

RECHTSKUNDIG WEEKBLAD

REDACTIE : RIDDER RENE VICTOR, HOOFDREDACTEUR

E. BOONEN, C. CAENEPEEL

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

HET SOCIAALRECHTELIJK KORT GEDING*

I. Inleiding

Het kort geding is een procedurevorm die de voorzitter van de rechtbank toestaat spoedig voorlopige maatregelen te nemen wanneer het onmogelijk voorkomt van de normaal bevoegde rechtsmacht een beslissing tot vrijwaring van een bedreigd recht tijdig te verkrijgen.

Het betreft een rechtsmacht in betwiste zaken.

Het kort geding is een procedure die vóór de inwerking-treding van het Gerechtelijk Wetboek geen toepassing vond op de geschillen betreffende de sociale wetgeving. Wel waren de voorzitters van de werkrechtshraden bevoegd om de dagvaardingstermijnen te verkorten en waren de raden zelf bevoegd voorlopige maatregelen te nemen¹. De toepassing van de algemene procedureregelen op de arbeidsgerechten heeft o.m. tot gevolg dat deze procedurevorm tot die gerechten uitgebreid werd. De bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek die betrekking hebben op het kort geding zijn in hoofdzaak de artikelen 9, 584 en 1039.

II. De bevoegdheid

De bevoegdheid om in kort geding kennis te nemen van de geschillen betreffende de toepassing van de sociale wetgeving wordt door het Gerechtelijk Wetboek toevertrouwd aan de voorzitter van de arbeidsrechtbank¹. Deze laatste kan zich door een rechter laten vervangen².

De voorzitter van de arbeidsrechtbank is bevoegd om kennis te nemen van een vordering in kort geding wanneer deze rechtbank de bevoegdheid ratione materiae heeft om kennis te nemen van het bodemgeschil.

Gezien de volheid van de bevoegdheid van de rechtbank van eerste aanleg is de voorzitter van deze rechtbank ook bevoegd inzake vorderingen die tot de bevoegdheid van de arbeidsrechtbank behoren³. Er komen dan ook af en toe

geschillen betreffende aangelegenheden van sociaal recht voor de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg, rechtsprekend in kort geding⁴.

Hoewel artikel 9 Ger. W. zegt dat de volstreckte bevoegdheid o.m. naar het spoedeisend karakter van de vordering bepaald wordt⁵, wordt door sommigen staande gehouden dat dit karakter een voorwaarde is voor de toelaatbaarheid van de vordering en niet voor de bevoegdheid van de voorzitter⁶.

Deze stelling houdt o.m. verband met het feit dat het spoedeisend karakter van de vordering op het ogenblik van de uitspraak beoordeeld wordt en niet bij de dagvaarding⁷.

⁴ Bv. Hof Gent, 12 maart 1981, *R.W.*, 1981-82, 1683, betreffende een vordering die ertoe strekte een collectieve actie te verbieden tegen de tewerkstelling van vreemd personeel tegen een lager loon in een bepaalde onderneming; Voorz. Rb. Verviers, 9 juli 1981, *J.T.T.*, 1982, noot G. ROMMEL, betreffende een vordering tot uitdrijving van de bezetters van een bedrijf.

⁵ Zie daarover meer in A. FETTWEIS, *Bevoegdheid*, in *Handboek voor Gerechtelijk recht*, II, Antwerpen, 1971, 253, nr. 468; *id.*, «Observations sur le règlement des incidents de compétence et de répartition», in *Procesrecht vandaag*, *T.P.R.*, 1980, 139; P. ROUARD, *Traité élémentaire de droit judiciaire privé*, II, Brussel, 1973-74, 748, nrs. 903 e.v.; I. VEROUGSTRAETE, «Het kort geding», in *Procesrecht vandaag*, *T.P.R.*, 1980, 259, nr. 4; G. DE LEVAL, «L'examen du fond des affaires par le juge des référés», *J.T.*, 1982, 421, nr. 4.

⁶ Zie o.m. R. DE CORTE, «Hoe autonoom is het procesrecht?», in *Procesrecht vandaag*, *T.P.R.*, 1980, 11, nr. 30; J. LAENENS, «De bevoegdheidsregeling en de versnelling van de rechtsbedeling», in *Procesrecht vandaag*, *T.P.R.*, 1980, 123, nr. 18; Hof Antwerpen, 18 oktober 1979, *B.R.H.*, 1971, 354; G. ROMMEL, «Bevoegdheid, urgentie en voorlopigheid in het sociaal kort geding. Tendensen en perspectieven», *J.T.T.*, 1982, 65-72, in het bijzonder nrs. 3-5.

⁷ Zie o.m. Cass., 4 november 1976, *Arr. Cass.*, 1977, 262; E. GUTT en A.M. STRANART-THILLY, «Examen de jurisprudence. Droit judiciaire privé», *R.C.J.B.*, 1973, 188-189; CÉZAR-BRU, HÉBRAUD, SEIGNELLE & ODOUL, *Juridiction du Président du Tribunal*, deel I: Des Référé, 44, nrs. 20 e.v.; P. ROUARD, *a.w.*, 748, nrs. 903 e.v.; Hof Brussel, 10 januari 1970, *Pas.*, 1970, II, 78; Hof Bergen, 21 januari 1976, *Pas.*, 1976, II, 199; anders: A. FETTWEIS, «Observations sur le règlement des incidents de compétence et de répartition», in *Procesrecht vandaag*, *T.P.R.*, 1980, 140.

* Verslag voor de «XIes Journées d'Etudes Juridiques Jean Dabin», Centre Charles van Reepinghen pour le Droit Judiciaire, Louvain-la-Neuve, 14-15 oktober 1982.

¹ Zie wet 9 juli 1926 betreffende de werkrechtshraden, artikel 73; C. CAMBIER, *Droit judiciaire civil*, II, *La compétence*, 364 en 645.

² Artt. 9 en 584, tweede lid, Ger. W.

³ Zie o.m. artikel 1035, eerste lid, Ger. W.

⁴ Arrondrb. Antwerpen, 18 juni 1974, *R.W.*, 1974-75, 1262.

Het feit dat de eiser voor de arbeidsrechtbank een vordering nopens dezelfde aangelegenheden had ingesteld, doet geen afbreuk aan de bevoegdheid van de voorzitter van de rechtbank. Immers, in een dergelijk geval bestaat er geen litispentie, daar het voorwerp van beide vorderingen verschillend is: in de ene procedure wordt een uitspraak ten gronde gevorderd, in de andere een voorlopige beslissing. Over dit punt bestaat er evenwel niet altijd eensgezindheid⁸.

III. Voorwaarden voor het instellen van een kort geding voor de voorzitter van de arbeidsrechtbank

1° De vordering moet onder de bevoegdheid van de arbeidsrechtbank vallen

In feite is de voorwaarde dat het geschil moet behoren tot de volstreekte bevoegdheid van de arbeidsrechtbank de enige die het sociaal kort geding van het gemeenrechtelijke onderscheidt.

De bevoegdheid van de arbeidsgerechten is beperkt tot de individuele geschillen betreffende de sociale wetgeving⁹. Toch gebeurt het dat rechtsgeschillen naar aanleiding van een collectief conflict, zoals een werkstaking, een bedrijfsbezetting of een lock-out, aan de voorzitter van de arbeidsrechtbank, rechtsprekend in kort geding, worden voorgelegd. Zo hebben werkgevers vorderingen ingesteld die ertoe strekten een werkstaking of een bedrijfsbezetting te doen eindigen. De arbeidsrechtbanken verklaarden zich meestal onbevoegd om van dergelijke geschillen kennis te nemen¹⁰. In andere gevallen werd geoordeeld dat een beslissing over dergelijke aangelegenheden de grond van de zaak raakt¹¹.

Wat de burgerlijke geschillen betreft die het gevolg zijn van een overtreding van de wetten en besluiten betreffende de arbeidsreglementering, zijn de arbeidsgerechten krachtens artikel 578, 7°, Ger. W. slechts bevoegd als de overtreding begaan is door een werkgever. Aldus werd op grond van de onbevoegdheid van de arbeidsgerechten ter zake een beschikking in kort geding vernietigd waarbij de voorzitter van de arbeidsrechtbank zich bevoegd had verklaard een geschil te beslechten betreffende de exploitatie van een schietbaan zonder voorafgaande administratieve toelating conform de bepalingen van het A.R.A.B.¹².

2° Het bestaan van onverwijlde spoed

a) *Begrip*. Urgentie is een essentieel aspect waarop de procedure in kort geding steunt. Art. 584 Ger. W. bepaalt immers dat de voorzitter uitspraak doet in zaken die hij «spoedeisend» acht.

Het begrip spoedeisendheid wordt in de wet niet nader omschreven. Het is een feitelijke aangelegenheid waarover

de voorzitter soeverein oordeelt, wat eigenlijk neerkomt op een beleidsbeslissing¹³.

Immers, de feitelijke elementen vertonen een grote verscheidenheid en de wet verleent aan de bevoegde magistraat een ruime beoordelingsmacht die het hem mogelijk maakt te oordelen of de zaak die hem wordt voorgelegd, al dan niet een spoedeisend karakter vertoont.

De voorzitter van de arbeidsrechtbank oordeelt derhalve soeverein over het spoedeisend karakter van de zaak¹⁵; de arrondissementsrechtbank werd onbevoegd geacht om daarover te beslissen¹⁶.

Daar de beoordeling van dringende aard een feitelijke aangelegenheid is, ontsnapt die aan de controlebevoegdheid van het Hof van Cassatie¹⁷.

Het begrip «onverwijlde spoed» werd door de rechtspraak in de loop der jaren versoepeld. Thans wordt van spoedeisendheid gesproken zodra de vrees voor enigszins ernstige schade of zelfs voor ernstige bezwaren een onmiddellijke beslissing wenselijk maakt¹⁸. Toch blijkt de Belgische rechter ervoor terug te schrikken zover te gaan als in Frankrijk, waar de rechter in kort geding de neiging heeft als de «bestuurlijke» rechter op te treden voor de geschillen die geen ernstige betwisting oproepen en eerder eenvoudig zijn¹⁹.

De voorzitters van de arbeidsrechtbanken houden nog steeds vrij sterk aan het vereiste van «onverwijlde spoed», in elk geval meer dan hun collega's in de rechtbanken van eerste aanleg en de rechtbanken van koophandel²⁰. G. Rommel leidt uit een analyse van de rechtspraak af dat urgentie de vervulling van vier voorwaarden impliceert:

- voor de eiser moet schade dreigen;
- hij moet door het tijdsverloop benadeeld worden;
- hij mag langs de gewone weg niet tijdig een beslissing kunnen krijgen;
- een aangepaste maatregel moet worden gevorderd²¹.

Het komt ons voor dat de eerste drie van deze voorwaarden samen dienen te worden beschouwd. Vereist is dat een aanzienlijke schade op korte termijn of met onmiddellijke uitwerking dreigt²².

Anderzijds ligt het voor de hand dat wanneer een beslissing van de rechter ten gronde kan worden verkregen nog voordat de schade ontstaat, deze schade niet meer «dreigt» binnen de korte termijn die de spoedeisendheid in kort geding vergt. Tenslotte is het duidelijk dat de spoedeisendheid meteen moet blijken uit de gevorderde beschikking:

¹³ I. VEROUWSTRAETE, *a.w.*, 261.

¹⁴ Artikel 51 Ger. W.

¹⁵ Hof Bergen, 21 januari 1976, *Pas.*, 1976, II, 199; Rb. Mechelen, 25 november 1976, *R.W.*, 1976-77, 2475.

¹⁶ Arrondrb. Brussel, 12 aug. 1971, *J.T.*, 1971, 686.

¹⁷ Fr. Cass.civ., 14 februari 1973, *Gaz. Pal.*, 1973, 1, Somm., 58.

¹⁸ A. FETWEIS, *Handboek voor gerechtelijk recht*, deel II, *Bevoegdheid*, 256-257, nr. 469.

¹⁹ J. NORMAND, «Les procédures d'urgence en droit du travail», *Droit social*, 1980, nr. 5 (mei) blz. S.P. 47.

²⁰ G. DEMEZ, *a.w.*, 64.

²¹ G. ROMMEL, *a.w.*, 66, nr. 12.

²² Zie bv. de niet gepubliceerde rechtspraak aangehaald door G. ROMMEL, *a.w.*, 67, voetnoten 33 t.e.m. 36.

⁸ CÉZAR-BRU e.a., *a.w.*, nr. 21; R. VAN LENNEP, *Het kort geding*, Antwerpen, 1951, 69.

⁹ A. FETWEIS, *a.w.*, nr. 346; C. CAMBIER, *a.w.*, 589-590 en 655-656.

¹⁰ Voorz. Arbrb. Luik, 20 november 1978, *J.T.T.*, 1979, 122; Voorz. Arbrb. Charleroi, 7 mei 1979, *J.T.T.*, 1979, 184, advies O.M.; Voorz. Arbrb. Gent, 13 maart 1981, *R.W.*, 1981-82, 1683.

¹¹ Hof Gent, 12 maart 1981, *R.W.*, 1981-82, 1683.

¹² Arbh. Brussel, 20 december 1974, *J.T.T.*, 1975, 42.

het is immers de vordering die spoedeisend moet zijn en niet het geschil²³, zodat de omstandigheid dat de gevorderde maatregel door zijn aard niet bijdraagt tot het verhinderen of afwenden van het dreigende gevaar, uiteraard aan de eis het karakter van spoedeisendheid ontnemt.

De stelling dat er urgentie zou bestaan wanneer de rollen overbelast zijn zodat een tijdige beslissing onmogelijk is, heeft slechts een betrekkelijke waarde, zoals J. Normand terecht opmerkt²⁴.

Het bestaan van de urgentie verliest in bepaalde landen aan belang, waar de ernst van de betwisting als voornaamste voorwaarde beschouwd wordt²⁵.

In het raam van een procedure in kort geding bestaat er onverwijlde spoed wanneer het probleem door de gewone procedure niet tijdig kan worden opgelost en er nadeel dreigt.

b) *Schade*. Onverwijlde spoed veronderstelt niet dat er onherstelbare schade dreigt: voldoende is dat een grote schade dreigt²⁶. Is de schade eenmaal veroorzaakt, dan vervalt de reden tot spoedige beslissing.

Indien de dreigende schade te wijten is aan de fout of nalatigheid van de eiser, o.m. door het gemis aan een tijdig ingestelde vordering, wordt meestal geoordeeld dat er geen onverwijlde spoed bestaat²⁷. Bepaalde auteurs zijn evenwel van mening dat de fout van de eiser de «onverwijlde spoed» niet uitsluit²⁸.

c) *Beoordeling*. Het spoedeisend karakter van de zaak moet beoordeeld worden op het ogenblik dat de voorzitter van de rechtbank zijn beslissing neemt en niet op de dag dat de vordering ingeleid wordt²⁹.

De bevoegde magistraat moet het spoedeisend karakter van de vordering onderzoeken, zelfs indien de partijen het eens zijn deze procedurevorm aan te wenden en de gevorderde maatregelen te laten treffen³⁰.

De voorzitter van de rechtbank moet het bestaan van het spoedeisend karakter van de zaak vaststellen, en hij moet dit motiveren wanneer er daaromtrent betwisting bestaat.

d) *Gebrek aan spoed*. Indien de voorzitter van de rechtbank tot de bevinding komt dat er geen onverwijlde spoed bestaat, moet hij zich onbevoegd verklaren en wordt de zaak naar de rechter ten gronde verwezen³¹.

Volgens sommigen evenwel moet hij alsdan beslissen dat «er geen aanleiding is tot kort geding» zonder zich onbevoegd te verklaren en zonder te verwijzen³². Dit is niet het standpunt van de auteurs, die het voorhanden zijn van de urgentie niet als een voorwaarde zien voor de bevoegdheid van de voorzitter in kort geding, maar als een voorwaarde voor de ontvankelijkheid van de vordering beschouwen³³.

IV. De beslissing geldt als uitspraak bij voorraad die geen nadeel aan de zaak mag toebrengen

1° *Beginselen*

Volgens de wettelijke beginselen geldt de beschikking in kort geding als een voorlopige beslissing, die geen nadeel mag toebrengen aan de grond van de zaak³⁴. Het is de rechter ten gronde die bevoegd is om over de grond van de zaak te beslissen³⁵.

Het verbod uitspraak te doen over de grond van de zaak vloeit voort uit de spoedeisendheid van de procedure en is er een corollarium van. Immers, bij de «spoedige» uitspraak worden enkel dringende maatregelen genomen wanneer de tijd ontbreekt om het bodemgeschil en de gevorderde maatregelen grondig te onderzoeken. Het Hof van Cassatie is bevoegd om daarop controle uit te oefenen³⁶.

De onbevoegdheid van de voorzitter van de rechtbank om in kort geding uitspraak te doen over de grond van de zaak raakt de openbare orde³⁷.

De bepaling, dat de voorlopige maatregelen van de voorzitter geen nadeel mogen toebrengen aan de zaak zelf wijst erop dat de mogelijkheid bestaat dat een vordering betreffende het bodemgeschil tegelijkertijd met de procedure in kort geding kan worden ingesteld. Belangrijk is evenwel dat de beschikking niet prejudicieert t.a.v. de beslissing van de rechter ten gronde³⁸. In kort geding mag derhalve hetzelfde worden gevorderd als hetgeen ten gronde wordt gevraagd³⁹.

2° *Draagwijdte*

Dat de beschikking in kort geding geen nadeel toebrengt aan de zaak, betekent dat de beslissing geen bindende beslissing voor de rechter ten gronde inhoudt. Deze blijft in zijn beoordelingsmacht vrij en kan de beschikking in kort geding herzien, wijzigen of aanvullen⁴⁰.

Het voorschrift richt zich derhalve tot de rechter ten gronde en niet tot die in kort geding⁴¹.

²³ G. ROMMEL, *a.w.*, 68, nr. 22.

²⁴ J. NORMAND, *a.w.*, 49.

²⁵ Frankrijk (zie verder).

²⁶ Zie daarover meer in R. VAN LENNEP, *a.w.*, 64; J. NORMAND, *a.w.*, 45; *andere*: Voorz. Arrb. Brussel, 1 februari 1982, geciteerd door G. DOMEZ, *a.w.*, 63, voetnoot 12.

²⁷ J. PETIT, *Arbeidsgerechten en sociaal procesrecht*, A.P.R., Gent, 1980, 258, nr. 413.

²⁸ R. VAN LENNEP, *a.w.*, 72.

²⁹ DALLOZ, *Répertoire de procédure civile et commerciale*, 1980, «Référé civil», nr. 21-2°; Cass., 4 november 1976, T.S.R., 1977, 257 en *Pas.*, 1977, I, 260; *andere*: G. ROMMEL, *a.w.*, 68, nr. 21, die meent dat de rechter wel de vordering ongegrond kan verklaren wanneer op het ogenblik van de uitspraak geen maatregel opportuun of nuttig voorkomt.

³⁰ CÉZAR-BRU, 44, nr. 20.

³¹ Artt. 660 en 726 Ger. W.; I. VEROUSTRATE, *a.w.*, in *Procesrecht* vandaag, T.P.R., 1980, 271, nr. 21; *andere*: J. LAENENS, *a.w.*, in *Procesrecht* vandaag, T.P.R., 1980, 124, nr. 18; Voorz. Rb. Verviers, 9 juli 1981, J.T.T., 1982, 75, noot G. ROMMEL.

³² J. PETIT, *a.w.*, nr. 413, 257.

³³ G. DOMEZ, *a.w.*, 64, voetnoot 13; G. ROMMEL, *a.w.*, 65, nr. 3.

³⁴ Artt. 584 en 1039 Ger. W.

³⁵ Cass., 13 januari 1972, Arr. Cass., 1972, 471; I. VEROUSTRATE, in *Procesrecht* vandaag, T.P.R., 1980, 266, nr. 16.

³⁶ CÉZAR-BRU, 48 e.v.

³⁷ Cass., 5 mei 1922, *Pas.*, 1922, I, 122; noot onder Cass., 6 febr. 1922, *Pas.*, 1922, I, 152; Cass., 13 januari 1972, Arr. Cass., 1972, 470.

³⁸ Verslag Van Reepinghen, *Pasinom.*, 1967, 395.

³⁹ J. PETIT, *a.w.*, nrs. 409 en 415.

⁴⁰ CÉZAR-BRU, 23, nr. 11.

⁴¹ G. ROMMEL, *a.w.*, 70, nr. 29.

Een prejudicieel geschil mag in kort geding niet worden opgelost, aangezien de wet uitdrukkelijk bepaalt dat de uitspraak in kort geding geen nadeel aan de zaak mag berokkenen⁴².

De omstandigheid, dat de beschikking in kort geding voorlopig is, betekent niet dat daarin een tijdsbepaling in de beschikking moet worden opgenomen⁴³. De werking van de voorlopige beslissing houdt op, wanneer er over het bodemgeschil beslist is.

Dat de beslissing als «uitspraak bij voorraad» geldt betekent ook niet dat ze noodzakelijk van tijdelijke aard is. Zij is voorlopig tot op het ogenblik dat de rechter ten gronde een beslissing neemt⁴⁴.

Het gezag van de beschikking in kort geding is verschillend van de uitspraak van de gewone rechter⁴⁵. Een uitspraak in kort geding heeft in het algemeen geen gezag van gewijsde⁴⁶. Zij is enkel beslissend op het punt waarover gestatueerd is en heeft dan gezag van gewijsde wat betreft de voorlopige maatregel, ook t.a.v. de rechter die over de grond van de zaak oordeelt.

De beschikking in kort geding, heeft ook slechts een relatief gezag van gewijsde t.a.v. degene die ze heeft uitgesproken: de voorzitter kan zijn beslissing immers intrekken of wijzigen indien er zich nieuwe feiten of een gewijzigde toestand voordoen.

Het voorlopig karakter van de beslissing belet niet dat de uitspraak in kort geding in bepaalde gevallen schade aan een der partijen berokkent en dat deze schade soms onherstelbaar is. De beschikking is immers voorlopig enkel wat de beoordeling van de zaak door de rechter ten gronde betreft maar niet wat de feitelijke gevolgen ervan betreft⁴⁷.

Hoewel het beginsel volgens hetwelk de beschikking in kort geding geen nadeel aan de zaak toebrengt van openbare orde is, komt het in de praktijk vaak voor dat zij de uitspraak ten gronde beïnvloedt, dat zij zelfs beslissend is voor de uitspraak over het bodemgeschil.

In vele gevallen ook wordt de beschikking definitief omdat verdere betwisting uitgeschakeld is of een onmogelijke toestand geschapen wordt⁴⁸.

Het beginsel dat er geen nadeel aan de zaak mag worden toegebracht belet anderzijds de bevoegde magistraat niet zijn beslissing op de rechten van de partijen te doen steunen als deze rechten niet ernstig betwist kunnen worden⁴⁹, en ook niet kennis te nemen van titels, stukken en documenten⁵⁰.

Gedurende lange tijd bestond er onzekerheid over de bevoegdheid van de voorzitter in kort geding om de titels en stukken der partijen te onderzoeken, te beoordelen en te

interpreteren⁵¹. Bepaalde auteurs ontzeggen hem deze bevoegdheid⁵². De zaak mag niet ten gronde beoordeeld worden, doch in vele gevallen is het moeilijk een beslissing in kort geding te nemen zonder het bodemgeschil enigszins aan te raken⁵³. De magistraat die in kort geding zitting houdt, moet toch een bepaald inzicht verkrijgen over de juridische toestand van de partijen, al is het enkel in verband met voorlopige maatregelen⁵⁴.

Aldus kan de voorzitter van de arbeidsrechtbank onderzoeken of er al dan niet een arbeidsovereenkomst tussen de partijen bestaat alvorens uitspraak te doen over een vordering tot afgifte van sociale documenten en kan hij onderzoeken of een onderneming tot de privé-sector behoort dan wel een openbare dienst uitmaakt alvorens een vordering tot het houden van sociale verkiezingen te beslechten⁵⁵.

V. Voorlopige maatregelen

1° Beginselen

Indien de voorwaarden voor de toepassing van een procedure in kort geding vervuld zijn, kan de voorzitter voorlopige maatregelen treffen.

Dikwijls ligt een feitelijkheid ten grondslag aan een vordering in kort geding en dikwijls kan de bevoegde magistraat door zijn beschikking een einde maken aan de feitelijkheid en de zaak in haar vroegere staat herstellen.

De voorlopige maatregelen die in kort geding genomen worden, houden geen beslechting van het bodemgeschil in.

De magistraat die een uitspraak in kort geding doet, veroordeelt niet, beslecht niet een geschil, maar treft voorlopige maatregelen in een toestand die dringend een oplossing vergt. Hij is vrij de maatregel te treffen die hij de meest geschikte acht; deze kan van bewarende aard of een onderzoeksmaatregel zijn.

Preventieve maatregelen worden blijkbaar niet getroffen. Immers, er is op dat ogenblik nog geen geschil. Dit kan evenwel betreurd worden⁵⁶.

In bepaalde aangelegenheden zijn instructie-, enquête- en expertisemaatregelen dringend noodzakelijk omdat het gevaar bestaat dat de mogelijkheid tot bewijs later verdwenen zal zijn.

In het Gerechtelijk Wetboek⁵⁷ worden enkele maatregelen vermeld die de rechter in kort geding kan nemen: sekwesters aanstellen, vaststellingen en/of deskundigenonderzoeken bevelen, maatregelen ter vrijwaring van rechten bevelen voor hen die de nodige voorzieningen niet kunnen treffen, een getuigenverhoor bevelen, zelfs met het oog op een toekomstig geschil, indien vaststaat dat het bij enige

⁴² Cass., 6 februari 1930, *Pas.*, 1930, I, 87; Hof Brussel, 28 maart 1978, *J.T.*, 1978, 365.

⁴³ *Anders*: Hof Brussel, 9 januari 1974, *Pas.*, 1974, II, 83.

⁴⁴ Cass., 15 november 1923, *Pas.*, 1924, I, 28.

⁴⁵ Hof Brussel, 20 juni 1972, *J.T.*, 1973, 98.

⁴⁶ CÉZAR-BRU, 16, nrs. 39 e.v.

⁴⁷ Cass., 6 februari 1930, *Pas.*, 1930, I, 87, noot procureur-generaal J. LECLERCQ.

⁴⁸ Verslag Van Reepinghen, deel I, 236.

⁴⁹ Verslag Van Reepinghen, *Pasinom.*, 1967, 395.

⁵⁰ Cass., 6 febr. 1930, *Pas.*, 1930, I, 87; *Pand.B.*, tw. «Référé», nr. 268.

⁵¹ *Pand.B.*, tw. «Référé», nr. 270.

⁵² CÉZAR-BRU, *a.w.*, 54, nr. 30.

⁵³ Rb. Verviers, 3 april 1891, *J.T.*, 1891, 622; *Pand.B.*, tw. «Référé», nr. 797; E.M. MEIJERS, *Het kort geding*, Zwolle, 1967, 51.

⁵⁴ G. ROMMEL, *a.w.*, 70, nrs. 31 en 32.

⁵⁵ Voorz. Arbrb. Brussel, 4 februari 1981 en Voorz. Arbrb. Bergen, 12 mei 1975, niet gepubliceerd en geciteerd door G. ROMMEL, *a.w.*, 77, voetnoten 108 en 109.

⁵⁶ Zie daarover meer in CÉZAR-BRU, *a.w.*, 87.

⁵⁷ Art. 584 Ger. W.

vertraging van het verhoor te vrezen is dat het getuigenis niet meer zal kunnen worden afgenomen.

Deze opsomming is niet limitatief doch heeft een louter enuntiatief karakter⁵⁸. De bevoegde magistraat heeft de vrije keuze bij het bevelen van voorlopige maatregelen. Onderzoeksmaatregelen worden genomen om gegevens ter beschikking van de rechter ten gronde te stellen⁵⁹.

Volgens G. de Leval kunnen de maatregelen die de rechter in kort geding kan bevelen in drie categorieën ingedeeld worden:

- onderzoeksmaatregelen;
- maatregelen die situaties ordenen in afwachting van een beslissing ten gronde;
- maatregelen die neerkomen op de sanctionering van een evident recht⁶⁰.

Wat meer bepaald expertises betreft, moet er niet noodzakelijk een juridische band bestaan tussen degene die een expertise vordert en de verweerder; voldoende is dat er urgentie is en de bevolen onderzoeksmaatregel geen beslissing ten gronde inhoudt.

De vraag of de rechter in kort geding proviesies kan toekennen, wordt in recente beslissingen positief beantwoord. Zo werd in kort geding provisioneel, dus «zonder de definitieve eisbaarheid van de sommen te onderzoeken», een bedrag toegekend aan een persoon die de betaling vorderde van een conventioneel pensioen, ten einde «haar toe te staan om in haar dringende behoeften te voorzien»⁶¹. G. Demez⁶² wijst op de wenselijkheid in kort geding proviesies toe te kennen op achterstallig loon, verbrekingsvergoeding, conventionele sociale voordelen e.a., zoals dit in Frankrijk trouwens wettelijk geregeld is (zie verder). G. Rommel maakt onderscheid tussen condemnatoire, declaratoire en constitutieve beslissingen. De rechter in kort geding kan enkel condemnatoire beslissingen nemen, d.i. veroordelen een handeling te verrichten of na te laten. Hij mag geen uitspraak doen over een vordering tot vaststelling of wijziging van de rechtspositie van de partijen, tenzij het gaat om een tijdelijke wijziging⁶³.

Aldus kan de voorzitter van de arbeidsrechtbank de werkgever machtigen de winkel geëxploiteerd door een zaakvoerder-bediende te betreden of kan hij de uitdrijving bevelen van een ontslagen schepeling die het schip van de werkgever weigert te verlaten, doch is hij niet bevoegd vast te stellen of de uitvoering van de arbeidsovereenkomst al dan niet geschorst is, om te zeggen of de terugvordering van een onverschuldigd pensioen door de Rijksdienst voor Werknemerspensiolen al dan niet gegrond is of om het bedrag van de kinderbijslag voor wezen of minder-valide kinderen vast te stellen⁶⁴.

2° In België genomen maatregelen in sociaalrechtelijke aangelegenheden

Het is een feit dat van het sociaal kort geding zeer weinig — volgens sommigen — te weinig — gebruik wordt gemaakt⁶⁵. Het valt echter op dat ook degenen die betreuren dat er weinig «sociale» korte gedingen zijn, eigenlijk slechts het wel couranter voorkomend voorbeeld citeren van de procedure waarbij de aanstelling van een deskundige wordt gevraagd met het oog op het vaststellen van het al dan niet bestaan van een staat van arbeidsongeschiktheid van een werknemer⁶⁶.

Het bevelen van onderzoeksmaatregelen is inderdaad ongeveer de enige aangelegenheid waarvoor vrij regelmatig een beroep wordt gedaan op de voorzitter van de arbeidsrechtbank, rechtsprekend in kort geding. Een van de meest voorkomende onderzoeksmaatregelen is de benoeming van een geneesheer-deskundige, hetzij in geval van onenigheid tussen de behandelende geneesheer van de werkgever over de door de eerste geattesteerde arbeidsongeschiktheid van de werknemer, hetzij in geval van erkenning of weigering van erkenning van de arbeidsongeschiktheid van een gerechtigde op sociale-zekerheidsuitkeringen door de bevoegde instantie.

Sinds het Hof van Cassatie als regel heeft gesteld dat wanneer de door de werkgever aangestelde controle-geneesheer in strijd met het overgelegde getuigenschrift van de behandelende geneesheer van de werknemer besluit tot arbeidsongeschiktheid van deze laatste, het bewijs van de arbeidsongeschiktheid niet geleverd is en het de werkgever is die het nodige moet doen om het geschil te beslechten⁶⁷, zal wellicht meer dan voordien op de voorzitter van de arbeidsrechtbank een beroep worden gedaan om de benoeming van een geneesheer-deskundige te verkrijgen. Bij ontstentenis van nieuwe gegevens ziet de werknemer zich immers vervallen van het recht op gewaarborgd loon voor de periode volgend op het onderzoek van de controlerend geneesheer van de werkgever, terwijl zekere rechtspraak vóór het hierboven vermelde cassatiearrest aannam dat zijn arbeidsongeschiktheid ondanks de andersluidende bevindingen van de controle-geneesheer bewezen bleef en de werknemer derhalve zijn recht op gewaarborgd loon behield⁶⁸.

Daar de arbeidsongeschiktheid of -ongeschiktheid zeer snel kan veranderen, kan de benoeming van een gerechtsdeskundige soms absoluut noodzakelijk nagenoeg onmiddellijk moeten plaatsvinden, zodat in voorkomend geval toepassing moet kunnen worden gemaakt van de procedure op

⁵⁸ Verslag Van Reepinghen, 396.

⁵⁹ CÉZAR-BRU, nrs. 57 e.v.; Fr. Cass. civ., 7 juli 1971, *J.C.P.*, 1971, IV, 222.

⁶⁰ G. DE LEVAL, *a.w.*, *J.T.*, 1982, 422-423, nrs. 11-13.

⁶¹ Zie Voorz. Rb. Antwerpen, 8 juli 1981, *R.W.*, 1981-82, 1690-91, noot J. LAENENS; Voorz. Rb. Brussel, 24 februari 1981, *R.G.A.R.*, 1982, nr. 10443; G. DE LEVAL, *a.w.*, *J.T.*, 1982, 421-427, in het bijzonder nrs. 15 e.v.

⁶² G. DEMEZ, *a.w.*, *Soc. Kron.*, 1982, nr. 2, 71 e.v.

⁶³ G. ROMMEL, *a.w.*, 71, nrs. 35 en 36.

⁶⁴ Voorz. Arbrb. Luik, 14 augustus 1973, Voorz. Arbrb. Antwerpen, 20 februari 1979, Voorz. Arbrb. Luik, 12 november 1980,

Voorz. Arbrb. Luik, 11 december 1978, Voorz. Arbrb. Antwerpen, 9 oktober 1980, niet gepubliceerd en geciteerd door G. ROMMEL, *a.w.*, 71, voetnoten 110, 114, 126, 127 en 129.

⁶⁵ M. PATTE, «Discours prononcé le 4 septembre 1972 devant l'assemblée générale de la Cour du Travail de Liège», *J.T.T.*, 1973, 20; L. DE VOS, «Enkele beschouwingen met betrekking tot de procedure voor de arbeidsgerechten», *R.W.*, 1981-82, 734.

⁶⁶ M. PATTE, *a.w.*, 20.

⁶⁷ Cass., 5 januari 1981, *R.W.*, 1980-81, 2629, *J.T.T.*, 1981, 228 en *Soc. Kron.*, 1981, 63, noot M. LECLERCQ.

⁶⁸ Arbrb. Gent, 12 februari 1982, B.R. V. 52/82, niet gepubliceerd.

eenzijdig verzoekschrift waarvan sprake in art. 584 Ger. W.⁶⁹.

Wanneer een uitkeringsgerechtigde werkloze door de gewestelijke inspecteur voldoende arbeidsgeschikt wordt verklaard om zich op de dagelijkse werkloosheidscontrole aan te bieden, kan de betrokkene in kort geding de benoeming van een gerechtsdeskundige vragen om na te gaan of hij werkelijk een arbeidsongeschiktheidsgraad van minder dan 33 % bezit, dit om te beletten dat zijn gezondheidstoestand zou verergeren ten gevolge van het zich aanbieden op de dagelijkse controle⁷⁰.

In het arbeidsovereenkomstenrecht kunnen nog onderzoeksmaatregelen worden bevolen om bv. de omstandigheden na te gaan die door een werknemer worden aangevoerd als grond tot verbreking van de arbeidsovereenkomst ten laste van de werkgever, om de schade vast te stellen die door de ontslagen werknemer toegebracht is aan de woning die hem als voordeel in natura krachtens de arbeidsovereenkomst was verleend of om een beweerde dringende reden te onderzoeken.

Ook betreffende de arbeidsongevallenwetgeving komen onderzoeksmaatregelen in kort geding voor, zoals een bevel aan de directeur-generaal van het Fonds voor Arbeidsongevallen om alle omstandigheden te bepalen van een ongeval of het bevel van een lijkschouwing⁷².

Nauw verwant met onderzoeksmaatregelen zijn de beschikkingen in kort geding waarbij de voorzitter van de arbeidsrechtbank maatregelen treft in verband met het behoud of de bewaring van bewijsmateriaal. Aldus werd een deskundigenonderzoek bevolen over de vraag of de werkgever de functie van een werknemer daadwerkelijk uitholde, aangezien gevaar bestond voor verdwijning van bewijsmateriaal⁷³ en werd een derde verbod opgelegd om zich te ontdoen van bepaalde documenten gedurende een bepaalde periode⁷⁴. Een vordering in kort geding die ertoe strekte een ziekenhuis een bevel te doen geven tot afgifte van een medisch dossier aan een gerechtsdeskundige belast met een lijkschouwing in een arbeidsongevallenzaak werd evenwel afgewezen omdat zulks een oordeel vereist over het medisch beroepsgeheim, wat de grond van de zaak raakt⁷⁵.

Veel moeilijker blijkt het van de voorzitter van de arbeidsrechtbank een beschikking te verkrijgen die verder gaat dan een loutere onderzoeksmaatregel. Veelal wordt

alsdan geoordeeld dat hetzij de vereiste spoedeisendheid niet voorhanden is, hetzij een uitspraak over de gevorderde maatregel een onderzoek van de grond van de zaak vergt. Aldus werd een vordering van de gewezen werkgever tegen een handelsvertegenwoordiger die een concurrentiebeding met een geldingsduur van zes maanden overtrad, strekken- de tot staking van deze overtreding, bij gebrek aan urgentie afgewezen, omdat de vordering werd ingeleid tijdens de derde maand van die termijn en slechts gepleit werd enkele dagen vóór het verstrijken van de zesde maand⁷⁶.

Anderzijds werd een vordering die ertoe strekte een bedrijfsbezetting en stakingsposten te horen verbieden afge- wezen op grond van de overweging dat zulks de grond van de zaak raakt en derhalve niet behoort tot de bevoegdheid van de rechter in kort geding⁷⁷. Hetzelfde werd beslist ten aanzien van de vordering tot nietigverklaring van de verkie- zing van een vakbondsafgevaardigde⁷⁸ en een vordering tot vaststelling van de datum van jaarlijkse vakantie⁷⁹.

Wel mogelijk bij beschikking in kort geding van de voor- zitter van de arbeidsrechtbank werd geacht :

- de aanwijzing van een derde met als opdracht het proces-verbaal van een vergadering van de ondernemings- raad op te stellen wanneer betwisting bestond omtrent wat gezegd werd op die vergadering⁸⁰;

- een bevel tot afgifte van sociale documenten⁸¹;

- een bevel tot teruggave van aan de werkgever toebe- horende stukken zoals klantenfiches, mappen, prijslijsten, documenten, stalen en koopwaar⁸²;

- een machtiging van de werkgever de winkel gehouden door een zaakvoerder-bediende te betreden ten einde door een deskundige een inventaris te laten maken en de kassa en de verkoop na te zien⁸³;

- de uitdrijving van een ontslagen schepeling die wei- gert het schip van de werkgever te verlaten⁸⁴.

Ook inzake sociale-zekerheidsaangelegenheden werden maatregelen in kort geding bevolen. Aldus werd b.v.

- een beslissing tot uitsluiting als gerechtigde op genees- kundige verzorging in de Z.I.V.-wetgeving ongedaan ge- maakt⁸⁵;

- de opheffing bevolen van een inhouding zonder titel op pensioenbedragen⁸⁶.

⁷⁶ Voorz. Arbrb. Kortrijk, 1 juli 1980, niet gepubliceerd en geciteerd door G. ROMMEL, *a.w.*, 68, voetnoot 57.

⁷⁷ Voorz. Arbrb. Namen, 11 december 1976, *T.S.R.*, 1976, 302.

⁷⁸ Voorz. Arbrb. Hasselt, 24 december 1973, *T.S.R.*, 1974, 433.

⁷⁹ Voorz. Arbrb. Brussel, 29 mei 1972, *J.T.T.*, 1973, 119.

⁸⁰ Voorz. Arbrb. Luik, 4 november 1975, *J.T.T.*, 1976, 13.

⁸¹ Voorz. Arbrb. Brussel, 4 februari 1981, niet gepubliceerd en geciteerd door G. ROMMEL, *a.w.*, 71, voetnoot 108.

⁸² Arbrb. Dendermonde, 17 december 1973, niet gepubliceerd en geciteerd door G. ROMMEL, *a.w.*, 72, voetnoot 142.

⁸³ Voorz. Arbrb. Luik, 14 augustus 1973, niet gepubliceerd en geciteerd door G. ROMMEL, *a.w.*, 71, voetnoot 113.

⁸⁴ Voorz. Arbrb. Antwerpen, 20 februari 1979, niet gepubli- ceerd en geciteerd door G. ROMMEL, *a.w.*, 71, voetnoot 114.

⁸⁵ Cass., 28 maart 1973, *Arr. Cass.*, 1973, 758, en *R.W.*, 1973- 74, 1047; Arbh. Brussel, 19 april 1972, *R.W.*, 1972-73, 1002; Voorz. Arbrb. Antwerpen, 4 november 1971, *R.W.*, 1971-72, 805.

⁸⁶ Voorz. Arbrb. Luik, afdeling Namen, 7 december 1972, niet gepubliceerd, geciteerd door J. PETIT, *a.w.*, 258, nr. 414.

⁶⁹ Voorz. Arbrb. Gent, 13 februari 1982, *B.R.* v 32/82, niet- gepubliceerd.

⁷⁰ Voorz. Arbrb. Luik, 9 november 1981, *Soc. Kron.*, 1982, 100.

⁷¹ Voorz. Arbrb. Antwerpen, 18 november 1971, Voorz. Arbrb. Antwerpen, 11 december 1972, Voorz. Arbrb. Brussel, 18 januari 1980, niet gepubliceerd en geciteerd door G. ROMMEL, *a.w.*, 69, voetnoten 79, 80 en 82.

⁷² Voorz. Arbrb. Luik, 19 december 1979, Voorz. Arbrb. Ver- viers, 14 april 1980, Voorz. Kortrijk, 20 december 1979, Arbh. Bergen, 18 mei en Voorz. Arbrb. Antwerpen, 17 maart 1980, niet gepubliceerd en geciteerd door G. ROMMEL, *a.w.*, 68 en 69, voet- noten 77, 47 en 78.

⁷³ Voorz. Arbrb. Brussel, 20 juni 1980, niet gepubliceerd en ge- citeerd door G. ROMMEL, *a.w.*, 69, voetnoot 81.

⁷⁴ Voorz. Arbrb. Brussel, 19 juni 1981, *Soc.Kron.*, 1982, 99.

⁷⁵ Voorz. Arbrb. Charleroi, 4 november 1981, *J.T.*, 1982, 374.

Andere maatregelen in kort geding zijn eveneens denkbaar, zoals:

— het beslechten van een betwisting over de geldigheid van een concurrentiebeding met het oog op het eventueel stopzetten van daden die met dit beding in strijd worden geacht;

— een bevel tot stopzetting van daden die in strijd zijn met een concurrentiebeding;

— het toekennen van een provisie op een vergoeding of uitkering die manifest verschuldigd is, doch waarvan het bedrag aan een nadere beoordeling dient te worden onderworpen.

VI. Procedure

De procedure in kort geding, ingesteld om de traagheid van de gewone rechtspleging te verhelpen, verloopt snel, soepel en doeltreffend.

1° Inleiding van de vordering

De vordering wordt ingeleid bij dagvaarding⁸⁷. Of de inleiding in de materies die voor de rechten ten gronde overeenkomstig artikel 704-1 Ger. W. bij verzoekschrift kunnen worden ingeleid, ook in het kort geding bij verzoekschrift kan gebeuren, is een betwiste aangelegenheid⁸⁸. In geval van absolute noodzaak zou de procedure ingeleid op eenzijdig verzoekschrift kunnen worden toegepast⁸⁹. Deze niet contradictoire rechtspleging wordt toegepast wanneer de procedure in kort geding niet voldoende snel blijkt te zijn, bv. wanneer een deskundigenonderzoek onmiddellijk dient te worden gehouden gezien de te verwachten korte duur van de arbeidsongeschiktheid van de werknemer⁹⁰. Voor de dagvaarding moet een termijn van ten minste twee dagen in acht worden genomen, te verlengen met vijftien, dertig of tachtig dagen wanneer de gedagvaarde noch een woonplaats noch een verblijfplaats in België heeft⁹¹.

In spoedeisende gevallen kan de voorzitter van de arbeidsrechtbank bij beschikking verlof geven om ter zitting «te zijnen huize» op het bepaalde uur te dagvaarden, zelfs op feestdagen en van dag tot dag of van uur tot uur⁹².

2° Behandeling van de zaak

De rechter in kort geding beslist alléén; de paritaire samenstelling die voor de beslechting van de geschillen door de arbeidsrechtbank verplicht is, wordt in geval van kort geding niet toegepast.

Wel moeten de zaken die volgens de bepalingen van het Ger. W. aan het arbeidsauditoraat moeten worden meegegeeld, ook in geval van kort geding worden meegegeeld.

3° Uitspraak

De voorzitter van de arbeidsrechtbank of de rechter die hem vervangt, doet uitspraak in een beschikking⁹³.

De beslissing is uitvoerbaar bij voorraad, niettegenstaande het verzet of hoger beroep en zonder borgtocht indien de rechter dit laatste niet heeft bevolen⁹⁴. In geval van uiterste noodzaak kan de voorzitter in kort geding de tenuitvoerlegging op de minuut bevelen⁹⁵.

In hoger beroep neemt het arbeidshof kennis van de zaak, met dien verstande dat de zaak alsdan niet door een alleenrechtsprekende magistraat behandeld wordt, doch door een gewone, paritair samengestelde kamer van het hof⁹⁶.

4° Dwangsom

De Benelux-Overeenkomst van 26 november 1973 houdende Eenvormige Wet betreffende de dwangsom, gaf de verdragsluitende landen de mogelijkheid rechtsvorderingen tot nakoming van arbeidsovereenkomsten geheel of gedeeltelijk uit te sluiten uit de toepassing van de Eenvormige Wet, die in de onderscheiden nationale wetgevingen diende te worden opgenomen⁹⁷. Alleen België maakte van deze mogelijkheid gebruik. In Nederland was inderdaad het sanctioneren van vorderingen tot nakoming van arbeidsovereenkomsten door middel van een dwangsom reeds voordien ingeburgerd (zie verder), terwijl het Belgisch arbeidsrecht zich verzet tegen een gedwongen uitvoering van een arbeidsovereenkomst, bv. door het bevelen van een verplichte wederopneming in de onderneming, zodat de onmogelijkheid voor de rechter dergelijke vorderingen in te willigen vanzelfsprekend uitsluit dat ter zake een dwangsom zou worden opgelegd⁹⁸.

Aldus bepaalt art. 1385bis Ger. W. dat een dwangsom niet kan worden opgelegd «ten aanzien van de vorderingen ter zake van de nakoming van arbeidsovereenkomsten». De vraag kan evenwel worden gesteld of zulks impliceert dat het opleggen van een dwangsom in het arbeidsovereenkomstenrecht steeds is uitgesloten. Voortgaande op de hierboven vermelde reden waarom België gebruik wenste te maken van de in art. 3 van de Benelux-Overeenkomst bepaalde mogelijkheid tot uitsluiting van rechtsvorderingen tot nakoming van arbeidsovereenkomsten, zou inderdaad kunnen worden geargumenteed dat vorderingen die er niet als dusdanig toe strekken het verrichten of laten verrichten van arbeidsprestaties te horen opleggen of verbieden, niet onder de in art. 1385bis Ger. W. bepaalde uitsluiting vallen. Dit zou bv. het geval kunnen zijn met een vordering van een werknemer om zijn werkgever te verplichten hem bepaald arbeidsgereedschap of bepaalde sociale documenten ter hand te stellen of bepaalde gezondheids- of veiligheidsvoorschriften na te leven of een vordering om de werkgever

⁸⁷ Artt. 1035 e.v. Ger. W.

⁸⁸ G. DEMEZ is van oordeel dat deze mogelijkheid niet mag worden uitgesloten: *a.w.*, 70.

⁸⁹ Art. 584, derde lid, Ger. W.; zie o.m. J. PETIT, *a.w.*, nrs. 421, 262, en de aldaar geciteerde rechtspraak.

⁹⁰ Voorz. Arbrb. Gent, 12 februari 1982, B.R. V 52/82, niet-gepubliceerd.

⁹¹ Artt. 1035 e.v. Ger. W.

⁹² Art. 1036 Ger. W.

⁹³ Artt. 1039 en 1041 Ger. W.

⁹⁴ Art. 1039 Ger. W.

⁹⁵ Art. 1041 Ger. W.

⁹⁶ Art. 1040 Ger. W.

⁹⁷ Art. 3 van de Benelux-Overeenkomst van 26 november 1973.

⁹⁸ G. BALLON, *Dwangsom*, A.P.R., 55, nr. 153.

verbod te doen opleggen bepaalde met de arbeidsovereenkomst of met het arbeidsrecht strijdige handelingen te verrichten.

Uit de parlementaire voorbereiding van de wet van 31 januari 1980, die de dwangsom in het Belgisch recht invoerde, blijkt evenwel dat het de bedoeling van de wetgever is geweest alle vorderingen steunende op verplichtingen voortvloeiend uit een arbeidsovereenkomst uit het toepassingsgebied van de wet te sluiten en niet alleen die welke rechtstreeks betrekking hebben op het al dan niet verrichten van arbeidsprestaties⁹⁹.

Een en ander heeft klaarblijkelijk niet belet dat de arbeidsgerechten vrij regelmatig een veroordeling tot afgifte van sociale documenten sanctioneren door het opleggen van een dwangsom berekend per dag vertraging in de afgifte¹⁰⁰. Na één jaar toepassing van de dwangsom werden elf vonnissen van arbeidsrechtbanken genoteerd waarbij een dwangsom werd opgelegd¹⁰¹. Terecht werd opgemerkt dat zulks eigenlijk slechts kan wanneer de arbeidsovereenkomst reeds een einde heeft genomen én de gevraagde maatregel er niet toe strekt de beëindigde overeenkomst te sanctioneren, bv. opdat een werknemer een hoofdveroordeling zou naleven tot afgifte van bepaalde in zijn bezit gebleven documenten, die eigendom zijn van zijn gewezen werkgever¹⁰². Een vordering van een werknemer die ertoe strekt van zijn gewezen werkgever afgifte te verkrijgen van bepaalde sociale documenten, vindt inderdaad ook haar oorsprong in de (inmiddels beëindigde) arbeidsovereenkomst, zodat het een vordering is «ter zake van de nakoming van arbeidsovereenkomsten» waarvoor geen dwangsom kan worden opgelegd. Dat de arbeidsgerechten art. 1385bis Ger. W. op dit punt niet restrictief blijven te interpreteren, is wellicht het gevolg van het feit dat ook vóór de invoering van de dwangsom in het Belgisch recht het opleggen van een schadevergoeding per dag of per maand vertraging in geval van veroordeling tot afgifte van sociale documenten, gemeengoed was geworden¹⁰³.

Tegen het opleggen van een dwangsom in geschillen van sociale-zekerheidsrecht bestaan er geen juridische bezwaren. Ook de omstandigheid dat mogelijk overheidsinstellingen in dergelijke geschillen betrokken zijn, vormt geen bezwaar, noch om hen onder verbeurte van een dwangsom te veroordelen, noch om te hunnen voordele een dwangsom op te leggen¹⁰⁴.

Het spreekt vanzelf dat ook de voorzitter van de arbeidsrechtbank, rechtsprekend in kort geding, een dwangsom kan opleggen ter sanctionering van de maatregelen die hij in een dergelijke procedure beveelt, doch met het hierboven bedoelde voorbehoud wat geschillen van arbeidsovereenkomstenrecht betreft. Precies deze laatste restrictie heeft echter tot gevolg dat, in tegenstelling met wat in Nederland gebeurt (zie verder), de rechter in kort geding in België zeer

zelden kan overgaan tot het opleggen van een dwangsom in zaken van sociaal recht.

VII. Actuele tendensen in Frankrijk

Aanvankelijk was alleen de voorzitter van het «tribunal de grande instance» bevoegd voor korte gedingen in sociale zaken. In 1974 werd het «référé prud'hommal» ingesteld¹⁰⁵.

Terwijl de voorzitter van het «tribunal de grande instance» over een uitgebreide bevoegdheid beschikt, is de bevoegdheid van de rechters inzake «référé prud'hommal» wettelijk beperkt. Daarenboven vertoont de bevoegdheidsregeling inzake «référé prud'hommal» geen eenvormigheid en bestaat er ter zake, zoals C  zar-Bru dit uitdrukt een «gerechtelijk pluralisme»¹⁰⁶.

Dit geldt des te meer nu er eveneens een administratief kort geding bestaat waarin de rechter bevoegd is om geschillen betreffende de raadpleging van werknemersvertegenwoordigers in geval van ontslagen wegens economische redenen te beslechten.

Wat dit laatste betreft is evenwel de werkrechtscraad sedert 1979 bevoegd wanneer het ontslag betrekking heeft op minder dan tien werknemers¹⁰⁷.

De toepassing van een procedure in kort geding is in Frankrijk in hoofdzaak onderworpen aan twee voorwaarden. De eerste heeft betrekking op de urgentie van de gevorderde maatregel; de andere betreft de «absence de contestation sérieuse».

In kort geding is de rechter die in een «référé prud'hommal» zitting houdt, bevoegd om maatregelen te nemen die door het verzoeningsbureau kunnen worden genomen, terwijl de voorzitter van het «tribunal de grande instance» over de volheid van bevoegdheid beschikt en alle nodige maatregelen kan nemen, ook in aangelegenheden die geen verband houden met de uitvoering van de arbeidsovereenkomst.

Aanvankelijk werden in kort geding beslissingen genomen¹⁰⁸ inzake de uitwijzing van werknemers uit een ambts-woning na de be  ndiging van de arbeidsovereenkomst, de wegneming van politieke syndicale plakbrieven (affiches), de uitzetting van werkstakers bij een bedrijfsbezetting, de overtreding door de werkgevers van bepalingen betreffende de veiligheid en gezondheid van de werknemers¹⁰⁹. Mettertijd werd in kort geding ook beslist inzake de reïntegratie van vertegenwoordigers van het personeel die ontslagen

¹⁰⁵ Decreet 12 september 1974; Code du Travail, art. L 514 en artt. R. 516-30 e.v. Zie daarover meer in C  ZAR-BRU, *a.w.*, nrs. 196 e.v. en 591 e.v.; M. SOLUS, «Le référé prud'hommal», *D.*, 1975, chron. 191.

¹⁰⁶ C  ZAR-BRU, *a.w.*, nr. 576.

¹⁰⁷ Wet 18 januari 1979. Over het administratief kort geding, zie o.m.: F. MODERNE, «Référé administratif et licenciement pour motif économique: audace et prudence d'une politique jurisprudentielle», *Droit social*, 1980, 484 e.v.

¹⁰⁸ C  ZAR-BRU, *a.w.*, nrs. 95 e.v. met rechtspraak, alsook nrs. 196 e.v.; Y. SAINT-JOURS, «Le juge des référés en droit du travail», *J.C.P.*, 1974, 2648.

¹⁰⁹ Wat dit laatste betreft: C  ZAR-BRU, *a.w.*, nr. 217; J. NORMAND, «Les procédures d'urgence en droit du travail», *Droit social*, mei 1980, nr. 5, SP 47, met referenties.

⁹⁹ G. BALLON, *a.w.*, 55, nrs. 154-155.

¹⁰⁰ Arbrb. Luik, 25 mei 1981, *J.T.*, 1981.

¹⁰¹ A.M. DHOORE, «Eén jaar toepassing van de dwangsom — Een onderzoek van de rechtspraak», *R.W.*, 1981-82, 291.

¹⁰² G. ROMMEL, *a.w.*, 72, nr. 37.

¹⁰³ A.M. DHOORE, *a.w.*, *R.W.*, 1981-82, 291.

¹⁰⁴ G. BALLON, *a.w.*, 64, nrs. 176 en 177.

werden zonder voorafgaande machtiging vanwege de ondernemingsraad of de arbeidsinspecties, alsook inzake willekeurig ontslag van niet-beschermde werknemers, voor zover er urgentie en afwezigheid van ernstige betwisting bestonden. De beoordeling van deze aangelegenheden leidt evenwel tot uiteenlopende beslissingen¹¹⁰. Cézar-Bru merkt op dat de rechters in kort geding in geval van collectief ontslag hun bevoegdheid dikwijls met moed hebben gehanteerd¹¹¹.

Het karakter van de betwisting is inzake kort geding van overwegend belang. Wanneer het recht waarop het geschil betrekking heeft, niet kan worden betwist, kan in Frankrijk in kort geding worden beslist; daarom werd de rechter in kort geding le «juge de l'évident et de l'incontestable» genoemd¹¹². De betwisting kan betrekking hebben op feitelijke gegevens (bv. de hoedanigheid van beschermde werknemer, de wijziging van de arbeidsvoorwaarden, het gedrag van de werknemer) of op juridische gegevens. Het belang van de vereiste urgentie wordt evenwel nog steeds benadrukt¹¹³.

Uit een overzicht van de Franse rechtspraak in kort geding in sociaalrechtelijke aangelegenheden blijkt dat de Franse magistraten, zoals Cézar-Bru opmerkt, hun bevoegdheid met durf en voorzichtigheid hanteren en in deze richting steeds verdergaan¹¹⁴. In een onderzoek door het Institut d'Etudes Judiciaires in 1979 ter zake ingesteld, kwam men tot dezelfde bevinding¹¹⁵. Het gebruik van de procedure in kort geding is in Frankrijk heden zo frequent dat er sprake is van een zekere «banalisation» ervan: steeds meer worden geschillen die geen ernstige betwisting inhouden, in kort geding opgelost, zodat de rechters ten gronde enigszins worden ontlast. De vrees om over de grond van de zaak te oordelen verdwijnt en het beroep op de procedure in kort geding wordt bijna systematisch¹¹⁶.

Het «essor» van het kort geding is in hoofdzaak te wijten aan de toenemende spanningen in de arbeidswereld, die vlugge en efficiënte beslissingen vereisen; deze procedure werd door de werknemersorganisaties in haar doeltreffendheid ontdekt en gewaardeerd, en sedertdien laten deze organisaties niet na er regelmatig een beroep op te doen¹¹⁷.

VIII. Actuele tendensen in Nederland

De rechtspraak op het gebied van sociaal recht is in Nederland opgedragen aan twee vrijwel geheel gescheiden organismen. Enerzijds is er de «gewone» rechter, met name de kantonrechten in eerste aanleg, de arrondissementsrechtbanken in hoger beroep en de Hoge Raad in cassatie.

Deze behandelen de burgerlijke en de strafzaken op arbeidsrechtelijk gebied. Anderzijds is er de administratieve rechter, met in eerste aanleg de raden van beroep en de hiermee nauw verbonden ambtenarengerechten, de Centrale Raad van Beroep in hoger beroep en — voor een beperkt aantal gevallen — de Hoge Raad. Zij beslechten de geschillen betreffende de sociale verzekeringen, het ambtenarenrecht en het pensioenrecht¹¹⁸. Men weet dat in Nederland geen gespecialiseerde arbeidsgerechten bestaan.

De procedure in kort geding is er alleen mogelijk voor de president van de arrondissementsrechtbank.

De regelen die het Nederlands kort geding beheersen zijn vervat in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (hierna afgekort: Rv.) en gelijken, althans wat de beginselen betreft, zeer sterk op de Belgische en op de Franse regeling. De reden hiervoor is ongetwijfeld dat de procedure haar oorsprong vindt in de Franse Code de procédure civile van 1807¹¹⁹.

Aldus is naar Nederlands recht een procedure in kort geding mogelijk «in alle gevallen waarin het belang van partijen enige onverwijlde voorziening bij voorraad vordert»¹²⁰.

Artikel 290 Rv. bepaalt dat de beslissingen bij voorraad geen enkel nadeel toebrengen aan de zaak ten principale. Een en ander stemt derhalve vrijwel overeen met de Belgische en Franse bepalingen ter zake van het kort geding.

Artikel 289 Rv. geeft een opsomming van een aantal gevallen waarin de president van de arrondissementsrechtbank een voorlopige voorziening kan geven. Evenmin als die vermeld in art. 584 van het Belgische Gerechtelijk Wetboek zijn dit de enige in aanmerking komende gevallen. In geschillen betreffende de *individuele* arbeidsverhoudingen wordt in Nederland van het kort geding een vrij ruim gebruik gemaakt. Hierbij moet opgemerkt worden dat het Nederlands arbeidsrecht bepalingen bevat die dit beroep op maatregelen in kort geding in de hand werkt. Zo bevat het privaatrechtelijk ontslagrecht de mogelijkheid om, in geval van kennelijk onredelijk ontslag, van de rechter het herstel van de dienstbetrekking te horen bevelen¹²¹. Anderzijds is er in het publiekrechtelijk ontslagrecht art. 9 van het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen van 1945, dat een ontslag gegeven zonder toestemming van de directeur van het gewestelijk arbeidsbureau, zonder dringende reden en zonder wederzijds goedvinden, nietig verklaart. Alsdan loopt de dienstbetrekking gewoon door. Het is duidelijk dat ten aanzien van een dergelijke materieelrechtelijke regeling respectievelijk het herstel van de dienstbetrekking en een bevel tot hervatting van de arbeid in kort geding kan worden gevorderd, ook al kunnen tegen dergelijke gevorderde maatregelen bezwaren naar voren worden gebracht vanuit het oogpunt van de persoonlijke vrijheid, bezwaren die ook in bepaalde rechtspraak een weerklank vonden¹²².

¹¹⁰ CÉZAR-BRU, a.w., nrs. 207 e.v.; DALLOZ, *Répertoire de procédure civile et commerciale*, 1980, «Référé civil», nrs. 171 e.v.

¹¹¹ CÉZAR-BRU, a.w., nr. 208, en de aldaar geciteerde rechtspraak.

¹¹² J. NORMAND, a.w., SP 50.

¹¹³ *Id.*, SP 49.

¹¹⁴ CÉZAR-BRU, a.w., 1, 16 en 189.

¹¹⁵ J. NORMAND, «Les procédures d'urgence en droit du travail», *Droit social*, mei 1980, nr. 5, SP 45 en 48.

¹¹⁶ *Id.*, SP 49.

¹¹⁷ NORMAND, a.w., 45-46, met referenties naar rechtsleer en rechtspraak.

¹¹⁸ A. BLOM, «De organisatie van de rechtspraak op het gebied van het arbeidsrecht», *Sociaal Maandblad Arbeid*, 1977, 238 e.v.

¹¹⁹ E.M. MEIJERS, *Het kort geding*, 1967, 35 e.v.

¹²⁰ Art. 289 Rv.

¹²¹ Art. 1639f van het Nederlands Burgerlijk Wetboek.

¹²² W. SCHENK, *Het kort geding en zijn toepassing in Nederland*, 130.

Ook andere maatregelen worden op het vlak van het individueel arbeidsrecht in kort geding gevorderd en bevolen. Aldus werd bv. verbod opgelegd een ten onrechte «weggelopen» werknemer in dienst te nemen of te houden, werd de schorsing of het op non-actief stellen van een werknemer als in strijd met een behoorlijke uitvoering van de arbeidsovereenkomst opgeheven of werd de afgifte van een getuigschrift aan een werknemer in kort geding bevolen¹²³.

Meer opmerkenswaardig is dat, in tegenstelling met wat in België algemeen aanvaard wordt, geschillen betreffende de *collectieve* arbeidsverhoudingen in Nederland niet uit de bevoegdheid van de rechtbanken gesloten zijn. Bovendien hebben de werknemersorganisaties er rechtspersoonlijkheid, wat trouwens een voorwaarde is om collectieve arbeidsovereenkomsten te kunnen sluiten¹²⁴.

Aldus werd in kort geding verbod gevraagd van onrechtmatig geoordeelde daden (zoals een boycot, het optreden van stakingsposten, het verspreiden van circulaire met een bepaalde inhoud, het voeren van langzaam-aan-acties of een staking als dusdanig). Het uitgesproken verbod kan zich richten tegen de vakbondorganisatie die de actie organiseerde en kan kracht worden bijgezet door het opleggen van een dwangsom. Ook een bevel wordt soms gevraagd, hetzij voor de individuele werknemer (bv. om het werk te hervatten), hetzij voor de vakbondorganisatie (bv. om een einde te maken aan een staking), dit alles eventueel met oplegging van een dwangsom¹²⁵.

Het is voornamelijk inzake collectieve arbeidsgeschillen en meer in het bijzonder in stakingsconflicten dat de rechtspraak in kort geding tot een zeer belangwekkende rechtspraak leidt. Hoewel de rechter in kort geding geen uitspraak doet over de grond van de zaak, komt de gehele problematiek van de werkstaking in de verschillende beslissingen — hoe kan het anders? — aan de orde. Aldus worden de beginselen van het stakingsrecht in Nederland grotendeels gevormd door rechtspraak in kort geding, ook al omdat vastgesteld wordt dat bij een dergelijke procedure

een beslissing ten gronde in de meeste gevallen achterwege blijft en vaak zelfs niet eens uitgelokt wordt¹²⁶.

Het zou vanzelfsprekend te ver leiden hier een volledige uiteenzetting te geven van het stakingsrecht in Nederland. Hier zij alleen nog opgemerkt dat het optreden van de burgerlijke rechter in stakingsaangelegenheden niet eensgezind als bevredigend wordt beschouwd en dat stemmen opgaan om zijn tussenkomst ter zake te beperken¹²⁷.

IX. Besluit

Het kan niet ontkend worden dat de procedure in kort geding ook de voorzitters van de arbeidsrechtbanken de mogelijkheid biedt in een aantal gevallen op een snelle en doeltreffende wijze tussenbeide te komen in geschillen die tot hun bevoegdheid behoren. Van deze mogelijkheid blijkt echter weinig gebruik te worden gemaakt. Zulks is vanzelfsprekend op de eerste plaats te wijten aan de rechtzoekenden zelf of liever aan degenen die hen in sociaalrechtelijke geschillen bijstaan: zij zijn klaarblijkelijk onvoldoende vertrouwd met de kansen die het sociaalrechtelijk kort geding biedt, of zijn van deze kansen niet overtuigd. Deze terughoudendheid evenwel wordt wellicht mede bepaald door de onzekerheden verbonden aan het beroep op deze procedure: de voorzitter beschikt over een ruime beoordelingsbevoegdheid ten aanzien van de voorwaarden waaronder hij in kort geding een uitspraak kan verlenen. Naar gelang van de ingesteldheid van de voorzitter en misschien ook wel de aard van het geschil of de gevorderde maatregel, zal van deze bevoegdheid nu eens in de ene, dan weer in de andere zin gebruik worden gemaakt. Maar als de voorwaarden voor het kort geding geacht worden vervuld te zijn, kan de bevoegde magistraat door gebruik te maken van de grote bewegingsvrijheid die de procedure hem voor het overige biedt, het sociaalrechtelijk kort geding een volwaardige rol laten vervullen.

Prof. E. LEBOUQC

Docent Rijksuniversiteit Gent

W. VAN EECKHOUTTE

Assistent Rijksuniversiteit Gent

¹²³ W. SCHENK, *a.w.*, 130-132.

¹²⁴ G. FORTANIER en J. VERAART, *Arbeidsrecht*, 1973, 72-73.

¹²⁵ W. SCHENK, *a.w.*, 132 e.v.

¹²⁶ M.B. VOS, «Kantonrechter en arbeidsrecht», in *Hedendaags Arbeidsrecht, Opstellen aangeboden aan Prof. M.G. Levenbach*, Alphen aan de Rijn, 1966, 360-361.

¹²⁷ J.A.J. PEETERS, *Sociaal Maandblad Arbeid*, 1978, 21-33.

DE VOORLOPIGE HECHTENIS VAN MILITAIREN

1. In een arrest van 22 juni 1982 heeft het Hof van Cassatie uitspraak gedaan over twee voorzieningen, de ene van de auditeur-generaal bij het Militair Gerechtshof, de andere van een in voorlopige hechtenis genomen verdachte¹.

Dit arrest vormt het uitgangspunt tot de hiernavolgende beschouwingen over de voorlopige hechtenis van militairen.

A. De plaats van de rechterlijke commissie en van de krijgsauditeur

2. De militaire strafrechtspleging wordt thans geregeld door het Wetboek van Rechtspleging bij de Landmacht van 20 juli 1814 en door twee titels van het Wetboek van Strafrechtspleging voor het Leger, ingevoerd bij de wetten van 15 juni 1899.

De samenlezing van beide wetboeken geeft aanleiding tot talrijke interpretatieproblemen. De wetgever heeft inderdaad in 1899 twee titels van een nieuw wetboek uitgevaard

¹ Dit arrest wordt in dit nummer gepubliceerd.

digd, m.b.t. de inrichting en de bevoegdheid van het krijgsgerecht, doch heeft nagelaten de zeven andere titels van het ontworpen wetboek goed te keuren. Aldus is het wetboek van 1814, dat niet uitdrukkelijk is opgeheven of gewijzigd, op sommige punten in strijd met de wetten van 1899². Dit is o.m. het geval waar het gaat om het optreden van de rechterlijke commissie.

3. De wetboeken van 1814 en 1899 maken allebei een onderscheid tussen de rechterlijke inrichting ten zetel van de krijgsraad en de rechterlijke inrichting buiten de zetel van de krijgsraad. Hieronder zal enkel rekening gehouden worden met de eerste categorie. (De tweede categorie is slechts in zeer uitzonderlijke omstandigheden van belang.)

Volgens artikel 19 van het Wetboek van Regtspleging bij de Landmagt werden in ieder garnizoen twee officieren benoemd tot commissarissen. Deze officieren-commissarissen waren belast met het onderzoek van een strafzaak. Zij waren bovendien bevoegd om een verdachte in voorlopige hechtenis te nemen (artikel 56), en om hem, in de loop van het onderzoek, terug in vrijheid te stellen (artikel 60). Uit verschillende bepalingen bleek verder dat de «auditeur militair» bij de werkzaamheden van de officieren-commissarissen betrokken kon worden, doch in een ondergeschikte rol. Zijn taak geleek inderdaad eerder op die van een griffier dan op die van een onderzoekend magistraat³.

Geleidelijk nam de invloed van de krijgsauditeur nochtans toe, en ontwikkelde zich een gewoonte contra legem. Deze gewoonte werd bekrachtigd door het wetboek van 1899. Volgens artikel 35 van dit wetboek wordt het onderzoek voortaan gedaan door een rechterlijke commissie, «samengesteld, behalve de krijgsauditeur, die er voorzitter van is en het onderzoek leidt, uit een kapitein en een luitenant». In tegenstelling tot het regime van het wetboek van 1814, komt aan de krijgsauditeur een «overheersende rol» toe⁴. Uit de parlementaire voorbereiding van de wet van 1899 blijkt dat de rol van de officieren voortaan beperkt is tot die van «getuigen». Een eventueel strijdige opvatting van de twee militairen kan de krijgsauditeur niet beletten een beslissing te nemen⁵.

De overheersende rol van de krijgsauditeur is zelfs zo groot dat hij alléén mag optreden, zonder bijstand van officieren, indien de territoriale bevelhebber laat weten dat

hij geen officieren kan aanwijzen om in een bepaalde maand in een rechterlijke commissie te zetelen⁶.

B. De wettelijke grondslag voor de bevoegdheid van de rechterlijke commissie in verband met de voorlopige hechtenis

4. In het eerste cassatiemiddel van de verdachte militair, waarover het Hof van Cassatie in het genoemde arrest van 22 juni 1982 uitspraak heeft gedaan, wordt gewezen op een van de leemten van de wetten van 1899. Zoals door de eiser terecht wordt opgemerkt, is daarin met geen woord sprake van de voorlopige hechtenis. Anderzijds wordt, zoals gezegd, de voorlopige hechtenis in het wetboek van 1814 toevertrouwd aan officieren-commissarissen, die evenwel in de rechterlijke organisatie volgens de wetten van 1899 geen plaats meer hebben...

Toch bepaalt artikel 5, § 3, van het Europees Verdrag over de Rechten van de Mens dat een bevel tot aanhouding dient uit te gaan van een rechterlijke autoriteit «die door de wet bevoegd verklaard is». De vraag kan gesteld worden of de leemte in de wet geen toestand in het leven roept, die strijdig is met de genoemde verdragsbepaling.

5. In een poging om deze leemte op te vullen, hebben opeenvolgende omzendbrieven van de auditeur-generaal en de minister van Landsverdediging gedetailleerde instructies gegeven over de wijze waarop de voorlopige hechtenis geregeld dient te worden. Volgens de thans geldende instructies moet de militair die door een hiërarchische meerdere «in arrest» gesteld is, onmiddellijk naar het krijgsauditoraat worden gebracht, opdat de verdachte binnen vierentwintig uur voor de rechterlijke commissie kan verschijnen⁷. De rechterlijke commissie is bevoegd om de verdachte aan te houden; bovendien moet de handhaving van de voorlopige hechtenis na afloop van ieder verhoor, dat minstens om de maand dient plaats te vinden, het voorwerp uitmaken van een nieuwe beslissing van de rechterlijke commissie⁸. Ten slotte is de rechterlijke commissie bevoegd om, in elke stand van het geding, de invrijheidstelling van de verdachte te bevelen⁹.

Het Hof van Cassatie bevestigt in het genoemde arrest de opvatting dat de bevoegdheid van de officieren-commissarissen om verdachten in voorlopige hechtenis te nemen, (impliciet) is overgedragen op de rechterlijke commissie. Het Hof overweegt inderdaad «dat artikel 56 van het Wetboek van Regtspleging bij de Landmagt aan de officieren-

² Zie hierover J. GILISSEN, «Historische schets van de militaire strafwetgeving in België sedert 1814», *Militair-Rechtelijk Tijdschrift*, 1957, (4), 18-19.

³ Ch. TERLINDEN, conclusie voor Cass., 29 februari 1904, *Pas.*, 1904, I, (148), 149; M. VAN DER STRAETEN, *A propos de la réforme de la procédure pénale militaire*, Brussel, 1948, 14.

⁴ Cass., 29 februari 1904, met conclusie eerste advocaat-generaal Ch. TERLINDEN, *Pas.*, 1904, I, 148.

⁵ Zie hierover, o.m. de onderrichting van de minister van Landsverdediging over de gerechtelijke dienst, 5 april 1957, nrs. 327-328; M. VAN DER STRAETEN, o.c., 22; H. BOSLY, «Propos sur la procédure pénale militaire», in *En hommage à Léon Graulich*, Liège, 1957, (435), 442; A. VAN DE VELDEN, «Voorlopige hechtenis en invrijheidstelling in militaire zaken», *R.W.*, 1957-58, (889), 893, nr. 7; J. VANHALEWIJN, «De gerechtelijke voorlopige hechtenis op burgerlijk en militair vlak», *R.W.*, 1964-65, (993), 995, nr. 3; F. BOGAERT, «De rechterlijke commissie in de militaire strafrechtspleging», *R.W.*, 1966-67, (529), 540, nrs. 33-34.

⁶ Cass., 20 januari 1919, *Pas.*, 1919, I, 57; Cass., 21 september 1953, *Arr. Verbr.*, 1954, 16, en met noot P. M(AHAUX), *Pas.*, 1954, I, 19.

⁷ Omzendbrief nr. 2322 van de auditeur-generaal betreffende de voorlopige hechtenis, 28 juli 1955, punt III, a; onderrichting van de minister van Landsverdediging over de gerechtelijke dienst, 5 april 1957, nrs. 320 (zoals gewijzigd in februari 1973) en 354.

⁸ Omzendbrief nr. 2322 van de auditeur-generaal, geciteerd, nr. III, b en e; onderrichting van de minister van Landsverdediging, geciteerd, nrs. 356-357.

⁹ Omzendbrief nr. 2322 van de auditeur-generaal, geciteerd, nr. V; onderrichting van de minister van Landsverdediging, geciteerd, nr. 358.

commissarissen bevoegdheid gaf om een bevel tot aanhouding tegen militaire rechtsonderhorigen te verlenen; dat, ingevolge de artikelen 35 en 36 van het Wetboek van Strafrechtspleging voor het Leger, die bevoegdheid aan de rechterlijke commissie toekomt». Het Hof lijkt er m.a.w. van uit te gaan dat de magistraat of de commissie die over de onderzoeksbevoegdheid beschikt, meteen ook over de nodige macht beschikt om een bevel tot aanhouding te verlenen¹⁰.

Waar aldus, niet zonder enige moeite, een wettelijk «aanknopingspunt» gevonden kan worden voor de bevoegdheid van de rechterlijke commissie in verband met de voorlopige hechtenis, dient in elk geval vastgesteld te worden dat noch in het wetboek van 1814, noch in dat van 1899, in een mogelijkheid voorzien is om de wettigheid van een bevel tot aanhouding te betwisten voor een instantie die te vergelijken zou zijn met de raadkamer in de burgerlijke strafrechtspleging¹¹.

C. De onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de rechterlijke commissie

6. In de zaak die aanleiding gaf tot het arrest van 22 juni 1982, werd door de verdachte in het tweede middel van zijn voorziening aangevoerd dat noch de rechterlijke commissie, noch de krijgsauditeur-voorzitter over de nodige onafhankelijkheid en onpartijdigheid beschikken. Deze hoedanigheden zijn nochtans vereist ingevolge de artikelen 7, derde lid, van de Grondwet, en 5, § 3, van het Europees Verdrag over de Rechten van de Mens.

Artikel 7, derde lid, van de Grondwet bepaalt immers dat, buiten het geval van betrapping op heterdaad, niemand kan aangehouden worden dan krachtens een met redenen omkleed bevel van «de rechter». Voor de Grondwetgever was het essentieel dat de vrijheidsberoving enkel kan worden toevertrouwd aan een magistraat die blijk geeft van de nodige onafhankelijkheid en onpartijdigheid¹².

In het genoemde arrest beslist het Hof van Cassatie dat onder «de rechter» moet worden begrepen: «een autoriteit die door de wet ... bevoegd is verklaard om rechtsmacht uit te oefenen». Daarmee beslist het Hof van Cassatie impliciet, doch zeker, dat artikel 7 van de Grondwet dient samengelezen te worden met artikel 5, § 3, van het Europees Verdrag, volgens hetwelk een ieder die gearresteerd of gevangen is, onmiddellijk voor «een rechter (moet) worden geleid of voor een andere autoriteit die door de wet bevoegd verklaard is om rechterlijke macht uit te oefenen».

Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens heeft in een zaak i.v.m. de Zwitserse strafrechtspleging de draag-

¹⁰ In dezelfde zin, de onderrichting van de minister van Landsverdediging over de gerechtelijke dienst, geciteerd, nr. 334; P. ANSPACH, «Justice militaire», *R.P.D.B.*, VII, Brussel, s.d., p. 458, nr. 577; Mil. Ger., 23 juni 1964, onuitg., doch geciteerd door J. GILISSEN en P. SCHETTER, «Chronique annuelle de jurisprudence militaire (1964)», *R.D.P.*, 1965, (1965), 983, nr. 15.

¹¹ Zie hierover verder, nrs. 11 e.v.

¹² Zie o.m., in verband met de gemeenrechtelijke procedure (onderzoeksrechter), R. DECLERCQ, «Actuele problemen inzake voorlopige hechtenis», *R.W.*, 1974-75, (257), 274-275.

wijde van deze bepaling uiteengezet¹³. Volgens het Hof dient de autoriteit die het aanhoudingsbevel aflevert, zekere waarborgen te bieden, eigen aan de rechterlijke functies die de wet haar toekent¹⁴. Een van deze waarborgen is de onafhankelijkheid tegenover de uitvoerende macht en tegenover de partijen¹⁵.

7. Het genoemde arrest van het Hof van Cassatie gaat eigenlijk niet in op de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de rechterlijke commissie als zodanig. Het gaat integendeel meteen over tot een bespreking van de onafhankelijkheid in hoofde van de krijgsauditeur. (Vermoed mag worden dat het Hof onder de onafhankelijkheid ook de onpartijdigheid verstaat, door de eiser in cassatie terecht als twee onderscheiden eigenschappen genoemd.) Het Hof bevestigt hiermee stilzwijgend de overheersende rol die aan de krijgsauditeur toekomt¹⁶.

Het is echter ontgoochelend dat vastgesteld moet worden dat het Hof van Cassatie dit cassatiemiddel verwerpt, op grond van de eenvoudige overweging dat de krijgsauditeur, in de uitoefening van zijn functie van onderzoeksrechter, «uiteeraard onafhankelijk is»¹⁷. Waar zelfs een procureurgeneraal bij het Hof van Cassatie — enigszins eufemistisch — het bestaan toegaf van «certains inconvénients résultant de la confusion des poursuites et de l'instruction dans la même main»¹⁸, mocht van het Hof toch een meer diepgaand onderzoek naar de rol van de krijgsauditeur verwacht worden¹⁹.

8. Het is overigens, wat de *onpartijdigheid* van de rechter betreft, niet voldoende dat deze in werkelijkheid onpartijdig zou oordelen. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens heeft onlangs integendeel geoordeeld dat op dit punt de «schijn» belangrijk is. Een rechter mag m.a.w. op geen enkel ogenblik de schijn wekken partijdig te zijn, ongeacht of hij dat nu in werkelijkheid is of niet²⁰. In de bedoelde zaak kwam het Hof tot de conclusie dat een magistraat die *voordien*, als lid van het openbaar ministerie, van de zaak kennis had gekregen, niet meer het nodige vertrouwen kon inboezemen om in het vonnisgerecht zitting te nemen²¹.

¹³ Arrest Schiesser, 4 december 1979, *Publ. Cour*, reeks A, nr. 34. Zie ook de beslissing van de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens van 17 maart 1981, X t/ Zwitserland, 8485/79, *D.R.*, vol. 22, p. 131.

¹⁴ Geciteerd arrest, § 30.

¹⁵ Geciteerd arrest, § 31.

¹⁶ Zie supra, nr. 3.

¹⁷ In dezelfde zin: Krijgsr. Brussel, 3 april 1963, onuitg., doch geciteerd door J. VELU, «La Convention européenne des droits de l'homme et la procédure pénale belge», in *Mélanges offerts à Polys Modinos*, Parijs, 1968, (389), 406, nr. 23. Zie ook F. BERNARD-TULKENS en H.D. BOSLY, «La détention préventive en procédure pénale belge», *Rev. Sc. Crim. Dr. Pén. Comp.*, 1975, (79), 95, noot 60.

¹⁸ Ch. TERLINDEN, o.c., 149.

¹⁹ Zie, voor een kritiek op de motivering van arresten van het Hof van Cassatie, waar het gaat om het Europees Verdrag over de Rechten van de Mens, K. GRIMONPREZ, «Het Hof van Cassatie en vijftientig jaar E.V.R.M.», *R.W.*, 1981-82 (2657), 2670-2671, nr. 2.

²⁰ Arrest Piersack, 1 oktober 1982, *Publ. Cour*, reeks A, nr. 53, § 30.

²¹ Geciteerd arrest, § 31.

In de militaire strafrechtspleging is de magistraat die optreedt als onderzoeksrechter — en in die functie een bevel tot aanhouding verleent — *op hetzelfde ogenblik* lid van het openbaar ministerie (artikel 76 van het Wetboek van Strafrechtspleging voor het Leger). Hij is m.a.w. «uiter-aard» tegelijkertijd vervolgende en onderzoekende partij²². In het licht van de aangehaalde rechtspraak van het Hof te Straatsburg moet dan ook ernstig getwijfeld worden aan de onpartijdigheid van de krijgsauditeur en de rechterlijke commissie.

Dat de mogelijkheid van echt partijdig optreden niet illusoir is, moge bovendien blijken uit de overwegingen van een arrest van het Militair Gerechtshof van 23 april 1980. Het Hof sprak daarbij een beklagde vrij, op grond dat uit de stukken van het dossier bleek dat de onderzoeks-magistraat niet gehandeld had als objectief en onpartijdig magistraat, doch zijn functies van onderzoeksrechter verward had met die van openbaar ministerie...²³.

Ten slotte oefent de krijgsauditeur zijn functies uit onder het gezag en het toezicht van de minister van Justitie²⁴, hetgeen ook vragen doet rijzen betreffende de *onafhankelijkheid* van de krijgsauditeur en de rechterlijke commissie ten aanzien van de uitvoerende macht²⁵.

9. Het lijkt overigens waarschijnlijk dat de twijfels over de onafhankelijkheid en de onpartijdigheid van de rechterlijke commissie en de krijgsauditeur ook zouden worden gedeeld door de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens. In de voorbije twee jaar heeft zij zes klachten van Nederlandse dienstplichtigen ontvankelijk verklaard, die allen o.m. aanvoerden dat de «auditeur-militair», die een bevel tot aanhouding tegen hen had afgeleverd, niet over de door artikel 5, § 3, van het Europees Verdrag vereiste onafhankelijkheid en onpartijdigheid beschikte²⁶.

Deze zaken, waarvan het onderzoek ten gronde nog niet beëindigd is, vertonen ook voor de Belgische rechtspraktijk een onmiskenbaar belang.

10. Terloops zij opgemerkt dat de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de militaire strafrechter ook in een heel andere context in het gedrang lijkt te komen, meer bepaald i.v.m. de samenstelling van de krijgsraad te velde. Volgens artikel 62, § 1, van het Wetboek van Strafrechtspleging voor het Leger wordt de krijgsraad te velde «zoveel mogelijk» samengesteld uit een hoofdofficier, een burgerlijk lid, twee kapiteins en een luitenant. Artikel 62, § 3, bepaalt

verder dat het burgerlijk lid door de Koning voor een termijn van ten hoogste zes maanden wordt benoemd «onder de beroepsmagistraten der gerechten van het moederland ... of onder de doctors in de rechten van ten volle 25 jaar».

In de praktijk blijkt al jaren het gebruik te bestaan dat als burgerlijk lid geen (zittend) beroepsmagistraat wordt aangewezen, maar wel een substituut van de krijgsauditeur. Voor zover de krijgsraad zitting houdt als vonnisgerecht, dient hij op grond o.m. van artikel 6, § 1, van het Europees Verdrag over de Rechten van de Mens, blijk te geven van onafhankelijkheid en onpartijdigheid. De aanwezigheid van een magistraat van het openbaar ministerie als — enig — professioneel rechter lijkt hieraan afbreuk te doen, om dezelfde redenen die hiervoren reeds werden vermeld.

D. Het wettigheidstoezicht door de krijgsraad

11. Er werd reeds gewezen op het ontbreken van enige uitdrukkelijke regeling, op grond waarvan de wettigheid van het bevel tot aanhouding voor een rechterlijke instantie betwist zou kunnen worden²⁷.

Toch bepaalt artikel 5, § 4, van het Europees Verdrag over de Rechten van de Mens dat een ieder die van zijn vrijheid beroofd is, «het recht (heeft) voorziening te vragen bij de rechter opdat deze op korte termijn beslist over de wettigheid van zijn gevangenhouding en zijn invrijheidstelling beveelt, indien de gevangenhouding onrechtmatig is».

Steunend op deze verdragsbepaling, hebben de krijgsraden en het Militair Gerechtshof in het verleden beslist dat de militair, die aangehouden is op bevel van de rechterlijke commissie zich bij verzoekschrift tot de krijgsraad kan wenden om de wettigheid van het bevel te betwisten, zelfs wanneer de krijgsraad nog niet ten gronde kennis van de zaak heeft genomen²⁸. In het arrest van 22 juni 1982 sluit het Hof van Cassatie zich terecht bij deze rechtspraak aan.

Opmerkelijk is overigens dat ook het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, in een arrest dat twee dagen na dat van het Hof van Cassatie werd uitgesproken, uitdrukkelijk wijst op het belang van de hiervoren genoemde rechtspraak van de krijgsraden en het Militair Gerechtshof²⁹.

12. Door het achtste middel tot cassatie, door de verdachte aangevoerd in de zaak die aanleiding gaf tot het arrest van 22 juni 1982, werd de vraag gesteld naar de omvang van het toezicht door de krijgsraad.

Nu dit toezicht in casu uitsluitend steunde op artikel 5, § 4, van het Europees Verdrag, en niet op een nationale wetsbepaling, diende de vraag dan ook beantwoord te worden op grond van de genoemde verdragsbepaling.

Het Hof van Cassatie beslist ter zake dat de krijgsraad enkel een wettigheidstoezicht uitoefent, en dat hij niet opnieuw over de opportuniteit van de aanhouding heeft te beslissen. Deze beslissing is in overeenstemming met de

²² Onderrichting van de minister van Landsverdediging over de gerechtelijke dienst, geciteerd, nr. 66; F. BOGAERT, o.c., kol. 540, nr. 32. Vgl. arrest Schiesser, geciteerd, § 34.

²³ Mil. Ger., 23 april 1980, onuitg.

²⁴ Onderrichting van de minister van Landsverdediging over de gerechtelijke dienst, geciteerd, nr. 67; F. BOGAERT, o.c., kol. 540, nrs. 32-33.

²⁵ Vgl. arrest Schiesser, geciteerd, § 35. Zie ook, i.v.m. de onafhankelijkheid van de onderzoeksrechter in het gemene recht, Corr. Brussel, 9 november 1981, *J.T.*, 1982, 276, bevestigd — op andere gronden — door Brussel, 25 februari 1982, onuitg.

²⁶ Besl. ontv. 7 mei 1981, De Jong & Baljet t/Nederland, 8805/79 en 8806/79, onuitg.; besl. ontv., 5 maart 1982, X t/Nederland, 9242/81, onuitg.; besl. ontv., 4 mei 1982, X, Y & Z t/Nederland, 9362/81, 9363/81 en 9387/81, onuitg. Zie, i.v.m. de zaak 9242/81, H.R., 15 augustus 1980, met conclusie advocaat-generaal BIEGMAN-HARTOGH, *N.J.*, 1981, nr. 228.

²⁷ Zie supra, nr. 5.

²⁸ Mil. Ger., 22 augustus 1974, *J.T.*, 1974, 611; Krijgsr. te velde, 10 juni 1976, *J.T.*, 1976, 646. Zie ook de omzendbrief nr. 2322 van de auditeur-generaal betreffende de voorlopige hechtenis, 28 juli 1955, aangevuld bij omzendbrief nr. 2322 a van 17 oktober 1974, nr. VIII.

²⁹ Arrest Van Droogenbroeck, 24 juni 1982, *Publ. Cour*, reeks A, nr. 50, §§ 55-56.

rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, zoals die onlangs werd gevestigd³⁰.

13. Artikel 5, § 4, van het Europees Verdrag waarborgt niet dat tegen de beslissing van de rechter, die over de wetmatigheid van het bevel tot aanhouding uitspraak doet, hoger beroep openstaat³¹.

De mogelijkheid van hoger beroep kan daarentegen wel voortvloeien uit bepalingen van het interne recht.

Rechtsdoende op de voorziening van de auditeur-generaal beslist het Hof van Cassatie in zijn arrest van 22 juni 1982 dat er geen reden is om de militaire gerechten te onttrekken aan de toepassing van de algemene regel m.b.t. de mogelijkheid van hoger beroep (artikel 1050 van het Gerechtelijk Wetboek).

Op die manier bevestigt het Hof een beslissing die het impliciet reeds een jaar eerder had genomen³².

³⁰ Arrest X t/ Verenigd Koninkrijk, 5 november 1981, *Publ. Cour*, reeks A, nr. 46, § 58, en met noot, *Rev. Comm. B.*, 1982, 98; arrest Van Droogenbroeck, geciteerd, § 49. Zie ook P. LEMMENS, «Le contrôle de la 'légalité' d'une privation de liberté, au sens de l'article 5, § 4 de la Convention européenne des droits de l'homme», noot onder Cass., 14 februari 1980, *J.T.*, 1980, (596), 597, nr. 5.

³¹ Voor een toepassing raadplege men Cass., 29 maart 1977, *Arr. Cass.*, 1977, 824.

³² Cass., 7 januari 1981, onuitg. Het Hof verklaarde in die zaak een voorziening in cassatie tegen een vonnis van de krijgsraad, waarbij een verzoek tot voorlopige invrijheidstelling werd afgewezen, niet ontvankelijk, op grond dat het vonnis niet in laatste aanleg was gewezen.

De rechtspraak van het Militair Gerechtshof was tot dan nochtans in andere zin gevestigd. Zie *Mil. Ger.*, 13 december 1962, onuitg.,

E. Besluit

14. De militaire strafrechtspleging in het algemeen en de voorlopige hechtenis van militairen in het bijzonder vertonen talrijke leemten. In zijn arrest van 22 juni 1982 heeft het Hof van Cassatie het niet aangedurfd de vigerende regeling strijdig te verklaren met de bepalingen van het Europees Verdrag over de Rechten van de Mens.

Dit neemt niet weg dat een hervorming van de militaire strafrechtspleging uiterst wenselijk is. In dit verband wordt met belangstelling uitgekeken naar de aangekondigde indiening van een ontwerp van nieuw wetboek van militaire strafrechtspleging, onlangs uitgewerkt door een commissie voorgezeten door de auditeur-generaal bij het Militair Gerechtshof en samengesteld uit afgevaardigden van de ministers van Justitie en van Landsverdediging en magistraten van het auditoraat-generaal³³.

Tenzij men natuurlijk, zoals in Frankrijk³⁴, eenvoudig tot de afschaffing van de militaire gerechten zou besluiten...

Paul LEMMENS
Assistent K.U. Leuven

doch geciteerd door J. GILISSEN en P. SCHETTER, «Chronique annuelle de jurisprudence militaire (1963)», *R.D.P.*, 1963-64, (683), 698, nr. 18; *Mil. Ger.*, 27 september 1973, onuitg., doch geciteerd door F. VAN DER VORST, «Chronique annuelle de droit pénal militaire (1972-73)», *R.D.P.*, 1976-77, (75), 86, nr. 14. Zie ook F. VAN DER VORST, «Chronique annuelle de droit pénal militaire (1974-75)», *R.D.P.*, 1978, (213), 221, nr. 9.

³³ *Parl. Vr. & Antw.*, Kamer, 1981-82, p. 2831 (antwoord van de minister van Justitie op een vraag van de heer Vervaeke).

³⁴ Wet nr. 82-621 van 21 juli 1982.

RECHTSPRAAK

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER — 22 JUNI 1982

Voorzitter: de h. Châtel

Raadsheer-rapporteur: de h. Caenepeel

Eerste advocaat-generaal: de h. Krings

Advocaat: mr. L. Peeters

Militair — Voorlopige hechtenis — 1. Beslissing van de krijgsraad — Hoger beroep — 2. Aanhouding — Bevel van de rechter — 3. Bevoegdheid van de rechterlijke commissie — Functie van de krijgsauditeur — 4. Toepasselijke wetgeving — 5. Aanhouding — Beroep bij de krijgsraad.

1. Wanneer een verdachte op bevel van de rechterlijke commissie is aangehouden en hij bij de krijgsraad, nog voordat zijn zaak is aanhangig gemaakt, een verzoek tot invrijheidstelling heeft ingediend, staat voor hem hoger beroep open tegen de beslissing die dat verzoek verwerpt.

2. Ten aanzien van verdachten die onder de rechtsmacht van de militaire rechtscolleges vallen, moet het derde lid van art. 7 van de Grondwet worden geïnterpreteerd in het licht van art. 105. Voor die verdachten moet het woord «de rechter» begrepen worden in de zin van een autoriteit die door de wet, ten deze de wetten m.b.t. de militaire strafrechtspleging, bevoegd is verklaard om rechtsmacht uit te oefenen.

3. De bevoegdheid om tegen militaire rechtsonderhorigen een bevel tot aanhouding te verlenen komt toe aan de rechterlijke commissie. De krijgsauditeur die de commissie voorziet, oefent de jurisdictionele functie van een onderzoeksrechter uit. In de uitoefening van die functie is hij uiteraard onafhankelijk.

4. De wet van 20 april 1874 heeft geen betrekking op de voorlopige hechtenis in de militaire strafvordering. Deze materie wordt geregeld door het Wetboek van Regtspleging bij de Landmagt van 20 juli 1814 en door twee titels van het Wetboek van Strafrechtspleging voor het Leger, ingevoerd bij de wetten van 15 juni 1899.

5. *Noch het Wetboek van Regtspleging bij de Landmagt, noch het Wetboek van Strafrechtspleging voor het Leger geven aan de aangehouden verdachte de mogelijkheid tegen een bevel tot aanhouding in beroep te komen bij de krijgsraad opdat deze opnieuw over de opportuniteit van de aanhouding beslist.*

Auditeur-generaal bij het Militair Gerechtshof t/ P. ; P.

Gelet op het bestreden arrest, op 22 april 1982 door het Militair Gerechtshof gewezen ;

I. Op de voorziening van de auditeur-generaal bij het Militair Gerechtshof :

Over beide middelen samen,

het eerste afgeleid uit de schending van artikel 1 van de besluitwet van 27 januari 1916 tot regeling van de rechtspleging in hoger beroep van de door de krijgsraden gewezen vonnissen, doordat het arrest, na verwezen te hebben naar artikel 105 van de Grondwet, dat uitdrukkelijk in bijzondere wetten voorziet inzake inrichting en bevoegdheid van de militaire rechtbanken, beslist tot de ontvankelijkheid van het hoger beroep tegen het door de krijgsraad te velde A gewezen vonnis van 15 april 1982 met betrekking tot een verzoekschrift tot invrijheidstelling van een verdachte die zich in voorlopige hechtenis bevindt en nog niet is veroordeeld,

terwijl artikel 1 van de besluitwet van 27 januari 1916 tot regeling van de rechtspleging in hoger beroep het vermogen om hoger beroep in te stellen tegen de door de krijgsraden uitgesproken vonnissen beperkt tot het openbaar ministerie, de veroordeelde en de burgerlijke partij, deze laatste alleen wat haar burgerlijke belangen betreft ; de besluitwet van 27 juni 1916 in haar artikel 1 de bepaling uitgedrukt in artikel 222 van de wet van 20 juli 1814 bevestigt ;

het tweede afgeleid uit de schending van artikel 222 van de wet van 20 juli 1814 op «de Regtspleging bij de Landmagt», doordat het arrest, na verwezen te hebben naar artikel 105 van de Grondwet, dat uitdrukkelijk in bijzondere wetten voorziet inzake inrichting en bevoegdheid van de militaire rechtbanken, beslist tot de ontvankelijkheid van het hoger beroep tegen het door de krijgsraad te velde A gewezen vonnis van 15 april 1982 met betrekking tot een verzoekschrift tot invrijheidstelling van een verdachte die zich in voorlopige hechtenis bevindt en nog niet is veroordeeld,

terwijl artikel 222 van de wet van 20 juli 1814 bepaalt dat alleen de veroordeelden hoger beroep kunnen aantekenen tegen de vonnissen van de krijgsraden die uitspraak doen over de grond van de zaak of over de bevoegdheid ; op grond van de wet van 20 juli 1814 het recht van hoger beroep tegen een vonnis dus niet wordt toegekend aan een verdachte die nog niet is veroordeeld en zich in voorlopige hechtenis bevindt :

Overwegende dat eiser zich ten onrechte beroept op de besluitwet van 27 januari 1916 en op artikel 222 van de wet van 20 juli 1814 op de Regtspleging bij de Landmagt ; dat die bepalingen immers betrekking hebben op de rechtspleging over de grond van de zaak ;

Overwegende dat, krachtens artikel 2 van het Gerechtelijk Wetboek, de in dit wetboek gestelde regels van toepas-

sing zijn op alle rechtsplegingen, behoudens wanneer deze geregeld worden door niet uitdrukkelijk opgeheven wetsbepalingen of door rechtsbeginselen waarvan de toepassing niet verenigbaar is met de toepassing van de bepalingen van dit wetboek ;

Overwegende dat de ten deze toegepaste procedure niet is geregeld door de wetten met betrekking tot de rechtspleging ten aanzien van personen die onder de rechtsmacht vallen van de militaire rechtscollèges ; dat voormelde wetten evenmin met betrekking tot die procedure algemene rechtsbeginselen inhouden waarvan de toepassing onverenigbaar is met de bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek ;

Overwegende dat, krachtens artikel 1050 van het Gerechtelijk Wetboek, in alle zaken hoger beroep kan worden ingesteld zodra het vonnis is uitgesproken, zelfs al is dit een beslissing alvorens recht te doen of een verstekvonnis ;

Dat tegen de beslissing van de krijgsraad derhalve hoger beroep open stond ;

Dat de middelen naar recht falen ;

II. Op de voorziening van Willy P :

Over het negende middel, afgeleid uit de schending van artikel 97 van de Grondwet (...)

Over de overige middelen,

het eerste afgeleid uit de schending van de wet van 20 juli 1814 en de wet van 15 juni 1899 en luidend als volgt : dat, volgens de krijgsraad, de wet van 20 april 1874 op de voorlopige hechtenis niet van toepassing is in de militaire procedure ; dat, indien het deze wet niet is die de voorlopige hechtenis regelt, het dan slechts enkel de wet van 15 juni 1899, houdende titels I en II van het Wetboek van Strafrechtspleging voor het Leger of de wet van 14 juli 1814 betreffende de rechtspleging bij de Landmacht kan zijn ; dat echter titels I en II van de wet van 15 juni 1899 met geen woord reppen over de voorlopige hechtenis ; dat deze aangelegenheid in het wetsontwerp van 1898-1899 wel behandeld wordt in titel IV (artikel 199 e.v.) die echter nooit in het parlement onderzocht of goedgekeurd werd ; dat derhalve slechts en uitsluitend de wet van 20 juli 1814 overblijft welke van toepassing kan zijn ; dat de wet van 20 juli 1814 zegt dat voor krijgsraden te velde dezelfde regels gelden met betrekking tot de procedure en het nemen van informaties als die welke gelden voor de arrondissement- of district-krijgsraden (artikel 267) ; dat volgens deze regels de commanderende officier twee officieren-commissarissen belast met het horen van de verdachte en het nemen van zulke verdere informatie als vereist (artikel 36) ; dat aan deze officieren-commissarissen de bevoegdheid wordt toegekend om de beklagden die zich nog niet in arrest bevinden, telkens na afloop van een verhoor in arrest te stellen (artikel 56 : «Wanneer een beklagde zich niet in arrest bevindt, zullen commissarissen bevoegd zijn, telkens, na den afloop van het verhoor, den zelve te stellen in arrest, wanneer zij vermenen, dat de omstandigheden dit vorderen, ofwel daartoe een voordracht doen aan den commanderenden officier») ; dat aan de auditeur-militair desaan gaande niet de minste bevoegdheid wordt toegekend ; dat in de thans voor het Hof hangende zaak het openbaar ministerie niet in staat is enige beslissing voor te brengen uitgaande van de twee door de commanderende generaal benoemde commissarissen waaruit blijkt dat zij gebruik maakten van de uitsluitend aan hen toegekende bevoegdheid, beklagde

(eiser) in arrest te stellen; dat derhalve de krijgsraad en het Militair Gerechtshof hadden dienen vast te stellen dat de aanhouding van eiser niet beantwoordt aan de voorschriften van de wet van 1814; dat weliswaar in het dossier van de rechtspleging een door de «Rechterlijke Commissie» onder verwijzing naar artikel 56 van de wet van 20 juli 1814 afgeleverd aanhoudingsbevel bevindt; dat deze rechterlijke commissie als instelling in het leven werd geroepen door de wet van 15 juni 1899 voornoemd en belast is met het geschreven onderzoek (artikel 35: «Daar waar de krijgsraad zetelt is de rechterlijke commissie, belast met het geschreven onderzoek, samengesteld behalven den krijgsauditeur, die er voorzitter van is en het onderzoek leidt, uit een kapitein en een luitenant, behoudens toepassing der artikelen 140 en 147 van dit wetboek»); dat de rechterlijke commissie derhalve samengesteld is uit de krijgsauditeur en twee officieren; dat deze twee officieren echter niets gemeen hebben met de officieren-commissarissen van de wet van 20 juli 1814; dat aan deze officieren zoals aangeduid in artikel 35 van de wet van 1899 geen enkele bevoegdheid wordt toegekend; dat volgens de onderrichting over de gerechtelijke dienst, opgesteld door de minister van Landsverdediging in samenwerking met de auditeur-generaal, het de krijgsauditeur is die volgens de wetgever van 1899 «het onderzoek leidt», en derhalve «alleen» de beslissingen neemt: de officieren-commissarissen zijn slechts de getuigen van het onderzoek, hun aanwezigheid moet «het geheimzinnig karakter van het gerechtelijk onderzoek doen vervallen»; dat hun strijdig advies de auditeur niet bindt en hem niet belet te handelen; dat de handtekening van deze officieren op de akten enkel tot doel heeft de regelmatigheid van de procedure te waarborgen zonder dat zij voor deze akten verantwoordelijk kunnen worden gesteld; dat echter niettemin in dezelfde onderrichting geschreven wordt dat de rechterlijke commissie «het recht» heeft om de verdachte aan te houden indien «het feit zwaar genoeg blijkt om deze maatregel te rechtvaardigen»; dat om dit te rechtvaardigen de onderrichting verwijst naar artikel 56 van de wet van 1814 voormeld; dat echter deze bepaling het recht om aan te houden niet toekent aan de krijgsauditeur, maar wel en uitsluitend aan de officieren-commissarissen en deze laten zich niet identificeren, zoals hiervoor aangetoond, met de officieren van de gerechtelijke commissie aan wie de wet generlei macht met betrekking tot het benemen van iemands vrijheid toekent; dat alleen de krijgsauditeur overblijft en deze door geen enkele wettelijke bepaling de macht heeft ontvangen — zoals dit wel het geval is met de onderzoeksrechter — om tot vrijheidsberoving over te gaan op grond van de wet van 1814; dat over de bepalingen van het ontwerp van 1898-1899 dat hem die macht moest toekennen, nooit werd gestemd; dat derhalve de krijgsraad en het Militair Gerechtshof niets anders doen kunnen dan vaststellen dat het aanhoudingsbevel afgeleverd werd door een commissie die daartoe niet de macht had;

het tweede afgeleid uit de schending van artikel 7 van de Grondwet en luidend als volgt: dat, zelfs indien de gerechtelijke commissie de bevoegdheid tot vrijheidsbeneming wel zou hebben, quod non, alsdan door te erkennen dat de beslissing van de rechterlijke commissie, afgeleverd met toepassing van artikel 56 van de wet op de Regtspleging bij de Landmagt van 20 juli 1814, artikel 35 van de wet van 15 juni 1899 op de strafrechtspleging voor het leger, artikelen

7 en 105 van de Grondwet, gegrond is, alsdan het vonnis van de krijgsraad en het arrest van het Militair Gerechtshof een schending uitmaken van artikel 7 van de Grondwet; dat dit artikel letterlijk voorschrijft: «De vrijheid van de persoon is gewaarborgd. Niemand kan worden vervolgd dan in de gevallen die de wet bepaalt in de vorm die zij voorschrijft. Niemand kan behalve bij betrapting op heterdaad worden aangehouden dan krachtens een met redenen omkleed bevel van de rechter dat moet worden betekend bij de aanhouding of uiterlijk binnen de 24 uren»; dat deze grondwettelijke bepaling uiteraard eveneens geldt in de militaire strafrechtspleging; dat het bevel tot aanhouding werd afgeleverd door de rechterlijke commissie welke is samengesteld uit een substituut krijgsauditeur, die voorzitter is van deze commissie en het onderzoek leidt, en bovendien twee officieren-commissarissen; dat het duidelijk is dat in deze rechterlijke commissie geen enkele rechter zitting heeft; dat het wel van belang is dat het bevel tot aanhouding uitgaat van een rechter ten einde de nodige garanties van onpartijdigheid en onafhankelijkheid te geven; dat de krijgsauditeur en zijn substituten niet de kwalificatie hebben van «rechter»; dat artikel 100 van de Grondwet waarborgen geeft aan rechters waarvan de voornaamste zijn: de benoeming voor het leven, dat zij niet uit hun ambt kunnen worden ontzet of worden geschorst dan bij vonnis; dat deze garanties niet toepasselijk zijn op de krijgsauditeur; dat de krijgsauditeur zijn functie uitoefent onder het toezicht en de controle van het Ministerie van Justitie; dat de krijgsauditeur in de rechterlijke commissie buiten zijn functie van openbaar ministerie eveneens de functie vervult van magistraat belast met het onderzoek; dat de functie van krijgsauditeur die van vervolgende partij is en de krijgsauditeur een belang heeft dat tegengesteld is aan dat van de aangehoudene of beklagde; dat derhalve de functie van krijgsauditeur niet de nodige garanties van onpartijdigheid en onafhankelijkheid biedt zoals dit alleen voor een rechter opgaat; dat bovendien evenmin de rechterlijke commissie deze nodige onpartijdigheid en onafhankelijkheid bezit; dat deze commissie in de militaire strafrechtspleging slechts een onderzoeksorgaan is dat samengesteld is uit de krijgsauditeur of zijn substituten en twee officieren (een kapitein-commandant en een luitenant); dat deze rechterlijke commissie zeker niet de rol vervult van onderzoeksrechter, welke functie uitsluitend voorbehouden is aan de krijgsauditeur; dat in deze commissie de beslissingsmacht uitsluitend toebehoort aan de krijgsauditeur; dat het strijdig advies van één of twee officieren-commissarissen de auditeur op geen enkele wijze bindt en hem niet belet te handelen en te beslissen; dat in geval van niet-overeenstemming tussen de twee officieren-commissarissen, de krijgsauditeur hiervan verslag dient te doen aan de auditeur-generaal, die in laatste instantie beslist, en dat, in afwachting van deze beslissing, de beschikking genomen door de krijgsauditeur uitvoerbaar blijft; dat het derhalve duidelijk is dat de aangehoudene totaal overgeleverd is aan de beslissing van de krijgsauditeur terwijl de mogelijk modererende invloed van de officieren-commissarissen onderworpen wordt aan de beslissing van een hiërarchische overste van de krijgsauditeur; dat altoos niet de gerechtelijke commissie noch een van zijn leden de kwalificatie heeft van «rechter» en evenmin de voorwaarden van onafhankelijkheid en onpartijdigheid biedt zoals dit voor de rechter wel het geval is; dat derhalve

een bevel tot aanhouding afgeleverd door de gerechtelijke commissie en derhalve de voorlopige hechtenis hieruit voortvloeiend een inbreuk betekenen op artikel 7 van de Grondwet;

het derde afgeleid uit de schending bestaande in de niet-toepassing van de wet van 20 april 1874, welk middel luidt als volgt:

eerste onderdeel, dat eiser terecht in zijn verzoekschrift de toepassing van de wet van 20 april 1874 heeft ingeroepen; dat immers deze wet van 20 april 1874 op de voorlopige hechtenis eveneens van toepassing is op de militairen maar dan ook in zijn totaliteit en niet in bepaalde artikelen; dat dienaangaande wordt verwezen naar een omzendschrijven van de minister van Justitie van 9 maart 1955 welke letterlijk stelt: «Uit tal van omzendbrieven is gebleken dat mijn voorgangers erom bekommerd waren de voorlopige hechtenis strikt binnen de perken te houden die de wet van 20 april 1874 ervoor had afgebakend. Krachtens artikel 1 van die wet moet het bevel tot aanhouding de uitzondering blijven indien het feit niet gestraft wordt met een straf die ten minste 15 jaar dwangarbeid bereikt»; dat diezelfde bekommernis om de toepassing van de wet van 20 april 1874 eveneens blijkt uit verschillende omzendbrieven uitgaande van de minister van Justitie en wel die van 24 november 1892, 28 december 1907, 6 mei 1913, 29 april 1919, 10 november 1925, 8 februari 1928, 24 maart 1931, 11 juli 1933 en 21 juni 1947; dat bovendien de minister van Justitie in zijn omzendschrijven van 9 maart 1955 besluit als volgt: «Ik zou er prijs op stellen dat men hun (de auditeurs) eveneens het bepaalde van artikel 26 der wet van 20 april 1874 op de voorlopige hechtenis in herinnering zou brengen. Alhoewel de regels die van toepassing zijn op de in dit artikel bepaalde rechtspleging, niet op straffe van nietigheid zijn voorgeschreven, lijkt het mij van het hoogste belang dat ze zouden in acht genomen worden»; dat eveneens uit de omzendbrief nummer 2322 van 28 juni 1955 (blz. 4) blijkt dat ook het Auditoraat-Generaal ten eerste bekommerd is om de voorlopige hechtenis en letterlijk stelt: «Ter zake dient men zich opnieuw te laten inspireren door de beginselen van de wet van 20 april 1874 en eveneens door de verplichting opgelegd door artikel 55 van het Wetboek van 1814 om na ieder verhoor het vraagstuk van het handhaven der aanhouding van een officier voor te leggen aan de officier-bevelhebber»; dat eveneens uit de omzendbrief nummer 1809 van 11 mei 1973 van het Auditoraat-Generaal naar aanleiding van de wijziging van de wet van 13 maart 1973 letterlijk wordt meegedeeld: «Niettegenstaande de wet van 20 april 1874 vreemd is en blijft aan de militaire procedure, zullen voortaan de rechterlijke commissies bij het verlenen van een bevel tot aanhouding rekening houden met de vereisten inzake motivering die door de wetgever worden opgelegd»; dat derhalve uit alle omzendbrieven en in het bijzonder die uitgaande van de minister van Justitie de bekommernis om de voorlopige hechtenis blijkt en meer bepaald de wens dat de wet van 20 april 1874 in acht wordt genomen; dat echter ten onrechte de krijgsraden en de militaire gerechtshoven, wanneer door de verdediging een beroep wordt gedaan op de wet van 20 april 1874, ten onrechte oordelen dat deze niet van toepassing is in de militaire strafrechtspleging; dat anderzijds zowel de minister van Justitie, het Auditoraat-Generaal en andere instanties bezorgd zijn om de toepassing van verschillende

artikelen van de wet van 20 april 1874 en meer bepaald die in verband met de motivering van de aanhoudingsbevelen; dat het trouwens ten gevolge van de voormelde omzendbrieven is dat er steeds een beroep wordt gedaan op de wet van 20 april 1874 onder meer in verband met de motivering en verder in verband met het handhaven van de aanhouding en het opheffen van het bevel tot aanhouding; dat deze situatie voor de verdediging ten zeerste dubieus is en derhalve eveneens een krenking van de rechten van de verdediging inhoudt indien men deze situatie aanhoudt door enerzijds de toepassing van de wet van 20 april 1874 te vorderen, zeker in verband met bepaalde artikelen, en anderzijds, wanneer dezelfde wet van 20 april 1874 door de verdediging wordt ingeroepen, deze toepassing dan af te wijzen als onaanvaardbaar in de militaire strafrechtspleging; dat wanneer bepaalde artikelen wel degelijk hun toepassing vinden in de militaire strafrechtspleging dan ook de totale wet van toepassing dient te zijn;

tweede onderdeel, dat bovendien de wet van 20 april 1874 op de voorlopige hechtenis geen bijzonder toepassingsgebied heeft zodat zij de algemene regel vormt, terwijl de wet op de Regtspleging bij de Landmagt van 1814 evenals de wet van 15 juni 1899 op de strafrechtspleging voor het leger de bijzondere regel is; dat de algemene regel voortgaat op de bijzondere voorzieningen indien de algemene wetgeving voorziet in bepalingen welke niet geregeld zijn in de bijzondere wetgeving; «Generalia specialibus non derogant»; dat trouwens om deze redenen thans reeds de militaire strafrechtspleging eveneens wordt geïnspireerd door de wet van 20 april 1874 wat betreft de motivering van het bevel tot aanhouding evenals voor de handhaving van de aanhouding en de opheffing ervan; dat het echter niet opgaat slechts enkele artikelen van toepassing te brengen in de militaire strafrechtspleging terwijl anderzijds andere artikelen buiten het bereik van de militairen worden gehouden waarop zij eveneens recht hebben; dat dit trouwens eveneens een inbreuk zou betekenen op artikel 6 van de Grondwet, waarin eveneens vermeld wordt dat er in de Staat geen onderscheid van standen bestaat en alle Belgen gelijk zijn voor de wet;

het vierde afgeleid uit de schending van de artikelen 6, 8 van de wet van 20 april 1874, 59, 60, 64, 65 van de wet van 20 juli 1814 en 7, eerste lid, van de Grondwet, en luidend als volgt: dat de feiten welke de aanleiding zijn tot de aanhouding van eiser dateren van de nacht van 26 op 27 februari 1982; dat in deze nacht in de kazerne te Keulen een inbraak is geschied met verdwijning uit de brandkast van een bedrag van 500.000 D.M.; dat in het kader van de verdwijning van deze gelden een uitvoerig onderzoek werd ingesteld; dat deze feiten aanvankelijk werden gekwalificeerd als diefstal; dat eiser in het kader van dit onderzoek op 23 maart 1982 werd verzocht zich ter beschikking te houden voor ondervraging; dat deze ondervraging aanving in de voormiddag en dat 's avonds aan eiser werd meegedeeld dat hij in voorlopige hechtenis werd gesteld zodat hij op 24 maart 1982 tot 20.00 uur 's avonds ter beschikking werd gehouden van de onderzoeksinstanties; dat evenwel deze vrijheidsberoving niet is gevolgd door een bevel tot opheffing of anderszins; dat nadien dezelfde feiten voorlopig werden gekwalificeerd als verduistering; dat door middel van deze kwalificatie de krijgsauditeur het blijkbaar nodig achtte om eiser een tweede maal onder aanhoudingsman-

daat te stellen en dit dan op 2 april 1982; dat thans deze beide onderzoeken door het openbaar ministerie op artificiële wijze worden gescheiden gehouden hoewel deze zaken in wezen samenhangend zijn en één geheel uitmaken; dat het immers in casu gaat om de verdwijning van gelden, welke kwalificatie men er ook aan moge geven; dat immers een persoon wordt aangehouden in het kader van welbepaalde feiten en omstandigheden en niet in het kader van een bepaalde kwalificatie welke men aan deze feiten geeft; dat op deze manier de artikelen 6 en 8 van de wet van 20 april 1874 worden omzeild evenals de artikelen 59, 60, 64 en 65 van de wet van 20 juli 1814 waarbij duidelijk wordt bepaald dat niemand een tweede maal kan worden aangehouden in een zelfde onderzoek tenzij nieuwe en uitzonderlijke omstandigheden zich zouden voordoen of tenzij de persoon in kwestie zich niet ter beschikking van de onderzoeksinstanties zou houden; dat deze wijze van behandelen van de verdwijning van de gelden eiser treft in zijn recht op vrijheid dat grondwettelijk wordt gewaarborgd door artikel 7, eerste lid, van de Grondwet; dat derhalve het aanhoudingsbevel van 2 april 1982 een schending uitmaakt van de artikelen 6 en 8 van de wet van 20 april 1874 evenals van de artikelen 59, 60, 64, 65 van de wet van 20 juli 1814 en 7, eerste lid, van de Grondwet;

het vijfde afgeleid uit de schending van de artikelen 7, derde lid, van de Grondwet, 1 van de wet van 20 april 1874 en 56 van de wet van 20 juli 1814 en luidend als volgt: dat het bevel tot aanhouding van 2 april 1982 als volgt wordt gemotiveerd: «De zwaarwichtigheid van de feiten en het bedrag van het nadeel veroorzaakt aan de Staat (430.000 D.M.); dat de expertise een reeks bezwarende elementen ten laste van de kapitein-commandant aanhaalt en dat hij niet bij machte is een aannemelijke verklaring te geven voor het feit dat zijn boekhouding zodanig is aangepast dat een bedrag van 430.000 D.M. buiten de boekhouding werd gehouden; dat het nodig is de getuigen Van S. en C. te verhoren over overgave/overname van de kas zonder dat de kapitein-commandant met deze personen vooraf contact kan opnemen»; dat, zoals reeds werd gesteld, zowel de minister van Justitie als het Auditoraat-Generaal hebben gesteld dat de motivering van het aanhoudingsbevel conform dient te zijn aan de voorschriften van de wet van 20 april 1874 en meer bepaald artikel 2; dat dit nogmaals wordt herhaald in de omzendbrief nr. 2809 van het Auditoraat-Generaal van 11 mei 1973 waarbij op pagina 2 letterlijk wordt gesteld: «Volgens de nieuwe wet zal het voor de onderzoeksrechters niet langer volstaan 'de ernstige en uitzonderlijke omstandigheden die de openbare veiligheid raken' te omschrijven, die volgens het oude artikel 2 moesten worden opgegeven. Hij zal in het vervolg 'de gegevens' moeten vermelden 'eigen aan de zaak of de persoonlijkheid van de verdachte' die bedoelde ernstige en uitzonderlijke omstandigheden uitmaken. Ze zullen daarenboven de omstandigheden eigen aan de zaak of de persoonlijkheid van de verdachte moeten vermelden uit hoofde waarvan de noodwendigheden van de openbare veiligheid het verlenen van een bevel tot aanhouding noodzakelijk maken. Niettegenstaande de wet van 20 april 1874 vreemd is en blijft aan de militaire procedure, zullen voortaan de rechterlijke commissies bij het verlenen van een bevel tot aanhouding rekening houden met de nieuwe vereisten inzake motivering die door de wetgever worden opgelegd»; dat derhalve twee

voorwaarden moeten worden vermeld en uiteengezet betreffende enerzijds de omstandigheden eigen aan de zaak en/of de persoonlijkheid van de verdachte en bovendien dat deze omstandigheden uit hoofde van de noodwendigheden van de openbare veiligheid het verlenen van een bevel tot aanhouding noodzakelijk maken; dat de motivering die betrekking zou hebben op slechts één ervan niet voldoende is (Verslag Kamercommissie, zitting 1970-1971, Besch. 472, 1968-1969, nr. 6); dat niet vereist is dat de ernstige en uitzonderlijke omstandigheden en de noodwendigheden van de openbare veiligheid betrekking hebben tegelijkertijd op de gegevens van de zaak én op de persoonlijkheid van de verdachte; dat derhalve zowel het bevel tot aanhouding van 2 april 1982 als de beslissing van de gerechtelijke commissie van 8 april 1982 tot bevestiging van haar aanhoudingsbevel van 2 april 1982 onvoldoende zijn gemotiveerd zodat zij niet beantwoorden aan de vereisten van de artikelen 2 van de wet van 20 april 1874, 56 van de wet van 20 juli 1814 en 7 van de Grondwet;

het zesde afgeleid uit de schending van de artikelen 3 van de wet van 20 april 1874, 349 van de wet van 20 juli 1814 en luidend als volgt: dat zelfs indien het bevel tot aanhouding van 1 april 1982 voldoende zou zijn gemotiveerd, zowel naar de omstandigheden van de zaak, de persoon van de verdachte evenals naar de noodwendigheden van de openbare veiligheid, quod non, alsdan deze aanhouding slechts van beperkte aard is door de volgende motivering: «Dat het nodig is de getuigen Van S. en C. te verhoren over overgave/overname van de kas zonder dat de kapitein-commandant met deze personen voorafgaandelijk contact kan opnemen»; dat derhalve het aanhoudingsbevel van 2 april 1982 een beperkte aanhouding is enkel en alleen verricht voor het houden van een getuigenverhoor; dat derhalve dit bevel tot aanhouding overeenkomt met een verbod van vrij verkeer overeenkomstig artikel 3 van de wet van 20 april 1874 en artikel 3 van de wet van 20 juli 1814; dat de getuigen in het kader van deze aanhouding werden gehoord; dat deze aanhouding derhalve slechts geldig is voor een beperkte periode van drie dagen na het eerste verhoor en bovendien niet kan worden hernieuwd; dat ook in de militaire strafrechtspleging duidelijk hieromtrent toepassing wordt gemaakt van de wet van 20 april 1874, artikel 3: «Het spreekt van zelf, dat zoals voorheen, de in voorlopige hechtenis gedetineerde militairen in feite hetzelfde gevangenisstelsel zullen genieten als dat der andere gedetineerden van gemeen recht. Nochtans berust het recht voor de krijgssauditeur om de afzondering te bevelen in artikel 349, maar hij moet zich (laten) inspireren door de principes van artikel 3 van de wet van 20 april 1874, die deze afzondering beperkt tot drie dagen. Deze afzondering mag niet hernieuwd worden»; dat eiser echter na verloop van drie dagen aangehouden bleef; dat derhalve door de gerechtelijke commissie een overtreding is gebeurd van artikel 3 van de wet van 20 april 1874 en derhalve verzoeker onmiddellijk in vrijheid had dienen te worden gesteld; dat bovendien het aanhoudingsbevel van 2 april 1982 niet werd afgeleverd door de auditeur, welke zoals voormeld evenmin bevoegd is, doch door de rechterlijke commissie, welke het recht een afzondering te bevelen, zoals bepaald in artikel 349, niet heeft; (Omsendbrief nr. 2322 van het Auditoraat-Generaal van 28 juni 1955, p. 6: «Nochtans berust het recht van de krijgssauditeur (en niet van de rechterlijke commissies) om

de afzondering te bevelen in art. 349 ...»): dat derhalve de geldigheidsduur van het bevel tot aanhouding van 2 april 1982 werd overschreden zodat dit een schending uitmaakt van artikel 3 van de wet van 1874 en artikel 349 van de wet van 1814 en verzoeker in voorlopige hechtenis werd gehouden; dat bovendien verwezen dient te worden naar de beslissing van de rechterlijke commissie van 8 april 1982 tot bevestiging van haar bevel tot aanhouding van 2 april 1982; dat de rechterlijke commissie in haar redengeving stelt: «dat nog talrijke getuigen dienen te worden verhoord waarvan meerderen werkten of werken onder zijn gezag»; dat derhalve de rechterlijke commissie de afzondering heeft herhaald welke verboden is door zowel de wet van 20 april 1874 als de wet van 20 juli 1814; dat derhalve ook deze manier van handelen een schending uitmaakt van de voormelde wetgeving; dat er derhalve een dubbele schending is van de voormelde wetgeving door het aanhoudingsbevel van 2 april 1982 en de beslissing van de rechterlijke commissie van 8 april 1982; dat derhalve zowel de krijgsraad als het Militair Gerechtshof de onwettigheid van de verdere aanhouding hadden dienen vast te stellen en verzoeker onmiddellijk in vrijheid hadden dienen te stellen;

het zevende afgeleid uit de schending van de artikelen 5 van de wet van 20 april 1874 en 55 van de wet van 20 juli 1814, en luidend als volgt: dat zelfs indien het aanhoudingsbevel van 2 april 1982 geen beperkt aanhoudingsbevel zou zijn in het kader van het horen van getuigen, quod non, maar een gewoon aanhoudingsbevel, alsdan in het kader van de wet van 20 april 1874 deze aanhouding binnen vijf dagen had dienen onderworpen te worden aan een nieuwe beslissing van de rechterlijke commissie ten einde te oordelen over de verdere aanhouding; dat het aanhoudingsbevel van 2 april 1982 niet binnen de periode van vijf dagen werd voorgelegd aan de rechterlijke commissie; dat immers de rechterlijke commissie haar bevel tot aanhouding van 2 april 1982 slechts heeft bevestigd bij beslissing van 8 april 1982; dat derhalve verzoeker in zijn rechten op vrijheid ook hierdoor werd gekrenkt en bovendien de onmiddellijke invrijheidstelling diende te worden bevolen; dat trouwens artikel 55 van de wet van 20 juli 1814 op de rechtspleging bij de landmacht voorziet in de volgende bepaling: «Bijaldien de beklaagde zich in arrest bevindt, en de rang van officier bekleedt, zal, bij ieder zodanig rapport, als hiervoor is vermeld, door den commanderenden officier worden beslist of de beklaagde in arrest behoort te blijven, dan of hij daaruit wordt ontslagen ofwel ...»; dat dit wil zeggen dat overeenkomstig artikel 55 van de voormelde wet de rechterlijke commissie na elk verhoor de noodzakelijkheid van de handhaving van de voorlopige hechtenis dient te onderzoeken; dat een omzendbrief van het Auditoraat-Generaal nr. 2322 van 28 juni 1955 letterlijk vermeldt: «ter zake dient men zich opnieuw te (laten) inspireren door de beginselen van de wet van 20 april 1874 en eveneens door de verplichting opgelegd door artikel 55 van het Wetboek van 1814 om na ieder verhoor het vraagstuk van de handhaving van de aanhouding van een officier voor te leggen aan de officier-bevelhebber»; dat het bevel tot aanhouding van 2 april 1982 niet tijdig werd voorgelegd aan een rechterlijke commissie ten einde te horen beslissen over de al dan niet-bevestiging; dat bovendien de rechterlijke commissie niet na elk verhoor van verzoeker heeft beslist over de al of niet verdere aanhouding; dat derhalve deze

manier van handelen een schending betekent van artikel 55 van de wet van 20 juli 1814 evenals van artikel 5 van de wet van 20 april 1874 zodat zowel de krijgsraad als het Militair Gerechtshof de invrijheidsstelling eveneens hadden dienen te bevelen;

het achtste afgeleid uit de schending van de artikelen 2 van de wet van 20 april 1874 en 56 van de wet van 20 juli 1814 en luidend als volgt: dat de krijgsraad in zijn vonnis van 15 april 1982 ten onrechte zegt dat hij niet bevoegd is om te oordelen over de opheffing van een bevel tot aanhouding en dat deze opheffing uitsluitend behoort tot de bevoegdheid van de rechterlijke commissie; dat, zoals reeds is gesteld, de rechterlijke commissie deze bevoegdheid niet heeft; dat de krijgsraad ten onrechte verder beslist dat hij enkel de wettelijkheid van de aanhouding kan onderzoeken terwijl hij onbevoegd is om over de opportuniteit te oordelen; dat hiermee de krijgsraad evenals het Militair Hof wegens de bevestiging van het vonnis van de krijgsraad, geen toepassing maken van artikel 2 van de wet van 20 april 1974 evenmin als van artikel 56 van de wet van 1814; dat immers de opportuniteit een voorwaarde uitmaakt van de legaliteit; dat immers de opportuniteit niet meer of niet minder is dan de uiteenzetting van de redenen waarom een bevel tot aanhouding wordt afgeleverd en waarom een bevel tot aanhouding wordt bevestigd of verlengd; dat artikel 2 van de wet van 20 april 1874 duidelijk zegt dat het bevel tot aanhouding «nauwkeurig de ernstige en uitzonderlijke omstandigheden die de openbare veiligheid raken en waarop de aanhouding gegrond is onder vermelding van de gegevens eigen aan de zaak of de persoonlijkheid van de verdachte» dient te vermelden; dat artikel 56 van de wet van 1814 letterlijk vermeldt: «Wanneer zij vermenen dat de omstandigheden dit vorderen ...»; dat bovendien het Auditoraat-Generaal in zijn omzendbrief nummer 2809 van 11 mei 1974 letterlijk vermeldt: «Ze zullen daarenboven de omstandigheden eigen aan de zaak of de persoonlijkheid van de verdachte moeten vermelden uit hoofde waarvan de noodwendigheden van de openbare veiligheid het verlenen van een bevel tot aanhouding noodzakelijk maken. Deze twee voorwaarden moeten worden vermeld en uiteengezet. De motivering die betrekking zou hebben op slechts één ervan zou onvoldoende zijn (Verslag van de Kamercommissie, zitting 1970-1971, Besch. 472, 1968-1969, nummer 6, p. 5)»; dat derhalve zowel de krijgsraad als het Militair Gerechtshof ten onrechte hebben beslist dat zij niet bevoegd zijn om te oordelen over de opportuniteit van de aanhouding; dat deze beslissing een schending uitmaakt van voormelde artikelen:

Wat meer bepaald het eerste en het tweede middel betreft:

Overwegende dat, hoewel artikel 7 van de Grondwet ook geldt voor verdachten die onder de rechtsmacht vallen van de militaire rechtscolleges, het derde lid ervan moet worden geïnterpreteerd in het licht van artikel 105; dat voor die verdachten aldus het woord «de rechter» moet worden begrepen in de zin van: een autoriteit die door de wet, ten deze de wetten met betrekking tot de militaire rechtspleging, bevoegd is verklaard om rechtsmacht uit te oefenen; dat, krachtens artikel 105 van de Grondwet, de inrichting van de militaire rechtbanken, hun bevoegdheid, de rechten en verplichtingen van de leden van de rechtbanken, alsme-

de de duur van hun ambt door bijzondere wetten worden geregeld; dat zodanige regeling voorkomt in het Wetboek van Regtspleging bij de Landmagt en in het Wetboek van Strafrechtspleging voor het Leger; dat titel II van dit laatste wetboek de rechterlijke organisatie in het Leger, inzonderheid die van de rechterlijke commissie, regelt; dat artikel 56 van het Wetboek van Regtspleging bij de Landmagt aan de officieren-commissarissen bevoegdheid gaf om een bevel tot aanhouding tegen militaire rechtsonderhorigen te verlenen; dat, ingevolge de artikelen 35 en 36 van het Wetboek van Strafrechtspleging voor het Leger, die bevoegdheid aan de rechterlijke commissie toekomt; dat uit de parlementaire voorbereiding van de wet van 1899 blijkt dat de krijgsauditeur die de commissie voorziet, de jurisdictionele functie van een onderzoeksrechter uitoefent; dat hij in de uitoefening van die functie uiteraard onafhankelijk is;

Overwegende dat het Wetboek van Regtspleging bij de Landmagt echter het voorwerp is van een wet die vóór de Grondwet tot stand kwam; dat, mitsdien, moet worden nagegaan of die wet door artikel 138 van de Grondwet is opgeheven omdat ze met de bepalingen ervan strijdig zou zijn;

Overwegende dat uit artikel 105 van de Grondwet blijkt dat de grondwetgever van oordeel was dat hij de inrichting van de militaire gerechten aan de wetgever moest overlaten omdat de werking van die gerechten en de omstandigheden waarin ze functioneren verschilden van die van de gewone gerechten;

Overwegende dat, ten deze, uit de stukken van de rechtspleging blijkt dat de rechterlijke commissie, zonder voorafgaande vrijheidsberoving, zelf tot de aanhouding is overgegaan zodat de termijn bepaald in het derde lid van artikel 7 van de Grondwet ten deze geenszins werd geschonden;

Voor het overige:

Overwegende dat de wet van 20 april 1874 geen betrekking heeft op de voorlopige hechtenis in de militaire strafvordering, welke materie wordt geregeld door het Wetboek van Regtspleging bij de Landmagt van 20 juli 1814 en door de twee titels van het Wetboek van Strafrechtspleging voor het Leger, ingevoerd bij de wetten van 15 juni 1899;

Overwegende dat het arrest oordeelt: «dat de krijgsraad terecht beslist heeft dat hij slechts bevoegd was om de wettelijkheid van de aanhouding van beklaagde te onderzoeken zonder te kunnen beslissen over de opportuniteit van de voorlopige hechtenis; dat de beslissingen van de rechterlijke commissie inderdaad niet vatbaar zijn voor verhaal; dat uit geen enkel element van het dossier blijkt dat de gevangenhouding onrechtmatig zou zijn»;

Overwegende dat het arrest aldus te kennen geeft dat de van zijn vrijheid beroofde verdachte weliswaar het recht heeft voorziening te vragen bij de krijgsraad opdat deze op korte termijn beslist over de wettigheid van zijn gevangenhouding en zijn invrijheidstelling beveelt indien de gevangenhouding onwettig is, maar dat zulks niet betekent dat de verdachte tegen het bevel tot aanhouding een rechtsmiddel heeft dat ten gevolge zou hebben dat de krijgsraad zich in de plaats van de rechterlijke commissie moet stellen om opnieuw in feite en in rechte te beslissen of de omstandigheden al dan niet vorderen dat de verdachte in arrest wordt gesteld;

Overwegende dat noch het wetboek van 1814 noch dat

van 1899 aan de aangehouden verdachte de mogelijkheid geven tegen een bevel tot aanhouding in beroep te komen bij de krijgsraad opdat deze opnieuw over de opportuniteit van de aanhouding beslist;

Overwegende dat het arrest geen vaststellingen bevat betreffende een vorig bevel waarvan in het vierde middel melding wordt gemaakt; dat het onderzoek van het middel het Hof zou verplichten tot een onderzoek van feitelijke gegevens waarvoor het niet bevoegd is;

Overwegende dat de motivering die in het vijfde middel wordt aangehaald en die ook in het arrest wordt weergegeven, moet voldoen aan het voor de rechterlijke commissie bij het verlenen van een bevel tot aanhouding gestelde vereiste; dat eiser niet preciseert in welk opzicht de beslissing van 8 april 1982 aan de motiveringsplicht te kort komt;

Overwegende dat uit de bewoordingen van het bevel van 2 april 1982 niet blijkt dat de strekking ervan was eiser af te zonderen van elk contact met mensen van de buitenwereld, zijn raadsman inbegrepen;

Overwegende dat eiser er ten onrechte van uitgaat dat het bevel van 2 april 1982 binnen vijf dagen aan de rechterlijke commissie moest worden voorgelegd; dat hij voorts niet preciseert na welk verhoor de rechterlijke commissie in gebreke gebleven zou zijn artikel 55 van het wetboek van 1814 toe te passen;

Dat de middelen niet kunnen worden aangenomen;
(...)

NOOT: Zie in dit nummer het artikel van Paul Lemmens, «De voorlopige hechtenis van militairen».

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER — 19 APRIL 1982

Voorzitter: de h. Meeüs

Raadsheer-rapporteur: de h. Mahillon

Advocaat-generaal: de h. Duchatelet

Advocaten: mrs. Simont en Houtekier

Ziekte- en invaliditeitsverzekering — Samenloop van dekkingen — Verbod van cumulatie — Dekking door buitenlandse wetgeving — Invaliditeit — Gedekte schade — Begrip.

Het verbod tot cumulatie van uitkeringen bij samenlopende dekkingen betreft ook de dekking door een buitenlandse wetgeving.

Inzake invaliditeit betreft de gedekte schade niet het loonverlies maar de vermindering van het vermogen tot verdienen bedoeld in de Z.I.V.-wet.

Z.I.V.-prestaties en een Italiaans invaliditeitspensioen, uitgekeerd voor een invaliditeit veroorzaakt door dezelfde aandoeningen, mogen niet worden gecumuleerd.

R. t/ R.I.Z.I.V.

Gelet op het bestreden arrest, op 26 februari 1981 door het Arbeidshof te Brussel gewezen;

(...)

Overwegende dat, volgens artikel 70, § 2, van de wet van 9 augustus 1963, in de ten deze toepasselijke tekst, de in deze wet bedoelde prestaties slechts werden toegekend onder de door de Koning te bepalen voorwaarden als de schade waarvoor om die prestaties wordt verzocht, door het gemene recht of door een andere wetgeving is gedekt;

Dat laatstgenoemde, in algemene bewoordingen gestelde uitdrukking, de vreemde wetgevingen niet uitsluit;

Dat, overeenkomstig vorenvermelde bepaling, artikel 241, § 1, 1°, van het koninklijk besluit van 4 november 1963 tot uitvoering van de wet van 9 augustus 1963 degene die om prestatie van de ziekte- en invaliditeitsverzekering verzoekt, zijn verzekeringsinstelling in de mogelijkheid moet stellen het in artikel 70, § 2, van de genoemde wet bedoelde recht uit te oefenen en haar moet meedelen dat de schade voor dat verzoek is gedaan, kan gedekt worden door het gemene recht of door een andere Belgische of buitenlandse wetgeving;

Dat het arrest, door te beslissen dat voornoemd artikel 70, § 2, het samengenielen belet van de Belgische prestaties wegens invaliditeit en een Italiaans invaliditeitspensioen, die bepaling niet schendt;

(...)

Overwegende dat de regel van voormeld artikel 70, § 2, betrekking heeft op het samengenielen van prestaties voor een zelfde schade; dat de gedekte schade inzake invaliditeit in de zin van die bepaling niet het loonverlies is maar de vermindering van het vermogen tot verdienen waarvan sprake in artikel 56 van de wet van 9 augustus 1963;

Overwegende dat het arrest vaststelt dat de Italiaanse wetgeving het toekennen van een invaliditeitspensioen doet afhangen van een blijvende vermindering van dat vermogen ten gevolge van een fysiek of mentaal tekort, dat het dezelfde aandoeningen zijn die, ten deze, het recht op vergoeding volgens de beide wetgevingen, Belgische en Italiaanse, hebben doen ontstaan, en dat de door de ene en de andere gedekte schade identiek is;

Dat het arrest dus zonder schending van voornoemd artikel 70, § 2, heeft kunnen beslissen dat die bepaling het samengenielen belet van de Belgische prestaties wegens invaliditeit en de prestaties uitbetaald ingevolge een algemene regeling inzake invaliditeitsverzekering die in Italië toepasselijk is;

(...)

RAAD VAN STATE

4e KAMER — 3 AUGUSTUS 1982

Voorzitter: de h. Vermeulen

Kamervoorzitter: de h. Depondt

Staatsraad: de h. Suetens (rapporteur)

Auditeur: de hh. Borret (verslag) en Verhulst (advies)

Advocaat: mr. Matthys

Raad van State — Annulatieberoep — Administratieve beslissing — Termijn — Openbare orde.

Naar Belgisch recht bestaat geen algemeen beginsel dat de overheid verplicht in een bestuurshandeling aan te duiden

den welke de middelen van beroep zijn die tegen de beslissing openstaan. Ter zake is er evenmin enige specifieke wettelijke of verordenende bepaling die aan de homologatiecommissie oplegt in een weigeringsbeslissing aan te duiden dat die beslissing, zoals trouwens elke bestuurshandeling, met een beroep bij de Raad van State kan worden aangevochten.

De regels die betrekking hebben op de termijn waarbinnen een beroep bij de Raad van State kan worden ingesteld, zijn van openbare orde. De rechter moet de handhaving van die regels van openbare orde verzekeren, ondanks het soms vast te stellen feit dat zichtbare, zelfs verschoonbare, onervarenheid van verzoekers tot gevolg kan hebben dat de weg naar de rechter niet tijdig gevonden wordt.

Arrest nr. 22.456

Vander S. t/ Homologatiecommissie minister van Onderwijs

Gezien het verzoekschrift dat Gérard Vander S. en Mariette L., «handelend en optredend in hun hoedanigheid van ouders» van Christophe Vander S., op 6 januari 1982 hebben ingediend om de vernietiging te vorderen van de beslissing van 16 april 1981 van de homologatiecommissie houdende weigering van homologatie van het op 28 juni 1980 door de Studieprefect van het Koninklijk Atheneum te Gent aan Christophe Vander S. uitgereikt getuigschrift van hoger secundair onderwijs;

Gelet op de beschikking van 26 januari 1982 tot inkorting van de termijnen voorzien voor de akten van de rechtspleging;

Over de gegevens van de zaak

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

1.1. Bij brieven van 8 november 1976 en 7 december 1976 vraagt de studieprefect van het Koninklijk Atheneum te Gent aan de minister van Nationale Opvoeding of de leerlingen binnen het kader van een studierichting van optie mogen veranderen gedurende de laatste twee jaar.

Uit de gegevens van het dossier blijkt dat in concreto het probleem werd gesteld voor leerlingen van de studierichting economische wetenschappen, die de cursus van 6 uur wiskunde volgden in het eerste determinatiejaar en wensten over te gaan naar de cursus van 4 uur wiskunde + 2 uur complementaire optie.

1.2. Op 7 december 1976 geeft de homologatiecommissie, geraadpleegd door bestuursdirecteur F. Van A., over de gestelde vraag een negatief advies.

Met een nota van 6 januari 1977 legt bestuursdirecteur Van A. de zaak voor aan de minister. Hij drukt de mening uit dat «om de latere homologatie van de getuigschriften voor hoger secundair onderwijs niet in het gedrang te brengen», met het standpunt van de commissie ingestemd zou moeten worden.

Op 15 maart 1977 beslist de minister van Nationale Opvoeding De Croo evenwel dat leerlingen binnen een studierichting toch van optie mogen veranderen. Die beslissing wordt met een brief van 30 maart 1977 aan de studieprefect van het Koninklijk Atheneum te Gent meegedeeld.

1.3. Op 27 juni 1980 bevestigt de studieprefect van het Koninklijk Atheneum te Gent, met een «voorlopig formu-

lier», dat Christophe Vander S. aan zij inrichting op 18 juni 1980 het getuigscrift van hoger secundair onderwijs heeft behaald in het algemeen onderwijs, onderverdeling «economische wetenschappen met 4 uur wiskunde», alsook dat hij op 27 juni 1980 het bekwaamheidsdiploma heeft behaald.

Op 29 juni 1980 wordt dan een «eindbeslissing» genomen. Nadat vastgesteld is dat Christophe Vander S. het zesde leerjaar in de studierichting economische wetenschappen, algemeen onderwijs type I, doorstromingsafdeling, met vrucht heeft beëindigd, wordt vastgesteld dat hij een getuigscrift van hoger secundair onderwijs en een bekwaamheidsdiploma (toelating tot het hoger onderwijs) heeft behaald.

1.4. Op 16 april 1981 deelt de eerste voorzitter van de homologatiecommissie aan Christophe Vander S. mee dat de homologatiecommissie beslist heeft: «de homologatie te weigeren van het U op 18 juni 1980 door de Heer Studieprefect van het Koninklijk Atheneum te Gent uitgereikt getuigscrift van hoger secundair onderwijs.»

Artikel 20, eerste lid, van het koninklijk besluit van 17 december 1976 tot regeling van de inrichting en van de werking van de Commissie voor homologatie bepaalt:

«Wanneer de homologatie geweigerd wordt, deelt de voorzitter onmiddellijk de reden van de weigering mede aan de houder en aan het inrichtingshoofd. Terzelfder tijd verstrekt hij alle nuttige gegevens over de door de examencommissie van de Staat ingerichte examens.»

Overeenkomstig deze bepaling, wordt de weigeringsbeslissing t.a.v. Christophe Vander S. in bedoelde brief van 16 april 1981 uitvoerig toegelicht.

Met name wordt de door de studieprefect van het Koninklijk Atheneum in een brief van 27 maart 1981 gemaakte verwijzing naar de onder punt 1.2 vermelde beslissing van de minister van Nationale Opvoeding van 15 maart 1977 als grondslag voor de toekenning van het getuigscrift van hoger secundair onderwijs met nadruk afgewezen:

«Die beslissing bindt de Commissie niet en evenmin het inrichtingshoofd, dat krachtens artikel 10, § 1, van de gecoördineerde wetten op het toekennen van de academische graden en het programma van de universitaire examens gewijzigd bij de wet van 31 juli 1975, verantwoordelijk is voor het naleven van de wettelijke en reglementaire voorschriften; des te minder daar, overeenkomstig artikel 5, § 3, van het koninklijk besluit van 30 juli 1976 de studierichting niet bepaald wordt door om het even welke willekeurige benaming, maar uitsluitend door het fundamenteel gedeelte van de vorming.

Uit de brief van het Departement blijkt dat het advies van de Commissie 1976-77 aan de Heer Minister negatief was.

Bij toepassing van de medegedeelde beslissing zou op het einde van het vijfde leerjaar ingericht in de derde graad, tegen artikelen 21, 3°, en 22, § 4, van het koninklijk besluit van 30 juli 1976 in, een voor wiskunde geclausuleerde titel kunnen worden uitgereikt, wat zou indruisen tegen artikel 5, § 3, van hetzelfde koninklijk besluit, tegen de principes zelf van het secundair onderwijs van het type I, observatie, oriëntatie, determinatie, waarvan alle ministeriële omzendbrieven de uitvoering zijn.»

Steeds overeenkomstig artikel 20 van het reeds vermelde koninklijk besluit van 17 december 1976, wordt in die brief

van 16 april 1981 bovendien gesteld:

«U kan titels behalen waaraan dezelfde rechten verbonden zijn als aan die gehomologeerde titels door te slagen voor de proeven georganiseerd door de Examencommissie van de Staat voor het hoger secundair onderwijs.

De nodige inlichtingen worden U op verzoek verstrekt door de Heer Secretaris van die Examencommissie, Moutstraat 24, 1000 Brussel.»

1.5. Bij brieven van 22 april 1981 en 27 mei 1981 verzoekt Gérard Vander S. om de tussenkomst van de minister «in een geschil, een procedurefout of een organisatiebrek misschien...».

1.6. Op 26 juni 1981 deelt de directeur-generaal Van A. aan de studieprefect mee dat door zijn diensten op 14 mei jl. een schrijven werd gericht aan de homologatiecommissie met verzoek haar beslissing te willen herzien en dat de eerste voorzitter hem meedeelt dat de commissie niet kan beslissen over te gaan tot een nieuw onderzoek. Hij eindigt dan als volgt:

«Derhalve kan betrokkene uitsluitend de titels behalen waaraan dezelfde rechten verbonden zijn als aan gehomologeerde titels door te slagen voor de proeven georganiseerd door de Examencommissie van de Staat voor het hoger secundair onderwijs.»

1.7. Op 14 augustus 1981 schrijft Christophe Vander S. zich in voor de tweede zitting van de examencommissie van de Staat voor het hoger secundair onderwijs, speciërend dat hij de studierichting «economie + 4 uur wiskunde» kiest.

1.8. Met een brief van 11 december 1981 vraagt Gérard Vander S., onder verwijzing naar een telefonisch onderhoud, aan de secretaris van evengenoemde commissie hem de uitslag alsmede het proces-verbaal van het examen te laten worden «ten einde mijn dossier volledig in orde te stellen».

1.9. Op 22 december 1981 ontvangt hij een op 25 november 1981 gedateerd antwoord. Het geeft als «betreft» aan: «attest vier vakken». Onder verwijzing naar de desbetreffende reglementaire bepaling, deelt het mee, niet of verzoeker geslaagd is dan wel niet geslaagd, maar dat hij voor 4 vakken vrijgesteld is van een nieuwe ondervraging.

T.a.v. de rechtspleging

2. Overwegende dat de minister van Onderwijs ter zake geen deel heeft gehad aan de bestreden beslissing, zodat hij buiten de zaak dient te worden gesteld.

T.a.v. de ontvankelijkheid van het beroep

3.1. Overwegende dat verwerende partij als exceptie van niet-ontvankelijkheid aanvoert dat het beroep buiten de termijn is ingesteld;

3.2. Overwegende dat niet wordt betwist dat de bestreden beslissing overeenkomstig artikel 20 van het koninklijk besluit van 17 december 1976 tot regeling van de inrichting en van de werking van de Commissie voor homologatie, met de reden van de weigering en de nuttige gegevens over de door de examencommissie van de Staat ingerichte examens, op 16 april 1981 aan verzoekers werd betekend; dat het onderhavige beroep slechts op 6 januari 1982 werd ingesteld, dit is ruim buiten de door het procedurereglement gestelde termijn van zestig dagen;

3.3. Overwegende dat verzoekers evenwel aanvoeren dat zij «ingevolge de concrete situatie waarin zij zich bevonden — onder meer beïnvloed door de diverse inlichtingen die zij van verschillende instanties in antwoord op hun vragen kwamen —» «tot de stellige overtuiging» waren gekomen «dat de Centrale Examencommissie de enige mogelijkheid was om een oplossing te bekomen» en dan ook «in de absolute onmogelijkheid verkeerden om een annulatieberoep in te stellen, en dit tot op het ogenblik waarop zij tot het besef kwamen dat de hen verstrekte inlichtingen onvolledig, incorrect en tevens misleidend waren, ogenblik dat kan worden bepaald ten vroegste op de datum der kennisname van de brief van 25 november 1981, met name 22 december 1981».

3.4. Overwegende dat naar Belgisch recht geen algemeen beginsel bestaat dat de overheid verplicht in een bestuurs-handeling aan te duiden welke de middelen van hoger beroep of verhaal zijn die tegen die beslissing openstaan; dat weliswaar op 28 september 1977 het Comité van Ministers van de Raad van Europa in de resolutie (77)31«op de bescherming van het individu t.a.v. bestuurshandelingen» heeft aanbevolen dat de Lid-Statens — en dus ook België — dit beginsel in hun wetgeving zouden invoeren; dat een dergelijke resolutie evenwel geen directe werking heeft in de nationale rechtsorde, en evenmin in zijn algemeenheid uitgewerkt werd in de Belgische wetgeving; dat evenmin enige specifieke wettelijke of verordenende bepaling aan de homologatiecommissie oplegt in een weigeringsbeslissing aan te duiden dat die beslissing, zoals trouwens elke bestuurs-handeling, met een beroep bij de Raad van State kan worden aangevochten;

3.5. Overwegende dat de brief van 16 april 1981, waarin de bestreden beslissing vervat is, volkomen conform is aan de vereisten gesteld door artikel 20 van het reeds vermeld koninklijk besluit van 17 december 1976, enerzijds, en geen enkel misleidend gegeven inhoudt, anderzijds;

Overwegende dat niet blijkt uit de gegevens van het dossier dat verzoekers enig verzoek tot herziening van de weigeringsbeslissing hebben gericht tot de homologatiecommissie, die bevoegd is om binnen de beroepstermijn van zestig dagen na de betekening, een beslissing in te trekken en te herzien, het weze dan dat ze dat enkel kan op rechtmatigheidsgronden of op grond van materiële vergissingen;

3.7. Overwegende dat verzoekers zich wel tot de minister hebben gewend; dat de minister evenwel niet bevoegd is om de beslissing van een homologatiecommissie op eigen gezag te herzien;

3.8. Overwegende dat wanneer verzoekers in het onderhavige geval inlichtingen nopens de bestreden weigeringsbeslissing zijn gaan zoeken, die brieven naar en van instanties vreemd aan de homologatiecommissie alleszins verzoekers niet hebben geplaatst — zoals zij voorhouden — «in een overmachtsituatie» die van die aard was, dat het hen niet mogelijk zou zijn geweest, het onderhavige annulatieberoep binnen de door het procedurereglement gestelde termijn in te stellen;

3.9. Overwegende dat de regels die de voorwaarden bepalen waarin een beroep bij de Raad van State kan worden ingesteld, geacht worden van openbare orde te zijn; dat meer bepaald van openbare orde zijn de voorschriften die betrekking hebben op de beroepstermijn omdat efficiënt bestuur een openbaar belang is, en efficiënt bestuur onbe-

staanbaar is met de mogelijkheid om zonder beperking in de tijd de gelding van bestuurshandelingen te betwisten; dat de rechter de handhaving van die regels van openbare orde moet verzekeren, ondanks het soms vast te stellen feit dat zichtbare, zelfs verschoonbare, onervarenheid van verzoekers tot gevolg kan hebben dat de weg naar de rechter niet tijdig gevonden wordt; dat het beroep niet ontvankelijk is,

Besluit

Artikel 1.

Het beroep wordt verworpen.

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

4e KAMER — 16 JUNI 1982

Voorzitter: de h. Blockx

Raadsheren: de hh. Verschuere en Vandeplas

Advocaten: mrs. Huybrechts loco Machiels en Bosmans loco Tricot

Zeevervoer — Art. 91 Zeewet — Beding free out — Aansprakelijkheid van de zeevervoerder en van de stuwadoordoor — Vordering tegen stuwadoordoor — Verjaring.

Krachtens art. 91 Zeewet blijft de zeevervoerder aansprakelijk tegenover de derde cognossementhouder voor averijten gevolge van onzorgvuldige lossingsverrichtingen, ondanks een beding in de bevrachtingsovereenkomst dat de koopwaar door de ontvanger zal worden gelost.

De stuwadoordoor blijft echter tegenover zijn opdrachtgever, die ingevolge een «free-out»-clausule als derde cognossementhouder gehouden is de goederen aan boord van het zeeschip in het ruim te ontvangen, mede aansprakelijk voor de zorgvuldige uitvoering van de hem opgedragen lossingsverrichtingen.

De vordering van de cognossementhouder tegen de stuwadoordoor is niet aan de door de Zeewet bepaalde verjaringstermijnen onderworpen.

N.V. S. t/ Maatschappij naar Nederlands recht D. e.a.

Overwegende dat de doelstellingen van partijen op volledige wijze door de eerste rechter (Kh. Antwerpen, 10 juni 1980) werden toegelicht en het hof hiernaar verwijst;

Overwegende dat, luidens artikel 91, A, § III, 2°, van de Zeewet, de vervoerder gehouden is zorg te dragen voor de behoorlijke en zorgvuldige lossing van de door hem vervoerde goederen; dat, luidens § III, 8°, van hetzelfde artikel, iedere clausule, beding of overeenkomst in een vervoerovereenkomst waardoor de vervoerder of het schip wordt ontheven van aansprakelijkheid voor verlies of beschadiging van of met betrekking tot goederen voortvloeiende uit nalatigheid, schuld of tekortkoming in het voldoen aan de verplichtingen en het nakomen der verbintenissen voorzien in § III of waardoor deze aansprakelijkheid mocht worden verminderd op andere wijzen dan in artikel 91 is bepaald, van nul en gener waarde is en generlei effect

ten zal sorteren; dat hieruit volgt dat de zeevervoerder aansprakelijk blijft tegenover de derde cognossementhouder voor averij ten gevolge van onzorgvuldige lossingsverrichtingen, ondanks een beding in de bevrachtingsovereenkomst dat de koopwaar door de ontvanger zal gelost worden;

Overwegende dat anderzijds de stuwadoor tegenover zijn opdrachtgever, die ingevolge een bedongen free-out clause als derde cognossementhouder gehouden is de goederen aan boord van het zeeschip in het ruim te ontvangen, van zijn kant mede aansprakelijk blijft voor de zorgvuldige uitvoering van de hem opgedragen lossingsverrichtingen;

Overwegende dat appellante niet betwist dat de in de cognossementen nrs. 1, 2, 3 en 4 omschreven partijen rijst bij regenweer ex ss. «Berdjansk» te Antwerpen in de lichters overgeslagen werden zodat er een contradictoir vastgestelde schade, begroot op 7.549 kg tegen 215,00 US\$ per ton, of 1.623 \$ in totaal, ontstaan is;

Overwegende dat appellante alsdan tegenover de N.V. N., draagster van de cognossementen, die haar met de lossingsverrichtingen belast had, een contractuele fout beging; dat zij ten deze geenszins als een agent van de zeevervoerder optrad doch als medecontractant van de goederenbelanghebbende; dat de vordering van de verzekeraars, die in de rechten van de N.V. N. gesubrogeerd zijn, derhalve niet aan de door de Zeewet bepaalde verjaringstermijnen onderworpen is;

Overwegende dat de eerste rechter terecht de omrekening van het schadebedrag in Belgische munt tegen de koers op het ogenblik van de aflevering bepaald heeft;

(...)

BURGERLIJKE RECHTBANK TE OUDENAARDE

1e KAMER — 29 JUNI 1982

Voorzitter: de h. Vermeiren

Rechters: de hh. Mys en De Smedt

Internationaal privaatrecht — Huwelijksvermogensstelsel — Wijziging — Echtgenoten van Engelse nationaliteit.

Als een Engelsman zonder voorafgaand huwelijkscontract gehuwd is met een Belgische die door het huwelijk Engelse is geworden, wordt hun huwelijksgoederenstelsel beheerst door de rechtsregels, waaronder de verwijzingsregels van i.p.r. van de Engelse wet.

Voor een wijziging van het stelsel is, nu de akte in België verleden is, de Belgische wet toepasselijk wat de vorm- en procedurevoorwaarden betreft.

Wanneer Engelse echtgenoten een vast verblijf buiten het Verenigd Koninkrijk hebben, is het i.p.r. van het land waar zij gedomicilieerd zijn, toepasselijk. Bij ontstentenis van voorafgaand huwelijkscontract volgt het regime van hun goederen, wat het roerend vermogen betreft, het recht van het domicilie en, wat de onroerende goederen betreft, het recht dat toepasselijk is waar die goederen gelegen zijn.

K. en V.

Gezien het vorenstaand verzoekschrift, opgemaakt in de nederlandse taal, overeenkomstig de artikelen 2 en 9 van de wet van 15 juni 1935, en de akte verleden voor mr. X., notaris ter standplaats R., van 8 maart 1982, waarbij de verzoekers een wijziging bedingen van hun huwelijksstelsel.

Verzoekers zijn beiden van Engelse nationaliteit, de eerste verzoeker heeft die nationaliteit door geboorte, de tweede door haar huwelijk met een Engelse onderdaan verworven.

De rechtbank moet zelfs ambtshalve, onderzoeken welke wetgeving — de Engelse of de Belgische — ter zake toe te passen is.

Het lijkt geen twijfel dat het huwelijksgoederenstelsel van echtgenoten, die, zoals ter zake, zonder voorafgaand huwelijkscontract gehuwd zijn, zo innig met het huwelijk en met de gevolgen van het huwelijk verbonden is, dat het ten gronde moet worden beheerst door de rechtsregels van hun gemeenschappelijk persoonlijk statuut, met name volgens de Engelse wet (zie Cass., 10 april 1980, *R.C.J.B.*, 1981, 309, met kritische studie Fr. Rigaux; ook Rb. Oudenaarde, 24 januari 1980, onuitgegeven; Rigaux, *Régimes matrimoniaux*, nr. 365, blz. 251).

Ook de verwijzingsregels van het Engels internationaal privaatrecht moeten ter zake toegepast worden.

Aangezien de akte in België verleden werd, is de Belgische wet toepasselijk wat de vorm- en procedurevoorwaarden betreft.

De onderworpen akte is, naar de vorm, regelmatig; hetzelfde geldt wat de procedure tot homologatie betreft.

De beide verzoekers zijn in België gedomicilieerd. Nu zijn de verwijzingsregels van het Engels internationaal privaatrecht, wat betreft zowel het persoonlijk statuut als wat de goederen betreft, aldus vastgelegd dat, wanneer de echtgenoten buiten het Verenigd Koninkrijk een vast verblijf hebben, het internationaal privaatrecht van het land waar zij gedomicilieerd zijn, toepasselijk is (Rigaux, *Droit international privé*, I, nr. 365, blz. 290).

Ook kent het Engels recht geen eigen regels voor het huwelijksgoederenrecht van echtgenoten die zonder voorafgaand huwelijkscontract gehuwd zijn; het regime van hun goederen volgt, wat het roerend vermogen betreft, het recht van het domicilie en, wat de onroerende goederen betreft, het recht dat toepasselijk is waar die goederen gelegen zijn (Dicey à Morris, *The Conflict of Laws*, uitg. Stevens and Sons, rule 117, blz. 644).

De akte waarvan homologatie wordt gevorderd, en die alleen een beding van verdeling van de gemeenschap in het huwelijksvermogensstelsel invoert, kan bijgevolg zonder schending van zowel het Belgisch als het Engels internationaal privaatrecht, worden gehomologeerd.

(...)

NOOT—Huwelijksvermogensrecht, de nationaliteit en de terugwijziging

Het bovenstaande vonnis is interessant om diverse redenen.

Het bevestigt de regel dat voor het huwelijksvermogen naar de wet van de gezamenlijke nationaliteit van de echtgenoten moet worden gekeken. Het Hof van Cassatie had die regel nog op 10 april 1980 geformuleerd (zie o.m. *R.W.*, 1980-81, 918, met noot J. Erauw), wijzend op de

nauwe samenhang van een en ander met het personeel statuut dat de andere huwelijksverplichtingen beheerst. In het Oudenaards vonnis betreft het ook weer een huwelijk waarin de vrouw de nationaliteit van haar man verkreeg door en naar aanleiding van het huwelijk. Nu was het een Belgische vrouw die de Britse nationaliteit had gekregen. Doordat die heden gehuldigde verwijzingsregel ook gold op het tijdstip van de huwelijksluiting ontstond geen conflict in de tijd.

Op het punt van de nationaliteit van de vrouw lijkt geen onderzoek te zijn gedaan. Het is ook niet gemakkelijk. Uit de Engelse wetten, daterend van 1870 en 1914 werd de toestand van de gehuwde vrouw niet erg duidelijk. Volgens de common law veranderde het huwelijk niet de nationaliteit van de vrouw, maar niettemin werd niet betwist dat zij de rechten kreeg van een onderdaan («subject»). Onder dat regime trouwden de betrokkenen in 1945: de vrouw had dan de mogelijkheid om door registratie haar nationaliteit te wijzigen. Met de grote British Nationality Act van 1948 werd het principe weer benadrukt dat het huwelijk het «citizenship» niet beïnvloedt. In de overgangsregels werd echter gul met die Britse nationaliteit omgesprongen. Voor de onderhavige zaak mag worden aangenomen dat de vrouw met ingang van 1949 de Engelse nationaliteit kreeg, gebaseerd op haar huwelijk met de Engelsman (zie C. Parry, *Nationality and Citizenship Laws of the Commonwealth and of the Republic of Ireland*, Londen, 1957, 71, 79, 259, 267 en 300). Ondertussen is er een nieuwe wet in Engeland.

Ik merk dat alles maar op, omdat de vrijwillige of onvrijwillige *latere* (eventueel retroactieve) verkrijging van de nationaliteit, in het Belgisch i.p.r. belangrijk zal worden als we twee verwijzingsregels gaan hebben afhankelijk van uninationaleiteit of gemengde nationaliteit binnen het huwelijk. Vroeger was er één regel: de wet van de man. Indien, concreet beschouwd, een paar jaar lang, na 1945, een gemengd huwelijk bestond, dan moest inderdaad, volgens het Belgisch i.p.r. van toen, toch nog altijd het Engels huwelijksvermogensrecht toegepast worden. Concreet verandert dat de beslissing niet ... inderdaad niet, als men i.v.m. het ondertussen gewijzigd Belgisch i.p.r. aanneemt dat de regel geldig op de dag van het huwelijk zou blijven gelden.

De rechtbank stipt in het besproken vonnis verder ook aan, dat het haar plicht is om zonedig ambtshalve de Belgische verwijzingsregels in toepassing te brengen.

Ter discussie stond de vraag of de rechtbank de homologatie mocht toestaan van een Belgische notariële akte, waarbij de partijen een wijziging van hun huwelijksstelsel bedongen: ze wensten nl. de invoering van een verblijvingsbeding van het gemeenschappelijk vermogen aan de langstlevende echtgenoot. Dat kon, indien de betrokkenen onder het Belgisch gemeenrechtelijk stelsel van gemeen recht vielen (er was geen contract), maar dat kon niet, indien het Engelse «stelsel» gold, d.w.z. indien, bij afwezigheid van iedere regeling dienaangaande in dat recht, er een volkomen scheiding van de vermogens was. Of er vanuit het oogpunt van het Engelse recht geen mogelijkheden waren, heb ook ik niet onderzocht.

Ook aan de regel voor de vormaspecten van de akte wordt in het vonnis herinnerd en daarbij wordt terecht gedetailleerd, dat de procedurevoorwaarden die van het Belgisch recht moeten zijn. De homologatie zelf echter ligt zowel in de sfeer van de machtiging van de partijen — een personeel aspect — als in die van de bescherming van der-

den en van het verzorgen van een formele omkadering gericht op de publiciteit — die als territoriale aspecten worden beschouwd (voor een bespreking van de vragen rond art. 1395 B.W. zie M. Verwilghen, «D.i.p.», in *Cinq années d'application de la réforme des régimes matrimoniaux*, Brussel en Louvain-la-Neuve, 1982, 381 e.v.).

De rechtbank beslist de «procedure tot homologatie» zonder meer aan de Belgische wet te onderwerpen. 1) Niemand zou betwisten dat de absolute bevoegdheid van de rechtbanken in die zaken volgens de proceduriële *lex fori* wordt toebedeeld. 2) Over de grondvraag naar de rechterlijke bemoeiing — de vraag of iedere wijziging van stelsel een homologatie noodzaakt — schijnt ook in positieve zin te zijn beslist, volgens het Belgische recht. Dat is simpel en goed, meen ik (zie ook Hof Brussel, 20 juni 1978, *Pas.*, 1978, III, 103; *T. Not.*, 1978, 268, en *R.G.E.N.*, 1978).

Aan de vragen naar vorm en homologatie van de akte ging eigenlijk de vraag vooraf, of de echtgenoten überhaupt wel mochten hun vermogensstelsel wijzigen staande het huwelijk. Daarover beslist de toepasselijke landswet, de *lex causae*. Daarom ook wou de rechtbank ambtshalve die wet zoeken (men heeft er in de literatuur al op gewezen, dat, in geval van een wijziging in de aanknopingspunten, de nieuwe aanknopung uitzonderlijk dit aspect van de veranderbaarheid zou mogen bepalen). De rechtbank heeft dus de *lex patriae communis* aangeduid als de toepasselijke wet.

Het was goed voor de partijen dat dan, correct, naar het Engels internationaal privaatrecht gekeken werd, op zoek naar een eventuele terugwijzing. De *renvoi au premier degré* wordt inderdaad aanvaard in deze materie.

De rechtbank heeft aangenomen dat het Engelse i.p.r. stelt, dat, volgens de omstandigheden van het onderzochte geval, Belgisch recht zou moeten worden toegepast. Onze rechters hebben dus kunnen oordelen volgens het Belgische gemene huwelijksvermogensrecht. De wijziging kon gehomologeerd worden.

Nu de sensibeleit bestaat voor de vragen naar de werking in de tijd van het verwijzingsrecht inzake de huwelijksvermogens (ook in de ons omringende landen let men op: precies omdat het gaat om het geven van een vast goederenregime — veranderbaar onder strikte voorwaarden — dat gefixeerd wordt op het tijdstip van de huwelijksluiting; een latere wijziging van nationaliteit of woonplaats heeft zelden invloed) mag ik toch wellicht opwerpen dat het juist ware geweest, mocht men hebben nagekeken of het Engelse i.p.r. van 1945 de *renvoi* inhield (een uitgave van 1973 wordt geciteerd). Dat is een werkje dat veel eenvoudiger is dan het uitmaken van de nationaliteitsvraag.

Het Engels verwijzingsrecht van 1945 — dat hetzelfde is als dat van heden — doet echter wel een paar complicaties ontstaan (zie A.V. Dicey en A. Berriedale Keith, *The Conflict of Laws*, 5e uitgave, Londen, 1932, 764; Cheshire, *Private international law*, 2e uitgave, Oxford, 1918, 492; M. Wolff, *Private international law*, 1e uitgave, Oxford, 1945, 364; R.H. Graveson, *The conflict of laws*, 1e uitgave, Londen, 1948, 208). Er wordt een dubbele regel gehanteerd, zoals wij dat doen voor de internationale erfenissen: voor roerend goed wordt de wet van het actuele huwelijksdomicilie (dat van de man) toegepast; voor onroerend goed wordt de wet van de ligging toegepast. De rechtbank heeft die regel weergegeven en heeft waarschijnlijk in het dossier

geen aanleiding gevonden om eventueel een deel van de onroerende goederen buiten het werkveld van het wijzigingsbeding te houden.

J. Erauw
R.U.G.

RECHTBANK VAN KOOPHANDEL TE BRUSSEL

KORT GEDING — 8 DECEMBER 1981

Voorzitter: de h. Duplat

Advocaten: mrs. Neels en Van Bunnan

1. Burgerlijke rechtspleging — Kort geding — Urgentie — Voorziening bij voorraad — Aanstelling van sekwester — 2. Bezit — Vereisten — 3. Onrechtmatige daad — Desbewuste deelname aan contractbreuk — Fout.

1. De twee fundamentele vereisten van het kort geding zijn de onverwijlde spoed en de voorziening bij voorraad.

Er is urgentie wanneer de vordering ertoe strekt te beletten dat de schade toeneemt tijdens het hoofdgeding.

Het is de rechter in kort geding niet verboden primair te onderzoeken of er een «fumus boni iuris» is. Hij kan een bevel opleggen dat in de lijn ligt van de vermoedelijke rechten van partijen. Fataal moet hij daarbij de grond van de zaak raken. Het enige wat hem ten stelligste verboden is, is dat hij zich in zijn dictum uitspreekt over de rechtspositie van partijen, nu de rechter over het bodemgeschil in geen enkel opzicht gehouden is door wat de rechter in kort geding beslist heeft.

Aanstelling van een gerechtelijk sekwester met machtiging tot inbewaarneming en medeneming van een microfiche-bestand.

2. Opdat men juridisch van bezit kan spreken, is vereist dat het bezit bestaat in het feitelijk in de macht hebben van een zaak «animo domini», dat het bezit deugdelijk is en dat de bezitter te goeder trouw is (art. 2279 B.W.).

3. Een derde begaat een fout, wanneer hij desbewust deelneemt aan contractbreuk, d.i. wanneer hij weet dat een overeenkomst bestaat en ook weet dat de handeling waaraan hij deelneemt een contractbreuk uitmaakt.

B.V. C. t/ N.V. S.

Gelet op (...) onze beschikking van 25 november 1981, gewezen met toepassing van artikel 584, derde lid, van het Gerechtelijk Wetboek, waarbij, voor een tijdsspanne van een maand, een gerechtelijk sekwester werd aangesteld om het microfiche-leesapparaat Minox, type 37520, nr. 18328, en ook de gehele map met de volledige inhoud aan microfiches, in bewaring te nemen, te onttrekken aan de gebruiksmogelijkheden door de N.V. S., door deze buiten haar lokalen in bewaring te brengen, en dit, waar dit apparaat en dit microfichebestand zich ook mogen bevinden (...),

A. Voorwerp van de dagvaarding in kort geding

Overwegende dat de dagvaarding ertoe strekt *enerzijds* te horen en zien bevelen dat de reeds opgelegde maatregel van

aanstelling van een gerechtelijk sekwester, met machtiging van inbewaarneming en medeneming van het leesapparaat M. en het microfichebestand, gehandhaaft blijft tot op het ogenblik dat hierover ten gronde uitspraak is gedaan in kracht van gewijsde, volgens de beschikking op verzoekschrift door ons gegeven, en *anderzijds*, verweerster verbod te horen en te zien opleggen om enig exemplaar, oud of nieuw, origineel of gekopieerd, of anderszins, van het hierboven beschreven microfichebestand van eiseres te hebben, te bekomen, te gebruiken of te bemachtigen, in haar winkelruimte (...) of in welke ruimte ook; eiseres vraagt voorts dat onze beschikking uitvoerbaar zou worden verklaard bij voorraad niettegenstaande elk rechtsmiddel, met uitsluiting van kantonnement en ten slotte, buiten de veroordeling van verweerster tot alle kosten, dat ook aan deze laatste een dwangsom zou worden opgelegd van BF 500.000, te verbeuren ten gunste van eiseres, per overtreding van de te geven beschikking, ingaand op de dag van haar betekening;

B. Stelling van verweerster

Overwegende dat verweerster *enerzijds*, bij conclusie, met toepassing van de artt. 1033 en 1125 Ger. W. verzet aantekent tegen de maatregel van sekwester uitgesproken op 25 november 1981 en ons verzoekt: 1) haar akte ervan te geven dat ze aanbiedt, een som van 50.000 frank in consignatie te geven, voor een bedrag gelijk aan de sommen die van haar zouden kunnen worden geëist als «royalty» voor het gebruik van het betwiste microfichebestand tijdens twee jaren, 2) tegen consignatie van deze som, de teruggave door de aangestelde bewaarder van alle door hem meegenomen microfiches en die verweerster van een derde verkregen heeft, te bevelen,

en *anderzijds*, aanvoert dat de ingestelde hoofdeis ongegrond is, niet alleen omdat zij, conform artikel 2279 van het Burgerlijk Wetboek bezitster te goeder trouw is van de litigieuze microfiches, doch ook omdat eiseres misbruik zou maken van haar dominerende positie op de Nederlandstalige boekenmarkt, zowel in Nederland als in Nederlandstalig België, en derhalve inbreuk zou plegen op artikel 86 van het E.E.G. verdrag;

C. Wat de feiten betreft

1) Overwegende dat eiseres, besloten vennootschap naar Nederlands recht, op 28 mei 1973 werd opgericht.

Haar maatschappelijk kapitaal bedraagt 8.000.000 gulden waarvan 2.700.000 gulden geplaatst en gestort.

Artikel 2, lid 1, van haar statuten, voor het laatst gewijzigd op 22 april 1976, bepaalt dat de B.V. ten doel heeft om «mede in het algemeen belang, ten dienste van de handel te fungeren als opslag, distributie- en administratief centrum voor binnen- en buitenlandse boeken, tijdschriften en andere, al dan niet door middel van de drukpers vervaardigde, tot overdracht van informatie dienende artikelen, en het verrichten van alle nevenfuncties die dit doel direct of indirect bevorderen».

Artikel 2, lid 2, zegt nader dat de B.V. dit doel «tracht te bereiken door ten dienste van de leden van de rechtspersoonlijkheid bezittende vereniging Koninklijke Nederlandse Uitgeversbond (K.N.U.), gevestigd te Amsterdam en de rechtspersoonlijkheid bezittende vereniging Nederlandse Boekverkopersbond (N.B.) gevestigd te 's-Gravenhage: a)

in een afdeling, genaamd Centraal Depot, de in het eerste lid bedoelde artikelen in zo groot mogelijke verscheidenheid ter aflevering naar de aard in een groot dan wel in een klein aantal exemplaren, in voorraad te houden, b) in een afdeling, genaamd Vervoerscentrale, de in het eerste lid bedoelde artikelen te groeperen en te vervoeren, c) in een afdeling, genaamd Rekencentrum, een geautomatiseerde administratie in stand te houden, zomede door alle andere wettelijk geoorloofde middelen.

Zeër belangrijk is ook artikel 2, lid 3, van de statuten, waarvan met geen woord werd gerept in de dagvaarding, dat preciseert dat de B.V., tegen nader vast te stellen tarieven, a) de diensten van het in het tweede lid sub a bedoelde afdeling mede ter beschikking *kan* stellen van hen, die, zonder lid te zijn van de in het tweede lid bedoelde vereniging (te weten K.N.U. of N.B.), haar algemene normen bekend staan en aan het maatschappelijk verkeer deelnemen als handelaar in of uitgever van de in het eerste lid bedoelde artikelen, b) de diensten van de afdelingen vervoerscentrale en rekencentrum ter beschikking *kan* stellen van degenen als bedoeld onder a *alsmede, andere daartoe naar haar oordeel in aanmerking komende derden*.

2) Overwegende dat eiseres in het raam van de diensten die zij ter beschikking stelt *zowel van de leden van de verenigingen K.N.U. en N.B. als van niet-leden van deze verenigingen*, een systeem heeft ontwikkeld onder de naam boekdata-microfiche waarmee men zich snel en volledig inlichtingen omtrent het gehele titelassortiment van eiseres alsmede het Nederlandstalig International Standard Book Number (I.S.B.N.) en de eventueel buitenlandstalige I.S.B.N.-bestanden kan verschaffen;

Overwegende dat dit systeem evidente voordelen biedt t.o.v. de semestriële catalogi met het gehele titelassortiment van eiseres, die zij, naast dat nieuwe systeem, aan de belanghebbenden op hun vraag doet geworden;

Overwegende dat eiseres enerzijds de boekdata-microfiches en anderzijds een microfiche-leesapparaat van het type «minox-modell L», dat onder meer een identificatienummer bevat, ter beschikking stelt van haar gebruikers, zowel statutaire als contractuele, in het kader van een «overeenkomst betreffende het gebruik van boekdata-microfiches met leesapparatuur» die deze laatsten moeten onderschrijven;

Overwegende dat eiseres op onze zitting van 4 december 1981 mondeling nader heeft toegelicht dat er op dit ogenblik 529 soortgelijke overeenkomsten zijn ondertekend waarvan 30 met Nederlandstalige Belgische boekhandelaars, onder wie de Antwerpse vennootschap S. die tot de Belgische groep C. behoort.

De heer Van G., thans verantwoordelijke bij verweerster voor alles wat betrekking heeft op aankoop en verkoop van Nederlandstalige boeken, werkte voorheen als hoog kaderlid bij S. en kende dus het boekdata-microfiche bestand systeem zeer goed.

De 499 in Nederland ter beschikking gestelde modernere Minox Modell L. microfiche-leesapparaten zijn van gele kleur, terwijl de 30 in Nederlandstalig België geplaatste apparaten van een ouder type zijn en oranje gekleurd zijn.

3) Overwegende dat artikel 1 van de «overeenkomst betreffende het gebruik van boekdata-microfiches met leesapparatuur» onder meer bepaalt (lid 2) dat de aan de gebruikers toegezonden microfiches regelmatig worden bijge-

werkt en aan de gebruiker om de vijftien dagen worden toegezonden;

Artikel 2 bepaalt onder meer (lid 2) dat het *leesapparaat* (en niet, zoals eiseres verkeerd stelt in haar dagvaarding, ook de microfiches) in een welbepaald perceel moet worden geplaatst en daaruit niet zonder voorkennis en goedvinden van eiseres mag worden verwijderd.

Artikel 5 bepaalt, onder meer, dat zowel het leesapparaat als de microfiches eigendom blijven van eiseres en voorts dat het de «gebruiker niet toegestaan is derden daarvan gebruik te doen maken, noch om deze overeenkomst of het gebruik van microfiches en (of) het leesapparaat onder welke titel ook, al dan niet tegen betaling, blijvend of tijdelijk, geheel of gedeeltelijk aan derden over te dragen of anderszins af te staan dan wel te hunnen behoeve aan te wenden».

Voorts bepaalt artikel 6 dat het auteursrecht voorbehouden blijft aan eiseres.

«Niets van hetgeen aan de gebruiker in het kader van deze overeenkomst ter beschikking wordt gesteld mag», gaat artikel 6 voort, «openbaar worden gemaakt en (of) vermenigvuldigd worden door middel van druk, fotokopie, microfilm of op welke andere wijze dan ook noch ook worden verwerkt in enig ander opslagsysteem zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van eiseres».

4) Overwegende dat verweerster, de N.V. S., waarvan 60 % van het maatschappelijk kapitaal in handen is van de N.V. G. en 40 % in handen van de Franse vennootschap F., op 5 november 1981 te Brussel in het winkelcentrum C. een zeer belangrijke discountzaak opende waar ook, onder meer, Nederlandstalige boeken worden verkocht.

Overwegende dat verweerster de door eiseres op 5 en 6 november 1981 gedane vaststellingen niet betwist;

Dat o.m. vaststaat dat er zich op die dagen in de afdeling Nederlandstalige boeken van het F.-warenhuis geëxploiteerd door de N.V. C., een microfiche-leesapparaat «Minox Modell L» bevond, met het kennummer 18.328 alsmede een hele reeks microfiches;

Overwegende dat de Brusselse gerechtsdeurwaarder D., daartoe aangesteld door eiseres, op 13 november 1981 vaststelde, steeds aan dezelfde afdeling Nederlandstalige boeken, dat er zich daar een microfiche-leesapparaat van het type B. bevond, alsmede microfiches, eigendom van eiseres;

Overwegende dat de door ons op 25 november 1981 aangestelde sekwester zich op 26 november 1981 alle, zowel in origineel als in fotokopie, microfiches, eigendom van eiseres, door verweerster liet overhandigen en onder meer vaststelde dat verweerster de originele microfiches, 18 cm op 24 cm groot, in reductie had laten fotokopiëren om het B.-leesapparaat te kunnen gebruiken;

5) Overwegende dat verweerster niet betwist dat de microfiches en het Minox leesapparaat haar door de B.V. uitgeverij V. te Katwijk (Nederland) ter beschikking waren gesteld;

Overwegende dat deze Zuid Hollandse B.V. op 24 juni 1981 met eiseres een overeenkomst «betreffende het gebruik van Boekdata-Microfiches met leesapparatuur» had ondertekend;

Overwegende dat wegens de door deze B.V., die geen lid is van de verenigingen K.N.U. of N.B., gepleegde inbreuken op onder meer de artikelen 2, lid 2, 5 en 6, van de

overeenkomst deze overeenkomst «met directe ingang» opgezegd werd op donderdag 3 december 1981.

Eiseres had de B.V. V. kunnen identificeren omdat zij het «Minox Modell L» leesapparaat nr. 18.328, gezien te Brussel op 5 en 6 november 1981, in gebruik had gekregen sedert 24 juni 1981, datum waarop zij met eiseres de overeenkomst hierboven beschreven sub C 3 had ondertekend;

6) Overwegende dat verweerster, bij monde van Van G., op 12 oktober 1981 eiseres heeft aangeschreven, nadere inlichtingen vragend nopens het microfichesysteem van eiseres;

Overwegende dat verweerster, evident goed op de hoogte van het boekdata microfichebestand systeem, op 26 oktober 1981 eiseres vroeg haar onmiddellijk een microfiche systeem te bezorgen;

Overwegende dat eiseres, bij monde van haar raadsman, op vrijdag 4 december 1981 verklaard heeft dat deze vraag nog ter studie ligt en nader dient te worden besproken met verweerster;

D. In rechte

I. De twee fundamentele vereisten van het kort geding: onverwijlde spoed en voorziening bij voorraad

a) Wat de spoed betreft

Overwegende dat spoed het essentiële vereiste is om een beschikking in kort geding te kunnen toestaan (zie de artikelen 9 en 584 van het Gerechtelijk Wetboek);

Terecht wordt in de recentere rechtspraak inzake kort geding (zie Y. Verougstraete, «Het kort geding — Recente trends», *T.P.R.*, 1980, 262, nr. 9) thans een band gelegd tussen spoed en nadeel bij het uitblijven van een beslissing in kort geding;

Als voldoende wordt onder meer ervaren dat de vordering ertoe strekt te beletten dat de schade zou toenemen tijdens het hoofdgeding.

Determinerend is dat de door eiseres geleden schade reëel en beduidend moet zijn indien zij de gewone rechtsweg moet bewandelen of indien zij niet voorlopig in een bepaald rechtspositie wordt geplaatst.

Terecht merkt de rechtspraak op (zie Hof Brussel, 6 juni 1973, *J.T.*, 1973, 498) dat de schade moet worden onderzocht zowel uit het oogpunt van eiseres als uit dat van verweerster en dat derhalve de kort-gedingrechter de belangen van beide partijen gepast moet afwegen.

b) Wat de voorziening bij voorraad betreft

Overwegende dat de voorzitter, rechtsprekend in kort geding, uitspraak doet bij voorraad, dat zijn beschikking geen nadeel aan de zaak zelf mag brengen (artt. 584 en 1035 van het Gerechtelijk Wetboek);

Overwegende dat dit de kort-gedingrechter geenszins verbiedt primair te onderzoeken of er een «fumus boni iuris» is (zie Y. Verougstraete, *op. cit.*, p. 269, nr. 18 in fine);

Overwegende dat de kort-gedingrechter een bevel kan opleggen dat in de lijn ligt van de vermoedelijke rechten van partijen;

Om dit bevel op te leggen is het fataal dat hij de grond van de zaak moet aanraken;

Het enige wat hem ten stelligste verboden is, is dat hij zich in zijn dictum moet onthouden van een beslissing over de rechtspositie van partijen, de bodemrechter in geen enkel opzicht gehouden zijnde door wat de kort-gedingrechter beslist heeft;

Overwegende dat wij dan ook in het licht van deze rechtspraak de thans in concreto gevraagde voorlopige maatregelen moeten beoordelen en de juridische argumentatie van partijen moeten beantwoorden;

II. Overwegende dat verweerster eerst en vooral staande houdt dat zij «bezitter te goeder trouw was» van het leesapparaat Minox en is van de door de gerechtelijke sekwestre op 26 november 1981 in bewaring genomen microfiches (artikel 2279 B.W.);

Overwegende dat deze stelling ons geenszins zo evident voorkomt dat zij een beletsel kan zijn voor de door eiseres gevraagde voorlopige maatregelen;

Overwegende inderdaad dat naar de definitie van artikel 2228 B.W. het bezit «het houden of genieten is van een zaak die men in zijn macht heeft of van een recht dat men uitoefent, hetzij in persoon, hetzij door een ander die in onze naam de zaak in zijn macht heeft of het recht uitoefent»;

Overwegende dat het materieel in de macht houden van een zaak niet voldoende is om te kunnen spreken van bezit;

Overwegende dat men juridisch slechts van bezit kan spreken voor zover de houder (in casu verweerster) daarbij de wil heeft die feitelijke macht voor zichzelf uit te oefenen en zich te gedragen als de persoon die het recht heeft die macht op de zaak uit te oefenen, met andere woorden er moet een animus domini zijn;

Bij ontstentenis aan animus domini kan er dan ook geen sprake zijn van bezit;

Overwegende dat het eerste lid van artikel 2279 B.W. bepaalt dat, met betrekking tot roerende goederen, bezit als titel geldt;

Overwegende dat dit artikel in zijn eerste lid derhalve vereist dat: 1) het bezit bestaat in het feitelijk in de macht hebben van een zaak *animo domini*, 2) het bezit deugdelijk is, 3) de bezitter te goeder trouw is;

Overwegende dat uit de hierboven sub C weergegeven feitelijke gegevens blijkt dat de door verweerster uiteengezette juridische stelling niet «fumus boni iuris» evident is;

Overwegende immers dat zowel wat de animus domini als wat het deugdelijk bezit en de goede trouw betreft, ernstige twijfel bestaat ten aanzien van verweerster nu blijkt dat:

1) zij het Boekdata microfiche bestand systeem door eiseres ontworpen — en de voorziene contractuele verbintenissen voor het gebruik ervan — bijzonder goed kende vóór 5 november 1981, datum van de opening van de Brusselse F., onder meer omdat haar aangestelde Van G., voorheen werkzaam bij de Antwerpse vennootschap S., aangesloten bij het systeem, het kende;

2) zij reeds op 8 november 1981 het onregelmatig in haar bezit zijnde Minox Model leesapparaat terugstuurde naar de B.V. V.;

3) zij, zonder het antwoord van eiseres af te wachten op haar brieven van 12 en 26 oktober 1981 en de clausules van het door eiseres opgestelde typecontract goed kennend, niet aarzelde zowel leesapparaat als microfiches, eigendom van eiseres en niet van de B.V. V., wat zij wist, te gebruiken;

Overwegende dat zonder uiteraard de bodemrechter te binden het ons nochtans voorkomt dat het eerste door verweerster ingeroepen argument niet «prima facie» evident is;

III. Overwegende dat eiseres, om de gevorderde voorlopige maatregelen te staven, stelt dat verweerster desbewust

deelgenomen heeft aan de contractbreuk van de B.V. V., wederpartij van eiseres ingevolge de op 24 juni 1981 gesloten overeenkomst «betreffende het gebruik van boekdata-microfiches met leesapparatuur»;

Overwegende dat eiseres haar stelling essentieel grondt op het cassatiearrest van 21 april 1978 (*R.W.*, 1978-79, 1961);

Overwegende dat professor Swennen in een uitvoerig commentaar op dit arrest (*R.W.*, 1978-79, 79, 1937) desbewust deelnemen aan contractbreuk als volgt definieert: «weten dat er een overeenkomst is en weten dat degene met wie men handelt, door de handeling waaraan men deelneemt, contractbreuk pleegt (de rechten van zijn schuldeiser miskent)»;

De fout van de derde medeplichtige (in casu verweerster) aan schuldeisers bedrog (in casu bedrog ten nadele van eiseres) is dezelfde als die bedoeld in de actio pauliana (art. 1167 B.W.).

Men neemt aan dat de grondslag voor het instellen van de actio pauliana, voor zover het de derde betreft, de eigen onrechtmatige daad is van de derde.

Die onrechtmatige daad wordt aangeduid als kwade trouw of als medeplichtigheid aan bedrog of nog als verstandhouding met de schuldenaar (in casu de B.V. V.) in de bedrieglijke benadeling van de rechten van diens schuldeiser of bedrieglijke verstandhouding (zie Swennen, *op. cit.*, nr. 2).

Het volstaat dus volgens deze rechtspraak, duidelijk geïnspireerd door de rechtsleer (zie prof. Dabin, *Revue critique de jurisprudence belge*, 1966, 92 e.v.) dat men deelgenomen heeft aan een handeling waardoor de rechten van de schuldeiser geschonden worden en, *conditio sine qua non*, weet dat door die handeling de rechten worden geschonden.

Met andere woorden, de derde begaat een fout wanneer hij desbewust ten nadele van de schuldeiser handelt in casu wanneer hij 1) weet dat de overeenkomst bestaat en 2) ook weet dat de handeling waaraan hij deelneemt een contractbreuk uitmaakt.

Wat dit laatste vereiste (2) betreft dient te worden opgemerkt dat niet zonder meer gelijkgesteld kan worden het slechts door grove schuld onwetend zijn en allerminst het onwetend zijn door eenvoudige nalatigheid.

Toepassing makend van deze principes op het voorgelegde geschil, menen wij om de reeds hierboven sub D II in fine geciteerde feitelijke gegevens dat dringend door ons bevolen moet worden dat verweerster een einde zal maken aan elke poging om desbewust (zij kent sedert ettelijke maanden het door eiseres opgesteld typecontract) deel te nemen aan contractbreuk (zij weet dat de rechten van eiseres daardoor gekrenkt worden).

Overwegende dat, gelet op het feit dat het verre van uitgesloten is dat verweerster desbewust aan de breuk van de op 24 juni 1981 tussen eiseres en de B.V. V. gesloten overeenkomst heeft deelgenomen, haar aanbod, bij conclusie geformuleerd, dient te worden afgewezen;

Overwegende dat het doen naleven van onze verbodsbeschikking zoals nader gedefinieerd in het beschikkende gedeelte van onze beslissing, het efficiëntst zal gebeuren door het opleggen van een dwangsom *ex aequo et bono* vastgesteld op 150.000 frank per overtreding van onze vandaag genomen beslissing, ingaande de dag volgend op de beteke-

ning ervan, som te verbeuren ten gunste van eiseres;

IV. Inbreuk op artikel 86 van het E.E.G.-Verdrag

Overwegende dat 529 boekhandelaars zowel in Nederland als in Nederlandssprekend België aangesloten zijn bij het door eiseres ontworpen systeem;

Overwegende dat duidelijk gepreciseerd werd gedurende de debatten dat men geen lid moest zijn van de Koninklijke Nederlandse Uitgeversbond of van de Nederlandse Boekverkopersbond die, naar verweerster beweert, 70 % van de Nederlandstalige boekenmarkt zou beheersen, om van het Boekdata-Microfiche systeem te kunnen profiteren en dat, bij voorbeeld, de B.V. V., geen lid van deze verenigingen, de service heeft genoten!

Overwegende dat het derhalve thans niet voor de hand ligt dat eiseres zich zou bezondigen aan een inbreuk op artikel 86 van het E.E.G.-Verdrag;

Overwegende dat de kort-gedingrechter een einde mag maken aan de miskenning van evidente rechten;

Overwegende dat de reeds geadiëerde rechter ten gronde (een eerste zitting werd reeds gehouden op 4 december 1981 in de voormiddag), zal dienen uit te maken of dit al dan niet het geval is;

Om die redenen,

1) Bevelen dat de door ons op 25 november 1981 opgelegde maatregel van aanstelling van gerechtelijk sekwestre D. met machtiging van inbewaarneming en medeneming van het microfichebestand (originele en gefotokopieerde microfiches) gehandhaafd zal blijven tot op het ogenblik dat hierover ten gronde, in kracht van gewijsde, uitspraak is gedaan;

2) Leggen verbod op aan verweerster om enig exemplaar, oud of nieuw, origineel of gekopieerd (ook in gereduceerde vorm) of anderzins van het microfichebestand van eiseres te hebben, te bekomen, te gebruiken of te bemachtigen zowel in haar maatschappelijke zetel Brussel als in haar discountwinkelruimte of in welke andere ruimte ook.

Verklaren deze beschikking uitvoerbaar bij voorraad niettegenstaande elk rechtsmiddel, met uitsluiting van kantonnement;

Leggen aan verweerster een dwangsom op van 150.000 frank, te verbeuren ten gunste van eiseres, per overtreding van deze beschikking, ingaande op de dag volgend op haar betekening;

Wijzen het door verweerster bij conclusie gedane aanbod af nu blijkt dat het verre van uitgesloten is dat zij desbewust aan de breuk van de op 24 juni 1981 tussen eiseres en de B.V. V. gesloten overeenkomst heeft deelgenomen.

NOOT—De aanstelling van een sekwestre in kort geding

1. Artikel 1961 van het Burgerlijk Wetboek somt een aantal gevallen op, waarin de rechter het sekwestre kan bevelen. Vroeger werd aangenomen dat deze opsomming limitatief was (zie bv. J. Simon, *Le séquestre judiciaire*, Brussel, 1907, 4-5). Thans wordt meestal aanvaard dat bedoelde opsomming enuntiatief is, en dat een sekwestre kan bevolen worden telkens als er behoefte bestaat om een litigieuze zaak aan een partij te onttrekken, in afwachting van een beslissing ten gronde i.v.m. enig recht over die zaak

(Hof Brussel, 28 oktober 1968, *Pas.*, 1969, II, 19; Kort ged. Arbrb. Verviers, 22 december 1981, *J.T.T.*, 1982, 73; F. Delwiche, «De sekwestratie van bewijsmateriaal — een gerechtelijke hinderlaag?», noot onder Kort ged. Rb. Antwerpen, 29 juli 1977, *R.W.*, 1977-78, (2019), 2021, nr. 4).

Precies omdat de aanstelling van een sekwestre essentieel een conservatoire maatregel is, waaraan veelal een einde komt na afloop van een geschil ten gronde (Cass., 11 november 1980, *Pas.*, 1981, I, 8), behoort zij bij uitstek tot de maatregelen die in kort geding gevorderd kunnen worden (Art. 584, Vierde lid, 10. Ger. W.; voor een recente, vrij spectaculaire toepassing, zie Kort ged. Kh. Namen, 12 augustus 1982, *Rev. Prat. Soc.*, 1982, 184). De voorwaarden waaraan een dergelijke vordering moet voldoen, worden hieronder (nrs. 2-5) nader besproken.

In sommige gevallen kan de aanstelling «volstrekt noodzakelijk» zijn. De voorzitter kan dan zelfs op eenzijdig verzoekschrift een sekwestre bevelen (zie bv. Kort ged. Rb. Antwerpen, 14 juli 1977, *R.W.*, 1977-78, 2028). Met name kan een dergelijk geval van volstrekte noodzakelijkheid zich voordoen, indien er gevaar bestaat dat de verweerder, indien hij in kort geding zou worden gedagvaard, de litigieuze zaak aan een voorlopige maatregel zou onttrekken (vgl. i.v.m. de aanstelling van een deskundige op eenzijdig verzoekschrift, Kort ged. Kh. Antwerpen, 31 december 1974, *Rechtspr. Antw.*, 1974, 449).

In casu betrof de betwisting een bestand van microfiches. Het hoeft geen betoog dat het hier gaat om een zaak die zeer snel kan worden verborgen of gekopieerd, waardoor bij voorbaat elk effect aan een voorlopige maatregel zou kunnen worden ontnomen. Er was hier bijgevolg duidelijk plaats voor een beschikking op eenzijdig verzoekschrift. Uit het geannoteerde vonnis blijkt trouwens dat de voorzitter reeds op 25 november 1981, op eenzijdig verzoekschrift, een sekwestre had aangesteld.

2. Opdat de rechter in kort geding de gevraagde maatregel kan toestaan, dient hij vast te stellen dat er urgentie is (opgemerkt dient te worden dat de urgentie ook vereist is voor het bevelen van een maatregel op eenzijdig verzoekschrift: Cass., 13 juni 1975, *Arr. Cass.*, 1975, 1088).

Traditioneel werd aanvaard dat een zaak spoedeisend was, wanneer het minste verwijl tot «onherstelbare schade» aanleiding kon geven (Réal, toelichting bij boek V van deel I van het ontwerp van Code de procédure civile (1806), geciteerd door Locré, *Législation civile, commerciale et criminelle*, Brussel, 1838, X, p. 202, nr. 46, in fine). Het begrip «onherstelbare schade» mag echter niet letterlijk opgevat worden, anders zou de bevoegdheid van de rechter in kort geding wel uiterst beperkt zijn (A. Moreau, *De la juridiction des référés*, Brussel, 1890, p. 22, nr. 22).

De recente rechtspraak en rechtsleer leggen het urgentievereiste dan ook zo uit, dat er urgentie is zodra vrees voor «ernstige schade» of zelfs voor «ernstige bezwaren» een onmiddellijke beslissing wenselijk maakt (Hof Bergen, 6 september 1978, *Rev. Rég. Dr.*, 1979, 839; A. Fettweis, A. Kohl en G. de Leval, *Droit judiciaire privé*, Luik, 1980, 5e uitg., I, p. 127, nr. 136).

De geannoteerde beschikking sluit zich terecht bij deze tendens aan, waar zij overweegt dat voldoende is «dat de vordering ertoe strekt te beletten dat de schade zou toeneemen tijdens het hoedgeding» (onderstreept in het vonnis; zie, in dezelfde zin, I. Verougstraete, «Het kort geding —

Recente trends», *T.P.R.*, 1980, (258), 262, nr. 9; G. Rommel, «Bevoegdheid, urgentie en voorlopigheid in het sociaal kort geding — tendenzen en perspectieven», *J.T.T.*, 1982, (65), 67, nr. 14).

3. In wezen is een beslissing in kort geding, zoals een beslissing van een administratieve overheid, een opportuniteitsbeslissing (C. Cambier, *Droit judiciaire civil*, Brussel, II, 1981, 342).

Bij de beoordeling van de opportuniteit van de te nemen maatregel dient de rechter in kort geding enerzijds na te gaan of de vordering van de eiser op ernstige grond rust en anderzijds de belangen van de verschillende bij het geding betrokken partijen tegen elkaar af te wegen (Kort ged. Kh. Brussel, 30 juli 1979, met noot, *B.R.H.*, 1979, 542; G. de Leval, «L'examen du fond des affaires par le juge des référés», *J.T.*, 1982, (421), 422, nr. 12).

4. Wat het onderzoek van de gronden van de eiser betreft, wordt artikel 1039 van het Gerechtelijk Wetboek nog dikwijls ingeroepen om de rechter in kort geding het recht te ontzeggen de rechten van partijen te onderzoeken. Genoemd wetsartikel bepaalt nochtans enkel dat de beschikkingen in kort geding geen nadeel toebrengen aan de zaak zelf.

De betekenis van deze bepaling blijkt o.m. uit de geschiedenis van het kort geding. De rechter in kort geding heeft van oudsher alle mogelijke maatregelen mogen bevelen, doch zijn beschikking kón de rechter ten gronde niet binden. Dát — en niets méér — is de draagwijdte die aan artikel 1039 dient te worden toegekend (D. Lindemans, «Geschiedenis van het kort geding ter verklaring van het woordgebruik in de artikelen 584 en 1039 van het Gerechtelijk Wetboek», *R.W.*, 1980-81, 2777-2810; zie ook Cass., 6 februari 1930, met conclusie procureur-generaal P. Leclercq, *Pas.*, 1930, I, 87; Cass., 6 maart 1930, met conclusie procureur-generaal P. Leclercq, *Pas.*, 1930, I, 143; Cass., 14 mei 1965, *Pas.*, 1965, I, 989; Ch. Van Reepinghen, *Verslag over de gerechtelijke hervorming*, Brussel, 1964, I, 236; M. Storme, «Honderdvijftig jaar Belgisch procesrecht», in *Honderdvijftig jaar rechtsleven in België en Nederland*, E. Spanoghe en R. Feenstra (eds.), Leiden, 1981, (131), p. 144, nr. 15; G. Rommel, *o.c.*, p. 70, nr. 29).

Het Hof van Cassatie heeft onlangs trouwens bevestigd dat de rechter in kort geding de rechten van de partijen mag onderzoeken, onder het (betwistbare) voorbehoud evenwel dat hij geen maatregel mag bevelen die aan de partijen een definitieve en onherstelbare schade zou berokkenen (Cass., 9 september 1982, *J.T.*, 1982, 727); vgl. de schijnbaar meer restrictieve arresten van 5 januari 1922, *Pas.*, 1922, I, 122, en 13 januari 1972, *Arr. Cass.*, 1972, 470).

De onderzochte beschikking gaat dan ook terecht na welke de «vermoedelijke rechten» van de partijen zijn — zonder zich daarover nochtans ten gronde uit te spreken —, om een maatregel te bevelen die «in de lijn ligt» van die vermoedelijke rechten (I. Verougstraete, *o.c.*, p. 269, nr. 18). Opgemerkt zij dat een maatregel in kort geding zelfs mogelijk is wanneer, zoals in casu blijkbaar het geval was, de wederzijdse rechten der partijen het voorwerp uitmaken van een ernstige betwisting (Hof Brussel, 17 september 1981, *J.T.*, 1982, 412 met noot Ph. Quertainmont (cassatieberoep verworpen bij arrest van 21 oktober 1982); Hof

Brussel, 6 november 1981, *J.T.*, 1982, 428; I. Verougstraete, *o.c.*, p. 269, nr. 18; D. Lindemans, «Het kort geding in het stedenbouwwet», *Res et Jura immobilia*, 1981 (69), 82).

5. De afweging van de wederzijdse belangen der partijen was in de besproken zaak blijkbaar niet zo moeilijk. De onderzochte beschikking stelt immers vast dat er «ernstige twijfel» bestaat over de «animus domini», de deugdelijkheid van het bezit en de goede trouw van de verweerster, terwijl het bovendien «verre van uitgesloten» is dat zij desbewust deelgenomen heeft aan de contractbreuk, gepleegd door een medecontractant van de eiseres. De voorzitter is dan blijkbaar tot het besluit gekomen dat er een «miskening van evidente rechten» van de eiseres was, hetgeen de balans vanzelfsprekend doet overhellen in het voordeel van deze laatste (vgl. G. Rommel, *o.c.*, p. 71, nr. 35).

6. De geannoteerde beschikking is, eens te meer, een illustratie van de mogelijkheden die het kort geding heden ten dage biedt.

Enkel door een ruime interpretatie van de ter zake toepasselijke bevoegdheids- en toelaatbaarheidsvereisten, kan men een van de belangrijkste doeleinden van het kort geding bereiken, nl. de organisatie van een voorlopige regeling van de toestand van partijen, om te beletten dat een der partijen de facto in een situatie wordt geplaatst, die haar elk praktisch nut aan een eventuele vordering ten gronde zou ontnemen.

Paul Lemmens
Assistent K.U.Leuven

RECHTEN VAN DE MENS

De zaak Van der Mussele betreffende het Belgisch pro-deostelsel verwezen naar het Hof van Straatsburg

Op 10 juli 1982 besloot de Europese Commissie voor de rechten van de mens de zaak van de Antwerpse advocaat E. Van der Mussele betreffende het Belgisch pro-deostelsel aanhangig te maken bij het Europese Hof van de rechten van de mens te Straatsburg. Deze zaak werd op 7 maart 1980 ingediend en op 17 maart 1981 ontvankelijk verklaard (cf. *R.W.*, 1981-82, 445-447, waarin de respectieve standpunten van de verzoeker en van de Belgische Regering bevestigd werden weergegeven). Op 29 september 1982 gaf de kamer van het Europees Hof van de rechten van de mens, waaraan de zaak was toegewezen deze uit handen ten voordele van het voltallig Hof.

In zijn verslag, aangenomen op 3 maart 1982, heeft de Commissie de mening uitgesproken dat de Europese Conventie in deze zaak niet geschonden werd. Op één punt geschiedde dit op de meest nipte wijze: gelijkheid van stemmen, maar doorslaggevende stem van de voorzitter, prof. C.A. Nogaard (DK), ten voordele van België. De overige leden van de Commissie die hebben deelgenomen aan de stemming over dit rapport waren J.A. Frowein (D), F. Ermacora (A), J.E.S. Fawcett (GB), G. Jörundsson (IS), G. Tenekides (GR), S. Trechsel (CH), B. Kiernan (IRL),

M. Melchior (B), J. Sampaio (P), J.A. Carillo (E), A.S. Gözübüyük (TR), A. Weitzel (L) en J.C. Soyer (F).

A. Het meerderheidsadvies van de Commissie

1) Wat betreft artikel 4 van de Conventie. Met tien stemmen tegen vier besluit de Commissie in zijn advies dat de ambtshalve aanwijzing van de verzoeker als advocaat geen gedwongen arbeid uitmaakt. De meerderheid van de Commissie is namelijk van oordeel dat de licentiaat in de rechten die zich kandidaat stelt op de lijst van de advocaten-stagiairs, dit doet met kennis van zaken d.w.z. met afweging van de voor- en nadelen en dat hij trouwens niet verplicht wordt zijn beroep te blijven uitoefenen (sic.). Door vrijwillig advocaat-stagiair te worden zou hij vooraf zijn instemming geven met niet bezoldigde pro-deo-opdrachten, zodat er bijgevolg geen sprake zou kunnen zijn van gedwongen arbeid. Volgens de meerderheid van de Commissie past deze verplichting in het kader van zijn normale beroepsactiviteit en geniet de pro-deo-advocaat een vrijheid in het behandelen van zijn dossiers die moeilijk te verenigen zou zijn met het begrip «gedwongen arbeid».

Desalniettemin «betreurt» de Commissie dat de advocaten niet vergoed worden, minstens voor hun kosten, wanneer zij optreden ten gunste van onvermogenen, maar de Commissie gaat ervan uit dat het hier een «voorlopige toestand» zou betreffen die weldra verholpen zal worden.

2) Wat betreft artikel 1 van het aanvullend protocol. Met negen stemmen tegen vijf drukt de Commissie de mening uit dat artikel 1 van het aanvullend protocol evenmin geschonden zou zijn. Wat betreft de honorariaderving oordeelt de Commissie dat een patrimoniaal recht slechts kan ontstaan krachtens het toepasselijk nationaal recht. Steeds volgens de meerderheid van de Commissie worden de kosten van een pro-deo-advocaat, die door de Belgische Regering verwaarloosbaar geacht worden — (men vraagt zich af waarom ze dan niet vergoed worden) — veroorzaakt door een activiteit die bijdraagt tot zijn beroepsvorming.

3) Wat betreft artikel 14 gecombineerd met de voorgaande artikelen. Bij staking van stemmen (zeven tegen zeven), maar met doorslaggevende stem van de voorzitter drukt de Commissie de mening uit dat artikel 14 (het discriminatieverbod) gecombineerd met de voorgaande artikelen niet geschonden zou zijn. De Commissie geeft toe dat het niet passend voorkomt en weinig overeenstemmend met de vereisten van de huidige tijd dat de advocaten-stagiairs de enige zijn die de kosten van juridische bijstand aan onvermogenen moeten dragen. De Commissie beweert echter dat de feiten het niet mogelijk maken uit te maken of het gebrek aan vergoeding waarover de verzoeker klaagt een algemeen verschijnsel is dan wel of een aanzienlijk percentage van de advocaten-stagiairs niettemin vergoed worden. Ten slotte merkt — de aldus tot stand gekomen meerderheid — van de Commissie op dat het verschil van behandeling dat in België bestaat «hoe betreutswaardig ook» slechts voor een relatief korte periode (drie jaar) de advocaten-stagiairs treft.

B. De «dissenting opinions» van de professoren Melchior en Fawcett

Het verslag van de Commissie bevat twee bijzonder sterk geformuleerde «dissenting opinions», respectievelijk van

het Britse lid, prof. J.E.S. Fawcett, en van het Belgische lid, prof. M. Melchior.

Verwijzend naar de zaak van de Belgische dokters Le Compte, Van Leuven en De Meyere (arrest van 23 juni 1981) acht prof. Melchior het verkeerd te beweren dat men, door vrij toe te treden tot een beroep, gehouden is of verondersteld wordt onverschillig welke verplichting, vastgelegd door het statuut van dit beroep, te aanvaarden. Van zijn kant meent prof. Fawcett dat integendeel een groot aantal individuen een beroep kiezen in de hoop dat zekere praktijken ervan zullen veranderen.

Verwijzend naar de zaak De Weer (arrest van 27 februari 1980), meent prof. Melchior dat er geen sprake kan zijn van een aanvaarding uit vrije keuze wanneer de prestatie verricht wordt onder de bedreiging of onder dwang van een sanctie. Bovendien acht hij het niet mogelijk, noch toelaatbaar, dat een individu afstand zou doen van een fundamenteel recht dat kenmerkend is voor een democratische samenleving.

Zeer terecht merkt prof. Melchior op dat de advocaat-stagiair meestal niet over persoonlijke inkomsten buiten zijn beroep beschikt en dat zijn beroepsinkomsten meestal vrijwel onbestaande zijn. Hij meent dan ook dat er geen enkele rechtvaardiging is — «tenzij een vervlogen historische traditie die niet meer beantwoordt aan de huidige sociale toestand van de advocaten-stagiairs» — waarom de verdediging in rechte, die gratis moet zijn voor de begunstigde, het ook moet zijn van de kant van degene die de prestatie verricht.

Verwijzend naar de zaak Artico (arrest van 13 mei 1980) wijst prof. Melchior erop dat het voor de advocaat-stagiair, en nog minder voor degene aan wie bijstand wordt verleend, geenszins gaat om een oefening in beroepsvorming. Het Belgisch pro-deo-stelsel wordt door prof. Melchior bestempeld als «anachronistisch» en «voorbijgestreefd».

Bovendien acht prof. Melchior dat er sprake is van discriminatie zowel binnen het beroep van advocaat, omdat in feite enkel de advocaten-stagiairs met deze opdracht belast worden, als t.o.v. de andere gerechtelijke beroepen. De pro-deo-advocaat engageert immers de verantwoordelijkheid van de Staat en — zoals ook prof. Fawcett het stelt — treedt hij voor deze publieke functie op als agent van de Staat.

Van zijn kant meent prof. Fawcett dat het onrechtvaardig is een gerechtelijke bijstand op te leggen zonder in een vergoeding te voorzien, die evenredig is met het verrichte werk. Hij ziet trouwens niet in hoe het verstrekken van een vergoeding aan de ambtshalve aangestelde advocaat zijn onafhankelijkheid zou kunnen aantasten.

Het belang dat in Straatsburg aan de zaak Van der Mussele wordt gehecht blijkt wel uit de op 29 september 1982 genomen beslissing van de voor deze zaak aangestelde Kamer, bestaande uit de rechters G. Wiarda (NL), M. Zekia (CY), Thór Vilhjálmsson (IS), W. Ganshof van der Meersch (B), G. Lagergren (S), J. Pinheiro Farinha (P) en E. Carcia de Enterría (E), om de zaak aan het voltallig Hof voor te leggen. De pleidooien voor het Hof van Straatsburg zullen aanvangen op 22 februari 1983.

M. Bossuyt

TIJDSCHRIFTEN

Administration publique (trimestrielle), 1982

nr. 1

J. Velu, Contenu et signification des droits fondamentaux dans le domaine de l'instruction; J. Sarot, Fonction publique et contrôle juridictionnel; A. Bieckmann, L'arrêt de la Cour de Justice du 17 décembre 1980 et le droit allemand des fonctionnaires; D. Deom, Paradoxes du régime juridique des universités; A. Rasson-Rolland, L'Ordre des Avocats est-il une autorité administrative? (noot bij R.v.St., 20 november 1981, nr. 25.173, in zake Maerschallck, met advies van eerste auditeur J. Coolen).

Belgisch Tijdschrift voor Sociale Zekerheid, 1982

nr. 3, maart

J. Viaene, De beroepsziekteverzekering in de kering. Overzicht van de evolutie van de beroepsziekteverzekering tussen 1975 en 1981; J. Mertens, De harmonisering van de sociale zekerheidsregelingen in de Europese Gemeenschappen; X., Evolutie van de sociale zekerheid voor werknemers in België tijdens het jaar 1981; X., Parlementaire werkzaamheden en sociale zekerheid.

Jurisprudence de Liège, 1982

nr. 28, 11 september

G. De Leval, noot bij Vred. Marche-en-Famenne, 24 december 1981 (dringende en voorlopige maatregelen — vordering tot toekenning van een afzonderlijke verblijfplaats — echtgenoten die reeds meer dan dertig jaar feitelijk gescheiden leven).

nr. 29, 18 september

G. De Leval, noot bij Hof Luik, 25 juni 1982 (scheidsrechterlijk beding — onsplitsbaar geschil); G. De Leval, noot bij Vred. Verviers, 26 juni 1982 (kadastrale perequatie — vaststelling van het kadastraal inkomen door scheidsrechters — toepassing van de regels van het Gerechtelijk Wetboek).

Nederlandse Juristenblad, 1982

nr. 30, 4 september

A.L. Goedhart, Artikel 91 Grondwet 1972: een corpus alienum; W.H. Nagel, Daar zij recht!; L. Damen, Het ambtsbericht als basis voor informatie aan de Kamer: wordt de betrokken burger nu gehoord of niet?; J. Krul-Steekete, Verslag van de vergadering van het Psychiatrisch Juridisch Gezelschap op 6 maart 1982.

br. 31, 11 september

M.J.J. Van den Honert en P. De Rijk, Uitzonderingstoestanden onder de nieuwe Grondwet; O.K. Brahn, Het voorlopig einde van een civielrechtelijke strijd na drie jaar. Enkele kanttekeningen bij H.R., 7 mei 1982, R.v.d.W., 1982, 98, en de overdraagbaarheid van gestolen en nog niet opgespoorde roerende goederen; J.K.M. Gevers, Verslag jaarvergadering Vereniging voor Gezondheidsrecht.

nr. 32, 18 september

R.I.V.F. Bertrams, Een rechtsvergelijkende beschouwing over de politieke staking; G.N.M. Blonk, Perikelen rondom de geldboete en vervangende hechtenis op het politiebureau; R.P.W. Frima, Nogmaals artikel 1639bb B.W. en Faillissement. Oneigenlijk gebruik door Bedrijfsverenigingen; J. Spier, De Wet Openbaarheid van Bestuur en de burgerlijke procedure; P.C. Kop, VIIe Colloquium van Nederlandse en Belgische rechtshistorici.

nr. 33, 25 september

J. Silvis, Narcotica-verdragen lossen geen problemen op. Wetsontwerp tot goedkeuring van het Protocol tot wijziging van het Enkelvoudig Verdrag inzake verdovende middelen, 1961; D.J. Elzinga, De verboden rechtspersoon. Wijziging van de artikelen 15 en 16 Boek 2 N.B.W.; E.F. Bueno, Bedrieglijke bankbreuk-boedel? Een reactie; E.P.J. Jaspas, Eerste Jaarvergadering Vereniging voor Onderwijsrecht.