

RECHTSKUNDIG WEEKBLAD

REDACTIEADRES: ALBERTSTRAAT 25, 2018 ANTWERPEN

KRONIEK VAN MILITAIRE STRAFRECHTSPRAAK 1983*

1. Militair strafrecht

A. Militaire misdrijven

1. *Desertie (Mil. Sw., art. 45) — Respijtermijn.* De respijtermijn die de militair krijgt, alvorens deserteur te worden wanneer hij niet terugkeert uit penitentiair verlof, bedraagt acht dagen. Penitentiair verlof is immers geen verlof in de zin van Mil. Sw., art. 45, daar het niet door de bevoegde militaire overheid wordt toegekend, zoals bepaald wordt door het militair reglement A 12, hoofdstuk II 3. Bij de aanvang van het penitentiair verlof houdt de overmacht, die de afwezigheid van de militair uit zijn legeronderdeel rechtvaardigde, op te bestaan: de telastlegging luidt dan ook niet «terwijl hij met permissie of verlof was, niet naar zijn korps te zijn teruggekeerd» (Mil. Sw., art. 45, 3e lid), aangezien er geen permissie of verlof was in de zin van art. 45, maar wel «zonder daartoe gemachtigd te zijn, zich van zijn korps verwijderd gehouden te hebben» (Mil. Sw., art. 45, 1e lid). Daar de respijtermijn slechts begon te lopen om 0 uur volgend op de dag waarop het penitentiair verlof een einde nam is de desertie een verschillend feit van de inbreuk op het reglement van de straffenrichtingen, die erin bestaat niet uit penitentiair verlof terug te keren (K.B. van 21 mei 1965, artt. 82 en 83), zelfs al is de ene het gevolg van de andere, en kan bijgevolg het beginsel «ne bis in idem» niet worden ingeroepen in die zin dat de disciplinaire bestraffing, krachtens de penitentiaire reglementen, van de niet-terugkeer uit penitentiair verlof de strafrechtelijke bestraffing wegens de desertie geenszins uitsluit (Mil. Ger., 25 november 1982, onuitg.)

* Deze kroniek is in hoofddeel gebaseerd op de rechterlijke beslissingen, die in 1983 door de studiediensten van het Auditoraat-Generaal bij het Militair Gerechtshof intern werden verspreid (onuitgegeven). Een vindplaats, naast de benaming van het gerecht en de datum van de beslissing, wordt slechts aangegeven indien de beslissing ook elders is gepubliceerd. Sommige in andere juridische tijdschriften verschenen beslissingen worden eveneens vermeld of besproken. Met de verwijzing Ch., R.D.P. wordt de «Chronique annuelle de jurisprudence militaire» (vanaf 1966 «Chronique annuelle de droit pénal militaire») bedoeld die sedert 1955 verschijnt en achtereenvolgens werd verzorgd door J. GILISSEN, P. SCHETER, F. VAN DER VORST en A. ANDRIES.

2. *Desertie (Mil. Sw., art. 45) — Schorsing van de respijtermijn.* De respijtermijn kan geschorst worden ten gevolge van overmacht, bv. ziekte, op voorwaarde dat deze de militair niet in staat stelde om op eigen krachten naar zijn legeronderdeel terug te keren. Deze omstandigheid kan bewezen worden door alle middelen rechtens, bv. door de verklaring van de behandelende geneesheer tijdens het onderzoek, waaruit blijkt dat hij wel degelijk een geneeskundig getuigschrift voor de betrokken periode had afgeleverd, met vermelding dat de beklaagde niet in staat was zich op eigen krachten te verplaatsen (Mil. Ger., 18 januari 1983, onuitg.).

3. *Desertie (Mil. Sw., art. 45) — Bepaling van de respijtermijn in geval van groepering van toegestane afwezigheden van verschillende aard.* In geval van achtereenvolgende toegestane afwezigheden van verschillende aard bepaalt de laatste afwezigheid de duur van de respijtermijn. Een vrijstelling van dienst om gezondheidsredenen is geen verlof of vergunning in de zin van Mil. Sw., art. 45, zelfs indien een militair reglement die vrijstelling van dienst gelijkstelt met verlof of vergunning indien ze met een verlof of vergunning gegroepeerd is: een militair reglement kan immers de wet niet wijzigen. Het bestaan ervan kan evenmin door de beklaagde als een grond van onoverwinnelijke dwaling ingeroepen worden, want hij kan niet tegelijkertijd beweren dat hij geacht wordt dit reglement te kennen terwijl hij anderzijds onwetend was van de vernietiging en vervanging van dit reglement door een erratum van een latere datum (Mil. Ger., 25 november 1982, onuitg.). Dit arrest dat een vroegere rechtspraak van het Militair Gerechtshof bevestigt (20 februari 1961, J.T., 1961, 329) lijkt nochtans voor kritiek vatbaar. Het zegt in zijn overwegingen dat het militair reglement, dat vrijstelling van dienst gelijkgesteld met verlof of vergunning indien ze met een verlof of vergunning gegroepeerd is — in casu instructie SGI. Disc. Adm. nr. 575 van 17 augustus 1979 «strijdig is met artikel 45 van het Militair Strafwetboek waar klaar en duidelijk bepaald wordt dat vrijstelling van dienst om gezondheidsredenen niet als verlof of vergunning mag worden beschouwd».

Wellicht kan Mil. Sw., art. 45 in die zin geïnterpreteerd worden, maar zelfs de meest nauwkeurige lezing van deze wetbepaling kan niet *klaar en duidelijk* aan het licht brengen dat vrijstelling van dienst om gezondheidsredenen niet door de militaire reglementen als verlof of vergunning zou

mogen worden beschouwd. Om dit te beweren moet men teruggrijpen naar de memorie van toelichting en de eerste commentaren van het Militair Strafwetboek, waaruit blijkt dat de wetgever met vergunning bedoelde de toelating om afwezig te zijn waarvan het gevolg is dat de betrokkene niet meer als in zijn legeronderdeel aanwezig wordt beschouwd, m.a.w. de afwezigheid die een zgn. mutatie meebrengt. Deze interpretatie steunde op die welke in Frankrijk was gegeven aan gelijksoortige bepalingen van het Franse Militair Strafwetboek van 1857. Men kan terecht de vraag stellen of de draagwijdte van de term «vergunning» gebruikt in een wet van 1870 moet worden bepaald aan de hand van de parlementaire voorbereiding van die wet of in het licht van de betekenis die eraan wordt gegeven door de huidige reglementaire overheid, te meer daar de «mutatie» sedertdien is uitgroeit tot een militair administratief begrip dat geen rechtstreeks verband meer heeft met de effectieve aan- of afwezigheid van de militair in zijn legeronderdeel. Een cassatiearrest van 13 juli 1925 (*Pas.*, 1925, I, 346) beschouwt de interpretatie van de termen «vergunning» of «verlof» als een feitenkwestie die niet aan het toezicht van het Hof onderworpen is. Het probleem van de overeenstemming van de militaire reglementen met Mil. Sw., art. 45 wordt hierdoor in het midden gelaten. In het arrest van het Militair Gerechtshof van 25 november 1982 wordt het wel expliciet aan de orde gesteld, en wordt ervan uitgegaan dat de militaire overheid Mil. Sw., art. 45 zou hebben gewijzigd door te bepalen dat een vrijstelling van dienst om gezondheidsredenen met een verlof of vergunning wordt gelijkgesteld indien ze met een verlof of vergunning gegroepeerd is. Het komt mij voor dat dit laatste geenszins een wijziging inhoudt van de betrokken wetsbepaling. De memorie van toelichting van het Militair Strafwetboek bevat eveneens een passus die zegt dat de begrippen «verlof» en «vergunning» «termen zijn die gebruikelijk zijn in de militaire reglementen», waaruit men m.i. de stelling kan afleiden dat zij moeten worden uitgelegd aan de hand van de vigerende militaire reglementen. Welnu, het is evident dat deze laatste tussen 1870 en 1980 noodzakelijkerwijze moesten evolueren in het licht van de zich wijzigende omstandigheden. Het lijkt mij echter geenszins vast te staan dat een dergelijke wijziging, waardoor aan deze begrippen een andere, ruimere of engere betekenis verleend wordt, strijdig zou kunnen zijn met Mil. Sw., art. 45, dat immers geen enkele bepaling van deze begrippen inhoudt (zie ook J. Gilissen, Ch., *R.D.P.*, 1961-1962, 527-533, waarin uitvoerig een vonnis van de Krijgsraad te Brussel van 18 april 1961 wordt geciteerd, dat in de richting van de hier verdedigde stelling oordeelt, en uitgaat van het onderscheid tussen een vergunning die een toelating inhoudt om uit het legeronderdeel afwezig te blijven en bijgevolg in feite kan worden gelijkgesteld met een verlof, en een vergunning die een loutere gunst inhoudt, bv. om niet aan bepaalde oefeningen deel te nemen, een «vrij kwartier» enz. (zie deze kroniek 1982, *R.W.*, 1983-84, 961). Het op dit ogenblik geldend militair reglement (Onderrichting over de gerechtelijke dienst, Erratum nr. 5, februari 1982) bepaalt verlof of vergunning als «elke toelating om afwezig te zijn die een mutatie tot gevolg heeft en waardoor de betrokkene niet meer als bij het korps aanwezig wordt beschouwd».

4. *Desertie* (Mil. Sw., art. 45) — *Einde van de respijtmijn*. De desertie is een voortdurend misdrijf (Cass., 2

februari 1937, *Pas.*, 1937, I, 44) en neemt slechts een einde op het ogenblik waarop de deserteur door de militaire overheid terug in de getalsterkte wordt opgenomen of op het einde van de militaire verplichtingen van de betrokken militair. Door het arrest van 21 oktober 1982 (onuitg.) bevestigde het Militair Gerechtshof de in deze kroniek (*R.W.*, 1983-84, 962) aangehaalde rechtspraak van de Krijgsraad te Luik van 30 juli 1981, volgens welke de opleiding van een deserteur door de rijkswacht voor de rechterlijke commissie, die geen aanhoudingsbevel aflevert, geen heropneming in de getalsterkte meebrengt waardoor aan de desertie een einde wordt gemaakt. Anderzijds brengt de opneming in een Belgisch militair hospitaal wel heropneming in de getalsterkte mede, maar niet wanneer deze opneming louter het gevolg is van een geveinsde kwaal. Een geneeskundig getuigschrift van arbeidsongeschiktheid verkregen ten gevolge van leugenachtige verklaringen is overigens zonder uitwerking om een afwezigheid te wettigen (Mil. Ger., 14 april 1983 — onuitg. zie ook (Ch., *R.D.P.*, 1978, 218-219). In verband met dit arrest rijst de vraag of het niet correcter zou zijn te stellen dat de opneming in een Belgisch militair ziekenhuis in ieder geval een einde maakt aan de desertie — de betrokken militair bevindt zich immers terug onder de controle van de militaire overheid —, onder het voorbehoud dat, indien wordt vastgesteld dat de kwaal geveinsd was, het einde van de desertie met terugwerkende kracht wordt tenietgedaan.

5. *Desertie krachtens de gecoördineerde dienstplichtwetten* (Coördinatie door K.B. van 30 april 1962, art. 107 — Mil. Sw., art. 46). Het tijdschrift *Tegenspraak* publiceerde in 1983 (267-288) het vonnis van de Krijgsraad te Brussel van 28 juni 1982, het arrest van het Militair Gerechtshof (en niet van de Krijgsraad te Brussel, zoals verkeerdelijk vermeld) van 21 oktober 1982 alsmede het arrest van het Hof van Cassatie van 22 februari 1983 in de zaak van de «totaalweigeraar» N., met een naamloze noot onder het voormeld cassatiearrest. Uit deze beslissingen blijkt o.m.

— dat een brief aan de minister van Binnenlandse Zaken, waarin de betrokkene weigert bij het leger dienst te nemen en tevens burgerdienst niet aanvaardbaar acht, onmogelijk kan worden beschouwd als een aanvraag tot het verkrijgen van het statuut van gewetensbezwaarde, dat juist burgerdienst impliceert;

— dat betrokkene derhalve regelmatig overeenkomstig art. 65, 1°, van de gecoördineerde dienstplichtwetten door de gouverneur van de provincie in het register van de weterspanningen en dienstweigeraars werd ingeschreven;

— dat hij, na opgeroepen te zijn om zich naar het Recruiterings- en Selectiecentrum te begeven en daaraan geen gevolg te hebben gegeven, na verloop van vijftien dagen krachtens art. 107, § 1, van de dienstplichtwetten als deserteur wordt beschouwd en ten gevolge daarvan, ofschoon geen militair, hij met toepassing van art. 107, § 2, van dezelfde wetten onder de bevoegdheid van de militaire gerechten valt;

— dat er geen redenen bestaan om te geloven dat de militaire leden van de militaire rechtsmachten, gezien de bijzondere eed die zij afleggen, niet als onafhankelijke en onpartijdige rechters zouden beslissen;

— dat de dienstweigerings niet van dien aard is dat ze de politieke orde rechtstreeks en onmiddellijk aantast en daarom dan ook geen politiek misdrijf uitmaakt;

— dat zelfs indien het om een politiek misdrijf zou gaan, de militaire gerechten toch zouden bevoegd zijn gezien het uitdrukkelijk bepaalde in art. 107, §2, van de gecoördineerde dienstplichtwetten;

— dat het toepassingsveld van de dienstplichtwetten geenszins onzeker is, o.m. omdat de vrouwen niet verplicht worden een militaire dienst of een burgerdienst te verrichten: dat dit laatste geenszins als een discriminatie in het genot van de rechten en vrijheden toegekend aan de Belgen mag worden beschouwd.

6. Wegens de strekking van het tijdschrift kon normalerwijze deze rechtspraak kritisch worden verwacht. Dit werd gedaan door een anonieme auteur in een noot onder het cassatiearrest. In zoverre deze kritiek uitgaat van standpunten die buiten de bestaande rechtsorde lagen, is zij natuurlijk niet met juridische argumenten te ondervangen: met wie het onderhouden van een leger als instrument van veiligheidsbeleid a priori afwijst en ten gevolge hiervan heel het daarop betrekking hebbende deel van de positieve rechtsorde als illegitiem beschouwt, kan een dialoog die binnen deze rechtsorde wordt gevoerd enkel een dovemansgesprek zijn. Het enige forum, waar het gesprek op dat vlak kan gevoerd worden, is het politiek forum, waarnaar de Krijgsraad te Brussel betrokkene in de laatste paragraaf van zijn vonnis dan ook verwijst. Wat de binnen de positieve rechtsorde gevoerde argumentatie betreft — de enige waarop de betrokken gerechten konden steunen — zijn er in de noot een aantal vergissingen aan te merken, die wellicht te verklaren zijn door het gebrek aan sereniteit waarmee de anonieme auteur van de noot heel de aangelegenheid onder ogen neemt. Vooreerst is er de volstrekt verkeerde bewering dat de militaire rechtbanken «uitzonderingsgerechten» zouden zijn; uitzonderingsrechtbanken zijn, zoals een ieder weet, verboden door G.W., art. 94, en de militaire rechtbanken, net zoals de rechtbanken van koophandel en de arbeidsrechtbanken, zijn ingesteld door G.W., art. 105. Vervolgens is er de — eveneens verkeerde — bewering, dat de militaire rechtscolleges en het Hof van Cassatie de beklagde in casu als militair hadden beschouwd. In werkelijkheid werd hij niet als militair beschouwd, maar wel als dienstweigeraar, op grond van een feitelijke redenering die m.i. door het Militair Gerechtshof op een volledig correcte wijze werd weergegeven en waaruit blijkt, in strijd met hetgeen in de noot wordt vooropgesteld, dat dit hof wel degelijk de inhoud van de zagezegde aanvraag van beklagde om het statuut van gewetensbezwaarde had onderzocht, zodat het Hof van Cassatie wel bezwaarlijk iets anders kon doen dan beslissen dat het hieruit geputte middel iedere feitelijke grondslag miste. Als dienstweigeraar-deserteur immers viel beklagde krachtens art. 107, 2, van de gecoördineerde dienstplichtwetten onder de bevoegdheid van de militaire gerechten.

7. Dat de vraag naar de onpartijdigheid en onafhankelijkheid van deze gerechten in deze context zou worden opgeworpen, lag voor de hand: deze vraag is thans, en terecht, aan de orde, ook bv. met betrekking tot de magistraat die als vonnisrechter optreedt in een zaak waarvan hij tevoren als onderzoeksrechter of als voorzitter van de raadkamer kennis had genomen (zie B. Maes, «De onverenigbaarheid van het ambt van onderzoeksrechter met dat van rechter in eerste aanleg of appelrechter en het recht van de beklagde op een onpartijdige rechtbank», *R.W.*, 1981-

82, 1857 e.v., en B. Maes, «De onpartijdige rechter», *R.W.*, 1983-84, 1857 e.v.). Dat het argument van de bijzondere eed, die de militaire leden van de militaire rechtscolleges bij de aanvang van hun ambtstermijn afleggen, als irrelevant zou worden afgedaan, was wel te verwachten. De auteur van de noot legt echter de nadruk op concrete aanwijzingen van partijdigheid, die het Hof van Cassatie «steeds ... opspoort (en niet vindt)». Wordt deze bewering niet tegengesproken door de cassatiearresten van 31 mei 1976 (*Arr. Cass.*, 1976, 1082) en 11 mei 1983 (*J.T.*, 1983, 596), aangehaald door B. Maes (*R.W.*, 1983-84, 1890-1891)?

Er wordt overigens gesteld dat het probleem niet ligt in concrete aanwijzingen van partijdigheid, maar dat «zij (de officieren), uit hoofde van hun functie, niet onpartijdig konden zijn, zelfs al was de wil daartoe aanwezig». oppervlakkig gezien heeft de steller van de noot hierin gelijk. Maar dan dient hem de vraag gesteld te worden: kan er dan een rechter gevonden worden, die kinderen heeft, die «onpartijdig» een zaak betreffende de ontvoering van een kind zou kunnen berechten? Kan er dan een magistraat gevonden worden, die «onpartijdig» zou kunnen optreden in een zaak van smaad tegenover een magistraat? Kan er een «onpartijdige» rechter gevonden worden voor de anarchist, die heel de rechtsorde integraal verwerpt? Het antwoord hierop is positief en kan niet beter geïllustreerd worden dan door de verheven beschouwingen te citeren, die de rol van de rechter beschrijven in het abortus-arrest van het Hof van Beroep te Brussel van 30 juni 1983 (*J.T.*, 1983, 522): «que dans la lourde mission de juger, rien n'est laissé à leur bon vouloir, à leur sympathie, à leur conception de la vie, de la morale ou à leur conviction religieuse; que les juges ont — non pas le droit — mais le devoir, à peine de forfaiture, d'examiner le fait dont ils sont saisis, d'en établir jusqu'à complète conviction la réalité, d'examiner en outre si une cause d'excuse ou de justification atténuée ou supprime une culpabilité et enfin de ne retrouver qu'une très partielle liberté, en ayant, s'ils ont le devoir de condamner, le droit — enfin — de choisir selon leur conscience entre le minimum et le maximum de la peine que la loi détermine».

Er bestaat geen enkele reden — tenzij een uiteraard partijdige minachting voor al wat met het leger en de landsverdediging te maken heeft — om eraan te twijfelen dat ook in deze aangelegenheid de leden van het Militair Gerechtshof als rechtschappen rechters zijn opgetreden, zelfs niet de uitgesproken straf, zoals wordt gesuggereerd, want deze stemt overeen met een vaste rechtspraak die uitsluitend gegrond is op billijkheidsoverwegingen tegenover diegenen die wel hun plicht vervullen, hetzij in het leger, hetzij als gewetensbezwaarden.

8. Wat tenslotte de «grootste argwaan» betreft, die men volgens de auteur moet koesteren tegenover «dit soort rechtbanken» (de militaire gerechten), waarvan «niet veel progressieve, of zelfs maar sociaal bewogen rechtspraak moet verwacht worden», kan alleen maar betreurd worden dat de auteur zo slecht geïnformeerd is. Het zij hier nogmaals onderstreept dat de militaire gerechten de eerste geweest zijn in ons land, die door het verstrekken van een informatiebrochure aan ieder gedagvaard en veroordeeld persoon de rechtsonderhorige behoorlijk hebben voorge licht betreffende zijn rechten; dat het niet aan hen, maar

aan de wetgever te wijten is dat zij nog steeds hun taak moeten vervullen op grond van een hopeloos verouderde wetgeving; dat zij, zowel dank zij praetoriaanse onderrichtingen van het auditoraat-generaal als door middel van de rechtspraak uit *sociale beweging* niet alleen soms de billijkheid stellen boven de wet (zie o.m. deze kroniek 1982, *R.W.*, 1983-84, 964 i.v.m. de beroving van graad), maar dat zij in § 55 van het arrest van 27 mei 1982 in zake Van Droogenbroeck door het Europees Hof van de Rechten van de Mens als voorbeeld werden gesteld wat betreft de rechtstreekse toepassing van het verdrag in de interne rechtsorde. Maar helaas, wat baten kaars en bril ... ?

B. Militaire straffen

9. *Beroving van graad* (Mil. Sw., art. 8, 2e lid). In het vonnis van 2 februari 1983 (onuitg.) volhardt de Krijgsraad te Velde A in zijn zienswijze dat de beroving van graad — een gevolg dat de wet van rechtswege verbindt aan een veroordeling tot militaire gevangensstraf uitgesproken tegen onderofficieren, korporaals en brigadiers — vatbaar is voor uitstel. In het vonnis wordt de beroving van graad weliswaar niet uitgesproken, maar in het beschikkend gedeelte wordt bepaald dat het uitstel, dat de veroordeelde genoot voor een deel van de militaire gevangenisstraf, «zich eveneens uitbreidt tot de beroving van graad bepaald door artikel 8 van het Militair Strafwetboek». Deze rechtspraak is in strijd met de heersende rechtsleer (Van Houdt en Calwaert, *Belgisch strafrecht*, 2e uitgave, 1976, nr. 1989; Constant, *Précis de droit pénal*, 6e uitgave, 1975, nr. 663), met de rechtspraak van het Hof van Cassatie (13 mei 1929, *Pas.*, 1929, I, 88, en 1 maart 1937, *Pas.*, 1937, I, 75) en met de meest recente rechtspraak van het Militair Gerechtshof (23 april 1981, onuitg.; zie deze kroniek 1982, *R.W.*, 1983-84, 964). Ze is uitsluitend gevestigd op billijkheidsgronden, zij het dat bepaalde juridische argumenten tot staving ervan toch wel kunnen worden aangevoerd zoals o.m. de verdwijning van de beroving van graad uit het tuchtreglement van 14 februari 1975 (zie Ch., *R.D.P.*, 1982, 158-162). Dat het openbaar ministerie desondanks geen hoger beroep heeft ingesteld moge ter overweging gegeven worden aan de auteur van de noot onder het cassatiearrest in zake N. (cf. supra, nrs. 5-8).

II. Algemene beginselen van strafrecht toegepast door de militaire rechtbanken

Rechtvaardigingsgronden

10. *Onoverwinnelijke dwaling* (Sw., art. 70). Een militair beklagde kan het bestaan van een militair reglement, dat zijn stelling staft, niet als grond van onoverwinnelijke dwaling invoeren met het argument dat ieder militair geacht wordt de militaire reglementen te kennen, terwijl hij anderzijds onwetend was van de vernietiging en vervanging van dit reglement door een erratum van een latere datum (Mil. Ger., 25 november 1982, onuitg.; zie supra nr. 3).

11. Een mondeling advies van een niet nader bepaald persoon kan niet worden ingeroepen als grond van onoverwinnelijke dwaling door een wederopgeroepene om zich niet op het door het wederoproepingsbevel bepaalde tijdstip naar zijn legeronderdeel te begeven, wanneer die we-

deropgeroepene achtenveertig dagen laat verstrijken na de ontvangst van het wederoproepingsbevel alvorens een verzoek tot erkenning als gewetensbezwaarde in te dienen en vanwege het Ministerie van Binnenlandse Zaken nog geen schriftelijk positief bericht heeft ontvangen i.v.m. dit verzoek. Dwaling omtrent het recht maakt immers slechts een rechtvaardigingsgrond uit, wanneer ze onoverwinnelijk is, d.i. als zij wegens de omstandigheden, eigen aan de zaak, volgt uit een vreemde oorzaak die bij iedereen die normaal gehandeld heeft zoals ieder vooruitziend persoon zou gedaan hebben in dezelfde omstandigheden, deze dwaling te wegegebracht zou hebben (Mil. Ger., 16 juni 1983, onuitg., met verwijzing naar Cass., 9 november 1976, *R.D.P.*, 1976-77, 527, en Cass., 17 mei 1978, *R.D.P.*, 1978, 788).

12. *Bevel van de overheid* (Sw., art. 70). Het bevel van de meerdere om een bepaald rijmaneuver uit te voeren stelt de bestuurder niet vrij van de verplichting om een normale oplettendheid en voorzichtigheid in acht te nemen (Mil. Ger., 14 april 1983, onuitg.; cf. Mil. Ger., 26 november 1981, onuitg.; zie deze kroniek 1982, *R.W.*, 1983-84, 965-966).

III. Algemeen strafrecht

13. *Schending van het beroepsgeheim* (Sw., art. 458). Een rijkswachter die, buiten het geval waarin de wet hem ertoe verplicht, een uittreksel met computergegevens opgeslagen door de rijksmacht voor intern gebruik, aan een derde afstaat, schendt het beroepsgeheim (Krijgsr. Antwerpen, 2 augustus 1983, onuitg.).

IV. Strafrechtspleging

A. Bevoegdheid van de militaire strafrechtsmachten

14. *Verkeersovertreden* (Mil. Sv., art. 23). In twee beslissingen bevestigde het Hof van Cassatie (15 maart 1983, *R.W.*, 1983-84, 860, met noot A. Vandeplas, en 4 mei 1983, *R.W.*, 1983-84, 2604) de bevoegdheid van de militaire strafrechtbanken voor de bestraffing van overtreden van de wetgeving betreffende het wegverkeer wanneer ze worden gepleegd door militairen die deel uitmaken van een op mars of te velde zijnde troep. Ofschoon Mil. Sv., art. 23, 3°, bepaalt dat dergelijke overtreden tot de bevoegdheid van de gewone rechtbanken behoren, bepaalt het laatste lid van dit artikel, zoals het werd aangevuld door de wet van 27 februari 1958, art. 5, dat de militaire rechtsmachten bevoegd blijven o.m. t.a.v. militairen die deel uitmaken van een op mars of te velde zijnde troep. De noot van A. Vandeplas bij het arrest van 15 maart 1983 verschaft duidelijke informatie over hetgeen onder deze termen dient te worden verstaan.

15. *Verkeersovertreden op buitenlands grondgebied gepleegd* (Mil. Sv., art. 23 — Mil. Sw., art. 57bis). De militair die zich op doortocht bevindt op het Nederlandse grondgebied om zich van het buitenlandse grondgebied waar zijn legeronderdeel is gestationeerd, naar zijn woonplaats in België te begeven, bevindt zich op het Nederlandse grondgebied om dienstredenen, zodat Mil. Sw., art. 57bis toepasselijk is op de misdrijven inzake wegverkeer die hij op dit grondgebied pleegt (Krijgsr. te Velde A, 30 november 1982, onuitg.; Krijgsr. te Velde B, 11 januari 1983,

onuitg.). In beide gevallen hadden de Nederlandse overheden krachtens het NAVO-verdrag betreffende de rechtspositie van de krijgsmachten (wet van 9 januari 1953, *B.S.*, 15.3.1953) afstand van hun rechtsmacht gedaan ten gunste van de Belgische bevoegde overheden, en werden de betrokkenen wegens overtreding van de Nederlandse Wegenverkeerswet vervolgd en veroordeeld op basis van *Mil. Sw.*, art. 57bis (zie ook *Ch.*, *R.D.P.*, 1972, 638).

16. *NAVO-statuuat. Betekenis van de term «strafrechtelijke rechtsmacht»*. De uitdrukking «strafrechtelijke rechtsmacht» van artikel VII, § 1 en 3 (a) - (i) en (e), van de Overeenkomst tussen de bij het Noordatlantisch Verdrag aangesloten staten betreffende de rechtspositie van hun strijdkrachten, goedgekeurd bij de wet van 9 januari 1953, dient begrepen te worden in de betekenis die zij in de nationale wetgeving heeft, d.w.z. in het Belgische recht omvat de «strafrechtelijke rechtsmacht» de bevoegdheid om kennis te nemen van de zich bij de strafvordering aansluitende burgerlijke vordering (*Mil. Ger.*, 24 juni 1976, onuitg.).

17. *Rijkswachters (Mil. Sv., art. 25)*. De rijkswachter die zich in bevolen dienst naar de plaats van een verkeersongeval begeeft om er de dienstige vaststellingen te verrichten en die gedurende dit traject een verkeersmisdrijf pleegt, valt onder de rechtsmacht van de militaire rechter. De alsdan gepleegde verkeersmisdrijven betreffen niet de gerechtelijke dienst; er is immers geen rechtstreeks verband tussen de gepleegde verkeersmisdrijven en de uitoefening van de gerechtelijke dienst (*Mil. Ger.*, 23 december 1982, onuitg.).

Het betreft hier de vraag wanneer van misdrijven kan worden gezegd dat zij de gerechtelijke dienst bij de rechtbanken of de administratieve politie betreffen. De vermelde beslissing ligt volledig in de lijn van het cassatiearrest van 4 november 1959 (*Arr. Cass.*, 1960, 185) waarin werd beslist dat, opdat de rijkswachter onder de bevoegdheid van de gewone rechtsmachten valt, het niet voldoende is dat het misdrijf uit hoofde waarvan hij vervolgd is, tijdens de uitoefening of ter gelegenheid van de uitoefening van de door de wetbepaling bedoelde ambtsverrichtingen begaan werd; dat vereist is dat het daartoe betrekking heeft, dat wil zeggen daarmee rechtstreeks verband houdt (zie eveneens *Cass.*, 13 juni 1940, *Pas.*, 1940, I, 346). Ook vroeger reeds had het Militair Gerechtshof zich bevoegd verklaard t.a.v. een rijkswachter die een verkeersovertreding had gepleegd naar aanleiding van een bevolen dienst op de weg (12 mei 1964, onuitg.). De gewone rechter heeft soms in tegengestelde zin gevonnen (*Corr. Brussel*, 11 oktober 1967, *R.W.*, 1967-68, 752). Het Hof van Cassatie heeft echter nog niet de gelegenheid gehad om zich uit te spreken over de bevoegdheid t.a.v. de rijkswachter die een verkeersovertreding pleegt op het ogenblik dat hij zich naar de plaats begeeft waar hij een gerechtelijke dienst moet verrichten. In hetzelfde verband kan nog melding gemaakt worden van een arrest van het Hof van Beroep te Brussel (21 oktober 1981, *J.T.*, 1981, 758, *R.A.J.B.*, 1982, 521) waarin beslist wordt dat de leden van de rijksmacht onderworpen zijn aan de gewone rechtbanken wanneer de ten laste gelegde feiten gepleegd worden in de loop of ter gelegenheid van opdrachten van administratieve of gerechtelijke politie, behalve wanneer deze opdrachten militaire zaken zouden betreffen. Dit arrest houdt echter een tegenstrijdigheid in: enerzijds grondvest het de bevoegdheid van de gewone rechtbanken op de overweging dat de rijkswachters gehandeld hadden in

de loop of ter gelegenheid van opdrachten van administratieve of gerechtelijke politie, waarbij het verwijst naar het reeds aangehaalde cassatiearrest van 4 november 1959, maar anderzijds stelt het vast dat deze handelingen opzettelijk strafbare handelingen waren waarvan de uitvoering onverenigbaar was met hun opdracht, met het gevolg, op het vlak van de burgerlijke aansprakelijkheid, dat zij hierdoor opgehouden hadden organen van de Staat te zijn. Zie verder over de bevoegdheid van de militaire rechtbanken t.a.v. rijkswachters: *Ch.*, *R.D.P.*, 1968-69, 296-302 en *Ch.*, *R.D.P.*, 1968-69, 345-347.

B. Voorlopige hechtenis

18. De ontwikkeling van de rechtspraak inzake de voorlopige hechtenis in de militaire strafrechtspleging (zie deze kroniek 1982, *R.W.*, 1983-84, 969-973) werd gedurende het jaar 1983 voortgezet door een aantal uitspraken waardoor de tot in 1982 uitgewerkte opvattingen deels werden herbevestigd, deels werden verfijnd en verder uitgebreid.

19. *Toepasselijke wetgeving. Orgaan bevoegd om een bevel tot aanhouding af te leveren*. Het beginsel dat de voorlopige hechtenis in de militaire strafrechtspleging niet beheerst wordt door de Hechteniswet van 1874, maar wel door het Wetboek voor de Regtspleging bij de Landmagt van 20 juli 1814 en door het Wetboek van Militaire Strafrechtspleging van 1899 wordt bevestigd door twee arresten van het Militair Gerechtshof van 16 november 1983 (onuitg.). Dit heeft o.m. tot gevolg dat het bevel tot aanhouding ten laste van rechtsonderhorigen van het militair gerecht wordt afgeleverd door de rechterlijke commissie (*Wetboek voor de Regtspleging bij de Landmagt*, art. 58; *Mil. Sv.*, artt. 35 en 36).

20. *Aflevering van het bevel tot aanhouding door de krijgsauditeur alleen*. Het bevel tot aanhouding mag enkel door de krijgsauditeur alleen worden afgeleverd, wanneer het onmogelijk is de militaire leden van de rechterlijke commissie aan te wijzen of te doen bijeenkomen (*Mil. Ger.*, 16 november 1983, onuitg.). Dit is in overeenstemming met het cassatiearrest van 20 januari 1919 (*Pas.*, 1919, I, 57), dat besliste dat het onderzoek verricht zonder de bijstand van de officieren-commissarissen regelmatig is indien deze afwezigheid het gevolg is van door de militaire noodwendigheden opgelegde beslissingen van de militaire overheid. Het Militair Gerechtshof (zelfde arrest) besliste echter dat de elementen van het dossier het bewijs moeten leveren van de onmogelijkheid om de militaire leden van de rechterlijke commissie hetzij aan te wijzen, hetzij te doen bijeenkomen: is deze voorwaarde niet vervuld, dan is het aanhoudingsbevel onwettig en moet de onmiddellijke invrijheidstelling worden bevolen.

21. *Motivering van het bevel tot aanhouding*. De rechterlijke commissie beveelt de voorlopige hechtenis indien ze oordeelt dat de omstandigheden dit vereisen; ze bewijst deze omstandigheden door te wijzen op de ernst van de feiten zelf en op het reële gevaar dat de persoonlijkheid van de verdachte voor anderen vormt (*Mil. Ger.*, 16 november 1983, onuitg.).

Door deze overweging schijnt het Hof zich aan te sluiten bij de stelling van het Hof van Cassatie, nl. dat de Hechteniswet van 1874 volledig vreemd is aan de militaire strafrechtspleging, zonder enige uitzondering, ook ten aanzien

van de motivering (Cass. 22 juni 1982, *R.W.*, 1982-83, 1115; *anders*: Krijgs. te Velde A, 10 juni 1976, *J.T.* 1976, 646; zie A. Andries, Ch., *R.D.P.*, 1983, 920). Er dient nochtans te worden opgemerkt dat in de praktijk de motiveringsplicht wordt opgevat naar analogie met de Hechteniswet, o.m. in de onderrichtingen van de Auditeur-Generaal (zie deze kroniek 1982, *R.W.*, 1983-84, 970) en ook door het Militair Gerechtshof, wanneer het oordeelt over een verzoek tot voorlopige invrijheidstelling, ingediend na de akte van hoger beroep (*R.W.*, 1983-84, 972-973; zie verder *infra*, nr. 30).

22. *Voorziening tegen een bevel tot aanhouding*. Voormelde beslissing werd genomen op hoger beroep tegen de beslissing van de krijgsraad waarbij een verzoek tot voorlopige invrijheidstelling, gericht tot de krijgsraad vooraleer de zaak ten gronde bij dit rechtscollege aanhangig was gemaakt, ontvankelijk maar ongegrond werd verklaard. Een dergelijk verzoekschrift heeft zijn grondslag in het recht voor ieder van zijn vrijheid beroofd persoon om voorziening te vragen bij de rechter tegen de beslissing van vrijheidsberoving, bepaald door art. 5.4 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens. Het Wetboek voor de Regtspleging bij de Landmagt van 1814 en het Wetboek voor Militaire Strafrechtspleging van 1899 schenden dus deze bepaling van het Verdrag niet, aangezien het verzoek van de verdachte dat door de krijgsraad en het Militair Gerechtshof ontvankelijk wordt verklaard, precies de voorziening uitmaakt die in dat artikel wordt voorgeschreven.

De beklagde had aangevoerd dat de vigerende wetgeving inzake militaire strafrechtspleging art. 5.4 van het Verdrag schendt omdat het de door dit artikel van het Verdrag vereiste voorziening niet inricht. Niets in deze wetgeving belet echter een dergelijke voorziening (Mil. Ger., 22 augustus 1974, *J.T.*, 1974, 611), en het is mogelijk ze te laten plaatshebben door de rechtstreekse toepassing van art. 5.4 van het Verdrag in de interne rechtsorde, waarvan het overigens ten gevolge van de goedkeuring van het Verdrag door België deel uitmaakt (Krijgs. te Velde A, 10 juni 1976, *J.T.*, 1976, 646).

23. *Voorziening op grond van art. 5.4 van het E.V.R.M. — Openbaarheid*. In alle zaken die voor de krijgsraad worden gebracht, geschieden het onderzoek, de debatten en de uitspraak van het vonnis in het openbaar (Besluit van het Voorlopig Bewind van 9 november 1830, art. 1), zelfs wanneer dit gerecht zitting houdt om kennis te nemen van een verzoekschrift tot voorlopige invrijheidstelling, neergelegd vóór de dagvaarding. Opdat het onderzoek en de debatten in dit geval met gesloten deuren kunnen geschieden, moeten de voorwaarden bepaald in artikel 96 van de Grondwet vervuld zijn (impliciete beslissing) (Krijgsr. Luik, 11 april 1983, onuitg.).

24. *Hoger beroep*. Het hoger beroep bij het Militair Gerechtshof tegen de beslissing van de krijgsraad over een voorziening inzake voorlopige hechtenis gegrond op art. 5.4 E.V.R.M. is ontvankelijk (Mil. Ger., 16 november 1983, onuitg.). Hierdoor sluit het Militair Gerechtshof zich aan bij de zienswijze van het Hof van Cassatie (22 juni 1982, *R.W.*, 1982-83, 1115), zoals het overigens reeds had gedaan in een onuitgegeven arrest van 28 juni 1982.

25. *Dragwijde van de voorziening op grond van art. 5.4 E.V.R.M.* Juist op dit punt heeft de belangrijkste evolutie van de rechtspraak zich voorgedaan in 1983. Het Mili-

tair Gerechtshof had in zijn arrest van 22 augustus 1974 (*J.T.*, 1974, 611; Ch., *R.D.P.*, 1978, 219) het beginsel van een dergelijke voorziening aanvaard. De Krijgsraad te Velde A (10 juni 1976, *J.T.*, 1976, 646) had overwogen dat, aangezien de voorziening gebaseerd was op de rechtstreekse toepassing van art. 5.4 van het Europees Verdrag, de bevoegdheid van de krijgsraad ter zake dan ook strikt moest worden beperkt tot hetgeen in het internationaal verdrag wordt bepaald, nl. op korte termijn te beslissen over de wettigheid van de gevangenhouding en de invrijheidstelling van de aangehouden persoon te bevelen indien de gevangenhouding onwettig is. Volgens deze redenering bleef het onderzoek van de opportuniteit van de handhaving van de voorlopige hechtenis van een aan de bevoegdheid van het militair gerecht onderworpen persoon uitsluitend voorbehouden aan de rechterlijke commissie. Deze stelling werd bijgevallen door het Hof van Cassatie in het arrest van 22 juni 1982 (*R.W.*, 1982-83, 1115).

In een vonnis van de Krijgsraad te Luik van 8 september 1983 (*J.L.*, 1983, 518, met noot D. Frankinet) wordt echter een stap verdergezet. Op grond van de overweging dat de gerechtelijke toetsing vereist door art. 5.4 E.V.R.M. erin bestaat na te gaan of de vrijheidsberoving wettig is, bij toepassing van de bepalingen hetzij van het nationaal recht, hetzij van het internationaal recht (Cass., 14 februari 1980, *Pas.*, 1980, I, 696) komt de Krijgsraad te Luik tot het besluit, dat deze toetsing niet alleen volgens de maatstaven van het nationaal recht, maar tevens volgens die van het Verdrag zelf moet plaatshebben. Welnu, de discretionaire macht waarover de rechterlijke commissie beschikt m.b.t. de aanhouding en voorlopige hechtenis van militair (cf. *supra*, *Motivering*, nr. 21) is onverenigbaar met de doeleinden die door de opstellers van het Verdrag werden nagestreefd en met de beginselen, waarvan het de uitdrukking is. Daarom past het zich te richten naar de bepalingen betreffende de vrijheidsberoving van personen, die in het Verdrag van Rome opgesomd staan, en die meer waarborgen bieden wat de bescherming van de rechten van de verdachte of de beklagde betreft dan de bepalingen van de interne strafrechtspleging. Wanneer bijgevolg een voorziening bij hem aanhangig wordt gemaakt op grond van art. 5.4 E.V.R.M., moet de Krijgsraad nagaan of de omstandigheden de handhaving van het bevel tot aanhouding vereisen in het licht van alle zakelijke gegevens, d.w.z. rekening houdend zowel met de wettelijke vormen van de beslissing als met de opportuniteit van de maatregel van vrijheidsberoving.

26. Deze beslissing, die uitvoerig wordt gecommentarieerd en toegejuicht in de noot van D. Frankinet, werd bijgevallen door het Militair Gerechtshof, dat in een andere zaak, bij arrest van 31 januari 1984 (*J.L.*, 1984, 156, met noot J.H.) in dezelfde zin vonnistte, nl. dat de rechterlijke toetsing op grond van art. 5.4 E.V.R.M. zowel betrekking heeft op de opportuniteit als op de wettigheid van het aanhoudingsbevel en wel op het ogenblik waarop het hof over de voorziening van de aangehouden persoon uitspraak doet. Door deze beslissing wijkt ook het Militair Gerechtshof af van de rechtspraak van het Hof van Cassatie van 22 juni 1982 (*R.W.*, 1982-83, 1115).

27. Ofschoon het natuurlijk hoogst wenselijk is aan de militaire rechtsonderhorige waarborgen te bieden inzake vrijheidsberoving die gelijkwaardig zijn aan de waarborgen

waarvan de gewone rechtsonderhorigen het genot hebben roept de zoëven geschetste evolutie van de rechtspraak toch enkele bedenkingen op.

Het kan niet ontkend worden dat, op het ogenblik dat een van zijn vrijheid beroofde militaire rechtsonderhorige gebruik maakt van de mogelijkheid die hem wordt geboden door art. 5.4 E.V.R.M., zelfs wanneer dit «op korte termijn» geschiedt, de opportuniteit van de handhaving van de vrijheidsberoving anders kan worden beoordeeld dan op het ogenblik waarop het aanhoudingsbevel werd verleend, bv. in het licht van de evolutie van het onderzoek. De vraag is echter, of art. 5.4 E.V.R.M. de opportuniteit van de *handhaving* van het bevel tot aanhouding, dan wel de wettigheid van de vrijheidsberoving beoogt. Het cassatiearrest van 22 juni 1982 maakt gewag van de wettigheid van de *gevangenhouding*, maar preciseert «dat zulks niet betekent dat de verdachte tegen het bevel tot aanhouding een rechtsmiddel heeft dat ten gevolge zou hebben dat de krijgsraad zich in de plaats van de rechterlijke commissie moet stellen om opnieuw in feite en rechte te beslissen of de omstandigheden al dan niet vorderen dat de verdachte in arrest wordt gesteld».

28. De draagwijdte van art. 5.4 E.V.R.M. werd door de Europese Commissie nader gepreciseerd in het verslag van 19 juli 1969 betreffende zaken van landloperij (§180). Daarin wordt gesteld dat «opdat aan de vereisten van artikel 5.4 zou worden voldaan, het orgaan dat moet uitspraak doen over de wettigheid van de vrijheidsberoving de bevoegdheid heeft om een integrale toetsing uit te voeren, zowel wat betreft de feitelijke als de juridische gegevens van de vrijheidsberoving». Hieruit kan m.i. afgeleid worden dat deze toetsing geen loutere toetsing van de *formele* wettigheid van het bevel tot aanhouding kan zijn, maar dat ook moet worden nagegaan of het bevel tot aanhouding in het licht van de feitelijke gegevens gerechtvaardigd was. Indien het vigerende positief intern recht hiervoor onvoldoende maatstaven verschaft — en dit is voorzeker het geval voor art. 56 van het Wetboek voor de Regtspleging bij de Landmagt, dat bepaalt dat de officieren-commissarissen de verdachte kunnen aanhouden «wanneer zij vernemen, dat de omstandigheden dit vorderen» — dan is het zonder twijfel gerechtvaardigd zich van de maatstaven te bedienen, die in het Verdrag zelf te vinden zijn, nl. in art. 5.1.c.

29. Dit betekent echter nog niet dat de toetsing op grond van art. 5.4 van het Verdrag een opportuniteitscontrole inhoudt op het ogenblik waarop de toetsing plaatsheeft. De raadkamer heeft deze bevoegdheid wel, krachtens art. 4, 1e lid, van de Hechteniswet, dat haar de macht verleent om het bevel tot aanhouding al dan niet te *bevestigen*. Art. 5.4 van het Verdrag spreekt echter uitsluitend van het toezicht over de wettigheid van de vrijheidsberoving. M.i. is de korte termijn, waarin dit toezicht moet geschieden, juist bedoeld omdat het gaat om de wettigheid — zowel formeel als inhoudelijk — *op het ogenblik waarop het bevel tot aanhouding is verleend*. In de gewone rechtspleging ontstaat er in dat verband geen moeilijkheid, omdat de onderzoeksgerechten naar aanleiding van een door de Hechteniswet op regelmatige tijdstippen georganiseerde verschijning van de aangehouden persoon zowel de wettigheid van het bevel tot aanhouding als de opportuniteit van de handhaving ervan kunnen onderzoeken, en zij op dit laatste punt

telkens rekening moeten houden met de stand van het gerechtelijk onderzoek op het ogenblik waarop zij hun toezicht uitoefenen (Cass., 29 maart 1983, *R.D.P.*, 397).

Een dergelijke mogelijkheid is echter in de huidige stand van de wetgeving betreffende de militaire strafrechtspleging helaas niet voorhanden, zodat ik meen dat het Hof van Cassatie het bij het rechte eind heeft wanneer het stelt dat de rechtspleging op grond van art. 5.4 E.V.R.M. de krijgsraad niet het recht geeft om «zich in de plaats van de rechterlijke commissie te stellen om opnieuw in feite en rechte te beslissen of de omstandigheden al dan niet vorderen dat de verdachte in arrest wordt gesteld».

30. Deze stelling is geenszins in strijd met art. 5.3 E.V.R.M., dat bepaalt dat ieder van zijn vrijheid beroofde persoon overeenkomstig art. 5.1.c het recht heeft binnen een redelijke termijn berecht te worden of *hangende het proces in vrijheid te worden gesteld*, zoals het arrest van het Militair Gerechtshof van 31 januari 1984 schijnt aan te nemen. De aangehouden militaire rechtsonderhorige kan immers te allen tijde — en dat gebeurt ook meer dan eens — in vrijheid gesteld worden door de rechterlijke commissie, die overigens bij iedere ondervraging de kwestie van de opportuniteit van de handhaving van het bevel tot aanhouding onderzoekt (zie deze kroniek 1982, *R.W.*, 1983-84, 970-971). Bovendien kan de aangehoudene, zodra hij voor het vonnisgerecht is gedaagd, tot dit gerecht een verzoek tot invrijheidstelling richten dat in de militaire strafrechtspleging naar analogie met art. 7 van de Hechteniswet wordt afgedaan (*R.W.*, 1983-84, 972-973; zie ook *infra*, nr. 31).

31. Het tegengestelde aanvaarden zou overigens tot ongerijmde resultaten leiden. Indien de voorziening op grond van art. 5.4 E.V.R.M. de militaire rechtscollèges het recht zouden verlenen uitspraak te doen over de opportuniteit van de *handhaving* van het bevel tot aanhouding op het ogenblik waarop zij uitspraak doen, bestaat er geen enkele reden om aan te nemen dat de krijgsraad dit recht niet meer zou hebben tijdens het verder verloop van het onderzoek. Herhaalde, ja zelfs dagelijkse verzoekschriften zouden derhalve ontvankelijk moeten worden verklaard en onderzocht, waardoor niet alleen de militaire rechtsonderhorige meer waarborgen zou genieten dan de gewone rechtsonderhorige, die tenslotte slechts op één maandelijks verschijning voor de raadkamer aanspraak kan maken, maar waardoor de krijgsraad uiteindelijk, via het toezicht over de opportuniteit van de handhaving van het bevel tot aanhouding om, mede heel het onderzoek zou gaan beheersen. Als men bovendien bedenkt dat tegen elke beslissing van de krijgsraad hoger beroep zou openstaan (cf. *supra*, nr. 24), dan zou het onderzoek ingevolge herhaalde voorzieningen volledig kunnen worden lamgelegd. In het vonnis van 10 juni 1976 (*J.T.*, 1976, 646) oordeelde de Krijgsraad te Velde A dan ook dat het aanvaarden van de mogelijkheid van een herhaalde opportuniteitscontrole vanwege de krijgsraad over de bevelen tot aanhouding afgeleverd door de rechterlijke commissie «nécessiterait un ensemble de règles quant aux délais, formes et modalités de tels recours (men denke hier bv. aan het kiese probleem van het recht op inzage van het dossier) que l'énoncé d'un tel ensemble de règles, inexistantes dans la législation en vigueur en matière de procédure pénale militaire, excède manifestement les possibilités de la création jurisprudentielle».

32. De huidige stand van zaken biedt daarom geen af-

doende oplossing. De onmogelijkheid voor de militaire rechtscollages om uitspraak te doen over de opportuniteit van een bevel tot aanhouding anders dan op het ogenblik waarop dit door de rechterlijke commissie is afgeleverd, in het kader van een ruime opvatting van het begrip «wettigheid» (cf. supra, nr. 28), schept vanzelfsprekend een weinig bevredigende toestand: de krijgsraad kan een aangehouden persoon in vrijheid stellen indien hij meent dat het bevel tot aanhouding hetzij formeel hetzij naar de inhoud onwettig was op het ogenblik waarop het is afgeleverd, maar kan het niet op grond van de loutere inopportuniteit om het bevel tot aanhouding te handhaven op het ogenblik waarop hij de voorziening gegrond op art. 5.4 E.V.R.M. onderzoekt. Het Hof van Cassatie en het Militair Gerechtshof blijken er op dit ogenblik uiteenlopende standpunten op na te houden. Er is bijgevolg een toestand van rechtsonzekerheid. Op grond van het thans reeds bereikte zullen vermoedelijk nog wel een aantal gevallen op billijke wijze kunnen worden opgelost, maar om aan het probleem een definitieve oplossing te geven, die aan de hedendaagse vereisten van een behoorlijke rechtsbedeling beantwoordt lijkt een wetgevend initiatief onmisbaar.

33. *Voorlopige onder-verzekerde-bewaringstelling.* Wanneer de strafvordering door een hoger beroep aanhangig wordt gemaakt bij het Militair Gerechtshof, is dit hof bevoegd om de onmiddellijke onder-verzekerde-bewaringstelling waartoe de krijgsraad beslist heeft op te heffen, meer bepaald op voorstel van het openbaar ministerie, in verband met de stand van de rechtspleging en nog alvorens over de grond van de zaak uitspraak te doen (Wetboek voor de Regtspleging bij de Landmagt van 1814, art. 165) (Mil. Ger., 10 november 1982, onuitg.).

C. Vaststelling en bewijs van in het buitenland gepleegde overtredingen, bestraft door Mil. Sw., art. 57bis

34. De vaststelling door de plaatselijke politie van een overtreding van de wetgeving van een vreemde staat bedoeld in Mil. Sw., art. 57bis, ter zake, § 316, van het Duitse Strafwetboek (besturen van een voertuig onder invloed) wordt uitsluitend beheerst door de regels die met dit doel voorgeschreven zijn door deze buitenlandse wetgeving. De regelmatigheid van de bloedproef en van het bloedonderzoek kan dan ook niet worden betwist om de enige reden dat ze niet zijn verricht overeenkomstig de bepalingen van de Belgische wet (Mil. Ger., 25 januari 1983, onuitg.; zie Mil. Sw., art. 57bis, § 4). Daar de zaak door het Belgische militair gerecht werd behandeld, moet het onderzoek uitsluitend worden beheerst door de algemene regels eigen aan de Belgische strafrechtspleging, zodat de beklaagde zich niet kan beroepen op bepalingen van het buitenlandse wetboek van strafvordering inzake bewijslevering (zelfde arrest).

D. Getuigen

35. Wanneer een getuige die wraakbaar is ingevolge Sv., art. 156, zonder eed en bij wijze van inlichting gehoord werd, hoewel hij de eed moest afleggen ofwel niet mocht worden verhoord, is de getuigenis onwettelijk en dient zij uit het debat verwijderd te worden (Mil. Ger., 21 oktober 1982, *Tegenspraak*, 1983, 271).

Eveneens onwettelijk is de getuigenis die in de Franse taal uitgedrukt werd en in het Nederlands werd opgenomen, en bovendien de eed die door de getuige werd afgelegd, zoals hij op het zittingsblad voorkomt, onvolledig is (zelfde arrest).

E. Hoger beroep

36. Geen voor hoger beroep vatbare beslissingen zijn:
- een vonnis waarbij wordt beslist het onderzoek van de zaak ten gronde aan te vatten, daar dit kan worden gelijkgesteld met een ordemaatregel zoals bedoeld door Ger. W., art. 1046;
 - een beslissing van de voorzitter van de krijgsraad waarbij aan een getuige wordt toegestaan een fiche te gebruiken;
 - een beslissing van de voorzitter van de krijgsraad waarbij wordt gezegd dat het debat voortgaat (Mil. Ger., 27 januari 1983, onuitg.).

F. Evocatie

37. Wanneer het vonnis waartegen hoger beroep is ingesteld, ten gevolge van een vergissing in de notities, uitspraak doet over een verzoek tot invrijheidstelling, ingesteld betreffende een bevel tot aanhouding afgeleverd uit hoofde van feiten waarover een ander dossier handelt, dient het Militair Gerechtshof dit vonnis te vernietigen en de zaak tot zich te trekken (Mil. Ger., 16 november 1983, onuitg.).

G. Samenhang (Mil. Sv., art. 26)

38. Ingeval de strafbare feiten ten laste van de beklaagde betrekking hebben op een reeks samenhangende misdrijven met een zelfde bedrieglijk opzet gepleegd, deels terwijl hij militair was en deels terwijl hij nog burger was, dient het geheel der samenhangende feiten door het gewone strafrecht beoordeeld te worden (Mil. Ger., 17 februari 1983, *R.W.*, 1983-84, 2142, met noot A. Vandeplas).

Frits GORLÉ
Hoogleraar U.I.A.
Docent V.U.B.

RECHTSPRAAK

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER — 17 OKTOBER 1983

Voorzitter : de h. Delva

Raadsheer-rapporteur : de h. Vervloet

Eerste advocaat-generaal : de h. Duchatelet

Advocaten . mrs. Van Ryn en Draps

Ondernemingsraad — Sociale verkiezingen — 1. Leidinggevend personeel — Begrip — Personen belast met het dagelijks beheer — Begrip — 2. Dagelijks beheer — Begrip.

1. De «personen belast met het dagelijks beheer van de onderneming, die gemachtigd zijn om de werkgever te vertegenwoordigen en te verbinden» behoeven niet aan een arbeidsovereenkomst te zijn gebonden en kunnen met «de werkgever» samenvallen. Dit eerste niveau van leidinggevend personeel kan geen personen van verschillende hiërarchische rang omvatten die aan elkaar ondergeschikt zijn (art. 26 K.B. 18 okt. 1978).

2. Het begrip «dagelijks beheer» is beperkt tot de uitoefening van de beslissingsmacht die inherent is aan de functie van werkgever (art. 26 K.B. 18 okt. 1978).

N.V. G. t/ T. en A.B.V.V.

Gelet op het bestreden vonnis, op 26 januari 1983 in laatste aanleg gewezen door de Arbeidsrechtbank te Brussel ;

Over het eerste middel, afgeleid uit de schending van de artikelen 14, § 1, 16, a, gewijzigd bij koninklijk besluit van 11 oktober 1978, 18, gewijzigd bij de wet van 28 januari 1963, 19, gewijzigd bij de wet van 17 februari 1971, van de wet van 20 september 1948 houdende organisatie van het bedrijfsleven, 1, § 4, b, (1), gewijzigd bij koninklijk besluit van 11 oktober 1978, 1, § 4, b, (4), 1, § 4, *bbis*, gewijzigd bij hetzelfde koninklijk besluit en bij de wet van 17 februari 1971, van de wet van 10 juni 1952 betreffende de gezondheid en de veiligheid van de werknemers alsmede de salubriteit van het werk en van de werkplaatsen, 10 en 26 van het koninklijk besluit van 18 oktober 1978 betreffende de ondernemingsraden en de comités voor veiligheid, gezondheid en verfraaiing van de werkplaatsen, (...)

Overwegende dat, naar luid van artikel 26 van het koninklijk besluit van 18 oktober 1978 betreffende de ondernemingsraden en de comités voor veiligheid, gezondheid en verfraaiing van de werkplaatsen, leidinggevend personeel zijn «de personen» belast met het dagelijks beheer, die gemachtigd zijn om de werkgever te vertegenwoordigen en te verbinden, alsmede «de personeelsleden», onmiddellijk ondergeschikt aan die personen, wanneer zij eveneens opdrachten van dagelijks beheer vervullen ;

Dat uit die bepaling blijkt dat de personen van de eerste categorie niet noodzakelijk krachtens een arbeidsovereen-

komst met de onderneming verbonden zijn en met de werkgever zelf kunnen samenvallen ;

Dat het middel naar recht faalt ;

Over het derde middel, afgeleid uit de schending van artikel 1315 van het Burgerlijk Wetboek, van de algemene rechtsbeginselen van het accusatoir karakter van het burgerrechtelijk geding en van het recht van verdediging, en van de artikelen 97 van de Grondwet, 26 van het koninklijk besluit van 18 oktober 1978, en voor zoveel nodig 63 van de wetten op de handelsvennootschappen,

doordat het vonnis beslist dat, in tegenstelling met hetgeen eiseres betoogde, «het begrip dagelijks beheer in artikel 26 van het koninklijk besluit van 18 oktober 1978 niet dezelfde draagwijdte heeft als in het handelsrecht», doch dat dit beheer wordt uitgeoefend door «de persoon of personen die de echte macht van de werkgever in handen hebben», welke functie, volgens het vonnis, in de onderneming van eiseres wordt uitgeoefend door haar directiecomité, en, om die reden, niet ingaat op de conclusie waarin eiseres aanvoerde dat het in haar onderneming opgerichte directiecomité niet het dagelijks beheer van de onderneming uitoefent,

terwijl, eerste onderdeel, het «dagelijks beheer» en de «macht van de werkgever» uitdrukkingen zijn die normaal elk een heel andere betekenis hebben ; de eerste uitdrukking, die vooral in artikel 63 van de wetten op de handelsvennootschappen voorkomt, wijst op het geheel van de beslissingen en van de handelingen die het beheer en de vertegenwoordiging van de onderneming, op een bepaald niveau, impliceren, terwijl de tweede uitdrukking inzonderheid betrekking heeft op het sluiten en het uitvoeren van de arbeidsovereenkomst, en niets kan doen verklaren dat, in het bijzondere geval van artikel 26 van het koninklijk besluit van 18 oktober 1978, die begrippen zich met elkaar zouden vereenzelvigen (schending van artikel 26 van het koninklijk besluit van 18 oktober 1978 en voor zoveel nodig van artikel 63 van de wetten op de handelsvennootschappen) ;

(...)

Wat het eerste onderdeel betreft :

Overwegende dat het begrip «dagelijks beheer» in de zin van artikel 26 van het koninklijk besluit van 18 oktober 1978, gelet op het beperkend karakter dat deze bepaling aan het begrip leidinggevend personeel toekent, niet kan worden verstaan in de zin van artikel 63 van de gecoördineerde wetten op de handelsvennootschappen ; dat het beperkt is tot het daadwerkelijk beheer van de onderneming, dat wil zeggen tot de uitoefening van de beslissingsmacht die inherent is aan de functie van de werkgever ;

Dat daaruit volgt dat het vonnis wettig beslist dat het dagelijks beheer van de onderneming wordt uitgeoefend door de persoon of personen die de echte macht van de werkgever in handen hebben ;

Dat het onderdeel naar recht faalt ;

(...)

Over het vijfde middel, afgeleid uit de schending van de artikelen 26 van het koninklijk besluit van 18 oktober 1978, 1319, 1320, 1322 van het Burgerlijk Wetboek en 97 van de Grondwet,

doordat het vonnis, na te hebben vermeld dat, volgens eiseres, de twee categorieën van personen die het leidinggevend personeel vormen, niet noodzakelijk beperkt zijn tot twee hiërarchische niveaus van het personeel van de onderneming, en waarvan de eerste categorie, volgens artikel 26 van het koninklijk besluit van 1978, bestaat uit alle personen «belast met het dagelijks beheer van de onderneming, die gemachtigd zijn om de werkgever te vertegenwoordigen en te verbinden», ongeacht hun hiërarchische rang, beslist dat de tekst zelf van dit artikel «de leidinggevende functies en de ermee belaste personen tot twee niveaus beperkt», vervolgens beslist dat ten deze het dagelijks beheer van de onderneming door haar directiecomité wordt uitgeoefend, en het eerste niveau van het leidinggevend personeel van eiseres beperkt tot de leden van dit comité,

(...)

terwijl, eerste onderdeel, de rechtbank, indien ze de argumentatie van eiseres betreffende de samenstelling van het eerste niveau van het leidinggevend personeel heeft willen weerleggen, aldus de werkelijke draagwijdte van artikel 26 miskent, daar dit artikel wel degelijk toelaat personen van verschillende hiërarchische rang in dit eerste niveau op te nemen, als zij belast zijn met het dagelijks beheer en gemachtigd zijn om de werkgever te vertegenwoordigen en te verbinden (schending van artikel 26 van het koninklijk besluit van 18 oktober 1978);

(...)

Wat het eerste onderdeel betreft:

Overwegende dat, op straffe van elke betekenis te ontnemen aan de beperking die artikel 26 van het koninklijk besluit van 18 oktober 1978 inhoudt, wanneer het spreekt van de personeelsleden die «onmiddellijk ondergeschikt» zijn aan de met het dagelijks beheer belaste personen, de verdeling van de opdrachten van dagelijks beheer in de zin van die bepaling niet tot gevolg mag hebben deze bepaling uit te breiden tot meer dan twee niveaus van de personeelsstructuur van de onderneming, hetgeen uitsluit dat het eerste niveau van het leidinggevend personeel personen van verschillende hiërarchische rang omvat, die aan elkaar ondergeschikt zijn;

Overwegende dat het vonnis, dat vaststelt dat voormeld artikel het leidinggevend personeel tot twee niveaus beperkt en dat het eerste niveau de personen omvat die het dagelijks beheer van de onderneming uitoefenen en de echte macht van de werkgever in handen hebben, ten deze enkel de leden van het directiecomité van eiseres, voormelde bepaling juist toepast;

Dat het onderdeel naar recht faalt;

(...)

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER — 27 OKTOBER 1983

Voorzitter: de h. Mahillon

Raadsheer-rapporteur: de h. Poupart

Advocaat-generaal: de h. Ballet

Advocaten: mrs. Houtekier en De Bruyn

1. Koopman en daden van koophandel — Stopzetting van het bedrijf — Behoud van hoedanigheid van koopman — Vereisten — 2. Inkomstenbelastingen — Koopman — Aftrekbare bedrijfslasten — Begrip.

1. Naar recht verantwoord is het arrest dat, op grond van een feitelijke beoordeling, beslist dat de daden van koophandel die iemand, na de sluiting van zijn onderneming, in het kader van de vereffening van zijn bedrijf heeft verricht, niet talrijk en geregeld genoeg zijn geweest om een regelmatige activiteit in de zin van art. 1 van het Wetboek van Koophandel te vormen.

De omstandigheid dat de administratie der directe belastingen uitgaven die normaal moesten worden geboekt op 31 december van het jaar van de stopzetting, nog heeft aangenomen als bedrijfslasten die tijdens het volgende jaar zijn gedragen, impliceert niet dat de administratie erkende dat de betrokkene gedurende die periode de hoedanigheid van koopman had behouden.

2. Het arrest dat beslist dat de beroepswerkzaamheid van een koopman op 31 december 1975 is stopgezet, leidt daaruit wettig af dat noch de voor leningen betaalde interesten, noch de afschrijvingen aftrekbare bedrijfslasten voor het jaar 1976 zijn.

S. t/ Belgische Staat

Gelet op het bestreden arrest, op 24 december 1982 door het Hof van Beroep te Luik gewezen;

Over het middel, afgeleid uit de schending van de artikelen 1 en 2, van de wet van 15 december 1872 houdende de titels I tot IV, boek I, van het Wetboek van Koophandel, gewijzigd bij de wet van 3 juli 1956, 44 en 45 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen, gewijzigd bij de wet van 25 juni 1973,

doordat het arrest de volledige ontlasting van de litigieuze aanslag uitspreekt en voor recht verklaart dat de subsidiaire aanslag gevestigd op een totaal belastbaar netto-inkomen van 1.029.961 frank verschuldigd en ten laste van eiser invorderbaar is, op grond dat als tweede grief wordt aangevoerd dat het belaste inkomen niet is verminderd met het bedrag van de commerciële verliezen ten belope van 960.313 frank die in 1976 zouden zijn geleden; dat eiser op 31 augustus 1965 de Etablissements D., een fabriek van artikelen in kunstleer en plastic, heeft overgenomen; dat eiser, na een lange procedure, werd veroordeeld tot nakoming van zijn op 31 augustus 1965 aangegane verbintenissen in verband met de handelszaak die hij sindsdien exploiteerde en de aankoop van het pand waarin die zaak was gevestigd; dat eiser op 31 december 1975 een einde maakte aan die exploitatie; dat hij tevergeefs betoogt dat hij enkel met de fabricatie is gestopt en de verkoop van de vervaardigde produkten heeft voortgezet, daar deze verkoop de

noodzakelijke aanvulling was van de fabricatie en die verkoop helemaal niet is bewezen; dat eiser, toen hem uitleg werd gevraagd over de commerciële verliezen die hij nog in 1976 zou hebben geleden, deze gedetailleerd opgaf; dat hij nieuwe stukken heeft neergelegd; dat de administratie die stukken onderzocht, wat geleid heeft tot het verzoekschrift voor een subsidiaire aanslag, waarbij een van de belaste inkomsten af te trekken bedrijfsverlies van 26.514 frank werd aangenomen; dat de diverse aangevoerde bedrijfsverliezen in detail moeten worden onderzocht; (...) wat de interesten (201.630 frank) betreft: dat een voor 31 december 1975 door de Bank van Brussel toegestaan krediet een bedrijfskrediet was, althans tot de datum waarop de activiteiten ophielden, doch dat, na die datum, het bedrijfsvermogen van eiser in zijn privé-vermogen is opgenomen; dat het door de Generale Bankmaatschappij toegestane krediet «voor persoonlijke behoeften» was bestemd en dat, derhalve, de interesten (82.730 frank) die in 1976, na staking van de activiteit, zijn betaald geen bedrijfskosten zijn; (...) wat de afschrijvingen (560.170 frank) betreft: dat ingevolge artikel 45, 4°, van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen als bedrijfslasten worden aangemerkt, de afschrijvingen van lichamelijke goederen die voor het uitoefenen van de beroepswerkzaamheid worden gebruikt, voor zover die afschrijvingen noodzakelijk zijn en samengaan met een waardevermindering die zich gedurende het belastbare tijdperk voordeed; dat zulks niet geldt in het onderhavige geval waarin, sedert 1 januari 1976, het pand, de handelszaak, het materieel en de voertuigen niet meer werden gebruikt voor het uitoefenen van het beroep waarmee, zoals reeds is gezegd, op 31 december 1975 was gestopt; dat, zelfs om te vereffenen, de handelsactiviteit niet afhangt van de inschrijving in het handelsregister of van de inschrijving in de B.T.W., doch van het blijven uitoefenen van een regelmatige activiteit, met uitsluiting van enkele gespreide en afzonderlijke handelingen voor de realisatie van de activa; dat deze regeling niet samenvalt met de regeling bij de vennootschappen die voor hun vereffening blijven bestaan en zolang deze voortduurt, ongeacht de activiteit; dat deze regelmatige activiteit niet is aangetoond bij eiser en dat het tegendeel zowel uit de aard van zijn bedrijf als uit zijn verklaringen volgt; dat derhalve geen enkele afschrijving, die een bedrijfslast van het jaar 1976 is, en ook geen enkele waardevermindering, die een bedrijfsverlies is, kunnen worden aangenomen,

terwijl, eerste onderdeel, eiser de vereffening van zijn bedrijf gedurende heel het jaar 1976 heeft voortgezet en verweerder erkent dat eiser voor het jaar 1976 26.154 frank bedrijfsverlies heeft geleden; daaruit volgt dat eiser de hoedanigheid van koopman heeft behouden; die hoedanigheid immers behouden blijft als men op aanvullende wijze handelt drijft en als men zijn eigen zaak vereffent (schending van de artikelen 1 en 2 van de wet van 15 december 1872);

tweede onderdeel, de interesten die eiser gedurende het jaar 1976 op de hem toegestane kredieten heeft betaald, alsmede de afschrijvingen van de goederen die zijn gebruikt voor het uitoefenen van de beroepswerkzaamheid van eiser gedurende het jaar 1976, aftrekbare bedrijfslasten zijn (schending van de artikelen 44 en 45 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen):

Wat het eerste onderdeel betreft:

Overwegende dat het arrest vaststelt dat eiser vanaf 31 december 1975 een einde heeft gemaakt aan de fabricatie van artikelen in kunstleer en in plastic, waarmee hij sedert 31 augustus 1965 bezig was;

Dat het arrest, in antwoord op het betoog van eiser dat, ondanks de sluiting van de onderneming, de verkoop van de vervaardigde produkten tijdens het jaar 1976 was voortgezet, zegt dat «zelfs om te vereffenen, de handelsactiviteit niet afhangt van de inschrijving in het handelsregister of van de inschrijving in de B.T.W., doch van het blijven uitoefenen van een regelmatige activiteit, met uitsluiting van enkele gespreide en afzonderlijke handelingen voor de realisatie van de activa; dat deze regelmatige activiteit niet is aangetoond bij (eiser) en dat het tegendeel volgt zowel uit de aard van zijn bedrijf als uit zijn verklaringen», waarnaar wordt verwezen;

Overwegende dat het arrest aldus, op grond van een feitelijke beoordeling, beslist dat de daden van koophandel die eiser in het kader van de vereffening van zijn bedrijf heeft verricht niet talrijk en geregeld genoeg zijn geweest om een regelmatige activiteit in de zin van artikel 1 van het Wetboek van Koophandel te vormen;

Dat het arrest in zoverre zijn beslissing naar recht verantwoordt;

Overwegende dat het middel bovendien aanvoert dat de administratie der directe belastingen, na een aanvullend onderzoek, heeft aangenomen dat een bedrijfsverlies van 26.154 frank mocht worden afgetrokken van de inkomsten die eiser in de loop van het jaar 1976 heeft verkregen; dat eiser daaruit afleidt dat verweerder zelf in hoger beroep niet meer heeft betwist dat eiser gedurende die periode een regelmatige handelsactiviteit is blijven uitoefenen;

Overwegende dat uit de door verweerder ingediende conclusie blijkt dat de bedragen die mochten worden afgetrokken waren: een recht van 800 frank aan het gemeentebestuur van Weerst te betalen voor de watervoorziening, een belasting van 100 frank op de ongezonde inrichtingen en een bedrag van 25.254 frank als advocatenhonorarium en gerechtskosten; dat daarin wordt gezegd dat die bedragen, niettegenstaande het feit dat ze normaal op 31 december 1975 moesten zijn geboekt, konden worden beschouwd, niet als «bedrijfsverliezen» bedoeld in artikel 43, 2°, van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen, doch als «bedrijfslasten» die tijdens het belastingjaar 1976 zijn gedragen om de belastbare inkomsten te verkrijgen of te behouden, hetgeen niet impliceerde dat verweerder erkende dat eiser gedurende die periode de hoedanigheid van koopman had behouden;

Dat het eerste onderdeel niet kan worden aangenomen; Wat het tweede onderdeel betreft:

Overwegende dat, nu het arrest beslist dat de beroepswerkzaamheid van eiser op 31 december 1975 is stopgezet, het daaruit wettig afleidt dat, noch de voor leningen betaalde interesten, noch de afschrijvingen aftrekbare bedrijfslasten voor het jaar 1976 zijn;

Dat het onderdeel niet kan worden aangenomen; (...)

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER — 17 NOVEMBER 1983

Voorzitter: de h. Mahillon

Raadsheer-rapporteur: de h. Kreit

Advocaat-generaal: mevr. Liekendael

Advocaten: mrs. Van Ryn en De Bruyn

Echtscheiding — Op grond van feitelijke scheiding — Begrip feitelijke scheiding.

De feitelijke scheiding, in de zin van art. 232, eerste lid, B.W., dat aan ieder van de echtgenoten de mogelijkheid geeft om echtscheiding te vorderen onder de voorwaarden van die wetbepaling, is geen toevallige of door de omstandigheden gedwongen scheiding, maar een door de echtgenoten of door een van hen bewust gewilde scheiding.

R. t/ D.

Gelet op het bestreden arrest, op 26 oktober 1982 door het Hof van Beroep te Brussel gewezen;

Over het middel, afgeleid uit de schending van artikel 232 van het Burgerlijk Wetboek, gewijzigd bij artikel 1 van de wet van 1 juli 1974, en van artikel 97 van de Grondwet,

doordat het arrest de echtscheiding op grond van artikel 232 van het Burgerlijk Wetboek toestaat op grond: «dat, zelfs al werd aangetoond dat de scheiding oorspronkelijk niet gewild was, zulks de vaststelling van de duur ervan niet beïnvloedt; bovendien uit de houding van verweerder en uit zijn briefwisseling blijkt dat het rondschrijven van de Republiek Zaïre niet de oorzaak van de verwijdering is geweest, maar het voorwendsel om ze te laten voortduren»,

terwijl, eerste onderdeel, dat motief in het onzekere laat of de feitenrechter zijn beslissing heeft willen motiveren in rechte door te zeggen dat het onvrijwillig karakter van de scheiding de duur ervan niet beïnvloedt, dan wel in feite op grond dat ten deze de scheiding achteraf vrijwillig is geworden, wat zou meebrengen dat de vaststelling van het oorspronkelijk onvrijwillig karakter van de scheiding niet meer ter zake dienend is (schending van artikel 97 van de Grondwet);

tweede onderdeel, het arrest althans het toezicht op zijn motivering onmogelijk maakt nu het niet vaststelt vanaf welk ogenblik de scheiding vrijwillig is geworden (schending van artikel 97 van de Grondwet en bovendien van artikel 232 van het Burgerlijk Wetboek);

derde onderdeel, het arrest, indien het enkel hierop steunt dat het onvrijwillig karakter van de scheiding haar duur niet beïnvloedt, artikel 232 van het Burgerlijk Wetboek schendt krachtens hetwelk de echtgenoten echtscheiding kunnen vorderen wanneer zij, hetzij met beider goedvinden, hetzij omdat een van hen dat wil, meer dan tien jaar feitelijk gescheiden leven (schending van artikel 232 van het Burgerlijk Wetboek):

Over het middel in zijn geheel:

Overwegende dat het arrest erop wijst dat volgens eiseres verweerder aanvankelijk de feitelijke scheiding niet heeft

gewild maar dat zij enkel te wijten was aan zijn beroep, en zegt dat het oorspronkelijk onvrijwillig karakter van de scheiding, ook al was het aangetoond, de bepaling van de duur ervan niet beïnvloedt;

Overwegende dat de feitelijke scheiding, in de zin van artikel 232, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek, dat aan ieder van de echtgenoten de mogelijkheid geeft om echtscheiding te vorderen onder de voorwaarden van die wetbepaling, geen toevallige of door de omstandigheden gedwongen scheiding is, maar een door de echtgenoten of door een van hen bewust gewilde scheiding;

Dat het arrest bijgevolg, nu het de echtscheiding van de partijen toestaat enkel op grond dat zij sedert 15 mei 1969 ononderbroken gescheiden hebben geleefd, dus sedert meer dan tien jaar, zonder na te gaan of die scheiding, althans in het begin niet onvrijwillig was, zoals eiseres betoogde, en zo ja, zonder dat vast te stellen dat de partijen sedert meer dan tien jaar feitelijk gescheiden leefden, hetzij met beider goedvinden, hetzij omdat een van hen dat wilde, zijn beslissing niet naar recht verantwoordt;

Dat het middel gegrond is;

(...)

NOOT—1. Voor de elementen van het begrip feitelijke scheiding in de Echtscheidingswet van 1 juli 1974, zie C. De Busschere, *De feitelijke scheiding der echtgenoten*, Gent, Story-Scientia, 1978, p. 266-272.

2. Onderstreept mag worden dat het Hof enkel de feitelijke scheiding in de zin van het eerste lid van art. 232 B.W. definieert.

3. Toen tien jaar feitelijke scheiding vereist werd, kon men met enige hoop op succes het begrip «tien jaar feitelijke scheiding» een ruime betekenis geven. Nu de termijn is ingekort, is het gevaar niet denkbeeldig — het besproken arrest bewijst het — dat men het begrip feitelijke scheiding zonder mededogen streng zal omschrijven. Het bewijs van de precieze aanvang van de periode waarin minstens een van de partijen een einde wil maken aan het samenwonen kan moeilijk zijn, tenzij men aanvaardt — hetgeen in casu een normaal vermoeden is — dat gehuwden vermoed worden te willen samenwonen, zodat feitelijke scheiding prima facie doet vermoeden dat ze minstens door een van de partijen gewild is.

Aangezien men ervan uit kan gaan dat het Hof van Cassatie niet geredelijk zal terugkomen op zijn strenge kijk op het begrip feitelijke scheiding, verdient het m.i. aanbeveling een verdere verkorting van de vereiste termijn van feitelijke scheiding met het oog op het bekomen van echtscheiding voor te staan. Weliswaar beweegt men zich zo met rasse schreden naar de door sommigen gevreesde zuivere echtscheiding op eenzijdig verzoek, en ontnemt men een vorm van bescherming aan personen voor wie het huwelijk een gevaar betekent (de opgelegde feitelijke scheiding van een zekere duur betekent voor hen wier eerste huwelijk mislukt is een wellicht heilzame wachttermijn vóór een volgend huwelijk), maar dit is de tol die men betaalt wanneer de wettelijke voorschriften met een te grote gestrengheid worden uitgelegd.

J. Pauwels

RAAD VAN STATE

4e KAMER — 20 MAART 1984

Voorzitter : de h. Vermeulen

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

Eerste auditeur : de h. Jacquemijn

Advocaat : mr. De Bock

Bevolkingsregisters — Inschrijving — Regelmatigheid — Gemeenteraadslid.

Wanneer een rechtscollege (hof van beroep, bestendige deputatie, Raad van State, al naar gelang van het geval) zich heeft uitgesproken over de woonplaats van een gemeenteraadslid, is de administratieve overheid (de minister van Binnenlandse Zaken) niet meer bevoegd om op grond van art. 23 van het K.B. van 1 april 1960 zich uit te spreken over de al dan niet regelmatigheid van de inschrijving van de betrokkene in het bevolkingsregister, tenzij zich nadien een wijziging in de concrete omstandigheden zou voordoen, wat evenwel op zichzelf nog niet het verval van de hoedanigheid van gemeenteraadslid tot gevolg heeft, aangezien de wetgever voor de vaststelling van dat verval een bijzondere procedure heeft ingesteld, en de bestendige deputatie als administratief rechtscollege geenszins gehouden is door een beslissing van de administratieve overheid op grond van art. 23 van het K.B. van 1 april 1960.

R. t/ Minister van Binnenlandse Zaken
Arrest nr. 24.151

Gezien het verzoekschrift dat Jan R., gemeenteraadslid te S., op 20 april 1983 heeft ingediend om de vernietiging te vorderen van het besluit van 9 maart 1983, waarbij de minister van Binnenlandse Zaken vaststelt dat verzoeker en zijn minderjarige zoon Filip van het bevolkingsregister van S., waar zij ingeschreven waren, moeten worden afgevoerd en terug dienen te worden ingeschreven op hun vroeger adres te (...);

Over de gegevens van de zaak

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

Verzoeker beweert dat hij zich begin maart 1982 vestigde in de gemeente S., waar hij zich liet inschrijven in de bevolkingsregisters op 15 maart 1982 als wonende in (...), en dat hij dan ook werd ingeschreven op de kiezerslijsten van deze gemeente.

Op 2, 14 en 15 september 1982 diende Eugene S., gemeenteraadslid te S., bij het college van burgemeester en schepenen bezwaar in tegen de inschrijving van verzoeker op de kiezerslijsten ; dit bezwaar werd door het college van burgemeester en schepenen bij besluit van 22 oktober 1982 afgewezen.

Van die beslissing kwam Eugene S. op 27 oktober 1982 in hoger beroep bij het Hof van Beroep te Brussel, dat in een arrest van 22 december 1982 het beroep ontvankelijk doch ongegrond verklaarde. Het cassatieberoep dat door Eugene S. tegen het arrest van het hof van beoep werd ingesteld, werd op 1 maart 1983 afgewezen.

Eugene S. had intussen bij de bestendige deputatie van de provincieraad van Brabant bezwaar ingediend tegen de

gemeenteraadsverkiezing die op 10 oktober 1982 te S., plaatshad, o.m. op grond van de bewering dat Jan R., uitgeroepen in hoedanigheid van eerste en enige opvolger van de lijst nr. 1 — S.P. zijn gewone hoofdverblijfplaats niet heeft te S., doch feitelijk te A. zou wonen.

De bestendige deputatie heeft op 24 november 1982 geoordeeld dat de klacht niet ontvankelijk was omdat «het niet mogelijk is te wachten op het arrest dat zal geveld worden door het Hof van Beroep te Brussel nopens de inschrijving van dhr. R. Jan in het kiezersregister van S.»

Op 30 november 1982 heeft Eugene S. ook bij de minister van Binnenlandse Zaken klacht ingediend «tegen het afwijzen of weigeren van het College van burgemeester en Schepenen om in raad vermelde (Jan R.) uit de bevolkingsregisters ... te schrappen». Op 20 november 1982 werd door de dienst Bevolking bij het Ministerie van Binnenlandse Zaken een onderzoek ingesteld i.v.m. de verblijfstoestand van verzoeker.

Het bestreden besluit werd dan op 9 maart 1983 vastgesteld en is opgenomen in een brief gericht aan het college van burgemeester en schepenen van S. waarbij beslist werd dat : «1) de afschrijvingen uit de bevolkingsregisters van A. van genoemde personen dd. 15 maart 1982 en 24 augustus 1982 dienen geannuleerd te worden ; 2) de respectieve inschrijvingen in de bevolkingsregisters te S. eveneens dienen geannuleerd te worden, zodat ze ononderbroken in de bevolkingsregisters van A. ingeschreven blijven. Uw gemeentebestuur krijgt hierbij opdracht, wat zijn deel betreft, deze beslissing onmiddellijk uit te voeren...».

Op 14 maart 1983 heeft het gemeentebestuur van S. aan verwerende partij laten weten dat die opdracht werd uitgevoerd.

Ten aanzien van de rechtmatigheid van het bestreden besluit

2. Overwegende dat verzoeker als enig middel aanvoert de ontstentenis van de rechtens vereiste feitelijke grondslag ;

3. Overwegende dat het middel gegrond is, zoals blijkt uit wat volgt :

3.1. Met toepassing van artikel 3 van het koninklijk besluit van 1 april 1960 betreffende het houden van de bevolkingsregisters, moeten alle Belgen — en alle vreemdelingen die door de minister van Justitie gemachtigd zijn zich in het Rijk te vestigen — worden ingeschreven in het bevolkingsregister «van de gemeente waar zij hun hoofdverblijf hebben», «of ze daar aanwezig dan wel tijdelijk afwezig zijn».

Artikel 23, tweede lid, van vermeld koninklijk besluit bepaalt : «De minister of zijn afgevaardigde beslecht de moeilijkheden en de betwistingen in verband met het bepalen van de verblijfplaats.»

Uit deze bepaling put de minister de bevoegdheid om, bij wijze van administratieve beschikking, te beslissen waar een bepaald persoon in het bevolkingsregister moet worden ingeschreven.

3.2. De bepaling van genoemd artikel 23 van het koninklijk besluit van 1 april 1960 laat evenwel de bevoegdheid van de hoven en rechtbanken onverkort om uit te maken welke rechtens de woonplaats van de betrokkenen is.

Meer in het bijzonder laat de bepaling van genoemd artikel 23 van het koninklijk besluit van 1 april 1960 de bevoegdheid onverkort van de wettelijk aangeduide rechtscol-

leges om te oordelen over de verkiesbaarheidswoonplaats van een kandidaat-gemeenteraadslid of van een gemeenteraadslid, m.a.w. over de al dan niet regelmatige inschrijving in het bevolkingsregister van een kandidaat-gemeenteraadslid of van een gemeenteraadslid.

3.3. Naar luid van artikel 65, 2°, van de gemeentekieswet, laatst vervangen door artikel 6 van de wet van 9 juni 1982, moet men «om tot gemeenteraadslid te kunnen verkozen worden en gemeenteraadslid te blijven», «in het bevolkingsregister van de gemeente ingeschreven zijn...».

De voorwaarde dat een kandidaat moet ingeschreven zijn in de bevolkingsregisters is geen zuiver formele voorwaarde, maar betekent in werkelijkheid nog altijd dat hij met terdaad zijn hoofdverblijf moet hebben in de gemeente waar hij zich kandidaat stelt.

Alleen de wetgever is bevoegd om iedereen, de rechter inbegrepen, te verplichten als onweerlegbare waarheid te beschouwen datgene wat in een akte van een ambtenaar vermeld staat, maar niet persoonlijk door die ambtenaar is waargenomen of verricht. De wetgever heeft de bewijskracht van de inschrijving in de bevolkingsregisters niet bij wijze van algemene bepaling uitgebreid tot alle vermeldingen welke daarin worden opgenomen. Hij heeft die uitbreiding ook niet gedaan meer speciaal in verband met verkiezingszaken en heeft dus niet gesteld dat in die zaken als onweerlegbare waarheid moet worden beschouwd wat de aangever aan de ambtenaar van de bevolkingsregisters verklaart in verband met de gemeente waar hij zijn hoofdverblijf zou hebben gevestigd.

De nieuwe bepaling van artikel 65, eerste lid, 2°, van de Gemeentekieswet betekent geen wezenlijke wijziging van het oude 3°. Nochtans ligt in die wijziging toch het richtsnoer verrat dat bij het oordelen over betwistingen betreffende de gemeente waar een kandidaat zijn hoofdverblijf heeft, moet worden uitgegaan van het vermoeden dat de kandidaat inderdaad woont waar hij ingeschreven is, een vermoeden dat slechts kan worden geacht ontkracht te zijn indien de aangebrachte gegevens van zodanige aard zijn dat zij in redelijkheid niet meer toelaten de valsheid van de inschrijving te betwijfelen.

3.4.1. Krachtens de bepalingen van titel I van de Gemeentekieswet en van titels I en II van het Kieswetboek die, behoudens de in de artikelen 2 en 3 van de Gemeentekieswet vermelde uitzondering, mede van toepassing zijn op de gemeenteraadskiezeraars, maakt het college van burgemeester en schepenen de lijst van de gemeenteraadskiezeraars op. Om gemeenteraadskiezer te zijn moet men o.m., overeenkomstig artikel 1 van de Gemeentekieswet, «in het bevolkingsregister van die gemeente zijn ingeschreven».

Het college van burgemeester en schepenen oordeelt in eerste aanleg over eventuele bezwaren die tegen de samenstelling van de kiezerslijsten worden ingediend; tegen de beslissingen kan hoger beroep worden ingesteld bij het hof van beroep en nadien nog een cassatieberoep bij het Hof van Cassatie.

3.4.2. Artikel 26 van de Gemeentekieswet, zoals laatst gewijzigd door artikel 5 van de wet van 9 juni 1982, bepaalt in § 2, tweede lid:

«Het hoofdbureau moet de kandidaten afwijzen die ... niet in het bevolkingsregister van de gemeente zijn ingeschreven vanaf de dag bedoeld in vorig lid (de dag waarop de lijst van de gemeenteraadskiezeraars wordt opgemaakt)...»

Krachtens artikel 26, § 3, van de Gemeentekieswet en de artikelen 125 tot 125quater van het Kieswetboek, oordeelt het hof van beroep over het hoger beroep tegen de beslissingen van het hoofdbureau die betrekking hebben op de verkiesbaarheid van de kandidaten.

3.4.3. Met toepassing van de artikelen 74 tot en met 77 van de Gemeentekieswet oordeelt de bestendige deputatie in eerste aanleg en de Raad van State in hoger beroep over de geldigheid van de gemeenteraadsverkiezing.

3.4.4. Met toepassing van artikel 82 van de Gemeentekieswet oordeelt de bestendige deputatie in eerste aanleg en de Raad van State in hoger beroep over het «verval van lidmaatschap» van de gemeenteraad van «een lid van het gemeentebestuur dat niet meer voldoet aan één van de verkiesbaarheidsvereisten».

3.5. De Gemeentekieswet kent dus aan de genoemde justitiële en administratieve rechtscolleges een uitsluitende rechterlijke bevoegdheid toe om te oordelen o.m. over de al dan niet regelmatigheid van de inschrijving in het bevolkingsregister van een kandidaat bij de gemeenteraadsverkiezingen of van een gemeenteraadslid.

3.6. De beslissingen van de genoemde rechtscolleges hebben het gezag van het rechterlijk gewijsde.

Het gezag van gewijsde blijft niet beperkt tot het beschikkend gedeelte van de rechterlijke beslissing, maar geldt ook ten aanzien van de motieven, die de noodzakelijke basis vormen van het beschikkend gedeelte en dit laatste verklaren.

3.6.1. Hieruit vloeit voort dat, wanneer een rechtscollege zich heeft uitgesproken over de woonplaats van een gemeenteraadslid, de administratieve overheid niet meer bevoegd is om op grond van artikel 23 van het koninklijk besluit van 1 april 1960 zich uit te spreken over de al dan niet regelmatigheid van de inschrijving van de betrokkenen in het bevolkingsregister, tenzij zich nadien een wijziging in de concrete omstandigheden zou voordoen, wat evenwel op zichzelf nog niet het verval van de hoedanigheid van gemeenteraadslid tot gevolg heeft, aangezien de wetgever voor de vaststelling van het verval een bijzondere procedure heeft ingesteld, en de bestendige deputatie als administratief rechtscollege geenszins gebonden is door een beslissing van de administratieve overheid op grond van artikel 23 van het koninklijk besluit van 1 april 1960.

3.6.2. Hieruit vloeit eveneens voort dat, zolang bij een rechtscollege een geding aanhangig is, naar aanleiding waarvan dit rechtscollege zich moet uitspreken over de al dan niet regelmatigheid van de inschrijving van de betrokkenen in de bevolkingsregisters, de bestuurlijke overheid zich, om evidente redenen van elementaire voorzichtigheid, moet onthouden van elke, zij het indirecte, ingreep in het geding, meer bepaald door de inschrijving van de betrokkene door middel van een administratieve beschikking te wijzigen met toepassing van artikel 23 van het koninklijk besluit van 1 april 1960.

3.7. In het voorliggend geval heeft het hof van beroep bij arrest van 22 december 1982 gesteld dat de voorliggende gegevens, meer bepaald:

«1) de verslagen dd. 18, 19 en 20 oktober 1982 van de politie te S.,; 2) het uittreksel dd. 9 november 1982 uit het bevolkingsregister van S., vermeldend dat ook zijn zoon Filip, ..., op dit adres ingeschreven is; 3) het uittreksel uit de rekening van (verzoeker) bij de A.S.L.K. en de nieuwe

inschrijving van zijn autovoertuig, beide opgesteld op dit adres; 4) de voortgebrachte facturen van telefoon, electriciteit en waterdienst betrekking hebbend op de woning Tolstoilaan te A. welke uitsluitend op naam van de echtgenote van (verzoeker) werden opgesteld, het vermoeden staven dat (verzoeker) te S. woont», en dat «de omstandigheid dat de echtgenote van (verzoeker) op een ander adres woont en dat het adres te S. tevens het adres was van zijn schoonouders, wier tweede verblijf op 1 maart 1982 voor hun hoofdverblijf te S. afgeschaft werd, noch de verslagen dd. 13 juni 1982 en 29 september 1982 respectievelijk van wijkopziener De R. en adjunct-commissaris Van G., door voormelde verslagen dd. 18, 19 en 20 oktober 1982 tegengesproken, noch de ander door appellante aangevoerde feiten en beweringen vermogen voormeld gestaafd vermoeden te weerleggen».

3.8. Doordat dit arrest van 22 december 1982 van het hof van beroep met het gezag van het rechterlijk gewijsde is bekleed, en ingevolge het arrest van 1 maart 1983 van het Hof van Cassatie kracht van gewijsde heeft verworven, vermocht de verwerende partij alleen nog de feitelijke grondslag van de bestreden beslissing te vinden in gegevens die na de uitspraak van het arrest zijn tot stand gekomen. Die nieuwe gegevens berusten, enerzijds, op de inlichtingen die wijkagent De R. op 25 januari 1983 telefonisch aan de ambtenaar van de diens «bevolking» van het departement heeft gegeven, waarbij hij verklaarde dat verzoeker tussen 20 december 1982 en 25 januari 1983 slechts 1 keer op het adres (...) geweest is, nl. op 28 december 1982 om 5u30 's morgens, en dat hij er maar $\pm$ 10 minuten geweest was, en, anderzijds, op het verslag van de adjunct-commissaris-inspecteur van politie van 8 februari 1983 waarbij vastgesteld werd dat op de zes controles tussen 16 januari 1983 en 4 februari 1983 slechts eenmaal de aanwezigheid van verzoeker werd vastgesteld, en dat hij geen enkel betalingsbewijs van gas, electriciteit, huishuur of van huishoudelijke uitgaven heeft kunnen voorleggen.

3.9. Vier van deze afwezigheden werden vastgesteld tijdens de week-ends en verzoeker geeft voor enkele een redelijke uitleg.

De facturen waarvan sprake hoeven noodzakelijkerwijze niet op zijn naam ingeschreven te zijn, omdat hij bij zijn schoonmoeder inwoont.

Het feit dat verzoeker niet meer te A. bij zijn vrouw woont, heeft *a posteriori* een formele bevestiging gekregen door het bevelschrift van 24 april 1983, luidens hetwelk de vrederechter van het kanton van A. «(verzoekers echtgenote) toelaat afzonderlijk te verblijven te A., (verzoeker) verbod oplegt in deze verblijfplaats binnen te dringen zonder uitdrukkelijke toestemming van zijn echtgenote, op straffe eruit gedreven te worden met behulp van de openbare macht, zo nodig», hetgeen een voorafgaande feitelijke scheiding impliceert, zoals verzoeker steeds staande gehouden heeft.

Uit dit alles volgt dat de nieuwe gegevens aangehaald door verwerende partij niet van die aard zijn dat zij in redelijkheid toelaten aan de echtheid van de inschrijving van verzoeker in het bevolkingsregister te S. te twijfelen.

(vernietiging)

NOOT—In dezelfde zin het arrest nr. 24.150 van dezelfde datum in zake V.

HOF VAN BEROEP TE GENT

3e KAMER — 28 DECEMBER 1983

Voorzitter-rapporteur: de h. Viaene

Raadsheren: de hh. De Baets en Welvaert

Advocaat-generaal: de h. Bauwens

Advocaat: mr. D'Hoore

Huiszoeking — Vaststellingen.

Rijkswachters die bijstand verlenen aan douanebeambten die een huiszoeking verrichten ter opsporing van misdrijven tegen de wetgeving betreffende de douane en accijnzen en terloops andere strafbare feiten vaststellen, dienen overeenkomstig de artt. 8 en 29 Sv. onverwijld bericht te geven aan de procureur des Konings van deze misdaden of wanbedrijven.

De rechtsgeldigheid van de door de rijkswacht in die omstandigheden opgestelde processen-verbaal is afhankelijk van de voorwaarde dat de zoeking door de douanebeambten rechtsgeldig was en dat de verbalisanten de noodwendigheden van bijstandsverlening niet te buiten zijn gegaan.

D.

Blijkens de gegevens van het dossier verleenden twee rijkswachters op 30 maart 1982 bijstand aan beampten van het Beheer van Douane en Accijnzen die ter verblijfplaats van beklaagde een huiszoeking verrichtten en ter opsporing van misdrijven tegen de wetgeving betreffende de Douanen en Accijnzen.

In de loop van deze bijstandsverlening troffen de rijkswachters drie CB-toestellen voor radioberichtgeving aan, die nader beschreven worden in de telastlegging.

Beklaagde verklaarde aan de rijkswachters dat deze toestellen zijn eigendom waren en niet goedgekeurd waren door de R.T.T., en dat hij geen vergunning had voor het bezit ervan.

Op grond hiervan stelden de rijkswachters op 30 maart 1982 ten laste van beklaagde het p.v. nr. 2620 op, met bijlage van 6 april 1982, wegens overtreding van de wet van 30 juli 1979 betreffende de radioberichtgeving, welk p.v. ten grondslag ligt aan de onderhavige rechtsvervolgning.

In zijn conclusie stelt beklaagde dat bovenvermeld proces-verbaal nietig is, allereerst, omdat de rijkswachters hun bevoegdheid overschreden zouden hebben door vaststellingen te doen die buiten hun taak van bijstandsverlening lagen, om de enkele reden dat de vastgestelde overtreding van de wet van 30 juli 1979 betreffende de radioberichtgeving vreemd is aan het doel van de huiszoeking, nl. het opsporen van misdrijven inzake Douane en Accijnzen, en voorts, omdat de rijkswachters geen houders waren van een bevel tot huiszoeking en niet gebleken is dat hun vrijwillig toelating tot huiszoeking gegeven werd, zodat zij al evenmin in het kader van een gerechtelijk strafonderzoek rechtsgeldige vaststellingen konden doen in de particuliere verblijfplaats van de beklaagde.

Het hof kan de stelling van de verdediging niet bijvallen.

Dat de huiszoekingen en de ermede gepaard gaande vaststellingen principieel niet verder mogen strekken dan de feiten waarover het gerechtelijk strafonderzoek is ingesteld,

doet immers geen minste afbreuk aan de gebiedende bepalingen van art. 8 van het wetboek van Strafvordering, volgens hetwelk de gerechtelijke politie de bewijzen van de misdrijven moet verzamelen, noch aan die van artikel 29 van hetzelfde Wetboek, volgens hetwelk elke gestelde macht, elk openbaar officier of ambtenaar die in de uitoefening van zijn ambt kennis krijgt van een misdaad of wanbedrijf, gehouden is ervan onverwijld bericht te geven aan de procureur des Konings en aan deze magistraat al de inlichtingen, processen-verbaal en akten die erop betrekking hebben, over te zenden, behalve bij het door de beklaagde ter zake ten onrechte aangehaald voorbeeld van klachtmisdrijf.

Deze bepalingen maken geen enkel onderscheid, noch omtrent de aard van de misdaad of het wanbedrijf, noch omtrent de omstandigheden waarin het misdrijf ontdekt wordt, voor zover dit niet geschiedt door middel van op zichzelf onwettige handelingen.

Dientengevolge, zelfs indien, zoals ter zake, het aan beklaagde ten laste gelegde misdrijf ter kennis kwam van de rijkswachters in de hierboven beschreven omstandigheden, dan nog bleven de aangehaalde bepalingen van het Wetboek van Strafvordering, wegens hun gebiedend karakter, van toepassing. De rijkswachters waren derhalve niet alleen bevoegd, maar zelfs verplicht de ter zake gewraakte vaststellingen en verhoren op te nemen in een proces-verbaal, dat om dezelfde redenen volkomen rechtsgeldig is.

Weliswaar is in het onderhavig geval die rechtsgeldigheid afhankelijk van de dubbele voorwaarde:

1) dat de zoeking in de verblijfplaats van beklaagde door de beambten van Douanen en Accijnzen zelf op rechtsgeldige wijze geschiedde, waardoor de aanwezigheid van de rijkswachters in die verblijfplaats met het oog op bijstandverlening dan op haar beurt rechtsgeldig is, ook al beschikten zij zelf niet over een bevel tot huiszoeking, of al gaf beklaagde hun geen toelating tot het betreden van zijn verblijfplaats;

2) dat de rijkswachters, om de overtreding van de reeds vermelde wet van 30 juli 1979 te kunnen vaststellen, de feitelijke en normale noodwendigheden van bijstandverlening niet zijn moeten te buiten gaan (vgl. Cass., 6 maart 1944, *Pas.*, 1944, I, 237; Cass., 15 februari 1960, *Pas.*, 1960, I, 696; J. Hoeffler, *Traité de l'instruction préparatoire en matière pénale*, nr. 244).

Welnu, uit geen enkel gegeven is gebleken dat ter zake aan deze voorwaarden is te kort gekomen.

De telastlegging is derhalve bewezen gebleven.

(...)

BURGERLIJKE RECHTBANK TE HASSELT

1e KAMER — 12 JUNI 1984

Voorzitter: de h. Palms

Rechters: mevr. Beeckman en de h. Schollaert

Openbaar ministerie: de h. Libert

Advocaten: mrs. Sampermans loco Boel en Baets loco Borgers

Echtscheiding — Op grond van bepaalde feiten — Grove belediging — Getuige van Jehova — Verwaarlozing van het

gezin — Verzet tegen bloedtransfusie — Bevel tot vereffening van de huwelijksgemeenschap.

De houding van een echtgenoot die als getuige van Jehova zijn gezin verwaarloost en zich om godsdienstige redenen verzet tegen een bloedtransfusie voor een kind van partijen is zwaar beledigend en een voldoende grond tot echtscheiding.

Het echtscheidingsvonnis beveelt de vereffening van de huwelijksgemeenschap.

G. t/ A.

Tegeneis

Overwegende dat uit de verklaringen van de getuigen blijkt dat sinds verweerster op tegeneis getuige van Jehova is, zij haar huisgezin is beginnen te verwaarlozen — veel uithuizig —, echtgenoot zelf eten moet klaarmaken, enz...;

dat niet kan worden betwist dat verweerster op tegeneis, toen een bloedtransfusie voor het zoontje van partijen nodig was, zich daar om «godsdienstige» redenen tegen verzet heeft en zelfs, achteraf verklaard heeft dat, daar andere personen dan zij toen bloed hebben gegeven voor dat kind, dat kind niet meer het hare was;

Overwegende dat rekening houdend met de zeden en de opvattingen van de maatschappij waarin wij leven, maatschappij wier ideeën door eiser op tegeneis gedeeld worden, de houding en het gedrag van verweerster op tegeneis voor haar echtgenoot zwaar beledigend is;

Overwegende dat deze feiten een voldoende grond tot echtscheiding uitmaken in het voordeel van eiser op tegeneis;

(...)

Zegt dat er na overschrijving van het beschikkend gedeelte van het vonnis van echtscheiding in de lopende registers van de burgerlijke stand en melding ervan in de rand van de huwelijksakte zal overgegaan worden tot de vereffening van de huwelijksgemeenschap bestaande tussen partijen en benoemt te dien einde als werkende notaris Mr. F.A. ter standplaats S. en Mr. A.L., notaris ter standplaats S., ten einde de afwezige, niet verschijnende of weerspannige partij te vertegenwoordigen.

NOOT—Echtscheiding — Grove belediging — Vereffening van het gemeenschappelijk vermogen

1. Dit vonnis is om meer dan één reden interessant. Het sluit aan bij het arrest van het hof te Antwerpen van 29 december 1977 dat in de beperkte speelruimte van de schuldechtscheiding een delicaat evenwicht had gezocht tussen echtscheiding en godsdienstvrijheid (*R.W.*, 1979-80, 707, noot Pauwels, *R.C.J.B.*, 1980, 195, noot Rigaux).

Het hof stelde dat de bekering tijdens het huwelijk tot de leer van de getuigen van Jehovah op zichzelf geen grove belediging uitmaakt, ook al poogt de bekeerde zijn echtgenoot van dezelfde leer te overtuigen. Bovenvermelde annotators merkten terecht op dat het echtscheidingsrecht gegrond op het schuldbeginnsel onvoldoende ruimte laat om zulk geschil te beslechten. Wanneer elke ingeroepen grond moet worden teruggebracht tot een schuldige tekortkoming aan de huwelijksplichten die voor de eiser grof beledigend is, dan wordt onmiddellijk duidelijk dat bepaalde handelin-

gen die een harmonisch huwelijksleven in het gedrag brengen, zich niet altijd als dusdanig laten kwalificeren. Anderzijds rijst de vraag of de godsdienstvrijheid het raam van een kleine entiteit zoals het gezin waar een minimum aan gemeenschappelijke levensvisie noodzakelijk is even ruim kan worden uitgelegd als in grotere gemeenschappen (Rigaux, F., *L'exercice, par un époux, de la liberté de changer de religion ou de conviction*, *R.C.J.B.*, 1980, 199, nr. 5).

Het conflict tussen godsdienstvrijheid en (het recht op) echtscheiding stelt zich veel minder in het systeem van het schuldloze echtscheidingsrecht dat niet meer de klemtoon legt op de «schuldige» gedraging van een echtgenoot maar wel op de toestand die het gevolg is van deze gedraging. In het huidige echtscheidingsstelsel kan de bekering tijdens het huwelijk slechts grond tot echtscheiding bieden voor zover ze gepaard gaat met een ongeoorloofde druk op de andere echtgenoot of met inbreuken op de huwelijksplichten die in se het gevolg zijn van de bekering maar die op zichzelf reeds de kwalificatie als grove belediging toelaten. *In casu* was dit het geval op rechtstreekse wijze door de verwaarlozing van het huisgezin. Daarenboven houden het verzet tegen een bloedtransfusie voor een kind van partijen en het feitelijk verstoten van dit kind na de bloedtransfusie een onrechtstreekse grove belediging in. Door de nauwe band tussen ouder en kind werkten de houding tegenover het kind terug op de echtgenoot (zie Rigaux, F., *L'injure grave par ricochet*, *R.C.J.B.*, 1977, 577, nr. 8).

2. Het echtscheidingsvonnis beveelt terecht de vereffening van het gemeenschappelijk vermogen (*in dezelfde zin*: Neufchâteau, 25 maart 1981, *Jur. Liège*, 1981, 207). De laatste tijd aarzelen een aantal rechtbanken om de vordering tot vereffening in het echtscheidingsvonnis toe te staan. Een deel van de rechtsleer stelt zich eveneens op het standpunt dat de vereffening niet door het echtscheidingsvonnis kan worden bevolen. Gelet op het Belgisch echtscheidingsstelsel waarbij de rechtbank de echtscheiding niet uitspreekt maar ze slechts toestaat, acht deze rechtsleer zulk bevel voorbarig zolang het echtscheidingsvonnis niet in de registers van de burgerlijke stand werd overgeschreven (Zie bv. Pierard, A., *Divorce et séparation de corps*, II, Brussel, 1928, n. 758, blz. 478). Er zijn voldoende argumenten tegen deze stelling aan te voeren. In het Gerechtelijk Wetboek is allereerst geen enkele tekst te vinden die het toestaan van de echtscheiding en het bevel tot vereffening in een zelfde vonnis verbiedt. Het bevel tot vereffening wordt gegeven onder opschortende voorwaarde van overschrijving van het echtscheidingsvonnis (Cass., 5 februari 1976, *Pas.*, 1976, I, 638). De notaris die de vereffeningswerkzaamheden opent, dient deze voorwaarde te controleren. Dezelfde redenering wordt trouwens gebruikt in art. 296 B.W. dat de rechtbank toestaat in het echtscheidingsvonnis de wachtermijn van de vrouw te verkorten, dus eveneens vooraleer de echtscheiding is overgeschreven. In een tijd waar een ieder de gerechtelijke achterstand aanklaagt, is het aangewezen de vereffening toe te staan in het echtscheidingsvonnis i.p.v. de rechtsonderhorige op grond van een niet overtuigende redenering te verplichten een nieuwe eis in te leiden.

W. Pintens

RECHTSPRAAK IN KORT BESTEK

Hof van Cassatie (1e Kamer), 22 maart 1984

Wegverkeer — Art. 10.1, 3°, Wegverkeersreglement — Hindernis — Vonnis dat in beginsel stelt dat een bestuurder in een bebouwde kom zelfs bij regenweer moet kunnen stoppen in alle omstandigheden — Onwettig.

«Overwegende dat het vonnis (Rb. Nijvel, 30 november 1982) beslist dat het ongeval ten deze is gebeurd bij regenweer en in een bebouwde kom, in welk geval de weggebruikers onderling voldoende afstand moeten laten ten einde te kunnen stoppen voor een weggebruiker die om een of andere reden plots moet stoppen;

«Overwegende dat het vonnis met die considerans impliciet te kennen geeft dat een bestuurder, zelfs bij regenweer en in een bebouwde kom, in alle omstandigheden moet kunnen stoppen voor gelijk welke, zelfs niet te voorziene hindernis en aldus een regel formuleert die niet vervat ligt in artikel 10.1, 3°, van het koninklijk besluit van 1 december 1975 houdende algemeen reglement op de politie van het wegverkeer, vermits dat artikel integendeel bepaalt dat de bestuurder enkel voor een hindernis die kan worden voorzien, in alle omstandigheden moet kunnen stoppen.»

(Voorzitter-rapporteur: de h. Mahillon — Advocaat-generaal: mevr. Liekendael — Advocaat: mr. Kirkpatrick — In de zaak: De P. t/ W.)

NOOT—Zie Cass., 5 september 1972, *R.W.*, 1972-73, 765, met noot van H. Persoons.

Hof van Cassatie (3e Kamer), 26 maart 1984

Burgerlijke rechtspleging — Rechtsmiddelen — Berusting — Tenuitvoerlegging van een uitvoerbaar vonnis.

Het arrest op 26 mei 1983 gewezen door het Arbeidshof te Gent, afdeling Brugge, verklaarde het door eiseres ingestelde hoger beroep niet ontvankelijk op grond dat zij, na betekening van het vonnis op 24 mei 1982 en het op 1 juni 1982 ingestelde hoger beroep, op 1 september 1982 overgegaan is tot vereffening van de volledige vordering. Het bestreden arrest wordt vernietigd op volgende gronden:

«Overwegende dat de tenuitvoerlegging, door de veroordeelde partij, van een uitvoerbaar vonnis niet noodzakelijk insluit dat die partij in dit vonnis berust;

«Dat het arrest derhalve uit die enkele tenuitvoerlegging niet kon afleiden dat eiseres het vaste voornemen had haar instemming met het vonnis te betuigen.»

(Eerste voorzitter: de h. Châtel — Raadsheer-rapporteur: de h. Poupart — Avocaat-generaal: de h. Lenaerts — Advocaat: mr. Houtekier — In de zaak: N.V. A. t/ G.)

Hof van Cassatie (2e Kamer), 27 maart 1984

Stedebouw — Gebouw opgericht volgens bouwvergunning — Rechtaardiging — Onoverkomelijke dwaling — Begrip — Vernietiging van de bouwvergunning

door de Raad van State — Gevolg — Latere instandhouding van het gebouw.

Verweerder heeft ondergrondse garages gebouwd volgens een bouwvergunning die later, wegens strijdigheid met een bijzonder plan van aanleg, door de Raad van State nietig is verklaard. Vervolgd wegens a) het uitvoeren en in stand houden van een bouwwerk dat strijdig is met de bepalingen van een bijzonder plan van aanleg, en b) het bouwen zonder bouwvergunning (artt. 44 en 64 Stedebouwwet), is hij door het bestreden arrest (Hof Gent, 8 april 1982) vrijgesproken op grond van onoverkomelijke dwaling. Daartegen voeren de burgerlijke partijen in hun middel aan: a) dat het arrest niet behoorlijk is gemotiveerd (eerste onderdeel); b) dat het ten onrechte aanneemt dat er een rechtvaardigingsgrond is en dat het althans nalaat uitspraak te doen over het in stand houden — dat krachtens art. 64 Stedebouwwet strafbaar is — nadat verweerder kennis heeft gekregen van de beslissing van de Raad van State (tweede, derde en vierde onderdeel).

«Wat het eerste onderdeel betreft:

«Overwegende dat de eisers concludeerden zoals in het onderdeel is weergegeven ten betoge dat verweerder geen onoverwinnelijke dwaling kan inroepen;

«Overwegende dat het arrest onder meer releveert: 'Wanneer, zoals in casu, beklaagde een regelmatige vergunning krijgt vanwege het college (van burgemeester en schepenen) zonder dat het bewijs voorligt van enige opmerking, en de gemachtigde ambtenaar die vergunning niet schorst, kan worden aangenomen, bij gebrek aan tegenbewijs, dat beklaagde in de overtuiging was dat zijn bouwvergunning niet strijdig was met het bijzonder plan van aanleg en zodoende door de op het stuk normaal bevoegde persoon in een onoverkomelijke dwaling werd gebracht. Beklaagde, hoewel aannemer van beroep, is geen jurist noch expert in administratieve tekstexegese. Wilt blijkbaar het college (van burgemeester en schepenen) niets strijdigs heeft bevonden in de bouwvragen, schrijft het bestuur van de stedenbouw aan de procureur des Konings te Veurne dat de bouwvergunningen van 21 mei 1974 en 21 mei 1976 niet werden geschorst, wat de eerste betreft: 'wellicht werden geen tegenstrijdigheden met het bijzonder plan van aanleg vastgesteld' en wat de tweede betreft: 'omdat het ontwerp conform bevonden werd met de aldaar geldende stedenbouwkundige voorschriften'. Niettemin werd wat het college (van burgemeester en schepenen) en de gemachtigde ambtenaar niet strijdig bevonden, wel strijdig bevonden met het bijzonder plan van aanleg door de Raad van State doordat het college (van burgemeester en schepenen) en de gemachtigde ambtenaar een andere betekenis aan sommige bepalingen van het bijzonder plan van aanleg gaven. Het is niet in het feit dat de burgerlijke partijen ageerden voor de Raad van State, dat het bewijs ligt dat de beklaagde niet overtuigd zou zijn geweest dat zijn ingediende en goedgekeurde bouwplannen conform waren aan de bepalingen van het bijzonder plan van aanleg en hiervan niet overtuigd zou zijn gebleven en dit op grond van de dwaling waarin de houding van het college (van burgemeester en schepenen) en van de gemachtigde ambtenaar hem gebracht hebben';

«Overwegende dat de appelrechters met die consideransen het verweer van de eisers, gebaseerd 'op de kennis door verweerder van de onregelmatigheden waaraan de bouw-

vergunningen leden, of minstens van de bezwaren die daartegen waren ingeroepen', verwerpen en hun conclusie beantwoorden;

«Dat het onderdeel feitelijke grondslag mist;

«Wat het tweede, derde en vierde onderdeel betreft:

«Overwegende dat de feitenrechter op onaantastbare wijze beoordeelt of de feiten en omstandigheden waarvan hij het bestaan constateert onoverkomelijke dwaling opleveren, mits hij daaruit in rechte het bestaan van die rechtvaardigingsgrond kan afleiden, meer bepaald dat de beklaagde heeft gehandeld zoals ieder redelijk en voorzichtig persoon zou hebben gehandeld;

«Overwegende dat het arrest de beslissing dat verweerder terecht onoverkomelijke dwaling inroept, laat steunen op de eerder aangehaalde redenen en op de consideransen: 'Naar het oordeel van het hof van beroep dient te worden aangenomen dat wie in dergelijke dwaling en overtuigd van zijn goed recht bouwwerken opricht onder dekking van regelmatig afgeleverde en door stedenbouw goedgekeurde vergunningen, definitief het recht op bouw en in stand houden dezer werken heeft verkregen en dit recht hem niet retroactief kan worden ontzegd door een administratieve beslissing die valt nadat de werken zijn voltooid en die genomen is op grond van een andere zienswijze dan die van degenen die de vergunning afleverden en goedkeurden omtrent zekere bepalingen van het bijzonder plan van aanleg. Overigens ligt ter zake het bewijs niet voor dat beklaagde (verweerder), na kennis te hebben genomen van het arrest van de Raad van State van 5 mei 1976, nog ondergrondse garages zou hebben gebouwd of aan die ondergrondse garages zou hebben gewerkt, die strijdig waren met de bepalingen van het bijzonder plan van aanleg of van de tweede hem verleende vergunning';

«Overwegende dat de vernietiging van een bouwvergunning door de Raad van State tot gevolg heeft dat die onwettig bevonden bouwvergunning met terugwerkende kracht nietig is erga omnes, zodat het opgetrokken of in opbouw zijnde gebouw moet worden geacht zonder vergunning tot stand te zijn gekomen;

«Overwegende dat het oprichten en in stand houden van bouwwerken in strijd met de bepalingen van een bijzonder plan van aanleg — doch onder de dekking van een door het college van burgemeester en schepenen uitgereikte bouwvergunning die niet geschorst werd door de gemachtigde ambtenaar van stedenbouw en vooraleer de beklaagde kennis heeft gekregen van de beslissing van de Raad van State waardoor die bouwvergunning nietig wordt verklaard — weliswaar gerechtvaardigd kan zijn door onoverkomelijke dwaling; dat zulks evenwel niet inhoudt dat de beklaagde daardoor een definitief recht heeft verkregen om — nadat hij kennis heeft gekregen van de beslissing van de Raad van State waardoor de bouwvergunning nietig is verklaard en nadat derhalve aan de dwaling een einde is gemaakt — verder te bouwen of het gebouw dat geacht moet worden zonder vergunning te zijn opgetrokken, in stand te houden;

«Overwegende dat het arrest uit de feiten en omstandigheden die het constateert met betrekking tot het oprichten van het gebouw, heeft kunnen afleiden dat verweerder in dat opzicht als een redelijk en voorzichtig persoon heeft gehandeld en derhalve in een onoverkomelijke dwaling verkeerde; dat het zodoende de beslissing waarbij verweerder wordt vrijgesproken van de telastleggingen bouwen zonder

bouwvergunning en bouwwerken te hebben uitgevoerd die strijdig zijn met de bepalingen van het bijzonder plan van aanleg, naar recht verantwoordt;

«Overwegende echter dat het arrest, met diezelfde redengeving en meer in het bijzonder met de considerans: 'Het bewijs ligt niet voor dat verweerder na kennis te hebben genomen van het arrest van de Raad van State van 5 mei 1976 nog ondergrondse garages zou hebben gebouwd of aan die ondergrondse garages zou hebben gewerkt, die strijdig waren met de beperkingen van het bijzonder plan van aanleg of van de tweede hem verleende vergunning', de beslissing waarbij verweerder wordt vrijgesproken van de telastlegging het opgerichte gebouw te hebben in stand gehouden nadat hij kennis heeft gekregen van het arrest van de Raad van State waardoor de bouwvergunning nietig werd verklaard, niet naar recht verantwoordt;

«Dat de onderdelen in zoverre gegrond zijn.»

(Voorzitter: de h. Boon — Raadsheer-rapporteur: de h. D'Haenens — Advocaat-generaal: de h. De Clercq — Advocaten: mrs. De Gryse en van Hecke — In de zaak: C. e.a. t/ C.)

Hof van Cassatie (2e Kamer), 27 maart 1984

1. Strafvordering — Dagvaarding — Betekening op feestdag — 2. Burgerlijke rechtspleging — Betekening — Verkeerde aanduiding van de hoedanigheid van de persoon aan wie het afschrift ter hand is gesteld.

Tegen het bestreden vonnis (Corr. Leuven, 10 februari 1983) voert eiser aan dat de rechtbank de dagvaarding om in hoger beroep te verschijnen nietig had moeten verklaren, omdat 1° ze op een wettelijke feestdag was betekend, 2° de akte van betekening vermeldde dat een afschrift ter hand werd gesteld aan Georgette M., vrouw van eiser, hoewel die persoon zijn echtgenote niet was.

«Overwegende dat het middel hierop neerkomt dat — hoe dan ook — de betekening van de dagvaarding nietig was zodat tegen eiser geen vonnis bij verstek kon worden uitgesproken en dat, op zijn ontvankelijk verklaard verzet, de rechters enkel vermochten vast te stellen dat de betekening van de dagvaarding nietig was en geen uitspraak konden doen over de grond van de telastlegging; dat hieruit volgt dat het middel, zoals het is gesteld, niet opkomt tegen het verstekvonnis dat door het ontvankelijk verklaard verzet is tenietgedaan, maar tegen het vonnis op verzet waartegen cassatieberoep is ingesteld;

«Wat de eerste grief betreft:

«Overwegende dat ingevolge artikel 2 van de wet van 17 thermidor jaar VI, die niet is opgeheven, het verbod van betekening van akten op zaterdag, zondag of een wettelijke feestdag, bepaald bij artikel 47, 2°, van het Gerechtelijk Wetboek, niet van toepassing is in strafzaken; dat hieruit volgt dat evenmin de artikelen 861 en 862, § 1, 3°, en § 2, van datzelfde wetboek toepassing vinden;

«Wat de tweede grief betreft:

«Overwegende dat de dagvaarding om te verschijnen voor de correctionele rechtbank, zitting houdende in hoger beroep, overeenkomstig artikel 35, eerste en tweede lid, van het Gerechtelijk Wetboek werd betekend op 21 juli 1982

aan eisers woonplaats; dat aldaar afschrift van de dagvaarding werd ter hand gesteld aan Georgette M. die, blijkens de vermelding op het exploit van betekening, verklaard heeft de vrouw te zijn van eiser; dat de vermelding «zijn vrouw, aldus verklaard» niet van valsheid wordt beticht; dat in de akte van verzet van 24 december 1982 eiser aanvoerde dat voornoemde Georgette M. niet zijn echtgenote is maar de vrouw met wie hij samenwoont;

«Overwegende dat de onjuiste vermelding aangaande de hoedanigheid van de persoon aan wie het afschrift van de betekende dagvaarding ter hand werd gesteld, berust op een vergissing die haar oorsprong vindt in de onjuiste verklaring door Georgette M. aan de gerechtsdeurwaarder afgelegd; dat die vergissing niet aan eisers aandacht is kunnen ontgaan; dat hij evenmin beweert dat het afschrift van de aan zijn woonplaats betekende dagvaarding hem niet zou zijn overhandigd;

«Overwegende dat ingevolge artikel 43, 4°, van het Gerechtelijk Wetboek een exploit van betekening alleen dan door nietigheid is aangetast wanneer het geen vermelding inhoudt van de naam, de voornaam en in voorkomend geval de hoedanigheid van de persoon aan wie afschrift is ter hand gesteld; dat evenwel een louter verkeerde aanduiding van de hoedanigheid van de persoon aan wie het afschrift ter hand werd gesteld, een vergissing die de geadresseerde van het exploit niet kon ontgaan, niets afdoet aan de regelmatigheid van de betekening; dat de betekening van een dagvaarding niet ongeldig is doordat het afschrift van de akte ter hand werd gesteld aan een ander persoon dan die waarvan sprake is in artikel 35, tweede lid, van het Gerechtelijk Wetboek, wanneer niet blijkt dat die onregelmatigheid het recht van verdediging heeft geschaad;

«Overwegende dat ten deze het exploit van betekening van de dagvaarding de door artikel 43, 4°, van het Gerechtelijk Wetboek vereiste vermeldingen bevat; dat alleen de vermelding met betrekking tot de hoedanigheid van de persoon aan wie het afschrift ter hand is gesteld op een vergissing berust, die enkel is te wijten aan de verklaring van de vrouw zelf die met eiser samenwoont op zijn domicilie; dat die vergissing eiser niet is kunnen ontgaan en zijn recht van verdediging niet heeft geschonden;

«Dat het middel niet kan worden aangenomen.»

(Voorzitter: de h. Boon — Raadsheer-rapporteur: de h. D'Haenens — Advocaat-generaal: de h. Declercq — Advocaat: mr. De Trog — In de zaak: B.)

NOOT—Zie ook, in verband met de betekening op zaterdag, zondag of een wettelijke feestdag: Hof Antwerpen, 2 oktober 1975, *R.W.*, 1976-77, 1834, met noot van A. Vandeplass.

Hof van Cassatie (1e Kamer), 29 maart 1984

Verjaring — Stuiting — Aanneming van werk — Tienjarige termijn — Aanvaarding in 1969 — Vordering in 1975 — Uitbreiding krachtens art. 807 Ger. W. in 1981 — Vordering virtueel begrepen in de inleidende vordering.

Het bestreden arrest (Hof Brussel, 7 oktober 1982) stelt vast dat het litigieuze gebouw in 1969 was opgericht en dat

het, na voltooiing, door de opdrachtgevers V.-R. was aanvaard. Het oordeelt dat de door de eisers Van der K.-de B. op 17 mei 1982 bij conclusie ingestelde vordering ontvankelijk is krachtens de artt. 807 en 1042 Ger. W. Eiser voert daartegen aan dat die vordering, al was ze gegrond op een in de inleidende dagvaarding van 6 januari 1975 voorkomend punt, niettemin een nieuwe vordering was, daar ze strekte tot vergoeding van schade in 1981, terwijl de dagvaarding betrekking had op schade in 1974, en dat die nieuwe vordering, die was ingesteld na het verstrijken van de bij de artt. 1792 en 2270 B.W. vastgestelde vervalltermijn van tien jaar, verjaard en bijgevolg niet ontvankelijk was. Het middel kan niet worden aangenomen:

«Overwegende dat een dagvaarding de verjaring stuit voor de vordering die ze inleidt en voor de vorderingen die virtueel daarin zijn begrepen;

«Overwegende dat ten deze de inleidende dagvaarding van 6 januari 1975 ertoe strekte de echtgenoten V.-R., die als ze zulks wensten de architecten of aannemers konden aanspreken, te doen veroordelen tot 500.000 frank schadevergoeding, onder voorbehoud van vermeerdering of vermindering in de loop van het geding, wegens de op 29 oktober 1974 in het pand vastgestelde schade door de inzijseling van regenwater ten gevolge van een gebrekkige conceptie en uitvoering van herstellingswerken in 1969;

«Overwegende dat in die dagvaarding ook het recht werd voorbehouden om alle andere bedragen te vorderen die de gedaagden om welke reden dan ook zouden verschuldigd blijven;

«Overwegende dat het arrest vaststelt dat de nieuwe inzijselingen die zich in 1981 op dezelfde plaats van het gebouw voordeden te wijten zijn aan dezelfde fouten bij de conceptie van de in 1969 uitgevoerde werken;

«Overwegende dat derhalve de dienaangaande door de echtgenoten Van der K.-de B. ingestelde vordering, die enkel betrekking had op de nieuwe gevolgen van hetzelfde conceptiegebrek en van dezelfde contractuele fout, virtueel was begrepen in de oorspronkelijke vordering die de verjaring had gestuit.»

(Voorzitter: de h. Mahillon — Raadsheer-rapporteur: de h. Kreit — Advocaat-generaal: de h. Ballet — Advocaten: mrs. Simont en de Bruyn — In de zaak: B.t/ P.V.B.A. E., Van der K.-de B. en V.-R.)

Hof van Cassatie (1e Kamer), 29 maart 1984

Faillissement — Beslissing over betwiste schuldvoordring — Zonder verslag van de rechter-commissaris — Onbeperkt hoger beroep — Devolutieve werking — Gevolg.

Het cassatieberoep is gericht tegen arresten op 17 juni 1981 en 17 maart 1983 door het Hof van Beroep te Brussel gewezen. In het arrest van 17 juni 1981 (B.R.H., 1981, 583, met noot) wordt beslist dat het verslag van de rechter-commissaris (art. 463 Fw.) een proceshandeling is die de rechter alleen dan nietig kan verklaren indien het verzuim of de onregelmatigheid ervan de belangen schaadt van de partij die de exceptie opwerpt.

«Over de grond van niet-ontvankelijkheid door de verweerders tegen het middel opgeworpen en hieruit afgeleid

dat het geen belang vertoont, daar het hof van beroep, zelfs als dit het beroepen vonnis had vernietigd wegens niet-inachtneming van artikel 463 van de Faillissementswet, heeft kunnen, of in elk geval heeft moeten, zoals het heeft gedaan, uitspraak doen over het geschil zelf dat ingevolge de devolutieve kracht van het hoger beroep bij het hof van beroep aanhangig was gemaakt met toepassing van artikel 1068 van het Gerechtelijk Wetboek, zonder de zaak naar de eerste rechter te verwijzen:

«Overwegende dat artikel 1068 van het Gerechtelijk Wetboek slechts in een enkel geval voorziet in de verwijzing van de zaak naar de eerste rechter, namelijk het geval dat de rechter in hoger beroep, zelfs gedeeltelijk, een in het aangevochten vonnis bevolen onderzoeksmaatregel bevestigt;

«Overwegende dat in alle andere gevallen, en bijgevolg ook in het geval dat de eerste rechter een vergissing zou hebben begaan die de rechter in hoger beroep niet kan rechtzetten, zoals het ontbreken van een voorafgaand verslag van de rechter-commissaris in een zaak van aanneming van een schuldvoordring in het passief van een faillissement, hoger beroep tegen een eindvonnis of tegen een vonnis alvorens recht te doen, het geschil zelf bij de rechter in hoger beroep aanhangig maakt; dat ingeval de vergissing kan leiden tot nietigheid van het aangevochten vonnis het aan de rechter in hoger beroep staat om het vonnis te vernietigen en over het geschil zelf uitspraak te doen;

«Overwegende dat de partijen weliswaar, door het oorspronkelijk hoger beroep of tegenberoep, zelf de grenzen bepalen waarbinnen de rechter in hoger beroep uitspraak moet doen over de betwistingen die bij de eerste rechter aanhangig zijn gemaakt; dat ten deze eiseres haar hoger beroep echter niet heeft beperkt; dat, hoewel de partijen akkoord waren om in een eerste fase enkel te pleiten over de nietigheid van het aangevochten vonnis, zij zich het recht hebben voorbehouden om later hun middelen over het geschil zelf voor te dragen, hetgeen zij hebben gedaan op de terechtzittingen van 23 december 1981 en 10 maart 1982;

«Overwegende dat, ook al had het hof van beroep de vordering tot vernietiging van het aangevochten vonnis ten onrechte afgewezen, het middel dat die afwijzing bekritiseert niettemin bij gebrek aan belang niet ontvankelijk is; dat het hof van beroep, door over het geschil zelf uitspraak te doen, heeft gedaan hetgeen het zou hebben moeten doen als het die vordering had toegewezen.»

(Voorzitter-rapporteur: de h. Mahillon — Advocaat-generaal: de h. Ballet — Advocaten: mrs. Van Ryn en Simont — In de zaak: N.V. E. t/ Faillissement N.V. B.)

Hof van Cassatie (1e Kamer), 29 maart 1984

Architect — Tucht — Overeenkomst — Architect zet uitvoering van een opdracht voort nadat de overheid van de Orde zijn aandacht op de bezwaren in verband met de voortzetting heeft gevestigd.

De architect P. had in 1979 van een vennootschap een opdracht inzake architectuur gekregen. Het bouwwerk was nog niet voltooid, toen de vennootschap in 1980 failliet werd verklaard. De curator vroeg een andere architect

(eiser) een staat van vordering van het werk op te maken en toezicht te houden op de uitvoering van de latere werkzaamheden.

De bestreden beslissing (Franstalig Raad van Beroep van de Orde van Architecten, 29 september 1982) heeft eiser een tuchtstraf opgelegd ter zake dat hij «niet eerbiedig en loyaal is geweest jegens de overheid van de Orde die geregeld zijn aandacht heeft gevestigd op de bezwaren in verband met de voortzetting van de opdracht».

Eiser voert daartegen aan: 1) dat de bestreden beslissing, die hem verwijt een opdracht te hebben voortgezet welke hij had aanvaard zonder op de hoogte te zijn van het optreden van de architect P., art. 1134 B.W. schendt; 2) dat de organen van de Orde niet zonder hun bevoegdheid te overschrijden een tuchtstraf kunnen stellen op het niet-overtreden van de burgerlijke wet, en dat zij een architect niet kunnen verplichten een contractuele fout te begaan; 3) dat de tuchtnormen slechts de waarde hebben van een reglement, zodat de bestreden beslissing art. 107 Grondwet schendt. Die argumentatie wordt als volgt verworpen:

«Overwegende dat, in zoverre de raad van beroep eiser uit hoofde van de tweede telastlegging veroordeelt, uit de vaststellingen van de bestreden beslissing blijkt dat eiser als architect contractueel was verbonden met de curatele in het faillissement van de opdrachtgever, toen hij de waarschuwingen van de raad van de Orde ontving;

«Overwegende dat, krachtens artikel 2 van de wet van 26 juni 1963, de Orde van Architecten tot taak heeft de voorschriften van de plichtenleer voor het beroep van architect te bepalen en ze tuchtrechtelijk te doen naleven;

«Dat daaruit volgt dat voor de uitoefening van het beroep van architect en bijgevolg voor de uitvoering van de verplichtingen die voortvloeien uit door de architect gesloten contracten, in beginsel op de eerste plaats geldt dat de architect de voorschriften van de plichtenleer in acht moet nemen;

«Overwegende dat de bestreden beslissing, door te oordelen dat eiser, gelet op de voorschriften van zijn beroep, de uitvoering van het met de curatele gesloten contract niet mocht voortzetten en dat hij niet eerbiedig en loyaal jegens de overheid van de Orde van Architecten is geweest door zijn optreden niet op te schorten, geen machtsoverschrijding begaat en geen enkele van de in de onderdelen aangegeven wettelijke bepalingen schendt.»

(Voorzitter: de h. Sace — Raadsheer-rapporteur: de h. Poupart — Advocaat-generaal: de h. Ballet — Advocaten: mrs. Kirkpatrick en Ansiaux — In de zaak: R. t/ Orde van Architecten)

Arbeidshof Gent (5e Kamer), 20 januari 1984

Werkloosheid — Recht op uitkeringen — Ontslag om billijke redenen — Reden vermeld op C.4-formulier — Andere reden in aanmerking genomen door R.V.A. zonder instemming van werkgever — Geen bewijs van werkloosheid door eigen schuld of toedoen.

De feiten die de R.V.A. aanvoert als reden voor een ontslag om billijke redenen kunnen niet worden aangenomen indien de werkgever op het formulier C.4 een andere reden

voor ontslag opgaf en hij in geen enkele verklaring de door de R.V.A. aangevoerde reden overneemt:

«Uit de overgelegde stukken, meer bepaald uit de C4 ingevuld door de werkgever, blijkt dat verweerster in hoger beroep op 30 april 1982 werd ontslagen 'omdat zij haar werk niet meer aankon'. Zoals het formulier aangeeft, is de werkgever gehouden de 'juiste oorzaak' van de werkloosheid aan te duiden.

«Een onderzoek door eiser in hoger beroep achteraf ingesteld bracht aan het licht dat verweerster in hoger beroep tijdens de maanden mei, juni en juli 1981, 28 keren te laat kwam, gaande van 1, 2, 3 tot 44 minuten (eenmaal) en één dag afwezig was zonder verwittiging.

«Ofschoon in het algemeen onwettige afwezigheid, zoals eiser in hoger beroep terecht opmerkt, aanleiding kan geven tot ontslag om billijke redenen, berust er in het dossier geen enkele verklaring van de werkgever dat het ontslag om die reden werd gegeven.

«Ten deze werd een opzeggingsvergoeding van zes maanden betaald en heeft de werkgever, zoals hierboven reeds vermeld, 'schriftelijk' bevestigd dat de 'juiste oorzaak van het ontslag' te wijten was aan het feit dat betrokkene het werk niet meer aankon. Behoudens een andersluidende verklaring van de werkgever welke ter zake niet voorligt, moet worden aangenomen dat betrokkene fysiek of psychisch het ritme van het werk niet meer aankon en om die reden ontslagen werd.

«Ten deze wordt aldus in rechte het bewijs niet geleverd dat verweerster in hoger beroep werkloos is geworden door eigen schuld of toedoen.»

(Voorzitter: de h. De Sutter — Raadsheren in sociale zaken: de h. Herregodts en Van Der Haegen — Advocaat-generaal: de h. Verheughe — Advocaat: mr. Beke — In de zaak: R.V.A. t/ G.)

Rb. Oudenaarde (1e Kamer), 5 januari 1984

Verzekering — Aansprakelijkheid — Arbitragebeding — Verbod de verzekeraar in vrijwaring te roepen — Interpretatie.

Nadat zich bij de eisers Vander M.-D. een gasontploffing had voorgedaan, hebben zij de P.V.B.A. C., installateur van de gasinstallatie, tot schadeloosstelling gedagvaard. De P.V.B.A. C. heeft daarop haar verzekeraar, de N.V. A., tot vrijwaring opgeroepen. Ten aanzien van de toelaatbaarheid van deze laatste vordering beslist de rechtbank:

«De gedaagde in tussenkomst en vrijwaring betwist dat de rechtbank bevoegd zou zijn om van deze vordering kennis te nemen en baseert deze stelling op de artt. 12 en 31 van de polis en op de 'klassieke' rechtspraak dienaangaande; hoewel uit de gevoerde briefwisseling blijkt dat er reeds vóór de oproeping in vrijwaring, betwisting was ontstaan door het feit dat gedaagde in tussenkomst geweigerd had het schadegeval te dekken, heeft zij nooit eerder dan nu verwezen naar het arbitragebeding zoals art. 1683 Ger. W. het bepaalt; daarenboven heeft zij nooit de arbitrageovereenkomst aangeboden.

«1. De polis bepaalt o.m. in art. 12: 'In alle vervolgin- gen of vorderingen tot schadevergoeding gericht tegen de

verzekeringnemer kan deze laatste de maatschappij niet in de zaak betrekken of haar in vrijwaring oproepen, zelfs voor schadegevallen welke de maatschappij niet zou achten gedekt te zijn door de verzekering. In dit laatste geval zal de maatschappij haar beslissing laten kennen aan de verzekeringnemer die alsdan zelf in zijn verdediging kan voorzien. Het geschil met de maatschappij moet, overeenkomstig art. 31, afzonderlijk geregeld worden.'

«2. In art. 31 bevat de polis een scheidsrechterlijk beding voor de betwistingen, andere dan die betreffende de premies; hoe dan ook wordt bedongen 'dat kosten van één scheidsrechter en eventueel de helft der kosten van de derde scheidsrechter door de verzekeringnemer worden gedragen'. Er valt niet veel goeds te zeggen nopens zulk een scheidsrechterlijk beding waarbij de kostenlast een drempel is voor de verzekeringnemer, die op voorhand weet dat, ook wanneer hij gelijk zou halen, de kosten van de betwisting door hem zullen worden gedragen. Vanuit het standpunt van de openbare orde is een dergelijke regeling van het recht spreken, te verwerpen; in feite miskent zij de vrije toegang tot de rechtspraak, een der grondrechten van de burger, m.b. van de rechtzoekende, door hem te ontmoedigen om een vordering tegen de verzekeraar in te stellen; partijen gaan niet in gelijke voorwaarden naar de scheidsrechter.

«Deze regeling is ook strijdig met art. 1678.1 Ger. W. omdat, door de kostenregeling, de verzekeraar bevoorrecht wordt t.o.v. de verzekerde.

«3. De 'klassieke' rechtspraak gaat ervan uit dat het verzekeringscontract ter zake primeert op de gewone procesregels omdat de relatie tussen verzekerde en verzekeraar uitsluitend contractueel zou zijn. In de huidige snel geëvolueerde maatschappij komt het de rechtbank voor, dat deze motivering lang achterhaald is; inderdaad is het begrip zelf van de aansprakelijkheid in de laatste decennia zó uitgebreid geworden — doordat aansprakelijkheid het begrip van de contractuele en delictuele tekortkomingen lang overschreden heeft om ook zonder fout, te kunnen bestaan — en is de inhoud zelf van het risico zo verruimd, dat de verzekering tegen aansprakelijkheid en risico een noodzaak geworden is; ook wanneer deze verzekering niet verplicht is gemaakt, wordt ze de ondernemer opgedrongen.

«Daarenboven is de omvang der vergoedingen zo toegenomen, dat de last ervan niet draagbaar is geworden zonder spreiding van het risico door het, tegen vergoeding, te laten overnemen door een verzekeringsinstelling die tal van risico's beheert.

«In deze context is het niet verantwoord de betwistingen tussen de verzekeraar en de verzekerde nog binnen het zuiver contractueel recht te houden; nopens de algemene bedingen van het verzekeringscontract wordt niet onderhandeld en komt geen consensus tot stand; zij worden aan de verzekerde opgelegd.

«4. De rechtbank vindt ten slotte een erge contradictie in het standpunt van de gedaagde in vrijwaring dat steunt op art. 12 van de polis; dit beding heeft immers tot doel de verzekeraar het uitsluitend initiatief voor te behouden in het voeren van een proces naar aanleiding van een schadegeval dat kan worden gedekt door de polis; maar tegelijk wordt het niet mogelijk gemaakt, wanneer de verzekeraar eenzijdig weigert tussen te komen, dit initiatief in het voeren van het rechtsgeding te verwerken; de voorwaarde

waaraan de tussenkomst van de verzekeraar is verbonden, is aldus in het onderhavige geval louter potestatief van de zijde van degene die zich verbindt, namelijk van de verzekeraar, en is bijgevolg nietig (art. 1174 B.W.).

«De gevolgen van de contradictie in het besproken art. 12 zijn uiterst verstrekkend, want wanneer het streng zou worden toegepast dreigt het onderhavige geding, dat aan de verzekerde van de N.V. A. door de schadelijders wordt opgelegd, ten aanzien van de verzekeraar de zaak van anderen te worden, waarmee hij niet gemoeid is; later zou hij kunnen de beslissingen inzake aansprakelijkheid en schade, afwijzen en is er gevaar voor onverenigbare uitspraken (art. 30 Ger. W.).

«Er bestaat bijgevolg een onverbreekbare band tussen enerzijds de verbintenis van de verzekeraar om het initiatief te nemen in het voeren van het geding nopens aansprakelijkheid, risico's en vergoedingen, en anderzijds de mogelijkheid voor de verzekerde om de verzekeraar tot de uitvoering van deze verbintenis te dwingen wanneer hij, zoals ter zake, door de schadelijder wordt aangesproken; het verbod voor de verzekerde om de assuradeur tot tussenkomst en vrijwaring op te roepen, breekt deze band; de verwijzing van de verzekerde naar een arbitragecollege is, zoals eerder aangeduid, een luttele waarborg voor de verzekerde en voor een goede rechtspraak; nietigheid van de potestatieve voorwaarde waarvan de dekking en procesleiding door de verzekeraar afhangt; gevaar voor strijdige en onverenigbare rechtspraak; financiële drempel voor de verzekerde die zich tot scheidsrechters wendt.

«Bij toepassing van art. 1161 B.W. moeten contractbedingen bij elkaar steun vinden, niet tegengesteld zijn.

«5. De rechtbank is daarom de overtuiging toegedaan dat een goede rechtsbedeling ter zake eist dat art. 564 Ger. W. zou prevaleren op de noch juridisch noch sociaal verantwoorde bepalingen van art. 12 van de polis, en dat de vordering tot tussenkomst en vrijwaring in de gestelde omstandigheden der zaak, wegens samenhang met de vordering van de schadelijders, toelaatbaar is.»

(Voorzitter: de h. Mys — Rechters: de hh. De Smedt en Gallet — Advocaten: mrs. Dewilde, Van Impe loco De Vleeschouwer, Dupont en De Clercq loco Kluyskens — In de zaak: Vander M. e.a. t/ P.V.B.A. C. en P.V.B.A. C. t/ N.V. A.)

Kh. Antwerpen (18e Kamer), 22 maart 1984

Taalgebruik — In bestuurszaken — Factuur.

Eiseres vordert betaling van een factuur. Na te hebben vastgesteld dat de exploitatiezetel van eiseres te Antwerpen is gevestigd en dat de factuur in het Frans is opgesteld, beslist de rechtbank:

«Art. 52 van de gecoördineerde wetten in bestuurszaken bepaalt dat voor de akten en bescheiden die voorgeschreven zijn bij de wetten en reglementen, private, nijverheids-, handels- of financiebedrijven de taal van het gebied gebruiken waar hun exploitatiezetel of onderscheiden exploitatiezetels gevestigd zijn.

«De factuur is een wettelijk voorgeschreven document: zij moet derhalve wat de wettelijke en reglementaire voor-

schriften betreft in het Nederlands opgesteld zijn (Vaste Commissie voor Taaltoezicht, 4.2.65, nr. 85).

«Het taaldecreet van 19 juli 1973 is van toepassing op de natuurlijke en rechtspersonen die een exploitatiezetel in het Nederlands taalgebied hebben of die personeel in het Nederlands taalgebied tewerkstellen (art. 1). Volgens art. 5 worden door de werkgever in het Nederlands gesteld: alle voorgeschreven akten en bescheiden van de werkgever, alle boekhoudkundige documenten, alle documenten welke bestemd zijn voor hun personeel. Art. 10: de stukken en handelingen die in strijd zijn met de bepalingen van dit decreet, zijn nietig. De nietigheid wordt ambtshalve door de rechter vastgesteld. Het vonnis beveelt ambtshalve vervanging van de betrokken stukken.

«De taalwetten zijn van openbare orde (Raad van State, 26 oktober 1949).

«Daar de factuur nietig is, kan zij nog altijd geïntendeerd worden.

«De betwisting tussen partijen is hierin gelegen dat de doos waarin zij verpakt zijn Rx 1.000 vermeldt, terwijl eiseres volhoudt dat elke doos 1.500 etiketten per rol bevat. Gedaagde heeft de dozen teruggezonden zodat zij thans opgestapeld staan (vermoedelijk) in de stapelhuizen van de N.M.B.S. Uitsluitel kan alleen gegeven worden door een deskundig onderzoek, dat zich trouwens kan beperken tot het openen en tellen van een willekeurig aantal van een viertal dozen.»

(Voorzitter: de h. De Weerd — Advocaten: mrs. Huybrechts en Blanckaert — In de zaak: P.V.B.A. O. t/ P.V.B.A. G.)

NOOT—Zie R. Renard, *Talen in bestuurszaken, in de bedrijven en in de sociale betrekkingen*, nr. 442.

RECHTEN VAN DE MENS

De voorlopige hechtenis van militairen in Nederland

1. Bijna acht jaar na het arrest Engel, waarbij bepaalde aspecten van de Nederlandse militaire tuchtrechtspraak strijdig werden verklaard met het Europees Verdrag over de rechten van de mens (arrest van 8 juni 1976, Engel, *Publ. Cour*, reeks A, vol. 22), sprak het Europees Hof zich opnieuw uit over de procedure in het Nederlandse leger, ditmaal over de regeling van de voorlopige hechtenis.

Aanleiding tot de beslissing van het Hof vormden klachten van acht dienstplichtigen. Deze klachten werden samengevoegd tot drie zaken, waarover het Hof bij drie verschillende arresten van 22 mei 1984 uitspraak deed. (Zaak De Jong, Baljet en Van den Brink, *Publ. Cour*, reeks A, vol. 77; zaak Van der Sluijs, Zuiderveld en Klappe, *Publ. Cour*, reeks A, vol. 78; zaak Duinhof en Duijf, *Publ. Cour*, reeks A, vol. 79).

Aangezien de regeling van de voorlopige hechtenis van militairen in Nederland en in België een gemeenschappelijke oorsprong heeft — daterend van de tijd van Koning Willem — en thans nog talrijke punten van gelijkenis ver-

toont, spreekt het vanzelf dat de drie arresten ook voor ons van bijzonder belang zijn.

A. De wettigheid van de aanhouding

2. In de zaak De Jong, Baljet en Van den Brink voerden de drie verzoekers aan dat zij aangehouden waren in strijd met de vereisten van artikel 5, lid 1, c, van het Verdrag. Volgens die bepaling mag de voorlopige hechtenis van een verdachte slechts bevolen worden «wanneer redelijke termen aanwezig zijn om te vermoeden dat hij een strafbaar feit heeft begaan, of indien er redelijke gronden zijn om aan te nemen dat het noodzakelijk is hem te beletten een strafbaar feit te begaan of te ontvluchten nadat hij dit heeft begaan».

Het Hof verwierp die klacht, op grond o.m. dat de verzoekers niet betwistten dat er een redelijk vermoeden bestond dat zij een misdrijf begaan hadden, namelijk dat van insubordinatie. Dit vermoeden vormde op zichzelf een wettige verantwoording voor de aanhouding. De vraag of dit vermoeden voldoende was voor de wettigheid van de voortzetting van de regelmatig bevolen vrijheidsberoving, betrof niet de naleving van artikel 5, lid 1, c, maar wel die van artikel 5, § 3: volgens die laatste bepaling heeft een voorlopig gedetineerde immers «het recht binnen een redelijke termijn berecht te worden of hangende het proces in vrijheid te worden gesteld». Door geen der verzoekers was evenwel gesteld dat zijn voorlopige hechtenis, gelet op de omstandigheden, «onredelijk lang» geduurd had (Arrest De Jong e.a., §§ 43-44).

B. De onmiddellijke voorgeleiding voor een rechter of een andere rechterlijke autoriteit

3. Artikel 5, lid 3, bepaalt ook dat «een ieder die gearresteerd is of gevangen wordt gehouden overeenkomstig lid 1, c, van dit artikel, ... onmiddellijk voor een rechter (moet) worden geleid of voor een andere autoriteit die door de wet bevoegd verklaard is om rechterlijke macht uit te oefenen».

Door elk van de verzoekers werd aangevoerd dat die bepaling te zijnen opzichte was geschonden.

4. Het Hof herinnerde allereerst aan een aantal algemene beginselen die het reeds tot uitdrukking had gebracht in een zaak m.b.t. de voorlopige hechtenis in Zwitserland (Arrest van 4 december 1979, Schiesser, *Publ. Cour*, reeks A, vol. 34, §§ 27-31). Met name herhaalde het Hof dat de in artikel 5, lid 3, bedoelde «autoriteit» (in de officiële Franse versie: «magistrat»; in de officiële Engelse versie: «officer») bepaalde waarborgen moet bieden: hij moet onafhankelijk zijn ten aanzien van de uitvoerende macht en ten aanzien van de partijen; hij moet de verdachte die voor hem gebracht wordt, persoonlijk horen; hij moet, op grond van een feitelijke en juridische beoordeling, beslissen of de verdachte verder aangehouden moet blijven dan wel vrijgelaten moet worden (Arrest De Jong e.a., § 47; arrest Van der Sluijs e.a., § 41; arrest Duinhof e.a., § 32).

Volgens de Nederlandse militaire strafprocedure wordt een verdachte in beginsel aangehouden door het hoofd van zijn eenheid. Binnen veertien dagen moet die generaal beslissen of de verdachte naar de krijgsraad wordt verwezen — al dan niet onder aanhoudingsbevel —, dan wel vrijgela-

ten wordt. Die beslissing wordt genomen op advies van de *auditeur-militair*; in de praktijk zou diens advies steeds gevolgd worden. Wanneer de verdachte onder bevel tot aanhouding is verwezen naar de krijgsraad, moet hij binnen vier dagen gehoord worden door de *officier-commissaris*, d.i. een officier belast met het gerechtelijk onderzoek van de bij de krijgsraad aanhangig gemaakte zaken. De vrijheidsberoving, of beter: de verlenging ervan, zoals die blijkt uit de beslissing tot verwijzing naar de krijgsraad, is veertien dagen geldig, tenzij ze, op verzoek van de *auditeur-militair*, door de *krijgsraad* verder verlengd wordt, telkens met dertig dagen. Vanaf het ogenblik dat de verdachte verwezen is naar de krijgsraad, kan zijn invrijheidstelling bevolen worden, hetzij door de *auditeur-militair*, hetzij door de *krijgsraad*.

Door het Hof werd nagegaan of met de verschijningen voor de genoemde instanties (*auditeur-militair*, *officier-commissaris* resp. *krijgsraad*) voldaan was aan de vereisten van artikel 5, lid 3.

5. Het Hof oordeelde in de eerste plaats dat de *auditeur-militair* niet beschouwd kon worden als een «autoriteit die door de wet bevoegd verklaard is om rechterlijke macht uit te oefenen».

In zover de verdachte voor hem verschijnt vóór de beslissing tot verwijzing naar de krijgsraad, heeft de *auditeur-militair* immers slechts een adviserende bevoegdheid, en geen *beslissingsbevoegdheid*. Het feit dat zijn advies in de praktijk steeds gevolgd wordt, doet hieraan geen afbreuk: de beslissingsbevoegdheid moet «door de wet» toegekend zijn (Arrest De Jong e.a., § 48; arrest Van der Sluijs e.a., § 43; arrest Duinhof e.a., § 34).

In één geval, dat van de klager Duijf, was de verdachte door de *auditeur-militair* gehoord de dag na de beslissing tot verwijzing naar de krijgsraad. Op dat ogenblik was de *auditeur* zelf bevoegd om eventueel de invrijheidstelling te bevelen. Toch was zulks volgens het Hof niet voldoende opdat de *auditeur* zou voldoen aan de vereisten van artikel 5, lid 3: hij vervulde immers gelijktijdig de rol van vervolgende overheid, zodat hij in dezelfde zaak tegenstrever was van de partij over wier invrijheidstelling hij moest oordelen. Aldus kon hij, volgens het Hof, *niet onafhankelijk* van de partijen zijn, precies omdat hij er zelf een van was (Arrest Duinhof en Duif, § 38).

Overigens werd ook in de andere zaken op dit gebrek aan onafhankelijkheid gewezen, als ten overvloedige gegeven reden om de verschijning voor de *auditeur-militair* onvoldoende te achten. Het Hof overwoog daarbij dat het gebrek aan onafhankelijkheid bestond zodra er een *mogelijkheid* was dat de betrokken magistraat in een latere fase van de procedure — namelijk na de beslissing tot verwijzing naar de krijgsraad — een tegenpartij zou worden (Arrest De Jong e.a., § 49; arrest Van der Sluijs e.a., § 44).

6. De beslissing tot verwijzing naar de krijgsraad was niet voor elke verdachte binnen dezelfde termijn genomen: bij Klappe was die genomen twee dagen na zijn aanhouding, bij Zuiderveld en Duijf na drie dagen, bij Van der Sluijs en Duinhof na vijf dagen, bij Van den Brink na zes dagen, bij De Jong na zeven dagen, en bij Baljet zelfs na elf dagen. De twee laatstgenoemden werden evenwel bij die beslissing in vrijheid gesteld. (De tegen hen ingestelde strafvervolgning zou trouwens gestaakt worden, omdat zij enige dagen later het statuut van gewetensbezwaarde kregen.)

Dit verschil in termijnen zou voor het Hof aanleiding zijn tot verschillende beslissingen.

Ten aanzien van de klagers die *zes dagen of méér* hadden moeten wachten op een beslissing over hun verwijzing naar de krijgsraad, en meteen ook over hun verdere aanhouding of invrijheidstelling, besliste het Hof dat die termijn niet te verenigen was met het snelheidsvereiste van artikel 5, lid 3, dat een «*onmiddellijke*» voorgeleiding oplegt. Voor De Jong en Baljet kwam hun invrijheidstelling dan ook te laat. Er kan immers slechts afgeweken worden van de bij artikel 5, lid 3, bepaalde verplichting een verdachte voor een rechterlijke autoriteit te brengen, indien hij *korte tijd* na zijn aanhouding reeds in vrijheid wordt gesteld, ten deze was dit, zoals gezegd, niet het geval (Arrest De Jong e.a., § 52). Met betrekking tot Van den Brink, die verder aangehouden bleef na de beslissing tot verwijzing, oordeelde het Hof dat de tijdslimiet van artikel 5, lid 3, op het tijdstip van die beslissing reeds overschreden was, zodat het overbodig was nog te onderzoeken welke verschijningen voor bepaalde instanties *achteraf* hadden plaatsgevonden. (Zelfde arrest, § 53.)

Ten aanzien van de overige klagers, die na hun aanhouding *vijf dagen of minder* hadden moeten wachten op een beslissing tot verwijzing, onder aanhoudingsbevel, achtte het Hof het daarentegen wél nuttig om te onderzoeken of nadien nog een autoriteit in de zin van artikel 5, lid 3, was opgetreden.

Zegt men die verschillende beslissingen naast elkaar, dan zou men geneigd zijn eruit af te leiden dat de «*onmiddellijke*» voorgeleiding binnen vijf dagen na de aanhouding moet geschieden, of dat m.a.w. de in artikel 5, lid 3, besloten tijdslimiet slechts vanaf de zesde dag overschreden wordt. De rechtspraak van het Hof zal moeten uitwijzen of deze eerder onwaarschijnlijke conclusie al dan niet verantwoord is (men vergelijk met artikel 7 van de Belgische Grondwet, dat een voorgeleiding binnen vierentwintig uren voorschrijft).

7. De verschijning voor de *officier-commissaris* voldeed volgens het Hof evenmin aan de vereisten van artikel 5, lid 3. Hoewel deze persoon, die aan de krijgsraad de invrijheidstelling van de verdachte kon vragen, een zekere bescherming kon bieden, ontbrak het hem toch aan een van de fundamentele waarborgen van artikel 5, lid 3, namelijk de bevoegdheid om *zelf* te beslissen over de verdere vrijheidsberoving (Arrest Van der Sluijs e.a., § 48; arrest Duinhof e.a., § 40).

8. Ten slotte onderzocht het Hof of de *krijgsraad*, die na de beslissing tot verwijzing een eerste maal uitspraak deed over de verlenging van de hechtenis van de verdachten, beschouwd kon worden als de «*autoriteit*» bedoeld in artikel 5, lid 3.

Het Hof stelde vast dat de *krijgsraad* in de zaak Duinhof uitspraak deed acht dagen na diens aanhouding; bij Zuiderveld bedroeg die termijn elf dagen, bij Van der Sluijs en Duijf twaalf dagen, en bij Klappe zelfs veertien dagen. Die termijnen overschreden volgens het Hof «de loen» de tijdslimiet gesteld bij artikel 5, lid 3 (Arrest Van der Sluijs e.a., § 49; arrest Duinhof e.a., § 41).

In het licht van die conclusie achtte het Hof het niet meer nodig nog te onderzoeken of de *krijgsraad*, gelet op zijn samenstelling,elijk gaf van de nodige onafhankelijkheid,

zoals door de klagers Duinhof en Duijf betwist was (Arrest Duinhof e.a., § 42).

9. Nu aldus bleek dat geen enkele van de klagers *tijdig* voor een *onafhankelijke* overheid was gebracht, die *beslis-singsbevoegdheid* had ten aanzien van hun vrijheidsberoving, stelde het Hof in alle gevallen een schending van artikel 5, lid 3, vast.

C. Het wettigheidstoezicht op de vrijheidsberoving

10. Volgens artikel 5, lid 4, heeft een ieder, «die door arrestatie of gevangenhouding van zijn vrijheid is beroofd, ... het recht voorziening te vragen bij de rechter opdat deze op korte termijn beslist over de wettigheid van zijn gevangenhouding en zijn invrijheidstelling beveelt, indien de gevangenhouding onrechtmatig is». Door de klagers De Jong, Baljet en Van den Brink was aangevoerd dat ook deze bepaling geschonden was.

Het Hof benadrukte dat het toezicht bedoeld bij artikel 5, lid 4, van een andere aard is dan dat bedoeld bij artikel 5, lid 3, en dat een verdachte recht heeft op een cumulatieve toepassing van beide bepalingen. (Uitzondering dient gemaakt te worden voor het geval dat de autoriteit die, met toepassing van artikel 5, lid 3, een bevel tot aanhouding geeft, een «rechter» is, die voldoet aan alle waarborgen van artikel 5, lid 4: in dat geval is het legaliteitstoezicht bedoeld bij laatstgenoemde bepaling «geïncorporeerd» in de beslissing waarbij de aanhouding wordt bevolen.) (Arrest De Jong e.a., § 57).

Door de Nederlandse regering was opgeworpen dat voorlopig gedetineerde militairen steeds aan de *krijgsraad* hun voorlopige invrijheidstelling konden vragen, en dat aldus het recht bedoeld in artikel 5, lid 4, kon worden uitgeoefend.

Het Hof ging ervan uit dat geen der betrokken partijen betwistte dat de *krijgsraad* een rechterlijke instantie was, die de nodige onafhankelijkheid bezat en proceduriële waarborgen bood (Vgl., i.v.m. de onafhankelijkheid, de beslissing in het arrest Duinhof e.a., geciteerd supra, nr. 8, in fine). Niettemin zou een wettigheidstoezicht door de *krijgsraad* niet hebben kunnen voldoen aan de vereisten van artikel 5, lid 4, omdat de klagers de *krijgsraad* pas konden adriëren na de beslissing tot verwijzing, d.i. respectievelijk zeven, elf en zes dagen na hun aanhouding. Het Hof was van oordeel dat de onmogelijkheid om zich eerder tot de in artikel 5, lid 4, bedoelde rechter te wenden, de verzoekers aldus het recht ontnomen had om «op korte termijn» een wettigheidstoezicht te krijgen (Arrest De Jong e.a., § 58).

Schending van artikel 5, lid 4, werd dan ook vastgesteld. Op te merken is dat zulks voor de drie betrokken klagers gold, d.w.z. ook voor De Jong en Baljet, die nochtans in vrijheid gesteld werden op het ogenblik dat zij naar de *krijgsraad* werden verwezen. Volgens het Hof was de schending van artikel 5, lid 4, op dat moment (door het verlopen van de termijn) reeds gebeurd, en kon de invrijheidstelling daaraan niets meer veranderen. (Ibid.)

D. De gevolgen voor de procedure in België

11. Welke lessen kunnen uit de besproken arresten getrokken worden, m.b.t. de regeling van de voorlopige hechtenis van militairen in België?

12. In de eerste plaats lijkt de Belgische wetgeving niet voldoende precies de omstandigheden te bepalen, waarin een militair in hechtenis kan worden genomen. Artikel 56 van het Wetboek van Regtspleging bij de Landmagt van 20 juli 1814 beperkt zich ertoe te bepalen dat een verdachte door de commissarissen (thans de rechterlijke commissie) in arrest kan worden gesteld, «wanneer zij (de commissarissen) vernemen dat de omstandigheden dit vorderen».

Het spreekt vanzelf dat het bevel tot aanhouding niet willekeurig mag worden afgeleverd. Bij gebreke aan meer beperkende wetsbepalingen zal de rechterlijke commissie dan ook in elk geval moeten nagaan of de verdachte zich bevindt in een van de situaties bedoeld bij artikel 5, lid 1, c, van het Europees Verdrag.

13. Over de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de *krijgsauditeur*, die de rechterlijke commissie voorziet en de facto over de aanhouding beslist, is de laatste tijd heel wat te doen geweest. Men herinnert zich dat in 1982 voor het Hof van Cassatie werd opgeworpen dat deze magistraat de functies van openbaar ministerie en onderzoeksrechter cumuleert, en daardoor niet de nodige onafhankelijkheid en onpartijdigheid bezit. Het Hof van Cassatie heeft het desbetreffende middel verworpen, op grond dat de *krijgsauditeur* in de uitoefening van de functie van onderzoeksrechter «uiteeraard onafhankelijk is» (Cass., 22 juni 1982, *R.W.*, 1982-83, 1115). Elders hebben wij onze bedenkingen bij die lakonieke beslissing uiteengezet (Zie onze bijdrage, «De voorlopige hechtenis van militairen», *R.W.*, 1982-83, (1107), 1111-1114, nrs. 6-10). Ook andere auteurs hebben vraagtekens geplaatst bij de cumulatie van functies in hoofd van de *krijgsauditeur* (F. Gorré, «Kroniek van militaire strafrechtspraak 1982», *R.W.*, 1983-84, (961), 970, nr. 30; dezelfde, «Beknopt overzicht van de militaire strafrechtspleging», *Panopticon*, 1984, (420), 420; B. Maes, «De onpartijdige rechter», *R.W.*, 1983-84, (1857), 1884, nr. 25; P. Simon, rede uitgesproken bij de aanstelling van de *auditeur-generaal* F. vander Vorst, 20 december 1982, p. 9). Van zijn kant heeft advocaat-generaal Andries gepoogd een verantwoording te geven voor het huidige systeem, maar ook hij blijkt evenmin overtuigd te zijn van de verenigbaarheid met het Europees Verdrag (A. Andries, «Chronique annuelle de droit pénal militaire (1982)», *R.D.P.*, 1983, (901), 927-931, nrs. 9.3-9.5). Ten slotte heeft de procureur-generaal Krings onlangs opgeroepen tot een hervorming van deze materie (E. Krings, «Overwegingen bij de toepassing van de wet op de voorlopige hechtenis», *R.W.*, 1984-85, (561), 598-599, nr. 32).

De hiervoren besproken arresten van het Europees Hof kunnen niet anders dan de twijfels over de cumulatie van onderzoeks- en vervolgingsfuncties doen toenemen. Het Hof van Cassatie heeft, door geen afkeurend oordeel uit te spreken, «een uiterst nadelig juridisch vacuüm vermeden, want een andersluidende beslissing zou heel het vigerend stelsel van de militaire strafrechtspleging op de helling hebben gezet». (F. Gorré, «Kroniek van militaire strafrechtspraak 1982», o.c., kol. 972, nr. 36.) Dit neemt niet weg dat onze militaire strafrechtspleging zich in de quasi-illegaliteit bevindt, en dat er een ernstige kans bestaat dat zij te Straatsburg zal worden veroordeeld.

Voorlopig bestaat de minst kwade oplossing erin, zoals zij thans in de praktijk lijkt te worden toegepast, dat de

krijgsauditeur die het onderzoek geleid heeft, zich ervan onthoudt ook als openbaar ministerie op te treden (Cf. X., «Attendu que ... entendu que ...», *Journal des Procès*, nr. 49, 2 november 1984, p. 12). Gelet op de hiërarchische opbouw van het krijgsauditoraat en op de ondeelbaarheid van het openbaar ministerie, kan die voorlopige regeling echter niet volstaan. Er dient integendeel, ook om andere redenen dan wegens de positie van de krijgsauditeur, dringend werk te worden gemaakt van een *ingrijpende* hervorming van de militaire strafrechtspleging.

14. Ten slotte zij nog een woord gezegd over het wettigheidstoezicht op de voorlopige hechtenis.

Het Europees Hof gaat in het besproken arrest De Jong niet nader in op de vraag of de rechter die, met toepassing van artikel 5, lid 4, een wettigheidstoezicht uitoefent, ook de opportuniteit van de maatregel moet kunnen beoordelen. In vroegere arresten heeft het hierop negatief geantwoord. (Zie de verwijzingen in onze bijdrage, o.c., 1114-1115, nr. 12). Niets belet natuurlijk dat de nationale rechter verder gaat dan de minimale verplichtingen die het Europees Verdrag hem oplegt. Het mag dan ook een gelukkige ontwikkeling genoemd worden dat de militaire gerechten zich sedert kort bevoegd achten om, bij de beoordeling van een verzoek tot voorlopige invrijheidstelling, mede de opportuniteit van de vrijheidsberoving te onderzoeken (Krijgsr. Luik, 8 september 1983, met noot D. Frankinet, *Jur. Liège*, 1983, 518; *Mil. Ger.*, 31 januari 1984, met noot J. Henry, *Jur. Liège*, 1984, 156 en *J.T.*, 1984, 295).

Paul Lemmens
Assistent K.U. Leuven

EUROPEES RECHT

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

Zaak 97/83 — Melkunie Holland BV (prejudicieel) — *Nederlandse wettelijke regeling inzake de bacterieplafonds van zuivelprodukten* — Artikelen 30 en 36 EEG-Verdrag — 6 juni 1984

De Hoge Raad heeft twee prejudiciële vragen gesteld over de uitlegging van de bepalingen van het EEG-Verdrag inzake het vrije verkeer van goederen binnen de Gemeenschap.

Deze vragen zijn gerezen in een strafzaak tegen een Nederlandse importeur wegens het ten verkoop of ter aflevering in voorraad hebben van voor menselijke consumptie ongeschikte zuivelprodukten, in strijd met het bepaalde bij het Melkbesluit van 25 oktober 1974. Dit besluit stelt de voorwaarden vast waaraan gepasteuriseerde of gesteriliseerde zuivelprodukten moeten voldoen om op de Nederlandse markt te mogen worden verhandeld.

Bij analyse door de bevoegde Nederlandse keuringsdienst van vijf monsten van produkten die uit de Bondsrepubliek Duitsland waren ingevoerd, werden kweekbare micro-organismen en kweekbare coli-achtige bacteriën aangetroffen.

Melkunie werd veroordeeld tot vijf boetes van Hfl. 4000 elk.

In dit geding heeft de Hoge Raad het Hof de navolgende vragen gesteld.

— of een nationale regeling, die de verhandeling van gepasteuriseerde produkten die in de Lid-Staat van uitvoer op rechtmatige wijze zijn geproduceerd en in de handel gebracht verbiedt op grond dat zij niet voldoen aan de micro-biologische normen van de Lid-Staat van invoer, een maatregel is van gelijke werking als een kwantitatieve beperking in de zin van artikel 30 EEG-Verdrag;

— indien de eerste vraag bevestigend wordt beantwoord, onder welke voorwaarden artikel 36 EEG-Verdrag een dergelijke invoerbeperking toelaat uit hoofde van de bescherming van de gezondheid en het leven van personen.

De eerste vraag

Opgemerkt zij, dat de gemeenschapswetgever noch in het kader van de gemeenschappelijke ordening van de zuivelmarkt noch in dat van de harmonisatie van de nationale wettelijke regelingen ter zake, micro-biologische normen heeft vastgesteld voor de productie en verhandeling van melk en zuivelprodukten.

Volgens vaste rechtspraak geldt het in artikel 30 neergelegde verbod van maatregelen van gelijke werking voor iedere handelsregeling der Lid-Staten, die de intracommunautaire handel al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel kan belemmeren.

De tweede vraag

Volgens vaste rechtspraak volgt uit artikel 36, dat een nationale regeling die het handelsverkeer beperkt, enkel verenigbaar is met het Verdrag voor zover zij noodzakelijk is voor een doeltreffende bescherming van de gezondheid en het leven van personen.

De samenwerking tussen de autoriteiten van de Lid-Staten op het gebied van controles mag de afzonderlijke Lid-Staten niet belemmeren in hun recht om eigen regelingen ter bescherming van de volksgezondheid vast te stellen en toe te passen.

Voorts is het legitiem om rekening te houden met nationale consumentengewoonten, bijvoorbeeld om dergelijke produkten enige tijd te bewaren.

In antwoord op deze vragen heeft het Hof voor recht verklaard:

«1. Een nationale regeling die de verhandeling van produkten die in de Lid-Staat van uitvoer op rechtmatige wijze zijn geproduceerd en in de handel gebracht, verbiedt op grond dat zij niet voldoen aan de micro-biologische normen van de Lid-Staat van invoer, is een maatregel van gelijke werking als een kwantitatieve beperking in de zin van artikel 30 EEG-Verdrag.

2. Aan de vereisten van artikel 36 EEG-Verdrag voldoet een nationale regeling die

a) de aanwezigheid van kweekbare coli-achtige bacteriën in gepasteuriseerde zuivelprodukten verbiedt;

b) beoogt te verhinderen dat deze zuivelprodukten op het moment van consumptie niet-pathogene micro-organismen bevatten in een aantal dat gevaar kan opleveren voor de gezondheid van de meest gevoelige consumenten, en daartoe een norm bepaalt voor het maximum aantal micro-organismen op de uiterste verkoopdatum, welke rekening houdt met de kwaliteitsvermindering van het produkt in het tijdsverloop tussen de verkoop en de consumptie ervan.»

Zaak 129/83 — S. Zelger/S. Salinitri (prejudicieel) — *Executieverdrag: artikel 21, aanhangigmaking bij een rechterlijke instantie* — 7 juni 1984

Het Oberlandesgericht München heeft een prejudiciële vraag gesteld over de uitlegging van artikel 21 van het Verdrag betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken.

Beide partijen zijn kooplieden; de ene is gevestigd te München in de Bondsrepubliek Duitsland, de andere te Mascali in Sicilië. Verzoeker in het hoofdgeding heeft van verweerder in het hoofdgeding terugbetaling gevorderd van het saldo van een lening uit de jaren 1975 en 1976. De rechtsvordering, die in dit geding aan de orde is, is op 5 augustus 1976 ter griffie van het Landgericht München I ingekomen en op 13 januari 1977 aan verweerder in het hoofdgeding betekend. Voorts heeft verzoeker in het hoofdgeding voor het Tribunale civile te Catania in Italië een andere vordering ingesteld met hetzelfde onderwerp en dezelfde rechtsgrond; dit gebeurde bij een dagvaarding die op 22 of 23 september 1976 ter griffie aldaar is ingekomen en op 23 september 1976 aan verweerder is betekend.

Het Landgericht heeft de vordering niet-ontvankelijk verklaard wegens het ontbreken van internationale bevoegdheid. De zaak was immers slechts op 13 januari 1977 door de betekening van de vordering (paragraaf 261, lid 1 en paragraaf 254, lid 1 van de Zivilprozessordnung) bij het Landgericht aanhangig gemaakt, daar waar zij reeds op 23 september 1976 door betekening van een soortgelijk processtuk bij het Tribunale te Catania aanhangig was gemaakt. Volgens het Landgericht is krachtens artikel 21 Executieverdrag het Tribunale te Catania bevoegd.

Verzoeker kwam in beroep bij het Oberlandesgericht waar hij stelde dat niet het tijdstip waarop de vordering is betekend doorslaggevend is, maar wel het tijdstip waarop zij bij de rechtbank aanhangig is gemaakt.

Van oordeel dat in dit geding een aantal vragen over de uitlegging van het Executieverdrag aan de orde kwamen, heeft het Oberlandesgericht besloten de behandeling van de zaak te schorsen en heeft het bij beschikking van 22 juni 1983 het Hof de navolgende prejudiciële vraag voorgelegd:

«Is voor de beantwoording van de vraag bij welk gerecht van een verdragsluitende staat een vordering het eerst aanhangig is gemaakt (artikel 21 Executieverdrag) het tijdstip doorslaggevend waarop de zaak voor de rechter is gebracht («Anhängigkeit»), dan wel het tijdstip waarop — door betekening van de vordering aan de verweerder — het geding volledig is ingeleid («Rechtshängigkeit»)?»

Het Hof heeft voor recht verklaard:

«Artikel 21 van het Verdrag van 27 september 1968 betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, moet worden uitgelegd in die zin, dat als 'gerecht waarbij de zaak het eerst is aangebracht' is te beschouwen het gerecht voor hetwelk het eerst is voldaan aan de voorwaarden waaronder tot definitieve aanhangigheid kan worden besloten; die voorwaarden moeten worden beoordeeld volgens het nationale recht van elk der betrokken gerechten.»

Zaak 71/83 — Partenreederei ms «Tilly Russ»/1. NV Haven- & Vervoerbedrijf Nova en 2. NV Goeminne Hout

(prejudicieel) — *EEG-Executieverdrag, artikel 17 — Bevoegdheidsbeding in cognossement — Voltallig Hof* — 19 juni 1984

Het Belgisch Hof van Cassatie heeft een prejudiciële vraag gesteld over de uitlegging van artikel 17 Executieverdrag.

Deze vraag is gerezen in een geschil tussen de Belgische NV Goeminne Hout, verweerster in cassatie, en de Duitse rederij Partenreederei ms Tilly Russ, eiseres tot cassatie, inzake de geldigheid van een bevoegdheidsbeding in de cognossementen CT 108 en CT 118 van 16 augustus 1976.

Bij aflevering van de lading in Antwerpen bleek dat de verpakking van twee bundels hout was beschadigd en dat een tiental planken ontbraken. Daarop vorderde Goeminne Hout voor de Rechtbank van Koophandel te Antwerpen US\$ 304 aan schadevergoeding.

Russ betwistte de bevoegdheid van de Antwerpse rechter onder verwijzing naar een op de achterzijde van elk der betrokken cognossementen opgenomen bevoegdheidsbeding, luidens hetwelk ieder uit dit cognossement voortvloeiend geschil zal worden beslecht door de rechter te Hamburg.

Naar aanleiding van dit geschil heeft het Belgische Hof van Cassatie het Hof gevraagd of het in de cognossementen opgenomen bevoegdheidsbeding voldoet aan de voorwaarden van artikel 17 Executieverdrag, in de eerste plaats in de betrekkingen tussen de inlader en de vervoerder en in de tweede plaats in de betrekkingen tussen de vervoerder en de derde-houder.

Het eerste onderdeel van de vraag

Volgens verweerster in cassatie en de Commissie moet artikel 17 Executieverdrag aldus worden uitgelegd, dat een bevoegdheidsbeding niet een geldig beding in de zin van dat artikel is, wanneer het niet uitdrukkelijk door de inlader en de vervoerder is aanvaard.

Artikel 17 Executieverdrag is dus slechts van toepassing, indien tenminste één der partijen woonplaats heeft op het grondgebied van een verdragsluitende staat. Of dit zo is, zal door de nationale rechter moeten worden vastgesteld.

Bovendien moeten de in artikel 17 gestelde voorwaarden voor de geldigheid van bedingen tot aanwijzing van een bevoegde rechter strikt worden uitgelegd, aangezien dit artikel tot doel heeft te waarborgen, dat de wilsovereenstemming tussen partijen bij een dergelijk beding, die door aanwijzing van een bevoegde rechter afwijken van de algemene bevoegdheidsregels van de artikelen 2, 5 en 6 Executieverdrag, daadwerkelijk vaststaat en duidelijk en nauwkeurig tot uitdrukking komt.

In antwoord op deze vraag heeft het Hof voor recht verklaard:

«Een bevoegdheidsbeding in op een cognossement gedrukte voorwaarden voldoet aan de vereisten van artikel 17 Executieverdrag:

— indien partijen schriftelijk hebben ingestemd met de voorwaarden van het cognossement, die bedoeld beding bevatten, of

— indien het bevoegdheidsbeding onderwerp is geweest van een eerdere mondelinge overeenkomst tussen partijen, die uitdrukkelijk betrekking had op dat beding en waarvan het door de vervoerder ondertekende cognossement moet worden aangemerkt als de schriftelijke bevestiging, of

— indien het *cognossement* een onderdeel vormt van de lopende handelsbetrekkingen tussen partijen en voor zover daarbij blijkt, dat die betrekkingen worden beheerst door algemene voorwaarden die dat beding bevatten.»

Het tweede onderdeel van de vraag

Wat de geldigheid van het bevoegdheidsbeding in de betrekkingen tussen de vervoerder en de derde-houder betreft, zijn verweerster in cassatie en de Commissie van oordeel, dat indien de derde-houder het *cognossement* niet heeft ondertekend, het erin vervatte bevoegdheidsbeding hem niet kan worden tegengeworpen, op grond dat de wils-overeenstemming tussen partijen niet vaststaat.

Volgens de Commissie kan van deze regel slechts worden afgeweken, indien volgens het toepasselijke nationale recht de derde-houder, uit hoofde van de overdracht, treedt in de rechten en verplichtingen van de inlader.

Wanneer, in de betrekkingen tussen de inlader en de vervoerder, een bevoegdheidsbeding in een *cognossement* een geldig beding is in de zin van artikel 17 Executieverdrag, en de derde-houder bij de verkrijging van het *cognossement* volgens het toepasselijke nationale recht de inlader in diens rechten en verplichtingen is opgevolgd, dan kan men niet met een beroep op het doel van artikel 17 — dat er immers in bestaat, de gevolgen te neutraliseren van clausules in overeenkomsten, die gemakkelijk onopgemerkt blijven — de derde-houder toestaan zich aan de verplichting voortvloeiend uit de in het *cognossement* vervatte forumkeuze, te onttrekken met het argument dat hij niet met dat *cognossement* heeft ingestemd.

In bovenbedoeld geval immers kunnen voor de derde-houder, wanneer hij het *cognossement* verkrijgt, niet meer rechten ontstaan dan de inlader aan dat document ontleende. Op de derde-houder gaan zowel alle rechten als alle verplichtingen uit het *cognossement* over, waaronder ook die welke verband houden met de aanwijzing van een bevoegde rechter.

Het Hof verklaart voor recht:

«In de betrekkingen tussen de vervoerder en de derde-houder is aan de voorwaarden van artikel 17 Executieverdrag voldaan, indien het bevoegdheidsbeding als geldig is erkend in de betrekkingen tussen de inlader en de vervoerder en de derde-houder bij de verkrijging van het *cognossement* volgens het toepasselijke nationale recht de inlader in diens rechten en verplichtingen is opgevolgd.»

NOOT—Dit arrest verscheen in extenso in R.W. 1984-85, 109.

Zaak 116/83 — VZW Belgisch Bureau van de Autoverzekeraars/1. Fantozzi 2. NV De Volksverzekering (prejudicieel) — *Verplichte verzekering voor motorrijtuigen* — 21 juni 1984

Het Hof van Beroep te Mons (België) heeft een prejudiciële vraag gesteld over de uitlegging van artikel 2, lid 2, van richtlijn nr. 72/166 van de Raad inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der Lid-Staten betreffende de verzekering tegen de wettelijke aansprakelijkheid waartoe de deelneming aan het verkeer van motorrijtuigen aanleiding kan geven en de controle op de verzekering tegen deze aansprakelijkheid.

Deze vraag is gerezen in een geding tussen het Belgisch Bureau van de Autoverzekeraars enerzijds en A. Fantozzi

en De Volksverzekering te Brussel, anderzijds.

Het Belgisch Bureau van de Autoverzekeraars is een van de nationale bureaus die zijn ingesteld in het kader van het stelsel van de internationale verzekeringskaart «groene kaart». Krachtens de akkoorden verplicht elk nationaal bureau zich om in zijn land de afwikkeling te waarborgen van ongevallen die zijn veroorzaakt door in de andere Lid-Staten geregistreerde auto's, en om de bureaus uit de andere Lid-Staten, die schade hebben betaald die zijn veroorzaakt door in zijn eigen land verzekerde auto's, de daarmee gemoeide bedragen te vergoeden.

De auto van de Belgische onderdaan Fantozzi, die was verzekerd bij De Volksverzekering in België, werd aldaar beschadigd. Vaststaat, dat de schuld lag bij de bestuurder van een gestolen, in Frankrijk geregistreerde auto.

Toen de Franse verzekeringsmaatschappij van de zaak niet wilde weten en zich daartoe beriep op de polisvoorwaarden volgens welke schade niet wordt vergoed in geval van diefstal, wendden Fantozzi en De Volksverzekering zich tot het Belgisch Bureau van de Autoverzekeraars. De Rechtbank van Eerste Aanleg te Mons veroordeelde dit Bureau tot vergoeding van de schade.

Het Belgisch Bureau van de Autoverzekeraars heeft hoger beroep ingesteld en voert aan dat de rechtbank de Belgische wet onjuist heeft uitgelegd.

Naar aanleiding van dit geding heeft het Hof van Beroep te Mons de vraag gesteld of de waarborg waartoe elk nationaal bureau verplicht is, meebrengt dat het de schadegevalen die op zijn grondgebied zijn veroorzaakt door voertuigen die gewoonlijk op het grondgebied van een andere Lid-Staat zijn gestald de bestuurder zich door diefstal of geweld meester heeft gemaakt, moet afwickelen, zonder rekening te houden met de gevallen waarin de dekking ingevolge de wettelijke regeling van die Lid-Staat is uitgesloten.

Zoals het Hof in zijn arrest van 9 februari 1984 (zaak 64/83, Bureau central français) heeft aangetoond, blijkt uit het onderzoek van richtlijn 72/166 dat voor ieder voertuig waarop de richtlijn van toepassing is, het nationale bureau van de Lid-Staat waar het ongeval zich heeft voorgedaan, zich garant stelt voor de afwikkeling van schaden die door de verplichte verzekering van dit land gedekt moeten zijn, binnen de grenzen en voorwaarden van zijn eigen nationale wetgeving en onverschillig of de bestuurder door een verzekering is gedekt.

Mitsdien heeft het Hof voor recht verklaard:

»Artikel 2, lid 2, van richtlijn 72/166 moet aldus worden uitgelegd, dat de nationale verzekeringsbureaus verplicht zijn de verzoeken tot vergoeding van de schade veroorzaakt op het grondgebied van een EEG-Lid-Staat door een voertuig dat gewoonlijk op het grondgebied van een andere Lid-Staat is gestald, en waarvan de bestuurder zich door diefstal of geweld meester heeft gemaakt, af te wikkelen, binnen de grenzen en voorwaarden van hun eigen wettelijke regeling.»

KANTTEKENINGEN

Over een «technische vergissing»

In zijn bespreking (R.W., 1984-85, 627 e.v.) van de wet van 28 juni 1984 «betreffende sommige aspecten van de

toestand van de vreemdelingen en houdende invoering van het Wetboek van de Belgische nationaliteit» signaleert L. Declercq dat de tekst bekendgemaakt in het *Belgisch Staatsblad* van 12 juli 1984 de tekst «vervangt en vernietigt» die «ten gevolge van een technische vergissing» bekendgemaakt werd in het *Staatsblad* van 10 juli 1984.

Misschien is het interessant even te vertellen wat de oorzaak is van hetgeen het *Staatsblad* nogal pudiek een «technische vergissing» noemt. Men moet namelijk weten dat in het *Staatsblad* van 10 juli de door de Kamer van Volksvertegenwoordigers goedgekeurde tekst werd gepubliceerd, terwijl de «definitieve» publicatie in het *Staatsblad* van 12 juli de door de Senaat goedgekeurde tekst afdruckt.

Wat is er gebeurd?

Op 22 maart 1984 keurde de Kamer het wetsontwerp goed (*Parl. St., Kamer*, 1983-84, nr. 756; *Parl. Hand., Kamer*, 19, 21 en 22 maart 1984). Het werd op dezelfde dag overgezonden naar de Senaat (ontwerp: *Parl. St., Senaat*, 1983-84, nr. 660/1). In de senaatscommissie voor Justitie werd de tekst onderzocht zoals hij door de Kamer was doorgezonden; van amendering is in het verslag geen sprake, wel van «materieële vergissingen» die moeten worden rechtgezet (verslag: *Parl. St., Senaat*, 1983-84, nr. 660/2, 87). Echter, *in cauda venenum*: bij het verslag wordt een pagina «errata» gevoegd, waardoor in de tekst van het ontwerp wijzigingen worden aangebracht. Van sommige «errata» mag wellicht gezegd worden dat zij louter technisch of taalkundig zijn: aldus de beslissing om leeftijden in letters i.p.v. in cijfers te vermelden, om de woorden «of als zij redenen heeft» in art. 15, § 2, te vervangen door «of als er redenen zijn», of nog om in art. 19 van het Wetboek van de Belgische nationaliteit het woord «belanghebber» te vervangen door het woord «aanvrager». Een substantiële wijziging wordt echter bij wijze van «erratum» aangebracht waar beslist wordt in art. 22, § 1, 3°, 4° en 5°, van het Wetboek van de Belgische nationaliteit de zinsnede «het *minderjarig kind* dat onder het gezag staat van een enkele ouder of adoptant» te vervangen door de zinsnede «het *niet ontvoogd kind dat de leeftijd van achttien jaar nog niet heeft bereikt* en onder het gezag staat van een enkele ouder of adoptant». Aldus aangepast werd het ontwerp door de Senaat aangenomen op 21 juni 1984. De Kamer ging echter met vakantie vertrekken op 27 juni en verzending van het geamendeerde ontwerp («navette») zou wellicht uitstel betekend hebben tot na het reces. Blijkbaar vond minister van Justitie J. Gol dat zulks te lang zou duren (er zitten in de tekst nl. o.m. bepalingen i.v.m. de beperking van het inschrijvingsrecht van vreemdelingen, die de minister inmiddels reeds heeft toegepast) en hij legde het door de Senaat goedgekeurde ontwerp voor aan de koninklijke handtekening. Op 28 juni 1984 bekrachtigde de Koning de «wet» en kondigde ze af. Het lijkt geen twijfel dat de tekst door de beide kamers aangenomen verschillend is en dat de afgekondigde «wet» slechts door de Senaat werd goedgekeurd, en niet door de Kamer.

Wat is het juridische gevolg van deze situatie? De afkondiging is de rechtshandeling waardoor het Staatshoofd de wet authentificeert, d.w.z. dat hij het bestaan ervan bevestigt en er het gevolg uit trekt dat zij uitvoering moet vinden. Wat gebeurt er indien het Staatshoofd een tekst afkondigt die niet op de grondwettelijk voorgeschreven wijze tot stand is gekomen?

Duguit schrijft: «Un texte voté par une seule assemblée n'est pas une loi et par conséquent ne peut être promulgué comme tel.» (Duguit, L., *Traité de Droit constitutionnel*, Parijs, E. de Broccard, 1924, deel IV, 633).

Er is dus geen sprake van een wet, aangezien één van de constitutioneel voorgeschreven bestanddelen, nl. de goedkeuring door de drie takken van de wetgevende macht (art. 26 Gw.), niet aanwezig is. De vraag naar het gevolg van deze vaststelling wordt door Duguit als volgt beantwoord: «Un texte qui n'a pas été voté par les deux chambres, et qui malgré cela est promulgué, n'existe pas constitutionnellement comme loi. Les tribunaux liés par la constitution ne peuvent donc pas l'appliquer. (...) En effet, il ne s'agit pas ici, à vrai dire, de savoir si un tribunal doit appliquer une loi, même inconstitutionnelle, mais bien de savoir s'il y a en réalité une loi. Or, il est évident qu'il n'y a pas de loi du tout ...» (Duguit, L., o.c., 633-634).

Het standpunt van Duguit wordt gevolgd door de meeste gezaghebbende constitutionalisten zoals Barthélémy, Esmein, Giron, Jèze en Mast. Carré de Malberg en Vedel daarentegen verwerpen het, o.m. op basis van de behoefte aan rechtszekerheid en van de exclusieve en uitputtende bevoegdheid van het Staatshoofd de wet te authenticeren door de afkondiging ervan (voor een bespreking van deze standpunten, zie Laferrière, J., «De l'authenticité du texte des lois publiées au 'Journal officiel'», *Revue du Droit public*, 1949, (113), 118 e.v.).

Vanuit de grondwettelijke logica is slechts het standpunt van Duguit e.a. verdedigbaar: een tekst die geen wet kan zijn omdat een constitutioneel element ontbreekt, kan niet worden toegepast. Juridisch gezien bestaat hij niet. Dit is een van de eenvoudigste en duidelijkste gevallen waarin de *formele* grondwettelijke toetsing kan en moet worden toegepast. Deze controle is gericht op het nagaan of het bij de rechter voorliggend «geschrift» inderdaad een wet is, d.w.z. een op de door de Grondwet voorgeschreven wijze tot stand gekomen norm (zie verder over dit facet van het toetsingsprobleem: De Jonghe, J. en Reyntjens, F., «De twijfels van het Hof van Cassatie», *R. W.*, 1975-76, (2113), 2121-2130). In deze logica zouden de rechters niet alleen moeten weigeren zulk een tekst toe te passen, maar het bekrachtigings- en afkondigingsbesluit zou tevens moeten openstaan voor vernietiging door de Raad van State wegens machtsoverschrijding. In tegenstelling tot hetgeen bv. in Nederland geldt (cf. H.R., 25 november 1912, *W.*, 1912, 9419; H.R., 27 januari 1961, *N.J.*, 1963, nr. 248, 585, concl. adv.-gen. Eijssen, *Ars Aequi*, 1960-61, 151, noot Prins), weigert de Franse (cf. C.E. fr., 3 november 1933, Desreumeaux, *Sirey*, 1934, III, 9, noot Alibert) en de Belgische rechtspraak echter deze controle uit te oefenen. Op advies van F. Dumon, toen substituut-procureur-generaal, besliste het Hof van Beroep te Gent in 1951 dat de afkondiging van de wetten toekomt aan de Koning die, als behoeft van de Grondwet, nagaat of de vorm- en grondvoorwaarden vereist voor de totstandkoming van de wet zijn gerespecteerd en dat, wanneer de afkondiging is geschied, het beginsel van de scheiding der machten er zich tegen verzet dat de rechterlijke macht zich boven de uitvoerende macht zou stellen om de grondwettigheid of de authenticiteit van een afgekondigde wet te onderzoeken. Hoven en rechtbanken zijn dus gebonden door de in het *Staatsblad* bekendgemaakte tekst (Gent, 5 juni 1951, *Rev. Adm. B.*,

1952, 29, advies subst.-proc.-gen. Dumon). In het arrest Indiamex bevestigde het Hof van Cassatie in 1976 nog eens uitdrukkelijk dit standpunt. Op conclusie van de toenmalige eerste advocaat-generaal F. Dumon overwoog het Hof «dat door de afkondiging van de wet de Koning op authenticiteit en definitieve wijze vastgesteld heeft dat de wet (...) regelmatig tot stand gekomen is» (Cass., 14 januari 1976, *R.W.*, 1975-76, (1745), 1767, concl. eerste adv.-gen. Dumon). Ik heb vroeger, met J. De Jonghe, kritiek geleverd op deze rechtspraak (De Jonghe, J. en Reyntjens, F., *o.c.*, 2124-2126); in het raam van deze korte reactie moet ik volstaan met te verwijzen naar hetgeen wij toen schreven.

In een periode waarin geregeld sprake is van de herwaarderding van het Parlement, moet het verwondering wekken dat een van beide Kamers, wier prerogatieven genegeerd worden, niet reageert. Wanneer de Kamer van Volksvertegenwoordigers op deze wijze gepasseerd wordt zou de minister van Justitie, die de koninklijke handtekening dekt, moeten worden geïnterpelleerd. Indien de inwerkingstelling van de politieke verantwoordelijkheid van de minister een patente ongrondwettigheid niet blijkt te kunnen ongedaan maken, moet de rechterlijke macht haar verantwoordelijkheid opnemen: zij moet weigeren de bepalingen toe te passen die kennelijk niet tot stand zijn gekomen op de door de Grondwet voorgeschreven manier en zich dus niet als dwingende norm aan de rechterlijke macht kunnen opdringen.

Filip Reyntjens
Universiteit Antwerpen (UIA)

BOEKEN

ALAIN BERENBOOM, *Le droit d'auteur*, Brussel, Maison Ferdinand Larquier, 1984, pp. 293, fr. 1.950.

Het is sinds 1963 geleden, dus meer dan twintig jaar, dat er nog een algemeen werk over het auteursrecht in België werd geschreven. *De exploitatierechten van de auteur*, van ondergetekende, overigens bij dezelfde uitgever sinds een drietal jaren uitverkocht. Als men het summieretrefwoord *Auteursrecht* van L. Remouchamps in het *Administratief Lexicon* (1956 en 1966) niet meerekent, moet men van 1963 opnieuw een sprong maken van zevenentwintig jaar toen in 1936 *Le droit d'auteur* van Pierre Poirier verscheen. En dan, als men het andermaal summieretrefwoord, *Droit d'auteur* (1932) in de *Répertoire pratique* van de hand van Jules Destrée en Albert Guislain overslaat, moet men bijna een halve eeuw achteruit, naar 1894, om het eerste Belgische werk na de auteurswet van 1886 aan te treffen, *Le droit des auteurs en Belgique* van Paul Wauwermans. Er is dus zeker geen overproduktie op de Belgische boekenmarkt aan algemene werken over dit vakgebied. Het nieuwe werk van Alain Berenboom, jong advocaat in de balie van Brussel en docent aan de U.L.B., is dus meer dan welkom.

In acht hoofdstukken behandelt Berenboom het hele auteursrecht. In het eerste bespreekt hij de bronnen. De nationale wet van 22 maart 1886 en de Berner Conventie, die de auteur om onverklaarde redenen la *Convention d'Union* (p. 17) noemt, terwijl men in de meeste talen en in elk geval in het Frans slechts gewag maakt van *La Convention de Berne*. Het is ook wellicht een materiële vergissing van de akte van Stockholm van 1967 als de laatste tekst van de *Berner Conventie* wordt bestempeld (voetnoot 11 op p. 18). Er is nog de akte van Parijs van 1971 natuurlijk. In een tweede deel van dit hoofdstuk wordt de auteursrechtelijke bescherming vergeleken met die van de andere intellectuele rechten.

In het tweede hoofdstuk worden de voorwaarden van bescherming uitvoerig besproken en worden vervolgens de werken opgesomd die van bescherming gespeend blijven. Daaronder rangschikt Berenboom categorieën zoals de ambtelijke akten van de overheid en bepaalde openbare redevoeringen, die door de meeste auteurs als restricties op het auteursrecht worden behandeld.

Hoofdstuk III is het langste, het beslaat 67 bladzijden, en het belangrijkste, het behandelt de diverse rechten van de auteur. Eerst de exploitatierechten, achtereenvolgens het uit- en opvoeringsrecht, het reproductierecht, waaronder begrepen het adaptatierecht. Volgt dan ten derde de bespreking van wat Berenboom noemt «Questions communes aux droits pécuniaires». Ten slotte het volrecht. Deze indeling is nogal origineel, wat niet belet dat de meeste problemen toch uitvoerig worden behandeld met voorbeelden uit de jurisprudentie. Het tweede deel van dit hoofdstuk behandelt de morele rechten van de auteur en hier is de benadering nog origineler. Over het algemeen behandelt men deze rechten in drie categorieën of zo men wil aspecten, het beschikkingsrecht, het integriteitsrecht en het paterniteitsrecht. Berenboom bespreekt deze rechten in twee onderafdelingen: *droits au respect de l'artiste* en hier is dan sprake van het divulgatie- en het paterniteitsrecht; *droits au respect de l'oeuvre* en dat wordt dan het integriteitsrecht en het recht tot inkeer. Zeer origineel is ook de stelling dat de morele rechten vervreemdbaar zijn (p. 66 en p. 123), die door het overgrootste deel van rechtsleer en rechtspraak verworpen wordt.

In de volgende hoofdstukken komen meer specifieke problemen aan de dag: hoofdstuk IV handelt over werken gecreëerd door meer dan één auteur, de deelbare en ondeelbare werken en ook wat Berenboom *les oeuvres composites* noemt, waarmee hij niet alleen bedoelt wat de Franse wet *oeuvres collectives* noemt (encyclopedieën, kranten, etc.), maar ook «les adaptations, les émissions de radio et de télévision ou les articles groupant plusieurs interviews, les variations sur des oeuvres musicales» (p. 147) wat toch op zijn minst een heterocliet gezelschap is. Hoofdstuk V, ook nogal uitvoerig (25 blz.), handelt over de werken ontstaan uit de jongste technische uitvindingen, film, televisie en video enerzijds, en de ordinateuren anderzijds; hoofdstuk VI gaat over de beschermingsduur; VII over de internationale bescherming verleend door de Berner Conventie, de Universele Conventie en de verwikkelingen met de E.E.G. En ten slotte behandelt hoofdstuk VIII de penale en burgerlijke sancties verbonden aan de miskenning van het auteursrecht.

Bij de lectuur van al die hoofdstukken kon ik niet verhinderen dat mij voortdurend de figuur van de betreude Pierre Poirier voor de geest zweefde. Wie Alain Berenboom maar één keer heeft ontmoet, weet dat hij even minzaam en voorkomend is als wijlen Poirier. Wie zijn boek doorgelezen heeft ontmoette een even grote belezenheid en zeer gevarieerde cultuur, maar ook een fel op Poirier gelijkende speelsheid van geest, van de hak op de tak springen met soms curieuze tegenstellingen en verrassende conclusies.

Door heel het boek heen ten slotte loopt een soort rode draad in vijf punten die Berenboom al in zijn inleiding had opgespannen:

1. de auteurswet van 1886 is verouderd en achterhaald door de techniek; 2. het begrip kunst is totaal van culturele inhoud veranderd; 3. economisch bekeken is kunst een massaproduct geworden;

4. ideeën moeten vrij kunnen circuleren; 5. de auteurs moeten vrij blijven zich te organiseren (of niet). Vooral de eerste drie punten behoren tot het steeds wederkerend motief in het werk van Berenboom en dus wellicht ook tot zijn grote bekommernis.

Niemand zal betwijfelen dat de kunst zich heeft ontwikkeld van een elitair tot een gepopulariseerd medium en vooral dat de massale produktiemethodes de *economie* van de kunst grondig hebben veranderd. Maar dit is toch niet zo nieuw, dit is een proces dat eigenlijk al circa 1448 is begonnen toen Gutenberg voor het eerst met losse letters begon te drukken. Sindsdien heeft zich dat gestaag ontwikkeld om de laatste decennia, zoals alles, in een stroomversnelling te geraken. Het grootste deel van die ontwikkeling heeft onze bijna honderdjarige auteurswet van 1886 meegemaakt. Toen zij tot stand kwam, kon men drukken (letters, noten en gravures) en fotograferen. Dat was ongeveer alles. Aan al het nieuwe dat er bijkwam, telegrafie, radiografie, fonografie, cinematografie, televisie met alle technische variaties, fonoplaten, klank- en beeldcassettes, reprografie, kabeltelevisie tot de laatste uitdaging toe, de ordinator, heeft de auteurswet van 1886 zich kunnen aanpassen, dank zij een voorbeeldige beknoptheid en principiële instelling.

Aan dat wonder schijnt Alain Berenboom voorbij te gaan. Onze auteurswet is wel oud, maar is zij wel verouderd? Ik ken menig buitenlander die, opgescheept met ellenlange detailwetten, haar benijdt. Voorzeker, hier en daar moet zij bijgeschaafd worden omdat ook principiële inzichten in het auteursrecht evolueerden ..., maar ik hou mijn hart vast als ik denk aan het moment dat onze heden-daagse legislatores, dat paretje van redactionele bondigheid zouden gaan «bijwerken».

Prof. dr. F. van Isacker

F.C.L.M. CRIJNS, **Het Europese perspectief van het Nederlandse staatsrecht**, Studiepockets staats- en bestuursrecht, nr. 1, Tjeenk Willink, Zwolle, 1984, 196 blz.

Om meteen in deze boek aankondiging met de deur in huis te vallen: dit is een uniek en meesterlijk leerboek, van het grootste nut voor rechtss Studenten in Nederland, maar ook in België.

De auteur, wetenschappelijk hoofdmedewerker bij de juridische faculteit van de Katholieke Hogeschool Tilburg, gaat uit van de vaststelling dat er een leemte is in het huidige studieprogramma aan de Nederlandse (maar ook sommige Belgische) rechtsfaculteiten: de vraag, welke EG-organen welke bevoegdheden hebben die in de intense rechtsorde werken, wordt niet geacht tot het vakgebied van het staatsrecht te behoren, met als gevolg dat rechtsstelsel en organisatie van de EG daarbij niet aan de orde komen.

«Deze gebruikelijke benadering heeft tot gevolg dat het merendeel van de afgestudeerde juristen slechts een zeer onvolledig antwoord zal kunnen geven op wat Donner de centrale vragen van het staatsrecht genoemd heeft: 'Wie heeft het in Nederland voor het zeggen en waar gaan wij naar toe?' (Handboek van het Nederlandse Staatsrecht, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1983, p. V). De jonge meesters en doctorandussen zullen verder — afgezien van de weinigen die het keuzevak deden — geen weet hebben van voor hen relevante aspecten van de EG.

De bedoeling van dit boekje is een Europees perspectief te schetsen door antwoord te geven op de volgende naar haar aard staatsrechtelijke vraag: welke organen van de EG oefenen in Nederland welke bevoegdheden tot wetgeving, bestuur en rechtspraak uit?» (Voorwoord, p. V).

De auteur behandelt achtereenvolgens: I. De doorwerking van het recht van de EG in de Nederlandse rechtsorde; II. De organisatie van de EG; III. Parlementaire democratie en machtenscheiding in de EG; IV. Normstelling in de EG; V. De rechtspraak in de EG; VI. Grondrechten in de EG.

Het boek bevat tevens een selectieve bibliografie, en jurisprudentie en een trefwoordenregister, alsmede enkele voorbeelden van uitwerking van communautair recht (afgeleid recht).

Niet alleen is de gekozen benadering ten zeerste origineel, maar tevens is het boek bijzonder helder en vlot geschreven.

Zeer terecht stelt de aankondiging op de achteromslag: «De korte en bondige beschrijving van het onderwerp maakt het boek uitermate geschikt voor gebruik in het onderwijs.»

Op een tijdstip waarop vele hoogleraren hun handboeken overladen met details, is dit boekje van Crijns een verademing en een modeltekst.

L.P. Suetens

G.J.P. DE VRIES, **Recht op nakoming en schadevergoeding, excepties en ontbinding volgens NBW en BW**, Tjeenk Willink, Zwolle, 1984, 167 blz.

Voorliggend boek behandelt, wat kan worden genoemd, de «pathologie» van de overeenkomst. De schuldenaar voert de opgenomen verbintenissen niet uit; welke remedies stelt het recht de schuldeiser dan ter beschikking. Van deze problematiek voor Nederland geeft de auteur, verbonden aan de R.U. Leiden, een voortreffelijk overzicht. Anders dan de titel van het boek laat vermoeden, wordt resoluut geopteerd voor het nieuwe recht. Naar het geldend recht wordt slechts verwezen om het N.N.B.W. beter te profileren.

In het N.N.B.W. krijgt de materie een nieuwe systematiek en een nieuwe terminologie. Uitgangspunt is het begrip *tekortkoming*. Hiermee wordt op generieke en tevens neutrale wijze de niet-nakoming van een verbintenis aangeduid; of die tekortkoming aan de debiteur moet worden toegerekend, blijft buiten beschouwing. Het begrip tekortkoming omvat dus de, ook bij ons, ingeburgerde begrippen «wanprestatie» en «overmacht». Deze tekortkoming wordt dan verder opgedeeld naargelang de nakoming al dan niet «blijvend onmogelijk» is geworden en al dan niet aan de debiteur kan worden «toegerekend». Is de prestatie «blijvend onmogelijk» geworden, dan heeft de schuldeiser de keuze tussen ontbinding van de overeenkomst en vervangende schadevergoeding (dit laatste op voorwaarde dat de tekortkoming de debiteur is toe te rekenen). Is de prestatie niet blijvend onmogelijk geworden, dan behoudt de schuldeiser het recht de *nakoming* te vorderen, maar kan hij, nadat de toestand van *verzuim* is ingetreden (in beginsel na ingebrekestelling), opteren voor ontbinding of vervangende schadevergoeding. Iedere tekortkoming die aan de schuldenaar is toe te rekenen, verplicht deze bovendien tot eventuele *aanvullende* schadevergoeding.

Het zou ons te ver voeren het licht te werpen op alle onderwerpen die in het boek van mr. de Vries aan bod komen. Een greep slechts:

- de uitvoering van een verbintenis geldt als «onmogelijk», niet alleen wanneer zulks volstrekt onmogelijk is, maar ook wanneer dit «praktisch» onmogelijk is, m.n. wanneer dit van de debiteur in redelijkheid niet kan worden gevergd (p. 17) (zie bij ons R. Kruitthof, «Overzicht van rechtspraak (1974-80). Verbintenissen», *T.P.R.*, 1983, 623, nr. 114);

- de nakoming kan ook «moreel» onmogelijk zijn (p. 18) (zie over de «morele» overmacht: E. Dirix, «Grondrechten en overeenkomsten», in *De toepasselijkheid van de grondrechten in private rechtsverhoudingen*, 1982, 64 e.v.);

- van een tekortkoming kan in bepaalde gevallen reeds sprake zijn voordat de vordering eisbaar is, o.m. wanneer te vrezen valt dat de schuldenaar in de uitvoering zal tekortschieten (art. 6.1.8.5. N.N.B.W.);

- de schuldenaar komt zonder ingebrekestelling in verzuim indien hij de termijn die voor de nakoming was bepaald, laat verstrijken of wanneer de schuldeiser uit de mededeling van de schuldenaar moet afleiden dat deze zal tekortschieten (art. 6.1.8.8 a N.N.B.W.);

- het «boetebeding» kan benevens zijn indemnitaire functie ook als prikkel fungeren om de debiteur tot uitvoering aan te zetten. Aan de rechter komt de bevoegdheid toe om op verzoek van de schuldenaar de boete te matigen «indien de billijkheid dit klaarblijkelijk eist» (vgl. wetsontwerp-Gol, *Parl. St.*, *Kamer*, 1983-84, nr. 979/1);

- de partij die verplicht is eerst te presteren, kan niettemin die uitvoering opschorten indien te vrezen valt dat de wederpartij zal tekortkomen (art. 6.5.4.4. N.N.B.W.);

- nadat de vordering tot ontbinding is ingesteld, kan de debiteur zijn verzuim niet meer goedmaken. De rechter mag bij de beoordeling van de tekortkoming zelfs geen acht slaan op uitvoeringshandelingen na dit tijdstip verricht (p. 138).

Kortom, het boek van mr. de Vries levert een uitstekende introductie tot het nieuwe Nederlandse recht ter zake. Niettegenstaande het hier om een vrij technische materie gaat, weet de auteur de aandacht van de lezer gaande te houden door veelvuldig gebruik te maken van voorbeelden en illustraties uit de jurisprudentie. Ten slotte moet worden vastgesteld dat bij ons een dergelijk boek ontbreekt. Misschien een suggestie voor de A.P.R.-reeks...

Eric Dirix

TIJDSCHRIFTEN

Tijdschrift voor bestuurswetenschappen en publiekrecht, 1984 nr. 2, maart-april

Coenen, O., De provincie, basis van een geherstructureerd intermediair bestuur; Alen, A., Beknopt overzicht van de staatshervorming tijdens de regering Martens V (stand 15 april 1984); Alen,

A., Opsomming van de voornaamste regeringsstandpunten betreffende de bevoegdheden van de Gemeenschappen en Gewesten in de bijzondere wet tot hervorming der instellingen van 8 augustus 1980; Van Wissen, G.J.M., De grenzen van de gemeentelijke competentie in Nederland; Berckx, P., Kroniek onderwijs; Daenens, M., Kroniek Gemeentewezen; Dhondt, J., De gevolgen van het K.B. nr. 244 voor de verhouding tussen de gemeenten en het openbaar centrum voor maatschappelijk welzijn; Rechtspraak Raad van State; Boekbesprekingen.

Journal des tribunaux du travail, 1984

nr. 284, 10 april

Jacqmain, J., Les heures perdues.

nr. 285, 17 april

Morgenthal, L., La sécurité sociale des travailleurs migrants, la Cour de Justice des communautés Européennes et les juridictions du travail belge (de 1979 à 1982).

Panopticon, 1984

nr. 2

Berkvens, J.M., Motivering bij de strafvorming: een (straf)maat voor niets? Peters T. en Van Kerckvoorde J., De intrede in de arbeidsmarkt van recent aan de K.U. Leuven afgestudeerde criminologen; Vervaele, J., Criminele politiek: het gladde ijs tussen criminologie en strafrechtsbedeling.

Recueil général de l'enregistrement et du notariat, 1984

april

A.C., noot onder Rb. Brussel, 21 juni 1983 (huwelijksvermogensrecht — wettelijk stelsel — persoonlijke lening door de man aangegaan tijdens de echtscheidingsprocedure, nadat de echtgenoten machtiging tot afzonderlijk verblijf hadden bekomen — persoonlijke schuld); X., noot onder Rb. Brussel, 1 april 1983 (huwelijksvermogensrecht — wettelijk stelsel — samenstelling van het gemeenschappelijk vermogen — wet van 14 juli 1976 — overgangrecht); A.C., noot onder Rb. Antwerpen, 23 juni 1982 (huwelijksvermogensrecht — ongeschiktheid van één van de echtgenoten tot het besturen van het gemeenschappelijk vermogen — ontnemen van bestuursbevoegdheden); X., noot onder Gent, 24 juni 1982 (huwelijksvermogensrecht — gebouw opgericht op een eigen goed van de echtgenote van de gefailleerde — eigen goed van de vrouw — hypotheaire inschrijving door de curator genomen op het gebouw, ten voordele van de massa van de schuldeisers — onwettig).

Belgisch Tijdschrift voor Sociale Zekerheid, 1983

nr. 10-11-12, oktober-november-december

Roseeuw, E., en Moulaert, F., De Belgische pensioenregeling en het gewaarborgd inkomen voor bejaarde vreemdelingen; X., Wetgeving; Perl, G., Sociale Zekerheid en migrerende werknemers (noot onder H.v.J., 5 mei 1983); Kiekens, J., Arbeidsverbod en werkloosheidsuitkeringen; Catrice-Lorey, A., De Franse sociale zekerheid en de Staat; Deliège, D., en Minne, P., Kinesithérapie en fysiotherapie in België. Aanbod en gebruikmaking van paramedische verzorging: evolutie en regionale cijfers; X., XXIIe Algemene Vergadering van de «Association internationale de sécurité sociale»; X., Beveiliging van de sociale zekerheid; X., En leven bovendien. Vergrijzingsproblemen in onze maatschappij; X., Algemeen verslag over de Sociale Zekerheid voor 1982.

Tijdschrift voor Belgische handelsrecht, 1984

nr. 4, april

Rauws, W., Misbruik van contractuele rechten: het cassatie-arrest van 19 september 1983; Godfried, M., L'étendue dans le temps de la responsabilité du transporteur aérien international à l'égard des passagers; Parmentier, Cl., noot onder Bergen, 8 maart 1983 (vastgoedmakelaar, kwalificatie van het werk, huur van werk, geen verminderbare vergoeding); Rigaux P., noot onder Bergen, 15 maart 1983 (huur van werk, buitencontractuele aansprakelijkheid, fout architect en aannemer, geldigheid van exonatiebeding); I.V., noot onder Luik, 1 december 1983 (faillietverklaring, verzet, toelaatbaarheid, voorschriften van artt. 472 en 473 Faill. W.); J.L., noot onder Kh. Brussel, 18 mei 1983 (luchtvervoer, verhandelbare luchtvrachtbrief, ontvankelijkheid van de vordering ingediend door de eindbestemming).

Weekblad voor privaatrecht, notariaat en registratie, 1984

nr. 5694, 21 april

Clauing, P., Afscheid van het zakenrecht en van de goederentrein; Guda G. Oly, Over het behoud van het zakenrecht; Bult-huis, H.H., Hoe liep het af met de procedure over de gemeenschappelijke huishouding.

Algemeen fiscaal tijdschrift, 1984

nr. 3, maart

Van den Berghe, L., Controversieel onderscheid tussen gemengde en gedeeltelijke BTW-belastingplicht; Van den berghe, L., De vordering in rechte van de betaling van een bedrag waarvoor geen regelmatige factuur is opgesteld; Wauters, F., Vrijstelling van BTW voor de beeldende kunstenaar: heilsboodschap of boerenbedrog?

nr. 4, april

Spruyt, A., De begunstiging van nieuwbouw door de bevrijden-de onroerende voorheffing: draagwijdte en implicaties.

Annales de droit de Louvain, 1984

nr. 4

Rigaux, F., Les règles de droit délimitant leur propre domaine d'application; Delpérée, F., La participation des citoyens, perspectives belges et européennes.

Ars Aequi, 1984

nr. 5, mei

Kemperink, G., Produktaansprakelijkheid: kiezen voor de Verenigde Staten of Zweden; Frielink, P., Voorwaarden ter voeging ad informandum; Netten, J., De opzichtsclausule in aansprakelijkheidsverzekeringen, met name in de aansprakelijkheidsverzekering van particulieren; Nord, H.R., Problemen in verband met de Europese Gemeenschap; Van den Bosch, Th. W., Naschrift: Beklag over het niet vervolgen van strafbare feiten in het militair strafprocesrecht; Haentjens, R.C.P., Inbeslagneming Magda Maria en zendapparaat; Mortelmans, K.J., Sandoz-arrest: enkele recente ontwikkelingen.

Bank- en Financiewezen, 1984

nr. 4-5, april

Simons, R., Les règlements internationaux de 1939 à nos jours: deuxième partie: La période de 1945 à 1950.

Fiskofoon, 1984

nr. 45

Lenaerts, K., De voorrang van verdragen bij fiscale normenconflicten. Trefzeker uitgangspunt of toevallige uitkomst?; Van Ors-hoven, P., Fiscale administratieve sancties en het recht op behoorlijke rechtsbedeling na het arrest-Oztwink van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens.

Journal des tribunaux, 1984

nr. 5292, 28 april

Quertainmont, Ph., Le déclin de l'Etat de droit; Masson, J.P., noot onder Rb. Brussel, 7 december 1983 (bepaling van de wijze van begraven bij ontstentenis van wilsuiking door de cuius, bevoegdheid van de dokter).

nr. 5293, 5 mei

Lambert, P., La valeur patrimoniale de la clientèle des professions libérales.

nr. 5394, 12 mei

De Corte, R. en Laenens, J., Le rôle du juge statuant par défaut et l'opposition.

nr. 5295, 19 mei

Monnerville, G., Le Conseil constitutionnel français; Dejempe, B., Les frontières du bilinguisme dans la magistrature; Coppée, J.P., noot onder Cass., 29 september 1983 (verstrijken van de bouwvergunning, stopzetting van de werken).