

RECHTSKUNDIG WEEKBLAD

REDACTIE : RIDDER RENE VICTOR, HOOFDREDACTEUR

E. BOONEN, C. CAENEPEEL

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

KRONIEK VAN DE BELGISCHE RECHTSPRAAK (1981-1983) MET BETREKKING TOT DE EUROPESE CONVENTIE VAN DE RECHTEN VAN DE MENS (slot)

Art. 8 : recht op eerbiediging van privé-leven en gezinsleven

Artikel 8 is een van de artikelen van de Europese Conventie van de rechten van de mens die het meest worden ingeroepen voor onze hoven en rechtbanken. Het arrest Marckx⁶⁴, door het Hof van Straatsburg gewezen, is hier

zeker niet vreemd aan. Het heeft bijgedragen tot een grotere bekendheid van de mogelijkheden van de Conventie. De Belgische praktijkjurist heeft sindsdien getracht meer gebruik te maken van de mogelijkheden van artikel 8 ECRM. in het merendeel der gevallen waarin een beroep wordt gedaan op artikel 8 ECRM, wordt ook artikel 14 ECRM (discriminatieverbod) ingeroepen. De vonnissen en arresten in kwestie kunnen worden onderverdeeld in twee grote groepen, nl. die betrekking hebbend op eerbiediging van a) het gezinsleven en b) het privé-leven.

A. Eerbiediging van gezinsleven

De eerbiediging van het gezinsleven werd ingeroepen in vonnissen en arresten met betrekking tot erfrecht, afstamming en adoptie. Hierbij wordt o.m. een beroep gedaan op het arrest Marckx, waarin de discriminatie tegenover niet-huwelijkse kinderen wordt afgewezen en de gelijkheid tussen huwelijkse en niet-huwelijkse kinderen wordt bevestigd, wanneer ze zich in gelijke omstandigheden bevinden. Ook inzake overspel werd een beroep gedaan op de eerbiediging van het gezinsleven.

24. Erfrecht

Artikel 8 afzonderlijk en gecombineerd met artikel 14, ECRM, werd ingeroepen in een vijftal zaken omtrent erfrechtelijke problemen; ook werd hierbij meermaals artikel 1 van het eerste Protocol ingeroepen. Het betreft telkens het erfrecht van natuurlijke kinderen, hetzij het erfrecht van het natuurlijk kind zelf tegenover anderen (ouders, broers/zusters), hetzij gevallen waarin anderen van een natuurlijk kind erven.

Straatsburger Hof», *Tijdschrift voor Notarissen*, 1983, 338-343; VELU, J., *Les effets directs des instruments internationaux en matière de droits de l'homme*, Brussel, Swinnen, 1981, nr. 36, 150-153.

⁶² App. 1727/62, Boeckmans v. België, rapport van de Sub-Commissie van 17 februari 1965. De voorzitter van het hof van beroep in kwestie was ten eerste verontwaardigd over het verdedigingssysteem van de vervolgte persoon en liet zich in die zin uit tijdens het proces. Hij liet zich daarbij ontvallen dat de handhaving van een dergelijk verweer tot verhoging van de door de rechter in eerste aanleg opgelegde straf zou kunnen leiden. Een regeling in der minne werd bereikt, waarbij de Belgische Regering een schadevergoeding betaalde.

⁶³ De formulering van dit artikel laat de rechter een zeer ruime beoordelingsvrijheid. Hoewel geen schending van artikel 6, lid 3, d, ECRM kan worden vastgesteld, kan er misschien wel een schending zijn van artikel 6, lid 1, ECRM («eerlijk proces»).

⁶⁴ *E.H.R.M.*, 13 juni 1979, *Publ. E.C.H.R.*, Ser. A, vol. 31, zie o.m. BAETEMAN, G. en GERLO, J., «Overzicht van rechtspraak, Personen- en Familierecht (1975-1980)», *T.P.R.*, 1981, 749 e.v., nr. 174; BOSSUYT, M., «Publiekrechtelijke aspecten van het arrest Marckx», *R.W.*, 1979-80, 929-970 en «L'arrêt Marckx de la Cour européenne des droits de l'homme», *R.B.D.I.*, 1980, 53-81; HEYVAERT, A. en WILLEKENS, H., *Beginnelen van het gezins- en familierecht na het Marckxarrest. De theorie van het Marckxarrest en haar weerslag op het geldend recht*, Antwerpen, Kluwer, 1981, 142 p.; RIGAUX, Fr., «La loi condamnée. A propos de l'arrêt du 13 juin 1979 de la Cour européenne des droits de l'homme», *J.T.*, 1979, 513-524 en «Le droit belge de la filiation après l'arrêt Marckx», *Ann. Dr.*, 1979, 369; SALZBERG, M., «The Marckx Case: The impact on European Jurisprudence of the European Court of Human Rights, 1979 Marckx Decision Declaring Belgian Illegitimacy Statutes Violative of the European Convention on Human Rights», ter publikatie in *Denver Journal of International Law and Policy*, 1983-84, 15 p.; VAN HOVE, E.; «Het Marckxarrest en de notariële praktijk», *Tijdschrift voor Notarissen*, 1982, 4, 97-105 en «Het erfrecht van het natuurlijk kind; de stijgende invloed van het

24.1. *Erfrecht van het natuurlijk kind zelf.* De Rechtbank van Eerste Aanleg te Gent (20 november 1980, *Rev. Trim. Dr. fam.*, 1981, 89 en *R.W.*, 1980-81, 2328) sloot zich als eerste aan bij de teleologische interpretatie door het Marckx-arrest voorgestaan. De rechtbank meende dat de Belgische rechter de toepassing moet afwijzen van elke bepaling van intern recht wanneer die strijdig is met een bepaling van een internationaal verdrag voor zover deze laatste bepaling rechtstreekse werking heeft in de interne rechtsorde⁶⁵, hetgeen hier het geval is⁶⁶. Voor de zogenaamde «natuurlijke» afstamming mogen geen discriminerende uitzonderingsbepalingen worden toegepast, en dient hetzelfde erfrecht te gelden als voor de wettige afstamming⁶⁷. De rechtbank oordeelde dan ook dat het wettig kind van de natuurlijke dochter van de erflaterster door plaatsvervulling tot de nalatenschap kwam. De overlevende broers en zusters van de erflaterster zagen hun aanspraken op grond van de artikelen 786 en 787 B.W. afgewezen.

Op dezelfde grond oordeelde de Burgerlijke Rechtbank te Brussel (29 maart 1983, *R.W.*, 1983-84, 454, noot Pintens, W., «Het erfrecht van het natuurlijk kind en het E.V.R.M.») dat het erfrecht van een natuurlijk kind van een zus van de erflater moet worden gelijkgesteld met dat van een wettig kind tegenover de andere wettige erfgenamen, in afwijking van artikel 756 in fine B.W.

De Burgerlijke Rechtbank te Brugge paste artikel 757 B.W. evenmin toe op grond dat het niet in overeenstemming is met de artikelen 8 en 14 ECRM en artikel 1 van het eerste Protocol. Het natuurlijk kind van de erflaterster (zijn moeder) wordt door de rechtbank erkend als enige erfgenaam, met uitsluiting van de broer van de erflaterster en de kinderen van haar zus die aanspraken deden gelden op grond van het (discriminerende) artikel 757 B.W. (Rb. Brugge, 16 mei 1983, *T. voor Brugse Rechtspraak*, 1983, 36).

24.2. *Aanspraken op goederen van een natuurlijke erflater.* De Burgerlijke Rechtbank te Brugge (14 maart 1983, *T. voor Brugse Rechtspraak*, 1983, 27) diende te oordelen over de vraag van wettige erfgenamen van een erflater, die de inbezitstelling van een natuurlijke broer van de erflater ongedaan wilden maken. De zogenaamde wettige erfgenamen zijn de wettige kinderen van de moeder van de erflater. De erflater is een natuurlijk kind van dezelfde moeder en een zus van een tweede natuurlijk kind van dezelfde moeder dat de inbezitstelling verkreeg op grond van artikel 766 in fine B.W. Eisers menen dat de bepalingen van de artikelen 765 en 766 B.W. in strijd zijn met de Europese Conventie van de rechten van de mens, te weten met de artikelen 8 en 14, alsmede met artikel 1 van Protocol I. Deze regelen dienen te worden vervangen door de erfrechtelijke regelen met betrekking tot de afstamming, aangezien zowel wettige broers en zusters onderling alsmede natuurlijke broers en zusters onderling kunnen erven, terwijl een

testament noodzakelijk is opdat de twee categorieën broers en zusters van elkaar zouden kunnen erven. De rechtbank beslist dat geen discriminatie aanwezig is aangezien beide soorten kinderen op gelijke wijze van elkaar erven.

Hier werd de strijdigheid met de Conventie dus ingeroepen door wettige erfgenamen, die menen gediscrimineerd te zijn ten opzichte van de natuurlijke erfgenamen. Met de afwijzing door de rechtbank kan niet zonder meer worden ingestemd. Dat beide categorieën kinderen op gelijke wijze van elkaar kunnen erven, doet niets af aan het bestaan van een discriminatie in de behandeling van beide categorieën erfgenamen tegenover dezelfde (natuurlijke) erflater. Daarenboven kan gelijke behandeling van erfgenamen binnen een zelfde categorie, het discriminatoir karakter van een onderscheiden behandeling tussen diverse categorieën erfgenamen niet opheffen; dit kan enkel indien het gemaakte onderscheid kan worden verantwoord en dus niet willekeurig is. Criteria ter rechtvaardiging van een dergelijk onderscheid zijn echter niet te vinden in het vonnis.

25. Afstamming

25.1. Voor de Burgerlijke Rechtbank te Turnhout (29 april 1982, *R.W.*, 1982-83, 1590, noot Pauwels, J.M., «Overspelige kinderen en de directe werking van het Marckx-arrest», *Turnhouts Rechtsleven*, 1983, 3) wenst eiser een kind (in overspel verwekt), dat door de wettige echtgenoot van de moeder is ontkend, te erkennen als het zijne. De moeder is intussen gescheiden van haar eerste echtgenoot en woont reeds meer dan vijf jaar samen met verzoeker.

De rechtbank machtigt verzoeker in kwestie het kind te erkennen. Het onderscheid tussen diverse soorten in overspel verwekte kinderen in de artikelen 331 en 335 B.W., wordt discriminatoir geacht, aangezien er geen objectieve en redelijke erfrechtvaardiging voor bestaat in het licht van de rechtspraak van het Hof van Straatsburg⁶⁸. De rechtbank aanvaardt zonder aarzelen de directe werking van de Conventie zoals geïnterpreteerd in het Marckx-arrest met betrekking tot de vaderlijke afstamming. Het feitelijk gezinsleven tussen verzoeker en de moeder van het kind dat hij wenst te erkennen en duidelijk in zijn familie op te nemen, wordt beschermd door artikel 8 ECRM.

In zijn noot vestigt J.M. Pauwels de aandacht op het feit dat de rechtbank voor de niet-discriminatoire behandeling van in overspel verwekte (of alle natuurlijke?) kinderen als vereiste lijkt te stellen dat er een socio-affectieve band bestaat tussen ouder en kind.

25.2. De Burgerlijke Rechtbank te Turnhout ging in een ander vonnis verder door te beslissen dat op grond van de artikelen 8 en 14 ECRM een in overspel verwekt kind kan worden erkend en gewettigd zonder dat het bijkomende (en discriminatoir geachte) vormvereiste van de gerechtelijke machtiging is vereist (art. 331 B.W.). Twee verzoekers, ouders van een in overspel verwekt kind, wensten het te erkennen en te wettigen. Het verzoekschrift tot machtiging wordt zonder voorwerp verklaard door de rechtbank te Turnhout op eensluidend advies van het openbaar ministerie.

⁶⁵ Cass., 27 mei 1971, *Pas.*, 1971, I, 886, concl. proc.-gen. Ganshof van der Meersch, *Arr. Cass.*, 1971, 959; Cass., 26 september 1978, *Pas.*, 1979, 1126, met geciteerde cassatierechtspraak, en *R.W.*, 1978-79, 1670.

⁶⁶ BOSSUYT, M., «Publiekrechtelijke ...», *R.W.*, 1979-80, 941-945.

⁶⁷ *Ibid.*, 945.

⁶⁸ *Marckx*, § 33.

De rechtbank oordeelt dat het stelsel van machtiging (cf. artt. 331 en 335 B.W.) strijdig is met de artikelen 8 en 14 ECRM. Het machtigingsstelsel komt de rechtbank bij gemis aan objectieve en redelijke rechtvaardiging discriminatoir voor⁶⁹ (Rb. Turnhout, 14 oktober 1982, *R.W.*, 1982-83, 2271, noot Pauwels, J., «Machtiging tot erkenning/wettiging van overspelige kinderen sinds het Marckx-arrest»).

In tegenstelling hiermee oordeelde de Burgerlijke Rechtbank te Mechelen eerder dat de machtiging een substantieel vormvereiste is, dat de openbare orde aanbelangt (artt. 331 e.v. B.W.). Het openbaar ministerie vorderde de vernietiging van de erkenning van een in overspel verwekt kind. De artt. 331 e.v. B.W. zijn volgens de rechtbank niet strijdig met de artikelen 8 en 14 ECRM. Zij missen «geen objectieve en redelijke rechtvaardigingsgrond» en er bestaat een redelijk verband van proportionaliteit tussen de gebruikte middelen en het nagestreefde doel. De rechtbank staft haar oordeel echter verder niet. De artt. 331 e.v. B.W. worden zonder meer niet-discriminatoir genoemd (7 april 1981, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1981, 320).

25.3. In eerste aanleg verklaarde de rechtbank de vordering van twee natuurlijke kinderen, ten einde hun natuurlijke afstamming te doen vaststellen tegenover hun overleden moeder, ontoelaatbaar daar niet binnen de gestelde termijn van een jaar was gedagvaard (art. 341, b, B.W.). De natuurlijke kinderen riepen dan voor het Hof van Beroep te Brussel in dat artikel 341, b, B.W. strijdig is met de artikelen 8 en 14 ECRM. Het hof van beroep, verwijzend naar rechtsleer⁷⁰, oordeelt dat de internationale norm waaraan *rechtstreekse werking* wordt toegekend voldoende precies en volledig moet zijn opdat de rechtsonderhorigen van een verdragsluitende Staat er zich op kunnen beroepen tot bepaling van hun wederkerige verhoudingen. Artikel 8 ECRM houdt niet op voldoende nauwkeurige wijze de individuele rechten in waarop ieder kind, en zeker een erkend natuurlijk kind, in casu, aanspraak kan maken met betrekking tot een normaal gezinsleven. Dit recht op een *normaal gezinsleven* wordt te vaag geacht om eruit af te leiden dat het buiten een huwelijk geboren kind zonder tijdsbeperking moet worden toegelaten tot het *bewijs van zijn moederlijke afstamming*. Het adagium «*mater semper certa est*» is geen norm die uit de ECRM kan worden afgeleid met betrekking tot niet erkende natuurlijke kinderen. Ingevolge de rechtspraak van het Europees Hof wordt aan de rechtsonderhorigen zelf geen onmiddellijk subjectief recht toegekend cf. artikel 53 ECRM. De huidige zaak heeft bovendien geen betrekking op een erkend natuurlijk kind, maar op kinderen die vorderen dat hun natuurlijke afstamming zal worden vastgesteld (Brussel, 31 januari 1983, *R.W.*, 1982-83, 2681, noot Senaev, P., «Het E.V.R.M., de directe werking en het Marckx-arrest»).

In een kritische noot stelt P. Senaev dat de directe werking van de «teleologisch» geïnterpreteerde artikelen 8 en 14 ECRM de niet-toepasselijkheid van de artikelen 341a-

341c B.W. tot gevolg heeft en de toepassing in de plaats ervan van de artt. 319-321 B.W.: dus de uitbreidende toepassing op alle kinderen van in de interne rechtsorde reeds aanwezige en met de ECRM conforme bepalingen, welke oorspronkelijk slechts voor een bepaalde categorie van kinderen (nl. de wettige) bedoeld werden⁷¹. De directe werking in het interne recht van de zoals in het *Marckx*-arrest extensief geïnterpreteerde artikelen 8 en 14 ECRM en artikel 1, Protocol I, dient *in concreto* te worden aangenomen telkens als ze technisch mogelijk is zonder dat een tussenkomst van de wetgever daartoe nodig is, d.w.z. telkens wanneer in bestaande en met de ECRM conforme regels, een voor het betrokken geval relevant resultaat gevonden kan worden, maar ook slechts één⁷².

26. Adoptie

26.1. Een natuurlijk kind, alleen erkend door zijn moeder, werd *gewettigd door adoptie* door een beslissing van de *jeugdrechtbank na weigering* van toestemming tot wettiging tot adoptie door de *familieraad*. Familieleden uit de natuurlijke familie gingen hiertegen in hoger beroep. Zij meenden dat het geadopteerde kind deel uitmaakt van zijn natuurlijke familie waarin het een volwaardig statuut heeft. De beslissing van de jeugdrechter tot wettiging door adoptie maakt een inbreuk uit op de artikelen 8 en 14 ECRM. De wettiging door adoptie zou de volwaardige juridische band met de ouders van zijn moeder doen ophouden. De natuurlijke familie beroept zich blijkbaar op een stelling in de rechtsleer volgens welke het ECRM enkel de bloedband zou beschermen⁷³.

Het hof van beroep stelt vast dat de adoptieprocedure precies dezelfde is ten aanzien van natuurlijke als ten aanzien van wettige kinderen, die beiden kunnen worden geadopteerd. Het voordeel van het kind en niet van de familie staat centraal. Er is geen behandelingsongelijkheid tussen beide soorten afstamming en dus geen conflict tussen de internrechtelijke norm en de bepalingen van het verdrag. (Gent, jeugdkamer, 26 juni 1980, *R.W.*, 1980-81, 1846).

26.2. Voor de Jeugdrechtbank te Brussel kwam een zaak van een Indisch meisje, dat reeds een eerste maal werd geadopteerd. Na het ontstaan van problemen in het adoptiegezin werd zij geïntegreerd in een tweede gezin bij een Indisch broertje en Indische zusjes. Haar nieuwe ouders wensten haar te wettigen door adoptie, dit met duidelijke toestemming van de eerste adoptanten. Deze laatsten bevestigden in raadkamer dat, mocht «*herroeping*» mogelijk zijn inzake *wettiging door adoptie*, zij dit reeds zouden hebben aangevraagd.

⁷¹ SENAËVE, P., «Het E.V.R.M., de directe werking en het Marckx-arrest», noot bij Brussel, 31 januari 1983, *R.W.*, 1982-83, 1690-1691.

⁷² *Ibid.*, 1691; nr. 21.

⁷³ Cf. een bepaalde in de rechtsleer verdedigde stelling zou heel het instituut van de wettiging door adoptie in zoverre het toelaat een artificieel-juridische afstammingsband te creëren met verbreking van de oorspronkelijk (op bloed steunende) familiebanden (inz. art. 370, § 1, tweede lid, B.W.) in strijd met art. 8 ECRM (HEYVAERT, A. en WILLEKENS, H., o.c., nr. 60). SENAËVE, P., kan zich hier niet mee akkoord verklaren (zie noot 74).

⁶⁹ BOSSUYT, M., «Publiekrechtelijke ...», 949, nr. 33.

⁷⁰ RIGAUX, Fr., «La loi condamnée ...», *J.T.*, 1979, 523, nr. 72, § 2; VELU, J., *Les effect directs ...*, 153; zie ook BOSSUYT, M., *Ibid.*, 945 en HEYVAERT, A. en WILLEKENS, H., *Beginselen van het gezinsrecht*, ..., 63.

Artikel 368, § 3, B.W., bepaalt dat niemand door adoptie kan worden gewettigd indien hij reeds door anderen door adoptie is gewettigd, en volgens artikel 370 B.W. is wettiging door adoptie onherroepelijk. De rechtbank (Jeugdrrb. Brussel, 27 november 1981, *R.W.*, 1982-83, 1861, noot) oordeelde dat deze artikelen strijdig zijn met de artikelen 8 en 14 ECRM. De bepalingen van het Burgerlijk Wetboek ter zake zijn namelijk discriminatoir en missen elke objectieve en redelijke rechtvaardigingsgrond; er ontbreekt een redelijk verband van proportionaliteit tussen de gebruikte middelen en het nagestreefde doel. Indien het een wettig kind van vorige adoptanten had betroffen, zou er geen enkel bezwaar zijn geweest dat het kind zou worden gewettigd door adoptie door de verzoekers in kwestie. Een dergelijk onderscheid maken tussen een wettig en een door adoptie gewettigd kind, wiens wettiging volledig is mislukt, is discriminerend.

Na hoger beroep door het openbaar ministerie, beslist het Hof van Beroep te Brussel (29 april 1982, *R.W.*, 1982-83, 1856, noot Senaev, P., «Het E.V.R.M. en de adoptiewetgeving») dat artikel 368, § 3, B.W., niet in strijd is met de artikelen 8 en 14 ECRM, omdat het geldt voor *alle* kinderen gewettigd door adoptie. Het hof oordeelt dat er geen discriminatie zou zijn met gewone gewettigde kinderen daar voor beide categorieën kinderen herroeping van een wettiging door adoptie door de wet niet wordt toegelaten en bijgevolg een nieuwe wettiging door adoptie onmogelijk is.

In zijn motivering beslist de rechter in beroep zonder meer: «dat het hier niet om een probleem gaat van interpretatie van de Belgische wetteksten, waarbij rekening dient te worden gehouden met de bepalingen van een internationaal verdrag; dat inderdaad de ter zake geldende wetteksten duidelijk zijn en geen interpretatie nodig hebben».

In een uitvoerige noot behandelt P. Senaev de problematiek rond de adoptiewetgeving en de Europese Conventie van de rechten van de mens. Hij analyseert het begrip «gezinsleven» van artikel 8 ECRM aan de hand van de rechtspraak van de Commissie en het Hof te Straatsburg. Hij valt het arrest bij in zoverre het expliciet beslist dat de bepaling die de herroeping van een wettiging door adoptie uitsluit (art. 370, § 5, B.W.) niet in strijd is met artikel 8 ECRM en, impliciet, dat zulks evenmin het geval is met de bepaling dat een wettiging door adoptie van een reeds door adoptie gewettigd kind niet mogelijk is; deze verbodsbepalingen kunnen onmogelijk worden beschouwd als afbreuk doende aan het recht op gezinsleven⁷⁴. De absolute onmogelijkheid, die in het Belgische recht bestaat, van de wettiging door adoptie van een reeds door adoptie gewettigd kind, samenhangend met de absolute onmogelijkheid om een gehomologeerde wettiging door adoptie te herroepen, maakt echter een schending uit van de artikelen 14 gecombineerd met 8 ECRM. Het feit dat het kind reeds door adoptie gewettigd is kan onmogelijk als een objectieve en redelijke rechtvaardigingsgrond voor het gemaakte onderscheid gelden, en tussen de nagestreefde doeleinden (stabilisering van de toestand van het door adoptie gewettigd kind, gelijkstelling met een wettig kind, tegengaan van misbruik

ken door opeenvolgende adopties) en de gebruikte middelen, ontbreekt een redelijk verband van proportionaliteit⁷⁵.

27. Vreemdelingen

27.1. *Uitzetting*. Eiser in cassatie, geboren in België uit Italiaanse ouders, werd veroordeeld wegens bankbreuk. De geldigheid erkennen van het uitzettingsbesluit waarop de vervolging is gebaseerd, is volgens hem strijdig met artikel 8 ECRM, omdat hij zo zijn moeder, in België wonend, en zijn broers en zusters, Belg geworden, niet meer kan zien. Hij meent dat het Hof de term «openbare veiligheid» dient te preciseren op grond waarvan artikel 8, lid 2, ECRM, toestond hem het land uit te zetten. Verder acht hij het gewezen arrest in strijd met artikel 14 ECRM, omdat enkel vreemdelingen kunnen worden veroordeeld tot uitzetting en niet Belgen.

Het Hof van Cassatie beslist dat artikel 8, lid 2, ECRM toelaat deze maatregelen te nemen in het belang van de openbare veiligheid en de bescherming van de openbare orde; eiser had geen vaste woon-/verblijfplaats en had meerdere zware straffen op zijn actief. Het Hof van Cassatie meent dat, nu eiser ter zake geen conclusie nam, het hof van beroep de term «openbare veiligheid» niet diende te preciseren (Cass., 7 oktober 1981, *R.D.P.*, 1982, 95, *R.W.*, 1982-83, 721). In deze zaak werd ook strijdigheid met artikel 14 ECRM afgewezen.

27.2. *Gezinshereniging*. Een verzoek tot gezinshereniging werd afgewezen door de minister van Justitie. Een Marokkaanse vader kreeg geen toelating om zijn kind uit zijn eerste niet ontbonden huwelijk te laten overkomen naar België. Hijzelf leefde in België samen met zijn tweede echtgenote en met de uit dit huwelijk geboren kinderen. De Raad van State preciseert in zijn arrest van 20 januari 1983 (nr. 22.867, *T.B.P.*, 1983, 480) niet op grond van welke uitzonderingsgronden vervat in artikel 8, lid 2, ECRM aan verzoeker het recht wordt ontzegd zich niet met zijn eerste gezin te herenigen. De Raad van State beslist, op grond van een eigen interpretatie van de Belgisch-Marokkaanse overeenkomst inzake gezinshereniging, dat die vereniging enkel kan duiden op één en hetzelfde gezin en de kinderen daaruit voortvloeiend. Verzoeker had ook strijdigheid met artikel 8 gecombineerd met artikel 14 ECRM ingeroepen (zie nr. 45.5)⁷⁷.

⁷⁵ *Ibid.*, 1859, 1, c, § 2.

⁷⁶ Uitzetting en deportatie werd door de Commissie niet in strijd geacht met art. 8 ECRM. Zie COUNCIL OF EUROPE, *Case Law Topics*, nr. 2, «Family Life», (1972), 6-13; COUNCIL OF EUROPE, *Stock-taking on the European Convention on Human Rights*, Strasbourg, 1982, «Extradition/Expulsion», 174-183.

⁷⁷ Inzake gezinshereniging werden reeds een aantal verzoekschriften ingediend bij de Europese Commissie. Mits een aantal voorwaarden nageleefd werden, werd weigering van toelating tot gezinshereniging niet strijdig geacht met art. 8 ECRM. Zie hieromtrent VAN DIJCK, P. en VAN HOOFF, G.J.H., *De Europese Conventie in theorie en praktijk*, Utrecht, Ars Aequi Libri — Rechten van de Mens, 1979, 261-262. Impliciet erkent de Europese Commissie dat ook het polygame Mohammedaanse gezin op grond van artikel 8 ECRM beschermd wordt (X v. Groot-Brittannië, nr. 2991/66, *Ann.*, X, 478); zie hieromtrent ALKEMA, E.A., *De invloed van de Europese Conventie op het Nederlandse Recht*, Deventer, Kluwer,

⁷⁴ SENAËVE, P., «Het E.V.R.M. en de adoptiewetgeving», noot bij Brussel, 29 april 1982, *R.W.*, 1982-83, 1859, 1, b, if.

28. Overspel en het recht op eerbiediging van het feitelijke gezinsleven

Veroordeeld wegens overspel, tekende veroordeelde hier- tegen hoger beroep aan onder meer op grond van artikel 8 ECRM. De overheid schendt door overspel strafbaar te stellen genoemd artikel, daar veroordeelde reeds van zijn ex-echtgenote (Joods religieus) is gescheiden.

28.1. Het hof van beroep (Antwerpen, 18 december 1981, *R.W.*, 1982-83, 453) beslist dat ingrijpen in het gezinsleven gerechtvaardigd is als o.m. rechten van anderen hierdoor worden gewaarborgd. Ondanks een religieuze echtscheiding waren partijen nog steeds gehuwd op het ogenblik van het overspel, zodat de benadeelde partij in haar rechten was geschonden, die zij putte uit het huwelijk. Een religieuze echtscheiding kan deze burgerlijke rechten geenszins tenietdoen, evenmin als een andere en gewijzigde beleving van de huwelijkstrouw die thans cf. veroordeelde opgang zou maken.

28.2. Tegen dit arrest werd cassatieberoep aangetekend. De verschillende aangehaalde middelen beogen aan te tonen dat de strafrechtelijke veroordeling van eiser in cassatie onrechtmatig was omdat het misdrijf overspel niet meer bestaat; het moet nl. worden geacht te zijn afgeschaft door de ECRM, die hiërarchisch boven de Belgische wetten staat. Opsporing en bestraffing van overspel zijn strijdig met het recht op eerbiediging van het gezinsleven, dat eiser vormt met de vrouw met wie hij het overspel pleegde. In zijn arrest beslist het Hof van Cassatie (15 juni 1982, *R.D.P.*, 1982, 320 en *Tegenspraak*, 1983, 158, met noot) dat overspel wettelijk strafbaar is en dat de wetgever vaststelde dat deze maatregel noodzakelijk was in de Belgische samenleving tot vrijwaring van de moraal en de huwelijks- trouw. Verwijzend naar het hof van beroep oordeelt het Hof van Cassatie dat vervolging van overspel niet strijdig is met artikel 8 ECRM. Een verzoekschrift werd gericht aan de Europese Commissie⁷⁸.

B. Eerbiediging van het privé-leven

29. Overspel

In de zoëven vermelde zaak werd tevens schending van artikel 8 ECRM ingeroepen, als een inbreuk op het privé-leven van de betrokkene. Eiser stelde dat het intiem seksueel samenzijn tussen man en vrouw tot het privé-leven behoort, en dat de opsporing en bestraffing van overspel dit privé-leven stoort.

Het Hof oordeelt dat artikel 8 ECRM de verdragsluitende Staat toelaat tussen te komen in het privé-leven wanneer

de privé-rechten van anderen worden geschonden. Dit is het geval bij overspel, daar overspel tegen de rechten is die de echtgenoot verwerft uit het huwelijk (zie nr. 28).

30. Homoseksualiteit

Door het Hof van Beroep te Gent werd een persoon veroordeeld wegens homoseksueel verkeer met minderjarigen tussen de 16 en 18 jaar oud. Beklaagde had zijn verweer gebaseerd op strijdigheid van artikel 372bis Sw. met artikel 8 ECRM afzonderlijk en gecombineerd met artikel 14 ECRM. In cassatie voerde hij aan dat het hof van beroep niet aanduidt a) waarom de inmenging cf. artikel 372bis Sw. op grond van artikel 8, lid 2, ECRM, als «noodzakelijk in een democratische samenleving» wordt beschouwd, en b) of en in hoeverre de openbare orde en/of de morele gezondheid van de bevolking met die strafbaarstelling beschermd of gebaat zijn⁷⁹.

Het Hof van Cassatie (7 december 1982, *R.W.*, 1982-83, 1908, noot Lemmens, P., «Homoseksualiteit, privé-leven en discriminatie») beslist dat het hof van beroep voldoende heeft geantwoord op de voor het hof bij conclusie aangevoerde middelen: de inmenging is bij wet voorzien (art. 372bis Sw.), en gaat uit van het openbaar gezag met betrekking tot de uitoefening van het recht bepaald in artikel 8 ECRM, die naar het oordeel van de nationale overheid in een democratische samenleving volstrekt noodzakelijk is in het belang van de openbare orde en van de morele gezondheid en de goede zeden. Er is dus geen schending van artikel 8 ECRM (zie ook artikel 14).

Eiser stelde verder dat het hof van beroep verkeerdelijk besliste dat in zijn conclusie werd bedoeld dat artikel 372bis B.W. een discriminatie op grond van het geslacht «zijnde het onderscheid tussen mannelijke of vrouwelijke seksualiteit» inhield terwijl was bedoeld het onderscheid tussen «hetero- en homoseksualiteit» en het arrest hierop niet inging. Door te verwijzen naar de mogelijkheid voor de Staat om cf. artikel 8, lid 2, ECRM een verbodsregel uit te vaardigen die ingrijpt in het privé-leven, motiveerde het hof van beroep niet waarom deze verbodsregel onderscheid mag maken tussen hetero- en homoseksualiteit. Het Hof van Cassatie oordeelt dat de conclusie in hoger beroep, beperkter middelen inhoudend dan die van het cassatiemiddel, afdoende werd beantwoord door het hof van beroep. Het Hof van Cassatie besluit dat de Belgische wetgeving ter zake niet strijdig is met de artikelen 8 en 14 ECRM en weigert eigenlijk op de zaak ten gronde in te gaan.

31. Fiscaliteit

Ook in een fiscale zaak werd schending van artikel 8 ECRM ingeroepen. Een landbouwer verkocht grond voor 6.000.000 frank. In zijn latere fiscale aangifte maakte hij geen melding van mogelijke (beleggings-)inkomsten van die som. Door middel van «vermoedens» taxeert de belastings-

1978, 73; FAWCETT, J., *The Application of the European Convention on Human Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1969, 188, noot 1, en OPSAHL, M.T., «La Convention et le droit au respect de la vie familiale spécialement en ce qui concerne l'unité de la famille et la protection des droits des parents et tuteurs familiaux dans l'éducation des enfants», in *Vie privée et droits de l'homme, Actes du troisième Colloque International sur la Convention des Droits de l'Homme*, Brussel 30 september-3 oktober 1970, Brussel, Bruylant, 1973, 244-322 (281).

⁷⁸ Zie ook artikel 3 ECRM, supra, nr. 9 en noot 10.

⁷⁹ In dit verband kan worden verwezen naar de arresten Van Oosterwijk, 27 februari 1980, *Publ. E.C.H.R.*, Ser. A, Vol. 40 en Dudgeon, 22 oktober 1981, *Publ. E.C.H.R.*, Ser. A, Vol. 45.

dienst de belastingplichtige op 5 % van de ontvangen sommen door verkoop van onroerende goederen (art. 246 W.I.B.). De belastingplichtige kan proberen te bewijzen dat hij geen inkomen genoot uit de verkoopprijs en diens belegging, door aan te tonen dat hij niet meer uitgaven had dan hij met zijn normaal inkomen kan dekken, maar moet hiervoor o.m. alle gedane betalingen vermelden. Dit is volgens de belastingplichtige in strijd met artikel 8 ECRM.

Het Hof van Cassatie meent, in navolging van het Hof van Beroep te Luik, dat zulks niet het geval is omdat de overheid zich hier bevindt in de uitzondering door van artikel 8, lid 2, ECRM, bepaald, nl. inmenging in het privé-leven toegelaten als zulks noodzakelijk is voor o.m. het «economisch welzijn van het land» (Cass., 19 november 1981, *Res et Jura Immobilia*, 1982, 52, *J.D.F.*, 1982, 25, *F.J.F.*, 160, *Bull. Bel.*, 1983, 155, *J.T.*, 1982, 619, noot Dasse, M., samenvatting *Fiscofoon*, 1983, 151 en *Fiscoloog*, 1983, 1-2; voor de beslissing door het hof van beroep geveld op 28 januari 1981 kan worden verwezen naar *Alg. Fisc. Tijdschrift*, 1982, 20, *F.J.F.*, 1982, 91).

In zijn omstandige noot bij het besproken cassatiearrest komt M. Dasse tot twee interessante vaststellingen. In de eerste plaats merkt de auteur op dat het Hof van Cassatie, zij het impliciet, maar niet minder duidelijk, van mening is dat artikel 8 ECRM van toepassing is in fiscale zaken, dit dan in tegenstelling met artikel 6, lid 1, ECRM, waaromtrent het cassatiearrest van 8 april 1976 (*Pas.*, 1976, I, 871) conform de conclusie van de advocaat-generaal Velu beslist dat het niet van toepassing is op de rechten en verplichtingen die hun oorsprong vinden in het fiscaal recht⁸⁰.

In de tweede plaats toont de auteur aan dat er twijfel mogelijk is met betrekking tot de «noodzaak» voor de overheid om het recht vervat in artikel 8, lid 1, ECRM te verstoren. Hij gaat de criteria na, aangehaald door het Hof te Straatsburg in de zaak *Dudgeon v. U.K.*⁸¹, die dienen aanwezig te zijn voor toepassing van het uitzonderingsregime van artikel 8, lid 2, ECRM. Samengevat zijn uitzonderingen op grond van artikel 8, lid 2, ECRM slechts toegelaten indien a) ze bij *wet* zijn bepaald, b) het *nagestreefde doel* in artikel 8, lid 2, ECRM is vervat, en c) voor de overheid de *noodzaak* bestaat om de garantie van artikel 8, lid 1, ECRM te verstoren. Vooral met betrekking tot het laatste criterium heeft M. Dasse zijn twijfel omtrent het antwoord van het Hof van Cassatie. Hij onderstreept hierbij dat het weliswaar eerst aan de nationale instantie toekomt om over o.m. dit «noodzaak»-criterium te oordelen, maar dat deze beslissing niettemin onderworpen blijft aan de controle van het Hof van Straatsburg.

Uit een bespreking van deze zaak in het tijdschrift *Fiscoloog*⁸² blijkt dat de zaak uiteindelijk bij de Europese Commissie te Straatsburg ahangig werd gemaakt. De Commissie kwalificeerde de gewraakte mogelijkheden tot het inwinnen van inlichtingen duidelijk als een inmenging door de overheid in het privé-leven. Het verzoekschrift in casu werd echter kennelijk ongegrond verklaard. De mate van

inmenging in het privé-leven moet (om aanvaardbaar te zijn) in verhouding staan tot het algemeen belang, in casu het economisch welzijn dat de wetgever beoogt na te streven. De Commissie vond in dit concreet geval toepassing van de gewraakte maatregelen noodzakelijk gezien het belang van het bedrag in kwestie, nl. 6.000.000 frank. De bespreking in *Fiscoloog* besluit dat, mocht dus het bedrag lager zijn geweest, bv. 100.000 frank, de vraag om inlichtingen dan blijkbaar niet verantwoord zou zijn geweest volgens artikel 8, lid 2, ECRM, en dat in dat geval blijkbaar wel tot een schending zou zijn geoordeeld. De artikelen 221-223 W.I.B. dienen in de toekomst dus in deze zin te worden verstaan.

32. Arbeidsrecht — medisch attest huisarts

32.1. Een werknemer, die zijn werk verlaat wegens gezondheidsredenen, wordt werkloos door eigen toedoen en ziet zich van het recht op werkloosheidsuitkering uitgesloten, indien zijn arbeidsongeschiktheid niet wordt vastgesteld door een geneesheer aangesteld door de Rijksdienst voor Arbeidsvoorziening of, in geval van betwisting met de behandelende arts van de werknemer, door een arts van de Arbeidsinspectie (K.B. 20 december 1964, art. 134 en M.B. 4 juni 1964, artt. 37-38). Het Arbeidshof te Brussel (22 juni 1978, *J.T.T.*, 1981, 47-48, noot) oordeelde dat de betrokkene wel een wettige reden kon doen gelden om de arbeid niet te hervatten, daar haar huisarts haar dit verboden had en diens geneeskundige verklaring voldoende gemotiveerd was. De betrokkene bezit nl. een onschendbaar recht te mogen vertrouwen op het vakkundig oordeel van haar huisarts en dienovereenkomstig te handelen, daar dit recht behoort tot het domein van de rechten op eerbiediging van het privé-leven, w.o. persoonlijke gezondheidsbetrachting ressorteert (artikel 8 ECRM).

32.2. Eiser in cassatie meent dat artikel 8 ECRM niet geschonden is, daar de controle voorgeschreven om iedere inbreuk te voorkomen op de wetbepalingen van openbare orde is. Het Hof van Cassatie gaat hier niet op in (23 juni 1980, *R.W.*, 1980-81, 446, noot Lemmens, P., «Verplicht medisch onderzoek, beperking van vrije keuze van arts en eerbiediging van het privé-leven», en *J.T.T.*, 1981, noot Pieters, D.). Het Hof beslist dat een regeling waarbij, voor de vaststelling van het recht op werkloosheidsuitkering, de beoordeling van de arbeidsongeschiktheid van de werkloze niet aan de behandelende arts wordt overgelaten, maar wordt opgedragen aan artsen die door de overheid zijn aangewezen en daarover volgens een vastgestelde procedure beslissen, niet strijdig is met artikel 8 ECRM. Het arrest laat hiermee echter weer onduidelijkheid na. Is de vrije artskeuze geen aspect van het recht op eerbiediging van het privé-leven of is het gebrek van vrije keuze een inmenging, maar geen inbreuk op het recht op eerbiediging van het privé-leven op grond van artikel 8, lid 2, ECRM. Het Hof van Cassatie acht blijkbaar van belang dat de artsen door de overheid worden aangewezen in een wettelijke regeling omtrent de werkloosheid.

33. Gezondheid: tuberculosepreventie

33.1. Twee zaken hebben tot voorwerp de tuberculosepreventie en het recht op eerbiediging van het privé-leven.

⁸⁰ Noot onder Cass., 19 november 1981, *J.T.*, 1982, 621, nr. 9, if.

⁸¹ *Dudgeon*, §§ 48-54.

⁸² 1983, nr. 83, 2.

Voor de Correctionele Rechtbank te Namen en het Hof van Beroep te Luik (Corr. Rb. Namen, 28 november 1980, *Rev. Rég. Dr.*, 1981, 72, bevestigd door Luik, 24 februari 1982, *Jur. Liège*, 1982, 315) werden een aantal ouders veroordeeld omdat zij weigerden hun kinderen te laten onderwerpen aan de verplichte huidproef op tuberculinegevoeligheid. Een aantal leerkrachten bevond zich in hetzelfde geval, eveneens wegens weigering van de verplichte huidproef of van radiografische onderzoeken. Zij werden vervolgd wegens overtreding van het K.B. van 12 oktober 1964, waarbij voor de bescherming van de gezondheid de noodzakelijke proef op tuberculinegevoeligheid en de radiografische onderzoeken verplicht worden gesteld. De betrokkenen wierpen o.m. op dat deze verplichtingen strijdig zijn met het recht op eerbied van het privé-leven, als bepaald in artikel 8 ECRM.

De Correctionele Rechtbank te Namen meende dat deze verplichtingen niet strijdig zijn met de bepalingen van de Europese Conventie van de rechten van de mens. Artikel 8 ECRM bepaalt dat inmenging in het privé-leven mogelijk is voor zover zij bij de wet is voorzien en in een democratische samenleving nodig is voor «... de bescherming van de gezondheid», wat in casu het geval is. Ook het hof van beroep oordeelt dat, hoewel artikel 8, lid 1, ECRM, eenieder het recht op eerbiediging van het privé-leven toekent, artikel 8, lid 2, ECRM, hierop onder bepaalde voorwaarden uitzonderingen toestaat. Het hof oordeelt dat de verplichte huidproef opgelegd door het K.B. van 12 oktober 1964 noch in haar toepassing, noch in haar gevolgen «een ernstige aanslag» kan betekenen. Het is niet streng wetenschappelijk bewezen dat er nadelen aan verbonden zijn, andere dan weinig belangrijke die buiten alle verhouding staan met de werkelijk dramatische gevolgen die de tuberculose in een nog niet veraf gelegen tijdvak heeft gehad. De menselijke solidariteit verplicht het individu te wijken voor het algemeen belang en de gezondheid van zijn medeburgers niet in gevaar te brengen, wanneer zijn leven niet is bedreigd. Er dient te worden nagegaan of de voordelen (voor individu/maatschappij) opwegen tegen de nadelen (voor het individu).

Volgens het Hof van Cassatie (8 september 1982, *R.W.*, 1982-83, 2257, *VI. T. Gez.*, 1983, 142, noot Lemmens, P. «Tuberculosepreventie en het recht op eerbiediging van het privé-leven») stelt zowel de Correctionele Rechtbank te Namen als het Hof van Beroep te Luik terecht vast dat op het recht op eerbiediging van het privé-leven cf. artikel 8, lid 1, ECRM in bepaalde voorwaarden inmenging is toegestaan, en dat in casu de wet van 21 maart 1964 op het medisch schooltoezicht hieraan voldoet, hetgeen trouwens door beklaagden niet wordt betwist, en dat dus het K.B. van 12 oktober 1964, ter uitvoering van die wet genomen, niet strijdig is met artikel 8 ECRM.

33.2. Een gelijkaardige zaak kwam voor de Correctionele Rechtbank van Dinant (Corr. Dinant, 22 januari 1981, *J.T.*, 1981, 306, noot) en vervolgens voor het Hof van Beroep te Luik (10 februari 1982, *J.T.*, 1982, 481). Een vader weigerde zijn kinderen aan de verplichte schooltesten inzake tuberculine te onderwerpen en stelt dat deze strijdig zijn met artikel 8 ECRM. Zowel de correctionele rechtbank als het hof van beroep⁸³ menen dat, hoewel artikel 8 ECRM het recht op eerbiediging van het privé-leven erkent, het inmenging van de overheid toestaat in zoverre deze

door de wet is voorzien en in een democratische samenleving noodzakelijk is voor de bescherming van de gezondheid. De wet en het K.B. in kwestie beantwoorden hieraan. Gelet op de zware gevolgen die een mogelijke tuberculoseaanval voor de gemeenschap inhoudt, moet het individu buigen voor het algemeen belang. De betrokkene bewijst trouwens niet dat de gebruikte methode een zekere schade zou toebrengen aan de gezondheid van het individu.

34. Wegverkeer: verplicht dragen van de autogordel

De Correctionele Rechtbank te Neufchâteau had een autobestuurder veroordeeld wegens het niet-dragen van de autogordel. Dit is een wettelijke verplichting volgens artikel 35.1 van het Wegverkeersreglement en is opgelegd aan de bestuurder en de passagier van de aan het portier grenzende voorzitplaatsen van de personenauto's; het is een door de Koning krachtens de wet vastgestelde maatregel die zijn verantwoording vindt in de noodzaak de veiligheid te waarborgen van de autovoerders en de vervoerde personen. Het Hof van Cassatie oordeelt dat deze verplichting niet strijdig is met artikel 8 ECRM (6 mei 1981, *R.W.*, 1981-82, 2433, noot, en *R.D.P.*, 1981, 833).

35. Aantasting van de goede naam

Het Hof van Beroep te Brussel (25 november 1981, *J.T.*, 1982, 275) veroordeelt met een verwijzing naar artikel 8, lid 1, ECRM de aantasting van de goede naam van een persoon door een weekblad. Het hof verantwoordt niet expliciet de toepassing van die bepaling. Toch is zulks wel degelijk in overeenstemming met de rechtsleer en de commissie-rechtspraak, die impliciet erkent dat aantasting van de goede naam schending van artikel 8 ECRM kan opleveren⁸⁴. Door zijn beslissing kent het Hof te Brussel weliswaar niet uitdrukkelijk derdenwerking toe aan artikel 8, lid 1, ECRM, waaruit volgt dat de Belgische overheid wordt geacht om via wetgeving, rechtspraak en bestuur de eerbiediging van het privé-leven ook tussen particulieren onderling te verzekeren⁸⁵.

Art. 10: vrijheid van meningsuiting

36. Beraadslaging schepencollege — benoeming mannelijke of vrouwelijke leraar

36.1. Een niet benoemde kandidate voor een opengevalen plaats als onderwijzer(es) in het gemeentewonderwijs, stelt zich aan als burgerlijke partij en beroept zich voor de correctionele rechtbank op artikel 121 van de wet van 4 augustus 1978 (verbod om te verwijzen naar het geslacht bij aanbod van, selectie voor of toegang tot bepaalde jobs). De beklaagden in de zaak zijn de leden van het college van burgemeester en schepenen die bij geheime stemming een

⁸³ Cassatieberoep in deze zaak werd eveneens verworpen op 8 september 1982, op grond van dezelfde motieven als voorgaand geciteerd arrest (zie LEMMENS, P., *l.c.*, 144, § 1).

⁸⁴ VAN DIJCK, P., en VAN HOOFF, G., *De Europese Conventie* ..., 254, noot 420.

⁸⁵ *Ibid.*, noot 427.

ander kandidaat verkozen, maar die tijdens een voorafgaande discussie hun voorkeur hadden uitgedrukt om een mannelijke kandidaat te benoemen. Het hof van beroep maakt toepassing van artikel 10 ECRM en bevestigt het eerste vonnis waarin de burgerlijke partij werd afgewezen. Het hof oordeelt dat zelfs de ruimste interpretatie van artikel 121 van de wet van 4 augustus 1978, de rechten op vrije meningsuiting van een ieder, zoals o.m. bepaald in artikel 10 ECRM, niet kan tenietdoen (Luik, 17 november 1981, *Jur. Liège*, 1982, 86 en *J.T.*, 1982, 312).

36.2. Het Hof van Cassatie diende daarna over deze zaak te oordelen (Cass., 11 mei 1983, *J.T.T.*, 1984, 8). De advocaat-generaal, Duchatelet stelde dat artikel 10, lid 2, ECRM, beperkingen aanbrengt aan het recht op vrije meningsuiting en meer bepaald indien rechten van anderen moeten worden beschermd. De benadeelde vrouwelijke kandidaat vindt in de artikelen 121 en 141 van de wet van 4 augustus 1978 op de economische heroriëntering een wettelijke grond die het recht op vrije meningsuiting volgens artikel 10, lid 2, ECRM, beperkt. Het Hof van Cassatie vernietigt het arrest van het Hof te Luik. Aangezien tijdens het gesprek voorafgaand aan de beraadslaging van burgemeester en schepenen, gewag werd gemaakt van redenen die het wenselijk zouden maken een man te benoemen en dit standpunt schriftelijk werd bevestigd, is er overtreding van de wet van 4 augustus 1978 op de economische reoriëntering.

37. Affichering op openbare plaatsen

Een beklaagde tekent hoger beroep aan tegen een veroordeling door de Correctionele Rechtbank te Antwerpen wegens overtreding van de artikelen 1 en 2 van de besluitwet van 29 december 1945, aangevuld door de besluitwet van 6 december 1946, o.m. inzake affichering op andere plaatsen dan die door de gemeenteoverheden tot aanplakking bestemd of vooraf vergund door de eigenaar of de gebruiksgerechtigde. Het hoger beroep is mede gebaseerd op artikel 10 ECRM. Appellanten stellen dat artikel 10 ECRM primeert op de genoemde besluitwetten en dat daarenboven de stad Antwerpen geen plaatsen ter beschikking stelt aan particulieren om te afficheren. Het Hof van Beroep te Antwerpen (1 april 1977, *R.W.*, 1980-81, 861, noot Neels, L., «Affiches en expressievrijheid») maakt zich van zijn motiveringsverplichting af met de nietszeggende formule: «dat niet is in te zien om welke reden» de bepalingen van deze besluitwetten strijdig zouden zijn met artikel 10 ECRM trouwens een reeks uitzonderingen zijn uiteengezet op het recht van vrije meningsuiting. Tevens meent het hof dat het in gebreke blijven van de stad Antwerpen om plaatsen voor affichering te voorzien «zonder incidentie» is voor de toepasselijkheid van de betreffende besluitwetten.

Het hof van beroep blijft echter volledig in gebreke zijn stelling te motiveren en voldoet geenszins aan de voorwaarden gesteld voor het invoeren van artikel 10, lid 2, ECRM. In zijn interessante zeer kritische noot onder het arrest laakt L. Neels dan ook zeer terecht het totale gebrek aan ernstige motivering door het hof van beroep⁸⁶. Hij belicht

de criteria die moeten worden gehanteerd voor toepassing van artikel 10, lid 2, ECRM, het accuraat, adequaat, pertinent, omstandig en objectief karakter van de voorwaarden om de vrijheid bepaald in artikel 10, lid 1, ECRM te beperken; vervolgens toont hij aan dat het arrest hieraan op geen enkele wijze voldoet⁸⁷.

38. Demonstratie

Voor het Hof van Cassatie stelden een aantal actievoerders (nl. naaktdemonstranten voor een meer tolerante maatschappelijke houding ten aanzien van de naaktproblematiek) dat het de rechter niet toekomt om zich uit te spreken over de opportuniteit van de middelen waarmee de vrijheid van meningsuiting zelf wordt uitgeoefend, maar dat de rechter zich dient te beperken tot de bestraffing van de misdrijven ten gevolge van het gebruik maken van de vrije meningsuiting gepleegd en slechts voor zover geen beperking aan deze vrijheid wordt opgelegd die in een democratische samenleving onnodig is. Het Hof (Cass., 15 juni 1982, *R.W.*, 1982-83, 1985, noot de Zeghe, J., «Openbare zedelijkheid», en *R.D.P.*, 1982, 317) acht een bestraffing volgens de artikelen 385 en 386 Sw. wegens een ter gelegenheid van een «demonstratie» gepleegde zedenschennis niet in strijd met artikel 10 ECRM. Geoordeeld wordt dat de bij wet bepaalde bestraffing geen met artikel 10 ECRM onverenigbare beperking van de uitoefening van het recht op vrijheid van meningsuiting oplevert. Op grond van welke criteria het Hof hiertoe komt is niet aangegeven. Alleszins zijn de vijf criteria ontwikkeld in het *Sunday Times*-arrest van het Hof van Straatsburg niet aan de feiten getoetst, zoals besproken daar L. Neels⁸⁸.

39. Persmisdrijf

Léon Degrelle, destijds veroordeeld om zich te onthouden van elke medewerking aan elke vorm van publikatie, liet een brief publiceren in een tijdschrift. De uitgever van het tijdschrift werd veroordeeld op grond van artikel 123, 6e-9e, Strafwetboek. De veroordeelde uitgever tekent cassatieberoep aan o.m. stellende dat het nieuwe artikel 123, 6e, Sw. niet overeenstemt met artikel 10 ECRM. Het Hof van Cassatie (Cass., 21 oktober 1982, *R.D.P.*, 1982, 277, concl. adv.-gen. Janssens de Bisthoven, B.) weigert op de problematiek in te gaan en oordeelt dat de appelrechter voldoende motiveerde door te stellen dat artikel 123, 6e, Sw. precies werd vernieuwd om met artikel 10 ECRM overeen te stemmen.

De veroordeelde uitgever meende verder dat «eeuwige» uitsluiting van Léon Degrelle om aan publikatie mee te werken welke slechts onder bepaalde voorwaarden kon worden ongedaan gemaakt, strijdig is met artikel 10 ECRM⁸⁹. Het Hof oordeelt dat de wet voorziet in de voor-

⁸⁷ *Ibid.*, nr. 12.

⁸⁸ *Ibid.*

⁸⁹ In dit verband kan worden herinnerd aan de zaak De Becker (nr. 214/56, v. België), 27 maart 1962, *Publ. E.C.H.R.*, Ser. A., vol. 4 (1962). Hierin meende de Commissie dat, gezien de feiten en de aard van het misdrijf in kwestie, het door de rechter opgelegde

⁸⁶ NEELS, L., «Affiches en expressie vrijheid», *R.W.*, 863-867, vnl. nr. 13.

waarden voor het herstel van de rechten, aan een veroordeelde voorheen ontzegd. Het Hof poneert zonder de minste motivering, dat de beperkingen aan de vrijheid van meningsuiting zoals bepaald in artikel 123, 6e, Sw. niet verder gaan dan wat artikel 10, lid 2, ECRM, toelaat. Meer bepaald meent het Hof dat in deze wet toepassing wordt gemaakt van de uitzonderingen opgesomd in artikel 10, lid 2, ECRM, nl. «noodzaak voor de bescherming van een democratische samenleving, morele bescherming van anderen hun rechten, verweer van de gevestigde orde». Opvallend is dat het Hof weerom in casu de criteria niet aanduidt waarom deze uitzonderingen gelden.

40. Vergunningssysteem voor radio-omroep en TV-ondernemingen

40.1. Het Hof van Beroep te Luik (21 februari 1983, *Jur. Liège*, 1983, 133, noot) diende kennis te nemen van een zaak van radio-emissie zonder toelating, en uitzending van radioberichten met commerciële reclame. In tegenstelling tot de Correctionele Rechtbank te Luik in eerste aanleg (27 september 1982, *Jur. Liège*, 1982, 382), diende het Hof van Beroep te Luik naast een reeks andere problemen uit te maken of de wettelijke bepalingen in kwestie (art. 3 wet 30 juli 1979 en art. 16 K.B. 20 augustus 1981) in strijd zijn met artikel 10 ECRM⁹⁰.

Het hof beperkt zich tot verwijzing naar artikel 10, lid 2, ECRM, waarin de uitzonderingsgevallen ten aanzien van artikel 10, lid 1, ECRM zijn aangeduid, en naar artikel 10, lid 1, laatste zin, ECRM waarin de toelating is opgenomen voor de nationale overheden om de ondernemingen van radio-emissie te onderwerpen aan een regime van vergunningen. Het hof stelt vast dat het regime van vergunningen in België bestaat en dat dus het verbod tot uitzending zonder vergunning niet in strijd is met artikel 10 ECRM. De strafrechter moet er geen rekening mee houden dat het vergunningssysteem nog niet was uitgewerkt door de uitvoerende macht ter uitvoering van de uitgevaardigde wettelijke bepalingen op het ogenblik van de feiten.

Door deze stelling zonder motivering te poneren, creëert het hof een situatie waarbij het recht op vrije meningsuiting bij wijze van radio-emissie wordt verboden, hoewel uit artikel 10, lid 1, in fine, zeer duidelijk blijkt dat het recht op vrije meningsuiting over de radio-omroep niet mag worden

verboden van journalistieke of redactionele activiteiten in strijd was met art. 10 ECRM. Een verbod betreffende verspreiding van politieke opvattingen en voor zover het de periode na de oorlog betrof waarin de orde nog niet volledig was hersteld, kon nog rechtvaardig worden geacht. Een algeheel verbod ook na die periode kon niet noodzakelijk worden geacht in een democratische samenleving cf. art. 10, lid 2, ECRM. De zaak werd overgemaakt aan het Hof. Aangezien België echter door de wet van 3 juni 1961 het betwiste artikel 123sexies Sw. wijzigde, besliste het Hof op 27 maart 1962 de zaak van de rol af te voeren.

⁹⁰ Een stelsel dat tot een omroepmonopolie voor de Staat leidt, werd eerst door de Commissie in overeenstemming met artikel 10 geacht (3071/67, X v. Zweden, *Ann.*, 1968, 456 (462-464); 470/71, X v. UK, Coll. 40, 1972, 29 (29-30). Later distantieerde de Commissie zich hiervan (6452/74, Sacchi v. Italië, *D en R*, 5 (1976), 43 (50).

verboden, maar enkel dat de Staten de radio-omroep kunnen onderwerpen aan een systeem van vergunningen. Zolang dus geen sluitende regeling voor vergunningsverlening is uitgewerkt en van toepassing is, kan enkel op grond van artikel 10, lid 2, ECRM, radio-omroep worden verboden. Het arrest verwijst weliswaar naar artikel 10, lid 2, ECRM, maar motiveert niet in het minst waarom concreet één van de uitzonderingsgronden van artikel 10, lid 2, ECRM, van toepassing zou zijn.

40.2. In het zojuist besproken arrest verwees het hof naar een gelijkaardige zaak, waarin door het Hof van Cassatie werd geoordeeld. Een teledistributiemaatschappij had namelijk beelden van een vreemde zender verdeeld, zonder de publicitaire gedeelten uit de uitzending te weren. Naast een aantal andere argumenten had de door de strafrechter veroordeelde partij ingeroepen dat veroordeling en de aan de grondslag liggende wetgeving strijdig was met artikel 10 ECRM.

Het Hof van Cassatie (Cass., 9 december 1981, *J.T.*, 1983, 133, concl. adv.-gen. Krings, en noot Goffin, L. en Mahieu, M.) «antwoordt» in een laatste paragraaf van zijn arrest hierop dat de vrijheid van meningsuiting niet ongelimiteerd is en met name mag worden gereguleerd of verboden, wanneer deze reglementering of dit verbod overeenstemt met de eisen van het supranationale recht.

Ook in dit arrest blijven de criteria buiten beschouwing, op basis waarvan de uitzonderingen bepaald in artikel 10, lid 2, ECRM kunnen worden toegepast.

Artikel 11: vrijheid van vereniging/vakvereniging

41. Volgens de collectieve overeenkomst op 24 mei 1971 gesloten door de Nationale Arbeidsraad heeft het georganiseerd personeel recht op een *vakbondsafvaardiging*; de uitoefening van dit recht is echter geschorst tot de vaststelling van de toepassingsmodaliteiten door het bevoegd paritair comité. Sommige categorieën van het personeel kunnen zich door de toepassingsovereenkomst de uitoefening geweigerd zien van het vertegenwoordigingsrecht door een vakbondsafvaardiging. In casu beperkte de collectieve overeenkomst van 5 juli 1972 gesloten tussen het paritair comité van de bedienden van de scheikundige nijverheid het recht tot vertegenwoordiging door vakbondsafvaardiging tot de «gebaremiseerde» bedienden, met uitsluiting van de kaderbedienden.

Tegen deze uitsluiting voeren gedingvoerende partijen aan dat artikel 11 ECRM het recht op vrijheid van vereniging verzekert en specifiek die van vakbondsvrijheid. Het Arbeidshof te Brussel (9 december 1980, *J.T.T.*, 1981, 52), is echter van mening dat het recht op een vakbondsafvaardiging niet inbegrepen is in de vrijheden zoals bepaald in artikel 11 ECRM. Het hof poogt zijn zienswijze te rechtvaardigen door te stellen dat men zich zeer goed een vakbondsorganisatie kan inbeelden die optreedt ter verdediging van de professionele belangen van zijn leden zonder dat dezen daarom vertegenwoordigd zijn door een vakbondsafvaardiging bij de respectieve werkgevers. Het recht op vrijheid van vakvereniging betekent voor het hof niet noodzakelijk het recht van de werknemers op een vakbondsafvaardiging.

Het Hof te Straatsburg besliste op gelijkaardige wijze in

zijn arresten het Belgisch Politiesyndicaat⁹¹, het Zweeds Syndicaat van treinbestuurders⁹² en Schmidt en Dalhström⁹³ dat de vrijheid van vakvereniging een aspect is van de vrijheid van vereniging. Het verzekert noch aan de vakbonden zelf, noch aan de leden ervan een precieze behandeling door de Staat en o.m. niet het recht om door de Staat te worden geconsulteerd of er collectieve overeenkomsten mee te sluiten.

In deze zaak kwam niet de vraag ter sprake of de situatie van de kaderleden geen discriminatie uitmaakt op grond van artikel 14 ECRM, gecombineerd met artikel 11, dit ten aanzien van de positie van de bedienden-niet kaderleden, die wel door een vakbondsafvaardiging worden vertegenwoordigd. Mogelijk zou in dat licht de uitsluiting van de kaderleden van vertegenwoordiging door een vakbondsafvaardiging als strijdig met de Europese Conventie van de rechten van de mens kunnen worden gezien.

42. Inzake de vrijheid van vakvereniging, in haar individueel aspect beschouwd, nl. het recht voor elke werknemer om zich al dan niet bij een vakbond aan te sluiten, werd reeds herhaaldelijk de vraag onderzocht of de toekenning van een *vakbondspremie door de werkgever* geen inbreuk uitmaakt op deze vrijheid⁹⁴. In zijn arrest *Young, James en Webster* stelde het Hof van Straatsburg zeer duidelijk dat een zekere keuzevrijheid inherent is aan de vrijheid van vereniging⁹⁵.

Niet georganiseerde arbeiders vroegen de Raad van State vernietiging van een CAO waarbij aan leden van de drie grote arbeidersorganisaties voordelen worden toegekend, en dus niet aan die van kleinere vakorganisaties of aan niet-georganiseerden. De Raad van State (4 maart 1982, *R.W.*, 1982-83, 2621, noot Lemmens, P.) in bevestiging van vroeger ingenomen standpunten, verwierp het annulatieberoep. De Raad meent dat artikel 11 ECRM niet verhindert dat sociale voordelen aan arbeiders worden toegekend aangesloten bij bepaalde vakorganisaties, wanneer de waarde van die sociale voordelen niet zo hoog is dat de arbeiders hierdoor onder druk komen te staan om van deze vakorganisaties lid te worden. Om uit te maken of de arbeiders onder een dergelijke druk worden gesteld, dienen de voordelen

die men als lid van die vakbond geniet, te worden afgewogen tegenover de verplichtingen die de leden dienen op te nemen. In casu meende de Raad van State dat de voordelen voor de georganiseerden «middelen zijn die op adequate wijze het lidmaatschap van een vakbond kunnen stimuleren», maar oordeelde verder dat die voordelen, gezien de opgenomen verplichtingen, «niet van die aard zijn dat ze als dwangmiddel kunnen worden beschouwd om bij een in het paritair comité vertegenwoordigde vakbondsorganisatie aan te sluiten». Met P. Lemmens kan de vraag worden gesteld of dit geen al te subtiel onderscheid is en of de verplichtingen van de georganiseerden wel «van die aard» zijn dat zij een ernstig en concreet tegengewicht vormen tegen de voordelen⁹⁶.

Art. 13: Recht op daadwerkelijke rechtshulp voor een nationale instantie

43. Voor het Hof van Cassatie (14 november 1980, *R.W.*, 1980-81, 1252) werd naast de artikelen 1 en 6, lid 1 (onafhankelijk en onpartijdige rechterlijke instantie) en artikel 14 ECRM ook artikel 13 ingeroepen. Het Hof besloot dat de procedure voor de tuchtraden en de raden van beroep verliep zoals vereist in artikel 6, lid 1, ECRM. Hieruit volgt, aldus het Hof, dat ook aan de vereiste gesteld in artikel 13 automatisch is tegemoetgekomen.

44. Het Hof van Cassatie (7 september 1982, *R.W.*, 1982-83, 932, noot P. Lemmens, «De actiemogelijkheden van degene die beweert door een misdrijf te zijn benadeeld») beslist in dezelfde zin. Het hof beslist dat het niet in strijd is met artikel 6, lid 1, ECRM, dat alleen dit openbaar ministerie heropening kan vorderen van een strafonderzoek na buitenvervolginstelling. Anderzijds meent het Hof dat de burgerlijke partij overeenkomstig artikel 13 ECRM aanspraak kan maken op daadwerkelijke rechtshulp voor de burgerlijke rechter bij wie de zaak kan worden afgehandeld met inachtneming van de vereisten neergelegd in artikel 6, lid 1, ECRM.

Art. 14: discriminatie

Artikel 14 ECRM kan nooit op zichzelf worden ingeroepen. Het heeft geen onafhankelijk bestaan. Er kan enkel een beroep op worden gedaan in combinatie met één der rechten en vrijheden opgenomen in de Conventie. Schending van artikel 14 kan slechts worden vastgesteld wanneer discriminatie wordt vastgesteld in het genot van een recht op vrijheid, voorzien in de Conventie⁹⁷.

⁹¹ 27 oktober 1975, *Publ. E.C.H.R.*, Ser. A, vol. 19, § 38, al. 2; zie ook VANDERSANDEN, G., «Der Fall Nationale belgische Polizeigewerkschaft oder das Recht der repräsentativen gewerkschaftlichen Organisationen auf Konsultierung, Kommentar und Kritik», *EuGrZ*, 1976, 77-80.

⁹² 6 februari 1976, *Publ. E.C.H.R.*, Ser. A, Vol. 20, § 39, al. 2.

⁹³ 6 februari 1976, *Publ. E.C.H.R.*, Ser. A, Vol. 21, § 34.

⁹⁴ Zie verslag GERITS, *Par.St., Senaat*, 1979-80, nr. 315/2, 2-3., noten 1-2.

⁹⁵ 13 augustus 1981, *Publ. E.C.H.R.*, Ser. A, vol. 44, § 52; zie ook DRZEMCZEWSKI, A., en WOOLBRIDGE, F., «The closed shop Case in Strasbourg», *I.C.L.Q.*, 1982, 396-402; DUFFY, P.J., «The Closed Shop Case: a note on Young, James and Webster v. United Kingdom», *The Human Rights Rev.*, 1980, 205-207, en DUFFY, P.J., «The implementations of the closed shop case before the European Court of Human Rights», Verslag vergadering Queen Mary College Londen, 9 maart 1981, *The Human Rights Rev.*, 1981, 133-142; LEMMENS, P., «Het 'closed shop'-systeem en de vrijheid van vakvereniging (zaak Young, James en Webster)», *R.W.*, 1981-82, 1701-1703.

⁹⁶ Zie LEMMENS, P., noot onder Raad van State, 4 maart 1982, *R.W.*, 1982-83, 2625 en LEMMENS, P., «De vakbondspremie in de overheidssector», *T.B.P.*, 1983, 3-10.

⁹⁷ Belgische Taalzaak, 23 juli 1968, *Publ. E.C.H.R.*, Ser. A, vol. 6, § 9; Belgisch politiesyndicaat, § 44; Sunday Times, § 70; Schmidt en Dalhström, § 39; Engel, 8 juni 1976, *Publ. E.C.H.R.*, Ser. A, Vol. 22, § 72; Marckx, § 32; Airey, § 30; zie ook BOSUYT, M., «Het discriminatieverbod van de Europese Conventie van de Rechten van de Mens in de rechtspraak van de Commissie na het Belgisch taal arrest», *B.T.I.R.*, 1972, 502-528; BOSUYT, M., *L'interdiction de la discrimination dans le droit international*

45. In de volgende cassatiearresten werd alleen artikel 14 ECRM ingeroepen. De toepassing door het Hof van Cassatie gemaakt is in strijd met artikel 14 ECRM, aangezien niet wordt aangeduid welk recht gegarandeerd in de Conventie op discriminatoire wijze is geschonden.

45.1. In een eerste zaak had een vreemdeling cassatieberoep aangetekend tegen een beslissing ter bevestiging van een bevel tot aanhouding, die o.m. vermeldde dat betrokkene «misbruik had gemaakt van de gastvrijheid van de Belgische overheid». Deze enkele formulering laat cf. het Hof van Cassatie niet toe te stellen dat de rechter artikel 14 ECRM zou hebben geschonden (17 september 1980, *Arr. Cass.*, 1980-81, 62, en *Pas.*, 1981, I, 64).

45.2. Een tweede arrest betreft een gemeentelijk reglement van Lommel, dat de houders van drankgelegenheden taxeerde op basis van het aantal vrouwelijke personeelsleden werkzaam in hun bedrijf (30.000 frank per dienst). De Bestendige Deputatie van de provincie Limburg had ter zake geoordeeld dat «alle uitbaters die vrouwelijk personeel bezigden op dezelfde manier getaxeerd worden en er dus van discriminatie tussen die uitbaters geen sprake kan zijn».

Het Hof van Cassatie (18 september 1981, *R.W.*, 1981-82, 1560, *J.T.*, 758 en *Pas.*, 1982, I, 98) oordeelt dat er een discriminatie bestond tussen de exploitanten met mannelijke en die met vrouwelijke personeelsleden; het arrest vernietigt de beslissing omdat de bestendige deputatie niet naging of het onderscheid op die manier gemaakt arbitrair is of een grondwettelijke of internationaalrechtelijke regel schendt.

46. Door de Raad van State (11 februari 1983, *Adm. Publ.* (M), 1983, 28) werd terecht opgemerkt dat artikel 14 ECRM slechts geldt voor zover en met betrekking tot een recht dat in de ECRM is gegarandeerd. Noch de weigering van toegang tot het Parlement van een persoon, bezoldigd door de Staat, noch de aanvaarding van uitzonderingen hierop zoals vervat in de wet van 6 augustus 1931, zijn strijdig met een principe vervat in de ECRM.

47. Artikel 14 werd reeds meerdere malen ingeroepen in combinatie met artikel 8 ECRM⁹⁸.

47.1. In dit verband kan o.m. de aandacht worden getrokken op het arrest van het Hof van Cassatie (7 oktober 1981, *R.D.P.*, 1982, 95, *R.W.*, 1982-83, 721), waar het stelt dat dit artikel niet elk onderscheid in behandeling bij de uitoefening van rechten en vrijheden verbiedt. Er is enkel een miskenning wanneer dit onderscheid willekeurig is en niet objectief en redelijk kan worden gerechtvaardigd. Dit moet worden beoordeeld in het licht van het doel en de gevolgen van de getroffen maatregelen en met inachtneming van de geldende algemene beginselen in een democra-

tische samenleving. De nationale gezagsorganen blijven vrij in de keuze van de maatregelen die zij geschikt achten ter regeling van de door de Conventie bestreken gebieden, zij het dan dat die maatregelen moeten beantwoorden aan de eisen van de Conventie (zie nr. 27.1).

47.2. Schending van artikel 14 in samenhang met artikel 8 ECRM werd afgewezen door het hof van beroep in verband met de bepaling die de herroeping van een wettiging door adoptie uitsluit (Brussel, 29 april 1982, *R.W.*, 1982-83, 1856-1861, noot Senaev, P., «Het E.V.R.M. en de adoptiewetgeving»). In zijn noot concludeerde Senaev echter dat de absolute onmogelijkheid van de wettiging door adoptie van een reeds door adoptie gewettigd kind (althans tijdens het leven van de adoptief ouders), samenhangend met de absolute onmogelijkheid om een gehomologeerde wettiging door adoptie te herroepen wel dergelijke schending uitmaakt (zie ook nr. 26.2).

47.3. De strafbaarstelling van homoseksuele handelingen werd evenmin door het Hof van Cassatie strijdig geacht met artikel 14 ECRM; er wordt geen onderscheid gemaakt voor het bedrijven van de homoseksualiteit op grond van geslacht of van een der andere gronden aangehaald in artikel 14 ECRM. Door voor de homoseksualiteit de minimumleeftijd van de minderjarige op wiens persoon of met wiens hulp het feit wordt gepleegd, hoger te stellen dan voor de heteroseksualiteit, wordt geen «onderscheid» gemaakt in de zin van het verdrag. Dit verschil is niet willekeurig bepaald, maar is naar het oordeel van de wetgever noodzakelijk in het belang van de openbare orde en ter bescherming van de morele gezondheid en de zeden van de jeugd op zijn grondgebied (7 december 1982, *R.W.*, 1982-83, 1908, noot Lemmens, P., «Homoseksualiteit, privé-leven en discriminatieverbod») (zie ook nr. 30).

47.4. Het arrest van het Hof van Cassatie van 7 oktober 1981 inzake uitzetting van een vreemdeling oordeelde dat het onderscheid in behandeling tussen vreemdelingen en Belgen niet willekeurig is omdat het op een objectieve en redelijke wijze kan worden verantwoord. In casu gebeurde dit voldoende volgens het Hof, aangezien het gebeurde overeenkomstig «de interne wet ter vrijwaring van de openbare veiligheid en/of de bescherming van de openbare orde» (*R.W.*, 1982-83, 721; *R.D.P.*, 1982, 95; zie ook nr. 27.1).

47.5. De Raad van State diende te oordelen over een weigering van gezinshereniging door de minister van Justitie (20 januari 1983, nr. 22.867, *T.B.P.*, 1983, 480). De Raad van State oordeelde dat er een schending van artikel 14 ECRM is, aangezien dit artikel alle discriminatie van de overheid verbiedt wanneer zij optreedt tegenover personen die verschillen van «geslacht, ras, kleur, ... nationale of maatschappelijke afkomst». Het bestreden bevel wordt geacht geen zodanige discriminatie in te houden, daar het grond is op de overweging dat het kind «niet kan genieten van de gezinshereniging» omdat het niet tot het gezin behoort dat ontstaan is uit het tweede huwelijk van zijn vader. De Raad van State beslist verder dat een dergelijke reden is gebaseerd op de Belgisch-Marokkaanse overeenkomst, die algemeen geldend is en die ook, waar het past, tegen Belgische onderhorigen moet worden ingeroepen.

Artikel 14 ECRM verbiedt echter ook discriminatie op grond van «geboorte of iedere andere status». In casu is zulks duidelijk het geval aangezien enkel het feit dat het

des droits de l'homme», Brussel, Bruylant, 1976, 133; EISSEN, M.-A., «L'autonomie de l'art. 14 de la Convention européenne des droits de l'homme dans la jurisprudence de la Commission», in, *Mélanges Modinos*, 1968, 122-145; GUGGENHEIM, P., «Quelques remarques au sujet de l'article 14 de la Convention européenne des Droits de l'Homme», in *Réne Cassin Amicorum Discipulorumque liber*, I, Parijs, Pedone, 1969, 95 e.v.

⁹⁸ Zie supra nr. 24 (erfrecht), 25 (afstamming), 26 (adoptie), 27 (vreemdeling) en 30 (homoseksualiteit).

kind waarvoor hereniging wordt gevraagd geboren is uit het eerste huwelijk van de vader, niet in aanmerking komt voor hereniging.

Art. 1 Protocol I: eigendomsrecht

48. Onteigeningen

48.1. Tijdens een procedure van opstelling van gewestplannen maakte de overheid een dubbele fout door een minder gunstige bestemming te geven aan een grond dan oorspronkelijk was voorzien. De bestemmingswijziging gebeurde volgens eisers foutief daar zij gebeurde 1) nog tijdens de termijn van 90 dagen (periode voor inzage op het gemeentehuis) en zulks zonder dat een nieuw openbaar onderzoek plaatsvond, en 2) zonder motivering.

De Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel was van oordeel dat de quasi-onteyning plaats vond ten algemenen nutte en met inachtneming van de geldende wettelijke bepalingen zodat artikel 1 Protocol I niet was geschonden (14 juni 1981, *R.G.A.R.*, 1983, nr. 10.560).

48.2. De Raad van State (16 juni 1981, *Arr. R. v.St.*, 1981, nr. 21.269) oordeelde dat door invoering van het gewestplan geen inbreuk werd begaan op artikel 1 Protocol I ten aanzien van een partij die haar grondeigendommen volgens de nieuwe bestemming van bouwgrond tot landbouwgrond zag devalueren, wat een financieel nadeel oplevert.

De Raad van State gaat enkel na of er «verboden onteigening» is in de zin van het artikel 1, al. 1, Protocol I, maar staat niet stil bij de vraag of hier geen beperking van het eigendom wordt opgelegd strijdig met artikel 1, al. 2, Protocol I, zonder dat van een echte onteigening hoeft sprake te zijn. In tegenstelling met de toegelaten vorm van onteigening moet voor beperking van het genot aan het eigendom de beperking «noodzakelijk» zijn «in het algemeen belang». Hoewel deze «noodzaak» door de overheid mag worden beoordeeld, zou het Hof deze kunnen toetsen aan de artikelen 14, 17 en 18 ECRM.

48.3. In een soortgelijke zaak besliste de Raad van State (26 januari 1982, nr. 21.936, *Arr.R.v.St.*, 1982, 139-148) op dezelfde wijze.

49. Dit artikel werd tevens ingeroepen inzake erfrechtelijke eisen van natuurlijke kinderen⁹⁹.

Art. 2 Protocol I: recht op onderwijs

50. Dit artikel werd voor de Raad van State ingeroepen in een zaak tegen de «Conseil Supérieur de l'Ecole Européenne Bruxelles I». De Raad van State verklaarde zich onbevoegd (zie ook nr. 14.5).

Kritische beschouwingen

51. De uitspraak van H. Rolin als zou de ECRM «un texte de droit positif ignoré des juristes belges»¹⁰⁰ zijn, be-

hoort thans toch wel tot vervlogen tijden. Ook de periode waarin J. Velu in 1968 schreef dat de impact van de ECRM in de Belgische rechtspraak tot dan tot een relatief beperkte draagwijdte had en «slechts bedachtzaam en traag» door-drong is door de realiteit volledig achterhaald¹⁰¹. Kwantita-tief is er een enorme aangroei van het aantal vonnissen en arresten met verwijzing naar de ECRM. In de onderzochte periode werden meer dan 100 vonnissen en arresten gewezen, waaronder meer dan de helft, nl. ongeveer 65, cassatiearresten⁶². Het arrest Marckx door het Hof te Straatsburg tegen België gewezen blijkt voornamelijk in Vlaanderen de aandacht te hebben getrokken. Alle gepubliceerde rechtspraak inzake de artikelen 8 en 14 ECRM en het familierecht bv. betreffen rechtbanken en hoven uit het Vlaamse landsgedeelte¹⁰³.

52. Niet op alle artikelen wordt evenveel een beroep gedaan. Overduidelijk is het nog steeds artikel 6 ECRM, dat het meest wordt ingeroepen¹⁰⁴. In de tweede plaats komt thans artikel 8 ECRM, waarvan betekenis en draagwijdte voornamelijk is doorgedrongen tot de praktijkjurist ten gevolge van het arrest Marckx. In een groot aantal zaken werd eveneens een beroep gedaan op artikel 14 ECRM (discriminatiebeginsel), dat vooral in combinatie met artikel 8 ECRM, (privé- en gezinsleven) een belangrijke rol speelt voor onze hoven en rechtbanken. In dit verband kan worden aangestipt dat hierbij ook meermaals artikel 1 Protocol I wordt ingeroepen. Een achttal zaken hebben betrekking op artikel 10 ECRM (de vrijheid van meningsuiting). Verder werden nog de artikelen 1, 2, 3, 4, 5, 7, 11 en 13 ECRM, alsmede artikel 2 van het eerste Protocol ingeroepen.

53. Het strafrecht is wel het domein waarin het meest een beroep wordt gedaan op de ECRM. In tegenstelling tot de periode vóór 1968¹⁰⁵, wordt thans ook in heel wat zaken in de sector van het burgerlijk recht een beroep gedaan op de ECRM, ongetwijfeld onder invloed van het arrest Marckx. Het betreft dan ook meestal het personen- en familierecht. De ECRM werd tevens in een hele reeks zaken omtrent tuchtprocedures ingeroepen. Lange tijd werd de toepassing van de ECRM op deze soort van zaken geweigerd. Het Hof te Straatsburg meende echter in de zaak Le Compte, Van Leuven en De Meyere dat artikel 6 ECRM wel van toepassing is op tuchtprocedures, wanneer het resultaat ervan bepalend is voor burgerlijke rechten en plichten. Pas na een tweede arrest ter zake gewezen door het Europees Hof (arrest Albert en Le Compte) werd deze

¹⁰¹ VELU, J., «L'application et l'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme dans la jurisprudence belge», *J.T.*, 1968, 704, nr. 60.

¹⁰² Tot 1968 rekende Velu een zestigtal beslissingen, waaronder een 15-tal cassatiearresten (VELU, J., «L'application ...», *J.T.*, 1968, 696, nr. 5). Tot 1981 waren er een 120-tal cassatiearresten (GRIMONPREZ, K., «Het Hof van Cassatie en vijftientig jaar E.V.R.M.», *R.W.*, 1981-82, 2674). Thans dus in de overlopen periode 1981 tot 1983 alleen reeds betreft het ongeveer 65 gepubliceerde cassatiearresten.

¹⁰³ Zie nrs. 24 tot 26.

¹⁰⁴ VELU, J., «L'application ...», *J.T.*, 1968, 696-704; VELU, J., «Article 6 of the European ...», *A.J.C.L.*, 1970, 259-292.

¹⁰⁵ VELU, J., «L'application ...», *J.T.*, 1968, 59.

⁹⁹ Zie supra 24.1, 24.2 en 25.3.

¹⁰⁰ ROLIN, H., «Un texte de droit positif ignoré par les juristes belges: la Convention européenne des Droits de l'Homme», *J.T.*, 1958, 515-516.

rechtspraak ook door het Hof van Cassatie gevolgd. Ook in andere rechtstakken, zoals het sociaal recht, het handelsrecht en het administratief recht, wordt men zich meer bewust van de mogelijkheden van de ECRM. Op het vlak van het fiscaal recht werden reeds meerdere pogingen gedaan om zich op de bepalingen van de ECRM te beroepen, en enkele malen met succes.

54. De meeste rechten en vrijheden erkend in de ECRM, titel I, en in het eerste en vierde Protocol hebben directe werking in de interne Belgische rechtsorde. De meeste normatieve bepalingen zijn voldoende duidelijk en volledig geformuleerd opdat toepassing door de rechter kan worden verzekerd. De rechtsleer heeft bij herhaling gewezen op de directe werking van de meeste normatieve bepalingen van de ECRM in het Belgisch recht¹⁰⁶.

Reeds lange tijd werd de directe werking door de Belgische rechtbanken en hoven impliciet aanvaard¹⁰⁷. Beslissingen met formulering *expressis verbis* van het principe van de directe werking waren echter zeldzaam¹⁰⁸. In de arresten van 14 januari 1976¹⁰⁹ en 26 september 1978¹¹⁰ bevestigde het Hof van Cassatie het principe van zijn rechtspraak gewezen in het bekende Franco Suisse - Le Ski arrest¹¹¹.

¹⁰⁶ Zie o.m. BOSSUYT, M., «The Direct Applicability of International Instruments of Human Rights (with special reference to Belgian and US Law)», *B.T.I.R.*, 1980, 317-344, en in *Collection de Droit international, De directe werking in het Belgisch recht van de Internationale verdragen in het algemeen, en van de internationale instrumenten inzake mensenrechten in het bijzonder*, Studiebijeenkomst te Wilrijk, 7 november 1980 van het Belgisch Genootschap voor Internationaal Recht (BGIR), Brussel, Bruylant, 1981, 79-105; GANSHOF VAN DER MEERSCH, W., «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*, Brussel, Presses Université de Bruxelles, 1968, 155-251 (190); GANSHOF VAN DER MEERSCH, W., «Aspects de la mise en oeuvre d'une sauvegarde collective des droits de l'homme en droit international — La Convention européenne», in *Mélanges Fernand Dehousse* 1979, 193-208 (197-199); GANSHOF VAN DER MEERSCH, W., «La garantie des droits de l'homme et la Cour européenne de Strasbourg», *J.T.*, 1982, 102-115; GOLSONG, H., «L'effet direct ainsi que le rang en droit interne des normes de la Convention européenne des droits de l'homme et des décisions prises par les organes institués par celle-ci», in *Les recours des individus devant les instances nationales en cas de violation du droit européen*, Brussel, 1978, 67-68; VELU, J., «Les voies de droit ouvertes aux individus devant les instances nationales en cas de violation de la Convention européenne des droits de l'homme», in *Les recours des individus devant les instances nationales en cas de violation du droit européen*, Brussel, Larcier, 1978, 187-243; VELU, J., «Les effets directs des instruments internationaux en matière des droits de l'homme», *B.T.I.R.*, 1980, 293-317; VELU, J., *Les effets directs des instruments internationaux en matière de droits de l'homme*, Swinnen, Brussel, 1981, 190 p.

¹⁰⁷ Voor een overzicht van rechtspraak ter zake, zie VELU, J., *Les effets directs* ..., 22-28 en 83-113, noten 68-112bis.

¹⁰⁸ *Ibid.*, 17, noot 44.

¹⁰⁹ Cass., 14 januari 1976, *Pas.*, 1976, I, 538.

¹¹⁰ Cass., 26 september 1978, *De Verz.*, 1978, 247, *R.W.*, 1978-79, 1670, *Pas.*, 1979, I, 126.

¹¹¹ Cass., 27 mei 1971, *Arr. Cass.*, 1971, 959, concl. proc.-gen. Ganshof van der Meersch, *R.W.*, 1971-72, 424, noot en *Pas.*, 1971, I, 886.

Uit de rechtspraak van de onderzochte periode blijkt dat de rechtbanken en hoven expliciet de directe werking aannemen van de artikelen 3, 5, 6, 8 en 14 ECRM, en artikel 1 Protocol I. In bepaalde gevallen werd zelfs de directe werking erkend van de artikelen 2 tot 12 ECRM. Inzake artikel 3 ECRM oordeelde de Vrederechter van het Kanton Tubize bv.:

«Le juge doit appliquer la norme de droit international avant et même au détriment de la norme de droit national lorsqu'il y a contradiction entre ces deux normes; que la justice ne saurait souscrire ou se prêter à une violation d'un traité international approuvé par la Belgique (quod in casu)» (27 oktober 1981, *T. Vred.*, 1982, 171)¹⁷⁴.

De Rechtbank van Eerste Aanleg te Turnhout (29 april 1982, *R.W.*, 1982-83, 1590, en 14 oktober 1982, *R.W.*, 1982-83, 2771) overwoog in verband met de vraag tot toepassing van de artikelen 8 en 14 ECRM, dat de regelen met betrekking tot de rechten en vrijheden, erkend door de artikelen 2 tot 12 van de Conventie, rechtstreeks werkzaam zijn in de nationale rechtsorde en behoren tot een publieke orde, die primauteit heeft op de interne publieke orde, en verwees hieromtrent naar J. Velu, *Les effets directs* ..., nrs. 7 en 11. De Vrederechter te St.-Niklaas (20 juli 1983, *VI. T. Gez.*, 1983, 89) oordeelde op een vordering tot inning van de jaarlijkse bijdrage door de Orde der Geneesheren en stelde dat «derhalve dient aangenomen dat de Orde der Geneesheren in zijn tuchtprocedure ontzettig, want in strijd met een direct toepasselijke bepaling van het Internationaal recht, handelt». De Burgerlijke Rechtbank te Gent (20 november 1980, *R.W.*, 1980-81, 2338) motiveerde haar beslissing o.m. als volgt: «De Belgische rechter moet echter de toepassing afwijzen van elke bepaling van intern recht wanneer die strijdig is met een bepaling van een internationaal verdrag voor zover deze laatste bepaling rechtstreekse werking heeft in de interne rechtsorde(...). Zulks is het geval voor de bovengenoemde bepalingen uit het Verdrag van Rome nu die de nodige rechtstreekse werking bezitten (zie ...)».

De Jeugdrechtbank te Brussel (27 november 1981, *R.W.*, 1982-83, 1861) overwoog dat: «... op grond van o.m. dit artikel het Hof van Straatsburg elke discriminatie tussen wettige en natuurlijke kinderen veroordeelde, dus a fortiori elke discriminatie tussen wettige en gewettigde kinderen; dat het Hof duidelijk stelde dat de Belgische wet geïnterpreteerd moet worden naar de geest van de tijd waarin elke discriminatie ontoelaatbaar is; de Belgische rechter moet de toepassing afwijzen van elke bepaling van intern recht wanneer die strijdig is met een bepaling van een internationaal verdrag voor zover deze bepaling rechtstreekse werking heeft in de interne rechtsorde(...); om de toepassing van een met het Verdrag van Rome strijdige Belgische wet af te wijzen, moet de rechter niet wachten tot een navolgende wet die de strijdigheid heeft weggewerkt(...)».

De Burgerlijke Rechtbank te Brugge van haar kant oordeelde evenwel in foutieve bewoordingen: «Dit Verdrag (ECRM) heeft een rechtstreekse werking en dienvolgens zou de Belgische rechter de toepassing dienen af te wijzen van een interne met het verdrag strijdige rechtsregel. ...», en «Het ECRM maakt deel uit van de Belgische rechtsorde, en heeft derhalve onmiddellijke werking in de interne nationale rechtsorde, waar het de interne wet voorgaat, en als dusdanig door de rechter dient te worden toegepast» (14

maart 1983, *T.Brugse Rechtspraak*, 1983, 27). Niet de Conventie, maar wel de bepalingen ervan kunnen directe werking hebben; opdat de bepalingen kunnen worden toegepast door de rechter, is allereerst vereist dat zij interne werking hebben (opgenomen zijn in de Belgische rechtsorde), maar moeten deze bepalingen eveneens voldoende duidelijk en volledig geformuleerd zijn. In een ander vonnis oordeelde dezelfde rechtbank: «...en de rechter dient in casu voornoemde miskende bepalingen van de ECRM (artt. 8 en 14) die in ons rechtsbestel in dit geval een directe werking hebben toe te passen» (16 mei 1983, *T.Brugse Rechtspraak*, 1983, 36). Het Hof van Beroep te Brussel (31 januari 1983, *R.W.*, 1982-83, 2681) meende in verband met artikel 8, lid 1, ECRM, dat «deze bepaling echter niet op voldoende nauwkeurige wijze de individuele rechten inhoudt waarop ieder kind zoals in casu, aanspraak kan maken, met betrekking tot het recht op een normaal gezinsleven».

55. In principe zijn de arresten van het Hof te Straatsburg enkel bindend voor de partijen in de zaak waarin door het Hof uitspraak is gedaan. De Belgische rechter kan zich nochtans laten leiden door de interpretatie aan de conventiebepalingen gegeven door het Europees Hof. Probleem hierbij is het gezag van de beslissingen van de organen van de Europese Conventie. Een arrest van het Europees Hof dat een wet onverenigbaar verklaart met een rechtstreeks toepasselijke bepaling van de Conventie, heeft niet tot gevolg dat deze wet wordt opgeheven of gewijzigd. Gezien het gezag van de arresten van het Europees Hof en de voorrang die dient te worden gegeven aan de Conventie, is het dan ook aangewezen dat de Belgische rechter de wet in kwestie niet meer toepast.

De in strijd met de ECRM verklaarde wet toch nog verder toepassen zou neerkomen op een foutieve toepassing van het Belgisch recht gezien de primauteit van de in de Belgische rechtsorde geïncorporeerde conventiebepalingen. Tevens zou de internationale verantwoordelijkheid van de Belgische Staat in het gedrang worden gebracht. Een nieuwe veroordeling van de Belgische Staat zou dan meer dan waarschijnlijk zijn. In de rechtsleer ontstond hieromtrent enige verdeeldheid¹¹². Hoe dan ook, aan de arresten

van het Hof te Straatsburg dient, zoals door W. Ganshof van der Meersch wordt gesteld, een «autorité de la chose interprétée» te worden toegekend¹¹³. Het Hof te Straatsburg zelf is van mening dat zijn interpretatie gezaghebbend is voor toekomstige soortgelijke zaken voor de Belgische rechtbanken¹¹⁴.

Sinds het arrest Marckx is de wettelijke situatie inzake de natuurlijke kinderen nog steeds niet gewijzigd; een wetsontwerp is nog steeds hangende voor de senaatscommissie van Justitie¹¹⁵. Meerdere rechtbanken hebben intussen echter terecht gemeend de rechtspraak van het Europees Hof te moeten volgen, en toepassing van de nog bestaande strijdig geachte Belgische wetgeving naast zich neer te leggen¹¹⁶. In zijn arrest van 31 januari 1983 oordeelde het Hof van Beroep te Brussel echter: «Dat het arrest van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in de zaak Marckx (...) slechts bindende kracht heeft voor de betwisting waarin het uitspraak heeft gedaan en tussen de partijen die er bij betrokken waren, behoudens de hiervoren vermelde toepasselijkheid van art. 53 wat de Belgische Staat betreft»¹¹⁷.

In zijn rechtspraak na het arrest *Le Compte, Van Leuven en De Meyere*, bleef het Hof van Cassatie, zoals hiervoor reeds gezegd, zijn eigen vroegere rechtspraak ter zake volgen. Een nieuwe veroordeling was dan ook te verwachten. Pas na het arrest *Albert en Le Compte* werd aan de interpretatie door het Europees Hof voorrang gegeven. De Vrederechter te St.-Niklaas (20 juli 1983, *VI.T.Gez.*, 1983, 89) daarentegen, blijkbaar nog niet in kennis van de wijziging in de cassatierechtspraak, volgde de interpretatie door het Hof van Cassatie te Straatsburg en oordeelde dat: «Het komt ons voor dat aan deze rechtspraak (van het Hof van Straatsburg) de voorkeur moet gegeven worden boven die van het Hof van Cassatie zelfs na diens arrest dd. 21 januari 1982 (...), onder meer op grond van de volgende overweging.

In zijn conclusie voor dit cassatiearrest had procureur-generaal Dumon, ten zeerste bewust van het belang van de vraag of het Hof van Cassatie na het arrest van het Europees Hof van 23 juni 1981 zijn vroegere rechtspraak al dan niet diende te wijzigen, toch gemeend tot het behoud daarvan te moeten adviseren, onder meer omdat het slechts de eerste keer was dat het Europees Hof zich als dusdanig had uitgesproken: 'Si, en effet, celle-ci avait déjà statué par deux ou plusieurs arrêts de la même manière qu'elle a fait

¹¹² Over deze problematiek, zie o.m. BOSSUYT, M., «Publiekrechtelijke ...», *R.W.*, 1979-80, 929-970; DAUBIE, C., «L'autorité des arrêts et des décisions des organes de la Convention européenne des Droits de l'Homme», *R.D.H.*, 1973, 735-746; DRZEMCZEWSKI, A., «The authority of the Findings of the Organs of the European Human Rights Convention in domestic Courts», *Legal Issues of European Integration*, 1979, 1-50, en *European Human Rights Convention in domestic Law*, Oxford, Clarendon Press, 1983, 260-325; Sir Vincent EVANS, «The Practice of European Countries where Direct Effect is given to the European Convention on Human Rights in International Law», schriftelijk verslag in *Proceedings of the Colloquy about the European Convention on Human Rights in Relation to other International instruments for the Protection of Human Rights*, Athene, 21-22 september 1978, Council of Europe, 1979, 109-239; EVRIGENIS, D., «Réflexions sur la dimension nationale de la Convention européenne des droits de l'homme», in *Actes Colloque d'Athènes sur la Convention européenne des droits de l'homme*, Conseil de l'Europe, Straatsburg, 1979, 68 e.v.; RESS, G., «Effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme en droit interne et pour les tribunaux», rapport in *Actes du cinquième colloque international sur la Con-*

vention européenne des droits de l'homme, Francfort, 9-12 april 1980, Parijs, Ed. Pedone, 1982, 235-313; RIGAUX, F., «La loi condamnée...», *J.T.*, 1979, nr. 63-74; van ALKEMA, E., noot onder Nederlandse Hoge Raad, 18 januari 1980, *EuGRZ*, 1980, 213; VELU, J., «Les voies ...», 225, en *Les effets ...*, 129-178. Zie ook SENAEVE, P., «Het E.V.R.M., de directe werking en het Marckxarrest» (noot onder Brussel, 31 januari 1983), *R.W.*, 1982-83, 2684-2691.

¹¹³ GANSHOF VAN DER MEERSCH, W., «La garantie ...», *J.T.*, 1982, 107.

¹¹⁴ *Marckx*, § 58, if.

¹¹⁵ Wetsontwerp van 15 februari 1970, *Parl. Besch.*, Senaat, 1977-78, nr. 350/1.

¹¹⁶ Zie supra, nrs. 24-26.

¹¹⁷ Zie supra nr. 25.3.

à cette date, j'inciterais la Cour à s'incliner...'. Waar het Europees Hof zich in zijn arrest van 10 februari 1983 andermaal in dezelfde zin heeft uitgesproken, mag men zich redelijkerwijs aan een wijziging van de rechtspraak van het Hof van Cassatie verwachten. Derhalve dient aangenomen dat de Orde der Geneesheren in zijn tuchtprocedure onwetig, want in strijd met een direct toepasselijke bepaling van internationaal recht handelt.»

Ook wanneer het Europees Hof tegenover een andere Staat een schending heeft vastgesteld, dient de Belgische rechter in een soortgelijke zaak uit het arrest de nodige consequenties te trekken.

56. Uit het beginsel dat de rechten en vrijheden van de mens tot de openbare orde behoren, volgt dat de rechter ambtshalve een schending van de ECRM moet opwerpen. De Krijgsraad te Luik (8 september 1983, *Jur. Liège*, 1983, 518, noot) oordeelde: «Attendu qu'en matière répressive, les juridictions belges ont l'obligation d'appliquer d'office les règles des articles 5 et 6 de la Convention. Si celles-ci sont plus rigoureuses dans la protection des inculpés ou des prévenus que les règles de la protection pénale interne (Velu, *Les effets...*, 1981, nr. 30)».

In een zaak voor het Hof van Beroep te Brussel (9 april 1981, *Pas.*, 1981, 105), werd door de beklaagde artikel 7 van de Universele Verklaring van de rechten van de mens ingeroepen. Na erop te hebben gewezen dat deze geen deel uitmaakt van ons positief recht overweegt het hof wel dat het principe van gelijkheid van rechtsmiddelen is herhaald in artikel 6, lid 1, ECRM.

57 Volgens artikel 97 van de Grondwet dienen alle gerechtelijke beslissingen te worden gemotiveerd. Uit de onderzochte rechtspraak echter blijkt dat in vele gevallen weinig of helemaal niet wordt gemotiveerd. Zonder enige motivering wordt dikwijls gewoonweg gesteld dat op grond van de voorgelegde feiten geen schending voorhanden is. Na weergave van de inhoud van het artikel wordt meermaals zonder meer de niet-strijdigheid geponeerd. De vaststelling van K. Grimonprez na een onderzoek van het Hof van Cassatie en 25 jaar ECRM¹¹⁸, is nog steeds geldig. Het Hof van Cassatie zelf voldoet vaak niet aan de motiveringsverplichting. Een formulering waarin enkel het gestelde probleem wordt samengevat, en/of waarin enkel de inhoud van het artikel van de ECRM wordt weergegeven, is geenszins een gemotiveerd antwoord. Meermaals geeft het Hof één stelling weer die kan worden aangehangen, zonder echter de gegrondheid ervan aan te duiden. omtrent dit gebrek aan motivering, kan worden verwezen naar diverse arresten besproken in dit overzicht¹¹⁹. Een degelijke motivering, weergave van de overwegingen waarop de rechter zijn beslissing baseerde, maakt nochtans deel uit van het eerlijk proces. Een gebrek aan motivering kan op zichzelf reeds een inbreuk uitmaken op de ECRM.

Inzake het gebrek aan motivering in deze materie kan dan ook worden besloten met een verwijzing naar een citaat

van mr. J.J. Abspoel¹²⁰, aangehaald bij L. Neels¹²¹: «Voor de strafrechter heeft nog te vaak de gewoonte om veel te overwegen maar zelden uitgebreid te motiveren. Hij somt in zijn vonnissen allerlei bewijsmiddelen op zonder daar veel verband in te brengen. Dan barst hij ineens uit in de kreet dat hij het ene wel en het andere niet bewezen acht, zonder enige toelichting van het hoe en waarom. Uiteindelijk besluit hij met de exclamatie dat hij, gelet op het feit, de persoon en de omstandigheden van de dader hem veroordeelt tot een bepaalde straf. Deze nietszeggende formule wordt zowel gebezigd voor een geldboete van twee tientjes, als voor een gevangenisstraf van jaren. In feite zijn de uitspraken even onbegrijpelijk als de oorlogskreten der Apachen».

Ten slotte kan er nog op worden gewezen dat slechts in enkele gevallen in de motivering wordt verwezen naar de beslissingen en arresten van de organen te Straatsburg. Deze verwijzingen betreffen dan gewoonlijk arresten tegen België gewezen. Het gering aantal van deze referenties, en zeker wat de rechtspraak van het Europees Hof betreft, is wellicht te wijten aan het gebrek aan kennis ter zake van zowel rechters als advocaten, die afstudeerden grotendeels voordat uitgebreider aandacht werd geschonken tijdens de juridische opleiding aan het groeiend belang van de mensenrechten in het internationaal recht.

58. In grote mate kan worden besloten tot conformiteit van de Belgische rechtspraak met die van de organen te Straatsburg¹²². In meerdere gevallen onderzoekt en analyseert het openbaar ministerie bij het Hof van Cassatie nauwkeurig de beslissingen van de Commissie en de arresten van het Europees Hof in zijn advies. In dit verband kan speciaal worden verwezen naar de adviezen van de advocaat-generaal Velu, J., die steeds uitmunten door hun nauwkeurigheid en gedetailleerd onderzoek. Zoals ook door het Hof te Straatsburg geëist¹²³, wijst het Hof van Cassatie er tevens op dat voor de bepaling van de redelijke termijn rekening moet worden gehouden met de gewichtigheid van het dossier en de complexiteit van de feiten. Door verscheidene lagere rechtbanken werd de interpretatie door het Europees Hof gegeven in de zaak Marckx nagevolgd. Artikel 6 wordt evenmin als in Straatsburg van toepassing geacht op de onderzoeksgerechten.

Dat het Hof van Cassatie jammer genoeg ook op de tegengestelde weg van de interpretatie zoals voorgehouden door de organen te Straatsburg kan worden gezet, kan worden afgeleid uit de conclusies van de procureur-generaal F. Dumon inzake tuchtprocedures, en dit nadat reeds het arrest Le Compte, Van Leuven en De Meyere te Straatsburg was gewezen¹²⁴. Hierbij kan nochtans worden verwezen naar het vonnis van de Vrederechter te St.-Niklaas, die ondanks alles toch terecht zelf de voorkeur gaf aan de interpretatie door het Hof te Straatsburg¹²⁵.

¹²⁰ *Studenten, moordenaars en ander volk. Kritische kanttekeningen van een officier van justitie*, Ede, 1979, 181.

¹²¹ «Affiches ...» (noot onder Antwerpen, 1 april 1977), *R.W.*, 1980-81, 867.

¹²² GRIMONPREZ, K., *l.c.*, 2667-2668.

¹²³ Zie noot 46.

¹²⁴ Zie supra, nr. 17.1.

¹²⁵ Zie supra nr. 17.2, al. 3.

¹¹⁸ GRIMONPREZ, K., *l.c.*, 2670-2671.

¹¹⁹ Zie o.a. artikel 6 (nrs. 15.2, 19.5 en 19.7), artikel 8 (nrs. 28 en 32.1) en artikel 10 (nr. 37).

60. Hoewel het aantal zaken waarin de ECRM werd ingeroepen in hoge mate stijgt, worden in verhouding slechts weinig schendingen vastgesteld. In totaal betreft het slechts een vijftiental zaken¹²⁶, waarvan de helft door het Hof van Cassatie werd uitgesproken¹²⁷. Dat slechts weinig schendingen werden vastgesteld, zeker door het Hof van Cassatie a rato van het totaal aantal behandelde (gepubliceerde) zaken, wil evenwel nog niet zeggen dat in realiteit de Belgische wetgeving steeds conform is aan de ECRM. Meermaals wordt het eigenlijk voorgelegde probleem uit de weg gegaan of wordt slechts oppervlakkig motiverend geoordeeld om dan tot geen schending te moeten besluiten. De vroeger vastgestelde schendingen alsmede de meeste schendingen uit de besproken periode hebben telkens betrekking op een bepaalde feitelijke situatie. Wetten werden echter meestal conform met de ECRM geacht¹²⁸. Zo meende het Hof van Cassatie (16 juni 1982, *R.D.P.*, 1982, 910) dat een interneringsmaatregel in de zin van de wet van 27 november 1891 op zichzelf geen vernederend karakter in de zin van artikel 3 ECRM bezit. Het K.B. van 20 december 1963 (afhankelijkheid van het recht op werkloosheidsuitkeringen van een medisch onderzoek van de arbeidsongeschiktheid door een door de overheid aangewezen arts) is volgens het Hof van Cassatie niet strijdig met artikel 8 ECRM (zie nr. 32). Dit artikel werd evenmin geschonden door artikel 35.1 Wegverkeersreglement (verplicht dragen van de autogordel) (zie nr. 34). De wet van 30 juli 1979 en het K.B. van 20 augustus 1981 houdende verbod van zendreclame werd niet strijdig geacht met o.m. artikel 10 ECRM (Luik, *Jur. Liège*, 1983, 133).

Niettemin hebben in de onderzochte periode een aantal zaken betrekking op een wet strijdig geacht met de ECRM. Weliswaar betreft het vooral een aantal beslissingen van lagere rechtbanken, dit dan voornamelijk in zaken in de lijn van het arrest Marckx. Door de Rechtbank van Eerste Aanleg te Gent bv. (20 november 1980, *R.W.*, 2328, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1981, 89) werd de toepassing van de artikelen 786 en 787 B.W. afgewezen, en de Burgerlijke Rechtbank te Brugge (16 mei 1983, *T. Brugse Rechtspraak*, 1983, 36) wees aanspraken op grond van het discriminerend artikel 757 B.W. af. De Burgerlijke Rechtbank te Turnhout van haar kant meende dat op grond van de artikelen 8 en

14 ECRM een in overspel verwekt kind kan worden erkend en gewettigd zonder het bijkomende (discriminatoire geachte) vormvereiste van de gerechtelijke machtiging cf. art. 331 B.W. (14 oktober 1982, *R.W.*, 1982-83, 2271, noot). Nog verder ging de Krijgsraad te Luik (zie nr. 12). Deze vulde de wetgeving inzake militaire rechtspleging zelf aan, waar deze wetgeving niet voorziet in het recht voor iedere aangehoudene om voorziening te vragen bij de rechter tegen de beslissing van zijn vrijheidsberoving (artikel 5 ECRM).

61. Wellicht zal een groeiend aantal beslissingen worden geveld in verband met de ECRM, dank zij de betere bekendheid met en door een betere informatie over de ECRM van de praktijkjurist¹²⁹. De toepassingsmogelijkheden van de ECRM worden nog vaak sterk onderschat, zowel ten aanzien van de concrete draagwijdte van de artikelen als ten aanzien van de uiteenlopende toepassingsgebieden. Een betere kennis van de beslissingen van de organen van Straatsburg is noodzakelijk.

Met A.A. Cançado Trindade kan de hoop worden uitgesproken dat «A survey of national court's decisions applying (the Convention's) provisions seems to reveal still a certain tendency to look at precedents of the forum-State's courts of last instance than at the vast jurisprudence of the Convention organs themselves in interpreting them; it may be hoped that the fewer cases where the highest domestic courts of some member States have openly consulted the case-law of the Convention organs may develop a new awareness amongst municipal judges and influence them to consult not only their statute books and reports of their own supreme court, but also the jurisprudence of the organs of the Convention»¹³⁰.

Yolanda VANDEN BOSCH
Assistente departement rechten UIA

¹²⁹ Voor algemene informatie inzake de ECRM, haar organen en werking zie CASTBERG, F., *The European Convention on Human Rights*, Leiden, Sijthoff, 1974, 198 p.; ERCMAN, S., *Guide to case law*, Wenen, Wilhelm Braumiller, 1981, 588 p.; FAWCETT, J., *The Application of the European Convention on Human Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1969, 368 p.; JACOBS, F., *The European Convention on Human Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1975, 286 p.; NEDJATI, Z., *Human Rights under the European Convention*, Amsterdam, N. Holland Publ. Comp., 1978, 298; VAN DIJK, P. en VAN HOOFF, G., *De Europese ...*, 452 p.

¹³⁰ «Exhaustion of Local Remedies in International Law and the Role of National Courts», *Archiv des Völkerrechts*, 1978, 349-350.

RECHTSPRAAK

BENELUX-GERECHTSHOF

9 JULI 1984

President: de h. Moons

Advocaat-generaal: de h. Berger

Advocaten: mrs. Verkade, Van Bunn, Arendt, Jansen en Braun

Merk — Geneesmiddelen — Spécialités — Gebruikmaking van merk — Begrip — 1. Door arts — 2. Door apotheker.

1. Indien een praktiserend arts — huisarts of specialist — in een recept ter aanduiding van het aan zijn patiënt door de apotheker af te leveren geneesmiddel een merk van een farmaceutische spécialité bezigt, maakt hij van dat merk

niet gebruik in de zin van art. 13, A, eerste lid, aanhef en onder 1, B.M.W., doch wél gebruik in de zin van deze bepaling onder 2. Dit gebruik vindt plaats in het economisch verkeer in de zin van laatstgenoemde bepaling.

2. Indien een apotheker op een recept waarin de aanwijzing nopens het af te leveren geneesmiddel bestaat uit het merk van een farmaceutische spécialité in verbinding met termen of tekens waaruit blijkt dat de arts toestemt in aflevering van een vervangend geneesmiddel (loco), aan de patiënt een geneesmiddel aflevert dat niet afkomstig is van de houder van het op het recept vermelde merk, en, ofschoon hij rekening moet houden met de mogelijkheid dat de koper (de patiënt) ten gevolge van lezing van het door hem aan de apotheker aangeboden recept zal menen dat hem de van de merkhouder farmaceutische afkomstige spécialité wordt verstrekt, nalaat bij aflevering mee te delen of anderszins duidelijk te maken dat hij het loco-geneesmiddel levert, maakt de apotheker gebruik van het merk in de zin van art. 13, A, eerste lid, aanhef en onder 1, B.M.W.

Nijs c.s. t/ Ciba-Geigy A.G.

Gezien de brief van de Griffier van het Gerechtshof te 's-Gravenhage van 17 mei 1982 met het daarbij gevoegde afschrift van het arrest van dat Hof van 28 april 1982 in de zaak rolnummer 54 VR/81 van (1) Drs. Albertus Cornelis Nijs, wonende te Schiedam, (2) Drs. Kees Jansen, wonende te Schiedam en (3) de Onderlinge Waarborgmaatschappij Algemeen Ziekenfonds Schiedam-Vlaardingen-Maassluis S.V.M. U.A., gevestigd te Schiedam tegen de vennootschap naar Zwitsers recht Ciba-Geigy A.G. (Ciba-Geigy S.A.) (Ciba-Geigy Limited), gevestigd te Basel (Zwitserland), waarbij overeenkomstig artikel 6 van het Verdrag betreffende de instelling en het statuut van een Benelux-Gerechtshof vragen van uitleg van de Eenvormige Benelux-wet op de warenmerken worden gesteld;

Ten aanzien van de feiten

Overwegende dat de procedure welke tot voormeld arrest heeft geleid, als volgt kan worden samengevat:

Dokter Nijs, apotheker Jansen en het Ziekenfonds hebben in eerste aanleg voor de Arrondissementsrechtbank te Rotterdam tegen Ciba-Geigy een verklaring voor recht gevraagd waarbij dokter Nijs werd aangeduid met: «eiser sub 1», apotheker Jansen met: «eiser sub 2» en het Ziekenfonds met: «eiseres sub 3».

«primair: 1. Het uitschrijven van een recept door eiser sub 1 met de tekst 'R/Tanderil of gelijkwaardig ander middel volgens geaccordeerde lijst' of: 'R/Tanderil met machtiging om gelijkwaardig ander middel volgens geaccordeerde lijst af te leveren' of het uitschrijven van een recept door eiser sub 1 met een dergelijke tekst is jegens gedaagde, merkhouder van Tanderil, rechtmatig;

2. Het afleveren door eiser sub 2 van oxyfenbutazon, corresponderend op de onder 1 bedoelde geaccordeerde lijst met Tanderil, naar aanleiding van de presentatie door een patiënt van een onder 1 bedoeld recept, is jegens gedaagde, merkhouder van Tanderil, rechtmatig;

3. Het door eiseres sub 3 op passende wijze onder de aandacht van andere artsen en apothekers brengen en aan-

bevelen van de handelwijze van eisers sub 1 en 2 als bovengeschreven, is jegens gedaagde rechtmatig;

subsidiar: Te verklaren voor recht hetgeen primair gevorderd is, onder toevoeging van zodanige modaliteiten als de rechtbank zou vermenen te behoren.»

Na verweer van Ciba-Geigy heeft de rechtbank bij vonnis van 12 januari 1981 eiseres in hun vordering niet-ontvankelijk verklaard.

Van dit vonnis zijn dokter Nijs, apotheker Jansen en het Ziekenfonds in hoger beroep gekomen bij het Gerechtshof te 's-Gravenhage. Zij verlangden vernietiging van het vonnis en alsnog toewijzing van hun vorderingen, waarvan zij de primaire vordering sub 2 hebben aangevuld aldus dat na «recept» wordt ingevoegd: «in een verpakking, waarop het woord Tanderil niet voorkomt». Nijs c.s. hebben zeven grieven tegen het vonnis aangevoerd. Ciba-Geigy heeft die grieven bestreden en harerzijds tegen voormeld vonnis incidenteel geappelleerd onder aanvoering van twee grieven. Laatstebedoelde grieven zijn door Nijs c.s. bij conclusie van antwoord in incidenteel beroep bestreden.

Bij arrest van 28 april 1982 heeft het Gerechtshof de hier-na genoemde vragen van uitleg gesteld.

Overwegende dat het Gerechtshof de feiten waarop de door het Benelux-Hof te geven uitleg moet worden toegepast, als volgt heeft omschreven:

a. Ciba-Geigy is in de Benelux rechthebbende op het merk Tanderil voor geneesmiddelen. Ciba-Geigy verhandelt onder dat merk een dragée waarvan de werkzame stof de generieke benaming oxyfenbutazon draagt. Oxyfenbutazon is slechts op recept van een arts verkrijgbaar bij een apotheek.

b. Dokter Nijs geeft aan of voor patiënten recepten af waarop hij vermeldt: «R/Tanderil of gelijkwaardig ander middel volgens geaccordeerde lijst» of «R/Tanderil, met machtiging om een gelijkwaardig ander middel volgens geaccordeerde lijst af te leveren».

c. De «geaccordeerde lijst», bedoeld in het recept, is een «Lijst van identieke en soortgelijke middelen», voorkomend in een boekje getiteld «Voorlichting prijzen geneesmiddelen», uitgegeven door de Commissie Voorlichting Prijzen Geneesmiddelen (productie 5 bij akteverzoek d.d. 1 december 1980 van Nijs c.s.). Op bladzijde 98 wordt als «chemisch identiek» (zie bladzijde 7 bovenaan) aan Tanderil dragées vermeld: «Oxyfenbutazon dragées».

d. Tenzij de patiënt aan apotheker Jansen bepaaldelijk te kennen geeft Tanderil te wensen, levert apotheker Jansen, in ieder geval zolang Tanderil duurder is dan de in het recept bedoelde «gelijkwaardige» middelen, op voornoemd recept zodanig middel af, dat meestal merkloos is, soms een ander merk dan Tanderil heeft.

e. Tanderil is duurder dan andere middelen als in het recept bedoeld.

f. Dokter Nijs is praktiserend arts. Hij is van het onder d en e gestelde op de hoogte; het is zijn bedoeling dat het goedkoopste middel wordt afgeleverd. Hij heeft daarbij geen financieel voordeel.

g. Uit het onder f gestelde trekt het Gerechtshof de feitelijke conclusie en het stelt dus feitelijk vast dat dokter Nijs in zijn onder b genoemde recepten het merk Tanderil vermeldt in de eerste plaats ter aanduiding van niet van Ciba-Geigy afkomstige geneesmiddelen.

h. Apotheker Jansen bezigt bij de aflevering op zodani-

ge recepten van niet van Ciba-Geigy afkomstige geneesmiddelen het woord Tanderil niet uitdrukkelijk, schriftelijk of mondeling.

i. Een niet te verwaarlozen deel van de Nederlandse patiënten en hun verzorgers (bijvoorbeeld ouders) stelt er belang in te weten welk geneesmiddel aan hen (of door hen verzorgden, bijvoorbeeld hun kinderen) wordt voorgeschreven. Bij dat deel blijft na lezing van een recept van dokter Nijs het woord Tanderil in de herinnering. Bij aflevering van merkloos oxyfenbutazon zullen mitsdien dergelijke patiënten en/of verzorgers menen dat aan hen Tanderil wordt afgeleverd.

Overwegende dat het Gerechtshof voorts heeft beslist:

– (1) dat ingeval recepten als hiervoor onder b bedoeld veelvuldig worden uitgeschreven, de kans aanzienlijk is dat zulks ertoe leidt dat de onderscheidende kracht van het merk Tanderil ernstig wordt aangetast, mogelijk zelfs in zodanige mate dat Tanderil tot de in het normale spraakgebruik gebruikelijke benaming voor oxyfenbutazon wordt, door welke aantasting Ciba-Geigy schade lijdt in de zin van artikel 13 onder A, eerste lid, aanhef en onder 2, van de Eenvormige Beneluxwet op de warenmerken;

– (2) dat dokter Nijs voor zijn gedrag geen «geldige reden» heeft in de zin van evenvermelde bepaling;

Ten aanzien van het verloop van het geding

Overwegende dat het Gerechtshof te 's-Gravenhage het Benelux-Gerechtshof verzoekt de volgende vragen betreffende de uitleg van de Eenvormige Beneluxwet op de warenmerken (B.M.W.) te willen beantwoorden:

I. Als een praktiserend arts – huisarts of specialist – een recept voor een geneesmiddel afgeeft aan een patiënt voor welke verrichting de arts honorarium ontvangt met welk recept de patiënt zich begeeft naar een apotheker die tegen betaling het geneesmiddel aan de patiënt aflevert, en als dat geneesmiddel op het recept wordt aangeduid met een merk, «gebruikt» dan die arts het merk «voor waren», een en ander in de zin van artikel 13-A-1 van genoemde wet?

II. Indien vraag I ontkennend wordt beantwoord: «gebruikt» de arts dan het merk in de zin van artikel 13-A-2 van genoemde wet?

III. Indien vraag II bevestigend wordt beantwoord: gebruikt de arts het merk dan «in het economisch verkeer» in de zin van genoemd artikel 13-A-2?

IV. Als een apotheker op een recept als in overweging 2 onder b beschreven aan de patiënt aflevert een geneesmiddel dat niet afkomstig is van de houdster van het op het recept vermelde merk, terwijl de koper (de patiënt) ten gevolge van lezing van het door hem aan de apotheker aangeboden recept, doch niet door enige mededeling van of namens de apotheker, in de mening verkeert het merkgeneesmiddel te ontvangen, zonder dat de patiënt die mening kenbaar maakt, «gebruikt» dan de apotheker voor zijn door hem aan de patiënt afgeleverde waar het merk, in de zin van artikel 13-A-1 van meergenoemde wet?

Overwegende dat het Hof overeenkomstig artikel 6, lid 5, van het Verdrag betreffende de instelling en het statuut van een Benelux-Gerechtshof aan de ministers van Justitie van België, van Luxemburg en van Nederland een door de griffier voor eensluidend gewaarmerkt afschrift van het

arrest van het Gerechtshof te 's-Gravenhage heeft gezonden;

Overwegende dat het Hof partijen in de gelegenheid heeft gesteld schriftelijke opmerkingen over de door het Gerechtshof te 's-Gravenhage gestelde vragen, waarvan zowel door dokter Nijs, apotheker Jansen en het Ziekenfonds (hierna ook gezamenlijk aan te duiden als Nijs c.s.) als door Ciba-Geigy gebruik is gemaakt door het indienen van een memorie, waarna zowel Nijs c.s. als Ciba-Geigy nog een antwoord-memorie hebben ingediend;

Overwegende dat Nijs c.s. heeft aangevoerd, kort samengevat, dat uit het arrest van het Hof van 29 juni 1982 in de zaak A 81/5 (Hagens en Jacobs/Niemeijer) alsmede uit de strekking en de geschiedenis van artikel 13 onder A, eerste lid, B.M.W. voortvloeit dat de vragen I, II en IV ontkennend moeten worden beantwoord, terwijl vraag III geen beantwoording behoeft;

Overwegende dat Ciba-Geigy heeft aangevoerd, kort samengevat, dat vraag I bevestigend moet worden beantwoord omdat de arts het merk gebruikt «voor waren» in de zin van artikel 13 onder A, eerste lid, aanhef en onder 1, B.M.W.; dat, voor geval vraag I ontkennend moet worden beantwoord, vraag II bevestigend moet worden beantwoord omdat in elk geval sprake is van «elk ander gebruik» van het merk door de arts; dat, gezien de plaats welke de arts inneemt in de distributieketen van slechts op recept verkrijgbare geneesmiddelen, ook vraag III bevestigend moet worden beantwoord; dat ook vraag IV bevestigend moet worden beantwoord omdat de apotheker het merk in elk geval gebruikt «voor waren» in voormelde zin; (...)

Ten aanzien van het recht

Ten aanzien van de vragen te zamen:

Overwegende dat de vragen alle betreffen de uitleg van artikel 13, A, eerste lid, B.M.W.;

dat het Hof in zijn arrest van 29 juni 1982 in de zaak onder A 81/5 (Hagens Transporten) dienaangaande heeft overwogen dat onder «gebruik van het merk of van een overeenstemmend teken» in de zin van deze bepaling moet worden verstaan: «het zich van dat merk of teken bedienen met betrekking tot en ter bevordering van de afzet van zijn eigen handelswaren of diensten, dan wel ter aanduiding van de eigen onderneming»;

dat deze omschrijving moet worden begrepen in verband met de in genoemd arrest ontkennend beantwoorde vraag of een «bloot-vervoerder», op grond van de omstandigheid dat de door hem vervoerde goederen zijn voorzien van een merk, dat merk in voormelde zin gebruikt, voor welke beantwoording beslissend was dat, nu de «bloot-vervoerder» voor de aanvang van het vervoer met de goederen geen enkele bemoeienis heeft en dus het merk niet heeft aangebracht, terwijl het gemerkt zijn van de goederen ook overigens voor de bedrijfsvoering van de «bloot-vervoerder» slechts louter bijkomstig is, niet gezegd kan worden dat deze zich van dat merk «bedient»;

dat evenwel voormelde omschrijving niet dient te worden opgevat als een uitputtende definitie van merkgebruik waartegen de merkhouders zich op grond van zijn uitsluitend recht kan verzetten;

dat die omschrijving er immers in sommige gevallen toe zou kunnen leiden dat degene die zich in het economisch verkeer zonder geldige reden van eens anders merk of van een daarmee overeenstemmend teken bedient onder zodanige omstandigheden, dat daardoor aan de houder van het merk schade kan worden toegebracht, niettemin het verwijt van merkinbreuk zou kunnen ontgaan door aannemelijk te maken dat hij dusdoende niet beoogt de afzet van zijn eigen handelswaren of diensten te bevorderen, wat zou betekenen dat door meerbedoelde omschrijving met name aan de in artikel 13, A, eerste lid, onder 2, neergelegde bescherming van de merkhouder een beperking zou zijn gesteld die in de tekst van die bepaling geen steun vindt, hetgeen niet kan worden aanvaard;

dat voormelde omschrijving daarom aldus moet worden opgevat dat voor de toepassing van artikel 13, A, eerste lid, onder 1, de woorden «gebruik voor de waren» zien op het zich van een merk of teken bedienen met betrekking tot de eigen waren, terwijl voor de toepassing van het in dit artikelid, onder 2, bepaalde onder «elk ander gebruik» moet worden verstaan zich van een merk of teken bedienen «in het economisch verkeer» in de zin van deze bepaling;

dat het in dit verband van belang is eraan te herinneren dat met name de in artikel 13, A, eerste lid, onder 2, aan de merkhouder toegekende bevoegdheid zéér ruim is geformuleerd, immers bescherming verleent tegen «elk ander gebruik», en – gelijk blijkt uit het Gemeenschappelijk Commentaar – ertoe strekt om de merkhouder door een uitbreiding van de bescherming die de voorheen bestaande wetgevingen hem toekenden, beter dan vroeger in staat te stellen zich op grond van zijn uitsluitend recht op het merk te verzetten tegen «feiten die een werkelijke en ongerechtvaardigde inbreuk op het merkrecht vormen»;

dat genoemde bepaling deze bescherming uitsluitend daardoor beperkt dat het gebruik waardoor de merkhouder schade kan worden toegebracht, «zonder geldige reden» moet plaatsvinden «in het economisch verkeer»;

dat hier geen uitputtende beschrijving behoeft te worden gegeven van het begrip «in het economisch verkeer» indien zulks – anders dan met een uitsluitend wetenschappelijk doel – plaatsvindt in het kader van een bedrijf, van een beroep of van enige andere – niet in de particuliere sfeer verrichte – activiteit waarmee economisch voordeel wordt beoogd;

Ten aanzien van de vragen I, II en III (betrekking hebbend op de arts)

Overwegende dat de vragen I, II en III het in vraag I omschreven gedrag van de arts betreffen en daarom te zamen zullen worden besproken;

Overwegende dat een praktiserend arts – huisarts of specialist –, die in een recept ter aanduiding van het aan zijn patiënt door de apotheker af te leveren geneesmiddel een merk van een farmaceutische spécialité bezigt, zich niet van dat merk bedient met betrekking tot zijn eigen, door hem verhandelde waren;

dat daarom deze arts van dat merk alsdan niet in de zin van artikel 13, A, eerste lid, aanhef en onder 1, gebruik maakt «voor de waren (...)»;

Overwegende dat hij zich alsdan echter wél in het kader van zijn beroep van dat merk bedient;

dat immers het aanduiden van het aan de patiënt af te leveren geneesmiddel het doel is van het uitschrijven van een recept en het uitschrijven van recepten een wezenlijk onderdeel vormt van de door een praktiserend arts in het kader van zijn beroep aan zijn patiënten verleende diensten, voor welke verrichting, gelijk het Gerechtshof te 's-Gravenhage in zijn vraagstelling doet uitkomen, het honorarium dat de arts voor zijn diensten ontvangt, mede de beloning vormt;

dat daaruit, mede in verband met hetgeen hiervoor ten aanzien van alle vragen te zamen werd overwogen, volgt dat wanneer een praktiserend arts in een recept ter aanduiding van het aan zijn patiënt af te leveren geneesmiddel een merk van een farmaceutische spécialité bezigt, sprake is van «ander gebruik» van dat merk in de zin van artikel 13, A, eerste lid, aanhef en onder 2, B.M.W.;

Overwegende voorts dat, gelijk mede uit het ten aanzien van alle vragen te zamen overwogene volgt, de omstandigheid dat de arts zich aldus van het merk bedient in het kader van de uitoefening van zijn beroep, in beginsel tot de slotsom leidt dat dit gebruik plaatsheeft «in het economisch verkeer» in de zin van evengenoemde bepaling;

dat te dezen geen reden is anders te oordelen, te minder omdat de arts, gezien de voorschriften die afgifte van bepaalde geneesmiddelen anders dan op recept van een arts verbieden, een wezenlijke schakel vormt in de distributieketen van geneesmiddelen;

dat dit laatste ook daaruit kan blijken dat enerzijds fabrikanten van farmaceutische spécialités een belangrijk deel van hun verkoopbevorderende activiteiten juist op de artsen richten, terwijl anderzijds zij die, gelijk het in deze zaak betrokken ziekenfonds, er belang bij hebben de kosten van de geneesmiddelenvoorziening te drukken, voor hun streven naar kostenbesparing door het bevorderen van de afzet van de veelal goedkopere vervangende geneesmiddelen (de zogenaamde loco's) de medewerking van juist de artsen inroepen;

Overwegende dat uit het vorenoverwogene volgt dat vraag I ontkennend, de vragen II en III daarentegen bevestigend moeten worden beantwoord;

Ten aanzien van vraag IV (betrekking hebbend op de apotheker)

Overwegende dat wie bij aflevering van zijn eigen, aan die van de merkhouder gelijksoortige waren het merk van de merkhouder uitdrukkelijk, schriftelijk of mondeling, bezigt en daardoor bij zijn afnemer de onjuiste indruk wekt dat het geleverde van de merkhouder afkomstig is, zich aan merkinbreuk schuldig maakt, immers van het merk gebruik maakt voor soortgelijke waren in de zin van artikel 13, A, eerste lid, aanhef en onder 1, B.M.W.;

dat merkenrechtelijk geen grond bestaat anders te oordelen wanneer een dergelijk geval degene die aflevert, weliswaar het merk van de merkhouder niet uitdrukkelijk bezigt, maar, ofschoon hij weet of behoort te weten dat zijn afnemer op grond van andere omstandigheden zal menen dat het geleverde van de merkhouder afkomstig is, nalaat die onjuiste indruk tegen te gaan door mede te delen of anderszins duidelijk te maken dat hij een andere waar aflevert;

dat reeds onder één der voorheen bestaande wetgevingen

(de Nederlandse) werd aangenomen dat in laatstbedoeld geval sprake was van merkinbreuk, immers van stilzwijgend gebruik van het merk, terwijl onder de andere wetgevingen zodanig handelen op grond van het gemene recht als onrechtmatig kon worden beschouwd;

dat om deze redenen moet worden aanvaard dat ook onder de B.M.W. in zodanig geval sprake is van gebruik maken van het merk voor soortgelijke waren, in de zin van artikel 13, A, eerste lid, aanhef en onder 1, van die wet;

Overwegende dat uit het hiervoor overwogene volgt dat de apotheker waarvan in vraag IV sprake is, indien hij weet of behoort te weten dat de koper (de patiënt) ten gevolge van lezing van het door hem aan de apotheker aangeboden recept in de mening verkeert dat hem de van de merkhouders afkomstige farmaceutische spécialité wordt geleverd, nalaat die onjuiste indruk tegen te gaan door bij aflevering mede te delen of anderszins aan de koper duidelijk te maken dat hij een loco-geneesmiddel levert, van het merk in de zin van artikel 13, A, eerste lid, aanhef en onder 1, B.M.W. gebruik maakt voor zijn aan die van de merkhouders gelijksoortige, doch niet van deze afkomstige waren;

Overwegende dat het Gerechtshof te 's-Gravenhage evenwel niet heeft vastgesteld dat de apotheker waarvan in vraag IV sprake is, weet of behoort te weten dat de koper (de patiënt) aan wie hij het loco-geneesmiddel aflevert, meent dat hem de van de merkhouders afkomstige farmaceutische spécialité wordt verstrekt;

dat in de feiten waarop de door het Benelux-Gerechtshof te geven uitleg moet worden toegepast, wél ligt besloten dat de apotheker waarvan in vraag IV sprake is, rekening moet houden met de mogelijkheid dat de koper (de patiënt) aan wie hij het loco-geneesmiddel aflevert, behoort tot — zoals het Gerechtshof het uitdrukt — dat niet te verwaarlozen deel van de Nederlandse patiënten en hun verzorgers dat er belang in stelt te weten welk geneesmiddel aan hen of door hen verzorgden wordt voorgeschreven, dat daarom recepten leest, en dat na lezing van een recept als in vraag IV bedoeld, zal menen dat de van de merkhouders afkomstige farmaceutische spécialité wordt verstrekt;

dat met de ruime bescherming welke het eerste lid van artikel 13, A, B.M.W. de merkhouders beoogt te verzekeren, strookt om te aanvaarden dat de apotheker waarvan in vraag IV sprake is, in evenvermelde mogelijkheid aanleiding behoort te vinden, ter voorkoming van een mogelijk misverstand bij zijn afnemers omtrent de herkomst van het geleverde, bij elke aflevering mede te delen of anderszins aan de koper duidelijk te maken dat hij het loco-geneesmiddel levert, en dat die apotheker, als hij dat nalaat, merkinbreuk pleegt;

(...)

Gelet op de conclusie van de advocaat-generaal Berger van 6 februari 1984;

Uitspraak doende op de door het Gerechtshof te 's-Gravenhage bij arrest van 28 april 1982 gestelde vragen;

Verklaart voor recht:

1. Indien een praktiserend arts — huisarts of specialist — in een recept ter aanduiding van het aan zijn patiënt door de apotheker af te leveren geneesmiddel een merk van een farmaceutische spécialité bezigt, maakt hij van dat merk

niet gebruik in de zin van artikel 13, A, eerste lid, aanhef en onder 1, B.M.W., doch wél gebruik in de zin van deze bepaling onder 2; dit gebruik vindt plaats in het economisch verkeer in de zin van laatstgenoemde bepaling.

2. Indien een apotheker op een recept, waarin de aanwizing nopens het af te leveren geneesmiddel bestaat uit het merk van een farmaceutische spécialité in verbinding met termen of tekens waaruit blijkt dat de arts toestemt in aflevering van een vervangend geneesmiddel (loco), aan de patiënt een geneesmiddel aflevert dat niet afkomstig is van de houder van het op het recept vermelde merk, en, ofschoon hij rekening moet houden met de mogelijkheid dat de koper (de patiënt) ten gevolge van lezing van het door hem aan de apotheker aangeboden recept zal menen dat hem de van de merkhouders afkomstige farmaceutische spécialité wordt verstrekt, nalaat bij aflevering mede te delen of anderszins duidelijk te maken dat hij het loco-geneesmiddel levert, maakt de apotheker gebruik van het merk in de zin van artikel 13, A, eerste lid, aanhef en onder 1, B.M.W.

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER — 4 JANUARI 1984

Voorzitter-rapporteur: de h. Screvens

Advocaat-generaal: mevr. Liekendaal

Advocaten: mrs. Kirkpatrick en Draps

1. Radio en televisie — Lokale radio-omroep — Verbod handelsreclame uit te zenden — 2. Burgerlijke partij — Verbod nog een misdrijf te begaan — Dwangsom.

1. Art. 16 van het K.B. van 20 augustus 1981, dat bepaalt dat de uitzendingen van een station voor lokale radio-omroep niet het kenmerk van handelsreclame mogen vertonen, is uitgevaardigd ter uitvoering van de artt. 3 en 10 van de wet van 30 juli 1979. De schending van die bepaling maakt een strafrechtelijk misdrijf uit, dat gestraft wordt met de straffen bepaald in art. 15, derde lid, van de wet.

Uit niets blijkt dat de Koning de vergunning om een station voor lokale klankradio-omroep aan de leggen en te doen werken niet afhankelijk kan stellen van het verbod op het uitzenden van handelsreclame, wanneer dat verbod verenigbaar is met de vereisten van het supranationaal recht.

2. Het verbod om nog enige reclameboodschap uit te zenden met een daaraan verbonden dwangsom kan niet worden beschouwd als een vergoeding van de schade die is veroorzaakt door overtreding van art. 16 van het K.B. van 20 augustus 1981, maar een maatregel bedoeld om herhaling van die daden voor de toekomst te verhinderen.

D. en D. t/ R.T.B.F.

Gelet op het bestreden arrest, op 21 februari 1983 door het Hof van Beroep te Luik gewezen;

Over het eerste middel, afgeleid uit de schending van de artikelen 29, 67, 78, 97 en 107 van de Grondwet, 1382 en 1383 van het Burgerlijk Wetboek, 3, § 2, 10 en 15, inzonderheid eerste lid, van de wet van 30 juli 1979 betreffende de radioberichtgeving,

doordat het arrest de beklaagden schuldig bevindt aan overtreding van artikel 16 van het koninklijk besluit van 20 augustus 1981 houdende reglementering voor het aanleggen en doen werken van de stations voor lokale klankradio-omroep, nu ze boodschappen die het kenmerk van handelsreclame vertoonden, hebben uitgezonden vanuit een station voor lokale klankradio-omroep, en, na de strafwet op de beklaagden te hebben toegepast, hen en de burgerrechtelijk aansprakelijke partij veroordeelt om aan de burgerlijke partij het definitief vastgesteld bedrag van 1 frank te betalen ter vergoeding van de door haar geleden morele schade, en tevens, met bevestiging van het beroepen vonnis, de beklaagden en de burgerrechtelijk aansprakelijke partij verbiedt om nog enige reclameboodschap uit te zenden en hen hoofdelijk veroordeelt om aan de burgerlijke partij een dwangsom van 100.000 frank per dag te betalen tot de dag waarop de laatste reclameboodschap wordt uitgezonden, voor het geval dat het totaal verbod op het uitzenden van handelsreclame na de uitspraak van het beroepen vonnis niet volledig zou worden nageleefd, op grond dat «artikel 10 van de wet van 30 juli 1979, door aan de Koning de bevoegdheid te verlenen om de voorwaarden vast te stellen voor afgifte van de vergunningen, aan hem de zorg heeft overgelaten om de regels vast te stellen voor de uitzendingen van handelsreclame die binnen het kader van de verordeningen van algemeen bestuur vallen; dat het onvermijdelijk is – en zulks wordt overigens bevestigd door opiniepeilingen, uitgevoerd door gespecialiseerde instellingen – dat, naarmate de lokale radiostations meer luisteraars krijgen, het vroegere aantal luisteraars van de (burgerlijke partij) R.T.B.F. terugloopt; dat het aantal luisteraars van R.T.B.F. vermindert naarmate het aantal luisteraars van de lokale radiostations toeneemt; dat de opbrengst uit de handelsreclame hun inkomsten zal doen stijgen en bijgevolg zal bijdragen tot de kwaliteitsverbetering van de uitzendingen van de lokale radiostations, hetgeen het aantal luisteraars van de R.T.B.F. nog verder zal doen dalen; dat de R.T.B.F. als openbare dienst dus het recht heeft om van Radio Basse-Meuse die zonder vergunning uitzendt en reclameboodschappen doorgeeft, schadeloosstelling te vorderen, al was het maar ter vergoeding van haar morele schade, en om de strafrechter te vragen elke maatregel te nemen die een eind zou kunnen maken aan dergelijke uitzendingen; dat ten deze de burgerlijke partij een morele schade heeft geleden waarvan het definitief bedrag op een frank moet worden geraamd; dat de eerste rechter bevoegd was om de beklaagden te verbieden de wederrechtelijke activiteit waardoor die schade is ontstaan, voort te zetten, door de onmiddellijke stopzetting te bevelen van de uitzendingen van handelsreclame en dit verbod te laten gepaard gaan met een dwangsom die kan worden opgelegd in het kader van een samen met een strafvordering ingestelde civielrechtelijke rechtsvordering; dat, gelet op de belangrijkheid van het bedrag aan inkomsten uit de litigieuze handelsreclame, alleen die maatregel geschikt was om een eind te maken aan de ten laste gelegde activiteit; dat de feiten het zelf hebben uitgewezen, aangezien Radio Basse-Meuse haar uitzendingen van reclameboodschappen na de datum van het – nochtans bij voorraad uitvoerbare – beroepen vonnis heeft voortgezet tot de dag waarop het haar werd betekend overeenkomstig artikel 1385bis, derde lid, van het Gerechtelijk Wetboek»,

terwijl, eerste onderdeel, artikel 16 van het koninklijk besluit van 20 augustus 1981 aangetast is door machtoverschrijding; geen enkele bepaling van de wet van 30 juli 1979 betreffende de radioberichtgeving immers aan de Koning de bevoegdheid verleent om de inhoud van radio-uitzendingen te reglementeren, en in het bijzonder, om het uitzenden van reclameboodschappen te verbieden of te reglementeren; het verbod om reclameboodschappen uit te zenden geen wettelijke grondslag kan vinden in artikel 3, § 2, van die wet, naar luid waarvan «de koning de algemene regels bepaalt inzake toekenning of intrekking van de vergunningen» die vereist zijn voor het doen werken van een station of een net voor radioverbinding, noch in artikel 10 van die wet, naar luid waarvan «de Koning de verordeningen van algemeen bestuur en de politieverordeningen betreffende de radioverbindingen vaststelt alsook de verordeningen betreffende hun bescherming, inzonderheid de technische voorschriften waaraan de toestellen die radio-elektrische storingen kunnen verwekken, moeten voldoen»; het arrest bijgevolg, overeenkomstig artikel 107 van de Grondwet, artikel 16 van het koninklijk besluit van 20 augustus 1981 buiten toepassing had moeten laten (schending van de artikelen 29, 67, 78 en 107 van de Grondwet, 3, inzonderheid § 2, en 10 van de wet van 30 juli 1979 betreffende de radioberichtgeving);

tweede onderdeel, zelfs al zou artikel 3, § 2, van de wet van 30 juli 1979 aan de Koning de bevoegdheid toekennen om, bij wege van algemene regel, de in § 1 bedoelde vergunning te onderwerpen aan de voorwaarde dat het lokale radiostation dat de aanvraag doet, geen reclameboodschappen uitzendt, de overtreding van zodanige verbodsbepaling wettelijk toch slechts met intrekking van de vergunning zou kunnen worden gesanctioneerd, doch geen strafrechtelijk misdrijf zou kunnen opleveren; artikel 15 van de wet van 30 juli 1979 immers enkel de schending van artikel 3 van de wet – namelijk het uitzenden zonder vergunning – als een strafrechtelijk misdrijf aanmerkt, doch niet de overtredingen van de ter uitvoering van artikel 3, § 2, genomen besluiten; daaruit volgt dat de beklaagden, door artikel 16 van het koninklijk besluit van 20 augustus 1981 te overtreden, geen strafrechtelijk misdrijf hebben gepleegd, zodat het strafgerecht zich onbevoegd had moeten verklaren om kennis te nemen van de uit dien hoofde tegen de beklaagden ingestelde vervolgingen en van de burgerlijke rechtsvordering van de R.T.B.F. tot vergoeding van de schade die zij heeft geleden ten gevolge van het uitzenden van reclameboodschappen (schending van de artikelen 3, § 2, en 15, inzonderheid eerste lid, van de wet van 30 juli 1979 betreffende de radioberichtgeving);

derde onderdeel, uit de in de aanhef van het middel weergegeven redengeving blijkt dat, volgens de feitenrechters, de door de burgerlijke partij geleden morele schade het gevolg was van de vermindering van haar aantal luisteraars bij het publiek; uit de redengeving van het arrest niet kan worden opgemaakt of de feitenrechters van oordeel waren dat de schade alleen was veroorzaakt door het feit dat de beklaagden reclameboodschappen hadden uitgezonden, waarvan de inkomsten hen in de mogelijkheid stelden om de kwaliteit van hun programma's te verbeteren en, bijgevolg hun concurrentievermogen te versterken dan wel of de schade ook was veroorzaakt door het feit dat de beklaagden zonder vergunning hadden uitgezonden; de redenge-

ving van het arrest derhalve het Hof niet in de mogelijkheid stelt om toezicht uit te oefenen, hetgeen in strijd is met artikel 97 van de Grondwet;

vierde onderdeel, het arrest niet vaststelt dat de burgerlijke partij minder luisteraars zou hebben verloren, zo de beklaagden van de minister de vergunning hadden gekregen om uit te zenden; indien de in de aanhef van het middel weergegeven redengeving aldus zou moeten worden uitgelegd dat het misdrijf, uitzenden zonder vergunning, al een voldoende grond was om de eisers te veroordelen tot vergoeding van de door de burgerlijke partij geleden schade, het arrest de regels betreffende de burgerrechtelijke aansprakelijkheid zou miskennen (schending van de artikelen 1382 en 1383 van het Burgerlijk Wetboek); de beslissing van het arrest althans op dat punt niet regelmatig met redenen zou zijn omkleed (schending van artikel 97 van de Grondwet):

Wat het eerste en het tweede onderdeel samen betreft, in zoverre ze gericht zijn tegen de beslissingen op de strafvordering:

Overwegende dat de eisers, enerzijds, wegens het houden van een zend- of ontvangsttoestel voor radioverbinding zonder schriftelijke vergunning van de minister en, anderzijds, wegens het feit dat ze vanuit een station voor lokale klankradio-omroep uitzendingen hebben verzorgd die het kenmerk van handelsreclame vertoonden, zijn veroordeeld tot een enkele geldboete en dat de zend- of ontvangsttoestellen voor radioverbinding en elk voorwerp dat bestemd was voor hun werking verbeurd zijn verklaard;

Dat die twee onderdelen, die enkel gericht zijn tegen de verspreiding van reclameboodschappen, niet ontvankelijk zijn bij gebrek aan belang, nu de straf wettig verantwoord blijft door de eerste telastlegging;

En overwegende dat de substantiële of op straffe van nietigheid voorgeschreven rechtsvormen in acht zijn genomen en de beslissing overeenkomstig de wet is geweest;

Wat het eerste onderdeel betreft, in zoverre het gericht is tegen de beslissing op de door verweerster tegen de eisers ingestelde civielrechtelijke rechtsvordering:

Overwegende dat artikel 16 van het koninklijk besluit van 20 augustus 1981 houdende reglementering voor het aanleggen en doen werken van de stations voor lokale klankradio-omroep uitgevaardigd werd ter uitvoering van de wet van 30 juli 1979 betreffende de radiobeachting;

Dat artikel 3, § 1, van die wet bepaalt dat «niemand in het Rijk (...) een zend- of ontvangtoestel voor radioverbinding mag houden, of een station of een net voor radioverbinding mag aanleggen en doen werken zonder schriftelijke vergunning van de minister»;

Dat de artikelen 3, § 2, en 10 van die wet de Koning opdragen de algemene reëls te bepalen inzake toekenning en intrekking van de in § 1 bedoelde vergunningen en de verordeningen van algemeen bestuur en de politieoverordeningen betreffende de radioverbindingen uit te vaardigen alsook de verordeningen betreffende hun bescherming, waaraan alle toestellen die radio-elektrische storingen kunnen verwekken, moeten voldoen;

Overwegende dat voormeld artikel 16, eerste en tweede lid, van het koninklijk besluit van 20 augustus 1981 bepaalt dat «de uitzendingen van een station voor lokale radio-

omroep (...) niet het kenmerk van handelsreclame mogen vertonen»;

Overwegende dat nergens uit blijkt dat de Koning de vergunning om een station voor lokale klankradio-omroep aan te leggen en te doen werken niet afhankelijk kan stellen van het verbod op het uitzenden van handelsreclame, wanneer dat verbod verenigbaar is met de vereisten van het supranationaal recht;

Dat het eerste onderdeel niet kan worden aangenomen;

Wat het tweede onderdeel betreft, in zoverre het gericht is tegen de beslissing op de door verweerster tegen de eisers ingestelde civielrechtelijke rechtsvordering:

Overwegende dat volgens artikel 15, derde lid, van de wet van 30 juli 1979 betreffende de radiobeachting, de overtreding van de ter uitvoering van artikel 10 genomen besluiten worden gestraft met gevangenisstraf van acht dagen tot drie maanden en met geldboete van 100 tot 1000 frank of met een van die straffen alleen;

Overwegende dat de schending van artikel 16 van het koninklijk besluit van 20 augustus 1981 dat niet alleen is uitgevaardigd ter uitvoering van artikel 3 maar ook van artikel 10 van de wet van 30 juli 1979, een strafrechtelijk misdrijf oplevert;

Dat het tweede onderdeel niet kan worden aangenomen;

Wat het derde en vierde onderdeel samen betreft:

Overwegende dat het arrest, zoals het middel aangeeft, erop wijst dat verweerster als openbare dienst het recht heeft om van Radio Basse-Meuse die zonder vergunning uitzendt en reclameboodschappen doorgeeft, schadeloosstelling te vorderen al was het maar ter vergoeding van haar morele schade;

Dat het derde onderdeel feitelijke grondslag mist en dat het vierde onderdeel niet ontvankelijk is bij gebrek aan belang, nu de veroordeling tot vergoeding van de schade voldoende verantwoord is door de vaststelling dat het uitzenden van handelsreclame schade heeft berokkend aan verweerster;

Over het tweede middel, afgeleid uit de schending van de artikelen 3 en 4 van de wet van 17 april 1878 houdende de voorafgaande titel van het Wetboek van Strafvordering, 1382 en 1383 van het Burgerlijk Wetboek en 1385bis van het Gerechtelijk Wetboek,

doordat het arrest, met bevestiging van het beroepen vonnis, de beklaagden en de burgerrechtelijk aansprakelijke partij het verbod oplegt om nog enige reclameboodschap uit te zenden na de uitspraak van het vonnis en hen hoofdelijk veroordeelt om aan de burgerlijke partij een dwangsom van 100.000 frank per dag te betalen tot de dag waarop de laatste reclameboodschap wordt uitgezonden, voor het geval dat het totale verbod op het uitzenden van handelsreclame na de uitspraak van het beroepen vonnis niet volledig zou worden nageleefd,

terwijl artikel 1385bis van het Gerechtelijk Wetboek op de strafrechten slechts van toepassing is, wanneer ze uitspraak doen over de civielrechtelijke vordering; de strafrechter aldus een dwangsom mag opleggen wanneer er grond bestaat om een vergoeding in natura te bevelen die voor de beklagde of de burgerrechtelijk aansprakelijke partij een verplichting om te doen inhoudt; de civielrechte-

lijke vordering evenwel, die krachtens artikel 4 van de wet van 17 april 1878 bij de strafrechter aanhangig kan worden gemaakt, uitsluitend strekt tot vergoeding van de schade ten gevolge van het misdrijf waarvan de rechter in het kader van de strafvordering kennis heeft genomen; het door het arrest aan de eisers opgelegde verbod om in de toekomst nog reclameboodschappen uit te zenden, in geen geval kan worden beschouwd als een vorm van vergoeding van de schade die de burgerlijke partij geleden heeft ten gevolge van de feiten van de telastlegging waarvan de rechters kennis hadden genomen – telastlegging betreffende het feit tussen 1 juni en 2 juli 1982 in het arrondissement Luik, handelsreclame te hebben uitgezonden vanuit een station voor lokale radio-omroep – doch moet worden beschouwd als een – overbodige – herhaling van het uit de wet zelf voortvloeiende verbod om in de toekomst nog nieuwe overtredingen te begaan; zo de beklagden later toch nieuwe overtredingen zouden begaan, de strafrechter slechts bij het instellen van nieuwe vervolgingen kennis zou kunnen nemen van de strafvordering en de civielrechtelijke vordering, waaruit volgt dat het arrest niet wettelijk aan het aan de eisers opgelegde verbod om na de uitspraak van het beroepen vonnis nog enige reclameboodschap uit te zenden een dwangsom kon verbinden:

Overwegende dat, krachtens de artikelen 3 en 4 van de wet van 17 april 1878 houdende de voorafgaande titel van het Wetboek van Strafvordering, de benadeelde partij het recht heeft om de rechtsvordering tot herstel van de door een misdrijf veroorzaakte schade te vervolgen voor de strafrechter;

Overwegende dat het verbod om nog enige reclameboodschap uit te zenden met een daaraan verbonden dwangsom niet kan worden beschouwd als de vergoeding van de schade die is veroorzaakt door de overtreding van artikel 16 van het koninklijk besluit van 20 augustus 1981 houdende reglementering voor het aanleggen en doen werken van de stations voor lokale klankradio-omroep, doch een maatregel, bedoeld om herhaling van die daden voor de toekomst te verhinderen;

Dat het middel in dat opzicht gegrond is;

Om die redenen,

Vernietigt het bestreden arrest, in zoverre het, bij de uitspraak over de civielrechtelijke vordering, het verbod om na de uitspraak van het vonnis nog enige reclameboodschap uit te zenden met een daaraan verbonden dwangsom bevestigt;

Verwerpt de voorziening voor het overige (...)

NOOT – *Het reclameverbod voor de niet-openbare radio's*

1. *Het uitzenden van «handelspubliciteit» is nationale materie.* Bij het invullen van de culturele aangelegenheden in 1971 heeft de wetgever de omroepreclame uitgesloten ten opzichte van de rest van het omroepbeleid. Ook in de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming van de instellingen bleef de omroepreclame uitgesloten van de aan de gemeenschappen toegekende bevoegdheid inzake radio-omroep en televisie. Artikel 4, 6°, bepaalt: «De culturele aangelegenheden, bedoeld in art. 59bis, § 2, 1°, van de

Grondwet zijn de volgende: (...) radio-omroep en televisie, het uitzenden van mededelingen van de Nationale Regering en van handelspubliciteit uitgezonderd.»

De doelstelling van de wetgever was een zelfde, nationale regeling inzake «publiciteit» op radio en televisie, zodat tussen de gemeenschappen op dit vlak geen verschillen zouden ontstaan die tot budgettaire wanverhoudingen aanleiding konden geven. Ook de mogelijkheid dat de periodieke en dagbladpers (zelf nationale materie) nadelige repercussies zou ondervinden van het invoeren van omroepreclame, was aanleiding de materie inzake «handelspubliciteit» op radio en televisie als nationale aangelegenheid te behouden.

2. *Wat is «handelspubliciteit»?* Door de Raad van State is aangegeven wat specifiek voor de omroep onder «handelspubliciteit» moet worden verstaan: «Als uitzendingen die een karakter van handelspubliciteit vertonen moeten worden beschouwd de uitzendingen met als onderwerp het aanprijzen van produkten en diensten van natuurlijke of rechtspersonen die een winstgevende werkzaamheid verrichten, en met als doel de particuliere belangen van die personen te dienen» (advies R.V.S., afd. administratie, alg. verg., 11 juli 1972, *Parl. St., Kamer*, 1976-77, nr. 1020/1.2.).

Deze definitie van «handelspubliciteit» heeft geleid tot het onderscheid tussen *commerciële* en *niet-commerciële* reclame.

Het decreet van 8 juli 1983 van de Raad van de Franse Gemeenschap, bepaalt de voorwaarden voor het uitzenden van niet-commerciële «publiciteit». Kenmerk van deze niet-commerciële «publiciteit» is dat zij uitgaat van «publieke personen», instellingen van openbaar nut of allerlei organismen, met als doel het algemeen belang van dienst te zijn (Decr. Fr. Gem. R. 8 juli 1983 tot reglementering van de niet-commerciële publiciteit op radio en televisie, *B.S.*, 13 augustus 1983). Dit decreet regelt niet alleen de niet-commerciële reclame voor de RTBF: ook aan de niet-openbare radio's van de Franse Gemeenschap zal het in de toekomst toegestaan zijn deze vorm van «publiciteit» te exploiteren.

Commerciële reclame blijft echter verboden. Wat de *publiekrechtelijke omroep* betreft, is dit reclameverbod ingesteld door art. 28, §§ 3 en 5, van de Omroepwet van 1960. De omroepdecreten van 12 december 1977 (RTBF) en 28 december 1979 (BRT) en het reglementair besluit van 4 juli 1977 (BRF) hebben uiteraard dit (nationaal) reclameverbod ongewijzigd gelaten.

Ook voor de *kabeltelevisie* geldt een reclameverbod: bij het verzorgen van televisieuitzendingen van legale buitenlandse stations mogen geen reclamespots doorgegeven worden. Voor de radiouitzendingen geldt dit verbod van doorgifte van reclamespots niet. Bij de uitzending van geregistreerde eigen radioprogramma's mogen de kabelmaatschappijen echter geen «handelspubliciteit» uitzenden (artt. 17-19 K.B. 24 december 1966 betreffende de netten voor distributie van radio-omroepuitzendingen in de woningen van derden, *B.S.*, 24 januari 1967).

Redenen van technische, economische, commerciële en politieke aard hebben er echter toe geleid dat in de praktijk dit reclameverbod m.b.t. de kabeltelevisie niet wordt toegepast, ondanks het feit dat zowel door het Hof van Justitie als door het Hof van Cassatie de rechtsgeldigheid van dit reclameverbod is bevestigd (Hof van Justitie van de Euro-

pese Gemeenschappen, 18 maart 1980, *J.T.*, 1980, 279; Cass., 9 december 1981, *J.T.*, 1983, 133; Cass., 12 juni 1980, *R.W.*, 1980-81, 2055).

3. *Handelsreclame en niet-openbare radio's*. Aanvanke-lijk leken zich m.b.t. deze materie geen problemen van juri-dische aard voor te doen. Ter uitvoering van de artikelen 3 en 10 van de Kaderwet van 30 juli 1979 betreffende de radioberechtiging, bepaalt artikel 16 van het K.B. van 20 augustus 1981 dat de uitzendingen van de stations voor lo-kale klankradio-omroep niet het kenmerk van handels-reclame mogen vertonen. Dit reclameverbod was in over-eenstemming met het advies van de Raad van State van 14 juli 1981 (Adv. R.V.S., L. 14.2221/2). Vaststaat dat het bij de legalisatie van de vrije radio's steeds in de bedoeling heeft gelegen van de wetgever, analoog met het reclamever-bod voor de BRT/RTBF/BRF, ook de niet-openbare radio's een reclameverbod op te leggen (geen subsidies, geen publiciteit).

Toch rees al gauw verwarring rond dit reclameverbod.

Ten eerste werd, ondanks de onbetwistbare bevoegdheid van de nationale wetgever inzake «handelspubliciteit», zowel in het decreet van 8 september 1981 (Franse Gemeen-schap) als in het reglementair besluit 27 juni 1983 (Duitse Gemeenschap) een reclameverbod t.a.v. de lokale radio's ingesteld. Ook in de Vlaamse Raad ontstond onduidelijk-heid inzake de bevoegdheid nopens de reclamematerie.

Ten tweede zag de Raad van State, in zijn advies van 10 maart 1982 bij het ontwerp van decreet houdende organisa-tie en erkenning van de niet-openbare radio's, artikel 16 van het K.B. van 20 augustus 1981 over het hoofd, waar de Raad stelde dat «wil men ook voor deze (= niet-openbare radio's) een reclameverbod invoeren, dit *vooraf* door de nationale wetgever zal moeten geregeld worden». Dit standpunt werd o.m. gesteund door de Vlaamse gemeen-schapsminister van Cultuur (*Parl. St.*, VI. R., 1981-82, nr. 86/2, 15).

Ten derde gaf dit advies van de Raad van State aanlei-ding tot verschillende wetgevende initiatieven waardoor de onduidelijkheid nog toenam. Zo was er o.m. een wetsvoor-stel tot invoering van het publiciteitsverbod in de niet-open-bare radio's (*Parl. St.*, Kamer, 1982-83, nr. 292/1), terwijl andere wetsvoorstellen de opheffing beoogden van het re-clameverbod m.b.t. de niet-openbare radio's (*Par. St.*, Kamer, 1982-83, nr. 348/1) of een reglementering inzake «handelspubliciteit» op de lokale radio's uitwerkten (*Parl. St.*, Kamer, 1981-82, nr. 339/1; 1982-83, nr. 419/1).

Geïnterpelleerd in de Vlaamse Raad op 15 december 1982 «over het ontbreken van een werkelijk mediabeleid» in het algemeen, en over de problematiek van de handelsre-clame m.b.t. de niet-openbare radio' in het bijzonder, slaagde de gemeenschapsminister van Cultuur er andermaal niet in duidelijkheid te scheppen over de vigerende kracht van artikel 16 van het K.B. van 20 augustus 1981, ondanks een eerdere duidelijke stellingname door de staatssecretaris van PTT (*Parl. Hand.*, Kamer, 12 mei 1982, 1612).

Het hoeft geen verwondering te wekken dat de vrije radio's ondertussen de twijfel rond dit reclameverbod in hun voordeel hebben geïnterpreteerd, en systematisch en georganiseerd handelsreclame zijn gaan uitzenden, in de veronderstelling hiermee niet onwettig te handelen.

Het bovenstaand arrest van het Hof van Cassatie van 4

januari 1984, maakt een (voorlopig) einde aan deze illusie.

Samengevat is de toestand als volgt. Niet-openbare radio's die uitzenden zonder de daartoe vereiste vergun-ning, zijn strafbaar krachtens art. 15 van de wet van 30 juli 1979 (zie ook Adv. R.V.S., afd. wetgeving, 30 maart 1983, *Parl. St.*, 1982-83, nr. 581/2, 2). Niet-openbare radio's aan wie in de toekomst vergunning wordt verleend en handels-reclame uitzenden, zijn niet alleen strafbaar krachtens art. 15 van de wet van 30 juli 1979, maar kunnen tevens hun vergunning ingetrokken zien (artt. 17-19, K.B. 20 augustus 1981).

4. *Verbod op handelsreclame en het E.V.R.M.* Ten slot-te dient nog te worden opgemerkt dat het Hof van Cassatie evenwel in het midden laat of het reclameverbod van art. 16 K.B. 20 augustus 1981 al dan niet verenigbaar is met de vereisten van het supranationaal recht. Eerder in deze zaak had het Hof van Beroep te Luik reeds laconiek volstaan met de vaststelling dat art. 10.1 E.V.R.M. toelaat dat de Staten radio-omroepondernemingen kunnen onderwerpen aan een systeem van vergunningen, en dat bijgevolg het vergunningsstelsel m.b.t. de niet-openbare radio's niet strijdig is met art. 10 E.V.R.M. (Luik, 21 februari 1983, *Jur. Liège*, 1983, 133).

Zowel de nationale als de internationale rechtspraak blijft ondertussen onduidelijk en de rechtsleer is verdeeld over het feit of het bedoelde systeem van vergunningen van art. 10.1, zin 3, moet beantwoorden aan de eisen die art. 10.2 stelt aan de beperkingen inzake de expressievrijheid. Indien kan worden aangenomen dat handelsreclame onder de bescherming van art. 10 E.V.R.M. ressorteert (zie daar-over o.a. Kabel, J.C.C., *Uitingsvrijheid en absolute beper-kingen op handelsreclame*, Deventer, Kluwer, 1981, 50-52; Neels, L., «Vrijheid van meningsuiting en handelspublici-teit», *Liber Amicorum Josse Mertens de Wilmars*, Antwer-pen, Kluwer, 1982, 187-211), en dat het vergunningsstelsel met het daarin opgenomen reclameverbod beperkingen te-weegbrengt aan de *uitoefening* van de vrijheid van men-ingsuiting (Commissie van de Europese Gemeenschappen, *Televisie zonder grenzen. Groenboek over het instellen van de gemeenschappelijke markt voor de omroep, met name via satelliet en kabel*, Brussel, 1984, 133), dan dient het reclameverbod m.b.t. de niet-openbare radio's de toets te doorstaan aan art. 10.2 E.V.R.M. In dit geval moet wor-den nagegaan of dit reclameverbod, dat bij wet is ingevoerd (wet in materiële zin), ressorteert onder een van de in art. 10.2 bedoelde beperkingsgronden en nodig is in een demo-cratie samenleving (deze laatste afweging rekening hou-dende met het proportionaliteitsbeginsel).

In het hierboven afgedrukte arrest heeft het Hof van Cassatie (andermaal) kunnen vermijden tot een eventuele constatering te komen van de strijdigheid van een nationale wettelijke regeling met een internationale grondrechten-regeling die in de hiërarchie der normen boven de Belgische wet staat en rechtstreekse werking heeft in de Belgische rechtsorde.

5. *Besluit*. Na de uitspraak door het Hof van Cassatie mag het reclameverbod van art. 16 K.B. 20 augustus 1981 als wettig worden beschouwd; de verenigbaarheid met het supranationaal recht blijft enkele vraagtekens oproepen. Het arrest van 4 januari 1984 brengt dus geen definitief

uitsluitseel over de problematiek van de handelsreclame op de niet-openbare radio's. Ook het soort van «negatief injunctierecht», waarvan de minister van Justitie zich recentelijk heeft bediend om aan de procureurs-generaal te vragen om handelsreclame op de niet-openbare radio's niet langer te vervolgen (Kabinet-raad 1 augustus 1984), is niet geschikt om bij te dragen tot de rechtszekerheid nopens dit omstreden punt.

Dirk Voorhoof
Assistent RUG

RAAD VAN STATE

4e KAMER — 10 JULI 1984

Voorzitter: de h. Vermeulen

Staatsraden: de hh. Vander Stichele en Suetens (rapporteur)

Auditeur: de h. De Brabandere (afwijkend advies)

Advocaten: mrs. Lambrechts, Hellenbosch, Bützler en Maes

1. V.Z.W. — Belang — Tucht-kamer van de Notarissen — Belang — 2. Burgemeester — Bevoegdheid om authentieke akten te verlijden — Geen exclusieve bevoegdheid van de notarissen.

1. De V.Z.W. Koninklijke Federatie van Belgische Notarissen heeft een voldoende belang om de vernietiging te vorderen van een beslissing van een gemeenteraad en van het goedkeuringsbesluit, waarbij aan de burgemeester opdracht wordt gegeven zelf de akten van verkoop te verlijden.

De Tucht-kamer van de Notarissen heeft, krachtens haar wettelijke opdracht, eveneens belang bij een dergelijk annulatieberoep.

2. Akten die gesteld worden door openbare ambtenaren, binnen de perken van hun wettelijke bevoegdheid, zijn authentiek. Dit is het geval, wanneer de burgemeester de verkoop van onroerende goederen door de gemeente in een akte vaststelt.

V.Z.W. Koninklijke Federatie van Belgische Notarissen
en Kamer der Notarissen van het arrondissement Brugge
t/ College van Burgemeester en Schepenen van de stad
Torhout en Gemeenschapsminister van
Binnenlandse Aangelegenheden
Arrest nr. 24.601

Gezien het verzoekschrift dat op 8 januari 1979 werd ingediend door de v.z.w. Koninklijke Federatie van Belgische Notarissen en de Kamer der Notarissen van het arrondissement Brugge om de gedeeltelijke vernietiging te vorderen van:

1° een besluit van 27 april 1978 van de gemeenteraad van de stad Torhout waarbij wordt besloten: a) stadsgonden, begrepen in de stadsverkaveling Torhout-Oost, te vervreemden bij wege van een openbare verkoop bij inschrijving, b) zijn goedkeuring te hechten, eensdeels, aan het bij-

zonder «lastenboek» waarin de voorwaarden worden bepaald waaronder de eigendomsoverdracht geschiedt, en anderdeels, aan de minimumverkoop-prijzen — gedeeltelijke vernietiging die enkel betrekking heeft op de beslissing — die kan worden afgeleid uit de artikelen 5, 9, 10 en 27 van het «lastenboek» en uit het daaraan toegevoegd ontwerp van verkoopakte — om die akte van verkoop te doen opmaken door de burgemeester, bijgestaan door de gemeentesecretaris, en dus niet door een notaris;

2° een koninklijk besluit van 1 september 1978, tot goedkeuring van het sub 1° vermelde gemeenteraadsbesluit, doch enkel voor zover die goedkeuring ook betrekking heeft op de beslissing van de gemeenteraad om de akte van verkoop te doen vaststellen bij administratieve akte en niet bij notariële akte;

(...)

Over de gegevens van de zaak

1. Overwegende dat wat tot deze rechtszaak heeft geleid, zich heeft voorgedaan als volgt:

1.1. Op 27 april 1978 beslist de gemeenteraad van Torhout, bij het eerste bestreden besluit, over te gaan tot de verkoop van bepaalde gronden, eigendom van de stad. Artikel 1 van dit besluit luidt als volgt «Het lastenkohier en de akte in verband met de openbare verkoop bij inschrijving voor de percelen in de stadsverkaveling I Torhout-Oost, ... wordt definitief goedgekeurd».

Uit de artikelen 5, 9, 10 en 27 van voormeld lastenkohier blijkt dat de verkoopakten verleden zullen worden door een «werkende ambtenaar», zonder dat gepreciseerd wordt wie deze ambtenaar is.

Uit het ontwerp van akte van verkoop, dat eveneens werd goedgekeurd bij het eerste bestreden besluit, blijkt dat de verkoopakten zouden worden verleden voor de burgemeester van de stad Torhout, bijgestaan door de gemeentesecretaris.

1.2. Het gemeenteraadsbesluit van 27 april 1978 werd, met toepassing van artikel 76, 1°, van de Gemeentewet, na advies van de bestendige deputatie, goedgekeurd bij koninklijk besluit van 1 september 1978.

Dit werd bij uittreksel bekendgemaakt in het Belgisch Staatsblad van 10 november 1978

Ten aanzien van de ontvankelijkheid

2.1. Overwegende dat de eerste verwerende partij als exceptie van niet-ontvankelijkheid aanvoert dat de v.z.w. Koninklijke Federatie van Belgische Notarissen niet bewijst dat zij de vereiste rechtspersoonlijkheid bezit noch, overeenkomstig haar statuten, geldig is opgetreden;

2.2. Overwegende dat uit de in het administratief dossier voorkomende afschriften van de publikatie in de bijlagen van het Belgisch Staatsblad van 9 november 1946 en 25 mei 1967 blijkt dat aan het vereiste van publikatie is voldaan, zowel wat betreft de statuten van de v.z.w. Koninklijke Federatie van Belgische Notarissen, als wat betreft de identiteit der beheerders; dat het eerste onderdeel van de exceptie niet kan worden aangenomen;

2.3. Overwegende dat de verzoekende partijen een afschrift hebben voorgelegd van de statuten van de v.z.w. alsmede van een beslissing van haar raad van beheer, genomen op 19 december 1978, om het koninklijk besluit van 1 september 1978 aan te vechten en daartoe een advocaat aan te stellen;

dat de v.z.w. Koninklijke Federatie van Belgische Nota-

rissen voor de Raad van State in rechte is getreden overeenkomstig artikel 17 van haar statuten en artikel 13, eerste lid, van de wet van 27 juni 1921, namelijk na beslissing van haar raad van beheer en op vervolging en benaerstiging van haar voorzitter;

dat het tweede onderdeel van de exceptie evenmin kan worden aangenomen;

3.1. Overwegende dat de eerste verwerende partij als exceptie van niet-ontvankelijkheid t.a.v. de Kamer der Notarissen van het arrondissement Brugge aanvoert dat, alhoewel moet worden aangenomen dat de kamers van notarissen in rechte kunnen treden, vooreerst niet bewezen is dat zij in rechte treedt op vervolging en benaerstiging van haar voorzitter en na beslissing van de kamer en vervolgens, dat de kamers van notarissen in rechte enkel kunnen vertegenwoordigd worden door hun syndicus, overeenkomstig artikel 5, 2°, van het besluit van 2 nivôse jaar XII;

3.2. Overwegende dat de verzoekende partijen bij hun memorie van wederantwoord een afschrift overleggen van de beslissing van 4 januari 1979 van de Kamer der Notarissen van het arrondissement Brugge, waaruit blijkt dat zij mr. W. Lambrechts heeft aangesteld om de belangen van de notarissen van het arrondissement Brugge te verdedigen ten einde het koninklijk besluit van 1 september 1978 door de Raad van State te laten vernietigen; dat daaruit blijkt dat de tweede verzoekende partij regelmatig en binnen de beroepstermijn de beslissing genomen heeft om het onderhavige beroep bij de Raad van State in te stellen, en op geldige wijze haar procesvertegenwoordiger heeft aangewezen; dat de exceptie van niet-ontvankelijkheid niet kan worden aangenomen;

4.1. Overwegende dat de eerste verwerende partij als exceptie van niet-ontvankelijkheid nog aanvoert dat de verzoekende partijen niet laten blijken van het rechtens vereiste collectief belang; dat zij in dit verband betoogt dat de individuele rechtshandelingen die hier bestreden worden de belangen van identificeerbare personen schaden, te weten een reeks notarissen uit het arrondissement Brugge, meer bepaald die van Torhout, zodat de verzoekende partijen, als vereniging, niet kunnen opkomen voor de belangen van identificeerbare leden;

4.2. Overwegende dat de bij een akte houdende verkoop van onroerende goederen betrokken partijen niet verplicht zijn zich te wenden tot een bepaalde notaris; dat evenmin de verplichting bestaat dat de instrumenterende notaris zijn standplaats zou hebben binnen het arrondissement waar de goederen gelegen zijn; dat de bestreden besluiten derhalve de belangen schaden van een niet te bepalen aantal niet te individualiseren personen; dat voor die belangen kan worden opgekomen door een vereniging waartoe die potentieel benadeelde personen behoren;

4.3. Overwegende dat de Koninklijke Federatie der Belgische Notarissen, luidens artikel 3, eerste lid, van haar statuten tot doel heeft de inrichting, de bevordering en de verdediging van de notariële instelling; dat deze doelstelling moet worden geacht ook in te sluiten de taak om op te komen tegen handelingen, zoals de bestreden beslissingen, die het beweerde wettelijke monopolie van de notarissen miskennen; dat de eerste verzoekende partij derhalve de vereiste kwaliteit heeft om het onderhavige beroep in te stellen;

4.4. Overwegende dat de Kamer der Notarissen van het

arrondissement Brugge, zoals alle kamers van notarissen, o.m. de wettelijke opdracht heeft alle notarissen van het arrondissement gezamenlijk in verband met hun gemeenschappelijke belangen te vertegenwoordigen, met toepassing van artikel 2, 9°, van het besluit van 2 nivôse jaar XII; dat die opdracht ook het optreden in rechte ter verdediging van die belangen omvat; dat derhalve ook de tweede verzoekende partij de vereiste kwaliteit heeft om het onderhavige beroep in te stellen;

4.5. Overwegende dat uit het voorgaande volgt dat de exceptie van niet-ontvankelijkheid, gebaseerd op de ontstentenis van het rechtens vereiste belang, niet kan worden aangenomen;

5. Overwegende dat de verzoekende partijen, tot ondersteuning van hun beroep, als enig middel aanvoeren de schending van artikel 1 van de wet van 25 ventôse jaar XI, doordat alleen notarissen bevoegd zijn om het authentiek karakter te verlenen aan akten die de verkoop van gemeentegoederen inhouden, tenzij een bijzondere wet anders bepaalt, uitzondering die in het voorliggend geval niet van toepassing is;

6. Overwegende dat dit enig middel niet gegrond is, zoals blijkt uit het volgende:

6.1. Artikel 1 van de wet van 25 ventôse jaar XI op het notarisambt luidt:

«Notarissen zijn openbare ambtenaren aangesteld om alle akten en contracten te verlijden waaraan partijen de authenticiteit van overheidsakten moeten of willen doen verlenen, de dagtekening ervan te verzekeren, ze in bewaring te houden en er grossen en uitgiften van af te geven.

Onder voorbehoud van de rechten der openbare overheid zijn alleen zij bevoegd om onroerende goederen, renten en hypothecaire schuldvorderingen openbaar te verkopen. De toewijzing mag niet dan aan de hoogst- en laatstbiedende geschieden.»

Het tweede lid van dit artikel 1 van de wet van 25 ventôse jaar XI werd toegevoegd bij de wet van 16 april 1927.

6.2. De bevoegdheid om authenticiteit aan akten te verlenen rust in beginsel bij de openbare overheid (Hof van Cassatie, 17 januari 1901, *Pas.*, 1901, I, 112-113).

6.3. Derhalve was – en is – een bijzondere wet vereist om aan de notarissen de bevoegdheid toe te kennen om authenticiteit te verlenen aan hun akten.

6.4. Deze bijzondere wetsbepaling is voormeld artikel 1 van de wet van 25 ventôse jaar XI, dat aan de notarissen wel een algemene, maar geen exclusieve bevoegdheid heeft toegekend.

6.5. Zowel de tekst zelf van het tweede lid van genoemd artikel 1 van de wet van 25 ventôse jaar XI, toegevoegd bij de wet van 16 april 1927, als de parlementaire voorbereiding ervan (zie de verklaring van de minister van Justitie op een vraag van verslaggever Du Bost, *Parl. Hand.*, *Senaat*, 1926-27, 5 april 1927, blz. 481) bevestigen het onverminderd voortbestaan van het beginsel van de authenticiteit van de akten van de openbare overheid, d.i. van de akten die gesteld worden door openbare ambtenaren, binnen de perken van hun wettelijke bevoegdheid.

6.6. Krachtens de artikelen 31 en 108 van de Grondwet, is de gemeente – onder het bestuurlijk toezicht van de toeziende overheid – soeverein voor alles wat het gemeentelijk belang betreft.

6.7. Uit het voorgaande volgt dat de burgemeester

bevoegd is om een onroerend goed van de gemeente te verkopen en om tevens authenticiteit te verlenen aan de akte die hij zelf opstelt van het verricht zijn van de handelingen van koop en verkoop.

6.8. Het middel is derhalve niet gegrond.
(Verwerping)

NOOT – De authentieke akte in administratieve vorm

1. Ondanks de principiële termen, waarin het Hof van Cassatie in zijn arrest van 17 januari 1901 (*Pas.*, 1901, I, 112-113) bevestigde dat administratieve geschriften authentieke geschriften zijn («Que la loi organique du 25 Ventôse an XI n'a eu pour but ni pour effet d'enlever aux actes administratifs le caractère d'authenticité qui, selon les termes mêmes de l'article 1er de cette loi, s'attache aux actes de l'autorité publique»), is de controverse rond dit vraagstuk levendig gebleven.

De verschillende standpunten zijn laatst aan bod gekomen tijdens het XXVIe wetenschappelijk rechtscongres van de Vlaamse Juristenvereniging te Gent, op 18 mei 1974; de preadviezen werden gepubliceerd in het *R.W.*, 1973-74, 1993-2031.

2. Deze preadviezen hebben de Koninklijke Federatie van Belgische Notarissen ertoe gebracht om het probleem nog eens voor te leggen aan een juridisch forum, en een beslissing van de gemeenteraad van Torhout van 27 april 1978, goedgekeurd bij koninklijk besluit van 1 september 1978, gaf haar daartoe de gelegenheid.

3. Dat beide verzoekers geacht werden belang te hebben bij de nagestreefde vernietiging, hoeft geen verbazing te wekken in het licht van de vaste rechtspraak die de Raad van State ter zake heeft opgebouwd (*V.Z.W.* Comité Beter Leefmilieu Malle, nr. 21.012, 10 maart 1980, *T.B.P.*, 1981, 611; *V.Z.W.* Werkgroep voor Milieubeheer Brasschaat, nr. 21.384, 11 september 1981; *R.W.*, 1981-82, 1876, met noot W. Lambrechts; *T.B.P.*, 1982, 197; Orde van Architecten, nr. 14.240, 4 augustus 1970).

4. Zoals Reyntjens en Peeters in hun kroniek van grondwettelijk en administratief recht aanstippen, levert de vierde kamer van de Raad van State gewoonlijk uitvoerige arresten af (*R.W.*, 1983-84, 993) en daarom valt de korte redactie van deze uitspraak des te meer op, zeker wanneer men het legt naast het grondige, 131 bladzijden lange verslag van het auditoraat.

De Raad sluit zich aan bij de stelling van het arrest van het Hof van Cassatie van 17 januari 1901, nl. dat de bevoegdheid om authenticiteit aan akten te verlenen berust bij de openbare overheid, merkt dan verder op dat de notarissen op dat punt wel een algemene, maar geen exclusieve bevoegdheid hebben, om dan in de wet van 16 april 1927 tot toevoeging van een tweede lid van artikel 1 van de Ventôsewet, als in de voorbereiding daarvan, de bevestiging te vinden van het «onverminderd voortbestaan van het beginsel van de authenticiteit van de akten van de openbare overheid, binnen de perken van hun wettelijke bevoegdheid».

In zijn uitvoerig verslag, en in zijn advies, was de auditor tot een andere conclusie gekomen, die steunt op de wordingsgeschiedenis van de Ventôsewet en de daaropvolgende wetsgeschiedenis, maar vooral op de vaststelling dat, hoewel de overheid haar eigen beslissingen op authentieke wijze kan vaststellen, niets erop wijst dat zij bevoegd zou

zijn om handelingen van particulieren te authenticeren. Met andere woorden, wanneer een rechtshandeling, waarbij een overheid partij is, maar tot stand kan komen dank zij de medewerking van een particulier, dan kan de overheid zelf niet de rechtshandeling in haar geheel op authentieke wijze vaststellen, tenzij in die gevallen waarin de wetgever aan de overheid uitdrukkelijk die bevoegdheid heeft toegekend.

Klaarblijkelijk heeft deze redenering de Raad niet kunnen overtuigen.

M. Boes

MILITAIR GERECHTSHOF TE BRUSSEL

31 JANUARI 1984

Voorzitter: de h. Durant

Openbaar ministerie: de h. Bogaert

Advocaat: mr. Arnou

Huisvredebreuk — 1. Aanhorigheden van de woning — 2. Geweld of bedreiging.

1. Wanneer een tuin een besloten karakter heeft en nauw bij het huis hoort dat bewoond is, geniet hij de bij art. 439 Sw. bepaalde bescherming.

2. Het geweld of de bedreiging vermeld in art. 439 Sw. dient niet noodzakelijk het binnentreden in andermans woning vooraf te gaan; het geweld of de bedreiging bedoeld in dit artikel kan ook gelijktijdig geschieden met de huisvredebreuk.

V.

Telastlegging: te Z. op 7 juli 1983, zonder een bevel van de overheid en buiten de gevallen waarin de wet toelaat in de woning van bijzondere personen tegen hun wil binnen te treden, in een door een ander bewoond huis, appartement, kamer of verblijf, of in de aanhorigheden ervan, ter zake in de aanhorigheden van de woning toebehorende aan Ronald D., te zijn binnengedrongen, hetzij met behulp van bedreiging of geweld tegen personen, hetzij door middel van braak, inklimming of valse sleutels;

(..)

Overwegende dat het ten deze vaststaat dat de beklaagde vanop de openbare weg, in de omheinde en aan de woning palende tuin van de echtgenoten D. kwam, om vervolgens, door het beklimmen van enkele muren, op het dak van de woning en meer bepaald in de dakgoot te komen; dat beklaagde van daaruit de bewoners van de woning beloerde totdat hij ontdekt werd;

Overwegende dat beklaagde zodoende huisvredebreuk pleegde; dat betrokkene dit in zijn conclusie ten onrechte betwist; dat hij immers, op strafbare wijze, de door artikel 480 van het Strafwetboek nader beschreven «aanhorigheden» van de woning betrad;

Overwegende dat de tuin van een woning door de wetgever van 1867 uitdrukkelijk vermeld werd als een van de «aanhorigheden» van de bij artikel 439 van het Strafwet-

boek genoemd huis, appartement, kamer of verblijf; dat hieromtrent niet de minste twijfel kan bestaan wanneer, zoals in casu, de tuin omheind is en een nauw, onmiddellijk en aaneensluitend geheel vormt met het huis dat iemand bewoont (zie Rigaux en Trousse, *Les crimes et les délits du Code pénal*, deel 2, p. 111; Cass. fr., 13 maart 1974, *D.*, 1974, Inf. rap. 101); dat een tuin de bij artikel 439 van het Strafwetboek bedoelde bescherming geniet zodra hetzij een omheining, hetzij enig ander materiaal element de onbetwistbare aanwijzing inhoudt: a) dat de tuin een bepaald besloten karakter heeft, m.a.w. dat hij zichtbaar niet voor iedereen toegankelijk is; b) dat deze tuin op nauwe en onmiddellijke wijze bij een huis «hoort»; c) dat dit huis op permanente of tijdelijke wijze bewoond is of bewoond kan zijn door een of meerdere personen;

Dat aan voornoemde voorwaarden ten deze is voldaan;

Dat beklagde geen dienend argument vermag af te leiden uit de omstandigheid dat het hek zou hebben opengestaan op het ogenblik dat hij de tuin betrad, en dit zonder de minste hindernis te ontmoeten; dat in de gegeven concrete omstandigheden van de zaak, het openstaand hek — naast andere factoren — de duidelijke en voor elkeen zichtbare aanwijzing inhield van bewoning van het huis in kwestie en zijn «aanhorigheden»; dat het openstaande hek, in casu, geenszins het besloten karakter van de «aanhorigheid» aantastte;

Overwegende dat de manier zelf waarop beklagde zich toegang tot de dakgoot verschafte, in se, erop wijst dat hij van de bewoners geen instemming gekregen had om, dit huis of de «aanhorigheden» ervan te betreden;

Overwegende dat beklagde verder *over* muren en afsluitingen geklauterd is om tot in de dakgoot van de woning te geraken; dat hierdoor aan een ander constitutief element van de telastlegging werd voldaan, te weten de «inklimming»; dat beklagde bovendien nog bij het plegen van de feiten, een dreigende en agressieve houding aannam ten overstaan van één van de bewoners van het huis, de heer D.; dat beklagde ten onrechte stelt dat bedreiging of geweld alleen dan als constitutief element van huisvredebreuk zou kunnen worden aangenomen, wanneer het geweld of de bedreigingen gepleegd werden «om binnen te komen»; dat het geweld of de bedreigingen niet noodzakelijk het binnentreden in andermans huis moeten voorafgaan; dat het geweld of de bedreigingen ook gelijktijdig aan het plegen van de huisvredebreuk mogen zijn (Zie Cass., 19 mei 1970, *Arr. Cass.*, 1970, 875);

(...)

NOOT — *Betreffende huisvredebreuk*

1. Een omheinde tuin maakt ongetwijfeld deel uit van een besloten erf wanneer hij aan het bewoonde huis grenst: de omstandigheid dat het hek openstond wijzigt de aard van deze tuin niet.

Het was de bedoeling van de wetgever de privacy van de burgers te beschermen en deze bescherming reikt ook tot de onmiddellijke omgeving van het bewoonde huis op voorwaarde dat de aanhorigheden aanpalend zijn en afgesloten van de openbare weg.

2. De bedreigingen of de gewelddaden bedoeld in artikel 439 Sw. zijn niet noodzakelijk voorbereidende handelingen in verband met de huisvredebreuk, ze moeten deze niet

voorafgaan. Ze kunnen reeds de uitvoering van het misdrijf zijn en ermee samenvallen (Cass., 28 april 1913, *Pas.*, 1913, I, 206; Cass., 19 mei 1970, *A.C.*, 1970, 875).

A. Vandeplas

HOF VAN BEROEP TE GENT

10e KAMER — 17 JUNI 1983

Voorzitter: de h. Maes

Raadsheren: de hh. Denys en Casier (rapporteur)

Advocaat-generaal: de h. Colpaert

Cheque — Zonder dekking — Bankkaart.

Een bankkaart die het de trekker mogelijk maakt afnemingen uit te voeren door middel van cheques tot aan een debet van maximum 25.000 fr., is niet gelijk te stellen met een voorafgaand, toereikend en beschikbaar fonds in de betekenis van art. 61, 1°, van de Chequewet, daar de bank, door het overhandigen van de bankkaart aan de houder van een zichtrekening geen overeenkomst aangaat waarbij aan de trekker een bepaald tegoed ter beschikking wordt gesteld.

Van H.

Verdacht van: te Wetteren en elders in het Rijk, meermaals in de periode van 1 febr. 1981 tot op 24 juli 1981:

Met het oogmerk om zich een zaak toe te eigenen die aan een ander toebehoort, zich gelden, roerende goederen, verbintenissen, kwijtingen, schuldbevrijdingen te hebben doen afgeven of afleveren, hetzij door het gebruik maken van valse namen of valse hoedanigheden, hetzij door het aanwenden van listige kunstgrepen om te doen geloven aan het bestaan van valse ondernemingen, van een denkbeeldige macht of van een denkbeeldig krediet, om een goede afloop, een ongeval of enige andere hersenschimmige gebeurtenis te doen verwachten of te doen vrezen of om op andere wijze misbruik te maken van het vertrouwen of van de lichtgelovigheid, nl. de hierna vermelde cheques aan toonder te hebben getrokken en de uitbetaling ervan te hebben verkregen onder overschrijding van het geoorloofd debet van maximum 25.000 fr., t.n.v. Gemeentekrediet van België, nl. de cheques nrs (...)

Bij vonnis der Rechtbank van Eerste Aanleg te Dendermonde, correctionele kamer met drie rechters, 8 dec. 1982, bij verstek gewezen, werd aangenomen dat: de feiten dienen te worden heromschreven als een inbreuk op art. 61, 1°, W. 1 maart 1961 nl.: Wetens en willens een bankcheque of met de bankcheque gelijkgesteld waardepapier uitgegeven te hebben zonder voorafgaand, toereikend en beschikbaar fonds nl. — de in de omschrijving der oorspronkelijke telastlegging vermelde cheques; (...)

1. De cheques voorwerp van de telastlegging van de dagvaarding; ten getale van 23 voor een totaal bedrag van 27.020 fr., werden uitgegeven in de periode gaande van 31 januari 1981 tot op 7 april 1981. Zij werden op de zichtrekening van de beklagde bij het Gemeentekrediet van Bel-

gië gedebiteerd in de periode van 4 februari tot op 15 april 1981.

In de periode van de uitgifte van die cheques was er geen voorafgaand, toereikend en beschikbaar fonds.

Het feit dat de beklaagde houder was van een bankkaart waardoor gedurende de termijn van geldigheid ervan de cheques op voornoemde instelling getrokken en waarvan het bedrag de 5.000 fr. niet overschreed, gewaarborgd werden, en die hem toeliet afnemingen uit te voeren door middel van die cheques tot aan een debet van maximum 25.000 fr., is niet gelijk te stellen met een voorafgaand, toereikend en beschikbaar fonds in de betekenis van artikel 61, 1°, van de wet van 1 maart 1961. Een dergelijk fonds vereist *ten minste* een overeenkomst tussen de trekker en de betrokkene die de uitgifte van de cheque voorafgaat en slaat op een bepaald tegoed dat de betrokkene krachtens zijn verbintenis ter beschikking van de trekker zal stellen en waarvan het bedrag minstens gelijk is aan dat van de door de trekker uitgegeven cheque.

Door het overhandigen van een bankkaart aan de houder van een zichtrekening, ter zake de beklaagde, ging het Gemeentekrediet van België geen overeenkomst aan waarbij het aan de trekker een bepaald tegoed ter beschikking stelde.

Het is dan ook terecht dat de eerste rechter de uitgifte van ieder van de cheques in de dagvaarding vermeld omschreven heeft als het misdrijf bedoeld bij artikel 61, 1°, van de wet van 1 maart 1961.

2. De uitgifte van ieder van die cheques in de omstandigheden zoals dit gebeurd is en waarbij de beklaagde zich gelden liet afgeven door gebruik van zijn bankkaart wel wetende dat hij over geen provisie beschikte en zeker niet in staat was of zou zijn om de bestaande debetstand, die zelfs boven de 25.000 fr. liep, binnen de termijn van 90 dagen aan te zuiveren, is te beschouwen als een listige kunstgreep, element van het misdrijf van oplichting, voorwerp van de telastlegging zoals omschreven in de dagvaarding.

3. De uitgifte van iedere cheque in de dagvaarding vermeld levert aldus het misdrijf op bedoeld bij artikel 61, 1°, van de wet van 1 maart 1961 en tevens het misdrijf van oplichting bedoeld bij artikel 496 van het Strafwetboek.

Aan de grondslag van de uitgifte van al deze cheques is er eenheid van opzet. Er dient dan ook voor het geheel van die misdrijven één enkele straf opgelegd te worden, de zwaarste, nl. die gesteld door artikel 496 van het Strafwetboek, waarvan de maat verder bepaald wordt.

4. De telastleggingen van oplichting hebben aan de burgerlijke partij schade veroorzaakt waarvan de vergoeding door haar gevorderd mag worden voor de strafrechter terzelfder tijd als de strafvordering.

De vordering kan echter enkel steunen op de feiten voorwerp van de strafvordering.

Het blijkt nu dat als gevolg van de misdrijven voorwerp van de strafvordering, de beklaagde zich in totaal 27.020 fr. heeft laten afgeven. Deze vergoeding kan aan de burgerlijke partij toegekend worden maar niet meer. Voor schade geleden als gevolg van gelijkaardige feiten die niet voor de strafrechter aanhangig zijn, kan deze geen vergoeding toekennen.

De vordering van de burgerlijke partij is dan ook gegrond voor een bedrag van 27.020 fr. Vergoedende interesten worden niet gevorderd.

(...)

NOOT – De cheque zonder dekking en de kredietkaart

1. De beklaagde heeft tussen 31 januari en 7 april 1981 een sliert kleine cheques van om en bij 1.500 fr. uitgegeven: alles samen gaat het om 23 cheques voor een bedrag van 27.020 fr. Er was geen voldoende dekking en het lijkt ook geen twijfel dat er «overschrijding van het geoorloofd debet van maximum 25.000 fr.» was.

De betrokkene werd niet vervolgd wegens uitgifte van cheques zonder dekking, maar wegens oplichting door middel van cheques zonder dekking. De uitgifte van ongedekte cheques kan inderdaad een listige kunstgreep zijn in de zin van artikel 496 Sw. (Cass., 4 november 1974, *Pas.*, 1975, I, 265; Hof Brussel, 11 juni 1975, *Pas.*, 1976, II, 71).

2. De beklaagde was houder van een geldige eurochequekaart en rekende erop dat hij tot een bedrag van 25.000 fr. in het rood mocht staan. Het valt echter niet te betwisten dat hij zich niet strikt gehouden heeft aan deze «geoorloofde debetstand» – zoals de procureur des Konings dit voorzichtig uitdrukt in de kwalificatie der feiten – en dat de laatste twee cheques ten belope respectievelijk van 1.200 en 1.000 fr. in strijd met de wettelijke bepalingen werden uitgegeven.

3. Maar was er uitgifte van cheques zonder dekking, en bijgevolg oplichting, voor deze cheques die binnen de «geoorloofde debetstand» bleven?

Het hof poneert dat een eurochequekaart niet kan worden gelijkgesteld met een voorafgaand, toereikend en beschikbaar fonds in de betekenis van artikel 61, 1°, van de wet van 1 maart 1961, omdat er geen overeenkomst bestond tussen de trekker en de betrokkene waarbij een bepaald tegoed ter beschikking werd gesteld.

4. Het Hof van Cassatie heeft reeds eerder aangenomen dat het fonds kan bestaan in een schuldvordering ten gevolge van een kredietopening die zelfs uit een stilzwijgende overeenkomst voortvloeit, maar de overeenkomst moet aan de uitgifte van de cheque voorafgaan en moet slaan op een bepaald tegoed dat de betrokkene krachtens zijn verbintenis ter beschikking van de trekker zal stellen en waarvan het bedrag minstens gelijk is aan dat van de door de trekker uitgegeven cheque (Cass., 24 januari 1977, *R.W.*, 1976-77, 2167; Cass., 28 september 1977, *R.W.*, 1977-78, 2663).

5. Bij de overhandiging van de eurochequekaart wordt aan de trekker een kaskrediet van 25.000 fr. toegestaan. Zelfs al wordt zulks niet uitdrukkelijk vermeld op de bankkaart, toch wordt verwezen naar het bankreglement: dit houdt in dat de bank bij het verlenen van de eurochequekaart een kredietopening ten belope van 25.000 fr. toestaat onder de door haar bepaalde voorwaarden (H.D. Bosly, «L'émission de chèques sans provision et les cartes de crédit», *R.D.P.*, 1973-74, 166-167; J.C. Germain, «Les avatars de la carte de chèques», *Revue de la banque*, 1969, 745; J. Liebaert, «Nature de l'engagement du banquier envers les porteurs de chèques dits garantis», *Revue de la banque*, 1969, 757).

6. Het komt ons dan ook betwistbaar voor dat er geen overeenkomst zou bestaan tussen de bank en de houder van de bankkaart waarbij aan de trekker een bepaald tegoed ter beschikking werd gesteld. Zelfs al staat deze kredietopening niet uitdrukkelijk vermeld op de bankkaart, toch weet elke

houder van een eurochequekaart dat hij mag rekenen op een «geoorloofd debet van 25.000 fr.» en ook elke bank weet dat ze bij het uitreiken van een bankkaart een kredietopening van 25.000 fr. toestaat aan de houder.

Deze rechtspraak lijkt ons dan ook vatbaar voor kritiek.

A. Vandeplass

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

1e KAMER — 17 JANUARI 1984

Voorzitter: de h. De Vocht

Raadsheren: de h. Raymaekers en mevr. Bourgeois

Advocaten: mrs. Keirsebelik loco Lenaerts en Jacqumain

Huwelijksvermogensstelsels — Ontbinding door echtscheiding op grond van bepaalde feiten — Echtscheiding toegestaan op tegeneis — Terugwerkende kracht — Art. 1463 B.W. — Vermoeden van afstand van gemeenschap — Toepassing tussen echtgenoten — Inleiding van de eis vóór 28 september 1977 — Aanvaarding van gemeenschap — Stilzwijgend.

Het vonnis of arrest waarbij de echtscheiding wordt toegestaan werkt ten aanzien van de echtgenoten, wat hun goederen betreft, terug tot op de dag van de vordering. Indien de echtscheiding enkel wordt toegestaan op grond van een tegeneis, geldt als datum van de inleiding van de vordering, de datum van de neerlegging ter griffie van de conclusie waarbij de tegeneis is gesteld.

De gemeenschap moet ontbonden worden zoals ze bestond op de datum van de inleiding van de eis en met toepassing van de wettelijke regels die toen van kracht waren. Indien op dat ogenblik de oude wet betreffende de huwelijksstelsels nog van toepassing was, moet art. 1463 B.W. nog worden toegepast: de vrouw moet binnen drie maanden en veertig dagen na de overschrijving de gemeenschap aanvaarden.

De aanvaarding kan stilzwijgend zijn, maar moet ondubbelzinnig zijn; ze mag steunen op feiten van vóór of na de gestelde termijn doch alleen om de zin te interpreteren van verrichtingen door de vrouw gesteld binnen die termijn.

L. t/ R.

Overwegende dat appelante op 12 december 1974 een verzoekschrift tot echtscheiding heeft neergelegd; dat geïntimeerde bij conclusie, neergelegd ter griffie op 6 mei 1976, een tegeneis tot echtscheiding heeft ingesteld; dat bij vonnis van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Antwerpen van 8 november 1976 een bewijs door alle middelen rechtens met betrekking tot bepaalde feiten betreffende de hoofdeis werd toegestaan; dat geen echtscheiding de plano werd toegestaan betreffende de tegeneis maar hiervoor ook het bewijs door alle middelen rechtens met betrekking tot bepaalde feiten werd toegelaten;

Overwegende dat, bij arrest van het Hof van Beroep te Antwerpen van 28 juni 1978, de oorspronkelijke tegeneis

van geïntimeerde gegrond werd verklaard, de echtscheiding de plano werd toegestaan ten laste van appellante en de vereffening en verdeling van de onverdeeldheid tussen de gedingvoerende partijen werd bevolen en daartoe de notariissen D.M. en M. werden aangewezen; dat het beschikkende gedeelte van dit arrest op 16 november 1978 werd overgeschreven in de registers van de huwelijksakten te B.;

Overwegende dat, in het proces-verbaal van beweringen en zwaarigheden opgesteld door notaris De M. op 28 september 1979, de partijen naar de rechtbank werden verwezen daar betwist werd of appellante de gemeenschap van aanwinsten volgens huwelijkscontract van 23 juni 1957 had aanvaard; dat het bestreden vonnis onder meer voor recht heeft gezegd dat appellante met toepassing van het oude artikel 1463 Burgerlijk Wetboek geacht moet worden afstand te hebben gedaan van de gemeenschap van aanwinsten die tussen partijen heeft bestaan;

Overwegende dat hangende de echtscheidingsprocedure appellante op 16 november 1976 op grond van artikel III overgangsbepalingen artikel 1, 5°, van de wet van 14 juli 1976 een verzoekschrift heeft ingediend strekkende tot vereffening en verdeling van de gemeenschap van aanwinsten die tussen partijen bestond; dat, bij vonnis van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Antwerpen van 26 mei 1977, enkel de vereffening overeenkomstig de regels van het Burgerlijk Wetboek, die van toepassing waren vóór de inwerkingtreding van de wet van 14 juli 1976, werd bevolen en notaris V. werd gelast de niet verschijnende of weigerende partij te vertegenwoordigen; dat dit vonnis op 28 oktober 1977 aan geïntimeerde werd betekend;

Overwegende dat het vonnis of arrest waarbij de echtscheiding wordt toegestaan, ten aanzien van de echtgenoten, wat hun goederen betreft, terugwerkt tot op de dag van de vordering, in casu 6 mei 1976; dat de gemeenschap derhalve moet worden ontbonden zoals ze bestond op de datum van de inleiding van de eis en met toepassing van de wettelijke regels die toen van kracht waren;

Overwegende dat het irrelevant is na te gaan of de gevolgen van de retroactiviteit enkel beperkt zijn tot de inhoud of materiële samenstelling van de gemeenschap of dat een restrictieve interpretatie geboden is omdat de terugwerking van de echtscheiding tot op de dag van de inleiding van de vordering een uitzondering uitmaakt op het gemene recht daar de betwisting erin bestaat of appellante nog verplicht was een keuze te maken nopens de aanvaarding of de verwerping van de gemeenschap, ongeacht haar samenstelling;

Overwegende dat appellante aanvoert dat artikel 1463 B.W. niet meer van toepassing kan zijn daar dit artikel is opgeheven door de wet van 14 juli 1976 en de overgangsbepalingen betreffende deze wet niet voorzien in het behoud van dit artikel en dat het karakter van openbare orde van de bepalingen aangaande de aanvaarding en de verwerping van de gemeenschap zich verzet tegen de toepassing van artikel 1463 B.W.;

Overwegende dat het karakter van artikel 1463 B.W. in voorkomend geval niet de toepassing ervan na 14 juli 1976 verhindert;

Overwegende dat de gemeenschap tussen partijen ontbonden is toen de oude wet betreffende de huwelijksvermogensstelsels nog in werking was en ze volgens deze wet moet worden vereffend; dat moet worden aangenomen dat in casu artikel 1463 B.W. nog toepasselijk is; dat appellante

die aanspraak maakt op rechten in de gemeenschap, binnen drie maanden en veertig dagen na de overschrijving in de registers van de burgerlijke stand, haar wil moest laten blijken om de gemeenschap te aanvaarden (A. Heyvaert, «Het overgangsrecht, de rommelzolder van de wet van 14 juli 1976 betreffende de wederzijdse rechten en verplichtingen van echtgenoten en de huwelijksvermogensstelsels», nr. 33, *R.W.*, 1976-77, 991);

Overwegende dat appellante opwerpt dat het bestreden vonnis ten onrechte geen rekening heeft gehouden met het in kracht van gewijsde getreden vonnis van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Antwerpen van 26 mei 1977;

Overwegende dat dit vonnis niet de ontbinding van de gemeenschap heeft uitgesproken; dat moet worden aangenomen dat de gemeenschap reeds sedert 6 mei 1976 ontbonden was;

Overwegende dat de vereffening gevorderd overeenkomstig artikel III overgangsbepalingen artikel 1, 5°, geschiedde onder de opschortende voorwaarde van het niet-toestaan van de echtscheiding; dat, indien zoals in casu de echtscheiding werd uitgesproken, zal blijken dat de gemeenschap reeds ontbonden was vóór het ogenblik van de ontbinding dat bij de vereffening overeenkomstig artikel 1, 5°, in aanmerking wordt genomen (A. Heyvaert, *art. cit.*, nr. 34, 991);

Overwegende dat voor de onderhavige betwisting met dit vonnis geen rekening behoeft te worden gehouden;

Overwegende dat appellante aanvoert dat zij binnen de wettelijk bepaalde termijn de gemeenschap van aanwinsten stilzwijgend heeft aanvaard; dat het irrelevant is na te gaan of dit argument al dan niet voor de eerste rechter werd aangevoerd;

Overwegende dat een stilzwijgende aanvaarding ondubbelzinnig moet zijn; dat om te besluiten tot een stilzwijgende aanvaarding van de gemeenschap binnen de bij art. 1463 B.W. bepaalde termijn, gesteund mag worden op feiten van vóór of na de gestelde termijn doch alleen om de zin te interpreteren van verrichtingen door appellante gesteld binnen de bedoelde termijn;

Overwegende dat appellante binnen de termijn van drie maanden en veertig dagen sedert 16 november 1978 tot 28 maart 1979 de gemeenschap had moeten aanvaarden;

Overwegende dat de brief van 1 september 1977 van notaris W. aan de raadsman van geïntimeerde niet ter zake dienend is daar hij betrekking heeft op het vonnis van 26 mei 1977; dat om dezelfde reden geen rekening kan worden gehouden met de brief van 1 december 1978 van de vroegere raadsman van appellante aan notaris W.;

Overwegende dat uit het feit dat de toenmalige raadsman van appellante bij brief van 8 februari 1979 aan de bij arrest van 28 juni 1978 aangestelde notaris De M. vroeg de vereffening en verdeling aan te vatten niet kan worden afgeleid dat appellante de gemeenschap stilzwijgend heeft aanvaard;

Overwegende dat de brief van 9 mei 1979 van de toenmalige raadsman van appellante aan de raadsman van geïntimeerde met doorslag aan de notarissen De M. en W. en de brief van 12 juni 1979 van dezelfde toenmalige raadsman aan beide voornoemde notarissen stellen dat appellante de mogelijkheid behoudt om na de vereffening de gemeenschap te verwerpen of te aanvaarden; dat overigens deze

brieven dagtekenen van na het verstrijken van de termijn bepaald in artikel 1463 B.W.;

Overwegende dat appellante de stilzwijgende aanvaarding van de gemeenschap niet aantoonst; dat evenmin uit het feit dat zij steeds in de gemeenschappelijke villa is blijven wonen, haar praktijk erin heeft gevestigd en alle kosten en belastingen ervoor heeft betaald, kan worden afgeleid dat zij op ondubbelzinnige wijze de gemeenschap stilzwijgend heeft aanvaard;

Overwegende dat appellante binnen de wettelijk voorgeschreven termijn de gemeenschap niet heeft aanvaard en zij geacht wordt van de gemeenschap afstand te hebben gedaan;

(...)

NOOT – Over de datum van ontbinding van de gemeenschap ingevolge echtscheiding op grond van bepaalde feiten, en de toepassing op de vereffening van de wet die alsdan gold: Cass., 21 september 1979, *R.W.*, 1979-80, 2648, met noot van Hélène Casman.

Over de toepasselijkheid van art. 1463 B.W., in geval van ontbinding van de gemeenschap vóór 28 september 1976, vgl. Rechtbank Kortrijk, 10 oktober 1980, *R.W.*, 1980-81, 2698, beide met een noot van Hélène Casman.

Over het bewijs van de (stilzwijgende) aanvaarding van de gemeenschap door de vrouw, mede op grond van handelingen buiten de wettelijk daartoe gestelde termijn: Cass., 12 september 1980, *R.W.*, 1980-81 2340.

BOEKEN

Rechtsbijstand en verzekering, Derde Leuvense Verzekeringdagen, Ed.: H. COUSY en H. CLAASSENS, (K.U.Leuven, afdeling Economisch Recht en Instituut van Actuariële Wetenschappen), Antwerpen/Apeldoorn, Maarten Kluwer's Internationale Uitgeverij, 1983, 248 blz.

Het vermelde boek stond al enkele weken klaar om besproken te worden, toen ons door een bekende een polis rechtsbijstandsverzekering werd voorgelegd die hij zou ondertekenen maar eerst nog kritisch door ons wilde laten nalezen. Een goede gelegenheid dus om in het genoemde boek de bijdrage te consulteren van M. Wastiau over de «Belgische praktijk inzake rechtsbijstandspolissen» ... die ons niet alleen meer dan voldoende stof bood om onze vraagsteller van antwoord te dienen maar tevens een aanleiding was om door de hele problematiek en door de manier waarop deze in de bundel wordt behandeld, geboeid te raken.

Eerst een korte presentatie: het boek bundelt de uiteenzettingen, standpunten en debatten die aan bod kwamen in de derde uitgave van de nu wel stilaan traditie wordende «Leuvense verzekeringdagen», georganiseerd door de professoren Cousy en Claassens van de Leuvense Rechtsfaculteit, in samenwerking met het Instituut voor Actuariële wetenschappen. De formule is stilaan bekend, beproefd en goed bevonden: verzekeraars, advocaten, magistraten, juristen, actuarissen, consumentenorganisaties en overheidsinstanties bezinnen zich anderhalve dag over actuele onderwerpen (vorige uitgaven: verzekering en consument, verkeersverzekering, en onlangs: economische crisis en verzekering), telkens aan de hand van facetten voorgesteld in boeiende inleidingen (met o.m. een rechtsvergelijkende inbreng), daarna beoordeeld in korte standpunten (van verzekeraars, advocaten, ...) en ten slotte getoetst in vaak levendige debatten. En van dit gebeuren wordt, telkens door dezelfde uitgever, een verslagboek bezorgd — misschien soms wat lang na de feiten, maar de buitengewone zorg besteed aan de presentatie maakt dat het geduld ruimschoots beloond wordt.

Keren we terug naar het boek «Rechtsbijstand en verzekering», zoals gezegd derde in de reeks. In de eerste tekst, van de hand van prof. Bocken, wordt de toon aangegeven en het gestelde vraagstuk zo breed mogelijk omschreven (bij de oorspronkelijke «deskundige hulpverleners bij rechtsproblemen» — advocaten en notarissen — zijn zich gaandeweg vogels van allerlei pluimage komen voegen, zoals zaakwaarnemers, vakbondsvertegenwoordigers, wetswinkeliers, consumentenverenigingen, politici — en zelfs de O.C.M.W.'s op grond van een wettelijke verplichting; één onderscheid dient te worden gemaakt tussen eerste- en tweedelijns-hulp (met dit laatste wordt procesbijstand bedoeld); aan bod komen verder verzekeringsrechtelijke problemen, problemen wat de kostprijs betreft, de fameuze belangenconflicten, het soms tere punt van de verhouding tot de balie; een overzicht wordt gegeven van organisatievormen: individuele en groepspolis, verzekeringsmaatschappij opgericht door belangenverenigingen, verplichte verzekering, sociale verzekering ...). Zoals gezegd: de toon is meteen aangegeven en de problemen duidelijk gesteld — klaar om in de daarop volgende bijdragen vanuit diverse hoeken bekeken te worden: vanuit de hoek van de verzekeringsjurist (M. Fontaine), in het licht van het ontwerp van E.E.G.-richtlijn (G. Levie), tegen de achtergrond van de Nederlandse (J.J. Luyt) en Belgische praktijk (zoals reeds gezegd, van de hand van M. Wastiau die zich baseert op de resultaten van een vragenlijst voorgelegd aan Belgische verzekeraars) en vanuit de vraagstelling naar de actuariële en kostenaspecten (H. Clemeur). Dit alles wordt op een passende manier besloten door een slottoespraak van prof. M. Storme, die o.m. peilt naar de redenen voor de toenemende behoefte aan rechtshulp (stijging van het bewustzijnsniveau van de individuen, toename van de ondoorzichtigheid van de wetgeving en van de bureaucratie, toename van het aantal advocaten, de crisis en de psychische destabilisatie: meer faillissementen, jeugdcriminaliteit, ...); in deze slottoespraak wordt de gehele problematiek nog eens duidelijk maatschappelijk gesitueerd, op magistrale en meestal rustige, soms ook engagerende toon (voorbeeld: «zal de R.B.V. niet systeembevestigend werken, daar waar precies het systeem zelf, voor zover het artificieel behoeft aan rechtshulp creëert, moet aangevochten worden?»).

Uit het voorgaande moge voldoende gebleken zijn dat wij het voorrecht hadden een zeer nuttig én boeiend boek — beide aspecten zijn van belang — aan U voor te stellen.

Dries Simoens

J. SOETENHORST — DE SAVORNIN LOHMAN, **Deregulering en rechtspleging**, en H.J. DE RU, **Georganiseerde regelgeving: organisatierechtelijke aantekeningen bij deregulering**, Handelingen 1984 der Nederlandse Juristen-Vereniging, deel I, tweede stuk, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1984, V + 142 blz.

Deregulering is in. Zij staat hoog ingeschreven in het vaandel van verscheidene conservatieve regeringen, o.m. in de V.S.A. en in ... Nederland.

In België blijft het vooralsnog veelal bij loze kreten. In Nederland echter is het ernst, wat wordt bewezen door het feit dat het fenomeen «deregulering» in studie werd genomen door de Nederlandse Juristenvereniging.

De twee preadviezen zijn bijzonder lezenswaard. Toch slagen zij niet er in, alle scepticisme weg te werken, en dit was klaarblijkelijk ook niet de bedoeling van de preadviseurs, die zelf nogal relativerend te werk gaan.

Waarom zijn er zoveel regels in onze maatschappij? Is dit niet in een poging om zwakkere belangen te beschermen en een tegenwicht te bieden tegen (economisch) sterkeren? Kan men geloven in een reële deregulering, nu er meer juristen dan ooit met die regels aan de kost komen? Vergt deregulering niet eerst een behoorlijke organisatie — zo mogelijk afzwakking — van de overheidsadministratie en bureaucratie? Vergt deregulering niet ook een behoorlijke wetgevingstechniek?

«Is (de dereguleringsoperatie) veel meer een juridische manier om een verlangen naar menselijker verhoudingen tot uitdrukking te brengen? Een afkeer van de bureaucratie die zich steeds meer tussen de mensen wringt. Als dat zo is dan is het beter om ons daarop te concentreren» (blz. 53; preadviseur prof. mr. J. Soetenhorst - de Savornin Lohman).

De twee preadviezen zetten aan tot bezinning. Onder die optiek kan tot het lezen ervan niet voldoende worden aangemaand.

L.P. Suetens

G.J.M. CORSTENS, **Civielrechtelijke, administratiefrechtelijke of strafrechtelijke rechtshandhaving?**, en D. SCHAFFMEISTER, **Politie en justitiële delikten**, Handelingen 1984 der Nederlandse Juristen-Vereniging, deel I, eerste stuk, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1984, XII + 291 blz.

Preadviezen over de vraagstelling: «Is het wenselijk om het terrein waarover de strafrechtspleging zich uitstrekt, te beperken door het creëren van een wettelijke regeling volgens welke misdrijven binnen het kader van het 'ordeningsrecht' welke slechts tot het opleggen van vermogenssancties aanleiding behoeven te geven, op andere wijze(n) kunnen worden tegengegaan dan door strafbedreiging en strafvervolgving volgens de thans geldende regels? Zo ja, dient deze regeling dan te voorzien in de mogelijkheid dat door (nader te bepalen) overheidsinstanties vermogenssancties worden opgelegd waartegen beroep op de rechter openstaat, of dient aan een andere regeling de voorkeur te worden gegeven?»

In het algemeen deel van zijn preadvies behandelt prof. Corstens inzonderheid de volgende vragen:

— hoe valt de nonconformiteit te bevorderen buiten de rechtshandavingsstelsels om?

— welk handavingsstelsel komt het meest in aanmerking om bij normschending ingeroepen te worden?

— in hoever valt de werkwijze bij sanctionering van normschending te verbeteren?

Ook besteedt hij aandacht aan de beperkingen die bij een overhevelingsoperatie gelden, met name het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens.

In het bijzonder deel wordt aandacht besteed aan de decriminaliseringscriteria; na een kritische beschrijving van het Franse stelsel van de «ordonnance pénale» en de «amende pénale fixe», werkt Corstens een eigen voorstel uit m.b.t. administratieve afdoening van massaal gepleegde verkeersovertradingen.

Van zijn kant biedt prof. Schaffmeister een bijzonder boeiende beschrijving van de afsplitsing van delictscategorieën en daaraan verbonden rechtsgevolgen in Oostenrijk, de Scandinavische landen en de Bondsrepubliek Duitsland, om vervolgens een voorstel uit te werken m.b.t. de gewenste afsplitsing en bijzondere afdoening van de frequent voorkomende delicten.

Zie voor België de wet van 18 juni 1984 tot uitbreiding van het toepassingsveld van het verval van de strafvordering voor sommige misdrijven, tegen betaling van een geldsom, *Belgisch Staatsblad*, 22 augustus 1984.

L.P.S.

TIJDSCHRIFTEN

Revue générale des assurances et des responsabilités, 1984
nr. 4

L'aide aux victimes d'infractions: rapport de la Commission d'étude et de propositions dans le domaine de l'aide aux victimes, sous la présidence du professeur Milliez; Legrand J.P. et Ernault F., noot onder Rb. Luik, 2 maart 1982 (juridische omschrijving van de makelaardij, combinatie met het mandaat).

Revue de droit pénal et de criminologie, 1984
nr. 3, maart

Delmas-Marty, M., La durée de la sentence: structures et stratégies du système pénal français; Wijffels, A., L'égalité et le système des jours-amendes.

Revue du notariat belge, 1984
nr. 2733, maart

Sace, J., Réflexions sur les effets en droit interne de l'arrêt Marckx; Eeckhaute, M., L'article 229 du Code civil et la théorie des avantages matrimoniaux; Van den Eynde P., noot onder Rb. Luik, 3 november 1983 (verzegeling van testament).