

RECHTSKUNDIG WEEKBLAD

REDACTIEADRES: ALBERTSTRAAT 25, 2018 ANTWERPEN

DE RECHTSBEDELING IN HET RECHTSGEBIED VAN HET HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN EN HET AANTAL MAGISTRATEN WAAROVER DIT HOF BESCHIKT

*Rede uitgesproken door de procureur-generaal R. VERHEYDEN
op de plechtige openingszitting van het Hof van Beroep te Antwerpen
op 3 september 1984*

De wet van 26 juni 1974 betreffende de inwerkingtreding en de uitvoering van artikel 104 van de Grondwet bepaalde dat er bij het op te richten Hof van Beroep te Antwerpen in totaal 30 raadsheren zouden zijn.

Het is nuttig eraan te herinneren hoe het aantal raadsheren, die het Hof van Beroep te Antwerpen zouden samenstellen, berekend werd.

In de memorie van toelichting van het op 13 juli 1972 bij de Kamer van Volksvertegenwoordigers ingediende wetsontwerp, dat zou leiden tot de wet van 26 juni 1974, lezen wij dat de verdeling van het aantal raadsheren over de vijf hoven van beroep werd bepaald «rekening gehouden met twee criteria: enerzijds het bevolkingscijfer der onderscheidene rechtsgebieden, anderzijds de werkelijke of veronderstelde activiteit van elk der toekomstige hoven van beroep».

Het verslag namens de commissie voor de Justitie van de Kamer van Volksvertegenwoordigers, uitgebracht op 29 oktober 1973, preciseerde dat «hoofdzakelijk rekening werd gehouden met het criterium der bevolking daar dit het meest objectief criterium is. Het criterium activiteit werd door 1/5 in aanmerking genomen. Deze wijze van berekening benadert het dichtst de werkelijkheid».

Volgens bijlage I van dit verslag zouden de rechtsgebieden van de vijf hoven van beroep navolgende bevolking tellen. Ter vergelijking geef ik ook de overeenstemmende getallen op 1 januari 1983, berekend door het Nationaal Instituut voor de Statistiek, en gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad van 26 oktober 1983:

Antwerpen:	2.180.164 (op 1 januari 1983: 2.301.278)
Gent:	2.362.690 (op 1 januari 1983: 2.416.645)
Brussel:	2.166.362 (op 1 januari 1983: 2.221.383)
Luik:	1.619.118 (op 1 januari 1983: 1.627.101)
Bergen:	1.331.810 (op 1 januari 1983: 1.321.258)

De parlementaire stukken betreffende de totstandkoming van de wet van 26 juni 1974 tonen duidelijk aan hoe het toekomstige Hof van Beroep te Antwerpen benadeeld werd

toen het aantal raadsheren bij ieder van de verschillende hoven van beroep vastgelegd werd.

Volgens bijlage II bij het verslag namens de commissie voor de Justitie van de Kamer van Volksvertegenwoordigers had de formatie magistraten van de zetel van het Hof van Beroep te Antwerpen volgens de bevolking van zijn rechtsgebied erkend als het meest objectieve criterium waarop toen kon gesteund worden, niet 30 maar 33 raadsheren moeten tellen in vergelijking met de 35 raadsheren bij het Hof van Beroep te Gent, het enige hof waarvan het rechtsgebied ongewijzigd zou blijven.

Maar de consequente toepassing van het criterium van het aantal inwoners in de respectieve rechtsgebieden der hoven van beroep zou geleid hebben tot een tamelijk gevoelige verhoging van het aantal raadsheren over geheel het land. Volgens de oude gerechtelijke organisatie waren er in totaal 131 raadsheren gespreid over drie hoven van beroep. Uitgaande van het aantal raadsheren bij het Hof van Beroep te Gent zou een evenredige toepassing van het criterium van de bevolking, te weten 1 raadsheer per 67.000 inwoners, geleid hebben tot een totaal van 144 raadsheren voor de vijf hoven van beroep, zoals aangetoond wordt door de bijlage II, waarnaar ik zoëven verwees.

Nu is het criterium van de bevolking in de onderscheidene rechtsgebieden van de hoven van beroep zeker niet het enige determinerende criterium. Dit criterium leidde in het bijzonder tot een nadelig resultaat voor het nieuwe Hof van Beroep te Brussel. Correctie aan de hand van andere gegevens was daarom verantwoord, maar een redelijke correctie kon het totaal aantal raadsheren dat nodig was voor de goede werking van de twee nieuwe hoven van beroep en de twee hoven van beroep met verkleind rechtsgebied, niet merkbaar verminderen.

Het aantal raadsheren in die mate verhogen werd als een te zware last beoordeeld voor het budget van het departement van Justitie. Het kwam voor de Regering erop aan het

nieuwe artikel 104 van de Grondwet toe te passen met een zo gering mogelijke belasting van het budget. De memorie van toelichting van het op 13 juli 1972 ingediende wetsontwerp laat er geen twijfel over bestaan dat de Regering belang hechtte aan het financiële aspect: «Het is gewenst de vermeerdering van het aantal raadsheren te beperken tot wat absoluut noodzakelijk is.».

Om die reden wilde de Regering de nieuwe gerechtelijke organisatie, zoals ze opgelegd werd door artikel 104 van de Grondwet, verwezenlijken zonder dat het totaal aantal raadsheren bij de vijf hoven van beroep het aantal 135 zou overschrijden, m.a.w. de vijf hoven van beroep zouden in totaal maar vier raadsheren meer mogen tellen dan de drie hoven van beroep der oude gerechtelijke organisatie.

Een vermindering van het aantal raadsheren bij het Hof van Beroep te Gent, waarvan het rechtsgebied ongewijzigd bleef, werd om voor de hand liggende redenen onverwezenlijkaar geacht. Er werd ook geoordeeld dat het nodig was om wegens het aantal hogere beroepen voor het oude Hof van Beroep te Brussel tegen vonnissen van de rechtbanken van eerste aanleg in de provincie Brabant een raadsheer meer toe te kennen aan het nieuwe Hof van Beroep te Brussel dan het criterium van de bevolking opleverde.

Deze twee overwegingen leidden ertoe dat de Hoven van Beroep te Antwerpen, Bergen en Luik niet 9, maar 10 raadsheren moesten inleveren ten opzichte van de getallen die wat hen betreft uit de strikte toepassing van het criterium van de bevolking hadden moeten volgen.

Om die inlevering te verantwoorden, werd dankbaar gebruik gemaakt, zoals reeds blijkt uit de memorie van toelichting van 13 juli 1972, van het tweede criterium, te weten de veronderstelde activiteit van de op te richten hoven van beroep, en die van het gereduceerde Hof van Beroep te Luik. Hoeft het gezegd dat het criterium van de veronderstelde activiteit der nieuwe hoven van beroep een kunstmatig criterium was? Voor de toekomstige hoven van beroep te Antwerpen en te Bergen stelde dit criterium immers op de afsplitsing van de op het oude Hof van Beroep te Brussel afgehandelde of te behandelen hogere beroepen die vonnissen van de rechtbanken in de provincies Antwerpen en Henegouwen aanvochten. De oprichting van nieuwe hoven van beroep kan een verhoging uitlokken van de hogere beroepen tegen de ter plaatse in eerste aanleg gewezen vonnissen, en er werd geen rekening mee gehouden dat die verhoging vaststaat wanneer het nieuwe hof van beroep, zoals te Antwerpen het geval is, zetelt in een arrondissement waar de meest belangrijke rechtbanken van eerste aanleg en van koophandel zijn na die van Brussel.

In de commissie voor de Justitie van de Kamer van Volksvertegenwoordigers brachten sommige leden kritiek uit op het voorgestelde systeem van berekening en ze merkten terecht op dat het criterium van de activiteit absoluut onbetrouwbaar was.

In de reeds besproken tabel van bijlage II bij het verslag namens de commissie voor de Justitie van de Kamer van Volksvertegenwoordigers werd bekendgemaakt, op grond van gegevens eigen aan de oude gerechtelijke organisatie, dat de veronderstelde activiteit van het op te richten Hof van Beroep te Antwerpen zo gering zou zijn dat 25 raadsheren er zouden volstaan in vergelijking met de 35 raadsheren bij het Hof van Beroep te Gent.

Het volstond het op die manier vastgestelde activiteitscri-

terium voor slechts 1/5 in aanmerking te nemen, zoals gepreciseerd werd voor de commissie voor de Justitie van de Kamer, om te verklaren waarom de memorie van toelichting tot het wetsontwerp 135 raadsheren voldoende had kunnen achten voor de vijf hoven van beroep, en waarom voor het nieuwe Hof van Beroep te Antwerpen 30 raadsheren zouden volstaan in plaats van 33.

Op die manier werd beslist dat het Hof van Beroep te Antwerpen zou moeten starten met een minimaal aantal raadsheren.

In werkelijkheid werd het criterium van de veronderstelde activiteit voor meer dan 1/5 in aanmerking genomen, en cynisch werd eraan toegevoegd dat men voor Antwerpen, en ook Bergen en Luik, tot nog lagere cijfers zou zijn gekomen indien men alleen het criterium van de activiteit in aanmerking had genomen, of voor de helft in rekening zou hebben gebracht.

Dit aanvankelijke voorstel van de Regering met betrekking tot het kader van de magistraten bij de hoven van beroep was zo eng berekend dat tegenvoorstellen in de commissie voor de Justitie van de Kamer onvermijdelijk waren. Er werd gepleit om het aantal raadsheren bij de hoven van beroep te Brussel, Bergen en Luik, te verhogen, en met succes: er werd uiteindelijk besloten het totaal aantal raadsheren ten opzichte van het eerste voorstel met zes te verhogen, en die raadsheren toe te wijzen aan de drie hoven van beroep die ik vermeldde.

Het Hof van Beroep te Antwerpen viel buiten deze aanvullende toebedeling. Er was wel een amendement om het aantal raadsheren bij het nieuwe Hof van Beroep te Antwerpen vast te leggen op 33, maar het werd door de auteur ervan niet meer verdedigd na de wijziging ten voordele van de drie andere hoven van beroep; het werd integendeel om onbegrijpelijke redenen ingetrokken. Het aantal raadsheren bij het Hof van Beroep te Antwerpen bleef beperkt tot 30.

Zo werd het op te richten Hof van Beroep te Antwerpen ook tegenover de drie andere hoven van beroep die betrokken waren bij de gerechtelijke reorganisatie, achteruitgesteld.

Op de openbare zitting van 8 november 1973 van de Kamer van Volksvertegenwoordigers was het enthousiasme over het tot stand komen van het nieuwe Hof van Beroep te Antwerpen kennelijk zo groot dat niemand eraan dacht voor dit hof een vermeerdering van het aantal raadsheren te vragen naar het voorbeeld van wat van de Regering afgedwongen was ten voordele van de hoven van beroep te Brussel, Bergen en Luik.

De Senaat wijzigde het wetsontwerp op enkele punten, maar niet wat het totaal aantal magistraten betreft die verbonden zouden worden aan ieder van de vijf hoven van beroep. Opnieuw werd de oprichting van het Hof van Beroep te Antwerpen met grote voldoening begroet, maar tot kritiek over de bepaling van het aantal magistraten bij dit hof kwam het niet. Met des te meer hardnekkigheid werd tijdens de vergadering van 22 mei 1974 van de Senaat de stelling verdedigd dat de hertekening van de gerechtelijke kaart van België en de ermee gepaard gaande verhoging van het totaal der magistraten verdeeld over vier hoven van beroep in plaats van twee, buiten dat van Gent, een reden was om het aantal raadsheren te Gent te verhogen. De minister van Justitie drong tevergeefs aan om het daartoe strekken-

de amendement in te trekken, maar daaraan werd geen gevolg gegeven, en hij moest zich terdege inspannen om het amendement te doen verwerpen.

Tijdens de vergadering van 19 juni 1974 van de Kamer van Volksvertegenwoordigers, waarnaar het ontwerp was teruggezonden, was het de verslaggever zelf die meende dat de vaststelling van het aantal magistraten bij de vier andere hoven van beroep de verhouding ten nadele van het Hof van Beroep te Gent had scheefgetrokken. Hij wenste dat binnen de kortst mogelijke tijd een wetsontwerp zou worden goedgekeurd waardoor de gelijkheid van het Hof van Beroep te Gent — en nu voegde hij er weliswaar Antwerpen aan toe — met de andere hoven zou worden hersteld.

De minister van Justitie herhaalde dat het Hof van Beroep te Gent het enige hof was waaraan door de gerechtelijke organisatie niet werd getornd, en beloofde nogmaals dat een uitbreiding van het kader der magistraten bij de hoven van beroep zou gebeuren zodra zou blijken dat daatoe volgens objectieve criteria noodzaak zou bestaan.

Enkele jaren later werd een commissie opgericht die ermee belast werd om de criteria vast te stellen inzake de personeelsformatie der magistraten van de hoven en van de rechtbanken, en voorstellen te doen. Van deze commissie maakte onder meer ere-eerste advocaat-generaal Van de Velde deel uit.

Nu de vijf hoven van beroep functioneren, geeft deze commissie het criterium van de bevolking in de onderscheidene rechtsgebieden op, en zij meent te moeten uitgaan van het aantal te verwerken zaken als determinerende factor.

In verband met dit nieuwe uitgangspunt wil ik nu reeds opmerken, en ik zal hierop terugkomen in mijn uiteenzetting, dat de commissie de burgerlijke en strafzaken zonder meer samentelde, en meer bepaald zich niet afvroeg of in ieder hof van beroep dezelfde verhouding bestaat tussen het aantal arresten in burgerlijke zaken en die in strafzaken, noch welke de implicaties van mogelijke verschillen op dit gebied kunnen zijn.

Het jaarlijks activiteitsgemiddelde per magistratuur werd berekend aan de hand van het totaal der zaken afgewerkt door de hoven van beroep in het Rijk in de loop van de vier jaren 1975, 1976, 1977 en 1978, zowel burgerlijke, fiscale als strafzaken, inbegrepen die van de kamers van inbeschuldigingstelling en van de jeugdkamers. Dit algemeen totaal, herleid op jaarbasis, werd dan gedeeld door het totaal aantal magistraten bij de vijf hoven van beroep.

Alvorens het zo verkregen activiteitsgemiddelde te toetsen aan het totaal aantal nieuwe zaken die tijdens dezelfde periode in ieder hof van beroep waren binnengekomen, eveneens herleid op jaarbasis, werd dit activiteitsgemiddelde opwaarts gecorrigeerd door rekening te houden met de omstandigheid dat het totaal der nieuwe zaken in ieder hof dezelfde verhouding aan «dode» burgerlijke en wellicht ook fiscale zaken bevat, en dat in enkele hoven van beroep een hoger activiteitsgemiddelde dan het rijksgemiddelde werd bereikt.

Op grond van de op die manier uitgevoerde berekeningen werd voorgesteld het aantal raadsheren bij het Hof van Beroep te Antwerpen te verhogen met vijf, te Brussel en te Gent met zes. Het kader bij het Hof van Beroep te Luik zou volgens de commissie ongewijzigd blijven, en het Hof van Beroep te Bergen zou twee raadsheren moeten afstaan.

Dit zou leiden tot een vermeerdering van 15 raadsheren over geheel het land.

Het verslag namens de commissie voor de Justitie van de Senaat van 8 mei 1984 naar aanleiding van het ontwerp van wet tot wijziging van de wet van 3 april 1953 betreffende de rechterlijke inrichting geeft dit voorstel onjuist weer. Namens de minister van Justitie werd mij bevestigd dat de tekst op blz. 3 van dit verslag als volgt moet gelezen worden: «een verhoging met 26 eenheden, waarvan 15 bij de zetel en 11 bij het parket».

Uit de documenten van de commissie, belast met de vaststelling van de personeelsformatie der magistraten, die ik heb ingezien, blijkt dat zij nadien hetzelfde activiteitsgemiddelde per magistratuur vergeleek met de nieuwe zaken die in ieder hof van beroep waren binnengekomen van 1976 tot 1979. Dit leidde tot een nieuw voorstel, namelijk om het aantal raadsheren bij de hoven van beroep te Antwerpen en te Gent in gelijke mate te vermeerderen, te weten met zeven, en te Brussel met negen. De commissie kwam weer tot het besluit dat te Luik het aantal raadsheren zou moeten worden gehandhaafd, maar te Bergen een vermindering met een eenheid zou volstaan. Over geheel het land zouden er zo 22 raadsheren bijkomen.

Ik wil ook de aandacht erop vestigen dat deze commissie er steeds zorg voor gedragen heeft niet te raken aan de regel dat het aantal magistraten van het parket van ieder hof van beroep niet minder bedraagt dan de helft van het aantal magistraten van de zetel, en zij zelfs systematisch de oneven getallen na deling ervan naar boven afrondde. De traditionele verhouding tussen de magistraten van de zetel en de parketmagistraten werd ook geëerbiedigd, toen, zoals blijkt uit de in verslag namens de commissie voor de Justitie van de Senaat opgenomen uiteenzetting van de minister, de diensten van zijn departement de voorstellen actualiseerden aan de hand van recentere statistieken uit de jaren 1980 en 1981.

Het zal U zeker niet verwonderen dat de bepaling van het aantal raadsheren door de commissie belast met het vastleggen van de criteria voor het opmaken van de personeelsformaties en haar berekeningswijze op hevige kritiek stuitte vanwege de hoven van beroep te Luik en te Bergen. Het is echter mijn taak niet te ontleden door welke factoren het kwam dat de redenering en de berekeningswijze van de commissie, die nochtans uitging van de statistische gegevens betreffende de tijdens de referentie jaren op de hoven van beroep binnengekomen nieuwe zaken, zo nadelig uitviel voor deze twee hoven.

Met haar ontwerp van wet tot wijziging van de wet van 3 april 1953 betreffende de rechterlijke inrichting, ingediend bij de Senaat op 10 augustus 1983, volgde de Regering de zienswijze van de commissie niet ten opzichte van de hoven van beroep te Luik en te Bergen, daar zij aan elk van deze hoven drie raadsheren (waarvan een voorzitter) meer toekent.

Het Hof van Beroep te Brussel wordt versterkt met acht raadsheren (waarvan drie voorzitters), wat twee meer is dan het eerste voorstel van de commissie, en slechts één raadsheer minder dan het tweede voorstel van de commissie.

Het Hof van Beroep te Gent zou volgens de eerste versie van het ontwerp worden uitgebreid met vijf raadsheren (waarvan twee voorzitters), maar als gevolg aan een amendement ten gunste van dit hof werd namens de Regering

aan de commissie voor de Justitie van de Senaat meege-deeld dat besloten was dit getal op te drijven tot zeven. De toekenning van zeven bijkomende raadsheren aan het Hof van Beroep te Gent, even veel als voorzien in het mij bekende tweede voorstel van de commissie, werd toegelicht door te verwijzen naar de bestaande noodtoestand in dit hof. De cijfers in de bijlagen van het rapport van de commissie voor de Justitie van de Senaat zouden voor zichzelf spreken. Ik kom hierop dadelijk terug.

Het Hof van Beroep te Antwerpen mag door de nieuwe regeling zes nieuwe raadsheren begroeten (waarvan twee voorzitters), welk aantal precies tussen het eerste en het tweede voorstel van de commissie ligt.

Men kan stellen dat de nieuwe regeling, zoals zij thans is vastgelegd door de wet van 28 juni 1984, voor de zetel van de hoven van beroep te Brussel, Gent en Antwerpen in de lijn ligt van de voorstellen die gedaan werden door de commissie die belast werd met het vaststellen van de criteria inzake de personeelsformatie der magistraten van de hoven en de rechtbanken, zij het dat alleen aan het Hof van Beroep te Gent na de wijziging die werd aangebracht in de aanvankelijke tekst van het ontwerp, het hoogste door de commissie toegekende aantal raadsheren toegewezen werd.

Aan de andere kant breekt de wet van 28 juni 1984 tot wijziging van de wet van 3 april 1953 betreffende de rechterlijke inrichting met de traditionele regel dat het aantal magistraten van de parketten bij de hoven van beroep minstens de helft bedraagt van die van de magistraten bij de zetel van die hoven. Het aantal raadsheren wordt over het gehele land vermeerderd met 27, dat van de magistraten der parketten bij de hoven van beroep slechts met vijf, te weten één substituut-procureur-generaal per hof van beroep.

Bovendien, als uitgegaan werd van de overweging dat het volstaat in elk hof van beroep een bijkomende correctionele kamer op te richten, dan had naar luid van het artikel 146 van het Gerechtelijk Wetboek, dat bepaalt dat het de advocaten-generaal zijn die het woord voeren op de zittingen van het hof van beroep, die bijkomende parketmagistraat een advocaat-generaal moeten zijn, in plaats van een substituut-procureur-generaal.

De pragmatische beperking van het aantal bijkomende magistraten in het licht van de budgettaire mogelijkheden, zoals verontschuldigd verklaard wordt in de uiteenzetting van de minister voor de commissie voor de Justitie van de Senaat, treft in de eerste plaats en bijna exclusief de parketten bij de hoven van beroep. Uit dezelfde uiteenzetting van de minister volgt dat de formatie van de hoven van beroep volgens de door de diensten van zijn departement herberekenende geactualiseerde gegevens uit de jaren 1980 en 1981 had moeten worden uitgebreid met 30 eenheden bij de zetel. Op drie eenheden na werd die uitbreiding uiteindelijk gerealiseerd. Het behoud van de traditionele verhouding met de zetel had volgens dezelfde gegevens moeten leiden tot een vermeerdering met 16 eenheden ten gunste van de parketten bij de hoven, elf meer dan wat de Regering nu toestaat.

Het opgeven van de traditionele verhouding tussen de zetel en het parket van de hoven van beroep werd beïnvloed door de overweging dat de gerechtelijke achterstand zich vooral voordoet in de afhandeling der burgerlijke zaken. Wij zullen verder nagaan wat wij hiervan moeten denken.

Door mijn uiteenzetting heb ik U reeds erop gewezen dat

in verhouding tot het aantal raadsheren die aan het Hof van Beroep te Gent verbonden zijn, het kader van het Hof van Beroep te Antwerpen vanaf zijn oprichting beperkt is gehouden.

Het Hof van Beroep te Brussel telt daarentegen meer raadsheren dan volgens het bevolkingscijfer van de provincie Brabant. De tweetaligheid van dit rechtsgebied en vooral de ligging van het hof in het belangrijkste bevolkingscentrum van ons land zijn gegevens die kracht bijzetten aan de beslissing om nu een groter aantal bijkomende raadsheren dan elders, namelijk acht, aan dit hof toe te wijzen.

Zo de commissie tot vaststelling van de criteria voor de personeelsformatie gelijkaardige voorstellen had gedaan volgens het jaargemiddelde der nieuwe zaken bij elk hof van beroep, wijzen de gegevens betreffende de jaren 1979 tot 1982, zoals zij voorkomen in bijlage II bij het verslag van 8 mei 1984 van de commissie voor de Justitie van de Senaat, voor twee van die vier referentie jaren nochtans op een naar verhouding minder groot verschil tussen het aantal nieuwe zaken die respectievelijk op de hoven van beroep te Antwerpen en te Brussel binnenkwamen.

Ik wil daarin geen argument zoeken om de versterking van het Hof van Beroep te Brussel te verwerpen, maar ik ben overtuigd dat een zelfde gedachtenorde had moeten bestaan wat de aandacht betreft voor het Hof van Beroep te Antwerpen, gelegen in het belangrijke bevolkings-, handels-, industrie- en havencentrum Antwerpen, ten opzichte van het Hof van Beroep te Gent.

Er is meer.

Volgens welke gegevens de bijkomende raadsheren, eerst 25, dan 27, verdeeld werden over de vijf hoven van beroep, wordt niet gepreciseerd dan door de verwijzing naar statistische activiteitsgegevens van de jaren 1979 en vooral 1980 tot 1982 en 1983. Welnu, de ontleding van die gegevens had de Regering tot de conclusie moeten leiden dat sedert 1979, d.w.z. na de referentieperiode waarop de commissie tot het vaststellen van de criteria inzake de personeelsformatie der magistraten van de hoven en de rechtbanken had gesteund, de toestand in die mate geëvolueerd was dat de verhouding tussen de hoven van beroep te Antwerpen en te Gent moest gewijzigd worden niet in het voordeel van het Hof van Beroep te Gent, maar van het Hof te Antwerpen.

Bijlage II bij het verslag van 8 mei 1984 namens de commissie voor de Justitie van de Senaat toont aan dat tijdens de jaren 1979 en 1980 bij het Hof van Beroep te Antwerpen nauwelijks minder nieuwe zaken binnenkwamen dan bij het Hof van Beroep te Gent (respectievelijk 5.714 tegen 6.127; 6.260 tegen 6.559) en tijdens de jaren 1981 en 1982 meer nieuwe zaken dan te Gent (respectievelijk 6.823 tegen 6.701; 7.382 tegen 7.002). Diezelfde getallen leren ons ook dat het aantal nieuw binnengekomen zaken van 1979 tot 1982 te Antwerpen steeg van 5.714 naar 7.382, d.w.z. met ongeveer 25 %, maar te Gent slechts van 6.127 naar 7.002, d.w.z. slechts met ongeveer 15 %.

Wat de tijdens dezelfde jaren afgehandelde zaken betreft, toont dezelfde tabel aan dat in het jaar 1979 te Gent 5.461 zaken werden geëindigd, tegenover 4.786 te Antwerpen.

Maar tijdens het jaar 1980 is het verschil veel kleiner geworden, en tijdens de jaren 1981 en 1982 worden te Antwerpen meer arresten uitgesproken dan te Gent, dat zowat op hetzelfde niveau blijft. Zo werden meer bepaald in 1982

te Antwerpen 6.019 zaken afgehandeld terwijl er in Gent slechts 5.487 afgehandeld werden, ongeveer hetzelfde aantal als in 1979.

Het reeds geciteerde verslag vermeldt ook dat dit niet kon voorkomen dat de achterstand bij het bepalen van de rechtsdag nu bij het Hof van Beroep te Antwerpen even groot geworden is als te Gent, namelijk ongeveer drie jaren, terwijl voor de behandeling in hoger beroep van een deel van de correctionele zaken te Antwerpen de achterstand nu is opgelopen tot twee jaar tegen slechts zes maanden te Gent.

Niettegenstaande die cijfergegevens, die in het verslag zelf worden besproken, komt de Regering tot het besluit dat het Hof van Beroep te Antwerpen voortaan niet vijf, maar zes raadsheren minder moet tellen dan het Hof van Beroep te Gent.

Laten wij toch nog even naar het bevolkingscriterium terugkeren: dan heeft Gent een raadsheer per 57.539 inwoners en Antwerpen slechts een per 63.924.

De sterke stijging van het aantal nieuwe zaken die jaarlijks op het Hof van Beroep te Antwerpen binnenkomen zette zich voort in 1983: in dat jaar werden 7.732 nieuwe zaken ingeschreven. Daarentegen werden in 1983 te Gent opnieuw meer arresten uitgesproken dan door uw hof. U velde in dat jaar ongeveer even veel arresten als het vorige jaar, namelijk 6.020 (uit een mededeling die de h. minister van Justitie mij deed, moet ik afleiden dat het getal 4.489 in bijlage III bij het besproken verslag van 8 mei 1984 van de senaatscommissie ten opzichte van het Hof van Beroep te Antwerpen volgens andere criteria werd berekend). Ten opzichte van het aantal in 1983 gevelde arresten moet rekening gehouden worden met de omstandigheid dat ook in het jaar 1983 in uw hof twee kamers niet konden functioneren omdat meerdere plaatsen van raadsheer lange tijd vacant bleven.

Uit al de gegevens volgt alleszins dat het door de wet van 28 juni 1984 vastgelegde verschil van zes raadsheren tussen de hoven van beroep te Gent en te Antwerpen op geen enkele manier verantwoord kan worden.

Dit betekent geenszins dat ik nu zou beweren dat de voorstellen die de commissie belast met het bepalen van de criteria inzake de personeelsformatie der magistraten van de hoven en rechtbanken destijds deed, niet zouden overeenstemmen met de gegevens waarop zij steunde. Ik wees U reeds erop dat de voorstellen steunden op statistische gegevens over vroegere jaren, namelijk over de periode van 1975 tot 1978, en dan over de periode van 1976 tot 1979.

Toen kwamen in het Hof van Beroep te Antwerpen inderdaad volgens de statistische gegevens minder nieuwe zaken binnen dan te Gent: tijdens de periode 1975 tot 1978 te Antwerpen in totaal 20.557 zaken tegen 24.144 te Gent; tijdens de periode 1976 tot 1979 was het totale verschil over de vier jaren samen al minder groot geworden: in totaal 21.665 zaken tegen 24.338 te Gent. Meer bepaald was in het laatste van die referentie jaren, te weten 1979, volgens de in het verslag namens de commissie voor de Justitie van de Senaat opgenomen gegevens dit verschil teruggelopen tot 5.714 nieuwe zaken te Antwerpen en 6.127 nieuwe zaken te Gent. Ik heb aangetoond hoe van 1979 tot 1983 dit verschil bleef verminderen en omsloeg in hogere cijfers voor het Hof van Beroep te Antwerpen.

Ik wens nog een tweede vaststelling te doen. Al deze cij-

fers hebben betrekking op het totaal der afgehandelde of te behandelen zaken aan de hoven van beroep. Er wordt geen rekening gehouden met de afwijkingen die kunnen bestaan in de verhouding tussen de burgerlijke en correctionele zaken in de onderscheidene hoven van beroep.

In het bijzonder wat de hoven van beroep te Antwerpen en te Gent betreft is deze verhouding totaal anders. Als wij abstraheren van het relatief kleine aantal fiscale zaken, is die verhouding de volgende voor het jaar 1982:

— Hof van Beroep te Antwerpen: 2.589 arresten in burgerlijke zaken en 1.493 arresten in strafzaken. Dit laatste cijfer betekent wel een lichte daling tegenover de 1.555 arresten in strafzaken van het vorig jaar wegens de onbeschikbaarheid van meerdere raadsheren. De arresten van de kamer van inbeschuldigingstelling en de arresten inzake herstel in eer en rechten zijn in die getallen niet opgenomen. In dezelfde periode kwamen 3.592 nieuwe burgerlijke zaken binnen en 1.520 correctionele dossiers. In dit laatste getal zijn de strafdossiers van sociaalrechtelijke aard niet inbegrepen. Ik ontleen deze getallen aan de uiteenzetting die ik op 1 september 1983 deed voor uw hof over de stand van de rechtsbedeling.

— Hof van Beroep te Gent: 1.459 eindarresten in burgerlijke zaken — mijn geachte ambtgenoot te Gent legde in zijn verslag de nadruk erop dat daarmee het aantal van het vorige jaar met bijna 100 werd overschreden — en 181 tussenarresten in burgerlijke zaken. Tellen wij die twee getallen samen, dan velde het Hof van Beroep te Gent 1.640 arresten tegenover de 2.589 arresten die U velde in burgerlijke zaken. Anderzijds werden te Gent 2.475 arresten in strafzaken gevelde, een matige stijging tegenover de twee vorige jaren, maar veel meer dan de ongeveer 1.500 arresten die U jaarlijks uitspreekt in strafzaken. In dezelfde periode kwamen te Gent 2.699 nieuwe burgerlijke zaken binnen, veel minder dan te Antwerpen, maar veel meer correctionele zaken dan te Antwerpen, namelijk 2.519.

Zonder in te gaan op enkele percenten meer of minder, kan worden gesteld dat bij het Hof van Beroep te Antwerpen amper 40% der arresten gevelde worden in strafzaken (in het jaar 1982 duidelijk minder dan 40% en meer dan 60% der arresten in burgerlijke zaken. Te Gent is het andersom: 60% der arresten worden gevelde in strafzaken (in het jaar 1982 duidelijk minder dan 40% der arresten worden gevelde in strafzaken, en slechts 40% der arresten hebben betrekking op burgerlijke zaken. Ook wat de nieuwe zaken betreft is er te Antwerpen een duidelijk overwicht van burgerlijke zaken op correctionele zaken, wat in Gent niet het geval is.

Volledigheidshalve vestig ik ook even uw aandacht op het aantal fiscale zaken die op de rol kwamen van de hoven van beroep te Antwerpen en te Gent tijdens hetzelfde jaar 1982: te Antwerpen werden 216 fiscale zaken ingeleide, te Gent 137; te Antwerpen werden 126 fiscale arresten uitgesproken, te Gent slechts 40.

Ik kom terug op de totaal verschillende verhouding die bestaat op de hoven van beroep te Gent en te Antwerpen tussen de burgerlijke en de correctionele zaken meer bepaald het veel groter aantal correctionele zaken op het Hof van Beroep te Gent. Waaraan ligt dat? Er is naar mijn mening geen beslissende reden waarom het rechtsgebied van het Hof van Beroep te Gent zoveel meer zware criminaliteit zou kennen dan het rechtsgebied van ons hof van be-

roep, waarin de grote Antwerpse agglomeratie is gelegen, en de haven van Antwerpen als invoercentrum van drugs de bron is van tal van drugzaken. De cijfers van de kamer van inbeschuldigingstelling bij deze hoven bevestigen dit: ik maakte in mijn verslag van 1 september 1983 gewag van 1.224 arresten van de kamer van inbeschuldigingstelling, mijn geachte ambtgenoot te Gent slechts van 751 arresten van de kamer van inbeschuldigingstelling. Telkens gaat het om arresten van deze kamer in haar hoedanigheid van rechtsmacht van onderzoek en inzake preventieve hechtenis.

Het is daarom duidelijk dat in het gebied van het Hof van Beroep te Gent veel meer vervolgd en veroordeeld wordt dan bij ons voor lichtere overtredingen van de strafwetten.

De redengeving van arresten in burgerlijke zaken vergt zonder twijfel meer voorbereiding en inspanning dan die van arresten in minder belangrijke strafzaken. Daarom reveleren niet alleen de cijfergegevens over het totaal aantal arresten, maar ook de omstandigheid dat op het Hof van Beroep te Antwerpen naar verhouding veel meer burgerlijke arresten worden uitgesproken dan te Gent, terwijl U minder talrijk zijt dan uw collega's van het Hof van Beroep te Gent, uw grotere werkkraft, in het bijzonder tijdens de jaren 1981 en 1982.

De omstandigheid dat de rol van het Hof van Beroep te Gent belast is met een groter aantal kleine of relatief kleine strafzaken dan te Antwerpen, geeft de voor de hand liggende verklaring waarom de commissie tot vaststelling van het kader der magistraten op basis van de in de periode 1975 tot 1978 afgewerkte zaken kon constateren dat ten opzichte van het aantal afgehandelde zaken het gemiddelde rendement per magistraat iets hoger lag te Gent dan te Antwerpen.

Het hierboven vastgestelde overwicht van de burgerlijke zaken tegenover de strafzaken werd te Antwerpen ook tijdens het jaar 1983 bevestigd: 2.460 burgerlijke arresten, 115 fiscale arresten, 1.458 strafrechtelijke arresten, inbegrepen die van sociaalrechtelijke aard.

Het aantal arresten van de kamer van inbeschuldigingstelling inzake voorlopige aanhouding en in haar hoedanigheid van rechtsmacht van onderzoek steeg in 1983 tot 1.460. Voor de burgerlijke kamers werden in hetzelfde jaar 3.825 nieuwe burgerlijke en fiscale zaken ingeleid, en voor de correctionele kamers liep het aantal nieuwe strafzaken op tot 1950.

Er is kennelijk een rechtstreeks verband tussen de politiek van vervolging in kleinere strafzaken in het rechtsgebied van het Hof van Beroep te Gent, samen met de uitgesproken voorrang die er aan de strafzaken gegeven wordt, en de achterstand die bij dit hof gedurende de laatste jaren aangroeide en bleef bestaan ten opzichte van de er aanhangig gemaakte burgerlijke zaken.

Die situatie werd er aangegepen om bij het parlement aan te dringen op een merkelijke verhoging van het aantal raadsheren.

Nu heeft het Hof van Beroep te Gent voldoening gekregen, maar van het Hof van Beroep te Antwerpen wordt verwacht dat alle er aanhangige zaken zullen worden afgehandeld terwijl er zes raadsheren minder zijn dan te Gent.

Ik zei reeds dat de minimale uitbreiding van het kader der parketmagistraten bij de hoven van beroep werd beïn-

vloed door de overweging dat de gerechtelijke achterstand zich vooral of bijna uitsluitend voordoet in burgerlijke zaken. Die overweging gaat uit van de veralgemening van een toestand die kenmerkend is voor het Hof van Beroep te Gent, maar die zich niet op dezelfde wijze voordoet te Antwerpen, waar de achterstand ten opzichte van de door het hof te behandelen strafzaken praktisch even zorgwekkend is als de achterstand op burgerlijk gebied, en evenmin in dergelijke mate, volgens de gegevens van de tabel op blz. 4 van het verslag van 8 mei 1984 namens de commissie voor de Justitie van de Senaat, voor de hoven van beroep te Luik en te Mons.

Om al deze redenen kan daarom met zekerheid gesteld worden dat de nieuwe formatie van het Hof van Beroep te Antwerpen onvoldoende is om de groeiende achterstand binnen afzienbare tijd in te lopen. Op zijn best kan nu de achterstand gestabiliseerd worden, of met volgehouden inspanning op lange termijn iets ingelopen worden. Dit betekent dat ook in de toekomst in vele zaken, zowel burgerlijke als correctionele, lang op de pleitdag zal moeten worden gewacht. Het is ook de vraag of alle voordrachten voor de nieuwe plaatsen van raadsheer, waarin dezelfde provincie betrokken is, gelijktijdig kunnen gebeuren.

Wat de rechtsbedeling in de arrondissementen van ons ressort betreft, zal ik mij wegens mijn uitvoerig betoog over de problematiek van de hoven van beroep, beperken tot een algemeen en kort overzicht.

Arrondissement Antwerpen

Het aantal notitiezaken van het parket vertoont een lichte daling en een status-quo voor de notitiezaken in de afdeling bevoegd voor politiezaken.

Een stijging wordt waargenomen in het aantal vonnissen, zowel burgerlijke als correctionele en jeugdzaken.

Het aantal inschrijvingen op de algemene rol van de rechtbank van koophandel vertoont een daling. Dit spruit voort uit de daling van het aantal grote faillissementen waardoor minder betwiste schuldvorderingen dienden te worden ingeschreven.

In de politierechtbank mag van een status-quo gesproken worden, evenals in de vrederechten.

Arrondissement Mechelen

De notitiezaken van het parket alsmede die van de afdeling bevoegd voor politiezaken vertonen een lichte daling.

In burgerlijke zaken en in kort geding werden meer vonnissen uitgesproken, terwijl het aantal correctionele vonnissen licht daalde.

De statistieken van de rechtbank van koophandel duiden op een lichte stijging van de inschrijving op de algemene rol en een daling van het aantal eindvonnissen. Er werden meer faillissementen uitgesproken. Ik moet hier nogmaals wijzen op het feit dat nog oude dossiers van faillissementen niet werden gesloten.

De politierechtbanken velden minder vonnissen en voor de vrederechten kan een status-quo vermeld worden.

Arrondissement Turnhout

Het aantal notitiezaken van het parket toont een lichte

daling. Ook werden er minder correctionele vonnissen ge-
veld.

De zaken overgezonden aan de jeugdrechtbank zijn vrij-
wel gelijk gebleven in aantal.

Voor de burgerlijke rechtbank werden minder zaken in-
geleid; daarentegen steeg het aantal vonnissen.

Arrondissement Hasselt

Hoewel het aantal notitiezaken een lichte daling ver-
toont, is er een sterke toename van de verwijzingen en
rechtstreekse dagvaardingen voor de correctionele recht-
bank, hetgeen erop wijst dat er meer zware zaken werden
genoteerd.

Voor het politieparket mag men spreken van een status-
quo van de ingeleide zaken, maar een toename van het aan-
tal dagvaardingen. In de politierechtbank is een stijging
van de ingeleide zaken zowel als van het aantal vonnissen
waar te nemen.

Voor de rechtbank van eerste aanleg is een status-quo te
vermelden zowel in het aantal ingeleide zaken als in het
aantal vonnissen. In correctionele zaken wordt een stijging
van de ingeleide zaken en een daling van de eindvonnissen
vastgesteld.

De jeugdrechtbank vertoont een daling van haar activi-
teiten.

De activiteiten van de rechtbank van koophandel wijzen
op een stabiliserende tendens.

Globaliter kan voor de vrederechten gesproken worden
van een lichte regressie der activiteit.

Arrondissement Tongeren

In vergelijking met 1982 werden minder burgerlijke
zaken ingeleid en minder burgerlijke vonnissen uitgespro-
ken.

In correctionele zaken werden er meer zaken ingeleid.
Deze vermeerdering is een gevolg van de toename der ern-
stige criminaliteit.

Bij de jeugdrechtbank werden er minder zaken aanhan-

gig gemaakt, hoofdzakelijk op burgerlijk gebied.

In het parket is er een vermeerdering van notitiezaken in
vergelijking met het voorgaande jaar.

In 1983 werden er daarenboven meer zaken verwezen als-
mede meer zaken rechtstreeks gedagvaard voor de correc-
tionele rechtbank.

In de afdeling bevoegd voor politiezaken en de politie-
rechtbank valt het op dat in vergelijking met 1982 er meer
notitienummers zijn, hetgeen natuurlijk ook zijn weerslag
vindt in een evenredige toename van het aantal ingeleide
zaken en het aantal vonnissen.

In de rechtbank van koophandel is het aantal ingeleide
zaken verminderd in vergelijking met 1982, ook het aantal
vonnissen verminderde.

Het aantal faillissementen vermindert eveneens, welis-
waar langzaam doch wel geleidelijk.

In vergelijking met 1982 werden er in de vrederechten
meer zaken ingeschreven en meer eindvonnissen uitgespro-
ken.

Ik wil ten slotte nog erop wijzen dat de in de parlemen-
taire stukken opgenomen cijfergegevens betreffende de ver-
meerdering van het aantal inwoners in een gerechtelijk ar-
rondissement, de toename van het aantal nieuwe zaken die
op het parket met bevoegdheid over dat arrondissement
binnenkomen, en van het aantal zaken die er in onderzoek
werden gesteld, de toename van het aantal nieuwe burger-
lijke zaken en van het aantal correctionele vonnissen, tel-
kens vergeleken over een periode van meer dan tien jaar,
voor het parlement een afdoende reden waren om bij de
Rechtbank van Eerste Aanleg te Leuven door dezelfde wet
zowel het aantal rechters als het aantal substituten met twee
te verhogen.

Naar aanleiding van een parlementaire vraag heb ik aan
de h. minister van Justitie meegedeeld dat die cijfergege-
vens, opgenomen in het verslag van 8 mei 1984 namens de
commissie voor de Justitie van de Senaat, volstrekt niet
uitzonderlijk zijn, en ik heb hem als voorbeeld, volkomen
gelijkaardige cijfergegevens doen geworden met betrekking
tot de arrondissementen Hasselt en Tongeren. Maar die ar-
rondissementen liggen zo veel verder van Brussel...

RECHTSPRAAK

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER — 3 APRIL 1984

Voorzitter: de h. Boon

Raadsheer-rapporteur: de h. Matthijs

Advocaat-generaal: mevr. Liekendaal

Advocaat: mr. Vanden Broecke

**Ondernemingsraad — Oprichting — Tewerkstelling van
ten minste honderd werknemers — Begrip — Arbeidsover-
eenkomsten voor bepaalde tijd.**

*Ook de personeelsleden aangeworven met een arbeids-
overeenkomst voor een bepaalde duur komen, in beginsel,*

*in aanmerking voor de berekening van het gemiddeld aan-
tal werknemers — ten minste honderd — dat gewoonlijk
moet zijn tewerkgesteld opdat de oprichting van een onder-
nemingsraad verplicht zou zijn.*

L.

Gelet op het bestreden arrest, op 22 november 1983 op
verwijzing gewezen door het Hof van Beroep te Brussel;

Gelet op het arrest van het Hof van 10 mei 1983;

Over het middel, hieruit afgeleid dat in de conclusies,
genomen voor de eerste rechter en herhaald en aangevuld in
hoger beroep, erop was gewezen dat het aantal personeels-
leden met een vaste dienstbetrekking nooit meer dan hon-
derd heeft bedragen en dat de overige personeelsleden

werkten met een contract van bepaalde duur; hierbij werd gewezen op het speciaal en uitzonderlijk karakter van deze aanwervingen van tijdelijk personeel; de reden hiervoor was dat bij de overheidserkenning, op 1 februari 1980, de instelling aan de toen gangbare personeelsnormen moest voldoen, doch tegelijkertijd beginnen aan de afbouw van de voorziene programmatie; er dus personeelsleden dienden te worden aangeworven op een moment dat het al zeker was dat zij terug zouden moeten worden ontslagen om de voorziene afbouw van de programmatie te kunnen verwezenlijken; in die omstandigheden een aantal personeelsleden in tijdelijk dienstverband werden aangenomen; in die omstandigheid de aanwerving van tijdelijk personeel een uitzonderlijk en uiteraard tijdelijk karakter had; de wet vereist dat er gewoonlijk een zeker gemiddelde van honderd personen is tewerkgesteld; in de wet geen omschrijving is gegeven van het begrip «gewoonlijk»; bij de beoordeling van de situatie rekening moet worden gehouden met de tijdelijke tewerkstelling; nu er een afbouw diende te worden verwezenlijkt, het zeker geen gewoonte was dat er gemiddeld honderd werknemers (tijdelijke inbegrepen) werkten; bij de berekening van het gewoonlijk gemiddelde, de rechter rekening diende te houden met de aard van deze tijdelijke tewerkstelling; het hof van beroep overweegt dat de werknemers gedurende meer dan twee kwartalen werden tewerkgesteld, zodat, gelet op die tijdsspanne, kan worden gezegd dat zij «gewoonlijk» in de onderneming werkten, zelfs al was hun arbeidsovereenkomst van bepaalde duur; het hof van beroep verder aanneemt dat de overwegingen inzake het personeelsbeleid niet ter zake dienend zijn en er niet mag worden gesproken van «abnormale omstandigheden» waardoor de spil van honderd tijdelijk werd overschreden; het begrip «gewoonlijk», dat niet in de wet werd gedefinieerd, door het hof van beroep bepaald wordt op grond van de tijdsspanne; die tijdsspanne echter van belang is om het «gemiddelde» te berekenen en te bepalen, zonder dat over het begrip «gewoonlijk» iets wordt gezegd; het hof van beroep verder aanneemt dat de overwegingen inzake het personeelsbeleid ter zake niet dienend zijn; echter onduidelijk is of het hof hiermee bedoeld heeft dat het te voeren personeelsbeleid feitelijk onvoldoende «abnormaal» was om in aanmerking te komen en de toestand te beoordelen, dan wel in alle omstandigheden een element is dat buiten de beoordeling van de rechter moet blijven; het arrest dan ook niet voldoende met redenen is omkleed en de wet schendt:

Overwegende dat naar luid van artikel 2, eerste lid, van het koninklijk besluit van 18 oktober 1978 betreffende de ondernemingsraden en de comités voor veiligheid, gezondheid en verfraaiing van de werkplaatsen, genomen ter uitvoering van de wet van 20 september 1948 houdende organisatie van het bedrijfsleven, een ondernemingsraad moet worden opgericht in de ondernemingen die gewoonlijk gemiddeld ten minste honderd werknemers tewerkstellen; dat artikel 14, § 1, 2°, van de evenvermelde wet bepaalt dat onder «werknemers» dient te worden verstaan: de personen die tewerkgesteld zijn krachtens een arbeidsovereenkomst of een leerovereenkomst; dat naar luid van artikel 7 van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereen-

komsten, de arbeidsovereenkomst wordt gesloten hetzij voor een bepaalde tijd of voor een duidelijk omschreven werk, hetzij voor een onbepaalde tijd; dat de wetgever, door in artikel 14 van de wet van 20 september 1948 in algemene bewoordingen naar het begrip «arbeidsovereenkomst» te verwijzen, te kennen geeft dat ondernemingsraden moeten worden opgericht in alle ondernemingen die gewoonlijk een gemiddelde van ten minste honderd werknemers tewerkstellen, onverschillig of die werknemers een dienstbetrekking voor een onbepaalde dan wel voor een bepaalde tijd hebben aangegaan; dat de bedoeling van de wetgever eveneens blijkt uit de omstandigheid dat de krachtens een leerovereenkomst tewerkgestelde werknemers worden meegerekend om het gemiddelde te bepalen;

Overwegende dat het arrest releveert: «dat de feiten waarop de telastlegging gebaseerd is, dateren van 1 oktober 1981 tot 6 mei 1982; (...) dat de personeelssterkte vanaf het tweede kwartaal 1980 nooit minder dan 110 bedroeg met een maximum van 154 in het vierde kwartaal 1981; dat het gemiddelde dus steeds hoger lag dan de spil 100; dat de verdediging ten deze een onjuist onderscheid maakt tussen het personeelsbestand dat werkt onder een arbeidscontract voor bepaalde duur en de zogenoemde 'vaste' personeelsleden die aangeworven werden voor onbepaalde duur; dat dit onderscheid niet voorkomt in de wet van 20 september 1948; dat alleen moet worden nagegaan wat het gemiddelde aantal werknemers is dat gewoonlijk wordt tewerkgesteld; dat, nu de eerste reeks werknemers, in de gegeven concrete omstandigheden, in elk geval gedurende meer dan twee kwartalen op ononderbroken wijze tewerkgesteld werden, men ter zake, gelet op deze tijdsspanne, van personeelsleden moet spreken die gewoonlijk in de onderneming werken, ook al is hun arbeidsovereenkomst slechts voor bepaalde tijd afgesloten; dat evenmin ter zake dienend zijn alle consideransen in verband met het personeelsbeleid dat gevoerd werd ingevolge de overheidserkenning van het ziekenhuis de dato 1 februari 1980 en de ten dele reeds gerealiseerde personeelsafvloeiingen; dat in deze zin niet mag worden gesproken van 'abnormale' omstandigheden waardoor de spil tijdelijk werd overschreden dat de beschouwde periode (meer dan zes kwartalen) te lang is om van tijdelijke tewerkstelling te kunnen spreken»;

Overwegende dat de appelrechters eensdeels in die consideransen de redenen opgeven waarom ten deze de beweerdte uitzonderlijke aanwerving van tijdelijk personeel niet als rechtvaardigingsgrond in aanmerking kan worden genomen en waarom de omstandigheid dat een aantal personeelsleden voor een bepaalde tijd werden aangeworven, niet wegneemt dat in de onderneming gewoonlijk gemiddeld ten minste honderd werknemers waren tewerkgesteld; dat zij anderdeels uit de hierboven vermelde vaststellingen die onaantastbaar zijn in feite, en inzonderheid uit de vaststelling dat in die onderneming gedurende meer dan zes kwartalen onafgebroken meer dan honderd personeelsleden waren tewerkgesteld, wettig hebben kunnen afleiden dat eiser zich schuldig heeft gemaakt aan het hem ten laste gelegde misdrijf; dat de beslissing regelmatig met redenen is omkleed en naar recht is verantwoord;

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

HOF VAN CASSATIE**2e KAMER — 3 APRIL 1984**

Voorzitter : de h. Boon

Raadsheer-rapporteur : de h. D'Haenens

Advocaat-generaal : mevr. Liekendael

Advocaat : mr. Dassel

Onrechtmatige daad — Aansprakelijkheid — Oorzakelijk verband — Verkeersongeval — Tegenliggers — Eventuele overtreding van art. 72.2 Wegverkeersreglement.

Uit de enkele vaststelling dat niet uitgesloten is dat een van de bij een verkeersongeval betrokken bestuurders een witte doorlopende streep heeft overschreden, kan niet worden afgeleid dat de auto van die bestuurder een onvoorzienbare hindernis vormde voor een tegenligger, noch dat deze tegenligger art. 72.2 van het Wegverkeersreglement zelf niet heeft overtreden.

De D. t/ V.

Gelet op het bestreden vonnis, op 27 oktober 1983 in hoger beroep gewezen door de Correctionele Rechtbank te Brussel;

I. In zoverre de voorziening gericht is tegen de beslissing op de strafvordering tegen verweerder:

Overwegende dat eiser, burgerlijke partij, veroordeeld is in de kosten van beide aanleggen van de strafvordering, ingesteld tegen verweerder door het openbaar ministerie; dat hij in zoverre hoedanigheid heeft om cassatieberoep in te stellen;

Overwegende dat uit de stukken waarop het Hof vermag acht te slaan niet blijkt dat eiser zijn voorziening heeft doen betekenen aan het openbaar ministerie;

Dat de voorziening mitsdien niet ontvankelijk is;

II. In zoverre de voorziening gericht is tegen de beslissing op de civielrechtelijke vordering van eiser tegen verweerder:

Over het middel, afgeleid uit de schending van de artikelen 1382, 1383 van het Burgerlijk Wetboek, 5 en 72.2, tweede lid, van het Wegverkeersreglement,

doordat het vonnis beslist dat de telastlegging, te weten een doorlopende witte streep te hebben overschreden, tegen verweerder niet bewezen is en de rechtbank onbevoegd verklaart om kennis te nemen van de civielrechtelijke vordering van eiser, op grond dat uit het onderzoek ter terechtzitting in de aanwezigheid van de beide bestuurders gebleken is dat het niet volstrekt uitgesloten is dat de burgerlijke partij (eiser), zoals V. (verweerder) beweert, de witte doorlopende streep overschreden heeft en aldus een hindernis is komen vormen voor het verkeer uit tegenovergestelde richting, en de aldus ontstane twijfel beklagde (verweerder) ten goede komt,

terwijl de eventuele fout van eiser, namelijk de doorlopende witte streep te hebben overschreden, dezelfde fout van verweerder niet uitsluit; het vonnis dat niet vaststelt dat de eventuele fout van eiser noch de enige oorzaak van het ongeval noch een onvoorzienbare hindernis zou uitmaken, niet naar recht verantwoord is:

Overwegende dat het vonnis met de in het middel weergegeven consideransen vaststelt dat eiser eventueel overtreding heeft gepleegd van artikel 72.2, tweede lid, van het Wegverkeersreglement; dat evenwel uit die vaststelling alleen niet kan worden afgeleid dat de wagen van eiser een onvoorzienbare hindernis vormde voor verweerder, noch dat verweerder zelf de hem te laste gelegde overtreding van artikel 72.2, eerste lid, van het Wegverkeersreglement niet zou hebben gepleegd; dat de rechters derhalve hun beslissing dat niet bewezen is dat verweerder een fout beging in oorzakelijk verband met het ongeval, niet naar recht verantwoorden;

(…)

HOF VAN CASSATIE**3e KAMER — 16 APRIL 1984**

Eerste voorzitter : de h. Châtel

Raadsheer-rapporteur : de h. Marchal

Eerste advocaat-generaal : de h. Duchatelet

Advocaten : mrs. Bützler en De Bruyn

Sekwester — Gerechtelijk sekwester — Vereiste.

Het sekwester bedoeld in art. 1961, 2°, B.W. kan slechts worden bevolen als twee of meer personen een recht hebben of beweren te hebben op het goed waarvan het sekwester wordt gevraagd.

S. t/ N.V. B.

Gelet op het bestreden arrest, op 29 juni 1982 door het Arbeidshof te Luik gewezen;

Over het middel, afgeleid uit de schending van de artikelen 1961 van het Burgerlijk Wetboek, 97 van de Grondwet, 17 en 18 van het Gerechtelijk Wetboek,

doordat het arrest de door de eisers in hun eigen naam ingestelde rechtsvordering niet gegrond verklaart en bijgevolg hun hoger beroep niet gegrond verklaart, op grond dat voor de toepassing van artikel 1961, 2°, van het Burgerlijk Wetboek «het geschil of de belangentegenstelling betrekking moet hebben op een zaak, ten deze de goederen waarvan de appellanten de sekwestratie vorderen», dat «ten deze de appellanten geen zakelijk recht op die goederen hebben en evenmin een uit een contract voortvloeiend recht, zoals een recht op het maatschappelijk vermogen», dat de eisers «evenmin rechten hebben op de gezamenlijke goederen van geïntimeerde — waarvan de litigieuze goederen deel uitmaken — als pand of andere zekerheid», en dat, «zelfs als de appellanten met geïntimeerde een geschil hebben in verband met een 'industriële oplossing' van het probleem B., zij geen enkel recht hebben op de goederen van verweerster dat hun sekwestratie mogelijk maakt»,

terwijl, eerste onderdeel, het bestaan van een eenvoudig belang bij een persoon voldoende is om deze in staat te stellen de sekwestratie te vorderen van goederen die toebehoren aan een persoon met wie hij in geschil is, zodat het arrest, door te eisen dat degene die een sekwestratie van goederen vordert een recht op die goederen heeft, de wettelijke voorwaarden van de gerechtelijke sekwestratie mis-

kent (schending van de in het middel aangewezen artikelen, met uitzondering van artikel 97 van de Grondwet);

tweede onderdeel, de eisers in hun appelconclusie aanvoerden dat «het nodig en voldoende is dat er een belang, en niet eens een schuldvordering, bestaat om de aanstelling van een sekswester te rechtvaardigen», en dat «ten deze dit belang niet alleen bestaat in een industriële oplossing, maar ook in het bieden van weerstand, door niet akkoord te gaan met de opheffing van de bijzondere bescherming van de beschermde kandidaten en werknemers in het kader van de oprichting van de ondernemingsraad en van de comités voor veiligheid en gezondheid, gelet op het essentiële feit dat de N.V. B. financiële beslissingen heeft genomen met betrekking tot een holding-maatschappij waarmee ze nauw verbonden is», zodat het arrest, door er enkel op te wijzen dat de eisers geen recht hebben op de goederen van verweerster, niet antwoordt op de conclusie van de eisers (schending van artikel 97 van de Grondwet):

Wat het tweede onderdeel betreft:

Overwegende dat het arrest, door te zeggen dat het geschil of de belangentegenstelling betrekking moet hebben op de zaak waarvan het sekswester wordt gevorderd, beslist dat het door eiser aangevoerde belang moet voortvloeien uit een recht dat hij op de zaak heeft of beweert te hebben; dat het arrest aldus antwoordt op de in het middel vermelde conclusie;

Dat het onderdeel feitelijke grondslag mist;

Wat het eerste onderdeel betreft:

Overwegende dat, naar luid van artikel 1961, 2°, van het Burgerlijk Wetboek, de rechter het sekswester kan bevelen van een onroerend goed of van een roerend goed waarvan de eigendom of het bezit tussen twee of meer personen in geschil is;

Dat die maatregel slechts kan worden bevolen als die personen een recht hebben of beweren te hebben op het goed waarvan het sekswester wordt gevraagd;

Overwegende dat het arrest, door de vordering tot sekwestratie niet gegrond te verklaren omdat de eisers geen enkel recht op de goederen van verweerster hebben, geen enkele van de in het middel aangewezen wettelijke bepalingen schendt;

Dat het onderdeel naar recht faalt;

(...)

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER — 3 MEI 1984

Voorzitter-rapporteur: de h. Janssens

Procureur-generaal: de h. Krings

Advocaat: mr. Bützler

Overeenkomst — Verbintenis — Resultaats- en inspanningsverbintenis — Wil van de partijen.

De wil van de partijen geen resultaats- maar een inspanningsverbintenis te doen ontstaan is doorslaggevend.

Nu de rechter ten deze de wil van de partijen heeft afgeleid uit een zodanige onzekerheid bij de uitvoering, dat het

risico zo groot is dat de schuldenaar het niet op zich neemt, kon hij wettig de artt. 1147, 1148 en 1315 B.W. weren om met toepassing van art. 1137 de verbintenis voor een inspanningsverbintenis te houden.

Van S. en J. t/ M.

Gelet op het bestreden vonnis, op 25 maart 1983 door de Vrederechter van het kanton Deurne gewezen;

Over het middel, afgeleid uit de schending van de artikelen 1116, 1134, 1135, 1137, 1142, 1147, 1148, 1302 en 1789 van het Burgerlijk Wetboek,

doordat het vonnis de vordering van de eisers tot schadevergoeding als ongegrond verwerpt op volgende gronden: «(Eisers) kwalificeren (de) verbintenis (van verweerder) — ons inziens ten onrechte — als een resultaatsverbintenis, waarbij een vermoeden van foutieve uitvoering op de schuldenaar (ten deze verweerder) rust en hij zich aan zijn aansprakelijkheid slechts kan onttrekken door het bewijs te leveren dat het gebrek te wijten is aan een vreemde oorzaak, zonder dat enige bepaalde fout bij hem moet worden bewezen. Een resultaatsverbintenis is een verbintenis waarbij de schuldenaar, gezien de aard der door hem aangegane verbintenis, zich verbindt een welbepaald resultaat te garanderen. De veelvuldigheid der textielwaren die thans in de handel zijn, waarvan sommige vervaardigd zijn op basis van natuurlijke stoffen, andere op basis van chemische producten, en die alle verschillende behandelingswijzen vereisen, is zodanig dat geen enkele wasserij, bij ontstentenis van vermelding der reinigingsmethode, een optimaal resultaat kan waarborgen. Wij menen dat het ter zake gaat over een contract van verhuring van werk en diensten, al dan niet een aannemingscontract, welke verbintenis een inspanningsverbintenis is waarbij de schuldenaar zijn werk en diensten aanbiedt zonder evenwel een bepaald resultaat te garanderen. Bij een inspanningsverbintenis dient de schuld-eiser (ten deze de eisers) het bewijs aan te brengen van een foutieve uitvoering der verbintenis door de schuldenaar. Het getuigt van weinig zin voor realiteit te beweren dat de exploitant ener wasserij, om zich veilig te stellen tegen zijn professionele aansprakelijkheid, zou gehouden zijn elk kledingstuk dat hem ter reiniging wordt toevertrouwd te onderwerpen aan een voorafgaande expertise in geval van twijfel. Nu niet wordt betwist dat het litigieuze trouwkleed door eisers aan verweerder werd toevertrouwd om het chemisch te laten reinigen en evenmin wordt betwist dat de enige oorzaak der voorgehouden beschadiging berust in het feit dat het kledingstuk niet op chemische reiniging was aangewezen, terwijl dit zelfde kledingstuk geen enkele aanwijzing behelsde nopens de wijze van reiniging, blijven eisers in gebreke de fout van verweerder te bewijzen en komt hun eis tot toekenning van schadevergoeding als ongegrond voor».

terwijl, eerste onderdeel, de schuldenaar van een verbintenis met een welomschreven voorwerp — zoals het reinigen van een kledingstuk — zich in beginsel tot een resultaat verbindt, vooral wanneer deze, zoals verweerder, moet worden geacht een specialist ter zake te zijn, op wie zijn cliënteel om die reden een beroep doet, ongeacht de omstandigheid dat er een veelvuldigheid van textielwaren in de handel is die verschillende behandelingswijzen vereisen, dat de aangewezen reinigingsmethode niet was vermeld en dat

het ten deze gaat om een contract van verhuring van werk en diensten, zodat het vonnis, op die gronden alleen en zonder vast te stellen dat bij gemeen akkoord tussen partijen, verweerder, in afwijking van dit beginsel, slechts een inspanningsverbintenis zou hebben aangegaan, niet wettig kan oordelen dat verweerder geen resultaatsverbintenis heeft aangegaan (schending van de artikelen 1147, 1148 en 1302 van het Burgerlijk Wetboek);

tweede onderdeel, ongeacht de vraag of verweerder een resultaats- dan wel een inspanningsverbintenis heeft aangegaan, laatstgenoemde, krachtens de regel dat overeenkomsten te goeder trouw moeten worden uitgevoerd, als professionele en gespecialiseerde exploitant van een wasserij, niet alleen ertoe gehouden was — door de ontstentenis van vermelding van de reinigingsmethode — het trouwkleed aan een voorafgaand onderzoek te onderwerpen, maar tevens de eisers in te lichten over de mogelijke risico's van beschadiging of, in voorkomend geval, de opdracht te weigeren, op gevaar af door zijn ongerechtvaardigd stilzwijgen over dit feit — waardoor de eisers ongetwijfeld, indien zij ervan op de hoogte waren geweest, niet of op minder bezwarende voorwaarden zouden hebben gecontracteerd — zich schuldig te maken aan bedrog in de zin van artikel 1116 van het Burgerlijk Wetboek; verweerder, door het trouwkleed aldus zonder meer aan chemische reiniging te onderwerpen, wel degelijk een contractuele fout heeft begaan, die geenszins ongedaan kan worden gemaakt door een gebeurlijke onvoorzichtigheid of nalatigheid van de eisers doordat zij het trouwkleed aan verweerder voor chemische reiniging hebben toevertrouwd, zodat het vonnis niet wettig oordeelt dat verweerder, als exploitant van een wasserij, er niet toe gehouden was het trouwkleed met betrekking tot de aangewezen reinigingsmethode te onderwerpen «aan een voorafgaande expertise», noch dat de eisers in gebreke blijven een fout van verweerder te bewijzen, nu het kleed aan verweerder werd toevertrouwd voor chemische reiniging en het geen enkele aanwijzing behelsde nopens de wijze van reiniging, zonder vast te stellen dat verweerder de eisers zou hebben ingelicht over het gevaar voor beschadiging door de chemische reiniging van het kleed (schending van de artikelen 1116, 1134, inzonderheid derde lid, 1135, 1137, 1142, 1147, 1148, 1302 en 1789 van het Burgerlijk Wetboek):

Wat het eerste onderdeel betreft:

Overwegende dat de wil van de partijen geen resultaats- maar een inspanningsverbintenis te doen ontstaan, doorslaggevend is;

Dat ten deze de vrederechter die wil hieruit afleiden: «De veelvuldigheid ter textielwaren die thans in de handel zijn, waarvan sommige vervaardigd zijn op basis van natuurlijke stoffen, andere op basis van chemische producten, en die alle verschillende behandelingswijzen vereisen, is zodanig dat geen enkele wasserij, bij ontstentenis van vermelding der reinigingsmethode, een optimaal resultaat kan waarborgen»; dat de vrederechter aldus de wil van de partijen afleidt uit een zodanige onzekerheid bij de uitvoering, dat het risico zo groot is dat de schuldenaar het niet op zich neemt;

Dat de vrederechter aldus wettelijk de artikelen 1147, 1148 en 1315 van het Burgerlijk Wetboek kan weren om met toepassing van artikel 1137 de verbintenis voor een inspanningsverbintenis te houden;

Dat het onderdeel faalt naar recht;

Wat het tweede onderdeel betreft:

Overwegende dat de vrederechter de in het onderdeel aangevoerde middelen niet behandelt; dat die middelen door de eisers evenmin aan de feitenrechter werden onderworpen; dat de eisers overigens geen schending van artikel 97 van de Grondwet aanvoeren;

Dat die middelen noch de openbare orde raken, noch dwingend zijn; dat het onderdeel nieuw is en niet ontvankelijk;

(...)

HOF VAN CASSATIE

VAKANTIEKAMER — 20 AUGUSTUS 1984

Eerste voorzitter: de h. Châtel

Raadsheer-rapporteur: de h. D'Haenens

Advocaat-generaal: de h. Tillekaerts

Advocaat: mr. Houtekier

Voorlopige hechtenis — Voorlopige invrijheidstelling — Belang van de openbare veiligheid.

Krachtens art. 7 van de wet van 20 april 1874, juncto de artt. 2, 5 en 6, vierde lid, van dezelfde wet, kan de voorlopige invrijheidstelling van de beklaagde slechts worden geweigerd indien de hechtenis wegens ernstige en uitzonderlijke omstandigheden in verband met de openbare veiligheid moet worden gehandhaafd.

M.

Gelet op het bestreden arrest, op 29 juni 1984 gewezen door het Hof van Beroep te Antwerpen, kamer van inbeschluitingstelling;

Over het middel, afgeleid uit de schending van de artikelen 97 van de Grondwet, 152, 153, 154, 190, 190bis, 210, 211 van het Wetboek van Strafvordering, gewijzigd bij het koninklijk besluit nr. 258 van 24 maart 1936 en bij de wetten van 16 februari 1961, 10 juli 1967, 10 oktober 1967, 20 december 1974, 2, 5, 6, vierde lid, 19 en 20 van de wet van 20 april 1874 op de voorlopige hechtenis, gewijzigd bij de wetten van 23 augustus 1919, 25 juli 1959 en 13 maart 1973, en van het algemeen rechtsbeginsel van de eerbied voor de rechten van de verdediging,

doordat het arrest zegt dat er geen redenen zijn om de voorlopige invrijheidstelling aan eiser te verlenen, op grond: dat de huidige feiten waarvan eiser verdacht wordt, namelijk de oplichtingen van bijna 100 miljoen frank gepaard gaande met vernuftige valsheden in geschriften en gekoppeld aan zijn uitzonderlijk zware specifieke strafrechtelijke antecedenten wijzen op een haltloze criminele ingesteldheid die in geval van vrijlating voor nieuwe herhaling doet vrezen; dat er thans geen elementen aanwezig zijn waaruit een kentering in gunstige zin zou kunnen worden afgeleid, aangezien hij in de loop van het onderzoek wel getracht heeft de benadeelden onder druk te zetten om hun klacht tegen hem in te trekken, maar geenszins stappen heeft gedaan om hen schadeloos te stellen; dat de huidige

belofte tot vergoeding bij voorlopige invrijheidstelling als een onaanvaardbaar pressiemiddel voorkomt, waarbij de kans nog bestaat dat hij zich in geval van vrijlating door vlucht aan de verdere vervolgingen zal pogen te onttrekken, nu hij in België blijkbaar weinig of geen positieve en werkelijke belangen heeft behouden; dat er dus nog steeds redenen van openbaar belang bestaan die de handhaving van de voorlopige hechtenis vereisen; dat de beschouwingen van eiser in conclusie voor het overige niet dienend zijn daar ze de grond van de zaak, reeds behandeld door de eerste rechter, raken,

terwijl, (...)

derde onderdeel, het arrest de redenen, die het opgeeft om de vraag van eiser tot voorlopige invrijheidstelling te weigeren, bestempelt als redenen van algemeen belang; dat echter slechts uitzonderlijke omstandigheden, die de openbare veiligheid raken, kunnen worden aangevoerd om de voorlopige hechtenis te handhaven, zodat het arrest, door de voorlopige hechtenis van eiser te handhaven op grond van het algemeen belang, het wettelijk criterium miskent (schending van de artikelen 2, 5, 6, vierde lid, en 20 van de wet van 20 april 1874):

Wat het derde onderdeel betreft:

Overwegende dat het arrest de beslissing van de correctionele rechtbank, zitting houdend in raadkamer, genomen met toepassing van artikel 7 van de wet van 20 april 1874 op de voorlopige hechtenis, waarbij eiser in voorlopige vrijheid werd gesteld met zekerheidstelling, wijzigt en het verzoek van eiser tot voorlopige invrijheidstelling verworpt;

Overwegende dat krachtens artikel 7 van de wet van 20 april 1874, juncto de artikelen 2, 5 en 6, vierde lid, van dezelfde wet, de voorlopige invrijheidstelling van de beklaagde slechts kan worden geweigerd indien de hechtenis wegens ernstige en uitzonderlijke omstandigheden in verband met de openbare veiligheid moet worden gehandhaafd;

Overwegende dat het arrest, nu het beslist, op grond van de omstandigheden die het vermeldt, dat «er dus nog steeds redenen van openbaar belang bestaan die de handhaving van de voorlopige hechtenis vereisen», zonder vast te stellen dat die omstandigheden de handhaving van de voorlopige hechtenis vereisen in het belang van de openbare veiligheid, artikel 7 van de wet van 20 april 1874 schendt;

Dat het onderdeel in zoverre gegrond is;
(...)

NOOT—*Betreffende de voorlopige invrijheidstelling*

1. Niemand kan van zijn vrijheid worden beroofd als er geen ernstige en uitzonderlijke omstandigheden die de openbare veiligheid raken voorhanden zijn. Mochten deze omstandigheden gewijzigd worden in de loop van de strafprocedure, dan dient de verdachte in vrijheid te worden gesteld (cf. Cass., 5 augustus 1910, *Pas.*, 1910, I, 412, op conclusie van eerste advocaat-generaal Terlinden).

2. Het openbaar ministerie mag de voorlopige invrijheidstelling vragen (Cass., 26 maart 1917, *Pas.*, 1916-17, 401) en wij zijn de mening toegedaan dat de strafrechter van ambtswege deze maatregel mag bevelen wanneer hij van oordeel is dat de voorlopige hechtenis niet meer gerechtvaardigd is.

3. De kamer van inbeschuldigingstelling of het vonnisrecht die het verzoek tot voorlopige invrijheidstelling moeten onderzoeken, dienen alleen na te gaan of er nog steeds ernstige en uitzonderlijke omstandigheden in verband met de openbare veiligheid aanwezig zijn die de handhaving van de voorlopige hechtenis rechtvaardigen (Cass., 20 juli 1920, *R.D.P.*, 1921, 80; Cass., 9 juni 1936, *Pas.*, 1936, I, 287/16; Hof Gent, 30 maart 1954, *R.W.*, 1954-55, 461).

4. Eertijds werd aangenomen dat de rechter die het verzoek tot voorlopige invrijheidstelling verworpt, niet verplicht was, bij gebrek aan conclusie, in zijn beslissing uitdrukkelijk te vermelden dat de hechtenis nog vereist was door ernstige en uitzonderlijke omstandigheden die de openbare veiligheid raken (Cass., 10 februari 1920, *Pas.*, 1920, I, 59; Cass., 12 december 1949, *Pas.*, 1950, I, 247; Cass., 3 oktober 1955, *Pas.*, 1956, I, 70; R. Hayoit de Termicourt, «De la détention préventive», *R.D.P.*, 1924, 394, nr. 24; *R.P.D.B.*, tw. «Détention préventive», nr. 150).

5. Er mag worden aangenomen dat ook thans nog kan worden volstaan, bij gebreke van conclusie van de beklaagde, met de vermelding dat «de hechtenis nog steeds wegens ernstige en uitzonderlijke redenen die de openbare veiligheid raken moet worden gehandhaafd», om het verzoek tot voorlopige invrijheidstelling te verwerpen.

De vernietiging van het arrest van de kamer van inbeschuldigingstelling te Antwerpen is alleen te wijten aan de omstandigheid dat de griffier een oud formulier gebruikte waarin verwezen werd naar «redenen van openbaar belang die de handhaving van de voorlopige hechtenis vereisen».

Words are the great foes of reality, beweerde Joseph Conrad...

A. Vandeplas

RAAD VAN STATE

4e KAMER — 20 DECEMBER 1983

Voorzitter: de h. Vermeulen

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

Auditeur: mevr. Vrints

Advocaat: mr. Vandezande

Ruimtelijke ordening — Gewestplan — Voorrang op vroeger gemeentelijk plan van aanleg.

Een K.B. houdende vaststelling van het gewestplan heft van rechtswege de ermede strijdige bepalingen van vroegere gemeentelijke plannen van aanleg op, en zulks ongeacht het al dan niet in herziening stellen van die vroegere plannen.

S. t/ Gemeenschapsminister van Ruimtelijke Ordening
Arrest nr. 23.832

Gezien het verzoekschrift dat Omer S. op 3 augustus 1978 heeft ingediend om de vernietiging te vorderen van het koninklijk besluit van 7 juli 1978 waarbij in hoger beroep de vergunning voor het verkavelen van een grond gelegen (...) wordt geweigerd;

(...)

Ten aanzien van de verhouding tussen het gewestplan en het B.P.A.

6. Overwegende dat verzoeker nog als middel aanvoert dat het bestreden besluit de vergunning ten onrechte heeft geweigerd, omdat de te verkavelen gronden volgens het bij koninklijk besluit van 18 februari 1964 goedgekeurd en bij koninklijk besluit van 4 november 1970 in herziening gesteld bijzonder plan van aanleg nr. 4 «Herent uitbreiding» in een zone non aedificandi liggen, terwijl bedoelde gronden volgens het bij koninklijk besluit van 7 april 1977 vastgesteld gewestplan Leuven gelegen zijn in een woongebied, en de door een gewestplan vastgestelde bestemming primeert boven de bestemmingsvoorschriften van een hoger bijzonder plan van aanleg;

7. Overwegende dat verwerende partij daartegenover stelt dat in het voorliggend geval het B.P.A. nr. 4 onverminderd geldig is gebleven, zodat de verkavelingsaanvraag, die betrekking heeft op gronden die volgens dit B.P.A. gelegen zijn in een zone waarvoor een bouwverbod bestaat, in elk geval alleen daarom reeds moest worden geweigerd;

8. Overwegende dat het juridisch kader waarin de betwisting tussen de partijen gevat ligt, in zijn essentiële trekken als volgt kan worden beschreven:

8.1. Naar luid van artikel 78, tweede lid, van de Gemeentewet, mogen de gemeentelijke verordeningen niet in strijd zijn met de wetten of de verordeningen van algemeen bestuur.

Hieruit vloeit voort dat de gemeentelijke verordeningen van rechtswege opgeheven zijn, indien dezelfde materie achteraf door wetten of verordeningen van algemeen bestuur wordt geregeld.

8.2. Een gewestplan heeft een algemeen verordenend karakter, een gemeentelijk plan van aanleg niet.

8.2.1. Reeds in de memorie van toelichting van het wetsontwerp tot organisatie van de stedenbouw en van de ruimtelijke ordening, wordt dit uitdrukkelijk bevestigd:

«Art. 2. - a) De bindende kracht van de plannen bestaat hierin, dat ze een verordenend karakter hebben. De Raad van State zelf heeft gemeend die nadere toelichting bij het ontwerp te moeten geven. De Raad van State voegt eraan toe:

1° dat, in overeenstemming met zijn arrest nr. 5433 van 21 december 1956, het koninklijk besluit dat aan een plan van aanleg bindende kracht verleent, door een bijzonder besluit niet kan worden gewijzigd, vermits het plan van aanleg een verordenende strekking heeft;

2° dat, aangezien de streek- en substreekplannen een algemeen verordenend karakter hebben, het koninklijk besluit dat daaraan bindende kracht verleent, overeenkomstig artikel 2 der wet van 23 december 1946 voor advies aan de afdeling wetgeving zal moeten worden voorgelegd.

De Regering maakt die interpretatie tot de hare. Meer in het bijzonder schat zij het door de Raad van State over de streek- en substreekplannen te geven advies op de juiste waarde. Zij ziet daarin een waarborg voor de rechtsgeldigheid van de voorschriften van het plan, ten aanzien van de eigenaars die erdoor worden getroffen.

De gemeentelijke plannen zullen aan dat voorafgaand toezicht niet worden onderworpen omdat ze, evenmin als nu, een algemeen verordenend karakter zullen hebben. Dat zal geenszins afdoen aan hun eigen verordenend karakter en de gevolgen van die plannen, noch aan het recht van de

eigenaars die zich door de plannen benadeeld mochten achten, in beroep te komen bij de gewone rechtbanken of bij de Raad van State, volgens het geval» (*Parl. doc.*, Senaat, 1958-59, doc. nr. 124, p. 46).

«Art. 9. — a) De ordening van een gewest is zoals die van een streek een verrichting van nationaal belang» (*id.*, p. 52).

«b) De noodzaak van de goedkeuring der gemeentelijke plannen van aanleg door de Koning vindt haar grond in de klassieke regelen van de administratieve voogdij, zoals ze over de meeste handelingen van de gemeenteverheid wordt uitgeoefend. De rooiplannen, die slechts op één straat, ja zelfs maar op een deel van een straat betrekking hebben, worden krachtens een meer dan honderd jaar oude tekst, de Gemeentewet van 30 maart 1836, aan de Koning ter goedkeuring voorgelegd. Waarom zou dezelfde regel niet gelden voor de plannen van aanleg, die toch heel wat belangrijker zijn?»

De Raad van State schrijft dienaangaande:

«Gemeenteverheid en centrale overheid hebben derhalve hun respectieve bevoegdheid, als omschreven in artikel 108 van de Grondwet.» Dat is wel degelijk de draagwijdte die de Regering aan de goedkeuring der gemeentelijke plannen van aanleg door de Koning wil geven.

In de administratieve rechtspraak is het nog nooit voorgekomen dat de financiële verantwoordelijkheid van de goedkeurende overheid op het spel werd gezet naar aanleiding van de uitoefening der toezichtsbevoegdheid. Anders zou die bevoegdheid immers worden ondermijnd. Wanneer de behandelde materie van gemeentelijk belang is, wordt dat kenmerk door de goedkeuring niet tenietgedaan ...» (*id.*, p. 59).

8.2.2. In zijn advies van 20 maart 1958 heeft de Raad van State het volgend commentaar gegeven m.b.t. artikel 2 van bedoeld wetsontwerp.

«Inzake algemene ruimtelijke ordening van het grondgebied, blijft de Staat ongetwijfeld het hoogste gezag; hijzelf maakt de streekplannen en de substreekplannen op. ...

Voor het opmaken van haar eigen plannen is de gemeente echter opnieuw ten volle verantwoordelijk: zij moet het plan zelf 'opmaken' en 'goedkeuren'. Ten aanzien van de door de gemeenteverheid goedgekeurde plannen, hoeft de Koning nog alleen te beslissen of hij al dan niet zijn goedkeuring zal verlenen.

Voor het ontwerp zijn algemene en bijzondere gemeentelijke plannen van aanleg een zaak van gemeentelijk belang. Gemeenteverheid en centrale overheid hebben derhalve hun respectieve bevoegdheid, als omschreven in artikel 108 van de Grondwet» (*id.*, p. 118).

8.2.3. Tijdens de verdere parlementaire voorbereiding zijn de bovenstaande beginselen nooit ter discussie gesteld.

Het kan derhalve niet worden betwist dat, bij ontstentenis van enige andersluidende bepaling in de wet houdende organisatie van de ruimtelijke ordening en van de stedenbouw, de gemeentelijke plannen van aanleg die luidens artikel 14, eerste lid, van de wet door de gemeenteraad worden aangenomen en bij koninklijk besluit worden goedgekeurd, door die goedkeuring van de Koning niet de kracht van een koninklijk besluit krijgen, maar de rang van gemeentelijke verordening blijven behouden, en dus krachtens het algemeen rechtsbeginsel van de hiërarchie onder de rechtsnormen, dat o.m. is neergelegd in artikel 108 van de Grond-

wet, een geringere rechtskracht hebben dan een bij koninklijk besluit vastgesteld gewestplan.

8.3. Zoals onder punt 8.1 is aangeduid, geldt als beginsel dat een gemeentelijke verordening geacht moet worden van rechtswege te zijn opgeheven, indien de door die gemeentelijke verordening geregelde materie achteraf door een wet of decreet, of een verordening van algemeen bestuur, wordt geregeld.

De relevante bepalingen van de wet houdende organisatie van de ruimtelijke ordening en van de stedenbouw bevestigen dit beginsel m.b.t. de diverse plannen van aanleg.

Die bepalingen worden aangetroffen in Titel I – Ruimtelijke Ordening:

— Artikel 2, § 1, derde en vierde lid, van de wet houdende organisatie van de ruimtelijke ordening en van de stedenbouw, bepaalt:

«De plannen (van aanleg) hebben verordenende kracht. Zij blijven gelden totdat zij door andere plannen kunnen worden vervangen na een herziening. Er mag alleen van worden afgeweken in de gevallen en de vormen door deze wet bepaald.

De voorschriften van een plan van aanleg waarvan overeenkomstig de artikelen 12, laatste lid, 15, laatste lid, en 16, vierde lid, wordt afgeweken, houden op te gelden.»

— Artikel 12, laatste lid, bepaalt:

«Wanneer er een streekplan bestaat, richt het gewestplan zich naar de aanwijzingen en bepalingen ervan en vult ze aan. Het kan er desnoods van afwijken.»

— Artikel 15, laatste lid, bepaalt:

«Wanneer een streek- of gewestplan bestaat, richt het algemeen plan zich naar de aanwijzingen en bepalingen ervan en vult ze aan. Het kan er desnoods van afwijken.»

— Artikel 16, vierde lid, bepaalt:

«Wanneer een streek-, gewest of algemeen plan bestaat, richt het bijzonder plan zich naar de aanwijzingen en bepalingen ervan, en vult ze aan. Het kan er desnoods van afwijken.»

8.4. Uit de lezing van de geciteerde wetsbepalingen in hun onderling verband blijkt dat de wetgever een rangorde onder de diverse plannen van aanleg heeft ingesteld en duidelijk te kennen heeft gegeven dat het lagere plan in beginsel het hogere in acht dient te nemen. De wetgever heeft evenwel ook erkend dat bij de nadere uitwerking en aanvulling van het meer algemene en hogere plan in het meer bijzondere en lagere plan, de noodzaak kan bestaan op bepaalde punten van het meer algemene plan af te wijken. Alsdan is een afwijking van dit meer algemene plan toegelaten.

Uitdrukkelijk bepaalt de wet dat, in die omstandigheden en onder die voorwaarden, de voorschriften van het hogere plan waarvan door een later meer bijzonder en lager plan wordt afgeweken, ophouden te gelden vanaf de inwerking-treding van het afwijkende, lagere plan.

Die uitdrukkelijke wetsbepaling is vereist, omdat zij een uitzondering instelt op de normale hiërarchie der normen.

8.5. De onder punt 8.3 vermelde wetsbepalingen regelen uitsluitend de totstandkoming van een lager plan na de inwerking-treding van een hoger plan.

Noch deze bepalingen, noch enige andere bepaling in titel I van de wet, regelen uitdrukkelijk de hypothese waarin een eerder vastgesteld lager plan niet overeenstemt met een later vastgesteld hoger plan.

De oplossing van het probleem van de verhouding tussen een vroeger vastgesteld lager plan en een later vastgesteld hoger plan moet dan ook worden gezocht buiten die uitdrukkelijke wetsbepalingen om.

Die oplossing wordt gevonden in het gemene recht — de Gemeentewet — alsmede in de algemene beginselen welke ten grondslag liggen aan de wet houdende organisatie van de ruimtelijke ordening en van de stedenbouw en welke kunnen worden afgeleid uit de noodzakelijke coherentie die moet ontstaan bij de onderlinge vergelijking van de onderscheidene wetsbepalingen.

8.6. Als enig aanvaardbare oplossing geldt de toekenning van grotere rechtskracht van het meer algemene, hogere plan, zoals blijkt uit wat volgt:

8.6.1. In de eerste plaats kan de grotere rechtskracht van het meer algemene, hogere plan worden afgeleid uit de interne logica van het wettelijk stelsel als zodanig.

Het zou immers geen zin hebben algemene plannen van aanleg vast te stellen wanneer de meer bijzondere plannen, tenminste in beginsel, daarmee niet in alle omstandigheden zouden moeten overeenstemmen.

Hierboven is reeds aangeduid dat het beginsel van een rangorde onder de plannen volgens het criterium van de algemeenheid ook is neergelegd in de artikelen 12, derde lid, 15, vierde lid, en 16, vierde lid, zij het dan dat die wetsbepalingen in hun onmiddellijke en uitdrukkelijke regeling enkel de gevallen op het oog hebben waar het meer bijzonder plan na het meer algemene wordt vastgesteld.

8.6.2. Artikel 2, § 2, van de wet houdende organisatie van de ruimtelijke ordening en van de stedenbouw, bepaalt dat het ministerieel besluit houdende voorlopige vaststelling van een streek- of gewestplan de uitwerking van de vroeger vastgestelde of goedgekeurde plannen van aanleg schorst in zoverre de voorschriften ervan niet meer in overeenstemming zijn met het vastgestelde ontwerp-plan.

Ook deze bepaling duidt op de meest duidelijke en onbetwistbare wijze de bedoeling van de wetgever aan dat de meer algemene, hogere plannen een grotere rechtskracht zouden hebben met de gevolgen welke daaraan zijn verbonden.

Die wetsbepaling heeft immers uiteraard op het oog de praktische uitvoering van de definitief vast te stellen streek- en gewestplannen veilig te stellen door de uitvoering van de vroeger vastgestelde meer bijzondere plannen te verbieden in zoverre zij niet in overeenstemming zijn met het vastgestelde ontwerp-plan; tenzij men aan de wetgever bewuste incoherentie wenst toe te schrijven, kan niet worden aanvaard dat vanaf de dag waarop een ontwerp van gewestplan wordt vervangen door een definitief vastgesteld gewestplan, de gemeentelijke plannen van aanleg opnieuw uitvoerbaar zouden worden tegen het definitief vastgestelde gewestplan in, waar de wetgever niet heeft gewild dat diezelfde plannen, precies ter bescherming van het definitieve gewestplan, zouden worden uitgevoerd tegen het ontwerp van gewestplan in.

8.7. Ten slotte, en ten overvloede, zelfs wanneer men ervan zou uitgaan dat alle plannen van aanleg dezelfde rechtskracht hebben, — wat een onjuiste rechtsopvatting is, zoals is aangetoond —, dan nog zouden de bepalingen van een vroeger vastgesteld lager plan die strijdig zijn met een later vastgesteld hoger plan, bij stilzwijgen van de wet op dit punt, hun materiële rechtskracht verliezen met toe-

passing van het algemeen rechtsbeginsel «lex posterior legi priori derogat».

8.8. Volledigheidshalve zij nog opgemerkt dat het hierboven uiteengezette standpunt steun vindt in de parlementaire voorbereiding:

«Alhoewel het in de wet van 1962 niet is uitgedrukt, blijkt dat de afwijking welke een op een hoger niveau opgemaakt plan brengt aan een op een lager niveau opgemaakt plan, een stilzwijgende intrekking is van het voorschrift van het lagere plan dat tegenstrijdig is geworden.

Uw Commissies hebben besloten in artikel 2 van de wet de wijzigingen aan te brengen die zij noodzakelijk achten.

Ze konden kiezen tussen twee regelingen: volgens de eerste trekt elk plan (streek-, gewest-, algemeen gemeentelijk of bijzonder plan) van rechtswege de bepalingen van elk vroeger vastgesteld of goedgekeurd ander plan in. Volgens de tweede regeling wordt de thans van kracht zijnde procedure behouden: de goedkeuring van een plan van een hoger niveau vernietigt impliciet de tegenstrijdig geworden voorschriften van een lager plan; daartegenover staat dat de tegenstrijdigheden tussen een hoger en een later opgemaakt lager plan slechts kunnen worden uitgeschakeld door de herziening van het oudste plan.

Uw Commissies zijn die laatste zienswijze bijgetreden...» (Verslag namens de verenigde commissies voor de Justitie en de Openbare Werken, *Parl. doc.*, Senaat, 1969-1970, doc. nr. 525, p. 14.)

8.9. Uit het voorgaande blijkt, als besluit, onmiskenbaar dat het koninklijk besluit houdende vaststelling van het gewestplan van rechtswege de ermede strijdige bepalingen van vroegere gemeentelijke plannen van aanleg opheft.

Deze regeling is overigens niet alleen vanuit louter juridisch standpunt de enige die conform kan worden geacht met de geest en de letter van de wet houdende organisatie van de ruimtelijke ordening en van de stedenbouw, maar daarenboven ook vanuit rechtspolitic oogpunt. Het is immers niet denkbaar dat de wetgever gewild zou hebben dat de voorschriften van een later gewestplan slechts dan zouden primeren boven de ermede strijdige voorschriften van een vroeger gemeentelijk plan van aanleg indien en voor zover de bevoegde minister zou besluiten tot de herziening van dat gemeentelijk plan van aanleg. Dit standpunt zou immers leiden tot een situatie waarin het effectieve resultaat van de door de wet nauwkeurig uitgewerkte procedure van totstandkoming van het gewestplan, met de participatie niet alleen van diverse overheidsinstanties, maar ook van alle belanghebbenden, tot niets zou kunnen worden herleid door de al dan niet bewuste inertie van de bevoegde minister die, in de hypothese van het niet in herziening stellen van de gemeentelijke plannen van aanleg, de gewestplannen als loze voorschriften zonder enige gelding voor de betrokken gemeenten zou kunnen afschrijven. Die stelling is dermate ongeloofwaardig dat zij, zonder uitdrukkelijke wetsbepaling in die zin — bepaling die hoe dan ook in de wet niet voorkomt — niet kan worden vermoed.

9. Overwegende dat de argumenten die tegen het hierboven uiteengezette en gestaafde besluit kunnen worden aangevoerd en in bepaalde rechtsleer een neerslag vinden, niet van die aard zijn dat ze enige twijfel doen rijzen nopens de juistheid van de onder punt 8 beschreven opvatting, zoals blijkt uit wat volgt:

9.1. Tegen de hierboven uiteengezette en gestaafde stel-

ling zou vergeefs worden opgeworpen dat zij afstuit op het bepaalde bij artikel 2, § 1, laatste lid, van de wet houdende organisatie van de ruimtelijke ordening en van de stedenbouw, waar onder verwijzing naar artikel 12, laatste lid, artikel 15, laatste lid, en artikel 16, vierde lid, van dezelfde wet, de gevallen zijn aangegeven waarin de voorschriften van een plan van aanleg ophouden te gelden wegens het voorkomen van ervan afwijkende voorschriften in een later vastgesteld plan. Die wetsbepaling heeft immers uitsluitend betrekking op gevallen waarin later vastgestelde meer bijzondere plannen, die dus een lagere rechtskracht hebben, afwijken van reeds bestaande meer algemene plannen.

Op grond van de hierboven aangehaalde algemene rechtsbeginselen en de geest en de economie van de wet houdende organisatie van de ruimtelijke ordening en van de stedenbouw zelf, zou, zonder de bedoelde uitdrukkelijke bepaling van artikel 2, § 1, laatste lid, van die wet, niet kunnen worden aangenomen dat de voorschriften van een lager plan materiële rechtskracht kunnen ontnemen aan daarmee niet overeenstemmende voorschriften van een hoger plan.

De onder punt 8.9 uiteengezette stelling heeft daarentegen betrekking op de omgekeerde situatie — d.i. waar een hoger plan in strijd komt met de voorschriften van een lager plan —, die door de wet niet als dusdanig uitdrukkelijk is geregeld.

In die situatie moeten, krachtens de reeds meer aangehaalde beginselen, de bestemmingsvoorschriften van het lager plan, bij ontstentenis van een uitdrukkelijk andersluidende bepaling, wijken voor die van het hogere plan.

9.2. Eveneens vergeefs zou worden aangevoerd dat artikel 2, § 1, van de wet houdende organisatie van de ruimtelijke ordening en van de stedenbouw, dat bepaalt dat een plan van aanleg — dus *elk* plan van aanleg — van kracht blijft totdat het door een ander plan wordt vervangen na herziening, zou impliceren dat een hoger plan een bestaand lager plan niet kan vervangen, omdat de procedure voor het opmaken van een hoger plan niet tot gevolg heeft dat de lagere plannen in herziening zouden zijn gesteld; de herziening van een plan van aanleg is maar mogelijk via een specifiek op dat gevolg gericht koninklijk besluit (artikel 43).

Deze stelling gaat voorbij aan het onloochenbare feit dat de wet een rangorde tussen de verschillende plannen van aanleg heeft ingesteld. Die rangorde heeft tot gevolg, o.m. dat het besluit tot het opmaken van een gewestplan of tot het herzien van het gewestplan, meteen op impliciete wijze de bepalingen van alle geldende lagere meer bijzondere plannen — d.i. gemeentelijke plannen — binnen dat gewest voor opheffing vatbaar verklaart.

De aangeduide bepaling van artikel 2, § 1, regelt uitsluitend de opeenvolging van plannen van gelijke rang, enerzijds, en de verhouding tussen plannen van aanleg en besluiten, op grond van andere wetgeving, anderzijds; die bepaling regelt niet de verhoudingen tussen plannen van aanleg van verschillende rangorde.

9.3. In tegenstelling tot wat door bepaalde rechtsleer wordt voorgehouden, is de hierboven geschetste regeling ten volle inpasbaar in de bepalingen betreffende de herziening van de plannen die vervat zijn in artikel 43 van de wet houdende organisatie van de ruimtelijke ordening en van de stedenbouw, zoals blijkt uit wat volgt:

9.3.1. Krachtens het vermelde wetsartikel 43 kan de Koning — thans de gemeenschapsminister van Ruimtelijke Ordening — op eigen initiatief beslissen dat een gemeentelijk plan van aanleg of een verkavelingsvergunning wordt herzien, o.m. indien het gemeentelijk plan of de verkavelingsvergunning niet meer in overeenstemming is met een gewestplan dat verordenende kracht heeft verkregen.

9.3.2. Die bepaling wordt soms — ten onrechte — in die zin geïnterpreteerd dat niet kan worden aanvaard dat de voorschriften van een gemeentelijk plan die strijdig zijn met het gewestplan van rechtswege, bij de inwerkingtreding van dat gewestplan, hun materiële rechtskracht verliezen, aangezien een herziening geen voorwerp meer zou hebben.

9.3.3. De toestand verschilt naargelang het een gemeentelijk plan of een verkavelingsvergunning betreft.

9.3.4. Een gemeentelijk plan van aanleg is, zoals hierboven aangeduid, een (gemeentelijke) verordening; de bepalingen en grafische voorschriften ervan, die strijdig zijn met de gewestplannen, zijn van rechtswege opgeheven bij de inwerkingtreding van het gewestplan.

Toch blijft de herziening van het gemeentelijk plan niet alleen zinvol maar zelfs noodzakelijk. Hoewel het verlies van materiële rechtskracht van de kwetsieuze voorschriften van het gemeentelijk plan dient te worden vastgesteld en in acht genomen door de rechter en de administratieve overheid, neemt zulks niet weg dat die voorschriften formeel in het gemeentelijk plan opgenomen blijven en dit plan als dusdanig formeel blijft bestaan, wat betekent dat de bouwen verkavelingsaanvragen worden afgehandeld volgens de in artikel 46 van de Stedebouwwet opgenomen bepalingen.

Het is een elementair vereiste van de rechtszekerheid dat voorschriften van gemeentelijke plannen die hun materiële rechtskracht hebben verloren, door een herzieningsprocedure ook formeel uit die plannen worden geschrapt. Daarenboven kan het wenselijk zijn dat de bestemmingsvoorschriften van het gewestplan nader uitgewerkt en gepreciseerd worden door een gemeentelijk plan van aanleg. Dit is de bedoeling van de vermelde bepaling van artikel 43, derde lid, 1°, in zover die betrekking heeft op gemeentelijke plannen van aanleg.

9.3.5. De beslissing waarbij de overheid een verkavelingsvergunning verleent, is, zoals elke vergunningsverlening, zuiver individueel van aard; ze is direct en concreet gericht tot de vergunninghouder en heft enkel voor hem het wettelijk verkavelingsverbod op.

Het beginsel van de onaantastbaarheid van de definitief door een constitutieve administratieve beschikking gevestigde concrete situaties en van de daaruit voortgekomen rechtsverhoudingen werkt ook ten aanzien van de overheid die, indien ze een constitutieve beslissing heeft genomen waarbij ze aan een bepaalde persoon in diens belang — of mede in diens belang — een als definitief bedoeld voordeel verleent, het in beginsel niet meer vermag, zodra ze die beslissing heeft vrijgegeven, om die in te trekken of retroactief te wijzigen, behoudens de uitzonderlijke gevallen dat een wetsvoorschrift die intrekking of die soort wijziging mogelijk maakt.

Dit is precies de zin van de vermelde bepaling van artikel 43, derde lid, 1°. De bepalingen en grafische voorschriften van een gewestplan hebben niet tot gevolg dat de ermede strijdige bepalingen en voorschriften van een verkavelingsvergunning van rechtswege hun materiële rechtskracht ver-

liezen; hier is telkens een uitdrukkelijke, bijkomende beslissing van de Koning — thans de gemeenschapsminister van Ruimtelijke Ordening — vereist.

Dit blijkt overigens zeer duidelijk uit de parlementaire voorbereiding; aldus o.m. het verslag van de Commissie voor de Openbare Werken van de Kamer van Volksvertegenwoordigers:

«Naar luid van een nieuw tweede lid kan de Koning beslissen dat een bijzonder plan van aanleg tot herziening van een verkavelingsvergunning moet worden opgemaakt. De verkavelingsvergunning is reeds in de wet van 1962 tot op zekere hoogte met een bijzonder plan van aanleg gelijkgesteld; er is echter geen publiciteitsmaatregel voorgeschreven bij de behandeling van een verkavelingsaanvraag; zodra de vergunning is toegestaan, bestaat geen mogelijkheid tot herziening tenzij met de unanieme instemming van de verkavelaar en de kopers. Daar het begrip ruimtelijke ordening en de toestanden evolueren, lijkt het verantwoord de herziening mogelijk te maken van de verkavelingsvergunningen waarvan het behoud een goede plaatselijke ordening of de uitvoering van werken van openbaar nut zou beletten. De herziening van een verkavelingsvergunning kan zelfs tot nietigverklaring ervan leiden. Volgens de memorie van toelichting betreft het hier een gewichtige maatregel, die in weerwil van de ten gronde gemaakte opmerking van de Raad van State, bedoeld is om de openbare besturen in staat te stellen, op voorwaarde van vervulling van zeer belangrijke formaliteiten, de bestemming van de grond te bepalen, rekening houdend met de goede plaatselijke ordening, ondanks het bestaan van enige onder particulieren gesloten overeenkomst die niet zou stroken met wat ten behoeve van die ordening op een bepaald ogenblik vereist is. Van deze maatregel zal natuurlijk slechts een behoedzaam gebruik mogen worden gemaakt, na wikken en wegen van de rechtsgevolgen ervan, van de gevolgen voor de particulieren, evenals van de financiële gevolgen die hij kan hebben in geval van toepassing van artikel 37 van de wet.» (Parl. doc., Kamer van Volksvertegenwoordigers, 1970-71, nr. 773-2, p. 22.)

9.3.6. In de bepaling van artikel 43, derde lid, 1°, kan derhalve geenszins een argument worden aangetroffen, dat het onder punt 8 gestelde zou kunnen ontzenuwen.

9.4. Een laatste argument — veeleer van politieke aard — dat vergeefs wordt aangevoerd tegen de onder punt 8 uiteengezette regeling, is dat in de hypothese van de automatische opheffing van de met een gewestplan strijdige bepalingen van een gemeentelijk plan van aanleg de gemeentelijke autonomie zou worden aangetast, wat strijdig lijkt met o.m. talrijke verklaringen van de bevoegde minister tijdens de voorbereiding van de wet van 29 maart 1962, waarbij de nadruk gelegd wordt op de belangrijkheid van de gemeentelijke inbreng.

Al heeft dit argument geen juridisch karakter, en is het derhalve in een debat voor de Raad van State als zodanig niet relevant, zij toch vermeld dat de reeds onder punt 8.3 vermelde bepalingen van de artikelen 2, § 1, 12, 15 en 16 van de wet houdende organisatie van de ruimtelijke ordening en van de stedebouw, toelaten dat planologische wijzigingen of correcties kunnen worden aangebracht — in zover de algemene economie van het gewestplan niet in het gedrang wordt gebracht — door middel van het opstellen

van gemeentelijke plannen, volgens de normale procedure, met inspraak van de bevolking.

Die manier van werken is alleszins gezonder dan de op geen wettelijke bepaling steunende hypothese waarin de bestuurlijke overheid, zonder inspraak, en met een weinig effectieve controle, zelf alleen zou oordelen over de wenselijkheid gewestplannen buiten werking te laten, door vroegere, ermede strijdige gemeentelplannen niet in herziening te stellen.

Overigens moet worden vastgesteld dat, m.b.t. de ruimtelijke ordening, de wetgever niet heeft voorzien in een stelsel van gemeentelijke autonomie, maar in een stelsel van medebewind.

10. Overwegende dat de toepassing van de hierboven omschreven regels op het huidige geval, leidt tot de vaststelling dat de verkavelingsvergunning aan verzoeker niet mocht worden geweigerd op grond van de bepalingen van het B.P.A. nr. 4 «Herent-Uitbreiding», in zover die strijdig zijn met de bepalingen van het bij koninklijk besluit van 7 april 1977 vastgesteld gewestplan Leuven, aangezien die strijdige bepalingen van rechtswege door het gewestplan zijn opgeheven; dat het bestreden besluit derhalve niet steunt op de rechtens vereiste feitelijke grondslag; dat het middel gegrond is;

11. Overwegende dat de juridische verantwoordelijkheid voor het bestreden koninklijk besluit thans, uit kracht van de bijzondere wet van 8 augustus 1980, is overgedragen naar de Vlaamse Executieve — meer bepaald uit kracht van artikel 1, § 1, tweede lid, van artikel 2, eerste onderverdeling, van artikel 6, § 1, I, 1°, en van artikel 20, van die wet —, weshalve het Vlaamse Gewest thans moet worden beschouwd als de rechtspersoon die instaat voor de kosten die volgen uit de vaststelling van de onwettigheid van het optreden van het orgaan waaraan nu de juridische verantwoordelijkheid voor dat optreden moet worden toegerekend,

Besluit:

Vernietigd wordt het koninklijk besluit van 7 juli 1978 waarbij in hoger beroep de vergunning voor het verkavelen van een grond gelegen (...) wordt geweigerd.

NOOT—Zie de uiteenlopende commentaren van F. Wasieles, A. Roosens en F.J. Croonenberghs in *De Gemeente*, 1984, 199-208.

HOF VAN BEROEP TE BRUSSEL

3e KAMER — 12 JUNI 1984

Voorzitter: de h. Slachmuylder

Raadsheren: mevr. Lamberty-Schandevel en de h. Cerckel

Openbaar ministerie: de h. Moens

Advocaat: mr. Geerinx

Burgerlijke stand — Verbetering van geboorteakte — Transseksualiteit.

De geboorteakte kan slechts worden verbeterd in geval van valsheid of van materiële vergissing bij de redactie. Een

verandering van essentiële geslachtskenmerken door een latere heelkundige ingreep is niet voldoende voor de verbetering van de geboorteakte.

Ten deze is de bij verzoeker bestaande wens tot geslachtsverduidelijking niet een louter psychologisch verschijnsel zonder verband met de bij de geboorte bestaande geslachtseigenschappen, maar een rechtmatig verlangen om zijn juridisch statuut te doen overeenstemmen met de in zijn constitutie dominante vrouwelijke eigenschappen. De door hem ondergane heelkundige behandeling heeft geen geslachtsverandering bewerkt, maar had tot doel en heeft tot gevolg het dominant vrouwelijk geslacht tot ontplooiing te brengen en de kenmerken van het mannelijk geslacht te verwijderen. Zijn verzoek tot verbetering van de geboorteakte met betrekking tot de aanduiding van geslacht en voornaam is derhalve gegrond.

C.

Advies van het openbaar ministerie

1. Wat de rechtspleging en de stelling van appellant betreft, verwijzen we naar ons advies gegeven ter terechtzitting voor het hof van 23 juni 1981.

2. Bij arrest van 11 september 1981 heeft het hof dr. V. aangesteld als deskundige met de in het arrest vermelde opdracht.

3. In zijn verslag van 12 april 1983 komt de deskundige tot het besluit: a. dat appellant een persoon van het mannelijk geslacht is op gonadisch en genetisch gebied; b. dat de morfologische criteria van de seksuele sfeer bij de geboorte die van een mannelijk persoon waren en niet verbonden schenen met misvormingen die een eventuele verwarring op dit gebied mogelijk zouden maken; c. dat de psychologische evolutie progressief overheerst werd door pulsies ten einde zich te beschouwen als vrouw, met dien verstande dat deze oriëntatie geen hinder was om in het huwelijk te treden (zelfs in geval van «blanco» en mislukt huwelijk) en zijn legerdienst te vervullen.

4. Tijdens de behandeling voor de eerste rechter heeft appellant een dossier neergelegd, waarin een aantal medische attesten; het vonnis a quo vermeldt er de conclusies van.

In de loop van de debatten voor het hof werden hieraan vier getuigenschappen toegevoegd: twee protocollen uitgewerkt door het laboratorium voor medische analyses S. en twee attesten van seksuoloog dr. F.

5. Het is juist, zoals de eerste rechter stelde, dat de authentieke akte, die de geboorteakte is, slechts *verbeterd* kan worden in geval van valsheid of van materiële *vergissing* bij de redactie.

Een verandering van geslachtskenmerken (door heelkundige ingreep) in de loop van het leven van een persoon, kan dan ook geen aanleiding geven tot een verandering in rechte van het geslacht en tot *verbetering* van de geboorteakte.

6. Het geval C. is een type-geval van de transseksueel of de interseksueel.

Zoals professor Pauwels schrijft in zijn uitgebreid artikel in het *R.W.*, 1975-76, 873 e.v., wordt deze toestand «hierdoor gekenmerkt dat een persoon fysisch (op grond van de morfologische, gonadische, hormonale en genetische criteria) een man of een vrouw is, innerlijk, qua psychologische

aanleg en mentale organisatie zich als tot het andere geslacht behorend rekent. Dit heeft tot gevolg dat hij zich gaat gedragen en kleden als een persoon van het andere geslacht dan dat waartoe hij biologisch behoort, een voorname zal trachten te dragen die met zijn psychologisch geslacht overeenkomt, zich seksueel aangetrokken voelt tot personen van het geslacht waartoe zijn lichaam hem doet behoren, en eventueel zelfs een huwelijk wil aangaan. Hij zal pogen zijn lichaam aan zijn psychologische ingesteldheid aan te passen, en de huidige geneeskunde biedt hem daartoe vrij afdoende middelen: hormonenbehandeling en operatieve ingrepen».

Verder benadrukt prof. Pauwels (cursivering door ons aangebracht):

«Zowel in de opvatting van de betrokkene als in de context van ons huidige recht zijn de verandering in de openbare houding van de transseksueel en in voorkomend geval de geneeskundige ingrepen pogingen om het behoren van betrokkene tot een bepaald geslacht *duidelijker te stellen, te verstevigen, completer te maken, veeleer dan een geslachtsverandering*.

«Er geschieden veranderingen in het gedrag en in het fysieke voorkomen van de betrokkene, maar dit is geen geslachtsverandering. Het gaat om een persoon die niet onverdeeld tot één geslacht behoorde: hij onderneemt pogingen om volkomener tot één van de twee geslachten te behoren. Hij kiest partij, in een samenleving die slechts mannen en vrouwen kent, geen tussensoort, en aan mannen en vrouwen vrij uiteenlopende rollen toeschrijft. Hij offert aan heersende opvattingen. Men zou slechts van verandering kunnen gewagen, indien onze samenleving en ons recht niet de zwart-wit onderscheiding tussen de seksen kende en oplegde. Daar de intermediaire toestand als dusdanig niet erkend is, kiest de persoon die zich in een tussenpositie bevindt tussen de twee mogelijke oplossingen, en volgt daarbij vanzelfsprekend zijn psychologische voorkeur. *De verandering heeft tot doel het 'verbeteren' van een onvolmaakte toestand. Men staat voor geslachtsverduidelijking eerder dan voor geslachtsverandering*.

«Indien het al vaststaat dat er geen geslachtsverandering intreedt door behandeling en operaties, is het weliswaar minder duidelijk of de psychologische gaardheid waarop de transseksueel zich beroept minstens in potentie bestaat van het begin. Meestal zoekt men naar de oorzaken van de transseksualiteit bij het ontstaan van het individu of in zijn zeer vroege kinderjaren. Gezien de huidige stand van de wetenschap lijkt het ons onjuist juridisch twee verschillende seksuele stadia en een moment van geslachtsverandering te voorzien: juridisch kan men o.i. best vermoeden dat de transseksueel van den beginne met geslachtstegenstrijdigheden had te kampen.

«In de mate waarin men zou denken dat de verbetering van akten van de burgerlijke stand niet mogelijk is bij wijziging van staat, is het van belang erop te wijzen dat de concrete geslachtsbepaling van transseksuelen inderdaad geen geslachtsverandering is, maar slechts een 'verbetering' van de onjuiste geslachtsaanduiding (en in voorkomend geval een logische aanpassing van de voornamen) in de akten, al dan niet ten gevolge van een medisch ingrijpen.»

7. Het bewijs van het geslacht wordt uitsluitend geleverd door de vermelding van de geboorteakte. Deze vermelding van het geslacht wordt gedaan door de ambtenaar van de

burgerlijke stand, die theoretisch het geslacht zelf zou moeten vaststellen. In de praktijk verlaat hij zich op een doktersattest, dat hem de geboorte meldt. Men neemt tevens aan dat hij noch geroepen noch bevoegd is om het geslacht vast te stellen.

In de regel geeft de vaststelling van het geslacht van een pasgeboren kind geen problemen, daar de meeste individuen duidelijk tot één enkel geslacht behoren en men zich derhalve kan verlaten op het eenvoudigst te hanteren van de door de wetenschap aanvaarde criteria (zie ons advies van 23 juni 1981), met name het *morfologisch criterium*.

Problemen doen zich slechts voor in geval van interseksexualiteit, waar dit criterium in feite onvoldoende is om de *juiste geslachtskenmerken* te onderkennen. Een bijkomende moeilijkheid is dat de wetgeving de fundamentele opvatting deelt dat ieder mens ofwel man ofwel vrouw is, en dit definitief vanaf zijn geboorte, op welk tijdstip men enkel de morfologische kenmerken zal nagaan.

Bij transseksuelen kan dus licht een verkeerde keuze gemaakt worden, omdat men met het onderzoek van één uiterlijk criterium de doorslag geeft aan geslachtskenmerken, die volgens de andere criteria wellicht als ondergeschikte te beschouwen zijn.

Aangezien transseksuelen zeldzaam zijn (volgens Pauly Green en Money geciteerd door prof. Pauwels: 1 op 100.000) schenkt de huidige praktijk voldoening, maar dient men er rekening mee te houden dat er in zeldzame gevallen een verkeerde keuze, een vergissing wordt gemaakt bij de geslachtsbepaling volgens het morfologisch criterium.

8. Er mag dus wel gesteld worden — met de evolutie van de rechtspraak ter zake — dat, indien de betrokkene vanaf de geboorte de kenmerken van de transseksueel vertoonde en zijn latere «aanpassingen» slechts tot doel hebben het vanaf zijn prille jeugd overwegende geslacht duidelijker naar voren te brengen om zo veel mogelijk het beeld van de «uniseksueel» te benaderen, hij dient te worden beschouwd als een persoon die steeds van het thans vertoonde geslacht is geweest.

Komt de vermelding van de akte van de burgerlijke stand niet overeen met deze toestand, dan dient er een *verbetering* te geschieden, om deze akte in overeenstemming te brengen met *het éne, originele geslacht van de betrokkene*.

9. *In casu:*

In zijn getuigschrift van 15 maart 1984 stelt dr. F. dat er vóór de operatie een genitale dubbelzinnigheid bestond, die samen met het hormonaal gebrek aan evenwicht tot de geboorte teruggaat.

Op het ogenblik van de geboorte van appellant was de huidige techniek van de bepaling van het geslacht door het caryotype (xx of xy) nog niet bekend en uit de meest recente wetenschappelijke onderzoeken in de biologie zou blijken dat zelfs de genetische criteria niet absoluut bepalend zijn voor het geslacht.

Het besluit van dr. F. luidt dat de hormonale balans een uitgesproken vrouwelijk karakter vertoont en, zoals gezegd, dat deze toestand vanaf de geboorte bestond.

10. Concluderend mag dus gezegd worden dat het heelkundig ingrijpen, dat appellant onderging, geen «geslachtswijziging» beoogde, doch slechts meebracht dat de vanaf de geboorte aanwezige overwegend vrouwelijke geslachtskenmerken nog duidelijker werden geaccentueerd.

Appellant is derhalve te beschouwen als een persoon van het vrouwelijk geslacht en dit vanaf zijn geboorte.

Bij de opstelling van de geboorteakte werd — wegens onoplettendheid of onwetendheid, ook al gezien de stand van de wetenschap — een foutieve vermelding van het geslacht gedaan. De verbetering van deze akte lijkt aangewezen, ook wat de voornaam betreft, daar aan een persoon van het vrouwelijk geslacht in principe geen exclusieve jongensnaam «Pierre» kan worden gegeven.

11. *Advies*: de eis is gegrond.

Arrest

Overwegende dat de eerste rechter, na te hebben vastgesteld dat «niet betwist wordt door verzoeker dat zijn geboorteakte overeenstemt met de op het ogenblik van zijn geboorte, zonder dubbelzinnigheid uiterlijk waarneembare anatomische en fysiologische kenmerken», het verzoek heeft afgewezen omdat verzoeker:

— «niet de vereiste elementen heeft naar voren gebracht die zouden toelaten dat de geboorteakte wordt verbeterd wat de vermelding van het geslacht betreft»;

— «niet bewijst dat een vergissing werd begaan door het toekennen van een mannelijke voornaam»;

Overwegende dat dr. V., aangestelde deskundige, tot het besluit is gekomen: 1° dat appellant op gonadisch en genetisch gebied de kenmerken vertoont van het mannelijk geslacht; 2° dat bij de geboorte de morfologische criteria die waren van een mannelijke persoon en niet verbonden schenen met misvormingen die een eventuele verwarring op dit gebied mogelijk zouden maken; 3° dat de psychologische evolutie van belanghebbende vanaf zijn kinderjaren progressief werd overheerst door pulsies ten einde zich te beschouwen als een vrouw;

Overwegende dat het geslacht een rechtsfeit is waarvan het bewijs streng geregeld is; dat de vermelding van het geslacht in de geboorteakte (art. 57 B.W.) door de ambtenaar van de burgerlijke stand geschiedt; dat de wetgever ervan uitgaat dat de ambtenaar zelf het geslacht vaststelt; dat, in de praktijk, de ambtenaar zich verlaat op het medische attest dat hem wordt voorgelegd;

Overwegende dat het positief recht in bepaalde gevallen onderscheid maakt tussen vrouwen en mannen; dat de vermelding van het geslacht in de geboorteakte noodzakelijkerwijze onderworpen is aan de bij de geboorte vaststelbare uiterlijke kenmerken van het geslacht van het kind;

Overwegende dat de geboorteakte slechts kan worden verbeterd in geval van valsheid of van materiële vergissing bij de redactie; dat een verandering van essentiële geslachtskenmerken, met name door een latere heelkundige ingreep, dan ook niet volstaat voor de verbetering van de geboorteakte;

Overwegende dat de wet het geslacht niet definieert, dat bij de geboorte wordt bepaald op basis van de uiterlijk waarneembare geslachtskenmerken; dat de wet echter geen bijkomende criteria uitsluit in geval van onduidelijkheid;

Overwegende dat recente wetenschappelijke navorsingen aantonen dat het gelijktijdig bestaan van vrouwelijke en mannelijke eigenschappen zelf kan bestaan bij hermafrodieten voorzien van geslachtschromosomen XY;

Overwegende dat de differentiatie van de geslachtsontwikkeling soms ernstige afwijkingen vertoont, die medisch

worden omschreven met het begrip interseksualiteit en die, volgens deskundigen, bij een zeer gering aantal personen te voorschijn komen (Nederlandse Gezondheidsraad, Rapport betreffende plastisch-chirurgische geslachtstransformatie, 1965, blz. 11 tot 13); dat bij interseksualiteit de geslachtsonderscheiding bij de geboorte niet formeel afgebakend is zodat de bepaling van het geslacht in geval van interseksualiteit een acuut probleem stelt, meer bepaald wanneer, zoals ten deze, de morfologische afwijkingen belangrijk zijn en reeds bij de geboorte gedeeltelijk te bespeuren waren (J.J. Desmarez, *Manuel de médecine légale à l'usage des juristes*, blz. 415-418);

Dat dr. S. de ontwikkeling van verzoeker in de volgende termen beschrijft: «... il s'agit d'un état constitutionnel constitué au cours de la vie embryonnaire. Au cours de cette évolution il se forme dans le diencéphale un centre dit 'centre limbique' qui serait le siège du sens de l'identité du genre. Par un mécanisme très complexe, des sécrétions hormonales imprimeraient au cerveau des programmes qui ne s'expriment qu'à l'adolescence ou à l'âge adulte ... Ceci explique l'échec des traitements psychiatriques. En d'autres termes la notion juridique du sexe orientée uniquement sur l'aspect anatomique doit être révisée puisqu'il apparaît que l'homme porte en lui, à la naissance, des potentialités qui ne s'extériorisent qu'à l'adolescence ou à l'âge adulte»;

Overwegende dat zoals professor J.M. Pauwels (K.U.L.) in zijn uitgebreid artikel verschenen in het *Rechtskundig Weekblad* (1975-76, 873) eveneens dit fenomeen heeft beschreven als zijnde de betrachting naar een bepaald geslacht overeenstemmende met de reeds bij de geboorte bestaande ingesteldheid welke jammer genoeg verschilt van sommige anatomische kenmerken die trouwens bij verzoeker reeds abnormaal waren ofschoon ze aan het bestaan van het mannelijk geslacht konden doen geloven;

Overwegende dat de betrachting tot geslachtsverduidelijking bestaande bij verzoeker derhalve niet te beschouwen is als een louter psychisch verschijnsel vreemd aan zijn geslachtseigenschappen bestaande bij de geboorte, maar als een rechtmatig verlangen om zijn juridisch statuut te doen overeenstemmen met de in zijn constitutie dominante vrouwelijke eigenschappen die onder meer worden bevestigd door de uitslagen van de medische ontledingen van het Laboratorium van dr. P., met betrekking tot hormonensamenwerking;

Overwegende dat door appellant ondergane heelkundige behandeling geen geslachtsverandering heeft verwezenlijkt maar tot doel had en tot gevolg heeft gehad het dominant vrouwelijk geslacht tot ontplooiing te brengen en de kenmerken van het mannelijk geslacht te verwijderen;

Overwegende dat appellant duidelijk tot het vrouwelijk en niet tot het mannelijk geslacht behoort; dat op grond van de boven gedane vaststellingen, die toestand reeds vóór de geboorte bestond, ofschoon hij verborgen was door de aanwezigheid van een geatrofieerde penis, die zich trouwens niet normaal heeft ontwikkeld maar die verkeerdelijk heeft doen besluiten dat het kind tot het mannelijk geslacht behoorde; dat daaruit volgt dat het verzoek gegrond is;

Om deze redenen,

Beveelt dat de akte van geboorte van verzoeker C. P., ingeschreven op (...) in de register van de burgerlijke stand

van de gemeente E., van het jaar (...) onder nummer (...), verbeterd zal worden, derwijze:

- dat men voor de vermelding van het geslacht zal lezen: «du sexe féminin» in plaats van «du sexe masculin»;
- dat men de voornaam van het kind zal lezen «Claudia» in plaats van «Pierre»;

Beveelt dat het beschikkende gedeelte van dit arrest zal worden overgeschreven in het bijgevoegd register der geboorten, lopend jaar, van de burgerlijke stand van de gemeente E. en dat er melding van gemaakt zal worden in de rand van de beide dubbels van de te verbeteren akte, waarvan geen afschrift of uittreksel meer zal mogen worden afgeleverd zonder melding van de aangebrachte verbeteringen;

Verwijst verzoeker in de kosten van de rechtspleging in beide instanties.

NOOT—Verbetering van de geboorteakte van een transseksueel: gelukkige evolutie van de hogere rechtspraak

1. Een arrest van het Hof van Beroep te Brussel wees de vordering tot verbetering van de geboorteakte van een transseksueel af (Hof Brussel, 7 mei 1974, *J.T.*, 1974, 713, *Rev. Not. B.*, 1975, 135, noot Kluger en Maes), en was er zo de oorzaak van dat deze problematiek in het Belgisch recht niet naar zijn natuurlijke oplossing voortschreed.

Om procedurele redenen die het Hof te Straatsburg inriep, bood een beroep op dit Hof ongelukkig genoeg geen uitweg, hoewel het advies van de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens meer dan hoopvol was geweest (zaak Van Oosterwijck, advies van de Commissie, 1 maart 1979; arrest van het Hof, 6 november 1980).

Ondertussen is er toch wel beweging gekomen in de Belgische rechtspraak, zodat de hoop gewettigd is dat geen wetgevend optreden nodig zal zijn om de verandering van de geslachtsaanduiding en de voornamen in de geboorteakte van de transseksueel mogelijk te maken, een ingrijpen waartoe integendeel andere staten wel zijn overgegaan (Zweden: W. 21 april 1972; Bondsrepubliek Duitsland: W. 10 september 1980; Nederland: wetsontwerp 21 januari 1982; Italië: W. 14 april 1982).

Zo aanvaardde de rechtbank te Antwerpen dat verbetering van de akte mogelijk is als men bewijst dat de transseksueel ook op morfologisch gebied geslachtsstegenrijdigheden vertoont, m.a.w. als de transseksualiteit gepaard gaat met fysieke interseksualiteit (Rb. Antwerpen, 8 februari 1979, *.W.*, 1979-80, 2064, noot Pauwels; vgl. Rb. Luik, 1 april 1981, *Jur. Liège*, 1981, 219, *R.T.D.F.*, 1983, 357).

Sommige rechtbanken zijn recent zelfs verder gegaan en hebben de verbetering van de geboorteakte toegestaan, zonder uit te maken of het om een geval van (o.m.) fysieke interseksualiteit of van (zuivere) transseksualiteit ging: Rb. Gent, 24 april 1978, *R.T.D.F.*, 1979, 413; Rb. Gent, 22 mei 1978, *R.T.D.F.*, 1979, 416; Rb. Namen, 28 april 1982, *Rev. Rég. Dr.*, 1982, 311, noot Dijon (in dit laatste geval heb ik de indruk dat de rechtbank, die zeer summier motiveert, de verbetering toestaat wegens transseksualiteit — psychologische ingesteldheid — bevestigd door uiterlijk voorkomen — medisch ingrijpen? —).

Over de relevantie van geslachtschirurgie in dezen lijken de meningen verdeeld. De rechtbank te Luik (1 april 1981,

aangeh.) houdt er rekening mee, de rechtbank te Antwerpen (15 december 1981, *R.T.D.F.*, 1982, 411) wijst ze af.

2. Het doet deugd een arrest van het Hof te Brussel te lezen dat eindelijk ook een bredere houding aanneemt.

Het hof stelt zich zeker niet revolutionair op. Zijn houding is best vergelijkbaar met en staat zeer dicht bij die van de rechtbank te Antwerpen (8 februari 1979, *aangeh.*): het zoekt steun bij morfologische tegenstrijdigheden om zich niet louter en alleen over het psychologisch geslachts criterium te moeten uitspreken. Dat betekent misschien dat het hof misschien nog aarzelt om verbetering van de geboorteakte toe te staan bij «zuivere» transseksualiteit.

Het hof is ook (terecht) voorzichtig wat de relevantie van de chirurgische ingreep betreft: deze wordt op zichzelf niet voldoende geacht, zijnde een artificiële verandering.

Nadat het Hof in Straatsburg in zijn Van Oosterwijck-arrest het onderscheid maakte tussen de procedure tot verbetering van akten en de vordering van *staat* tot wijziging van geslacht, ligt m.i. de grote betekenis van dit arrest in het feit dat het de *geslachtsverduidelijking* van de interseksueel niet als een geslachtswijziging kwalificeert (zodat men niet tot een beroep gedreven wordt op een vage, in ons recht niet georganiseerde vordering van staat tot verandering van geslacht), maar als het eindpunt van een evolutie die bij het levensbegin een aanvang nam en voor de interseksuele mens een normale zaak is (ik zou eraan toevoegen: een fundamenteel recht is in onze seksueel opgedeelde samenleving).

Prof. J.M. Pauwels

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

8e KAMER — 24 OKTOBER 1984

Voorzitter: de h. Vanderhoecht

Raadsheren: de hh. Guffens en Vandeplas (rapporteur)

Advocaat-generaal: de h. Van Camp

Bankbreuk — Bedrieglijke bankbreuk — Verduistering of verberging van actief — Pandgeving.

De gefailleerde die in strijd met de in art. 440 van de Faillissementswet opgelegde aangifteplicht, geen melding heeft gemaakt van zijn obligaties die hij in pand heeft gegeven, maakt zich niet schuldig aan bedrieglijke bankbreuk indien de failliete boedel geen aanspraak kan maken op deze obligaties; de verduistering of de verberging van bedoelde waarden inzake bedrieglijke bankbreuk vereist immers dat ze ten nadele van de failliete boedel geschiedt.

C.

Telastlegging:

1. tussen 14 augustus 1981 en 12 oktober 1981: als gefailleerd handelaar als zodanig verklaard bij vonnis van 18 augustus 1981 van de Rechtbank van Koophandel te Tongeren, zich schuldig gemaakt te hebben aan bedrieglijke bankbreuk, in casu doordat hij namelijk een gedeelte van het actief heeft verduisterd of verborgen in casu een

geldsom van minstens 5.100.000 BF welke op een buitenlandse bankrekening stond ;

II. tussen 1 januari 1978 en 13 februari 1982: met bedrieglijk opzet of met het oogmerk om te schaden, de bepalingen van het W.I.B. of van de ter uitvoering ervan genomen besluiten overtreden te hebben, in casu door voor de aanslagjaren 1978 tot en met 1981 een bedrag van telkens 415.800 BF aan roerende inkomsten niet aan te geven waarbij de volgende bedragen aan belastingen werden ontdoken : (...)

Overwegende dat de beklaagde in de loop van het jaar 1973 een som van 5.100.000 fr. op termijn heeft geplaatst op een bankrekening in Luxemburg ; dat deze termijnrekening in 1975 werd omgezet in 88.000 R.E. obligaties province of Manitoba 1975/85 tegen 9,24 % ;

dat deze obligaties in pand werden gegeven aan de Kredietbank als garantie voor zijn kaskrediet dat werd verhoogd van 1 miljoen tot 3 miljoen en later tot 5,5 miljoen frank ;

Overwegende dat de Kredietbank als pandhoudende kredietverlener ingevolge de pandakte van 13 januari 1976 in het bezit bleef van de bovenbedoelde obligaties en dat de Kredietbank op het ogenblik van het faillissement nog steeds in het bezit was van deze obligaties ; dat deze obligaties trouwens in het bezit van de Kredietbank gebleven zijn tot op het ogenblik dat het pand, met akkoord van de curator, in de loop van de maand november 1981 werd verzilverd ;

Overwegende dat deze obligaties op geen enkel ogenblik deel hebben uitgemaakt van de failliete boedel ; dat de obligaties rechtstreeks door de pandhouder werden verzilverd ; dat een eventueel batig saldo eventueel ten goede zou zijn gekomen van de failliete boedel, maar dat de verkoop van de obligaties in het onderhavige geval 4.648.518 fr. heeft opgebracht terwijl de pandhoudende schuldeiser een vordering van 8.759.907 fr. bezat zodat er geen sprake kan zijn van enig tegoed dat aan de failliete boedel toekwam ;

Overwegende dat de beklaagde, in strijd met zijn in art. 440 Faill. W. omschreven aangifteplicht, geen melding heeft gemaakt van de vermelde obligaties hoewel hem herhaalde malen werd gevraagd al zijn bezittingen aan te geven ; dat hij zich echter niet schuldig heeft gemaakt aan bedrieglijke bankbreuk nu daartoe vereist is dat de dader de bedoelde waarden ten nadele van de failliete boedel heeft verduisterd of verborgen en dat ten deze de failliete boedel geen aanspraak kon maken op deze obligaties ;

Overwegende dat beklaagde ook wordt vervolgd wegens overtreding met bedrieglijk opzet of met het oogmerk om te schaden van de bepalingen van het W.I.B., namelijk door verzuim van aangifte van de renten de belastingen op deze sommen te ontduiken ; dat deze omschrijving ter terechtzitting werd aangevuld met de vermelding «door met overtreding van art. 214 W.I.B. het formulier waarop de aangifte wordt gedaan niet te hebben ingevuld overeenkomstig de daarin voorkomende aanduidingen» ; dat dit dezelfde feiten betreft als die welke het voorwerp waren van de oorspronkelijke strafvordering ;

Overwegende dat beklaagde niet betwist dat hij de rente op de obligaties die hij in 1975 heeft aangekocht, nooit heeft aangegeven aan de fiscus ;

Overwegende dat deze feiten ongetwijfeld gelden voor de renten die de beklaagde in de loop van de jaren 1977, 1978,

1979 en 1980 heeft opgestreken, maar dat bij afwezigheid van belastingaangifteformulier niet kan worden nagegaan of de aangifte der belastingen voor het jaar 1980 vóór of na 14 februari 1981, datum waarop de nieuwe belastingwet van toepassing werd, is gedaan ;

Overwegende dat het verzwijgen van de renten in de jaren 1978 tot 1980 ongetwijfeld onder de strafbepalingen van het vroegere art. 341 W.I.B. vallen en dat deze feiten omschreven dienen te worden als volgt : «in de aangegeven omstandigheden van plaats en termijn, met het oogmerk de belasting te ontduiken, vrijwillig onvolledige of onjuiste aangiften in de inkomstenbelastingen te hebben overgelegd, van die aard dat zij vermindering van de belastingen over de aanslagjaren 1978 tot en met 1980 verschuldigd, medebrachten, feiten omschreven en bestraft door art. 341 W.I.B.» ;

Overwegende dat bij ontstentenis van nadere tijdsbepaling dient te worden aangenomen dat de beklaagde ook de aangifte voor het aanslagjaar 1981 onder vigeur van de vroegere wetgeving, die milder uitvalt voor de beklaagde, heeft gepleegd ;

Overwegende dat er aanleiding is om de beklaagde tot vier geldboeten te veroordelen, de toepassing van artikel 65 Sw. niet kunnen leiden tot een vermindering van deze straffen ;

(...)

NOOT—Zie ook Cass., 27 november 1961, *Pas.*, 1962, I, 379 ; Cass., 20 november 1973, *Pas.*, 1974, I, 309.

BURGERLIJKE RECHTBANK TE ANTWERPEN

3e KAMER — 24 MEI 1984

Voorzitter : de h. Michielsens

Rechters : de hh. Van de Merckt en De Vries

Advocaten : mrs. Vandendriessche en Vanwijck loco Dobson

Burgerlijke rechtspleging — Behandeling ter inleidende zitting — Veroordeling tot een provisionele schadevergoeding.

Volgens art. 735 Ger. W. kunnen op de inleidende zitting zaken behandeld worden waarvoor slechts korte debatten nodig zijn. Het vonnis kan worden gewezen, zelfs indien geen conclusies zijn neergelegd.

Wanneer de betwisting tussen de partijen reeds jarenlang aansleept, de verweerder over alle stukken beschikt, en hem alle stukken zijn meegedeeld, zodat hij met kennis van zaken op de inleidende zitting zijn standpunt kan verdedigen, dan is niet bewezen dat zijn rechten geschonden worden door het feit dat zijn verzoek om uitstel verworpen wordt.

De rechter kan na een behandeling op de inleidende zitting, de verweerder provisioneel veroordelen tot betaling van een schadevergoeding. Wanneer de zaak later, na kennisgeving van een deskundig verslag, ten gronde zal worden behandeld, zullen de partijen de gelegenheid hebben om over de schade te concluderen.

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

Overwegende dat de oorspronkelijke vordering ertoe strekte te doen zeggen voor recht dat geïntimeerde (oorspronkelijke eiseres) gemachtigd zou worden om de herstellingen aan het pand, gelegen te (...), overeenkomstig de bevindingen van deskundige Spietaels te laten uitvoeren door derden op kosten van appellante; appellante tevens te doen veroordelen tot een schadevergoeding van 3.151.877 fr.;

Overwegende dat de eerste rechter appellante veroordeelde tot een provisionele schadevergoeding van 500.000 fr. en, alvorens verder ten gronde te beslissen, een deskundig onderzoek beval;

Overwegende dat appellante allereerst de nietigheid van het vonnis a quo opwerpt op grond dat zij op de zitting van 17 november 1983 uitstel gevraagd had en dit haar geweigerd werd; dat echter blijkt dat uitstel primair gevraagd werd ten einde andere personen (aannemers) in vrijwaring te roepen; dat echter deze oproeping in vrijwaring of tussenkomst de behandeling van de hoofdvordering niet mocht vertragen;

Overwegende verder, dat art. 735 Ger. W. bepaalt dat op de inleidende zitting zaken behandeld kunnen worden waarvoor slechts korte debatten nodig zijn; dat het vonnis alsdan kan worden gewezen zelfs indien er geen conclusies neergelegd worden;

Overwegende dat, aangezien de betwisting tussen partij en reeds jarenlang aansleepte, appellante over alle stukken beschikte en haar alle stukken waren meegedeeld zodat zij met kennis van zaken op de inleidende zitting haar standpunt kon verdedigen en derhalve niet bewezen is dat haar rechten geschonden werden;

Overwegende dat appellante tevens uitvoerige kritiek uit betreffende schadevergoeding waartoe zij veroordeeld is en betreffende het aanstellen van de deskundige en zijn opdracht;

Overwegende dat de som van 500.000 fr. provisioneel werd uitgesproken zodat later, wanneer de zaak ten gronde zal worden behandeld, partijen over de schade kunnen concluderen;

Overwegende dat, indien al één bepaling van de huur-overeenkomst bepaalde werken ten laste zou leggen van de huurder, nog niet bewezen is dat appellante ontheven was van haar verplichtingen krachtens artt. 1719 en volgende van het Burgerlijk Wetboek; dat bedingen die indruisen tegen voormelde verplichtingen van de verhuurder eng dienen te worden geïnterpreteerd;

Overwegende dat de huurovereenkomst tussen partijen evenmin uitsluit dat de huurder schadevergoeding of genotsderving zou lijden ten gevolge van niet of niet tijdig herstellen van gebreken;

Overwegende dat ten slotte de kritiek die appellante uit tegen deskundige verslagen nu niet doeltreffend zijn en zij zulks later kan doen wanneer de zaak ten gronde, na kennisgeving van de bevolen onderzoeksmaatregel, zal behandeld worden;

(...)

NOOT—De voorlopige regeling van de toestand der partijen door de rechter ten gronde, na een behandeling ter inleidende zitting

1. Voor een goed begrip van het hiervoren afgedrukte vonnis, is het nuttig beknopt de betwisting tussen de partijen te schetsen.

De p.v.b.a. D. huurde een herberg van de n.v. B. Reeds geruime tijd klaagde D. erover dat bepaalde herstellingswerken door de verhuurster niet of te laat uitgevoerd werden. Een door de rechter aangestelde deskundige somde een aantal noodzakelijke herstellingswerken op, en merkte o.m. op dat de schade voor D. alsmear opliep, indien bepaalde werken niet dringend zouden worden uitgevoerd. Daarop dagvaardde D. de verhuurster voor de vrederechter om zich te horen machtigen die herstellingen op kosten van B. te laten uitvoeren; bovendien vorderde zij een schadevergoeding ten belope van meer dan drie miljoen frank.

Bij vonnis gewezen op de dag van de inleidende zitting (17 november 1983, A.R. nr. 9753) verklaarde de Vrederechter te Borgerhout de vordering ontvankelijk. «Provisioneel rechtdoende» veroordeelde zij de verweerster tot betaling aan de eiseres van een «provisionele schadevergoeding» van 500.000 frank, vermeerderd met de gerechtelijke interest. «Alvorens verder ten gronde te beslissen en onder voorbehoud van alle rechten van partijen», werd bovendien een aanvullend deskundigenonderzoek bevolen. Die beslissingen werden genomen op grond o.m. «dat een verder uitstel van de behandeling (...) strijdig is met de rechtmatige belangen van aanlegster, terwijl (de uitspraak) in de (genoemde) zin, de belangen van verweerster geenszins schaadt».

Het hoger beroep van B. tegen dit vonnis werd verworpen bij bovenstaand vonnis. De zaak werd voor verdere behandeling ten gronde naar de eerste rechter verwezen.

2. In zover het geannoteerde vonnis betrekking heeft op de veroordeling tot betaling van een «provisie», verdient het nadere aandacht.

In veel gevallen zal de rechter een partij slechts tot de betaling van een voorschot veroordelen indien de aansprakelijkheid van die partij *vaststaat*, en er nog enkel betwisting is over de omvang van de verschuldigde vergoeding. (Het komt trouwens voor dat de schuldeiser in een dergelijk geval niet méér vraagt dan een voorschot, met akteverlening van zijn voorbehoud voor de toekomst.)

In het besproken vonnis lijkt de «provisie», waartoe de oorspronkelijke verweerster veroordeeld werd, van een andere aard te zijn. Kennelijk hebben de eerste rechter en de appelrechters de verweerster tot betaling van een geldsom veroordeeld, *zonder* dat op enige wijze ten gronde uitspraak gedaan wordt over haar aansprakelijkheid. Zulks blijkt o.m. uit het feit dat de rechters bij het geannoteerde vonnis uitdrukkelijk weigeren in te gaan op de verweermiddelen van de appellante betreffende de grond van de zaak, meer bepaald ten aanzien van de deskundige verslagen. (Over het onderscheid tussen de provisie bevolen nadat vastgesteld werd dat de veroordeelde partij aansprakelijk is, en de provisie bevolen zonder dat over de aansprakelijkheid wordt uitspraak gedaan, zie de ongetekende noot onder Brussel, 25 juni 1974, *R.W.*, 1974-75, 2277.)

3. De bij het geannoteerde vonnis uitgesproken veroordeling tot betaling van een provisie moet dan ook beschouwd worden als een «voorafgaande maatregel ... om ... de toestand van de partijen voorlopig te regelen», in de zin van art. 19, tweede lid, Ger. W.

Bij dergelijke maatregelen gaf de Koninklijke Commissa-

ris voor de gerechtelijke hervorming de volgende commentaar: «Daardoor verstaat men, in de zin waarin Pigeau de uitdrukking gebruikte volgens de praktijk van het Châtelet, het toestaan van een provisie: de vormen daarvan zijn veranderlijk en veelvuldig» (Ch. Van Reepinghe, *Verslag over de gerechtelijke hervorming*, uitg. Belgisch Staatsblad, Brussel, 1964, I, 50). In een voetnoot werd verwezen naar een artikel van J. Gilson, destijds voorzitter van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel («Provision et provisoire», *Pand. pér.*, 1930, 613-624).

Bedoeld artikel heeft thans nog veel van zijn actualiteitswaarde behouden. Met verwijzing naar de geschriften van Pigeau, voornaamste opsteller van de «Code de procédure civile» van 1806, bespreekt de auteur daarin de verschillende vormen van de «provisie», die bij «provisoir vonnis» kunnen bevolen worden.

De «provisie», voorlopige maatregel of maatregel bij voorraad, is in die betekenis een *maatregel om de nadelige gevolgen van een proces, gelet o.m. op de duur ervan, voor een partij te beperken* (J. Gilson, *o.c.*, p. 615, nr. IV, met verwijzing naar Pigeau, *La procédure civile du Châtelet de Paris et de toutes les juridictions du Royaume*, Paris, 3e druk, (1787), I, 387; in dezelfde zin A. Braas, *Précis de procédure civile*, Brussel-Luik, 1944, 3e druk, I, p. 597, nr. 1145; *R.P.D.B.*, tw. «Jugements et arrêts», nr. 25; A. Fetweis, A. Kohl en G. de Leval, *Éléments de la procédure civile*, I, Luik, 1983, p. 192, nr. 342). Zoals reeds gezegd, kan een dergelijke maatregel verschillende vormen aannemen: naast een provisie s.s., d.w.z. de betaling van een geldsom, kan de rechter een gebod of een verbod opleggen, een sequester aanstellen, enz.

4. De definiëring van de provisie bevat in zich de aanduiding van de voorwaarde waaronder zij uitgesproken kan worden. Er is slechts aanleiding tot veroordeling tot een provisie wanneer een partij nadeel dreigt te ondervinden van de lange duur van een proces. (Uitgaande van die voorwaarde kunnen verder een vijftal belangrijke toepassingsgevallen onderscheiden worden. Rdpl. Pigeau, *o.c.*, 387-389, geciteerd bij J. Gilson, *o.c.*, pp. 617-618, nr. X.)

In de besproken zaak werd op die mogelijke schade gewezen door de eerste rechter. Zoals hiervoren gezegd, overwoog de vrederechter, met verwijzing naar een deskundig verslag, dat de schade voor de eiseres alsmatier oplep, indien geen dringende herstellingswerken zouden worden uitgevoerd. Het toekennen van de provisie werd bovendien verantwoord door het feit dat een verder uitstel van de behandeling — hetgeen vanzelfsprekend een ontbreken van enige (definitieve of) voorlopige maatregel zou impliceren — strijdig was met de rechtmatige belangen van de eiseres. Het toekennen van een provisie komt in die omstandigheden inderdaad verantwoord voor. Met de geldsom waartoe de verweerster veroordeeld is, kunnen de dringende herstellingswerken worden uitgevoerd, zodat de schade — voor de uiteindelijk aansprakelijke partij, verweester of eiseres — althans voorlopig beperkt wordt, en de partijen ondertussen kunnen twisten over de vraag wie tenslotte voor de werken zal moeten opdraaien.

5. Op grond van art. 19, tweede lid, Ger. W. heeft elke rechter de macht om een voorlopige maatregel te bevelen, tot regeling van de toestand der partijen in afwachting van een beslissing ten gronde.

De laatste jaren vooral werden vorderingen tot het ver-

krijgen van een zodanige maatregel meestal gebracht voor de rechter in *kort geding*. Dit geldt in het bijzonder voor provisionele schadevergoedingen (cf. Cass., 21 mei 1981, *Arr. Cass.*, 1980-81, 1097; L. Schuermans, J. Schryvers, D. Simoens, A. Van Oevelen en H. Schamp, «Overzicht van rechtspraak: onrechtmatige daad en schadeloosstelling (1977-1982)», *T.P.R.*, 1984 (511), pp. 584-588, nr. 23).

Theoretisch is de bevoegdheid van de rechter ten gronde om voorlopige maatregelen te bevelen, ruimer dan die van de rechter in kort geding. Laatstgenoemde kan immers, volgens art. 584 Ger. W., slechts optreden voor zover de zaak spoedeisend is, terwijl de rechter ten gronde niet door een urgentievereiste gebonden is (cf. Rb. Brussel, 8 juni 1929, *J.T.*, 1929, 492, en het advies van subst.-proc. des Konings W.J. Ganshof van der Meersch, «L'urgence et le règlement du Tribunal civil de Bruxelles», *o.c.*, 489-491). In de praktijk nochtans zijn er weinig gevallen waarin de bodemrechter wél, en de rechter in kort geding niet zou kunnen optreden. In de recente rechtspraak wordt immers aangenomen dat er urgentie is, zodra een uitblijven van een voorlopige beslissing de belangen van de eiser dreigt te schaden (zie o.m. Brussel, 19 mei 1980, *R.W.*, 1983-84, 367; Brussel, 31 augustus 1983, *R.P.S.*, 1983, met noot F. T'Kint en, *J.T.*, 1984, 213; zie verder P. Lemmens, «De aanstelling van een sekwester in kort geding», noot onder Kort ged. Kh. Brussel, 8 december 1981, *R.W.*, 1982-83, (1146), 1147, nr. 2). De mogelijkheid van schade door de enkele duur van het proces (ten gronde) is evenwel precies de voorwaarde om een provisionele maatregel te krijgen, ook voor de rechter ten gronde, zodat bevoegdheidsvereiste (voor de rechter in kort geding) en toepassingsvoorwaarde ongeveer samenvallen.

6. Wat de *gegrondheid* van de vordering tot het verkrijgen van een voorlopige maatregel betreft, lijken voor de rechter in kort geding en voor de rechter ten gronde dezelfde criteria te gelden.

Dit betekent dat de rechter een maatregel kan bevelen, «indien het bestaan van een recht voldoende waarschijnlijk is om het nemen van een beslissing te verantwoorden» (Cass., 29 september 1983, met noot, *R.W.*, 1984-85, 751; de term «voldoende waarschijnlijk recht» is een enigszins inadequate vertaling van de term «des apparences de droit suffisantes», zoals gebruikt in de oorspronkelijke Franse versie van het geciteerde arrest, met noot J.P. Coppée, *J.T.*, 1984, 330; zie ook *Pand. B.*, tw. «Jugement provisoire, provisionnel», nr. 31; J. Gilson, *o.c.*, p. 620, nr. XII, in fine; Antwerpen, 25 juni 1974, *R.W.*, 1974-75, 2271). Het is dus geenszins vereist dat de partij die een voorlopige maatregel vordert, aantoonst dat de tegenpartij een «ernstige en kennelijke» onwettigheid begaat (Cass., 21 oktober 1982, *Pas.*, 1983, I, 251) of dat de eiser m.a.w. een onbetwistbaar recht heeft (*contra*: J. Laenens, *Comm. Ger.*, art. 584 Ger. W., nr. 12). Dit neemt nochtans niet weg dat een onbetwistbaar recht gemakkelijker beschermd zal worden dan een betwistbaar recht: «(L)a protection accordée sera fonction de la qualité de la démonstration faite (des droits (apparents), à une apparence relativement faible correspondant également une protection affaiblie» (Brussel, 3 januari 1985, D. e.a. t/n.v. H. e.a., Ref 710-711/84, voorlopig onuitg.).

In het besproken vonnis overweegt de rechtbank dat — uiteraard voorlopig — niet bewezen is dat de verhuurster

ontheven zou zijn van de onderhouds- en herstellingsverplichting die principieel op haar rust. Voor het bevelen van een voorlopige maatregel ten laste van de verhuurster is die «schijn van recht» in het voordeel van de huurster voldoende.

7. Wat de gevolgen van het provisioneel vonnis betreft, geldt zowel voor de beslissing van de rechter ten gronde als voor die van de rechter in kort geding, het beginsel dat in art. 1039 Ger. W. (m.b.t. het kort geding) geformuleerd wordt: de bedoelde beslissingen brengen geen nadeel toe aan de zaak zelf. (Zie over de betekenis van die termen: D. Lindemans, «Geschiedenis van het kort geding ter verklaring van het woordgebruik in de artikelen 584 en 1039 van het Gerechtelijk Wetboek», *R.W.*, 1980-81, (2777), kol. 2810, nr. 48; dezelfde, *Comm. Ger.*, art. 1039, eerste lid, eerste zinsdeel, Ger. W.; Th. De Groeve, «De beschikking bij voorraad en de verhouding van het kort geding tot het bodemgeschil — over de interpretatie van artt. 584 en 1039 Ger. W.», *Jura Falc.*, 1983-84, 123-143).

Het geannoteerde vonnis past dit beginsel toe, waar het overweegt dat de appellante al haar middelen zal kunnen doen gelden, wanneer de zaak op een later ogenblik ten gronde zal worden behandeld. De vaststelling van een «schijn van recht» belet dus niet dat het bestaan van dat recht nog voor betwisting ten gronde vatbaar blijft. Concreet houdt zulks in dat de geïntimeerde eventueel nog kan worden veroordeeld tot integrale terugbetaling van de ontvangen provisie, zo ten gronde geen aansprakelijkheid van de appellante zou worden vastgesteld (cf. *Pand. B.*, tw. «Jugement provisoire, provisionnel», nr. 50, met verwijzing naar Brussel, 30 januari 1865, *B.J.*, 1865, (561), 576).

8. Nog i.v.m. de gevolgen van het provisioneel vonnis moet gewezen worden op het netelig probleem van de voorlopige tenuitvoerlegging. Art. 1397 Ger. W. bepaalt dat, behoudens specifieke uitzonderingen, verzet en hoger beroep tegen *eindvonnissen* de tenuitvoerlegging daarvan schorsen. Het Gerechtelijk Wetboek bevat echter geen algemene bepaling i.v.m. de tenuitvoerlegging van *vonnissen alvorens recht te doen*. Wel bepaalt art. 1496 t.a.v. één soort vonnissen alvorens recht te doen, namelijk die welke een onderzoeksmaatregel voorschrijven, dat de voorlopige tenuitvoerlegging van rechtswege geschiedt. Moet uit beide bepalingen worden afgeleid dat ook bij vonnissen die de toestand van de partijen voorlopig regelen, de voorlopige tenuitvoerlegging van rechtswege geschiedt? Die conclusie, die ongetwijfeld aan het doel van dergelijke vonnissen zou beantwoorden, lijkt verdedigbaar. (Zie ook, i.v.m. het kort geding, art. 1039 Ger. W. Vgl., in andere zin, *Pand. B.*, tw. «Exécution provisoire», nr. 7.) Gelet op de mogelijke betwistingen, verdient het voorzichtigheidshalve aanbeveling om aan de rechter een uitdrukkelijke machtiging tot voorlopige tenuitvoerlegging te vragen (artt. 1398 en 1401 Ger. W.).

9. Ten slotte zij benadrukt dat de voorlopige maatregel in de besproken zaak werd opgelegd na een behandeling op de *inleidende zitting*.

Art. 735 Ger. W. bepaalt dat de zaken waarvoor slechts korte debatten nodig zijn, behandeld worden op die zitting of verdaagd worden om op een bepaalde datum te worden gepleit. De wet bepaalt echter niet wat moet verstaan worden onder «zaken waarvoor slechts korte debatten nodig zijn». Bij betwisting tussen de partijen omtrent de vraag of

een zaak al dan niet voor onmiddellijke behandeling in aanmerking komt, is het de *rechter* die daarover uitspraak moet doen (Verslag De Baeck, *Parl. St.*, Senaat, 1964-65, nr. 170, p. 127; P. Quanjard, *Geschillen voorkomen en regelen, een praktisch handboek*, Antwerpen, 1983, p. 157, nr. 400; D. Lindemans, «De behandeling en de berechting van de vordering», in *De vereenvoudiging en versnelling van het burgerlijk proces*, H. Geinger, ed., Antwerpen, 1984, (77), p. 81, nr. 7; Vred. Grivegnée, 11 april 1984, *Jur. Liège*, 1984, 407; *contra*: Arbh. Antwerpen, 21 juni 1982, *R.W.*, 1983-84, 2563). Zoals in het besproken vonnis terecht wordt overwogen, dient de rechter daarbij rekening te houden met het recht van verdediging, en aldus na te gaan of de verweerder redelijkerwijze in de gelegenheid is zich ter inleidende zitting behoorlijk te verdedigen.

Het feit dat de behandeling van een zaak ten gronde eventueel méér dan slechts korte debatten vereist, belet geenszins dat het toekennen van een provisie reeds kan gebeuren na slechts korte debatten. Integendeel, juist omdat het gaat om een maatregel bij voorraad, die geen nadeel toebrengt aan de zaak zelf, moet relatief gemakkelijk aanvaard worden dat daàrvoor reeds op de inleidingszitting kan worden gepleit.

10. Bij wijze van conclusie kan opgemerkt worden dat de voorlopige regeling van de toestand der partijen op de inleidende zitting een mogelijkheid biedt om de nadelige gevolgen van de vertraging in de rechtsbedeling (gedeeltelijk) op te vangen. Het is niet nodig om daarvoor de rechter in kort geding in te schakelen (D. Lindemans, «De behandeling en de berechting van de vordering», *o.c.*, p. 82, nr. 9; vgl. nochtans G. de Leval, «L'examen du fond des affaires par le juge des référés», *J.T.*, 1982, (421), p. 427, nr. 28).

Wellicht wegens een zekere terughoudendheid van de rechters om ten volle gebruik te maken van de mogelijkheden die art. 19, tweede lid, Ger. W. biedt, worden relatief zelden voorlopige maatregelen bevolen door de rechter ten gronde. Het besproken vonnis vormt een gelukkige uitzondering op die toestand.

Paul Lemmens
Assistent K.U.Leuven

RECHTBANK VAN KOOPHANDEL TE TURNHOUT

KORT GEDING — 13 APRIL 1984

Voorzitter: de h. Van Cauwenbergh

Advocaten: mrs. Daelemans, Neels loco Doevenspeck en Eykerman

Handelspraktijken — Verkoop met verlies — Verbodsontheffing.

Er mag slechts om dwingende mededingingsredenen met verlies verkocht worden wanneer de prijzen waarop de handelaar zijn prijzen wil afstemmen, niet verlieslatend zijn en in 't algemeen door andere handelaars worden toegepast.

V.Z.W. N. t/ N.V. A.

Uit de in het deskundig verslag verklaarde en verantwoorde detaillering, als bijlage 1 aan het verslag toegevoegd, blijkt duidelijk en afdoend dat de (desaangaande gezamenlijk, met elkaar vermengd handelende) verweerders, gedurende periodes van het jaar 1982, de in de detaillering genoemde artikelen met verlies verkocht hebben. Het zijn bepaaldelijk, 1. suiker: klontjes Tienen, meelsuiker Graeffé, kristalsuiker; 2. Ketchup Heinz (in september werd verkocht met een verliespercentage van zelfs 6,41 %); 3. artikelen General Biscuit: Betterfood, Vitabis, Choco As D.B., Bastagne, Pas-o-vita: (het bevonden verliespercentage bij verkoop van drie eerstgenoemde artikelen liep tijdens de maanden augustus tot oktober 1982 zelfs op tot 11,14 %); 4. Unox soepen (drie soorten); 5. Candico kandijnsuiker; 6. Bier Stella Artois; 7. Nezo zout.

Alle met het oog op het vaststellen van de verkoopprijs (door verweerders voor de voormelde produkten aangerekend) aan de deskundige overgelegde en/of ter beschikking zijnde stukken en gegevens, werden naar hun dienende en betrouwbare aard in aanmerking genomen.

De door verweerders (in hun conclusie na deskundig onderzoek) als verklaring en verantwoording van de verkoop met verlies van sommige der goederen, benadrukte gegevens (telexberichten 11 maart 1983, inzake Suiker Tienen, daterend 11 maart 1983; het op 28 maart 1983 blijkbaar voor N.V. A. door N.V. General Biscuits samengesteld feitenrelaas; telexberichten 10 en 14 maart 1983 inzake Nezo) kunnen geenszins de juistheid der deskundige besluiten in het gedrang brengen.

Het verkopen met verlies van de voormelde artikelen is trouwens uiteindelijk zelfs geen voorwerp van betwisting door verweerders (in hun conclusie herinneren verweerders er immers aan «dat in de winkels ongeveer 600 artikelen worden verkocht, waarvan er slechts zeven met verlies of beperkte winstmarge werden verkocht, en dan wel degelijk gemotiveerd door de concurrentie»).

Het verweer stoelt inderdaad bepaaldelijk op de beweerdte toepasselijkheid van artikel 23, § 1, f, van de Handelspraktijkenwet.

Niet dienend zijn de aan dit verweer voorafgaande opmerkingen van verweerders, verband houdend met de door hen gerealiseerde netto-winst (jaar 1981), en met de hoedanigheid van aanlegster (een beweerd lid van aanlegster, namelijk de N.V. V., zou zelf — zij het ten tijde 15 januari 1983 — bepaalde artikelen, namelijk klontjes Tienen en General Biscuits goederen Betterfood en Vitabis, verkocht hebben tegen zelfs lagere prijzen dan die welke door verweerders worden toegepast en die tegenover hen aangemerkt worden als verkoopprijzen met verlies).

Het feit dat een verkooppolitiek, waarin de verkoop van bepaalde artikelen met verlies zijn rol speelde, succesrijk was (het nadeel der verkopen met verlies werd inderdaad blijkbaar ruim gecompenseerd door het stimuleren van de verkoop der andere, tegen hetzij gewone concurrerende prijzen, hetzij uitgesproken winstgevende prijzen te koop gestelde goederen) zwakt vanzelfsprekend het onrechtmatig zijn van de litigieuze verkopen met verlies geenszins af.

Zelfs indien de in dit geding niet betrokken rechtspersoon, de N.V. V., lid zou zijn van aanlegster, is het beweerd met verlies verkopen van bepaalde goederen door die rechtspersoon (na de periodes gedurende welke zich de verweerders aangewreven verkopen met verlies hebben voorge-

daan) zeker niet van dien aard dat het de hoedanigheid van aanlegster om, ter bescherming der belangen van de door haar vertegenwoordigde handelaars in het algemeen (de uitvoering van aanlegsters maatschappelijk doel), de voorliggende vordering in te stellen, op enigerlei wijze zou invalideren.

Verweerders beroepen zich tevergeefs op de verbodsopheffing, bedoeld in artikel 23, § 1, van de wet betreffende de handelspraktijken.

Het advies van de deskundige, behelzend het niet spelen der verbodsopheffing in het voordeel van verweerders, «daar aan de hand van de folders bewezen wordt dat deze concurrenten normaal hogere prijzen toepasten, en de verkoop tegen lagere prijzen door A. gestart werd vóór de concurrentie, en deze laatsten meestal hun prijzen aanpasten aan A.», wordt door de beweringen van verweerders, en bepaaldelijk in de vaststellingen die zij hebben laten doen (deurwaardersvaststellingen, waarvan de eerste evenwel dateert van 6 oktober 1982, dus na de dagvaarding) zeker niet ontkracht.

Dienend dwingende mededingingsredenen, zijnde de door artikel 23, § 1, f, gestelde voorwaarde der ontheffing van het in artikel 22 opgelegde verbod, blijken alleszins niet aangevoerd, laat staan bewezen.

Zelfs afdoend bewijskrachtige gegevens ontbreken, op grond waarvan de feitelijkheid als dusdanig als vaststaande is te beschouwen, namelijk dat, toen verweerders de meer genoemde produkten met verlies verkochten, deze verliesverkoopprijs afgestemd werd op en strookte met prijzen die voor dezelfde produkten door andere handelaars in het algemeen werden toegepast.

Evenwel en ten overvloede, ook indien het bewezen zou zijn dat de door verweerders genoemde, echter alleszins individueel handelende, concurrentie voor een bepaald produkt of een beperkt aantal produkten verkoopprijzen stelt (lage prijzen, dank zij bijvoorbeeld voordelige voorraadmogelijkheden of dank zij een grotere economische macht, maar waarvan niet is bewezen dat ze, voor deze concurrentie, door artikel 22 verboden verlies-verkoopprijzen zijn) die door verweerders slechts door aanwending van een verlies-verkoopprijs zijn na te volgen, is, wat het litigieuze produkt of het beperkte aantal produkten betreft, aan de voorwaarde der verbodsopheffing (zijnde immers de confrontatie met een prijs door andere handelaars in het algemeen toegepast) zeker niet meteen voldaan.

Allerminst impliceert een veronderstelde verbodsopheffing, dat de verkoper met verlies de mededinging zelfs verder stimuleert door het toepassen van nog lagere prijzen van nog meer produkten.

De ontheffing van het verbod, zoals bedoeld in artikel 23, § 1, f, betreft het geval der confrontatie met verkoopprijzen, die aan de zijde van wie ze uitgaan, geen onrechtmatige, bepaaldelijk door artikel 22 verboden, verkoopprijzen met verlies zijn.

In geval van verboden verliesprijzen is immers het gerechtelijk sanctioneren van de verboden prijs aangewezen.

Volledigheidshalve, ook indien wordt aangenomen dat een uiteraard dringend en passend verweer tegen vooropgestelde verkoopprijzen met verlies de toepassing der verbodsopheffing verantwoordt, is in het voorliggend geval, waarin zowel verweerders als de handelaars-concurrenten, op wier verkoopprijzen verweerders hun (verlies-)prijzen

zouden hebben afgestemd, exploitanten van grote warenhuizen zijn, een bedrijfssector waaraan de uitwerking der eventualiteit van een afwisselend aanzetten, vervolgens het op elkaar inspelen der verkopen van bepaalde producten met verlies (ontegenzeggelijk een nagestreefde, verhoogde omzet) alleen, en ten nadele van de kleinhandelssector, ten goede komt, de voorwaarde der verbodsontheffing, hier verantwoord strikt te interpreteren, namelijk confrontatie met *in het algemeen door andere handelaars toegepaste prijzen*, als niet reëel en niet bewezen te beoordelen.

Overtreding van de artikelen 20, 4°, en 22 van de wet van 14 juli 1971 is ten lastens verweerders dienend en afdoend bewezen:

Verweerders dient bevolen deze overtreding te staken.

Het komt evenwel niet bewezen voor, dat de gevorderde publikatie van dit vonnis een aangepaste maatregel is om tot de staking der overtreding, of de nawerking ervan, bij te dragen.

Wel is het opleggen van een dwangsom, volgens de modaliteiten hierna omschreven, verantwoord en gegrond.

Om die redenen,

Stellen ten laste van verweerders overtredingen vast van de artikelen 20, 4°, en 22 van de wet van 14 juli 1971;

Bevelen verweerders om deze overtredingen, namelijk verkoping van produkten met verlies, en het voeren van publiciteit betreffende deze verkopen, te staken.

Veroordelen verweerders tot betaling van een dwangsom van 50.000 frank voor elk, een soort uitmakende artikelen, waarvan blijkt en vastgesteld wordt dat ze in strijd met de artikelen 22 en 23 wet 14 juli 1971 met verlies verkocht worden, zulks met aanvang vanaf de tiende dag na de betekening van dit vonnis.

NOOT—Verkoop met verlies

1. Het wettelijk verbod van verkoop met verlies (art. 22 W.H.P.), bedoeld als bescherming van de zelfstandige kleinhandel tegen de ongebreidelde prijsconcurrentie vanwege de grote distributie-ondernemingen, heeft ongetwijfeld het verhoopte doel niet bereikt. Verschillende redenen leggen deze mislukking uit. De verkoop met verlies wordt slechts verboden wanneer hij de verkoop aan verbruiker betreft. Wat er in de daaraan voorafgaande stadia gebeurt, zou hoogstens op grond van art. 54 kunnen worden aangevochten maar dan in zover dat verkopen met verlies bv. door de fabrikant of importeur aan een kleinhandelaar de allures van een systematische afbraakpolitiek zou vertonen. Voorbeelden zijn tot dusver niet bekend.

Om het verbod van verkoop met verlies te omzeilen hoeft men slechts over voldoende inkoopmacht te beschikken om de producent-leverancier tot toepassing van uiterste prijzen te dwingen. Kortom, de verliezen worden op de rug van anderen geschoven (Vanden Bergh R., *Inkoopmacht en prijsconcurrentie*, 13; Nelissen-Grade J.M., noot onder Voorz. Kh. Oudenaarde, 17 juli 1979, *B.R.H.*, 1980, 534).

Dat de rechters niet steeds de nodige gestrengheid aan de

dag hebben gelegd moge blijken uit de menige voorbeelden aangehaald in mijn «Overzicht van Rechtspraak (1976-82)», *T.P.R.*, 1983, 908-915). In het hier besproken geval gaat de op het matje geroepen handelaar nog een stap verder. Ronduit wordt toegegeven dat systematisch met verlies wordt verkocht, zij het dan ook dat het slechts een zevental van de 600 te koop aangeboden produkten betreft.

2. Aan het zwakke verweer dat de verlieslatende prijzen om dwingende mededingingsredenen werden afgestemd op de prijs die in het algemeen toegepast door andere handelaars voor dezelfde produkten (art. 23, § 1, f, W.H.P.) dient nauwelijks aandacht te worden besteed.

Feitelijke omstandigheden wezen op het onjuiste van deze stelling: de concurrenten pasten normaal hogere prijzen toe; toen verweerder met lagere prijzen startte, hebben de concurrenten hun prijzen daaraan aangepast.

Toch preciseert de voorzitter nog twee voorwaarden die dienen te worden vervuld zo men zich op art. 23, § 1, f, wil beroepen:

a) De prijzen waarop men zijn prijzen wil afstemmen mogen in hoofde van diegenen die deze lagere prijzen toepassen geen verlieslatende prijzen zijn.

Men mag inderdaad zijn prijzen niet afstemmen op verlieslatende prijzen van concurrenten op gevaar af het reeds weinig waterdichte verbod van verkoop met verlies nog verder uit te hollen (anders maar o.i. ten onrechte: De Caluwé A., Leurquin X., Delcorde A.C., *Les pratiques du commerce*, nr. 361; Verougstraete I., Swennen H., «Kroniek van Belgisch Economisch Recht», *S.E.W.*, 1974, 497).

b) De prijzen waarop men zijn prijzen wil afstemmen, moeten de in het algemeen door andere handelaars toegepaste prijzen zijn.

Wat deze laatste voorwaarde betreft stelt de voorzitter dat deze «algemeenheid» niet aanwezig is omdat de concurrenten waarnaar verwezen wordt, ook grootwarenhuizen zijn. Dit argument lijkt niet overtuigend en voegt o.i. ten onrechte iets aan de wet toe.

De voorzitter had ook nog een derde o.i. onmisbare voorwaarde moeten vermelden: het moet gaan om onmiddellijke concurrenten die de lagere prijzen aanrekenen (zie o.m. Gent, 8 april 1976, *Rev. Dr. Intell.*, 1976, 280).

3. Met de formulering van het stakingsbevel ben ik niet erg gelukkig. De staking bevelen van de verkoop van produkten met verlies en van het voeren van publiciteit betreffende deze verkopen is niets anders dan een herhalen van de wettekst.

Even erg is het gesteld met de formulering van de eventueel te verbeuren dwangsom. Het is zeer de vraag wat wordt bedoeld met «elk, een soort uitmakende artikelen waarvan blijkt en vastgesteld wordt dat ze in strijd met de artt. 22 en 23 W.H.P. met verlies verkocht worden».

Andermaal wordt hier het bewijs geleverd dat het toekennen van een dwangsom niet steeds een bron van onverdeelde vreugde is.

Prof. P. De Vroede

BENELUXRECHT

JAARVERGADERING VAN DE VERENIGING VOOR VERGELIJKING VAN HET RECHT IN BELGIË EN NEDERLAND

Op 22 en 23 november 1984 kwamen leden en genodigden van de Vereniging bijeen te Nijmegen. Zij werden op de mooi gelegen campus van de universiteit verwelkomd door de Nederlandse voorzitter J.M. Maeijer. Nadat de Belgische voorzitter J. Ronse hulde had gebracht aan wijlen Ridder René Victor, vertrokken de ongeveer 70 juristen uit Noord en Zuid naar hun onderscheidene afdelingen om er te debatteren over de geplande thema's (zie de hiernavolgende verslagen).

Het werd eens te meer een verrijkende ontmoeting, die op een gelukkige wijze het tanende eenmakingsproces op het vlak van Benelux-wetgeving weet te compenseren.

Tijdens de slotvergadering werd besloten de volgende jaarvergadering in België te houden op 22 en 23 november 1985. De voorgestelde onderwerpen zijn: in de afdeling publiekrecht «Toepassing van de Europese Conventie van de rechten van de mens in België en Nederland» (preadviseurs: J. De Meyer en E.A. Alkema); in de afdeling strafrecht «De afdoening buiten proces» (preadviseurs: L. Neels en D.H. De Jong); in de afdeling privaatrecht «Het bindend advies» (preadviseurs: M. Storme en J.M. Polak).

De preadviezen 1984 werden respectievelijk uitgegeven door de uitgeverij Tjeenk-Willink te Zwolle (publiekrecht), het W.O.D.C. van het Nederlandse Ministerie van Justitie (strafrecht) en door het *Tijdschrift voor Privaatrecht* (privaatrecht).

Marcel Storme
Secretaris van de Belgische Sectie

Verslag afdeling Staatsrecht

Schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad

De levendige discussie in de afdeling Staatsrecht vond plaats aan de hand van door de preadviseurs, Th. G. Drupsteen en A. van Oevelen, bij hun preadviezen over schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad vervaardigde vraagpunten. Hoewel de Nederlandse preadviseur Drupsteen liever sprak van administratief schadevergoedingsrecht, zal ik de eerder genoemde term, waaronder dit leerstuk bekendheid heeft verworven, hanteren.

De eerste twee vraagpunten kunnen als volgt worden weergegeven:

1) Wie draagt de last van het schadebrengend «voorval»: de overheid of de burger? 2) Wie beslist over het toekennen van schadevergoeding bij een rechtmatige overheidsdaad: het bestuur of een onafhankelijke rechter, en 3) volgens welke criteria. Moeten deze van tevoren door de wetgever worden bepaald? Zo niet, kan een dergelijk stelsel dan jurisprudentieel worden opgebouwd en komt het geraden voor dat de wetgever vooraf bepaalt in welke gevallen schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad mogelijk is.

De eerste vraag kan en moet ook anders geformuleerd worden: hoeveel schade moet een burger zelf accepteren, hoeveel en welke bestanddelen mag een burger afwentelen. Dit is allereerst een rechtspolitek probleem. De invulling van een eenmaal toegekend recht op schadevergoeding is een rechtsvraag, maar de vraag of iets een schadebrengend voorval is, is een vraag voor de wetgever. Hierbij moet niet alleen op de mogelijke nadelen maar ook gelet worden op de voordelen die de overheidshandeling teweegbrengt: let zo mogelijk in de concrete situatie ook op de verrijking van de betrokken burger.

Het overheidsingrijpen kent een grote verscheidenheid. Voor de problematiek met betrekking tot schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad werd een driedeling aangebracht:

a. Overheidsactiviteiten ten dienste van het algemeen belang, waarbij de «common wealth»-idee een grote rol speelt. Deze activiteiten beogen slechts voordelen aan de gemeenschap te geven. Of en in hoeverre aan een individu al dan niet gehele schadevergoeding gegeven wordt, is een politieke keuze. Indien schadevergoeding mogelijk gemaakt wordt dient er sprake te zijn van enigerlei onbehoorlijkheid, wat verwoord kan worden in termen als billijkheid, *égalité devant les charges publiques*.

b. Het overheidsbesluit kent aan een bepaalde instantie — bijvoorbeeld de PTT — een bepaald voordeel toe — het leggen van leidingen in de grond die eigendom is van een burger. Het hiermee samenhangende nadeel moet gecompenseerd worden.

c. Er kan soms sprake zijn van een zeker gevaar of schade door of ten gevolge van de overheidshandeling. Vergoeding ligt dan in de rede.

Het zal duidelijk zijn dat de discussie zich concentreerde op de situaties bedoeld onder a. Hoewel er overeenstemming was over het feit dat, bij foutloos maar desalniettemin niet behoorlijk handelen van de overheid, schadevergoeding op zijn plaats was, stond men huiverig ten opzichte van het idee zulks in een wettelijke regeling vast te leggen. Daarmee werd duidelijk dat men meer zag in de uitbouw van een stelsel door de jurisprudentie.

Dat het een rechter dient te zijn die beslist over het toekennen van schadevergoeding, bleek nauwelijks een discussiepunt. In eerste instantie dient het bestuur zelf te beslissen over vragen om vergoeding, maar bij een blijvend conflict uiteindelijk de rechter. Het Europese Verdrag voor de rechten van de mens laat de lid-staten ook niet zoveel keus en daardoor lijkt de discussie bestuur of rechter gedateerd en achterhaald.

Bij het vraagpunt volgens welke criteria schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad moet worden toegekend, bleken de uitgangspunten in België en Nederland flink te verschillen.

In België poogt de wetgever voor specifieke situaties in speciale wetten aparte criteria te stellen waarbij, zoals één

van de deelnemers opmerkte, «de wetgever de rechter niet ver laat gaan».

Ook in Nederland bepaalt de wetgever wat een relevante schadeoorzaak is, maar geeft daarbij aan de rechter open normen die die rechter moet invullen. Het kan voorkomen dat in een wet niets geregeld wordt met betrekking tot schadevergoeding. Of dit ook betekent dat schadevergoeding uitgesloten is, dient expliciet uit de bedoeling van die wetgever te blijken, waarbij rekening moet worden gehouden met de leeftijd van de wet. Bovendien kan het voorkomen dat de rechter oordeelt dat een bepaald soort schade door de wetgever niet uitgesloten kan zijn bedoeld. Het bestuur had met die schade in de belangenafweging derhalve rekening moeten houden.

Vraagpunt 2c luidde: «Ingeval de bevoegdheid tot het toekennen van schadevergoeding aan de rechter wordt overgelaten, eventueel in graad van beroep, dient hiervoor dan de burgerlijke of de administratieve rechter bevoegd te worden verklaard?».

In België blijkt het vergoedingscontentieux ex artikel 11 van de Wet op de Raad van State niet veel om het lijf te hebben. Voorstellen tot opheffing hiervan vonden slechts tegenspraak daar waar de Raad van State bij administratieve vernietiging ook uitspraak over schadevergoeding zou moeten (kunnen) doen. Het zeer magere resultaat van het vergoedingscontentieux wordt veroorzaakt doordat de burgerlijke rechter de foutaansprakelijkheid en de evenwichtsleer steeds verder verfijnt en daarbij stoutmoedig optreedt. De gang naar de burgerlijke rechter is daardoor aantrekkelijker geworden: daar heeft de burger nog enige kans, in tegenstelling tot bij de Raad van State.

In Nederland wordt dit probleem beheerst door de vraag of de Raad van State bevoegd is, met andere woorden is er sprake van een beschikking of niet. Nu de Afdeling Rechtspraak dit begrip steeds verder oprekt en heeft uitgemaakt dat onder omstandigheden bestuurscompensatie geboden is, wil een beschikking in stand kunnen blijven (vergelijk hoofdstuk V van het preadvies van Drupsteen), lijkt deze rechtsgang de eerst aangewezen te zijn. Niet alle deelnemers bleken gelukkig met deze keuze tot oprekking, gebaseerd op het ongeschreven recht en mede afgeleid uit het feit dat vele sectorwetten (12 à 14) vergoedingsmogelijkheden kennen. Vastgesteld evenwel werd dat het vraagstuk schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad of niet door bedoelde sectorwetten, het door Rijkswaterstaat ontwikkelde systeem van bestuurscompensatie en de jurisprudentie van de Afdeling Rechtspraak van geringe omvang was geworden.

Te constateren valt derhalve dat in België door de vraag naar schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad de burgerlijke rechter meer en meer centraal staat. In Nederland daarentegen ligt het accent meer en meer op de administratieve rechter. De Belgische deelnemers achtten het, ook vanuit de optiek van eenheid van rechtspraak, dan ook wenselijk dat dergelijke verzoeken zouden behoren tot de competentie van de burgerlijke rechter. De meerderheid van de Nederlandse deelnemers daarentegen opteerde voor de administratieve rechter.

Om eenheid van rechtspraak te bevorderen kan ook overleg tussen de hoogste rechtscolleges dienst doen. Alleen in Nederland bleek dit — sporadisch — voor te komen.

Vraagpunt 3 behelsde de vraag of de vergoedingsplicht

beperkt dient te blijven tot onevenredige schade dan wel dat geopteerd moet worden voor integrale schadevergoeding. Als er sprake is van een recht of een rechtmatige aanspraak is er sprake van (schending van) een (burgerlijk) recht en derhalve recht op volledige schadevergoeding. In andere gevallen spelen billijkheidsoverwegingen.

In vraagpunt 4 brachten de preadviseurs het vraagstuk naar voren of de draagkracht van diegene die schade leidt ten gevolge van een rechtmatige overheidsdaad mede bepalend dient te zijn voor de hoogte van de toe te kennen schadevergoeding. De Nederlandse deelnemers aan de conferentie wezen een dergelijk uitgangspunt af. Het is aan de belastingwetgever overgelaten zulk een beginsel te effectueren. Bij schadevergoeding ter zake van rechtmatige overheidsdaad dient gelijkheid voorop te staan. De Belgische deelnemers waren niet unaniem. Enigen zagen wel mogelijkheden het draagkrachtbeginsel een rol van betekenis toe te kennen.

Dat de draagkracht van de overheid een rol speelt of speelde, werd feitelijk geconstateerd maar principieel afgevoerd.

De overige vraagpunten zijn niet in behandeling genomen omdat deze niet rechtstheoretisch van aard waren.

Mr. H.J.A.M. van Geest

Verslag afdeling privaatrecht

Verzwijging bij verzekeringsovereenkomsten

1. De agenda van de afdeling privaatrecht omvatte in het bijzonder de bespreking van de uitgebrachte preadviezen. Deze waren dit jaar van Belgische zijde afkomstig van de heren prof. H. Cousy, gewoon hoogleraar K.U.Leuven, en H. Claassens, lector K.U.Leuven, en van Nederlandse zijde van de heren mr. R.A. Salomons, juridisch adviseur Delta Lloyd schadeverzekering N.V., en mr. J.H. Wansink, wetenschappelijk hoofdmedewerker Verzekeringsinstituut Erasmus Universiteit Rotterdam. Als voorzitter trad op prof. J. Ronse, gewoon hoogleraar K.U.Leuven.

2. Het onderwerp van de beraadslagingen luidde: de verzwijging bij verzekeringsovereenkomsten. Hieronder samengevat te verstaan: alle vormen van onjuiste opgave of in het geheel geen opgave door de aanvrager-verzekeringnemer van voor de verzekeraar met het oog op de waardering van het risico relevante gegevens. De verzwijging en haar gevolgen worden voor wat betreft het Belgisch recht thans geregeld in art. 9 van de wet van 11 juni 1874, opgenomen in de titels X en XI van het Wetboek van Koophandel en voor wat betreft het Nederlands recht in art. 251 van het Wetboek van Koophandel. Beide voorzieningen kennen de nietigheid van de verzekeringsovereenkomst als sanctie op verzwijging, zelfs indien deze heeft plaatsgehad «zonder kwade trouw». Zowel het in België in voorbereiding zijnde voor-ontwerp van wet op de verzekeringsovereenkomst als het in Nederland in voorbereiding zijnde ontwerp-verzekeringsrecht in het Nieuw B.W. kennen daarentegen, behoudens het geval van opzet tot misleiding van de verzekeraar, aanzienlijk minder ingrijpende gevolgen voor verzekeringnemers.

3. Van de lijst van tevoren geformuleerde vraagpunten

werd een groot deel behandeld. Allereerst de vraag of de verzekeraar in het algemeen op de juistheid van de hem door de wederpartij gedane mededelingen mag afgaan, of dat hij te dien aanzien een verificatieplicht heeft. Algemeen was de opvatting, dat op de verzekeraar een dergelijke gehoudenheid niet rust, zeker niet zolang de gedane mededelingen op zich duidelijk zijn. Gewezen werd in dit verband op het arrest van de Hoge Raad van 21 januari 1966, *N.J.*, 1966, 183 (Booy-Wisman), ook al ziet dit arrest alleen op de algemene dwalingsproblematiek en niet op de verzekeringsovereenkomst in het bijzonder. Ook in de Belgische rechtsleer wordt aangenomen, dat de verzekeraar niet tot verificatie is gehouden. Verschillende arresten van het Hof van Cassatie benadrukken een en ander («sans que l'assureur ait à en opérer la vérification»). Heeft de verzekeraar evenwel reden om aan de juistheid van de opgave te twijfelen, dan zal nader onderzoek van zijn kant geboden zijn. Hiertoe kan aanleiding zijn, wanneer de verzekeraar weet, dat de verzekeringnemer geenszins deskundig is met betrekking tot de meegedeelde feiten zodat niet ondenkbaar is dat deze niet of niet geheel juist zijn. Gelet op het deskundighedsaspect kan wellicht onderscheid gemaakt worden naargelang sprake is van een consumenten- dan wel een bedrijfsverzekering.

De vraag of de wetenschap van de verzekeraar geacht moet worden te omvatten de wetenschap van ieder van zijn medewerkers, werd negatief beantwoord. Wetenschap van medewerkers, die feitelijk met het sluiten van de overeenkomst zijn belast, wordt toegerekend aan de verzekeraar, maar hiervan kan bij andere dan hierbedoelde personen slechts sprake zijn, wanneer de verzekeringnemer op redelijke gronden mag aannemen, dat aan hen gedane mededelingen te bestemder plaatsen zullen terechtkomen. In het algemeen zal toerekening van wetenschap tussen verschillende gescheiden afdelingen binnen het verzekeringsbedrijf niet op zijn plaats zijn. Niet valt in te zien, dat degene die feitelijk met de acceptatie is belast alsnog bij andere medewerkers het door de verzekeringnemer gegeven antwoord op zijn juistheid behoort te controleren.

In het huidige Nederlands recht moet de relevantie van de verzwijging worden beoordeeld naar de acceptatienormen van «een redelijk handelend verzekeraar» (HR, 19 mei 1978, *N.J.*, 1978, 607, Hotel Wilhelmina). Over de vraag echter welke invulling aan deze normen dient te worden gegeven, heerste geen eenstemmigheid. Sommigen achtten beslissend de opvatting van een objectieve toetsing, die aan normen van redelijkheid voldoet, desnoods geconcretiseerd naar de heersende mening in de bedrijfstak. Dit zou slechts anders zijn, wanneer aan de verzekeringnemer bij het aangaan van de overeenkomst de individuele opvatting van de betrokken verzekeraar kenbaar is. Anderen wilden daarentegen uitgaan van de subjectieve opvatting van de verzekeraar in kwestie. Ook naar Belgisch recht wordt aangenomen, dat het individuele acceptatiebeleid van de betrokken verzekeraar beslissend kan zijn. Men vergelijk ook het Nederlands Ontwerp-Nieuw B.W., dat eveneens spreekt van «de» verzekeraar. Dit blijkt te gaan in de richting van een subjectieve beoordelingsnorm.

Het vierde vraagpunt betrof de betekenis van de vragenlijst. De mededelingsplicht van de verzekeringnemer is immers beperkt tot die feiten, waarvan de relevantie voor hem kenbaar is. Wanneer nu de verzekeraar in een vragenlijst

een gerichte vraag opneemt, moet een zodanige kenbaarheid worden aangenomen, tenzij de vraagstelling een andere interpretatie mogelijk maakt. Antwoordt de verzekeringnemer niet, niet duidelijk of dubbelzinnig, dan is het aan de verzekeraar om óf opnieuw bij de aanvrager te informeren óf de beantwoording te laten voor wat zij is. In het laatste geval is zij kennelijk voor hem niet van belang. Een beroep op verzwijging is dan — opzet uitgezonderd — uitgesloten. Het formuleren van een open slotvraag door de verzekeraar maakt het voor de verzekeringnemer evident, dat beantwoording van de gerichte vragen voor het voldoen aan de mededelingsplicht ontoereikend is: de reeks precieze vragen heeft een niet-limitatief karakter. Het stellen van dergelijke (precieze) vragen kan echter van aard zijn de mededelingsplicht van de aanvrager te beperken (bijvoorbeeld wanneer de opgaveplicht over het schadeverleden is beperkt tot slechts enkele jaren). Het niet-hanteren van een open slotvraag wijst erop, dat de verzekeringnemer mag menen, dat de verzekeraar zich tevreden stelt met beantwoording van de precieze vragen. Wederom uitgezonderd het geval van opzet van de verzekeringnemer. De verhouding tussen het medisch onderzoek en de medische vragenlijst (gericht op de anamnese) werd geschetst als zijnde van elkaar aanvullende aard; bepaalde gegevens blijken immers doorgaans niet uit het onderzoek, doch wel uit de vragenlijst (bijvoorbeeld kranzinnigheid in de familie). Niet juist is de stelling, dat bij onjuiste beantwoording van de anamnesevragen de verzekeraar geen beroep op verzwijging zou toekomen, nu bij het medisch onderzoek de onjuistheid dier beantwoording niet is onderkend. Bij het onderzoek mag de arts op de anamnese afgaan. Het in het geheel niet gebruik maken van vragenlijsten door de verzekeraar (bij overeenkomsten die met haast worden gesloten) leidt ertoe, dat aan de verzekeringnemer minder snel kan worden tegengeworpen, dat hij had moeten begrijpen wat voor de verzekeraar van belang was, hetgeen in omstandigheden kan meebrengen, dat de verzekeringnemer zich niet aan een verzwijging schuldig maakt.

De vraag is gesteld op welke wijze de verzekeraar beschermd dient te worden in geval van een verzwijging niet te kwader trouw: óf door de mogelijkheid van opzegging van de verzekering, óf door het recht de uitkering geheel of gedeeltelijk te laten vervallen of op andere wijze. De nieuwe regelingen in beide landen worden acceptabel geacht. Voor zoveel mogelijk zijn zij gericht op continuering van de dekking. Volgens art. 7.17.1.5 NBW blijft de overeenkomst als zodanig bestaan. De verzekeringnemer kan haar opzeggen. Een algemeen opzeggingsrecht van de verzekeraar wordt — behoudens opzet — niet erkend; met name bij persoonsverzekeringen zou anders het wegvallen van de risicodekking en de onmogelijkheid een nieuwe verzekering af te sluiten wel erg bezwaarlijk zijn. Het Belgisch voorontwerp maakt bij niet-opzettelijke verzwijging onderscheid naargelang deze — bij verwezenlijking van het risico — al of niet te wijten is aan de verzekeringnemer. Treft deze een verwijt te dien aanzien, dan is de verzekeraar slechts tot een aangepaste prestatie gehouden (toepassing van het proportionaliteitsbeginsel). In de andere gevallen heeft de verzekeringnemer recht op een volledige uitkering.

Heeft de verzekeringnemer gehandeld met het opzet de verzekeraar te misleiden, dan blijft in het Belgisch voorontwerp de huidige strenge sanctie van nietigheid gelden.

Het Nederlands Ontwerp-Nieuw B.W. voorziet in een opzeggingstermijn van de verzekeraar zolang zich geen schadegeval heeft voorgedaan (art. 7.17.1.5, lid 2). Is daarvan wel sprake, dan geldt het zgn. «altijd-niets-beginsel»: verzekeraar is tot generlei uitkering gehouden (art. 7.17.1.6, lid 4). Wil de bescherming van de verzekeraar niet tot een lege dop worden, dan zal men hem moeten toestaan het bewijs van opzet tot misleiding te leveren door middel van vermoedens.

Het laatst besproken vraagpunt luidde als volgt: moet de heersende opvatting, toerekening van gedragingen en wetenschap van de zelfstandige assurantietussenpersoon aan verzekeringnemer, worden bestendigd? Of moet toerekening juist aan de verzekeraar plaatsvinden? Zo ja, in alle gevallen of slechts bij bepaalde aanknopingspunten? Of moet toerekening aan de verzekeringnemer blijven geschieden, mits voortaan duidelijk wordt geafficheerd dat de zelfstandige assurantietussenpersoon in het algemeen als lasthebber van de verzekeringnemer is te beschouwen? Geconstateerd werd dat in de praktijk een bonte verscheidenheid bestaat van tussenpersonen van allerlei juridische aard met veelal ondoorzichtige bindingen met verzekeraars. Ten aanzien van de interne verhouding tussen verzekeraar en tussenpersoon kan het volgende worden opgemerkt. Bestaat tussen hen een duidelijke juridische band (bijvoorbeeld een arbeidsovereenkomst), dan wordt de tussenpersoon aangemerkt als vertegenwoordiger van de verzekeraar. In alle gevallen waarin van een zo evidente band geen sprake is, sluit zulks evenwel nog niet uit, dat de tussenpersoon de verzekeraar kan vertegenwoordigen. In de regel wordt echter aangenomen, dat de gedragingen en wetenschap van de zelfstandige tussenpersoon niet aan de verzekeraar, maar aan de verzekeringnemer worden toegerekend. Een andere opvatting zou — volgens de Nederlandse preadviseurs — gemakkelijk kunnen voeren tot samenspanning tussen verzekeringnemer en tussenpersoon. Ook de Belgische rechtspraak neemt aan, dat de tussenpersoon de verzekeraar in het algemeen niet vertegenwoordigt, tenzij deze ingevolge een uitdrukkelijk of stilzwijgend mandaat als bijzonder lasthebber van de verzekeraar optreedt. Een deel der vergadering wenste daarentegen meer nadruk te leggen op hetgeen de verzekeringnemer op grond van bepaalde omstandigheden rechtmatig mag menen aangaande de (vertegenwoordigings-)positie van de tussenpersoon met wie hij handelt. Ten slotte werd het uitermate wenselijk geacht, dat verzekeraars in het belang van het publiek, dat veelal niet weet met wat voor soort tussenpersoon men te doen heeft, zoveel mogelijk duidelijkheid scheppen ten aanzien van de vraag, welke personen geacht worden de verzekeraar ter zake wettig te vertegenwoordigen.

4. De vergadering werd besloten met de vaststelling van het te behandelen onderwerp voor het volgend jaar. De afdeling privaatrecht zal dan beraadslagen over het bindend advies. Preadviseurs zullen zijn prof. M. Storme (België) en prof. mr. J.M. Polak (Nederland).

Mr. M. Ph. van Sint Truiden

Verslag afdeling Strafrecht

Het beroepsgeheim

De preadviezen van de heren Erdman en Verburg behandelen de wetsgeschiedenis, doctrine en rechtspraak met betrekking tot de problematiek van het beroepsgeheim. De wijze waarop de wetgever de plicht tot geheimhouding en het recht op geheimhouding als getuige in rechte heeft geregeld verschilt in België en Nederland in belangrijke mate.

In België is het openbaar maken van aan een geheimhouder toevertrouwde geheimen strafbaar gesteld in artikel 458 Sw. De geheimhouder mag, volgens genoemde bepaling, indien hij in rechte wordt geroepen een getuigenis af te leggen het geheim bekendmaken. In dat geval is hij niet strafbaar. Bepalend voor de vraag of hij inderdaad het geheim zal bekendmaken, zijn de regels van zijn beroep (deontologische regels). Wanneer is vastgesteld, dat de getuige een geheimhoudingsplicht heeft, is daarmee tegelijkertijd vastgesteld dat de getuige in rechte mag zwijgen. Geheimhoudingsrecht en geheimhoudingsplicht vallen geheel samen.

Schending van het beroepsgeheim is in Nederland strafbaar gesteld in artikel 272 W.v.Sv. Het verschoningsrecht in rechte is ook voor beroepsgeheimhouders geregeld in artikel 218 W.v.Sv. Dit verschoningsrecht komt niet altijd toe aan beroepsgeheimhouders. De klassieke grondslag is de aanwezigheid van een vertrouwensfunctie met het oog op individuele hulpverlening. Daarnaast is er volgens recente rechtspraak ruimte voor een verschoningsrecht, indien het algemeen belang dat gediend wordt met geheimhouding, zwaarder weegt dan het belang van de waarheidsvinding in het procesrecht. Deze nieuwe opening heeft in de rechtspraak overigens nog nauwelijks geleid tot tastbare resultaten.

De discussie vond plaats aan de hand van een aantal tijdens de vergadering geïnventariseerde vraagpunten. Daarnaast werden een aantal door de preadviseur Verburg ingebrachte stellingen en vraagpunten besproken.

Allereerst kwam de positie van de getuige in het algemeen aan de orde. Naar Nederlands recht heeft de getuige de plicht om te spreken, eventueel zelfs op straffe van gijzeling. Aan Belgische zijde ontstond een levendige discussie over de vraag of de getuige die de rechter meedeelt van bepaalde feiten op de hoogte te zijn, het recht heeft om geen mededelingen omtrent deze feiten te doen. Een meerderheid was van oordeel dat de plicht tot spreken in een dergelijk geval voortvloeit uit artikel 80 W.v.Sv. en dat de getuige die deze plicht niet nakomt, mogelijk strafbaar is. Indien dit standpunt wordt gevolgd, lijkt de positie van de getuige in het algemeen in beide landen niet sterk te verschillen. Van Belgische zijde werd het instituut van de gijzeling van getuigen als barbaars gekenschetst.

Als volgende punt kwam de grondslag van de geheimhoudingsplicht aan de orde. Naar algemene opvatting is de geheimhoudingsplicht van het kwartet klassieke geheimhouders (geneeskundige, advocaat, geestelijke en notaris) publiekrechtelijk van aard. De geheimhoudingsplicht van degenen die deze plicht aan een wettelijke bepaling ontleen, steunt uiteraard eveneens op het publiekrecht. Daarnaast zijn er categorieën met een privaatrechtelijke grondslag.

In dit kader werd vraagpunt 3 van Verburg besproken:

«Behoudt de verschoningsgerechtigde, nadat hij van zijn geheimhoudingsplicht is ontslagen door degene die het geheim betreft, een eigen verantwoordelijkheid ten aanzien van het eventuele spreken?» Men was van oordeel dat dit inderdaad het geval is. De publiekrechtelijke grondslag van het beroepsgeheim brengt met zich mee dat de geheimhouder, ook al is hij door de geheimgerechtigde ontslagen van zijn plicht, er zich volgens de regels van zijn beroep van moet vergewissen of hij kan spreken. In die afweging is de toestemming slechts een van de medebepalende factoren. Centraal staat dat het beroep op de juiste wijze moet kunnen blijven functioneren.

Vervolgens kwam hier stelling 7 van Verburg aan de orde: «Het ontbreken van het vertrouwensaspect in de relatie niet-behandelend arts/cliënt verhindert de toekenning van een verschoningsrecht.» De vergadering was van oordeel, dat de controle-arts een gemodificeerde geheimhoudingsplicht heeft. In verband met het doel waarvoor hij zijn werkzaamheden verricht, zal deze arts uiteraard bepaalde gegevens bekendmaken, bijvoorbeeld aan zijn opdrachtgever of aan de rechter in een geschil over arbeidsgeschiedenis. Tegenover derden is hij gehouden aan zijn beroepsgeheim. Naar Belgisch recht bepalen de regels van zijn beroep of hij in rechte een getuigenis kan afleggen. Aan Nederlandse zijde bestond over de stelling geen eenstemmigheid. Ter ondersteuning van de stelling werd aangevoerd dat hier geen sprake is van toevertrouwde gegevens met het oog op directe hulpverlening. Niet uitgesloten werd geacht dat de controle-arts in een positie komt te verkeren dat hem dergelijke gegevens wel worden toevertrouwd uit hoofde waarvan hem een verschoningsrecht zou toekomen. Zo kan hij bij zijn werk een verborgen ziekte constateren en dan in de positie van behandelend arts geraken. Daarom moet van geval tot geval worden gezien of de controle-arts als zodanig is opgetreden. Overigens zou het in dit verband te voeren om de criteria vast te stellen voor het begrip behandelend arts. Daartegenover werd gesteld dat de controle-arts het verschoningsrecht wel heeft. Indien hij bijvoorbeeld tijdens een sportkeuring een schotwond ontdekt, behoeft hij hieromtrent geen verklaring af te leggen, indien de gekeurde persoon als verdachte terechtstaat.

Nadat met algemene instemming was geconstateerd dat de geheimhoudingsplicht past bij publiekrechtelijk georganiseerde beroepsgroepen waarvoor ook een tuchtrecht bestaat, kwam het beroepsgeheim van de journalist aan de orde. Het ging hier met name om de vraag of de journalist die in rechte als getuige optreedt, het recht heeft zijn bron (mogelijk iemand die zijn geheimhoudingsplicht heeft geschonden) te verzwijgen. Geconstateerd werd dat de journalist zich niet kan beroepen op de klassieke grondslag van het beroepsgeheim. Aan het beroep van de journalist worden geen wettelijke eisen gesteld. Zijn opleiding is niet uniform geregeld. Een overheidsrecht voor journalisten bestaat niet.

Onderzocht werd of er ruimte is de journalist op een andere grondslag het recht toe te kennen om als getuige zijn bron te verzwijgen. Denkbaar is dat de journalist door zijn bron niet te noemen een belang kan dienen dat zwaarder weegt dan de waarheidsvinding in het strafrecht. De door de informant tegenover de journalist begane indiscretie kan in uitzonderlijke gevallen een belang dienen dat verzwijging van de bron rechtvaardigt. Van geval tot geval moet wor-

den gezien of het recht op informatie van de burger, dat voorafgaat aan het recht op vrijheid van meningsuiting inderdaad het zwaarst weegt. Van Belgische zijde werd een dergelijke belangenafweging niet principieel aangevochten, maar men vroeg zich af of de wettekst van artikel 458 Sw. daarvoor wel ruimte biedt. In ieder geval biedt naar Nederlands recht artikel 288 W.v.Sv. (het beletten van bepaalde vragen door de rechter) naast het verschoningsrecht een mogelijkheid voor de journalist om zijn bron te verzwijgen.

Aan de orde was voorts nog het probleem van de inbeslagneming bij geheimhouders. Men was het erover eens dat de vraag of een bepaald geschrift valt onder het geheimhoudingsrecht, moet worden getoetst aan de hand van de regels van het beroep. In België wordt in geval van huiszoeking ter inbeslagneming bij een advocaat bij de beslissing of het geschrift al dan niet valt onder het geheimhoudingsrecht het oordeel betrokken van de bij de huiszoeking aanwezige stafhouder. Dergelijke publiekrechtelijke sluisen kent men eveneens voor de overige geheimhouders. Zulk een praktijk ontbreekt in Nederland. Aan Nederlandse zijde werd wel behoefte gevoeld aan een sluiscommissie of sluisfunctionaris afkomstig uit het desbetreffende beroep. Gewezen werd op een recente (ongepubliceerde) beslissing van een Nederlandse rechter die in die richting tendeerde.

Mr. P.C. Vechter

BOEKEN

MARCEL GOVAERTS, HERMAN NIJS, OTHMAR VANACHTER en TONY VAN LOON, **Recht en verpleegkunde, een praktische handleiding voor verpleegkundigen**, Antwerpen, Kluwer, 1984, 212 blz.

Dit boek kwam tot stand na een door de Vlaamse Beroepsvereniging voor Verpleegkundig Kaderpersoneel georganiseerd symposium, waarbij de grote behoefte aan voorlichting over de rechten en plichten van verpleegkundigen werd bevestigd. De auteurs drukken er dan ook op dat de doelgroep in de eerste plaats in een niet-juridisch gevormd publiek moet gezocht worden, zodat gestreefd werd naar een sobere, eenvoudige en zakelijke benadering.

In een kort inleidend hoofdstuk worden een aantal essentiële beginselen van het recht uiteengezet in zoverre deze relevant en noodzakelijk zijn voor een goed begrip van de behandelde materie. Vervolgens wordt de rechtspositie van de verpleegkundige onderzocht, in het tweede deel in het licht van de belangrijkste beginselen van het gezondheidsrecht, waarna in een derde deel de toepasselijke arbeidswetgeving wordt ontleed.

Het gezondheidsrecht wordt omschreven als de rechtsregels die betrekking hebben op de zorg voor de gezondheid en de toepassing van het overige burgerlijk, administratief en strafrecht in dat verband. In eerste instantie wordt het wettelijk en administratief kader van de gezondheidszorg geschetst met bijzondere aandacht voor de wet van 20 december 1974 op de uitoefening van de verpleegkunde, waardoor het K.B. nr. 78 van 10 november 1967 werd gewijzigd. Hierbij wordt gewezen op een aantal duistere punten van de wet en op het uitblijven van de aangekondigde uitvoeringsbesluiten, wat tot gevolg heeft dat een aantal vragen vooralsnog geen duidelijk antwoord kunnen krijgen, bv. met betrekking tot de afbakening van de verpleegkundige activiteiten en het onderscheid tussen technisch verpleegkundige prestaties en toevertrouwde medische handelingen. In een tweede stap wordt aan de hand van de rechtspraak de juridische inhoud van het verpleegkundig handelen in een meer dynamisch en evolutief daglicht geplaatst. Aldus wordt aan de hand van een aantal concrete gevallen de betrokkenheid van

de verpleegkundige bij de uitvoering van de ziekenhuisovereenkomst en van de medische overeenkomst alsook het probleem van de delegatie van medische handelingen onderzocht. Vervolgens wordt aandacht besteed aan de relatie van de verpleegkundige met de patiënt (bv. het beroepsgeheim), waarna afsluitend de grondbeginselen van het aansprakelijkheidsrecht toegepast op de verpleegkundige worden besproken.

Bij de behandeling van de problematiek van de verpleegkundige in het arbeidsrecht wordt uitgegaan van een overzicht van de bestaande arbeidsverhoudingen en een voorstelling van het arbeidsrecht zelf, met vooral aandacht voor de bronnen van dit recht en de rol van de individuele en collectieve arbeidsovereenkomsten hierin. De lezer wordt vervolgens wegwijs gemaakt in de voor de gezondheidssector pertinente vragen naar de reglementering van de arbeidsduur en de bescherming van de vrouwenarbeid. Een aantal concreet uitgewerkte voorbeelden werpen hierbij een verhelderend licht op deze complexe en technische materie, bv. met betrekking tot de reglementering van het overwerk en de wettelijke regeling van de zwangerschapsperiode.

Het boek heeft onbetwistbaar zijn doelstelling bereikt en verschaft aan de verpleegkundigen een waardevol instrument voor een betere kennis van zijn of haar beroepssituatie. Weliswaar blijven in de gezondheidssector ten gevolge van het schaarse materiaal en de vrij jonge wetgeving een aantal vragen open, maar dit neemt niet weg dat de duidelijke probleemstelling de verpleegkundige en ook de jurist kan aanzetten tot het zoeken naar oplossingen voor de zich in de praktijk voordoende problemen. Het opnemen van de belangrijkste wetten en reglementen in een bijlage en de zeer gedetailleerde inhoudsopgave verhogen de praktische waarde van het boek.

Raf Verstraeten

MEDEDELINGEN

Rechtsmisbruik - Gepubliceerd vonnis

Pas nadat het vonnis van Kh. Gent, 1 juni 1984, reeds gepubliceerd was in het nummer van 16 februari 1985, (kol. 1721), heeft de redactie er kennis van gekregen dat tegen het vonnis hoger beroep is ingesteld en dat de zaak nog hangende is voor het Hof van Beroep te Gent.

BERICHTEN

Colloquium van gerechtsdeurwaarders

De Vlaamse Conferentie van Gerechtsdeurwaarders heeft de eer U uit te nodigen tot het bijwonen van haar 18e colloquium, dat gehouden wordt op zaterdag 23 maart 1985 in het Auditorium van de Kredietbank, Torengedouw, Schoenmarkt te Antwerpen.

Gastspreker Guy Rommel, Vrederechter van het kanton Sint-Gillis, zal er spreken over: «De rechtzoekende en zijn toegang tot het recht».

Programma

14.30 u.: aanvang van het colloquium

16.00 u.: koffiepauze

16.30 u.: debat

17.30 u.: einde - receptie aangeboden aan de deelnemers door de Directie van de Kredietbank

Vooraf aanmelden (voor 15 maart 1985) bij: Hugo Luyten, gerechtsdeurwaarder, Justitiestraat 35, 2018 Antwerpen.

TIJDSCHRIFTEN

Vlaams tijdschrift voor Gezondheidsrecht, 1984

nr. 1, september-oktober

Dupont, L., Valsheid in medische ge(tuig)schriften; Roscam Abbing, H.D.C., Wettelijke ziektekostenverzekeringen en sturingsmechanismen in de Nederlandse gezondheidszorg; Nys, H., en T'Jonck, R.-M., Kroniek van het gezondheidsrecht (wetgeving, rechtspraak, rechtsleer, parlementaire vragen en antwoorden, feiten en kronieken, boekbesprekingen, mededelingen).

Annales de Droit de Liège, 1984

nr. 3

Guillitte, P. en Dufrane-Warin; B., Relevé bibliographique

Journal des tribunaux, 1984

nr. 5307, 6 oktober

Leroy, M., La date des élections législatives ordinaires.

nr. 5308, 13 oktober

Jacqmain, J. en Delacoelette, Y., Vingt ans de statut des objecteurs de conscience en Belgique; Mahieu, M., noot onder Arbh., Brussel, 10 januari 1984 (taaldecreet, toepassingsgebied).

nr. 5309, 20 oktober

Mahillon, P., La loi du 17 juillet 1984 portant certaines mesures de nature à réduire l'arriéré judiciaire.

nr. 5310, 27 oktober

Afschrift, Th., Les mesures en vue de la promotion du capital novateur; Tulkens, J., noot onder Cass., 17 mei 1984 (onderhoudsgeld, natuurlijk kind).

Journal des tribunaux du travail, 1984

nr. 296, 10 oktober

Libert, H., De scheepskapitein, zijn rechtsstatuut vanuit het arbeidsrecht benaderd; De Leye, O., noot onder Arbh. Luik, 3 november 1983 (Paritair comité, vernietiging van benoeming van leden-werkgevers, gevolgen voor de toepassing van de kollektieve arbeidsovereenkomsten gesloten vóór die vernietiging).

De naamloze vennootschap, 1984

nr. 5, september-oktober

Hoffman, L., Werken met behoud van uitkering; Barkema, H.G., Moerland, P.W., Naar een meer flexibele beloningsstructuur; Brouwer, H.N., Het opzegverbod van art. 6 BBA in de steigers; Rietkerk, G., Effectentransacties door ingewijden; Stevens, L.G.M., Premieheffing Volksverzekeringen; Dijkstra, J. en Van der Wal, R., Toegevoegde waarde als bedrijfseconomisch begrip; Langereis, Ch. J. vervalt het nieuwe feit en komt er een verhoging bij een primitieve aanslag?; Van Mourik, J.A., Nogmaals over aandeelhouderschap en huwelijksgemeenschap.

Netherlands International Law Review, 1984

nr. 2

Fabrokh Jhabvala, On human rights and socio-economic context; Ebere Osieke, Sanctions in international law: the contributions of international organisations; Waaijer, J.M.A., Pensions and divorce: a comparative study of the legal position in various European Countries; Wessels, B., Gentlemen's Agreements regulating business relations according to Dutch civil law.

Revue critique de jurisprudence belge, 1984

nr. 3

Merchiers, Y., La tierce complicité de la violation d'une obligation contractuelle. Fin d'une incertitude (noot onder Cass., 22 april 1983); Dassel, M., Le report des pertes fiscalement récupérables en cas d'absorption ou de fusion de sociétés; état actuel de la question et incidence sur celle-ci de la troisième directive concernant les fusions des sociétés anonymes; Coppens, P. en T'Kint, F., Examen de jurisprudence 1979-1983, Les faillites et les concordats.