

RECHTSKUNDIG WEEKBLAD

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

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

DE ONPARTIJDIGE RECHTER

*Rede uitgesproken door mr. Bruno MAES
op de plechtige openingszitting van het Vlaams Pleitgenootschap
te Brussel op 4 november 1983*

1. De bewering dat de onpartijdigheid van de rechter een essentieel vereiste is voor een eerlijke en rechtvaardige rechtsbedeling, hoeft in een rechtsstaat waarin wij leven, op het eerste gezicht, nauwelijks te worden benadrukt.

Onpartijdigheid is zonder twijfel een begrip eigen aan de deontologie der magistraten.

Deze deontologie wordt beheerst door de vraag «wat de rechtsgenoten, de rechtzoekenden van de rechter (mogen) verwachten», aangezien de magistratuur immers bestaat voor onze medemensen en aldus een openbare dienst vervult¹. Onder deze «rechtzoekenden» moeten voorts ook hun verdedigers in rechte, hun advocaten worden verstaan.

Welnu, op een algemeen, pre-processueel vlak, verwachten deze rechtssubjecten eerst en vooral van de rechter dat zij hem mogen *vertrouwen*, hetgeen, onder meer, niet alleen zijn *onafhankelijkheid* veronderstelt — ten opzichte van eigen overtuigingen, van de partijen, van de uitvoerende en wetgevende macht, alsmede van andere mogelijke externe invloeden² — maar ook zijn *onpartijdigheid* of m.a.w. de ontstentenis van elke *vooringenomenheid* en van elk *vooordeel* met betrekking tot de oplossing van het bij hem aanhangige belangenconflict. Dit rechtmatig vertrouwen op de onpartijdigheid van de rechter kan deze evenwel niet beletten, in het daaropvolgend stadium van rechtsvinding, een bepaald door hem gekozen beleid te volgen.

Met name door de oplossing die hij voorstelt, uitgaande van de diverse hem voorgelegde alternatieven, te doen afhangen van een eigen norm of een waardeoordeel.

Hierbij is de invloed van zijn maatschappelijke, ethische of economische overtuiging onvermijdelijk. Anderzijds is vereist dat over dit waardeoordeel in de samenleving een

consensus bestaat, alsmede dat bedoelde oplossing via een juridische motivering in het geldend recht kan worden ingepast³. Onze samenleving maakt het overigens voor een deel onvermijdelijk dat de rechter politiek gekleurde conflicten moet oplossen die zijn neutraliteit op de proef stellen⁴.

Het onpartijdigheidsbeginsel nu, houdt een *pre-processuele* waarborg in voor de rechtzoekenden en hun verdedigers: het absoluut noodzakelijk gevoel van vertrouwen en van zekerheid waarop zij moeten kunnen rekenen, op het ogenblik dat zij elk hun, per definitie, «partijdige» argumenten en standpunten voor de rechter ontwikkelen, ook al zal de rechter, na afloop van de debatten, onvermijdelijk een persoonlijke keuze doen, dus een subjectieve beslissing nemen. Het komt er alleen op aan de rechtzoekenden de *mogelijkheid* te garanderen de rechter te *overtuigen*, vóór deze aan rechtsvinding doet⁵.

Het is de bedoeling na te gaan in welke mate deze fundamentele garantie in ons recht is ingebouwd, alsmede, aan de hand van een aantal concrete gevallen uit de rechtspraak, in welke mate onze hoven en rechtbanken ze handhaven.

Bij het nagaan van hetgeen voor de rechtzoekenden in het algemeen al dan niet aanvaardbaar is inzake onpartijdigheid van de rechters die van hun geschillen kennis nemen, kan men zich, meer bepaald, de volgende prangende vragen stellen:

— is het aanvaardbaar dat de voorzitter van het hof van assisen gedurende het vooronderzoek van de zaak, als magistraat van het openbaar ministerie is opgetreden?

¹ M. CHÂTEL, «Magistraat vandaag», in *Liber Amicorum F. Dumon*, II, 649 e.v., inz. 653-654.

² M. CHÂTEL, *op. cit.*, 654; zie ook: C. PANIER, «Vers une déclaration universelle sur l'indépendance de la justice», *Le journal des procès*, nr. 25, p. 10 e.v.

³ Raadpl. hierover: W. VAN GERVEN, J.C.M. LEIJTEN, *Theorie en praktijk van de rechtsvinding*, 4-5 en 25-28.

⁴ E.J. DOMMERING, «Het grondrecht op behoorlijke rechtspraak in het Nederlandse civiele recht», Preadvies, *Handelingen 1983 der Nederlandse Juristen-Vereniging*, I, 214, nr. 26.2 in fine.

⁵ Raadpl. W. VAN GERVEN en J.C.M. LEIJTEN, *op. cit.*, 72-75.

— kan worden aangenomen dat een raadsheer van een hof van beroep dat over een strafvordering uitspraak moet doen, voorheen in dezelfde zaak als onderzoeksrechter is opgetreden?

— is het denkbaar dat een rechter in de correctionele rechtbank voorheen in dezelfde zaak als onderzoeksrechter of als voorzitter of lid van de raadkamer die de beklaagde naar diezelfde correctionele rechtbank heeft verwezen, is opgetreden?

— kan men zich voorstellen dat een raadsheer in het hof van beroep dat over een strafvordering uitspraak moet doen, voorheen als voorzitter of lid van de kamer van inbesluidigingstelling van dit hof is opgetreden?

— kan worden aanvaard dat een krijgsauditeur terzelfder tijd de jurisdictionele functie van onderzoeksrechter en het ambt van openbaar ministerie uitoefent?

— is het logisch dat een tuchtzaak eerst wordt behandeld door een onderzoeksorgaan, waarvan de leden achteraf zitting hebben in het rechtsprekend orgaan, dat tegelijk de rol van aanklager en tegenpartij van de betrokkene vervult?

— of dat rechtscolleges in tuchtzaken hoofdzakelijk zijn samengesteld uit beoefenaars van hetzelfde beroep als de disciplinair vervolgde?

— is het aanvaardbaar dat de rechtbank van koophandel, na een onderzoek door haar dienst voor handelsonderzoek, ambtshalve het faillissement van een handelaar kan uitspreken en aldus als het ware zelf als tegenpartij van de rechtzoekende optreedt?

— kan, ten slotte, worden aangenomen dat een magistraat, belast met een dossier in het raam van bedoelde dienst voor handelsonderzoek, achteraf als lid van de rechtbank van koophandel kennis neemt van dezelfde zaak?

Om te pogen op deze belangwekkende vragen een antwoord te vinden, lijkt het nuttig uit te gaan van de bepaling van artikel 6.1 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens, vooral nu in ons positief recht een algemeen geldende rechtsregel, die de onpartijdigheid waarborgt, ontbreekt. Immers, dit artikel waarborgt een ieder «bij het vaststellen van zijn burgerlijke rechten en verplichtingen of bij het bepalen van de gegrondheid van een tegen hem ingestelde strafvervolg» het recht op een «onafhankelijke en onpartijdige rechterlijke instantie welke bij de wet is ingesteld».

Het begrip onpartijdigheid komt ook nog in artikel 10.2 van het verdrag voor, dat bepaalt dat het recht op vrije meningsuiting kan worden onderworpen aan bepaalde formaliteiten, voorwaarden, beperkingen of sancties die in een democratische samenleving nodig zijn, onder meer, om het gezag en de «onpartijdigheid» van de rechterlijke macht te waarborgen.

2. Ongetwijfeld ligt in beide gevallen de bezorgdheid voor van de bescherming van het recht op een *goede rechtsbedeling*, waarbij artikel 6.1 tevens een centrale plaats inneemt⁶. In zijn conclusie voor het arrest van het Hof van Cassatie van 18 maart 1981 — waarover later meer — preciseerde de advocaat-generaal Velu, met verwijzing naar het arrest-Delcourt van het Europees Hof van de Rechten

van de Mens, dat uit de context van de zin waarin de uitdrukking voorkomt «recht op een behandeling van de zaak door een onpartijdige rechterlijke instantie» blijkt dat dit recht besloten ligt in een ruimer recht op een *eerlijk proces* of op wat men in het Engels een «fair trial» pleegt te noemen: een proces is dus niet meer eerlijk wanneer er ernstige redenen bestaan om aan de onpartijdigheid van de rechter te twifelen⁷.

3. De bepalingen van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens zijn voor de rechtsonderhorigen van de lid-staten van de Raad van Europa des te belangrijker, nu vaststaat dat het verdrag een *directe werking* heeft⁸, waarmee doorgaans wordt bedoeld dat elke rechtsonderhorige in beginsel de mogelijkheid heeft zich voor de gerechten van zijn land te beroepen op de door het verdrag beschermde rechten en vrijheden⁹, zoals het recht op een eerlijke behandeling van zijn zaak door een onpartijdige rechter.

De rechtstreekse toepasbaarheid van deze verdragsregels in België en de daaruit voortvloeiende omstandigheid dat zij deel uitmaken van het intern Belgisch recht, blijkt overigens ook, impliciet maar zeker, uit talrijke arresten van het Hof van Cassatie, zoals aangetoond door de oud-procureur-generaal Ganshof van der Meersch in zijn rede uitgesproken op de plechtige openingszitting van het Hof op 1 september 1969¹⁰. De bedoeling van de verdragsluitende partijen is in dat verband van doorslaggevend belang, terwijl de verdragsregel juridisch voldoende precies en volledig moet zijn en aan de betrokken Staat geen enkele discretionaire bevoegdheid mag toemeten¹¹.

Welnu, ook in dit opzicht volgt de rechtstreekse toepasbaarheid uitdrukkelijk uit de bewoordingen van artikel 1 van het verdrag, ik citeer:

«De Hoge Verdragsluitende Partijen *verzekeren* een ieder, die ressorteert onder hun rechtsmacht, de rechten en vrijheden welke zijn vastgesteld in de Eerste Titel van dit Verdrag». Het woord «verzekeren» («reconnaissent», «secure») werd namelijk ingelast in de plaats van «verbinden zich ertoe te verzekeren» («s'engagement à reconnaître», «undertake to secure»), waarbij het amendement als volgt werd gerechtvaardigd: «Suivant le nouveau texte, les Hautes Parties contractantes ne s'engageront pas à reconnaître:

⁷ Conclusie adv.-gen. J. VELU, voor Cass., 18 maart 1981, R.W., 1980-81, 2542, en noot 22; Eur. H., 17 januari 1970, i.z. Delcourt, § 34; Cass., 4 mei 1982, A.R. 6751, i.z. Vandekerckhove.

⁸ Raadpl. hierover J. VELU, *Les effets directs des instruments internationaux en matière de droits de l'homme*, Brussel, 1981; K. GRIMONPREZ, «Het Hof van Cassatie en 25 jaar E.V.R.M.», R.W., 1981-82, 2657 e.v.

⁹ Vgl. M. MARESCEAU, «De toepasbaarheid van het Europees recht voor de nationale rechterlijke instanties», T.P.R., 1982, 41 e.v., nr. 2; conclusie adv.-gen. J. VELU, gecit., nr. 11bis.

¹⁰ *De Belgische rechter tegenover het Internationaal Recht en het Gemeenschapsrecht*, Brussel, 1969, p. 36, en voetnoot 109; zie ook J. VELU, op. cit., (noot 8), p. 7; raadpl. o.m. Cass., 26 september 1978, Arr. Cass., 1978-79, 116, en de rechtsleer en rechtspraak vermeld in de noten 1 en 2.

¹¹ W. GANSHOF VAN DER MEERSCH, «La garantie des droits de l'homme et la Cour européenne de Strasbourg», J.T., 1982, 102 e.v., vooral 105 en de rechtsleer vermeld in de noten 29 en 30.

⁶ Eur. H., 26 april 1979, i.z. Sunday Times, § 55; Eur. H., 21 februari 1975, i.z. Golder, S34; Eur. H., 17 januari 1970, i.z. Delcourt, § 25; Cass., 9 oktober 1967, Arr. Cass., 1968, 198.

elles reconnaîtront, de sorte qu'une fois ratifié par nos Etats, le texte élaboré ne devra plus faire l'objet d'amendements ultérieurs à nos constitutions ou législations respectives; il s'introduira massivement de plein droit dans la législation de nos quinze Etats¹².»

Anderzijds verklaarde de heer De Vleeschauwer tijdens de parlementaire voorbereiding van de Belgische goedkeuringswet: «De inwerkingtreding van het Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden heeft tot gevolg dat de erkenning der omschreven rechten en vrijheden in het nationaal recht wordt ingevoerd. Derhalve kunnen de private personen, aan wie die rechten en vrijheden werden verleend, zich daarop beroepen, de eerbiediging ervan eisen en, in geval van schending ervan, herstel voor de nationale rechtbanken vorderen¹³.»

Ten slotte kan een zelfde besluit ook worden afgeleid uit de rechtspraak van het Europees Hof van de Rechten van de Mens zelf¹⁴.

4. Maar er is meer. Ingevolge de officiële huldiging, door het Hof van Cassatie op 27 mei 1971¹⁵, van het rechtsprincipe, luidens hetwelk, in geval van conflict tussen een interne rechtsregel en een internationale verdragsregel die rechtstreekse gevolgen heeft in de interne rechtsorde, de door het verdrag bepaalde rechtsregel *primeert*, heeft de rechter, wanneer hij een dergelijk conflict zou vaststellen, de *verplichting* te weigeren de bepaling van intern recht toe te passen¹⁶.

5. Daarenboven neemt het Hof van Cassatie aan dat het middel tot cassatie, afgeleid uit de schending van artikel 6.1 van voornoemd verdrag op een wettelijke bepaling van *openbare orde* steunt¹⁷, kennelijk hierin beïnvloed door voormalig procureur-generaal Ganshof van der Meersch, die herhaaldelijk met klem betoogde dat de bepalingen van het verdrag de openbare orde in intern Belgisch recht, evenals overigens de «internationale» openbare orde raken¹⁸. Zulks blijkt ook uit het verband tussen artikel 6.1 en de rechten van de verdediging, die, vervat in een algemeen

rechtsbeginsel¹⁹, de rechter desnoods ambtshalve gehouden is te doen naleven²⁰, alsmede uit de gevallen waarin het Hof zelfs ambtshalve uitspraak deed over een schending van artikel 6.1²¹.

In dit verband moet evenwel volledigheidshalve worden gepreciseerd dat dit alles niet impliceert dat een rechtsonderhorige niet zou kunnen afzien van de *uitoefening* van de door het verdrag gewaarborgde rechten, op voorwaarde dat zulks vrijwillig zonder enige druk of dwang gebeurt²², terwijl onder dezelfde optiek het Europees Hof te Straatsburg besliste dat «noch de letter, noch de geest van artikel 6, lid 1, ... beletten ... vrijwillig ... af te zien, hetzij uitdrukkelijk, hetzij stilzwijgend» van bedoelde rechten²³.

6. Van belang is evenwel dat, luidens de rechtspraak van het Hof van Cassatie, «wanneer in een middel wordt aangevoerd dat de rechtbank niet onpartijdig is omdat zij op zulk een wijze is samengesteld dat, met betrekking tot de onpartijdigheid van de rechters, een essentiële regel inzake *rechtsbedeling* wordt geschonden» — en dit is precies het facet van de onpartijdigheid dat thans, in het bijzonder, aan de orde is — «het desbetreffende middel de openbare orde raakt en *voor het eerst* in cassatie mag worden opgeworpen»²⁴, in zoverre het althans aan de andere ontvanke-lijkheidsvereisten van cassatiemiddelen voldoet²⁵.

Sinds de inwerkingtreding van het Gerechtelijk Wetboek wordt nu aangenomen dat er miskenning is van een «essentiële regel inzake rechtsbedeling» in twee gevallen, namelijk wanneer: 1° de regels inzake onverenigbaarheden van rechterlijke ambten zijn geschonden (artt. 292 tot 304 van het Gerechtelijk Wetboek); 2° het vonnis is gewezen door een rechtstreeks bij de zaak betrokken magistraat in strijd met

¹² Zie ook art. 57 E.V.R.M.: «application effective», «effective implementation».

¹³ *Parl. St., Kamer*, Verslag, 223 (1954-55), nr. 2, p. 11.

¹⁴ Eur. H., 18 januari 1978, i.z. Ierland t. Verenigd Koninkrijk, § 239; Eur. H., 6 februari 1976, i.z. Zweeds syndicaat van locomotiefbestuurders, § 50; Eur. H., 6 november 1980, i.z. Van Oostervijk, § 33.

¹⁵ *Arr. Cass.*, 1971, 959 en de conclusie van proc.-gen. GANS-HOF VAN DER MEERSCH, gepubl. in *Pas.*, 1971, I, 888 e.v.

¹⁶ *Cass.*, 26 september 1978, gecit. in noot 10; zie ook *Cass.*, 14 januari 1976, *Arr. Cass.*, 1976, 547, en de conclusie van toenmalig eerste advocaat-generaal DUMON; raadpl. J. MASQUELIN, *Le droit des traités dans l'ordre juridique et dans la pratique diplomatique belges*, Brussel, 1980.

¹⁷ *Cass.*, 29 januari 1981, *Arr. Cass.*, 1980-81, 603; zie ook K. GRIMONPREZ, *op. cit.*, (noot 8), 2665 e.v.

¹⁸ W.J. GANS-HOF VAN DER MEERSCH, «L'ordre public et les droits de l'homme», *J.T.*, 1968, 661-663; *id.*, «La convention européenne des droits de l'homme a-t-elle, dans le cadre du droit interne, une valeur d'ordre public?», in *Les droits de l'homme en droit interne et en droit international*, verslag uitgebracht n.a.v. het tweede internationaal colloquium over het E.V.R.M., te Wenen gehouden op 18-20 oktober 1965, P.U.B., 1968, pp. 155 e.v., vooral 181, 202-205 en 240-251.

¹⁹ Zie o.m. R. HAYOIT DE TERMICOURT, «Un aspect du droit de défense», *J.T.*, 1956, 505 e.v.; F. RIGAUX, *La nature du contrôle de la Cour de cassation*, pp. 151-152; W.J. GANS-HOF VAN DER MEERSCH, *Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit*, pp. 112-117, noot 452; raadpl. ook *Cass.*, 29 maart 1977, *Arr. Cass.*, 1977, 824; *Cass.*, 2 oktober 1980, *Arr. Cass.*, 1980-81, 118.

²⁰ W.J. GANS-HOF VAN DER MEERSCH, «Le droit de la défense, principe général de droit», in *Mélanges Dabin*, II, pp. 609 en 612-613; *id.*, «La convention européenne...», gecit. in noot 18, pp. 238-239, noten 313 en 314 en de verwijzingen, o.m. naar *Cass.*, 2 mei 1961, *Pas.*, 1961, I, 926 en 928.

²¹ Raadpl. o.m. *Cass.*, 31 mei 1976, *Arr. Cass.*, 1976, 1082 en noot 1; *Cass.*, 21 februari 1979, *Arr. Cass.*, 1978-79, 743 (antwoord op het zesde middel); zie ook m.b.t. art. 6, derde lid: *Cass.*, 17 september 1974, *Arr. Cass.*, 1975, 68; *Cass.*, 20 april 1970, *Arr. Cass.*, 1970, 777, en *Cass.*, 16 februari 1970, *Arr. Cass.*, 1970, 571; zie ook K. GRIMONPREZ, *op. cit.*, (noot 8), 2665-2666 en noten 30-32.

²² E. KRINGS en L. MATRAY, «Le juge et l'arbitre», *Rev.dr.int. et dr. comp.*, 1982, 259, met verwijzing naar W.J. GANS-HOF VAN DER MEERSCH, «La convention européenne...», *op. cit.*, (noot 18), pp. 236-241 en de beslissing van de Eur. Commissie voor de Rechten van de Mens van 5 maart 1962, *Ann.*, 1962, 88, alsmede het arrest van het Hof in de zaak De Weer, 27 februari 1980, § 49.

²³ Eur. H., 23 juni 1981, i.z. Le Compte, Van Leuven en De Meyere, § 59, met verwijzing naar het arrest De Weer, gecit. in noot 22.

²⁴ *Cass.*, 4 mei 1982, A.R. 6751, i.z. Vandekerckhove; raadpl. ook *Cass.*, 14 februari 1977, *Arr. Cass.*, 1977, 657.

²⁵ Zie o.m. K. GRIMONPREZ, *op. cit.*, (noot 8), 2666-2667.

het algemeen rechtsbeginsel dat elkeen verbiedt in een geding tegelijk rechter en partij te zijn²⁶.

Voor de uitlegging van artikel 292 Ger. W. doet in dit verband in recente rechtspraak en rechtsleer — waarover straks meer — gewichtige vragen rijzen. Dit artikel bepaalt o.m. dat «nietig is het vonnis, gewezen door een rechter die vroeger bij het uitoefenen van een ander rechterlijk ambt kennis genomen heeft van de zaak», waarbij het de vraag is wanneer een rechter kan worden geacht een «ander rechterlijk ambt» te hebben uitgeoefend.

7. Voormelde mogelijkheid om voor het eerst in cassatie de schending aan te voeren van artikel 6.1 op grond dat, met betrekking tot de onpartijdigheid van de rechter, een essentiële regel inzake rechtsbedeling is geschonden, is vooral van belang in het licht van artikel 26 van het verdrag, naar luid waarvan de Commissie pas een zaak in behandeling kan nemen nadat alle nationale rechtsmiddelen zijn uitgeput en waarbij het, luidens een vaste rechtspraak van de Commissie voor de Rechten van de Mens, voldoende is dat de verzoeker voor het hoogste nationale rechtscollège, in hoofdzaak, de grief heeft voorgedragen die hij de Commissie voorlegt, zonder bijvoorbeeld inzake onpartijdigheid, de onttrekking van de zaak aan de rechter wegens gewettigde verdenking (artt. 648 e.v. Ger. W.) of de wraking van de rechter te hebben moeten vorderen²⁷.

Aldus wordt duidelijk dat in de hypothese die aan de orde is, het individuele klachtrecht of persoonlijk petitie-recht — dat o.m. door België is erkend voor een nieuwe periode van vijf jaar ingaande op 30 juni 1982 — waarbij het voor iedere natuurlijke persoon of iedere groep van particulieren mogelijk wordt bij de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens een verzoekschrift in te dienen over de schending van de verdragsregels, zelfs gevrijwaard blijft wanneer het gebrek aan onpartijdigheid niet voor de feitenrechter, doch eerst voor het Hof van Cassatie is opgeworpen.

Zelfs indien de particuliere klager, krachtens artikel 44 van het verdrag, het recht is ontzegd om een zaak zelf bij het Hof aanhangig te maken, moet rekening worden gehouden met de mogelijkheid — gaandeweg gecreëerd door de rechtspraak van het Hof, zelf bezorgd om de vrijwaring van de belangen van de klager, en mede geïnspireerd door de zorg van de Commissie om de zaak precies op een *onpartijdige* wijze aanhangig te kunnen maken bij het Hof²⁸ — schriftelijke opmerkingen te maken op het verslag van de Commissie, die deze eventueel aan het Hof kan voorleggen, met de mogelijkheid, overeenkomstig de procedureregels voor het Hof, om als getuige of in het belang van het onderzoek te verschijnen voor het Hof, alsmede met de bevoegdheid van de Commissie haar afgevaardigde leden te laten bijstaan door de raadsman van de verzoeker²⁹. Het Hof machtigde deze laatste zelfs één keer — met de instem-

ming van de verwerende partij — om zijn zaak voor haar te bepleiten³⁰. Aldus kan zelfs worden beweerd dat het individuele klachtrecht in die mate tot zelfs voor het Europees Hof zelf gevrijwaard blijft, op voorwaarde dat de grief van partijdigheid van de rechter — met miskening van een essentiële regel inzake rechtsbedeling — voor het Hof van Cassatie is aangevoerd.

8. De zaken liggen wel anders wanneer het niet om de miskening van een essentiële regel inzake rechtsbedeling gaat en alleen de *persoonlijke* onpartijdigheid van een rechter aan de orde is, een aangelegenheid die buiten het bestek van dit betoog valt. Immers, luidens de rechtspraak van het Hof van Cassatie dient de gedingvoerende partij hierover te bekwaamere tijd in feitelijke instantie te klagen, aangezien in dit geval niet het *beginsel* dat de rechter onpartijdig moet zijn ter sprake komt, maar wel de vraag of in de zaak zelf, volgens de omstandigheden, een rechter persoonlijk als partijdig kan worden aangemerkt³¹.

Zo ook is niet-ontvankelijk het middel dat niet aan de feitenrechter is voorgelegd en uit een schending van de rechten van de verdediging is afgeleid³², zelfs wanneer deze schending voortvloeit uit de door de rechter in hoger beroep gevolgde rechtspleging³³. Kennelijk is het de bedoeling te beletten dat een gedingvoerende partij, eventueel handelend te kwader trouw, in extremis de schending van haar rechten van verdediging zou inroepen, wanneer zij zulks ook voor de feitenrechter had kunnen doen³⁴.

Het spreekt vanzelf dat de aanvoering van een persoonlijke partijdigheid van de rechter doorgaans neerkomt op de aanvoering van een reden tot *wraking*, waartoe — zowel in burgerlijke als in strafzaken³⁵ — de regels uitgedrukt in de artikelen 828 e.v. Ger. W. moeten worden toegepast. Welnu, ook in dit verband is een middel dat een reden van wraking aanvoert of neerkomt op het aanvoeren van zulk een reden, en dat niet voor de feitenrechter is voorgedragen, niet ontvankelijk³⁶, behoudens wanneer een essentiële regel inzake rechtsbedeling is geschonden³⁷; overigens moet het Hof van Cassatie, in de veronderstelling dat de gronden

³⁰ Eur. H., 6 februari 1976, i.z. Schmidt en Dahlström; raadpl. ook W. GANSHOF VAN DER MEERSCH, *op. cit.*, J.T., 1982, 105.

³¹ Cass., 4 mei 1982, gecit. in noot 24; Cass., 14 juni 1977, *Arr. Cass.*, 1977, 1056; Cass., 11 oktober 1977, *Arr. Cass.*, 1978, 189.

³² Cass., 18 november 1980, *Arr. Cass.*, 1980-81, 308; Cass., 7 oktober 1980, *Arr. Cass.*, 1980-81, 128; Cass., 19 februari 1980, *Arr. Cass.*, 1979-80, 727.

³³ Cass., 2 mei 1977, *Arr. Cass.*, 1977, 896; Cass., 29 januari 1973, *Arr. Cass.*, 1973, 544; Cass., 13 december 1971, *Arr. Cass.*, 1972, 369.

³⁴ Raadpl. Cass., 17 augustus 1979, *Arr. Cass.*, 1978-79, 1341; vgl. de ratio legis van artikel 2 van de wet van 29 april 1806 in Ch. SIMONS, «De la non-recevabilité des moyens de cassation puisés dans des nullités de procédure commises en première instance», *Belg. Jud.*, 1875, 403-404, noot 4.

³⁵ R. DECLERCQ, «Raakvlakken gerechtelijk privaatrecht — strafprocesrecht», *T.P.R.*, 1980, 32 e.v., nr. 28.

³⁶ Cass., 11 oktober 1977, *Arr. Cass.*, 1978, 189; Cass., 14 juni 1977, *Arr. Cass.*, 1977, 1056; Cass., 11 juni 1974, *Arr. Cass.*, 1974, 1125; Cass., 13 maart 1950, *Pas.*, 1950, I, 493.

³⁷ Cass., 14 februari 1977, *Arr. Cass.*, 1977, 657; Cass., 13 oktober 1975, *Arr. Cass.*, 1976, 191, noot J.V. en de verwijzingen.

²⁶ Zie noot J.V. sub Cass., 13 oktober 1975, *Arr. Cass.*, 1976, 192-194; noot 2 sub Cass., 12 juni 1958, *Pas.*, 1958, I, 1136; Cass., 13 maart 1950, *Pas.*, 1950, I, 493.

²⁷ Raadpl. o.m. Comm., 9 maart 1982, i.z. nr. 9186/80, De Cubber, 10-11.

²⁸ Eur. H., 14 november 1960, i.z. Lawless.

²⁹ Eur. H., 18 november 1970, i.z. Vagrancy en noot 28.

aangevoerd in een verzoekschrift tot *onttrekking van de zaak wegens gewettigde verdenking* (artt. 648 e.v. Ger. W. en 542 e.v. Sv.) een reden zijn tot wraking van de rechter, beslissen dat het hiervan geen kennis mag nemen, alleen al vanwege de logische regel dat de wraking moet worden voorgedragen bij een ter griffie van het betrokken gerecht ingediende akte³⁸.

9. Na dit overzicht van de ruime bescherming die een procespartij geniet, op procesrechtelijk vlak, tegen een niet onpartijdige rechter in de zin van artikel 6.1 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens, lijkt het aangewezen te onderzoeken welke de *inhoud* en de *draagwijdte* is, in het algemeen, van bedoelde door artikel 6.1 gewaarborgde bescherming.

Luidens de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens te Straatsburg, inzonderheid het arrest van 17 januari 1970 in de zaak-Delcourt, moeten de bewoordingen van artikel 6.1 op *extensieve* wijze worden uitgelegd, nu het Hof terecht oordeelde: «Dans une société démocratique, au sens de la Convention, le droit à une bonne administration de la justice occupe une place si éminente qu'une interprétation restrictive ne correspondrait pas au but et à l'objet de cette disposition»³⁹.

Toegepast op het begrip «onpartijdigheid» impliceert zulks dat de rechtzoekende niet alleen mag eisen dat de rechter niet over zijn zaak mag oordelen, wanneer hij ter zake vooringenomen zou zijn, doch tevens zelfs wanneer alleen al terecht kan worden *gevreesd* dat de rechter met *vooringenomenheid* over de zaak zou oordelen⁴⁰.

10. Op 1 oktober 1982, in de zaak-Piersack, die ook het voorwerp had uitgemaakt van een arrest van het Hof van Cassatie⁴¹, paste het Europees Hof deze uitleggingsmethode toe.

Piersack was in 1978 tot achttien jaar dwangarbeid veroordeeld wegens moord, door het Hof van Assisen van de provincie Brabant, waarvan de voorzitter evenwel tijdelijk, gedurende het vooronderzoek van de zaak, eerste substituuat van de procureur des Konings te Brussel was geweest. Niet alleen was hij aldus hiërarchische overste van de substituten die de zaak behandelden, doch tevens bleek uit het dossier dat hij inzage had gekregen van een stuk betreffende de uitlevering van een medebeklaagde en dat hij twee andere apostillen had geparafeerd en doorgezonden naar de bevoegde substituten. Voor het Hof van Cassatie voerde Piersack onder meer aan dat door de ontvangst van het eerste stuk art. 127 Ger. W. was geschonden, naar luid waarvan «op straffe van nietigheid, de magistraten die als

openbaar ministerie zijn opgetreden ... de assisen niet mogen voorzitten».

Op grond van de in dit cassatiemiddel aangevoerde omstandigheden was de advocaat-generaal Velu ook van oordeel dat men terecht kon betwijfelen of de voorzitter van het hof van assisen de onpartijdigheid aan de dag kon leggen waarop de beschuldigde recht heeft⁴², o.m. concluderend als volgt: «Il est logique de considérer que si le magistrat instructeur adresse cette apostille à l'attention (d'un magistrat du ministère public), c'est qu'il sait que d'une façon ou d'une autre ce magistrat a dans la cause pris part, personnellement, à l'exercice de l'action publique. Comment raisonnablement expliquer autrement cette initiative (...) qui n'est concevable que (si) des contacts ont eu lieu entre les deux magistrats au sujet de l'instruction de l'affaire? (...) Enfin, (ladite) mention manuscrite (...) ne pourrait raisonnablement s'expliquer si l'intervention (du magistrat concerné) dans la cause s'était limitée jusqu'alors à des actes purement matériels ou (...) manifestement dépourvus d'intérêt pour l'exercice de l'action publique»⁴³. Deze zienswijze werd echter niet gevolgd door het Hof van Cassatie, dat overwoog «dat het enkele feit dat de onderzoeksrechter dat kantschrift heeft doorgezonden niet noodzakelijk tot de gevolgtrekking moet leiden dat (bedoelde magistraat) als openbaar ministerie is opgetreden». Ambtshalve artikel 6.1 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens inroepend, oordeelde het voorts, weliswaar, dat krachtens dit artikel «iedere rechter *van wie men terecht kan vermoeden* dat hij niet de onpartijdigheid aan de dag zal leggen waarop iedere beschuldigde recht heeft, zich ervan dient te onthouden aan de beslissing deel te nemen (en) dat van een rechter, wanneer hij *vroeger in dezelfde zaak* als magistraat van het openbaar ministerie is *opgetreden*, kan gezegd worden dat hij eventueel niet onpartijdig zal zijn, ook al is hij niet opgetreden om een persoonlijk standpunt in te nemen of een bepaalde daad van vervolging of onderzoek te verrichten.»

Doch ten slotte was het Hof van oordeel «dat alleen maar op grond van het feit dat de onderzoeksrechter een kantschrift heeft gezonden aan een magistraat van het openbaar ministerie met diens naam erbij, maar waaruit verder niet blijkt dat deze het heeft ontvangen of dat hij zich daardoor, al was het onrechtstreeks, met de zaak heeft beziggehouden, die magistraat *niet* kan worden geacht in de zaak te zijn opgetreden in de uitoefening van of naar aanleiding van de uitoefening van zijn ambt als magistraat van het openbaar ministerie», te meer daar uit het dossier blijkt dat *niet hij* op het kantschrift heeft geantwoord.

11. Daarop wendde Piersack zich tot de Europese Commissie voor de bescherming van de Rechten van de Mens, die de klacht niet enkel ontvankelijk verklaarde doch ook op 13 mei 1981 in haar verslag ten gronde, van oordeel was dat de omstandigheid, dat de betrokken magistraat — die achteraf het hof van assisen zou voorzitten — op een gegeven ogenblik hiërarchisch gezag had kunnen uitoefenen op de daadwerkelijk met de zaak belaste parketmagistraat, voldoende was om vast te stellen dat de voorzitter van het

³⁸ Cass., 2 april 1980, *Arr. Cass.*, 1979-80, 982; Cass., 6 februari 1979, *Arr. Cass.*, 1978-79, 646; Cass., 18 oktober 1978, *Arr. Cass.*, 1978-79, 195; zie ook *R.P.D.B.*, v°, «Récusation», nr. 3.

³⁹ Eur. H., 17 januari 1970, i.z. Delcourt, § 25; zie ook art. 31 van het Verdrag van Wenen over het verdragsrecht.

⁴⁰ Conclusie adv.-gen. J. VELU voor Cass., 18 maart 1981, *R.W.*, 1980-81, 2541-2542, nr. 11bis; raadpl. ook W. GANSHOF VAN DER MEERSCH, «La garantie des droits de l'homme et la Cour européenne de Strasbourg», *J.T.*, 1982, 110 e.v.

⁴¹ Cass., 21 februari 1979, *Arr. Cass.*, 1978-79, 743; raadpl. ook P. LEMMENS, «De onpartijdigheid van de voorzitter van het hof van assisen», *R.W.*, 1981-82, 1699; *id.*, «De zaak Piersack en de onpartijdigheid van de rechter», *R.W.*, 1982-83, 2295.

⁴² Noot 1, *Arr. Cass.*, 1978-79, 744.

⁴³ Raadpl. Eur. H., 1 oktober 1982, i.z. Piersack, § 16, in fine.

hof van assisen niet alle waarborgen van onpartijdigheid heeft geboden. Interessant hierbij is dat de Commissie uitdrukkelijk verwees naar het arrest van het Europees Hof in de zaak-Delcourt en de daarin gehuldigde stelling dat artikel 6.1 steunt op de uitspraak uit de Engelse rechtspraak «*Justice should not only be done, but manifestly and undoubtedly be seen to be done*»⁴⁴⁻⁴⁵.

Uiteindelijk werd Piersack — die zijn klacht intussen had aangevuld met de grief dat de bewuste magistraat ook zelf twee apostillen had geparafeerd en doorgezonden — door het Europees Hof in het gelijk gesteld bij arrest van 1 oktober 1982. Het Hof stelde allereerst vast dat de onpartijdigheid, gezien vanuit *subjectief* oogpunt, d.w.z. de persoonlijke onpartijdigheid van de rechter — die, nauw verbonden is met de mogelijkheid tot *wraking* — wordt vermoed tot het bewijs van het tegendeel⁴⁶, doch dat, wat de onpartijdigheid in *objectieve* zin betreft — die vandaag aan de orde is — zelfs de *schijn* belangrijk kan zijn, met verwijzing, andermaal, naar het arrest-Delcourt en meteen, impliciet, naar de daarnet vermelde Engelse uitspraak, die dus ongetwijfeld een fundamentele betekenis heeft in de rechtspraak van het Hof. Voorts stipte het Hof aan dat het Belgisch Hof van Cassatie zich in zijn beoordeling door een *functioneel* criterium had laten leiden, namelijk het al dan niet vaststellen van het vroeger optreden van de feitenrechter in de zaak «in de uitoefening van of naar aanleiding van de uitoefening van zijn ambt als magistraat van het Openbaar Ministerie», doch dat «dergelijke maatstaf *niet geheel* aan de eisen van artikel 6, lid 1 (beantwoordt). Opdat rechterlijke instanties bij het publiek het noodzakelijke vertrouwen wekken, moet bovendien rekening worden gehouden met vragen betreffende de *interne organisatie*. Als een rechter, na bij het parket een functie te hebben vervuld die *naar haar aard* in het kader van zijn taak de *behandeling van een bepaald dossier meebracht*, daarna dezelfde zaak moet horen als lid van een rechterlijke instantie, dan kunnen de justitiabelen met recht *vrezen* dat zijn onpartijdigheid niet voldoende gewaarborgd is». Het Hof voegt daar ten slotte, duidelijkheidshalve, aan toe dat het volstrekt geen belang heeft ter zake te onderzoeken welke de ware omvang is geweest van de rol die de betrokken magistraat in het onderzoek heeft gespeeld, bv. of hij al dan niet zelf het bewuste kantschrift had ontvangen en of hij al dan niet overleg had gepleegd over de zaak met de bevoegde substituten: «Het is voldoende vast te stellen dat de onpartijdigheid van de 'rechterlijke instantie' die te beslissen had over de grondigheid van de strafvervolgning» aan twijfel onderhavig kon lijken te zijn⁴⁷.

Bij de vergelijking van de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens met die van het Hof van Cassatie, mag evenwel niet uit het oog worden verloren dat het Europees Hof, krachtens de bepalingen van zijn regle-

ment, in veel ruimere mate bevoegd is om de feitelijke omstandigheden van de zaak te onderzoeken dan het Hof van Cassatie^{47a}.

12. Deze rechtspraak doet dus duidelijk blijken dat, ondanks het gemeenschappelijk uitgangspunt, namelijk een, in beginsel, extensieve uitlegging die ertoe leidt dat elke rechter, van wie de *rechtzoekende* terecht kan *vrezen* of *vermoeden* dat hij niet de onpartijdigheid aan de dag zal leggen — d.w.z. niet *bevooroordeeld* noch *vooringenomen* over een zaak oordelen — waarop elke rechtzoekende recht heeft, ingevolge het voorschrift van artikel 6.1, zich moet onthouden van de beoordeling van de zaak⁴⁸, het Europees Hof te Straatsburg dit criterium ruimer ziet en gewilliger toepast dan het Belgisch Hof van Cassatie⁴⁹. Aldus blijkt het voor het Hof te Straatsburg voldoende te zijn dat de rechtsbedeling in een bepaalde zaak dusdanig is *georganiseerd* dat *het binnen de bevoegdheden van een rechter valt*, alvorens over de zaak ten gronde uitspraak te doen, in een andere hoedanigheid, bij de uitoefening van een ander ambt, dezelfde zaak te behandelen, om tot een gebrek aan onpartijdigheid te besluiten.

Wel logisch is de beslissing van het Hoog Gerechtshof dat uit het enkele feit dat de rechters die in een tijdelijke kamer van een correctionele rechtbank zitting hadden, door de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg werden aangewezen, niet voortvloeit dat deze rechters aan de vereiste onpartijdigheid te kort zouden komen⁵⁰.

Onvermijdelijk rijst echter de vraag hoe dit conflict op het vlak van de uitlegging en de toepassing van artikel 6.1 moet worden opgelost, of m.a.w. welk *gezag* de uitspraken van het Hof te Straatsburg hebben ten opzichte van de nationale rechtscolleges, zoals ons Hof van Cassatie^{50a}. Is dit gezag slechts betrekkelijk, met name in de mate dat een verdragsluitende Staat kan worden veroordeeld tot toekenning van een «billijke genoegdoening» in de zin van artikel 50 van het verdrag, of gaat het om een absoluut gezag erga omnes, zodat de nationale rechtscolleges ertoe gehouden zouden zijn de daarin weergegeven uitlegging van de verdragsregels te volgen, ongeveer zoals het «stare decisis»-beginsel in de «Common Law»-rechtsstelsels voorschrijft?

Nauw verbonden hiermee is tevens de vraag of aldus de internationaalrechtelijke aansprakelijkheid van de betrok-

^{47a} Raadpl. hierover: F. DUMON, «Over de rechtsstaat», *R. W.*, 1979-80, 273 e.v., nrs. 8 e.v.

⁴⁸ Cass., 21 februari 1979, gecit. in noot 41; W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, «Overwegingen omtrent de kunst recht te spreken en de uitoefening van het gerechtelijk ambt», *R. W.*, 1973-74, 120 in fine: «De magistraat moet onpartijdig zijn. Het is ook zijn plicht ervoor te zorgen dat zijn onpartijdigheid *boven alle verdenking verheven* is»; concl. adv.-gen. J. VELU voor Cass., 18 maart 1981, gecit. (noot 40), nr. 11bis; vgl. m.b.t. art. 292 Ger. W.: concl. van toenmalig adv.-gen., thans proc.-gen. Krings voor Cass., 8 november 1979, *B.R.H.*, 1980-I-63 e.v.; m.b.t. art. 297 Ger. W.: Cass., 29 november 1972, *Arr. Cass.*, 1973, 311 en de concl. O.M.

⁴⁹ Raadpl. ook Cass., 11 december 1979, *Arr. Cass.*, 1979-80, 452.

⁵⁰ Cass., 15 april 1980, *Arr. Cass.*, 1979-80, 1004.

^{50a} K. LENAERTS, «Les rapports entre juridictions suprêmes dans l'ordre juridique institué par la Convention européenne des droits de l'homme», *Cah. Dr. Eur.*, 1983, 186 e.v.

⁴⁴ Lord Gordon Hewart, gecit. door SCHUIND, *Traité* (4e uitg.), 59.

⁴⁵ P. LEMMENS, *op. cit.*, *R. W.*, 1981-82, 1699.

⁴⁶ Eur. H., 23 juni 1981, i.z. Le Compte, Van Leuven en De Meyere, § 58.

⁴⁷ §§ 30 en 31; zie ook P. LEMMENS, *op. cit.*, *R. W.*, 1982-83, 2295.

ken Staat, waarvan de gerechten de arresten van het Hof te Straatsburg naast zich neer zouden leggen, niet in het gedrang zou komen.

13. Deze belangwekkende vragen kwamen reeds aan de orde in een aanverwante aangelegenheid, namelijk naar aanleiding van het meningsverschil tussen het Europees Hof⁵¹ en het Hof van Cassatie⁵² over de al dan niet vereiste *openbaarheid* van de terechtzittingen en van de uitspraak in tuchtprocedures^{52a}.

Welnu, in zijn conclusie vóór het arrest van het Hof van Cassatie van 21 januari 1982 — waarin het Hof, in tegenstelling tot de rechtspraak van het Hof te Straatsburg, zijn klassieke stelling handhaafde, naar luid waarvan in het algemeen belang, in het belang van de vervolgde alsmede ter bescherming van het beroepsgeheim waartoe sommige bij een tuchtprocedure betrokken personen gehouden zijn, de openbaarheid niet te verenigen is met een algemeen rechtsbeginsel, voortvloeiend uit de aard zelf van tuchtprocedures, dat discretie voorschrijft — betoogde de procureur-generaal Dumon, na een doortastend onderzoek van de rechtsleer ter zake en van het verdragsrecht, dat de arresten van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens *geen* gezag — van uitlegging — *erga omnes* hebben, doch het gezag dat ook aan de rechtspraak van de hoogste nationale rechtscolleges — zoals het Hof van Cassatie en de Raad van State — toekomt ten opzichte van de lagere rechtscolleges. Zulks sluit evenwel geenszins uit — wat het Belgisch Hof van Cassatie overigens deed — dat de nationale rechters het recht hebben, uitzonderlijk, afstand te nemen van de rechtspraak van het Europees Hof, vooral wanneer zijn gezag wordt verzwakt door, eventueel omstandig gemotiveerde, afwijkende meningen — dissenting opinions — van bepaalde rechters en bedoelde rechtspraak voor herziening vatbaar is, waarvan de mogelijkheid uitdrukkelijk in artikel 48 van het verdrag werd voorzien. Niettemin moest de procureur-generaal toegeven, in het licht van de door de artikelen 53 en 54 van het verdrag aan de verdragsluitende Staten opgelegde verplichting zich te houden aan de beslissingen van het Hof in de geschillen waarbij zij partij zijn, dat een miskennis in één enkel arrest van het Hof van Cassatie, van een bepaling van het verdrag over de rechten van de mens, een schending zou vormen van een internationale verplichting van de Belgische Staat die zijn internationale aansprakelijkheid zou impliceren, vooral wanneer zou blijken dat het Europees Hof zijn rechtspraak handhaaft⁵³.

Aangezien het Europees Hof intussen, op 10 februari

van dit jaar, in de tweede zaak waarbij de bekende — of moet ik zeggen «bepaalde» — dr. Le Compte was betrokken, zijn rechtspraak van 23 juni 1981 ter zake bevestigde, paste uiteindelijk ook ons Hof van Cassatie logischerwijze zijn rechtspraak aan sinds 14 april 1983⁵⁴.

14. Ingevolge deze, naar mijn gevoel, gelukkige evolutie in de rechtspraak van ons hoogste gerechtshof, mag dan ook de hoop worden gekoesterd dat het Hof in de toekomst m.b.t. de toepassing van het Verdrag over de rechten van de mens een minder terughoudende positie zal innemen, die het weleens werd verweten⁵⁵.

Aangezien het Europees Hof, overeenkomstig artikel 45 van het verdrag, tot opdracht en bevoegdheid heeft de bepalingen van het verdrag uit te leggen in het licht van de bedoeling van de opstellers ervan, lijkt het dan ook aangewezen dat het Hof van Cassatie en de andere nationale rechtscolleges het «gezag van *uitgelegd* gewijsde» (autorité de la chose interprétée) van de arresten van het Europees Hof in acht zouden nemen, zoals dit eveneens geldt voor de arresten van het Hof van Justitie der Europese Gemeenschappen, gewezen inzake prejudiciële vragen krachtens artikel 177 van het EEG-Verdrag⁵⁶.

Zulks neemt vanzelfsprekend niet weg dat de nationale rechtscolleges gebonden blijven door de perken van het *toepassingsgebied* van de verdragsbepalingen, o.m. artikel 6.1, zoals dit wordt «uitgelegd» in de arresten van het Europees Hof of zoals dit moet worden uitgelegd, met name, op autonome wijze «in de zin van het Verdrag» en niet in verhouding tot de juridische kwalificatie van de gebruikte bewoordingen in intern recht, ook al moet rekening worden gehouden met de algemene rechtsbeginselen van de nationale rechtssystemen en inzonderheid met de materiële inhoud en de gevolgen die door het intern recht van de betrokken staat aan de verdragsbepalingen wordt verbonden⁵⁷.

Met betrekking tot het begrip «onpartijdigheid», waarborgt artikel 6.1 een ieder «bij het *vaststellen* van zijn *burgerlijke rechten en verplichtingen* of bij het bepalen van de gegrondheid van een tegen hem ingestelde *strafvervolg*ing» het recht op een «*onafhankelijke en onpartijdige rechterlijke instantie welke bij de wet is ingesteld*». Om het toepassingsgebied van het recht op een onpartijdige rechter te kunnen omschrijven is het dus noodzakelijk de uitlegging te onderzoeken die van al deze bewoordingen dient te wor-

⁵¹ Eur. H., 23 juni 1981, i.z. Le Compte, Van Leuven en De Meyere; Eur. H., 10 februari 1983, i.z. Albert en Le Compte; zie ook P. LAMBERT, «La procédure disciplinaire et la convention de sauvegarde des droits de l'homme», *J.T.*, 1981, 622; H. BEKAERT, «Le criminel tient aussi le disciplinaire en état», *J.T.*, 1982, 473 e.v., noot 32.

⁵² Cass., 21 januari 1982, *R.W.*, 1982-83, 549, concl. proc.-gen. DUMON; Cass., 29 januari 1981, *Arr. Cass.*, 1980-81, 603; Cass., 31 januari 1980, *Arr. Cass.*, 1979-80, 639; raadpl. ook G. COHEN JONATHAN, *Cah.Dr.Eur.*, 1982, 203 e.v.

^{52a} Er loopt een verbindingslijn tussen openbaarheid en onpartijdigheid van de rechtspraak: E.J. DOMMERING, *op. cit.*, (noot 4), 215.

⁵³ *R.W.*, 1982-83, 563-573.

⁵⁴ Cass., 14 april 1983, *R.W.*, 1983-84, 83, noot P. LEMMENS, «Het einde van de betwisting rond de openbaarheid van tuchtzaaken»; Cass., 24 juni 1983, *R.W.*, 1983-84, 439.

⁵⁵ K. GRIMONPREZ, *op. cit.*, (noot 8), 2671-2674; de vraag of ook de rechtspleging voor het Rekenhof in het openbaar moet geschieden, zelfs wanneer geen boete wordt uitgesproken, blijft open: raadpl. Cass., 2 oktober 1980, *Arr. Cass.*, 1980-81, 118, en concl. O.M. in *Pas.*, 1981, I, 116.

⁵⁶ Raadpl. W.J. GANSBLOF VAN DER MEERSCH, *op. cit.*, *J.T.*, 1982, 106-107 en 110-112; zie ook art. 7-2 van het Benelux-Gerechtshofverdrag van 31 maart 1965 en de memorie van toelichting bij art. 7, alinea 4.

⁵⁷ Eur. H., 28 juni 1978, i.z. König, §§ 88-89; verslag Comm., 9 maart 1977, i.z. nr. 5029/71, i.z. Klass e.a., § 58; raadpl. ook concl. O.M. voor Cass., 2 oktober 1980, *Pas.*, 1981, I, 122; concl. O.M. voor Cass., 8 april 1976, *Pas.*, 1976, I, 872.

den gegeven, met uitzondering dan van het reeds uitvoerig toegelicht begrip «onpartijdigheid» zelf.

15. Om met de term «vaststellen» van burgerlijke rechten en verplichtingen te beginnen, zij benadrukt dat in de enige authentieke Engelse en Franse teksten van het verdrag resp. sprake is van «determination of» en van «contestation sur», hetgeen niet direct dezelfde lading dekt. Het Europees Hof oordeelde dan ook in de eerste zaak-Le Compte, dat de geest van het verdrag vereist dat deze term niet te technisch mag worden opgevat en er eerder een *materiële* dan formele betekenis aan moet worden gehecht, doch dat, zelfs als het gebruik van het Franse woord «contestation» het bestaan van een geschil inhoudt, aan de hand van de stukken van het dossier moet worden uitgemaakt of er in het concreet geval één bestond, in een zelfde materiële betekenis van een meningsverschil, ontstaan door een verwijt, een vordering of een beslissing gericht tegen de verzoeken door een tegenpartij, en dat in voorkomend geval zijn beslag heeft gevonden in een gerechtelijke procedure⁵⁸.

16. Vervolgens moet deze «vaststelling» of dit «geschil» betrekking hebben op «burgerlijke rechten en verplichtingen», ongeacht of dit geschil het voorwerp is van een reeds ingestelde procedure: artikel 6.1 kan eveneens worden ingeroepen door een ieder wiens uitoefening van één van zijn (burgerlijke) rechten onwettig is aangetast en die zich erover beklaagt niet de gelegenheid te hebben gehad een dergelijk geschil *aan een gerecht voor te leggen* dat aan de eisen van artikel 6.1 beantwoordt⁵⁹.

Uitgaande van de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens kunnen, luidens een analyse van de advocaat-generaal Velu⁶⁰, ter zake vier te vervullen voorwaarden worden onderscheiden:

- a) het geschil moet allereerst vreemd zijn aan het strafrecht;
- b) het geschil moet betrekking hebben op een subjectief recht of op een verbintenis die met zulk een recht is verbonden;
- c) het subjectief recht mag niet van politieke, economische, sociale of culturele aard zijn;
- d) ten slotte moet bedoeld recht voortvloeien uit of bevestigd zijn door een precieze positiefrechtelijke regel.

Met betrekking tot de derde voorwaarde moet men er zich evenwel voor hoeden, in het licht van de recente doctrine van het Europees Hof en van de autonome uitlegging van de in het verdrag gehanteerde begrippen, te vaak in termen van juridische categorieën te redeneren, zoals «publiek» recht, «administratief» recht, «fiscaal» recht, «tuchtrecht», enz., waarvan de materies per hypothese aan het toepassingsgebied van artikel 6.1 zouden ontsnappen.

De rechtspraak van het Europees Hof in de zaak-König⁶¹ en in de zaak-Ringeisen, verder doorgetrokken in de zaken-

Le Compte, in de zaak-De Weer en in de zaak-Sporrong en Lönnroth is integendeel duidelijk in die zin gevestigd dat de toepassing van het recht op een eerlijk proces — o.m. de behandeling van de zaak door een onpartijdige rechter — geenszins a priori mag worden uitgesloten in administratieve, fiscale of disciplinaire aangelegenheden. Aldus benadrukt het Hof dat weliswaar een vaag verband of verre gevolgen ter zake niet volstaan en dat burgerlijke rechten of verplichtingen het *onderwerp* of *één van de onderwerpen* moeten zijn van het «geschil»⁶², doch dat doorslaggevend is of de *uitslag van de procedure al dan niet direct beslissend is voor een dergelijk recht, ongeacht de aard van de toepasselijke wetgeving (burgerlijk, commercieel, administratief, enz.) en de aard van de ter zake bevoegde overheid (gewone hoven en rechtbanken, administratieve rechtbanken of instanties, enz.)*⁶³ Ten slotte is niet vereist dat het geschil twee privé-persoon of de Staat optredend als privé-persoon betreft⁶⁴.

17. Weliswaar is over dit punt heftig gediscussieerd, ook in de schoot van het Europees Hof te Straatsburg zelf, zoals o.m. blijkt uit de *afwijkende meningen* van een aantal van zijn rechters m.b.t. de beslissing van het Hof dat artikel 6.1 toepasselijk is op een *tuchtprocedure* wanneer blijkt dat, vanwege de uitslag van deze procedure, het recht het medisch beroep te blijven uitoefenen direct in het geding is voor de tuchtgerechten en, in laatste aanleg, voor het Hof van Cassatie. Mutatis mutandis is deze rechtspraak ook geldig voor tuchtzaken van advocaten, notarissen, deurwaarders, geneesheren, apothekers, architecten en andere beoefenaars van vrije of intellectuele beroepen⁶⁵. Hoofdzakelijk werd tegengeworpen dat het doel van de tegen de klagers ingestelde procedure en het onderwerp van het geding niet het recht van de klagers om de geneeskunde uit te oefenen was, doch de vaststelling dat zij de discipline eigen aan hun beroep, vervat in een gedragscode, al dan niet overtreden hadden — d.w.z. normen van publiekrechtelijke aard — waarvan, overigens pas in een later stadium van het geding, de vastgestelde schending hoogstens indirecte gevolgen had op de beroepsuitoefening, namelijk bij de bepaling van de op te leggen sanctie. De omstandigheid dat aldus de toepasselijkheid van artikel 6.1 afhankelijk wordt van het slot van de procedure — die evengoed op het niet opleggen van enige sanctie als op sancties zoals een berisping, afkeuring of waarschuwing zou kunnen uitlopen — leidt tot een rechtsonzekere toestand⁶⁶.

⁶² Eur. H., 23 juni 1981, gecit., § 47; Eur. H., 10 februari 1983, gecit., § 28 (zaken-Le Compte).

⁶³ Eur. H., 16 juli 1971, i.z. Ringeisen, § 94; Eur. H., 23 juni 1981, gecit., §§ 46 en 47; Eur. H., 10 februari 1983, gecit., § 28 (zaken-Le Compte); Eur. H., 28 juni 1978, i.z. König, § 94; Eur. H., 23 september 1982, i.z. Sporrong en Lönnroth, § 80.

⁶⁴ Eur. H., 16 juli 1971, i.z. Ringeisen, § 94; Eur. H., 28 juni 1978, i.z. König, § 90.

⁶⁵ Zie o.m. de afwijkende mening van rechter Liesch bij het arrest van 23 juni 1981, gecit.

⁶⁶ Raadpl. de afwijkende meningen van de rechters Liesch, Matscher, Pinheiro Farinha, Evans en Thor Vilhjalmsson bij Eur. H., 23 juni 1981, gecit. en bij Eur. H., 10 februari 1983, gecit. (zaken-Le Compte); raadpl. ook concl. proc.-gen. DUMON voor 21 januari 1982, R.W., 1982-83, 549 e.v.; P. LAMBERT, op. cit., J.T., 1981, 622 e.v.

⁵⁸ Eur. H., 23 juni 1981, gecit. (noot 46), § 45; zie ook Eur. H., 10 februari 1983, gecit. (noot 51), § 27 (zaken-Le Compte).

⁵⁹ Eur. H., 21 februari 1975, i.z. Golder, § 36; Eur. H., 23 juni 1981, gecit., § 44; Eur. H., 10 februari 1983, gecit., § 44.

⁶⁰ Concl. voor Cass., 8 april 1976, Pas., 1976, I, 872 e.v.

⁶¹ Raadpl. B. LYBEER, «Het König arrest: recht op eerlijke beëindiging in administratieve en fiscale zaken?», R.W., 1979-80, 209 e.v.

Wat er ook van zij, het Europees Hof voor de Rechten van de Mens blijkt in ieder geval zijn rechtspraak te handhaven, terwijl inzake openbaarheid van terechtzetting en uitspraak in tuchtzaken ook het Hof van Cassatie zijn zienswijze aan deze toestand blijkt te hebben aangepast⁶⁷.

Concluderend op dit punt mag deze evolutie, ingegeven door de zorg om, ongeacht abstracte kwalificering in juridische categorieën, in elke zaak — zonder onderscheid — te onderzoeken of *in concreto* «burgerlijke rechten of verplichtingen» «op het spel» staan, toegejuicht worden⁶⁸, nu de rechtzoekende, in het belang overigens van een goede rechtsbedeling die vanzelfsprekend behoort tot de essentie van een rechtsstaat⁶⁹, alleen maar kan gebaat zijn door de waarborgen die hem op dat stuk onder meer door artikel 6.1 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens worden geboden.

18. Deze bescherming kan tevens worden ingeroepen door elkeen tegen wie een «*strafvervolg*ing» is ingesteld. Andermaal blijkt ook ten deze uit de rechtspraak van het Europees Hof dat het duidelijk opteert voor een autonome uitlegging van dit begrip, waarbij uitdrukkelijk de voorkeur gaat naar een «materiële» of concrete analyse, aan de hand van de werkelijkheid die soms schuilt achter uiterlijke schijn, boven een louter «formele» analyse⁷⁰. Het Hof heeft zich hierbij niet enkel laten leiden door het gebruik van de erg ruime Engelse term «*criminal charge*», doch vooral door het fundamenteel belang dat gehecht wordt aan het recht op een eerlijk proces in een democratische samenleving.

Aldus zal in het bijzonder rekening moeten worden gehouden — onder meer in geschillen met betrekking tot tuchtzaken, administratieve zaken, economisch rechterlijke zaken, fiscale zaken — met de *aard* van de verweten *inbreuk* en met de *graad* en de *gestrengheid* van de *sanctie* die de betrokkene kan worden opgelegd. In dit verband oordeelde het Hof bijvoorbeeld, in een zaak van militair tuchtrecht, dat «in een maatschappij die gehecht is aan de heerschappij van het recht, *vrijheidsberovingen*, die bij wijze van straf kunnen worden opgelegd, met uitzondering van die welke vanwege hun aard, hun duur of hun uitvoeringswijze geen belangrijk nadeel kunnen berokkenen, tot de strafrechtelijke sfeer» behoren⁷¹.

In de zaken-Le Compte was het Hof van oordeel dat het overbodig was te onderzoeken of een «*strafvervolg*ing» voorhanden was⁷², hoewel de Commissie in haar verslag van 14 december 1981 in de zaak-Albert & Le Compte wél

tot dit onderzoek was overgegaan. Zij benadrukte dat de verdragsluitende Staten niet goedschiks een inbreuk van tuchtrechtelijke, eerder dan van strafrechtelijke aard mogen kwalificeren, noch de dader van zo'n inbreuk tuchtrechtelijk, eerder dan strafrechtelijk laten vervolgen, op gevaar af de fundamentele bescherming voortvloeiend uit artikel 6 van het verdrag prijs te geven aan de soevereine wil van de verdragsluitende Staten⁷³. Zij kwam evenwel tot het besluit dat tegen de verzoekers geen «*strafvervolg*ing» in de zin van artikel 6.1 was ingesteld op grond van de aard van de door hen gepleegde inbreuken, de gestrengheid van de opgelegde sancties die niet vrijheidsberovend waren alsmede de autonomie van de tuchtprocedure, o.m. op het stuk van de bewijsvoering⁷⁴.

Niettemin gaven de rechters Cremona en Bindschedler-Robert bij het arrest in de eerste zaak-Le Compte te kennen dat in dit geval, waarin de straf die *kan* worden opgelegd, o.m. bestaat in de schrapping van de lijst, d.w.z. de totale intrekking van het recht om in de toekomst het beroep van geneesheer uit te oefenen — waarvan de strengheid zeker niet hoeft te worden onderstreept — men in feite voor een «*strafvervolg*ing» staat. Het mag worden betreurd dat het Europees Hof deze vraag bewust in het midden heeft gelaten en aldus een kans heeft gemist om de netelige vraag te ontwijken of tuchtprocedures zoals zij in België zijn georganiseerd het «vaststellen van burgerlijke rechten en verplichtingen» impliceren⁷⁵.

Ten slotte dient te worden gewezen op een laatste vereiste: om van een «*strafvervolg*ing» te kunnen spreken in de zin van artikel 6.1 is wel noodzakelijk dat de betrokkene werd ingelicht of op de hoogte is van de hem ten laste gelegde strafbare daden, aangezien één van de bedoelingen van artikel 6.1 ter zake precies erin bestaat te voorkomen dat de betrokkene gedurende een te lange termijn in beschuldiging gesteld zou moeten blijven⁷⁶.

19. Alvorens een aantal recente praktijkgevallen waarin de objectieve onpartijdigheid van de rechter aan de orde kwam, onder de loep te nemen, moge ik erg kort ingaan op de term «*onafhankelijke*» rechter⁷⁷.

De begrippen «onafhankelijkheid» en «onpartijdigheid» zijn overigens zeer verwante begrippen, aangezien sommige

⁷³ § 62; Eur. H., 8 juni 1976, i.z. Engel, § 81.

⁷⁴ §§ 65-66; raadpl. ook de afwijkende mening van commissaris J.E.S. Fawcett die de mening is toegedaan dat het opleggen van een straf in de vorm van een schorsing of een onttrekking van het recht de geneeskunde uit te oefenen niet repressief maar *preventief* moet worden genoemd en daarom geen strafrechtelijke sanctie kan zijn (nrs. 7 en 8).

⁷⁵ Vgl. P. ROLLAND, *loc. cit.*, in fine (zie noot 70 supra).

⁷⁶ Comm., 9 maart 1977, nr. 5029/71, i.z. Klass e.a., § 60 met verwijzing naar Eur. H., 27 juni 1968, i.z. Wemhoff; zie ook: Eur. H., 27 februari 1980, i.z. Deweer, waarin het Hof van oordeel was dat de «vervolg» (*accusation*) kan worden omschreven als de officiële kennisgeving vanwege de bevoegde overheid, van het verwijt een strafrechtelijke inbreuk te hebben gepleegd.

⁷⁷ Voor een kritiek op de beweerde onafhankelijkheid van de Belgische magistratuur, raadpl. H. WILLEKENS en W. DEBEUCKELAERE, «De onafhankelijkheid van de magistratuur: geen vraagtekens toegelaten? Enige bedenkingen bij de laatste mercuriale van proc.-gen. Dumon», *Tegenspraak*, 1982, 9 e.v.

⁶⁷ Zie boven nr. 13 en noot 54.

⁶⁸ Raadpl. ook B. LYBEER, *op. cit.*, (noot 61), 214; K. GRIMONPREZ, *op. cit.*, 2671-2674.

⁶⁹ Raadpl. o.m. F. DUMON, «Over de rechtsstaat», *R.W.*, 1979-80, 273 e.v., vooral nrs. 3 en 7, 286-287.

⁷⁰ Eur. H., 27 februari 1980, i.z. De Weer, § 44; zie G. COHEN JONATHAN, *op. cit.*, (noot 52), 198-200; zie P. ROLLAND, «Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme», *J. Dr. Int.*, 1982, 199 e.v., nr. 1.

⁷¹ Eur. H., 8 juni 1976, i.z. Engel, § 82; zie ook Comm., 17 juli 1980, i.z. nr. 7598/76, i.z. Kaplan; Comm., 4 maart 1978, i.z. nr. 7341/76, i.z. Eggs.

⁷² Eur. H., 23 juni 1981, §§ 52 en 53; Eur. H., 10 februari 1983, § 30 (zaken-Le Compte).

vormen van partijdigheid kunnen worden gelijkgesteld met gevallen van afhankelijkheid⁷⁸.

«Onafhankelijkheid» omvat twee aspecten, namelijk de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht in haar geheel en de onafhankelijkheid van de individuele rechter⁷⁹. In beide gevallen is de onafhankelijkheid erop gericht in een rechtsstaat⁸⁰ de rechtsbedeling te behoeden voor elke invloed van buitenaf: de rechter mag slechts oordelen over een bij hem aanhangig gemaakte zaak, door interpretatie en toepassing op de concrete geschilpunten van de volgens zijn persoonlijke overtuiging toepasselijke rechtsregel(s). Ongetwijfeld verklaart dit, mede met het beginsel van de onpartijdigheid overigens, de in de artikelen 292 t./m. 304 van het Gerechtelijk Wetboek uitgedrukte onverenigbaarheden tussen de uitoefening van een rechterlijk ambt en de uitoefening van administratieve, militaire, geestelijke, syndicale, sociale, scheidsrechterlijke, commerciële ambten, alsmede de uitoefening van het ambt van notaris of van gerechtsdeurwaarder, of van het beroep van advocaat, zonder de onverenigbaarheden inzake bloed- of aanverwantschap te vergeten⁸¹.

a) Wat de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht betreft, deze wordt in hoofdzaak geconditioneerd door het principe van de scheiding der machten⁸².

Aldus, m.b.t. de invloed van de wetgevende macht op de rechterlijke macht, waarborgen de artt. 92 e.v. Grondwet dat de wetgever niet naar eigen goeddunken rechten kan oprichten, afschaffen of deze beroven van hun bevoegdheden. Anderzijds is het de wetgever mogelijk het beleid van de rechterlijke macht rechtstreeks te beïnvloeden d.m.v. onder meer interpretatieve wetten (art. 28 Grondwet), doch vooral d.m.v. de overigens heftig bekritiseerde overgangsprocedure⁸³ inzake regeling van bevoegdheidsconflicten tussen wetten en decreten, en decreten onderling, waarbij het Parlement de bevoegdheid werd toebedeeld arresten van het Hof van Cassatie en van de Raad van State nietig te verklaren⁸⁴.

De invloed van de uitvoerende macht op de rechterlijke macht vindt voornamelijk zijn beslag in de al even heftig en uitvoerig gelaakte praktijk van de «politisering» der magistratuur, waarbij doorgaans wordt gepleit voor een betere opleiding en beroepsvorming die een kwalitatief meer hoogstaande selectie en benoeming moeten waarborgen⁸⁵.

b) De onafhankelijkheid van de individuele rechter wordt gemeten in verhouding tot de invloed van hiërarchische meerderen, van politieke kringen, van de publieke opinie en van geldelijke voorstellen, waaraan hij onderhevig mocht zijn. Waarborgen voor deze onafhankelijkheid vindt men in artikel 100 van de Grondwet, dat voorziet in een levenslange benoeming⁸⁶ en een aan strikte voorwaarden verbonden afzetbaarheid, schorsing en overplaatsbaarheid. Ten slotte dient te worden benadrukt dat de magistraten een immuniteit genieten, waarop slechts het door het Gerechtelijk Wetboek geregelde «verhaal op de rechter» (artt. 1140-1147) een uitzondering vormt, afgezien van de ambtsplichten en de waardigheid van hun ambt, waarvan een overtreding aanleiding kan geven tot een tuchtvoorde- (artt. 398 e.v. Ger. W.)⁸⁷.

Ten slotte mag worden opgemerkt dat, hoewel het onafhankelijkheidsbeginsel niet uitdrukkelijk is opgenomen in de tekst van het Europees Verdrag van de rechten van de mens, ook de onafhankelijkheid van de rechters van het Europees Hof te Straatsburg wordt gewaarborgd door zowel objectieve elementen — wijze van benoeming, immuniteiten en privileges, en procedureregels, zoals de mogelijkheid tot openbare bekendmaking van «afwijkende meningen» (dissenting opinions) — als subjectieve elementen — moreel aanzien, beroepsbekwaamheid en onverenigbaarheden⁸⁸.

20. Bedoelde «onafhankelijkheid» wordt doorgaans in de rechtspraak van Commissie en Hof nogal vluchtig behandeld en voornamelijk opgesplitst in onafhankelijkheid ten opzichte van de uitvoerende macht, enerzijds, en ten opzichte van de partijen in het geding, anderzijds⁸⁹. Bovendien blijkt dit begrip een onafscheidelijk constitutief element te zijn van wat, in de zin van het verdrag, als een «rechterlijke instantie» moet worden beschouwd. Daartoe is niet alleen vereist dat het orgaan dat de beslissing trof of moest treffen een rechtsprekende functie vervult, doch tevens dat het aan een aantal andere eisen voldoet — zoals de reeds toegelichte onafhankelijkheid, duur van het mandaat van diens leden en waarborgen geboden door de procedure

⁷⁸ E.J. DOMMERING, «Het grondrecht op behoorlijke rechtspraak in het Nederlandse civiele recht», *Hand. 1983 Ned. jur. ver.*, I, 212-213.

⁷⁹ P. LEMMENS, *The independence of the judiciary in Belgium*, gestencild, nr. 4.

⁸⁰ Raadpl. F. DUMON, *op. cit.*, R.W., 1979-80, 275 e.v., nr. 3.

⁸¹ Raadpl. ook F. DUMON, «De rechterlijke macht, onbekend en miskend», R.W., 1981-82, 577 e.v., nrs. 30 e.v.

⁸² W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, *Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit*, Bruylant, p. 83.

⁸³ In afwachting van de definitieve oprichting van een Arbitragehof; zie hierover F. DUMON, «Het Arbitragehof», R.W., 1982-83, 2305 e.v.

⁸⁴ Raadpl. F. DUMON, «Quo vadimus?», R.W., 1980-81, 889 e.v., nrs. 5 e.v.; F. DUMON, *op. cit.*, R.W., 1981-82, 513 e.v., nr. 8.

⁸⁵ Raadpl. o.m. W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, *op. cit.*, R.W., 1973-74, 119 e.v.; B. DEJEMEPPE, C. PANIER en C. PAR-

MENTIER, «Les magistrats: indépendance, carrière et pouvoir politique», *Ann. Dr. Louvain*, 1982, 31 e.v.; P. VERMEYLEN, «De magistratuur in vraag», *Soc. standp.*, 1980, nrs. 1, 3 e.v.

⁸⁶ Zie ook de artt. 383 e.v. Ger. W.; de wijziging van art. 100, lid 1, G.W., op 23 januari 1981, waardoor het geldelijk statuut van de in rust gestelde magistraten werd gelijkgesteld met dat van ambtenaren, die niet, zoals de magistraten, onderworpen blijven aan onverenigbaarheden van ambten, tastte als dusdanig de onafhankelijkheid van de magistraten niet aan, mits de inkomensvermindering binnen bepaalde perken blijft: F. DUMON, *op. cit.*, R.W., 1981-82, 577 e.v., nr. 30.

⁸⁷ Zie hierover P. LEMMENS, *op. cit.*, (noot 79); A. MAST, *Overzicht van het Belgisch grondwettelijk recht*, 1981, nrs. 356, e.v.

⁸⁸ Y. VANDEN BOSCH, «De rechters van het Hof te Straatsburg», R.W., 1982-83, 193 e.v.

⁸⁹ Eur. H., 27 juni 1968, i.z. Neumeister, § 24; Eur. H., 18 juni 1971, i.z. De Wilde e.a., § 78; Eur. H., 16 juli 1971, i.z. Ringelsen, § 95; Eur. H., 4 december 1979, i.z. Schiesser, § 29; Eur. H., 23 juni 1981, i.z. Le Compte e.a., § 55; zie ook versl. Comm., 13 mei 1981, nr. 8692/79, i.z. Piersack, § 51.

waarvan er verschillende precies in artikel 6.1 zelf worden genoemd⁹⁰. Het begrip «rechterlijke instantie» verkrijgt aldus een soort residuaire, allesomvattende betekenis, waaraan de feiten moeten worden getoetst aan de hand van materiële, organieke en formele criteria alsmede aan de hand van de regel dat de getroffen beslissingen met gezag van gewijsde moeten zijn bekleed⁹¹, terwijl de voorwaarde dat zij «*bij de wet moet zijn ingesteld*» erop gericht is in een democratische samenleving te voorkomen dat de rechterlijke organisatie aan het discretionair oordeel van de uitvoerende macht zou worden overgelaten⁹².

21. Ten slotte lijkt het niet onbelangrijk te wijzen op een laatste aspect met betrekking tot het recht op een «rechterlijke instantie». Luidens de rechtspraak van het Europees Hof verplicht artikel 6.1 «de verdragsluitende Staten *niet* geschillen (...) te onderwerpen aan procedures, die in elk van hun stadia in overeenstemming met de voorschriften daarvan voor 'rechterlijke instanties' plaats hebben. De noodzaak van soepelheid en doeltreffendheid, volkomen verenigbaar met de bescherming van de rechten van de mens, kunnen het voorafgaand optreden van administratieve of beroepsorganen rechtvaardigen en, *a fortiori*, van rechtsprekende organen die niet in alle opzichten aan deze zelfde voorschriften voldoen; een dergelijk systeem kan zich beroepen op de juridische traditie van vele lid-staten van de Raad van Europa»⁹³.

Zulks neemt evenwel niet weg dat noch in burgerlijke zaken, noch in strafzaken, artikel 6.1 onderscheid maakt tussen feitelijke geschilpunten en juridische geschilpunten⁹⁴, aangezien ook arresten van het Hof van Cassatie — dat in beginsel niet over feitelijke geschilpunten oordeelt — een beslissende invloed kunnen hebben op de afloop van een procedure en op de juridische toestand van de gedingvoerende partijen⁹⁵. De mogelijkheid cassatieberoep in te stellen zou evenwel op zichzelf niet volstaan in het licht van het door artikel 6.1 gewaarborgde recht op een «rechterlijke instantie», nu dit het recht impliceert op een orgaan met volheid van rechterlijke bevoegdheid *zowel in feite als in rechte*⁹⁶, ook al hoeft die mogelijkheid dus niet in elk stadium van de procedure voorhanden te zijn.

22. Na deze reeds te uitvoerige bespreking van het recht op een eerlijke rechtsbedeling door een onpartijdige rechter, in het licht van artikel 6.1 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens, is thans het ogenblik aangebroken om de aandacht toe te spitsen op een aantal recente praktijkgevallen, waarin de objectieve onpartijdigheid van de rechter in twijfel werd getrokken.

De rechtzoekende kan zich daartoe vanzelfsprekend op artikel 6.1 beroepen — mits de toepassingsvoorwaarden van deze verdragsbepaling vervuld zijn: «geschil over burgerlijke rechten en verplichtingen of over de gegrondheid van een strafvervolg» — doch tevens op het door het Hof van Cassatie erkende *algemeen rechtsbeginsel* van de onpartijdigheid van de rechter, dat van toepassing wordt geacht op alle rechtscolleges⁹⁷ en bijgevolg ook in die geschillen waarop artikel 6.1 in beginsel niet van toepassing is⁹⁸.

Daarnaast bestaat ook de mogelijkheid om, in burgerlijke zaken, een *vordering tot onttrekking van de zaak aan de rechter* (artt. 648 e.v. Ger. W.) en, in strafzaken, een *vordering tot verwijzing van de zaak naar een ander rechter* (artt. 542 e.v. Sv.), meer in het bijzonder op grond van «wettige verdenking», in te stellen. Immers, «wettige verdenking» is slechts voorhanden — hoewel de wetgever andermaal geen omschrijving gaf van dit begrip — wanneer een partij het vertrouwen heeft verloren in de onafhankelijkheid of de *onpartijdigheid* van de rechter⁹⁹. Zulks volgt ook uitdrukkelijk uit de memorie van toelichting bij artikel 542 van het Wetboek van Strafvordering, voorgedragen door de heer Albisson, lid van de Raad van State, tijdens de zitting van 3 december 1808 van het «Corps législatif»: «*Quelque confiance que la loi professe pour les tribunaux, elle doit prévoir que, composés d'hommes sujets à toutes les passions de l'humanité, ils peuvent se trouver dans des circonstances capables d'inspirer quelque défiance de l'impartialité de leurs décisions.*»

Le Gouvernement peut éprouver ce sentiment dans sa sollicitude pour la sûreté publique; les particuliers, par des motifs personnels de *suspicion légitime*»¹⁰⁰.

Onder meer vanwege het absolute vereiste, namelijk dat de verdenking moet rusten op het *gehele* gerecht, en niet slechts op één lid of op enkele leden ervan¹⁰¹ — zo niet, dan worden de in het verzoekschrift aangevoerde gronden beschouwd als een reden of redenen tot *wraking* van de

⁹⁰ Eur. H., 23 juni 1981, i.z. Le Compte e.a., § 55.

⁹¹ J. VELU, «La notion de 'tribunal' et les notions avoisinantes dans la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales», *Lib.am.F.Dumon*, II, 1287 e.v., nr. 7.

⁹² Zie o.m. versl. Comm., 13 mei 1981, gecit. noot 89, § 48; versl. Comm., 12 oktober 1978, nr. 7360/76, i.z. Zand.

⁹³ Eur. H., 23 juni 1981, i.z. Le Compte e.a., § 51; vgl. ook Cass., 16 december 1980, *Arr. Cass.*, 1980-81, 440; Cass., 22 mei 1978, *Arr. Cass.*, 1978, 1109.

⁹⁴ Eur. H., 27 februari 1980, i.z. Deweer, § 48.

⁹⁵ Raadpl. Eur. H., 17 januari 1970, i.z. Delcourt, § 25.

⁹⁶ Eur. H., 23 juni 1981, § 51 in fine en 10 februari 1983, § 36 (zaken-Le Compte); G. COHEN JONATHAN, *op. cit.*, (noot 52), 205.

⁹⁷ Cass., 14 november 1980, *Arr. Cass.*, 1980-81, 295; Cass., 2 oktober 1980, *Arr. Cass.*, 1980-81, 118; Cass., 21 december 1979, *Arr. Cass.*, 1979-80, 494; Cass., 20 september 1979, *Arr. Cass.*, 1979-80, 77; Cass., 15, 20 en 28 juni 1979, *Arr. Cass.*, 1978-79, 1232, 1256 en 1319.

⁹⁸ Raadpl. Cass., 21 december 1979 en 28 juni 1979, gecit. noot 97.

⁹⁹ R. DELANGE, «Optreden van het Hof van Cassatie bij onttrekking van de zaak aan de rechter en de verwijzing van een rechtbank naar een andere», *R.W.*, 1974-75, 449 e.v., nr. 7; zie o.m. Cass., 22 februari 1980, *Arr. Cass.*, 1979-80, 756; vgl. Eur. H., 16 juli 1971, i.z. Ringelsen, § 97: «... on ne peut davantage voir un motif de *suspicion légitime* dans la circonstance que ...»

¹⁰⁰ LOCRÉ, *Législation civ., comm. et crim.*, XIV (1836), p. 276, nr. 4.

¹⁰¹ Cass., 19 september 1980, *Arr. Cass.*, 1980-81, 22; Cass., 2 april 1980, *Arr. Cass.*, 1979-80, 982; Cass., 6 februari 1979, *Arr. Cass.*, 1978-79, 646; Cass., 18 oktober 1978, *Arr. Cass.*, 1978-79, 195; Cass., 6 september 1977, *Arr. Cass.*, 1978, 24; Cass., 21 maart 1977, *Arr. Cass.*, 1977, 787; vgl. Cass., 18 december 1972, *Arr. Cass.*, 1973, 403; Cass., 24 mei 1967, *Arr. Cass.*, 1967, 1171; Cass., 30 oktober 1961, *Pas.*, 1962, I, 241; R. DELANGE, *op. cit.*, (noot 99), nr. 10 en noot 34.

«verdachte» rechter en verklaart het Hof van Cassatie, aan wie precies, vanwege de gewichtigheid van deze aangelegenheid, een discretionaire beoordelingsbevoegdheid is verleend¹⁰², zich noodgedwongen onbevoegd om van het verzoek kennis te nemen¹⁰³ — komt deze mogelijkheid echter niet als de gemakkelijkste en meest aangewezen voor.

Het lijkt dan ook nuttiger de diverse toestanden te benaderen vanuit het oogpunt van de *objectieve* onpartijdigheid in het algemeen, bij toepassing van hetzij artikel 6.1, hetzij een andere wetsbepaling, waarin het algemeen rechtsbeginsel van de onpartijdigheid tot uitdrukking komt, rekening houdend vooral met de *ruime uitlegging* die in ieder geval per definitie uit dit begrip voortvloeit¹⁰⁴.

23. In *strafzaken* oordeelde het Hof van Cassatie op 18 maart 1981 in voltallige terechtzitting en na een doortastende conclusie van de advocaat-generaal Velu¹⁰⁵, dat, nu één der raadsheren, die deel uitmaakte van het *appelgerecht* dat over de strafvordering uitspraak moest doen, voorheen als *onderzoeksrechter* in de rechtbank van eerste aanleg was opgetreden en in die hoedanigheid *kennis* had genomen van de strafvordering, de artikelen 292 en 828, 8°, van het Gerechtelijk Wetboek waren geschonden, naar luid waarvan nietig is het vonnis, gewezen door een rechter die vroeger bij het uitoefenen van een *ander rechterlijk ambt kennis* genomen heeft van de zaak en deze rechter ook kan worden gewraakt¹⁰⁶. Gelet op het rechtstreeks verband tussen voormelde wetsbepalingen en het beginsel van de (objectieve) onpartijdigheid¹⁰⁷, is het Hof dus van oordeel dat een onderzoeksrechter die een strafzaak heeft onderzocht, niet langer op onpartijdige wijze kan oordelen over dezelfde zaak als lid van het vonnisgerecht, althans wanneer dit gerecht in *hoger beroep* uitspraak doet.

De hieruit logisch voortvloeiende vraag luidt echter of de objectieve onpartijdigheid dan vanzelfsprekend gewaarborgd is wanneer, zoals overigens in de praktijk alleen al vanwege een te gering personeelsbestand vaker voorkomt, diezelfde onderzoeksrechter in *eerste aanleg* als lid van de correctionele rechtbank zitting neemt, bijvoorbeeld in het licht van artikel 6.1 van het Europees Verdrag.

Het antwoord van het Hof van Cassatie is, op dit stuk, resoluut negatief: noch artikel 292 van het Gerechtelijk Wetboek, noch enige andere wetsbepaling verbiedt een rechter deel uit te maken van het college van de correctionele rechtbank dat kennis neemt van de zaak waarin hij als onderzoeksrechter is opgetreden; laatstgenoemde omstandigheid alleen schendt noch artikel 6.1 van het Europees

Verdrag noch de rechten van de verdediging¹⁰⁸. Op 4 mei 1982 preciseerde het Hof ter zake dat de onderzoeksrechter, «met toepassing van artikel 79 van het Gerechtelijk Wetboek, volgens zijn rang zitting kan blijven nemen voor de berechting van de zaken die aan de rechtbank van eerste aanleg worden voorgelegd; dat hij juist daarom, ondanks het verbod van cumulatie van rechterlijke ambten, in artikel 292 van hetzelfde wetboek vervat, 'bevoegd blijft om kennis te nemen van de zaak waarvan hij het onderzoek heeft gedaan, nadat zij naar de rechtbank werd verwezen', zoals werd verklaard bij de parlementaire voorbereiding van voornoemd artikel» en «dat de onderzoeksrechter als onafhankelijke rechter tot taak en plicht heeft het gerechtelijke strafonderzoek zowel à charge als à décharge te doen»¹⁰⁹.

Deze stelling kan evenwel worden bekritiseerd. Kan men namelijk staande houden, vooral rekening houdend met de reeds benadrukte ruime interpretatie van het begrip «onpartijdigheid», dat inzonderheid bij de beklaagde, in geen geval enige *vrees* voor *vooringenomenheid* kan bestaan wanneer een zelfde magistraat in dezelfde zaak onderzoeksrechter en rechtsprekend rechter is geweest? Er bestaan diverse redenen om hierop negatief te antwoorden:

a) Van doorslaggevend belang daarbij is de omstandigheid dat de strafprocedure *twee duidelijk onderscheiden fasen* omvat (waarmee telkens een met een aangepaste opdracht bekleed rechtscollege overeenstemt) *die volledig onafhankelijk* van elkaar zijn. Met de fase van het «*onderzoek*» stemmen de *onderzoeksgerechten* overeen, met de fase van de rechterlijke beslissing over de schuldvraag stemmen de *vonnisgerechten* overeen, die — en dit is essentieel van belang — slechts vermogen te oordelen op grond van het mondeling, openbaar en contradictoire onderzoek dat *voor hen* is gevoerd: de beschikkingen van het onderzoeksgerecht betreffende de verwijzing van de zaak naar de strafrechter, waarbij alleen wordt beslist dat het onderzoek wordt afgesloten en dat er bezwaren en eventueel verzachtende omstandigheden bestaan, hebben overigens geen gezag van gewijsde ten aanzien van de gegrondheid van de telastlegging en doen derhalve geen afbreuk aan de bevoegdheid van het vonnisgerecht om de feiten *vrij* te beoordelen¹¹⁰.

De wetgever heeft uitdrukkelijk gewild dat de onderzoeksgerechten, liefst zo discreet mogelijk — na een geschreven, geheim en niet contradictoir vooronderzoek — en vooraleer een verdachte strafrechtelijk kan worden gedagvaard, uitmaken of deze gewichtige maatregel wel geboden is. Daarentegen, zodra de beschikking tot verwijzing is gewezen door het onderzoeksgerecht, waarvan de onderzoeksrechter deel uitmaakt (art. 127 Sv.), moet het vonnisgerecht, *soverein en onafhankelijk van het onderzoeksgerecht*, zijn specifieke opdracht vervullen: oordelen, in beginsel volgens een mondeling, openbaar en op tegenspraak

¹⁰² R. DELANGE, *op. cit.*, nrs. 2 en 7.

¹⁰³ Cass., 2 april 1980, 6 februari 1979, 18 oktober 1978, 6 september 1977, 21 maart 1977 en 18 december 1972, gecit. in noot 101; *R.P.D.B.*, v°, «Récusation», nr. 3.

¹⁰⁴ Zie noten 39, 40 en 48; vgl. ook noot 100.

¹⁰⁵ *R.W.*, 1980-81, 2533 e.v.

¹⁰⁶ Hiermee keerde het Hof terug op zijn rechtspraak in een arrest van 6 december 1978 (Franst. zaak D. & P.S. t/ L. e.a., A.R. 9.930, 2e kamer, niet gepubl.).

¹⁰⁷ B. MAES, «De onverenigbaarheid van het ambt van onderzoeksrechter met dat van rechter in eerste aanleg of appelrechter en het recht van de beklaagde op een onpartijdige rechtbank», *R.W.*, 1981-82, 1857 e.v., nrs. 4 e.v.

¹⁰⁸ Raadpl. o.m. Cass., 15 april 1980, *Arr. Cass.*, 1979-80, 1012; Cass., 9 mei 1979, *Arr. Cass.*, 1978-79, 1077, noot J.V.; Cass., 8 februari 1977, *Arr. Cass.*, 1977, 645.

¹⁰⁹ Cass., 4 mei 1982, A.R. 6.751 i.z. Vandekerckhove (2e kamer).

¹¹⁰ Cass., 19 februari 1980, *Arr. Cass.*, 1979-80, 727.

gevoerd onderzoek, of de beklagde voor de hem/haar ten laste gelegde feiten moet worden gestraft¹¹¹.

Precies vanwege dit strikt onderscheid tussen de bevoegdheden van onderzoek en rechtspraak, ligt het voor de hand dat elke interferentie van magistraten die belast waren met een vooronderzoeksopdracht in de rechtspleging voor het vonnisgerecht moet worden vermeden¹¹², te meer daar aldus ongetwijfeld de noodzakelijke vrijheid van beoordeling van het vonnisgerecht niet langer gewaarborgd is. Bovendien kan redelijkerwijze, in die omstandigheden, niet meer worden aangenomen dat tussen beklagde en vervolgende en burgerlijke partijen, bij de aanvang van het strafproces, het principe van de «gelijkheid der wapens» nog is geëerbiedigd¹¹³. Eén der rechters — die ook de voorzitter van de rechtbank kan zijn — is immers noodzakelijkerwijze reeds voordien, als onderzoeksrechter, tot een persoonlijke overtuiging gekomen wat de schuldvraag betreft, en zal dus onvermijdelijk «vooringenomen» aan de debatten deelnemen. Dit is bijgevolg een niet weg te cijferen handicap voor de beklagde. De verslaggever in de *Franse Senaat*, bij de voorbereiding van de wet van 8 december 1897 — die o.m. een cumulatieverbod invoerde tussen de ambten van onderzoeksrechter en rechter ten gronde in dezelfde zaak — verklaarde dan ook terecht:

«Le juge d'instruction, par le seul fait qu'il a préparé l'affaire et a décidé le renvoi du prévenu devant le tribunal, a nécessairement sa conviction faite à l'avance; il apporte donc au jugement une *opinion préconçue*; ... sa voix n'est pas seulement une voix presque acquise à la condamnation, elle est aussi le plus souvent et par la force des choses, une voix *prépondérante* ... quant aux raisons dont pourrait s'étayer l'opinion contraire, elles risquent de passer inaperçues, quelle qu'ait été l'attention des autres juges ... Il importe que tous les membres de la juridiction de jugement aient leur entière indépendance d'appréciation, qu'ils ne se décident effectivement que d'après les débats; pour obtenir ce résultat, l'unique moyen, c'est d'interdire au juge d'instruction de prendre part au jugement»¹¹⁴.

b) Anderzijds bestaat over dit alles niet de minste discussie wanneer het vonnisgerecht het *hof van assisen* is, nu artikel 127 van het Gerechtelijk Wetboek ter zake voorschrijft dat, op straffe van nietigheid, onder meer de magistraten die «uitspraak hebben gedaan over de regeling van het onderzoek» de assisen niet mogen voorzitten, noch als assessor mogen optreden. Het lijkt geen twijfel dat deze onverenigbaarheid is ingegeven door dezelfde bezorgdheid, vooral bij de beschuldigde, elke vrees voor enig gebrek aan onpartijdigheid van de rechters uit te sluiten. Welnu, om welke reden zou dezelfde regel niet gelden in correctionele en politiezaken?

Hierop repliceert het Hof van Cassatie door te verwijzen naar de betekenis van het begrip «ander rechterlijk ambt» in artikel 292 van het Gerechtelijk Wetboek, zoals in de parlementaire voorbereiding uitgelegd, met name dat de onderzoeksrechter slechts geacht wordt een ander rechterlijk ambt uit te oefenen wanneer hij in onderscheiden gerechten optreedt, zoals enerzijds in de correctionele rechtbank en anderzijds, bv. na een benoeming, in het hof van beroep.

Hier rijst evenwel de vraag of het Hof niet al te formalistisch te werk gaat en een overdreven belang hecht aan een passus in het verslag van de kamercommissie over de uitlegging van artikel 292 van het Gerechtelijk Wetboek. Verdient het niet veeleer de voorkeur ter zake rekening te houden met de door de wetgever uitdrukkelijk gewilde scheiding tussen, enerzijds, onderzoeksfase en onderzoeksgerichten en, anderzijds, de daarvan volledig onafhankelijke fase van de berechting en de vonnisgerichten, alsmede met de noodzakelijk — vanwege deze onafhankelijkheid — te vrijwaren «gelijkheid der wapens»?

In het licht hiervan, komt het mij niet ter zake dienend voor dat de onderzoeksrechter als onafhankelijke rechter tot taak en plicht heeft het gerechtelijk strafonderzoek zowel à charge als à décharge te doen¹¹⁵ en evenmin dat het niet ondenkbaar is dat er zich tussen de onderzoeksrechter en de verdachte een sfeer van vertrouwen heeft gevormd tijdens het onderzoek, die bij de strafvordering *voor de verdachte* voordelig zou zijn¹¹⁶. Immers, zolang de strafprocedure georganiseerd blijft zoals ze dat thans is, kunnen deze omstandigheden — ook al is de onderzoeksrechter ertoe gehouden op onafhankelijke wijze te pogen de waarheid te achterhalen met het oog op een zo billijk mogelijke beoordeling van de ten laste gelegde feiten¹¹⁷ — niet voorkomen dat de bewuste magistraat, na de afsluiting van het gerechtelijk strafonderzoek *in eer en geweten* tot de overtuiging is gekomen dat, in het geval van een verwijzing naar het vonnisgerecht, de verdachte schuldig is. Het is inderdaad weinig denkbaar, dat een verdachte toch zou worden verwezen, nadat de onderzoeksrechter in zijn verslag tot het besluit zou zijn gekomen dat er geen aanleiding is tot vervolging. Hoe men het ook draaie of kere, de onderzoeksrechter blijft «vooringenomen» en kan dus niet de nodige waarborgen bieden van onpartijdigheid.

c) Er moge voorts op worden gewezen dat bedoelde onverenigbaarheid sedert meer dan driekwart eeuw haar beslag heeft gekregen in artikel 1 van de Franse wet van 8 december 1897, dat later in artikel 49, tweede lid, van het Franse Wetboek van Strafvordering van 23 december 1958 werd overgenomen, nadat het cumulatieverbod reeds door artikel 257 van het Wetboek van Strafvordering van 1808 in de procedure voor het hof van assisen was ingevoerd¹¹⁸. De omstandigheid dat de onderzoeksrechter in Frankrijk zelf

¹¹¹ Concl. toenmalig eerste adv.-gen. P. LECLERCQ voor Cass., 30 november 1920, *Pas.*, 1921, I, 153; zie ook over «le principe de l'intime conviction et de l'oralité des débats»: C. BERGOIGNAN-ESPER, *La séparation des fonctions de justice répressive*, 86 e.v.

¹¹² Vgl. concl. van toenmalig adv.-gen. E. KRINGS, thans procureur-generaal, voor Cass., 8 november 1979, *B.R.H.*, 1980, 65-66.

¹¹³ Raadpl. o.m. arrest van 17 januari 1970, i.z. Delcourt, § 28; concl. adv.-gen. J. VELU voor Cass., 18 maart 1981, *R.W.*, 1980-81, nr. 11bis, kol. 2542.

¹¹⁴ Raadpl. B. MAES, *op. cit.*, *R.W.*, 1981-82, 1861, nr. 4, noot 13.

¹¹⁵ Cass., 4 mei 1982, A.R. 6.751, niet gepubl.

¹¹⁶ *Panopticon*, 1982, 560.

¹¹⁷ Cass., 2 mei 1960, *Pas.*, 1960, I, 1020; Cass., 3 november 1930, *Pas.*, 1930, I, 348.

¹¹⁸ B. MAES, *op. cit.*, *R.W.*, 1981-82, 1861, nr. 4, noot 13; A. VANDEPLAS, noot na Cass., 1 december 1970, *R.W.*, 1971-72, 572-574, nrs. 1-5.

het onderzoeksgerecht in eerste aanleg vormt (artt. 79 e.v. Sv.) en met analoge bevoegdheden is bekleed als de raadkamer in België¹¹⁹ is niet van die aard dat de vergelijking met de toestand in België in het gedrang wordt gebracht, nu de onderzoeksrechter overigens ook deel uitmaakt van de raadkamer. De Franse doctrine benadrukte overigens bij herhaling dat de regel van de scheiding tussen onderzoek en berechting een der hoekstenen vormt van de Franse strafprocedure¹²⁰ en dat het tot de taak van het Hof van Cassatie behoort, wanneer de onpartijdigheid van het gerecht in het geding is, de onafhankelijkheid van onderzoeks- en berechtingsbevoegdheden maximaal te doen in acht nemen¹²¹.

d) Ten slotte lijkt het niet oninteressant aan te stippen dat, inzake de samenstelling van de kamers, zowel van het Europees Hof te Straatsburg¹²², het Internationaal Gerechtshof¹²³, het Inter-Amerikaans Hof van de rechten van de mens¹²⁴ als van het Hof van Justitie¹²⁵, een rechter niet mag deelnemen aan de behandeling van een zaak waarin hij voordien is opgetreden o.m. als lid van een rechtbank of van een *onderzoekscommissie*¹²⁶.

e) Zeer recent moest de *Europese Commissie* voor de Rechten van de Mens over de *ontvankelijkheid* oordelen van een verzoekschrift waarin precies het onderhavige probleem aan de orde werd gebracht. Welnu, hoewel beslissingen van die aard doorgaans slechts een relatieve waarde hebben, benaderde de Commissie het geschilpunt niettemin vanuit de juiste invalshoek door te oordelen dat «l'affaire soulève essentiellement le problème de savoir si le juge d'instruction, par le seul fait d'avoir préparé l'affaire, a pu ou non se faire à l'avance une conviction personnelle sur la culpabilité de l'accusé»¹²⁷. Het is thans wachten op de verdere afloop van deze procedure.

Inmiddels moge worden aangestipt dat de zevende correctionele kamer van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Gent reeds tot het besluit kwam dat in het onderhavige geval de vereiste onpartijdigheid niet was gewaarborgd^{127a}. Hopelijk is dit de voorbode van een gelukkige evolutie.

24. Mutatis mutandis geldt de hier voorgestelde oplossing evenwel ook voor het geval dat een rechter die in de *raadkamer* of in de *kamer van inbeschuldigingstelling* over de verwijzing van de beklaagde naar de *correctionele rechtbank* of het *hof van beroep* heeft beslist, en vervolgens, als voorzitter of lid van deze gerechten, aan het berechten van dezelfde beklaagde deelneemt.

Ook in deze aangelegenheid luidt de vaststaande rechtspraak van het Hof van Cassatie dat geen enkele wetbepaling zich tegen deze toestand verzet en dat uit bedoelde omstandigheid alleen niet kan worden afgeleid dat het recht van de beklaagde op een eerlijke behandeling door een onafhankelijke en onpartijdige rechterlijke instantie is miskend¹²⁸.

Een verzoekschrift waarin de schending van het beginsel van de onpartijdigheid, uitgedrukt in artikel 6.1 van het Europees Verdrag, wordt ingeroepen in een dergelijk geval, is thans aanhangig bij de Europese Commissie voor de bescherming van de Rechten van de Mens¹²⁹.

De vraag is voornamelijk of Commissie en Hof argumenten zullen vinden om te oordelen dat bewuste magistraten geen persoonlijke overtuiging heeft verworven over de schuld van de beklaagde.

Andermaal zij ter zake aangestipt dat het Hof van Beroep te Gent onlangs oordeelde dat een alleenrechtsprekend rechter, die voordien als voorzitter van de raadkamer de beklaagde had verwezen naar de correctionele rechtbank, niet de nodige waarborgen voor zijn onpartijdigheid bood en, bijgevolg, het beroepen vonnis vernietigde^{129a}.

25. Inzake *militaire strafrechtspleging* werd recent de onpartijdigheid in twijfel getrokken van de rechterlijke commissie en de krijgssauditeur-voorzitter van deze commissie die, luidens artikel 35 van de wet van 15 juni 1899 houdende het Wetboek van Strafrechtspleging van het leger, belast is met het geschreven onderzoek, doch waarin de krijgssauditeur, die het onderzoek leidt, een overheersende rol speelt¹³⁰.

Het is inderdaad de vraag of deze krijgssauditeur die, als voorzitter van de rechterlijke commissie, de jurisdictionele functie van een onderzoeksrechter uitoefent¹³¹, en anderzijds *terzelfder tijd* het ambt van openbaar ministerie uitoefent¹³² niet onvermijdelijk bij de verdachte militair minstens de vrees doet ontstaan voor partijdigheid in de beoordeling, hetgeen, zoals uitvoerig toegelicht, *volstaat als criterium* waaraan de onpartijdigheid van een rechter kan worden getoetst. De houding van het Hof van Cassatie ter zake, dat oordeelde — en zich daartoe beperkte — dat de krijgssauditeur in de uitoefening van de functie van onderzoeksrechter «uiteraard onafhankelijk» is, mag alleszins ontgoochelend worden genoemd¹³³.

¹²⁸ Cass., 19 januari 1982, *R.W.*, 1982-83, 1409; Cass., 1 december 1970, *Arr. Cass.*, 1971, 320; Cass., 16 januari 1967, *Arr. Cass.*, 1967, 595; Cass., 17 maart 1948, *Pas.*, 1948, I, 177; Cass., 7 november 1921, *Pas.*, 1922, I, 48; Cass., 11 juni 1917, *Pas.*, 1918, I, 30; in hoger beroep: Cass., 19 oktober 1971, *Arr. Cass.*, 1972, 180; Cass., 11 maart 1940, *Pas.*, 1940, I, 85, en noot 1 get. R.H.; raadpl. ook Corr. Nijvel, 4 februari 1982, *J.T.*, 1982, 670.

¹²⁹ Verz. nr. 9.976/82 in de zaak die aanleiding gaf tot Cass., 19 januari 1982 (zie vorige noot).

^{129a} Gent, 8 september 1983, onuitg.

¹³⁰ P. LEMMENS, «De voorlopige hechtenis van militairen», *R.W.*, 1982-83, 1107 e.v., nr. 3 met verwijzing o.m. naar Cass., 29 februari 1904, met concl. eerste adv.-gen. TERLINDEN, *Pas.*, 1904, I, 148.

¹³¹ Cass., 22 juni 1982, *R.W.*, 1982-83, 1115, met verwijzing naar de parlementaire voorbereiding van de wet van 1899.

¹³² Art. 76 wet van 15 juni 1899.

¹³³ P. LEMMENS, *op. cit.*, nr. 7.

¹¹⁹ Raadpl. o.m. art. 179 Fr. Sv.

¹²⁰ MERLE en VITU, *Traité du droit criminel*, II, nr. 1017; STEFANI, LEVASSEUR en BOULOC, *Procédure pénale*, nr. 44; PRADEL, *Procédure pénale*, nr. 14; CHAMBON, *Le juge d'instruction*, nrs. 18 e.v.

¹²¹ W. JEANDIDIER, noot na Cass. fr., 2 oktober 1980, *D.*, 1982, Jur., 167, vooral 171.

¹²² Art. 24, tweede lid, van het reglement van het Hof.

¹²³ Art. 17.2, van het statuut van het Hof.

¹²⁴ Art. 19 van het statuut van het Hof.

¹²⁵ Art. 16 van het statuut van het Hof.

¹²⁶ Y. VANDEN BOSCH, «De rechters van het Hof te Straatsburg», *R.W.*, 1982-83, 217.

¹²⁷ Comm., 9 maart 1982, nr. 9.186/80, i.z. De Cubber.

^{127a} Corr. Gent, 26 januari 1982, onuitg.

Hopelijk brengt de te verwachten rechtspraak van Europese Commissie en Hof¹³⁴ binnen afzienbare tijd ook in deze aangelegenheid meer klaarheid, wat tevens wellicht de mogelijkheid zal bieden aan te tonen dat de praktijk, die erin bestaat een substituut van de krijgsauditeur — dus van het openbaar ministerie — aan te wijzen als enig professioneel rechter in de krijgsraden te velde, eveneens onverenigbaar is met het beginsel van de onpartijdigheid uitgedrukt in artikel 6.1 van het Europees Verdrag¹³⁵.

26. Een zelfde vermenging en cumulatie van functies en bevoegdheden, die nochtans vanuit het oogpunt van de na te streven onpartijdigheid koste wat het wil dient te worden vermeden¹³⁶, blijkt in *tuchtzaken* wettelijk te zijn georganiseerd. Aldus wordt een tuchtzaak, zowel wat geneesheren¹³⁷, apothekers¹³⁸, als wat dierenartsen betreft¹³⁹, eerst onderzocht door een «bureau», waarvan de leden echter tijdelijk lid zijn van het tuchtcollege dat in eerste aanleg van de zaak kennis neemt. Niet alleen volgt hieruit dat een onderzoeksorgaan — het «bureau» — onvermijdelijk achteraf opnieuw kennis zal nemen van de zaak als onderdeel van het *rechtsprekend* orgaan, tevens blijkt dit laatste ook zelf bevoegd te zijn om de telastleggingen te omschrijven en zich aldus de rol van *aanklager* toe te meten.

In het licht van het voorgaande, hoeft het haast geen betoog dat deze toestanden, alleszins op het stuk van de onpartijdigheid die, zoals opgemerkt, op alle rechtscolleges van toepassing is, niet gezond kunnen worden genoemd¹⁴⁰.

Onder dezelfde optiek ligt ongetwijfeld de grief van een Brussels *advocaat* die beweerde geen eerlijke behandeling van zijn zaak te hebben gekregen door een onafhankelijke en onpartijdige rechterlijke instantie om de reden dat de *verslaggever*, op grond van artikel 44, lid 1, van het reglement van inwendige orde van de Orde van Advocaten van de balie te Brussel, zijn advies over de zaak aan de betrokken tuchtkamer meedeelt en, luidens artikel 42, lid 3, van dit reglement, raadgevende stem in die tuchtkamer heeft, en om de reden dat de *tuchtkamer* enerzijds, op grond van artikel 44, lid 4, oordeelt of de verdachte advocaat dient te worden *vervolgd* en *voor haar* gedagvaard, zonder deze zelf te moeten horen, en anderzijds, op grond van artikel 45, nadien *oordeelt* over de *eigenmachtig* ingespannen vervolgingen, zonder anders te moeten worden samengesteld¹⁴¹.

¹³⁴ P. LEMMENS, *op. cit.*, nr. 9.

¹³⁵ P. LEMMENS, *op. cit.*, nr. 10.

¹³⁶ Vgl. concl. van toenmalig adv.-gen. thans procureur-generaal, E. KRINGS voor Cass., 8 november 1979, *B.R.H.*, 1980, 63 e.v., vooral 66 in fine.

¹³⁷ Artt. 10 en 20, § 1, van het K.B. nr. 79 van 10 november 1967.

¹³⁸ Artt. 10 en 20, § 1, van het K.B. nr. 80 van 10 november 1967.

¹³⁹ Artt. 10 en 13 van de wet van 19 december 1950.

¹⁴⁰ Raadpl. ook G. DE BAETS, «Mijmeren over mensenrechten», *R.W.*, 1981-82, 2647 e.v., vooral 2656; Comm., 14 december 1981, nrs. 7.299/75 en 7.496/76 i.z. Albert en Le Compte, afwijkende mening Melchior, p. 51, nr. 9.

¹⁴¹ Cass., 25 februari 1983, eerste kamer, A.R. 3.701, onuitg.: dit arrest doet echter slechts uitspraak over een schending van art. 97 Grondwet vanwege een niet beantwoorden van een bij conclusie aangevoerd verweer, zodat hieruit geen principiële gevolgtrekking kan worden gehaald.

Weliswaar moet hierbij worden opgemerkt, niet alleen dat het hier gaat om een uitzonderlijk geval, maar ook dat, ingevolge een jarenlange traditie en door de omstandigheid dat wij, als advocaten, doordrongen zijn van de noodzaak het recht op tegenspraak, het onpartijdigheidsbeginsel en de rechten van de verdediging in het algemeen te eerbiedigen, het gevaar voor miskennen van deze rechten aan deze balie erg gering is. Daarenboven werd bedoeld reglement intussen in gunstige zin gewijzigd bij resolutie van 14 oktober 1980.

Ten slotte kan nog melding worden gemaakt van een geschilpunt dat blijkt uit de rechtspraak van Commissie en Hof in de bekende zaken-Le Compte en waarbij vraagtekens worden geplaatst achter de beweerde onpartijdigheid van de provinciale raad van de Orde van Geneesheren, die in tuchtzaken uitspraak doet in eerste aanleg, alsmede van de raad van beroep van deze orde¹⁴². Indien al met het Europees Hof kan worden aanvaard dat de aanwezigheid, in de schoot van de raden van beroep, van gerechtelijke ambtenaren die de helft van de zetels innemen, waaronder de voorzitter met beslissende stem, de onpartijdigheid van deze organen voldoende waarborgt¹⁴³, liggen de zaken anders op het niveau van de provinciale raden. Deze zijn immers, op uitzondering van een bijzitter met raadgevende status die een rechter in een rechtbank van eerste aanleg is, uitsluitend samengesteld uit geneesheren die worden verkozen voor zes jaar door de geneesheren die op de lijst van de Orde ingeschreven zijn¹⁴⁴. Vooral wanneer opvattingen, meningen of praktijken van een geneesheer in het geding zijn, die afwijken van de door de meerderheid gehuldigde opinie een meerderheid die ongetwijfeld via haar verkozen vertegenwoordigers haar visie in de provinciale raden kan doordrukken — kan in hoge mate worden gevreesd dat deze raden, louter omwille van de vrijwaring van de belangen van een bepaalde meerderheid, bedoelde opvattingen, meningen of praktijken zouden veroordelen onder het mom dat zij onverenigbaar zouden zijn met het voor talloze interpretaties vatbare begrip «eer en waardigheid van het beroep». Men denke ter zake o.m. aan meningsverschillen op het stuk van sociale geneeskunde, abortus, euthanasie, e.d.m. Zulks neemt niet weg dat de inbreng van deskundigen uit het professionele milieu noodzakelijk en onvermijdelijk blijft, doch niet ten koste van de even noodzakelijke onpartijdigheid die in elk rechtscollege moet gewaarborgd blijven. Dat de verkozen geneesheren in deze tuchtradetraden niet zouden handelen als vertegenwoordigers van de Orde van Geneesheren doch in persoonlijke naam¹⁴⁵, is wellicht een vrome wens maar kan, naar mijn gevoel, bij de rechtzoekenden geenszins de gewettigde vrees wegnemen voor bedoelde vooringenomenheid bij de provinciale raden¹⁴⁶.

¹⁴² Comm., 14 december 1979, i.z. Le Compte, Van Leuven en De Meyere, § 78; Eur. H., 23 juni 1981, zelfde zaak, § 58; Comm., 14 december 1981, i.z. Albert en Le Compte, § 75 en de afwijkende meningen van commissieleden Trechsel, Tenekides en Melchior; Eur. H., 10 februari 1983, zelfde zaak, § 32.

¹⁴³ Eur. H., 23 juni 1981, § 58.

¹⁴⁴ Artt. 7 en 8 van het K.B. nr. 79 van 10 november 1967.

¹⁴⁵ Eur. H., 10 februari 1983, § 32 in fine.

¹⁴⁶ Vgl. de spreuk «Justice must not only be done, but manifestly and undoubtedly be seen to be done» van Lord Gordon Hewart,

In die omstandigheden lijkt het dan ook geboden deze raden, zoals de raden van beroep, samen te stellen met een voldoende aantal beroepsmagistraten met beslissingsbevoegdheid¹⁴⁷.

De opwerping dat artikel 6.1 de verdragsluitende Staten niet zou verplichten de daarin bedoelde geschillen te onderwerpen aan procedures die in elk van hun stadia in overeenstemming met de voorschriften daarvan voor «rechterlijke instanties», plaatshebben¹⁴⁸, kan bezwaarlijk worden aanvaard: er lijkt integendeel geen reden te bestaan om de in artikel 6.1 uitgedrukte waarborgen slechts vanaf een later processtadium te doen eerbiedigen. Kan men overigens dan nog spreken van de waarborg van de dubbele aanleg inzake procesrecht? Het gerecht dat in eerste aanleg uitspraak moet doen, staat bovendien het dichtst bij de rechtzoekende en de feiten die aan het geschil ten grondslag liggen, zodat laatstgenoemde met een handicap zou moeten afrekenen, mocht hij in eerste aanleg niet op dezelfde waarborgen qua onpartijdigheid aanspraak mogen maken als in hoger beroep¹⁴⁹.

27. In het licht van de reeds besproken ruime uitlegging van het begrip «onpartijdigheid» alsmede van het daarmee innig verbonden fundamenteel beginsel van rechterlijke organisatie, naar hetwelk een magistraat van dezelfde zaak geen kennis mag nemen, tegelijk als lid van het openbaar ministerie en als lid van het vonnisgerecht¹⁵⁰, valt het op dat het onpartijdigheidsbeginsel in de procedure voor het Rekenhof duidelijk in het gedrang komt.

Weliswaar moet worden aangenomen dat het Rekenhof niet tot de rechterlijke macht behoort en dat het geen uitspraak doet over een eigenlijke betwisting, noch een echt geding beslecht, wanneer het de rekeningen van een rekenplichtige tegenover de Schatkist naziet en verevent, en vaststelt of zijn rekeningen effen zijn, een tegoed vertonen of met een tekort sluiten¹⁵¹.

Niettemin is evenzeer onbetwistbaar dat het Rekenhof een rechtsprekende functie vervult en zonder twijfel een *rechtscollege* is dat overigens uitvoerbare arresten wijst, die voor het Hof van Cassatie kunnen worden aangevochten¹⁵². In die optiek lijdt het geen twijfel dat het algemeen rechtsbeginsel van de onpartijdigheid van de rechter op het

Rekenhof toepasselijk is¹⁵³. Zulks is des te meer het geval wanneer het Rekenhof als strafrechter uitspraak moet doen over de vordering tot het opleggen van een boete aan een achterstallige rekenplichtige. In dat geval is zelfs artikel 6.1 van het Europees Verdrag voor de bescherming van de rechten van de mens toepasselijk, aangezien deze bepaling ook betrekking heeft op het «bepalen van de gegrondheid van een strafvervolg»¹⁵⁴.

Welnu, in diezelfde hypothese treedt de jongste *raadsheer* in het Rekenhof op als *openbaar ministerie*¹⁵⁵, doch deze verliest hierdoor geenszins de hoedanigheid van raadsheer, noch de bevoegdheid en plicht zelf mee te stemmen over de voorstellen die hij deed in zijn requisitoir¹⁵⁶. Het hoeft evenwel geen verder betoog dat de onpartijdigheid van het Rekenhof, als strafrechter, hierdoor in het gedrang wordt gebracht.

28. Ten slotte is recent ook in *handelszaken* de onpartijdigheid ter sprake gekomen van de rechtbank van koop-handel, wanneer deze, na het voeren van een onderzoek door de «depistagedienst» bij deze rechtbank, ambtshalve het faillissement uitspreekt van een handelaar of handelsvennootschap.

Enerzijds doet deze inquisitoriale rechtspleging¹⁵⁷ op zichzelf het probleem ontstaan, dat ook al opdook in tuchtzaken¹⁵⁸, namelijk dat de rechtbank van koophandel als het ware zelf de tegenpartij wordt: de dialoog, als er van dialoog sprake is, ontstaat tussen de *rechtbank* en de betrokkene, over een maatregel die de rechtbank zelf deze persoon wil opleggen. Men kan in die omstandigheden bezwaarlijk de vrees uitsluiten dat de gedaagde het gevoel zou hebben dat de rechtbank bevooroordeeld is en dus niet de nodige waarborgen kan bieden inzake onpartijdigheid¹⁵⁹.

Anderzijds besloten zowel de rechtbank van koophandel¹⁶⁰, als het Hof van Beroep te Brussel¹⁶¹ terecht dat het onpartijdigheidsbeginsel gebiedt dat de magistraat, die kennis nam van de zaak in de «depistagedienst» of «dienst

hierboven gecit.; Comm., 14 december 1979, gecit., § 78; Comm. 14 december 1981, gecit., § 75.

¹⁴⁷ Zie o.m. K. BAERT en P. LEROY, «Een tuchtrechtelijk procesrecht in dienst van het tuchtrecht», *R.W.*, 1977-78, 2317 e.v.; afwijkende mening commissielid Melchior, Comm., 14 december 1981, gecit., p. 51, nr. 10.

¹⁴⁸ Eur. H., 23 juni 1981, § 51.

¹⁴⁹ Raadpl. afwijkende mening commissielid Melchior, gecit., nrs. 5-7; Eur. H., 17 januari 1970, i.z. Delcourt, § 25.

¹⁵⁰ Cass., 17 september 1858, *Pas.*, 1858, I, 334, en de concl. van adv.-gen. CLOQUETTE; Cass., 22 november 1909, *Pas.*, 1909, I, 445 en de concl. van proc.-gen. TERLINDEN, toen eerste adv.-gen.; Cass., 13 juni 1910, *Pas.*, 1910, I, 345; Cass., 3 februari 1920, *Pas.*, 1920, I, 48 en de concl. van adv.-gen. JOTTRAND en noot 1; Cass., 19 februari 1940, *Pas.*, 1940, I, 55; Cass., 11 februari 1942, *Pas.*, 1942, I, 32; Cass., 8 februari 1954 (twee arresten), *Pas.*, 1954, I, 509; Cass., 18 mei 1971, *Arr. Cass.*, 1971, 936; Cass., 22 oktober 1971, *Arr. Cass.*, 1972, 193; Cass., 8 januari 1974, *Arr. Cass.*, 1974, 506.

¹⁵¹ Cass., 2 oktober 1980, *Arr. Cass.*, 1980-81, 118.

¹⁵² Concl. proc.-gen. F. DUMON voor Cass., 2 oktober 1980, *Pas.*, 1981, I, 117 e.v.; P. QUERTAINMONT, *La Cour des comptes et sa mission juridictionnelle*, nrs. 25-26, 47-48.

¹⁵³ Cass., 2 oktober 1980, gecit.

¹⁵⁴ Concl. proc.-gen. F. DUMON, gecit., p. 122.

¹⁵⁵ Art. 9 wet van 29 oktober 1846 op de inrichting van het Rekenhof.

¹⁵⁶ P. QUERTAINMONT, *op. cit.*, nr. 89; *Novelles, Lois politiques et administratives*, III, *Droit budgétaire*, nr. 2791.

¹⁵⁷ E. KRINGS en B. DECONINCK, «Het ambtshalve aanvullen van rechtsgronden», *T.P.R.*, 1982, 655 e.v., nr. 8.

¹⁵⁸ Zie nr. 26.

¹⁵⁹ E. KRINGS en B. DECONINCK, *op. cit.*, nrs. 8-9; zie ook concl. van toenmalig adv.-gen. E. KRINGS voor Cass., 12 januari 1982, *R.W.*, 1982-83, 501 e.v.; vgl. tevens art. 3bis van het K.B. nr. 22 van 24 oktober 1934, zoals gewijzigd door art. 87 van de wet van 4 augustus 1978.

Ingeval de betrokkene niet zou zijn opgeroepen om te worden gehoord, rijst een bijkomend probleem op het stuk van de rechten van de verdediging: «Chron. décisions nationales 1974», *Cah.Dr.Eur.*, 1976, 321, nr. 100-B; *contra*: Kh. Brussel, 8 september 1980, *Rev.prat.soc.*, 1980, 207; Brussel, 5 april 1974, *B.R.H.*, 1975, 554.

¹⁶⁰ Kh. Brussel, vierde kamer — zaal E, 23 februari 1982, i.z. Lebeau qq. S.A. Entreprises Lallemand, onuitg.

voor handelsonderzoek», niet achteraf ten gronde mag oordelen over dezelfde zaak in de faillissementenkamer van de rechtbank van koophandel. Het enig verschil in de rechtspraak van deze rechtscollages is hierin gelegen dat de rechtbank van koophandel haar beslissing heeft gegrond op het algemeen rechtsbeginsel van de onpartijdigheid als fundamentele regel van rechterlijke organisatie en rechtsbedeling¹⁶², en dat het hof van beroep ter zake de artikelen 6.1 van het reeds besproken Europees Verdrag en 828 van het Gerechtelijk Wetboek inroept, waarbij o.m. wordt bepaald dat een rechter, die raad gegeven, gepleit of geschreven heeft over het geschil of die daarvan vroeger kennis heeft genomen als rechter of als scheidsrechter, kan worden gewraakt¹⁶³.

Ook in de memorie van toelichting bij het wetsontwerp tot opsporing van ondernemingen in moeilijkheden en tot bijstand in hun herstel, werd benadrukt dat, om de eerbiediging van de rechten van de verdediging te waarborgen, de ambtshalve faillietverklaring moet worden uitgesproken door een *andere* magistraat dan hij die het handelsonderzoek heeft uitgevoerd, tenzij te grote personeelsproblemen dat verhinderen¹⁶⁴. De vraag hierbij is wel of «personeelsproblemen» kunnen volstaan om de toepassing van een essentiële regel inzake rechtsbedeling in de weg te staan...

Anderzijds moge worden aangestipt dat deze regel, in beginsel, in de praktijk, bij de samenstelling van de faillissementenkamers van de Rechtbank van Koophandel te Brussel, wordt nageleefd¹⁶⁵.

Ten slotte kan, wanneer de magistraat, belast met een dossier in het raam van de dienst voor handelsonderzoek, zich bevoegdheden toemeet¹⁶⁶, door de initiatieven die hij neemt — o.m. raadgevingen over de te volgen weg naar het verhoopte herstel — waardoor zijn toestand in feite moet worden gelijkgesteld met die van een deskundige, een analoog rechtsbeginsel worden ingeroepen, dat eveneens een wezenlijke regel inzake rechtsbedeling inhoudt, met name het beginsel volgens hetwelk niemand in dezelfde zaak rechter en deskundige mag zijn¹⁶⁷.

29. Tot besluit lijkt het, vanwege een aantal niet onbelangrijke recente arresten van het Hof van Cassatie, geboden de aandacht te vestigen op een delicaat aspect van de — ditmaal persoonlijke — *onpartijdigheid* van de rechter, met name de omstandigheid dat deze ook in het gedrang kan komen door bepaalde *uitlatingen* van de rechter.

Aanvankelijk stelde het Hof van Cassatie zich kennelijk even terughoudend op als in de andere aangelegenheden waarbij de onpartijdigheid van de rechter in twijfel werd

getrokken. Aldus zag het Hof er eerst geen graten in dat de voorzitter van een strafgerecht het verdedigingssysteem van de beklaagde «inraisemblable, scandaleux, mensonger, ignoble» en «répugnant» noemde en hieraan toevoegde «que la Cour aurait à examiner si la peine de deux ans» — uitgesproken door de eerste rechter — «était *suffisante* eu égard au *système de défense* adopté»¹⁶⁸. In een noot onder bedoeld arrest wordt er evenwel terecht op gewezen dat die magistraat, in die omstandigheden, de gevangene van zijn eigen uitlatingen was geworden, daar het geen betoog hoeft dat een vrijspraak van de beklaagde voor de rechter psychologisch niet langer denkbaar was, tenzij ten koste van de erkenning van een flater.

Overigens, nadat de Commissie voor de Rechten van de Mens het verzoekschrift tegen voormeld arrest ontvankelijk had verklaard, aanvaardde de Belgische regering een minnelijke schikking en oordeelde een subcommissie, in het kader hiervan, dat de rechterlijke uitlatingen de sereniteit van de debatten dusdanig hadden verstoord dat artikel 6.1 van het Europees Verdrag was geschonden¹⁶⁹.

In een andere strafzaak hadden de beklaagde en zijn raadsman de rechter verzocht de verbalisanten te verhoren, waarop deze had gerepliceerd «dat de rijkswachters reeds meerdere malen waren gehoord en dat het niet noodzakelijk is dat zij (...) terugkomen voor een dronkaard of voor een persoon die lijdt aan zware alcoholintoxicatie», waarmee de rechter de beklaagde zelf bedoelde. Terecht besliste het Hof van Cassatie dat aldus het rechtscollage dat over deze beklaagde uitspraak moest doen, niet meer de nodige waarborgen bood inzake onpartijdigheid¹⁷⁰.

Daarentegen kwam het Hof tot het tegengesteld besluit in een zaak waarin de rechters in hoger beroep hadden geoordeeld dat een beklaagde «blijkens zijn gerechtelijk verleden, een onverbeterlijk recidivist is; dat het enige middel om de maatschappij tegen zijn handelingen te beschermen erin bestaat hem door een langdurige gevangenzetting af te zonderen (en) dat enige verbetering van zijnenwege alvast niet kan blijken uit (een) getuigenschrift ... dat namens een naamloze vennootschap door een onbekende ondertekend werd». Het Hof verduidelijkt hier, zo lijkt het, dat door op duidelijk vermelde gronden te oordelen dat de beklaagde een «onverbeterlijke recidivist» is en dat te zijnen aanzien een strenge straf niet mag uitblijven, de rechters, verre van afbreuk te doen aan hun onpartijdigheid, erop gestaan hebben hun *beslissing betreffende de straf met redenen te omkleden*, uitgaande van objectieve gegevens die uit het dossier en bij de behandeling van de zaak gebleken zijn¹⁷¹. Bezwaarlijk kan hier immers sprake zijn van enige *vooringenomenheid* bij de rechter, nu de bekritiseerde overwegingen kennelijk slechts werden geuit *nadat* de rechter, na afloop van de voor hem gehouden debatten, in eer en geweten tot zijn overtuiging is gekomen; en zij bovendien de beslissing over de straftoemeting omstandig motiveren.

¹⁶¹ Brussel, 16 december 1982, *J.T.*, 1983, 174.

¹⁶² Vgl. Cass., 4 mei 1982, onuitg., reeds gecit.

¹⁶³ Art. 828, 8°, Ger. W.

¹⁶⁴ *VI. T. Acc.*, 1982, nr. 4, p. 38 e.v., vooral 44.

¹⁶⁵ J.L. DUPLAT en G. HORSMANS, «Les services des enquêtes commerciales des tribunaux de commerce», éd. J. Barreau 1981, *L'entreprise en difficulté*, 58-59.

¹⁶⁶ E. KRINGS, «La juridiction consulaire et la situation économique», *J.T.*, 1979, 533 e.v., nr. 8.

¹⁶⁷ Raadpl. Cass., 14 februari 1977, *Arr. Cass.*, 1977, 657, en Cass., 21 juni 1977, *Arr. Cass.*, 1977, 1089.

¹⁶⁸ Cass., 6 juni 1962, *J.T.*, 1963, 313, noot M. CORNILL.

¹⁶⁹ K. GRIMONPREZ, «Het Hof van Cassatie en vijftientig jaar E.V.R.M.», *R.W.*, 1981-82, 2657 e.v., inz. 2673 en noot 83.

¹⁷⁰ Cass., 31 mei 1976, *Arr. Cass.*, 1976, 1082.

¹⁷¹ Cass., 29 november 1978, *Arr. Cass.*, 1978-79, 365.

Anders liggen de zaken wanneer de rechter, tijdens de terechtzitting, de raadsman van de beklaagde in zijn pleidooi onderbreekt met de woorden: «Si vous n'êtes pas content, vous pouvez aller en cassation ... Je n'ai jamais été cassé depuis douze ans», hem er voorts op wijst dat «si votre étude n'a jamais été contredite, c'est parce que personne ne l'a lue», weigert verklaringen te laten opnemen op verzoek van bedoelde raadsman met de bewering: «Il n'y a pas de plumitif d'audience», en ten slotte categorisch en ongemotiveerd weigert in te gaan op het verzoek nog dezelfde dag een arrest uit te spreken om de beklaagde mogelijk een bijkomende nacht in de gevangenis te besparen. Het Hof van Cassatie wijst er in deze zaak op dat incidenten tijdens de terechtzitting, die zelfs geen betrekking hebben op de zaak zelf, de *sereniteit der debatten* in het gedrang kunnen brengen, evenals overigens de rechten van de verdediging¹⁷².

Het Hof van Cassatie had ten slotte ook de gelegenheid zich te buigen over een probleem van onpartijdigheid in een assisenzaak, waarin de voorzitter van het hof tijdens de debatten had verklaard dat de beschuldigde het slachtoffer had gedood om de eer van zijn familie te redden en, na een vraag van de verdediging, hieraan had toegevoegd: «Ik heb het dossier in die zin begrepen. Lees de eerste verklaringen erop na». Niettegenstaande uitdrukkelijk de schending werd ingeroepen van het onpartijdigheidsbeginsel, ging het Hof van Cassatie hierop weliswaar niet expliciet in, doch benadrukte het dat het geboden is dat het onderzoek van de feiten door de voorzitter van het hof van assisen van geen enkele vooringenomen persoonlijke mening zou doen blijken die voor de jury een stille wenk zou inhouden. Het Hof oordeelde dat de voorzitter aldus de beweegredenen van de aan de beschuldigde verweten daad had aangegeven en van zijn overtuiging nopens de schuld van deze laatste had doen blijken, hetgeen van die aard is dat het de beslissing die de leden van de jury in alle vrijheid moeten nemen, kan beïnvloeden en, bijgevolg, onverenigbaar is met het *vermoeden van onschuld*, dat, overeenkomstig artikel 6.2 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens, ten voordele van elke beschuldigde blijft bestaan «totdat zijn schuld volgens de wet bewezen wordt»¹⁷³. Hieruit blijkt eens te meer dat het onpartijdigheidsbeginsel doorgaans verbonden is met andere fundamentele procesrechtelijke garanties, die alle samen het ruimer recht op een «eerlijk proces» uitmaken.

30. Wat moet nu, tot besluit, uit dit alles onthouden worden?

Essentieel, dat het zo fundamentele onpartijdigheidsbeginsel gepast wordt getypeerd door de uitspraak: «Justice should not only be done, but manifestly and undoubtedly be seen to be done», of, m.a.w.: zelfs de *schijn* dat er, in de ogen van de rechtzoekenden, een reukje zit aan de vereiste onpartijdigheid, voldoende is om van een «partijdige» rechter te kunnen spreken.

In het licht hiervan:

— is het dan ook niet langer aanvaardbaar dat een rechter, die in dezelfde zaak onderzoeksrechter was of lid van de raadkamer, achteraf kennis kan nemen van de zaak als lid van de correctionele rechtbank;

— is het niet langer aan te nemen dat een lid van de kamer van inbeschuldigingstelling, achteraf als raadsheer in het hof van beroep kennis kan nemen van dezelfde zaak;

— is het niet langer denkbaar dat een krijgsauditeur terzelfder tijd fungeert als onderzoeksrechter en als lid van het openbaar ministerie;

— kan niet langer worden aanvaard dat een tuchtzaak eerst wordt behandeld door een onderzoeksorgaan, waarvan de leden achteraf zitting hebben in het rechtsprekend orgaan, dat bovendien zowel aanklager als tegenpartij van de betrokkene is;

— is het niet langer aanneembaar dat rechtscolleges in tuchtzaken haast uitsluitend, zij het in eerste aanleg, zijn samengesteld uit beoefenaars van hetzelfde beroep als de vervolgde;

— kan men zich niet langer voorstellen dat, wanneer het Rekenhof als strafrechter uitspraak doet, de jongste van zijn raadsheren tegelijk als openbaar ministerie optreedt;

— noch dat, afgezien van de betwistbare aard van de procedure van ambtshalve faillissement zelf, een magistraat die belast is met een dossier in het raam van de dienst voor handelonderzoek, achteraf in dezelfde zaak zitting zou hebben in de rechtbank van koophandel.

In de vaste overtuiging dat binnen min of meer afzienbare tijden, zij het door toedoen van de wetgever, zij het door toedoen van de nationale of internationale rechters zelf, aan deze ongezonde toestanden een einde zal worden gemaakt, hoop ik aldus nu reeds een bescheiden steentje te hebben bijgedragen tot een meer doortastende toepassing van het onpartijdigheidsbeginsel.

Ten slotte nog dit. Zoals Bordewijk het gepast uitdrukte: «De rechter is *mens*, en hoewel streng geselecteerd *blijft hij mens*. Hij kan met zijn verkeerde been uit bed zijn gestapt, hij kan, wat erger is, zich vooraf een mening over de zaak hebben gevormd, hij kan ons het gevoel bijbrengen voor dovemansoren te pleiten (...). Van één ding (moeten wij echter) deugdelijk doordrongen (zijn), van datgene (nl.) wat we gemakshalve en eigenlijk ten onrechte de *onpartijdigheid* van de rechter noemen. De rechter is niet onpartijdig; integendeel, zijn taak is het juist partij te kiezen tussen twee of meer standpunten. Maar we weten wat we met onpartijdigheid bedoelen: dat de uitspraak niet wordt beïnvloed door verzwegen overwegingen buiten de zaak zelf om. Dit weten zal (de advocaten, die partijdigen in reële zin bij uitstek), nooit een gevoel van *zekerheid* geven omtrent de *uitslag*, maar te allen tijde wel een gevoel van *veiligheid*. Het is slechts denkbaar in een democratie en behoort tot zijn beste goederen»¹⁷⁴.

¹⁷² Cass., 2 juni 1982, *J.T.*, 1983, 307; vgl. ook Brussel, 22 oktober 1980, *J.T.*, 1981, 520.

¹⁷³ Cass., 11 mei 1983, *J.T.*, 1983, 596, noot S.J. NUDELHOLE.

¹⁷⁴ F. BORDEWIJK, *Geachte Confrère. Splendeurs et misères van het beroep van advocaat* (1956), p. 195.

RECHTSPRAAK

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER — 7 NOVEMBER 1983

Voorzitter: de h. Châtel

Raadsheer-rapporteur: de h. Rauws

Advocaat-generaal: de h. Lenaerts

Advocaten: mrs. Houtekier en Bützler

Ondernemingsraad — Beschermde werknemer — Ontslag — Geen herplaatsing — 1. Vergoedingen — Art. 21, § 7, eerste lid, 1° en 2°, W.B.O. — Betreffen niet dezelfde periode — 2. Mandaat niet aangevangen — Vergoeding van art. 21, § 7, eerste lid, 1°, W.B.O. verschuldigd.

1. De forfaitaire vergoeding bepaald bij art. 21, § 7, eerste lid, 2°, Wet Bedrijfsorganisatie, heeft geen betrekking op een bepaalde periode en betreft dus niet dezelfde periode als die waarop de bij § 7, eerste lid, 1°, bedoelde vergoeding slaat.

2. De werknemersafgevaardigde die onrechtmatig wordt ontslagen alvorens zijn mandaat een aanvang neemt en niet herplaatst wordt in de onderneming, heeft aanspraak op de vergoeding bepaald bij art. 21, § 7, eerste lid, 1°, Wet Bedrijfsorganisatie.

N.V. B. t/ P.

Conclusie van de advocaat-generaal Lenaerts

Het tweede middel is gericht tegen de vaststelling van het bedrag van de toegekende ontslagvergoeding. Zulk een vergoeding bestaat uit twee delen:

1° het verloren loon over de periode dat de beschermde werknemer zijn mandaat van lid van de ondernemingsraad nog had kunnen uitoefenen, indien hij niet ontslagen was, althans niet terug in dienst was genomen;

2° een vergoeding van twee, drie of vier jaar loon volgens het aantal jaren dienst.

Het arbeidshof kent één vergoeding van twee jaar toe, omdat verweerder geen tien jaar dienst heeft, en twee vergoedingen wegens verloren loon: de ene vanaf het ontslag op 26 februari 1979 tot het einde van het mandaat dat verweerder op het ogenblik van het ontslag uitoefende en dat liep tot 4 mei 1979; de tweede gelijk aan vier jaar loon, d.i. de termijn van het nieuwe mandaat waartoe hij intussen verkozen was, maar dat hij niet heeft kunnen uitoefenen omdat hij ontslagen was.

Het eerste en het tweede onderdeel bekritisieren de cumulatie van de «beide» vergoedingen, zonder expliciet te zeggen over welke twee vergoedingen het gaat. Maar uit de aangevoerde grieven blijkt wel dat het de vergoedingen van twee en vier jaar loon betreft.

Op het eerste gezicht komt het wel wat ongewoon voor het samengaan van die beide vergoedingen aan te vechten. Want het gaat enerzijds om de vergoeding van het loonverlies en anderzijds, om de vergoeding in verhouding tot de

dienstjaren. En de wet bepaalt precies dat beide vergoedingen samen de ontslagvergoeding vormen die de werkgever aan de onrechtmatig ontslagen beschermde werknemer verschuldigd is.

Het bijzondere in deze zaak is wel dat het arbeidshof een dubbele ontslagvergoeding aan verweerder toekent: de ene omdat hij lid van de ondernemingsraad is op het ogenblik dat hij ontslagen wordt; de andere omdat hij na zijn ontslag opnieuw kandidaat was en verkozen is. Althans kent het arbeidshof tweemaal een vergoeding wegens loonverlies toe, respectievelijk voor het lopende mandaat en voor het toekomstige mandaat. Daarentegen wordt maar eenmaal — overeenkomstig het gevorderde — de vergoeding van twee jaar in verhouding tot de dienstjaren toegekend.

Om nu de cumulatie van de vergoeding van twee jaar en de vergoeding van vier jaar aan te vechten gaat eiseres in de beide besproken onderdelen ervan uit dat het telkens gaat om een vergoeding voor gederfd loon over bepaalde periodes, die in deze zaak althans gedeeltelijk samenvallen.

In dat uitgangspunt ligt de vergissing in de redenering.

De vergoeding in verhouding tot de dienstjaren dekt niet het loonverlies dat de ontslagen werknemer gedurende twee, drie of vier jaar heeft geleden. Het betreft wel degelijk, zoals het arbeidshof stelt, een forfaitaire vergoeding die niet overeenstemt met het loon dat de ontslagen werknemer zou hebben verdiend zo hij in dienst was gebleven.

De wordingsgeschiedenis van de betrokken wetsbepaling toont dit duidelijk aan.

Volgens de tekst van het wetsontwerp zou de werknemer recht hebben op «een aan zijn loon gelijkwaardige vergoeding gedurende» zoveel jaren¹. Deze formulering wees volgens de kamercommissie op een vergoeding die gelijk is aan het loon over een bepaalde periode. En dat beantwoordde niet aan de bedoeling van de wet. Het kamerverslag verduidelijkt dat «het gaat om een forfaitair, onmiddellijk en eenmalig betaalbaar bedrag berekend op grond van het laatste normale loon»². Daarom werd de tekst van het ontwerp vervangen door de formulering die in de thans geldende bepaling nog steeds voorkomt en die luidt: «een vergoeding gelijk aan het lopende loon overeenstemmende met de duur van ...»

Het senaatsverslag onderstreept daarbij dat «de forfaitaire vergoeding berekend wordt op de basis van het lopende loon, d.w.z. van de vergoeding die de werknemer op grond van zijn arbeidsovereenkomst en de gebruiken ontving op het tijdstip dat hij werd ontslagen»³.

Ten onrechte betoogt eiseres in het tweede onderdeel dus dat het niet gaat om een forfaitaire vergoeding, maar om een vergoeding gebaseerd op gederfd loon. En even onterecht beweert zij in het eerste onderdeel dan natuurlijk ook dat de vergoeding berekend wordt op het loon dat verweer-

(1) *Gedr. St., Kamer*, 1965-66, nr. 264/1, blz. 12.

(2) *Id.*, nr. 264/6, blz. 6.

(3) *Gedr. St., Senaat*, 1966-67, nr. 59, blz. 5.

der gederfd heeft gedurende twee jaar vanaf het ontslag op 26 februari 1979. Aangezien die vergoeding niet voor een bepaalde periode wordt toegekend, kan zij vanzelfsprekend geen betrekking hebben op dezelfde periode als de andere vergoeding die wel het loonverlies dekt gedurende de periode dat het mandaat had moeten duren.

Het derde onderdeel komt op tegen het toekennen van deze laatste vergoeding, m.n. die welke gelijk is aan het verloren loon tot het verstrijken van het mandaat. Het kan hier alleen gaan om de vergoeding van vier jaar loon, want de aangevoerde grief is dat die vergoeding niet kan worden toegekend, wanneer het mandaat nog niet begonnen is. En dat is niet het geval met de loondervingsvergoeding voor het mandaat dat op het ogenblik van het ontslag liep tot 4 mei 1979.

De wetsbepaling luidt weliswaar dat de vergoeding gelijk is aan het loon voor de periode die nog te lopen blijft tot het verstrijken van het mandaat.

Maar dat wil nog niet zeggen dat de ontslagen werknemer maar recht op de vergoeding heeft op voorwaarde dat zijn mandaat reeds een aanvang heeft genomen alvorens hij ontslagen werd. Dat zegt de wet niet. Deze bepaalt alleen het eindpunt van de periode waarover de vergoeding loopt, niet het vertrekpunt: normaal is dat de datum van het ontslag, maar het kan ook, zoals in deze zaak, het begin van het mandaat zijn, wanneer hij tevoren reeds ontslagen was.

Er is geen enkele reden om de vergoeding in die hypothese aan de werknemer te ontzeggen. Want ook dan wordt hem de uitoefening van zijn mandaat onrechtmatig onmogelijk gemaakt. En daarin ligt de bestaansreden van deze vergoeding.

Ook het derde onderdeel faalt naar recht:

Conclusie: verwerping.

Arrest

Gelet op het bestreden arrest, op 27 september 1982 door het Arbeidshof te Brussel gewezen;

(...)

Over het tweede middel, afgeleid uit de schending van de artikelen 21, § 7, eerste lid, 1° en 2°, van de wet van 20 september 1948 houdende organisatie van het bedrijfsleven, gewijzigd door het koninklijk besluit nr. 4 van 11 oktober 1978, en 1bis, § 7, eerste lid, 1° en 2°, van de wet van 10 juni 1952 betreffende de gezondheid en de veiligheid van de werknemers, alsmede de salubriteit van het werk en van de werkplaatsen, gewijzigd door het koninklijk besluit nr. 4 van 11 oktober 1978,

doordat het arrest eiseres veroordeelt om aan verweerder te betalen de sommen van 76.973 frank en 21.408 frank, als loon over de periode van 26 februari 1979 tot 4 mei 1979, en van 2.309.184 frank en 642.240 frank als beschermingsvergoeding gelijk aan zes jaar loon, op grond dat: verweerder uit hoofde van artikel 21, § 7, eerste lid, 1°, van de wet van 20 september 1948 een bedrag van 76.973 frank als loon en een bedrag van 21.408 frank als premies vordert over de periode gaande van de datum van verbreking van de arbeidsovereenkomst tot 4 mei 1979, datum waarop hij opnieuw verkozen werd bij de volgende verkiezingen; vast te stellen zij dat de arbeidsovereenkomst van verweerder door eiseres werd verbroken op 27 februari 1979 zonder inacht-

neming van de wettelijke beschermingsbepalingen die in casu toepasselijk waren overeenkomstig artikel 21, §§ 2 en 5, van de wet van 20 september 1948; het mandaat van verweerder als effectief lid van de ondernemingsraad normalerwijze, mocht zijn arbeidsovereenkomst niet ontbonden zijn geweest, had moeten verstrijken op 4 mei 1979, datum waarop hij opnieuw werd verkozen als effectief lid; hij derhalve, overeenkomstig voormeld artikel 21, § 7, 1°, recht heeft op de betaling van het loon voor de periode die nog te lopen bleef tot het verstrijken van het mandaat; verweerder betaling vordert van de wettelijk bepaalde beschermingsvergoeding voor een periode van zes jaar, op grond van het feit dat hij op het ogenblik van zijn ontslag een dubbele bescherming genoot, namelijk enerzijds als effectief lid van de ondernemingsraad en van het comité voor veiligheid, gezondheid en verfraaiing der werkplaatsen, en anderzijds als door zijn vakbond voorgedragen kandidaat zowel voor de ondernemingsraad als voor voornoemd comité voor de verkiezingen van 1979; de aanplakking van de kandidatenlijsten in de onderneming geschiedde op 16 maart 1979; nu de bij artikel 21, § 3, van voormelde wet bepaalde beschermingsperiode aanvangt op de dertigste dag die voorafgaat aan de datum van de aanplakking van het bericht dat de verkiezingsdatum bepaalt, het vaststaat dat het ontslag dat op 26 februari 1979 plaatsvond, binnen de beschermingsperiode geschiedde; uit hoofde van de bescherming als effectief lid, verweerder een schadevergoeding van twee jaar loon vordert, met toepassing van artikel 21, § 7, 2°; uit hoofde van de bescherming als voorgedragen kandidaat voor de verkiezingen van mei 1979, hij het loon vordert voor de periode waarin hij zijn nieuw mandaat zou hebben bekleed indien hij niet was ontslagen, aangezien de verkiezingsuitslagen hebben aangetoond dat hij verkozen werd; verweerder uit dien hoofde vier jaar loon vordert, met toepassing van artikel 21, § 7, 1°; de beide gevorderde beschermingsvergoedingen een onderscheiden juridische grondslag hebben, respectievelijk die met betrekking tot de schadevergoeding van twee jaar loon, bepaald bij artikel 21, § 7, eerste lid, 2°, het karakter bezit van een penalisatie en een vergoeding met forfaitair karakter is, verschuldigd uit hoofde van de gepleegde inbreuk op het wettelijk bepaalde ontslagverbod zonder wettelijk aanvaardbare dringende reden of zonder vooraf door de bevoegde instanties erkende economische of technische redenen; die met betrekking tot het gederfd loon, bepaald bij artikel 21, § 7, eerste lid, 1°, uiteraard ter vergoeding is van de schade die door de beschermde werknemer wordt geleden wegens het loonverlies over de periode gedurende welke hij zijn mandaat normalerwijze zou hebben uitgeoefend, indien hij niet was ontslagen; gelet op het voorgaande, de cumulatie van beide vergoedingen dan ook wettelijk is geoorloofd,

terwijl, eerste onderdeel, beide door het arrest toegekende vergoedingen gedeeltelijk dezelfde periode betreffen en door dezelfde akte van eiseres werden veroorzaakt, zodat de cumulatie ervan ten onrechte wordt toegestaan; immers, de vergoeding op basis van artikel 21, § 7, 1°, van de wet van 20 september 1948 het loon betreft voor de periode gedurende welke verweerder zijn nieuw mandaat zou hebben vervuld, dit is van 4 mei 1979 tot 4 mei 1983, en de vergoeding op basis van artikel 21, § 7, 2°, van dezelfde wet het lopende loon betreft gedurende twee jaar vanaf de

opzegging, zijnde vanaf 26 februari 1979; aangezien deze vergoedingen, althans gedeeltelijk, dezelfde termijn betreffen en verweerder toegekend worden tot vergoeding, berekend op het loon dat hij gederfd heeft, de samenvoeging ervan niet kan worden toegestaan, daar verweerder ook slechts eenmaal loon kon verwerven (schending van de artikelen 21, § 7, eerste lid, 1° en 2°, van de wet van 20 september 1948 en *1bis*, § 7, eerste lid, 1° en 2°, van de wet van 10 juni 1952);

tweede onderdeel, het arrest ten onrechte een verschillende juridische aard verleent aan beide aan verweerder toegekende vergoedingen, namelijk gederfd loon voor de som toegekend op basis van artikel 21, § 7, 1°, van de wet van 20 september 1948 en een forfaitaire penalisatie voor de som toegekend op basis van artikel 21, § 7, 2°, van de wet; integendeel beide sommen hetzelfde juridisch karakter hebben, te weten van een vergoeding gebaseerd op gederfd loon, zodat de samenvoeging ervan niet toegelaten is (schending van de artikelen 21, § 7, eerste lid, 1° en 2°, van de wet van 20 september 1948 en *1bis*, § 7, eerste lid, 1° en 2°, van de wet van 10 juni 1952);

derde onderdeel, er in alle geval geen vergoeding op basis van artikel 21, § 7, eerste lid, 1°, kon worden toegekend, daar deze vergoeding alleen slaat op de periode van het mandaat dat nog te lopen blijft; de toekenning van deze vergoeding derhalve vereist dat het tweede mandaat van verweerder begonnen was, hetgeen ter zake niet het geval was, zodat verweerder niet aan de wettelijke vereisten voldeed om deze vergoeding te bekomen (schending van de artikelen 21, § 7, eerste lid, 1°, van de wet van 20 september 1948 en *1bis*, § 7, eerste lid, 1°, van de wet van 10 juni 1952):

Overwegende dat het middel niet preciseert waarin de schending van artikel *1bis*, § 7, eerste lid, van de wet van 10 juni 1952 bestaat;

Overwegende dat, naar luid van het door het arrest toegepaste artikel 21, § 7, eerste lid, van de wet van 20 september 1948 houdende organisatie van het bedrijfsleven, de werkgever aan de onrechtmatig ontslagen en niet herplaatste beschermde werknemer, onverminderd diens recht op de andere in het eerste lid vermelde vergoedingen, moet betalen «een vergoeding gelijk aan: 1° het loon voor de periode die nog te lopen blijft tot het verstrijken van het mandaat; 2° het lopende loon overeenstemmende met de duur van twee jaar zo hij minder dan tien dienstjaren telt; drie jaar zo hij tien doch minder dan twintig dienstjaren telt; vier jaar zo hij twintig of meer dienstjaren in de onderneming telt»;

Wat het eerste en het tweede onderdeel betreft:

Overwegende dat de vergoeding bepaald in het aangehaalde eerste lid, 2°, niet gelijk is aan het loon dat de onrechtmatig ontslagen werknemersafgevaardigde gedurende een bepaalde periode zou hebben verdiend indien hij herplaatst was; dat zij een forfaitair bedrag vormt, berekend op het lopende loon op het ogenblik van het ontslag en niet op het gederfde loon over bepaalde jaren;

Dat deze vergoeding, nu zij geen betrekking heeft op een bepaalde periode, ook niet dezelfde periode betreft als de vergoeding bepaald in het eerste lid, 1°;

Wat het derde onderdeel betreft:

Overwegende dat het arrest verweerder, op grond van

artikel 21, § 7, eerste lid, 1°, van de wet van 20 september 1948, loon toekent voor de periode van 26 februari 1979 tot 4 mei 1979, en voor vier jaar vanaf 4 mei 1979, dit is de periode waarin hij normaliter zijn nieuw mandaat als personeelsafgevaardigde had moeten uitoefenen;

Overwegende dat het onderdeel niet ontvankelijk is in zoverre het gericht is tegen de beslissing waarbij aan verweerder loon wordt toegekend voor de periode die eindigde op 4 mei 1979, bij het verstrijken van verweerdens lopende mandaat, nu de aangevoerde grief met deze beslissing niets te maken heeft;

Overwegende dat de vergoeding bepaald in het eerste lid, 1°, verschuldigd is aan iedere werknemersafgevaardigde die zijn mandaat niet kan uitoefenen omdat hij onrechtmatig ontslagen is en niet in de onderneming is herplaatst; dat de betrokken bepaling niet als voorwaarde stelt dat het mandaat reeds een aanvang moet hebben genomen alvorens de afgevaardigde ontslagen wordt;

Dat de werknemersafgevaardigde die onrechtmatig ontslagen wordt alvorens zijn mandaat een aanvang neemt en die niet in de onderneming wordt herplaatst, derhalve aanspraak op de bedoelde vergoeding heeft;

Dat het middel niet kan worden aangenomen;

(...)

HOF VAN BEROEP TE BRUSSEL

6e KAMER — 23 FEBRUARI 1981

Voorzitter: de h. Deviaene

Raadsheren: de hh. Van Malderen en Verougstraete

Advocaten: mrs. Janssens de Bisthoven loco Delahaye en Gysolle

Burgerlijke rechtspleging — Rechtsmiddelen — Hoger beroep — Onsplitsbaar geschil — Ontoelaatbaarheid.

Wanneer hoger beroep wordt ingesteld tegen een onderzoeksmaatregel bestemd om de respectieve aansprakelijkheid van partijen te bepalen en bevolen ten aanzien van alle gedingpartijen, moet het gericht worden tegen alle partijen wier belang in strijd is met dat van de eiser in hoger beroep.

N.V. C. t/ P.V.B.A. B.

Overwegende dat geïntimeerde de niet toelaatbaarheid van het hoger beroep inroep van het geschil dat onsplitsbaar is;

Overwegende dat de oorspronkelijke vordering door appellante ingeleid ertoe strekte geïntimeerde, de P.V.B.A. B., te doen veroordelen tot betaling van twee achterstallige facturen;

Dat één van beide facturen betaald werd na dagvaarding;

Dat de tweede factuur betrekking had op herstelwerken door appellante uitgevoerd op het werk X., waarvan geïntimeerde hoofdaannemer was; dat geïntimeerde weigerde deze factuur te betalen omdat zij meende dat de herstelwerken nodig waren geworden wegens de slechte afwerking van deze werken, die oorspronkelijk aan appellante waren

toevertrouwd; dat zij een onderneming van schilderwerken, T., in vrijwaring heeft geroepen omdat appellante had gesteld dat de vastgestelde gebreken — loskomen van strips en tochtbanden — te wijten waren aan het optreden van T.;

Dat zowel geïntimeerde als T. de aanstelling vroegen van een deskundige, ten einde de aansprakelijkheid te doen vaststellen in de toestandkoming van de gebreken;

Overwegende dat de eerste rechter een deskundige aanstelde met als opdracht, na alle partijen te hebben opgeroepen, de aansprakelijkheid te bepalen voor het loskomen der strips en tochtbanden aan de ramen van het gebouw;

Dat het vonnis duidelijk vermeldt dat hetzij appellante, hetzij T. moet instaan voor het gebrek;

Overwegende dat, wanneer het geschil onsplitsbaar is, hoger beroep moet worden gericht tegen alle partijen wier belang in strijd is met dat van eiser in hoger beroep; dat eiser in hoger beroep bovendien de andere niet in beroep komende, niet in beroep gedagvaarde of niet opgeroepen partijen voor de sluiting van de debatten moet betrekken;

Overwegende dat een geschil slechts onsplitsbaar is, in de zin van voorgaande bepaling, wanneer de gezamenlijke tenuitvoerlegging van de onderscheiden beslissingen waartoe het aanleiding geeft, materieel onmogelijk zou zijn;

Overwegende dat het materieel onmogelijk is een onderzoeksmaatregel bestemd om de respectieve aansprakelijkheid van partijen te bepalen en bevelen ten aanzien van alle ter zake zijnde partijen, uit te voeren ten aanzien van één partij en niet ten aanzien van een andere partij (Garsonnet et César-Bru, *Traité*, ed. 1915, 245; cf. Cass., 22 februari 1973, *Pas.*, 1973, I, 591);

Overwegende dat, hoewel appellante in beginsel het recht had alleen huidige geïntimeerde in hoger beroep te laten oproepen zonder de in vrijwaring opgeroepen partij op te roepen, dit recht ophoudt zodra een onsplitsbare maatregel, die slechts ten aanzien van alle in het geding aanwezige partijen kan worden uitgevoerd, door de eerste rechter is bevelen;

Overwegende dat het hoger beroep derhalve aan T. had moeten worden betekend; dat het thans niet toelaatbaar is; (...)

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

7e KAMER — 27 MEI 1981

Voorzitter-rapporteur: de h. Weyens (rapporteur)

Raadsheren: de hh. Lebeer en De Peuter

Advocaat-generaal: de h. Vervliet

Advocaten: mrs. Demet, Vanhoyland, Deprauw en Berghmans

Rechtvaardiging en verschoning — 1. Morele overmacht — 2. Wettige verdediging.

1. De beklaagde handelt niet onder invloed van een macht waaraan hij niet heeft kunnen weerstaan, wanneer hij slachtoffer is van een handtastelijkheid die zijn eerbaarheid krenkt, maar daardoor zijn wil van de beklaagde niet

wordt vernietigd en deze handtastelijkheid niet van die aard is dat ze zijn wilsbeheersing wegneemt.

2. Hoewel beklaagde het recht heeft zich met geweld te verzetten tegen een aanranding van de eerbaarheid waarvan hij het slachtoffer is, mag hij echter geen gebruik maken van een afweertechiek die niet in verhouding is met het geweld van de aanval.

O. e.a. t/ B.

Telastlegging

A. Opzettelijk, maar zonder het oogmerk om te doden, slagen of verwondingen te hebben toegebracht aan Gerard, H., de slagen of verwondingen hebbende toch diens dood veroorzaakt.

B. Verzuimd te hebben hulp te verlenen of te verschaffen aan iemand die in groot gevaar verkeert, hetzij hijzelf diens toestand heeft vastgesteld, hetzij die toestand hem is beschreven door diegenen die zijn hulp inroepen, terwijl hij kon helpen zonder ernstig gevaar voor zichzelf of voor anderen.

(...)

Wat de telastlegging A betreft:

Overwegende dat beklaagde niet betwist aan het slachtoffer een slag toegebracht te hebben toen ze zich beiden naast de beek bevonden, en dat het slachtoffer door deze slag in het water is gegleden en niettegenstaande de door beklaagde gedane inspanningen om hem uit het water te halen, door verdrinking om het leven is gekomen;

Overwegende dat beklaagde te zijner rechtvaardiging overmacht of wettelijke zelfverdediging inroept;

1° Overmacht

Overwegende dat het onderzoek geen elementen verschaft waaruit zou blijken dat beklaagde gehandeld heeft onder invloed van een macht waaraan hij niet heeft kunnen weerstaan;

dat niet als zodanig voorkomt de handtastelijkheid door het slachtoffer op beklaagde gepleegd;

dat, hoewel uit het relaas door beklaagde gegeven een zekere verrassing blijkt bij hem toen hij het oogmerk van het slachtoffer om zijn eerbaarheid aan te randen, meende te onderkennen, uit ditzelfde relaas eveneens blijkt dat dit uitgedrukte oogmerk zijn wil niet vernietigd had; dat beklaagde een juiste beschrijving geeft van wat hij zag, van de manier waarop het slachtoffer zich gedroeg en zich tot bij hem begaf en hoe hij hem vastgreep, dat beklaagde wist dat het ging om het oogmerk zoals hierboven omschreven; dat al deze omstandigheden voor een jonge man, gewoon herbergen te bezoeken, die gewone sociale relaties onderhoudt, deel uitmaakt of uitgemaakt heeft van jeugdbeweging en sportclub en bekwaam zich te weren, niet van die aard waren dat ze bij hem zijn wilsbeheersing wegnamen;

2° Wettelijke zelfverdediging

Overwegende dat beklaagde in casu het recht had zich met lichamelijk geweld tegen de aanranding van de eerbaarheid, waarvan hij het slachtoffer was, te verzetten; dat de manier waarop hij dit deed voorkomt als overdreven en niet in verhouding met de aanval;

Overwegende dat beklaagde, gebruik makende van de kennissen opgedaan in de judoclub waarvan hij deel uitmaakt, het slachtoffer een slag toebracht op de rechter aan-

gezichtsschedel met kneuzing en bloedstorting als gevolg en mogelijk een lichte commotio cerebri, terwijl hij terzelfder tijd het slachtoffer met de voet blokkeerde;

dat hierdoor het slachtoffer met het bovenlichaam vooruit van de steile oever van de rivier in het water gleed en ten slotte verdronk;

dat deze afweerteknik moet worden gezien ten opzichte van de aanval waarvan hij het slachtoffer was; dat ten deze uit het onderzoek blijkt dat het slachtoffer dronken was — met een alcoholgehalte van 2,45 pro mille — een omstandigheid die aan beklagde bekend was aangezien hij hem een gedeelte van de wandeling ondersteund had, dat het slachtoffer wegens zijn afgezakke broek niet in staat was zich met vlugheid of behendigheid te bewegen; dat de handtastelijkheden die het pleegde erin bestonden beklagde met de linkerarm om het middel te grijpen terwijl hij met de rechterhand aanstalten maakte om beklagde bij het geslachtsdeel te grijpen; dat vervolgens het slachtoffer klein van gestalte was en niet erg atletisch gebouwd;

dat in het licht van deze beschouwingen de reactie als te hevig voorkomt, niet beantwoordend aan het geweld van de aanval;

Overwegende dat beklagde dan ook schuldig bevonden wordt aan feit A; dat de aangepaste straf, in acht genomen de verzachtende omstandigheden in de beschikking tot verwijzing naar de correctionele rechtbank aangehaald, hierna aangegeven wordt;

Wat de tenlastelegging B betreft:

Overwegende dat beklagde wel degelijk hulp heeft geboden aan het slachtoffer en getracht heeft om hem uit de beek te trekken; dat hij daarin niet geslaagd is, doch het voorkomt dat hij een ernstige poging ondernomen heeft en dit zelfs bij herhaling maar er ten slotte niet in geslaagd is de beoogde redding te verwezenlijken; dat er voor deze telastlegging twijfel bestaat en beklagde hiervan vrijgesproken wordt;

Op burgerlijk gebied:

Overwegende dat het misdrijf door beklagde gepleegd medeoorzaak geweest is van de schade;

dat het slachtoffer zelf, door de aanranding die het pleegde, ten dele aanleiding gegeven heeft tot het op hem gepleegde misdrijf en het een deel van de schade veroorzaakt heeft;

dat het aan het hof billijk voorkomt de schade bij helfte te verdelen tussen beide betrokkenen;

Overwegende dat wat de vergoedingen betreft er geen toegekend wordt ex haerede, daar niet afdoende blijkt dat het slachtoffer in de luttele ogenblikken die zijn verdrinking voorafgingen bewust geweest is van het bestaande gevaar;

(...)

NOOT—Wettige verdediging bij aanranding van de eerbaarheid

1. Traditioneel neemt de Belgische rechtsleer aan dat elkeen met geweld weerstand mag bieden tegen een aanranding van zijn eigen of andermans zedelijke integriteit.

Het slachtoffer dat zich aldus verweert kan zich beroepen op de rechtvaardigingsgrond van de noodweer evenals op de schuldopheffingsgrond van de morele overmacht.

2. De lichamelijke eerbaarheid vormt voor de mens het

hoogste goed, «un bien qui doit lui être aussi précieux que la vie, et à la perte duquel la mort même est préférable» (J.J. Haus, *Principes généraux de droit pénal belge*, 3e ed., I, p. 475, nr. 622).

Een aanranding van de eerbaarheid dient dan ook gelijkgesteld te worden met een aanslag op het leven zelf. Het verlies van maagdelijkheid of zuiverheid is even onherstelbaar als het leven.

3. Deze opvattingen vindt men reeds in het Romeinse recht, vanwaar ze in het Natuurrecht werden opgenomen (cf. de Romeinse auteurs alsook Grotius en Puffendorf geciteerd door A. Chauveau en F. Hélie, *Théorie du code pénal*, Belgische editie, II, nrs. 2728-2729; J.J. Haus, o.c., I, p. 475, nr. 622).

4. Er bestaat allereerst een vermoeden van morele overmacht bij het slachtoffer. Wanneer een normaal en eerbaar persoon plots geconfronteerd wordt met dergelijke gemene en tegennatuurlijke handelingen, verliest hij volledig zijn vrije wilsoordeel en gaat hij instinctmatig reageren.

Dit zou zelfs het geval zijn wanneer iemand vanuit de impulsies van zijn meest nobele en achtenswaardige gevoelens, slagen toebrengt aan een persoon die door bepaalde handelingen of gebaren in het openbaar de zeden schendt, zonder dat er eigenlijke aanrakingen op personen gebeuren (R. Simons, *Traité pratique de la légitime défense*, pp. 45 en 124).

5. Gebeuren er echter wel aanrakingen, zelfs al zijn het maar «loutere betastingen», dan bevindt het slachtoffer zich in staat van noodweer (R. Simons, o.c., p. 122). Zowel de poging tot aanranding van de eerbaarheid met geweld of zonder instemming van het slachtoffer, als de poging tot verkrachting laten de wettige verdediging toe (G. Beltjens, *Code pénal*, p. 502, nrs. 11-12; J. Constant, *Traité élémentaire de droit pénal*, I, p. 533, nr. 474; J.J. Haus, o.c., I, pp. 475-476, nr. 622; J. Nypels en J. Servais, *Le code pénale belge interprété*, III, p. 83, nr. 10; *Pand. B.*, tw. «Cause de justification», nrs. 98-99; A. Prins, *Science pénale et droit positif*, p. 192, nr. 328; R. Simons, o.c., pp. 121-122; P.E. Trousse, *Les principes généraux du droit positif belge*, nr. 2670 in *Nov.*, *Droit pénal*, I, 1; L. Dupont, *Beginnelen van strafrecht*, I, p. 164, nr. 404; G. Schuind, *Traité pratique de droit criminel*, 4^e ed., I, p. 171; C.J. Vanhoudt en W. Calewaert, *Belgisch strafrecht*, 2e ed., II, nr. 872).

6. In de vorige eeuw was hieromtrent enige twijfel gerezen toen een invloedrijke strekking in de Franse rechtsleer noodweer bij aanranding van de eerbaarheid uitsloot op grond van een tekstargument uit artikel 325 van het Strafwetboek van 1810.

Het slachtoffer van een aanranding van de eerbaarheid met geweld zou, in geval van verzet, alleen een beroep kunnen doen op een strafverminderende verschoningsgrond (A. Chauveau en F. Hélie, o.c., III, nrs. 2728-2729).

7. Deze beperking werd in de Belgische rechtsleer nooit aanvaard en uit de parlementaire besprekingen naar aanleiding van het Strafwetboek van 1867 blijkt dat het slachtoffer dat zich verzet tegen een verkrachting of een aanranding van de eerbaarheid met geweld, zich zonder twijfel zal mogen beroepen op de wettige verdediging (J.J. Haus, o.c., I, pp. 475-476, nr. 622; J. Nypels, *Législation criminelle*, III, pp. 234-235; J. Nypels en J. Servais, o.c., III, p. 83, nr. 10).

Later zal deze «Belgische interpretatie» ook door de Franse rechtsleer worden overgenomen (R. Garraud, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, 3e ed., II, nr. 445; E. Garçon, *Code pénal annoté*, art. 328, nr. 45; G. Le Poittevin, *Dictionnaire formulaire des parquets*, 8e ed., tw. «Castration», nr. 3).

8. Terecht werd, na enige aarzeling, aangenomen dat ook een prostituee zich met geweld mag verzetten tegen een poging tot verkrachting of een aanranding van de eerbaarheid met geweld (P.E. Trousse, *o.c.*, nr. 2670; A. Braas, *Précis de droit pénal*, 3e ed., p. 135, voetnoot 2; meer genuanceerd: J. Nypels en J. Servais, *o.c.*, III, p. 84, voetnoot 2; anders: J.J. Haus, *o.c.*, I, p. 476; *Pand. B.*, tw. «Cause de justification», nrs. 100-101).

9. In tegenstelling met de morele overmacht, vereist noodweer een verdediging die in verhouding is met de aanval. Deze verhouding niet in acht nemen is rechtsmisbruik en houdt zelf een aanval in (L. Dupont, *o.c.*, I, p. 166, nr. 411; J.J. Haus, *o.c.*, I, p. 480, nr. 627; A. Prins, *o.c.*, p. 194, nr. 329; G. Schuind, *o.c.*, I, p. 172; R. Simons, *o.c.*, p. 42; C.J. Vanhoudt en W. Calewaert, *o.c.*, II, nr. 870).

De feitenrechter oordeelt op onaantastbare wijze over deze verhouding, met een positief vermoeden ten aanzien van het zich verdedigend slachtoffer. In de praktijk zal alleen de manifeste en ondubbelzinnige wanverhouding gesanctioneerd worden (Cass., 24 juni 1942, *Pas.*, 1942, I, 158; Cass., 12 december 1949, *Pas.*, 1950, I, 243; R. Simons, *o.c.*, p. 43; C.J. Vanhoudt en W. Calewaert, *o.c.*, II, nr. 870).

10. Wanneer er sprake is van noodweeroverschrijding, dan zal het slachtoffer van een verkrachting of van een aanranding van de eerbaarheid wel een beroep kunnen doen op de strafverminderende verschoningsgrond van artikel 411 van het Strafwetboek, eventueel gecombineerd met aanneming van verzachtende omstandigheden (Hof Brussel, 25 januari 1867, *B.J.*, 1867, 140; J. Nypels, *Législation criminelle*, III, p. 232; *Pand. B.*, tw. «Cause de justification», nr. 65).

Een poging tot aanranding van de eerbaarheid met geweld en a fortiori tot verkrachting wordt beschouwd als een zware gewelddaad tegen personen die doodslag, verwondingen en slagen verschoonbaar maakt (J. Constant, *o.c.*, I, p. 599, nr. 542; *Pand. B.*, tw. «Excuse (Matière pénale)», nrs. 85-86).

11. Ten deze was het hof van beroep van oordeel dat de vrije wil van het slachtoffer, rekening houdend met zijn persoonlijkheid en de andere feitelijke gegevens van de zaak, niet volledig was uitgeschakeld, zodat de morele overmacht niet kon worden aangenomen.

Verder neemt het hof aan dat het slachtoffer nochtans het recht had zich te verdedigen, maar dat deze verdediging niet in verhouding was met de aanval van de aanrander.

Men kan zich afvragen of er dan geen toepassing diende te worden gemaakt van de strafverminderende verschoningsgrond ex art. 411 Sw., die een verplicht karakter heeft. De omstandigheid dat reeds eerder door de raadkamer verzachtende omstandigheden waren aangenomen, sloot geenszins de toepassing van art. 411 Sw. uit (C.J. Vanhoudt en W. Calewaert, *o.c.*, II, nrs. 896 en 971).

P. Arnou

HOF VAN BEROEP TE GENT

10e KAMER — 24 DECEMBER 1982

Voorzitter: de h. Maes

Raadsheren: de hh. Denys en Casier (rapporteur)

Advocaat: mr. Claes

Strafvordering — Verzet — Overmacht — Opsluiting in het buitenland.

Wanneer de beklaagde in het buitenland opgesloten is, verkeert hij in de onmogelijkheid om te verschijnen, hetgeen als overmacht voor hem dient te worden beschouwd. Het verstekvonnis en het vonnis op verzet dienen in die omstandigheden nietig te worden verklaard wegens schending van de op straffe van nietigheid voorgeschreven vormen en miskenning van het recht van verdediging.

P. en T.

Het hoger beroep van Franco P. ingesteld op 11 december 1981 tegen het vonnis bij verstek van de Correctionele Rechtbank te Ieper van 29 oktober 1981 dat hem op 6 november 1981 in de gevangenis van Thorberg (Zwitserland) betekend werd, is laattijdig.

De onderscheiden hoger beroepen van Franco P. tegen het vonnis op verzet en bij verstek van de Correctionele Rechtbank te Ieper van 26 november 1981, van Giovanni T. tegen het vonnis op verzet en bij verstek van de Correctionele Rechtbank te Ieper van 10 december 1981 en van het openbaar ministerie tegen beide vonnissen zijn tijdig en regelmatig.

De behandeling van de zaak tegen Giovanni T. werd op onbepaalde datum uitgesteld.

1. Uit het strafdossier blijkt dat Franco P. in de gevangenis van Thorberg (Zwitserland) regelmatig gedagvaard werd op 10 augustus 1981 uit hoofde van de telastlegging in de dagvaarding omschreven, voor de terechtzitting van de Correctionele Rechtbank te Ieper op 29 oktober 1981.

Op die datum was de beklaagde nog steeds gevangen in het buitenland nl. in de gevangenis te Thorberg in Zwitserland, hetgeen aan de rechtbank bekend was.

Niettegenstaande de onmogelijkheid om te verschijnen werd de beklaagde bij verstek veroordeeld, bij vonnis van de Correctionele Rechtbank te Ieper op 29 oktober 1981.

Dit vonnis werd aan Franco P. betekend in de gevangenis te Thorberg op 6 november 1981 en hij kreeg persoonlijk kennis van de betekening op 9 november 1981.

Op zijn verzoek werd verzet aangetekend op 19 november 1981 met betekening aan de procureur des Konings te Ieper en met dagvaarding voor de terechtzitting van de correctionele rechtbank op 26 november 1981.

Op deze laatste terechtzitting verzocht de raadsman van de beklaagde die nog steeds in de gevangenis in Zwitserland verbleef, om hem te mogen vertegenwoordigen. Dit werd door de rechtbank geweigerd die achtte dat de persoonlijke verschijning van de beklaagde onontbeerlijk was.

Bij vonnis op verzet en bij verstek van de Correctionele Rechtbank te Ieper op 26 november 1981 verklaarde de rechtbank het verzet ontvankelijk en ongedaan.

Tegen dit laatste vonnis is de beklaagde thans in hoger beroep.

Het staat vast dat de beklaagde wegens zijn gevangenschap in het buitenland in de onmogelijkheid verkeerde om voor de rechtbank te Ieper te verschijnen en dat hij wenste zich te verdedigen. Dit moet voor hem als overmacht beschouwd worden.

Door hem in die omstandigheden toch bij verstek te veroordelen en door te weigeren hem te laten vertegenwoordigen dient de procedure van eerste aanleg en de vonnissen van 29 oktober 1981 en 26 november 1981 tenietgedaan te worden wegens schending van vormen door de wet op straffe van nietigheid voorgeschreven en van het recht van verdediging van de beklaagde, en dient het hof over de zaak zelf te beslissen.

Op de terechtzitting van het hof van 3 september 1982 en 19 november 1982 werd beklaagde, die wegens ernstige ziekte in de onmogelijkheid verkeert om zich van Italië naar België te verplaatsen (medische attesten dienaangaande werden neergelegd) vertegenwoordigd door zijn raadsman die zijn verdediging opnam.

2. De verjaring van de strafvordering voortspruitende uit het feit van de telastlegging dat op 23 oktober 1978 plaatsgreep, werd rechtsgeldig gestuit door een daad van vervolging te weten de regelmatige dagvaarding van de beklaagde op 10 augustus 1981.

3. Ten gronde

a). Op maandag 23 oktober 1978, omstreeks 15.20 u. greep er een gewapende overval plaats in het kantoor van de A.S.L.K. te Ieper, Grote Markt.

Vier personen namen aan de overval deel: drie drongen binnen in het kantoor om het geld weg te roven en een vierde wachtte buiten achter het stuur van een personenwagen Alfa Romeo. Eens de overval gepleegd vluchtten de daders met de wagen in volle vaart alover de Grote Markt.

Het aanvankelijk onderzoek leverde weinige nuttige elementen op.

Pas op 25 maart 1979 vernam de gerechtelijke politie dat de daders van de overval tot een internationale gangsterbende zouden kunnen behoren, bekend onder de naam van «de bende van Turijn», en waarvan sommige leden o.m. Franco P. en Giuseppe B. aangehouden waren in Zwitserland, verdacht van gewapende overvallen gepleegd o.m. in Zweibrücken, Maastricht en Bazel.

Het onderzoek ging in die richting verder. Tot de «bende van Turijn» behoorden minstens 23 leden.

Foto's van diverse bendeleden werden overgelegd aan de leden van het personeel en aan de klanten van de A.S.L.K. die aanwezig waren bij de overval. Er kon aldus uitgesloten worden dat Franco P. een van de drie daders was die het kantoor was binnengedrongen. Hij kon echter de bestuurder geweest zijn van de Alfa Romeo.

b) Onmiddellijk of kort na de overval hadden twee personen elementen van persoonsbeschrijving van de bestuurder van de auto kunnen aanbrengen: de gerechtsdeurwaarder Van C. die de auto met hoge snelheid op de Grote Markt na de overval had zien voorbijrijden en een autobestuurder, André V., die een hele tijd naast de wegvluchtende auto had gereden en de bestuurder goed had kunnen nagaan, naar zijn beweren.

De persoonsbeschrijvingen door de twee getuigen gegeven verschillen echter op bepaalde niet onbelangrijke punten.

ten.

Aan Van C. werden diverse foto's van leden van de bende van Turijn voorgelegd. De bestuurder van de Alfa Romeo zou volgens Van C. Franco P. kunnen zijn.

In tegenstelling met wat de verdediging in haar conclusie beweert werden dezelfde foto's ook aan André V. getoond: hij heeft de bestuurder van de auto niet herkend.

Er dient nog opgemerkt te worden dat, in zijn persoonsbeschrijving gegeven onmiddellijk na de overval, Van C. vermeld had dat de autobestuurder een scherp gelaat had en een fijne snor droeg. Dit stemt niet overeen met de foto van P. en ook niet met de persoonsbeschrijving gegeven door André V. die vermeldde dat de autobestuurder een rond gezicht had en geen snor droeg.

De elementen tegen de beklaagde Franco P. zijn werkelijk te broos om met zekerheid te kunnen besluiten dat hij aan de overval van 23 oktober 1978 deelgenomen heeft.

Vier beklaagden werden vervolgd voor de Correctionele Rechtbank te Ieper. Drie ervan nl. Giuseppe P., Franco P. en Giovanni T. kenden elkaar goed. Maar het blijkt ook dat, bij de diverse overvallen in verscheidene plaatsen van West-Europa gepleegd, zij niet altijd samen opgetreden zijn maar ook afzonderlijk met andere leden van de bende de feiten pleegden.

Het is ook gebleken dat bij de overvallen door Franco P. bekend — die van Ieper bekend hij niet — hij steeds meetrok binnen in de instellingen (vingerafdrukken van hem werden aangetroffen) en niet in het voertuig bleef.

Ontslag van rechtsvervolging dient hem dan ook verleend te worden, op grond van ernstige twijfel.

(...)

NOOT—Overmacht en opsluiting in de vreemde

1. De feitenrechter beoordeelt op onaantastbare wijze of de door de beklaagde aangevoerde omstandigheden een geval van overmacht opleveren; de opsluiting in de vreemde kan als een geval van overmacht worden beschouwd, maar het staat de rechter vrij zich daarover in een of andere zin uit te spreken.

De strafrechter is geenszins verplicht de behandeling van de zaak uit te stellen of op te schorten tijdens de opsluiting van de beklaagde en de verjaring van de strafvordering wordt dan ook niet geschorst tijdens de periode dat de beklaagde in een buitenlandse gevangenis verblijft (Cass., 24 augustus 1917, *Pas.*, 1918, I, 82; Hof Brussel, 4 oktober 1926, *R.D.P.*, 1927, 95; Corr. Brussel, 5 maart 1942, *Pas.*, 1943, III, 50).

2. In beginsel is de opsluiting in de vreemde geen geldige reden om de termijnen van hoger beroep of van verzet te overtreden. Evenals een bedlegerige, een gehandicapte of een koortslijder een advocaat kan opbellen of een gerechtsdeurwaarder kan laten aanspreken, kan een in de vreemde opgesloten beklaagde een raadsman belasten met het aantekenen van hoger beroep of een deurwaarder belasten met de betekening van de akte van verzet.

Wordt hij gehinderd in het uitoefenen van zijn rechten, dan zal hij moeten aantonen dat het hem onmogelijk was tijdig beroep in te stellen of verzet te doen: de strafrechter zal oordelen of er al dan niet overmacht was.

3. Heel wat delicaat is de kwestie of de betrokken be-

klaagde al dan niet op de zitting aanwezig kon zijn om zijn verweer te voeren of om te voorkomen dat het verzet ongedaan zou worden verklaard.

Het kan niet worden ontkend dat er enige aarzeling bestaat inzake overmacht wegens opsluiting in de vreemde. Ook het Hof van Beroep te Antwerpen besliste in een onuitgegeven arrest van 23 juni 1976: «Indien de verdachte op het ogenblik van de behandeling van de zaak opgesloten was in een strafinrichting in het buitenland, dan is het verstek niet aan hem te wijten en moeten de kosten van betekening van het vonnis en van het verzet niet te zijnen laste vallen» (in zake Ch.).

4. Het Franse Hof van Cassatie is van mening dat de opsluiting in de vreemde geen overmacht uitmaakt omdat de beklagde had kunnen beseffen welke de gevolgen van zijn onwettig gedrag waren (Cass. fr., 29 januari 1921, *Sir.*, 1922, I, 185, met noot van Roux; Cass. fr., 8 februari 1936, *D.*, 1936, 44 met noot van H. Donnedieu de Vabres; J.P. Doucet, *Précis de droit pénal général*, p. 125).

Ook ons Hof van Cassatie schijnt te aanvaarden dat een beklagde die wegens een opzettelijk misdrijf in het buitenland opgesloten is «niet het slachtoffer is van een gebeurtenis buiten zijn wil en die hij niet kon voorzien of vermijden» (Cass., 15 december 1969, *A.C.*, 1970, 370).

5. Er zou bijgevolg een onderscheid kunnen worden gemaakt: is de betrokkene in het buitenland opgesloten wegens een opzettelijk misdrijf en ter uitvoering van een rechterlijke beslissing die kracht van gewijsde heeft, dan kan de beklagde geen overmacht inroepen. Is de beklagde integendeel in voorhechtenis, dan wordt hij vermoed onschuldig te zijn, of is hij opgesloten ter uitvoering van een definitieve veroordeling uit hoofde van een onopzettelijk misdrijf, dan zou moeten worden aangenomen dat hij wegens overmacht niet verschijnen kan.

6. Theoretisch klinkt dat heel mooi, maar in de praktijk zal zelden kunnen worden uitgemaakt dat de beklagde in het buitenland opgesloten zit — het komt meestal pas achteraf aan het licht! — en bovendien kan moeilijk worden uitgemaakt om welke redenen hij in hechtenis verkeert.

Men vraagt zich dan ook af of het niet raadzaam is dat het openbaar ministerie zich onthouden zou van de betekening van verstekvonnissen en arresten aan beklagden die in het buitenland opgesloten zijn. Aan de andere kant zou de beklagde die in de vreemde opgesloten is, kunnen worden uitgenodigd een raadsman aan te wijzen die hem vertegenwoordigt voor de strafrechter en bij weigering zou de wetgever kunnen bepalen dat hem ambtshalve een raadsman wordt toegewezen om hem te vertegenwoordigen.

A. Vandeplass

Pers — Getrapte verantwoordelijkheid in burgerlijke zaken.

Art. 18, tweede lid, van de Grondwet bepaalt dat de uitgever, de drukker en verspreider niet kan worden vervolgd voor het uitgeven, drukken en verspreiden van geschriften, wanneer de schrijver bekend is en zijn woonplaats in België heeft.

Deze grondregel van openbare orde vormt de basis zelf van de door de Grondwet in art. 14 gewaarborgde vrije meningsuiting en geldt zowel op burgerlijk als op strafrechtelijk gebied.

Aangezien de uitgever, op het gewraakte verkiezingspamflet vermeld als de verantwoordelijke uitgever, bekend is en in België woonachtig is, moeten de verspreider en na hem de drukker buiten de zaak worden gesteld.

Coöp. V. D. en G. t/ G.

De eis strekt ertoe verweerder te doen veroordelen tot een schadevergoeding van 1 frank wegens onrechtmatig gebruik van het handelsteken van eiseres sub 1, verdraaiing van opinie, misbruik van citaatrecht en miskennen van het bestemmingsrecht van de auteur ten opzichte van eiser sub 2 ter gelegenheid van de verkiezingscampagne gevoerd door verweerder.

De vordering van eisers is in feite gericht tegen een propagandafolder waarin de kandidatuur van verweerder voor de Senaat wordt verdedigd en die volgens eisers op duizend exemplaren zou zijn verspreid.

De door eisers aangevochten tekst wijst aan als verantwoordelijke uitgever: P. (naam en adres). Uit inlichtingen ingewonnen bij het gemeentebestuur blijkt dat de genaamde P. niet woonachtig is op het vermelde adres doch wel te (...). Aan het vermelde adres zou het kantoor van deze P. gevestigd zijn.

Eisers stellen dat zij ten gevolge van de verkeerde aanduiding op de folder in de onmogelijkheid waren de verantwoordelijke uitgever van de gewraakte tekst te vereenzelvigen en zij richten zich daarom tegen verweerder, die zij als «de verspreider van dit pamflet» beschouwen, in welk geval verweerder zelf artikel 299 Sw. zou hebben overtreden.

Daar P. actief lid is van de C.V.P. en als dusdanig moet gekend zijn door eisers zowel op zijn werkelijk adres als op zijn kantoor en op beide plaatsen bereikbaar was, kan de vraag worden gesteld betreffende eisers, die zich eerst tegen de verantwoordelijke uitgever moeten richten — tenzij zij de schrijver zelf zouden kennen en deze in België woonachtig is — en pas nadien tegen de verspreider van het drukwerk, waarom zij bewust nalieten hun vordering tegen P. te richten en of zij gerechtigd waren dit te doen.

Artikel 18 van de Grondwet bepaalt dat de uitgevers, drukkers e.a. niet kunnen worden vervolgd voor het uitgeven, drukken en verspreiden van geschriften, wanneer de schrijver bekend is en zijn woonplaats in België heeft.

Unaniem wordt aanvaard door de rechtspraak dat deze regel geldt zowel op burgerlijk als op strafrechtelijk gebied en tevens dat de verspreider en na hem de drukker buiten de zaak gesteld moeten worden indien de uitgever in België woonachtig is (Thonissen, *La Constitution belge annotée*, 2e ed., p. 78; *R.P.D.B.*, «Liberté de la presse», 25-26). De omstandigheid dat de gewraakte publikatie een onregelma-

BURGERLIJKE RECHTBANK TE ANTWERPEN

4e KAMER — 10 NOVEMBER 1983

Voorzitter: de h. Mertens

Rechters: de hh. Celis en Claus

Advocaten: mrs. Roels loco Neels en Colaes loco Van der Straeten

tigheid zou behelsen — in casu vermoedelijk een vergissing te goeder trouw en zonder nadeel voor derden — wijzigt niets aan die grondregel van openbare orde, die de basis zelf vormt van de door de Grondwet in artikel 14 gewaarborgde vrije meningsuiting.

Terloops zij erop gewezen dat eisers, die zich alleen op artikel 1382 B.W. baseren, de beginselen van vrije meningsuiting en auteursrecht verwarren met beginselen betreffende handelspraktijk en de bescherming van handelsnamen. Hoewel soms in schijn op elkaar gelijkend, hebben verkiezingscampagnes in rechte niets gemeen met publiciteit in handel en nijverheid.

Het antwoord op de hierboven gestelde vraag is slechts van ondergeschikt belang ter zake, nu de verantwoordelijke uitgever niet in het geding betrokken is, terwijl verweerder formeel ontkent de aangeklaagde daad te hebben gesteld, en namelijk betwist dat hij de folders zou hebben verspreid.

Eisers blijven in gebreke het bewijs hiervan te leveren, er zich mee vergenoegend erop te wijzen dat verweerder kennelijk achter de aangeklaagde tekst moet staan, aangezien deze uitsluitend over hem en over zijn rol in zijn politieke partij handelt. En dit zal ook zo wel zijn.

Het gebeurt echter meer dat vooraanstaande politici de behartiging van hun kiescampagne aan derden toevertrouwen in het kader van de politieke partij waartoe zij behoren.

Eisers zelf schijnen aan te nemen dat schrijver, uitgever en drukker onbekend zijn ter zake. Dit is niet voldoende om als bewezen te doen aanvaarden dat verweerder verspreider was nu hij dit formeel ontkent en integendeel uitdrukkelijk aanduidt wie volgens hem moet worden aangesproken.

Ten onrechte menen eisers dat verweerder behoort de uitgever in de zaak op te roepen. Dit zou slechts het geval zijn indien verweerder een fout bekende wat de aangeklaagde tekst betreft en erkende de verspreider ervan te zijn geweest.

*Om die redenen,
De rechtbank,*

Verklaart de vordering niet toelaatbaar.

NOOT—De burgerlijke aansprakelijkheid voor drukpersartikelen en de regel van de getrapte verantwoordelijkheid.

1. De rechtbank werpt op dat de eisers, in de veronderstelling dat de auteur van de verkiezingsfolder niet bekend is, zich eerst tegen de verantwoordelijke uitgever moeten richten, en pas als ook deze onbekend is, de actie tegen de verspreider dient te worden gericht. Hierbij verwijst de rechtbank naar art. 18 van de Grondwet: «Wanneer de schrijver bekend is en zijn woonplaats in België heeft, kan de uitgever, de drukker of de verspreider niet worden vervolgd», en zij hanteert daarbij het argument dat de rechtspraak unaniem aanvaardt dat deze regel van de getrapte verantwoordelijkheid geldt zowel op strafrechtelijk als op burgerlijk gebied.

De zienswijze van de rechtbank brengt een problematiek en een discussie aan de orde die reeds eerder (en m.n. in de

19e eeuw) een definitief beslag leek te hebben gekregen, in de richting zoals door de rechtbank aangegeven.

Meer recente rechtspraak en rechtsleer vertoont de tendens het toepassen van de getrapte verantwoordelijkheid in civiele zaken te willen verlaten.

2. Uit de lectuur van de bijzondere perswetgeving van 1830-1831 en de grondwettelijke bepalingen van toepassing op de drukpers (artt. 14, 18 en 98 Grondwet), blijkt dat het doel dat ten grondslag ligt aan deze bepalingen bestaat in het garanderen van een zo ruim mogelijke persvrijheid.

Een van de middelen om dit doel te bereiken vormt precies het stelsel van de getrapte verantwoordelijkheid (responsabilité en cascade): slechts één persoon wordt vervolgd, nl. de schrijver indien hij bekend is en zijn woonplaats in België heeft. De bedoeling van deze regeling bestaat erin dat men heeft willen voorkomen dat de censuur van de Staat, waarmee men definitief wilde breken (art. 18, eerste lid, Grondwet), zou worden vervangen door de censuur van de uitgever of van de drukker (*Parl. Hand., Kamer*, 1860-61, 20 april 1861, 1161 (ORTS); Huytens, E., *Discussions du Congrès National de Belgique 1830-1831*, Brussel, Société Typographique, 1884, I, 643 (Devaux), 654 (De Brouckère); Laurent, C., *Etudes sur les délits de presse*, Brussel, Bruylant, 1871, 62; Schuermans, H., *Code de la presse*, Brussel, Larcier, 1881 (2e ed.), I, 84; II, 15; Mast, A., *Overzicht van het Belgisch grondwettelijk recht*, Gent, Story-Scientia, 1980, nr. 502).

Uit de wordingsgeschiedenis van art. 18 Grondwet en de andere bepalingen betreffende de expressie- en drukpersvrijheid, is niet expliciet af te leiden of het de bedoeling is geweest van de grondwetgever het stelsel van de getrapte verantwoordelijkheid al dan niet van toepassing te laten zijn voor de burgerlijke rechtbanken in geval van oneigenlijke misdrijven in perszaken.

3. Overzicht van de argumenten pro en contra de toepassing van de getrapte verantwoordelijkheid in civiele zaken:

Door tegenstanders van de gelding van de getrapte verantwoordelijkheid in burgerlijke zaken wordt o.m. geargumenteed dat in art. 18 Grondwet slechts sprake is van de «vervolg» van de schrijver, uitgever, drukker, verspreider, waarmee enkel de strafrechtelijke vervolging bedoeld kan zijn, en niet de burgerlijke vordering. Ook uit de verbinding van art. 14 Grondwet («behoudens bestraffing van de misdrijven») met art. 18 Grondwet («vervolg») en art. 98 Grondwet («drukkersmisdrijven — hof van assisen») zou volgen dat enkel voor de penale procedure een uitzonderingsregime werd geïnstalleerd, zowel met betrekking tot de bevoegdheid als met betrekking tot de aansprakelijkheid, terwijl op de burgerlijke vordering de gemeenschappelijke regeling volledig toepasselijk blijft (artt. 1382-1384 B.W.; Brussel, 2 juni 1862, *Pas.*, 1864, I, 112, *B.J.*, 1862, 868).

De enge interpretatie van de term «vervolg» wordt o.a. bestreden met het argument dat ook uit de woorden van art. 14 Grondwet «behoudens bestraffing van de misdrijven» niet kan worden afgeleid dat enkel de strafrechtelijke vervolging mogelijk zou zijn. In dezelfde zin is ook de term «vervolg» van art. 18 Grondwet niet sensu stricto te interpreteren, maar is ook hier zowel de strafrechtelijke als de burgerlijke «vervolg» bedoeld, zodat de getrapte verantwoordelijkheid ook voor deze laatste van toepassing

is (Schuermans, H., *o.c.*, I, 132 e.v., II, 12; Brussel, 13 februari 1867, *B.J.*, 1015).

Tegen de toepasselijkheid van art. 18, tweede lid, op burgerlijk vlak, pleit ook de vaststelling dat de regel van de getrapte verantwoordelijkheid een algemene gelding dient ontzegd te worden, aangezien deze enkel geldt voor de vervolgingen wegens «drukmisdrijven» en bijgevolg niet van toepassing is op misdrijven gepleegd door middel van de drukpers maar die zelf geen drukpersmisdrijf uitmaken (de zgn. publikatiemisdrijven of drukkerijmisdrijven; Cass., 7 juli 1924, *Pas.*, I, 452; Cass., 2 maart 1964, *Pas.*, I, 697; Brussel, 25 oktober 1972, *R.W.*, 1972-73, 770; Vanhoudt, C.J. en Calewaert, W., *Belgisch Strafrecht*, II, Gent, Story, 1976, nr. 589; *Pand. B.*, tw. «Distribution d'écrits et d'imprimés», nr. 9-11, 25; «Journal, Journaliste (presse)», nr. 8; «Délit de presse», nr. 230). De algemene toepassing van de regel van de getrapte verantwoordelijkheid op civiel vlak leidt tot de bevreemdende situatie dat de getrapte verantwoordelijkheid wél geldt voor de burgerlijke rechtbank, terwijl, bij vervolging i.g.v. publikatiemisdrijf op grond van dezelfde feiten, voor de correctionele rechtbank de getrapte verantwoordelijkheid niet geldt.

Een ander argument tegen de toepassing van art. 18 Grondwet op civiel vlak menen sommigen te vinden in het feit dat, door het stelsel van getrapte verantwoordelijkheid, het slachtoffer het gevaar loopt dat zijn eis voor de burgerlijke rechtbank zonder gevolg blijft, aangezien de schrijver of journalist onvermogen kan zijn, terwijl de solvabele uitgever of drukker van de publikatie vrijuit gaat (Beltjens, G., *La Constitution Belge révisée*, Luik, 1894, art. 18, nr. 85; Poirier, P., *Code de la presse et de l'imprimerie*, Brussel, Larcier, 1945, nr. 300; Rb. Turnhout, 28 november 1935, *R.W.*, 1935-36, 517).

Hierop kan geantwoord worden dat bij elke vordering tot schadevergoeding in burgerlijke zaken de kans bestaat dat de persoon die aansprakelijk is, insolvelijk blijkt te zijn. Deze uitzonderlijke en feitelijke omstandigheid kan echter niet van aard zijn de algemene principes inzake de buitencontractuele aansprakelijkheid te wijzigen ten einde een derde persoon te kunnen aanwijzen die wel solvabel is. Derhalve is ook het feit dat de schrijver van een publikatie onvermogen is, noch in abstracto, noch in concreto een reden om de aansprakelijkheid te verschuiven naar de uitgever of de drukker. Zo is ook de mogelijkheid van het bestaan van onoorkbare afspraken tussen uitgever en andere personen, die eventueel als stroman fungeren om de verantwoordelijkheid hetzij civiel, hetzij penaal te ontlopen, een onvoldoende reden om het principe van de getrapte verantwoordelijkheid te verlaten. In deze gevallen is het aan de rechter de echte auteur te ontdekken en de ware verantwoordelijke aan te wijzen, rekening houdende met art. 18, tweede lid, Grondwet.

Een belangrijk element tot staving van het argument pro toepassing van art. 18 Grondwet in civiele zaken schuilt in het feit dat in perszaken de regel van de getrapte verantwoordelijkheid dode letter dreigt te worden indien hij niet voor de gewone rechtbanken wordt toegepast (Mast, A., *o.c.*, nr. 506). Steeds zeldzamer worden immers de strafrechtelijke vervolgingen m.b.t. drukpersaangelegenheden, terwijl de drukpersmisdrijven de laatste decennia überhaupt een feitelijke strafrechtelijke immuniteit genieten (Voorhoof, D. en Baert, J., «Enkele algemene beschouwin-

gen betreffende de drukpersvrijheid. De inbeslagname van Metro», *Tegenspraak*, 1983, nr. 6, 187-188). Het brengen voor de burgerlijke rechtbanken van de eisen tot schadevergoeding wegens feiten die strafrechtelijk gezien een drukpersmisdrijf uitmaken, is op zich geen bezwaar, maar indien daardoor op stelselmatige wijze de getrapte verantwoordelijkheid wordt omzeild en daardoor de virtuele aansprakelijkheid van uitgever of drukker toeneemt, vergroot ook de kans dat uitgever of drukker zich met de inhoud van de publikaties gaan inlaten en censurerend optreden, precies om zichzelf te beschermen.

Terecht kan ter relativering van dit argument worden opgemerkt dat in de perswereld deze autonomie van de journalist illusoir is, aangezien in de praktijk een vorm van interne censuur geldt onder druk van de uitgever (of de directie), ter bescherming van het politiek-ideologisch profiel van de krant of haar economisch-financiële belangen. Het lijkt echter niet aangewezen de uitgever ook nog een juridisch argument te verschaffen om zijn controle en inmenging op redactioneel vlak te legitimeren. Want dat is precies wat de grondwetgever met art. 18, tweede lid, heeft willen voorkomen...

4. De vraag is tenslotte of er een evolutie is waar te nemen nopens de interpretatie van art. 18, tweede lid, Grondwet.

De argumenten contra de gelding van de getrapte verantwoordelijkheid voor de burgerlijke rechtbanken hebben gedurende lange tijd niet kunnen opwegen tegen de argumenten pro, niet in het minst wegens het ondubbelzinnige standpunt van het Hof van Cassatie ter zake: «Attendu que le Congrès, qui faisait une loi politique, ne s'est pas occupé dans la Constitution, des intérêts privés des citoyens; que ces intérêts sont restés sous la protection du droit commun (...). Attendu que l'art. 18, qui concerne spécialement la liberté de la presse, a été conçu dans le même esprit que l'art. 14 dont il n'est que le corollaire; que la seule restriction apportée par l'art. 18 du principe général exposé dans l'art. 1382 du Code civil, consiste en ce que l'imprimeur, l'éditeur ou le distributeur ne peuvent être poursuivis lorsque l'auteur est connu et domicilié en Belgique» (cursivering van de auteur; Cass., 24 januari 1863, *Pas.*, I, 110; in dezelfde zin: Rb. Oudenaarde, 19 juni 1863, *B.J.*, 1506; Brussel, 13 februari 1867, *B.J.*, 1015; Rb. Oudenaarde, 29 november 1895, *Pas.*, 1901, III, 65; Rb. Brussel, 13 juli 1898, *Pas.*, III, 307; Rb. Antwerpen, 12 januari 1901, *Pas.*, III, 162; Rb. Antwerpen, 12 februari 1902, *Pas.*, III, 329; Vred. St.-Jans-Molenbeek, 28 februari 1913, *J.T.*, 357; Luik, 9 juli 1936, *B.J.*, 1937, 246; Rb. Brussel, 10-11 juli 1939, *B.J.*, 576; Rb. Antwerpen, 5 januari 1962, *R.W.*, 1961-62, 1208).

Van unanimité in de rechtspraak rond dit principe kan echter moeilijk gesproken worden aangezien verschillende voorbeelden zijn aan te wijzen die de getrapte verantwoordelijkheid in burgerlijke zaken afzwakken (Rb. Turnhout, 28 november 1935, *R.W.*, 1935-36, 517), in het midden laten (Rb. Antwerpen, 28 december 1951, *R.W.*, 1954-55, 1304), impliciet (Brussel, 2 juni 1862, *Pas.*, 1864, I, 112) of expliciet afwijzen (Brussel, 18 maart 1937, *Pand. Pér.*, 1938, nr. 175; Rb. Luik, 20 maart 1980, *J.T.*, 437).

Ook de rechtsleer is verdeeld, hoewel men ook hier in overgrote meerderheid van oordeel is dat art. 18, tweede lid, Grondwet mede van toepassing is voor de burgerlijke

rechtbanken (Laurent, C., «Etudes sur les délits de presse», *B.J.*, 1869, 810, en «De l'action civile en matière de presse», *B.J.*, 1876, 633; Thonissen, J.J., *La Constitution belge annotée*, Brussel, Bruylant, 1876 (2e ed.), nr. 111; Schuermans, H., o.c., II, 15-16; *R.P.D.B.*, VII, tw. «Liberté de la presse et droit de réponse», nr. 24; Beltjens, G., o.c., art. 18, nrs. 50 e.v.; Duplat, G., *Le Journal*, Brussel, Dewit, 1929, 363-370; Van der Meersch, G.W., noot onder Rb. Brussel 10-11 juli 1939, *B.J.*, 552; De Meyer, J., *Cur-sus voor Staatsrecht*, Leuven, 1972, 474; Van Bol, R., «Presse et liberté d'expression», *Ann. droit*, 1980, 231).

De tegenstanders van de getrapte verantwoordelijkheid op civiel vlak vinden vooral steun bij Poirier, Dalcq, en zeer recent ook bij Vandenberghé (Poirier, P., o.c., nr. 293-300, 304; Dalcq, R.O., *Traité de la responsabilité civile*, I, *Les causes de la responsabilité*, Brussel, Larcier, 1867, nrs. 1245 e.v.; Vandenberghé, H., *De aansprakelijkheid voor persartikelen of -bijdragen*, lezing studiedag Media-recht, KUL, 18 november 1983; cf. ook Lievens, J., noot onder Antwerpen, 28 maart 1977, *R.W.*, 1977-78, 1450).

Deze standpunten bewegen zich nagenoeg tussen twee uitersten met aan de ene kant de nadruk op de teleologische interpretatie van art. 18, tweede lid, Grondwet, met als uitgangspunt het primaat (van de bescherming) van de druk-persvrijheid, en met aan de andere kant de nadruk op de bescherming van de belangen van het slachtoffer welke het beste zijn gewaarborgd door de gemeenrechtelijke aansprakelijkheidsregeling.

Dirk Voorhoof

RECHTBANK VAN KOOPHANDEL TE BRUSSEL

22e KAMER — 10 MAART 1983

Voorzitter: de h. Walravens

Advocaten: mrs. De Mey en Tieleman

Burgerlijke rechtspleging — Rechterlijk gewijsde — Toepassing van de regels van het Gerechtelijk Wetboek op de uitspraak van de strafrechter over de burgerlijke eis.

Het vonnis van de strafrechter over de burgerlijke eis heeft geen gezag van het rechterlijk gewijsde ten aanzien van de verzekeraar die in het strafgeding geen partij was.

N.V. A. e.a. t/ N.V. N.

Overwegende dat de feiten niet betwist worden, nl. dat derde aanlegger op 10 december 1980, rond 12.30 uur, de Gerijstraat te Vorst volgde in de richting van de Luttrebruglaan, aan het stuur van een personenwagen Volvo, gehuurd bij tweede aanlegster, en verzekerd in eigen schade bij eerste aanlegster;

Dat ter hoogte van het Seccastation aan de Gerijstraat een wagen geparkeerd stond, verzekerd door verweerster en bestuurd door de h. John L.;

Dat deze zijn parkeerplaats verliet en rechtsomkeer wilde maken in de richting van Anderlecht door een draai van 180° op de Gerijstraat;

Dat zijn wagen aan het voorste linkerspatbord werd aangereden door het voorste rechterspatbord van de wagen bestuurd door eiser V.;

Overwegende dat naar aanleiding van deze feiten een strafrechtelijk onderzoek werd geopend en John L. werd vervolgd voor de Politierechtbank te Brussel;

Dat hij bij vonnis van 15 januari 1982 tot een boete werd veroordeeld wegens overtreding van art. 12.4 Wegverkeersreglement;

Dat de partijen het erover eens zijn dat tegen deze beslissing geen beroep werd aangetekend en zij in kracht van gewijsde is getreden;

Dat de strafrechtelijke bepalingen ervan dan ook gelden erga omnes en de burgerlijke rechter geen beslissing kan nemen die strijdig is met de motieven van het strafvonnis (Cass., 10 oktober 1975, *R.G.A.R.*, 1976, 9565);

Dat de strafrechter verplicht is de aangeklaagde feiten onder al hun aspecten te onderzoeken en er de passende kwalificatie aan te geven (Hof Gent, 9 maart 1965, *R.W.*, 1966-67, 259);

Dat door het vonnis van 15 januari 1982 van de Politierechtbank te Brussel erga omnes werd beslist dat de rijbeweging uitgevoerd door John L. een overtreding van art. 12.4 van het Wegverkeersreglement vormde;

Dat de huidige stelling van aanleggers dat L. een overtreding van art. 19.4 zou hebben begaan, dan ook niet meer kan worden aangenomen;

Dat art. 19 trouwens slechts toepasselijk is op «de bestuurder die naar rechts of naar links wil afslaan om de rijbaan te verlaten of die zijn voertuig langs de linkerkant van de rijbaan met eenrichtingsverkeer wil opstellen»;

Dat bovendien zowel het verlaten van een parkeerplaats als het rechtsomkeer maken, door art. 12.4 worden aangeduid als manoeuvre;

Overwegende dat het vonnis van 15 december 1982 van de Politierechtbank te Brussel echter op burgerlijk gebied verklaarde dat het foutieve manoeuvre van L. niet de oorzaak is geweest van de schade die aanleggers hebben geleden ten gevolge van het ongeval;

Dat de rechtbank deze zienswijze niet kan delen;

Dat wanneer de strafrechter, samen met een publieke vordering, ook een burgerlijke eis beslecht die samen met de eerste voor hem wordt gebracht, hij niet op strafrechtelijk maar wel op burgerrechtelijk vlak uitspraak doet en de regels van het gezag van gewijsde in burgerlijke zaken van toepassing zijn, zoals zij zijn vastgelegd in de artt. 23 e.v. Ger. W. (De Page, *Traité*, III, nr. 1003; P.E. Trousse, «L'autorité de la chose jugée ...», *R.D.P.*, 1966-67, 703; Hof Brussel, 5 juni 1935, *R.G.A.R.*, 1936, 2218);

Dat het huidig geding niet tussen dezelfde partijen wordt gevoerd als voor de politierechtbank, waar alleen tweede aanlegster zich burgerlijke partij stelde;

Dat verweerster echter geen partij was voor de politierechtbank en niet kan worden gesteld dat een verzekerde en de verzekeraar van zijn burgerlijke aansprakelijkheid als autobestuurder dezelfde partij zijn of de ene de andere tegenwoordigt (Brussel, 25 mei 1972, *R.G.A.R.*, 1974, 9274);

Dat art. 9 W.A.M. trouwens uitdrukkelijk bepaalt: «Een vonnis gewezen in een geschil ter zake van door een motorrijtuig veroorzaakte schade, kan aan de verzekeraar, aan de verzekerde of aan de benadeelde slechts worden tegenge-

worpen, indien zij in het geding partij zijn geweest, dan wel daarin zijn geroepen»;

Dat in casu de rechtbank dus niet gebonden is door de burgerlijke beschikkingen van het vonnis van de politierechtbank van 15 januari 1982;

Dat zij in tegenstelling tot de strafrechter van oordeel is dat de door aanleggers geleden schade uitsluitend veroorzaakt werd door het foutieve rijmanoeuvre van de verzekerde van verweerster, die dan ook ertoe gehouden is deze te vergoeden;

Dat het bedrag van deze schade door verweerster niet wordt betwist;

Dat de hoofdvorderingen dan ook gegrond dienen verklaard te worden;

Dat de tegenvordering ongegrond is;
(...)

VREDEGERECHT TE SINT-GILLIS-BRUSSEL

13 SEPTEMBER 1983

Rechter: de h. Rommel

Advocaten: mrs. Sosnowski en Remacle

Taalgebruik — In gerechtszaken — Samenhangende vorderingen — Taalmeerderheid.

Wanneer de voeging van twee vorderingen samen met de taalwijziging in limine litis wordt gevraagd, moeten de vorderingen eerst worden gevoegd en nadien de taalmeerderheid berekend. Bij gelijkheid wordt de taal bepaald volgens de noodwendigheden van de zaak. De taal van de stukken geldt niet noodzakelijk als een zodanige noodwendigheid.

W. t/ Van der H. en
Van der H. t/ W.

Overwegende dat Michel Van der H., wonende te Asse, Brigitte W., wonende te Sint-Gillis-Brussel, in het Nederlands dagvaardde voor onze collega van Asse, terwijl Brigitte W. Michel Van der H. in het Nederlands dagvaardde voor ons en de zaak in Asse op verzoek van partijen naar ons werd verzeuld voor samenvoeging;

Dat W. nu de taalwijziging vraagt terwijl Van der H. weigert zelf de taalwijziging te vragen;

Overwegende dat de taalwijziging de samenvoeging onmogelijk maakt, zodat ze slechts erna kan worden overwogen;

Dat de samengevoegde zaken als één zaak met verschillende verweerders moet worden behandeld; dat de berekening van de taalmeerderheid een taalgelijkheid oplevert, zodat de taal slechts kan worden gewijzigd indien de noodwendigheden van de zaak dit vereisen; dat het feit dat de stukken in het Frans gesteld zijn, gelet op onze wettelijke tweetaligheid, geen dergelijke noodwendigheid uitmaakt, evenmin als het feit dat eerdere processen in het Frans gevoerd werden;

Dat, bij gebrek aan bewijs van enige objectieve noodwendigheid de taalwijziging te bevelen, er evenmin aanleiding toe bestaat;

Mitsdien,

Wij, Vrederechter rechtdoende op tegenspraak en in laatste aanleg;

1. voegen de zaken ingeschreven op de Algemene Rol onder de nummers 1626 en 1811 samen; 2. wijzen het verzoek tot taalwijziging af; 3. laten het overige van de rol weg op verzoek van partijen.

RECHTSPRAAK IN KORT BESTEK

Hof van Cassatie (3e Kamer), 16 mei 1983

Veiligheidscomité — Beschermde werknemer — Niet-verkozen kandidaat — Ontslag met weigering tot herplaatsing — Geen vergoeding verschuldigd «voor de periode die nog te lopen blijft tot het verstrijken van het mandaat».

Bekrachtigd wordt het arrest van het Arbeidshof te Brussel van 1 december 1981 dat beslist dat de niet-verkozen kandidaat afgevaardigde voor het veiligheidscomité, die onrechtmatig ontslagen en niet herplaatst wordt, enkel aanspraak heeft op de vergoeding bepaald bij art. 1bis, § 7, 2°, van de wet van 10 juni 1952 en die gerelateerd is aan zijn dienstanciënniteit:

«Overwegende dat ingevolge artikel 1bis, § 7, eerste lid, 1°, van de wet van 10 juni 1952, gewijzigd bij het koninklijk besluit nr. 4 van 11 oktober 1978, de werkgever bedoeld in § 5, die de ontslagen werknemer in de onderneming niet herplaatst binnen dertig dagen na de aanvraag tot herplaatsing, aan de ontslagen werknemer moet betalen een vergoeding gelijk aan het loon voor de periode die nog te lopen blijft tot het verstrijken van het mandaat;

«Overwegende dat uit de bewoordingen van die bepaling volgt dat de wetgever enkel de effectieve en plaatsvervangende personeelsafgevaardigden in het comité voor veiligheid, gezondheid en verfraaiing van de werkplaatsen heeft bedoeld, en niet de niet-gekozen kandidaten die geen mandaat hebben;

«Overwegende dat het arbeidshof, door te beslissen dat eiser, die zoals het arrest vaststelt, kandidaat was bij de verkiezingen voor genoemd comité maar niet werd gekozen, geen aanspraak kon maken op de vergoeding bedoeld bij voornoemd artikel 1bis, § 7, eerste lid, 1°, die bepaling niet heeft geschonden.»

(Voorzitter: de h. Meeùs — Raadsheer-rapporteur: de h. Mahillon — Eerste advocaat-generaal: de h. Duchatelet — Advocaten: mrs. Draps en Simont — In de zaak: S. t/ P.V.B.A. L.)

NOOT—Wegens toekenning van de vergoeding bepaald bij art. 1bis, § 7, 1°, van de wet van 10 juni 1952 aan een ontslagen niet-verkozen kandidaat, vernietigt het Hof van Cassatie eveneens op 16 mei 1983 een arrest van het Arbeidshof te Brussel van 17 mei 1982, in zake N.V. Ferguson Machine Company t/ Amico.

Hof van Cassatie (2e Kamer), 8 juni 1983

Jeugdbescherming — Strafzaken — Territoriaal bevoegde jeugdrechtbank — Bepaald door verblijfplaats van ouders.

De onderzoeksrechter bij de Rechtbank van Eerste Aanleg te Doornik had bij beschikking van 1 september 1982 de minderjarige B., geboren op 17 oktober 1965, naar de jeugdrechtbank van het ambtsgebied Doornik verwezen ter zake van als misdrijven aangemerkte feiten, op 21 november 1981 gepleegd te Basècles, Stambruges en in samenhang te Waterloo. De jeugdrechtbank heeft zich bij op tegenspraak gewezen vonnis van 23 februari 1983 onbevoegd verklaard *ratione loci*, op grond dat de ouders, die als civielrechtelijk aansprakelijke partijen waren gedagvaard, reeds van vóór de beschikking ononderbroken in een gemeente van het arrondissement Brussel verbleven. Op verzoek van de procureur des Konings tot regeling van rechtsgebied wordt de beschikking van de onderzoeksrechter om de volgende redenen vernietigd met verwijzing van de zaak naar de procureur des Konings te Doornik:

«Overwegende dat de beschikking van 1 september 1982 en het vonnis van 23 februari 1983 in kracht van gewijsde zijn gegaan en dat uit hun strijdigheid een geschil over rechtsmacht is ontstaan dat de loop van het gerecht belemmert;

Overwegende dat krachtens artikel 44, eerste lid, van de wet van 8 april 1965 betreffende de jeugdbescherming de territoriale bevoegdheid van de jeugdrechtbank wordt bepaald door de verblijfplaats van de ouders, voogden of degenen die de minderjarige onder hun bewaring hebben, onverminderd de artikelen 350, 353 en 367, § 2, van het Burgerlijk Wetboek, en behoudens de toepassing van de artikelen 361, § 3, 367, § 7, 373, 374, 389, eerste lid, 477, 478, 479 van het Burgerlijk Wetboek en 63, vijfde lid, van de wet van 8 april 1965;

«Overwegende dat uit de stukken waarop het Hof vermag acht te slaan blijkt dat de ouders van Joseph B., optredend in hun hoedanigheid als hierboven omschreven, op de dag van de beschikking respectievelijk te Ukkel en te Sint-Gillis in het gerechtelijk arrondissement Brussel schenen te verblijven; dat de artikelen 350, 353, 361, § 3, 367, §§ 2 en 7, 373, 374, 389, eerste lid, 477, 478, 479 van het Burgerlijk Wetboek en 63, vijfde lid, van de wet van 8 april 1965 geen betrekking hebben op de zaak zodat de jeugdrechtbank zich terecht *ratione loci* onbevoegd heeft verklaard.»

(Voorzitter: de h. Screvens — Raadsheer-rapporteur: de h. Sace — Procureur-generaal: de h. Krings — In de zaak: Procureur des Konings te Doornik in zake van B. en zijn ouders).

NOOT—De verwijzing naar de jeugdrechtbank

1. Luidens artikel 49, derde lid, van de wet betreffende de jeugdbescherming neemt de onderzoeksrechter, als het onderzoek geëindigd is, op vordering van het openbaar ministerie, een beschikking tot buitenvervolginstelling of een beschikking tot verwijzing naar de jeugdrechtbank.

2. Indien de jeugdrechtbank waarnaar de zaak, met toe-

passing van artikel 44 van bedoelde wet, zou moeten worden verwezen, gelegen is buiten het rechtsgebied van de onderzoeksrechter, dan zal deze de zaak overzenden aan de procureur des Konings om te handelen als naar recht.

3. De procureur des Konings zal op zijn beurt de zaak doorsturen naar een collega in wiens ambtsgebied de territoriaal bevoegde jeugdrechtbank gevestigd is. Deze zal de zaak opnieuw aanhangig maken bij de onderzoeksrechter ten einde ze overeenkomstig artikel 45, 2, a, van de wet van 8 april 1965 naar de bevoegde jeugdrechtbank te kunnen verwijzen.

A. Vandeplass

Hof van Cassatie (2e Kamer), 22 juni 1983

Voorlopige hechtenis — Arrest van de kamer van inbeschluidiging oordeelt dat er geen grond is om het bevel tot aanhouding te handhaven — Cassatieberoep van de procureur-generaal bij het hof van beroep — Niet ontvankelijk.

Het cassatieberoep tegen het bestreden arrest (Hof Luik, K.I., 29 maart 1983) wordt om de volgende redenen verworpen:

«Overwegende dat het arrest de op 15 maart 1983 gewezen beschikking van de raadkamer van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Namen wijzigd en beslist het op 11 maart 1983 tegen verdachte (thans verweerder) verleende bevel tot aanhouding niet langer te handhaven;

«Overwegende dat verweerder ten gevolge van dit arrest onmiddellijk in vrijheid werd gesteld;

«Overwegende dat uit de gecombineerde artikelen 4, 8, 19 en 20, voorlaatste lid, van de wet van 20 april 1874 volgt dat ten gevolge van de vernietiging van het bestreden arrest de rechter op verwijzing niet bevoegd is om te bevelen dat de vrijgelaten verdachte opnieuw in voorlopige hechtenis zal worden genomen;

«Dat de voorziening geen belang heeft en derhalve niet ontvankelijk is.»

(Voorzitter: de h. Screvens — Raadsheer-rapporteur: de h. Poupart — Procureur-generaal: de h. Krings — In de zaak: Procureur-generaal bij het Hof van Beroep te Luik t/ M.)

NOOT—Zie Cass., 20 januari 1982 in de zaak: Procureur-generaal bij het Hof van Beroep te Bergen t/ D. en M.

Hof van Cassatie (1e Kamer), 23 juni 1983

Burgerlijke rechtspleging — 1. Nietigheid — Exceptie gegrond op niet-vermelding van woonplaats in memorie van antwoord — Geen schade — 2. Rechtsvordering — Verweer van een partij tegen een rechtsmiddel dat tegen haar in een bepaalde kwaliteit is ingesteld — Verweer in die kwaliteit ontvankelijk — 3. Betekening van een beslissing aan vennootschap in vereffening, zowel op haar maatschappelijke zetel als aan haar ver-

effenaar — Rechtsmiddel — Termijn — Langste termijn.

In zijn memorie van antwoord voert verweerder aan dat het cassatieberoep te laat is ingesteld.

1. De eiseressen beweren dat die memorie niet ontvankelijk is omdat de woonplaats van verweerder daarin niet is vermeld, althans het opgegeven adres van zijn verblijfplaats onvolledig is daar het straatnummer niet vermeld is.

«Overwegende dat als regel geldt dat de rechter een gedingstuk niet nietig mag verklaren tenzij het aangeklaagde verzuim of de aangeklaagde onregelmatigheid de belangen schaadt van de partij die zich op de exceptie beroept;

«Overwegende dat de eiseressen zich niet op schade beroepen; dat zij hun voorziening hebben betekend aan de opgegeven verblijfplaats; dat verweerder bovendien woonplaats heeft gekozen bij zijn raadsman.»

2. Tegen diezelfde memorie van antwoord voeren eiseressen nog aan dat verweerder niet bevoegd is om als vertegenwoordiger van de Lloyd's, syndicaat nr. 128, op te treden, daar het syndicaat zelf geen rechtspersoonlijkheid heeft en de leden ervan niet met hun naam zijn aangeduid in het verzoekschrift van eiseressen.

«Overwegende dat het cassatieberoep van de eiseressen gericht is tegen Ian Richard P. Lloyd's Underwriters Syndicate nummer 128 die als vertegenwoordiger van dit syndicaat en van de samenstellende leden ervan optreedt alsook, voor zoveel nodig, in eigen naam; dat de voorziening aan P. in deze verschillende hoedanigheden is betekend;

«Overwegende dat een partij tegen wie cassatieberoep is ingesteld, in het cassatiegeding partij is in alle hoedanigheden waarin de voorziening tegen haar is gericht, zelfs als de bestreden beslissing, met goedvinden van alle partijen, zou hebben geoordeeld dat ze niet bevoegd was om in rechte op te treden in één of in sommige van de hoedanigheden waarin ze haar vordering had ingesteld;

«Overwegende derhalve dat de door genoemde partij neergelegde memorie van antwoord ontvankelijk is in alle hoedanigheden waarin de voorziening tegen die partij is ingesteld.»

3. Het cassatieberoep van eerste eiseres, dat is ingesteld meer dan drie maanden na de betekening van het bestreden arrest aan haar zetel in België, is inderdaad te laat ingesteld (art. 1073 Ger. W.), maar wat tweede eiseres betreft, is de zaak ingewikkelder. Tweede eiseres is een vennootschap in vereffening naar Bermudaans recht. Het bestreden arrest is op 5 juli 1982 bij aangetekende brieven betekend zowel op haar zetel te Los Angeles (V.S.A.) als aan haar vereffenaar te Londen en aan de Senior Master of the Supreme Court te Londen. Tweede eiseres, wier maatschappelijke zetel gevestigd is te Los Angeles en die vertegenwoordigd is door haar vereffenaar te Londen waar de vereffening zetel gevestigd is, heeft haar cassatieberoep betekend op 25 oktober 1982.

«Overwegende dat naar luid van artikel 42, 7°, van het Gerechtelijk Wetboek de betekeningen van de akten van rechtspleging aan in vereffening zijnde vennootschappen worden gedaan hetzij op de maatschappelijke zetel hetzij op de woonplaats van een der vereffenaars of, indien er geen vereffenaar is, aan de procureur des Konings in wiens rechtsgebied de laatste maatschappelijke zetel gevestigd was;

«Overwegende dat, wanneer een partij de betekening tegelijkertijd doet op de verschillende wijzen waartussen zij kon kiezen, en de aan de betekende partij verleende termijn om zich in cassatie te voorzien voor elk hiervan verschillend is, de voorziening rechtsgeldig kan worden ingesteld binnen de langste door de wet voorgeschreven termijn;

«Overwegende dat eiseres krachtens de artikelen 55, 3°, en 1073 van het Gerechtelijk Wetboek over een termijn van drie maanden beschikte verlengd met tachtig dagen;

«Dat het middel van niet-ontvankelijkheid niet kan worden aangenomen ten aanzien van de tweede eiseres.»

(Voorzitter-rapporteur : de h. Closen — Advocaat-generaal : de h. Ballet — Advocaten : mrs. De Bruyn en Simont — In de zaak : N.V. T. e.a. t/ P.)

Hof van Cassatie (1e Kamer), 24 juni 1983

Burgerlijke rechtspleging — Betekening en kennisgeving — Betekening van verstekvonnis met keuze van woonplaats — Verzet niet betekend op de gekozen woonplaats — Nietigheid.

Een ten aanzien van verweester bij verstek gewezen vonnis werd ten verzoeken van eiseres, een Franse vennootschap, aan verweester betekend; in de akte van betekening koos eiseres woonplaats bij de deurwaarder. Het bestreden arrest (Hof Antwerpen, 25 juni 1980), dat oordeelt dat verweesters verzet, dat niet op de gekozen woonplaats werd betekend, niet nietig is omdat eiseres niet bewijst dat haar belangen werden geschaad, wordt om de volgende redenen vernietigd:

«Overwegende dat het arrest constateert dat eiseres het verstekvonnis heeft doen betekenen bij exploit van 17 februari 1976 en in dat exploit woonplaats heeft gekozen ten kantore van de instrumenterende gerechtsdeurwaarder; dat zodanige keuze van woonplaats in de akte van betekening van een rechterlijke beslissing geldt voor alle proceshandelingen die daarop betrekking hebben en met name het betekenen van verzet;

«Overwegende dat verweester tegen het verstekvonnis verzet heeft doen betekenen bij exploit van 17 maart 1976, door afgifte aan de procureur des Konings en door toezending bij aangetekende brief, telkens met vermelding van de zetel van eiseres te Nîmes, Frankrijk;

«Overwegende dat, ingevolge het laatste lid van artikel 40 van het Gerechtelijk Wetboek, de betekening in het buitenland of aan de procureur des Konings ongedaan is indien de partij op wier verzoek zij verricht is, de woonplaats of de verblijfplaats of de gekozen woonplaats van de geadresseerde in België of, in voorkomend geval, in het buitenland kende;

«Dat het arrest, nu het vaststelt dat verweester 'niet kan inroepen dat zij de gekozen woonplaats van (eiseres) niet kende', niet zonder schending van de voormelde wetsbepaling heeft kunnen oordelen dat de betekening niet ongedaan of niet nietig kan worden verklaard, op de enkele grond dat eiseres niet heeft bewezen dat haar belangen waren geschaad.»

(Voorzitter : de h. Janssens — Raadsheer-rapporteur : de h. Soetaert — Advocaat-generaal : de h. Ballet — Advocaat : mr. Bayart — In de zaak : N.V. E. t/ Van B.)

NOOT—Zie Laenens, J., «Kroniek van het gerechtelijk recht», *R.W.*, 1982-83, 1428, nr. 9.

Hof van Cassatie (3e Kamer), 27 juni 1983

Arbeidsovereenkomst — Beëindiging — Dringende reden — Begrip — Aanvoering van valsheid van rapporten — Rechters die de dringende reden t.a.v. sommige rapporten verwerpen en daarom de valsheid van de andere niet onderzoeken.

Gecasseerd wordt het arrest, op 15 januari 1982 door het Arbeidshof te Brussel gewezen :

«Overwegende dat volgens de vaststellingen van het arrest eiseres onder meer als dringende reden had aangevoerd dat zes door verweerder ingediende rapporten vals waren ;

«Dat het arbeidshof oordeelt dat drie rapporten niet als dringende reden in aanmerking komen en dat het om die reden 'onnodig blijkt na te gaan of de valsheid van de overige drie rapporten kan worden bewezen' ;

«Overwegende dat, wanneer verscheidene feiten als dringende reden worden aangevoerd, de rechter die oordeelt dat sommige feiten niet in aanmerking komen, niettemin verplicht is na te gaan of de overblijvende feiten volstaan om een dringende reden te vormen ;

«Overwegende dat de in het middel aangehaalde redengiving de beslissing dat verweerder onwettig wegens dringende reden is ontslagen, derhalve niet naar recht verantwoordt.»

(Voorzitter-rapporteur : de h. Delva — Advocaat-generaal : de h. Lenaerts — Advocaten : mrs. De Bruyn en Delahaye — In de zaak : N.V. M. t/ N.)

NOOT—Vergelijk Cass., 7 maart 1983, *R.W.*, 1982-83, 1233.

Hof van Cassatie (3e Kamer), 27 juni 1983

Arbeidsongeval — Tijdelijke gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid — Wedertewerkstelling in overleg tussen werkgever en werknemer — Grootte van de vergoeding — Toepassing art. 23, derde lid, Arbeidsongevallenwet.

Het arrest, op 2 september 1982 door het Arbeidshof te Gent gewezen, beslist wettig dat, bij tijdelijke gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid, de werkherhvatting die niet op verzoek van de medisch adviseur van de verzekeraar maar in gemeen overleg met de werkgever gebeurt, slechts recht geeft op een vergoeding die gelijk is aan het verschil tussen het loon verdiend vóór het ongeval en het loon dat ingevolge de wedertewerkstelling wordt verdiend :

«Overwegende dat artikel 23, derde lid, van de Arbeidsongevallenwet niet enkel de wedertewerkstelling beoogt die overeenkomstig het eerste en het tweede lid van dit artikel

plaatsheeft op verzoek van de medisch adviseur van de verzekeraar, doch ook op de wedertewerkstelling die bij overleg tussen werknemer en werkgever tot stand komt ;

«Dat in dit laatste geval de formaliteiten die bij artikel 23 zijn voorgeschreven wanneer de wedertewerkstelling plaatsheeft na een vraag van de medisch adviseur van de verzekeraar, niet vereist zijn ;

«Overwegende dat het arrest wettig heeft kunnen beslissen dat eiser voor de bedoelde tijdvakken van wedertewerkstelling slechts recht had op de door artikel 23, derde lid, bepaalde vergoeding.»

(Voorzitter-rapporteur : de h. Delva — Advocaat-generaal : de h. Lenaerts — Advocaten : mrs. Houtekier en De Gryse — In de zaak : De C. t/ Professionele Kas voor Handel en Nijverheid)

Hof Antwerpen (Jeugdkamer), 27 juni 1983

Strafvordering — Jeugdrechter — Door minderjarige gepleegde diefstal — Vordering van de burgerlijke partij tegen de ouders — Ouders dagvaarden hun verzekeraar tot vrijwaring — Art. 812 Ger. W.

Met betrekking tot een reeks diefstallen heeft de eerste rechter (Rb. Turnhout, jeugdkamer, 25 maart 1983) een minderjarige en zijn ouders tot betaling van schadevergoeding aan diverse burgerlijke partijen veroordeeld, maar de eis tot vrijwaring van de ouders tegen hun verzekeraar niet ontvankelijk verklaard. Op hoger beroep van de ouders beslist de jeugdkamer van het hof van beroep ten aanzien van de eis tot vrijwaring :

«Overwegende aangaande de vordering in tussenkomst en vrijwaring,

«dat de verzekeringsmaatschappij zich in eerste aanleg niet anders dan met middelen ten gronde tegen deze vordering verdedigd heeft en blijkt haar tussenkomst in dit geding als noodzakelijk voor haar verdediging te hebben aanzien ;

«dat het naleven van regels afgeleid uit het Gerechtelijk Wetboek niet uitgesloten is in de burgerlijke vordering in strafzaken ; dat namelijk artikel 812 ter zake van toepassing is ;

«dat principieel de mogelijkheid van tussenkomst voor ieder persoon gewaarborgd wordt, ook in een strafgeding, wanneer hij een veroordeling, een sanctie of een andere voor hem nadelige beslissing kan betwisten ; dat de Coöperatieve Vennootschap D. vrijwillig tussenkomt ; dat zij deze vrijwillige tussenkomst handhaaft ook waar zij op vrijwaring gericht is ;

«dat het recht van verdediging, zowel van de persoon voor wie de verzekering zou gelden en wel voornamelijk wanneer het onrechtstreeks een minderjarige betreft, als van de verzekeraar zelf, het samengaan kan vereisen van de vordering tegen de burgerlijk aansprakelijke partijen met de vordering in tussenkomst en vrijwaring tegen de verzekeraar, en dit samengaan vereist wanneer die laatste vordering niet alleen op een dagvaarding steunt zoals bepaald in artikel 182 Wetboek van Strafvordering, maar bovendien op een vrijwillige aanvaarding van bevoegdheid ;

«dat de jeugdrechtbank bevoegd was; dat deze vordering ontvankelijk is.»

(Voorzitter: de h. De Vocht — Advocaat-generaal: de h. Rigaux — In de zaak: P. en E. t/ Coöp. V.S. e.a.)

NOOT—*Anders*: 1) Cass., 15 februari 1978, *A.C.*, 1978, 714; Cass., 18 september 1979, *A.C.*, 1979-80, 54: de bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek betreffende de tussenkomst zijn niet toepasselijk voor de strafrechten; 2) Hof Antwerpen, 23 april 1976, *R.W.*, 1976-77, 1970, met uitvoerige noot van A. De Nauw: de eis tot vrijwaring die een wegens diefstal vervolgte beklaagde op de vordering van de burgerlijke partij heeft ingesteld tegen een derde, is niet ontvankelijk.

Arbeidshof te Brussel (7e Kamer), 26 mei 1983

Pensioenen werknemers — Regularisatiebijdragen — Aanwending — Regularisatieperiode — Begrenzing.

A. Het arbeidshof oordeelt dat ten onrechte wordt aangevoerd dat de betaling van de regularisatiebijdragen moet geschieden op de wijze waarop de pensioenstortingen zouden zijn geschied, indien deze destijds op regelmatige wijze waren betaald, namelijk per verzekeringsjaar:

(...)

«Inderdaad, dit standpunt brengt een wijziging aan in de toepassing van de artikelen 7bis van het koninklijk besluit nr. 50 (ingevoegd bij de wet van 27 februari 1976) en 32bis, § 1, van het koninklijk besluit van 21 december 1967 (gewijzigd bij de koninklijke besluiten van 21 december 1970, 1 april 1973, 17 augustus 1973, 13 februari 1975, 5 april 1976 en 1 april 1977), volgens welke de regularisatie niet per verzekeringsjaar geschiedt, maar voor perioden van tewerkstelling als werknemer (zie Cass., 23 november 1981, arrest nr. 3248). Uit niets blijkt dat de regularisatiebijdragen per verzekeringsjaar moeten worden geboekt. Het standpunt van de appellant voegt iets toe aan de tekst van vermelde artikelen en is niet onontbeerlijk om het door de wet beoogde doel te bereiken, met name de mogelijkheid te bieden om jaren te doen opnemen in de beroepsloopbaan als loontrekkende die zonder regularisatie niet in aanmerking komen ter vaststelling van het pensioenbedrag.»

(...)

B. Het arbeidshof oordeelt ook dat de regularisatieperiode op twee wijzen wordt begrensd:

«Anderzijds doet appellant terecht gelden m.b.t. de begrenzing van de te regulariseren periode van tewerkstelling, dat deze dient te worden bepaald volgens vastgestelde tewerkstellingsperiode tijdens welke de aanvrager beweert op een gewoonlijke en hoofdzakelijke wijze in de zin van artikel 29 arbeidsprestaties te hebben geleverd.

«Ten gevolge hiervan slaat de regularisatie derhalve bij erkenning op het verloop van de gehele bewezen tewerkstellingsperiode, zodat regularisatiebijdragen verschuldigd zijn over deze volledige tewerkstellingsperiode, ongeacht of zij hierdoor de toekenning van een rustpensioen-werknemer al dan niet kunnen beïnvloeden.

«Te preciseren is evenwel dat deze begrenzing ook wordt bepaald in functie van de aanvraag tot regularisatie zelf,

aangezien de aanvrager ten deze soeverein beslist m.b.t. het uitoefenen van zijn pensioenrechten.»

(Voorzitter: de h. Geysen — Raadsheren in sociale zaken: de hh. Zegers en Van Stichel — Advocaat-generaal: de h. Keereman — Advocaten: mrs. Bergé loco Siffert en Dusar loco Nelissen-Grade — In de zaak: R.W.P. t/ P.)

NOOT—Voor de pensioenen die ingaan vóór 1 januari 1981 blijven de toen geldende bepalingen inzake regularisatiebijdragen voor jaren vóór 1945 van toepassing. Sinds 1 januari 1981 komen periodes vóór 1 januari 1945 niet meer in aanmerking voor regularisatie: het stelsel van de «bijkomende jaren» — bepaald volgens de werkelijke jaren activiteit vanaf 1946 — houdt immers een vermoeden van tewerkstelling vóór 1946 in. Met jaren vóór 1946 mag nog slechts rekening worden gehouden indien dit voor de belanghebbende niet nadelig is.

G.D.

Arbrb. Brussel (14e Kamer), 28 mei 1982

Pensioenen zelfstandigen — Vervroegd pensioen — Bewijs van beroepsbezigheid over de vier kwartalen van het kalenderjaar dat de ingangsdatum van het pensioen voorafgaat — Vrijstelling van bijdragen voor gehuwde vrouw.

Vrijstelling van bijdragebetaling overeenkomstig artikel 37 van het K.B. van 19 december 1967 (op aanvraag van de gehuwde vrouw wier inkomsten een bepaalde grens niet overschrijden), opent geen recht op een rustpensioen en levert ook geen bewijs van een gewone en hoofdzakelijke beroepsbezigheid als zelfstandige:

«Door de bestreden beslissing wordt de aanvraag tot verkrijging van een vervroegd rustpensioen als zelfstandige aan eiseres per 1 oktober 1981 geweigerd, omdat zij niet bewijst effectief een zelfstandige beroepsbezigheid te hebben uitgeoefend gedurende de vier kwartalen van het kalenderjaar dat 1 januari 1981 voorafgaat.

(...)

«Uit de gegevens in het pensioendossier blijkt dat eiseres als zelfstandige de vereiste bijdragen betaalde voor het jaar 1967 en het jaar 1969.

«Voor de jaren 1962 tot 1966 heeft zij voor de verschuldigde bijdragen de bevrijdende verjaring ingeroepen, en ook voor de jaren 1968 en 1970 tot 1980 heeft zij geen bijdragen moeten betalen, door de toepassing aan te voeren van de mogelijkheid geboden bij artikel 37 van het K.B. van 19 december 1967.

«Krachtens artikel 15, § 1, 2° en 3°, van het K.B. nr. 72 kan het bewijs van een beroepsbezigheid als zelfstandige voor de kalenderkwartalen vanaf 1957 slechts worden geleverd door de effectieve betaling van de wettelijk verschuldigde bijdragen voor een gewone en hoofdzakelijke beroepsbezigheid.

«Vrijstelling van bijdragebetaling met toepassing van genoemd artikel 37 opent geen recht op een rustpensioen en is dus in rechte ook niet het bewijs van een gewone en hoofdzakelijke bezigheid als zelfstandige.

«Derhalve voldoet eiseres niet aan de voorwaarde van tewerkstelling gedurende het kalenderjaar 1980.»

(Voorzitter: de h. Borremans — Rechter: de h. Huysmans — Rechter in sociale zaken: de h. Beernaert — Eerste substituut-arbeidsauditeur: de h. De Keyser — Advocaat: mr. Lefère — In de zaak: W. t/ Rijksinstituut voor de sociale verzekeringen der zelfstandigen)

EUROPEES RECHT

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

Zaak 181/82 — Roussel Laboratoria B.V. e.a./Staat der Nederlanden (prejudicieel) — *Prijzeregeling voor ingevoerde geneesmiddelen* — 29 november 1983

De president van de Arrondissementsrechtbank te 's-Gravenhage heeft het Hof krachtens artikel 177 EEG-Verdrag een aantal prejudiciële vragen gesteld over de uitlegging van de artikelen 3, sub f, 5, 7, 30, 85 en 86 EEG-Verdrag en van enkele beginselen van gemeenschapsrecht, ten einde te kunnen beoordelen of een nationale regeling inzake de prijzen van ingevoerde geneesmiddelen daarmee verenigbaar is.

De vragen zijn gerezen in een procedure in kort geding, tegen de Staat der Nederlanden aangespannen door tien farmaceutische ondernemingen en de Nederlandse Associatie voor de Farmaceutische industrie, en strekkende tot het buiten werking stellen van de Prijzenbeschikking registergeneesmiddelen 1982 van 8 juni 1982. Deze beschikking was vastgesteld krachtens de Prijzenwet, op grond waarvan de bevoegde ministers, indien zulks naar hun oordeel uit hoofde van het algemeen sociaal-economisch belang wenselijk is, maximumprijzen kunnen vaststellen.

Bij de Prijzenbeschikking registergeneesmiddelen 1982 werd een specifieke regeling getroffen voor ingevoerde geneesmiddelen. Blijkens de toelichting bij deze beschikking waren de bevoegde ministers van oordeel dat de voordien toepasselijke Prijzenbeschikking goederen en diensten een prijsbeheersing van ingevoerde geneesmiddelen slechts in beperkte mate mogelijk maakte. Immers, de prijzen bij invoer van die producten in Nederland lagen veelal hoger dan in sommige landen van oorsprong, waar het prijsniveau van geneesmiddelen lager was.

Bij deze Prijzenbeschikking werd het derhalve verboden, een ingevoerd geneesmiddel te verkopen tegen een hogere prijs dan de laatstelijk vóór 15 mei 1982 in een overeenkomstig geval geldende basis-af-fabrieksprijs voor een gelijk geneesmiddel in dezelfde verpakking.

In het hoofdgeding hebben verzoeksters onder meer betoogd, dat deze regeling in strijd is met de artikelen 30, 7, 3, sub f, 85 en 86 EEG-Verdrag en met de algemene beginselen van gemeenschapsrecht inzake gelijkheid, evenredigheid, rechtszekerheid en een behoorlijke en nauwkeurige voorbereiding van wetgeving.

De Staat der Nederlanden heeft ter rechtvaardiging van de aangevochten beschikking onder meer betoogd, dat de

tussenstaatse handel niet wordt beperkt indien de nationale overheid maatregelen treft tegen een kunstmatige segmentering van de gemeenschappelijke markt, welke ontstaat doordat bepaalde ondernemingen in de farmaceutische industrie een systeem van «dual pricing» toepassen.

De vragen van de nationale rechter komen in wezen erop neer of de Prijzenbeschikking registergeneesmiddelen 1982 is te beschouwen als een door artikel 30 EEG-Verdrag verboden maatregel van gelijke werking als een kwantitatieve invoerbeperking?

De Nederlandse geneesmiddelenmarkt

Vaststaat, dat de prijzen van geneesmiddelen van Lid-Staat tot Lid-Staat sterk verschillen. In sommige Lid-Staten, waaronder Frankrijk, België en Italië, is het prijsniveau laag, terwijl Nederland behoort tot de Lid-Staten met een hoog prijsniveau zowel voor binnenlands vervaardigde als voor ingevoerde geneesmiddelen. De eindverbruiker van een geneesmiddel heeft in het algemeen slechts zeer geringe invloed op de keuze van een geneesmiddel, daar hij dit in de meeste gevallen op medisch voorschrift gebruikt; voorts heeft hij er veelal slechts een indirect financieel belang bij, goedkope geneesmiddelen te gebruiken, daar de kosten door de sociale zekerheid worden gedekt. In deze omstandigheden heeft de mededinging tussen ondernemingen in de farmaceutische industrie nauwelijks betrekking op de prijs van geneesmiddelen, en kunnen prijsverschillen die de producenten al naar gelang van het land van bestemming van een geneesmiddel hanteren, in beginsel gemakkelijk op de verbruiker worden afgewenteld.

Van de in Nederland gebruikte geneesmiddelen wordt ongeveer 80 % uit andere Lid-Staten ingevoerd. Anderzijds is van de in Nederland vervaardigde geneesmiddelen ongeveer 80 % voor uitvoer bestemd.

De Prijzenbeschikking registergeneesmiddelen werd ingevoerd om te komen tot een verlaging van de hoge prijzen op de Nederlandse markt van ingevoerde geneesmiddelen, door de producenten uit de Lid-Staten met een laag prijsniveau voor geneesmiddelen de mogelijkheid te ontnemen om naar gelang van de bestemming van de geneesmiddelen — in casu de Nederlandse markt — van Lid-Staat tot Lid-Staat hun prijzen te doen verschillen. Buitenlandse producenten werden daardoor geplaatst voor de keuze, hetzij een verlaging van hun prijs tot het niveau in het land van oorsprong te aanvaarden, hetzij af te zien van verkoop op de Nederlandse markt.

Toepassing van artikel 30

Volgens verzoeksters in het hoofdgeding moet artikel 30 aldus worden uitgelegd, dat een regeling als de onderhavige een maatregel van gelijke werking als een kwantitatieve invoerbeperking vormt. Zij zou de handel beperken door de leverancier van geneesmiddelen te beletten, tegen rendabele prijzen te verkopen; doordat een aantal Lid-Staten de prijzen van geneesmiddelen kunstmatig laag houdt, zouden in die landen immers geen prijzen kunnen worden toegepast die de werkelijke kosten dekken.

De Nederlandse regering merkt op, dat bij gebreke van een communautaire regeling de Lid-Staten de prijzen van goederen mogen regelen. Een Lid-Staat zou gerechtigd zijn, op te treden tegen prijsverschillen tussen Lid-Staten, die het gevolg zijn van een slechte werking van de gemeenschappelijke markt en van de toepassing van een systeem van «dual pricing» door een aantal fabrikanten.

De Commissie is van oordeel, dat nationale maatregelen tot regeling van de prijzen van ingevoerde produkten op de grondslag van de basis-af-fabrieksprijs van dezelfde produkten bestemd voor verbruik in de Lid-Staat van productie, op zich geen maatregelen van gelijke werking als een kwantitatieve beperking vormen.

Het Hof overweegt dat het in het onderhavige geval niet gaat om een regeling die zonder onderscheid van toepassing is op binnenlandse en ingevoerde produkten, maar om afzonderlijke regels voor twee produktgroepen, die zijn neergelegd in afzonderlijke beschikkingen en die inhoudelijk eveneens verschillen. Waar de voor binnenlandse produkten geldende regeling de prijzen — behoudens onder zekere voorwaarden toegestane verhogingen — op een bepaalde datum bevestigt, stelt die voor ingevoerde produkten de prijzen vast op het niveau dat de producenten hanteren voor verkoop in het land van productie.

Een dergelijke regeling, waarbij wordt onderscheiden tussen beide produktgroepen, moet worden beschouwd als een maatregel van gelijke werking als een kwantitatieve beperking, indien zij de afzet van de ingevoerde produkten op enigerlei wijze kan bemoeilijken.

In de diverse producerende Lid-Staten heeft het begrip basis-af-fabrieksprijs een uiteenlopende betekenis, afhankelijk van de wettelijke bepalingen en de economische omstandigheden die de totstandkoming van die prijs bepalen.

Bijgevolg heeft een regeling als de onderhavige niet dezelfde gevolgen voor de producenten van een Lid-Staat die de prijzen op een voorheen door de producenten zelf vastgesteld niveau bevestigt en voor de producenten van een Lid-Staat die eenzijdig bindende prijzen voorschrijft.

Een dergelijke situatie kan de afzet van ingevoerde produkten benadelen doordat zij deze moeilijker, zo niet onmogelijk, of althans minder rendabel maakt dan de afzet van binnenlandse produkten.

Het Hof van Justitie verklaart voor recht:

«Artikel 30 EEG-Verdrag verzet zich ertegen, dat een Lid-Staat voor ingevoerde geneesmiddelen een specifieke regeling invoert die uitgaat van de basis-af-fabrieksprijs welke gewoonlijk wordt gehanteerd voor produkten bestemd voor verbruik in de Lid-Staat van productie, wanneer de regeling voor binnenlandse produkten enkel is gebaseerd op bevestiging van het prijsniveau op een bepaalde peildatum.»

Zaak 227/82 — Strafzaak tegen L. van Bennekom (prejudicieel) — *Begrip geneesmiddel — Farmaceutische preparaten* — 30 november 1983

De Arrondissementsrechtbank Amsterdam heeft enkele prejudiciële vragen gesteld over de uitlegging van richtlijn nr. 65/65 van de Raad van 26 januari 1965 betreffende de aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen inzake farmaceutische specialiteiten (PB 1965, blz. 369), en van de artikelen 30 tot en met 36 EEG-Verdrag, om te kunnen beoordelen of de Nederlandse Wet op de Geneesmiddelenvoorziening verenigbaar is met het gemeenschapsrecht.

Deze vragen zijn gesteld in het kader van een strafgeding tegen Leendert van Bennekom, die in Nederland wordt vervolgd ter zake van het, in strijd met voornoemde Neder-

landse wet, ter aflevering in voorraad hebben van een grote hoeveelheid vitamine- of multivitaminereparaten.

Vaststaat dat het in hoofdzaak gaat om sterk geconcentreerde preparaten in farmaceutische vorm (tabletten, pillen, capsules).

Ingevolge de Wet op de Geneesmiddelenvoorziening mogen geneesmiddelen eerst in de handel worden gebracht nadat zij van overheidswege zijn geregistreerd. Fabrikanten, importeurs en groothandelaren dienen voorts in het bezit te zijn van respectievelijk een fabricage-, een invoer- of een groothandelsvergunning.

Deze registratieplicht en dit vergunningsvereiste zijn ook neergelegd in de gemeenschapsbepalingen betreffende de aanpassing van de wettelijke bepalingen inzake farmaceutische specialiteiten.

Van Bennekom, die wordt vervolgd wegens niet-nakoming van die twee verplichtingen, voerde voor de Nederlandse rechter het verweer, dat de betrokken preparaten zowel in de zin van de Nederlandse wet als in de zin van richtlijn nr. 65/65 geen geneesmiddelen, maar voedingsmiddelen waren.

Het Hof overweegt dat richtlijn nr. 65/65 niet meer is dan een eerste stap om te komen tot harmonisatie van de nationale regelingen inzake productie en distributie van farmaceutische produkten.

Gezien de technische aspecten van de definitie van geneesmiddel in richtlijn 65/65, kan het Hof slechts enkele algemene aanwijzingen geven, aan de hand waarvan de scheidslijn tussen geneesmiddelen en voedingsmiddelen kan worden getrokken.

De eerste vraag

De eerste vraag komt hierop neer, of produkten als de onderhavige vitaminereparaten, die niet uitdrukkelijk worden «aangediend of aanbevolen» als zijnde geschikt voor het genezen, lenigen of voorkomen van enige aandoening, niettemin kunnen zijn substanties, «aangediend als hebbende therapeutische of profylactische eigenschappen met betrekking tot ziekten bij mens of dier» in de zin van de communautaire definitie van geneesmiddel in richtlijn nr. 65/65.

De richtlijn wil de consument niet slechts beschermen tegen geneesmiddelen die als zodanig schadelijk of giftig zijn, maar ook tegen verschillende produkten die in de plaats van adequate middelen worden gebruikt. Het begrip «aandiening» van een produkt moet daarom ruim worden uitgelegd.

Op de eerste vraag verklaart het Hof voor recht:

«Substanties als de onderhavige vitaminereparaten, die niet met zoveel woorden zijn 'aangeduid of aanbevolen' als zijnde geschikt voor het genezen, lenigen of voorkomen van enige aandoening, kunnen niettemin zijn substanties 'aangediend als hebbende therapeutische of profylactische eigenschappen met betrekking tot ziekten bij mens of dier' in de zin van de communautaire definitie van geneesmiddel in richtlijn nr. 65/65.»

De tweede vraag

Met de tweede vraag wil de verwijzende rechter vernemen, of een substantie die mogelijk therapeutische of profylactische eigenschappen heeft met betrekking tot ziekten bij mens of dier, maar die niet als zodanig wordt aangediend en die niet aan mens of dier kan worden toegediend ten einde een medische diagnose te stellen of om organische

functies bij mens of dier te herstellen, te verbeteren of te wijzigen, desondanks valt onder de in richtlijn nr. 65/65 gegeven definitie van geneesmiddel.

Op deze vraag verklaart het Hof voor recht:

«Wanneer een produkt noch onder het eerste, noch onder het tweede onderdeel van de communautaire definitie van geneesmiddel valt, kan het niet worden aangemerkt als een geneesmiddel in de zin van richtlijn nr. 65/65.»

De derde vraag

Uitgaande van de onderstelling, dat vitaminen in lage concentraties kunnen worden beschouwd als voedingsmiddelen, vraagt de nationale rechter in de derde plaats in wezen, of zij bij een hogere concentratie zijn aan te merken als geneesmiddel in de zin van de richtlijn, en zo ja volgens welke criteria.

Het antwoord op deze vraag moet de nationale rechter in staat stellen te beoordelen, in hoeverre het concentratiecriterium meespeelt bij de vaststelling of bepaalde vitaminen onder het tweede onderdeel van de communautaire definitie van geneesmiddel vallen.

Bij de huidige stand van de wetenschap kan men niet zeggen of het concentratiecriterium alleen steeds voldoende is om te kunnen vaststellen of een bepaald vitaminepreparaat een geneesmiddel is, laat staan dat men precies kan aangeven, vanaf welke concentratie een vitaminepreparaat onder de communautaire definitie van geneesmiddel valt.

Het Hof verklaart voor recht:

«Of een vitamine is aan te merken als een geneesmiddel in de zin van het tweede onderdeel van de definitie van de richtlijn, moet van geval tot geval worden beoordeeld, daarbij gelet op de farmacologische eigenschappen die de verschillende vitaminen volgens de huidige wetenschappelijke inzichten bezitten.»

De vierde, vijfde en zesde vraag

Het Hof verklaart voor recht:

«Indien bepaalde vitamine- of multivitaminepreparaten

- a) kunnen worden aangemerkt als geneesmiddelen in de zin van richtlijn nr. 65/65, doch niet vallen onder de geneesmiddelenwetgeving van een of meer Lid-Staten, of
- b) niet vallen onder de communautaire definitie van geneesmiddel,

kan de wetgeving van een Lid-Staat de verkoop of het ter aflevering in voorraad hebben van zodanige, uit een andere Lid-Staat ingevoerde preparaten tegengaan, met name wanneer zij in een farmaceutische vorm worden aangeboden of sterk geconcentreerd zijn. Een dergelijke regeling is echter slechts gerechtvaardigd, indien de toestemming om de betrokken produkten in de handel te brengen, wordt verleend wanneer dat verenigbaar is met de eisen van de gezondheidsbescherming.»

Zaak 235/82 — Ferriere San Carlo S.p.A./Commissie — Quotaregeling staal — Beroep tegen boetebeschikking — 30 november 1983

Volgens de bestreden beschikking heeft verzoekster haar productiequota voor het vierde kwartaal 1980 met 5 792 ton overschreden en heeft de Commissie haar deswege een boete van $2\,007 \times 82,5 = 165\,570$ Ecu opgelegd.

Het onderhavige beroep strekt primair tot nietigverklaring van deze beschikking en subsidiair tot verlaging van de boete.

Het eerste middel

Verzoekster betoogt dat de overschrijding van de quota uitsluitend was te wijten aan de uitvoer van twee partijen van elk van 1 000 ton naar Libië, en dat de Commissie geen sanctie mag opleggen aan een onderneming die naar een derde land heeft geëxporteerd en geen enkele schade heeft toegebracht aan haar concurrenten in de Lid-Staten.

Het Hof verwijst naar zijn eerdere rechtspraak te dien aanzien en is van oordeel dat in artikel 58 EGKS-Verdrag geen verplichting van de Commissie kan worden gelezen om de produktie die bepaalde ondernemingen bij voorkeur willen afzetten op de exportmarkten, niet onder de quota-regeling te laten vallen. Dit middel faalt derhalve.

Het tweede middel

Verzoekster betoogt dat de beschikking terugwerkende kracht bezit, hetgeen onrechtmatig is: de eerste order van 1 000 ton, die op 10 november 1980 naar een derde land werd verzonden, was op 7 oktober 1980 geplaatst. Met andere woorden: vóór de inwerkingtreding van beschikking nr. 2794/80 die is bekendgemaakt in het Publikatieblad van 31 oktober 1980; verder is bij de vaststelling van de overschrijding rekening gehouden met de produktie van de laatste drie maanden van 1980, terwijl de produktie van oktober en de orders die vóór de 31ste van die maand zijn aanvaard, eigenlijk niet in aanmerking had mogen worden genomen.

Het Hof verwijst naar eerdere uitspraken waarin het heeft geoordeeld dat beschikking nr. 2794/EGKS geen werkelijke terugwerkende kracht heeft, omdat de ondernemingen hun produktie over de maanden november en december konden aanpassen aan hun kwartaalquota en aldus overtredingen uit de weg gaan.

In de gegeven omstandigheden moest de maand oktober onder het stelsel worden gebracht om te voorkomen dat de ondernemingen met verminderingen in het vooruitzicht, in oktober tot produktieverhoging zouden overgaan.

Ten aanzien van het gewettigd vertrouwen staat vast dat de ondernemingen in kennis waren gesteld van de bedoelingen van de Commissie. Het tweede middel faalt.

Het derde middel

Verzoekster meent dat zij haar concurrenten in de Gemeenschap geen enkele schade heeft berokkend. Aangezien in de aangevochten beschikking geen rekening is gehouden met deze omstandigheid, is zij in strijd met de artikelen 3 en 4 EGKS-Verdrag.

Het Hof overweegt dat dit betoog de ware strekking van artikel 58 miskent. Op grond van deze bepaling moet de Gemeenschap het hoofd kunnen bieden aan een door een daling van de vraag tweegebrachte crisissituatie en heeft ten doel de gevolgen van de inkrimping van de produktie op billijke wijze over de gehele ijzer- en staalindustrie van de Gemeenschap te spreiden, en niet de ondernemingen een aan hun capaciteit evenredige minimumbezetting te waarborgen.

De in de genoemde bepalingen geformuleerde algemene doelstellingen moeten voortdurend met elkaar in overeenstemming worden gebracht naar gelang van de economische omstandigheden en aan geen van die doelstellingen mag voorrang worden gegeven boven de andere. Ook dit middel faalt.

Het vierde middel

...

Het vijfde middel

Verzoekster voert aan dat haar quota voor het vierde kwartaal 1980 niet zijn aangepast ofschoon haar productiecapaciteit was toegenomen als gevolg van de plaatsing van een nieuwe walsstraat.

Het Hof overweegt dat pas op 26 oktober 1982 kon worden vastgesteld dat bepaalde veranderingen waren aangebracht aan haar installaties en de productiecapaciteit dienvolgende meer dan verdubbeld was, zodat dit middel moet worden verworpen.

Het zesde middel

Verzoekster betoogt dat de aangevochten beschikking onrechtmatig is omdat geen rekening is gehouden met de na 31 oktober 1980 door haar gevolgde gedragslijn, met name de omstandigheid dat zij gedurende de maanden november en december haar bedrijf heeft stilgelegd om haar productiequota niet te overschrijden.

Het Hof overweegt dienaangaande dat deze stelling feitelijk onjuist is.

De subsidiaire conclusie tot verlaging van de boete

Het Hof overweegt dat het systeem van productiequota ernstig zou worden ondermijnd wanneer iedere onderneming zich met een beroep op een door ernstige economische moeilijkheden veroorzaakte noodtoestand aan de beperkingen zou kunnen onttrekken en het haar toegekende productiequotum naar believen zou kunnen overschrijden.

De Commissie heeft zich bereid verklaard verzoekster uitstel van betaling van de boete te verlenen in verband met haar zorgwekkende financiële situatie. Overigens acht het Hof geen termen aanwezig welke een verlaging van de boete zouden kunnen dragen.

Mitsdien heeft het Hof het beroep verworpen.

Zaak 234/82 — Ferriere di Roe Volciano S.p.A./Commissie — *Quotaregeling staal — Beroep tegen beschikking* — 30 november 1983

Volgens de aangevochten beschikking heeft verzoekster haar productiequota voor produkten van de categorieën V en VI voor het derde kwartaal 1981 met 1012 ton overschreden en is haar deswege een boete van 75 900 Ecu opgelegd.

Het onderhavige beroep strekt primair tot nietigverklaring van deze beschikking, en subsidiair tot een verlaging van de boete.

Verzoekster betoogt dat het te veel geproduceerde is opgeslagen en pas in november 1982 op de markt is gebracht, en dat de mogelijkheid om quota over te dragen is miskend.

Artikel 11, lid 3, van beschikking nr. 1831/81/EGKS bepaalt het volgende:

«De ondernemingen die hun productiequota of het gedeelte van hun quota dat zij op de gemeenschappelijke markt mogen leveren niet hebben uitgeput, kunnen deze voor dezelfde categorie produkten tot een hoeveelheid van 5 % van, respectievelijk, hun quota of gedeelte daarvan naar het volgende kwartaal overdragen.»

Volgens verzoekster had zij binnen de marge van 5 % van het quotum van 12 729 ton voor het derde kwartaal, een gedeelte van de 2 512 ton die niet was geproduceerd in het tweede kwartaal 1981, ofwel 636 ton, mogen overdra-

gen naar het derde kwartaal 1981. De geïncrimineerde overschrijding zou dan tot 376 ton zijn teruggebracht.

De Commissie stelt daarentegen dat de overdracht van productiequota van het tweede naar het derde kwartaal uitgesloten was als gevolg van de wijzigingen die op het voorgaande systeem zijn aangebracht bij de per 1 juli 1981 in werking getreden beschikking nr. 1831/81.

Het Hof overweegt dat alle algemene beschikkingen die de Commissie einde 1980 heeft genomen ter vaststelling van de achtereenvolgende stelsels van productiequota voor staal, voorzien in de mogelijkheid om quota over te dragen van het ene kwartaal naar het volgende.

De wijzigingen van algemene beschikking nr. 1831/81 waarop de Commissie zich beroept, namelijk de gewijzigde berekeningsmethode voor de overdracht en de vanaf het derde kwartaal 1981 geldende nieuwe indeling van staalprodukten, vormen volgens het Hof geen beletsel voor de toepassing van artikel 11, lid 3, met name niet omdat verzoekster in het tweede en derde kwartaal 1981 slechts één categorie produkten heeft vervaardigd, te weten rond betonstaal.

Bijgevolg heeft het Hof de boetebeschikking nietig verklaard.

BOEKEN

VAN DIEVOET, G. en MACOURS, G., *Justitie ende gerechtigheyt*, (Handelingen van het zevende Belgisch-Nederlands rechtshistorisch colloquium, Acta Falconis, 83/3), Kluwer Rechtswetenschappen, Antwerpen, 1983, 256 blz.

Dat de referaten van het zeer geslaagde Belgisch-Nederlands rechtshistorisch colloquium (Universitair campus, Kortrijk 1982) op een hoog peil stonden wordt nogmaals bewezen door deze uitgave uit de reeks Acta Falconis. Het geheel is uitgegroeid tot een bundel interessante teksten, die weliswaar over diverse onderwerpen handelen maar die — op één na — toch alle betrekking hebben op het rechtshistorisch verleden van de Nederlanden.

Laten wij de elf bijdragen overlopen in een notedop. A.M.J.A. Berkvens geeft zijn bevindingen weer naar aanleiding van het opstellen van een plakatenlijst van het Gelderse «Overkwartier» van Roermond. De wetgeving van dit gebied draagt zowel een Noordnederlands als een Zuidnederlands karakter want in het Ancien Régime was zij afhankelijk van de centrale regering der Zuidelijke Nederlanden te Brussel. A.M.M. Canoy-Olthoff handelt over juridische dissertaties die betrekking hebben op het vruchtgebruik en die dateren uit de 17e en de 18e eeuw. Zij bestudeerde zowel teksten afkomstig uit Nijmegen als uit Leiden, Harderwijk en Franeker. J.P.A. Coopmans weidt uit over de herkomst van het Plakkaat van Verlatinge en verdedigt in dit verband een stelling die afwijkt van de invloedrijke visie van N. Japikse. Een eigen karakter heeft de bijdrage van J.H.A. de Ridder, die aan de hand van voorbeelden uit het verleden schrijft over gerechtigheidsstaferelen in de schilderkunst. Hij wijst daarbij op het feit dat die gerechtigheidsstaferelen uit zeer disparate bronnen stammen. Enigszins verwant aan deze bijdrage is de tekst van P. De Win over het rechtshistorische patrimonium, meer in het bijzonder over de schandstrafinstrumenten in België. Een van de conclusies van de auteur is dat het in België niet ontbreekt aan interessant materiaal op rechtsarcheologisch vlak. A. Fl. Gehlen handelt over de invoering van

het Franse notariaat in het departement van de Nedermaas (1795-1803). Hij steunt daarbij vooral op de toepasselijke Franse wetgeving die na 1789 werd uitgevaardigd. Een tekst met een meer biografisch karakter is die van P.C. Kop over C.W. Opzoomer (1821-1892). Er wordt niet alleen in gehandeld over het leven van de beroemde Nederlandse jurist maar ook over diens werken op theologisch, filosofisch en juridisch gebied. In het algemeen gezien is deze studie interessant als bijdrage tot een betere kennis van de wijsgerige grondslagen van het Nederlandse, 19e-eeuwse legisme. Als achtste artikel volgt dat van N. Maddens over de Kortrijkse buitenpoortierij. Men zou het kunnen bestempelen als een uitgelezen status quaestionis van wat er over het verschijnsel bekend is. Vervolgens handelt F. Stevens over het tribunal criminel te Antwerpen (1794-1795). Het ging om een uitzonderingsrechtbank die voornamelijk economische bevoegdheid had en zich o.m. bezighield met het toezicht op de assignaten (wettelijke koers en naam). Als laatste van de bijdragen die betrekking hebben op de rechtsgeschiedenis der Nederlanden volgt die van J. Van der Heyden over de criminaliteit te Antwerpen in de periode 1404-1429. Hierin komt o.m. naar voren dat de agressiemisdrijven het leeuwendeel van de misdrijven uitmaakten (bijna 51 %). Ten slotte is er het geleerd artikel van L. Waelkens over het bewijs van de gewoonte volgens Jacques de Révigny. Hierin wordt niet alleen aandacht besteed aan de bekende vertegenwoordiger van de school van Orleans maar ook aan sommige van zijn voorgangers en tijdgenoten.

Samen vormen deze teksten een geheel van betekenis voor de rechtsgeschiedenis. De editors G. van Dievoet en G. Macours hebben terecht geoordeeld dat dit geheel niet verloren mocht gaan.

J. Van Den Broeck

A. PELGRIMS, Onderwijs en politiek in Vlaanderen. Stand van zaken, Acco, Leuven, 1983, (Onderwijskundig 2), 395 fr.

Al wie ook maar enigszins vertrouwd is met onderwijsrecht, onderwijsbeleid en onderwijspolitiek kent de schreeuwende behoefte aan goede documentatie op dit gebied. Het is de verdienste van dit werk om aan deze nood voor de ruimer geïnteresseerde te willen tegemoetkomen.

Er wordt een overzicht gegeven van het kader waarin beleidsbepalingen worden genomen: Grondwet, schoolpactwetten, culturele autonomie, de omstreden ministersstoel, de verschillende vakbonden en andere personeelsgroeperingen. De centrale diensten van de drie grote onderwijsnetten worden als uitvoerders van het beleid onderzocht. Ten slotte wordt een overzicht gegeven van de voornaamste problemen waarmee het onderwijsbeleid zich sinds 1970 heeft ingelaten: herziening van het schoolpact, rationalisatie van het lager en secundair onderwijs (het hoger onderwijs krijgt weinig aandacht), de pluralistische school, leerlingenvervoer, leerplichtverlenging en vernieuwd beroepsonderwijs, vernieuwd lager en vernieuwd secundair onderwijs.

Het overzicht is verdienstelijk maar wij vrezen toch dat het werk geen blijvende waarde zal hebben. Er is o.i. een onvoldoende diepgaande voorstudie aan de publikatie voorafgegaan. Belangrijke gedeelten steunen in hoofdzaak op de bandopname van enkele referaten van prominenten uit de onderwijswereld (Colenbunders, Daelemans, Decroo, Monard, Swaelen). Men mist herhaaldelijk kracht in de synthese en ook wel precisie (bv. op p. 30 wordt gesproken van de eigen leerplannen van het officieel onderwijs, waar rijksonderwijs bedoeld is; p. 71-73: de beperkte opdracht van de rijksinspectie in het gesubsidieerd onderwijs wordt veralgemeend tot het hele onderwijs; p. 37-39: er wordt van gewest- en gemeenschapsraden gesproken maar daarna weer breedvoerig over de bevoegdheden van de cultuurraden; dat het universitair onderwijs tot de bevoegdheden van de «cultuurraden» behoort zou velen verheugen maar weinigen zullen het daar nu zonder meer mee eens zijn; enz.).

De klacht die ook in het voorwoord doorklinkt over de geheimhouding en de ontoegankelijkheid van vele bronnen is voor een groot deel terecht gemaakt. Toch hebben wij de indruk dat de auteur het bestaande materiaal onvoldoende heeft benut. Uit de werken van bv. De Ceulaer en De Vroede, «De pluralistische school, een requiem?» R.W., 1980-81, 1492-3) en Billiet, *Secularisering en verzuijing in het onderwijs*, Leuven, 1977 (door de auteur

niet geciteerd) was toch een veel sterkere synthese te distilleren over de groei en de herziening van het schoolpact en de schoolpactwet. Een aandachtige lectuur van het door de auteur aangehaalde werk van Mast, *Belgisch grondwettelijk recht*, had kunnen inspireren tot enige diepgang en historische densiteit in de twee bladzijden gewijd aan het grondwetsartikel over de vrijheid van onderwijs. De manier waarop nu bijna rechtstreeks de politisering van het onderwijsbeleid aan de Grondwet gerelateerd wordt kan toch eigenlijk niet. (Waarom overigens het grondwetsartikel in het Frans citeren als er sinds 1967 een authentieke Nederlandse tekst bestaat?)

Het werk wordt aangekondigd als een eersteling van de auteur en in zijn genre. Het geesteskind is o.i. toch wel prematuur geboren. In een tijd waar iedereen met publikaties overspoeld wordt, is een strenge zelfdiscipline van kandidaat-auteurs te loven. Er is in casu wel het hiervoren vermelde enorme gebrek aan informatie over onderwijsbeleid, onderwijsrecht en onderwijspolitiek, waardoor een publikatie als deze toch zijn nut zal hebben. Buiten het aspect informatie om ligt ook een eigen bijdrage van de auteur in de reflexie over en de vraag naar een waarachtig beleid inzake onderwijs. Een stem die midden in het politiek pragmatisme van ons onderwijsbestel gehoor verdient.

Raf Verstegen

HEIKE VON HIPPEL, Der Schutz der Schwächeren, Tübingen, J.C.B. Mohr Verlag, (Paul Siebeck), 1980, 214 p.

Dit werk van de Hamburgse hoogleraar Eike von Hippel, die tevens medewerker is aan het Max Planck Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, is het eerste werk dat de «bescherming van de zwakkeren» op een zeer algemene en overzichtelijke wijze behandelt. Weliswaar was er voordien reeds veel over dit onderwerp geschreven, maar telkens werd slechts een deel- aspect behandeld (bijvoorbeeld de bescherming van de arbeider, de huurder of de consument). Aan von Hippel komt de niet geringe verdienste toe de bescherming van verscheidene groepen «zwakkeren» thans in hun geheel en samen te bespreken.

De keuze van zijn onderwerpen is uitermate interessant; de auteur bespreekt immers niet alleen de «klassieke» zwakkeren, zoals de arbeiders, de huurders, de consumenten (een onderwerp waaraan von Hippel reeds aandacht besteedde in zijn werk *Verbraucherschutz*, Tübingen, 1979, 365 p.), de kinderen, vrouwen, ouderen, gehandicapten en armen, maar ook groepen zwakkeren waaraan vooralsnog in de literatuur geen of weinig aandacht is besteed, zoals de ontwikkelingslanden en zelfs de toekomstige generaties.

De bescherming van de toekomstige generaties wordt volgens de auteur noodzakelijk, niet alleen wegens het dreigend gevaar van overbevolking en een toenemende milieuvervuiling, maar ook wegens toenemende staatsschuld, waardoor de regeerders van nu in feite de toekomstige staatsinkomsten reeds aan het uitgeven zijn, en ten slotte wegens de ernstige implicaties van genetische manipulatie; experimenten in die zin moeten volgens de auteur door de wetgever aan banden worden gelegd.

Alle genoemde thema's worden door von Hippel diepgaand en helder behandeld. Telkens begint hij een hoofdstuk met een uiteenzetting waarin wordt toegelicht waarom een bepaalde groep mensen een bijzondere bescherming verdient («Problemstellung»), vervolgens weidt hij uit over de bestaande bescherming in het positief recht («Durchführung»). Daar wordt niet alleen de Duitse toestand besproken, maar ook de bescherming op Europees en zelfs op mondiaal niveau. Mede daarom is de lectuur van dit boekje ook voor de Belgische lezer hoogst interessant.

Elk hoofdstuk eindigt met enkele slotbeschouwingen («Bilanz und Ausblick»), waarin von Hippel de bestaande bescherming evalueert en ook suggesties doet voor een betere bescherming in de toekomst.

Treffend is ook de grote objectiviteit waarmee von Hippel een politiek gevoelig onderwerp als de bescherming der zwakkeren behandelt. Hij is er zich goed van bewust, zo blijkt uit zijn slotwoord (p. 169-182), dat een overdreven bescherming zonder meer gevaarlijke repercussies kan hebben, onder meer op de economie. Zo wijst hij erop dat een sterke bescherming van de huurder ook ten dele schuldig is aan de huidige woningnood, omdat deze bescher-

ming en overreglementering de stimulans tot investeringen in de woonsector deed afnemen. Evenzo looft hij enerzijds de vakbonden omdat hun activiteiten de ontvoogding van de arbeider mogelijk maakten, maar anderzijds merkt hij op dat de huidige economische crisis ook ten dele door de vakbonden veroorzaakt is, omdat hoge looneisen die niet beantwoorden aan een reële productiviteitsstijging, de inflatie en de werkloosheid in de hand werken (p. 13-18).

Het is niet de eerste keer dat von Hippel een werk schrijft over grote maatschappelijk-juridische «probleemgebieden». Hij publiceerde in 1979 over «Grundfragen der Sozialen Sicherheit» en in 1980 over «Grundfragen der Weltwirtschaftsordnung». De «Schutz des Schwächeren» is hiervan de logische voortzetting. Dank zij een grote hoeveelheid rechtsvergelijkende elementen (vooral het Amerikaans recht wordt veel aangehaald) en dank zij de grote objectiviteit waarmee de auteur dit onderwerp heeft benaderd, is hij er zeer goed in geslaagd een opmerkelijk en waardevol overzicht te geven van de verscheidene problemen rond de bescherming van de «zwakkeren» in de meest ruime zin van het woord. Mede omdat von Hippel niet slechts de problemen aanwijst en situeert, maar vooral ook concrete voorstellen biedt voor een adequatere bescherming in de toekomst, kan ook menig Belgisch jurist aan dit vlot geschreven en goed leesbare boekje veel plezier beleven.

Michael Faure

BERICHTEN

V.J.V.-Voordracht op 15 maart 1984

De vereniging van Verzekeringsjuristen (V.J.V.) nodigt uit tot het bijwonen van de voordracht, die op donderdag 15 maart 1984 te 18.30 uur in het auditorium van de verzekeringsmaatschappij Mercator, Desguinlei 100, Antwerpen, wordt gehouden over: De inkomstenverzekering of de hypothecaire werkloosheidsverzekering. De gastspreker is de heer Jacky Buchmann, gemeenschapsminister van huisvesting.

Inschrijvingen: secretariaat V.J.V. p/a V. Costa, Uranus/Helvetia Brand, Van Eycklei 35, 2018 Antwerpen.

Gilbert Mullie-Prijs voor Landbouwwetenschap

Deze Prijs, ten bedrage van 200.000 fr., strekt tot aanmoediging van de landbouwwetenschappen in de ruimste zin van het woord, met inbegrip van de toegepaste natuurwetenschappen, de techniek, de bedrijfsleer, de economie, de sociologie, de rechtswetenschap en de geschiedenis.

Hij wordt door het Hoofdbestuur van de Belgische Boerenbond toegekend op advies van een Commissie, bestaande uit onafhankelijke geleerden, door voornoemd Hoofdbestuur aangesteld.

De uiterste datum voor de inlevering van de werken is 31 december 1984.

De belangstellenden kunnen het Reglement en alle verdere inlichtingen verkrijgen op de Algemene Diensten van de Belgische Boerenbond, Postbus 101, 3000 Leuven.

A.J.A. — Derde lezing van de zesde cyclus 1983-1984 — Dading.

De heer J. De Gavre, oud-stafhouder van de Balie te Brussel en professor aan de Rechtsfaculteit van de U.L.B., zal op donderdag 8 maart 1984, om 17u30, in het Huis der Verzekering (7e verdieping), de Meeûsplantsoen, 29, te 1040 Brussel, een lezing houden over de dading.

De heer J. Ernault, juridisch adviseur van de A.G.-Groep, heeft aanvaard deel uit te maken van het panel.

Zoals altijd is er gelegenheid tot het stellen van vragen.

De toegang is vrij voor iedereen die belang stelt in het verzekeringsrecht.

Studiedag te Gent — Recente ontwikkelingen in het Nederlands familierecht

De Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Rijksuniversiteit te Gent, het Interuniversitair Centrum voor Rechtsvergelijking en de Vlaamse Conferentie der Balie te Gent organiseren op vrijdag 30 maart 1984 een studiedag over «Recente ontwikkelingen in het Nederlands familierecht».

PROGRAMMA

10u.00 Verwelkoming door prof. dr. M. Storme, Decaan aan de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Rijksuniversiteit Gent.

10u.15 Recente ontwikkelingen in het Nederlands personen- en familierecht door prof. mr. E.A.A. Luijten, buitengewoon hoogleraar aan de Katholieke Universiteit Nijmegen, notaris te Heerlen.

11u.15 Het primair huwelijksstelsel in Nederland door mr. W.R. Meyer, wetenschappelijk hoofdmedewerkster aan de Katholieke Universiteit Nijmegen.

11u.45 Vraagbaak.

12u.15 Lunch in de Gastenzaal van restaurant de Brug.

14u.15 Wettelijk stelsel en keuzestelsels in het Nederlands Huwelijksvermogensrecht door mr. W.R. Meyer.

15u.15 Vraagbaak.

15u.45 Koffiepauze.

16u.00 De positie van de langstlevende echtgenoot in Nederland door prof. mr. E.A.A. Luyten.

17u.00 Vraagbaak.

17u.30 Einde.

De studiedag vindt plaats in de gebouwen van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Rijksuniversiteit Gent, Universiteitsstraat 4, Aud. II (2e verdieping).

Er is parkeergelegenheid in de «Center Parking», Korte Meer 22, Gent.

De deelnemers ontvangen een documentatiemap.

Inschrijving kan gebeuren door overschrijving van 600,- BF op rekeningnummer 440-0482521-18 van de Kredietbank op naam van het Seminarie voor Burgerlijk Recht (met vermelding: Studiedag Nederlands familierecht). Het inschrijvingsgeld dekt de documentatiemap en de lunch (zonder lunch: 300,- BF.).

Uiterste inschrijvingsdatum: 20 maart 1984.

De organisatie van de studiedag berust bij prof. dr. J. Gerlo.

Verdere inlichtingen kan men bekomen op het Seminarie voor Burgerlijk Recht, Universiteitsstraat 4, 9000 Gent - Tel. (091) 25.76.51, binnenpost 233 (Dhr. C. Willems).

TIJDSCHRIFTEN

Naamloze vennootschap, 1983

nr. 10

A. Wessel, De zevende richtlijn van de Raad van Europese Gemeenschappen inzake het vennootschapsrecht; A.A. Van 't Spijker, Financial futures: nieuwe mogelijkheden om renterisico voor ondernemingen te reduceren; J. Verbarg, Overzicht van nieuwe fiscale rechtspraak.

Netherlands international law review, 1983

nr. 2

E.W. Hondius, A decade of international data protection; H.G. De Jong, Extension of the territorial sea of the Kingdom of the Netherlands; J.A. Walkate, The right to everyone to change his religion or belief, some observations; Jessurun d'Oliveira, H.U., Protection of diffuse, fragmental and collective interests in civil litigation; A. Van Oven, One hundred and fifty years of Dutch commercial law; K.H. Nadelmann, Bankruptcy: fringe benefits from recognition of foreign judgments conventions; A.D. Stephens, Commemorative colloquium on international law and the Grotian heritages.