiheit*) van de gezagsdrager of machthouder. Bedoelde rechterlijke controle is m.a.w. een rechtmatigheids-, geen doelmatigheidscontrole. Daarbij moet nog een verduidelijking worden aangebracht. Het marginaal karakter van de rechterlijke controle slaat m.i. zowel op de beoordeling van de gedraging als, wanneer het een schadevergoedingsactie betreft, op die van de toegebrachte schade. Dit is in overeenstemming met het vigerende recht inzake uitoefening van een partijbeslissing — die alleen door de rechter zal worden gewraakt bij kennelijk overdreven prijsvaststelling — alsook inzake gekwalificeerde benadeling — die alleen voorhanden is bij ernstige benadeling³³.

Marginale controle in privaatrecht en publiekrecht

A.b.b.b. is een begrip waarvan het gebruik van het publiek- naar het privaatrecht kan worden uitgebreid. De samenwerking tussen privaatrecht en publiekrecht blijkt alvast geen eenrichtingsverkeer te zijn van privaatrecht naar publiekrecht³⁴ zoals door de «die hards» van het privaatrecht wel eens wordt aangenomen. Een volgende vraag is nu of deze uit het publiekrecht stammende maar ook in het privaatrecht toepassing vindende a.b.b.b. niet een subcategorie zijn van het beginsel van behoorlijk handelen van oudsher in het privaatrecht tot ontwikkeling is gekomen. Wordt deze vraag bevestigend beantwoord, dan is dit geen «retour au droit privé» maar wel de bevestiging van een gemene onderbouw van privaatrecht en publiekrecht.

Op de G.J. Wiarda-dag die op 26 maart 1977 in Amsterdam werd gehouden tot hulding van de toen scheidende president van de Hoge Raad, werden door de twee preadviseurs, J.M. Polak en J. van der Hoeven, tot beantwoording van deze vraag, argumenten aangebracht in bevestigende

²⁸ H.R., 24 mei 1968, *NJ*, 1968, 252, *AA*, 1969, 133, m.n. G.

²⁹ H.R. 11 januari 1957, *NJ*, 1957, 37, m.n. H.B. BREGSTEIN, ook besproken bij Van Gerven, *Algemeen Deel*, nr. 115, p. 354 e.v.

³⁰ Voor een beknopte vergelijking van beide theorieën zie VAN GERVEN, «Variaties op het thema misbruik», *WPNR*, 1980, 62-77, op p. 69 e.v. Voor een grondige studie van de Belgische leer, zie W. DE BONDT, *De leer der gekwalificeerde benadeling*, doct. proefschrift R.U.Gent, 1982.

³¹ In zijn noot in *AA*, 1969, 134-135, hiervoor geciteerd in voetnoot 28.

³² Zie mijn artikel «Schets van een Belgisch economisch grondslagenrecht», *S.E.W.*, 1971, 404 e.v., op p. 411-414.

³³ Zie evenwel, meer genuanceerd, DE BONDT, *op. cit.*, p. 178 e.v.

³⁴ Deze uitdrukking is ontleend aan J. MERTENS DE WILMARS, «Van privaatrecht naar publiekrecht: eenrichtingsverkeer?», *T.B.P.*, 1981, 7 e.v.

zowel als in ontkennende zin³⁵. Beide argumentaties gaan ervan uit dat aan de a.b.b.b. de gedachte ten grondslag ligt dat overheid en burger in een verhouding van ongelijkheid tot elkaar staan. Volgens de argumentatie *pro* vergt deze gedachte, hoewel in haar kern juist, relativering naar tijd, plaats en omstandigheden, nl. door meer te letten op het wederkerigheidselement dat ook in de relatie tussen overheid en burger niet totaal ontbreekt. Omdat het privaatrecht al lang vertrouwd is met de op wederkerigheid gebaseerde beginselen van redelijkheid, billijkheid en betamelijkheid, kan het dan aanbeveling verdienen gedeelten van het privaatrecht met de nodige aanpassingen naar het administratief recht over te brengen. Volgens de argumentatie *contra* zijn de in het privaatrecht geldende beginselen van redelijkheid, billijkheid en betamelijkheid echter zozeer gebaseerd op wederkerigheid dat zij slechts na ingrijpende wijzigingen in het bestuursrecht kunnen worden overgenomen. De voornaamste reden hiervoor is gelegen in de omstandigheid dat het overheidshandelen uitsluitend gericht is op het behartigen van wat het algemeen belang vordert terwijl de burger daarentegen vrij is in de belangen die hij wil dienen: zijn eigen belangen, die van anderen *of* die van de gemeenschap.

Het valt op dat geen van beide opvattingen volstrekt afwijzend staat tegenover het overbrengen van aan het privaatrecht ten grondslag liggende beginselen van redelijkheid, billijkheid en betamelijkheid naar het publiekrecht of, anders uitgedrukt, tegenover het subsumeren van in het bestuursrecht (en ook in het privaatrecht) geldende a.b.b.b. aan de algemene in het privaatrecht geldende beginselen van redelijkheid, etc. Wel zal dit voor de eerder negatief gestemde opvatting maar mogelijk zijn mits *ingrijpende* aanpassingen worden aangebracht. Het probleem dat ons hier bezighoudt is echter niet zozeer welke aanpassingen vereist zijn als wel in welke verhouding beide reeksen van beginselen tot elkander staan.

Alvorens nader op deze vraag in te gaan, past het enige kanttekeningen te plaatsen bij de hiervoor in herinnering gebrachte grondgedachte volgens welke het privaatrecht en de daaraan ten grondslag liggende algemene beginselen gebaseerd zijn op verhoudingen van wederkerigheid tussen burgers terwijl het publiekrecht en de a.b.b.b. gegrond zijn op een verhouding van ondergeschiktheid van de burgers t.o.v. de overheid. Beide onderdelen moeten worden gerelativeerd. Wat betreft de fundamentele gelijkheid van de burgers in hun onderlinge verhoudingen, zij verwezen naar wat hiervoor werd gezegd aangaande de positie van bovengeschiktheid waarin sommige particulieren zich bevinden t.a.v. anderen, hetgeen trouwens ten gevolge heeft dat a.b.b.b. evenzo gelding hebben in het privaatrecht in de verhouding van boven- tot ondergeschikte. Ook met betrekking tot de voor het publiekrecht kenmerkende verhouding van ongelijkheid is relativering gewenst. Het moderne rechtsverkeer vooral op economisch gebied geeft immers een verhoogde deelneming van de overheid te zien als consument maar ook als producent van goederen en diensten, waarbij de overheid direct of via overheidsondernemingen

rechtstreeks in concurrentie komt met particuliere bedrijven. Deze verhoogde deelneming van de overheid aan het economisch verkeer op voet van gelijkheid met particuliere bedrijven versterkt de tendens om de overheid bij deze activiteiten gelijke rechten te geven maar ook gelijke verplichtingen op te leggen als aan de concurrenten uit de privé-sector. Artikel 90 EEG stelt het principe van deze gelijke behandeling overigens voorop op Europees-communautair vlak. Daarmee gepaard gaat het stijgende beroep in het publiekrecht, bij de verwezenlijking van doelstellingen van algemeen belang, op privaatrechtelijke technieken, zoals de overeenkomst of de naamloze-vennootschapsvorm, zodanig zelfs dat men in Nederland in dit verband spreekt van misbruik van privaatrecht³⁶. In dezelfde gedachtengang verdient evenzeer relativering de uitspraak als zou het overheidshandelen uitsluitend gericht zijn op doelstellingen van algemeen belang terwijl de burger vrij is de belangen te dienen die hij wil. Verlangt het a.b.b.b., dat men het beginsel van de minste pijn noemt, niet dat de overheid zoveel belangen van de burgers zou ontzien als het algemeen belang toelaat zodat de overheid mede oog moet hebben op de in het geding zijnde belangen van de burgers (cf. *supra*)? En is het volgens een arrest van het Hof van Cassatie van 16 november 1961³⁷ geen misbruik van recht als een burger tussen twee manieren om zijn recht uit te oefenen met vrijwel gelijk voordeel voor hemzelf, die kiest welke het belang van een ander *of het algemeen belang* schade toebrengt? De grens tussen privaatrecht en publiekrecht verwaagt, de osmose tussen beide groeit.

Is de grens tussen privaatrecht en publiekrecht in het algemeen niet zo duidelijk als men pleegt aan te nemen en moet de basisgedachte die aan het onderscheid voorziet aan beide kanten worden gerelativeerd, dan geldt dit evenzeer voor het type van rechterlijke controle dat in beide deelgebieden van het recht de regel is. Marginale controle, zo wordt gemeenlijk aangenomen, is typisch voor het administratieve recht, volledige controle voor het civiele recht³⁸. Welnu, dit is in zijn algemeenheid onjuist. Ook in het privaatrecht zijn er immers talrijke situaties waarin marginale rechterlijke controle de regel is. Een daarvan is hiervoor al beschreven, nl. telkens wanneer men te doen heeft met een positie van bovengeschiktheid waarin een discretionaire beoordelingsbevoegdheid besloten ligt. Dit is een situatie die weliswaar kenmerkend is voor het publiekrecht, maar die toch ook in het privaatrecht, zoals hiervoor werd aangetoond, niet zelden voorkomt. Maar naast die situaties komen in het privaatrecht nog andere situaties voor die gekenmerkt worden door een marginale veeleer dan een volledige rechterlijke controle.

De theorie van het *rechtsmisbruik* is een mooi voorbeeld daarvan. Zoals bekend heeft de rechtspraak met de steun van de rechtsleer een reeks criteria ontwikkeld waarmee typegevallen van misbruik kunnen worden opgespoord. Deze criteria zijn: gebruik van een recht met het oogmerk om te schaden of zonder enig redelijk nut voor de rechthebbende,

³⁶ Daarover TAK, *op. cit.*, p. 265-267 en 304-311.

³⁷ Cass., 16 november 1961, *Pas.*, 1962, I, 332, *R.W.*, 1962-63, 1157.

³⁸ G.J. WIARDA, «De rechter tegenover de vage rechtsnormen», *R.W.*, 1973-74, 177 e.v., kol. 188.

³⁵ Bij mijn weten werden deze preadviezen niet gepubliceerd. Ik beschik alleen over een korte gestencilde samenvatting van de verdedigde stellingen, waaraan ik wat hierna volgt ontleen.

of op een manier, wanneer meerdere manieren van uitoefening mogelijk zijn met een zelfde of vrijwel een zelfde nut voor de rechthebbende, die ernstig nadeel of een belangrijk groter nadeel dan het voordeel voor de rechthebbende toebrengt aan anderen of aan de gemeenschap. In een cassatie-arrest van 10 september 1971³⁹ in de zaak van de grensoverschrijdende woning worden deze criteria als volgt samengevat: «dat het recht op afbraak wegens onrechtmatige toeëigening door een derde van een andere grond, evenals het eigendomsrecht waarvan het de schending sanctioneert, voor misbruik vatbaar is; dat dergelijk misbruik kan ontstaan niet alleen door de uitoefening van bedoeld recht met het enkele inzicht om te schaden doch eveneens door de uitoefening ervan op een wijze die kennelijk de grenzen te buiten gaat van de normale uitoefening van dat recht door een voorzichtig en bezorgd persoon.» In een gelijkaardig geval, dat van de grensoverschrijdende garage, had de Nederlandse Hoge Raad een goed jaar voordien op 17 april 1970 gesteld dat een zekere De Jongh zich, door afbraak (amotie) van de garage te vorderen, aan misbruik van recht schuldig zou hebben gemaakt indien het nadeel dat de ge- buur «door de amotie zou lijden, zowel op zichzelf beschouwd als in zijn verhouding tot het belang dat De Jongh met haar vordering nastreeft, zó groot zou zijn dat, alle verdere omstandigheden in aanmerking genomen, De Jongh naar redelijkheid niet tot de uitoefening van haar recht amotie te vorderen had kunnen komen»⁴⁰. In een noot onder het Nederlandse arrest wijst Köster erop dat de woorden «naar redelijkheid niet tot de uitoefening van (zijn) recht had kunnen komen» wijzen op een beperkte of marginale rechterlijke controle: «Onderzocht wordt niet of de eigenaar heeft gehandeld in strijd met de billijkheid (of wat volgens velen hetzelfde is met de goede trouw) doch slechts of zijn gedrag in 'hoge mate onbillijk is', en wel dermate onbillijk dat geen weldenkend mens tot de bestreden gedraging had kunnen overgaan»⁴¹. De door de rechter in het kader van de leer van het rechtsmisbruik uitgeoefende controle is derhalve een marginale controle. Is dit in België anders? Uit de door de cassatierechter gebruikte bewoordingen «uitoefening (van het recht) op een wijze die kennelijk de grenzen te buiten gaat van de normale uitoefening...» blijkt van niet. In een recent proefschrift legt W. De Bondt er terecht de nadruk op dat het hier niet gaat, zoals tot nog toe gemakkelijk werd aanvaard, om een volledige toetsing aan de hand van het algemene fout-criterium van artikel 1382 maar wel om een marginale toetsing aan de hand van een «kennelijke fout»-criterium⁴². De reden waarom marginale toetsing in de plaats treedt van volledige toetsing is, zo stipt Köster aan, omdat het recht aan de eigenaar een vrije marge bij het uitoefenen van het eigendomsrecht toekent of, naar het oordeel van De Bondt, omdat «het rechtsmisbruik-oordeel (in wezen) een *contra legem*-beslissing is, in die zin dat de rechter, op grond van het *ongeschreven recht*... een gedraging waarvan de *wet* de

rechtmatigheid bevestigt, toch als *onrechtmatig* aanmerkt»⁴³. Anders uitgedrukt: de bijzondere omstandigheid die in dit geval een slechts marginale controle rechtvaardigt, is het feit dat de rechthebbende binnen de formele grenzen of de vrije marge van zijn recht handelt en dus op het eerste gezicht, behoudens kennelijk abnormale rechts- uitoefening, rechtmatig. Een ander voorbeeld, ditmaal in verband met het vereiste van *goede trouw*. Zoals men weet speelt dit vereiste in Nederland een grotere rol dan in België; een gelijkaardige rol overigens als in België de leer van het rechtsmisbruik, die in ons land — anders dan in Nederland wordt aangenomen — ook toepassing vindt in de sfeer van de contractuele verhoudingen⁴⁴. Het «goede trouw»- vereiste staat vermeld in artikel 1374, lid 3, Ned. B.W. volgens hetwelk de overeenkomst moet worden uitgevoerd met inachtneming van de goede trouw (te vgl. met art. 1134, derde lid, Belg. B.W.). Aangenomen wordt dat krachtens dit artikel aan de goede trouw een beperkende werking toekomt⁴⁵, waarmee bedoeld wordt «dat de goede trouw dege- ne die een hem toekomend contractueel recht wil uitoefenen, in deze uitoefening beperkt»⁴⁶. In het nieuwe Nederlandse B.W. zal de regel van artikel 1374, lid 3, worden overgenomen in artikel 6.5.3.1, lid 2, en wel in de volgende bewoordingen: «Een tussen partijen als gevolg van de overeenkomst geldende regel is niet van toepassing, voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.» Schut becommentarieert deze regel als volgt: «(Uitgangspunt moet zijn) de gedachte dat contractuele rechten *behoorlijk*, overeenkomstig hetgeen in het maatschappelijk verkeer tussen partijen betaamt, moeten worden uitgeoefend. Dit houdt niet in dat bij elke onredelijke of onbillijke uitoefening van een vorderingsrecht de schuldenaar het standpunt kan innemen dat de wederpartij hem niet aan zijn verplichting mag houden; de schuldenaar kan dit slechts doen in het geval dat de schuldeiser onbetamelijk zou handelen door de wederpartij aan diens verplichting te houden»⁴⁷. Het gaat hier duidelijk al weer om een marginale controle: niet elke onredelijke of onbillijke maar slechts een onbetamelijke uitoefening van een schuldeisersrecht mag door de rechter worden gewraakt. Zoals bij misbruik van recht is de reden voor deze slechts marginale controle de omstandigheid dat de schuldeiser, wanneer hij binnen de formele grenzen of de vrije marge van zijn vorderingsrecht handelt, principieel rechtmatig handelt. Alleenlijk wanneer hij in de uitoefening van zijn recht «zo verregaand onredelijk is dat een weldenkend mens in de situatie van de gerechtigde, daartoe niet zal kunnen komen»⁴⁸, zal de rechter

³⁹ *Op. cit.*, p. 241.

⁴⁰ Daarover A. DE BERSAQUES, «L'abus de droit en matière contractuelle», *R.C.J.B.*, 1969, 501-531.

⁴¹ Daarover het belangrijke proefschrift van ABAS, *Beperkende werking van de goede trouw*, 1972.

⁴² Aldus HOFMANN-ABAS, *Het Nederlands verbintenissenrecht, De algemene leer van de verbintenissen*, deel I, 2, 1977, p. 195, geciteerd bij SCHUT, «Behoorlijke uitoefening van contractuele rechten», in *Naar behoren*, Jubileum bundel van het Juridisch Gezelschap Amsterdam, 1982, p. 177 e.v., op p. 121.

⁴³ SCHUT, *art. cit.*, p. 125.

⁴⁴ Deze formulering is van KÖSTER, *AA*, 1970, 547, hiervoor al geciteerd in voetnoot 40.

³⁹ Cass., 10 september 1971, *R.W.*, 1971-72, 321, met concl. P.-G. GANSHOF VAN DER MEERSCH.

⁴⁰ H.R., 17 april 1970, *NJ*, 1971, 89, m.n. Ph. A.N.H., *AA*, 1970, 542, m.n. H.K.K.

⁴¹ In de hierboven geciteerde noot in *AA*, 1970, op p. 546.

⁴² W. DE BONDT, *op. cit.*, p. 231 e.v.

interfereren. Zou dit naar Belgisch recht anders zijn? Ik meen van niet. Alleen bestaat de kans dat het onbetamelijk handelen van de schuldeiser daar niet via het vereiste van de goede trouw zal worden aangevochten maar wel via de leer van het rechtsmisbruik.

Tot zover de belangrijkste — zeker niet de enige — voorbeelden van marginale toetsing in het privaatrecht. Voorzeker, volledige toetsing is in het privaatrecht de regel, marginale toetsing de uitzondering, nl. indien bijzondere redenen voorhanden zijn. Die bijzondere redenen zijn (o.m.) de gezags- of machtspositie, d.i. de positie van bovengeschiedtheid waarin een rechthebbende zich bevindt evenals de omstandigheid dat iemand binnen de formele grenzen van zijn recht handelt. Uit de besproken voorbeelden moge blijken dat die bijzondere redenen vrij vaak gegeven zijn. Al bij al blijkt marginale toetsing met behulp van ongeschreven algemene beginselen dus ook in het privaatrecht niet zo uitzonderlijk te zijn, algemene beginselen die in privaatrecht en publiekrecht dezelfde zijn, althans tot dezelfde noemer kunnen worden herleid. Dit wil ik tot slot proberen aan te tonen.

Algemene en bijzondere beginselen van behoorlijk handelen

In het hiervoor genoemde perspectief zijn de beginselen houdende een verplichting van gelijke behandeling (gelijkheidsprincipe), van niet meer dan aan het nagestreefde doel proportionele belasting (evenredigheidsprincipe of principe van de minste pijn), van zuiverheid van oogmerk (verbod van bevoegdheidsafwijking of *détournement de pouvoir*) het gemakkelijkst te situeren. Het gaat hier duidelijk om beginselen van behoorlijk bestuur — maar dan in het publiek — én in het privaatrecht — in de strikte zin van het woord, waarmee bedoeld worden beginselen waaraan openbare besturen maar ook privaatrechtelijke gezagdragers (zoals ouders of vennootschapsbestuurders, evenals — wat betreft de eerste twee beginselen⁴⁹ — houders van een bevoegdheid tot het nemen van een partijbeslissing en houders van een machtspositie zich moeten houden ten opzichte van al wie aan hun gezag of macht onderworpen zijn. Deze beginselen zijn dus *algemene* beginselen van behoorlijk *bestuur* (a.b.b.b.) in de volle zin van het woord. Omdat zij *speciaal* gelden voor posities van bestuur of ruimer van bovengeschiedtheid, zou men ze echter, bekeken vanuit het oogpunt van het gehele rechtssysteem, *bijzondere* beginselen van behoorlijk *handelen* (b.b.b.h.) kunnen noemen.

Naast deze eigenlijke a.b.b.b. zijn er dan de beginselen die, bekeken vanuit het oogpunt van het gehele rechtssysteem, *algemene* beginselen van behoorlijk *handelen* (a.b.b.h.) kunnen worden genoemd, dit zijn beginselen die het handelen van een ieder, waar hij zich ook bevindt: in een positie van boven- of ondergeschiedtheid dan wel in een verhouding van wederkerigheid, moeten beheersen. Een van deze beginselen, nl. het beginsel van de evenwichtige beoordeling, is hiervoor meermaals ter sprake gekomen. Het houdt de verplichting in voor een ieder om, zelfs wanneer hij handelt krachtens en vanuit de kern van een hem

toekomend recht of een hem verleende bevoegdheid, niettemin rekening te houden met alle bij de handeling betrokken belangen, of, negatief uitgedrukt, om niet willekeurig te handelen. Op grond van dit beginsel voert de rechter een toetsing door, zij het marginaal, d.i. als grens- veeleer dan als scheidsrechter, in alle situaties waarin aan de rechthebbende een ruime beleids- en beoordelingsvrijheid of zelfs maar handelingsbevoegdheid toekomt. Niet elk onvoorzichtig, zelfs niet elk onredelijk handelen zal hij daarbij wraken, alleen een kennelijk onredelijk of onbetamelijk handelen, een zodanig handelen dat geen weldenkend mens het had kunnen voornemen. In dit opstel heb ik proberen aan te tonen dat een dergelijke marginale toetsing niet alleen in het administratief recht maar ook in het privaatrecht voorkomt en in dit laatste geval niet uitsluitend met betrekking tot de uitoefening van gezags- of machtsposities. Het gaat dus wel degelijk over een *algemeen* beginsel van behoorlijk *handelen*.

Naast het evenwichtigheidsbeginsel wezen hier nog twee andere beginselen van behoorlijk handelen vermeld, nl. het vertrouwens- en het zorgvuldigheidsbeginsel, die eveneens zowel in het publiek- als in het privaatrecht een algemene gelding bezitten.

Zoals hiervoor reeds aangestipt speelt het vertrouwensprincipe in het publiekrecht een groeiende rol. Krachtens dit beginsel is de overheid gehouden tot het honoreren van gedane toezeggingen of beloften en van door haar gesloten overeenkomsten of uitgevaardigde richtlijnen. Het is overduidelijk, dunkt me, dat het hier gaat over een beginsel dat in het privaatrecht reeds lang burgerrecht heeft verworven. Zal de rechter, bij discrepantie tussen werkelijke en uitgedrukte wil, de contractspartij niet aan de uitgedrukte wil gehouden achten als zij daardoor bij de wederpartij het vertrouwen heeft gewekt dat de uitgedrukte wil met de werkelijke wil overeenkomt⁵⁰. En zal een onbevoegde vertegenwoordiger toch niet de schijnvertegenwoordigde binden als de derde, afgaande op de gedraging van de schijnvertegenwoordigde, erop mocht vertrouwen dat de schijn werkelijkheid was⁵¹? In beide gevallen is een partij — de contractspartij resp. de schijnvertegenwoordigde — gehouden het door haar gedraging bij een ander opgewekt vertrouwen te honoreren.

Volgens het zorgvuldigheidsbeginsel moet de overheid haar beslissingen zorgvuldig voorbereiden en ten uitvoer leggen. Ruim opgevat omvat dit beginsel in feite alle andere beginselen van behoorlijk bestuur. De verwantschap met het zorgvuldigheidsprincipe in het privaatrecht is niet ver te zoeken. Ook daar geldt de regel dat een ieder bij het handelen in het verkeer de nodige zorgvuldigheid in acht moet nemen. Dat het in beide gebieden, in het publiek- en het privaatrecht, om hetzelfde beginsel gaat, vloeit trouwens voort uit de cassatierechtspraak inzake onrechtmatige overheidsdaad. Sedert het arrest van 7 maart 1963 staat onmiskenbaar vast dat «de machten, welke de wet aan de administratie in het algemeen belang toekent, haar niet vrij stellen van de verplichting van voorzichtigheid, welke zich aan al-

⁴⁹ Zie hiervoor, voetnoot 27.

⁵⁰ Zie verder VAN GERVEN, *Algemeen Deel*, nr. 103, p. 301 e.v.

⁵¹ *Ibid.*, nrs. 78 e.v., p. 210 e.v.

len opdringt»⁵². De overheid is dus uitdrukkelijk gehouden tot naleving van de artikelen 1382 e.v. B.W.; de algemene plicht van voorzichtigheid geldt evenzeer voor de overheid als voor de burger⁵³. In daarop volgende cassatiearresten werd gepreciseerd dat de zorgvuldigheidsnorm zelfs toepassing vindt op de verordenende bevoegdheid van de overheid⁵⁴. In Nederland heeft zich een gelijkaardige evolutie voorgedaan als in België. Ofschoon de rechtspraak van de Hoge Raad minder rechtlijnig is dan die van de Belgische cassatierechter lijkt zij niettemin de conclusie te wettigen dat overheidshandelingen ook daar aan de zorgvuldigheidsnorm worden getoetst⁵⁵. Dit belet evenwel niet, aldus Rutten, dat «bij de beoordeling van de vraag of de overheid al dan niet onrechtmatig heeft gehandeld, ... de burgerlijke rechter zich (behoort) te onthouden van een oordeel over handelingen welke tot de beleidsautonomie van de overheid behoren»⁵⁶. De rechter moet zich derhalve «onthouden van een oordeel over de *doelmatigheid* van een bestuurshandeling, welke tot de beleidsautonomie van de overheid behoort»⁵⁷. Dit voorbehoud — dat m.i. vanzelfsprekend is, wil men de overheid niet al te gemakkelijk blootstellen aan schadevergoedingsacties⁵⁸ met betrekking tot beleidsbeslissingen, waardoor zij in haar normale besluitvorming al te veel zou worden geremd — wordt in de Belgische literatuur

met niet zoveel woorden gemaakt⁵⁹. In het kader van deze bijdrage is het belangrijk vast te stellen dat, hoe minder voorbehoud er in dat opzicht wordt gemaakt, hoe vollediger, d.i. hoe minder marginaal de op de zorgvuldigheidsnorm steunende rechterlijke controle is. Toch zal het onderscheid tussen de zienswijze die het voorbehoud maakt en die welke het niet maakt, in de praktijk niet zo groot hoeven te zijn. Immers, ook als men de zorgvuldigheidsnorm onverkort toepast op het overheidshandelen, blijft gelden dat men bij het beoordelen van de aangeklaagde gedraging rekening moet houden met de (externe) concrete omstandigheden waarin de dader zich bevindt⁶⁰. Aldus zal de rechter in het privaatrecht bij het beoordelen van de schuld moeten letten op de (externe) concrete omstandigheden waarin de auteur van de onrechtmatige daad zich bevindt, zoals de positie die hij inneemt en de deskundigheid waarover hij beschikt. Dit brengt mee dat, in geval van onrechtmatige overheidsdaad, toch weer met de bijzondere positie van de overheid rekening kan worden gehouden.

Bij wijze van kort besluit

Concluderend kan worden gesteld dat sommige algemene beginselen van behoorlijk bestuur gelding hebben in het publiek- en in het privaatrecht, telkens nl. als men te doen heeft met een positie van bovengeschiktheid. Parallel daarmee kon worden vastgesteld dat de marginale rechterlijke toetsing waarmee de toepassing van a.b.b.b. in het publiekrecht gepaard gaat, ook in het privaatrecht voorkomt, overigens meer dan men vermoedt en nl. niet uitsluitend in de hiervoor bedoelde situaties van bovengeschiktheid. Een ander wijst er nog maar eens op hoezeer de grens tussen privaat- en publiekrecht vervaagt. Nog duidelijker blijkt dit als men voor ogen houdt, zoals in deze bijdrage gesuggereerd, dat algemene beginselen van behoorlijk bestuur in wezen beginselen van behoorlijk handelen zijn, waarvan sommige zijn toegesneden op een situatie van bovengeschiktheid en andere daarentegen algemeen zijn. Deze beginselen van behoorlijk handelen maken deel uit van de gemeenschappelijke onderbouw van privaat- en publiekrecht.

⁵⁹ Zie bijv. SUTENS, *art. cit.*, die op p. 677, tekst en voetnoot 22, uitdrukkelijk stelt dat de rechter op grond van de zorgvuldigheidsnorm in een beoordeling van de beleidsvrijheid van de overheid treedt en dus meteen ook, in zekere mate, de doelmatigheid van het optreden van de overheid beoordeelt. Om de in de tekst genoemde redenen durf ik de wenselijkheid én de werkelijkheid van deze bewering betwijfelen.

⁶⁰ DE PAGE, *Traité*, II, 1964, p. 944.

⁵² Cass., 7 maart 1963, *Pas.*, 1963, I, 744, *R.W.*, 1963-64, 1115. Over de evolutie na 1963 van het zorgvuldigheidsprincipe in de burgerlijke en vooral de administratieve rechtspraak, zie LAMBRECHTS, «Het zorgvuldigheidsbeginsel in de rechtspraak in verband met de overheidsaansprakelijkheid», *R.W.*, 1979-80, 1409 e.v.

⁵³ SUTENS, «De rechtstreekse aanvechting van overheidsdaden voor de burgerlijke rechter», in *Miscellanea Ganshof van der Meersch*, III, p. 673 e.v., op p. 677.

⁵⁴ Cass., 26 april 1963, *R.W.*, 1963-64, 287; Cass., 23 april 1971, *R.W.*, 1970-71, 1793.

⁵⁵ ASSER-RUTTEN, *Verbintenissenrecht. De verbintenis uit de wet*, 4e druk, 1975, op p. 210-211. Uitvoeriger en genuanceerder: P. DE HAAN-DRUPSTEEN, FERNHOUT, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, 1978, p. 404-424.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 213.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 214. Ook de rechtspraak van het H.v.J. van de E.G. is, in verband met schadevergoedingsacties ex artikel 215 EEG, in die zin gevestigd. Zie nog onlangs het arrest van 17 december 1981 in de gevoegde zaken 197-200, 243, 244 en 245/80, nog niet gepubliceerd.

⁵⁸ Schadevergoedingsacties voor de burgerlijke rechter, nietigheidsacties voor de administratieve rechter. In beide soorten van acties kan schending van beginselen van behoorlijk handelen worden ingeroepen.

RECHTSPRAAK

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER — 9 NOVEMBER 1981

Voorzitter: de h. Meeùs

Raadsheer-rapporteur: de h. Mahillon

Advocaat-generaal: de h. Lenaerts

Advocaten: mrs. De Bruyn en van Hecke

Sociale zekerheid werknemers — Toepassingsfeer — Musici — Aanwerving om op te treden tegen betaling van loon.

Een orkestvereniging die musici aanwerft om tegen betaling van loon met het orkest op te treden, valt onder de toepassing van de sociale-zekerheidswet voor werknemers, als verruimd bij art. 3, 2°, K.B. 28 november 1969.

Rijksdienst voor Maatschappelijke Zekerheid t/ V.Z.W.
Het West-Vlaams Orkest

Gelet op het bestreden arrest, op 11 januari 1979 door het Arbeidshof te Gent, afdeling Brugge, gewezen;

Over het middel, afgeleid uit de schending van de artikelen 1, § 1, 1°, b, en 2°, b, 2, § 1, 1° en 3°, 14, §§ 1 en 2, 21, 22, 23 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, 2°, 16 van het koninklijk besluit van 28 november 1969 tot uitvoering van voormelde wet van 27 juni 1969, 1, 2 van de wet van 12 april 1965 betreffende de bescherming van het loon der werknemers en 97 van de Grondwet,

doordat het arrest voor recht zegt dat de door eiser gevorderde bijdragen, bijdrage-opslagen en verwijlinteressen niet verschuldigd zijn daar verweerster niet onder de sociale-zekerheidsregeling valt en eiser in de kosten van beide aanleggen verwijst, op grond: dat het gaat om musici die vrijelijk toetreden tot de vereniging zonder winstoogmerk «Het West-Vlaams Orkest», die deze kunnen verlaten zonder enige opzegging en die presteren onder de leiding van een door de vereniging aangeworven orkestleider; dat de vereniging zonder winstoogmerk «Het West-Vlaams Orkest» over de musici geen enkel gezag uitoefent aangezien zij prestaties leveren onder het gezag van een orkestleider die vrij is de in te studeren werken te kiezen en naar goeddunken te laten uitvoeren, zodat het begrip gezag ook voor hem niet geldt; dat de vereniging zonder winstoogmerk «Het West-Vlaams Orkest» niet onder de sociale-zekerheidsregeling valt, omdat: a) de musici door die vereniging niet aangeworven worden in de zin van artikel 3, 2°, van het koninklijk besluit van 28 november 1969, maar toetreden tot deze vereniging die contracten sluit met personen of verenigingen die dienen te worden geacht de werkelijke werkgevers te zijn, b) de door de musici ontvangen vergoedingen moeilijk kunnen worden beschouwd, wegens hun gering karakter, als de tegenprestatie voor het geleverde werk zodat zij niet als loon kunnen worden bestempeld,

c) daar het West-Vlaams Orkest een vereniging zonder winstoogmerk is, hier moeilijk sprake kan zijn van enige oneerlijke concurrentie en, zoals hierboven is gesteld, de ware werkgevers degenen zijn die het West-Vlaams Orkest aanwerven, d) de prestaties van de musici uit vrije wil worden geleverd en een toevallig en beperkt karakter hebben en ter zake erop dient te worden gewezen dat al die musici reeds een hoofdberoep uitoefenen, e) de bedoeling en de wil van de musici en de vereniging zonder winstoogmerk eerder liggen in het leveren van een voor het publiek bestemde artistieke prestatie, dan in een arbeidsprestatie ten voordele van een werkgever verricht,

(...)

Overwegende dat, luidens artikel 3, 2°, van het koninklijk besluit van 28 november 1969, de toepassing van de sociale-zekerheidswetgeving voor werknemers wordt verruimd tot «de schouwspelartiesten zoals de dramatische, lyrische, choreografische en variétéartiesten, alsmede de musici, de orkestleiders, de balletmeesters, de aanvullingsartiesten die tegen betaling van een loon aangeworven worden om op te treden tijdens voorstellingen, repetities, radio- en televisieuitzendingen, film, plaat- of bandopnamen alsook tot de personen die deze artiesten aanwerven»;

Dat een orkestvereniging die musici aanwerft om tegen betaling van loon met het orkest op te treden, onder deze bepaling valt;

Overwegende dat het arbeidshof oordeelt dat genoemd artikel 3, 2°, op verweerster niet toepasselijk is om de in het middel onder de letters a) tot e) vermelde redenen;

Overwegende dat noch het gering bedrag van de vergoedingen en de toevallige en beperkte aard van de prestaties noch de omstandigheid dat de musici niet verplicht zijn aan elk optreden mee te werken en dat zij vrij tot de vereniging toetreden, de toepassing van dit voorschrift in de weg staan;

Dat de beschouwingen van het arrest over de bedoeling van de musici en de aard en het doel van de vereniging niets te maken hebben met de door deze bepaling gestelde voorwaarden;

Dat de aangevochten beslissing niet naar recht verantwoord is;

Dat het middel gegrond is;

(...)

NOOT—Zie in dit nummer eveneens Cass., 22 maart 1982, met noot van H. De Clercq.

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER — 22 MAART 1982

Voorzitter-rapporteur: de h. Meeùs

Advocaat-generaal: de h. Lenaerts

Advocaten: mrs. Bützler en Bayart

Sociale zekerheid werknemers — Toepassingsfeer — Schouwspelartiesten — Arbeidsprestaties tegen loon onder gezag — Arbeid in gelijkwaardige voorwaarden als van een arbeidsovereenkomst — Begrip.

Krachtens art. 3, 2°, K.B. 28 november 1969 juncto art. 2, § 1, 1°, Sociale-Zekerheidswet, worden de schouwspelartiesten die tegen betaling van een loon worden aangeworven om op te treden tijdens voorstellingen, geacht personen te zijn die tegen loon arbeidsprestaties onder het gezag van een ander persoon verrichten of die arbeid verrichten onder gelijkaardige voorwaarden als die van een arbeidsovereenkomst.

Arbeid kan onder gelijkaardige voorwaarden als van een arbeidsovereenkomst worden verricht zonder dat de artiest onder het gezag van een ander persoon staat, zonder dat hij intuïtu personae is aangeworven en zonder dat hij een geïndividualiseerd loon ontvangt, maar betaald wordt in de vorm van een forfaitaire vergoeding voor de groep waartoe hij behoort.

Van B. t/ Rijksinstituut voor Sociale Verzekeringen der Zelfstandigen

Gelet op het bestreden arrest, op 3 april 1981 door het Arbeidshof te Gent gewezen;

Over het middel, afgeleid uit de schending van de artikelen 3, 2°, 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, en voor zoveel nodig, 2, § 1, 1°, van voormelde wet van 27 juni 1969,

doordat het arbeidshof oordeelt dat «de verruiming tot de schouwspelartiesten van het stelsel der sociale zekerheid niet absoluut kan zijn, doch beperkt is, ingevolge artikel 2, 1°, van de wet van 27 juni 1969 tot herziening van de besluitwet van 28 december 1944, dat de mogelijkheid tot verruiming beperkt tot de personen die: zowel, zonder door een arbeidsovereenkomst te zijn verbonden, tegen loon arbeidsprestaties onder het gezag van een ander persoon verrichten, ofwel arbeid verrichten in gelijkaardige omstandigheden als die van een arbeidsovereenkomst; dat aldus een activiteit van schouwspelartiest slechts vermoed kan worden onder het stelsel van de sociale zekerheid te zijn onderworpen, voor zover de artiest tegen loon arbeidsprestaties levert onder het gezag van een ander of arbeid verricht in gelijkaardige omstandigheden als die van een arbeidsovereenkomst»; dat «de aanwervings- en arbeidsmodaliteiten van (eiser) 'in concreto' dienen te worden beoordeeld, ten einde na te gaan of hij zijn bijkomende beroepsactiviteit als kleinkunstartiest al dan niet uitgeoefend heeft tegen een loon en prestaties leverde onder gelijkaardige voorwaarden als die van een arbeidsovereenkomst»; dat «de nevenberoepsactiviteit van (eiser) als een zelfstandige nevenactiviteit moet worden beschouwd, nu hij niet aangeworven werd tegen betaling van een geïndividualiseerd loon en ook geen prestaties leverde in gelijkaardige omstandigheden als die van een arbeidsovereenkomst»; dat «de aanwerving van (eiser) niet geschiedde onder gelijkaardige voorwaarden, nu de inrichter van het optreden van de groep niet eens de identiteit kende van elk lid van de groep en ook geen individueel loon voor elk uitbetaalde» en het arbeidshof het ho-

ger beroep gegrond verklaart, het beroepen vonnis vernietigt en opnieuw wijzende, eiser veroordeelt tot betaling van de gevorderde bedragen, terwijl, (...)

Overwegende dat uit de vaststellingen van het arrest blijkt: dat eiser lid is van een groep schouwspelartiesten, die een feitelijke vereniging is; dat de groep aangeworven wordt om op te treden tijdens voorstellingen, tegen een forfaitaire vergoeding als honorarium aangemerkt; dat de inrichter van de voorstellingen de identiteit niet kent van elk lid van de groep en ook geen individueel loon voor ieder uitbetaalt;

Dat het arbeidshof oordeelt dat eiser niet onder toepassing valt van artikel 3, 2°, 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, op grond dat de door dit artikel beoogde «aanwerving onder gelijkaardige voorwaarden als bij een arbeidsovereenkomst geschiedt 'intuïtu personae' en tegen een welbepaald geïndividualiseerd loon voor de werknemer, die bovendien zijn arbeidsprestaties levert onder het gezag van de werkgever»;

Overwegende dat, luidens artikel 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, de Koning, bij in ministerraad overlegd besluit en na het advies van de Nationale Arbeidsraad te hebben ingewonnen, de toepassing van deze wet kan uitbreiden, onder de voorwaarden die Hij bepaalt, 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;

Overwegende dat ter uitvoering daarvan, bij koninklijk besluit van 28 november 1969, inzonderheid artikel 3, 2°, de toepassing van de wet werd verruimd tot, onder meer, de schouwspelartiesten die tegen betaling van loon aangeworven worden om op te treden tijdens voorstellingen;

Dat de aldus door artikel 3, 2°, van het koninklijk besluit aangewezen schouwspelartiesten, indien ze onder de erin bepaalde voorwaarden vallen, geacht worden personen te zijn die tegen loon arbeidsprestaties onder het gezag van een ander persoon verrichten of die arbeid verrichten in gelijkaardige voorwaarden als die van een arbeidsovereenkomst;

Overwegende dat uit artikel 2, § 1, 1°, van de wet van 27 juni 1969 blijkt dat een persoon arbeid kan verrichten in gelijkaardige voorwaarden als die van een arbeidsovereenkomst zonder juridisch onder het gezag van een ander persoon te staan;

Overwegende dat door, ter uitvoering van voormeld artikel, de toepassing van de sociale zekerheid uit te breiden tot de schouwspelartiesten die tegen betaling van loon aangeworven worden om op te treden tijdens voorstellingen, de Koning de perken niet heeft overschreden van de machten die Hem door voormelde wet werden verleend;

Overwegende dat, in de zin van die wet, eiser arbeid kon verrichten in gelijkaardige voorwaarden als die van een arbeidsovereenkomst, hoewel hij geen geïndividualiseerd loon ontving, maar werd betaald in de vorm van een forfaitaire vergoeding voor de groep waartoe hij behoort.

taire vergoeding voor de groep waartoe hij behoorde, en hoewel hij niet intuitu personae werd aangeworven;

Dat het arrest, op grond van zijn consideransen, niet wettig beslist dat eiser niet onder toepassing van artikel 3, 2°, van het koninklijk besluit van 28 november 1969 valt; Dat het middel gegrond is;

(...)

NOOT 1—Zie in dit nummer ook: Cass., 9 november 1981.

NOOT 2—*Orkestmusici en de sociale zekerheid*

1. *Het West-Vlaams-Orkest-arrest*. Met betrekking tot de verzekeringsplicht in de Belgische sociale zekerheid is het «artiestendossier» reeds geruime tijd aan een oplossing toe (vraag nr. 86 van 11 maart 1982 van Cardoen aan de minister van Sociale Zaken, *Vragen en Antwoorden, Kamer*, 13 april 1982; vraag nr. 445 van 11 september 1981 van Valkeniers aan de minister van Sociale Voorzorg, *ib.*, 13 oktober 1981; vraag nr. 14 van 20 januari 1970 van Brouhon aan de minister van Sociale Voorzorg, *ib.*, 3 februari 1970; vraag nr. 59 van 5 december 1979 van Flamant aan de minister van Sociale Voorzorg, *ib.*, 8 januari 1980; vraag nr. 114 van 30 augustus 1978 van Peigneux aan de minister van Sociale Voorzorg, *Vragen en Antwoorden, Senaat*, 3 oktober 1978). Is een schouwspelartiest sowieso werknemer (juris et de jure) of kan hij voor de sociale zekerheid in bepaalde omstandigheden als zelfstandige worden beschouwd?

Het arrest van 9 november 1981 beslist dat een orkestvereniging die musici aanwerft (in casu een V.Z.W.) om tegen betaling van loon met het orkest op te treden, onder toepassing valt van art. 3, 2°, K.B. van 28 november 1969 tot uitvoering van de wet van 27 juni 1969.

Luidens dit besluit wordt de toepassing van de sociale zekerheid voor werknemers verruimd tot «de schouwspelartiesten zoals de dramatische, lyrische, choreografische en variété-artiesten, alsmede de musici, orkestleiders, balletmeesters, aanvullingsartiesten die tegen betaling van een loon aangeworven worden om op te treden tijdens voorstellingen, repetities, radio- en televisie-uitzendingen, film-, plaat- of bandopnamen, alsook tot de personen die deze artiesten aanwerven».

Wanneer het Hof in de onderhavige zaak de orkestvereniging onder de sociale-zekerheidsregeling voor werknemers laat ressorteren, geschiedt dit in haar hoedanigheid van werkgever. Impliciet laat het arrest hieruit concluderen dat de musici individueel als werknemer dienen te worden beschouwd.

Een dergelijke uitspraak ligt volledig in de lijn van de vroegere rechtspraak van het Hof (Cass., 12 februari 1979, *J.T.T.*, 1980, 44; zie ook Arbh. Antwerpen, 20 maart 1981, *J.T.T.*, 1981, 318; Arbh. Brussel, 5 mei 1980, *R.W.*, 1980-81, 2701; Arbh. Gent, 13 november 1979, *R.W.*, 1979-80, 2592).

In het arrest van 12 februari 1979 formuleerde het Hof een visie die geen ruimte liet voor een mogelijke verzekeringsplicht van de artiest als zelfstandige. Geresumeerd luidde de uitspraak als volgt: bij geschil moet de rechter alleen maar onderzoeken of de persoon wiens verzekerings-

plicht in de sociale zekerheid wordt betwist, in feite schouwspelartiest is en of hij aangeworven werd om tegen betaling van loon op te treden. Indien op beide vragen het antwoord positief is, valt — aldus het Hof — die persoon onder de toepassing van art. 3, 3°, K.B. van 28 november 1969. Dit betekent dan dat hij onweerlegbaar vermoed wordt onder het gezag van iemand anders arbeid te verrichten tegen betaling van loon, ofwel arbeid te verrichten in gelijkwaardige voorwaarden als die van een arbeidsovereenkomst. Nadien hebben enkele arbeidshoven naar dat arrest verwezen (Arbh. Brussel, 12 december 1980 en Arbh. Antwerpen, 20 maart 1981, *gec.*).

De strenge rechtspraak van het Hof van Cassatie komt niet overeen met de visie van de R.S.Z. en het R.S.V.Z., overheidsdiensten die bevoegd zijn in het vlak van de sociale-verzekeringplicht voor respectievelijk werknemerswerkgevers en zelfstandigen. Zij laten de mogelijkheid open dat een artiest in het stelsel van de zelfstandigen terecht komt.

Samengevat luidt hun stelling als volgt:

Daar de wet van 27 juni 1969 de verruimingsmogelijkheid van de sociale zekerheid beperkt tot de personen die hun activiteit uitoefenen in gelijkaardige voorwaarden als die van een arbeidsovereenkomst, kan er van verruiming enkel sprake zijn indien de schouwspelartiesten effectief onder zulke voorwaarden arbeiden. Met andere woorden, volgens genoemde diensten stelt de wet geen vermoeden in dat de schouwspelartiesten ipso facto hun werk onder de vereiste voorwaarden verrichten; alvorens de sociale zekerheid voor werknemers tot hun te verruimen, moet voor elk geval apart onderzocht worden of de arbeid onder gelijkaardige voorwaarden als die van een arbeidsovereenkomst wordt verricht.

In de lijn van die stelling ligt het reeds vermelde arrest van het Arbeidshof te Gent, 13 november 1979. Ook hier betrof het een lid van een orkest dat als vereniging (meer bepaald als feitelijke vereniging) beschouwd werd. Het arbeidshof besliste dat de betrokkene op basis van de feiten als zelfstandig muzikant moest worden beschouwd.

In afwachting dat de minister van Sociale Zaken (waarvan de voorganger in 1981 reeds contact genomen had met de N.A.R., met het oog op de aanpassing van de tekst K.B. 1969 in de zin van de stelling R.S.Z.-R.S.V.Z.) een einde maakt aan alle betwistingen (zie het antwoord op de vraag van Valkeniers), kan men niet voorbijgaan aan het recente arrest van het Hof van Cassatie van 22 maart 1982.

In tegenstelling tot het West-Vlaams-Orkest-arrest, waarbij de R.S.Z. partij was, is in het «Miek en Roel»-arrest het R.S.V.Z. betrokken. Het is bijgevolg interessant beide cassatie-uitspraken samen te bespreken daar de twee nationale overheidsdiensten, belast met de toepassing van de sociale-zekerheidswetgeving voor resp. het werknemers- en zelfstandigenstelsel, hun standpunt voor het hoogste rechtscollege zagen gebracht worden.

2. *Het «Miek en Roel»-arrest*. Net als in het hierboven besproken West-Vlaams-Orkest-arrest (waarin de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid als overheidsdienst betrokken was), huldigt het Hof van Cassatie ook t.a.v. het Rijksinstituut voor de Sociale Verzekeringen der Zelfstandigen een absolute visie.

Het vernietigt het arrest van het Arbeidshof te Gent van 3 april 1981 dat de verruiming van het R.S.Z.-stelsel tot de schouwspelartiesten eerder in beperkte zin had gezien. Voorheen had ditzelfde arbeidshof reeds in een andere zaak ruimte gelaten voor de schouwspelartiest als zelfstandige (Arbh. Gent, 13 november 1979, *R.W.*, 1979-80, 2592).

Het Hof is in het geannoteerde arrest van mening dat de lagere rechter slechts diende na te gaan of betrokkene wel degelijk schouwspelartiest is, en, zo ja, of hij aangeworven werd om tegen betaling van een loon op te treden. Dit begrip «loon», aldus het Hof, is ruimer dan het arbeidsrechtelijk concept en omvat elke vergoeding als tegenprestatie voor het optreden.

Daarnaast acht het Hof de consideransen van het arbeidshof niet ter zake, in zover dit argumenten put uit: 1° de afwezigheid van ondergeschikt verband, 2° de afwezigheid van geïndividualiseerd loon, en 3° de afwezigheid van het «intuitu personae»-karakter in de aanwerving van de artiest.

Als reden wordt aangevoerd dat art. 3, 2°, van het K.B. van 28 november 1969 de tegen betaling geëngageerde schouwspelartiesten gelijkgeschakeld heeft met personen die tegen betaling van een loon arbeid verrichten onder het gezag van een ander persoon, of met personen die onder gelijkaardige voorwaarden arbeiden als die van een arbeidsovereenkomst. Deze gelijkaardigheid, aldus het Hof, behoeft niet per se een gezagsuitoefening t.a.v. de artiest.

3. *Kritiek.* De twee cassatie-arresten (West-Vlaams Orkest, Miek en Roel) worden thans voor de arbeidsrechtbanken als principebeslissingen aangegrepen door al wie als artiest gedagvaard wordt om bijdragen te betalen voor het sociaal statuut van de zelfstandigen.

Op de keper beschouwd is de thans vigerende rechtspraak voor de artiesten zelf inderdaad zeer aantrekkelijk aangezien het werknemersstelsel méér te bieden heeft dan dat van de zelfstandigen (werkloosheidsverzekering, gezinsbijslag eerste kind, geneeskundige verzorging enz.). Daarnaast speelt het huidige systeem ook in het voordeel van de artiesten door het uitblijven van een praktische regeling inzake invordering van de bijdragen n.a.v. hun optreden. Men moet immers zelf maar ooit een schouwspel ingericht hebben, om te weten dat schier niemand werknemers- en werkgeversbijdragen betaalt. Jarenlang werden de onderrichtingen van de R.S.Z. aan de laars gelapt... Men kan zich op den duur afvragen of deze lacune in de administratieve praktijk niet gewild is om de kostprijs van de inrichting van een schouwspel binnen zekere perken te houden. Bij het opzetten van een S.Z.-systeem waarbij de bijdragen gevormd worden door een werknemers- en werkgeversaan-deel, dient men immers ook rekening te houden met de weerslag hiervan op de prijsvorming.

Zullen de organisatoren van schouwspelen (waarbij dan nog onderscheid gemaakt moet worden tussen de commerciële inrichtingen en de liefdadigheidsinitiatieven) bereid zijn het werkgeversaan-deel te betalen bovenop het honorarium? Zullen de beroepsartiesten bereid zijn het honorarium in te krimpen om ruimte te creëren voor het werkgeversaan-deel, en dit terwijl zijzelf ook een eigen bijdrage zullen moeten betalen?

Allemaal vragen waarvan het antwoord direct of indirect

een weerslag zal hebben op de tewerkstelling in de amusementssector. Ondertussen blijft de R.S.Z. verstoken van meerdere miljoenen.

4. *Vergelijking met Frankrijk.* Toeval of niet, ook in Frankrijk betekende 1969 een belangrijk jaar voor de sociale zekerheid voor schouwspelartiesten.

In tegenstelling tot België heeft men de zaak bij onze zuiderburen *in haar geheel* aangepakt, mede onder de stuwning van gezaghebbende artiestenvakbonden die én voor betere waarborgen inzake tewerkstelling (arbeidsvoorwaarden) én voor een opname in het sociale-zekerheidsstelsel zijn opgekomen. De Franse overheid had in die vakbonden een georganiseerde gesprekspartner. Anderzijds kon de Franse regering, door een wettelijke regeling inzake de erkenning van de artiestenbureaus, ook vlotter dialogeren met een groot gedeelte van de werkverstrekkers van de schouwspelartiesten.

De wet van 26 december 1969 betekende een eerste stap in de goede richting. Het was vooral om de arbeidsvoorwaarden van de schouwspelartiesten te verbeteren dat die wet (o.a.) de aard bepaalt van het artiestencontract. De rechtspraak was het namelijk nooit eens geraakt of zulk een contract moest worden beschouwd als een arbeidsovereenkomst of als een aanneming van werk. Met andere woorden: de artiest werd nu eens als werknemer, dan weer als zelfstandige beschouwd.

Een aanpassing van de wetgeving op de arbeidsovereenkomst zou de slepende discussie beëindigen, zowel op het vlak van het arbeidsrecht als op dat van de sociale zekerheid.

De wet van 26 december 1969 en het arbeidsrecht. In het Wetboek van Arbeidsrecht werd het artiestencontract op de volgende wijze omschreven: «Tout contrat par lequel une personne physique ou morale s'assure, moyennant rémunération, le concours d'un artiste de spectacle en vue de sa production, est présumé être un contrat de louage de service dès lors que cet artiste n'exerce pas l'activité, objet de contrat, dans des conditions impliquant son inscription au registre de commerce (...)».

De wetgever van 1969 heeft bijgevolg het principe geponeerd dat het contract van een schouwspelartiest *vermoed* wordt een arbeidsovereenkomst te zijn. Dit vermoeden kon wettelijk slechts weerlegd worden door te bewijzen dat de activiteit uitgeoefend werd in omstandigheden die een inschrijving in het handelsregister vergen, of door de kosteloosheid van het optreden. Ondanks de duidelijke wettelijke vereisten van het tegenbewijs nam de rechtspraak in de praktijk voor artiesten met grote bekendheid een soepeler tegenbewijs aan. Meerdere rechtbanken hebben beslist dat dergelijke «stars» o.a. door hun toegeëigend recht om persoonlijk tussenbeide te komen in de organisatie, door hun procentueel aandeel in de winst, werkelijk als mede-organisatoren te beschouwen zijn (R. Debonne-Penet, «Le statut juridique des artistes de spectacle», *D.*, 1980, Chron. III).

In de rechtsleer werd de stelling verdedigd dat de artiest, die door een particulier voor een eenmalig optreden wordt gecontracteerd, zelfstandig is (M. Gautreau, *Musique et musiciens*, Parijs, 1970, p. 237).

De wet van 26 december 1969 en het sociale-zekerheidsrecht. Dezelfde wet van 1969 bracht ook wijzigingen aan in het Wetboek voor Sociale Zekerheid. Het nieuwe artikel in dit wetboek, dat meteen verwijst naar het Wetboek van Arbeidsrecht, beperkt zich ertoe te vermelden: 1° dat de schouwspelartiesten, die conform het arbeidsrecht door een arbeidsovereenkomst verbonden zijn, verzekeringsplichtig zijn in de sociale-zekerheidswetgeving (minstens 50 % van het inkomen moest voortkomen uit artistieke activiteiten), 2° dat de inrichter van een schouwspel (ook de occasionele werkgever is).

In feite was deze nieuwe wetsbepaling in de eerste plaats erop gericht de organisator van het schouwspel als werkgever aan te duiden, d.w.z. als degene die bijdrageplichtig is.

Ondanks het goede voornemen van de Franse wetgever om aan de discussie een eind te maken, bleef de deur nog open voor de zelfstandige kunstenaar. *In principe* kon hij wel niet onder het stelsel ressorteren van de zelfstandigen; toch bleven er twee uitzonderingen: a) de artiest die voor zijn activiteit een handelsregister nodig heeft (uitzondering expliciet in de wet bepaald); b) de artiest die door zijn reputatie aan de inrichter zulke strenge eisen kan stellen dat hijzelf als mede-inrichter moet worden beschouwd (uitzondering door de rechtspraak aangenomen).

De wet van 31 december 1975 heeft de regeling inzake sociale zekerheid voor artiesten aanzienlijk gewijzigd met ingang van 1 januari 1977. Beoogd worden: kunstenaars, makers van werken van letterkunde, toneel, muziek en beeldende kunst alsmede van choreografische, audiovisuele, cinematografische en grafische werken. Hun verzekeringsplicht hangt af van het inkomen dat zij uit de artistieke bezigheid genieten. Met inkomen wordt gelijkgesteld «un profit pécuniaire» (een geldelijk profijt). Beneden het drempelbedrag is er vrijstelling van verzekeringsplicht. Als drempel geldt het bedrag dat het recht op sociale-zekerheidsuitkeringen opent (1200 x waarde van het uurloon op SMIG-basis).

Een speciale commissie kan evenwel tot iemands verzekeringsplicht besluiten wanneer de persoon in kwestie geregeld een artistieke bedrijvigheid aan de dag legt waarvan de inkomsten het drempelbedrag niet bereiken. Die commissie is samengesteld uit kunstenaars, ambtenaren en verspreiders van kunstwerken.

Zij die kunstenaar van bijberoep zijn, kunnen voor het geheel van hun bezigheden in het S.Z.-stelsel opgenomen worden: alle inkomsten (met inbegrip van het loon) komen in aanmerking en worden samengeteld.

In het vlak van de bijdrageplicht geldt de volgende regeling. Zowel de betrokken kunstenaar zelf, als diegene die uit het optreden enig profijt haalt is bijdrageplichtig.

Er is vooreerst het werkgeversaandeel («la contribution»). Dit deel valt ten laste van de natuurlijke of rechtspersoon die overgaat tot het publiek maken of commercieel exploiteren van het artistiek werk. Het wordt berekend op basis van ofwel het omzetcijfer dat uit de exploitatie gehaald wordt, ofwel rekening houdende met de ontvangen auteursrechten.

Daarnaast is er de persoonlijke bijdrage van de artiest, deels berekend op de totale inkomsten als artiest, en deels op het gedeelte van de inkomsten dat het algemeen plafond niet overschrijdt (1200 x gemiddeld uurloon). Globaal bekeken komt deze persoonlijke bijdrage overeen met die van

de loontrekkenden; ze maakt zowat 7,5 % uit van zijn jaarkomsten of, eventueel, van een forfaitair vastgesteld inkomen. Een kunstenaar wiens inkomen nihil is, maar die toch als beroeps erkend is, betaalt een minimumbijdrage over een bedrag van ten minste 800 maal het gemiddeld SMIG-uurloon; die grondslag ligt beneden die welke geldt voor de werknemer met het laagste loon.

De kaderwet van 31 december 1975 werd achteraf door een aantal decreten uitgevoerd. Zo wijst het decreet van 25 oktober 1977 de diverse beroeps categorieën aan waarop de artistieke bedrijvigheden betrekking hebben. Daarnaast regelt het de samenstelling van de speciale commissies die, per kunstrichting, vooraf omtrent de verzekeringsplicht geconsulteerd moeten worden. Hetzelfde decreet regelt ook de werking van de instellingen die de verplichtingen van de werkgevers inzake de aansluiting op zich nemen en tevens zorgen voor de inning van de bijdragen en contributies. Het zijn die instellingen die de artiestendossiers voorbereiden en ze nadien doen geworden aan de S.Z.-instellingen, na advies van de speciale commissie.

Een ander decreet (van 25 oktober 1977) preciseert de berekeningswijze van de contributie die verschuldigd is n.a.v. de verspreiding of exploitatie van enig artistiek werk (ook al is de artiest zelf overleden). Het bepaalt ook hoe de forfaitaire bijdrage moet worden berekend wanneer de inkomsten van de artiest — qualitate qua — het minimumbedrag niet bereiken.

Bij het Franse systeem van 1975 geven wij de volgende bedenkingen:

1) Door het hanteren van een drempel m.b.t. het inkomen dat het recht opent op sociale-zekerheidsuitkeringen, wil men hoofdzakelijk de echt professionele artiest in het S.Z.-stelsel opnemen. Die intentie wordt nog versterkt door de bevoegdheid van de speciale commissie om de echt professionelen met laag inkomen toch verzekeringsplichtig te maken.

2) De bijdragen komen zowel van de artiest zelf, als van de inrichter van het schouwspel, als van degene die profijt haalt uit de verspreiding of de exploitatie van het artistiek werk (zelfs na overlijden van de artiest). Dus ook de platenfirma's dragen bij tot de financiering.

5. *Besluit.* Het op poten zetten, zonder hiaten, van een S.Z.-regeling voor de schouwspelartiest, is een hele klus. Enerzijds is er de sterke heterogeniteit van de betrokken artiesten (amateurs, professionelen, groepsartiesten, individuen, free lance, vast verbonden, enz.), anderzijds is er de noodzaak van een minimale administratieve belasting.

Hoe zwaar de uitdaging ook is, het mag voor de Belgische beleidsinstanties geen excuus zijn om vrede te nemen met de huidige regeling, die niet vrij van lacunes mag worden genoemd. Ook uit hoofde van een schouwspelberoep dienen er sociale bijdragen te worden gestort, hetzij in het ene hetzij in het andere stelsel. Momenteel wordt er in België aan die verplichting geen volledige uitvoering gegeven.

Er liggen twee keuzemogelijkheden open: ofwel laat men geen twijfel erover bestaan dat *alle* schouwspelartiesten onder het werknemersstelsel vallen (en spiegelt men zich aan bv. het Franse systeem), ofwel wijzigt men de momenteel vigerende tekst dermate dat geen twijfel meer erover bestaat dat men *bepaalde artiesten* voor de S.Z. als zelfstandigen beschouwt. Wat dit laatste betreft, is het bewezen dat

een aanpassing van de tekst van het K.B. van 28 november 1969 een aanvaardbare oplossing kan brengen, zoals dat destijds voor de *thuisarbeiders* gebeurd is, het K.B. van 15 juni 1970 heeft immers (op advies van de N.A.R. — advies nr. 323 van 3 april 1970) aan artikel 3, 4°, van het K.B. van 28 november 1969 een passus toegevoegd, die de manifest zelfstandige thuisarbeiders uit de S.Z. voor werknemers sluit.

Het voorstel van de R.S.Z. om een analoge tekstwijziging aan te brengen voor de schouwspelartiesten lijkt daartoe geëigend. Artikel 3, 2°, van het K.B. van 28 november 1969 zou door de navolgende tekst kunnen vervangen worden:

«2° de schouwspelartiesten, zoals de dramatische, lyrische, choreografische en variétéartiesten, alsmede de musici, de orkestleiders, de balletmeesters, de aanvullingsartiesten die tegen betaling van een loon aangeworven worden om *onder gelijkaardige voorwaarden als die van een arbeidsovereenkomst* op te treden tijdens voorstellingen, repetities, radio- en televisieuitzendingen, film, plaat- of bandopnamen, alsmede tot de personen die deze artiesten aanwerven; die bepalingen vinden echter geen toepassing wanneer de artiest ter gelegenheid van familiegebeurtenissen optreedt» (N.A.R., advies nr. 712, zitting 22 december 1981, op vraag om advies van de minister van Sociale Voorzorg van 26 september 1981).

Na een dergelijke tekstwijziging blijft alleszins de noodzaak bestaan om t.a.v. de niet-zelfstandige artiesten een bijdrageregeling uit te werken die voor de betrokken administratie (R.S.Z.), de inrichters van een schouwspel en de artiesten zelf geen meerdere moeilijkheden teweegbrengt. Het Franse systeem kan hiertoe inspirerend werken.

Hubert De Clercq

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER — 14 JUNI 1982

Voorzitter: de h. Meeùs

Raadsheer-rapporteur: de h. Sury

Advocaat-generaal: de h. Lenaerts

Advocaten: mrs. Simont en Bützler

Betekening en kennisgeving — Afschrift van een exploit van betekening — Ontbreken van handtekening van de gerechtsdeurwaarder — Nietigheid.

Het afschrift van een exploit van betekening is een akte in de zin van art. 862, § 1, 2°, Ger. W. Het afschrift dat niet door de optredende gerechtsdeurwaarder is ondertekend, is nietig, ook al zijn door het ontbreken van de handtekening geen belangen geschaad.

De nietigheid van het afschrift als gevolg van het ontbreken van de handtekening kan niet worden gedekt door de regelmatigheid van het origineel van de akte.

B. t/ V.Z.W. D.

Gelet op het bestreden arrest, op 30 juni 1981 door het Arbeidshof te Antwerpen gewezen;

Over het middel, afgeleid uit de schending van de artikelen 43, 45, 860, 861, 862, § 1, 2°, 867 van het Gerechtelijk Wetboek en 97 van de Grondwet,

doordat het arrest, na te hebben vastgesteld dat, hoewel het origineel van de akte van verzet door de deurwaarder werd ondertekend, dit niet het geval was voor het afschrift betekend en afgegeven aan verweerster, oordeelt dat uit artikel 862, § 1, 2°, van het Gerechtelijk Wetboek blijkt dat de niet-ondertekening door de gerechtsdeurwaarder van het afschrift van het exploit, de nietigheid van dit afschrift teweegbrengt, deze nietigheid ambtshalve door de rechter moet worden uitgesproken zonder na te gaan of de partij aan wie het exploit is betekend, door het ontbreken van de handtekening van de gerechtsdeurwaarder schade heeft geleden, en ten slotte dat deze nietigheid niet gedekt kan worden door de regelmatigheid van de originele akte,

terwijl, eerste onderdeel, artikel 861 van het Gerechtelijk Wetboek bepaalt dat een rechter een proces-handeling alleen nietig kan verklaren indien het aangeklaagde verzuim of de aangeklaagde onregelmatigheid de belangen schaadt van de partij die de exceptie opwerpt en de artikelen 862 en 863 van het Gerechtelijk Wetboek op deze algemene regel een aantal uitzonderingen aanbrengen die derhalve restrictief en niet per analogiam dienen te worden geïnterpreteerd; in artikel 862, § 1, 2°, geen sprake is van een onregelmatigheid betreffende de ondertekening van het afschrift van de akte doch enkel van een onregelmatigheid betreffende de ondertekening van de akte zelf; het Gerechtelijk Wetboek duidelijk een onderscheid maakt tussen het vereiste van de ondertekening van het exploit en het vereiste van de ondertekening van het afschrift van het exploit, welke vereisten in afzonderlijke artikelen (artikelen 43 en 45) worden voorgeschreven; het arrest, door te oordelen dat het door eiser ingeroepen gebrek aan belangenschade ter zake niet dienend is, de in het middel aangeduide wetsbepalingen schendt;

tweede onderdeel, artikel 867 van het Gerechtelijk Wetboek bepaalt dat, wanneer de vermelding van een vorm verzuimd is of onregelmatig is geschied, zulks geen nietigheid van de rechtspleging ten gevolge kan hebben, indien uit de gedingstukken blijkt dat die vorm werkelijk in acht is genomen; het ontbreken van de handtekening van de gerechtsdeurwaarder op het afschrift van de akte derhalve slechts de nietigheid van de proceshandeling tot gevolg heeft voor zover noch uit het origineel van de akte, noch uit enig ander gedingstuk blijkt dat de gerechtsdeurwaarder het afschrift van de akte aan de geadresseerde heeft afgegeven; het arrest, door te oordelen dat artikel 867 van het Gerechtelijk Wetboek ter zake niet van toepassing is, hoewel uit het origineel van de akte van verzet blijkt dat het afschrift ervan aan verweerster werd afgegeven, de in het middel aangeduide wetsbepalingen, inzonderheid artikel 867, schendt:

Wat het eerste onderdeel betreft:

Overwegende dat, krachtens de artikelen 43 en 45 van het Gerechtelijk Wetboek, niet alleen het exploit van betekening zelf maar ook het afschrift ervan op straffe van nietigheid door de optredende gerechtsdeurwaarder getekend moet zijn;

Dat de partij die het betekende afschrift ontvangt, alleen aan de hand daarvan kan nagaan of de betekening wel degelijk door de gerechtsdeurwaarder wordt gedaan;

Dat het afschrift van een exploit van betekening een akte is in de zin van artikel 862, § 1, 2°, van het Gerechtelijk Wetboek; dat het afschrift dat niet door de optredende gerechtsdeurwaarder ondertekend is, nietig is, ook al zijn door het ontbreken van de handtekening geen belangen geschaad;

Wat het tweede onderdeel betreft:

Overwegende dat de handtekening van de gerechtsdeurwaarder een op zich zelf staand geldigheidsvereiste van het afschrift van het exploit van betekening is waarvan noch de handtekening op het origineel noch enig ander gedingstuk kan aantonen dat het werkelijk in acht is genomen;

Dat het arbeidshof een juiste toepassing van artikel 867 van het Gerechtelijk Wetboek maakt, nu het beslist dat de nietigheid van het afschrift als gevolg van het ontbreken van de handtekening niet kan worden gedekt door de regelmatigheid van het origineel van de akte;

Dat het middel naar recht faalt;

(...)

NOOT—*De ondertekening van het afschrift van een exploit door de gerechtsdeurwaarder*

1. Volgens artikel 43 van het Gerechtelijk Wetboek moet een exploit van betekening, op straffe van nietigheid, door de optredende gerechtsdeurwaarder ondertekend zijn en een aantal vermeldingen bevatten. Artikel 45 van het Gerechtelijk Wetboek bepaalt dat het *afschrift* van het exploit, op straffe van nietigheid, alle vermeldingen van het origineel moet bevatten en door de gerechtsdeurwaarder getekend moet zijn.

Het besproken arrest geeft een antwoord op de vraag welke de gevolgen zijn van het ontbreken van de handtekening van de deurwaarder op het afschrift van het exploit.

2. Het arrest overweegt «dat de partij die het betekende afschrift ontvangt, alleen aan de hand daarvan kan nagaan of de betekening wel degelijk door de gerechtsdeurwaarder wordt gedaan».

Deze overweging steunt in feite op twee principes.

In de eerste plaats gaat zij ervan uit dat *alleen de handtekening* kan bewijzen dat het exploit wel degelijk van een gerechtsdeurwaarder afkomstig is. Deze opvatting haakt aan bij de rechtspraak van het Hof van Cassatie onder de gelding van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, volgens welke de handtekening van de gerechtsdeurwaarder die een exploit betekent, een essentiële vorm is, bij ontstentenis waarvan het geschrift geen deurwaardersakte is (Cass., 6 september 1962, *Pas.*, 1963, I, 29; Cass., 27 februari 1964, *Pas.*, 1964, I, 687, en *R.W.*, 1965-66, 1155; Cass., 26 november 1964, *Pas.*, 1965, I, 303; Cass., 10 november 1966, *Arr. Cass.*, 1967, 344; in dezelfde zin ook Cass., 7 juli 1873, *Pas.*, 1873, I, 251; Cass., 5 augustus 1879, *Pas.*, 1879, I, 384; Cass., 3 maart 1960, *Arr. Verbr.*, 1960, 633; *R.P.D.B.*, tw. Exploit, nr. 242). Men kan zich nochtans afvragen of het bewijs van het optreden van een gerechtsdeurwaarder niet eveneens uit andere feiten of vermeldingen zou kunnen blijken (zie hierna, nr. 4).

Anderzijds gaat de geciteerde overweging er eveneens van uit dat de partij, voor wie het afschrift bestemd is,

alleen aan de hand van dit *afschrift* de regelmatigheid van de betekening kan nagaan. Aldus wordt aangesloten bij de vroegere rechtspraak van het Hof van Cassatie, volgens welke het afschrift van een exploit «als origineel geldt» voor de partij aan wie het exploit betekend wordt (Cass., 4 februari 1833, met conclusie advocaat-generaal Defacqz, *Pas.*, 1832-1834, I, 29; Cass., 20 februari 1928, *Pas.*, 1928, I, 83; Cass., 6 april 1936, *Pas.*, 1936, I, 212; Cass., 6 september 1962, *Pas.*, 1963, I, 29; Cass., 27 februari 1964, *Pas.*, 1964, I, 687, en *R.W.*, 1965-66, 1155; Cass., 26 november 1964, *Pas.*, 1965, I, 303; Cass., 16 maart 1965, *Pas.*, 1965, I, 751; Cass., 10 november 1966, *Arr. Cass.*, 1967, 344). Ook hier kan men zich afvragen of de partij aan wie een exploit is betekend, niet in de gelegenheid is om de hoedanigheid van de optredende gerechtsdeurwaarder na te gaan aan de hand van bijvoorbeeld het origineel van het exploit. Niets belet immers dat, ingeval het exploit bijvoorbeeld een akte van verzet is, zoals in de aan het Hof van Cassatie voorgelegde zaak, de verweerder op verzet het dossier van de rechtspleging raadpleegt, waarin zich o.m. het origineel van de akte bevindt (artt. 721, 1°, en 725, eerste lid, van het Gerechtelijk Wetboek.)

In het licht van de voorgaande beschouwingen is het niet duidelijk waarom het besproken arrest een voor betwisting vatbare overweging bevat, terwijl het slechts hoefde te verwijzen naar de uitdrukkelijke nietigheidssanctie, gesteld in artikel 45 van het Gerechtelijk Wetboek. Wellicht heeft het Hof van Cassatie met de geciteerde overweging reeds een grondslag willen geven voor zijn beslissing i.v.m. de toepasselijkheid van artikel 862, § 1, 2°, van het Gerechtelijk Wetboek. Zoals hieronder evenwel zal worden uiteengezet, roept deze laatste beslissing andere vragen op.

3. Artikel 862, § 1, 2°, van het Gerechtelijk Wetboek bepaalt dat de regel van artikel 861 — geen nietigheid tenzij de belangen van de partij die de exceptie inroept, door het verzuim of de onregelmatigheid geschaad zijn — niet geldt «voor een verzuim of een onregelmatigheid betreffende ... de ondertekening van de akte».

Het lijdt geen twijfel dat de nietigheid die, volgens artikel 43 van het Gerechtelijk Wetboek, gesteld wordt op het verzuim het *origineel* van het exploit te ondertekenen, onder de «absolute» nietigheden valt, bedoeld in artikel 862, § 1, 2° (zie aldus bv. Kh. Brussel, 28 januari 1969, *B.R.H.*, 1969, 39; Arbrb. Hasselt, 19 maart 1976, *R.W.*, 1976-77, 299; Vred. Grâce-Hollogne, 3 juni 1980, *Jur. Liège*, 1980, 247).

Door de eiser in cassatie was evenwel aangevoerd dat het ontbreken van een handtekening op het *afschrift* van een exploit tot geen «absolute» nietigheid, in de zin van artikel 862, § 1, 2°, kan leiden, doch intendeel slechts een nietigheid oplevert, die dient te worden beoordeeld volgens de regel van artikel 861. De eiser steunde daarbij op het gebruik van de term «akte» in de tekst van artikel 862, § 1, 2°, en stelde deze tegenover de term «afschrift», voorkomend in de tekst van artikel 45.

Dit middel wordt evenwel terecht verworpen door het Hof van Cassatie. Geen wetsbepaling laat toe de term «akte» te stellen tegenover de term «afschrift», in de zin van «origineel» tegenover «afschrift». Integendeel blijkt uit o.m. artikel 32, 2°, van het Gerechtelijk Wetboek dat de «akte» een generieke term is, die slaat op zowel het origineel — soms ook, enigszins onnauwkeurig, eenvoudig het

«exploot» genoemd (zie bijv. artikel 45) — als op het afschrift. Aldus moet aangenomen worden dat de nietigheid ten gevolge van de niet-ondertekening van een afschrift begrepen is in de gevallen bedoeld in artikel 862, § 1, 2° (in dezelfde zin, o.m., Rb. Antwerpen, 14 oktober 1981, *R.W.*, 1981-82, 2421).

Zulks betekent m.a.w., zoals het besproken arrest het stelt, «dat het afschrift dat niet door de optredende gerechtsdeurwaarder ondertekend is, nietig is, ook al zijn door het ontbreken van de handtekening geen belangen geschaad» (in dezelfde zin, op grond van de vroegere theorie van de «substantiële vormvereisten», Cass., 6 september 1962, *Pas.*, 1963, I, 29; Cass., 10 november 1966, *Arr. Cass.*, 1967, 344).

4. De belangrijkste bijdrage van het besproken arrest ligt in het vlak van de interpretatie van artikel 867 van het Gerechtelijk Wetboek. Deze wetsbepaling luidt als volgt: «Wanneer de vermelding van een vorm verzuimd is of onregelmatig is geschied, kan zulks geen nietigheid van de rechtspleging ten gevolge hebben, indien uit de gedingstukken blijkt dat die vorm werkelijk in acht is genomen».

Van deze bepaling werd gezegd dat zij «de springplank naar deformalisering voor de toekomst» is (Ph. De Bruyne en M. Heymans, «Enkele aspecten van de nietigheidstheorie in het Gerechtelijk Wetboek», in *Tien jaar Gerechtelijk Wetboek, Ius*, I, Antwerpen, 1981, (93), p. 110, nr. 31. Zie over deze bepaling ook R. Soetaert, «Nietigheid wegens vormverzuim en verval door tijdsverloop ter zake van proceshandelingen (artt. 860 tot 865 en 867 Ger. W.)», in *Actuele problemen van gerechtelijk privaatrecht*, G. Van Dievoet (ed.), Leuven, 1976, (41), pp. 68-69, nrs. 50-51).

Het Hof van Cassatie heeft deze «springplank» nochtans niet benut. Het beslist «dat de handtekening van de gerechtsdeurwaarder een op zich zelf staand geldigheidsvereiste van het afschrift van het exploit van betekening is, waarvan noch de handtekening op het origineel noch enig ander gedingstuk kan aantonen dat het werkelijk in acht is genomen». Aldus sluit het Hof aan bij zijn rechtspraak van vóór het Gerechtelijk Wetboek (Cass., 6 september 1962, *Pas.*, 1963, I, 29; Cass., 26 november 1964, *Pas.*, 1965, I, 303; Cass., 10 november 1966, *Arr. Cass.*, 1967, 344; in dezelfde zin: Rb. Antwerpen, 14 oktober 1981, *R.W.*, 1981-82, 2421; *R.P.D.B.*, tw. Exploit, nr. 27; M. Flamée, «Verplichte vermeldingen van het exploit van betekening — Mogelijkheden om een aankopende deelgenoot tot betaling te dwingen», noot onder Cass., 18 november 1977, *R.W.*, 1978-79, (91), 91, nr. 2.)

Hoewel moeilijk zou kunnen worden beweerd dat deze beslissing onredelijk is, zou het toch ook mogelijk zijn, uitgaande van de essentie van de betekening — het ter kennis brengen van een akte, door bemiddeling van een ministerieel ambtenaar (artikel 32, 1°, van het Gerechtelijk Wetboek) —, de handtekening te beschouwen als een «vermelding», in de zin van artikel 867, dat de werkelijk essentiële formaliteit, met name het optreden van een gerechtsdeurwaarder, vervuld is. In die optiek zou een niet-ondertekend afschrift de nietigheid van de betekening niet tot gevolg hebben, indien uit de gedingstukken, in het bijzonder het origineel, zou blijken dat een deurwaarder werkelijk is opgetreden (zie bv. Arbrb. Verviers, 28 maart 1974, *Jur. Liège*, 1974-75, 133; Rb. Huy, 19 februari 1975, *Jur. Liège*, 1974-75, 282; F. Rigaux, «La théorie des nullités», *Ann.*

dr., 1968, (419), p. 427, nr. 21; P. Rouard, *Traité élémentaire de droit judiciaire privé*, II, Brussel, 1975, p. 215, nr. 238; A. Fettweis, A. Kohl en G. de Leval, *Droit judiciaire privé*, Liège, 1980, 5e uitg., II, p. 233, nr. 204).

De restrictieve interpretatie van het Hof van Cassatie daarentegen dreigt de praktische betekenis van artikel 867 gevoelig te beperken. Om dit te verhelpen zou een wetgevende «bijwerking» van deze wetsbepaling niet ongelegen komen.

In dit verband zij verwezen naar het voorstel van Fettweis om o.m. de volgende bepalingen in het Gerechtelijk Wetboek op te nemen: «Même lorsqu'il s'agit d'une des irrégularités visées par l'article 862, le juge a l'obligation de refuser d'annuler la procédure chaque fois qu'il est matériellement possible d'ordonner la régularisation de l'instance. Il fixe le délai, aussi bref que possible, dans lequel la partie devra accomplir la formalité omise, corriger ou compléter l'acte irrégulier» (artikel 867bis, geciteerd door Ph. De Bruyne en M. Heymans, *o.c.*, p. 110, nr. 31). Nog doeltreffender zouden de volgende bepalingen zijn: «Quelle que soit l'importance du vice de forme dont il est affecté, même si l'irrégularité commise est reprise dans l'énumération de l'article 862, un acte de procédure ne peut être annulé lorsqu'il a atteint le but auquel il était destiné» (artikel 867quater, geciteerd door Ph. De Bruyne en M. Heymans, *o.c.*, p. 104, nr. 19).

Dergelijke bepalingen, die de nietigverklaring van een betekening, althans in een geval als behandeld in het besproken arrest, onmogelijk zouden maken, zouden nuttig kunnen bijdragen tot de «dienende functie van het procesrecht» (zie R. De Corte, «Hoe autonoom is het procesrecht? Studie van enkele raakvlakken tussen materieel recht en gerechtelijk recht», *T.P.R.*, 1980 (1), p. 29, nr. 66; J. Laenens, *De bevoegdheidsovereenkomsten naar Belgisch recht*, Bibliotheek van gerechtelijk recht, X, Antwerpen, 1981, p. 3, nr. 9).

5. Ondertussen houdt het besproken arrest — eens te meer — een waarschuwing in aan het adres van de gerechtsdeurwaarder (zie eerder reeds de strenge interpretatie van bv. de artikelen 35, tweede lid, en 862, § 1, 9°, van het Gerechtelijk Wetboek, bekritiseerd door o.m. A. Fettweis, «La signification des exploits et le Code Van Reepinghen», *J.T.*, 1981, (405), p. 407).

Het gevolg is dat de bepaling die wellicht het meest aan praktisch belang wint ingevolge het besproken arrest, daarin niet vermeld is. Bedoeld wordt artikel 866 van het Gerechtelijk Wetboek, dat de optredende ambtenaar aansprakelijk stelt voor de kosten en de schade veroorzaakt door nietige akten...

Paul Lemmens
Assistent K.U.Leuven

RAAD VAN STATE

7e KAMER — 18 MAART 1982

Voorzitter: de h. Baeteman

Staatsraden: de hh. Depondt (rapporteur) en Debaedts

Eerste auditeur: de h. Similon

O.C.M.W. — Geschillen inzake terugvordering van onkosten — Bevoegdheid burgerlijke rechter.

De gewone rechter is bevoegd om van de geschillen inzake terugvordering van door het O.C.M.W. gedane onkosten kennis te nemen; de bevoegdheid van de burgerlijke rechtbank sluit die van de beroepskamer uit.

Arrest nr. 22.130
C. t/ O.C.M.W. Edegem

Overwegende dat het beroep strekt tot vernietiging van de beslissing van 15 december 1977 van de Beroepskamer van de openbare centra voor maatschappelijk welzijn van de provincie Antwerpen, waarbij het beroep ongegrond verklaard wordt dat de verzoekster had ingesteld tegen een beslissing van het openbaar centrum voor maatschappelijk welzijn van Edegem tot terugvordering van een bedrag van 31.067 frank zijnde de onderhoudskosten gedaan voor haar overleden man die in het rustoord Molenheide te Wijnegem was opgenomen;

Overwegende dat in strijd met hetgeen de verwerende partij in een exceptie van niet-ontvankelijkheid betoogt, niet de Beroepskamer van de openbare centra voor maatschappelijk welzijn van de provincie Antwerpen, maar het O.C.M.W. van Edegem verwerende partij is; dat immers de Beroepskamer een administratief rechtscollege is en dat het O.C.M.W. van Edegem ter zake voor deze Beroepskamer de verwerende partij was;

Overwegende dat de feiten als volgt samengevat kunnen worden:

1. Op 12 juli 1977 werd Fr. H., echtgenoot van verzoekster, in het rustoord «Kasteel Molenheide» te Wijnegem opgenomen. Hij was 89 jaar oud. Op 16 augustus 1977 vertrok hij uit het rustoord om opgenomen te worden in het Algemeen Ziekenhuis Stuivenberg waar hij op 10 november 1977 overleed.

2. Verzoekster geniet een overlevingspensioen van 8.367 fr. per maand, terwijl haar zoon A. H. als mindervalide ten gevolge van een arbeidsongeval, een bestendige vergoeding heeft van 10.300 fr. per maand.

Zijn vader had de opbrengst van de verkoop van een huis te Edegem dat zijn eigendom was, op de bank uitgezet terwijl de moeder — huidige verzoekster — een huis te Menton dat haar eigendom was, had verkocht.

3. De Raad van het O.C.M.W. van Edegem besliste op 8 september 1977 de onderhoudskosten van Fr. H. in het rustoord Molenheide, 31.067 fr., die door het O.C.M.W. waren betaald, terug te vorderen.

Bij schrijven van 9 november 1977 stelde Fr. H. hiertegen beroep in bij de Beroepskamer. Hij overleed de dag daarop.

4. Op 15 december 1977 verklaarde de Beroepskamer het beroep ontvankelijk doch ongegrond «gezien uit het dossier het vermoeden van voldoende inkomsten tot uiting komt».

Wat de bevoegdheid van de Beroepskamer betreft

Overwegende dat luidens artikel 71 van de wet van 8 juli 1976 betreffende de openbare centra voor maatschappelijk welzijn «een ieder in beroep kan gaan tegen een beslissing inzake individuele dienstverlening te zijnen opzichte genomen door de raad van het openbaar centrum voor maatschappelijk welzijn...»;

dat het beroep van verzoekster niet gericht is tegen een beslissing inzake individuele dienstverlening maar tegen een terugvordering door het O.C.M.W. van door hem betaalde onderhoudskosten; dat artikel 98, § 1, van de voornoemde wet van 8 juli 1976 in dit verband bepaalt dat, «onverminderd de toepassing van andere wettelijke en reglementaire bepalingen, het openbaar centrum voor maatschappelijk welzijn, rekening houdend met de inkomsten van de betrokkene, het deel bepaalt dat de begunstigde moet bijdragen in de kosten van de maatschappelijke dienstverlening»; dat luidens artikel 99, § 1, van dezelfde wet het openbaar centrum voor maatschappelijk welzijn de kosten van de hulpverlening kan «terugvorderen» en dat luidens artikel 102 van dezelfde wet «de vordering tot terugbetaling bedoeld in de artikelen 98 en 99 verjaart overeenkomstig artikel 2277 van het Burgerlijk Wetboek»;

Overwegende dat voornoemde artikelen 98, 99 en 102 grotendeels overgenomen zijn uit de artikelen 16, 17 en 18 van de wet van 2 april 1965 betreffende het ten laste nemen van de steun verleend door de commissies van openbare onderstand; dat zoals onder het regime van deze wet ook volgens de wet van 8 juli 1976 klaarblijkelijk de gewone rechter bevoegd is om van de geschillen inzake terugvordering van door de C.O.O. of het O.C.M.W. gedane onkosten kennis te nemen; dat immers onder het regime van voornoemde wet van 2 april 1965 geen beroepskamers bestonden die eerst door de wet van 8 juli 1976 betreffende de openbare centra voor maatschappelijk welzijn zijn ingesteld en dat de verjaring van de vordering tot terugbetaling overeenkomstig artikel 2277 van het Burgerlijk Wetboek, wijst op een vordering voor de burgerlijke rechtbank; dat de bevoegdheid van de burgerlijke rechtbank die van de Beroepskamer uitsluit; dat wegens de onbevoegdheid ter zake van de Beroepskamer haar beslissing vernietigd moet worden; dat dit middel ambtshalve dient te worden opgeworpen;

Overwegende dat de Beroepskamer opgetreden is in het belang van het algemeen; dat het derhalve past de kosten van het geding ten laste te leggen van de Vlaamse Gemeenschap,

Besluit:

Artikel 1.

Vernietigd wordt de beslissing van 15 december 1977 van de Beroepskamer van de openbare centra voor maatschappelijk welzijn van de provincie Antwerpen waarbij het beroep ongegrond verklaard wordt dat Maria C. had ingesteld tegen een beslissing van het openbaar centrum voor maatschappelijk welzijn van Edegem tot terugvordering van een bedrag van 31.067 frank zijnde de onderhoudskosten gedaan voor haar overleden man die in het rustoord Molenheide te Wijnegem was opgenomen.

Artikel 2.

De kosten, bepaald op zeventienhonderd vijftig frank, komen ten laste van de Vlaamse Gemeenschap.

HOF VAN BEROEP TE BRUSSEL*6e KAMER — 28 SEPTEMBER 1981*

Voorzitter: de h. Caron

Raadsheren: de hh. Deviaene en Van Malderen

Advocaten: mrs. Serweytens de Mercx, Buekens loco Asscherickx, Vercruyse en Persoons

Onrechtmatige daad — Aansprakelijkheid — Dieren — Hond die de openbare weg oversteekt — Uitwijkingsmaneuver van autobestuurder — Niet gerechtvaardigd.

Het verschijnen van een dier op de openbare weg, ten deze honden van middelmatige gestalte, waardoor de veiligheid van een autobestuurder niet in het gedrang noch in gevaar wordt gebracht, vormt geen reden om bruusk te remmen.

P. t/ C. e.a.

Overwegende dat de eerste rechter een beknopte uiteenzetting gaf van het voorwerp van de oorspronkelijke vorderingen en van de feitelijke omstandigheden van de aanrijding, welke zich op 5 mei 1977 voordeed te Sint-Genesius-Rode, Zoniënwoodlaan, tussen het voertuig van appelland en het stilstaand voertuig van eerste geïntimeerde; dat het hof naar deze uiteenzetting verwijst;

Overwegende dat appelland de eerste rechter ten grieveduidt de oorspronkelijke hoofdvordering van eerste geïntimeerde tegen hem gegrond te hebben verklaard, omdat hij niet meester is gebleven van zijn voertuig, en zijn tussenvordering tegen tweede en derde geïntimeerden ongegrond te hebben verklaard;

Overwegende dat uit de vaststelling van de verbalisant blijkt dat het gezichtsveld 900 meter bedroeg en dat het wegdek vochtig was;

Overwegende dat uit de elementen van het geseponeerd straf dossier blijkt dat de honden waarvan gewag wordt gemaakt, geen onvoorziene hindernis hebben gevormd voor appelland (zie o.a. verklaring D.), evenmin als voor laatstgenoemde, die uit de tegenovergestelde richting kwam aangereden en nog tijdig kon stoppen om ze te ontwijken;

Overwegende dat appelland zelf verklaarde dat hij weg-schoof («dérapé»), hetgeen bevestigd wordt door getuigen Deh. die verklaarde: «La voiture (van appelland) a dérapé sur le sol mouillé»;

Overwegende dat uit deze gegevens dient te worden afgeleid dat er geen oorzakelijk verband bestaat tussen het rondlopen van de honden, welke, volgens appelland, aanleiding waren voor zijn uitwijkingsmaneuver en de gevolgen van het ongeval;

Overwegende dat appelland dit manoeuvre ten onrechte uitvoerde, daar het totaal buiten verhouding was met de voor hem zichtbare hindernis, te weten honden met middelmatige gestalte;

Overwegende dat het verschijnen van een dier op de openbare weg, dat de veiligheid van een autobestuurder niet in het gedrang of in gevaar brengt, geen reden is om bruusk te remmen (Hof Gent, 20 jan. 1970, *R.G.A.R.*, 1970, 8418; zie ook *R.G.A.R.*, 1970, 8508, en 1980, 10243);

Overwegende dat, nu niet bewezen is dat de honden plots en onverwacht en in rechte lijn de rijweg zouden hebben overgestoken, terwijl zij geen onvoorziene hindernis voor appelland vormden, appelland de artikelen 8.3 en 10.1 van het Wegverkeersreglement heeft miskend, daar hij niet de nodige rijvaardigheid bezat en niet in staat was alle nodige rijbewegingen uit te voeren, zodat hij uitsluitend aansprakelijk is voor al de gevolgen van de aanrijding;

(...)

NOOT—Zie in dezelfde zin: Hof Gent, 20 januari 1970, *R.G.A.R.*, 1970, nr. 8418; Rb. Brussel, 13 maart 1970, *R.G.A.R.*, 1970, nr. 8508; Rb. Charleroi, 9 november 1979, *R.G.A.R.*, 1980, nr. 10243; zie hierover: H. Vandenberghe, M. Van Quickenborne en P. Hamelink, «Overzicht van rechtspraak. Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad (1964-1978)», *T.P.R.*, 1980, 1269-1270, nr. 105.

BURGERLIJKE RECHTBANK TE MECHELEN*1e KAMER — 10 NOVEMBER 1981*

Voorzitter: de h. Wauters

Rechters: de hh. de Forche en Van de Walle

Advocaten: mrs. Samain en Boliau

Huur — Staat van het gehuurde goed — Geen plaatsbeschrijving opgemaakt bij het begin van de huur — Beding waarbij de huurder erkent het gehuurde goed in goede staat ontvangen te hebben — Betekenis en draagwijdte.

Wanneer bij het begin van de huur door partijen geen plaatsbeschrijving werd opgemaakt en de huurder krachtens een beding in de huurovereenkomst erkent het gehuurde goed in goede staat ontvangen te hebben, wordt hij vermoed het goed in die staat te hebben ontvangen.

H. t/ N.V. I.

Overwegende dat appelland op 16 augustus 1976 een schriftelijke huurovereenkomst aanging met geïntimeerde betreffende een goed omschreven als villa met hof om dienst te doen als woonhuis, dit met ingang van 1 januari 1976;

Overwegende dat een huurwaarborg ten bedrage van 54.000 fr. werd geconsigneerd door geïntimeerde bij de N.V. Kredietbank;

Overwegende dat de huurovereenkomst op 30 juli 1978 beëindigd werd, datum waarop appelland de sleutels terug in zijn bezit nam;

Dat op dezelfde datum een afrekening werd opgesteld waarbij geïntimeerde samen met de huishuur der maand juli 1978 een bedrag van 7.758 fr. betaalde, zijnde de waarde van de resterende hoeveelheid stookolie, zonder verder enig geschreven voorbehoud te maken aangaande de huurschade;

Overwegende dat appelland het huis terug betrokken vanaf 30 juli 1978;

Overwegende dat op 2 augustus 1978 bij aangetekend schrijven appelland aan geïntimeerde liet weten dat hij de

waarborgsom slechts zou deblokkeren indien geïntimeerde een reeks herstellingen en werken zou betalen met betrekking op o.a. het vast tapijt en het onderhoud van de tuin ;

Overwegende dat appellant op 18 augustus 1978 een minnelijke schikking voorstelde om de waarborgsom vrij te maken indien anderzijds een bedrag van 11.940 fr. door geïntimeerde zou worden voldaan ; dat echter geïntimeerde op dit voorstel niet is ingegaan ;

In rechte

Overwegende dat bij het begin der huur geen plaatsbeschrijving gemaakt werd ;

Dat integendeel beide partijen uitdrukkelijk te kennen hebben gegeven geen beroep te doen op een expert noch bij het betrekken noch bij het verlaten van de villa en eventuele geschillen op minnelijke wijze te zullen regelen ;

Overwegende dat luidens art. 1731 B.W., gewijzigd door art. 1 van de wet van 7 november 1973, vermoed wordt dat de huurder het gehuurde goed ontvangen heeft in dezelfde staat als waarin het zich bevond op het einde van de huurovereenkomst, behoudens het tegenbewijs dat door alle middelen rechtens kan worden geleverd ;

Overwegende dat krachtens art. 9 van de huurovereenkomst de huurder erkent het huis in goede staat ontvangen te hebben ;

Overwegende dat «lorsque la convention de location stipule que les locataires reconnaissent avoir reçu les lieux loués en bon état locatif, cette clause contractuelle constitue un état des lieux d'entrée, dont la rédaction n'est soumise à aucune forme sacramentelle. La clause d'un acte de bail obligeant les locataires à remettre les lieux loués en bon état à la fin de la location est légale et valable quelle que soit la teneur de l'état des lieux d'entrées» (Civ. Brux. 22 december 1976, Rec.gén. 1978, p. 337 ; Rec. An. Jur. Belge 1979, p. 97, nr. 17) ;

Overwegende dat uit de parlementaire annalen blijkt : «Lorsqu'apparaît dans le bail une clause de style selon laquelle le bien est pris en location en bon état, contrairement à la réalité, il y a deux possibilités : il appartient aux parties de solliciter l'établissement d'un état des lieux dans certains délais, au cours du bail, ou d'établir pareil état des lieux volontairement» (Senaat, zitting van 8 febr. 1973, *Ann.parl.*, 400 ; zie *J.T.*, «Le nouvel article 1731 C.C.», p. 94, door J. Vankerckhove) ;

Overwegende dat derhalve vermoed wordt dat de huurder het goed in goede staat ontvangen heeft daar geen plaatsbeschrijving werd opgesteld door geen enkel van de partijen ;

Overwegende dat het feit dat op 2 augustus 1978, dus twee dagen na de overhandiging der sleutels, appellant in een aangetekend schrijven, aan geïntimeerde gericht, schrijft : «Wij bevestigen het onderhoud dat wij hadden op 30 juli 1978», en daarna verschillende punten aanhaalt in verband met de huurschade o.m. aan tapijt en grasperken, bewijst dat hij niet het huurgoed terug in bezit heeft genomen zonder enig voorbehoud zoals geïntimeerde het stelt ;

Overwegende dat geïntimeerde de schade, zoals vermeld in het schrijven van 2 aug. 1978 en 8 aug. 1978, niet betwist ; zij beweren enkel dat het goed werd overgelaten zonder enig voorbehoud vanwege appellant (zie brief van 7 aug. 1978) ;

Overwegende dat uit voorgelegde foto's blijkt dat de grasperken niet werden afgemaaid ;

Overwegende dat uit een niet geprotesteerde brief van appellant aan geïntimeerde blijkt dat van 10 juni 1978 de grasperken niet verzorgd waren ;

Overwegende dat, zowel in zijn schrijven van 2 aug. 1978 als in dat van 8 aug. 1978, appellant voor het afmaaien van het gras als voor de post «jardin» 2.000 fr. voorstelt, ofschoon hij op 4 aug. 1978 in het bezit was van een bestek van de P.V.B.A. L. van 43.520 fr. voor het in orde brengen van gans de tuin ;

Overwegende dat uit een schrijven van de heer G. Leon, gebuur en landbouwer, die het gras kwam afmaaien bij geïntimeerde, blijkt dat er geen sprake was van een grasperk of gazon, doch eerder van een weide met hard gras voor de woning, en dat het achter de woning een echte weide was ;

Overwegende dat appellant ook niet bewijst in welke staat de tuin was in augustus 1976 ; dat kan worden aanvaard dat de toestand in 1976 was zoals beschreven door de heer G. Leon ;

Overwegende dat behalve het afmaaien verdere schade niet bewezen is aan de tuin ; dat derhalve de gevraagde som van 2.000 fr. + 120 fr. BTW = 2.120 fr. voor het afmaaien billijk is ;

Overwegende dat als bewezen dient te worden verklaard dat ketel, brander en schouw niet werden gereinigd ; de schade wordt bewezen door de factuur van de aannemer van centrale verwarming L. V. die de werken uitvoerde op 4 aug. 1978 voor 2.040 fr. ; dat deze schade tevens ook niet wordt betwist ;

Overwegende dat, hoewel ook bewezen dient te worden verklaard de schade aan het vast tapijt en het reinigen van de septische put, de hoegrootheid ervan niet bewezen wordt door appellant door enig factuur van reparateur of schatting van de schade door een expert ;

Overwegende dat ex aequo et bono deze posten dienen te worden geschat op 7.000 fr. ;

(...)

NOOT—Zie en vergelijk : Rb. Brussel, 22 december 1976, *Pas.*, 1977, III, 6, *R.G.E.N.*, 1978, 337 ; Vred. Brassaat, 29 oktober 1975, *R.W.*, 1975-76, 1319.

**RECHTBANK VAN KOOPHANDEL TE BRUGGE
AFDELING OOSTENDE**

KORT GEDING — 30 APRIL 1981

Voorzitter : de h. Six

Advocaten : mrs. Delcorde en Van der Perre

Handelspraktijken — Misleidende reclame — Leugenachtige beweringen — Publicatie — Dwangsom.

Een restauranthouder heeft een bericht gepubliceerd waarin hij — in strijd met de waarheid — verklaart dat zijn restaurant zijn eerste «Michelin-ster» heeft gekregen.

Een dergelijke leugenachtige publicatie is misleidend en strijdig met de correcte handelsgebruiken.

Het belang dat de uitgeefster van de gids erbij heeft dat derden zich niet tooien met een ster die zij niet bezitten, is voldoende voor het instellen van een vordering tot staking.

Nu verweerder zelf reeds een rechtzetting heeft laten publiceren, kan publicatie en aanplakking van de beschikking niet bijdragen tot de staking van de praktijk in de toekomst.

Een veroordeling tot een dwangsom is niet verantwoord daar ze verweerder aan een zekere willekeur zou blootstellen.

N.V. M. t/ M.

De vordering strekt ertoe ten aanzien van verweerder de staking te doen bevelen van elke publiciteit waarbij hij gewag zou maken van het verkrijgen van een Michelin-ster voor zijn restaurant B., met publicatie van het vonnis in twee weekbladen en aanplakking aan de gevel en binnen het restaurant gedurende drie maanden; daarenboven verweerder te doen veroordelen tot betaling van een dwangsom van 10.000 frank voor elke miskenning van het uit te spreken verbod en 10.000 frank per dag vertraging bij de aanplakking van het vonnis.

Ontvankelijkheid

De verweerder acht de vraag niet ontvankelijk omdat de eiseres ter zake geen belanghebbende zou zijn.

De vraag wordt gegrond op art. 20 en art. 54 van de wet van 14 juli 1971, misleidende publiciteit en daad strijdig met de eerlijke handelsgebruiken, waarbij een handelaar de beroepsbelangen van een andere handelaar schaadt of tracht te schaden.

De verweerder heeft een bericht gepubliceerd waarbij hij verklaart dat zijn restaurant zijn eerste «Michelin-ster» heeft gekregen, hetgeen geheel in strijd is met de waarheid.

Een dergelijke leugenachtige publicatie is vanzelfsprekend misleidend en strijdig met de correcte handelsgebruiken. De eiseres ondergaat, als uitgeefster van een alom gekende gids van hoteliers en restauranthouders, beslist een bepaalde schade wanneer de verweerder ten onrechte het gerucht verspreidt dat hij in bewuste gids opgenomen is als een eerste klasse restaurant; in elk geval heeft ze er belang bij dat derden zich niet tooien met een «Michelin-ster» die ze niet bezitten. Dit belang is ter zake voldoende (*Decaluwé, Delcorde en Leurquin, Les pratiques du commerce, I, 2°, nrs. 624 e.v. en nr. 774*); partijen moeten daarom niet in concurrentieverband tegenover elkaar staan (*I. Verougstraete, R. W., 1978-79, 826*).

Grond

De verweerder geeft toe dat de door hem gevoerde publiciteit op een misverstand berust en hij geen aanspraak kan maken op een Michelin-ster.

Tevergeefs zou hij opwerpen dat hij deze daad niet meer zal stellen; zolang een dergelijke handeling voor herhaling vatbaar is, is de vraag tot staking gegrond.

In acht genomen dat de verweerder sinds het inleiden der vordering nu zelf een rechtzetting heeft laten publiceren in de bladen waarin het eerste bericht verscheen, waarbij hij erkent geen Michelin-ster te hebben gekregen, zal de publicatie en de aanplakking van het vonnis niet van die aard

zijn dat ze tot de staking in de toekomst bijdragen (art. 58 al. 2).

De vordering tot betaling van een dwangsom is ontvankelijk (A.P.R. V° dwangsom, nr. 94).

De veroordeling tot een dwangsom komt hier nochtans als ongegrond voor daar ze de verweerder zou kunnen blootstellen aan zekere willekeur, daar hij bij iedere eenzijdige — en misschien betwistbare — vaststelling een bepaald bedrag zou te betalen hebben.

(...)

NOOT—Restaurant- en hotelgidsen

1. Wie een restaurantgids samenstelt of uitgeeft, geniet voor deze activiteit het recht van meningsuitings- en persvrijheid. Deze garanderen de criticus het recht om zich zowel lovend als kritisch of negatief over bepaalde prestaties uit te laten. De omvang van dit recht om kritiek te uiten hangt af van de hoedanigheid van de persoon die de kritische uitingen doet, van de bij de criticus aanwezige motieven en van de wijze waarop de kritiek wordt geformuleerd.

De hoedanigheid van de criticus — of hij nu handelaar is of niet — en de motieven waarom hij kritiek uit, zijn van belang voor de toepasbaarheid van artikel 20, 2°, Handelspraktijkenwet dat een verbod van vergelijkende reclame bevat. Zakelijk vergelijkende reclame is slechts verboden indien zij van een handelaar uitgaat (Voorz. Kh. Brussel, 4 febr. 1981, *J.T.*, 1981, 275, noot L. De Brouwer) en moet bedoeld zijn om de verkoop van economische goederen te bevorderen. Alle restaurant- en hotelgidsen worden uitgegeven door handelsondernemingen en geven aanbevelingen in de vorm van sterren, koksmutsen of ketels. Zelfs al wordt aan deze onderscheidingen groot belang gehecht in de betrokken kringen en hebben zij een duidelijke invloed op het klantenbestand, daardoor wordt de gegeven informatie nog geen vergelijkende reclame. Zolang niet *a priori*, bij de doorvoering zelf van de kritiek, de bedoeling aanwezig was om bepaalde restaurants te bevoorstellen, vallen deze niet onder het verbod van artikel 20, 2°, in fine Handelspraktijkenwet. Daaraan verandert ook niets dat een aantal van deze gidsen tevens enkele bladzijden met reclame voor de produkten van de uitgever (autobanden, batterijen, ...) bevatten. Slechts het opnemen van reclame voor restaurants of hotels die in de gids worden besproken kan bedenkingen oproepen.

Ook de vormgeving van de kritiek is belangrijk. Geen persoonlijke animositeit of vooringenomenheid tegen de gekritiseerde mag daaruit blijken (vgl. Hof Brussel, 29 april 1936, *Pand. Pér.*, 1936, 230; Hof Brussel, 30 juni 1975, *J.T.*, 1975, 534). Meestal komt dit tot uitdrukking in een onzakelijke voorstelling: overdreven of beledigende uitdrukkingen, onaantvaardbaar woordgebruik zijn verboden (Hof Luik, 11 maart 1936, *Pas.*, 1936, II, 75). Wanneer zulks aangewezen of geboden is door de omstandigheden, dan kan scherpe kritiek geoorloofd zijn (Cass. fr., 3 febr. 1972, *D.P.*, 1972, 365, met noot). Ook de ironische toon ervan maakt een kritiek niet onrechtmatig (Besançon, 20 nov. 1957, *Gaz. Pal.*, 1958-I-40).

2. Een tweede gevolg van de vrijheid van kritiek die aan de samensteller of de uitgever toekomt, is dat restauranthouders niet kunnen eisen dat hun onderneming in een gids wordt vermeld: daarover oordeelt de samensteller soe-

rein (vgl. Pres. Rb. Amsterdam, 28 dec. 1967, *Nederlandse Jurisprudentie*, 1968, 57). Ook kan de restauranthouder zich niet verzetten tegen de opname van zijn onderneming: wie een onderneming exploiteert, moet in een democratische staat ook kritiek op zijn bezigheid dulden. De ont-plooiing van de persoonlijkheid in het economisch leven brengt vanzelfsprekend met zich mee dat de ondernemer kritiek moet dulden. Een recht om onbesproken te blijven, komt de ondernemer niet toe. Argumenten in deze zin werden vooral door de Duitse rechtspraak ontwikkeld (bv. Bundesgerichtshof, 24 oktober 1961, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, 1962, 108, noot Freiin von Erffa, Waffenhandel). Hieruit volgt ook dat de restauranthouder niet kan eisen dat zijn onderneming onbesproken zal blijven (OLG Frankfurt, 24 januari 1974, *Wettbewerb in Recht und Praxis*, 1974, 212; *Der Betrieb*, 1974, 576).

Indien de samensteller of de uitgever een oproep doet tot de eventuele gegadigden met het oog op de opname van hun restaurant, dan bindt dit aanbod hem en moet hij het nakomen (ten onrechte anders: Rb. Gent, 28 juni 1870, *B.J.*, 1870, 1310). Werd een restaurant steeds opgenomen, maar gebeurt dit thans niet meer, dan mag de weglating niet op willekeur berusten (Cass. fr., 7 okt. 1963, *Bull. civ.*, 1963, II, 97, nr. 32). Hetzelfde geldt voor een wijziging in de beoordeling (OLG Frankfurt, 24 jan. 1974, reeds geciteerd). Klachten van klanten van het betrokken restaurant kunnen een weglating of een wijziging in de beoordeling rechtvaardigen (Cass. fr., 8 dec. 1968, *D.P.*, 1969, 253, noot Couvrat, *J.C.P.*, 1969, II, 15787, noot R. Lindon).

3. Bovenstaand vonnis verdient volle goedkeuring. Samenstellers en uitgevers van gidsen hebben er belang bij hun reputatie van professionele ernst hoog te houden.

Dat de vrijwillige rechtzetting door verweerder van de hem aangewreven misleidende reclame de toewijzing van de gevorderde publicatie en aanplakking overbodig maakt, kan worden aanvaard (vgl. Delcorde, «L'action en cessation. Les mesures de publicité», *Ing. Cons.*, 1978 (207) 210).

Onaanvaardbaar is de overweging waarmee de gevorderde oplegging van een dwangsom wordt afgewezen, omdat zij tegen het instituut zelf is gericht. Dat de verweerder op wie een dwangsom weegt, bij overtreding van het rechterlijk bevel de dwangsom verbeurt en dat eiser zelf beoordeelt of de dwangsom verbeurd werd en of hij ze voor een bepaalde overtreding ook verhaalt, is door de wet gewild (art. 1385^{quater} Ger. W.). Blijkt achteraf dat eiser zulks ten onrechte deed, dan moet hij schadeloosstelling betalen (art. 1398, tweede lid, Ger. W.). In het hier beslechte geval kon zelfs zeer gemakkelijk worden vastgesteld of de veroordeelde restauranthouder het stakingsbevel al dan niet overtreedt. Ten slotte kan ook worden opgemerkt dat verweerder tegen de executie van de dwangsom zou kunnen opkomen in een executiegeschil.

G.L. Ballon

VREDEGERECHT TE GENT

7e KANTON — 28 SEPTEMBER 1981

Rechter: de h. Van Malderen

Advocaten: mrs. Tijtgat en Rijckman loco Callant

Handelshuur — Huuroverdracht — Verzet van de verhuurder — Wettige redenen — Buitengewone omstandigheden — Beëindiging van buitenechtelijke leefgemeenschap — Redenen die tegen een aanvraag tot huurhernieuwing kunnen worden aangevoerd — Grove tekortkomingen van de huurder wegens wanbetaling — Vrije beoordeling van de rechter.

Als buitengewone omstandigheden die een huuroverdracht binnen de twee jaar na het afsluiten van een handelshuurovereenkomst wettigen (zie art. 10, voorlaatste lid, Handelshuurwet) gelden principieel alleen onvoorziene omstandigheden. De beoordeling van de rechter mag evenwel niet te streng zijn, omdat het de bedoeling van de wetgever is geweest bedrog, speculatie of berekening uit te sluiten.

De beëindiging van een buitenechtelijke leefgemeenschap is een feit waarmee rekening kan worden gehouden omdat zij voor de vrouw-huurster zware financiële gevolgen kan hebben. Deze moet evenwel bewijzen dat haar vroegere partner op enigerlei wijze optrad in de uitvoering der huurverbintenissen, minstens haar in de handel bijstond.

De stelling dat de vastgestelde wanbetaling van de huurder voldoende is om een verzet tegen de huuroverdracht te wettigen, omdat de toestand van de verhuurder zou verbeteren nu hij een nieuwe huurder krijgt aan wie hij niets kan verwijten, is onverenigbaar met artikel 11, III, Handelshuurwet, met de belangen van de verhuurder en met het vrije beoordelingsrecht van de rechter.

Als geldige redenen van verzet tegen een huuroverdracht kunnen door de rechter de redenen worden aanvaard die tegen een aanvraag tot huurhernieuwing kunnen worden aangevoerd, inzonderheid grove tekortkomingen wegens wanbetaling.

E. t/ Van S.

Eiser in de zaak A.R. 739/81 heeft met ingang van 1 januari 1980 met verweerster een handelshuurovereenkomst gesloten betreffende een woning te De Pinte. Er wordt niet betwist dat zij vanaf mei 1981 tot op de datum van de zitting, 7 september 1981, geen huishuurgeld meer betaalde, zodat zij gedagvaard werd tot huurontbinding vanaf 1 augustus 1981, tot betaling van de som van 27.450 fr. achterstallige huur, van 9.150 fr. per maand bezettingsvergoeding vanaf 1 augustus 1981 tot en met de maand van verlaten en een wederverhuuringsvergoeding van 27.450 fr., alle sommen vermeerderd met de gerechtelijke interest.

Verweerster had aan eiser zelfs een ongedekte cheque overhandigd.

Op 6 juni 1981 wou verweerster haar handel overlaten en ze betekende overeenkomstig de Handelshuurwet de huuroverdracht op 17 juli 1981 aan eiser, die zich ertegen verzette op 11 augustus 1981. Het verzet steunt op de omstandig-

heid dat zij nog geen twee jaar de handelshuurovereenkomst sloot, op de wanbetaling en op de reeds gegeven opdracht tot dagvaarding tot huurontbinding vanaf 1 augustus 1981.

De vordering van verweerster strekt ertoe de huuroverdracht te horen toestaan en het verzet van de verhuurder ongegrond te horen verklaren. Terzelfder tijd beweert ze dat de woning niet in bewoonbare staat verkeert, zodat de vordering tot huurontbinding zou moeten worden afgewezen, wijl ze aanspraak maakt op 1 fr. provisionele schadevergoeding wegens genotsderving en de aanstelling van een deskundige vordert.

Wat de bewoonbaarheid van de woning betreft, zij opgemerkt dat de huurster dit pas voor het eerst op 11 juni 1981 ontdekt, nadat zij de huurceel overliet, hoewel de bewoonbaarheid en de huurbare staat haar goed bekend waren en ze geen schriftelijke, laat staan mondelinge, opmerkingen had (art. 1 der huurovereenkomst).

De huurontbinding dringt zich op omdat de huurster klaarblijkend in staat van onvermogen tot betalen verkeert. Overigens zij opgemerkt dat zij reeds per 7 juli 1981 een aangetekende brief van de raadsman van de verhuurder ontving met een voorstel tot minnelijke beëindiging vanaf 1 augustus 1981 en met de bedreiging dat anders een vordering tot huurontbinding zou worden ingeleid. Haar repliek was de betekening van de huuroverdracht.

De huurster merkt op dat zij weliswaar valt onder de toepassing van artikel 10, voorlaatste lid, van de wet op de handelshuurovereenkomsten, maar «buitengewone omstandigheden» kan doen gelden die zijn: a) het einde van een relatie met een andere persoon die haar alleen achterliet en b) de geboorte van een tweede kind.

Beide omstandigheden waren normaal voorzienbaar en gelden principieel niet als buitengewone omstandigheden. Toch mag de beoordeling van de rechter niet te streng zijn. De bedoeling is bedrog, speculatie of berekening uit te sluiten. De oorspronkelijke huurovereenkomst werd immers niet aangegaan enkel met de bedoeling een nieuwe huurder-overnemer aan de eigenaar op te dringen. Het einde van een verhouding met een man kan voor de vrouw-huurster zware financiële gevolgen hebben. De buitenechtelijke leefgemeenschap is een feit waarmee rekening moet worden gehouden. Er zou evenwel bewezen moeten worden dat die man op enigerlei wijze in de uitvoering der huurverbintenissen optrad, minstens dat hij de huurster in haar handel bijstond. De huurster verzwijgt zorgvuldig naam en adres van die man en zijn beroep ten tijde dat zij samenleefden. Een handel in natuurvoeding kan uiteraard ook alleen door een vrouw gedreven worden.

Het verzet van de eigenaar op grond van artikel 10 en de minder dan twee jaar lopende huurovereenkomst is dan ook om die redenen reeds gegrond.

Volgens sommigen is de vastgestelde wanbetaling onvoldoende (*R.P.D.B.*, «Baux commerciaux», nr. 187, met *Rb. Brussel*, 8 juli 1952, *J.T.*, 535, nr. 22) omdat de toestand van de verhuurder zou verbeteren nu hij aan de nieuwe huurder niets kan verwijten. Deze stelling lijkt onverenigbaar met artikel 11, III, en met het vrije beoordelingsrecht van de rechter. Immers, voor de toekomst en t.a.v. een latere overdracht verliest de verhuurder in werkelijkheid het voordeel van artikel 11, III. Voorzeker was verweerster op vordering tot huurontbinding nog huurster in rechte op

het ogenblik van de overdracht. De wettige redenen die de verhuurder tegen de overdracht kan doen gelden, worden aan het oordeel van de rechter overgelaten en kunnen om het even wat zijn (Franse tekst: «justes motifs», wat duidelijker is). Aldus worden door de wetgever o.a. de redenen opgesomd die tegen de aanvraag tot huurhernieuwing kunnen worden aangevoerd (*Parl. B., Senaat*, 1949-50, nr. 214, blz. 6; *De Page*, IV, nr. 789ter, noot 2). Waarom zouden grove tekortkomingen toelaten zich te verzetten tegen een aanvraag tot huurhernieuwing maar niet tegen een betekening van een huuroverdracht? Die stelling handhaven zou betekenen dat het beoordelingsrecht van de rechter wordt beknot. Wanneer zoals ter zake wordt toegegeven dat in de hele periode die de huuroverdracht voorafgaat en gedurende de tijd van rechtspleging geen huurgelden werden betaald behalve dan met een ongedekte cheque, is er grove tekortkoming en kan de verhuurder zich hierop beroepen, ongeacht of zijn antwoord al dan niet enkele dagen de dagvaarding tot huurontbinding wegens grove tekortkomingen voorafgaat.

Ten slotte is niet bekend of de huurovernemers van 11 juni 1981 ook nog in september 1981 geïnteresseerd zijn en of de huuroverdracht werkelijk zal worden gerealiseerd nu zij krachtens de overeenkomst aanvang moest nemen op 1 juli 1981.

De huurontbinding geldt slechts vanaf de dag van de dagvaarding, 12 augustus 1981, en niet vanaf 1 augustus 1981.

De vordering tot huurontbinding is gegrond, die tot afwijzing van het verzet van de verhuurder tegen de huuroverdracht is ongegrond.

(...)

NOOT—Betreffende deze problematiek raadplege men: M. La Haye en J. Vankerckhove, *Le louage de choses*, II, *Les baux commerciaux*, in *Les Nouvelles, Droit Civil*, VI-2, Brussel, 1970, nrs. 1704-1709; A. Pauwels, *Handelshuur*, A.P.R., Brussel, 1971, nrs. 179-183.

RECHTSPRAAK IN KORT BESTEK

Hof van Cassatie (2e Kamer), 25 november 1981

Wetten en besluiten — Strafvordering — Verjaring — Nieuwe wet die de verjaringstermijn verlengt — Toepassing op de strafvordering die bij de inwerkingtreding nog niet verjaard is — Stuiting vóór en stuiting na de inwerkingtreding.

In het eerste middel komt eiser op tegen een arrest (Hof Luik, 4 mei 1981) dat, hoewel op het tijdstip van het misdrijf de strafvordering verjaarde door verloop van een jaar, toepassing maakt van een latere wet waardoor de verjaringstermijn op drie jaar werd gebracht.

«Overwegende dat eiser vervolgd werd wegens overtreding van artikel 21 van de wet van 27 juni 1969 betreffende de maatschappelijke zekerheid der arbeiders, van artikel

62, eerste lid, van de Arbeidsongevallenwet van 10 april 1971 en van artikel 11 van de wet van 12 april 1965 betreffende de bescherming van het loon der werknemers;

«Overwegende dat de verjaringstermijn van de strafvordering die voor die misdrijven oorspronkelijk op één jaar was vastgesteld, op drie jaar werd gebracht, respectievelijk door artikel 66 van de wet van 4 augustus 1978 tot economische heroriëntering, die op 27 augustus 1978 van kracht is geworden, en door de artikelen 14 en 8 van het koninklijk besluit nummer 15 van 23 oktober 1978, dat op 19 november 1978 van kracht is geworden;

«Overwegende dat het arrest eiser afzonderlijke straffen oplegt voor elk misdrijf op grond van de vaststelling dat de strafvordering niet verjaard was op de dag van het van kracht worden van de wetten waarbij de verjaringstermijn werd verlengd;

«Overwegende dat de verjaring van de strafvordering betekent dat een beklaagde na verloop van een bepaalde tijd in het belang van de maatschappij, niet meer mag worden vervolgd, zodat de wetten op de verjaring geen gevolgen hebben voor het recht zelf; dat de verlenging van de verjaringstermijn door de wet niet leidt tot een verzwaring van de straf welke van toepassing is op het ogenblik dat het misdrijf is gepleegd;

«Dat de artikelen 2 van het Strafwetboek en 7 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden niet van toepassing zijn op die wetten;

«Overwegende derhalve dat die wetten wegens hun aard onmiddellijk effect sorteren en van toepassing zijn op de rechtsoverdrachten die vóór de inwerkingtreding ervan zijn ontstaan en op die datum nog niet verjaard zijn;

«Dat het middel faalt naar recht.»

Het tweede en het derde middel komen hierop neer dat, nadat de strafvordering in de loop van de aanvankelijke termijn van een jaar was gestuit, de strafvordering, met toepassing van de nieuwe wet, drie jaar na de stuiting vervallen was door verjaring en er geen nieuwe stuiting meer mogelijk was. De volgende feiten en data komen hierbij in aanmerking: misdrijf op 12 mei 1977; stuiting op 20 april 1978; inwerkingtreding van de nieuwe wet op 19 november 1978; stuiting op 6 november 1979; arrest op 4 mei 1981.

«Overwegende dat, zoals in het antwoord op het eerste middel wordt aangegeven, de verjaringstermijn voor de tegen eiser bewezen verklaarde misdrijven van één op drie jaar werd gebracht; dat die nieuwe termijn van toepassing is op de rechtsoverdrachten die vóór de inwerkingtreding van de nieuwe wetten zijn ontstaan en op die datum nog niet verjaard zijn;

«Overwegende dat het arrest de beslissing dat de rechtsoverdrachten wegens de telastlegging 5 betreffende de werknemers B. en M. en wegens de telastlegging 6 niet verjaard waren op het ogenblik van het van kracht worden van de respectieve wetten waarbij de verjaringstermijn werd verlengd, grondt op de vaststelling dat de verjaring van de strafvordering rechtsgeldig werd gestuit door een binnen de oorspronkelijke verjaringstermijn van een jaar verrichte daad van onderzoek;

«Overwegende dat het arrest, om vervolgens te beslissen dat die rechtsoverdrachten niet verjaard waren op de datum van het arrest, erop wijst dat 'de verjaringstermijn opnieuw rechtsgeldig werd gestuit binnen de oorspronkelijke termijn

van drie jaar ten gevolge van het ... hoger beroep dat de arbeidsauditeur op 6 november 1979 had ingesteld';

«Overwegende dat het arrest aldus de in het middel aangegeven wettelijke bepalingen niet schendt, waar het vaststelt dat de verjaringstermijn van drie jaar moet worden toegepast nu de vóór de inwerkingtreding van de nieuwe wetten ontstane rechtsoverdrachten op die datum niet waren verjaard, en waar het vervolgens erop wijst dat, nu de verjaring werd gestuit binnen de bewuste termijn van drie jaar, de strafvordering niet verjaard is op de dag van de uitspraak van het arrest;

«Overwegende dat blijkens de artikelen 39, eerste lid, van de wet van 27 juni 1969 betreffende de maatschappelijke zekerheid der arbeiders, gewijzigd bij artikel 66 van de wet van 4 augustus 1978 tot economische heroriëntering, en 95 van de Arbeidsongevallenwet van 10 april 1971, gewijzigd bij artikel 14 van het koninklijk besluit nummer 15 van 23 oktober 1978, de van één op drie jaar gebrachte verjaringstermijn loopt vanaf de dag waarop het misdrijf werd gepleegd;

«Dat de middelen niet kunnen worden aangenomen.»

(Voorzitter: de h. Legros — Raadsheer-rapporteur: de h. Screvens — Advocaat-generaal: de h. Ballet — Advocaat: mr. Simont — In de zaak: D.)

NOOT—Zie Cass., 7 mei 1980, *Pas.*, 1980, I, 1107, en de noot; Cass., 10 september 1980, *Pas.*, 1981, 34. Zie ook procureur-generaal J. Leclercq, *L'application dans le temps de la loi modifiant le délai de prescription de l'action publique*, rede uitgesproken op de plechtige openingszitting van het Hof van Beroep te Bergen op 1 september 1981.

Hof van Cassatie (2e Kamer), 2 december 1981

Stedebouw — Bouwen met vergunning die achteraf nietig wordt verklaard — Vrijspraak — Onwettig in stand houden van het bouwwerk — Verantwoorde veroordeling — Terugwerkende kracht van de nietigverklaring — Beginsel dat de strafwet niet terugwerkt — Niet geschonden.

Eiseres, die vervolgd werd wegens het uitvoeren van een bouwwerk in strijd met de wet, subsidiair wegens het onwettig in stand houden van het bouwwerk, is van de primaire telastlegging vrijgesproken, maar op grond van de subsidiaire veroordeeld. In het eerste middel voert zij aan dat het bestreden arrest (Hof Bergen, 29 april 1981) niet antwoordt op een verweermiddel, afgeleid uit het bestaan van een rechtvaardigingsgrond; in het tweede middel beweert zij dat de veroordeling wegens het onwettig in stand houden van het bouwwerk niet naar recht verantwoord is nu het arrest de onwettige uitvoering van het bouwwerk niet bewezen verklaart.

«Overwegende dat het arrest erop wijst 'dat de op 16 oktober 1973 afgegeven bouwvergunning door de Raad van State nietig werd verklaard bij arrest van 12 maart 1976; dat de beslissing van de Raad van State tot gevolg had dat de onwettige akte met terugwerkende kracht nietig werd erga omnes; dat een akte die geacht wordt nooit te hebben

bestaan geen enkele rechtsgeldigheid bezit en dat derhalve het ter uitvoering van de nietig verklaarde vergunning opgetrokken bouwwerk moet worden geacht zonder vergunning tot stand te zijn gebracht; dat beklagde (thans eiseres), nu zij bij de aanvang van de bouw van het pand in het bezit was van een door de bevoegde overheid regelmatig afgegeven bouwvergunning, goede grond had om te geloven dat zij de vergunde werken mocht uitvoeren, ook al was tegen de afgifte van de vergunning beroep ingesteld; dat beklagde, hoewel ze op de hoogte was van de door de Raad van State uitgesproken nietigverklaring, niettemin de litigieuze werken in stand heeft gehouden';

«Overwegende dat het arrest met die consideransen, welke niet tegenstrijdig zijn, antwoordt op het in het eerste middel aangegeven verweer en zijn beslissing waarbij beklagde veroordeeld wordt wegens het in stand houden van de litigieuze werken, doch vrijgesproken wordt van de toelastlegging van onwettig uitvoeren van die werken, naar recht verantwoordt;

«Dat de middelen niet kunnen worden aangenomen.»

In het derde middel voert eiseres schending aan van het beginsel dat strafwet niet terugwerkt (art. 2 Sw.; art. 7 E.V.R.M.). Zij beweert dat de omstandigheid dat de Raad van State nietig heeft verklaard de bouwvergunning waarmee zij gebouwd had, niet tot gevolg kan hebben dat het uitvoeren of het in stand houden van het werk een misdrijf wordt.

«Overwegende dat, zoals in het antwoord op het tweede middel wordt aangegeven, het arrest, na te hebben vastgesteld dat de beslissing van de Raad van State waarbij uitspraak is gedaan over het beroep tot nietigverklaring tegen de afgifte van de bouwvergunning, tot gevolg had dat die bouwvergunning met terugwerkende kracht nietig werd erga omnes, eiseres veroordeelt, niet wegens het uitvoeren van het litigieuze werk, maar wegens het in stand houden van dat werk, ofschoon ze op de hoogte was van voormelde beslissing;

«Dat het aldus toepassing maakt van het beginsel dat een arrest waarbij een onwettige beslissing nietig wordt verklaard, terugwerkende kracht heeft erga omnes, en het beginsel volgens hetwelk de strafwet niet terugwerkt, niet mis kent en evenmin een schending inhoudt van de in het middel aangegeven bepalingen;

«Dat middel faalt naar recht.»

(Voorzitter: de h. Legros — Raadsheer-rapporteur: de h. Screvens — Advocaat-generaal: de h. Velu — Advocaten: mrs. De Gryse en De Bruyn — In de zaak: D. t/N. e.a.)

Hof van Cassatie (3e Kamer), 7 december 1981

Verjaring — Arbeidsovereenkomst — Vordering tot betaling van loon en opzeggingsvergoeding — Brief waaruit blijkt dat de werknemer betaald wil worden — Geen stuitingsdaad.

Het bestreden arrest (Arbh. Antwerpen, 14 oktober 1980, R.W., 1980-81, 1209) verwerpt het door eiseres aangevoerde verweermiddel van verjaring op grond van motieven waarin o.m. gezegd wordt dat de verjaring van de

vordering gestuit werd door de briefwisseling tussen de advocaten van de partijen, o.a. door de brieven van 29 maart 1972 en 28 november 1972, waarvan de ontvangst door eiseres niet ontkend wordt en waaruit duidelijk blijkt dat verweerder betaald wilde worden. Die beslissing wordt op de volgende gronden vernietigd:

«Overwegende dat, luidens artikel 2244 van het Burgerlijk Wetboek, de verjaring gestuit wordt 'door een dagvaarding voor het gerecht, een bevel tot betaling, of een beslag, betekend aan hem die men wil beletten de verjaring te verkrijgen';

«Overwegende dat het arrest, nu het de stuiting van de verjaring van verweorders vorderingen enkel afleidt uit brieven van diens raadsman waaruit blijkt dat hij betaald wilde worden, voormeld artikel 2244 schendt.»

(Voorzitter: de h. Meeùs — Raadsheer-rapporteur: de h. Rauws — Advocaat-generaal: de h. Lenaerts — Advocaten: mrs. De Gryse en Bayart — In de zaak: V.Z.W. N. t/H.)

Hof van Cassatie (2e Kamer), 9 december 1981

Sociale documenten — Verzuim de individuele rekeningen voor werknemers juist op te maken — Strafrechtelijke verjaring — Aanvangspunt.

«Overwegende dat eiser met toepassing van artikel 4, 3°, van de wet van 26 januari 1951 betreffende de vereenvoudiging der documenten waarvan het bijhouden door de sociale wetgeving opgelegd is, werd veroordeeld ter zake dat hij 'in 1977 en 1978, als werkgever, aangestelde of lasthebber, verzuimd heeft de individuele rekeningen voor 261 werknemers juist op te maken voor de jaren 1977 en 1978, welke feiten de opeenvolgende uiting zijn van hetzelfde strafbaar opzet';

«Overwegende dat noch uit het arrest (Hof Luik, 19 juni 1981) noch uit enig gedingstuk kan worden opgemaakt op welke datum de aan eiser verweten onregelmatigheden hebben opgehouden en op welke datum de arbeidsovereenkomsten van die verschillende werknemers beëindigd zijn, ofschoon krachtens artikel 9, tweede lid, van de wet van 26 januari 1951 de bij artikel 9 op een jaar vastgestelde verjaringstermijn van de strafvordering vanaf die data begint te lopen; dat het Hof derhalve onmogelijk kan nagaan of, gelet op de schorsing van de verjaring gedurende de periode van 15 oktober 1980, dag waarop het Hof van Beroep te Brussel zijn arrest heeft gewezen, tot 4 februari 1981, dag waarop het Hof die beslissing heeft vernietigd, de verjaringstermijn al dan niet verstreken was op 1 januari 1981, dag waarop artikel 15, eerste lid, van het koninklijk besluit nummer 5 van 23 oktober 1978 betreffende het bijhouden van sociale documenten in werking is getreden, welk artikel de verjaringstermijn van één op drie jaar heeft gebracht en ingevolge het beginsel dat de nieuwe wet onmiddellijk uitwerking heeft, moet worden toegepast op alle rechtsvorderingen die zijn ontstaan voor de dag van inwerkingtreding en die op die dag nog niet verjaard waren.»

(Voorzitter: de h. Legros — Raadsheer-rapporteur: de h. Sace — Advocaat-generaal: mevr. Liekendael — Advocaat: mr. Bützler — In de zaak V. en P.V.B.A. I.)

Hof Antwerpen (7e Kamer), 12 juni 1981

Stedebouw — Misdrijf — Vordering tot betaling van een geldsom die gelijk is aan de meerwaarde welke het goed door het misdrijf heeft verkregen — Bepaling van de meerwaarde — Rente.

«Overwegende dat uit stuk 8^A blijkt dat het Bestuur van de Stedebouw en van de Ruimtelijke Ordening en het College van Burgemeester en Schepenen van de Gemeente Dessel in gezamenlijk akkoord verkozen hebben te vorderen dat de beklaagden bij wijze van herstel een geldsom zouden betalen die gelijk is aan de meerwaarde die het goed door het misdrijf heeft verkregen, zodat de rechter ten gronde behoort, nu beklaagden schuldig bevonden zijn aan de hun ten laste gelegde misdrijven, deze geldsom te bepalen op het geheel of een deel van de door het goed verkregen meerwaarde; dat bijgevolg in hoofdorde geen andere vorm van herstel bevolen wordt;

«Overwegende dat de veroordeling op grond van art. 65, § 1, C, van de wet houdende organisatie van de stedebouw en de ruimtelijke ordening, tot een bedrag gelijk aan de gehele door het goed verkregen meerwaarde of een deel ervan, strekt tot herstel door het tenietdoen van de gevolgen van de wetsovertreding, namelijk de onwettige verrijking;

«Overwegende dat hieruit voortvloeit dat een eerste basis van berekening door de deskundige architect De C. voorgesteld, namelijk het bedrag van de verhoogde constructiewaarde, ter zake niet dienend is; dat immers het bedrag van de verhoogde constructiewaarde de hoegrootheid van de uitgave aangeeft die beklaagden zich getroost hebben, maar geen bewijs levert dat hun verrijking aan deze uitgave gelijk is, en zelfs de mogelijkheid openlaat dat er geen verrijking zou zijn;

«Overwegende dat de deskundige De C. geen aanduidingen geeft nopens de verhoogde venale waarde van het goed nu er twee in de plaats van één enkele woning opgetrokken zijn;

«Overwegende dat de deskundige notaris A. B. dit criterium wel in beschouwing nam en op grond van zijn kennis van de markt der onroerende goederen in bedoelde streek en van vergelijkingspunten door hem aangegeven tot het beredeneerd besluit komt dat beklaagden door het plegen van het misdrijf aan hun gebouw geen hogere venale waarde hebben bezorgd;

«Overwegende dat ter bepaling van de meerwaarde op grond van de huurwaarde, de deskundige De C. cijfers vooropstelt op grond van 'de kleine oppervlakte van het bouwperceel en de afwezigheid van een residentieel karakter in het woonuitbreidingsgebied';

«Overwegende dat de deskundige notaris A. B. de moeilijkheden uiteenzet om gepaste vergelijkingspunten te Dessel zelf te vinden; dat hij een bedrag bepaald heeft op grond van de werkelijke huurwaarde van één der betrokken woningen en verder zich gebaseerd heeft op zijn eigen ondervinding en op informatie die hij verkreeg bij andere notarissen uit de streek;

«Overwegende dat, nu de cijfers van laatstgenoemde deskundige een grond vinden op concrete gegevens, het hof deze verkiest boven die van deskundige De C.;

«Overwegende dat alzo de meerwaarde bepaald is op 60.000 fr.;

«Overwegende dat de heer De Saeger, toenmalig minister van Openbare Werken op 20 oktober 1970 voor de Senaat verklaarde: 'Alleen in het geval C, wanneer er een geldsom wordt gevraagd die volgens de wet gelijk is aan de meerwaarde die het goed door het misdrijf heeft verkregen, kan over de omvang van deze meerwaarde door de rechter worden beslist, rekening houdend met de ernst van de overtreding. Men laat dus hier aan de rechter over deze som te bepalen, dat blijkt duidelijk uit de tekst' (Senaat, Parlementaire verhandelingen, vergadering 20 oktober 1970, blz. 82);

«Overwegende dat, rekening houdend met de ernst van de overtreding, het hof de som tot herstel bepaalt op 60.000 fr.; dat dit bedrag in dit verband billijk voorkomt, ook indien het slechts een deel van de meerwaarde zou wezen.»

Ten aanzien van de eis van de burgerlijke partij tot betaling van rente op de herstelvergoeding oordeelt het hof dat de burgerlijke partij ten onrechte de vordering tot betaling van de meerwaarde als een civielrechtelijke vordering beschouwt:

«Overwegende dat de veroordeling tot betalen van een herstelvergoeding geen straf uitmaakt, maar de daartoe strekkende vordering onder de uitoefening van de strafvordering ressorteert; dat echter niets belet dat de Staat, benevens het indienen van de schriftelijke vordering, zich ook burgerlijke partij stelt voor de strafrechtbank ten einde te vorderen omtrent de hoegrootheid van de door de rechtbank te bepalen som;

«Overwegende dat de herstelvergoeding beoogt de gevolgen van het misdrijf, namelijk de onwettige verrijking geheel of ten dele teniet te doen; dat bedoelde bepaling wegens haar strafrechtelijke aard strikt moet worden geïnterpreteerd; dat, bij gebreke aan wettelijke bepaling, er geen interesten verschuldigd zijn op de herstelvergoeding.»

(Voorzitter: de h. Weyens — Raadsheren: de hh. Lebeer en De Peuter (rapporteur) — Advocaat-generaal: de h. Vervliet — Advocaten: mrs. Van Celst loco Delwaide en Van Rooy — In de zaak: Belgische Staat t/ D. en V.)

Rb. Mechelen (1e Kamer), 16 juni 1981

Gewijsde — Verkeersongeval — Alleen stoffelijke schade — Bestuurder strafrechtelijk veroordeeld tot afzonderlijke straffen wegens vluchtmisdrijf, sturen onder alcoholintoxicatie en dronkenschap enerzijds en overtredingen van het verkeersreglement anderzijds — Regresvordering van de verzekeraar.

Aan de vordering van eiseres, die ertoe strekt verweerder te doen veroordelen tot betaling van de som van 58.576 fr., ligt een verkeersongeval ten grondslag waarin verweerder op 7 maart 1979 betrokken werd toen hij te Lier tegen een geparkeerd voertuig aanreed. Hiervoor werd verweerder bij vonnis van de Politie rechtbank te Lier van 26 september 1979 veroordeeld wegens vluchtmisdrijf, besturen van een voertuig onder alcoholintoxicatie en dronkenschap (met herhaling), afzonderlijk bestraft met overtredingen op het

verkeersreglement. Als verzekeraar van het door verweerder bestuurde voertuig heeft eiseres de schadelijgende derde vergoed. Zij is van oordeel dat verweerder een zware fout heeft begaan die de regresvordering van de verzekeraar (eiseres) rechtvaardigt (artt. 24 en 25, 6^o, 9^o en 10^o, van de modelpolis en art. 16 van de Verzekeringwet). Deze vordering wordt door de rechtbank gegrond verklaard:

«Overwegende dat door het afzonderlijk bestraffen de politierechter impliciet oordeelde dat er verschillende misdrijven waren die niet met elkaar in verband staan (Cass., 19 sept. 1968, *Pas.*, 1969, I, 72); dat, zoals aanlegster het terecht stelt, ingevolge het cassatiearrest van 27 jan. 1978, afzonderlijke bestraffing niet belet dat elk van de feiten door de burgerlijke rechter als oorzaak van het ongeval en van de schade in aanmerking kunnen worden genomen;

«Overwegende dat in dit geval de feiten zelf, aan de hand van de gegevens van het strafdossier, moeten worden onderzocht om deze feitenkwestie te beslissen;

«Overwegende dat verweerder verklaarde dat het ongeval veroorzaakt werd door het feit dat hij verstrooid was, omdat hij met een vriend praatte; dat hij echter om duister gebleven redenen de naam van deze vriend niet wenst te noemen; dat hij verder verklaarde te zijn gevluht omdat hij wist alcoholische dranken te hebben verbruikt en bang was zijn rijbewijs kwijt te geraken; dat na analyse van het bloedstaal zijn alcolemie op het ogenblik van de aanrijding 1,91 pro mille bedroeg en de verbalisanten, die hem aantrouwen toen hij reeds te slapen lag, vaststelden dat verweerder dronken was;

«Overwegende dat het ongeval zich voordeed op een rechte baan en uit de omvang van de schade blijkt dat verweerder met geweld een duidelijk zichtbaar geparkeerd voertuig aanreed; dat de oorzaak van de aanrijding dan ook dient gezocht en bewezen werd in het alcoholverbruik van verweerder en diens uitleg als zou hij aan 't praten geweest zijn met een persoon die hem zou vergezeld hebben waardoor hij onaandachtzaam was, dient te worden verworpen.»

(Voorzitter: de h. Wauters — Rechters: de hh. de Forche en Van de Walle — Advocaten: mrs. Wuyts en Hermans — In de zaak: N.V. A. t/ H.)

NOOT—Zie Cass., 27 januari 1978, *R.W.*, 1977-78, 2211, met noot; hierover raadplege men: M. Van Quickenborne, «Enkele aspecten van de causaliteitsproblematiek», in *Onrechtmatige daad. Actuele tendensen*, Vandenbergh, H. (ed.), Antwerpen, 1979, 169-172; H. Vandenbergh, M. Van Quickenborne en P. Hamelink, «Overzicht van rechtspraak. Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad (1964-1978)», *T.P.R.*, 1980, 1391-1396, nr. 203.

EUROPEES RECHT

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

Zaak 54/81 — Firma W. Fromme/Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktordnung (BALM) (prejudiciële) —

Onverschuldigd betaalde denatureringspremies — Moratoire interessen — 6 mei 1982

Het Verwaltungsgericht Frankfurt/Main heeft een reeks prejudiciële vragen gesteld over de uitlegging van verscheidene verdragsbepalingen alsmede van artikel 8, lid 1, van verordening nr. 729/70 van de Raad van 21 april 1970 betreffende de financiering van het gemeenschappelijk landbouwpolitiek, teneinde te kunnen beoordelen of de verordening van de Bondsminister voor voedselvoorziening en land- en bosbouw inzake de denatureringspremie voor zachte tarwe met deze bepalingen verenigbaar is.

Deze vragen zijn gerezen in een geding tussen een Duitse graanhandelaar, firma W. Fromme, en de BALM die van Fromme terugbetaling verlangde van de bij verordening nr. 172/67 van de Raad voorziene denatureringspremies voor zachte tarwe, waarvan vast kwam te staan dat zij ten onrechte waren toegekend.

Bij afzonderlijke beschikkingen vorderde de BALM krachtens de voornoemde Duitse verordening rente, die 3% meer dan de discontovoet van de Deutsche Bundesbank, doch tenminste 6,5% bedroeg vanaf de dag van uitbetaling van de premie tot de dag van terugbetaling.

De vragen van de verwijzende rechter luiden als volgt:

«1) Is het verenigbaar met het Verdrag tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap, dat de Bondsrepubliek Duitsland op onverschuldigd betaalde denatureringspremies rente heft, die vanaf de dag van uitbetaling wordt berekend en 3% meer dan de geldende discontovoet van de Deutsche Bundesbank, doch tenminste 6,5% bedroeg, zonder dat zij daartoe door een norm van gemeenschapsrecht is gemachtigd?

2) Zo neen,

bevat artikel 8, lid 1, van de Raadsverordening nr. 729/70/EEG met betrekking tot de financiering van de gemeenschappelijke landbouwpolitiek van 21 april 1970 (PB 1970, L 94, blz. 13) een machtigingsbasis die de Bondsrepubliek het recht geeft rente van de onder 1) bedoelde soort te heffen?

3) Zo neen,

bestaat er een ander voorschrift of algemeen rechtsbeginsel van gemeenschapsrecht, waaruit een dergelijke machtiging volgt?»

Er zij aan herinnerd dat het Hof — hoewel het de ongelijke behandeling van de economische subjecten van de onderscheiden Lid-Staten betreurt die uit een dergelijke oplossing kan voortvloeien — herhaaldelijk heeft geoordeeld dat de nationale rechterlijke instanties de geschillen betreffende terugbetaling van voor rekening van de Gemeenschap ingevorde bedragen met toepassing van hun nationale recht moeten uitwijzen, voor zover het gemeenschapsrecht ter zake niets bepaalt. De toepassing van de nationale wettelijke regeling mag evenwel de draagwijdte noch de doeltreffendheid van het gemeenschapsrecht aantasten door de terugvordering van onregelmatig toegekende bedragen praktisch onmogelijk te maken.

Dit mag evenmin tot gevolg hebben dat voor deze terugvordering ongunstiger voorwaarden en modaliteiten gelden dan voor soortgelijke, louter nationale procedures. Bovendien moeten de nationale instanties op dit gebied met dezelfde zorgvuldigheid te werk gaan als bij de uitvoering van overeenkomstige nationale voorschriften, teneinde aldus ie-

dere aantasting van de doeltreffendheid van het gemeenschapsrecht te vermijden.

Op de gestelde vragen verklaart het Hof voor recht :

«Het gemeenschapsrecht in zijn huidige stand staat er niet aan in de weg dat een Lid-Staat krachtens zijn nationale recht rente heft op onverschuldigd betaalde communautaire denatureringspremies, voor zover deze bepalingen geen objectief niet gerechtvaardigde ongelijke behandeling tot gevolg hebben tussen de economische subjecten aan wie deze premies worden toegekend en zij die soortelijke, doch louter nationale voordelen verkrijgen.»

Gev. zaken 146, 192 en 193/81 — BAYWA AG, Raiffeisenbank Unterspiesheim und Umgebung eG, Raiffeisen Hauptgenossenschaft eG/Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktordnung (BALM) (prejudicieel) — *Premies voor de denaturering van voor de broodbakkerij geschikte granen* — 6 mei 1982

Het Verwaltungsgericht Frankfurt/Main heeft drie prejudiciële vragen gesteld over de uitlegging van enkele bepalingen van verordening nr. 172/67 van de Raad houdende algemene regels voor de denaturering van tarwe en van voor de broodbakkerij geschikte rogge, van bijlage I van verordening nr. 1403/69 van de Commissie houdende vaststelling van de wijze van toepassing van de bepalingen betreffende de denaturering van zachte tarwe en van voor de broodbakkerij geschikte rogge, en van verordening nr. 729/79 van de Raad inzake de financiering van het gemeenschappelijk landbouwbeleid. Deze vragen zijn gerezen in een geding inzake de terugvordering door de BALM van ten onrechte toegekende denatureringspremies.

Van 1969 tot 1974 hebben verzoeksters in het hoofdgeding, vier in de Bondsrepubliek Duitsland gevestigde landbouwcoöperaties, voor de broodbakkerij geschikte granen gedenatureerd of laten denatureren. De verwerking werd telkens, geheel of ten dele, door controleurs van de BALM bijgewoond; hun controlerapporten bevatten geen punten van kritiek. Op grond van naderhand uitgevoerde bedrijfscontroles was de BALM evenwel van mening dat de denaturering niet overeenkomstig de toepasselijke voorschriften wat geschied en vorderde de toegekende denatureringspremies terug.

De eerste vraag

Met deze vraag wordt het Hof verzocht te verklaren of een denatureringspremie voor granen ten onrechte is toegekend, wanneer de gedenatureerde tarwe en rogge nog voor menselijke consumptie kunnen worden gebruikt of de in bijlage I van verordening nr. 1403/69 omschreven referentiemethode niet is gevolgd.

Verzoeksters in het hoofdgeding betogen dat wanneer de referentiemethode mogelijk niet precies is gevolgd bij de voor hun rekening uitgevoerde denaturering, zulks niet wegneemt dat het doel van de gemeenschapsregeling, de granen te denatureren en aan de levensmiddelenmarkt te onttrekken, is bereikt. Van opzet tot fraude kan dan ook geen sprake zijn. Strikte eerbiediging van de referentiemethode is geen voorwaarde voor het ontstaan van het recht op premie.

De Commissie en de regering van de Bondsrepubliek Duitsland voeren daarentegen aan, dat zowel uit de be-

woordingen van de verordeningen nrs. 172/67 en 1403/69 als uit de noodzaak van een eenvormige toepassing van het gemeenschapsrecht volgt dat naleving van de communautaire referentiemethode of van de binnen de voorwaarden van verordening nr. 172/67 krachtens het nationale recht vastgestelde vervangende methode, verplicht is.

Uit de bewoordingen van verordening nr. 1403/69 volgt dat bij denaturering door kleuren alleen de communautaire referentiemethode mag worden gebruikt. Deze bepalingen zijn dwingend voorgeschreven. Zulks is overigens in overeenstemming met het in 's Hof's rechtspraak herhaaldelijk aan de orde gekomen beginsel, dat voorschriften van gemeenschapsrecht en inzonderheid die van verordeningen van de Raad of de Commissie welke aanspraak geven op uit gemeenschapsgelden gefinancierde bedragen, strikt moeten worden uitgelegd.

Op de eerste vraag verklaart het Hof voor recht :

«Een krachtens artikel 4, lid 2, van verordening nr. 172/67 toegekende denatureringspremie dient, wanneer de in bijlage I bij verordening nr. 1403/69 vastgestelde referentiemethode is gevolgd, als ten onrechte verleend te worden beschouwd indien de voor deze methode geldende voorschriften niet zijn nageleefd.»

De tweede vraag

Met deze vraag wil de verwijzende rechter vernemen of denatureringspremies kunnen worden teruggevorderd op grond van een boekhoudkundig onderzoek achteraf, en zo ja, welke betekenis eraan moet worden toegekend vergeleken met de in de verordeningen nrs. 172/67 en 1403/69 bedoelde controles.

Verzoeksters in het hoofdgeding betogen dat een krachtens nationaal recht verrichte controle achteraf niet hetzelfde gewicht heeft als de door het gemeenschapsrecht in het leven geroepen controle ter plaatse door functionarissen van de BALM. Huns inziens heeft een controle ter plaatse een grotere bewijskracht dan een abstracte controle na afloop van het denatureringsproces.

De Commissie en de regering van de Bondsrepubliek Duitsland zijn echter van oordeel dat artikel 8 van verordening nr. 729/70 de Lid-Staten de vrijheid toekent om controles achteraf voor te schrijven ter aanvulling van de in artikel 4 van verordening nr. 1403/69 voorziene controle, zonder dat nationale controles een geringere betekenis hebben dan de door het gemeenschapsrecht voorgeschreven controle.

Zoals het Hof eerder reeds heeft overwogen, heeft de gemeenschapswetgever de bij de controle te volgen procedure niet gedetailleerd geregeld, doch de Lid-Staten de vrijheid gelaten op eigen verantwoordelijkheid een op hun eigen rechtsorde afgestemde controleregeling uit te werken en hun keuze op de meest passende oplossing te bepalen.

Het Hof verklaart voor recht :

«Het gemeenschapsrecht in zijn huidige stand schrijft de bevoegde instanties van de Lid-Staten geen bepaalde methode voor bij de controle van regelmatigheid van de denaturering die recht geeft op betaling van de premie. Deze controle kan onder meer in de vorm van een controle van de boeken geschieden. Het is aan de bevoegde instanties, onder toezicht van de nationale rechter, om de bewijskracht te beoordelen van de resultaten van de onderscheiden bij denaturering toegepaste controlemethodes.»

De derde vraag

Met deze vraag wil de nationale rechter vernemen of de Lid-Staten ingevolge de in casu relevante bepalingen onder alle omstandigheden verplicht zijn om ten onrechte toegekende denatureringspremies terug te vorderen, dan wel of deze verplichting ingevolge artikel 8 van verordening nr. 729/70 facultatief is en de Lid-Staten de beslissing steeds afzonderlijk aan de discretie van de bevoegde instanties mogen overlaten.

Het Hof wijst erop dat artikel 8 van verordening nr. 729/70 de Lid-Staten expliciet verplicht om de ingevolge onregelmatigheden verloren gegane bedragen terug te vorderen, zonder dat de voor rekening van de EG handelende instanties daarbij over een beleidsruimte beschikken ten aanzien van de vraag of de terugvordering van ten onrechte of onregelmatig toegekende gemeenschapsgelden al dan niet opportuun is. Een andere uitlegging zou de gelijkheid van behandeling tussen de economische subjecten in de verschillende Lid-Staten en de zoveel mogelijk eenvormige toepassing van het gemeenschapsrecht op het spel zetten.

Het Hof verklaart voor recht :

«Ingevolge artikel 8, lid 1, van verordening nr. 729/7 van de Raad zijn de Lid-Staten gehouden en niet slechts gerechtigd om ten onrechte of onregelmatig toegekende communautaire denatureringspremies terug te vorderen ; de beslissing over concrete terugvordering mag niet aan het beleid van de bevoegde nationale instantie worden overgelaten.»

Gev. zaken 115 en 116/81 — Rezguia Adoui en Dominique Cornuaille/Belgische Staat (prejudicieel) — *Openbare orde* — *Recht van verblijf resp. vestiging* — 18 mei 1982

De voorzitter van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Luik, rechtdoende in kort geding, heeft het Hof een reeks vragen gesteld over de uitlegging van een aantal verdragsbepalingen en van 's Raads richtlijn nr. 64/221 voor de coördinatie van de voor vreemdelingen geldende bijzondere maatregelen ten aanzien van verplaatsing en verblijf, die gerechtvaardigd zijn uit hoofde van de openbare orde, de openbare veiligheid en de volksgezondheid.

Het geschil tussen verzoeksters in het hoofdgeding (twee Françaises) en de Belgische Staat betreft de weigering een verblijfsvergunning af te geven op grond dat het gedrag van verzoeksters (beiden barjuffrouw in een lokaal van in zede-lijk opzicht bedenkelijk gehalte) in strijd was met de openbare orde.

Bij de Belgische wet van 21 augustus 1948, waarbij de officiële reglementering van de prostitutie werd afgeschaft, zijn het tippelen, de raamprostitutie en het souteneurschap verboden.

*I. Het begrip openbare orde**De vragen 1-9, 11 en 12*

De hierin aangesneden problematiek betreft in wezen de vraag of een Lid-Staat krachtens de in de artikelen 48 en 56 van het Verdrag geformuleerde voorbehouden een onderdaan van een andere Lid-Staat van zijn grondgebied mag verwijderden of hem de toegang tot zijn grondgebied ontzeggen op grond van gedragingen die ten aanzien van de eigen onderdanen van eerstbedoelde Staat niet leiden tot strafrechtelijke maatregelen.

Prostitutie op zichzelf is in België niet verboden, alleen bepaalde, sociaal onaanvaardbaar geachte nevenverschijnselen.

Op grond van de in de artikelen 48 en 56 van het Verdrag geformuleerde voorbehouden mogen de Lid-Staten met een beroep op de openbare orde bepaalde maatregelen nemen die zij ten opzichte van hun eigen onderdanen niet kunnen toepassen, in die zin dat zij hen niet van het nationale grondgebied kunnen verwijderen of de toegang daartoe ontzeggen.

Een Lid-Staat mag zijn bevoegdheden evenwel niet uitoefenen op grond van een beoordeling van bepaalde gedragingen, die zou neerkomen op het maken van een willekeurig onderscheid ten nadele van onderdanen van andere Lid-Staten.

Op deze vragen verklaart het Hof voor recht :

«Een Lid-Staat mag krachtens het in de artikelen 48 en 56 van het Verdrag vervatte voorbehoud inzake de openbare orde een onderdaan van een andere Lid-Staat niet van zijn grondgebied verwijderen of hem de toegang tot zijn grondgebied ontzeggen op grond van een gedraging die ten aanzien van de eigen onderdanen van eerstbedoelde Staat niet leidt tot strafrechtelijke maatregelen of tot andere feitelijke en effectieve maatregelen ter bestrijding van die gedraging.»

De tiende vraag

De nationale rechter vraagt of het optreden van een Lid-Staat, «die erop uit is prostituées uit een bepaald land van zijn grondgebied te verwijderen omdat zij een steun voor de georganiseerde misdaad zouden kunnen zijn, zonder de moeite te nemen na te gaan of de betrokkenen al dan niet van relaties 'met de onderwereld' kunnen worden verdacht», een generaal preventieve maatregel in de zin van artikel 3 van richtlijn nr. 64/221 vormt.

Onder verwijzing naar het arrest-Bonsignore (zaak 67/74) verklaart het Hof voor recht :

«Bij maatregelen ter bescherming van de openbare orde en de openbare veiligheid kan ten aanzien van de onderdanen der Gemeenschap geen beroep worden gedaan op rechtvaardigingen welke geen verband houden met het individuele geval.»

De dertiende vraag

Deze betreft de voorwaarden waaronder iemand die van het grondgebied van een Lid-Staat is verwijderd, opnieuw toegang tot het grondgebied van die Lid-Staat kan krijgen en een nieuwe verblijfsvergunning aanvragen.

Het Hof verklaart voor recht :

«Iedere onderdaan van een Lid-Staat die in een andere Lid-Staat werk wenst te zoeken en die bij een vorige gelegenheid van het grondgebied van laatstbedoelde Staat is verwijderd, kan opnieuw een verblijfsvergunning aanvragen. Wanneer een dergelijke aanvraag na een redelijk tijdsverloop wordt gedaan, moet zij door de bevoegde bestuursinstantie van de ontvangende Staat worden onderzocht, die daarbij inzonderheid rekening dient te houden met de middelen door de betrokkene aangevoerd om aan te tonen dat zich een materiële wijziging heeft voorgedaan in de omstandigheden welke de rechtvaardiging vormden voor het eerdere besluit tot verwijdering.»

De veertiende vraag

Deze betreft de uitlegging van artikel 6 (mededeling van de redenen van openbare orde die een hen betreffende beslissing rechtvaardigen) van richtlijn nr. 64/221.

Het Hof verklaart voor recht :

«De mededeling van de gronden waarop een besluit tot verwijdering of tot weigering van een verblijfsvergunning is gebaseerd, moet voldoende gedetailleerd en nauwkeurig zijn om de betrokkene in staat te stellen verweer te voeren.»

Vragen over de procedurele waarborgen

Het Hof verklaart voor recht :

«Het gemeenschapsrecht vereist niet dat de in artikel 9 van richtlijn nr. 64/221 bedoelde bevoegde instantie een rechterlijke instantie is, dat zij uit leden van de rechterlijke macht bestaat of dat haar leden voor een bepaalde tijd zijn benoemd. Het gemeenschapsrecht verzet zich er niet tegen, dat de leden van de instantie worden bezoldigd uit de begrotingsmiddelen welke zijn voorzien voor de bestuursdienst waartoe de instantie behoort die eventueel de beslissingen moet nemen, noch dat het secretariaat van de bevoegde instantie wordt gevoerd door een ambtenaar van dezelfde dienst.

Richtlijn nr. 64/221 sluit een rechtstreeks beroep van de betrokkene op de bevoegde instantie weliswaar niet uit, doch schrijft het ook niet dwingend voor. Zij laat de Lid-Staten te deze een keuzevrijheid, mits een dergelijke beroepsmogelijkheid maar gewaarborgd is wanneer de betrokkene erom vraagt. Het advies van de bevoegde instantie moet behoorlijk ter kennis van de betrokkene worden gebracht.

De betrokkene moet in de gelegenheid worden gesteld voor de bevoegde instantie verweer te voeren en zich daar te doen bijstaan of vertegenwoordigen overeenkomstig de voorschriften van het nationale procesrecht. Deze voorschriften mogen voor de betrokkene niet minder gunstig zijn dan die welke voor andere nationale instanties van hetzelfde type van toepassing zijn.»

RECHTEN VAN DE MENS

De economische delicten en de duur van het strafproces (arrest Eckle)

Het is, ook in België, een bekend fenomeen dat strafzaken die verband houden met economische en financiële delicten, zeer lang kunnen duren. Zulks is o.m. te verklaren door het zeer ingewikkelde en technische karakter van de te onderzoeken handelingen, en door het noodzakelijk beroep op deskundigen en eventueel getuigen.

Bij een arrest van 15 juli 1982 heeft het Europees Hof voor de Rechten van de Mens onderstreept dat er grenzen zijn aan de termijn voor de behandeling van dergelijke strafzaken.

Aan het arrest lag een klacht van het Duitse echtpaar Eckle ten grondslag. Beide klagers waren het voorwerp geweest van vervolgingen en veroordelingen wegens oplich-

ting van tientallen klanten. Hun zaken, waarbij honderden getuigen verhoord werden, waren door de Duitse regering bestempeld als behorend tot de eerste «zware» zaken van economische criminaliteit. Het Europees Hof diende zich in het bijzonder bezig te houden met de vraag of twee tegen hen ingestelde vervolgingen, de ene in Trier, de andere in Köln, verenigbaar waren met het beginsel van de «redelijke termijn», gewaarborgd door artikel 6, § 1, van het Europees Verdrag over de Rechten van de Mens.

De duur van deze beide strafzaken, berekend vanaf het moment dat de beklaagden officieel in kennis waren gesteld van het bestaan van een tenlastelegging tot aan de eindbeslissing — met inbegrip van eventuele rechtsmiddelen — werd door het Hof «exorbitant» genoemd : in het ene geval bedroeg die duur meer dan 17 jaar, in het andere geval meer dan 10 jaar. Het Hof overwoog dat een dergelijk tijdsverloop in het algemeen de «redelijke termijn» overschrijft, tenzij de verwerende Staat daarvoor een behoorlijke verantwoording kan geven.

Die verantwoording achtte het Hof in casu niet aanwezig. Hoewel het Hof o.m. erkende dat de zaken ingewikkeld waren en dat de Duitse regering bepaalde maatregelen had genomen om de achterstand in gerechtszaken weg te werken, kwam het toch tot het besluit dat de lange duur van beide zaken voor een (te) groot deel het gevolg was van de wijze waarop de gerechtelijke overheden ze behandeld hadden. Eenparig besliste het Hof aldus dat artikel 6, § 1, geschonden was.

Het Hof verwierp daarbij de stelling van de Duitse regering, volgens welke het echtpaar Eckle zich eigenlijk geen «slachtoffer» van een verdragsschending kon noemen, omdat de rechters, bij het bepalen van de strafmaat, de overdreven lange duur van de procedure als een verzachtende omstandigheid in aanmerking hadden genomen. Het Hof had daarbij vooral oog voor de omvang van de vastgestelde vertraging, die niet in verhouding stond tot de — overigens onduidelijke — strafvermindering.

De zaak Eckle is een tamelijk uitzonderlijke zaak. Termijnen van 17 en zelfs van 10 jaar zullen niet zo vlug voorkomen. Toch heeft het arrest ook een zekere waarde als precedent, omdat het (nogmaals) illustreert dat het Hof, bij de beoordeling van het al dan niet redelijk karakter van de termijn, nauwkeurig nagaat welke de oorzaken zijn van vertragingen, en aan wie deze toegeschreven moeten worden.

Paul Lemmens
Assistent K.U. Leuven

BOEKEN

Info-jeugd Nationaal, **Meer rechten voor minderjarigen**, Berchem, Epo, 1982, 136 p.

Een prettig en verzorgd uitgegeven boekje met een naar mijn gevoelen wat rommelige inhoud.

Men vindt er door elkaar een twaalfstal teksten van nogal ongeleefde aard en waarde : een paar officiële en privé-verklaringen van de rechten van het kind, (meestal) reeds eerder gepubliceerde bijdragen van Boonen, Boonen/Van Goey/Walgrave, Walgrave, Ver-

hellen, Van Nuland, Info-Jeugd; daartussen niet-gesigeneerde stukken over «Jeugdrecht in de toekomst» (p. 28-33), «Overzicht van de verschillende voorstellen» (p. 34-39), en tenslotte een bibliografie met een vijftienzestigtitel titels.

Alles draait rond het statuut van de jeugd: eensdeels gezag over en handelingsbekwaamheid van minderjarigen, anderdeels de jeugdbescherming. In alle bijdragen staat de eis van de juridische emancipatie van de jeugd centraal, de aandacht gaat dan ook vooral naar de verlaging van de meerderjarigheidsgrens tot 18 jaar en de hervorming van het Belgisch systeem van jeugdbescherming.

Voor wie over een gevuld boekenrek met literatuur over het onderwerp beschikt zal dit boekje weinig nieuws bieden.

Maar voor hem is het duidelijk niet bestemd. De samenstellers hebben blijkbaar een reader willen opstellen voor een jong publiek, tegelijk bedoeld om informatie te verschaffen over het huidige recht, er kritiek op te leveren evenals op bepaalde hervormingsplannen, en argumenten voor een hervorming in de richting van de emancipatie-gedachte zoals zij die voorstaan.

Niettegenstaande de sympathie die men kan hebben voor de verdedigde thesissen, de goede wil die uit het werkje blijkt, en de omstandigheid dat het voor geëngageerden en belanghebbenden is geschreven, kan men de ogen niet sluiten voor een aantal zwakheden:

- de overzichten van de hervormingsplannen zijn onvolledig: men spreekt bv. over ontwerpen tot hervorming van de jeugdbescherming zonder er essentiële te noemen; ook recente voorstellen i.v.m. meerderjarigheid op 18 jaar (Colla, Brouhon) worden niet vermeld;

- als het in Amsterdam regent, druppelt het in Antwerpen, maar niet meteen: de inspiratiebron voor hervormingen lijkt nogal eenzijdig Nederlands, maar de recentere Nederlandse voorstellen zijn er niet bij (o.a. Slagter in *Tijdschrift voor Familie- en Jeugdrecht*, 1979, p. 131; Rood-De Boer, idem, 1980, p. 130);

- het vulgariserende «Rechten van de minderjarige» (p. 99-134) is niet zonder zwakke punten; zo lijkt men niet van het Marckx-arrest te hebben gehoord;

- de bibliografie slaat praktisch alleen op nederlandstalige werken, en is zeker niet volledig. Zoals hierboven al opgemerkt schijnen de samenstellers het *Tijdschrift voor Familie- en Jeugdrecht* niet te volgen. En waarom vermeldt men niet het toch fundamentele *De levensbeschouwelijke opvoeding van de minderjarige-publiekrechtelijke en privaatrechtelijke beginselen* van K. Rimanque (Brussel, Bruylant, 1980, 2 delen 1066p.)?

J.M. Pauwels

G. DELFOS en J.E. DOEK, **Vaderschap, afstamming en adoptie**, Zwolle, Tjeenk Willink, 1982, XXII-172 p. (serie Jeugdrecht en Jeugdbeschermingsrecht, nr. 1)

G. DELFOS en J.E. DOEK, **Maatregelen van kindbescherming**, Zwolle, Tjeenk Willink, 1982, XVI, 191 p. (serie Jeugdrecht en Jeugdbeschermingsrecht, nr. 5).

Wie zich aan Nederlands personen- en familierecht interesseert, kent H. De Bie's kinderrecht, een klassieker van de hand van de eerste Rotterdamse kinderrechtster. De 2e tot de 4e druk werden bijgewerkt door Van De Werk; mr. Delfos en prof. mr. Doek herwerkten het boek voor de 5e uitgave (1974).

Zoals uit het voorwoord van *Vaderschap, afstamming en adoptie* blijkt hebben de auteurs verkozen het lijvige tweedelige werk nu te vervangen door een reeks minder omvangrijke boekjes, die men afzonderlijk kan aankopen en dus voor de enkel in een gedeelte van de stof geïnteresseerde minder duur uitvallen, die bij wetswijziging ook makkelijker te vervangen zijn. Aangekondigd worden niet minder dan tien deeltjes, die het hele terrein van het jeugdrecht (zoals het in De Bie's werk nogal expansionistisch wordt omschreven, d.i. met inbegrip van het afstammingsrecht) bestrijken zullen: 1. afstamming en adoptie; 2. ouderlijke macht en minderjarigheid; 3. voogdij; 4. organen van kindbescherming; 5. maatregelen van kindbescherming; 6. levensonderhoud; 7. pleegkinderen; 8. kinderstrafprocesrecht; 9. kinderstrafrecht; 10. penitentiaal kinderrecht.

Vormelijk zijn de twee deeltjes die vóór ons liggen mooi uitgegeven, zij het in een wat kleine letter gezet, en met een naar ons gevoelen schreeuwerig, anderen zullen zeggen sprekend, kaft.

Wat de inhoud betreft, blijkt dat ze bestemd zijn voor de praktijk en hem kwalitatief hoogstaande maar op de rechtstoepassing gerichte informatie willen bezorgen. De aanpak is inderdaad grondig, de opgegeven literatuur overvloedig, de rechtshistorische background bijzonder degelijk uitgebouwd, systematische kritiek op het bestaande recht vindt men in de vorm van uitgebreide behandelingen van het toekomstig recht. Rechtsvergelijking en het situeren van het Nederlands recht in een omvattender geheel zal men vergeefs in het werk zoeken.

Het eerste deeltje van de reeks draagt de titel *Vaderschap, afstamming en adoptie*. De kleine helft ervan is gewijd aan het afstammingsrecht, de grotere helft aan adoptie. Het overwicht in de materie van de adoptie verwondert enigszins, maar is wellicht te verklaren doordat een recente wetswijziging (1979 stiefouderadoptie) de belangstelling van de Nederlandse juristen voor adoptie heeft versterkt.

Men vindt vooreerst een duidelijke uiteenzetting van het Nederlands afstammingsrecht dat sinds 1969/70 naar Belgische maatstaven bijna als een ideaal recht voorkomt (vrij soepele ontkenning van het vaderschap, geen erkenning door de moeder, het volwassen kind moet met zijn erkenning instemmen, de erkenning van overspelige kinderen is vrij breed toegelaten, etc.), maar toch ook dubieuze kanten vertoont (o.a. terminologische discriminatie, toestemming van de moeder vereist bij erkenning door de vader) en twijfels oproept (ontbreken van onderzoek naar het vaderschap).

De vrij up to date staat van het Nederlands afstammingsrecht legt misschien uit waarom de auteurs nauwelijks stilstaan bij het Marckx-arrest en zijn directe werking (een halve blz.: p. 27 en een vermelding p. 63).

Aan het Nederlands voorontwerp betreffende afstamming wordt ruime aandacht besteed (p. 63-67).

De studie van het Nederlands adoptierecht is voor een Belgisch jurist belangwekkend: Nederland voerde zeer laat (1956) de mogelijkheid van adoptie in, en dan nog maar binnen enge grenzen: een soort «wettiging door adoptie» door twee echtgenoten van een minderjarig kind dat hun helemaal vreemd is. Sindsdien evolueert het Nederlands recht naar meer soepelheid. De W. 13 september 1979 maakte de adoptie van een kind door zijn eigen ouder en diens echtgenoot («stiefouderadoptie») mogelijk. Het aan de adoptie gewijde gedeelte van het boek (p. 71-153) is bijzonder lezenswaard; het biedt ook interessante statistische gegevens.

In het vijfde deel van de Serie worden de Nederlandse civielrechtelijke maatregelen van kindbescherming behandeld, d.w.z.

- voorlopige toevertrouwing aan de raad voor de kindbescherming (p. 54-72);

- ondertoezichtstelling (p. 73-110);

- ontzetting en ontheffing (p. 111-155).

De organen van de kindbescherming, die ons als Belgen bijzonder interesseren, worden niet in dit deel maar wel in deel 4 behandeld. Wel vindt men in het besproken deel een uiteenzetting over het *procesrecht* (p. 25-53).

En heel wat aandacht wordt besteed aan het ook voor ons belangrijke Haags Kinderbeschermingsverdrag (5 oktober 1961) (p. 13-24), hoewel het door België ongelukkigwijze nog steeds niet goedgekeurd is.

Beide delen kan ik volmondig aanbevelen: zowel aan degene die duidelijke en volledige commentaar op het positief recht wil, als aan wie belang stelt in de (snelle) evolutie van het Nederlandse recht. Vergelijking met het Belgisch recht wordt door de overzichtelijke voorstelling gemakkelijk gemaakt, maar uiteraard volledig aan de Belgische lezer overgelaten.

J.M. Pauwels

Mr. ARTHUR FRID, **Panklaar voor de zitting. De praktijk van het strafproces rondom de rechter-commissaris**, Arnhem, Gouda Quint BV, 1982, f 37.

Uitgaande van de vaststelling dat de rechter-commissaris onbekend is, zijn activiteit aan de openbaarheid onttrokken is en de theoretische documentatie vaak in vaktiaal is opgesteld zodat ze

slechts toegankelijk is voor een selecte groep van insiders, beoogt de auteur in dit boek de dagelijkse werkelijkheid van de rechter-commissaris te ontsluiten voor een ruime lezerskring.

De belangrijkste facetten van het rechter-commissariaat en alles wat daarmee samenhangt, worden verhalenderwijs aan de orde gesteld. Twee dimensies staan centraal: de juridische werkelijkheid naast de sociale werkelijkheid. Het gebruikelijk jargon is zoveel mogelijk vermeden. De jurist die hier recente jurisprudentie hoopt aan te treffen, relevante wetsartikelen, citaten van belangrijke rechtsgeleerden, kan zich de moeite van het lezen besparen. De wetenschapper die zich gedocumenteerd op de hoogte wil stellen van verifieerbare onderzoeksresultaten, komt evenmin aan zijn trekken. Geen notenapparaat, geen literatuurlijst, geen verwijzingen.

Getracht wordt processen van juridische besluitvorming aanschouwelijk te maken. Daarom zijn er zo'n 25 verhoren in de tekst opgenomen die beogen de sfeer te schetsen waarin dit soort gesprekken zich afspeelt. Tevens illustreren zij wat er zoal bij de rechter-commissaris omgaat.

De structuur van het boek volgt ongeveer het chronologisch verloop van het juridisch proces: alles begint met het eerste verhoor van de verdachte door de rechter-commissaris. Vervolgens komt een beschrijving van de «Bijlmerbajes», d.i. het huis van bewaring voor mensen die in afwachting van hun rechtszaak in voorlopige hechtenis worden gehouden, en van het bureau van de rechter-commissaris. Uiteindelijk komen ter sprake het initiatief tot gerechtelijk vooronderzoek van de officier van justitie, de instructie door de rechter-commissaris, de verklaring van de verdachte, de verhoorsituatie en de machtsmiddelen die ter beschikking staan van de rechter-commissaris.

Een hoofdstuk apart vormt de voorlopige hechtenis: zij wordt voorafgegaan door het proces-verbaal van bevinding door de politie, het staande houden en de in verzekeringstelling. Het bevel tot voorlopige hechtenis mag alleen worden gegeven in de door de wet genoemde gevallen, op basis van de in de wet genoemde redenen of gronden, en mits is voldaan aan de in de wet gestelde voorwaarden.

Ook wordt aandacht besteed aan andere personen en instanties dan de rechter-commissaris die een gewichtige rol spelen in het strafproces vóór de terechtzitting: de verdachte, de piketdienst van de advocatuur, het optreden van de tolk, de getuigen en de deskundigen, de «vroeghulp» van de reclasserings- en het functioneren van de raadkamer.

Het boek is geen handleiding voor de praktijkjurist, wel lezenswaardig voor «la petite histoire», «le fait divers».

Johan Scheers

BERICHTEN

Interuniversitaire contactgroep rechtstheorie (N.F.W.O.)

In het kader van het Nationaal Fonds voor Wetenschappelijk Onderzoek werd een interuniversitaire contactgroep 'Rechtstheorie' opgericht, met vertegenwoordigers van alle Vlaamse rechtsfaculteiten.

Het is de bedoeling met deze contactgroep het onderzoek en het onderwijs op het gebied van de rechtstheorie te stimuleren en de contacten tussen rechtstheorie, rechtsdogmatiek en rechtspraktijk te bevorderen.

Naast de andere geplande activiteiten wordt er naar gestreefd twee maal per jaar een lezing te organiseren voor een ruimer publiek.

Een eerste dergelijke bijeenkomst, maar speciaal gericht tot de beoefenaren van de rechtsdogmatiek, wordt gehouden te Brussel, in het gebouw van het N.F.W.O. (Egmontstraat, 5, 1050 Brussel) op woensdag 5 januari 1983 van 14 uur tot 17 uur. Prof. Aulis Aarnio (Helsinki) en prof. Aleksander Peczenik (Lund) zullen er elk een korte inleiding (\pm 30 min.) houden over 'Legal dogmatics and its theory', waarna een discussie over dit thema zal worden gehouden.

Geïnteresseerden kunnen zich voor verdere informatie wenden tot de volgende contactpersonen aan de respectieve universiteiten: K.U.L.: J. Van Peteghem; R.U.G.: B. Bouckaert; UFSAL en UFSIA: M. Van Hoecke; U.I.A.: M. Van Quickenborne; V.U.B.: J. Van Bellingen.

Studiedag over arbitrage te Brussel

Op 17 december 1982 organiseren de Balie te Brussel en Cepani, in samenwerking met de Conférence du Jeune Barreau, een studiedag met de volgende onderwerpen:

Dix années d'expérience de la sixième partie du code judiciaire sur l'arbitrage (door M. Huys); l'arbitrage et les pouvoirs publics (door P. Lambert); l'amicable composition dans l'arbitrage interne et dans l'arbitrage international (door L. Matray); l'arbitrage maritime (door G. Franck); les questions préjudicielles (door G. Horsmans); l'arbitrage international en Belgique (door H. Van Houtte); l'arbitrage multipartite (door P. Van Omme).

De studiedag wordt gehouden in de lokalen van de Faculté universitaires Saint-Louis, Broekstraat 109, 1000 Brussel.

Inlichtingen bij: Conférence du Jeune Barreau, Poelaertplein, Brussel, tel.: (02)513.28.00 (643).

TIJDSCHRIFTEN

Tijdschrift voor notarissen, 1982

nr. 7-8, juli-augustus,

A. Van den Bossche, Verkavelingen. De bestemming van gronden impliceert een kosteloze afstand; W. Pintens, Bedenkingen over een hervorming van de echtscheiding door onderlinge toestemming.

Vlaams Tijdschrift voor Gezondheidsrecht, 1982

nr. 6, juli,

A. Prims, Vrijheid en vrijheidsbeperking in de psychiatrische zorgverlening. Beschouwingen omtrent juridische- en beleidsaspecten; D. Pieters, Juridische benadering van de euthanasie; H. Nys en R.-M. T'Jonck, Kroniek van het gezondheidsrecht (wetgeving, rechtspraak, rechtsleer, parlementaire vragen en antwoorden, feiten en kronieken, boekbesprekingen, mededelingen).

De Verzekering, 1982

januari-april,

R. Van Gompel, Het medisch geheim: mogelijke oplossingen in een acuut probleem voor de verzekeringsondernemingen. Le secret médical: solutions possibles à un problème préoccupant pour les entreprises d'assurances; J. Rutsaert, De l'effet de la faillite sur le sort de l'indemnité de réparation du dommage résultant de la lésion d'un droit exclusivement attaché à la personne; V.H., noot bij Arbh. Antwerpen, 22 januari 1980 (vaststelling van de loongrenzen inzake de berekening van de arbeidsongevallenvergoeding — koppeling aan het indexcijfer van de consumptieprijzen); V.H., noot bij Arbh. Gent, 3 april 1980 en Arbrb. Gent, 17 november 1978 (kan een hartinfarct een arbeidsongeval zijn?); V.H., noot bij Arbh. Gent, 3 april 1980 (begrip arbeidsongeval — polsontsteking na lange blootstelling aan beroepsrisico); V.H., noot bij Arbh. Antwerpen, afdeling Hasselt, 23 april 1980 (vaststelling van de loongrenzen inzake de berekening van de arbeidsongevallenvergoeding — in aanmerking te nemen periode); J.R., noot bij Rb. Luik, 21 mei 1981 (W.A.M.-verzekering — opschorting van de waarborg wegens niet-betaling van de premie — invordering van de vervallen premies — geldig schadebeding); R.B., noot bij Rb. Antwerpen, 18 februari 1982 en Vred. Merkssem, 23 april 1981 (aansprakelijkheid voor de schade veroorzaakt door een omvallende boom); J.R., Over de opnemings van het bedrag van de B.T.W. en van de inschrijvingsbelasting in de schaderaming (noot bij Hof Antwerpen, 30 december 1980); H.B., noot bij Hof Antwerpen, 12 september 1979 en Kh. Antwerpen, 4 maart 1979 (recht op afkoop van een levensverzekeringsspolis — waarborg voor terugbetaling van een lening — geen schenking tussen echtgenoten).