

RECHTSKUNDIG WEEKBLAD

REDACTIE : RIDDER RENE VICTOR, HOOFDREDACTEUR

E. BOONEN, C. CAENEPEEL

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

HET AFLUISTEREN VAN TELEFOONGESPREEKEN OP BEVEL VAN DE ONDERZOEKSRECHTER

Inleiding

1. Het vraagpunt van het af luisteren van telefoongesprekken heeft in ons land aanleiding gegeven tot weinig studies en over de toelaatbaarheid van een controlemaatregel op de telefoongesprekken bestaat er onzekerheid¹.

Wel is reeds enkele malen voor de hoven en rechtbanken de vraag gesteld met betrekking tot de *bewijswaarde van een geregistreerde bandopneming in strafzaken*.

Het Hof van Cassatie heeft in twee arresten aangenomen dat een dergelijke band, wanneer hij een gekend feit is waaruit de rechter gevolgen kan trekken, van die aard is dat hij als bewijsmiddel kan worden aangevoerd.

De eerste uitspraak² betrof de toelaatbaarheid als bewijsmiddel in rechte, zij het ook als louter vermoeden, van de bij verrassing aangewende bandrecorder vóór elk strafonderzoek, in een procedure inzake overspel. Het Hof van Cassatie oordeelde dat de geregistreerde gesprekken als inlichtingen in aanmerking kunnen worden genomen waarop de strafrechter zijn overtuiging kan doen steunen.

Het tweede aan het Hof van Cassatie voorgelegde geval betrof tijdens een gerechtelijk onderzoek op magneetband opgenomen verklaringen van beschuldigten afgenomen door een officier van gerechtelijke politie. Het Hof oordeelde dat de feitenrechter op onaantastbare wijze en in feite de bewijswaarde van de gegevens verstrekt door de bandopname beoordeelt³.

Deze uitspraken houden verband met het *algemeen principe van de bewijsvoering in strafzaken*: behoudens de ge-

vallen waarin de wet een bijzonder bewijsmiddel voorschrijft, mag de feitenrechter zijn overtuiging putten uit alle regelmatig verkregen en regelmatig overgelegde gegevens van de zaak op voorwaarde dat de partijen ze vrij hebben kunnen bespreken, d.w.z. dat ze het voorwerp (kunnen) zijn geweest van een contradictoir debat en voor zover hij de bewijskracht ervan niet miskent⁴.

Al spreken de artikelen 154 en 189 Sv. enkel van proces-verbaal, verslagen en getuigen, toch is deze opsomming niet beperkend opgevat.

In de tweede procedure voorgelegd aan de censuur van het Hof van Cassatie, had het bestreden arrest van het hof van assisen daarenboven geoordeeld dat de grief dat de rechtspleging voor de jury slechts de ondervraging van de beschuldigten en het verhoor van getuigen en deskundigen mag inhouden, in strijd is met de artikelen 268 en 269 Sv. betreffende de discretionaire macht van de voorzitter van het hof van assisen, en met artikel 329 Sv. betreffende het onderzoek ter terechtzitting voor dit hof.

Uit het eerste arrest van het Hof van Cassatie van 19 oktober 1962 blijkt dat het probleem van de bewijswaarde van een geregistreerde bandopneming⁵ aanknopingspunten kan vertonen met dit van het af luisteren van telefoongesprekken. P. Mimin spreekt in dit opzicht van «un syndrome magneto-téléphonique»⁶. In deze procedure had een gehuwde man een bandrecorder gebruikt om de ontrouw van zijn echtgenote vast te stellen. Gesprekken werden opgenomen door middel van een toestel dat nu eens in de nabijheid van de telefoon was geplaatst en dan weer op

¹ BEKAERT, H., «Le contrôle des communications à distance dans un nouveau code de procédure pénale», *Rev. Dr. Pén.*, 1978, 607-662; DENYS, M., «Memorandum over de bescherming van het telefoongehem naar Belgisch recht», *R.W.*, 1966-67, 1795-1788.

² Cass., 29 oktober 1962, *Pas.*, 1963, I, 272, *R.W.*, 1963-64, 815.

³ Cass., 17 augustus 1979, *Pas.*, 1979, I, 1309, *Arr. Cass.*, 1978-79, 1341, *J.T.*, 1980, 104, met noot NUDELHOLE, S., wat betreft de niet-naleving van het beginsel van het mondeling debat voor het hof van assisen.

⁴ DECLERCQ, R., *Het bewijs in strafzaken*, Doc. Studienamiddag Limburgs Rechtsleven van 7 maart 1980, blz. 8 en 13; HOLSTERS, D., «De bewijswaarde van het proces-verbaal betreffende de vaststelling van misdrijven *R.W.*, 1980-81, 1353-1394 en 1433-1458, nr. 8.

⁵ MATTHYS, R., «Geluidstechniek in het burgerlijk procesrecht en strafprocesrecht», *R.W.*, 1963-64, 577-604.

⁶ MIMIN, P., «La preuve par magnétophone», *J.Cl.P.*, 1957, 1, 1307.

de telefoon was aangeschakeld. De feitenrechters⁷ onderscheidde vier gevallen:

a. De abonnee mag aan zijn telefoon een opnemings toestel aanbrengen en mag zich aldus het bewijs van de gesprekken die hij voert verschaffen; hij moet de personen met wie hij spreekt niet vooraf inlichten over de opname. Hij mag eveneens die opname gebruiken, zoals elke geadresseerde van een brief erover kan beschikken. Dit recht is hem enkel ontzegd in het geval dat de persoon met wie hij spreekt, naar het voorbeeld van de afzender van een brief, formeel de wil heeft doen kennen dat het gesprek confidentieel zal blijven.

b. Wanneer de abonnee een derde toestemming geeft gebruik te maken van zijn telefoon, mag hij de gesprekken slechts opnemen op voorwaarde dat de derde verwittigd is dat toezicht wordt gehouden over de gesprekken, o.m. door een bandrecorder. In geval van voorafgaande verwittiging van de derde worden immers de gesprekken niet opgenomen bij verrassing.

c. De registrering van woorden uitgesproken voor een telefoontoestel door een apparaat zonder contact met de lijn, tast het bij de wet beschermd geheim van de telefonische mededelingen niet aan, omdat de woorden opgenomen worden vóór hun verzending.

d. Doch wanneer een opnemings toestel verbonden is aan de lijn om buiten weten van de persoon, die de toestemming kreeg gebruik te maken van de lijn, de gevoerde gesprekken op te nemen, schendt de abonnee de wet van 13 oktober 1930 die het geheim van de telefonische mededelingen beschermt.

Deze rechtspraak betreft het opvangen door een particulier van woorden uitgesproken voor een telefoonlijn. Ze haakt wel aan bij het probleem van het aftappen van de telefoongesprekken maar houdt geen direct verband met het geval dat die maatregel gedurende het vooronderzoek bevolen wordt door een onderzoeksrechter⁸.

In antwoord op een parlementaire vraag deelde de minister van Justitie op 2 december 1980 mee dat de wet van 13 oktober 1930 die de verschillende wettelijke bepalingen betreffende de telegrafie en de telefonie coördineert, het gebruik van onverschillig welk middel verbiedt om gesprekken op een openbaar telegraaf- of telefoonnet af te luisteren. De minister verwees verder naar een ministeriële omzendbrief van 17 augustus 1923, waarbij het de onderzoeksrechter nochtans toegestaan wordt bepaalde inlichtingen in te winnen nopens gevoerde telefoongesprekken, nl. nummer van de aanvrager, nummer van de aangevraagde, aantal aanvragen, duur van deze aanvragen. De bewindsman legde er de nadruk op dat deze inlichtingen dus niet de inhoud van het gesprek betreffen, en verzekerde dat de diensten van zijn departement zich aan de hierboven vermelde wettelijke bepalingen houden⁹.

Op 8 april 1976 had de regering een wetsontwerp tot bescherming van bepaalde aspecten van de persoonlijke le-

venssfeer bij de Senaat ingediend, waarin het probleem van het af luisteren van gesprekken in opdracht van de onderzoeksrechter behandeld werd. Voorgesteld werd in het Wetboek van Strafvordering een artikel 88bis in te voegen om deze toezichtmaatregel toe te laten¹⁰. Volgens bepaalde persberichten, ligt het in de bedoeling van de huidige regering een wetsontwerp van gelijke aard bij de Wetgevende Kamers in te dienen.

Het is niet de bedoeling de verschillende wettelijke of reglementaire teksten over deze materie opnieuw te onderzoeken. Ze werden in 1978 op opmerkelijke wijze door H. Bekaert ontleed¹¹.

Het ligt ook buiten de opzet van deze bijdrage zich te mengen in het debat omtrent de opportuniteit van het toezicht over de telefoongesprekken, dat soms vrij passioneel wordt gevoerd, terwijl in Nederland bv. een wettelijke regeling sedert tien jaar functioneert, zulks niet tot ontevredenheid van de overheid wat betreft de opsporing van ernstige misdrijven¹². Anderzijds wordt het ruim vraagstuk van de bescherming van de persoonlijke levenssfeer, dat aanleiding gaf tot merkwaardige studies¹³, niet opnieuw behandeld.

Het is echter opvallend dat in de naburige landen gedurende de laatste jaren de wetgever en (of) de rechtspraak het af luisteren van telefoongesprekken hebben geregeld of er mee geconfronteerd zijn geweest. Ook het Europese Hof van de Rechten van de Mens sprak zich over dit vraagstuk uit.

De vraag rijst of deze recente ontwikkelingen geen nieuwe gegevens opleveren voor de benadering in ons land van de vraag omtrent de toelaatbaarheid van het af luisteren van de telefoongesprekken bevolen door de onderzoeksrechter.

Recente ontwikkelingen

2. Het Europees Hof van de Rechten van de Mens heeft op 6 september 1978 uitspraak gedaan¹⁴ over een verzoekschrift gericht tegen de Duitse Bondsrepubliek. Dit arrest werd reeds uitvoerig en opmerkelijk door H. Albers besproken¹⁵. Het volstaat te herinneren aan de inhoud van de Duitse wetgeving en aan de verwijzing van de twee klachtgronden door het hof.

De Duitse wet van 13 augustus 1968 op de beperking van het brief-, post-, telefoon- en telegrafiegeheim bepaalt de voorwaarden en de werking van een geoorloofde toepassing van het geheim toezicht op telefoonverbindingen. Het geheim toezicht mag wanneer

1° dreigende gevaren voor de op vrijheid gebaseerde democratische orde, het voortbestaan of de veiligheid van de

¹⁰ *Parl. Bescheiden, Senaat*, 1975-76, nr. 846/1, artikel 7.

¹¹ Zie noot 1.

¹² 't HART, A.C., en VAN DER MEYS, J.G., «De justitiële aftapkraan. Enkele aantekeningen bij artikel 125g Sv.», *D.D.*, 1977, 68-78.

¹³ MATTHYS, J., «Privacy», *Mededelingen van de Koninklijke Academie voor wetenschappen, letteren en schone kunsten van België, Klasse der Letteren*, 1978, nr. 5, pp. 16-17, en VELU, J., *Le droit au respect de la vie privée*, 1974, pp. 83-86.

¹⁴ *Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme*, 1978, 623.

¹⁵ ALBERS, H., «Het wankel evenwicht tussen algemeen en privé-belang: de zaak Klass», *R.W.*, 1978-79, 1073-1086.

⁷ Hof Brussel, 14 februari 1961, *J.T.*, 1961, 223, en 22 november 1961, *Pas.*, 1963, II, 4.

⁸ De hypothese van het af luisteren van telefoongesprekken zonder bevel van de onderzoeksrechter wordt buiten beschouwing gelaten.

⁹ *Senaat, Vragen en Antwoorden*, 1980-81, nr. 8, p. 262.

gestationeerde geallieerde strijdmachten afgeweerd moeten worden.

2° er werkelijke aanknopingspunten bestaan om iemand ervan te verdenken dat hij bepaalde misdrijven o.a. tegen de vrede, de staatsveiligheid, de democratische orde en de veiligheid van de geallieerde legers beraamt, begaat of begaan heeft,

3° het vinden van de feiten op een andere manier uitzichtloos of wezenlijk bemoeilijkt is,

4° het toezicht verricht wordt op de verdachte of op personen van wie, op basis van precieze feiten, aan te nemen is dat ze voor de verdachte bestemde of van hem uitgaande mededelingen ontvangt of doorgeven, of dat zij hun telefoon door de verdachte laten gebruiken.

De toepassing van de surveillancemaatregelen kan uitsluitend worden aangevraagd door de voorzitter van het Bondsambt voor grondwetsbescherming, van het bestuur ter bescherming van de Grondwet van de landen, van de veiligheidsdienst van het leger en van de federale inlichtingendienst. De maatregelen worden bevolen door de ministers van Binnenlandse Zaken en Landsverdediging of door de hoogste overheid van een Land, als de zaak tot haar bevoegdheid behoort. Ze worden opgeheven zodra zij niet meer nodig zijn of de vereiste voorwaarden zijn verdwenen. Ze blijven hoogstens drie maanden van kracht en kunnen slechts worden verlengd telkens voor drie maanden op grond van een nieuwe aanvraag. Door een ambtenaar wordt de toepassing van de maatregelen gecontroleerd: de verzamelde inlichtingen worden eerst bestudeerd en vervolgens wordt enkel die informatie die volgens de wet mag worden gebruikt en voor het beoogde doel beslist van nut is, doorgegeven terwijl alle overige documenten vernietigd worden. Op haar beurt wordt die controle nog nagekeken door een college van leden van de Bundestag en door een bijzondere commissie.

De verzoekers hadden voor het Europese Hof niet betwist dat de Staat het recht heeft bij wet een geheim toezicht in te voeren, maar klagen aan dat de wet de overheid niet verplicht om a posteriori de gesurveilleerde personen te laten weten dat zij gecontroleerd werden en dat de wet ieder beroep op de rechtbanken in verband met de uitvoering van de toezichtsmaatregelen uitsluit.

Het hof beslist vooreerst dat, al worden de telefoongesprekken niet vermeld in artikel 8, lid 1, van het Europees verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, ze vervat liggen in de begrippen privé-leven en briefwisseling bedoeld bij deze bepaling. Artikel 8, lid 2, bepaalt een uitzondering op het gewaarborgd recht op eerbiediging van zijn privé-leven. Opdat een inmenging van het openbaar gezag in het recht op eerbiediging van het privé-leven toegelaten zou zijn, moet deze bij de wet zijn voorzien en in een democratische samenleving nodig zijn in het belang van 's lands veiligheid, de openbare veiligheid of het economisch welzijn van het land, de bescherming van de openbare orde en het voorkomen van strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden, of voor de bescherming van de rechten en de vrijheden van anderen. Aan de eerste voorwaarde van deze uitzondering wordt voldaan, want het geheim toezicht vloeit voort uit de Duitse wet. Anderzijds meent het hof dat deze wet werkelijk tot doel heeft de nationale veiligheid te vrijwaren en (of) de openbare orde te beschermen en straf-

bare feiten te voorkomen en dat de middelen ingevoerd bij de wet om die doelstellingen te bereiken, binnen de perken blijven van wat in een democratische samenleving noodzakelijk is.

Met betrekking tot de eerste klachtgrond houdt de Duitse wet in dat, dadelijk na de opheffing van de surveillancemaatregelen, de bevoegde minister ambtshalve onderzoekt of zij aan de belanghebbende moet worden bekendgemaakt. Hij legt zijn beslissing ter goedkeuring aan de bijzondere commissie voor. Deze kan de minister bevelen de gesurveilleerde te laten weten dat hij werd bewaakt. Sommige mensen worden dus a posteriori ingelicht terwijl anderen het nooit te weten komen. Het hof oordeelt dat een bericht achteraf aan elk door een toezichtsmaatregel getroffen individu, op lange termijn het doel dat de maatregel motiveerde zou kunnen schaden. Het is derhalve niet in strijd met artikel 8, lid 2, de betrokkene na de opheffing van het geheim toezicht onwetend te laten.

In de tweede plaats beweerden de verzoekers dat de wet een vorm van politieke controle invoert, die zij ontoereikend achtten in vergelijking met de gerechtelijke controle, welke voorrang zou moeten hebben. Het hof constateert dat, wanneer men de aard van de controle en van de andere bij de wet geschapen garanties in aanmerking neemt, de uitsluiting van de rechter niet buiten de grenzen treedt van wat in een democratische samenleving als noodzakelijk kan worden beschouwd. Derhalve betekent de uitsluiting van de rechtbanken in die gevallen evenmin een schending van artikel 8.

3. In Nederland is in 1971 artikel 125g in het Wetboek van Strafvordering opgenomen, dat de rechter-commissaris tijdens het gerechtelijk vooronderzoek de bevoegdheid verleent te bepalen dat telefoongesprekken waaraan de verdachte vermoedelijk deelneemt, door een opsporingsambtenaar worden afgeluisterd of opgenomen. Daarvoor is nodig dat het onderzoek dit dringend vordert en het een misdrijf betreft waarvoor voorlopige hechtenis is toegelaten. Van het af luisteren of opnemen wordt binnen tweemaal vierentwintig uren proces-verbaal opgemaakt. In aansluiting hierop wordt in artikel 125h, lid 2, hetwelk uitsluitend betrekking heeft op de telefoongesprekken gevoerd tussen enerzijds de gebruikers van een afgeluisterde telefoonaansluiting en anderzijds een «geheimhouder», voorgeschreven dat de rechter-commissaris de processen-verbaal en andere voorwerpen waaraan een gegeven kan worden ontleend dat is verkregen door eerder bedoeld af luisteren of opnemen, onverwijld doet vernietigen voor zover ze betrekking hebben op mededelingen gedaan door of aan een «geheimhouder».

Beide wetsbepalingen gaven aanleiding tot enkele interessante arresten van de Hoge Raad. Enerzijds werd aangenomen dat artikel 125g aldus moet worden verstaan dat het de rechter-commissaris geen vrijbrief geeft om te bepalen dat telefoongesprekken gevoerd met of vanuit een telefoonaansluiting welke door een advocaat in de uitoefening van zijn beroep wordt gebezigd, worden afgeluisterd of opgenomen, ook voor zover daartoe door die advocaat geen toestemming is verleend¹⁶. Anderzijds werd beschikt dat nergens steun te vinden is voor de opvatting dat gegevens welke zijn verkregen door af luisteren tegen een bepaalde persoon of

¹⁶ H.R., 10 april 1979, *N.J.*, 1979, 374.

nog onbekende verdachte, nimmer tegen een andere zouden mogen worden gebezigd¹⁷.

4. In Luxemburg nam de rechtspraak ook kennis van de geldigheid van af luisteren van telefoongesprekken.

Het arrest van het Hoger Gerechtshof van 2 april 1980¹⁸ ging eveneens uit van het E.V.R.M. Nu onder de begrippen privé-leven en briefwisseling in het eerste lid van artikel 8 mede zijn begrepen telefoongesprekken, is volgens de Luxemburgse rechtspraak een eerste en algemene vereiste dat een positieve en formele wet voorziet in het uitzonderlijk af luisteren van telefoongesprekken, zowel wat het principe als wat de wezenlijke en strenge procedure ervan betreft. Wanneer die voorwaarde niet wordt vervuld, is een surveillancemaatregel niet toegestaan. Dit principe geldt echter niet wanneer het gebruik van de telefoon door particulieren zelf het middel is dat dient tot het plegen van het misdrijf (bv. vals bomalarm of plagerijen van telefoonmannakken). In deze gevallen is de telefoon het voorwerp van het misdrijf of heeft het althans gediend tot het plegen van het misdrijf. Het bewijs dat uit het af luisteren blijkt, kan niet a priori worden geweerd. Vereist is in deze gevallen dat de toezichtsmaatregelen bevolen worden en dat er reeds voldoende aanknopingspunten bestaan om iemand te verdenken («ne doit en toute concurrence que servir à confirmer ou à corroborer les éléments et indices déjà existants, objectivement suffisants, et recueillis antérieurement par une autre méthode»). Daarenboven mag dat af luisteren geen schade berokkenen aan de rechten van de verdediging, wat die maatregel uitsluit m.b.t. telefoongesprekken tussen de verdachte en zijn verdediger.

5. In Frankrijk heeft het Hof van Cassatie op 9 oktober 1980 de wettigheid van het af luisteren van telefoongesprekken, bevolen door een onderzoeksrechter, voor het eerst uitdrukkelijk erkend¹⁹.

Beslist werd dat bij de toezichtsmaatregel in de zaak aan de beoordeling van het hof voorgelegd geen enkel bedrog of list werd aangewend en dat geen afbreuk werd gedaan aan de uitoefening van de rechten van de verdediging. Verder wordt verwezen naar artikel 81 Fr.Sv. dat de onderzoeksrechter bevoegd maakt om overeenkomstig de wet alle opsporingsdaden te berichten, die hij nuttig acht voor de veropenbaring van de waarheid.

In zijn bespreking van dit arrest meent Pradel dat de ontstentenis van een wet geen probleem doet rijzen. De opdracht van de onderzoeksrechter de waarheid te ontdekken brengt mee dat hij voor het vervullen van zijn opdracht ook mag overgaan tot opsporingen die de wet niet opsomt. De uitdrukking, dat de onderzoeksrechter overeenkomstig de wet optreedt, houdt in dat er geen aantasting mag zijn van de rechten van de verdediging, die de wetgever in artikel 172 Fr.Sv. als begrip huldigt. Pradel meent daarom dat de gesprekken tussen de verdachte en hun advocaten niet mogen worden afgeluisterd en opgenomen. Voorts neemt hij, in navolging van het arrest en van vroegere rechtspraak

m.b.t. het bewijs door magneetbanden²⁰, aan dat elke vorm van af luistering door bedrog of list verboden is.

In 1979 had het Franse Hof van Cassatie wel reeds de indruk gewekt dat het af luisteren van telefoongesprekken wel wettig zou kunnen zijn²¹, maar het had zich niet uitdrukkelijk kunnen uitspreken wegens de aard van de aan zijn censuur onderworpen zaak.

Belgische rechtsleer

6. Voor deze recente ontwikkelingen in het buitenland waren de standpunten van de Belgische rechtsleer de volgende.

H. Bekaert meende dat zich niets ertegen verzet in de huidige stand van de wetgeving dat de onderzoeksrechter toezicht uitoefent op de telefoonverbindingen²². Daarbij steunde hij op de Belgische cassatierechtspraak die bepaalt dat de onderzoeksrechter, ertoe aangezocht ter zake van zekere feiten een onderzoek te doen, mag overgaan tot alle opsporingen, nuttig om de waarheid te doen blijken, die noch wettelijk verboden, noch onverenigbaar zijn met de waardigheid van zijn ambt²³. Die cassatierechtspraak vertoont veel gelijkenis met de bepaling van artikel 81 Fr.Sv. Het is dan ook weinig verwonderlijk dat Bekaert tot hetzelfde besluit komt als de recente Franse rechtspraak. Wel dient te worden opgemerkt dat Bekaert in zijn studie artikel 8 E.V.R.M. betreft, in tegenstelling met het recente Franse cassatiearrest en de commentatoren ervan²⁴. Bekaert houdt daarbij ook rekening met de artikelen 87 en 88 Sv., die betrekking hebben op de inbeslagneming van de papieren, de zaken en in het algemeen van alle voorwerpen die kunnen dienen om de waarheid aan de dag te brengen. Onder die voorwerpen worden ook de brieven begrepen. Daarbij is het de bedoeling van de wetgever geweest het telefoon- en telegramgeheim op dezelfde wijze te beschermen als het briefgeheim. Op basis van deze gelijkstelling is dus ook volgens Bekaert het toezicht bevolen door de onderzoeksrechter op de telefoonverbindingen toegelaten.

In andere studies werd daarentegen volgehouden dat het in de huidige stand van de Belgische wetgeving niet is toegestaan en zelfs verboden is telefoongesprekken af te luisteren wegens de primauteit van de bescherming van het telefoongeheim. Geen enkele wettekst machtigt volgens M. Dénys de leden van het parket of de onderzoeksrechters beslag te leggen op telefonische mededelingen om zich also bewijsmiddelen te verschaffen voor een gepleegd feit zoals dit het

¹⁷ H.R., 1 februari 1977, *N.J.*, 1977, 230, met noot Th. VAN VEEN.

¹⁸ Cour supérieure Justice G.D. Luxembourg, 2 april 1980, *J.T.*, 1980, 489.

¹⁹ Cass. fr., 9 oktober 1980, *D.*, 1981, 332, met noot PRADEL, J.

²⁰ Cass. fr., 12 juni 1952, *J.Cl.P.*, 1952, 11, 7241, met noot BOUCHOT, J., en *Sirey*, 1954, 1, 69, met noot LEGAL, A.; BLONDET, M., «Les ruses et artifices de la police au cours de l'enquête préliminaire», *J.Cl.P.*, 1958, 1, 1419; DOLL, P.J., «De la légalité de l'interception des communications téléphoniques au cours d'une information judiciaire», *D.*, 1965, Chronique, 125-130.

²¹ Cass. fr., 26 juni 1979, *Rev. sc. crim.*, 1980, 715-718.

²² BEKAERT, H., *loc. cit.*, *Rev. Dr. Pén.*, 1978, 607 e.v. nrs. 11, 48-52.

²³ Cass., 2 mei 1960, *Pas.*, 1960, I, 1020, *Arr. Cass.*, 1960, 782, en noot.

²⁴ Noot PRADEL, J., onder *Crim.*, 9 oktober 1980, *D.*, 1981, 332, en noot ROBERT, J., *Rev. sc. crim.*, 1982, 144-146.

geval is met brieven²⁵. Ook J. Hoeffler vindt dat het af luisteren van telefoongesprekken niet kan worden geduld²⁶.

Volgens J. Matthijs en J. Velu is ook geen van de gerechtelijke overheden ertoe gemachtigd over te gaan of te doen overgaan tot het af luisteren van telefonische mededelingen met het oog op het veropenbaren van de waarheid bij een gerechtelijk strafonderzoek. Beide gezaghebbende auteurs steunen daarbij op de reeds gemelde circulaire van de minister van Justitie van 14 augustus 1923, opgesteld in gezamenlijk overleg met de minister van Posterijen en Telegrafie. Deze omzendbrief bepaalt wel de mogelijkheid voor de onderzoeksrechter de dienst van een telefonische post tijdelijk te schorsen, alsook bepaalde inlichtingen te verkrijgen betreffende datum, uur en correspondenten van telefonische gesprekken. Doch, aldus deze circulaire, geeft het beheer van telefoon in geen geval gevolg aan opvorderingen waarbij het zou verplicht worden het geheim van gevoerde gesprekken prijs te geven of toegang tot de kantoren te verlenen aan magistraten of officieren van politie opdat zij deze telefonische gesprekken kunnen af luisteren of onderscheppen²⁷.

7. De huidige rechtsleer is even verdeeld als vroeger. A. Vandeplas vindt dat er geen principieel bezwaar is tegen het af luisteren van telefoongesprekken wanneer daartoe een regelmatige vordering van de onderzoeksrechter of in geval van heterdaad door de procureur des Konings of zijn hulpofficier bestaat. Deze onderzoeksmaatregel is niet van die aard dat hij de rechten van de verdediging meer in het gedrang brengt dan de aantasting van het briefgeheim dat evenzeer gewaarborgd is bij artikel 22 G.W.²⁸.

J. D'Haenens meent dat het af luisteren van telefoongesprekken als onderzoeksdaad nietig is en niet als bewijsmiddel in aanmerking kan worden genomen. Opmerkelijk is wel dat D'Haenens tot dit besluit komt, al steunt zijn redenering op hetzelfde cassatiearrest waarop Bekaert steunt. Zoals vermeld beslist dit arrest dat de onderzoeksrechter mag overgaan tot alle opzoeken, nuttig om de waarheid te doen blijken, die noch wettelijk verboden, noch onverenigbaar zijn met de waardigheid van zijn ambt. De uitdrukking «wettelijk verboden opzoeken» omvat niet slechts de daden die door een wetsbepaling uitdrukkelijk zijn verboden, maar ook de daden die onverenigbaar zijn met de substantiële regelen van de rechtspleging in strafzaken of met de eerbied voor de rechten van de verdediging evenals de daden die, zoals een lichaamsonderzoek, slechts door een andere rechter kunnen worden bevolen²⁹. D'Haenens oordeelt dat het af luisteren van telefoongesprekken niet in overeenstemming te brengen is met de waardigheid van het ambt van onderzoeksrechter³⁰.

Besluit

8. De vraag rijst of de recente ontwikkelingen in de rechtspraak van het Europese Hof van de Rechten van de Mens en van de hoogste rechtscolleges van de ons omringende landen geen nuttige gegevens bevatten om de vraag omtrent de toelaatbaarheid van de aftap van telefoongesprekken te benaderen.

Aangenomen kan worden dat, nu onder de begrippen privé-leven en briefwisseling de telefoongesprekken vallen, die niet in artikel 8 E.R.V.M. vermeld staan³¹, de controlemaatregel een inneming van enig openbaar gezag is m.b.t. de uitoefening van een in die bepaling bedoeld recht.

Gesteld dat het af luisteren van telefoongesprekken een inneming in het privé-leven is, is vervolgens de vraag of aan de in lid 2 van artikel 8 E.V.R.M. opgesomde voorwaarden is voldaan.

Het eerste en algemeen vereiste is dat de inneming bij de wet moet voorzien zijn.

Dit vereiste is niet volledig nieuw omdat het eveneens aan de orde komt wanneer uitgegaan wordt van de Belgische rechtspraak: de uitgebreide bevoegdheden van de onderzoeksrechter zijn beperkt tot wat wettelijk toelaatbaar is en in overeenstemming te brengen is met de waardigheid van zijn ambt. Er kan net algemeen gesteld worden dat het af luisteren van telefoongesprekken in alle gevallen strijdig zou zijn met de waardigheid van het ambt van onderzoeksrechter³². De Franse rechtspraak m.b.t. het bewijs door magneetbanden houdt weliswaar voorbeelden in van gesprekken of verklaringen opgenomen ten gevolge van list of bedrog³³. Doch de omstandigheid dat aan de verdachte vooraf niet medegedeeld wordt dat zijn telefoongesprekken afgeluisterd zullen worden, heeft niet tot gevolg dat het procédé op zichzelf strijdig zou zijn met de waardigheid van het ambt van de onderzoeksrechter. In andere gevallen bestaan er bewijsmiddelen waarop de onderzoeksrechter kan steunen of die hij kan bevelen, zonder dat de verdachte daarvan van tevoren weet heeft. Toch blijft de vraag of het af luisteren van telefoongesprekken valt onder de «wettelijk verboden opzoeken». Dienaangaande wordt geschermd met de reeds vermelde wettelijke teksten: de artikelen 87 en 88 van het Wetboek van Strafvordering, de wet van 13 oktober 1930 houdende coördinering van de verschillende wetsbepalingen betreffende de telegrafie en de telefonie, de ministeriële circulaire van 14 augustus 1923.

Uit de twee laatstgenoemde wetteksten leiden de meeste auteurs af dat het af luisteren van telefoongesprekken verboden is. Anderen menen dat de telefoonaftap valt onder de bewoordingen van de artikelen 87 en 88 Sv., waarbij

²⁵ DENYS, M., *loc. cit.*, R.W., 1966-67, 1785-1788.

²⁶ HOFFLER, J., *Traité de l'instruction préparatoire en matière pénale*, p. 237, noot 6.

²⁷ Zie noot 13.

²⁸ VANDEPLAS, A., *Vergelijkend onderzoek naar enige dwangmiddelen tijdens de opsporing*, preadvies voor de jaarvergadering van 17 en 18 november 1978 van de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, pp. 25-26.

²⁹ Cass., 2 mei 1960, *Pas.*, 1960, I, 1020, *Arr. Cass.*, 1960, 783, en noot.

³⁰ D'HAENENS, J., *Het Belgisch strafprocesrecht*, II, A, pp. 70 en 71.

³¹ ALBERS, H., *loc. cit.*, R.W., 1978-79, 1073-1086; H.R. 10 april 1979, *N.J.*, 1979, 374; Cour supérieure Justice G.D. Luxembourg, 2 april 1980, *J.T.*, 1981, 489.

³² BEKAERT, H., *loc. cit.*, *Rev. Dr. Pén.*, 1978, 607 e.v., nr. 33

³³ Cass. fr., 12 juni 1952, *J.Cl.P.*, 1952, II, 7241, met noot BOUCHOT, J. en Sirey, 1954, I, 69, met noot LEGAL, A.; Opperste Gerechtshof Bern, 21 februari 1949, *Rev. crim. pol. techn.*, 1949, 224; BLONDET, M., «Les ruses et artifices de la police au cours de l'enquête préliminaire», *J.Cl.P.*, 1958, I, 1419; DOLL, P.J., «De la légalité de l'interception des communications téléphoniques au cours d'une information judiciaire. D., 1965, *Chronique*, 125-130.

aangenomen wordt dat de onderzoeksrechter beslag mag leggen op brieven. Telefoongesprekken en telegrammen kunnen met brieven gelijkgesteld worden omdat er in beginsel geen reden is om aan te nemen dat de schending van het privé-leven in het ene geval groter of ingrijpender zou zijn dan in het andere.

Men kan bezwaarlijk teksten indenken die, wat het voorwerp van het beslag betreft, algemener zijn dan de artikelen 87 en 88, die alle voorwerpen welke kunnen dienen om de waarheid aan de dag te brengen betreffen³⁴.

Doch vooral m.b.t. artikel 8 E.R.V.M. rijst de vraag of deze bepalingen van het Wetboek van Strafvordering voldoen aan de voorwaarde dat de inmenging van het privé-leven bij wet voorzien is. De woorden «bij de wet voorzien» houden volgens de rechtspraak van het Europees Hof van de Rechten van de Mens in enerzijds dat de normen voldoende toegankelijk zijn voor de rechtsonderhorigen en anderzijds dat zij met voldoende graad van precisie geformuleerd zijn, zodat zij het de rechtsonderhorigen mogelijk maken hun gedrag te regelen³⁵. De vraag wordt dus anders geformuleerd dan wanneer men er zich toe beperkt te onderzoeken of het af luisteren valt onder de wettelijk verboden opzoekingen. Men lijkt eerder te moeten nagaan of de wet in een onderzoeksverrichting, die een inmenging in het privé-leven is, voorziet.

Afgezien van de vraag of de wet van 13 oktober 1930 en de ministeriële circulaire van 14 augustus 1923 zich niet verzetten tegen de toelaatbaarheid van het af luisteren van telefoongesprekken, zoals meestal aangenomen werd, lijken de artikelen 87 en 88 Sv. niet te beantwoorden aan het eerste vereiste van artikel 8, lid 2, E.R.V.M., dat de inmenging in het privé-leven bij wet moet zijn voorzien. Het lijkt immers moeilijk het af luisteren van de telefoon te vergelijken met huiszoekingen en inbeslagnemingen³⁶. Telefoon af luisteren geschiedt in het geheim; huiszoeking en inbeslagname niet. Telefoon af luisteren wil gegevens verzamelen, die te verwachten zijn, huiszoeking en inbeslagname zijn gericht op het verzamelen van gegevens, die voorhanden zijn³⁷. Dit verschil tussen af luisteren, huiszoeking en inbeslagname heeft ook tot gevolg dat het moeilijk opgaat te beweren dat bepaalde telefoongesprekken niet zouden vallen onder de waarborg van artikel 8 E.R.V.M., terwijl daarentegen bepaalde brieven niet beschermd zijn tegen kennisgeving of tegen onthulling aan derden van hun bestaan of inhoud³⁸. Het klinkt dan ook weinig overtuigend te bewe-

ren dat de artikelen 87 en 88 Sv. toegankelijke en precieze normen inzake de toezichtsmaatregel op de telefoon bevatten.

Deze negatieve conclusie betreffende de toelaatbaarheid van het af luisteren van telefoongesprekken in ons land betreft echter geenszins de gevallen waarin op verzoek of met toestemming van de abonnee een apparaat wordt geplaatst in de hypothese dat hij lastig gevallen wordt door telefonische oproepen. De gesprekken worden door de plaatsing van een dergelijke verklekker trouwens niet afgeluisterd, maar het telefoonnummer van de oproeper wordt aangegeven, zodat identificatie mogelijk wordt. Ook lijkt er geen betwisting te bestaan over de toelaatbaarheid van de plaatsing van een verklekker van ambtswege ten einde bepaalde inlichtingen te verkrijgen betreffende datum, uur en correspondenten van telefonische gesprekken. Deze hypothesen zijn voorzien in de reeds genoemde ministeriële circulaire van 24 augustus 1923. Deze toestanden beantwoorden derhalve aan het vereiste dat de inmenging bij de wet voorzien is, aangezien de rechtspraak van het Europees Hof een soort materieel wetsbegrip hanteert³⁹.

Doch wanneer het gaat om de gesprekken af te luisteren, kan men bezwaarlijk stellen dat er een inmenging van enig openbaar gezag m.b.t. de uitoefening van een in artikel 8 E.V.R.M. bedoeld recht, voorzien is bij de wet en derhalve ingevolge lid 2 van genoemd artikel 8 is toegestaan.

In navolging van de rechtspraak van het Europees Hof van de Rechten van de Mens, en van de hoogste rechtscolleges van Nederland en Luxemburg lijkt de vraag van de toelaatbaarheid van het af luisteren van telefoongesprekken anders benaderd te moeten worden dan vroeger. Er moet niet langer onderzocht worden of de toezichtsmaatregel op de telefoon al dan niet een wettelijk verboden opzoeking is, wat aanleiding gaf tot tegenstrijdige stellingen. Eerder lijkt de vraag te moeten worden geformuleerd of die maatregel, die een inmenging oplevert in het recht van een ieder op eerbiediging van zijn telefoongesprekken, bij de wet voorzien is.

Deze benadering van het vraagpunt lijkt niet strijdig te zijn met de hierboven herhaalde principes van de bewijsvoering in strafzaken, die o.m. vereisen dat de rechter op regelmatig verkregen gegevens steunt⁴⁰.

Alain DE NAUW

³⁴ DE PEUTER, J., «Het beslag in strafzaken», *R.W.*, 1961-62, 1369.

³⁵ Noot LEMMENS, P., onder Cass., 11 april 1979, *R.W.*, 1979-80, 837-846.

³⁶ Noot LEVASSEUR, G., *Rev. sc. crim.*, 1980, 715-718.

³⁷ Noot VAN VEEN, Th., onder H.R., 10 april 1979, *N.J.* 1979, 374.

³⁸ VELU, J., «Het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en het recht op eerbiediging van het privé-

leven, van de woning en van mededelingen», nrs. 84-87, in *Privacy en rechten van de mens*, handelingen van het derde internationaal colloquium over het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens.

³⁹ VELU, J., «Het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en het recht op eerbiediging van het privé-leven, van de woning en van de mededelingen, a.w.», nrs. 100 en 101.

⁴⁰ DECLERCQ, R., *loc. cit.*, p. 17; HOLSTERS, D., *loc. cit.*, *R.W.*, 1980-81, 1353-1394 en 1433-1458, nr. 8.

RECHTSPRAAK

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER — 15 JUNI 1981

Voorzitter-rapporteur: de h. Meeùs

Advocaat-generaal: de h. Duchatelet

Advocaat: mr. Simont

Burgerlijke rechtspleging — Uitgaven en kosten — Rechtsplegingsvergoeding — K.B. 30 november 1970 — Overeenkomst inzake arbeidsongevallen of beroepsziekten.

In het geval van een verzoek tot uitbetaling van een wegens een arbeidsongeval verschuldigde rente in kapitaal verschijnen de partijen niet voor de arbeidsrechtbank ten einde akte te laten nemen van een akkoord inzake arbeidsongevallen. De rechtsplegingsvergoeding en de uitgavenvergoeding zijn in dit geval verschuldigd.

B. t/ S.

Gelet op het bestreden arrest, op 4 oktober 1979 door het Arbeidshof te Luik gewezen;

Over het middel, afgeleid uit de schending van de artikelen 45, inzonderheid eerste en tweede lid, 65 van de Arbeidsongevallenwet van 10 april 1971, 1018, inzonderheid 1018, 6°, 1022 van het Gerechtelijk Wetboek, 1, inzonderheid derde lid, van het koninklijk besluit van 30 november 1970 tot vaststelling voor de uitvoering van artikel 1022 van het Gerechtelijk Wetboek, van het tarief van de invorderbare kosten, gewijzigd bij koninklijk besluit van 23 november 1976 en 97 van de Grondwet,

doordat eiseres vrijwillig met verweerder voor de arbeidsrechtbank verschenen is en zich akkoord verklaard heeft met diens verzoek om een gedeelte van de waarde van de hem ten gevolge van een arbeidsongeval verschuldigde rente in kapitaal uit te betalen en dat het arrest beslist dat hij dan ook recht heeft op een rechtsplegingsvergoeding, op grond dat de uitzondering waarvan sprake in voormeld koninklijk besluit van 30 november 1970 op beperkende wijze moet worden uitgelegd en enkel doelt op de heel bijzondere procedure tot homologatie van de akkoorden die zijn gesloten omtrent de bij artikel 65 van de Arbeidsongevallenwet van 10 april 1971 bepaalde vergoedingen; dat eiseres niet kan staande houden dat de rechtspleging tot betaling van een gedeelte van het kapitaal ook niet contentieus is omdat zij zich, zoals de algemene regel is, van de aanvang af met de uitbetaling in kapitaal akkoord heeft verklaard, dat het hier evenwel niet gaat om een akkoord dat krachtens de wet in aanmerking kan worden genomen, daar de rechter zelfs buiten elk akkoord tussen de partijen om, in het voordeel van de getroffenene moet beslissen,

terwijl het koninklijk besluit van 30 november 1970, artikel 1, derde lid, uitdrukkelijk bepaalt dat geen rechtsplegingsvergoeding verschuldigd is «in geval van verschijning voor de rechter ten einde een overeenkomst inzake arbeidsongevallen of beroepsziekten te doen acteren»; deze bepaling weliswaar een uitzondering vormt op de algemene regel doch niettemin moet worden toegepast op de wijze als

in de termen ervan wordt aangegeven en dus telkens wanneer de partijen voor de rechter verschijnen om hem te vragen akte te willen nemen van een ter zake gesloten akkoord, zonder dat in die bepaling, waar gehandeld wordt over de arbeidsongevallen, een onderscheid wordt gemaakt naargelang de partijen al dan niet gehouden waren het akkoord aan de rechter ter homologatie voor te leggen, en evenmin naar gelang van de aard van de rechtspleging of de taak van de rechter ten aanzien van het tussen hen gesloten akkoord; het arrest bijgevolg, na uitdrukkelijk te hebben vastgesteld dat eiseres vrijwillig voor de arbeidsrechtbank verschenen is en zich van de aanvang af akkoord had verklaard met het verzoek van verweerder, niet zonder schending van de in het middel vermelde wettelijke bepalingen en inzonderheid van artikel 1, derde lid, van het koninklijk besluit van 30 november 1970 kon beslissen dat zij een rechtsplegingsvergoeding moest betalen;

Overwegende dat ingevolge artikel 1, derde lid, van het koninklijk besluit van 30 november 1970 tot vaststelling voor de uitvoering van artikel 1022 van het Gerechtelijk Wetboek, van het tarief van de invorderbare kosten, de rechtsplegingsvergoeding en de uitgavenvergoeding niet verschuldigd zijn in geval van verschijning voor de rechter ten einde door hem akte te doen nemen van een overeenkomst inzake arbeidsongevallen;

Overwegende dat het arrest vaststelt dat verweerder gevraagd heeft dat hem een derde van de hem wegens een arbeidsongeval verschuldigde rente in kapitaal zou worden uitbetaald, dat eiseres vrijwillig voor de arbeidsrechtbank verschenen is en zich met verweerders verzoek akkoord heeft verklaard;

Overwegende dat de rechter die over een dergelijk verzoek uitspraak moet doen, krachtens artikel 45 van de Arbeidsongevallenwet van 10 april 1971 zo voordelig mogelijk voor de verzoeker beslist;

Dat uit die bepaling volgt dat de partijen, in het geval van een verzoek tot uitbetaling in kapitaal, niet voor de arbeidsrechtbank verschijnen ten einde akte te laten nemen van een akkoord in de zin van artikel 1, derde lid, van het koninklijk besluit van 30 november 1970;

Dat het middel faalt naar recht;

(...)

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER — 22 NOVEMBER 1982

Voorzitter-rapporteur: de h. Meeùs

Advocaat-generaal: de h. Lenaerts

Advocaten: mrs. Delahaey en van Hecke

Minder-validen — Tegemoetkomingen — 1. Arbeidsongeschiktheid — Evaluatie — Medische Handleiding — Wettigheid — 2. Medische Handleiding — Percentage volgens verwickelingen — Begrip.

1. Het percentage van de blijvende arbeidsongeschiktheid toegekend voor de berekening van de tegemoetkomin-

gen aan minder-validen, gebeurt enkel op grond van een «baremaal» systeem gebaseerd op zuivere minder-validiteit. Een medisch «barema» kan geen rekening houden met individueel professionele, sociale of psychologische factoren, noch met de aantasting van het economisch potentieel.

De Medische Handleiding is niet in strijd met de wet van 27 juni 1969 inzake tegemoetkomingen aan minder-validen.

2. Wanneer een artikel van de Medische Handleiding de arbeidsongeschiktheid veroorzaakt door een bepaalde gebrekkigheid tussen een minimum- en een maximumpercentage bepaalt «volgens de verwickelingen», houdt dat in dat geen ongeschiktheidspercentage moet worden toegekend wanneer de aandoening geen verwickelingen geeft.

D. t/ Belgische Staat

Gelet op het bestreden arrest, op 16 september 1980 door het Arbeidshof te Antwerpen gewezen;

Over het eerste middel, afgeleid uit de schending van de artikelen 97 en 107 van de Grondwet, 1, 2, § 1, 5 en 24, § 2, van de wet van 27 juni 1969 betreffende het toekennen van tegemoetkomingen aan de minder-validen.

doordat het arrest het percentage van blijvende arbeidsongeschiktheid dat aan mevr. E. toegekend wordt voor het berekenen van de tegemoetkoming, enkel bepaalt op grond van een baremaal systeem gebaseerd op de zuivere minder-validiteit bekomen aan de hand van de Medische Handleiding, in werking gesteld bij ministerieel besluit van 24 maart 1970, op grond: «dat appellant (thans eiser) terecht stelt dat uit de voorbereidende teksten van en de terminologie gebruikt in de wet van 27 juni 1969 betreffende het toekennen van tegemoetkomingen aan de minder-validen, duidelijk blijkt dat de toekenningen gebeuren in functie van de blijvende arbeidsongeschiktheid van de minder-validen; dat appellant echter ten onrechte vooropstelt dat er maar één enkele arbeidsongeschiktheid bestaat en dat het begrip 'arbeidsongeschiktheid' in alle takken van het sociale-zekerheidsrecht dezelfde inhoud heeft; dat deze vooropstelling van een omnivalent begrip 'arbeidsongeschiktheid' niet overeenstemt met de juridische werkelijkheid; dat in het kader van de wetgeving inzake de minder-validen de Hoge Raad voor de minder-validen door artikel 24, § 2, van voormelde wet van 27 juni 1969 de opdracht kreeg tot opstelling van de Medische Handleiding tot schatting van de arbeidsongeschiktheden; dat hetzelfde artikel bepaalt dat deze handleiding door de minister van Sociale Voorzorg dient te worden goedgekeurd; dat noch in de wet zelf noch in de voorbereidende teksten werd gesteld welke criteria in acht dienden te worden genomen om de blijvende arbeidsongeschiktheid te bepalen; dat nergens wordt gezegd dat er met individueel professionele, sociale of psychologische factoren rekening dient te worden gehouden; dat ook niet wordt vereist dat de blijvende arbeidsongeschiktheid bestaat in een aantasting van het economisch potentieel zoals bijvoorbeeld inzake arbeidsongevallen en beroepsziekten; dat noch de wetteksten noch de voorbereidende teksten enig beletsel hebben gesteld tegen het instellen van een baremaal systeem gebaseerd op de zuivere minder-validiteit om de blijvende arbeidsongeschiktheid te bepalen; dat de Medische Handleiding dan ook niet in strijd is met de wet van 27 juni 1969; dat de argumenten van appellant met betrekking tot de cumulatieregeling en het

ophouden ter tegemoetkomingen op pensioenleeftijd hieraan niets afdoen, evenmin als de titel die men aan de Medische Handleiding heeft gegeven»;

terwijl, eerste onderdeel, zoals eiser bij conclusie regelmatig aanvoerde, de Medische Handleiding, die uitdrukkelijk in haar inleiding gebiedt geen rekening te houden met professionele, sociale en psychologische factoren en enkel de fysieke ongeschiktheid wil meten, niet beantwoordt aan de vereisten van de wet van 27 juni 1969 waarbij aan de Hoge Raad voor Minder-validen wordt opgedragen een handleiding tot schatting van de arbeidsongeschiktheid op te stellen, een begrip dat niet beperkt is tot louter fysieke ongeschiktheden maar ook professionele, sociale of psychologische factoren en ongeschiktheden omvat: door te beslissen dat de Medische Handleiding, bekrachtigd door het ministerieel besluit van 24 maart 1970, bindend is in de zin van artikel 24, § 2, van de wet van 27 juni 1969 en op grond van deze handleiding alleen de ongeschiktheidsgraad van mevr. E. te schatten, het arrest het begrip arbeidsongeschiktheid zoals het gebruikt wordt in de artikelen 5 en 24, § 2, van de wet van 27 juni 1969 en ter uitvoering waarvan de Medische Handleiding is bekrachtigd, miskent door het te herleiden tot het begrip «zuivere minder-validiteit», en uit dit begrip individuele professionele, sociale of psychologische factoren evenals een aantasting van het economisch potentieel uit te sluiten, en zodoende aan dit begrip een restrictieve interpretatie geeft welke niet strookt met de letter en de geest van de wet en bijgevolg ook kracht geeft aan een uitvoeringsbesluit dat niet overeenstemt met de eisen van de wet (schending van alle wetsbepalingen in het middel aangeduid met uitzondering van artikel 97 van de Grondwet);

tweede onderdeel, nu eiser in conclusie stelde dat de Medische Handleiding onwettig is omdat ze enkel zuiver fysieke minder-validiteit evalueert, zonder rekening te houden onder andere met psychologische en/of psychische factoren en het arrest door te overwegen dat de wet geen beletsel heeft gesteld tegen het instellen van een baremaal systeem gebaseerd op «zuivere minder-validiteit» om de blijvende arbeidsongeschiktheid te bepalen, niet duidelijk laat blijken wat door het aldus aangewende begrip «zuivere minder-invaliditeit» gedekt wordt en bijgevolg niet alleen dubbelzinnig is, maar bovendien niet antwoordt op het middel van eiser dat de onwettigheid van de litigieuze Medische Handleiding afleidde uit het feit dat zij enkel «zuivere fysieke onvolwaardigheden» meet, terwijl zij ook met psychische onvolwaardigheden die ermee samenhangen, rekening diende te houden (schending van artikel 97 van de Grondwet):

Wat het tweede onderdeel betreft:

Overwegende dat uit de in het middel overgenomen motieven blijkt dat het arbeidshof zonder dubbelzinnigheid beslist dat de arbeidsongeschiktheid van de minder-validen moet worden beoordeeld op grond van de schatting bepaald bij de Medische Handleiding, overeenkomstig artikel 24, § 2, van de wet van 27 juni 1969, zonder dat rekening dient te worden gehouden met individueel professionele, sociale of psychologische factoren;

Dat het arrest meteen eisers conclusie beantwoordt;

Dat het onderdeel feitelijke grondslag mist;

Wat het eerste onderdeel betreft:

Overwegende dat, krachtens artikel 24, § 2, van de wet van 27 juni 1969, de arbeidsongeschiktheid van de minder-

validen moet worden geschat op grond van de Medische Handleiding die door de Hoge Raad voor Minder-Validen is opgesteld en door de minister van Sociale Voorzorg is goedgekeurd;

Dat de wetgever met «handleiding» een barema bedoelt, zoals door de Franse tekst wordt bevestigd; dat in een dergelijk medisch barema geen rekening kan worden gehouden met individueel professionele, sociale of psychologische factoren, noch met een aantasting van het economisch potentieel;

Dat het onderdeel naar recht faalt;

Over het tweede middel, afgeleid uit de schending van punt V, vierde lid, en van nr. 67 van de Medische Handleiding, toepasselijk gemaakt bij ministerieel besluit van 24 maart 1970,

doordat het arbeidshof beslist dat er geen ongeschiktheidspercentage dient te worden toegekend voor de holvoetafwijking op grond dat: «de holvoetafwijking geen verwikkelingen geeft, zodat er hier geen aanleiding toe bestaat om een ongeschiktheidspercentage toe te kennen»,

terwijl eiser bij conclusie aanvoerde dat de berekening van het invaliditeitspercentage aan de hand van de Medische Handleiding foutief was gebeurd en preciseerde dat overeenkomstig punt V, vierde lid, van de handleiding, wanneer de toe te kennen invaliditeitspercentages «aanwijzend» zijn bepaald — wat betekent dat voor de schatting speelruimte wordt gelaten —, zij nochtans voor minimum- en maximumgraad bindend zijn, en verder dat nr. 67 van de Medische Handleiding, dat vermeldt «holle voeten volgens verwikkeling 10-20», derwijze geïnterpreteerd moet worden dat in geval van aanwezigheid van hollevoet zonder verwikkeling het minimum invaliditeitspercentage, ter zake 10 percent, moet worden toegekend, en dat, zo er verwikkelingen zijn, rekening houdend met de ernst ervan, tot 20 percent, welke als maximum is aangegeven, kan worden opgeklommen; zodat het arrest, door te oordelen dat de holvoetafwijking tot geen ongeschiktheidspercentage aanleiding kan geven omdat er geen verwikkelingen zijn, punt V, vierde lid, en nr. 67 van de Medische Handleiding, in werking gesteld bij ministerieel besluit van 24 maart 1970, schendt:

Overwegende dat de Medische Handleiding onder nr. 67, voor holle voeten, een arbeidsongeschiktheid van 10 tot 20 percent «volgens de verwikkelingen» bepaalt;

Dat het arrest beslist, zonder deze bepaling te schenden, dat ten deze «de holvoetafwijking geen verwikkelingen geeft zodat er geen aanleiding toe bestaat om een ongeschiktheidspercentage toe te kennen»;

Dat het middel niet kan worden aangenomen;

(...)

NOOT—*De evaluatie van arbeidsongeschiktheid in de wetgeving inzake minder-validen*

De juridische omschrijving van het begrip arbeidsongeschiktheid heeft reeds aanleiding gegeven tot zeer vele betwistingen. Terecht, want het gaat om één van de sleutelbegrippen in ons schadeloosstellingssysteem en niet het minst in de sociale wetgeving. Het inkomen van honderdduizen-

den slachtoffers is immers afhankelijk van een goede evaluatie en vergoedingstechniek.

In de onderhavige zaak gaat het om de definitie en de evaluatie van de arbeidsongeschiktheid in de wetgeving op de tegemoetkoming voor minder-validen. Deze sector is uiteraard niet de omvangrijkste in de sociale zekerheid, maar toch zijn er bijna 100.000 rechthebbenden op een dergelijke tegemoetkoming.

1. De feiten. In 1941 werd S., toen vijftien jaar oud, geopereerd aan de linkerknie. Ten gevolge van een besmetting tijdens de operatie ontwikkelde zich een kniestijfheid. Aan hetzelfde been had het slachtoffer reeds een holle voet. In 1947 heeft een eerste keuring plaats in het kader van de wetgeving voor gebrekkigen en verminkten. Tien jaar later treden er ook verlamningsverschijnselen op van het rechterbeen en de rechterarm, die gepaard gaan met hoofdpijn en gezichtsstoornissen, waardoor ze haar werkzaamheden als kapper, beroep dat ze in 1952 samen met haar echtgenoot begonnen was, moet stopzetten in 1967. Herhaalde malen werd ze geëvalueerd door geneesheren van de Dienst Minder-validen van het Ministerie van Sociale Voorzorg, waarbij ze telkens een ander arbeidsongeschiktheidspercentage toegewezen kreeg. Tegen de laatste evaluatie, waarbij ze 60 % krijgt, gaat ze in beroep bij de Arbeidsrechtbank te Antwerpen. De medische expert door de rechtbank aangewezen komt in zijn verslag tot de conclusie dat het slachtoffer slechts 55 % arbeidsongeschikt is, welk voorstel door de rechtbank wordt gevolgd. Betrokkene gaat in beroep bij het arbeidshof, maar heeft intussen de hulp ingeroepen van de Katholieke Vereniging voor Gehandicapten, die om advies gaat vragen bij de Werkgroep voor Evaluatie van Menselijke Schade, werkzaam in de School voor Maatschappelijke Gezondheidszorg van de K.U. Leuven.

Het advies van de Wems werd gepubliceerd in *Schade evalueren in de praktijk nr. 1* (uitg. Maarten Kluwer, Antwerpen, Reeks Menselijke Schade). Daarin werd vooral onderstreept dat de baremale evaluatie op grond van de Medische Handleiding niet strookte met de geest en de letter van de wet van 27 juni 1969 en dat de vrouw ten gevolge van haar verschillende letsels volledig arbeidsongeschikt moest worden verklaard.

Na herhaald uitstel velde het hof op 20 juli 1979 een tussenarrest waarbij de minister van Sociale Voorzorg uitgenodigd wordt op de besluiten van Appellante te antwoorden. Inmiddels was het slachtoffer overleden als gevolg van een cerebro-vasculair accident, veroorzaakt door een embolie. Dezelfde pathologie lag trouwens ten grondslag aan haar klachten over recidiverende verlammingen. Haar echtgenoot, als rechthebbende en erfgenaam, zet het geding voort. In een arrest van 16 september 1980 wordt de kritiek van de Wems inzake de wettelijkheid van de baremale evaluatie door het arbeidshof afgewezen en wordt het slachtoffer voor 70 % arbeidsongeschikt verklaard met het oog op de berekening van haar tegemoetkomingen. Appellant gaat in cassatie.

We gaan hier niet in op de eigenlijke evaluatie van de arbeidsongeschiktheid van betrokkene en evenmin op de interpretatie van het Hof van Cassatie van de medische tekst van de Medische Handleiding zelf. We onderzoeken enkel de vraag naar de wettelijkheid van de baremale evaluatiemethodes in de wetgeving inzake minder-validen.

2. *De wettelijkheid van de baremale evaluatie.* De argumentatie van het slachtoffer, opgesteld op grond van het advies van de Wems, steunt hoofdzakelijk op de onwettigheid van het gebruik van de Medische Handleiding voor de evaluatie van de arbeidsongeschiktheid in het raam van de wetgeving inzake tegemoetkomingen voor minder-validen. De argumenten voor deze stelling zijn terug te vinden in het tussenarrest van het Arbeidshof te Antwerpen van 20 juli 1979. In het arrest van 16 september 1980 weerlegt het hof die argumenten, wat nu in cassatie bevestigd wordt. Het Hof van Cassatie gaat er dus van uit dat de arbeidsongeschiktheid geen omnivalent begrip is, dat in alle wetgevingen dezelfde inhoud heeft, maar wel in elke sociale verzekeringssector een welbepaalde, telkens verschillende, omschrijving heeft meegekregen.

De vraag dient te worden gesteld of dit een correcte vaststelling is die met de juridische feitelijkheid overeenstemt. Het is immers zo dat voor de wetgeving inzake arbeidsongevallen, beroepsziekten, ziekte- en invaliditeitsverzekering e.d.m. telkens een andere juridische omschrijving van de term arbeidsongeschiktheid in de wetgeving en/of de rechtspraak terug te vinden is. En dat men voor de wetgeving inzake minder-validen noch in de wettekst, noch in de voorbereidende teksten een definitie aantreft. Deze oppervlakkige vaststelling biedt echter geen voldoening wanneer men peilt naar de juiste juridische omschrijving van het begrip arbeidsongeschiktheid, en nog minder wanneer men een antwoord tracht te formuleren op de vraag naar de grootte van de arbeidsongeschiktheid in een welbepaald dossier.

a) Ten einde de problematiek van de arbeidsongeschiktheid in een juist perspectief te behandelen, moet men onderscheid maken tussen de *definitie* van het begrip, de *evaluatie* van de arbeidsongeschiktheid en de *schadeloosstelling* ervan. Wanneer men deze drie vragen, die logisch en chronologisch elkaar opvolgen, niet van elkaar gescheiden kan houden, komt men onmogelijk tot juiste antwoorden. Jammer genoeg doet niet alleen de praktijk, maar ook de wetgeving dat niet altijd, met de nodige juridische en administratieve moeilijkheden en onduidelijkheden als gevolg. Overal constateert men hoe problemen van vergoeding en begripsomschrijving of van evaluatie en definitie met elkaar vermengd worden. De definitie uit de ziekteverzekering is daarvan een schoolvoorbeeld: in de definitie van de arbeidsongeschiktheid worden alle problemen van de evaluatie te berde gebracht. Inzake arbeidsongevallen en beroepsziekten worden vragen van vergoeding in de begripsomschrijving opgelost, want voor het bepalen van de arbeidsongeschiktheid wordt verwezen naar het basisloon, zijnde de grondslag voor het berekenen van de vergoeding. Een dergelijke handelwijze kan reeds binnen één bepaalde sector tot moeilijkheden aanleiding geven, maar zorgt voor een kakofonie wanneer men aan onderlinge begripsvergelijking begint! Om daaraan te ontsnappen is er maar één uitweg: we moeten eerst weten *wat* arbeidsongeschiktheid is, dan zeggen *hoe* we die gaan vaststellen en vervolgens beslissen *welke vergoeding* daaraan gekoppeld wordt.

Laten we op deze drie vragen voor de belangrijkste sociale-zekerheidssectoren trachten in het kort een antwoord te formuleren, teneinde te kunnen nagaan of het Hof van Cassatie inderdaad kon oordelen dat elke wetgeving een

andere definitie geeft voor het begrip arbeidsongeschiktheid.

1) De *basisdefinitie* van arbeidsongeschiktheid is in alle rechtsstelsels ongeveer dezelfde: het is de ongeschiktheid om (geheel of gedeeltelijk) zijn (of andere) arbeid uit te voeren, met als te verwachten resultaat het verlies of een vermindering van het arbeidsinkomen.

2) Het is vooral bij de *evaluatie* van de arbeidsongeschiktheid dat de verschillende wetgevingen van elkaar gaan afwijken.

Inzake arbeidsongevallen wordt de arbeidsongeschiktheid vastgesteld door een vergelijking van het loon dat men nog zou kunnen verdienen met het vroeger genoten basisloon. Inzake ziekteverzekering vergelijkt men het loon dat men nog zou kunnen verdienen met het loon van een «maatman». Voor de minder-validen vraagt de wetgever een barema op te stellen op basis waarvan de arbeidsongeschiktheid kan worden gemeten.

Men kan deze verschillen betreuren — wat in de literatuur inderdaad gebeurt — maar dit is een juridische realiteit waarmee op dit ogenblik terdege rekening moet worden gehouden.

3) De *berekening van de vergoedingen* zijn beleidsbeslissingen waarbij de wetgever beslist hoe groot de schadeloosstelling zal zijn in een welbepaalde sector. Zo is de vergoeding inzake arbeidsongevallen hoger gesteld dan voor de ziekteverzekering. Voor de wetgeving inzake minder-validen zijn de vergoedingen vastgelegd in forfaitaire bedragen, op grond van de graad van arbeidsongeschiktheid, doch wordt rekening gehouden met de bestaansmiddelen en met het loon dat men nog effectief verdient als minder-valide.

Uit bepalingen betreffende de evaluatie en/of vergoeding mogen geen rechtstreekse gevolgen worden getrokken voor de omschrijving van het begrip. Anders doet men de logica van de realiteit geweld aan.

Het Hof doet dit wel. Uit het opleggen van een baremale evaluatie leidt het immers af dat het in deze wet wel *moet* gaan om fysieke invaliditeit, aangezien een barema niet anders *kan* meten! Dat de wet spreekt van arbeidsongeschiktheid en duidelijk de bedoeling heeft deze te vergoeden, wordt gewoon over het hoofd gezien. Er is geen enkele reden om de definitie van arbeidsongeschiktheid zoals die in andere wetten geldt, hier niet te gebruiken. Anders hebben de woorden zelf geen betekenis meer!

Een vergelijking: het begrip loon is verschillend van wet tot wet omdat de berekening van de (marginale) elementen niet overal dezelfde is. Maar loon blijft overal in essentie de tegenprestatie voor geleverde arbeid. Wanneer juristen het gewone taalgebruik zonder enige aanwijsbare reden gaan verkrachten, is het hekken van de dam en helpt geen enkele interpretatieregel meer. Dit is nochtans wat hier gebeurt met het begrip arbeidsongeschiktheid. Arbeidsongeschiktheid wordt gelijkgesteld met fysieke invaliditeit. De verwijzing naar de arbeid en het vermogen daarmee een normaal loon te verdienen wordt welbewust — maar zonder reden — weggecijferd.

Ook in de wetgeving inzake tegemoetkomingen voor minder-validen blijft arbeidsongeschiktheid de ongeschiktheid om te werken. Krachtens de wet moet deze worden geëvalueerd aan de hand van een imperatief barema. De vraag rijst of de Medische Handleiding die met het oog

daarop is uitgevaardigd, een ernstig onderzoek naar de wettigheid kan doorstaan.

b) Is de Medische Handleiding wettelijk? De wet geeft aan de minister de bevoegdheid en de opdracht een «Medische Handleiding tot schatting van de arbeidsongeschiktheiden» op te stellen. Het M.B. van 24 maart 1970 vaardigt dat barema uit, maar enkel de titel verwijst naar het begrip arbeidsongeschiktheid uit de wetgeving. In de inleiding van de Medische Handleiding wordt uitdrukkelijk gesteld dat in dat barema geen rekening zal worden gehouden met professionele overwegingen. Uit de beschrijving van de letsels is ook nergens af te leiden dat men met de arbeidssituatie rekening wenste te houden. Alleen de psycho-fysieke invaliditeit wordt in cijfers gegoten. In de argumenten van het slachtoffer, zoals deze trouwens herhaald worden in het hierboven geciteerde arrest van 20 juli 1979, wordt genoegzaam aangetoond dat de wetgever zelf ontegenzegglijk de arbeidsongeschiktheid wenste te vergoeden. Het barema doet dit niet, want, zo oordeelt nu het Hof van Cassatie, *kan* dat ook niet doen!

Wanneer de wetgever vraagt een barema op te stellen voor het schatten van arbeidsongeschiktheiden, en een besluit dat een barema uitvaardigt voor het schatten van fysieke invaliditeiten wettig wordt genoemd, hoe ver zijn we dan nog verwijderd van de juridische science fiction?

Hoever kan onze hoogste rechtspraak gaan in het ontkennen van de realiteit waarmee het recht zich toch moet bezighouden? Of hebben praktische overwegingen het Hof tot deze conclusie gebracht, nl. de mogelijkheid dat duizenden dossiers «minder-validen» zouden dienen te worden herzien en dat de evaluatie dan in een juridisch vacuüm zou dienen te geschieden? Deze praktische overwegingen — zo ze al zijn gemaakt — zijn echter zonder grond. De dossiers minder-validen worden immers geregeld aan een herziening onderworpen en van een juridisch vacuüm is er geen sprake. De experts zouden de *arbeidsongeschiktheid* dienen te evalueren zoals de wet hen dat oplegt. Ook in andere takken van het sociaal recht laat men dat volledig aan de praktijkmensen over (bv. in arbeidsongevallen en gewaarborgd loon).

c) *Een definitie van het barema.* De conclusie van het Hof is des te eigenaardiger omdat ze gepaard gaat met een omschrijving van wat onder een *barema* moet worden verstaan. In zijn overwegingen zegt het Hof «dat de wetgever met 'handleiding' een barema bedoelt ... dat in een dergelijk medisch barema geen rekening kan worden gehouden met individueel professionele, sociale of psychologische factoren, noch met de aantasting van het economisch potentieel. Wanneer het Hof van Cassatie onderstreept dat een barema tot schatten van arbeidsongeschiktheid niet *kan* worden gemaakt, wordt met zoveel woorden gezegd dat de wetgever aan de uitvoerende macht een onmogelijke opdracht heeft toegeschoven. Dat een juridisch onmogelijke opdracht wel wettig kan zijn, is één van de ongerijmdheden waarvoor men geplaagd wordt bij het lezen van dit arrest.

Deze verwondering neemt echter niet weg dat de vaststelling van het Hof zeer juist is: baremale evaluatie van arbeidsongeschiktheid is een contradictie in terminis. Het is immers telkens een individuele, niet alleen medische, maar ook arbeidskundige evaluatie die onmogelijk in een schema kan worden gevat. Anderzijds is de vaststelling over de be-

perkte mogelijkheden van een barema ook zeer gevaarlijk. Het Hof suggereert nl. dat een zuiver fysieke evaluatie door middel van een barema *wel* mogelijk is.

Ook dit laatste is echter onjuist. Ook voor de zg. fysieke schade is een barema geen goed evaluatiemiddel. Medische studies hebben uitgewezen dat er in de verschillende barema's vele interne en externe tegenstrijdigheden steken (zie vooral: Dr. Lahaye D., *Schade aan de Mens*, deel II, Maarten Kluwer, Antwerpen). Met geen enkele parameter kan men de verschillende lichaamsdelen en functies op zinnige wijze met elkaar vergelijken. Waarom is het verlies van een hand x % (van het volledige lichaam waarschijnlijk?) waard en het verlies van een been y %. Dergelijke vaststellingen weerstaan aan geen enkele (zuiver medische) kritiek!

Een baremale schatting is enkel en alleen mogelijk binnen het raam van een sommenverzekering, waar voor bepaalde schadeposten bij voorbaat een bepaalde vergoeding wordt vastgelegd in onderlinge afspraak tussen de verzekerde en de verzekeraar. Dit is echter in strijd met alle beginselen van de sociale wetgeving (zoals trouwens ook met artt. 1382 e.v. B.W.)!

Met deze uitspraak heeft het Hof van Cassatie een kans gemist om aan te sluiten bij de recente ontwikkelingen en inzichten in de arbeidsongeschiktheidsproblematiek in binnen- en buitenland. Een echte blaam verdient het Hof daarvoor echter niet. De wetgeving inzake tegemoetkomingen aan minder-validen zit immers zelf opgescheept met een enorme contradictie. Arbeidsongeschiktheid kan inderdaad niet gemeten worden met een Medische Handleiding. Het Hof beaamt dit en speelt op die manier zeer handig de bal terug in het kamp van de wetgever.

Besluit. Het uitzonderlijk belang van dit arrest ligt wellicht hierin dat het Hof van oordeel is dat met een barema nooit de (on)geschiktheid tot het verrichten van arbeid kan worden geëvalueerd. Ten behoeve van de interne logica wordt daarom het begrip arbeidsongeschiktheid van zijn meest wezenlijke kenmerken ontdaan. Impliciet echter kan men uit de overwegingen afleiden dat de wetgever zichzelf heeft tegengesproken door een onmogelijke evaluatietechniek op te leggen voor het schatten van de arbeidsongeschiktheid. Met die uitspraak krijgt de stelling van het Ministerie van Sociale Voorzorg een steuntje: het probleem hoort niet te worden uitgevochten voor de rechtbank, maar wel in het parlement. Om daartoe te geraken moest echter ook het Hof contradictorisch zijn door arbeidsongeschiktheid gelijk te stellen met zuiver fysieke schade, waarmee de hele wetgeving inzake minder-validen onrecht wordt aangedaan.

J. Van Steenberge
U.I.A.

RAAD VAN STATE

4e KAMER — 3 AUGUSTUS 1982

Voorzitter : de h. Vermeulen (rapporteur)

Staatsraden : de hh. Vander Stichele en Suetens

Auditeur : de h. Borret (andersluidend advies)

Examencommissie — Ontstentenis van aanstellingsbesluit der leden — Orgaan zonder bevoegdheid — Gevolg.

De Raad van State neemt van ambtswege in overweging het rechtmatigheidsbezwaar dat erin bestaat dat leden van een examencommissie niet die functie kunnen waarnemen zolang het besluit waarbij zij dienen te worden aangesteld, niet is genomen.

Een dergelijke schending van het legaliteitsbeginsel dient tot een sanctie te leiden, indien er geen verklaring voor kan worden aangenomen, terwijl een dergelijke verklaring dan nog de voorwaarden moet opleveren die toepassing zouden rechtvaardigen van verontschuldigende theorieën.

Indien dergelijke voorwaarden, zoals i.c., ontbreken, heeft het niet wettig samengestelde orgaan de bevoegdheid niet kunnen hebben om enige «beslissing» te nemen, en dient rechtskracht te worden ontegenwoordigd aan wat door de verzoekende partij wordt beschouwd als beslissing en als zodanig wordt bestreden.

Arrest nr. 22.455

D. t/ Minister van Onderwijs en de Examencommissie van de Staat aan de R.U.Gent

1. Overwegende dat wat tot het onderhavige beroep heeft geleid, zich als volgt heeft voorgedaan :

In de tweede examenperiode 1981 legt de verzoekende partij examen af voor het verkrijgen van de graad van geaggregeerde voor het hoger secundair onderwijs, groep Romaanse filologie. Zij legt dat examen af ten overstaan van de examencommissie van de Staat zitting houdend in de Rijksuniversiteit Gent, afdeling voor de graad voornoemd.

Haar lijkt op 30 oktober 1981 te zijn toegekend : 11 op 20 voor het vak proefondervindelijke opvoedkunde ; 9 op 20 voor het vak geschiedenis der opvoedkunde ; 12 op 20 voor het vak geschiedenis der opvoedkunde ; 12 op 20 voor het vak algemene methodenleer ; 5 op 10 voor het vak bijzondere methodenleer der vakken die voorkomen op het programma der athenea (Frans) ; 15 op 30 voor lessen.

Op 30 oktober 1981 beslist de examencommissie verzoekster uit te stellen ; in het desbetreffend stuk wordt wel betreurd dat verzoekster moet worden uitgesteld, maar motieven van die beslissing worden niet opgegeven. Volgens de «memorie van antwoord» werd verzoekster uitgesteld «om de volgende redenen : 1) een tekort bij prof. dr. De C., (9/20), 2) een te laag gemiddelde (52/100)».

2. Overwegende dat in deze zaak het volgend rechtmatigheidsbezwaar van ambtswege in aanmerking moet worden genomen :

2.1. Artikel 40, § 1, zoals dat door de wet van 5 mei 1970 werd ingevoegd in de bij besluit van de Regent van 31 december 1949 gecoördineerde wetten op het toekennen van de academische graden en het programma van de universitaire examens, bepaalt :

«Artikel 40, § 1. Voor het verlenen van academische graden worden examencommissies van de Staat voor het universitair onderwijs ingesteld.

De Koning regelt de inrichting en de werking van de examencommissies.

De voorzitter wordt buiten het onderwijzend personeel gekozen. Hij wordt, evenals de leden, benoemd door de minister tot wiens bevoegdheid het universitair onderwijs behoort».

Artikel 3 van het koninklijk besluit van 12 juni 1970 tot regeling van de inrichting en de werking van de examencommissies van de Staat voor het universitair onderwijs, luidt als volgt :

«Artikel 3. De voorzitters, de plaatsvervangende voorzitters, de werkende leden en de plaatsvervangende leden worden benoemd door de minister tot wiens bevoegdheid het universitair onderwijs behoort op voorstel van de universiteiten en ermede gelijkgestelde inrichtingen».

De eerste zin van artikel 9 van datzelfde koninklijk besluit bepaalt :

«Artikel 9. Er zijn jaarlijks twee examenzittijden : de eerste vangt aan in de loop van de maanden juni of juli ; de tweede in de loop van de maanden september of oktober».

2.2. Met een brief van 15 oktober 1981 zendt de rector van de Rijksuniversiteit Gent aan de minister van Onderwijs de door het hierboven overgeschreven artikel 3 bedoelde voorstellen over in verband met de samenstelling van de Staatscommissie voor de tweede zitting van 1981, daarin begrepen een voorstel voor de samenstelling van de negende afdeling van de commissie die belast is met het afnemen van de examens voor de aggregatie voor het hoger secundair onderwijs — Romaanse filologie. De brief blijkt op 19 oktober 1981 op het departement van onderwijs te zijn toegekomen.

2.3. Het staat vast dat het ministerieel besluit niet werd genomen dat is voorgeschreven door de hierboven aangehaalde § 1 van artikel 40 van de gecoördineerde wetten en door artikel 3 van het koninklijk besluit van 12 juni 1970. Volgens de voor deze zaak aangewezen auditeur heeft de directeur-generaal van het hoger onderwijs hem verklaard dat aan het voorstel van de Rijksuniversiteit Gent geen gevolg werd gegeven omdat het zo laat werd ingediend.

2.4. Ondanks de ontstentenis van een ministerieel besluit dat de leden van de Staatscommissie voor de tweede zitting van 1981 aanstelt, hebben de personen die door de Rijksuniversiteit Gent aan de minister werden voorgesteld, wetende of niet wetende dat er geen ministerieel besluit houdende hun aanstelling was genomen, toch hun werkzaamheden aangevat, examens afgenomen, diploma's toegekend, studenten verdaagd en afgewezen. Ook de negende afdeling waarvoor verzoekster verschenen is.

2.5. Het is evident dat de personen die in oktober 1981 te Gent zijn opgetreden in de rol van examinatoren van een Staatscommissie, zonder bevoegdheid die rol hebben vervuld. Wat zij met overtuiging, en waarschijnlijk volledig te goeder trouw, hebben gedaan, heeft juridisch geen waarde.

2.6. De rechtspraak en de rechtsleer hebben mettertijd theorieën ontwikkeld die moeten voorkomen dat de handhaving van het legaliteitsbeginsel tegenover de overheid zou leiden tot sancties — te weten de vernietiging van een beslissing of de onverbindendverklaring ervan — die een grotere rechtsverstoring zouden veroorzaken dan de rechtsver-

storing die ontstaan is door de overtreding zelf van het legaliteitsbeginsel.

Die theorieën steunen echter altijd op iets dat de schending van het legaliteitsbeginsel verklaart: hetzij dat de schending het gevolg is van een onoverkomelijke dwaling, of dat de schijn van een situatie geleid heeft tot een beslissing die pas onrechtmatig blijkt te zijn als de schijn is weggenomen, of een noodtoestand, of de dwang een permanente dienst ook te blijven verzorgen nadat de termijn van bevoegdheid verstreken is. Er is altijd iets dat de wetsovertreding verklaart, begrijpelijk maakt en daarom het niet toepassen van een sanctie rechtvaardigt. Die gevallen zijn altijd gekenmerkt doordat zich omstandigheden voordeden die begrijpelijk maken wat gebeurd is, omdat het gebeurde als onvermijdelijk of noodzakelijk voorkomt, omdat het zich zo heeft voorgedaan, dat er elementen zijn in de zaak die er de verontschuldiging voor zijn, verontschuldiging die echter ook maakt dat het geval zich maar exceptioneel zal voordoen.

Wat als verklaring voor de schending van het legaliteitsbeginsel wordt aangenomen, vormt immers tevens de voorwaarde die vervuld moet zijn opdat toepassing van die theorieën kan worden gemaakt. Die voorwaarden geven alzo ook de grens aan van de mogelijkheid om die theorieën op concrete gevallen toe te passen.

2.7. In de onverhavige zaak weet men wat er gebeurd is. Er is evenwel geen begrip voor op te brengen.

In deze zaak is niets onvermijdelijk. Niets gebeurt onafhankelijk van de goede wil van wie erbij betrokken is. Er is geen rechtvaardiging voor de late indiening van de voorstellen, noch voor de blijkbaar als sanctie bedoelde onthouding van het departement om te Gent een Staatscommissie aan te stellen, noch voor wie verantwoordelijk is te Gent voor de werking van de Staatscommissie, noch voor al wie op de hoogte was van de ontstentenis van het vereiste ministerieel besluit en niettemin gehandeld heeft alsof alles in orde was.

Er is geen verontschuldiging te vinden in de bedoeling om artikel 9, eerste zin, van het koninklijk besluit van 12 juni 1970 niet te willen overtreden. Die overtreding — examens ook nog na oktober te doen plaatshebben — zou geen enkele juridische sanctie tot gevolg hebben. Het is trouwens evident dat de schending van artikel 9, eerste zin, onbelangrijk is in vergelijking met de schending van artikel 40 van de gecoördineerde wetten op de toekenning van de academische graden, dat de grondslag van de bevoegdheid van een commissie uitmaakt om te kunnen werken.

Er is dus in deze zaak niets dat, wat gebeurd is, doet voorkomen als het gevolg van omstandigheden die ook een zorgvuldig optredende Staatscommissie bijna onvermijdelijk betreffende haar bevoegdheid misleid moesten hebben, en evenmin van omstandigheden die geen andere mogelijkheid aan de Staatscommissie openlieten dan in te springen om als de enige die het nog kon, buiten de gewone regels te doen wat op dat ogenblik absoluut noodzakelijk scheen.

Om die reden kan de sanctie niet uit de weg worden gedaan. Immers, omdat er geen verontschuldiging in dit geval inziet die er noodzakelijk een exceptioneel geval van maakt, zou goedpraten van wat gebeurd is, neerkomen op een machtiging zonder enige grens, om ieder jaar een groep niet beter wetende, bereidwillige professoren als Staatscommissie te doen optreden, ze examens te doen afnemen en aca-

demische diploma's te doen toekennen. Indien het voldoende is uit nalatigheid of om administratieve rompslomp te vermijden geen rekening te houden met artikel 40 van de gecoördineerde wetten, dan zou voortaan iedere universiteit op eigen houtje een Staatscommissie die ze zelf aanstelt kunnen doen functioneren.

2.8. Het feit dat de personen die het examen van verzoekster hebben afgenomen, geen bevoegdheid hadden om zulks te doen, heeft uiteraard tot gevolg dat de «beslissing» die ze te haren opzichte genomen hebben en die verzoekster met haar annulatieberoep bestrijdt, geen beslissing is, niet iets is dat rechtsgevolgen kan hebben.

Wat zich in de Rijksuniversiteit Gent in oktober 1981 heeft afgespeeld, heeft evenwel de schijn van een beslissing doen ontstaan. In het belang van de rechtszekerheid en de duidelijkheid van de verhoudingen in het rechtsverkeer past het de zoëven bedoelde schijn weg te nemen en door het dispositief van dit arrest tot klare toestanden te komen.

2.9. Het is onbetwistbaar dat verzoekster in ieder geval misleid is geweest zonder dat haar te dien aanzien ook maar enige fout kan worden toegekend, zodat de kosten van dit geding moeten worden aangerekend aan de Staat waarvan een dienst niet naar behoren heeft gewerkt,

Besluit :

Artikel 1. — De door verzoekster ingestelde vordering wordt toegewezen in zover hierbij iedere rechtskracht ontzegd wordt aan wat door haar beschouwd wordt als een beslissing, op 30 oktober 1981 door een examencommissie van de Staat zitting houdend in de Rijksuniversiteit te Gent genomen, maar wat in werkelijkheid gebleken is slechts schijnbaar een beslissing te zijn waaraan in rechte geen gelding kan worden toegekend, aangezien de zogenaamde Staatscommissie, welke schijnbaar de bestreden beslissing nam geen geldig bestaan had en geen geldige en dus geldende beslissingen kon nemen.

Artikel 2. — De kosten, komen ten laste van de Belgische Staat.

NOOT—Legaliteitsbeginsel, verontschuldigende theorieën en examencommissies

1. Er is de jongste tijd wel eens meer een annulatieberoep ingeleid tegen beslissingen van examencommissies, en — hoewel men in academische middelen misschien graag de onaantastbaarheid daarvan erkend had gezien — niet steeds zonder succes (vgl. R.v.St., 27 januari 1967, Craps, nr. 12.187, Arr. R.v.St., 1967, 113; R.v.St., 12 mei 1981, Zoete I, nr. 21.167).

De belangrijkste uitspraak ter zake is wellicht, om verscheidene redenen, het inmiddels gepubliceerde arrest nr. 28.014 van de Raad van State (4e Kamer) van 8 juli 1982 in zake Zoete II, m.b.t. de Centrale Examencommissie (R.W., 1982-83).

In die zaak werd o.m. ingegaan op de vraag naar de mogelijkheid om de Centrale Examencommissie als verwerende partij aan te wijzen; de Raad van State was daar toen in de overwegingen onder nr. 2 van het arrest Zoete II zeer duidelijk in: als zelfstandig beslissend bestuurscollege kan een dergelijke staatscommissie als tegenpartij worden aangewezen, ondanks het feit dat misschien het ontbreken

van eigen rechtspersoonlijkheid of een beroep op de klassieke orgaantheorie niet direct tot zulk een besluit zouden leiden. Het arrest Zoete II richtte zich overigens, uiteindelijk, zowel tegen die commissie als tegen elk van haar leden, en merkte aan dat de examencommissie moest worden geacht te zijn blijven voortbestaan na afloop van de zitting waarvoor zij was aangesteld, voor de behoeften van de afwikkeling van het ingeleide annulatieberoep zelf.

In het hierboven gepubliceerde arrest betreft de tweede aangewezen tegenpartij een aan een Rijksuniversiteit gestelde examencommissie van de staat; op de vraag naar de *locus standi* van deze tegenpartij is het arrest niet ingegaan.

2. De verzoekende partij in het hier geannoteerde arrest bestreed de evaluatie die de examencommissie had gemaakt van haar puntenwaardering.

De Raad van State heeft echter van ambtswege een (ander) rechtmatigheidsbezwaar in aanmerking genomen, m.n. het ontbreken, op het ogenblik van (de examens en) de deliberatie, van enig besluit tot aanstelling van de leden der commissie (zie o.v. 2-2.4); immers, het verzoek daartoe was slechts veertien dagen vóór het einde van de betrokken zitting tot de bevoegde minister gericht en, wegens laat-tijdigheid, zonder gevolg gelaten.

3. Zeer traditionele aanhangers van (o.m.) het beginsel van continuïteit van de openbare dienst zouden, op het eerste gezicht, misschien niet tot dezelfde redenering zijn gekomen, daar dat beginsel nogal vaak is ingeroepen om allerlei afwijkingen van de formele wettelijkheid uit te leggen en te gedogen (Vgl. A. Mast, *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, 1981, nrs. 67 e.v.).

Het schijnt het lot te zijn van dergelijke beginselen dat een ieder wel (en terecht) hun bestaan moet aannemen, maar dat zulks (ten onrechte) meteen tot gevolg kan hebben dat zij te pas en te onpas kunnen worden ingeroepen.

Het hierboven afgedrukte arrest heeft de uitdrukkelijke verdienste dat het niet aan die tendens meedoet, dat het integendeel dergelijke theorieën toetst, en, bovendien nog, aangeeft waar de criteria voor zulk een toetsing kunnen liggen.

4. Uitgangspunt is het legaliteitsbeginsel t.a.v. de functionering van organen die een overheidsfunctie uitoefenen: de wet en haar uitvoeringsbesluiten bepalen (o.m.) de regels van samenstelling, en die dienen in acht te worden genomen: een niet meer of nog niet samengesteld orgaan kan niet geldig de bevoegdheden uitoefenen die de wetten opdragen aan een orgaan dat zou zijn samengesteld op de wijze zoals door de wet en haar uitvoeringsbesluiten bepaald; dit is een *onbevoegdheid ratione temporis* (vgl. W. Lambrechts, *Geschillen van bestuur. Een praktische handleiding*, Antwerpen 1982, 43).

In het onderhavige geval was volgens het arrest «geen begrip op te brengen» voor wat tussen de regels toch als klaarblijkelijke negligentie naar voren komt: men dient laattijdig de voorstellen tot samenstelling in, het departement meent daarop niet meer te moeten reageren, en men examineert, waardeert en beraadslaagt maar, zonder zich verder nog ergens over te bekommeren.

Welnu, dat gaat niet: de «mogelijke» theorieën om zulke feitelijkheden alsnog te verklaren en vervolgens te rechtvaardigen worden door de Raad van State tot de eenvoud van hun essentie herleid: zij steunen altijd op een verklaring van wat gebeurd is — hetgeen nog als gemakkelijk

voorkomt — maar die verklaring moet tevens «de voorwaarde (vormen) die vervuld moet zijn opdat toepassing van die theorieën kan worden gemaakt» — wat minder eenvoudig is gebleken. Voor de annulatierechter geven die voorwaarden tevens «de grens aan van de mogelijkheid om die theorieën op concrete gevallen toe te passen» (ovw. 2-6), en bevatten zij dus de criteria waarmee hij een beroep op die theorieën kan toetsen.

5. Wie nog eens een poging wil wagen om met die theorieën voor de dag te komen, weet dus nu dat hij, met het gemak van een beroep erop, óók de zeer zware bewijslast van de ernst ervan op zich neemt. Die leerstukken zijn geplaatst waar zij thuis horen: hun bestaan wordt, vanzelfsprekend, erkend, maar hun werkelijke bruikbaarheid wordt aanzienlijk gereduceerd: zou men het zo kunnen uitdrukken, dat zij (nog) slechts vatbaar zijn voor *marginaal gebruik*?

6. Er zij, terloops, nog gewezen op het volgende. In de zaak Zoete-II had dezelfde kamer van de Raad van State naar mijn oordeel zelf impliciet een beroep gedaan op het continuïteitsbeginsel: de Centrale Examencommissie, die het arrest Zoete-I (nr. 21.167 van 12 mei 1981) koudweg naast zich neer had gelegd, voerde immers aan dat zij, na de zitting waarvoor zij was samengesteld, had opgehouden te bestaan (ovw. 2). De Raad van State statueerde evenwel (ovw. 2.2-6) dat ... «het bestaan van de commissie in de vorenbedoelde samenstelling nog verlengd wordt na het proces, indien de uitvoering van een eventueel vernietigingsarrest het nemen van maatregelen vereist waartoe alleen de commissie bevoegd is (...)».

In de omstandigheden van het geval beantwoordde die redenering m.i. aan wat hierboven wordt gekwalificeerd als rechtmatig marginaal beroep op zulk een theorie.

7. Bevoegd handelen, rechtmatig handelen en voorzichtig handelen zijn reële kernbegrippen van het recht; vaak zullen zij (de) criteria kunnen zijn van de afweging van de vraag of er inbreuk werd gemaakt op rechten en/of belangen. Recent heeft W. Van Gerven daar nog op gewezen («Beginnels van behoorlijk handelen», *R.W.*, 1982-83, 961 e.v.; vgl. reeds: dez., *Algemeen Deel*, 1969, 168 e.v.).

Bovenstaand arrest bevat ter zake belangrijke overwegingen die die leerstellige theorieën inderdaad herleiden tot de proporties die zij slechts verdienen maar misschien al lang hadden overschreden. Het arrest Zoete-II bevatte ter zake reeds een heldere uiteenzetting, o.m. van de grenzen van discretionaire overheidsbevoegdheden gebaseerd op vage normen en was aldus, zij het met minder zuinigheid aan woorden dan het bovenstaande, ook al een belangrijke bijdrage tot relativering van soms te snel voor waar aangenomen doctrinaire opvattingen.

8. Het arrest heeft voor de verzoekster een wel enigszins eigenaardig resultaat. Inderdaad vocht zij de geldigheid aan van de deliberatie van de examencommissie over haar examenresultaten. Uit het arrest vloeit voort dat zij, vanwege de ongeldigheid van de samenstelling van de examencommissie, *geén examen heeft kunnen doen of gedaan*. Ook de verontschuldigende theorie van de i.c. blijktbaar toch wel verwekte schijn — dat er namelijk op geldige wijze examens werden afgenomen door die commissie — is in het arrest afwezig gebleven. Dit is zijdens de Raad van State alleszins een consequente houding, maar het praktisch resultaat voor de verzoekster is wellicht nogal ontgoochelend. Ver-

zoekster heeft aldus méér gelijk dan zij vroeg, maar, zo zou men kunnen zeggen, zij haàlt geen gelijk...

9. Het lijkt mij niet ongepast om de aandacht te vestigen op de klaarheid, de eenvoud en de precisie van het taalgebruik in de hier vermelde arresten. Soms schijnt zulks een weerslag te hebben op de lengte der uiteenzetting, maar het voordeel der duidelijkheid heeft onschatbare waarde.

Hiermee zij aangetoond dat het (apocriefe) adagium, volgens hetwelk datgene wat niet ingewikkeld kan worden uiteengezet, niet vermoed kan worden juist of aannemelijk te zijn, ook voorbijgestreefd is.

Leo Neels
Lector K.U. Leuven

HOF VAN BEROEP TE BRUSSEL

6e KAMER — 20 JANUARI 1982

Voorzitter: de h. Viaene

Raadsheren: de hh. Van Malderen en Verougstraete

Advocaten: mrs. Servranckx, Tibau-Beernaert en Oostvogels

Borgtocht — 1. Tenietgaan — Wijze — Latere ondertekening door tweede borg — 2. Bevrijding van de borg — Art. 2037 B.W. — Faillissement van de hoofdschuldenaar — 3. Omvang — Onbepaalde borgtocht — Boetebeding.

1. *De omstandigheid dat een akte van borgstelling, die op 20 januari 1958 door een borg was ondertekend, op 28 januari 1958 ook door een andere partij als borg is ondertekend, kan niet als een afzien of beëindiging van de borgstelling van de eerste ondertekenaar worden uitgelegd, daar het ontstaan en het tenietgaan van de borgstelling op uitdrukkelijke wijze dienen te geschieden en niet uit vermoedens kunnen worden afgeleid, te meer daar ten deze de borgtocht niet in tijd of bedrag beperkt was.*

2. *Voor de toepassing van art. 2037 B.W. is vereist dat de borg door toedoen van de schuldeiser niet in de rechten, hypotheeken en voorrechten van de schuldeiser kan treden of dat een fout, verzuim of nalatigheid door de schuldeiser is begaan waardoor aan de borg schade of nadeel wordt berokkend.*

Het faillissement van de hoofdschuldenaar kan niet als een toedoen van de schuldeiser worden beschouwd waardoor de subrogatie onmogelijk zou zijn geworden.

3. *Ingevolge art. 2016 B.W. strekt de onbepaalde borgtocht van een hoofdbintenis zich uit tot al wat bij die schuld behoort, hierin begrepen het bij strafbeding gevorderde bedrag.*

L. t/ P.V.B.A. V. en D.

Overwegende dat de eerste rechter een behoorlijke beschrijving gaf van het voorwerp van de oorspronkelijke vordering van eerste geïntimeerde, en van de feitelijke elementen, welke ermee verband houden; dat het hof ernaar verwijst;

Overwegende dat eerste geïntimeerde in januari 1958 zich ertoe verbond bouwmaterialen te leveren aan de P.V.B.A. B., tegen borgstelling door appellant voor de verbintenissen aangegaan door de P.V.B.A. B. jegens eerste geïntimeerde;

Overwegende dat appellant zich op 20 januari 1958 hoofdelijk en ondeelbare borg verklaarde: «de tous engagements quelconques que pourrait prendre la firme B. S.P.R.L. et la S.P.R.L. Ets-L. de toutes dettes qu'elle pourrait contracter vis-à-vis des Ets. V.» (eerste geïntimeerde);

Overwegende dat appellant bij die borgstelling eerste geïntimeerde vrijstelde «de toutes dénonciation et formalités quelconques, y compris l'avis de non-paiement et lui déclare renoncer à tous moyens et exceptions de déchéances»;

Overwegende dat tweede geïntimeerde de akte van borgstelling van 20 januari 1958 mede ondertekende op 28 januari 1965;

Overwegende dat appellant beweert dat hij bij brief van 5 november 1964 aan eerste geïntimeerde zou hebben laten weten dat hij niet meer wenste als borg te worden beschouwd («de ne plus me considérer comme garant»);

Overwegende dat op grond van pertinente motieven, welke het hof beaamt, en bij conclusie niet afdoende worden weerlegd, de eerste rechter terecht oordeelde dat deze brief geen rechtsgevolg kan hebben;

Overwegende dat het feit dat tweede geïntimeerde op 28 januari 1965 eveneens de borgstelling mede ondertekende, dan ook niet als een bevestigend antwoord of positieve reactie vanwege eerste geïntimeerde op de door appellant per gewone post verzonden «verzaking» aan de borgtocht van 20 januari 1958 kan uitgelegd worden;

Overwegende bovendien dat, nu de borgtocht op uitdrukkelijke wijze dient tot stand te komen (art. 2015 B.W.), zij eveneens op uitdrukkelijke wijze dient te worden beëindigd;

Overwegende dat ter zake enerzijds artikel 2034 van het Burgerlijk Wetboek gewag maakt van de oorzaken van het tenietgaan van de borgtocht in het algemeen, dit is «door dezelfde oorzaken als de overige verbintenissen», terwijl anderzijds concrete wijzen van tenietgaan van de borgtocht, eigen aan de borgtocht zelf, worden vermeld in de artikelen 1287, 1288, 2036, 2037 en 2038 van het Burgerlijk Wetboek (H. De Page, *Traité élémentaire de droit civil belge*, VI, nrs. 957 en 959; R. Dekkers, *Handboek voor burgerlijk recht*, uitg. 1971, nrs. 1384 en 1387);

Overwegende dat appellant niet afdoende bewijst dat zijn borgtocht op geldige wijze is tenietgegaan op een van de wettelijke wijzen hiervoren vermeld;

Overwegende dat de medeondertekening op de borgstelling door appellant van 20 januari 1958, door tweede geïntimeerde op 28 januari 1965 niet als een afzien of beëindiging van de borgstelling van appellant kan worden uitgelegd, daar — zoals gezegd — het ontstaan en het tenietgaan van de borgstelling op uitdrukkelijke wijze dienen te geschieden, en niet uit vermoedens kunnen worden afgeleid, te meer daar in casu de borgtocht niet beperkt was in tijd noch in bedrag;

Overwegende dat de ondertekening door tweede geïntimeerde op de oorspronkelijke borgtochtakte van appellant, zonder vermelding dat de borgtocht van laatstgenoemde

een einde had genomen of door tweede geïntimeerde was overgenomen of voortgezet, duidelijk maakt dat de borgtocht van appellant niet is tenietgegaan; dat indien de borgtocht van appellant was tenietgegaan — quod non — dit uitdrukkelijk had moeten worden vermeld in gezegde akte, of minstens die akte had dienen te worden teruggegeven aan appellant of te worden vernietigd en de nieuwe borgstelling van tweede geïntimeerde bij afzonderlijke akte had dienen te worden opgesteld;

Overwegende dat artikel 2037 van het Burgerlijk Wetboek in het onderhavige geval niet toepasselijk is, daar appellant en tweede geïntimeerde niet bewijzen dat zij «door toedoen van de schuldeiser» (eerste geïntimeerde) niet meer kunnen treden in de rechten, hypotheeken en voorrechten van de schuldeiser;

Overwegende dat immers de faillietverklaring op 22 januari 1974 van de P.V.B.A. B. niet een «toedoen» van eerste geïntimeerde is, waardoor de subrogatie onmogelijk geworden zou zijn (Cass., 10 maart 1967, *Pas.*, 1967, I, 848);

Overwegende trouwens dat de tekst van de borgstellingen uitdrukkelijk vermeldt dat de borgen afzien van alle middelen en excepties van verval;

Overwegende dat anderzijds eerste geïntimeerde geen voorrecht schuldeiser was, doch een gewone chirographaire schuldeiser, aan wie geen dividend uitbetaald kon worden, zodat eerste geïntimeerde op geen enkel ogenblik voormelde rechten, voorrechten of hypotheeken heeft laten verloren gaan of verstrijken tegen de P.V.B.A. B.;

Overwegende dat het derhalve niet bewezen is dat de borgen (appellant en tweede geïntimeerde) door toedoen van de schuldeiser (eerste geïntimeerde) niet in gezegde rechten, hypotheeken en voorrechten van laatstgenoemde konden treden of dat een fout, verzuim of nalatigheid door de schuldeiser werd begaan, waardoor schade of nadeel werd berokkend aan de borgen (Cass., 4 juni 1971, *Pas.*, 1971, I, 941; H. De Page, *l.c.*, nr. 963; Dekkers, *l.c.*, nr. 1389);

Overwegende dat ten slotte de betalingsvoorwaarden vermeld op de facturen voldoende bekend waren, daar de P.V.B.A. B. regelmatig de facturen van eerste geïntimeerde betaalde tot 12 april 1973, zodat bij gebrek aan enig protest, in het verleden, door gezegde handeldrijvende P.V.B.A. tegen die betalingsvoorwaarden, de integrale som van 289.649 fr. verschuldigd is, welke gevorderd werd in de dagvaarding van 20 oktober 1979, voorafgegaan door de aangetekende ingebrekestelling van 19 september 1977;

Overwegende dat luidens artikel 106 van het Burgerlijk Wetboek de onbepaalde borgtocht van een hoofdverbintenis zich uitstrekt tot al wat bij die schuld behoort, hierin begrepen het bij strafbeding gevorderd bedrag (Dekkers, *l.c.*, nr. 1347);

Overwegende dat de algemeenheid van de termen van de borgstelling ter zake duidelijk zijn («tous engagements — toutes dettes — renoncer à tous moyens»);

(...)

BURGERLIJKE RECHTBANK TE HASSELT

3e KAMER — 20 OKTOBER 1978

Voorzitter: de h. Perilleux

Rechters: de hh. Daniels en Kleykens

Advocaten: mrs. Aerts en Vanhoyland

Testament — In steno — Gebrek aan verpersoonlijking.

Steno-teksten kunnen, zelfs indien ze enige aanduiding van de laatste wil van de de cuius zouden weergeven, niet als eigenhandig testament worden beschouwd. Daarvoor missen ze verpersoonlijking wat de manier van schrijven betreft.

V. e.a. t/ V.

Gelet op de inleidende dagvaarding van 26 september 1977 die ertoe strekt de nietigverklaring te doen uitspreken van twee onderhandse testamenten door verweerster toegeschreven aan de overleden zuster van partijen, en de vereffening en verdeling harer nalatenschap volgens de wettelijke erfopvolging.

Op 23 maart 1977 overleed te Hasselt Gaby V., in leven verpleegster, zuster van partijen.

Zowel aanleggers als verweerster gingen over tot verdeling van de tot de nalatenschap behorende titels, kasbons, obligaties, in vier gelijke aandelen, dermate dat elk 190.000 fr. bekam.

Volgens verweerster werden nadien twee testamenten gevonden, gedateerd 27 juli 1976 en 19 maart 1977, volgens haar van de hand van de *de cuius* en waarin zij als algemeen legataris werd aangesteld.

Ingevolge bevelschrift van de heer voorzitter van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Hasselt 23 mei 1977, werden beide testamenten (inhoudelijk trouwens hetzelfde) op 6 juni 1977 onder de akten van notaris X. te Herk-de-Stad neergelegd, op 2 juli 1977 gevolgd door een akte van bekendheid en ingevolge verzoekschrift op 7 juli 1977 door verweerster neergelegd bekam zij op 22 juli 1977 de inbezittingstelling.

De genoemde verdeling van de roerende waarden moet dus hebben plaatsgehad tussen 23 maart 1977 (datum overlijden) en 23 mei 1977 (bevelschrift neerlegging onder minuut) en klaarblijkelijk is het bestaan der testamenten toen al of niet gewild, niet ter sprake gekomen.

Aanleggers betwisten thans de geldigheid der testamenten en voeren dienaangaande aan:

— dat het geschrift van de beide teksten, 27 juli 1976 en 19 maart 1977 onderling verschilt zoals het verschilt met het geschrift van een brief uitgaande van de *de cuius*;

— dat ook de handtekening erop verschilt zowel op de beide testamenten als met het handteken voorkomend op de identiteitskaart van de *de cuius* die zij ter vergelijking neerleggen, waarbij zij subsidiair een schriftonderzoek vragen, zonder aanduiding of zij bedoelen de procedure door art. 883 Ger. W. dan wel langs deskundig onderzoek te achterhalen of de testamenten aan de *de cuius* moeten worden toegeschreven.

Verweerster meent dat er geen twijfel kan bestaan over de herkomst, de echtheid en geldigheid van de testamenten,

daartoe, doch ten onrechte, verwijzend naar steno-teksten, volgens haar van de hand van de *de cuius* en waaruit haar wil zou moeten blijken verweerster steeds als algemene legataris te hebben willen aanstellen.

Het is duidelijk dat deze steno-teksten, zelfs indien ze enige aanduiding van de laatste wil van de *de cuius* zouden weergeven, wegens het gebrek van «verpersoonlijking» niet in aanmerking genomen kunnen worden, zelfs niet tot aanvulling van de twee betwiste testamenten.

Het door verweerster overeenkomstig artt. 883 e.v. Ger. W. gevraagde schriftonderzoek komt de rechtbank ter zake niet opportuun of dienend voor.

Immers mag als waarschijnlijk worden geacht dat partijen bij de onderhavige behandeling alle stukken aan de rechtbank hebben overgelegd waaruit door vergelijking zou kunnen worden nagegaan of met enige graad van zekerheid kan gezegd worden dat de testamenten van de hand van de *de cuius* zijn, zodat bij de persoonlijke verschijning van partijen, bedoeld in art. 884 Ger. W. geen nieuwe elementen zouden worden bijgebracht.

Het komt de rechtbank verder aangewezen voor, alvorens te beslissen ten gronde, een deskundigen onderzoek te bevelen zoals hiervoor aangeduid.

Terloops worden aanleggers verzocht bij de verdere behandeling een juiste omschrijving en aanduiding te geven van de goederen waarvan zij bij hun inleidend exploit de vereffening en verdeling vragen.

De voorschriften van de artikelen 2-30 tot 37 van de wet van 15 juni 1935 op het taalgebruik in gerechtszaken werden nageleefd.

Om die redenen,

De rechtbank, (...)

Beveelt een deskundigenonderzoek, en wijst te dien einde aan, de heer (...) met opdracht: Na partijen en de rechtbank te hebben opgeroepen op de wijze bepaald bij art. 965 Gerechtelijk Wetboek, kennis te nemen van de stukken, die partijen hem ter hand zullen stellen en van al hun dienstige vorderingen;

— De beide testamenten van 27 juli 1976 en 19 maart 1977 te onderzoeken en te zeggen of zij van één en dezelfde schrijver voortkomen;

— te onderzoeken, door vergelijking met teksten geschreven door de *de cuius*, welke partijen hem ter onderzoek en vergelijking zullen moeten overleggen, of bedoelde testamenten aan voornoemde kunnen worden toegeschreven en met welke graad van zekerheid (...)

NOOT—Het eigenhandig testament in steno

1. Bovenstaand tussenvonnis van 1978 meent dat steno-teksten als eigenhandig testament niet in aanmerking komen, wegens een gebrek aan «verpersoonlijking».

Hoewel testamenten in steno zeldzaam zijn, wordt er toch in de rechtsleer, zij het sporadisch, over gesproken. Men is daar eerder geneigd ze in se wel geldig te vinden (cf. Planiol, M., en Ripert, G., *Traité pratique de droit civil français*, Parijs, L.G.D.J., 1957, V, 672, en Savatier, R., «Jurisprudence française en matière de droit civil», *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1973, 796).

Artikel 970 B.W. lijkt inderdaad tot betwisting aanleiding te kunnen geven: «Het eigenhandig testament is niet geldig, indien het niet geheel met de hand van de erflater geschreven, gedagtekend en ondertekend is; het is aan geen andere formaliteiten onderworpen.»

Het eigenhandig testament moet dus geheel met de hand van de erflater worden geschreven. Dit betekent natuurlijk niet, dat hiervoor geen instrument mag worden gebruikt. Anders zou men bijna verplicht worden met bloed te schrijven. Dat is overigens op zichzelf wel toegelaten (cf. Tarabeux, M., noot onder Cass. fr., 1 maart 1961, *J.C.P.*, 1961, II, 12271), maar voorts mogen alle mogelijke hulpmiddelen worden aangewend: een kogelpen, krijt, een diamant, een stuk kool (cf. Jacobs, H., *Répertoire notarial*, III, Boek VIII, Brussel, Larcier, 1979, 77, nr. 68). Eigenlijk rezen er nooit echt moeilijkheden, tot de schrijfmachine haar intrede deed. Zulks gebeurde omstreeks 1900.

2. In Frankrijk ontstonden een paar betwistingen waar men aanvankelijk niet goed weg mee wist. Zo aanvaardde de rechtbank van Marseille een getypt testament waarbij de testator samen met de vermelding van de datum en de handtekening, met zijn pen preciseerde dat hij het testament persoonlijk had getypt (Trib. Civ. Marseille, 9 juli 1930, *D.P.*, 1930, 2, 166, noot Lalou, *P.P.*, 1931, 506, nr. 333). Door de rechtbank van Rouen werd een getypt testament aanvaard waarvan duidelijk vaststond dat de testator persoonlijk de schrijfmachine had bediend (Trib. Civ. Rouen, 20 april 1931, *D.H.*, 1931, 344).

Tegen deze beslissingen kwam heftig verzet van de rechtsleer (Lalou, H., noot onder Trib. Civ. Marseille, 9 juli 1930, *D.*, 1930, 2, 166, maar vooral Savatier, R., «Successions et donations», *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1930, 1120 en 1931, 638, alsmede Josserand, L., «La 'désolennisation' du testament», *D.H.*, 1932, Chron., 73-75). Savatier ziet in het valoriseren van het getypte testament een zoveelste aanval van de rechters op het formalisme en vraagt zich bijna ironisch af waarom men niet verder zou gaan en ook een met de schrijfmachine geplaatste handtekening zou accepteren.

Josserand brengt begrip op voor het feit dat men op zoek gaat naar de wil van de testator. Maar hij meent dat degenen die het getypte testament geldig verklaren, zich aan een *petitio principii* schuldig maken en de vraag door de vraag zelf willen oplossen. Het is inderdaad wenselijk dat een ieders laatste wil zoveel mogelijk wordt gerespecteerd, maar precies om dit doel te bereiken moeten er maatregelen worden genomen om het hoofd te bieden aan mogelijke fraude en onzekerheid. Vandaar dat een zeker formalisme noodzakelijk blijft, want «une liberté extrême consommerait la ruine de la liberté».

De rechtspraak sloeg, wellicht geïnspireerd door deze publicaties, dezelfde weg in. Na het Hof van Beroep te Aix (Aix, 24 (volgens S.) of 29 (volgens D.) febr. 1932, *D.*, 1932, 2, 47, noot H. Lalou, S., 1934, II, 1, noot F. Geny), dat de beslissing van de rechtbank van Marseille wijzigde, oordeelde ook het Franse Hof van Cassatie in dezelfde zaak dat het testament helemaal met de hand geschreven moet zijn. Een tekst die mechanisch verkregen werd door middel van onpersoonlijke lettertekens, volstaat niet (Cass. fr., 18 mei 1936, *D.H.*, 1936, 345).

Hiermee was de strijd gestreden. In het begin van de zestiger jaren werd het principe door het hoogste Franse ge-

rechtshof trouwens nog eens bevestigd (Cass. fr., 1 maart 1961, *J.C.P.*, 1961, II, 12271, noot M. Tarabeux, *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1961, 717).

Hoewel het probleem in België waarschijnlijk nooit voor een rechtbank werd behandeld — neemt men aan dat daar dezelfde regeling geldt (cf. impliciet De Page, H., *Traité élémentaire de droit civil*, Brussel, Bruylant, 1973, VIII, 2, 1003, nr. 860, en, minstens even impliciet, Dillemans, R., *Testamenten*, Antwerpen, Standaard, 1977, 149, nr. 85; eveneens: Kluyskens, A., *De schenkingen en testamenten*, Antwerpen, Standaard, 1955, 298, nr. 197).

3. Terwijl het juist de oudere rechtsleer was die de rechtspraak op het nu gevolgde spoor zette, brengen enkele recente auteurs op de huidige jurisprudentie kritiek uit (Tarabeux, M., o.c., en Jacobs, H., o.c., 78-79, nr. 69). Het fundamentele verschil tussen bijvoorbeeld een pen en een schrijfmachine betwisten zij. Het grote bezwaar, namelijk het gebrek aan persoonlijkheid en de minder gemakkelijke herkenbaarheid met het hieruit resulterende gevaar voor fraude, wordt door de auteurs eveneens aangevochten.

De herkenbaarheid van het geschrift is volgens Jacobs ook bij gewoon geschreven testamenten niet altijd even evident. Een geschrift kan door ziekte worden vervormd of gewoon, als het om een langere periode gaat, wijzigen.

Zowel Jacobs als Tarabeux wijzen bovendien op de mogelijkheid tot herkenning die ook bij getypte teksten bestaat. Zo kan men het model van machine natrekken, het lettertype, de bladspiegel, de ruimte tussen de aanslagen.

Afgezien van het feit dat door de meer geperfectioneerde machines van vandaag deze verschillen minder evident dreigen te worden, staat het vast dat machineschrift nooit met dezelfde graad van zekerheid kan worden geïdentificeerd als het handschrift. Bovendien pleit het feit dat bij machineschrift de hand toetsen indrukt maar niet de beweging van de letters maakt, tegen het getypte testament. Terecht opteert Dillemans dan ook voor een behoud van de strenge regeling die machineschrift verbiedt (Dillemans, R., o.c., 149-50, nr. 85).

4. Het hier besproken geval van het testament in steno bestrijkt gedeeltelijk hetzelfde probleemveld als het getypte testament.

Er liggen nog andere vraagstukken in dezelfde sfeer. Zo is er het testament in braille, dat geldig zou zijn (cf. o.a. Savatier, R., o.c., 1973, 796).

Zo is er anderzijds het carbondubbel, dat dan weer door het Hof van Beroep te Douai nietig werd verklaard (cf. Douai, 25 okt. 1966, *D.*, 1967, 307, noot, *Rev. Prat. Not.*, 1967, 412). Deze beslissing is nochtans logisch omdat ipso facto het testament (of wat er van overblijft) niet eigenhandig kan zijn.

Het testament in steno schept een heel eigen probleem. Steeds zal het geschreven zijn met een instrument dat op zichzelf niet wordt aangevochten. Het maakt niets uit of het met een potlood, een pen, een stuk krijt, een ganzever is opgemaakt. Alleszins gaat het om een echt *handschrift*: de hand drukt niet op een toets, zoals bij machineschrift, maar vormt zelf de tekens.

Die tekens zijn overigens niet altijd dezelfde: grosso modo bestaan er in de stenografie twee systemen, een geometrisch, dat gebruik maakt van tekens afgeleid van cirkel, ellips en rechte lijn en een grafisch, dat gebruik maakt van tekens afgeleid van het gewone schrift. In die context wer-

den dan verschillende praktische systemen ontwikkeld (*Grote Nederlandse Larousse Encyclopedie*, Hasselt/'s-Gravenhage, Heideland-Orbis/Scheltens & Giltay, 1978, 319). Het spreekt vanzelf dat die onderling kunnen verschillen in graad van «verpersoonlijking».

Want daar ligt de knoop. Hoewel met de hand geschreven, missen de stenografische tekens veelal de verpersoonlijking die bij een gewoon handschrift wél duidelijk naar voren treedt.

De vraag is echter of zulks voldoende is om het stenografisch testament niet te aanvaarden. Het is immers niet dadelijk in het oog springend waarop men zich hiervoor zou kunnen beroepen. Het stenografisch geschrift is wellicht niet datgene waarvan de testator zich gewoonlijk tegenover derden bedient. Dit vereiste wordt door het Hof van Cassatie echter wel gesteld voor de handtekening, maar niet voor het handschrift (cf. Cass., 7 jan. 1955, *Ann. Not. Enr.*, 1955, 305, *Pas.*, 1955, I, 456; Cass., 2 okt. 1964, *R.W.*, 1965-66, 1440, *T. Not.*, 1966, 85, *Pas.*, 1965, I, 106, *Rev. Prat. Not.*, 1965, 326 en de kritiek op deze strenge eisen van Dillemans, R., o.c., 92, nr. 160). Men kan zich trouwens ook moeilijk voorstellen dat een testament, omwille van de leesbaarheid volledig geschreven in drukletters, niet zou worden verklaard.

5. De argumenten die Josserand bezigde om de getypte testamenten aan te vallen, overtuigen, toegepast op een stenotekst, niet dadelijk. Dat er formele regels moeten zijn om de vrijheid te beschermen is juist, maar die werden *sensu stricto* niet overtreden. Een van de voornaamste ideeën die achter de opinie van Josserand schuilgaat, namelijk een soort algemene preventie om te beletten dat door een overvloed aan getypte testamenten de rechtszekerheid zou te loor gaan en fraude alom zou dreigen, is hier niet realistisch. Getypte testamenten zouden op grote schaal een gewoonte kunnen worden, maar testamenten in steno zeker niet. Daarenboven, terwijl van een tekst in machineschrift eventueel een officieel karakter kan uitstralen, geldt dit in geen geval voor een document in steno. Integendeel, dat wekt eerder een indruk van voorlopigheid en zulks wordt door een testament net niet beoogd.

Maar hiermee is het belangrijkste verwijt aan het adres van het stenotestament nog niet ontzenuwd, het blijft gaan om een vrij onpersoonlijk werkstuk.

De vraag is echter of dit wel zo erg is. Vooreerst in feite: ook handschriften verwijzen vaak slechts op troebele wijze naar hun auteur. Buiten de hierboven aangehaalde argumenten van Jacobs, kan gewezen worden op het gebrek aan profilering in de schrijfwijze van mensen die zeer weinig schrijven en op de vroeger vaak verbazende uniformiteit van handschriften in tal van meisjesscholen.

Zelfs als moet worden aangenomen dat in die handschriften meestal nog meer eigenheid schuilt dan in een stenotekst, blijft een tweede argument over. Een juridisch argument ditmaal.

De verpersoonlijking wordt als vereiste namelijk nergens gesteld door de wet (*in casu* art. 970 B.W.). Haar afwezigheid wordt wel mede aangehaald om het getypte testament af te wijzen, wat iets heel anders is.

Men kan immers het met een schrijfmachine vervaardigde testament vanuit twee invalshoeken benaderen. Ofwel worden de vereisten van artikel 970 als loutere vormvereisten beschouwd in de strikte zin des woords, ofwel be-

schouwt men ze als bijkomende garanties om de getrouwe weergave van het testament te verzekeren (cf. De Page, H., o.c., VIII, 2, 1004, nr. 860). In de eerste hypothese zal men gewoon naar voren schuiven dat er *sensu stricto* bij machineschrift van handschrift geen sprake kan zijn. In de tweede hypothese wordt ook naar het gevolg hiervan voor de getrouwe weergave van de wil gekeken en die is met «onpersoonlijke» tekens natuurlijk niet gebaat. Over de fundamentele betekenis van art. 970 bestaan veel meningsverschillen, vandaar dat het best is een bewijsvoering langs de twee wegen te voeren. Formeel is het testament niet volledig in orde, en dit heeft inhoudelijke consequenties. Het zoeken van de aanwezigheid daarvan is een soort negenproef om de zin van de formele vereisten in het licht te stellen. Wanneer echter met zekerheid is voldaan aan de formele vereisten van artikel 970, kan men het hele testament niet meer op losse schroeven zetten door te verwijzen naar de *ratio legis* van de vormvereisten.

Een getypt testament, hoewel niet voorzien in de wet omdat er eenvoudig geen schrijfmachines bestonden, is niet toegestaan. Het is immers geen handschrift en men wilde een handschrift omdat dat geacht wordt persoonlijk te zijn.

Steno is niet (steeds) persoonlijk. Maar het is wel een handschrift. Zelfs als de wet de *ratio legis* ietwat gebrekkig vertolkt, mag die toch niet primeren op duidelijke en nauwkeurige voorgeschreven vormvereisten.

Dit alles impliceert geenszins dat het «onpersoonlijke» karakter van het stenotestament volslagen zonder belang is. Het eigenhandig testament is in feite een onderhandse akte, waarop het gemene recht, en dus ook artikel 1323, van toepassing is. De erfgenaam tegen wie een eigenhandig testament wordt ingeroepen, mag er zich toe beperken mee te delen dat hij het geschrift niet erkent. De testamentair aangewezen legataris moet dan proberen te bewijzen dat het wel echt is (cf. de overvloedige rechtspraak geciteerd door Dillemans, R., o.c., 169, nr. 99, en recenter Rb. Veurne, 28 juni 1977, *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1980, 451, *R.W.*, 1979-80, 2108).

Hoe onpersoonlijker het geschrift, des te moeilijker het bewijs geleverd zal kunnen worden. Dit alles natuurlijk in de veronderstelling dat de wilsbeschikking wordt betwist, wat bij eigenhandige testamenten meestal niet het geval is. De vrees dat er veel processen over testamenten in steno zullen komen, is ongegrond omdat daarvoor gewoon onvoldoende stenotestamenten voorhanden zijn.

6. Het besluit kan dus duidelijk zijn. Het getypte testament is niet eigenhandig geschreven, daar de hand niet de beweging der letters maakt. Daardoor wordt het testament onpersoonlijk, kan het onduidelijk zijn en fraude in de hand werken. Het testament in steno is ook (vrij) onpersoonlijk. Maar het is met de hand geschreven en *dus* wat dat betreft formeel in orde. Het probleem is hier: is het handschrift dat van de testator? De bewijslast ligt bij de legataris.

De rechtbank van Hasselt heeft gelijk waar ze oordeelt dat een stenotestament aan een gebrek aan «verpersoonlijking» lijdt. Dat volstaat echter niet om het nietig te verklaren of om het «niet in aanmerking te nemen». Het werd trouwens toch, hoewel niet uitdrukkelijk, in aanmerking genomen bij het definitieve vonnis. De testatrice was op het ogenblik van latere, correct met de hand geschreven testamenten aangetast door een ziekte met mogelijk psychische

weerslag. Om haar heldere wil op dat ogenblik te bewijzen, werd verwezen naar het inhoudelijk gelijklopende stenotestament, dat van voor de ziekte dateerde. De stenotekst werd dus als testament irrelevant beschouwd, maar diende wel als hulpmiddel om de werkelijke wil van de testatrice in een later, formeel correct maar inhoudelijk wankeler testament, te achterhalen. Waaruit nog eens blijkt dat men in het tussenvonnis de tekst wegens het niet vervullen van vormvereisten heeft afgewezen. En dat is dus zeer betwistbaar.

Rik Torfs
Aspirant N.F.W.O.
K.U. Leuven

VREDEGERECHT TE SINT-GILLIS-BIJ-BRUSSEL

20 JANUARI 1983

Rechter: de h. Rommel

Advocaat: mr. Lievens

Bescherming van het loon — Overdracht — Verzet — Taak van de vrederechter.

Wanneer de overdrager zich verzet tegen het voornemen tot uitvoering van de overdracht van het loon, is de vrederechter, bij de procedure tot bekrachtiging, bevoegd om na te gaan of de contractuele bedingen geldig en tegenwerpelijk zijn, of de overdracht geldig is en of en in hoeverre de schuldenaar in gebreke is gebleven zijn verbintenis uit te voeren, alsmede om diens schuld en het overdraagbaar deel te bepalen en eventueel uitstel van betaling te verlenen.

N.V. K. t/ Van de V. en Van de P.

Overwegende dat de toelaatbaarheid van het verzet niet betwist wordt;

Overwegende dat de N.V. K. ten belope van het bedrag van 17.517 frank de bekrachtiging vordert van de loonoverdracht, door Van de V. en Van de P. verleend tot uitvoering van de terugbetaling van de persoonlijke lening van 24 mei 1976 tegen 5 juni 1978 (59.112 frank);

Dat Van de V. en Van de P. opwerpen dat de N.V. K. hun betalingen verkeerd aanrekende op andere schulden en dat de kwestieuze lening tijdig en volledig terugbetaald werd;

Dat de N.V. K. voorhoudt dat onze bevoegdheid beperkt is tot het nagaan van de naleving van de wettelijke vereisten van de wet van 12 april 1965 betreffende de bescherming van het loon der werknemers en zich niet uitstrekt tot de door Van de V. en Van de P. opgeworpen betwistingen;

Overwegende dat artikel 31 van vermelde wet de vrederechter de bevoegdheid verleent de loonoverdracht te bekrachtigen, begrip waarvan de draagwijdte in casu betwist wordt;

Dat de door de N.V. K. voorgehouden beperking van de rechtsmacht van de vrederechter tot de verificatie van de uitwendige regelmatigheid van de procedure van loonoverdracht als een uitzondering voorkomt op zijn gewone volle

rechtsmacht en daarom ondubbelzinnig uit de wet moet blijken;

Dat, benevens de afwezigheid van dergelijke wettelijke beperking, senator L.E. Troclet tijdens de parlementaire voorbereiding verklaarde dat de vrederechter nauwgezet zal nazien of de overdracht door geen enkel gebrek is aangetast (verslag van de commissie van tewerkstelling, arbeid en sociale voorzorg voorafgaandelijk de wet van 12 april 1965, *Parl. St., Senaat*, 1964-65, nr. 15, p. 92);

Dat het feit dat in laatste aanleg uitspraak wordt gedaan (art. 31) de beweerdte beperkte rechterlijke bevoegdheid niet bewijst en kan ingegeven zijn door een politieke opportuniteitsoverweging, te meer daar de vrederechters in 1965 ruime sociaalrechtelijke bevoegdheden hadden (zie L.E. Trochet, *o.c.*, p. 95);

Dat de vrederechter aldus inzonderheid bevoegd is na te gaan of de contractuele bedingen geldig en tegenstelbaar zijn, of de loonoverdracht geldig is, of in welke maat de schuldenaar in gebreke is gebleven zijn verbintenis uit te voeren, en zijn schuld en het overdraagbaar deel te bepalen met inbegrip van uitstel van betaling;

Overwegende dat partijen het erover eens zijn dat de overdragers in totaal het bedrag van 115.158 frank betaald hebben;

Dat, alvorens uit te maken of de overdragers hun contractuele verplichting tot tijdige en volledige terugbetaling naleefden moet worden bepaald of de N.V. K., die eveneens schuldeiser was hoofdens een debet op zichtrekening, juist aanrekende;

Dat de N.V. K. dit verweermiddel van beweerdte foutieve aanrekening niet beantwoordt;

Mitsdien,

Rechtdoende op tegenspraak en in laatste aanleg; verklaren het verzet toelaatbaar; alvorens recht te doen, bevelen de heropening van de debatten ter zitting van dinsdag 1 maart 1983 te 9 uur; reserveren het overige.

RECHTSPRAAK IN KORT BESTEK

Hof van Cassatie (1e Kamer), 8 oktober 1981

Burgerlijke rechtspleging — Rechtsmiddelen — Cassatieberoep — Uiteenzetting van de middelen — Onvolledig afschrift van het verzoekschrift — Nietigheid.

In het afschrift van het cassatieberoep dat aan verweerder is betekend ontbreekt een blad van het verzoekschrift. Het daaruit afgeleide middel van niet-ontvankelijkheid van het cassatieberoep wordt als volgt verworpen:

«Overwegende dat uit het afschrift van het aan verweerder betekende cassatieverzoekschrift blijkt dat een blad ontbreekt, dat over het middel van eiser handelde, en is vervangen door een blad uit een ander cassatieverzoekschrift dat met dit geschil niets te maken heeft;

«Overwegende dat volgens artikel 1080 van het Gerechtelijk Wetboek zowel het afschrift als het origineel van het

verzoekschrift op straffe van nietigheid de uiteenzetting van de middelen van de eisende partij, haar conclusie en de vermelding van de wettelijke bepalingen waarvan de schending wordt aangevoerd, moet bevatten;

«Overwegende dat de nietigheid wegens een onregelmatigheid, zoals ten deze het afschrift van het verzoekschrift met onvolledige uiteenzetting van de middelen, niet behoort tot de in artikel 862, § 1, van het Gerechtelijk Wetboek opgesomde nietigheden, en waarvoor de regel van artikel 861 van hetzelfde wetboek niet geldt;

«Overwegende dat uit de gegevens van het middel van niet-ontvankelijkheid niet blijkt dat de aangevoerde onregelmatigheid verweersters belangen heeft geschaad;

«Dat het middel van niet-ontvankelijkheid niet kan worden aangenomen.»

(Voorzitter: ridder de Schaetzen — Raadsheer-rapporteur: de h. Mahillon — Eerste advocaat-generaal: de h. Charles — Advocaten: mrs. Dasse en Bayart — In de zaak: De K. t/ G.)

Hof van Cassatie (1e Kamer), 13 november 1981

Burgerlijke rechtspleging — Internationale rechtsmacht — Europees Bevoegdheids- en Executieverdrag — Uitvoeringsbeding in factuurvoorwaarden — Vormvereisten.

Het bestreden arrest van 6 maart 1979 van het Hof van Beroep te Antwerpen oordeelde dat een factuurclausule m.b.t. de plaats van de uitvoering van de verbintenis, die op grond van art. 5, 1°, Europees Bevoegdheids- en Executieverdrag een bevoegdheidsprorogatie tot gevolg heeft, niet aan de voorwaarden van art. 17 van voormeld verdrag moet voldoen.

Het Hof van Cassatie verwerpt als volgt de cassatievoorziening:

«Overwegende dat het onderdeel een vraag betreffende de interpretatie van het Verdrag van 27 september 1968 doet rijzen; dat er evenwel geen aanleiding is om toepassing te maken van artikel 3 van het Protocol van 3 juni 1971, gelet op het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen in de zaak 56/79, waarbij de vraag reeds is beslecht;

«Overwegende dat, indien de plaats waar een verbintenis uit overeenkomst moet worden uitgevoerd, door partijen is aangewezen door middel van een clausule die — wat ten deze niet wordt betwist — volgens het nationale recht dat de overeenkomst beheerst, geldig is, het gerecht van die plaats ingevolge artikel 5.1 van het Verdrag van 27 september 1968 bevoegd is om van geschillen met betrekking tot die verbintenis kennis te nemen, onverschillig of de in artikel 17 bedoelde vormvoorschriften al dan niet in acht zijn genomen;

«Overwegende dat het onderdeel faalt naar recht.»

(Voorzitter: de h. Janssens — Raadsheer-rapporteur: de h. Lebbe — Advocaat-generaal: de h. Ballet — Advocaten: mrs. De Gryse en van Hecke — In de zaak: A.M. t/ W.D.).

NOOT—Zie H.v.J., 17 januari 1980, *J.T.*, 1980, 314, *J. Dr. Int.*, 1980, 435, noot Holleaux, D., en *Rev. C. Dr. Int. priv.*, 1980, 385, noot Mezger, E.; Laenens, J., *De bevoegdheidsovereenkomsten naar Belgisch recht*, Antwerpen, 1981, 156-158, 537-539.

Hof van Cassatie (1e Kamer), 10 december 1981

Burgerlijke rechtspleging — Rechtsmiddelen — Termijn van hoger beroep — Betekening van het vonnis door een overleden partij — Gevolgen.

«Overwegende dat de coöperatieve vennootschap M.K. en M.B. door eiser D. werden gedagvaard tot betaling van 500.000 frank met de gerechtelijke interest en de kosten;

«Dat M.B. op 29 mei 1977 is overleden, en dat haar ouders A.B. en A.M., alsmede haar broer J.B., het geding hebben hervat; dat de Rechtbank van Eerste Aanleg te Oudenaarde bij vonnis van 17 januari 1978 de eis verwerpt en eiser veroordeelt in de kosten;

«Overwegende dat het vonnis op 2 maart 1978 aan eiser werd betekend ten verzoeken van de coöperatieve vennootschap en van de reeds overleden M.B.; dat geen betekening werd gedaan uit naam van haar ouders en broer;

«Overwegende dat, wanneer slechts een van de partijen, ten deze de coöperatieve vennootschap, het in eerste aanleg gewezen vonnis laat betekenen aan de tegenpartij, ten deze D., de termijn voor het hoger beroep van deze tegenpartij, D., gericht tegen de andere partijen, A.B., A.M. en J.B., die het vonnis niet hebben laten betekenen, in principe niet begint te lopen;

«Overwegende dat het arrest van deze regel afwijkt door de termijn voor het hoger beroep van eiser tegenover de verweerders B. en M. te doen ingaan bij de betekening van het vonnis enkel ten verzoeken van de coöperatieve vennootschap M.K.;

«Overwegende dat het arrest de bedoelde regel schendt, door ervan af te wijken om de enkele reden dat het beroepen vonnis op 2 maart 1978 rechtsgeldig aan de eiser werd betekend door de samenwerkende vennootschap'».

(Eerste voorzitter: de h. Wauters — Raadsheer-rapporteur: de h. Janssens — Advocaat-generaal: mevr. Lieken-dael — Advocaten: mrs. De Gryse en Bayart — In de zaak: D. t/ B.)

Hof van Cassatie (2e Kamer), 9 maart 1982

Gemeentebelasting — Beslissing van bestendige deputatie — Cassatieberoep van belastingplichtige — Betekening binnen tien dagen na de verklaring.

«Overwegende dat de beslissing uitspraak doet inzake een gemeentebelasting tot dekking van de kosten van wegenwerken;

«Overwegende dat, luidens de artikelen 4 van de wet van 22 januari 1849, als gewijzigd door artikel 53 vervat in artikel 3 van de wet van 10 oktober 1967 houdende het Gerechtelijk Wetboek, 2 van de wet van 22 juni 1865, 2 van de wet van 18 maart 1874 en 16 van de wet van 22 juni 1877, de

voorziening, op straffe van verval, binnen tien dagen moet worden betekend aan de partij tegen wie zij gericht is;

«Overwegende dat uit de stukken waarop het Hof acht vermag te slaan, niet blijkt dat zodanige betekening aan verweerster is gedaan;

«Dat de voorziening niet ontvankelijk is.»

(Voorzitter: de h. Châtel — Raadsheer-rapporteur: de h. Caenepeel — Advocaat-generaal: de h. Krings — In de zaak C. t/ Stad Aarschot)

Hof van Cassatie (2e Kamer), 9 maart 1982

Gemeentebelasting — Beslissing van bestendige deputatie — Cassatieberoep — Gevolmachtigde — Neerlegging van de volmacht — Vorm — Termijn.

«Overwegende dat, naar luid van artikel 4 van de wet van 22 januari 1849, dat ingevolge de artikelen 2 van de wet van 22 juni 1865, 13 van de wet van 5 juli 1871 en 16 van de wet van 22 juni 1877 toepasselijk is in zaken van directe provincie- en gemeentebelastingen, de verklaring van beroep in cassatie wordt gedaan 'in persoon of door een gevolmachtigde';

«Overwegende dat de lasthebber van zijn volmacht moet doen blijken; dat te dien einde de volmacht, indien ze niet bij de akte van cassatieberoep is gevoegd, ter griffie van het Hof moet worden neergelegd binnen de bij artikel 420bis, tweede lid, van het Wetboek van Strafvordering bepaalde termijn, ten einde het Hof in de mogelijkheid te stellen de geldigheid en de draagwijdte ervan te beoordelen;

«Overwegende dat, nu die rechtsvorm niet is nageleefd, de voorziening niet ontvankelijk is.»

(Voorzitter: de h. Châtel — Raadsheer-rapporteur: de h. Caenepeel — Advocaat-generaal: de h. Krings — In de zaak: Van den B. t/ Stad Aalst)

Hof van Cassatie (2e Kamer), 9 maart 1982

Betekening en kennisgeving — Aan buitenlandse vennootschap met bedrijfszetel in België — Betekening in België ongedaan — Art. 293, § 1, W.I.B.

«Over de grond van niet-ontvankelijkheid door verweerster opgeworpen en hieruit afgeleid dat, luidens artikel 40 van het Gerechtelijk Wetboek, de betekening aan de buitenlandse woonplaats ongedaan is indien de partij de Belgische verblijfplaats kende van degene aan wie betekend wordt, dat deze bepaling toepassing vindt in het geval dat de vestiging in België van een buitenlandse vennootschap bekend was en dat eiser wist dat verweerster een vestiging had in België;

«Overwegende dat uit de regelmatig door de partijen overgelegde stukken blijkt: 1) dat het bestreden arrest gewezen is ten aanzien van verweerster, waarvan de maatschappelijke zetel gevestigd is te Genève, Route des Acacias, 50-52, met vestiging te Antwerpen, Wilmingtonstraat, H.R. Antwerpen nr. 198.189; 2) dat eisers voorziening bij deurwaardersexploot van 28 november 1980 werd betekend

door toezending van een kopie van het exploit en van het verzoekschrift aan het adres van verweerster in het buitenland;

«Overwegende dat het Gerechtelijk Wetboek met betrekking tot de betekening bepaalt: 1. onder verblijfplaats moet worden verstaan iedere andere vestiging dan de woonplaats, zoals de plaats waar de persoon kantoor houdt of een handels- of nijverheidszaak drijft (artikel 36); 2. ten aanzien van hen die in België geen gekende verblijfplaats hebben, stuurt de gerechtsdeurwaarder bij een ter post aangetekende brief het afschrift van de akte aan hun woonplaats of aan hun verblijfplaats in het buitenland (artikel 40); 3. de betekeningen worden gedaan aan buitenlandse vennootschappen op hun maatschappelijke zetel, op hun filiaal of op hun bedrijfszetel in België (artikel 42, 6°); 4. de betekening in het buitenland is ongedaan indien de partij op wier verzoek ze verricht is, de verblijfplaats in België van degene aan wie betekend wordt, kende (artikel 40, vierde lid);

«Overwegende dat uit de omstandigheid dat eiser zelf in zijn verzoekschrift betreffende verweerster vermeldt: 'met vestiging in België te 2030 Antwerpen, Wilmingtonstraat, ingeschreven in het handelregister te Antwerpen onder het nummer 198.189', blijkt dat hij de bedrijfszetel te Antwerpen kende;

«Overwegende dat derhalve de betekening van 28 november 1980 als ongedaan moet worden beschouwd; dat daaraan niet afdoet de bepaling van artikel 293, § 1, van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen, volgens welke de deurwaarders de te betekenen exploiten bij ter post aangetekende brief mogen toezenden; dat die bepaling slechts betrekking heeft op de vorm van de betekening en geen afbreuk doet aan de regels die voorschrijven aan welk adres moet worden betekend;

«Dat de voorziening niet ontvankelijk is.»

(Voorzitter: de h. Châtel — Raadsheer-rapporteur: de h. Caenepeel — Advocaat-generaal: de h. Krings — Advocaten: mrs. Claeys Bouúaert en van Hecke — In de zaak: Belgische Staat t/ Vennootschap naar Zwitsers recht D.)

NOOT—Zie Cass., 28 september 1979, *R.W.*, 1979-80, 2193. Vgl. voorts enerzijds A. Fettweis, *J.T.*, 1981, 407, voetnoot 31 in fine, en anderzijds M. Regoux-Masson, *J.T.*, 1981, 194.

Het bestreden arrest van Hof Antwerpen, 4 september 1980 is gepubliceerd in *R.W.*, 1980-81, 1404, met advies van het openbaar ministerie.

Hof van Cassatie (2e Kamer), 9 maart 1982

Inkomstenbelastingen — Arbeidsongevallenvergoeding ten gevolge van een feit dat een oorlogsfeit is — Getroffene ontvangt als burgerlijk oorlogsslachtoffer geen herstelpensioen omdat de arbeidsongevallenvergoeding hoger is — Vrijstelling ten belope van het herstelpensioen — Onwettig.

Het bestreden arrest (Hof Antwerpen, 22 mei 1980), dat beslist dat de arbeidsongevallenvergoeding die verweerster ontvangt, krachtens art. 41, § 1, 2°, W.I.B. van belasting

is vrijgesteld ten belope van het bedrag van het pensioen waarop hij als burgerlijk oorlogsinvalide aanspraak kon maken, wordt op de volgende gronden vernietigd:

«Overwegende dat de ten laste van de Schatkist aan burgerlijke slachtoffers van de oorlog 1940-1945 toegekende pensioenen of renten, krachtens artikel 41, § 1, 2°, van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen, gewijzigd bij wet van 5 januari 1976, belastingvrij zijn; dat de arbeidsongevallenvergoedingen daarentegen, op grond van artikel 32bis van hetzelfde wetboek, gewijzigd bij dezelfde wet, belastbare bedrijfsinkomsten uitmaken;

«Overwegende dat artikel 5, § 1, eerste lid, van de wet van 15 maart 1954 betreffende de herstelpensioenen voor de burgerlijke slachtoffers van de oorlog 1940-1945 en hun rechthebbenden, gewijzigd bij de wet van 6 juli 1964, bepaalt: 'De bij deze wet toegekende pensioenen en uitkeringen vormen ten gunste van het slachtoffer een forfaitaire schadeloosstelling; elke vergoeding uitgekeerd wegens hetzelfde schadelijke feit wordt daarvan afgetrokken, met uitzondering van de vergoeding die het gevolg is van een individuele verzekering';

«Overwegende dat uit deze bepaling voortvloeit dat, wanneer een oorlogsfeit tevens een arbeidsongeval uitmaakt, de getroffene geen aanspraak heeft op een pensioen als burgerlijk oorlogsslachtoffer dan in de mate dat zulk een pensioen de arbeidsongevallenvergoedingen overtreft;

«Overwegende derhalve dat, nu verweerster ten deze enkel arbeidsongevallenvergoedingen geniet omdat die hoger zijn dan het burgerlijk oorlogspensioen, het arrest artikel 41, § 1, 2°, van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen schendt door die vergoedingen ten dele belastingvrij te verklaren.»

(Voorzitter: de h. Châtel — Raadsheer-rapporteur: de h. Rauws — Advocaat-generaal: de h. Krings — Advocaat: mr. Dierckx — In de zaak: Belgische Staat t/ M.)

Hof van Cassatie (2e Kamer), 23 maart 1982

Wegverkeer — Voorrang — Verplichtingen van de voorranghebbende — Voorschrift van art. 9.3 Wegverkeersreglement.

«Overwegende dat het vonnis (Corr. Ieper, 17 september 1981), na te hebben vastgesteld dat de wagen, bestuurd door verweerster, 'eerder in het midden van de rijbaan reed' en dat de aanrijding tussen beide voertuigen op een kruispunt plaatshad, verweerster van de haar ten laste gelegde overtreding van artikel 9.3 van het Wegverkeersreglement vrijspreekt en de rechtbank onbevoegd verklaart om kennis te nemen van de vordering van eiser, op grond dat verweerster 'de voorrang van rechts genoot over de volle breedte van de rijbaan', eiser 'er een overdreven snelheid op nahield, in aanmerking genomen het hoge gras op de grasberm dat het zicht belemmerde', en 'dat verweerster geen enkele fout heeft begaan die in oorzakelijk verband staat met het ongeval';

«Overwegende dat artikel 9.3 van het Wegverkeersreglement aan elke bestuurder die de rijbaan volgt, oplegt zo dicht mogelijk bij de rechterraand van de rijbaan te blijven, buiten de in dit reglement bepaalde uitzonderingsgevallen;

«Dat de enkele omstandigheden dat een bestuurder de voorrang geniet, dat die voorrang zich uitstrekt over de hele breedte van de weg en dat een andere chauffeur te snel zou hebben gereden, eerstgenoemde er niet van ontslaat die wettelijke bepaling in acht te nemen;

«Overwegende dat voormelde consideransen niet de vaststelling inhouden dat verweerster, met inachtneming van de omstandigheden van de zaak, zo dicht mogelijk bij de rechterrand van de rijbaan is gebleven, zodat zij niet volstaan om de beslissing wettelijk te verantwoorden.»

(Voorzitter: de h. Châtel — Raadsheer-rapporteur: de h. Matthijs — Eerste advocaat-generaal: de h. Charles — Advocaat: mrs. De Gryse — In de zaak: R. t/ P. e.a.).

NOOT—Zie Cass., 9 januari 1979, *R.W.*, 1979-80, 791; 30 juni 1970, *Arr. Cass.*, 1970, 1025; 6 maart 1967, *Arr. Cass.*, 1967, 849.

Hof van Cassatie (1e Kamer), 26 maart 1982

1. Wegverkeer — Richtingsverandering — Naar links afslaan — Verplichtingen opgelegd door artt. 10.1 en 19.3, 2°, a, Wegverkeersreglement — 2. Vonnissen en arresten — Motivering — Onduidelijk.

Het bestreden vonnis (Rb. Veurne, 27 november 1980) wordt op de volgende gronden vernietigd:

«Wat het eerste onderdeel betreft:

«Overwegende dat het beroepen vonnis, waarvan eiser in zijn conclusie de bevestiging vroeg, vaststelde dat de aangestelde van verweerster nagelaten had zich naar links van de rijbaan te begeven alvorens links af te slaan; dat eiser in zijn conclusie ook had doen gelden dat de aangestelde van verweerster geen rekening had gehouden met de voertuigen die volgden;

«Overwegende dat het bestreden vonnis oordeelt dat 'de enige vraag die moet worden beantwoord de volgende is: was (eiser) al dan niet zijn inhalingsmaneuver begonnen op het ogenblik dat (de aangestelde van verweerster) begon links af te slaan'; dat het aldus impliciet aanneemt dat de vragen of de aangestelde van verweerster vooraf had uitgekoken naar het verkeer dat volgde en of hij zich vooraf naar links had begeven, ter zake zonder belang zijn;

«Overwegende dat, krachtens artikel 19.1 van het Wegverkeersreglement, de bestuurder, die naar rechts of naar links wil afslaan om de rijbaan te verlaten, er zich vooraf van moet vergewissen dat hij dit kan doen zonder gevaar voor de andere weggebruikers vooral rekening houdend met de verdragingsmogelijkheden van de achterliggers; dat, krachtens artikel 19.3, 2°, a, van dat reglement, de bestuurder die links afslaat, op een rijbaan met tweerichtingsverkeer, zich naar links moet begeven zonder de tegenliggers te hinderen; dat de verplichting er zich vooraf van te vergewissen of de richtingsverandering kan worden uitgevoerd zonder gevaar voor de andere weggebruikers slechts ophoudt wanneer degene die links wil afslaan, nadat hij zijn voornemen duidelijk en tijdig genoeg kenbaar heeft gemaakt, zich ook effectief naar links heeft begeven;

«Overwegende dat het vonnis, door te beslissen dat de aangestelde van verweerster geen schuld heeft, zonder na te

gaan of hij de door artikelen 19.1 en 19.3, 2°, a, van het Wegverkeersreglement opgelegde verplichtingen heeft nageleefd, en of een eventueel verzuim met betrekking tot die verplichtingen al dan niet in oorzakelijk verband was met het ongeval, de evenvermelde wettelijke bepalingen over het hoofd ziet en derhalve die bepalingen en de artikelen 1382 en 1383 van het Burgerlijk Wetboek schendt;

«Dat het onderdeel in zoverre gegrond is;

«Wat het derde onderdeel betreft:

«Overwegende dat het vonnis de beslissing laat steunen op de vaststelling dat, toen de aangestelde van verweerster links begon af te slaan, eiser zijn inhalingsmaneuver nog niet aangevangen had; dat het die vaststelling afleidt uit de berekening van de tijdsspanne die eiser, gelet op zijn snelheid, nodig had om de afstand van 12 meter, die de lengte van de door zijn voertuig nagelaten remsporen uitmaakt, af te leggen en uit de berekening van de afstand die het voertuig van verweerster, gelet op zijn vermoedelijke snelheid, in één seconde kon afleggen;

Overwegende dat het vonnis de afstand niet bepaalt welke het voertuig van verweerster tijdens zijn afslaan beweging in werkelijkheid aflegde; dat het in dit verband uitdrukkelijk het gegeven van de situatieschets betreffende de plaats van het ongeval, als zonder bewijswaarde, verworpt;

«Overwegende dat, bij ontstentenis van die precisering, de redengeving van het vonnis het niet mogelijk maakt uit te maken hoe de rechtbank, op grond van de respectieve snelheden van de voertuigen, tot het besluit komt dat de aangestelde van verweerster reeds begon af te slaan voordat eiser zijn inhalingsmaneuver aanving;

«Overwegende dat het vonnis, wegens dit gebrek aan duidelijkheid, niet regelmatig met redenen is omkleed;

«Dat het onderdeel in zoverre gegrond is.»

(Voorzitter: de h. Janssens — Raadsheer-rapporteur: de h. Lebbe — Advocaat-generaal: de h. Declercq — Advocaat: mr. Dasse — In de zaak: Van G. t/ P.V.B.A. G.)

Rb. Mechelen (1e Kamer), 5 mei 1981

Europese Gemeenschappen — Verhuring van herberg met exclusiviteit van levering van dranken — Rechtsgeldigheid — Art. 85, lid 1, E.E.G. — Verordening nr. 67/67 — Generieke vrijstelling.

Appellante, een brouwerij, die een herberg aan geïntimeerde had verhuurd met beding van exclusiviteit voor appellant om dranken te leveren, had geïntimeerde voor de vrederechter gedagvaard in verband met het feit dat hij het gehuurde voortijdig had verlaten. De eerste rechter (Vred. Willebroek, 22 april 1977) heeft de overeenkomst nietig verklaard op grond dat zij in strijd is met art. 85 E.E.G. Na erop te hebben gewezen dat de feitenrechter niet verplicht is een vraag tot uitlegging aan het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen te stellen, beslist de rechtbank:

«Het Hof van Justitie heeft in zijn arrest van 12 december 1967 beslist dat 'overeenkomsten waarin een onderneming zich verbindt door een bepaalde onderneming — met uitsluiting van alle anderen — waren te doen leveren, niet reeds uit dien hoofde onverenigbaar zijn met de E.E.G.-markt, doch dat dit laatste nochtans het geval kan zijn

wanneer zij, op zich zelf dan wel te samen met andere overeenkomsten beschouwd, in samenhang met de economische en juridische omstandigheden waarin zij zijn aangegaan — en met name als gevolg van het bestaan van soortgelijke overeenkomsten en van de cumulatieve werking welke van deze overeenkomsten gezamenlijk uitgaat — de handel tussen lid-staten nadelig kunnen beïnvloeden en ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging wordt verhindert, beperkt of vervalst.

«Dit arrest houdt dus geen absoluut verbod voor brouwerijovereenkomsten in, zoals door de eerste rechter ten onrechte wordt beslist.

«Tot op heden heeft nog geen enkele jurisdictie het bewijs van het samen aanwezig zijn van de verscheidene voorwaarden, waarvan hierboven sprake, kunnen leveren en, zelfs ware dit het geval, moet nog worden nagegaan of een dergelijke overeenkomst niet vrijstelling per categorie geniet voorzien in het reglement 67/67 dat door de Europese Commissie genomen werd ter uitvoering van het Verdrag van Rome.

«In tegenstelling met wat door geïntimeerde wordt beweerd, is dit probleem opgelost door het Hof van Justitie te Luxemburg in zijn arrest van 1 februari 1977, zaak nr. 47/76, waarbij werd beslist: 'Van overeenkomsten waarbij slechts twee ondernemingen uit één lid-staat partij zijn en waarbij de ene zich verplicht bepaalde voor wederverkoop bestemde produkten slechts van de andere te betrekken — en niet de in art. 3 van verordening 67/67 onderschreven kenmerken vertonen — geldt de in die verordening voorziene generieke vrijstelling, voor zover bij gebreke van zodanige vrijstelling het verbod van art. 85, lid 1, van het E.E.G.-verdrag er op van toepassing is' (J.T., 1978, 742, met noot van Daniel Sterckx).

«Het is dus niet meer nodig een prejudiciële vraag hieromtrent aan het Hof van Justitie te stellen aangezien op een dergelijke vraag reeds een duidelijk antwoord is gegeven.

«De overeenkomst dd. 1 oktober 1973 is dan ook geldig en het incidenteel beroep is niet gegrond.»

(Voorzitter: de h. Wauters — Rechter: de hh. Peeters en Simons — Advocaten: mrs. Smits en Marijnen — In de zaak: N.V. Brouwerij H. t/P.)

Rb. Antwerpen (7e Kamer), 13 september 1982

Overeenkomst — Meer-partijen-overeenkomst — Verzekeringsovereenkomst — Totstandkoming — Toestemming van alle betrokken partijen.

Op 6 december 1978 breekt brand uit in een woonhuis dat door eiser werd verhuurd. De aansprakelijkheid van de huurder voor de brand staat vast. Eiser vordert nu herstel van verweerster, verzekeraar van de huurder. In de betrokken verzekeringsovereenkomst werd bedongen dat een tweede verzekeraar optreedt als medeverzekeraar. Op het ogenblik van het schadegeval was de polis echter nog niet ondertekend door deze laatste verzekeraar. Eiser houdt staande dat de polis onder te verdelen valt in twee afzonderlijke en onafhankelijke overeenkomsten, de ene de verzekering tussen huurder en de verweerster en de tweede tus-

sen huurder en de medeverzekeraar. De rechtbank wijst de vordering van eiser af:

«Overwegende dat deze polis als één enkel geheel dient te worden beschouwd; dat zij in één enkele akte opgesteld werd; dat zij bedoeld was als vervangend het contract nr. 478.565 en het contract Le Globe; dat zij een medeverzekering met Le Globe voorziet; (...)

«Overwegende dat de polis, één geheel vormend, vervangend de vorige polissen van de huurder, wijzigend de bedingen van deze vorige polissen omtrent de verzekerde gebouwen en/of de verzekerde waarden, bedoeld als een medeverzekering, noodzakelijk de goedkeuring en de handtekening van Le Globe moest dragen;

«Overwegende dat alleen reeds wegens dit laatste argument het contract niet tot stand gekomen was op de datum van de brand.»

(Voorzitter: de h. Massa — Openbaar ministerie: mevr. Sevens — advocaten: mrs. Silance en Eliaerts — In de zaak: C. t/ N.V. A.).

NOOT — Over de totstandkoming van meer-partijen-overeenkomsten: E. Dirix, «Meer-partijen-overeenkomsten», *R.W.*, 1981-82, (1585), 1593-1594, nr. 5; Y.G. Blei Weissmann, «Overzicht van rechtspraak. Enkele belangrijke arresten van de Hoge Raad der Nederlanden (1976-1979)», *T.P.R.*, 1980, 929-934, nr. 38; H. Drion, «De meerpartijenovereenkomst en zijn problemen», in *Lugdunum Batavorum Juri Sacrum 1882-1982*, Kluwer, Deventer, 1982, 1 e.v.

EUROPEES RECHT

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

Zaak 104/81 — Hauptzollamt Mainz/Kupferberg (prejudiciël) — *Gevolgen van vrijhandelsakkoorden — Belastingdiscriminatie* — 26 oktober 1982

Het Bundesfinanzhof heeft enkele prejudiciële vragen gesteld over de uitlegging van artikel 95 EEG-Verdrag en van artikel 21, eerste alinea, van de op 22 juli 1972 te Brussel ondertekende Overeenkomst tussen de Europese Economische Gemeenschap en de Republiek Portugal.

De hoofdzaak betreft een geschil tussen een Duitse importeur en de Duitse douaneautoriteiten over het tarief van de Monopolausgleich die van een op 26 augustus 1976 ingeklaarde partij portwijn uit Portugal was gegeven.

De monopolausgleich wordt gegeven bij invoer van gedistilleerd en van produkten waaraan gedistilleerd is toegevoegd (onder meer likeurwijnen met een alcoholgehalte van meer dan 14 volumepercenten).

Op grond van bovengenoemde Overeenkomst stelde het Finanzgericht, waarbij de importeur in beroep was gekomen, de ingevoerde portwijn gelijk met binnenlandse likeurwijn, waaraan in coöperatieve vruchtendistilleerderijen geproduceerd gedistilleerd is toegevoegd, en verlaagde de aanslag.

Het Hauptzollamt stelde cassatieberoep in bij het Bundesfinanzhof, dat het Hof de volgende vragen heeft voorgelegd:

1. «Is artikel 21, eerste alinea, van de bij verordening nr. 2844/72 van de Raad van 19 december 1972 goedgekeurde en gepubliceerde Overeenkomst tussen de Europese Economische Gemeenschap en de Republiek Portugal van 22 juli 1972 rechtstreeks toepasselijk en doet het rechten ontstaan voor de individuele marktdeelnemer?

Zo ja: behelst het een discriminatieverbod overeenkomstig artikel 95, eerste alinea, EEG-Verdrag en geldt het ook voor de invoer van portwijn?

2. Indien de onder 1 gestelde vragen bevestigend worden beantwoord:

a) Kan reeds worden gesproken van discriminatie in de zin van het discriminatieverbod van artikel 95, eerste alinea, EEG-Verdrag of artikel 21, eerste alinea, van de overeenkomst EEG/Portugal, wanneer ingevolge de nationale belastingbepalingen zuiver juridisch en in abstracto gezien sprake kan zijn van een bevoordeling van gelijksoortige binnenlandse produkten (potentiële discriminatie), of is alleen dan sprake van discriminatie in de zin van voornoemde bepalingen, wanneer vergelijking in concreto van de belastingdruk een fiscale bevoordeling van gelijksoortige binnenlandse produkten uitwijst?

b) Dient krachtens artikel 95 EEG-Verdrag of artikel 21, eerste alinea, van de overeenkomst EEG/Portugal op een uit een andere Lid-Staat of uit Portugal afkomstig produkt, dat bij invoer in dezelfde mate wordt belast als een geheel gelijksoortig binnenlands produkt, het gereduceerde belastingtarief te worden toegepast dat volgens het nationale recht voor een ander produkt geldt, dat ook nog als gelijksoortig aan het ingevoerde produkt in de zin van artikel 95, eerste alinea, EEG-Verdrag kan worden beschouwd?»

De eerste vraag valt uiteen in drie gedeelten.

1. Het Bundesfinanzhof vraagt in de eerste plaats of de Duitse importeur zich voor de Duitse rechter kan beroepen op artikel 21 van de Overeenkomst EEG/Portugal.

De Deense, Duitse, Franse en Britse regeringen hebben vooral de nadruk gelegd op de vraag of een bepaling van een tussen de Gemeenschap en de EVA-landen gesloten overeenkomst rechtstreekse werking in de Lid-Staten van de Gemeenschap kan bezitten.

In het Verdrag tot oprichting van de EEG is de instellingen de bevoegdheid verleend om niet alleen binnen de Gemeenschap toepasselijke handelingen vast te stellen, maar ook om overeenkomsten met derde landen en met internationale organisaties te sluiten. Bijgevolg dienen zowel de instellingen als de Lid-Staten te waarborgen dat uit dergelijke overeenkomsten voortvloeiende verplichtingen worden nageleefd.

Wegens hun gemeenschapsrechtelijk karakter dienen bepalingen van dergelijke overeenkomsten binnen de Gemeenschap geen verschillend effect te sorteren naar gelang zij in de praktijk door de gemeenschapsinstellingen of door de Lid-Staten worden toegepast, en in dit laatste geval, afhankelijk van de vraag hoe de werking van door hen gesloten internationale overeenkomsten in de interne rechtsorde van de onderscheiden Lid-Staten wordt beoordeeld.

Het staat aan het Hof de eenvormige toepassing daarvan in de gehele Gemeenschap te waarborgen. Volgens de algemene beginselen van het volkenrecht moet iedere overeen-

komst door partijen te goeder trouw worden uitgevoerd. Ofschoon elk der partijen verantwoordelijk is voor de volledige uitvoering van de door haar aangegane verbintenissen, mag zij toch bepalen welke juridische maatregelen voor het bereiken van dit doel in haar rechtsorde zijn aangewezen, mits deze niet in de overeenkomst zelf zijn vastgelegd.

Zoals de regeringen hebben opgemerkt, worden in het kader van de vrijhandelsakkoorden gemengde comités opgericht, die toezien op de goede uitvoering van deze akkoorden.

Het feit dat partijen een bijzonder institutioneel kader voor raadplegingen en onderling overleg over de uitvoering van de overeenkomst hebben voorzien, volstaat niet om iedere toepassing van de overeenkomst door de rechter uit te sluiten.

Met betrekking tot de vrijwaringsclausules, die partijen toestaan van sommige bepalingen van de overeenkomst af te wijken, moet worden opgemerkt dat deze slechts onder bepaalde voorwaarden en in beginsel alleen nadat zij in aanwezigheid van beide partijen in het gemengd comité zijn onderzocht, van toepassing zijn.

Uit het voorgaande volgt dat noch de aard noch de opzet van de overeenkomst met Portugal zich ertegen verzet dat een marktdeelnemer voor een rechterlijke instantie in de Gemeenschap een beroep doet op een bepaling van deze overeenkomst.

Niettemin moet de vraag, of een dergelijke bepaling onvoorwaardelijk en voldoende duidelijk is om rechtstreekse werking te hebben, worden onderzocht in het kader van de overeenkomst waarvan zij deel uitmaakt.

Voor de beantwoording van de vraag betreffende de rechtstreekse werking, moet derhalve deze bepaling eerst worden onderzocht in het licht van de aard en het doel van de overeenkomst en haar context.

Genoemde overeenkomst beoogt een stelsel van vrijhandel te scheppen in het kader waarvan de handelsbeperkende regelingen voor vrijwel het gehele handelsverkeer in produkten die van het grondgebied van partijen afkomstig zijn, worden opgeheven, hoofdzakelijk door de afschaffing van douanerechten en heffingen van gelijke werking en van kwantitatieve beperkingen en maatregelen van gelijke werking.

In dit verband beoogt artikel 21, eerste alinea, van de Overeenkomst te voorkomen dat de door bovengenoemde maatregelen bereikte liberalisering van het goederenverkeer niet ongedaan wordt gemaakt door belastingmaatregelen van partijen.

Artikel 21, eerste alinea, van de Overeenkomst legt partijen derhalve een onvoorwaardelijk discriminatieverbod op fiscaal gebied op, dat geldt zodra vaststaat dat onder een bepaald belastingstelsel vallende produkten gelijksoortig zijn en waarvan de grenzen rechtstreeks uit het doel van de overeenkomst voortvloeien.

Het Hof antwoordt derhalve op dit onderdeel van de eerste vraag dat artikel 21, eerste alinea, van de Overeenkomst rechtstreeks toepasselijk is.

2. Het Bundesfinanzhof vraagt verder of genoemde bepaling een aan artikel 95 EEG-Verdrag analoog discriminatieverbod behelst.

Beide artikelen hebben weliswaar hetzelfde doel, namelijk afschaffing van belastingdiscriminatie, doch moet elk

van beide bepalingen, die overigens in verschillende bewoordingen zijn gesteld, in haar eigen kader worden uitgelegd.

Artikel 21, eerste alinea, van de Overeenkomst moet dus overeenkomstig zijn bewoordingen en met inachtneming van zijn doelstelling in het kader van het bij die overeenkomst ingevoerde vrijhandelsstelsel worden uitgelegd.

3. De vraag of artikel 21 ook geldt voor portwijn, wordt door het Hof bevestigend beantwoord.

De tweede vraag

Met deze vraag wenst het Bundesfinanzhof de nodige uitleggingsgegevens te verkrijgen om te kunnen uitmaken of de fiscale behandeling van de ingevoerde portwijn in strijd is met artikel 21, eerste alinea, van de Overeenkomst.

Met vraag twee a) wenst het Bundesfinanzhof te vernemen of de Bondsrepubliek Duitsland op grond van artikel 21, eerste alinea, van de Overeenkomst de heffing op gedistilleerd in volle omvang op het aan portwijn toegevoegde gedistilleerd kan toepassen, dan wel of deze bepaling de Bondsrepubliek verplicht het verlaagde belastingtarief toe te passen, dat krachtens de destijds geldende paragrafen 79, lid 2, Branntweinmonopolgesetz gold voor het door vruchtendistilleerderijen in het kader van hun distillatieright geproduceerde gedistilleerd. Op de markt in de Bondsrepubliek Duitsland bestond geen gedistilleerd dat kon worden toegevoegd aan wijn met het doel om een wijn te produceren die vergelijkbaar was met likeurwijn en die onder de voor coöperatieve vruchtendistilleerderijen voorziene belastingverlaging kon vallen.

Onder deze omstandigheid wordt geen afbreuk gedaan aan de door de Overeenkomst nagestreefde liberalisering van het handelsverkeer tussen de Gemeenschap en Portugal, doordat genoemde belastingverlaging niet op portwijn wordt toegepast.

Het Hof is derhalve van oordeel dat geen sprake is van een discriminatie in de zin van artikel 21, eerste alinea, van de Overeenkomst.

Vraag 2 b) luidt of meergenoemd artikel 21 aldus moet worden uitgelegd dat onder «gelijksoortige produkten» niet alleen geheel gelijksoortige, doch ook nog als gelijksoortig te beschouwen produkten moeten worden verstaan.

Produkten die zowel naar wijze van vervaardiging als wat betreft hun essentiële kenmerken verschillen, kunnen niet als gelijksoortig in de zin van artikel 21 worden beschouwd. Derhalve kunnen likeurwijnen waaraan gedistilleerd is toegevoegd evenals door natuurlijke gisting verkregen wijn, niet als gelijksoortig in de zin van deze bepaling worden beschouwd.

Het Hof, uitspraak doende, verklaart voor recht:

«1. Artikel 21, eerste alinea, van de Overeenkomst tussen de Gemeenschap en Portugal is rechtstreeks toepasselijk en kan de verschillende deelnemers aan het economisch verkeer rechten verlenen die de rechterlijke instanties moeten handhaven.

2. Het moet overeenkomstig zijn bewoordingen worden uitgelegd, daarbij gelet op het ermee beoogde doel in het kader van door de overeenkomst ingevoerde vrijhandelsstelsel.

3. De bepaling is eveneens van toepassing op de invoer van portwijnen.

4. Zij moet aldus worden verstaan, dat

a) er geen sprake is van discriminatie in de zin van arti-

kel 21, eerste alinea, van de Overeenkomst tussen de Gemeenschap en Portugal, wanneer een Lid-Staat een belastingverlaging die voor bepaalde groepen producenten of soorten produkten is voorzien, niet toepast op produkten van oorsprong uit Portugal, indien er op de markt van de betrokken Lid-Staat geen enkel gelijksoortig produkt bestaat dat daadwerkelijk van die verlaging profiteert;

b) niet als gelijksoortig zijn te beschouwen produkten die onderling zowel door hun vervaardiging als door hun kenmerken verschillen.»

Zaak 221/81 — W. Wolf/Hauptzollamt Düsseldorf (prejudicieel) — *Douanerechten — Als smokkelgoed ingevoerde verdovende middelen* — 26 oktober 1982

Het Finanzgericht Düsseldorf heeft het Hof verscheidene prejudiciële vragen voorgelegd over de toepassing van het gemeenschappelijk douanetarief op illegaal ingevoerde verdovende middelen.

De hoofdzaak heeft betrekking op de invordering van douanerechten ter zake van door Wolf ingevoerde heroïne en cocaïne.

Eerder was Wolf tot acht jaar gevangenisstraf veroordeeld wegens illegale handel in verdovende middelen, die hij in Duitsland en Nederland had aangekocht.

In de verwijzingsbeschikking wordt herinnerd aan 's Hof's uitspraak in de zaak Horvath (arrest van 5 februari 1981), dat een Lid-Staat na de instelling van het gemeenschappelijk douanetarief weliswaar niet meer bevoegd is douanerechten toe te passen op als smokkelgoed ingevoerde en na hun ontdekking vernietigde verdovende middelen, doch dat hij geheel vrij blijft om de gepleegde overtredingen strafrechtelijk te vervolgen.

Aangezien de verdovende middelen in casu niet zijn ontdekt en derhalve niet in beslag zijn genomen en vernietigd, vraagt het Finanzgericht zich af of de inbeslagneming en vernietiging voor de gekozen oplossing beslissend zijn. Het Finanzgericht voegt eraan toe dat, indien inbeslagneming en vernietiging beslissend zouden zijn, het ontstaan van de douaneschuld vaak van het toeval van de ontdekking zou afhangen.

De eerste vraag luidt als volgt:

«Moeten de bepalingen van verordening (EEG) nr. 803/68 van de Raad van 27 juni 1968 en van verordening (EEG) nr. 603/72 van de Commissie van 24 maart 1972 aldus worden verstaan dat zij, met uitzondering van de bepalingen die een regelmatige douaneaangifte van goederen vooropstellen ook rechtstreeks gelden voor de berekening van de douanewaarde van goederen die het douanegebied van de Gemeenschap zijn binnengesmokkeld?»

Alvorens op deze vraag in te gaan, moet eerst worden onderzocht of ter zake van de illegale invoer in de Gemeenschap van verdovende middelen waarin illegaal handel wordt gedreven, een douaneschuld ontstaat.

Verdovende middelen die niet behoren tot een door de bevoegde instanties streng gecontroleerd circuit van verdovende middelen voor medisch en wetenschappelijk gebruik, vallen per definitie onder een algeheel invoer- en verhandelsverbod.

Verdovende middelen die tot het illegale handelscircuit behoren, zijn niet belastbaar indien zij binnen dit circuit

blijven, ongeacht of zij worden ontdekt en vernietigd of aan de waakzaamheid van de douane ontsnappen.

Zoals de verwijzende rechter reeds opmerkte, zou het niet gerechtvaardigd zijn daarbij te onderscheiden tussen verdovende middelen die niet worden ontdekt en die welke onder toezicht van de bevoegde instanties worden vernietigd, aangezien bij een dergelijk onderscheid de heffing van douanerechten van het toeval van ontdekking zou afhangen.

Het Hof, uitspraak doende, verklaart voor recht:

«Er ontstaat geen douaneschuld bij de invoer van verdovende middelen die niet behoren tot het door de bevoegde instanties streng gecontroleerde economische circuit van verdovende middelen die voor medische en wetenschappelijke doeleinden worden gebruikt.»

Gev. zaken 35 en 36/82 — Morson en Jhanjan/Staat der Nederlanden (prejudicieel) — *Vrij verkeer van werknemers* — 27 oktober 1982

De Hoge Raad der Nederlanden heeft twee prejudiciële vragen gesteld over de uitlegging van artikel 177, derde alinea, EEG-Verdrag en van artikel 10 van verordening nr. 1612/68 van de Raad van 15 oktober 1968 betreffende het vrije verkeer van werknemers binnen de Gemeenschap (PB 1968, L 257, blz. 2).

De verzoeksters in de hoofdgedingen, Morson en Jhanjan, die de Surinaamse nationaliteit bezitten, hebben een vergunning tot verblijf in Nederland aangevraagd om zich bij hun dochter respectievelijk zoon te vestigen, die de Nederlandse nationaliteit bezitten en te wier laste zij komen. Blijkens het dossier zijn laatstgenoemden in Nederland in loondienst werkzaam. Zij hebben echter nooit in een andere Lid-Staat in loondienst gewerkt.

Nadat hun aanvragen door de Staatssecretaris van Justitie waren afgewezen, verzochten Morson en Jhanjan om herziening bij de Staatssecretaris van Justitie.

In casu vorderden verzoeksters in kort geding, dat aan de Staat der Nederlanden zou worden verboden hen uit te zetten, althans zolang niet in hoogste ressort op hun herziensverzoek zou zijn beslist. Zij deden hiertoe een beroep op artikel 10, lid 1, van verordening nr. 1612/68, volgens hetwelk bepaalde familieleden van een werknemer die onderdaan is van een Lid-Staat en die op het grondgebied van een andere Lid-Staat is tewerkgesteld, waaronder bloedverwanten in opgaande lijn die te zijnen laste komen, het recht hebben zich met die werknemer aldaar te vestigen. Verzoeksters beriepen zich eveneens op het in de artikelen 7 en 48 EEG-Verdrag neergelegde discriminatieverbod.

De eerste vraag

Met de eerste vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 177, derde alinea, in die zin moet worden uitgelegd, dat een nationale rechterlijke instantie waarvan de beslissingen volgens het nationale recht niet vatbaar zijn voor hoger beroep, gehouden is een vraag van uitlegging als bedoeld in de eerste alinea van dat artikel aan het Hof voor te leggen wanneer deze vraag wordt opgeworpen in een procedure in kort geding en de uitspraak hierin een rechter aan wie het geschil daarna in een bodemprocedure zou worden voorgelegd — ook wanneer deze tot een andere tak van rechtspraak behoort — niet bindt.

Zoals het Hof reeds overwoog in zijn arrest van 24 mei 1977 (zaak 107/76, Hoffmann-La Roche, Jurispr. 1977, blz. 957), heeft artikel 177 tot doel een eenvormige uitlegging en toepassing van het gemeenschapsrecht in alle Lid-Staten te verzekeren. In dit verband strekt artikel 177, derde alinea, er inzonderheid toe te voorkomen dat zich in een Lid-Staat een nationale rechtspraak ontwikkelt die niet met de normen van het gemeenschapsrecht in overeenstemming is. In summierende en spoedeisende procedures van het onderhavige type wordt aan de uit die doelstellingen voortvloeiende eisen voldaan wanneer elke in de summierende procedure voorlopig besliste vraag van gemeenschapsrecht in een gewone procedure ten gronde aan een hernieuwd onderzoek kan worden onderworpen, ongeacht of deze procedure steeds dan wel alleen op verlangen van de in het ongelijk gestelde partij moet worden ingeleid.

Op de eerste vraag verklaart het Hof voor recht:

«Artikel 177, derde alinea, EEG-Verdrag moet aldus worden uitgelegd, dat een nationale rechterlijke instantie waarvan de beslissingen volgens het nationale recht niet vatbaar zijn voor hoger beroep, niet gehouden is het Hof van Justitie een vraag van uitlegging als bedoeld in de eerste alinea van dat artikel, te stellen wanneer deze vraag wordt opgeworpen in een procedure in kort geding en de uitspraak hierin een rechter aan wie het geschil daarna in een bodemprocedure zou worden voorgelegd, niet bindt, mits elk der partijen een geding ten gronde aanhangig kan maken of aanhangigmaking daarvan kan verlangen — ook bij een rechter die tot een andere tak van rechtspraak behoort —, waarin alle in de summierende procedure voorlopig besliste vragen van gemeenschapsrecht opnieuw kunnen worden onderzocht en krachtens artikel 177 naar het Hof kunnen worden verwezen.»

De tweede vraag

De tweede vraag komt in wezen hierop neer, of, en zo ja onder welke omstandigheden, het gemeenschapsrecht een Lid-Staat verbiedt, een in artikel 10 van verordening nr. 1612/68 bedoeld familielid van een op het grondgebied van die Lid-Staat tewerkgestelde werknemer, de toegang tot of het verblijf op dat grondgebied te weigeren, wanneer deze werknemer de nationaliteit van die Lid-Staat bezit en het betrokken familielid de nationaliteit van een derde land.

Ingevolge artikel 48 EEG-Verdrag houdt het vrije verkeer van werknemers binnen de Gemeenschap de afschaffing in van elke discriminatie op grond van nationaliteit tussen de werknemers der Lid-Staten. Verzoeksters in het hoofdgeding beroepen zich in dit verband op het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit, dat in artikel 7 EEG-Verdrag algemeen is geformuleerd en waarvan artikel 48 EEG-Verdrag een bijzondere uitwerking vormt.

Het is echter duidelijk, dat op deze bepalingen enkel een beroep kan worden gedaan voor zover de betrokken situatie door het gemeenschapsrecht, hetgeen hier wil zeggen de bepalingen inzake het vrije verkeer van werknemers binnen de Gemeenschap, wordt beheerst. Dit volgt niet alleen uit de bewoordingen van deze artikelen, maar strookt bovendien met hun doel, namelijk bij te dragen tot de opheffing van alle belemmeringen voor de totstandbrenging van een gemeenschappelijke markt waarbinnen onderdanen van de Lid-Staten zich ter uitoefening van hun economische activi-

teiten vrij op het grondgebied van de Lid-Staten kunnen verplaatsen.

Hieruit volgt, dat de verdragsbepalingen betreffende het vrije verkeer van werknemers en de uitvoeringsregeling hiervan niet kunnen worden toegepast op situaties die geen enkel aanknopingspunt hebben met een van de situaties waarvoor het gemeenschapsrecht is geschreven. Dit geldt zeker voor het geval van werknemers die nooit gebruik hebben gemaakt van het recht van vrij verkeer binnen de Gemeenschap.

Op de tweede vraag verklaart het Hof voor recht:

«Het gemeenschapsrecht verbiedt een Lid-Staat niet, aan een familielid — in de zin van artikel 10 van verordening nr. 1612/68 van de Raad van 15 oktober 1968 betreffende het vrije verkeer van werknemers binnen de Gemeenschap — van een werknemer die op het grondgebied van die Lid-Staat is tewerkgesteld en nooit van het recht op vrij verkeer binnen de Gemeenschap gebruik heeft gemaakt, de toegang tot of het verblijf op zijn grondgebied te weigeren, wanneer die werknemer de nationaliteit van die Lid-Staat bezit en het familielid de nationaliteit van een derde land.»

Gev. zaken 292 en 293/81 — Jean Lion et Cie e.a./Fonds d'Intervention et de régularisation du marché du sucre (F.I.R.S.) (prejudicieel) — *Uitvoer van suiker — Aanpassing van de restituties bij wijziging van de representatieve wisselkoersen* — 28 oktober 1982

Het Tribunal Administratif te Parijs heeft drie prejudiciële vragen gesteld over de geldigheid van verordening nr. 3016/78 van de Commissie houdende vaststelling van sommige bepalingen voor de toepassing van de wisselkoersen in de sectoren suiker en isoglucose, en met name van enkele bepalingen van de bijlage bij deze verordening.

Na de afgifte van uitvoercertificaten aan verzoeksters in de hoofdzaken werd de representatieve wisselkoers van de Franse (groene) frank door de Gemeenschap geëvalueerd en de interventieprijs voor suiker verhoogd; beide maatregelen werden op 1 juli 1979 van kracht.

Verzoeksters in de hoofdzaken meenden dat door deze onvoorziene maatregelen van de gemeenschapsinstellingen de financiële voorwaarden voor exporten met de betrokken certificaten waren gewijzigd en verzochten het FIRS om een aanvulling op de restituties voor de door hen uitgevoerde suiker, om aldus de devaluatie van de groene frank en de verhoging van de interventieprijs te compenseren.

Het FIRS voerde te zijner verdediging aan dat het enkel de bestaande communautaire regeling toepaste, waarop verzoeksters de geldigheid van deze regeling betwistten op grond dat deze geen voorziening behelsde waardoor de restituties konden worden aangepast ten behoeve van ondernemingen die van de prefixatie-mogelijkheid gebruik hadden gemaakt.

De gestelde vragen luiden als volgt:

«Is verordening (EEG) nr. 3016/78 van 20 december 1978 geldig in het licht van artikel 190 EEG-Verdrag?

Introduceert zij discriminatoire maatregelen in de communautaire regeling, die de geldigheid daarvan aantasten?

Schendt zij verordening (EEG) nr. 243/78 van 1 februari 1978 houdende invoering van de vaststelling vooraf van de monetair compenserende bedragen, waarop zij een aanpassingsregeling is?»

De laatste vraag betreffende de wezenlijke geldigheid van de verordening dient als eerste te worden onderzocht.

De derde vraag

Deze moet aldus worden opgevat of de betrokken bepaling van verordening nr. 3016/78 eventueel ongeldig zou zijn omdat zij — naar verzoeksters in de hoofdzaken stellen — afwijkt van of tegengesteld is aan het stelsel van de vaststelling van uitvoerrestituties en van monetair compenserende bedragen.

Onbetwist is dat de Commissie bij de vaststelling van de onderhavige bepaling van verordening nr. 3016/78 binnen de grenzen van de aan haar toegekende bevoegdheden is gebleven. Het Hof komt voorts tot de conclusie dat tussen de twee in de vraag genoemde verordeningen geen enkele tegenstelling bestaat.

Verzoeksters betogen voorts evenwel dat de prefixatie van restituties en compenserende bedragen de marktdeelnemers geen volledige zekerheid verschaft, aangezien bij elke uitvoertransactie van suiker nog een derde factor een rol speelt, namelijk de prijs van de suiker en de verkoopprijs voor afnemers in derde landen.

Zij betogen dat de aankoopprijs tijdens de uitvoering van de contracten stijgt met de ontwikkeling van de interventieprijs, aangezien de prijs krachtens contractueel beding elke wijziging in de interventieprijs dient te weerspiegelen die zich voor de levering van de suiker voordoet.

Dit betoog miskent het stelsel van de gemeenschapsverordeningen en, meer in het bijzonder, het interventiemechanisme. Dit heeft ten doel de marktprijzen op het gewenste niveau te houden door de interventiebureaus te verplichten de suiker te accepteren, zij het dat de regeling ten aanzien van de interventieprijs verschilt naar gelang het A, B of C suiker betreft.

De bepaling van de verkoopprijs bij uitvoer en van de aankoopprijs van de suiker staat ter vrije beoordeling van de onderneming en komt derhalve voor haar risico; een dergelijk risico kan evenmin als contractuele bedingen in standaardovereenkomsten derhalve een rechtvaardiging vormen om op grond van de communautaire regelingen, en met name in de vorm van uitvoerrestituties, vastgestelde bedragen te herzien.

De eerste vraag

Met deze vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of verordening nr. 3016/78 geldig is in het licht van de motiveringsplicht als neergelegd in artikel 190 EEG-Verdrag.

Volgens 's Hofs vaste rechtspraak dient de in artikel 190 van het Verdrag verlangde redengeving op de aard van de betrokken handeling te zijn afgestemd. De redenering van het communautaire gezagsorgaan waarvan de gewraakte handeling is uitgegaan, moet er duidelijk en ondubbelzinnig aan kunnen worden afgelezen, zodat betrokkenen zich kunnen vergewissen van de redenen die tot het nemen van de maatregel hebben geleid, en het Hof zijn controle kan uitoefenen.

Het Hof is van oordeel dat verzoeksters in staat waren de achtergronden van de aangevochten bepalingen te doorgronden en dat zij met volledige kennis van zaken de verdediging van hun rechten konden voorbereiden.

De tweede vraag

Ook deze vraag wordt door het Hof ontkennend beantwoord.

Het Hof, uitspraak doende, verklaart voor recht:

«Bij onderzoek van de gestelde vragen is niet gebleken van omstandigheden die de geldigheid van verordening nr. 3016/78 van de Commissie van 20 december 1978 houdende vaststelling van sommige bepalingen voor de toepassing van de wisselkoersen in de sectoren suiker en isoglucose kunnen aantasten.»

RECHTEN VAN DE MENS

De afschaffing van de doodstraf

Op 28 april 1983 werd te Straatsburg een zesde protocol bij het Europees Verdrag over de Rechten van de Mens ondertekend. Het protocol handelt uitsluitend over de afschaffing van de doodstraf.

In artikel 1 wordt bepaald dat de doodstraf in beginsel is afgeschaft, en dat niemand nog tot een dergelijke straf kan worden veroordeeld of terechtgesteld kan worden.

Artikel 2 laat een uitzondering op dit beginsel toe voor handelingen gesteld in tijden van oorlog of bij dreigend oorlogsgevaar.

Uit de artikelen 1 en 2 samen volgt dat een lid-staat, die het protocol wenst te ratificeren, vooraf uit zijn nationale wetgeving de bepalingen dient te schrappen, die de doodstraf mogelijk maken in andere gevallen dan die bedoeld in artikel 2. Wat België betreft, zal aldus het Strafwetboek aangepast dienen te worden, nu in verschillende bepalingen de doodstraf voorkomt, zelfs voor feiten buiten oorlogstijd.

Artikel 3 van het protocol bepaalt dat geen afwijking, overeenkomstig artikel 15 van het Europees Verdrag, mogelijk is. Volgens deze bepaling kunnen de lid-staten, «in tijd van oorlog of in geval van enig andere algemene noodtoestand, welke het bestaan van het volk bedreigt», maatregelen nemen die afwijken van het verdrag. Voor de doodstraf is een afwijking van het principiële verbod, krachtens artikel 2 van het protocol, enkel mogelijk in geval van oorlog of oorlogsdreiging, maar niet in geval van een andere «algemene noodtoestand».

Artikel 4 bepaalt dat de lid-staten die het protocol ratificeren, geen enkel voorbehoud kunnen maken.

De artikelen 5 t.m. 9 bevatten algemene, gebruikelijke slotbepalingen. Op te merken valt dat, volgens artikel 6, alle bepalingen van het Europees Verdrag over de Rechten van de Mens toepasselijk zijn op het protocol, hetgeen o.m. betekent dat het beschermingsmechanisme van het verdrag (klachtenprocedure bij de Commissie) ook geldt t.a.v. het zesde protocol. Bovendien wordt geen afbreuk gedaan aan artikel 2, lid 1, van het verdrag, in zoverre dit bepaalt dat de doodstraf slechts kan worden uitgesproken «door een rechtbank, wegens een misdrijf waarop de wet de doodstraf heeft gesteld.»

Volgens artikel 8 van het protocol treedt dit in werking nadat vijf lid-staten van de Raad van Europa het bekrachtigd zullen hebben.

Paul Lemmens

BOEKEN

JAN M. BROEKMAN, **Recht en antropologie**, 2e herziene en uitgebreide druk, Standaard Wetenschappelijke Uitgeverij, Antwerpen/Amsterdam, 1982, 261 blz.

Recht en Antropologie is de tweede herziene en uitgebreide druk van het boek dat de Leuvense hoogleraar Jan M. Broekman in 1979 publiceerde in de «Serie Rechtstheorie». De auteur heeft de eerste druk niet alleen herzien door het aanbrengen van enkele redactionele wijzigingen, door het toevoegen van de Nederlandse vertalingen bij de citaten en door het vlotter leesbaar maken van enkele moeilijke passages, doch heeft de eerste druk tevens uitgebreid van 193 tot 261 bladzijden, dit door toevoeging van een inleiding («Magnus Homo») en van bijkomende teksten over «Cartesianisme» in hoofdstuk 3, over «Taaltheorie en discours» in hoofdstuk 7, over «Individueelheid en subjectiviteit» in hoofdstuk 8, en door verdere uitwerking van de bestaande teksten over «Het mens-dier theorema» in hoofdstuk 2, over de «Transseksualiteit» in hoofdstuk 3 en over de «Drie discursieve praktijken» in hoofdstuk 7. Deze aanvullingen en uitbreidingen dragen zeker bij tot een beter begrip van het boek. Ze boden daarenboven de auteur de gelegenheid om in te gaan op bemerkingen van sommige recensenten van de eerste druk van zijn boek.

Broekman wil de antropologische vanzelfsprekendheden van ons recht ter sprake brengen. Ons recht hanteert immers een specifiek mensbeeld, doch verzwijgt dit. Het mensbeeld functioneert op een verborgen wijze in ons recht. Het is het mensbeeld van de periode in het westers denken die loopt van Montaigne en Descartes tot Marx en Nietzsche. Het mensbeeld van ons recht is een dualistisch mensbeeld: het gaat om de mens met lichaam en ziel, wil en rede, die subject en object is, die onlosmakelijk verbonden is met het dierlijke maar ook boven het dierlijke uitstijgt, de mens die «de» breuk is in de cosmos. De kern van dit dualisme ligt in de subjectiviteit van het «Ego cogito», het zelf dat centrum is van willen en handelen, taal en denken. De mens is een subject met een zichzelf gelijkblijvende, duurzame essentie die een biografische eenheid waarborgt.

Deze mens functioneert in ons rechtsdenken. In onze rechtsfilosofie wordt de breuk tussen mens en dier ter legitimatie en fundering van recht en staat gehanteerd. De theorie van het «sociale contract», die vanaf De Groot, Hobbes, Locke en Rousseau tot de hedendaagse rechtsfilosoof Rawls, een hoofdstroming in het westerse denken gebleven is, ziet recht en staat als een schepping van autonome individuen ter compensatie van hun biologische onvolkomenheid. Recht en mens horen bijgevolg harmonieus samen: het recht is gefundeerd in de mens en dient de mens.

In de rechtstheorie is het Cartesiaans dualisme vertegenwoordigd door het legalisme. Dit legalisme is volgens Broekman niet zo maar de rechtstheorie van de exegetische school, doch is het rechtstheoretisch ideaaltipe bij uitstek voor elke westerse rechtstheoreticus die gedwongen lijkt te zijn het juridisch gedrag steeds te begrijpen vanuit het legalistisch en dualistisch schema van wet en rechterlijke beslissing, tekst en interpretatie, waarbij elke rechtsvorming tot rechtstoepassing door de rechter wordt. De parole zelf wordt hierbij herleid tot «la bouche qui prononce la parole de la loi» (Montesquieu). Dit toepassingsdenken overweegt nog steeds in ons rechtsdenken. Het veronderstelt de Cartesiaanse dualiteiten van ik en wereld, subject en object, denken en handelen, theorie en praxis. Broekman toont tevens aan hoe een aantal grondnotities van onze westerse rechtstheorieën als «objectiviteit», «rechtszekerheid», «principiële juridische kwalificeerbaarheid van elk feit», «onafhankelijkheid van de rechterlijke macht» en «gelijkheid van de rechtsonderhorigen voor de wet» het dualistische Cartesiaanse mensbeeld vooronderstellen.

De mens van ons recht is echter niet de mens van de alledaagse, levensfeitelijke werkelijkheid. In het recht ontmoet ik niet mezelf, doch de ander van mijzelf. De mens van het recht is de gejuridiseerde mens, het resultaat van onderdrukking van hedendaagse wijsgerige, gedragswetenschappelijke, biologische en wetenschapstheoretische inzichten over de mens. Deze westerse mens is sedert de «Maîtres du soupçon», Marx, Nietzsche en Freud, als ideologisch moment van het Westers denken ontmaskerd geworden. In

het denken van structuralisten als Foucault is het «décentrement du sujet» ten volle doorgevoerd.

Dat het recht zich eerder op een constructie van het mens-zijn richt dan op de alledaagse levende mens, wordt ons volgens Broekman duidelijk gemaakt door de ervaringen van de «ander», die het voor onze cultuur zo vanzelfsprekende mensbeeld niet met ons deelt. De transseksueel is zo'n ander. Hij laat een duidelijke discrepantie zien tussen de levensfeitelijke mens en de juridische mens. De verwerking van deze discrepantie in onze rechtspraak gebeurt wederom op grond van het dualistisch mensbeeld. Het fenomeen van de transsexualiteit wordt door de jurist gezien als een discrepantie tussen uiterlijk en innerlijk van de mens, de oplossing van deze discrepantie mag evenwel de continuïteit van de rechtsorde niet verstoren zodat niet van «verandering van het geslacht» doch van «verbetering van de geboorteakte» gesproken wordt. Broekman vraagt zich echter af of een Cartesiaans geïntendeerd recht een toereikend middel kan zijn om een complex probleem als transsexualiteit te hanteren.

Dat het mensbeeld van ons recht nog aanleiding geeft tot andere problemen toont Broekman aan in een tweede voorbeeld, waarin hij de moeilijkheid bespreekt waarmee het westers rechtsdenken kampt om het internationaal recht als een «echt» recht te zien. Omdat het een recht is zonder sancties, wordt het immers vaak als een «eerder primitieve vorm van recht» beschouwd. Oorzaak hiervan is volgens de auteur dat in het Westen de mens als macht gedacht wordt, waardoor het onmogelijk wordt het recht anders dan als macht te denken. Het oerschema van ons recht is dan ook «onderschikking», het belangrijkste kenmerk «verticaliteit». Het internationale recht zou beter kunnen worden geconcipieerd op basis van «nevenschikking» en «horizontaliteit», doch dit zou een andere antropologie veronderstellen, een waarin mens en recht niet meer als macht worden gedacht en recht niet meer tegengesteld is aan liefde.

Wij houden het in ons recht heersende mensbeeld echter voor vanzelfsprekend omdat het een grondwaarde is van onze cultuur. Recht, als element van die cultuur, is een van de instrumenten om die grondwaarden te beschermen. Recht heeft trouwens zijn verzwegen mensbeeld nodig om als recht van en in onze cultuur te kunnen functioneren. Het recht drukt echter niet alleen de voorafbestaande grondwaarden van onze cultuur uit, het bevestigt en schept zelf ook deze grondwaarden. Broekman denkt het recht als «juridisch discours» als een «volgens bepaalde principes georganiseerde ensemble van taaldaden» (182), dus niet alleen als theorie doch ook als praxis. De auteur gaat hiermee in tegen de Cartesiaanse taalopvatting, die taal ziet als een intentionele activiteit van het subject waardoor dit de werkelijkheid beschrijft. Taal beschrijft niet de werkelijkheid, doch is en constitueert de werkelijkheid. Het «juridisch discours» transformeert de levensfeitelijke werkelijkheid tot een juridische werkelijkheid waarin de grondwaarden van onze cultuur bevestigd worden. De «discursieve praxis» van het juridisch discours brengt de mens van het recht tot stand. Dit gebeurt door drie «discursieve praktijken»: het proces van individualisering, het stichten van causaliteiten en het gericht zijn op het herstel van een verstoord evenwicht. Het individualiseringsproces is hierbij het belangrijkste. Het subject-zijn van de mens wordt in heel het juridisch discours tot een centrale categorie gemaakt. Dit blijkt uit de constructie van begrippen als «rechtssubject», «rechtspersoon», «staatsburger», uit de individualisering van schuld en straftoemeting in het strafrecht enz. Deze individualisering bevestigt het individualisme van onze burgerlijke cultuur. Vanuit de aldus gecreëerde subjectiviteit worden de handelingen van de mens door achterhaalbare causaliteiten duidelijk gemaakt. De biografie van het centraal staande subject wordt beschouwd als een lange keten van causaliteiten. Tenslotte wordt de mens gedacht als verkerend in een verstoord evenwicht dat door een juridische ingreep kan en moet worden hersteld. Ook hierbij is het dualistisch mens- en wereldbeeld vooropgesteld. Het evenwichtsdenken wordt immers binair geïnterpreteerd, de juridische ingreep leidt in onze «guilt-culture» immers niet tot een eerbaar compromis voor beide partijen van het conflict, doch tot een juridische beslissing waarbij één partij wordt veroordeeld en de andere vrijuit gaat, waarbij schuld of onschuld van de beschuldigde wordt vastgesteld.

De antropologie die het recht beheerst en fundeert, is dus mede door dat recht tot stand gebracht. Broekman legt hier de vinger op wat hij het autoreferentieel en gesloten karakter van het recht

noemt dat in zijn zelfontworpen mensbeeld de eigen grondvoorwaarden definieert.

Het ter sprake brengen van wat tot nu toe als het vanzelfsprekend verzwegene gold, spruit voort uit een twijfel over de identiteit van de juridische mens en de levensfeitelijke mens. Het stellen van de vraag naar de verhouding tussen recht en antropologie is dan ook steeds subversief: de kritische vraag naar het functioneren van de antropologie in het recht en het wederzijds belang dat beide bij elkaar hebben, dreigt immers heel het juridische bouwspel in elkaar te laten storten. De vraag rukt ons immers weg uit de veilige beslotenheid van de grondwaarden van onze cultuur.

Broekman vraagt zich terecht af of het recht wel in staat is een ander mens te denken of er een ander juridisch discours mogelijk is dan dat waarbij het subject de vanzelfsprekende centrale plaats bekleedt. Is er, met andere woorden, een niet-Cartesiaans geïntendeerd recht mogelijk? Broekmans antwoord is duidelijk. Aangezien de Cartesiaanse denkvorm met onze cultuur verbonden is, veronderstelt een niet-Cartesiaans recht een niet-Cartesiaanse cultuur. Welnu de jurist kiest niet vrij zijn eigen cultuur. De noodzakelijkheidsvoorwaarden van ons recht — subject, causaliteit en evenwicht — kunnen dan ook niet zo maar veranderd worden. «Waarden en voorwaarden zijn niet het voorwerp van een individuele keuze of beslissing van een jurist.» (204). De analyse van Broekman is dan ook niet bedoeld als een requisitoir tegen het recht, zij zet de jurist er niet toe aan zijn mensbeeld af te zweren.

Broekman werpt wel de vraag op naar een mogelijke verandering van de cultuur en naar de historiciteit van de denkvormen, zonder evenwel op deze vraag een antwoord te geven. Ligt deze verandering in het verschiet, zodat een ander ordeningssysteem dan ons huidige recht mogelijk wordt? Broekman blijft het antwoord schuldig. Hij vraagt ons enkel te luisteren naar de stem van die «ander» die onze vanzelfsprekendheden niet deelt en die het recht als een structureel geweld ervaart. Broekman hoopt dat uiteindelijk de jurist zelf het vanzelfsprekend verzwegene ter sprake zal brengen en rekening zal houden met de mens zoals deze zichzelf interpreteert en geïnterpreteerd wil worden.

Men kan zich echter de vraag stellen of de stem van die «ander», de transseksueel, de terrorist, «de onbekende, de vreemde, de barbaar, de exotische, de archaische mens, de figuren aan de horizon van de geschiedenis» (94) voldoende is en luid genoeg klinkt om de grondwaarden van onze cultuur aan het wankelen te brengen.

Jan Velaers
Studiegroep rechtstheorie
Universiteit Antwerpen (U.F.S.I.A.)

R. BOURSEAU, Les droits successoraux du conjoint survivant, Larcier, 1982, 418 p., 3450 BF.

Veel meer nog dan de hervorming van het huwelijksgoederenrecht heeft de wijziging van het erfrecht van de langstlevende echtgenoot aanleiding gegeven tot een stroom van publikaties, zowel tijdens de hervorming zelf als na het van kracht worden van de wet.

Na een reeks artikelen en verslagboeken van studiedagen is het nu de beurt aan meer uitgediepte monografieën. Tot deze laatste categorie behoort het voortreffelijke werk van R. Bourseau.

De auteur, erenotar, rechter en lector te Luik, lid van de interprofessionele commissie opgericht door de Federatie van Notarissen ter zake, weet waarover hij spreekt. Zijn bedoeling is een volledige commentaar, een klassiek opgevat handboek te schrijven met inbegrip van een languitgesponnen inleiding met de geschiedenis van de verschillende etappes in de wetgeving, de evolutie van de sociale en economische factoren die een wetswijziging nodig maakten, maar waarbij hij, gezien de overvloedige artikelen ter zake, onvermijdelijk in herhaling vervalt en weinig nieuws brengt.

De eigenlijke systematische commentaar van de wet en van de wijze waarop zij in het bestaande recht dient te worden geïncorporeerd, begint in feite pas op p. 65. De auteur zet dan telkens de vroegere regeling en de soms lange voorgeschiedenis van elk artikel minutieus uiteen, dan volgt een kritische bespreking waarbij de eventueel uiteenlopende standpunten of verschillende interpretaties, uit reeds verschenen commentaren worden weergegeven (ook inzake overgangrecht) waarna hij persoonlijk een goed gemoti-

veerd standpunt kiest. Spijtig genoeg schijnt de auteur geen Nederlands te lezen want enige bespreking van de toch reeds omvangrijke Nederlandstalige rechtsliteratuur ter zake ontbreekt daarbij.

Een tikkeltje Luiks chauvinisme is trouwens aan het boek niet vreemd. De opvattingen door Luikse hoogleraren voorgestaan worden er omstandig weergegeven en bijna steeds bijgevalen, ook de interventies van de inderdaad op dit vlak actieve Luikse (vrouwelijke) parlementsleden en de invloed van de Notariële Dagen te Luik in 1977 aan dit onderwerp gewijd (onder voorzitterschap van de auteur die er ook rapporteur was) worden regelmatig in de verf gezet. De auteur is daarin zeer consequent en poneert opnieuw, bij de bespreking van het gewijzigde art. 918 B.W., de in 1960 door Raxhon in de *Annales de la Faculté de Droit de Liège*, verdedigde afwijkende stelling t.a.v. toepassing van dit art. 918, zodat de controverse hieromtrent, ondanks de duidelijke afwijzing door het Hof van Beroep te Brussel en nu ook te Gent blijft voortduren.

Als gewezen notaris heeft de auteur oog voor de problemen voor de notariële praktijk. Vrij omstandig wordt ingegaan op de vele vragen rond de voorafgaande akte waarbij echtgenoten die willen uit de echt scheiden door onderlinge toestemming, hun wederzijdse erf- en reserveaanspraken regelen voor het geval dat een van hen tijdens de procedure zou overlijden. Een lang hoofdstuk (92 blz.) is gewijd aan de omzetting, waarbij ook de fiscale implicaties van de verschillende omzettingvormen ruim aan bod komen. Evenals notaris De Wulf (in *Interuniversitaire studiedag — Het erfrecht van de langstlevende echtgenoot*, Kluwer Rechtswetenschappen, 1982, p. 52) eindigt hij dit hoofdstuk met de wens dat in de Federatie van de Notarissen of in het Comité van Studie en Wetgeving concrete regels zullen worden uitgewerkt voor de waardeschatting van het vruchtgebruik aan de langstlevende.

De auteur, die regelmatig praktische wenken en suggesties geeft aan notaris en cliënt, wijst op het verhoogd belang van de medewerking van de notaris bij het zoeken geval per geval naar de best geschikte vermogensrechtelijke regeling tussen echtgenoten.

Het boek wordt afgerond met een lijst van de parlementaire documenten en een nagenoeg volledige bibliografie. De uitgesponnen inleiding, het opnemen van lange inhoudstafels per hoofdstuk en volledig achteraan, het regelmatig volledig overdrukken van de artikelen van de wet, hoewel de wet vooraan in haar geheel is opgenomen, maken misschien het boek praktisch hanteerbaar maar verhogen onnodig het aantal bladzijden zodat dit voortreffelijk werk ook voortreffelijk duur is.

M. Puelinckx-Coene

BALIELEVEN

Union Internationale des Avocats

De «Union Internationale des Avocats» is de oudste internationale vereniging van balies en advocaten.

Gesticht in 1927, verenigt zij voor het ogenblik 93 balies in 60 landen en telt meer dan 2000 corresponderende leden. De U.I.A. heeft steeds zeer dicht bij het beroepsleven van ons land gestaan. In het verleden werd ze voorgezeten door de heren stafhouders Paul Crockaert en Jean Thevenet. Vermaarde namen bij Belgische balies hebben tot haar prestige bijgedragen, zoals o.m. Félix Landrien, André Janssens Brigode, Roger Van Roye, Frédéric Eickhof, André De Bluts, Lucien Janson enz.

De Union Internationale des Avocats heeft vooral tot doel, en dit wars van iedere politieke vooringenomenheid, de vrijheid en de onafhankelijkheid van het advocatenberoep te bevorderen en te beschermen in het belang van de rechtzoekende, betrekkingen en uitwisselingen vooral op internationaal vlak tussen de balies en hun leden vast te leggen en in stand te houden, de morele en materiële belangen van de leden van het beroep te verdedigen, de ontwikkeling van de rechtswetenschap te bevorderen e.d.m.

De Union Internationale des Avocats bewerkstelligt de verwezenlijking van deze doelstellingen langs verschillende wegen.

Zo worden er om de twee jaar congressen gehouden.

Drie algemene zorgvuldig uitgekozen thema's worden gedurende die congressen behandeld, op basis van nationale rapporten die door een advocaat van iedere lid-staat worden opgesteld. De deelneming van de congressisten aan deze werkzaamheden is zeer groot.

Het laatste congres werd in 1981 te New-York gehouden.

Het volgende zal van 3 tot 9 juli 1983 plaatsvinden te Luxemburg, alwaar de drie volgende onderwerpen zullen behandeld worden: het toezicht op de bankactiviteiten, de tussenkomst van de staat in het arbeidsrecht en de onafhankelijkheid van de balie en de advocaat.

De congressen van 1985 en 1987 zullen respectievelijk in Nederland en Rome plaatsvinden.

Iedere advocaat, onafhankelijk van de inschrijving van zijn balie, kan corresponderend lid worden. De jaarlijkse bijdrage bedraagt 110 Zw. fr., het abonnement op het driemaandelijkse tijdschrift «Juriste International» inbegrepen. De eenvoudige bijdrage, die geen recht geeft op dit abonnement, bedraagt per jaar 70 Zw. fr. De hoedanigheid van corresponderend lid verschaft een aanzienlijke vermindering bij de inschrijvingskosten voor de congressen.

Bovendien kan ieder lid van de U.I.A. op actieve wijze deelnemen aan de werkzaamheden van de vijf permanente commissies (Commissions Permanentes) nl: Business law (voorgezeten door H. Rowedder, D.B.R.); publiek recht (voorgezeten door H. Grondin, Canada); recht en techniek (voorgezeten door H.P. Schmid, Zwitserland); arbeidsrecht en uitlevering (voorgezeten door J. Munoz Campos, Spanje); de rol van de advocaat in het sociale leven (voorgezeten door R. Jaton, Zwitserland).

Anderzijds heeft het «Comité d'Urgence», voorgezeten door mr. A. Zurfluk (Parijs), oud-voorzitter van de U.I.A., als taak op een permanente wijze te waken voor «De Verdediging van de Verdediging». Het Comité komt iedere maal tussenbeide in welk land ook waar de vrijheid of de onafhankelijkheid van de advocaat bedreigd wordt. Het «Comité d'Urgence» treedt, zoals andere beroepsorganisaties, bij de regeringen op met het gewicht en de doeltreffendheid die het een waar prestige verlenen en dit dank zij het feit dat het door geen enkele ideologie geleid wordt. Ieder lid van de U.I.A. wordt uitgenodigd om op actieve wijze tot de werkzaamheden van dit Comité bij te dragen.

Bovendien staan de 29 — eveneens permanente — werkgroepen ook open voor de corresponderende leden. Zij behandelen o.a. de volgende onderwerpen: buitenlandse investeringen, aansprakelijkheid van de fabrikant, internationale financieringen, internationale leasing, documentair krediet, mededingingsrecht, internationale aspecten van het distributierecht, het recht van de show business, rechtsbijstand, internationale arbitrage, aansprakelijkheid van de geneesheren enz.

De permanente commissies komen, evenals de werkgroepen, verschillende malen per jaar en eveneens gedurende de congressen samen.

Ten slotte organiseert de U.I.A. ieder jaar seminars over welbepaalde onderwerpen, waaraan naast de corresponderende leden (die eveneens bij de inschrijving een reductie genieten) iedereen die belangstelling heeft voor de behandelde materie, kan deelnemen. Het laatste seminarie werd in 1982 te Bordeaux gehouden en was gewijd aan de «Europese Gemeenschap en de Rechten van de Mens». Het volgende seminarie zal in het voorjaar van 1983 plaatsvinden te Barcelona, met als onderwerp het communautair recht, dit ter intentie van de Spaanse advocaten. Er wordt tevens een seminarie voorbereid in samenwerking met de «International Bar Association» gewijd aan het handelszakenrecht, en een ander zal in samenwerking met de Balie te Wenen het thema «De Muziek en het Recht» behandelen.

Naast het driemaandelijkse tijdschrift «Juriste International», dat zeer degelijke juridische artikelen en informatie over het leven van de verschillende leden-balies publiceert, ontvangen de corresponderende leden gratis het jaarboek evenals het driemaandelijkse bulletin «News-Nouvelles», bestemd voor vlugge handsinformatie.

Niet alleen geeft dit jaarboek een volledig overzicht en alle aanwijzingen in verband met de structuren van de vereniging, de permanente commissies, de werkgroepen en de verschillende redactiecomités, maar het bevat eveneens en vooral de lijst van alle corresponderende leden, hun adres, specialisatie en talen. Dit boek wordt om de twee jaar bijgewerkt en wordt beschouwd als een werkin-

strument dat niet alleen praktisch, maar ook onontbeerlijk is voor het aanknopen van internationale professionele betrekkingen.

De officiële talen van de U.I.A. zijn het Frans, Engels, Duits, Spaans en Italiaans. Voor simultaanvertaling in deze talen wordt gezorgd gedurende de congressen en seminars.

Mr. Ernest Arendt (van Luxemburg) is de huidige voorzitter van de U.I.A. Hij volgt hierin mr. Harold Healy van New York op. Zijn eerste ondervoorzitter is mr. Ludwig Briet (Rotterdam), zijn tweede algemene secretarissen zijn mrs. François Martin (Parijs) en Frans Kellerhals (Bern). De algemene penningmeester is mr. Helmar Lang van Dusseldorf, met als adjunct-penningmeester mr. Jacques Libouton van Brussel. De Belgische nationale ondervoorzitter is mr. Edouard Jakhian.

De maatschappelijke zetel van de U.I.A. is gevestigd in het Justitiepaleis te Brussel, maar hun nieuwe administratieve zetel bevindt zich te 92200 Neuilly-sur-Seine (Frankrijk), 18 avenue Charles de Gaulle (Centre Union Internationale des Avocats). Hier wordt het dagelijks bestuur van de U.I.A. verzekerd. Deze zetel verstrekt ook aan alle belangstellende confraters alle nuttige inlichtingen. Men hoeft zich slechts tot het «Centre U.I.A.» te wenden of tot mr. Edouard Jakhian, F.D. Rooseveltlaan 56 te 1050 Brussel, om een aanvraagformulier voor toetreding te krijgen.

MEDEDELINGEN

Het af luisteren van telefoongesprekken

Op een vraag hierover van het kamerlid Desutter antwoordde de minister van Justitie en Institutionele Hervormingen het volgende: «Zoals het geacht Lid onderstreept is het waar dat het Belgische recht thans geen enkele inbreuk toelaat op het principe van de onschendbaarheid van telefoongesprekken.

De inhoud van telefoongesprekken mag in geen enkel geval onderschept worden. De onderzoekende magistraten mogen enkel technische gegevens bekomen van de Regie van Posterijen, Telegrafie en Telefonie, zoals de frequentie van verbindingen van een persoon, het uur en de duur van de verbindingen, of de opgeroepen nummers door die persoon.

Wanneer vandaag meer dan ooit de bescherming van de persoonlijke levenssfeer dient versterkt te worden, is het zeker niet minder waar dat op het ogenblik dat onze democratische maatschappij te kampen heeft met zware vormen van geweld, het tegenstrijdig zou zijn om het principe van de onschendbaarheid van telefoongesprekken met een absoluut karakter te omkleden.

Bewust van de noodzakelijkheid om onze magistraten moderne en doeltreffende strijdmiddelen te geven tegen de stijgende gewelddadigheid, heeft de Regering niet nagelaten, om naar aanleiding van de voorbereiding van een wetsvoorstel betreffende de bescherming van bepaalde aspecten van de persoonlijke levenssfeer, uitdrukkelijk in hun voordeel afwijkingen uit te werken op het verbod tot af luisteren of tot opnemen van telefoongesprekken.»

Dit wetsontwerp zal weldra neergelegd worden in het Parlement. (Vragen en Antwoorden - Kamer van Volksvert. 1982-1983, 12 april 1983 (N. 23), 1840)

NOOT — Zie in dit nummer het artikel van Alain De Nauw, Het af luisteren van telefoongesprekken op bevel van de onderzoeksrechter.

BERICHTEN

Jaarvergadering N.V.I.R. 18 juni 1983

De Algemene Ledenvergadering van de Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht zal dit jaar plaatsvinden op zaterdag 18 juni 1983, te Delft.

Na het huishoudelijk gedeelte zal prof. mr. A.M. Stuyt een rede houden onder de titel «Grotius, Vader des Volkenrechts?». Daarna volgt de behandeling van de preadviezen, die zullen handelen over de Anglo-Amerikaanse trust in het internationaal Privaatrecht. Preadviseurs zijn dr. C.A. Dyer en mr. J.H.A. van Loon.

Niet-leden kunnen de preadviezen vanaf eind mei bestellen bij Libresso B.V., Postbus 23, Deventer.

Plaats: Gemeenlandshuis van het Hoogheemraadschap van Delfland, Oude Delft 167, Delft.

Aanvang: Huishoudelijk gedeelte (voor leden): 10.00 uur; openbaar gedeelte: 11.00 uur.

Opgave voor deelneming/lunch (in «de Prinsenkelder»): Konin-ginnegracht 27, 2514 AB Den Haag, of telefonisch 070 - 63.33.03.

ERRATA

In de zaak van de Gemeenschapsminister van Financiën en Begroting t/ Vlaams Gewest en Vlaamse Gemeenschap (Raad van State, 26 november 1982, R.W., 1982-83, 1913) werd het arrest gewezen op het rapport van de heer Baeteman. Bij vergissing is boven het arrest de heer Depondt als rapporteur vermeld.

TIJDSCHRIFTEN

Vlaams tijdschrift voor Gezondheidsrecht, 1982 en 1983

nr. 2, november-december

J. De Cock, Het Zweedse «no-fault»-model ter vergoeding van medische schade; P. Senaeve, Het Juridisch statuut van het na buitenlichamelijke bevruchting en/of na embryo-transplantatie geboren kind; H. Nys en R.-M. T'Jonck, Kroniek van het gezondheidsrecht (wetgeving, rechtspraak, rechtsleer, parlementaire vragen en antwoorden, feiten en kronieken, boekbesprekingen, mededelingen); H. Nys, Het beheer van de goederen van psychiatrische patiënten na zgn. decollocatie (noot bij Voorzitter Rb. Brugge, 3 maart 1982).

nr. 3, januari 1983: B. Van Buggenhout, De revalidatie van de minder-validen — bedenkingen bij de wetgevende evolutie; H. Nys, Naar een nieuw ziekenhuisbeleid? Een overzicht van de regeringsmaatregelen in de ziekenhuissector; H. Nys en R.-M. T'Jonck, Kroniek van het gezondheidsrecht (wetgeving, rechtspraak, rechtsleer, parlementaire vragen en antwoorden, feiten en kronieken, boekbesprekingen, mededelingen).

Jurisprudence de Liège, 1983

nr. 1, 7 januari

F. Piedboeuf, noot bij Cass., 19 mei 1982 (omvang en draagwijdte van beroepsgeheim van geneesheer met wachtdienst die door de bevoegde overheden wordt opgevorderd om bloedafname te verrichten bij slachtoffer van verkeersongeval).

nr. 2, 14 januari

G. De Leval, noot bij Hof Luik, 28 mei 1982 (nutteloze gerechtskosten ten laste van de partij die ze heeft veroorzaakt — indexerend van de rechtsplegingsvergoeding binnen de perken van artikel 14, § 1, van de wet van 10 februari 1981 betreffende de matiging van de inkomens); G. De Leval, noot bij Arbh. Luik, 23 maart 1982 (gerechtskosten — voorlopige tenuitvoerlegging van vonnis op eigen risico).