

RECHTSKUNDIG WEEKBLAD

REDACTIEADRES: ALBERTSTRAAT 25, 2018 ANTWERPEN

HET VERHOOR VAN MEDEBEKLAAGDEN EN MEDEBESCHULDIGDEN

I. Inleiding

1. Volgens artikel 7 van titel XIV van de Ordonnance criminelle van 1670 moest de verdachte vóór zijn ondervraging de eed afleggen¹. Deze bepaling werd niet zonder enig verzet aangenomen. Het bezwaar werd geopperd dat de eedaflegging de verdachte voor een dilemma stelde: ofwel een valse getuigenis plegen door de waarheid te ontkennen ofwel zichzelf te beschuldigen door de feiten te bekennen. Het is derhalve niet verwonderlijk dat de voorstanders van een hervorming van de strafwetgeving in de tweede helft van de XVIIIe eeuw gepleit hebben voor de opheffing van deze bepaling die als nadelig voor de verdediging werd ervaren². Onmiddellijk na de Franse revolutie werd bij decreet van 8 en 9 oktober 1789 de eedaflegging voor de verdachte afgeschaft.

Artikel 12 van voornoemd decreet bepaalde: «Pour cet interrogatoire et pour tous les autres, le serment ne sera plus exigé de l'accusé, et il ne le prêtera, pendant le cours de l'instruction, que dans le cas où il voudrait alléguer des reproches contre les témoins»³. De latere wetgevingen betreffen enkel de eedaflegging van getuigen, gezworenen, deskundigen en tolken. Er wordt op het Europees vasteland niet betwist dat de geest zelf van de moderne wetgeving zich verzet tegen de eed van de verdachten omdat hij strijdig is met hun recht op verdediging.

2. Volgens de Ordonnance criminelle was de verdachte, die verklaringen tegen zijn medeverdachte had afgelegd, beschouwd als een getuige à charge. De eed de waarheid te verklaren moest vooraf afgelegd worden en vervolgens werd overgegaan tot de confrontatie. De confrontatie tus-

sen een verdachte en zijn medeverdachte werd «affrontation» of «accarement» genoemd⁴.

3. Vanaf het tijdstip dat de eedaflegging van de verdachte in zijn eigen zaak werd afgeschaft, werd logischerwijze ook aangenomen dat de medeverdachten niet langer als getuigen kunnen worden beschouwd en derhalve niet de ene tegen de andere onder eed mogen worden verhoord. Oudere auteurs stellen dan ook dat een verdachte nooit als getuige tegen zijn medeverdachte kan worden gehoord en enkel geïnterpelleerd kan worden bij wijze van ondervraging over wat hij weet van zijn medeverdachten⁵.

4. Een medeverdachte kan niet worden beschouwd als een getuige omdat hij wegens zijn bijzondere situatie geneigd zal zijn de andere medeverdachten de schuld in de schoenen te schuiven. Er bestaat een gevaar van onbetrouwbaarheid van zijn verklaringen, die het onmogelijk maakt de hoedanigheid van verdachte met die van getuige te verenigen. Indien dus gesteld kan worden dat ten aanzien van de verklaringen van medeverdachten de kans op verdraaiing van feiten ten nadele van medeverdachten groot is, moet toch ook beklemtoond worden dat evenmin een getuigenis van een verdachte ten voordele van een medeverdachte zou kunnen worden aanvaard⁶. Garraud schrijft in dit verband: «Ces personnes (...) sont parties militantes dans la cause dont il s'agit: leur rôle ne peut se concilier, le bon sens et la justice l'indiquent avec celui de témoin. Il est bien évident en effet que dans un même procès, il ne saurait être permis de les faire déposer sous la foi du serment, les unes

⁴ MORIN, A., *Dictionnaire du droit criminel*, V° «Témoin», p. 738.

⁵ DUVERGER F., *Manuel des juges d'instruction*, II, nr. 270; MORIN A., o.c., V° «Témoin», p. 747.

⁶ MORIN A., o.c., V° «Témoin», p. 747; Fokkens J.W., *Bewijzen in het strafprocesrecht*, 2e druk, pp. 57-59; NIJBOER J.F., *Algemene grondslagen van de bewijsbeslissing in het Nederlandse strafprocesrecht*, artt. 338-344, p. 63.

¹ Zie *Ordonnance de Louis XIV, Roi de France et de Navarre, donnée à Saint Germain en Laye au mois d'Août 1670 pour les matières criminelles*, Swinnen, Brussel, 1981, p. 85.

² Noot onder Crim., 21 augustus 1879, *Dall. Pér.*, 1880, I, 89.

³ *Pasin.*, 1789-1790, 48.

contre les autres, pas plus que les unes pour les autres»⁷.

5. Volledigheidshalve moet gewezen worden op de onzekerheid van de toestand van de getuige die weigert op bepaalde vragen te antwoorden, terwijl hij beweert dat hij daardoor zijn eigen strafrechtelijke aansprakelijkheid in het gedrang zou brengen.

Artikel 219 van het Nederlandse Wetboek van Strafvordering bepaalt dat de getuige zich kan verschonen van het beantwoorden van een hem gestelde vraag indien hij daardoor zichzelf aan het gevaar van een strafrechtelijke veroordeling zou blootstellen. De ratio van deze bepaling is duidelijk te vermijden iemand te stellen voor het dilemma: valse getuigenis of strafrechtelijke veroordeling⁸.

In België aanvaardt de rechtsleer meestal dat wie, door als getuige onder eed de waarheid te zeggen, zichzelf aan strafvervolgingen zou blootstellen in principe mag weigeren een verklaring af te leggen⁹. Maar de rechtspraak van het Hof van Cassatie is duidelijk verdeeld. Een arrest van 21 februari 1882¹⁰ acht de weigering te spreken wettig, terwijl een arrest van 10 juli 1916¹¹ integendeel vindt dat geen enkele wet zulk een recht aan een getuige geeft en dat een getuige zichzelf niet de hoedanigheid van verdachte mag aanmeten.

Zowel op theoretisch als op praktisch vlak zou deze vraag verdere aandacht verdienen. Hoe de bezorgdheid de waarheid aan de dag te brengen te verenigen met de bescherming van de positie van personen vanuit ethische of rechtspolitieke beginselen is een zware opgave. Dat de getuige een verschoningsrecht put uit het principe dat niemand gedwongen mag worden belastende gegevens tegen zichzelf aan te dragen, is een deelaspect van het breder probleem van het recht op stilzwijgen¹². Maar op praktisch gebied rijzen er vragen omtrent de toepassing van dit speciaal verschoningsrecht: moet de rechter gehoor geven aan elke bewering van een getuige, dat hij door antwoord te geven op zijn vragen, zichzelf beschuldigt?

Deze vraag zal verder niet uitgediept worden. Maar ze moest worden aangestipt in deze inleiding omdat de zuiver formeel technische interpretatie van het begrip medeverdachte van de rechtspraak, die dadelijk wordt onderzocht, in bepaalde gevallen althans een persoon kan stellen voor de keus ofwel de waarheid te vervalsen en wegens valse getuigenis te worden veroordeeld ofwel zichzelf aan strafvervolgingen bloot te stellen, aangezien in geval van weigering te antwoorden gedreigd wordt met dezelfde straffen als in geval van niet-verschijning van de getuige.

⁷ GARRAUD R., *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, II, nr. 410.

⁸ MYJER E., *Van duimschroef naar bloedproef*, Beschouwingen over de regel dat niemand gedwongen mag worden zichzelf te belasten, preadvies voor de Nederlandse vereniging voor rechtsvergelijking, 1978, pp. 13 en 16.

⁹ DECLERCQ R., *Strafvordering*, I, 7e druk, 1983, p. 136; D'HAENENS J., *Belgisch strafprocesrecht*, II, A, p. 75.

¹⁰ Cass., 21 februari 1882, *Pas.*, 1882, I, 74.

¹¹ Cass., 10 juli 1916, *Pas.*, 1917, I, 195.

¹² DECLERCQ R., *Le droit au silence*, verslag uitgebracht op het IXe congres van de Académie internationale de droit comparé in 1974, pp. 611-626, i.h.b. 617-618.

II. De rechtspraak

A. De Belgische rechtspraak

6. Verschillende gevallen, die alle betrekking hebben op het probleem van het verhoor van medebeklaagden of medebeschuldigten ter terechtzitting, werden door de hoven en rechtbanken behandeld.

Een eerste geval betreft het verhoor voor het hof van assisen van personen die verklaringen voor de onderzoeksrechter hebben afgelegd en nog niet vervolgd en verwezen werden naar een vonnisgerecht. Uit hun verklaringen zouden nochtans elementen kunnen worden geput om ze te beschouwen als mededaders of medeplechtigen van de beschuldigde, die voor het hof van assisen verschijnt. De verdediging verzette zich tegen hun verhoor. De rechtspraak nam echter aan dat het niet in de bevoegdheid ligt van het hof ze de hoedanigheid van mededader of medeplechtige toe te kennen. Derhalve werden ze als getuigen gehoord¹³.

Kan een persoon die buiten vervolging is gesteld in dezelfde zaak als die van de beschuldigde, als getuige onder eed worden gehoord over feiten die waren gepleegd op een tijdstip dat hij nog in de zaak betrokken was? Het Hof van Cassatie oordeelde onlangs dat geen enkele wetsbepaling verbiedt bij de behandeling ter terechtzitting van het hof van assisen een oud medeverdachte die buiten vervolging is gesteld, als getuige te horen¹⁴.

Een procedure kan gesplitst worden ten gevolge enerzijds van de toepassing van wetsbepalingen inzake bevoegdheid en anderzijds van het aanbrengen op verschillende tijdstippen van zaken die samenhangend zijn. Een beschuldigde verschijnt voor het hof van assisen wegens vruchtafdriving. Als getuigen worden opgeroepen de vrouwen die in de vruchtafdriving hadden toegestemd en vervolgd werden voor de correctionele rechtbank als mededaders van of medeplechtigen aan de feiten van de beschuldiging. Het Hof van Cassatie nam aan dat deze vrouwen zich niet bevonden in een van de gevallen bepaald in de artikelen 322 en 323 Sv., waarin personen niet toegelaten worden om te getuigen. Deze getuigen, zegt het Hof, zijn geen medebeschuldigten, omdat de wet slechts als medebeschuldigten beschouwt de personen die in een zelfde beschuldiging betrokken zijn en aan hetzelfde debat onderworpen worden. De omstandigheid dat die personen vervolgd werden voor een ander gerecht, ontnemt hun niet de hoedanigheid van getuigen¹⁵. Het Hof van Cassatie bevestigde recent deze rechtspraak m.b.t. het verhoor onder eed voor het hof van assisen van een persoon die als verdachte in het kader van de aan het hof voorgelegde zaak door de raadkamer naar de procureur des Konings werd verwezen, omdat ze op het ogenblik van de feiten minderjarig was. Volgens het Hof verbiedt geen wetsbepaling dat een getuigenis onder eed voor het hof van assisen wordt afgelegd door deze persoon die geen medebeschuldigde is, daar hij niet onder een zelfde beschuldiging valt of niet in dezelfde debatten als de

¹³ Ass. Brabant, 18 november 1842, *Pas.*, 1842, II, 337.

¹⁴ Cass., 21 februari 1979, *Arr. Cass.*, 1978-79, 737, *Pas.*, 1979, I, 750.

¹⁵ Cass., 20 oktober 1868, *Pas.*, 1869, I, 149.

beschuldigten betrokken is¹⁶. Personen kunnen eveneens afzonderlijk worden vervolgd ten gevolge van andere omstandigheden dan de toepassing van wetsregels. Na een veroordeling wegens diefstal, geeft de veroordeelde zijn maat aan. Deze laatste wordt vervolgd en kan veroordeeld worden op grond van het verhoor als getuige van de persoon die wegens dezelfde diefstal reeds is veroordeeld. Buiten de gevallen bepaald in artikel 156 Sv. moeten, zegt de rechtspraak, in correctionele zaken de getuigen op straffe van nietigheid de eed afleggen¹⁷. Ook werd aangenomen dat de persoon die veroordeeld werd door het hof van assisen bij een arrest dat kracht van gewijsde heeft verkregen, als getuige onder eed verhoord kan worden in de procedure tegen een persoon die als medebeschuldigde opgenomen was in hetzelfde arrest van verwijzing en in dezelfde akte van beschuldiging, maar afzonderlijk later werd vervolgd. Geoordeeld werd dat uit geen enkele wetsbepaling blijkt dat hij die een medebeschuldigde is geweest, niet als getuige kan worden gehoord als hij niet in dezelfde debatten betrokken is. Uitdrukkelijk werd verwezen naar artikel 322 Sv., dat dit onderscheid voor een soortgelijk geval zou maken¹⁸.

Benevens splitsing van de vervolgingen kan ook de uitoefening van rechtsmiddelen tot gevolg hebben dat de gerechten slechts van een deel van de zaak kennis krijgen. Wanneer een beklaagde hoger beroep instelt, terwijl zijn medebeklaagde berust in de beslissing van de eerste rechter, verbiedt volgens het Hof van Cassatie geen enkele wetsbepaling dat de rechters in hoger beroep als getuige onder eed verhoren de persoon die, bij een definitieve beslissing van de eerste rechter, veroordeeld is samen met de appellant, omdat de eedaflegging van getuige een substantiële op straffe van nietigheid voorgeschreven formaliteit is¹⁹.

Ook moet een arrest vermeld worden dat als getuigen beschouwde personen die in hoger beroep definitief veroordeeld zijn wegens feiten die samenhangen met de feiten die ten laste van de verdachte worden gelegd. Deze beslissing wijzigde een vonnis dat de betrokkenen als getuigen had geweerd, op een ogenblik dat ze veroordeeld waren in eerste aanleg, maar tegen hun veroordeling hoger beroep hadden ingesteld, omdat ze volgens het vonnis een rechtstreeks belang in de zaak hadden²⁰.

Het Hof van Cassatie heeft ook aangenomen dat de voorzitter van het hof van assisen krachtens zijn discretionaire macht buiten eed een medebeschuldigde kan onderwerpen betreffende een feit waarvan hij persoonlijk niet is beschuldigd. Al wordt deze persoon ondervraagd betreffende feiten waaraan hij niet deelgenomen heeft, toch is hij geen getuige²¹.

M.b.t. de discretionaire macht van de voorzitter van het hof van assisen moet nog worden gepreciseerd dat de medebeschuldigde die weerspanning is aan de wet, maar voor het hof van assisen verschijnt krachtens een vrijgeleide, zonder

eedaflegging gehoord kan worden, niettegenstaande het verzet van zijn medebeschuldigde²².

B. De Nederlandse en Franse rechtspraak

7. Het is opmerkelijk vast te stellen dat de oplossingen door de Hoge Raad in Nederland gegeven aan het probleem van het verhoor van medebeklaagden gelijk lopen met de uitspraken in België, al is het bewijsstelsel in onze beide landen toch verschillend.

Er werd reeds gewezen op de bepaling van artikel 219 van het Nederlandse Wetboek van Strafvordering. Tevens moeten artikel 341, lid 3, N.Sv., naar luid waarvan de opgaven van de verdachte alleen te zijnen aanzien gelden, en artikel 29 N. Sv., dat voorschrijft voor het verhoor aan de verdachte mede te delen dat hij niet verplicht is tot antwoorden, worden vermeld.

De omstandigheid dat de getuige verklaarde het feit, waarvoor de persoon die zich in cassatie voorziet met deze te hebben gepleegd, maakt van hem geen verdachte in het gevoerde geding volgens de Hoge Raad, omdat artikel 341 N.Sv. het alleen heeft over verdachten die op de zitting terechtstaan²³.

De Hoge Raad sprak zich in dezelfde zin als het Hof van Cassatie uit m.b.t. verhoor van medebeklaagden in gesplitste zaken. Wanneer de zaken van twee bekende verdachten en die van een ontkennende derde gesplitst behandeld zijn en er wordt tegen opgekomen dat in de zaak van de derde de twee anderen als getuigen worden gehoord, herhaalt de Nederlandse cassatierechter dat artikel 341.3 N.Sv., waarin is bepaald dat de opgaven van een verdachte alleen te zijnen aanzien kunnen gelden, alleen het oog kan hebben op degene die op de terechtzitting als verdachte is gehoord, en niet op hem die verdachte is geweest, of op hem die, indien de zaken, welke gesplitst zijn, gevoegd waren behandeld, verdachte zou zijn geweest²⁴.

Recent moest de Hoge Raad kennis nemen van een cassatieberoep ingesteld in een zaak waarin de reeds veroordeelde mededader voor de keus werd gesteld of in gijzeling te worden genomen of te antwoorden op de vraag «Wie was uw maat?» De cassatierechter meende dat nog daargelaten dat de aan het middel blijkens de toelichting ten grondslag liggende opvatting niet als juist kan worden aanvaard (namelijk dat het beginsel dat een verdachte niet aan zijn eigen veroordeling behoeft mee te werken en niet tot antwoorden is verplicht, ook van toepassing is op veroordeelden), het middel faalde wegens gebrek aan feitelijke grondslag aangezien de daarin genoemde getuigenverklaring niet als bewijsmiddel was gebezigd. De Hoge Raad verwierp dus het cassatieberoep op een beperkte grond, maar het O.M. wees in zijn conclusie de opvatting van het middel duidelijk van de hand door te stellen dat degene die onherroepelijk is veroordeeld, zich niet meer blootstelt aan het gevaar van een strafrechtelijke veroordeling en derhalve geen verdach-

¹⁶ Cass., 25 maart 1976, *Arr. Cass.*, 1976, 818, *Pas.*, 1976, I, 779.

¹⁷ Brussel, 17 februari 1853, *Pas.*, 1853, II, 152.

¹⁸ Ass. Luik, 17 maart 1868, *Pas.*, 1869, II, 321.

¹⁹ Cass., 19 april 1937, *Pas.*, 1937, I, 116.

²⁰ Luik, 15 december 1858, *Pas.*, 1860, II, 42.

²¹ Cass., 1 december 1874, *Pas.*, 1874, I, 372.

²² Cass., 28 maart 1876, *Pas.*, 1876, I, 242; Ass. Brabant, 29 januari 1876, *B.J.*, 1876, 264.

²³ H.R., 23 december 1929, *N.J.*, 1930, 229.

²⁴ H.R., 18 december 1933, *N.J.*, 1934, 325.

te meer is. De nemo-teneturregel van artikel 29 N. Sv. geldt niet voor hem²⁵.

Ook zijn er uitspraken die verband houden met de uitoefening van rechtsmiddelen. Een verdachte werd tot een geldboete veroordeeld en een medeverdachte werd vrijgesproken omdat t.z.a. het bewijs niet geleverd was, daar de ter terechtzitting afgelegde verklaring van de eerste verdachte niet te zijnen laste mocht worden gebruikt. De eerste verdachte berustte in zijn veroordeling. Het O.M. kwam in hoger beroep van de vrijspraak. Bij behandeling in hoger beroep werd de eerste verdachte als getuige gehoord en werd de medeverdachte veroordeeld. De Hoge Raad beschikte dat, daar bij de behandeling van de zaak voor de rechtbank in hoger beroep de eerste verdachte niet gelijktijdig met de medeverdachte heeft terechtgestaan hij niet te beschouwen is als medeverdachte²⁶. Een uitspraak in dezelfde zin kwam tot stand in een zaak waarin, bij de nieuwe behandeling na verwijzing door de cassatierechter, als getuige werd gehoord de persoon die samen met verdachte werd veroordeeld, maar bij verstek, en die na verzet vrijgesproken werd. Deze persoon verschijnt na de verwijzing formeel als getuige omdat hij op dat ogenblik niet meer als verdachte in de zaak, dus als medeverdachte, kan worden beschouwd, ook al is hij, samen met de verdachte, bij inleidende dagvaarding vervolgd geweest²⁷.

8. Ook de Franse rechtspraak houdt soortgelijke voorbeelden in van verhoor bij splitsing van zaken of uitoefening van rechtsmiddelen. Maar in Frankrijk treft men ook andere gevallen in de rechtspraak aan.

Vanzelfsprekend werd overgegaan tot cassatie nadat een beklaagde verplicht werd in zijn eigen zaak de eed af te leggen²⁸. Daarentegen mag hij die amnestie heeft genoten, als getuige onder eed worden gehoord²⁹. Amnestie betekent immers een beslissing van de wetgever bepaalde misdrijven als niet bestaande te beschouwen. De persoon die in het buitenland vervolgd werd als medeplichtige aan dezelfde misdaad als de verdachte, kan ook onder eed worden gehoord³⁰.

Net zoals in ons land werd door de Franse cassatierechter aangenomen dat de minderjarige die in beschuldiging is gesteld geweest als deelnemer aan dezelfde feiten als die welke aan de beklaagden ten laste worden gelegd, onder eed moet worden gehoord. Alleen verschilde de Franse procedure door de omstandigheid dat de minderjarige ouder dan 16 jaar en afzonderlijk vervolgd voor het gerecht van de minderjarigen, niet onder eed werd gehoord in de procedure ter terechtzitting ten laste van de meerderjarigen. De Franse cassatierechter vernietigde dan ook deze procedure omdat de minderjarige als getuige onder eed moest worden gehoord³¹. Wanneer een persoon die oorspronkelijk in dezelfde vervolgingen als de beschuldigde betrokken is, maar later verwezen wordt naar de correctionele rechtbank we-

gens heling, terwijl zijn gezelschap naar het hof van assisen wordt verwezen wegens zware diefstal, mag hij als getuige worden gehoord in de procedure wegens zware diefstal³².

De personen die definitief veroordeeld zijn wegens heling, moeten ook onder eed gehoord worden in de procedure ingesteld tegen de dief, die oorspronkelijk samen met de helers was vervolgd, maar wiens zaak later wegens ziekte gesplitst werd, omdat deze personen zich niet bevinden in een van de gevallen van onbekwaamheid te getuigen bepaald in het Wetboek van Strafvordering³³.

Net als het Belgische en het Nederlandse hoogste rechtcollege besliste het Franse Hof van Cassatie dat de in eerste aanleg definitief veroordeelde in hoger beroep als getuige kan worden opgeroepen en onder eed moet worden gehoord in de procedure tegen een medeplichtige die in eerste aanleg werd vrijgesproken en waartegen het O.M. hoger beroep had ingesteld. De definitief veroordeelde was geen beklaagde meer en was verder geen partij in het proces. Hij moest derhalve onder eed worden gehoord³⁴.

Het Hof van Cassatie van Frankrijk nam ook aan dat wanneer een zelfde procedure ingesteld is tegen verschillende beklaagden wegens verschillende telastleggingen de ene verdachte niet onder eed mag worden gehoord zelfs m.b.t. feiten die hem niet ten laste worden gelegd³⁵.

Er is in deze rechtspraak een afwijkende beslissing van de Haute Cour de Justice die oordeelde dat een beschuldigde niet als getuige voor of tegen zijn medebeschuldigten kan worden gehoord, zelfs indien zijn geval gesplitst werd. De beslissing stelt: «Il serait contraire à tous les principes qu'il put servir de témoin soit à charge, soit à décharge à l'égard de ses coaccusés»³⁶.

Het is opvallend dat de rechtspraak in de drie landen het begrip medebeklaagde of medebeschuldigde zuiver formeel opvat en beperkt tot de personen aanwezig en in hetzelfde debat betrokken. Thans zullen de in België voor deze restrictieve uitleg aangehaalde argumenten worden onderzocht.

III. Argumenten van de rechtspraak en de rechtsleer

9. Zoals uit het overzicht van de Belgische rechtspraak blijkt, wordt soms artikel 322 Sv. ingeroepen om een zuiver formeel criterium te hanteren ter omschrijving van het begrip medebeklaagde of medebeschuldigde. Ook sommige rechtsleer steunt op deze wetsbepaling.

Artikel 322 Sv. bepaalt o.m. dat sommige verwanten van de beschuldigde of van een van de medebeschuldigten die *aanwezig zijn en in hetzelfde debat betrokken zijn*, niet toegelaten worden om te getuigen. Deze bepaling heeft bij de totstandkoming van het Wetboek van Strafvordering geen aanleiding gegeven tot discussie^{36a}. Het principe ervan is

²⁵ H.R., 5 februari 1980, *N.J.*, 1980, 322, met conclusies adv.-gen. HAAK.

²⁶ H.R., 12 november 1934, *N.J.*, 1935, 111.

²⁷ H.R., 27 januari 1930, *N.J.*, 1930, 432, noot T.

²⁸ Crim., 21 augustus 1879, *Dall. Pér.*, 1880, I, 89.

²⁹ Crim., 5 juni 1920, *Bull.*, 263.

³⁰ Crim., 20 juni 1829, *Bull.*, 140.

³¹ Crim., 14 januari 1960, *Dall.*, 1961, I, 271, noot J.M.R.

³² Crim., 2 maart 1944, *Bull.*, 59.

³³ Crim., 15 januari 1975, *Gaz. Pal.*, 1975, I, 398, met noot.

³⁴ Crim., 23 maart 1882, *Dall. Pér.*, 1882, I, 276.

³⁵ Crim., 6 april 1888, *Bull.*, 351.

³⁶ Haute Cour de Justice, 26 december 1899, *Sirey*, 1901, II, 60, met noot ESMEIN.

^{36a} LOCRIÉ, *Législation civile, commerciale et criminelle de la France*, XXIV, p. 272, en XXV, p. 395.

terug te vinden in de wet van 15 ventôse jaar IV³⁷. De titel van deze wet was «loi portant que les parents et alliés de l'un des coaccusés du même fait ne peuvent être entendus comme témoins»³⁸. Deze wet kwam onder het Directoire tot stand ten gevolge van proceduremoelijkheden onderzonden in een bepaald proces wegens het principe van de artikelen 306, 310 en 423 van de Code des délits et des peines, naar luid waarvan het onderzoek ten gronde ondeelbaar is ten opzichte van alle *beschuldigen van hetzelfde feit*, wanneer ze vervat zijn in *een zelfde akte van beschuldiging* en er ten opzichte van allen slechts *een zelfde verklaring over het feit is*³⁹. Carnot wijst op de verschillen tussen de wet van 15 ventôse jaar IV en artikel 322 Sv. «Pour entrer dans la disposition de l'article 322 du Code d'instruction criminelle, il faut le concours de deux circonstances qui n'étaient pas exigées par la loi du 15 ventôse an IV; savoir que l'accusé soit présent, et qu'il soit soumis au même débat»⁴⁰.

10. Alvorens de gegrondheid van de argumentatie die steunt op voornoemd artikel 322 Sv. te onderzoeken, dient te worden opgemerkt dat de rechtsleer die wetsbepaling toepasselijk acht op alle strafgerechten, dus ook op de politie- en correctionele rechtbanken⁴¹, al bestaat er een verschil tussen de artikelen 156 en 189 Sv., die de procedure voor deze rechtbanken bepalen, en artikel 322 Sv., dat de rechtspleging voor het hof van assisen betreft. De artikelen 156 en 189 Sv. betreffen alleen uitdrukkelijk de verwanten van de beklaagde en hebben het niet over de verwanten van de medebeklaagden. Dientengevolge stellen ze niet dat de medebeklaagden aanwezig moeten zijn en in hetzelfde debat betrokken, zoals artikel 322 Sv. bepaalt m.b.t. de medebeschuldigen.

11. Al wordt dus aanvaard dat artikel 322 Sv. ook van toepassing is voor de politie- en correctionele rechtbanken, moeten toch twee verschillen met de procedure voor het hof van assisen worden vermeld.

a) Voor het hof van assisen geldt als principe dat alle regelmatig opgeroepen getuigen moeten worden gehoord (artikel 317 Sv.), terwijl de corresponderende artikelen 153 en 190 Sv., die betrekking hebben op de politie- en de correctionele rechtbank, eraan toevoegen: «indien daartoe grond bestaat». De rechtbanken zijn nooit verplicht een door partijen gedagvaarde getuige te horen. De rechters beoordelen vrij de noodzakelijkheid of gepastheid van een getuigenverhoor ter terechtzitting en miskennen het recht van verdediging niet als ze weigeren op een vraag van de beklaagde in die zin in te gaan omdat ze van oordeel zijn dat dit verhoor niet noodzakelijk is om hun overtuiging te

vormen⁴². Ze schenden evenmin door deze weigering artikel 6, §§ 1 en 3, van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens⁴³. Voor het hof van assisen daarentegen verliest de opgeroepen persoon slechts de hoedanigheid van getuige als alle partijen van zijn verhoor afzien. Er is over het getuigenverhoor voor de jury in dit opzicht geen voorafgaand debat⁴⁴.

M.b.t. het verhoor van medebeklaagden of medebeschuldigen ter terechtzitting heeft dit verschil tussen de procedure voor de politie- en de correctionele rechtbank enerzijds en het hof van assisen anderzijds enig belang. Daarbij dient rekening te worden gehouden met de zuiver formele inhoud die de rechtspraak aan de begrippen medebeklaagde en medebeschuldigde geeft. Voor het hof van assisen moet de getuige in kwestie als die geen medebeschuldigde is, die aanwezig is en in hetzelfde debat betrokken, gehoord worden onder eed zolang alle partijen niet van zijn verhoor afzien. Voor de politie- of de correctionele rechtbanken zouden de rechters het verhoor van dezelfde getuige niet noodzakelijk of vooral niet gepast kunnen oordelen. De feitenrechters zouden het verhoor kunnen weigeren, echter alleen op grond van de noodzakelijkheid of de gepastheid van het verhoor, maar niet op grond van de wettelijkheid, want anders komen zij in tegenspraak met de rechtspraak van het Hof van Cassatie.

b) De voorzitter van het hof van assisen bezit een discretionaire macht, waardoor hij alles vermogt te doen wat hij nuttig acht om de waarheid te vinden (artikel 268 Sv.). De politierechter of de voorzitter in een correctionele rechtbank beschikt niet over een dergelijke bevoegdheid⁴⁵.

De discretionaire macht van de voorzitter van het hof van assisen is voor ons onderwerp niet van elk belang ontbloot aangezien uit de rechtspraak blijkt⁴⁶ dat een voorzitter er beroep op heeft gedaan om een aan de wet weerspannige medebeschuldigde door een vrijgeleide voor het hof te doen verschijnen om er verhoord te worden zonder eedaflegging, ondanks het verzet van de beschuldigde.

Een ander facet van de uitoefening van de discretionaire macht bestaat erin dat, bij verzet van een der partijen tegen het horen als getuige van bepaalde personen, genoemd in artikel 322 Sv., de voorzitter kan beslissen die personen buiten eed te ondervragen. Dit aspect is ten gevolge van de hierboven beschreven rechtspraak van minder belang. Immers, de partijen kunnen zich niet verzetten tegen het verhoor als getuige onder eed van personen die de rechtspraak buiten de reeds personen genoemd in artikel 322 Sv. stelt. Ook de voorzitter zelf kan in dit geval het initiatief niet nemen om een opgeroepen getuige niet als dusdanig te be-

⁴² DECLERCQ, R., o.c., II, 6e druk, 1981, p. 115.

⁴³ LEMMENS, P., *Het strafproces en het Europees Verdrag over de rechten van de mens*, uiteenzetting gehouden tijdens de Postuniversitaire seminars van het Instituut voor Strafrecht van de K.U.L. op 22 december 1983, p. 23; VELU J., «Les droits fondamentaux de la défense en matière répressive», *Bull. U.L.B. et U.A.E.*, 1980, nrs. 22-23, p. 69.

⁴⁴ QUARRÉ P., «Pour une conception nouvelle du témoignage à l'audience pénale», *R.D.P.*, 1976-77, 589-611, i.h.b. 600.

⁴⁵ D'HAENENS J., o.c., II, B, p. 44.

⁴⁶ Cass., 28 maart 1876, *Pas.*, 1876, I, 242; Ass. Brabant, 29 januari 1876, *B.J.*, 1876, 264.

³⁷ ROBERT J., Tw. «Cour d'assises, débats, production et discussion des preuves. Audition des témoins», articles 323-346, F. Sv., II, *Jur. Cl. Proc. pén.*, nr. 50.

³⁸ *Pasin.*, 1795-1797, 277.

³⁹ *Pasin.*, 1795-1797, 196.

⁴⁰ CARNOT, *De l'instruction criminelle*, IV, pp. 143-144.

⁴¹ CARNOT, o.c., p. 341; DALLOZ, *Rep. prat.*, Tw. «Témoins (en matière pénale)», XII, 926, nr. 67; LEGRAVEREND, *Traité de la législation criminelle*, I, p. 246, in Frankrijk; BELTJENS G., *Encyclopédie du droit criminel belge, Code d'instruction criminelle*, I, article 156, nr. 12; DECLERCQ R., o.c., II, p. 151.

schouwen en kan niet beslissen betrokkene bij wijze van inlichting buiten eed te ondervragen krachtens zijn discretionaire macht. Hij zou immers in strijd staan met de rechtspraak⁴⁷.

12. Er zijn dus verschillen tussen de procedure voor het hof van assisen en voor de politie- en correctionele rechtbank, maar de grootste verschillen bestaan tussen het onderzoek en de procedure voor de vonnisgerechten. Alleen wordt er hier even aan herinnerd dat een verklaring van een getuige voor de onderzoeksrechter zonder voorafgaande eedaflegging niet nietig is. De onderzoeksrechters maken trouwens ruim gebruik van de mogelijkheid personen zonder eed te ondervragen bv. mogelijke verdachten tot wier in verdenkingstelling nog niet beslist wordt⁴⁸. Dit kan niet ter terechtzitting, waar het getuigenverhoor in principe op straffe van nietigheid, onder eed moet gebeuren.

13. De rechtspraak heeft artikel 322 Sv. formeel ingeroepen om het verhoor onder eed toe te laten voor het hof van assisen van personen die voor de correctionele rechtbank afzonderlijk werden vervolgd in de hoedanigheid van deelnemers wegens dezelfde feiten als de beschuldigde⁴⁹ en van een persoon die vroeger in de hoedanigheid van mededader veroordeeld werd wegens dezelfde feiten als de beschuldigde en als dusdanig vermeld stond in het arrest van verwijzing naar het hof van assisen en in de akte van beschuldiging⁵⁰. Telkens werd erop gewezen dat deze personen niet onder een zelfde beschuldiging vielen of niet in dezelfde debatten betrokken waren. Deze redenering op grond van artikel 322 Sv. werd ook door gezaghebbende rechtsgeleerden verdedigd, die stelden dat die wetsbepaling verbiedt de getuigenis van bepaalde verwanten van de beschuldigde of van een van de medebeschuldigten die aanwezig zijn en in hetzelfde debat betrokken zijn, te ontvangen en dat a fortiori dit ook het geval is voor de medebeschuldigten zelf, waarmee ze meteen de restrictie aannemen dat het alleen gaat om medebeschuldigten die aanwezig zijn en in hetzelfde debat betrokken⁵¹.

Men kan bezwaarlijk deze argumentatie aannemen om de volgende redenen:

a) Als er geen verzet is, kunnen de in artikel 322 Sv. genoemde verwanten van de beschuldigde of van een van de medebeschuldigten die aanwezig zijn en in hetzelfde de-

bat betrokken zijn, als getuigen worden verhoord. Er is dan geen nietigheid. Het verhoor moet in dat geval zelfs noodzakelijk onder eed gebeuren, op straffe van nietigheid. Er kan toch moeilijk aangenomen worden dat, als er geen verzet is, de medebeschuldigten die aanwezig zijn en in hetzelfde debat betrokken zijn, ook onder eed kunnen en zelfs moeten worden gehoord.

b) Deze vaststelling toont aan dat de toepassing van artikel 322 Sv. m.b.t. het begrip medebeschuldigten uiterst twistbaar is. De ratio legis van die wetsbepaling heeft geen betrekking op het begrip medebeschuldigde. De wetsgeschiedenis toont aan dat artikel 322 Sv. enkel verband houdt met bepaalde verwanten van de beschuldigde of van een van de beschuldigten en de beschuldigde of de medebeschuldigten zelf niet betreft. Samen met Merle en Vitu moet het volgend onderscheid worden gemaakt⁵². Er zijn *onbekwaamheden* te getuigen. Daaronder moeten sommige verwanten van de beschuldigde of van een van de medebeschuldigten worden gerangschikt. Anderzijds bestaan er *onverenigbaarheden* m.b.t. personen die een rol in het proces hebben. De medebeklaagden en de medebeschuldigten moeten hieronder worden gebracht. Onbekwaamheden zijn in tegenstelling met onverenigbaarheden relatief. Ze sluiten het verhoor van betrokkenen onder eed niet uit, bv. als er geen verzet is. Onverenigbaarheden zijn daarentegen absoluut. Het verhoor van medebeschuldigten of van medebeklaagden à charge of à décharge is niet toegelaten. Deze personen kunnen enkel worden ondervraagd.

Uit het onderzoek van de argumentatie blijkt dat artikel 322 Sv. geen betrekking heeft op de medebeschuldigde als dusdanig. Daaruit vloeit voort dat het in die wetsbepaling vervat dubbel formeel criterium van aanwezigheid en betrokkenheid in hetzelfde debat niet kan worden gehanteerd om het begrip medebeklaagde of medebeschuldigde te omschrijven.

14. Bepaalde rechtspraak⁵³ neemt ook aan dat de medebeschuldigde of de medebeklaagde die niet aanwezig is of niet in hetzelfde debat als de beschuldigde of de beklaagde betrokken is, op straffe van nietigheid de getuigenis moet afleggen omdat hij niet genoemd is in de artikelen 156 of 322 Sv.

Deze argumentatie wordt m.b.t. de procedure van het hof van assisen goedgekeurd door F. Hélie⁵⁴, die de volgende redenen voor zijn stelling opgeeft: «Les prohibitions légales ne doivent pas être étendues, car le vœu de la loi a été d'affranchir le plus possible la preuve testimoniale de toute entrave et toute exclusion doit être restreinte dans ces termes.» Dan geeft deze gezaghebbende auteur voorbeelden op van personen die in toepassing van deze algemene regel als getuigen werden beschouwd en vermeldt hij o.m. hen die oud-medeverdachten zijn geweest en vervolgens buiten

⁴⁷ Terloops moet erop worden gewezen dat tegen de personen opgeroepen door de voorzitter krachtens zijn discretionaire macht, een bevel tot medebrenging kan worden uitgereikt (artikel 269 Sv.) in geval van weigering te verschijnen, maar geen geldboete kan worden uitgesproken. Noch de rechtspraak noch de rechtsleer hebben zich uitgesproken over een sanctie bij weigering te antwoorden op de vragen die de voorzitter krachtens zijn discretionaire macht stelt. Wel stelt artikel 217 Sw. de valse inlichtingen in criminele zaken strafbaar (SASSERATH., *La cour d'assises*, Les Nouvelles, Procédure pénale, II, I, nr. 1166).

⁴⁸ DECLERCQ R., o.c., I, p. 135; D'HAENENS J., o.c., II, A, p. 74.

⁴⁹ Ass. Luik, 17 maart 1868, *Pas.*, 1869, II, 321.

⁵⁰ Cass., 20 oktober 1868, *Pas.*, 1869, I, 149.

⁵¹ BELTJENS G., o.c., I, article 322, nr. 36; P.B., XXVII, Tw. «Cour d'assises», nr. 1518; SASSERATH S., *La cour d'assises*, Les Nouvelles, Procédure pénale, II, 1, nrs. 1008-1010.

⁵² MERLE R. en VITU A., *Traité de droit criminel*, II, 3e uitg., 1979, nrs. 961 en 962.

⁵³ Brussel, 17 februari 1853, *Pas.*, 1853; II, 152. In Frankrijk: Crim.; 14 januari 1960, *Dall.*, 1961, I, 271, noot J.M.R., en 15 januari 1975, *Gaz. Pal.*, 1975, I, 398, met noot.

⁵⁴ HÉLIE F., *Traité de l'instruction criminelle*, édit. belge, III, nr. 4983. Zie ook, doch minder expliciet, BRAAS A., *Précis de procédure pénale*, II, p. 836.

vervolging werden gesteld of hen die in het buitenland als medeplichtigen werden vervolgd. F. HÉlie ontwikkelt een gelijklopende redenering m.b.t. de procedure voor de correctionele rechtbank: «Toutes ces hypothèses sont en dehors des termes de l'article 156: le tribunal correctionnel ne peut s'arrêter aux divers reproches qui étaient opposés aux témoins. Sans doute, il pouvait avoir égard à ces reproches en appréciant la valeur probante de la déposition de ces témoins, mais il ne pouvait refuser de les entendre, parce que toutes les personnes autres que celles dénommées par l'article 156, doivent être admises à déposer en matière correctionnelle, nonobstant l'opposition des prévenus»⁵⁵.

Als inderdaad het argument overweegt dat geen belangrijk bewijs verloren mag gaan, dan is dat nog geen reden om de besproken reeks personen onder eed te verhoren. Dan worden ze immers getuigen, terwijl in een zaak met meerdere beklaagden, elke beklaagde medebeklaagde is en elke medebeklaagde beklaagde is. Dan rijst er tegen de argumentatie van de beperkende uitlegging van de reeks personen genoemd in de artikelen 156 en 322 Sv. om medebeklaagden of medebeschuldigden, die niet aanwezig zijn of niet in hetzelfde debat betrokken zijn, als getuigen te beschouwen dezelfde bezwaren als hierboven vermeld. Onbekwaamheden te getuigen moeten worden onderscheiden van de onverenigbaarheid voor een medebeklaagde of een medebeschuldigde onder eed te worden gehoord. Het kan moeilijk aangenomen worden dat een medebeklaagde zijn *hoedanigheid* van beklaagde plotseling verliest om getuige te worden ten gevolge van (spitsvondige) proceduretechnieken, zoals de splitsing van zaken of het instellen van rechtsmiddelen. A en B werden te samen veroordeeld in hoger beroep, A op tegenspraak en B bij verstek. A stelt met succes cassatieberoep in en B tekent verzet aan. A verschijnt voor de verwijzingsrechters en B voor de rechters op verzet. B zou voor de ene rechters als getuige worden gehoord omdat hij niet genoemd is in artikel 156 Sv. en morgen voor de andere rechters betreffende dezelfde feiten als beklaagde worden ondervraagd.

15. De meest recente rechtspraak beperkt zich ertoe te stellen dat geen enkele wetsbepaling verbiedt dat

a) de rechter in hoger beroep als getuige de persoon verhoort die definitief veroordeeld is door de eerste rechter als medebeklaagde van de appellant⁵⁶;

b) een getuigenis wordt afgelegd door een persoon wiens dossier gesplitst werd van de procedure ten laste van de beschuldigde en die afzonderlijk vervolgd wordt wegens dezelfde feiten voor een ander gerecht⁵⁷;

c) een oud-medeverdachte die buiten vervolging is gesteld, als getuige bij de behandeling ter terechtzitting wordt gehoord⁵⁸.

Moeilijk kan worden beweerd dat deze redenering, die steunt op het argument dat geen enkele wetsbepaling de

getuigenis van deze personen verbiedt, onjuist is. Daarom overtuigt ze echter nog niet ten volle. Samen met Garraud kan worden aangenomen dat niet naar een wetsbepaling moet worden gezocht m.b.t. de medebeklaagde of de medebeschuldigde. De grote klassieke Franse penalist schrijft: «Une autre incompatibilité d'être témoin résulte de la qualité de prévenu ou d'accusé. *Il n'existe pas*, sans doute, de *texte précis* excluant comme témoins à charge ou à décharge, les coaccusés ou les coprévenus les uns par rapport aux autres. Mais on sait que les parties aux débats ne peuvent jouer un rôle de témoins, incompatible avec leur situation»⁵⁹. In noot vermeldt Garraud, zonder enige afwijzing te uiten, de reeds vermelde beslissing die de getuigenis verwerpt van een beschuldigde, voor of tegen zijn medebeschuldigden, al werd zijn zaak gesplitst⁶⁰.

Er is inderdaad geen wettekst. Sedert de Franse revolutie hebben de strafwetten het in ons land enkel gehad over de eedaflegging van getuigen, gezworenen, deskundigen en tolken, niet van beklaagden of beschuldigden.

Daar, in een zaak met meerdere beklaagden, elke medebeklaagde beklaagde is, is er ook geen wettekst m.b.t. de eedaflegging van medebeklaagden. Een beklaagde kan in zijn eigen zaak geen getuige zijn. Vervolgens is de vraag: van welk ogenblik af wordt men en hoe lang blijft men beklaagde? Uit het antwoord op deze dubbele vraag kan eerst afgeleid worden tot welk ogenblik een persoon als getuige kan worden gehoord. Dit betreft het vroeger behandeld jurisprudentieel geval van de persoon die verklaringen voor de onderzoeksrechter had afgelegd, maar nog niet vervolgd en verwezen werd naar een vonnisgerecht. Kan hij ter terechtzitting worden gehoord als getuige, al kunnen uit zijn verklaringen elementen worden geput om hem te beschouwen als mededader of medeplichtige van de beschuldigde? Uit het antwoord op het tweede gedeelte van de vraag moet vervolgens en vooral blijken hoe lang een beklaagde zijn hoedanigheid van beklaagde blijft behouden. Hier kunnen de andere concrete gevallen uit de rechtspraak weer aangehaald worden. De onderlinge verhouding van medebeklaagden of medebeschuldigden blijft bestaan zolang het gehele geding niet is beëindigd, al wordt het gesplitst vooral ten gevolge van opportuniteitsoverwegingen of al zijn rechtsmiddelen slechts door of ten aanzien van een beklaagde of beschuldigde ingesteld. De eenheid van het geding waarvan de verschillende instanties de onderdelen uitmaken, is daarentegen niet meer zo duidelijk wanneer een oud medeverdachte buiten vervolging is gesteld of een definitief veroordeelde (of vrijgesprokene) in een latere procedure wordt gehoord.

16. Uit het onderzoek van de argumenten van rechtspraak en rechtsleer moge blijken dat de hoedanigheid van medebeklaagde of medebeschuldigde ten aanzien van de andere medebeklaagden of medebeschuldigden, de hoedanigheid van getuige uitsluit. Hierbij kan men niet steunen op een wetsbepaling. Derhalve is het argument dat geen wetsbepaling de getuigenis onder eed van medebeklaagden of medebeschuldigden verbiedt, niet overtuigend, zelfs in-

⁵⁵ HÉLIE F., o.c., III, nr. 4198. Zie ook BRAAS A., o.c., II, p. 616.

⁵⁶ Cass., 19 april 1937, *Pas.*, 1937, I, 116.

⁵⁷ Cass., 15 maart 1976, *Arr. Cass.*, 1976, 818, *Pas.*, 1976, I, 779.

⁵⁸ Cass., 21 februari 1979, *Arr. Cass.*, 1978-79, 737, *Pas.*, 1979, I, 750.

⁵⁹ GARRAUD R., o.c., II, nr. 413.

⁶⁰ Haute Cour de Justice, 26 december 1899, *Sirey*, 1901, II, 60, met noot ESMEIN.

dien men hieraan de voorwaarde toevoegt dat het gaat om medebeklaagden of medebeschuldigen die niet aanwezig zijn of niet in hetzelfde debat betrokken zijn. Dit formeel criterium is immers geput uit artikel 322 Sv. dat vreemd is aan het besproken geval. Evenmin kan geargumenteed worden dat betrokkenen niet vermeld zijn in de artikelen 156 en 322 Sv. op gevaar af ze te beschouwen als getuigen.

IV. De rechten van de verdediging en de internationale verplichtingen ter zake van een behoorlijke rechtspraak

17. De getuigenis na eedaflegging van hem, die in werkelijkheid wel medebeklaagde of medebeschuldigde is, als hij niet tegelijk terecht staat met de beklaagde of de beschuldigde, dus van de niet formele medebeklaagde of medebeschuldigde, wordt door gezaghebbende auteurs⁶¹ in strijd geacht met een goede procesorde.

De vraag rijst dan ook of de huidige rechtspraak te verenigen is met het algemeen rechtsbeginsel van de rechten van de verdediging en met de bepalingen van internationale verdragen waar België partij is.

A. De rechten van de verdediging

18. In de procedure waarin de persoon die buiten vervolging was gesteld in dezelfde zaak als die van de beschuldigde, later voor het hof van assisen onder eed werd gehoord, werd een middel opgeworpen wegens schending van het recht van verdediging omdat de getuige daardoor in zulk een toestand zou zijn gebracht dat hij alleen maar kon trachten zich te rechtvaardigen. Het Hof van Cassatie was van oordeel dat het recht van verdediging niet geschonden werd door het verhoor omdat, naar luid van artikel 316 Sv., de beschuldigde of zijn raadsman, de getuige na zijn getuigenis, bij monde van de voorzitter vragen kunnen stellen en zowel tegen hem als tegen zijn getuigenis alles kunnen inbrengen wat tot de verdediging van de beschuldigde dienstig kan zijn⁶².

Aangestipt moet worden dat artikel 319 Sv. analogisch wordt toegepast voor de politie- en de correctionele rechtbank⁶³.

Daar tegen het gebruik van het bewijs verkregen door de getuigenis na eedaflegging van een persoon die formeel geen medebeklaagde of medebeschuldigde is, de mogelijkheid voor het leveren van tegenbewijs opengehouden is, o.m. door artikel 319 Sv., is er volgens de rechtspraak geen schending van het algemeen rechtsbeginsel van het recht van verdediging. Men kan zich bij de rechtspraak aansluiten des te meer, daar het besproken probleem ruimer is dan het beginsel van het recht van verdediging omdat het zowel betrekking kan hebben op getuigen à charge als à décharge. Toch kan opgemerkt worden dat concreet en in feite in het besproken geval de persoon die buiten vervolging werd ge-

steld, opnieuw kan worden vervolgd in geval van nieuwe bezwaren. Hij zal dus in sommige gevallen verplicht worden valse getuigenis te plegen om zich te vrijwaren tegen nieuwe vervolgingen.

B. De internationale verplichtingen ter zake van een behoorlijke rechtspraak

19. Hierbij dient vanzelfsprekend rekening te worden gehouden met artikel 6 E.V.R.M. waarvan de rechtstreekse toepassing door de nationale rechter algemeen aanvaard wordt. Dit geldt ook voor artikel 14 van het Internationaal Verdrag inzake burgerlijke en politieke rechten waarvan de directe werking wel wordt betwist⁶⁴.

1) Artikel 6 E.V.R.M.

20. Allereerst zal artikel 6, § 1, onderzocht worden, naar luid waarvan, bij het vaststellen van zijn burgerlijke rechten en verplichtingen of bij het bepalen van de gegrondheid van een tegen hem ingestelde strafvervolgning, een ieder het recht heeft o.m. op een eerlijke behandeling van zijn zaak.

Dat het principe van de eerlijke behandeling verband houdt met het besproken probleem blijkt uit bemerkingen van gezaghebbende auteurs. Carnot schreef in dit opzicht: «Les complices de l'accusé, qui se trouvait seul poursuivi peuvent être appelés comme témoins aux débats, avec prestation de serment. Ils sont cités comme témoins et non comme prévenus. Mais est-il bien loyal de ne pas poursuivre en même temps tous les inculpés d'un même délit, et de réserver par ce moyen indirect, la faculté de produire des témoins à charge de l'accusé?»⁶⁵. Met betrekking tot een ander concreet geval uit de rechtspraak, waarin de hoofdader in eerste aanleg veroordeeld was, terwijl de medeplichtige vrijgesproken werd, merkte Robert op: «Le premier n'ayant pas fait appel, le ministère public avait limité expressément son appel à l'acquiescement du second, de manière à se ménager un bon témoin devant la chambre des appels correctionnels. En effet, le condamné-témoin ne faillit pas, sous serment, à ce que l'on attendait de lui, et le complice se vit infliger quinze mois de prison. Sur pourvoi, la Cour de cassation répondit par des citations latines: le témoin avait bien témoigné, et il importait peu que lors de son serment il pût être encore sous le coup d'un éventuel appel du procureur général, puisque celui-ci n'avait pas usé en fait de cette voie de recours. N'insistons pas sur l'élégance du procédé»⁶⁶.

Volgens een reeds oudere rechtspraak van de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens houdt het beginsel van de eerlijke behandeling in dat elke partij een redelijke kans heeft om haar zaak voor de rechter uiteen te zetten, in omstandigheden die haar niet in een nadelige positie plaatsen ten aanzien van de tegenpartij⁶⁷.

⁶¹ In Frankrijk: J. ROBERT, «Chronique de jurisprudence», *Rev. sc. crim.*, 1975, 1029-1131; A. MELAI, Rechtspraakrubriek in *D.D.*, 1980, 375.

⁶² Cass., 21 februari 1979, *Arr. Cass.*, 1978-79, 737, *Pas.*, 1979, I, 750.

⁶³ BRAAS, A., o.c., II, nr. 698; DECLERCQ R., o.c., II, blz. 153; QUARRÉ Ph., *loc. cit.*, *R.D.P.*, 1975-76, 589-611, i.h.b. 591.

⁶⁴ J. VELU spreekt zich uit voor de directe werking van artikel 14 van het verdrag (*Les effets directs des instruments internationaux en matière des droits de l'homme*, 1981, nr. 16).

⁶⁵ CARNOT, o.c., IV, blz. 157.

⁶⁶ ROBERT J., «Chronique de jurisprudence», *Rev. Sc. crim.*, 1975, 1029-1030.

⁶⁷ LEMMENS P., *loc. cit.*, p. 19; VELU J., *loc. cit.*, in noot 64.

21. Is dat in de concrete voorbeelden van Carnot en van Robert geput uit de rechtspraak niet het geval? Dank zij het afzonderlijk aanbrengen van zaken of de uitoefening van rechtsmiddelen heeft het O.M. mededaders of medeplichtigen als getuigen à charge kunnen doen verhoren. Brengen deze proceduretechnieken de beklaagde of de beschuldigde niet in een nadelige positie? Wanneer teruggegrepen wordt naar de gevallen uit de rechtspraak, blijkt er een verschil te bestaan tussen deze voorbeelden en de gevallen waarin een oud-medeverdachte die buiten vervolging werd gesteld, als getuige ter terechtzitting wordt gehoord of waarin een definitief veroordeelde (of vrijgesprokene) na de einduitspraak zijn maat bekendmaakt en later onder eed wordt gehoord. In deze gevallen is de afzonderlijke behandeling het gevolg van een beslissing van een onderzoeks- of vonnisgerecht geweest. Maar zelfs in de voorbeelden van splitsing blijkt er niet noodzakelijk een schending van het principe van de eerlijke behandeling te zijn. Splitsing kan weliswaar wegens opportuniteitsoverwegingen geschieden. Het afzonderlijk aanbrengen van zaken kan echter ook het gevolg zijn van wetbepalingen inzake de bevoegdheid van de gerechten, zoals in het geval dat minderjarigen mededaders van of medeplichtigen zijn aan feiten gepleegd door meerderjarigen. Daarenboven blijkt uit de rechtspraak dat de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens⁶⁸ zich met betrekking tot het beginsel van de fair trial soms beperkt tot de toets of de mogelijkheid voor het leveren van tegenbewijs opgehouden is tegen het gebruik dat van het aldus verkregen bewijs wordt gemaakt, dus in casu van het getuigenverhoor na eedaflegging. Hierbij dient weer gedacht te worden aan de cassatierechtspraak die oordeelt dat de beschuldigde of zijn raadsman de getuige, na zijn getuigenis, vragen kunnen stellen en aldus zowel tegen hem als tegen zijn getuigenis alles kunnen inbrengen wat tot de verdediging van de beschuldigde kan zijn⁶⁹. Het is dus niet uitgesloten dat in bepaalde gevallen althans het verhoor onder eed van een mededader of medeplichtige die niet aanwezig is of niet in hetzelfde debat betrokken is, strijdig kan zijn met artikel 6, § 1, E.V.R.M. Maar deze schending zal uit het verloop van de procedure moeten blijken en kan niet als algemene regel worden gesteld.

22. Het probleem moet echter niet alleen bekeken worden uit het oogpunt van de beklaagde of de beschuldigde, maar ook dat van de getuige. De getuige moet volgens het eerder vermeld cassatiearrest van 10 juli 1916 spreken, zelfs al beweert hij dat hij daardoor zijn eigen strafrechtelijke aansprakelijkheid in het gedrang brengt⁷⁰. Wanneer hij weigert te antwoorden, loopt hij de straffen op bepaald voor de niet-verschijnende getuige. Als de opgeroepen getuige een mededader of een medeplichtige blijkt te zijn van de beklaagde of de beschuldigde, kunnen zijn verklaringen later worden gebruikt in de procedure die eventueel tegen hem wordt ingesteld. Hierbij dient te worden opgemerkt

dat de in artikel 6, § 1, E.V.R.M. vervatte rechten weliswaar niet door de getuige kunnen worden ingeroepen in de eerste procedure ten laste van een derde⁷¹, maar de vroegere getuige, die medebeklaagde of beschuldigde wordt, kan zich wel in de latere procedure te zijnen laste op die bepaling beroepen.

In een procedure waarin niet ontkend was dat in een vroegere zaak feiten naar voren werden gebracht die voor de beklaagde als bezwarend konden voorkomen, oordeelde het Hof van Cassatie echter dat het principe van de eerlijke behandeling van artikel 6, § 1, E.V.R.M. niet werd geschonden omdat de beklaagde de gelegenheid had gehad zich bij de behandeling van zijn zaak te verdedigen⁷². Hierbij dient terloops te worden aangestipt dat, hoewel algemeen aangenomen wordt dat in strafzaken het gezag van het gewijsde op de strafvordering erga omnes geldt, dit gezag zich niet uitstrekt tot een later vervolgte mededader of medeplichtige. De vroegere beslissing kan hem noch schaden, noch baten⁷³. Er kan echter niet ontkend worden dat de verklaring van de ex-getuige in zijn eigen zaak tegen hem wel invloed kan hebben.

23. Indien artikel 6, § 1, E.V.R.M. met weinig kans op succes kan worden ingeroepen, kan dan worden gedacht aan een schending van artikel 6, § 2, E.V.R.M., dat inhoudt dat een vervolgte voor onschuldig moet worden gehouden zolang zijn schuld niet is vastgesteld? Hoewel de draagwijdte van dit principe m.b.t. de onschuldpresumptie volgens de rechtsleer nog volstrekt onduidelijk is⁷⁴, mag ook niet gesteld worden dat het gebruik van de getuigenis die een persoon verplicht was in een vroegere procedure af te leggen in de tegen hem later ingestelde strafvervolgung strijdig is met artikel 6, § 2, E.V.R.M. Weliswaar beslist de Straatburgse rechtspraak dat de rechter zonder enige vooringenomenheid van de onschuld van de verdachte dient uit te gaan en slechts tot een veroordeling mag komen op basis van tijdens het proces aangevoerde bewijsmiddelen. Maar dezelfde rechtspraak neemt aan dat daarbij wel mag worden teruggegrepen op eerdere verklaringen van de verdachte of van getuigen, mits tijdens het proces voldoende gelegenheid wordt geboden deze te herroepen c.q. te weerleggen⁷⁵. De artikelen 6, § 1, en 6, § 2, E.V.R.M. komen dus weinig of niet in aanmerking voor de beklaagde of de beschuldigde die in een vroegere procedure als getuige een spreekplicht had. Deze bepalingen hebben ook geen betrekking op de definitief veroordeelde die als getuige wordt gehoord in een latere procedure tegen zijn maat omdat hij geen verdachte meer is. Het is dus weinig evident dat kan worden gesteld dat de rechtspraak die de getuigenis onder

⁶⁸ VAN DIJCK P., «De op Nederland rustende internationale verplichtingen ter zake van een behoorlijke rechtspraak», *Handelingen der Nederlandse Juristenvereniging*, 1983, I, pp. 132-133.

⁶⁹ Cass., 21 februari 1979, *Arr. Cass.*, 1978-1979, 737, *Pas.*, 1979, I, 750.

⁷⁰ Cass., 10 juli 1916, *Pas.*, 1917, I, 195.

⁷¹ VON BRUCKEN FOCK G.P., «Tot welke wijzigingen in het Nederlandse strafprocesrecht dienen de beginselen van behoorlijke rechtspraak neergelegd in artikel 6 E.V.R.M. aanleiding te geven», *Handelingen der Nederlandse Juristenvereniging*, 1983, I, p. 156.

⁷² Cass., 25 juni 1976, *Arr. Cass.*, 1976, 1207, *Pas.*, 1976, I, 1107.

⁷³ R.P.D.B., Tw. «Chose jugée», nr. 116; Cass., 16 november 1971, *Arr. Cass.*, 1972, 261, *Pas.*, 1972, I, 245; 18 januari 1972, *Arr. Cass.*, 1972, 483, *Pas.*, 1972, I, 482; 26 maart 1973, *Arr. Cass.*, 1973, 745, *Pas.*, 1973, I, 708; 13 mei 1975, *Arr. Cass.*, 1975, 989, *Pas.*, 1975, I, 893.

⁷⁴ VON BRUCKEN FOCK E.P., *loc. cit.*, p. 222-223.

⁷⁵ VAN DIJCK P., *loc. cit.*, p. 128.

eed ter terechtzitting oplegt voor nog niet vervolgde personen tegen wie bezwaren rijzen m.b.t. dezelfde feiten als tegen de beklaagde of de beschuldigde of voor een wegens dezelfde feiten vroeger definitief veroordeelde personen, strijdig is met de artikelen 6, § 1, en 6, § 2, E.V.R.M., wanneer althans het probleem benaderd wordt uit het oogpunt van de getuige zelf.

24. Er kan ook niet gegrepen worden naar het tweede onderdeel van artikel 6, § 3, d, dat aan de beklaagde of de beschuldigde het recht toekent «het oproepen en de onderzaking van getuigen à décharge te doen geschieden op dezelfde voorwaarden als het geval is met de getuigen à charge». Zoals eerder gezegd, is het probleem dat de rechtspraak de mogelijkheid inhoudt van het verhoor van bepaalde partijdige getuigen onder eed niet alleen ten nadele van de beklaagde of beschuldigde, maar ook te zijnen voordele. Robert vermeldt het geval van een beschuldigde die bij weerspanningheid aan de wet veroordeeld werd na een behandeling op tegenspraak tegen zijn medebeschuldigden en later ontdekt en aangehouden wordt. «Quand on le déféra à la Cour d'assises, il fit venir comme témoin un de ces condamnés, qui, avec beaucoup de dignité, s'accusa de tous les méfaits qu'on imputait à son ami retrouvé»⁷⁶. Er wordt dus geen geweld gedaan aan de eis van het tweede onderdeel van artikel 6, § 3, d, dat de vervolgde instantie en verdediging een gelijke behandeling in dit opzicht krijgen.

De andere bepalingen van artikel 6, § 3, E.V.R.M. ten slotte hebben geen betrekking op de behandelde vraagpunten.

2) Artikel 14 Internationaal Verdrag

25. In de rechtsleer bestond er geen eensgezindheid tussen specialisten van het internationaal recht betreffende de werking van de bepalingen van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten, waarbij België sedert 21 juli 1983 partij is geworden. Het Hof van Cassatie heeft echter recent alle twijfel weggenomen door uitdrukkelijk te overwegen dat artikel 9, lid 2, van het Internationaal pact in België directe werking heeft⁷⁷. Een gelijkaardige uitspraak kan m.b.t. artikel 14 van hetzelfde verdrag verwacht worden, nu J. Velu mede over die bepaling geschreven heeft: «Bon nombre de normes énoncées par le Pacte sont formulées de manière suffisamment précise et ont un contenu suffisamment complet pour que leur application soit possible sans mesures complémentaires»⁷⁸. Daarbij is iedereen het er over eens dat artikel 14, § 3, voor de verdachte meer minimumgaranties bevat dan artikel 6 E.V.R.M. Over de andere bepalingen van het Internationaal Verdrag die voor het besproken probleem wel van belang zijn, maar identiek zijn aan de rechten omschreven in het E.V.R.M. wordt verder geen aandacht besteed.

Artikel 14, § 3, g, bepaalt dat een ieder bij het bepalen van de gegrondheid van een tegen hem ingestelde strafvervolgning, in volle gelijkheid, recht heeft niet te worden gedwongen tegen zichzelf te getuigen of een bekentenis af te

leggen. In het E.V.R.M. is deze uiterst belangrijke waarborg niet met zoveel woorden opgenomen. Een dergelijke garantie kan wel worden geconstrueerd op basis van een nadere invulling van bewijstechnische aspecten van eerlijke berechting en van de onschuldpresumptie. Beweerd werd dat de vrijwaring tegen zelfincriminatie de essentie van de fair trial is en dat er historisch gezien een samenhang bestaat tussen het onschuldvermoeden en de nemo-tenetur-regel. Maar deze waarborg is toch beter verzekerd door een dergelijke expliciete bepaling, als artikel 14, § 3, g⁷⁹.

Dat deze bepaling rechtstreeks het behandeld probleem aanbelangt blijkt uit het reeds aangehaald geval uit de Nederlandse rechtspraak: een eerder veroordeelde deelnemer wordt door de rechtbank als getuige verhoord en daarbij staat hij voor de keus of te antwoorden op de vraag «wie was uw maat» of in gijzeling te worden genomen. Als cassatiemiddel wordt opgeworpen het beginsel dat een verdachte niet aan zijn eigen veroordeling behoeft mee te werken en niet tot antwoorden is verplicht, zoals bepaald bij artikel 29 Sv. en artikel 14, § 3, g, Internationaal Verdrag. De Hoge Raad wijst deze opvatting van de hand⁸⁰. A.L. Melai merkt over deze beslissing op dat niet valt in te zien op welke gronden de verdachte na zijn veroordeling als getuige zou kunnen worden verplicht nadere verklaringen te doen over feiten die aan zijn veroordeling ten grondslag liggen. Bij een dergelijke manier van doen zouden wij — aldus Melai — op cynische wijze terugnemen wat wij pretenderen in het strafgeding te willen doen gelden⁸¹. Naar de mening van J.F. Nijboer zouden deze bezwaren a fortiori gelden in gevallen waarin degene die als getuige wordt gehoord, zelf nog een proces te wachten staat omdat die het risico loopt dat zijn eigen verklaringen in zijn eigen zaak nog een rol zouden kunnen spelen⁸².

Weliswaar kunnen deze argumenten in Nederland een andere betekenis hebben dan in ons land. Volgens artikel 29 N.Sv. is de verdachte niet tot antwoorden verplicht en wordt voor het verhoor de verdachte meegedeeld dat hij niet verplicht is tot antwoorden. In België moet aan het recht op stilzwijgen niet worden herinnerd en legt het cassatiearrest van 10 juli 1916⁸³ spreekplicht op aan de getuige, zelfs indien hij beweert dat hij door te antwoorden zichzelf aan strafvervolgingen blootstelt. Er bestaat in het Wetboek van Strafvordering geen analoge bepaling aan artikel 219 N.Sv.

M.b.t. artikel 14, § 3, g, Internationaal Verdrag overtuigen de bezwaren van Melai en Nijboer niet helemaal. Artikel 14, § 3, bepaalt: «Bij het bepalen van de gegrondheid van een tegen hem ingestelde strafvervolgning heeft een ieder, in volle gelijkheid, recht op de volgende minimumgaranties...». De rechtspraak van de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens heeft m.b.t. artikel 6, § 3, E.V.R.M., dat een gelijkaardige formulering inhoudt geoordeeld dat «a person (...) having been finally convicted

⁷⁹MYJER E., o.c., pp. 25 en 26; VAN DIJCK, P., o.c. pp. 65-66 en p. 132.

⁸⁰H.R., 5 februari 1980, N.J., 1980, 322.

⁸¹A.L. MELAI, Rechtspraakrubriek, D.D., 1980, 375. Zie ook noot onder Crim., 15 januari 1975, Gaz. Pal., 1975, I, 398.

⁸²J.F. NIJBOER, o.c., art. 339, p. 13.

⁸³Cass., 10 juli 1916, Pas., 1917, I, 195.

⁷⁶Zie noot 66.

⁷⁷Cass., 17 januari 1984, R.W., 1984-85, 1147, met noot.

⁷⁸VELU J., op. cit., in noot 64, nr. 16.

of a criminal offence is no longer a person charged with that offence within the meaning of this article»⁸⁴. Ook de getuigen die zelf nog een proces te wachten staat, wordt volgens de Commissie niet beschermd tegen gedwongen zelfincriminatie omdat artikel 6 alleen ziet op personen «charged with a criminal offence and (...) the provisions of that paragraph do not extend those rights to persons who are not accused persons even if the statement made by such persons might result in subsequent criminal proceedings against him»⁸⁵. De rechtsleer neemt daarom ook terecht aan dat artikel 14, § 3, g, geen onbeperkte waarborg tegen gedwongen zelfincriminatie biedt, doch alleen geldt voor degene die «charged is with a criminal offence»⁸⁶.

Daarom biedt artikel 14, § 3, g, Internationaal Verdrag geen uitkomst om te stellen dat de mededader of de medeplichtige, voordat er vervolgingen tegen hem worden ingesteld of na zijn definitieve veroordeling niet onder eed als getuigen mogen worden verhoord. Uit die bepaling kan dan ook geen argument worden geput tegen de rechtspraak die beslist dat deze personen een getuigenis onder eed mogen afleggen.

V. Besluit

26. De feitelijke betekenis van het verbod van verhoor van medebeklaagden of van medebeschuldigen onder eed is veel beperkter dan men zou verwachten. Het geldt alleen voor medebeklaagden of medebeschuldigen in de technische zin, d.w.z. die aanwezig zijn en in hetzelfde debat betrokken zijn. Deze door de rechtspraak gegeven uitleg aan het begrip medebeklaagde of medebeschuldigde laat het gevaar van onbetrouwbare verklaringen open.

Alle gevallen uit de rechtspraak mogen echter niet over een zelfde kam geschoren worden. Maar de rechtspraak leidt in bepaalde gevallen ertoe dat handige kunstgrepen kunnen worden gehanteerd met het oogmerk deelnemers onder eed te doen verhoren, de ene tegen de andere of de ene voor de andere. Het is aldus geoorloofd bij gescheiden aanbrengen van zaken met meer verdachten de ene deelnemer onder eed te horen in de zaak ten laste van de andere. Deze toestand is des te meer onbevredigend daar volgens een bepaalde cassatierechtspraak iemand die als getuige

wordt gedagvaard, verplicht is te antwoorden, zelfs al houdt hij staande dat hij daardoor zichzelf aan strafvervolgingen zou blootstellen. Ook kan men een deelnemer als getuige horen als zijn zaak van die van de beklaagde of van de beschuldigde gesplitst werd. Zelfs kan na het instellen van een rechtsmiddel in hoger beroep bv. als getuige gehoord worden, wie in eerste aanleg formeel medebeklaagde is geweest. Al kan niet als algemene regel gesteld worden dat deze rechtspraak strijdig is met het beginsel van de eerlijke behandeling gewaarborgd door op België berustende internationale verplichtingen, is het echter niet uitgesloten dat uit het concreet verloop van de procedures een schending van dit principe blijkt. Het besproken vraagpunt mag niet enkel uit het oogpunt van de fundamentele rechten van de verdediging worden onderzocht, het moet ook worden benaderd vanuit de vereisten van een behoorlijke rechtspraak.

Daarom is het nodig een duidelijk onderscheid te maken tussen de onbekwaamheid van bepaalde personen om in rechte onder eed te getuigen en de onverenigbaarheid tussen de hoedanigheid van een beklaagde of van een beschuldigde, en dus van een medebeklaagde of van een medebeschuldigde en die van getuige. Dit scherp onderscheid houdt een verwerping in van het in de rechtspraak zuiver formeel gehanteerd criterium voor de definitie van medebeklaagde of medebeschuldigde, dat geput is uit een wetsbepaling die betrekking heeft op de onbekwaamheid van sommige personen om te getuigen.

Hierdoor is echter nog niet gezegd welk criterium voor het begrip medebeklaagde of medebeschuldigde dienstig kan zijn om de thans soms voorkomende kunstgrepen te vermijden. Allicht moet men zoeken in een nader te omschrijven begrip strafzaak⁸⁷. Het is immers duidelijk dat de onderlinge verhouding van medebeklaagden blijft bestaan zolang de hele strafzaak niet is geëindigd. Dat is concreet het geval indien de procureur des Konings de zaken tegen meerdere beklaagden afzonderlijk aanbrengt, de rechter de tegen meerdere beklaagden gevoegde zaak alsnog splitst, meerdere beklaagden in eerste aanleg samen terechtstaan, waarna slechts één een rechtsmiddel instelt (of tegen hem een rechtsmiddel wordt ingesteld). In deze gevallen behoudt de beklaagde zijn hoedanigheid van beklaagde en kan hij dus niet onder eed worden gehoord.

Alain DE NAUW

⁸⁴ Zaak 4311/69, Collection of Decisions, 37, p. 82.

⁸⁵ Zaak 1083/61 aangehaald door FAWCETT J.E.S., *The application of the European Convention on Human Rights*, Oxford, 1969, p. 165.

⁸⁶ MYJER E., o.c., p. 32.

⁸⁷ FOKKENS J.W., o.c., p. 58; NIJBOER J.F., o.c., artt. 338-344, p. 42, noot 3.

DE NIEUWE WET OP DE VERZACHTENDE OMSTANDIGHEDEN

1. Wanneer diefstal door middel van geweld of bedreiging of afpersing als omschreven in de artt. 468, 469, 470 en 471 van het Strafwetboek wordt gepleegd en het geweld of de bedreiging een ongeneeslijk lijkende ziekte, een blijvende fysieke of psychische ongeschiktheid, het volledig verlies van het gebruik van een orgaan of een zware ver-

minking ten gevolge heeft, wordt de straf verhoogd tot dwangarbeid van vijftien tot twintig jaar. Dezelfde straf wordt, overeenkomstig art. 473 Sw, toegepast, indien de boosdoeners de personen lichamelijk hebben gefolterd.

Wanneer de diefstal door middel van geweld of bedreiging wordt gepleegd met de verzwarende omstandigheden

vermeld in art. 472 Sw. en de slachtoffers verwondingen of letselen hebben opgelopen, dan wordt de straf op levenslange dwangarbeid gebracht.

2. De blijvende fysieke of psychische ongeschiktheid kon dan nog van zeer geringe aard zijn, maar toch was alleen het hof van assisen bevoegd om deze misdaad, waarop levenslange dwangarbeid staat, te beoordelen daar de wet van 4 oktober 1867 op de verzachtende omstandigheden geen verwijzing naar de correctionele rechtbank wegens verzachtende omstandigheden toeliet wanneer de in de wet bepaalde straf twintig jaar dwangarbeid te boven ging.

Ten einde de correctionalisering van de in art. 473 Sw. vermelde misdaden die geen ernstige fysieke of psychische verwondingen of letselen ten gevolge hadden, mogelijk te maken, heeft de minister van Justitie, J. Gol, op 7 maart 1983 een ontwerp tot wijziging van de wet van 4 oktober 1867 op de verzachtende omstandigheden ingediend bij de Senaat.

3. De senaatscommissie voor de Justitie onderzocht het regeringsontwerp en verruimde de toepassingsmogelijkheden ervan zodat ook nog andere misdaden correctionaliseerbaar werden.

Men kan zich afvragen of het niet raadzamer ware geweest de strafwet zelf aan te passen en te matigen in de plaats van de mogelijkheden van correctionaliseren uit te breiden. De onderhavige methode heeft veel weg van het toedienen van kalmerende middelen door de geneesheer die te grote dosissen analeptica heeft toegediend aan zijn patiënt.

De wet getuigt van grote overhaasting en de legistiek heeft daar blijkbaar erg onder geleden, zoals verder zal worden aangetoond.

4. Ingevolge de wetswijziging van 6 februari 1985 is thans correctionalisering mogelijk indien de wederrechtelijke aanhouding, de gevangenhouding of de ontvoering bedoeld in art. 347bis Sw. voor de gegijzelden geen andere gevolgen heeft dan een blijvende fysieke of psychische ongeschiktheid.

De straf voor een dergelijke gijzeling is luidens art. 347bis Sw. de doodstraf. Iedereen zal het ermee eens zijn dat de bestraffing onredelijk streng is en dat strafmatiging wenselijk is. Was het dan niet gepaster de strafmaat aan te passen i.p.v. de toepassing van de onredelijke strafwet te voorkomen door middel van correctionalisering?

5. Had de wetgever deze gelegenheid niet kunnen aangrijpen om de strafwet wat aan te passen? Immers, art. 347bis Sw. bestraft ook met doodstraf de gijzeling die «het volledig verlies van het gebruik van een orgaan» ten gevolge heeft en een dergelijke misdaad is ook thans niet correctionaliseerbaar.

Maar wat is een orgaan? Daar de wetgever geen bepaling geeft, moet het woord geïnterpreteerd worden aan de hand van het algemeen spraakgebruik. Alle woordenboeken vermelden dat een orgaan een deel is van een levend wezen dat ingericht is voor een bepaalde werking; ze geven als voorbeeld: «het orgaan van het gezicht is het oog», «het orgaan van de reuk is de neus».

6. Het Hof van Cassatie verwerpt echter deze uitlegging en oordeelt dat een «orgaan» hier de betekenis heeft van «zintuig», en dat de wetgever hiermee de fysiologische werking bedoelt.

Alzo wordt het verlies van een oog niet beschouwd als

het volledig verlies van het gebruik van een orgaan, maar wél het volledig verlies van een zintuig zoals het gezicht, het gehoor, de tastzin, de reukzin of de smaak (Cass., 16 april 1973, *Pas.*, 1973, I, 790).

Is het dan wel logisch dat een gijzeling die voor de gegijzelde het verlies van zijn reukzin ten gevolge heeft wél voor het hof van assisen wordt gebracht en die welke het verlies van een oog heeft veroorzaakt, naar de correctionele rechtbank wordt verwezen?

7. Wat betekent anno 1985 een ongeneeslijk lijkende «ziekte»? Is een ongeneeslijk lijkende huidaandoening een «ziekte»? Is reuma een «ziekte»? En een blijvend psychisch trauma? Bestaan er wel «ongeneeslijk lijkende» ziekten? Met andere woorden, beantwoordt de opsomming van de kwalen in art. 347bis Sw. nog aan ernstige nosologische begrippen?

Terloops merken we op dat in de gewijzigde tekst van de wet op de verzachtende omstandigheden niet meer wordt gesproken van «fysische ongeschiktheid», maar van «fysieke ongeschiktheid», en dat de term «gijzelaars» is vervangen door «gegijzelden». De tekst van art. 347bis Sw. werd evenwel niet aangepast.

8. Tijdens de besprekingen in de kamercommissie kwam eveneens de interpretatie van art. 347bis Sw. ter sprake. Aan de ene kant beweerde volksvertegenwoordiger A. Bourgeois dat art. 347bis Sw. een zeer ruim toepassingsgebied had omdat het niet preciseerde dat de schade moet zijn toegebracht aan de gegijzelden. Ook andere personen die onrechtstreeks betrokken worden bij een gijzeling, als bijvoorbeeld het personeel van de ordedienst, het Rode Kruis, verplegers, geneesheren, restaurateurs die de bevoorrading verzorgen, zelfs toevallige voorbijgangers die tijdens een gijzeling worden verwond, zouden onder de bescherming van dit strafwetsartikel vallen.

A. Marchal heeft de mening uitgedrukt dat art. 347bis Sw. alleen de bescherming van de gegijzelden zelf beoogde (A. Marchal en J.P. Jaspas, *Droit criminel*, 3e ed., III, p. 336, nr. 4071).

9. Daar het wetsontwerp slechts tot doel heeft de mogelijkheid van correctionalisering uit te breiden, werd geen grondige studie aan dit probleem gewijd, maar toch kan uit de toelichting van de minister van Justitie worden afgeleid dat de wetgever alleen de gegijzelden een bijzondere bescherming heeft willen verlenen en dat de andere slachtoffers onder de gewone wettelijke bescherming vallen.

Het amendement van A. Bourgeois om «gegijzelden» in art. 2, tweede lid, 2°, te vervangen door «slachtoffers» werd dan ook ingetrokken.

10. De aanmerkingen in verband met art. 347bis Sw. gelden uiteraard ook voor art. 473 Sw., waar trouwens dezelfde terminologie inzake het «volledig verlies van het gebruik van een orgaan» wordt gebruikt.

Ook in dit geval heeft de wetgever verzuimd de tekst van art. 473 Sw. wat op te frissen en zelfs de taalfout werd onverbeterd gelaten.

11. Inzake brand bij nacht gesticht in de gevallen vermeld in art. 510 Sw. wordt thans correctionalisering mogelijk. Hetzelfde geldt ook voor brandstichting met verwondingen bedoeld in art. 518, eerste lid, Sw. die met toepassing van art. 518, tweede lid, met 22 jaar dwangarbeid wordt gestraft. Wanneer de brand de dood ten gevolge

heeft, wordt de doodstraf toegepast en is ook thans geen correctionalisering mogelijk.

Elke parketmagistraat zal deze wetswijziging toejuichen, zelfs al moest men méér dan een eeuw wachten op deze aanpassing. Meteen werden ook de laatste sporen van de middeleeuwse opvattingen over brandstichting uit het Strafwetboek gewist.

12. Vernieling of beschadiging van andermans roerende eigendommen gepleegd met behulp van geweld of bedreiging, in een bewoond huis of in de aanhorigheden ervan en met een van de omstandigheden van art. 471 Sw. door de hoofden of de aanstokers, indien het geweld of de bedreiging met behulp waarvan de vernieling of de beschadiging is gepleegd, geen andere gevolgen heeft dan een blijvende ongeschiktheid tot het verrichten van persoonlijke arbeid bepaald in art. 400 Sw. wordt eveneens correctionaliseerbaar.

Doodslag gepleegd om de vernieling of de beschadiging te vergemakkelijken of om de straffeloosheid ervan te verzekeren, wordt gestraft met de dood en is niet vatbaar voor correctionalisering.

13. Door de correctionalisering van deze misdaden wordt de correctionele straf bepaald in art. 25 van het Strafwetboek toepasselijk. Dit houdt in dat de gevangenisstraf ten minste acht dagen en ten hoogste vijf jaar bedraagt.

Nu bepaalt art. 25 Sw. eveneens dat de gevangenisstraf ten hoogste tien jaar is voor een met tijdelijke dwangarbeid straffbare misdaad die gecorrectionaliseerd is.

De wetgever heeft echter verzuimd art. 25 Sw. aan te passen aan de wijziging van de wet op de verzachtende omstandigheden en nu leidt een wettische interpretatie van art. 25 Sw. naar de paradoxale situatie dat correctionalisering van een met tijdelijke dwangarbeid straffbare misdaad in een gevangenisstraf van tien jaar kan worden omgezet, terwijl een misdaad strafbaar met doodstraf of levenslange dwangarbeid slechts een gevangenisstraf van vijf jaar kan opleveren.

Mag de wetgever zich verschuilen achter de bewering het niet geweten te hebben?

A. VANDEPLAS

RECHTSPRAAK

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER — 17 NOVEMBER 1983

Voorzitter-rapporteur: de h. Mahillon

Advocaat-generaal: mevr. Liekendael

Advocaten: mrs. Van Ryn en Houtekier

1. Internationaal privaatrecht - Toepasselijke wet — Cassatiemiddel — 2. Arbeidsongeval — Ongeval bij verplaatsing van een werknemer naar een andere arbeidsplaats.

1. De arbeidsongevallenverzekeraar die de vergoedingen welke hij naar aanleiding van een in het buitenland gebeurd ongeval heeft uitgekeerd, wil verhalen op de schuldige dader, kan niet voor de eerste maal in cassatie opwerpen dat zijn vordering wordt beheerst door de vreemde wet.

2. Uit de ten deze vastgestelde feiten (zie nader het arrest) heeft de rechter kunnen afleiden dat de verplaatsing van een werknemer van een werkterrein naar een ander noodzakelijk deel uitmaakte van zijn opdracht en hij beslist derhalve wettig dat het tijdens die verplaatsing gebeurde ongeval zich heeft voorgedaan tijdens de uitvoering van de arbeidsovereenkomst.

N.V. Z. t/ Coöp. V. De S.

Gelet op het bestreden arrest, op 23 december 1981 door het Hof van Beroep te Brussel gewezen;

Over het eerste middel, afgeleid uit de schending van de artikelen 3, inzonderheid eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek, 46, 47 van de Arbeidsongevallenwet van 10 april 1971, 19 van de wetten op de vergoeding der schade voort-

spruitende uit de arbeidsongevallen gecoördineerd bij koninklijk besluit van 26 september 1931, gewijzigd bij het enig artikel van de wet van 11 juni 1964, en 97 van de Grondwet,

doordat het arrest erop wijst dat de rechtsvordering van eiseres strekte tot terugbetaling van de bedragen die zij heeft betaald «als arbeidsongevallenverzekeraar van de vennootschap, werkgever van de getroffen en door een verkeersongeval dat op 22 oktober 1971 om 5 uur 's morgens op het grondgebied van Aschaffenburg (Duitse Bondsrepubliek) is gebeurd, en waarvoor Pieter C. aansprakelijk is», voorts zegt dat «de gemeenrechtelijke vordering, nu zij in dit geval wordt uitgeoefend door de arbeidsongevallenverzekeraar van de werkgever van de getroffen en, welke verzekeraar in hun rechten of in die van hun rechthebbenden is getreden tot beloop van zijn uitbetalingen, tegen de verzekeraar van de aansprakelijkheid van de werkgever, slechts gegrond is in zoverre het litigieuze ongeval een ongeval is op de weg naar en van het werk en niet een arbeidsongeval; dat zulks voortvloeit uit de desbetreffende wetsbepalingen, die de eerste rechter terecht vermeldt, met name artikel 19, derde lid, van de gecoördineerde wetten op de arbeidsongevallen, gewijzigd bij het enig artikel van de wet van 11 juni 1964, en uit de artikelen 46 en 47 van de wet van 10 april 1971», en vervolgens beslist, op grond van de wettelijke bepalingen die het vermeldt, dat «het litigieuze ongeval wel degelijk een arbeidsongeval is», en aldus, bij wijze van bevestiging, de oorspronkelijke vordering van eiseres verwerpt,

terwijl, eerste onderdeel, uit artikel 3, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek, in zoverre daarin een regel van internationaal privaatrecht is vervat, volgt dat de politiewetten van een Staat van toepassing zijn op de in die Staat gepleegde feiten, ongeacht de nationaliteit van de betrokken

personen; de wetten die de bestanddelen van het feit dat delictuele of quasi-delictuele aansprakelijkheid teweegbrengt, alsmede de omvang en de wijze van vergoeding bepalen evenals de bedingen van vrijstelling of beperking van aansprakelijkheid, politiewetten zijn in de zin van artikel 3, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek; de rechtsvordering tot vergoeding van de schade veroorzaakt door een in Duitsland gepleegde onrechtmatige daad door de Duitse wet wordt beheerst; het arrest, dat Belgische rechtsregels toepast om te beslissen dat de bestuurder van een voertuig dat in Duitsland een ongeval heeft veroorzaakt, niet aansprakelijk is, en om de verzekeraar van de burgerlijke aansprakelijkheid van die bestuurder van elke verplichting vrij te stellen, artikel 3, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek schendt en de artikelen 46, 47 van de wet van 10 april 1971 en 19, derde lid, van de gecoördineerde wetten op de vergoeding der schade voortspruitende uit de arbeidsongevallen verkeerdt toepast;

tweede onderdeel, de rechter die vaststelt of moet vaststellen dat hij op de hem voorgelegde feiten regels van vreemd recht moet toepassen, verplicht is de inhoud van de toepasselijke vreemde wet na te gaan en te bepalen; het arrest, door de inhoud van de vreemde wet die het had moeten toepassen niet te bepalen, de artikelen 3, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek, en 97 van de Grondwet schendt;

Over de grond van niet-ontvankelijkheid door verweerder tegen het middel opgeworpen en hieruit afgeleid dat het nieuw is;

Overwegende dat uit de stukken van de rechtspleging niet blijkt dat eiseres voor de feitenrechtters heeft betoogd dat ingevolge artikel 3, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek, in zoverre daarin een regel van internationaal privaatrecht wordt vastgelegd, haar vordering tot vergoeding van de schade ten gevolge van een ongeoorloofde daad van verweersters verzekerde in de Bondsrepubliek Duitsland, in België door de Duitse wet werd beheerst;

Dat er aldus met betrekking tot het in het middel gestelde probleem geen geschil bestond dat bij de rechter aangebracht was;

Dat het middel, dat niet steunt op wettelijke bepalingen die de openbare orde raken of dwingend zijn, niet voor het eerst voor het Hof mag worden opgeworpen;

Dat het middel nieuw is en derhalve niet ontvankelijk;

Over het tweede middel, afgeleid uit de schending van de artikelen 1315, 1349, 1353 van het Burgerlijk Wetboek, 870 van het Gerechtelijk Wetboek, 7, 8, 46, 47 van de Arbeidsongevallenwet van 10 april 1971, 1, 19 van de wetten op de vergoeding der schade voortspruitende uit de arbeidsongevallen gecoördineerd bij koninklijk besluit van 28 september 1931, gewijzigd en aangevuld bij de wet van 11 juni 1964, 1 van de besluitwet van 13 december 1945 voortspruitende uit ongevallen die zich op de weg naar of het werk voordoen, en 97 van de Grondwet,

doordat het arrest, om te beslissen dat het litigieuze ongeval een arbeidsongeval is, zegt dat: 1° «de verplaatsing van de ploeg van Kipfenberg naar Camberg noodzakelijk deel uitmaakt van de opdracht, aangezien de aanwezigheid van drie monteurs te Camberg is vereist voor een bepaald werk, op een bepaald uur», wegens «het bevel van de werk-

gever het werk te Camberg op het vastgestelde uur aan te vatten; 2° gelet op de aard van de opdracht en de plaats waar ze moest worden uitgevoerd, het vertrekpunt van het fataal traject, namelijk het hotel Kipfenberg, niet door de betrokken monteurs maar wel door hun werkgever is gekozen, zodat het traject is afgelegd vanaf een opgelegde verblijfplaats», en 3° met betrekking tot de getroffen «niet is aangetoond dat zij met een ander vervoermiddel dan de wagen van C. de bouwplaats te Camberg op het vastgestelde uur hadden kunnen bereiken, noch dat zij dat voertuig vrijwillig zouden hebben kunnen verlaten zonder het gezag, de leiding of het toezicht van hun werkgever te miskennen dat via de baas van de groep, C., werd uitgeoefend», en uit die overwegingen afleidt dat het traject derhalve is afgelegd onder de leiding of het toezicht van de werkgever,

terwijl, eerste onderdeel, de werknemer die op de weg naar en van het werk is, een traject aflegt dat hem naar de plaats waar hij werkt brengt, waar hij voor een bepaald werk op een bepaald uur aanwezig moet zijn; het arrest op grond van de omstandigheid dat de getroffen te Camberg moesten zijn «voor een bepaald werk op een bepaald uur», geenszins kon beslissen dat de verplaatsing om die plaats te bereiken «noodzakelijk deel uitmaakte van de opdracht»; die beslissing de artikelen 7, 8, 46, 47 van de Arbeidsongevallenwet van 10 april 1971, 1, 19 van de gecoördineerde wetten op de vergoeding der schade voortspruitende uit de arbeidsongevallen, 1 van de besluitwet van 13 december 1945 betreffende de vergoeding der schade voortspruitende uit ongevallen die zich op de weg naar of van het werk voordoen, en 97 van de Grondwet schendt; het arrest bovendien, door enerzijds te zeggen dat het afgelegde traject om het werk op het voorziene uur te kunnen uitvoeren noodzakelijk deel uitmaakte van de uitvoering van de opdracht of de arbeid beoogd in het contract, en door anderzijds te zeggen dat het werk op bevel van de werkgever op een bepaald uur moest aanvangen te Camberg, wat noodzakelijk impliceert dat de uitvoering van het werk pas kon beginnen op een bepaald uur na de aankomst ter plaatse van de arbeiders, op tegenstrijdige motieven steunt en aldus artikel 97 van de Grondwet schendt;

tweede onderdeel, het arrest, door te beslissen dat het litigieuze ongeval een arbeidsongeval is en niet een ongeval op de weg naar en van het werk, op grond dat de betrokken monteurs het vertrekpunt van het traject niet hebben kunnen kiezen, de wettelijke begrippen arbeidsongeval op de weg naar en van het werk miskent, deze weg zijnde het normale traject dat de werknemer moet afleggen om zich van zijn verblijfplaats te begeven naar de plaats waar hij werkt, waarbij de wet geen onderscheid maakt tussen de door de werknemer gekozen verblijfplaats en die welke hem hetzij door het werk zelf, hetzij door de werkgever wordt opgedrongen (schending van de artikelen 7, 8, 46, 47 van de Arbeidsongevallenwet van 10 april 1971, 1, 19 van de wetten op de vergoeding der schade voortspruitende uit de arbeidsongevallen, gecoördineerd bij koninklijk besluit van 28 september 1931, goedgekeurd en aangevuld bij de wet van 11 juni 1964, en 1 van de besluitwet van 13 december 1945 betreffende de vergoeding der schade voortspruitende uit ongevallen die zich op de weg naar of van het werk voordoen);

derde onderdeel, ingevolge de artikelen 1315 van het Burgerlijk Wetboek en 870 van het Gerechtelijk Wetboek,

verweerster, die aan haar verplichtingen wilde ontkomen door te betogen dat het litigieuze ongeval een eigenlijk arbeidsongeval was, moest aantonen dat de getroffenene op het ogenblik van het ongeval onder het gezag en de leiding van hun werkgever stonden; het arrest, door te beslissen dat het litigieuze ongeval een arbeidsongeval is omdat niet is aangetoond dat de getroffen arbeiders een ander vervoermiddel konden gebruiken zonder het gezag van hun werkgever te miskennen, de regels inzake de bewijslast miskent (schending van de artikelen 1315 van het Burgerlijk Wetboek en 870 van het Gerechtelijk Wetboek) en, althans de gevolgen die het uit een onbekend, want niet bewezen, feit afleidt, in aanmerking neemt als bewijselementen, waardoor het de artikelen 1349 en 1353 van het Burgerlijk Wetboek schendt:

Over het middel in zijn geheel:

Overwegende dat het arrest erop wijst dat uit het strafdossier blijkt dat de door het litigieuze ongeval getroffenene samen met de heer C. een monteersploeg vormden waarvan hij de baas was; dat die ploeg opdrachten uitvoerde in de Bondsrepubliek Duitsland en gedurende vijf weken vóór het ongeval op bevel en voor rekening van de werkgever een zuiveringsstation te Kipfenberg installeerde; dat de monteurs, die op 21 oktober 1971 's avonds dat werk hadden geëindigd en hun materiaal op een vrachtwagen hadden geladen, de volgende morgen om 7 uur te Camberg moesten zijn om de vrachtwagen te lossen zodat zij een nieuwe installatie konden monteren; dat C. heeft verklaard dat hij om 9 uur 30 is gaan slapen om Kipfenberg heel vroeg te verlaten; dat de monteersploeg inderdaad het hotel te Kipfenberg om 2 uur 45 's morgens heeft verlaten om, met de eigen wagen van C. die hijzelf bestuurde, via de Bundes-snelweg 15 naar Camberg te rijden; dat het ongeval tijdens het traject op die autosnelweg is gebeurd;

Overwegende dat het arrest uit die vaststelling wettig heeft kunnen afleiden dat de verplaatsing van Kipfenberg naar Camberg noodzakelijk deel uitmaakte van de opdracht en derhalve wettig beslist dat het tijdens die verplaatsing gebeurde litigieuze ongeval is gebeurd tijdens de uitvoering van de arbeidsovereenkomst;

Overwegende dat ingevolge artikel 7, tweede lid, van de wet van 10 april 1971, het ongeval overkomen tijdens de uitvoering van de arbeidsovereenkomst geacht wordt, behoudens tegenbewijs, als overkomen door het feit van de uitvoering van die overeenkomst;

Dat het arrest, dat oordeelt dat het tegenbewijs niet is geleverd, wettig beslist dat in dit geval het ongeval ook is gebeurd door het feit van de uitvoering van de arbeidsovereenkomst en dat het derhalve een arbeidsongeval is;

Overwegende dat, voor het overige, de in het middel geuite grieven, ook al waren zij gegrond, de wettigheid van die beslissing niet kunnen beïnvloeden;

Dat geen van de onderdelen van het middel kan worden aangenomen;

(...)

NOOT—Over de samenloop van de *lex loci delicti* en de Belgische arbeidsongevallenwetgeving bij een buitenlands ongeval en over de cassatiecontrole op de ambtshalve toepassing van de verwijzingsregel

1. Een groep van Belgische monteurs moest in opdracht van een Belgische werkgever, onder leiding van een ploegbaas, op twee plaatsen in de Duitse Bondsrepubliek werkzaamheden uitvoeren. Toen zij met de personenwagen van de ploegbaas van het ene werkterrein naar het andere reden, overkwam hun een ongeval dat blijkbaar aan de schuld van de ploegbaas die het voertuig bestuurde, te wijten was. De arbeidsongevallenverzekeraar betaalde aan de slachtoffers de wettelijke vergoeding en wou zich verhalen op de verzekeraar die de burgerrechtelijke aansprakelijkheid van de bestuurder dekte.

2. Voor de eerste rechter en in hoger beroep stond de vraag centraal of het ongeval een arbeidsongeval *sensu stricto* was (d.w.z. een ongeval dat de werknemers tijdens en door de uitvoering van de arbeidsovereenkomst overkomt) of een ongeval op de weg van en naar het werk. Dat onderscheid is voor de toepassing van de arbeidsongevallenwetgeving van weinig betekenis, daar het ongeval op de weg van en naar het werk met het eigenlijk arbeidsongeval wordt gelijkgesteld. Wanneer het ongeval echter aan de niet-opzettelijke schuld van de werkgever zelf of van zijn lasthebber of van zijn aangestelden te wijten is, krijgt dat onderscheid zijn belang om te beoordelen of de arbeidsongevallenverzekeraar die de wettelijke vergoeding betaalde, zich op de schuldige mag verhalen. Dan heeft de arbeidsongevallenverzekeraar er alle baat bij, dat het ongeval niet als een eigenlijk arbeidsongeval, maar als een ongeval op de weg van en naar het werk wordt gekwalificeerd. Zie de artt. 7, 8, 46 en 47 van de wet van 10 april 1971 betreffende de arbeidsongevallen, die in dat opzicht aansloot bij vroegere wetgeving en ook in het arrest wordt geciteerd omdat het ongeval zich vóór de inwerkingtreding van de wet van 1971 voordeed, en voorts Claeyss-Leboucq, E., «Overzicht van rechtspraak — Arbeidsongevallen (1971-1975)», *T.P.R.*, 1976, 1039 e.v., inz. nrs. 63-72, en Van de Velden, A. en Schamp, H., *Arbeidsongevallen-Privésector*, Antwerpen, Kluwer, 1981, blz. 208 e.v.

3. De arbeidsongevallenverzekeraar vond bij de feitenrechtters geen gehoor voor zijn stelling, dat het hier een ongeval op de weg van en naar het werk betrof. Uit het geheel van de omstandigheden leidden zij af, dat het ongeval tijdens de uitvoering van de arbeidsovereenkomst was gebeurd, voornamelijk omdat de werknemers de verplaatsing in opdracht van de werkgever en onder zijn gezag, uitgeoefend via de ploegbaas, hadden ondernomen. Het Hof van Cassatie volgde. Dat aspect van het arrest laten wij terzijde.

4. De eiseres in cassatie verweet echter in eerste instantie de feitenrechtters, dat zij het internationaal element van de zaak uit het oog verloren hadden. Daarmee wou ze geenszins betwisten, dat de Belgische Arbeidsongevallenwetgeving van toepassing was op dat in Duitsland voorgevallen ongeluk (over het ruimtelijk toepassingsgebied van de Belgische arbeidsongevallenwetgeving, beïnvloed door de E.E.G.-verordening nr. 1408/71 van 14 juli 1971, PB. 1971, L 149/2, die teruggaat op de verordening nr. 3 van 25 september 1958, zie Dumortier, J., *Arbeidsverhoudingen in het internationaal privaatrecht*, Antwerpen, 1981, blz. 283 e.v.). Ze wees alleen erop dat daarnaast ook de Duitse wet geroepen was, om als wet-van-de-plaats-van-het-ongeval de quasi-delictuele aansprakelijkheid te beheersen. Het hof van beroep had, ten onrechte volgens haar, de regels vervat

in de Belgische arbeidsongevallenwet toegepast voor de beantwoording van de vraag, of de arbeidsongevallenverzekeraar, gesubrogeerd in de rechten van de slachtoffers, verhaal had tegen de dader zelf en zijn verzekeraar. Daarvoor moest het hof van beroep de Duitse wet-van-de-plaats hebben geraadpleegd.

5. Het is inderdaad zo, dat in internationale context in beginsel de wet van de plaats van het misdrijf bepaalt welke gedragingen aansprakelijkheid meebrengen, wie aansprakelijk is en welke omvang die aansprakelijkheid aanneemt (zie daarover Erauw, J., *De onrechtmatig daad in het internationaal privaatrecht*, Antwerpen, 1982). Uitzonderingen op de aanknopng bij de *lex loci delicti commissi* worden onder meer geformuleerd in het Haags Verkeersongevallenverdrag van 4 mei 1971, dat ter zake niet toepasselijk is, daar het ongeval vóór de inwerkingtreding ervan voor België plaatsvond (voor de tekst: Erauw, J. en De Foer, L., *Internationaal privaatrecht. De bronnen*, 1981, Antwerpen, Maarten Kluwer, nr. 2.138).

6. Hoe ruim het toepassingsgebied van de *lex loci delicti* ook mag zijn, volgens een vaststaande rechtspraak, die teruggaat op een cassatiearrest van 23 oktober 1969 (*R.C.J.B.*, 1971, 345, met noot Rigaux, F.) beheerst die wet niet de wettelijke indeplaatsstelling van degene, die op grond van een eigen verplichting in plaats van de dader het slachtoffer (of de rechthebbenden) geheel of gedeeltelijk heeft vergoed. Die subrogatie is onderworpen aan de wet, waaruit voor die derde de verplichting tot vergoeding van het slachtoffer is voortgevloeid. De Belgische gemeenschappelijke regeling loopt gelijk met de Europese conflictenregeling op het gebied van de sociale zekerheid. Art. 93 van de verordening 1408/71 (dat art. 52 van de erdoor opgeheven verordening nr. 3 wederopnam) stelt in elke lid-staat de erkenning verplicht van het verhaalsrecht, voorkomend in de wet van het sociale-zekerheidsorgaan (m.i.v. de arbeidsongevallenverzekeraar) van een lid-staat dat prestaties leverde n.a.v. schade, die voortvloeit uit een op het grondgebied van een andere lid-staat voorgevallen gebeurtenis.

7. De wet van de subrogatie (lees: de eigen wet van de arbeidsongevallenverzekeraar) is slechts toepasselijk voor de beantwoording van de vraag, of de arbeidsongevallenverzekeraar die het slachtoffer vergoedde, de vordering mag uitoefenen, die het slachtoffer op grond van het gemeene recht tegen de dader zou hebben gehad. Het ontstaan en de omvang van de verplichtingen van de schuldige blijven, ook in zijn verhouding tot de gesubrogeerde verzekeraar, door het recht van de onrechtmatige daad beheerst. De arbeidsongevallenverzekeraar kan alleen de posten van de schade verhalen, die hij aan het slachtoffer heeft vergoed en waarvoor de eigen vordering van het slachtoffer tegen de dader is vervallen. In België is dat lichamelijke materiële schade. Wanneer de «Belgische» arbeidsongevallenverzekeraar overeenkomstig Belgisch recht prestaties leverde n.a.v. een ongeval in het buitenland, heeft hij een verhaalsrecht voor de lichamelijke materiële schade, becijferd volgens de regels van de wet van de onrechtmatige daad (zie m.b.t. art. 52 van de E.E.G.-verordening nr. 3: H.v.J., 16 mei 1973, *Jur. H.v.J.*, 1973, 499, en H.v.J., 16 februari 1976, *Jur. H.v.J.*, 1976, 271, overeenstemmend met het Belgisch gemeene i.p.r.). Het verhaal van de arbeidsongevallenverzekeraar is vanzelfsprekend beperkt tot de bedragen, die hij aan het slachtoffer heeft uitbetaald. Wanneer het op de

verhouding tot de dader toepasselijke recht qua vergoeding voor lichamelijke materiële schade voordeliger is, zal het slachtoffer de gemeenschappelijke aanvulling samen met de vergoeding voor de andere schadeposten rechtstreeks bij de dader mogen opvorderen.

8. Het is in dit verband wellicht nuttig, te signaleren dat in art. 93, § 2, van de verordening 1408/71 (in tegenstelling met art. 52 van de verordening nr. 3) een uitzondering wordt geformuleerd op de verwijzingsregel inzake onrechtmatige daad voor het geval dat de schuldige aan het arbeidsongeval binnen de werkkring van het slachtoffer dient te worden gezocht. Het eigen recht van de arbeidsongevallenverzekeraar die prestaties leverde n.a.v. een in een andere lid-staat voorgevallen gebeurtenis is dan toepasselijk voor de vraag, of de werkgever en de andere werknemers in zijn dienst van aansprakelijkheid jegens het slachtoffer (of de rechthebbenden) en de gesubrogeerde arbeidsongevallenverzekeraar ontheven zijn. Dezelfde wet bepaalt ook welke de rechten zijn, die de arbeidsongevallenverzekeraar in voorkomend geval tegen de werkgever en zijn werknemers kan doen gelden.

9. Het Hof van Cassatie kreeg niet de gelegenheid, om in dit arrest zijn rechtspraak van 23 oktober 1969 te bevestigen. Om redenen van cassatietechniek mocht (moest) het niet ingaan op het middel betreffende de schending van de verwijzingsregel inzake onrechtmatige daad. Dat middel was nieuw, niet omdat het nieuwe feiten aanbracht, maar omdat de onrechtmatige-daad-verwijzing voor de feitenrechters niet was aangehaald, althans niet i.v.m. de subrogatie.

10. De bevestiging dat het middel m.b.t. de schending van de verwijzingsregel inzake onrechtmatige daad nieuw en derhalve onontvankelijk is, is op het eerste zicht niet opzienbarend. Toch houdt dat een uitspraak in omtrent de aard van die verwijzingsregel. Een nieuw middel is immers, zoals het Hof bevestigt, slechts onontvankelijk, wanneer het niet de schending betreft van een rechtsregel die van openbare orde is of tot het imperatief recht behoort.

11. Uit het voorgaande blijkt dat de verwijzingsregels, zoals de regels van materieel recht, begrepen kunnen worden in de traditionele onderscheiding, gemaakt tussen regels van dwingend recht (waaronder de regels die de openbare orde raken) en die van suppletief recht. Men mag het begrip «openbare orde» in dit verband niet verwisselen met het begrip «internationale openbare orde», net zomin als men het concept «dwingend recht» mag vervangen door dat van «internationaal dwingend recht», waarmee in het i.p.r. soms de zgn. «*règles d'application immédiate*» worden aangeduid. Die begrippen staan o.i. buiten de verwijzingsregels. Ze strekken juist ertoe uitzonderingen of excepties op de gewone verwijzingsregels aan te duiden, afgezien ervan of die verwijzingsregels al dan niet imperatief zijn.

12. De classificering, waarnaar hier verwezen wordt, betreft de mate waarin aan de partijen de vrijheid gelaten wordt, de wettelijke regeling door een contractuele te vervangen. Van een regel van imperatief recht mogen de partijen niet afwijken, — zelfs niet na het ontstaan van het geschil, wanneer die norm de openbare orde raakt.

13. Toegepast op het collisierecht betekent dat o.i., dat een verwijzingsregel, die niet imperatief is, ondergeschikt is aan de wilsautonomie. Wij doelen hier uiteraard op de

wilsautonomie op het collisioneel niveau, die de partijen toestaat het recht te kiezen, dat op hun «internationale» rechtsverhouding toepasselijk zal zijn, met inbegrip van het «ius cogens» van het gekozen recht. We menen dus in dit arrest de bevestiging te mogen lezen, dat inzake onrechtmatige daad de aanknopingsbij de *lex loci delicti commissi* ondergeschikt is aan de wilsautonomie in de zin van het internationaal privaatrecht. Zo begrepen, is de verwijzingsregel over de onrechtmatige daad facultatief. Die stelling is niet nieuw. Ze werd, kort geleden nog, in het reeds geciteerd werk over de onrechtmatige daad in het internationaal privaatrecht verdedigd, enigzins tegen de heersende Belgische (en Franse) opvatting in.

14. Het Hof van Cassatie geeft niet aan, waarom het tot de conclusie mocht komen, dat de verwijzingsregel inzake onrechtmatige daad niet dwingend is. O.i. moet men het suppletief of imperatief karakter van een verwijzingsregel door referentie naar het eigen materieel recht beoordelen. Wanneer de regeling van Belgisch materieel recht op het door de verwijzingsregel bestreken terrein overwegend imperatief of van openbare orde is, moet, naar wij menen, de verwijzingsregel hetzelfde karakter hebben. Het overwegend imperatief karakter van het door de verwijzingsregel in concreto aangewezen vreemd recht binnen de door de verwijzingsregel bestreken aanknopingscategorie is alleen maatgevend voor de wilsvrijheid in materiële zin, als eenmaal over de verwijzing is beslist. Het ware trouwens onlogisch het dwingend karakter van een verwijzingsregel, die een regel is van Belgisch recht, in het vreemd recht te moeten aflezen. Dat geldt o.i. ook voor de terugwijzing, waardoor de vreemde verwijzingsregel a.h.w. door de Belgische wordt geabsorbeerd en daardoor het imperatief of suppletief karakter ervan moet delen.

15. Waarschijnlijk omdat zij beseftte dat het middel nieuw was, had de eiseres in cassatie zich niet ertoe beperkt de schending (of beter: de niet-toepassing) van de verwijzingsregel inzake onrechtmatige daad aan te klagen. In het tweede onderdeel van hetzelfde middel beriep zij zich erop, dat de feitenrechters te kort waren gekomen aan hun plicht, om ambtshalve de verwijzingsregel toe te passen. Daartoe herinnerde zij de hoge rechters aan hun uitspraak van 9 oktober 1980 door de weergave van de belangrijkste overweging ervan (Cass., 9 oktober 1980, *R.W.*, 1980-81, 146, met noot Erauw, J., *J.T.*, 1981, 70, met concl. adv.-gen. Krings en noot Vander Elst, *R.C.J.B.*, 1981, 309, met noot Rigaux F.).

16. In dat arrest had het Hof zich nochtans niet expliciet over de ambtshalve toepassing van de verwijzingsregel uitgesproken. Dat was ook niet nodig: het hof van beroep had op verzoek van partijen vreemd recht toegepast. Het direct belang van dat arrest lag in de bevestiging dat de Belgische rechter het vreemd recht moet toepassen, zoals het in het land van herkomst leeft, en dat de verkeerde interpretatie door de feitenrechters van een vreemde wetsbepaling grond voor cassatie oplevert. De ingeroepen schending van de vreemde wet was door de partijen zelf, die een verkeerde interpretatie hadden voorgedragen, veroorzaakt. Het hof van beroep liep in dat dwaalspoor mee. Dat werd door het Hof van Cassatie gesanctioneerd. De feitenrechter mag zich volgens het Hof niet van de wijs laten brengen. Hij moet, desnoods ambtshalve, de juiste draagwijdte van het toepasselijke vreemde recht nagaan.

17. Het komt paradoxaal over, dat het Hof op 9 oktober 1980 vernietigde, omdat een vreemde wetsbepaling (die ook niet imperatief was) niet juist werd toegepast, terwijl het zich in dit arrest niet bereid toont de beweerdte niet-toepassing van een verwijzingsregel, die een regel is van Belgisch recht, te onderzoeken. Die schijnbare ongerijmdheid moet uitsluitend verklaard worden door de wijze waarop het Hof zijn eigen werkteerrein heeft afgebakend. Volgens een vaststaande rechtspraak immers, is een middel dat betrekking heeft op een rechtsregel die de feitenrechter voor de toepassing van het geschil heeft toegepast, niet nieuw.

18. Wanneer wij aan het arrest van 9 oktober 1980 de boodschap mogen overhouden, dat de feitenrechter (tenzij de partijen in materies waar dat mogelijk is, ondubbelzinnig daarvan afzien) op het hem voorgelegde feitencomplex met internationale aanknopingspunten ambtshalve (doch met eerbiediging van het recht van verdediging: Cass., 22 oktober 1982, *R.W.*, 1982-83, 2186, met noot Lemmens, P.) de verwijzingsregel moet toepassen, zelfs al is die niet dwingend, dan blijkt uit dit arrest dat het Hof van Cassatie desgevraagd die verplichting niet in zijn volle omvang handhaaft. De hoge censuur blijft tot de ambtshalve toepassing van de dwingende verwijzingsregels beperkt. Die vaststelling werpt o.i. een schaduw op de theorie van de ambtshalve toepassing van de verwijzingsregels en, meer in het algemeen, op de theorie over het ambtshalve aanvullen van de rechtsgronden, waarvan de eerste slechts een bijzondere toepassing is.

Lieven De Foer (R.U.G.)

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER — 7 MEI 1984

Voorzitter-rapporteur: de h. Mahillon

Eerste advocaat-generaal: de h. Duchatelet

Advocaten: mrs. Simont en De Bruyn

Staking en lock-out — Rechtmatigheid van lock-out — Recht op schadevergoeding voor werknemer — Voorwaarden.

De wet van 19 augustus 1948 houdt de erkenning in van het recht van de werkgever om, wegens lock-out, de overeengekomen arbeid niet te doen uitvoeren. Het uitroepen van een lock-out is dus niet noodzakelijk een ongeoorloofde daad.

De rechter beslist evenwel niet wettig dat de werknemer die verhinderd werd te arbeiden, geen recht op schadevergoeding wegens eenzijdige en foutieve schorsing heeft, zonder te onderzoeken of de lock-out door overmacht of door de exceptie van niet-uitvoering was verantwoord.

G. t/ N.V. A.

Gelet op het bestreden arrest, op 29 juni 1981 door het Arbeidshof te Bergen gewezen;

Over het middel, afgeleid uit de schending van de artikelen 97 van de Grondwet, 1101, 1108, 1135, 1142, 1145,

1146, 1147, 1148, 1149, 1150, 1151, 1184, 1302, 1315, 1779, 1°, van het Burgerlijk Wetboek, 870 van het Gerechtelijk Wetboek en 5bis, 2°, van de wetten betreffende de arbeidsovereenkomst voor bedienden, gecoördineerd bij koninklijk besluit van 20 juli 1955, gewijzigd bij de wet van 10 december 1962, artikel 20, en, voor zoveel nodig, schending van genoemd artikel 20 van de wet van 10 december 1962 en van artikel 20, 1°, van de Arbeidsovereenkomstenwet van 3 juli 1978,

doordat het arrest, nu het Arbeidshof te Bergen heeft vastgesteld dat verweerster door de lock-out de arbeidsovereenkomst niet wilde beëindigen doch enkel de gevolgen ervan wilde schorsen tot de sociale vrede was teruggekeerd, en erop heeft gewezen dat het bestaan van een collectief conflict geenszins uitsluit dat de houding van de aanstokers of de deelnemers volgens de regels van het gemene recht wordt onderzocht wanneer hun een fout ten laste wordt gelegd, maar verhindert dat zij kunnen worden verplicht hun beslissing door een gemeenrechtelijk middel te verantwoorden, daaruit afleidt dat verweerster geen contractuele fout had begaan op grond: «dat het geoorloofd karakter van een lock-out niet in het gedrang kan komen omdat geïntimeerde die lock-out niet verantwoordt volgens de, naar het zeggen van (eiser), gemeenrechtelijke technieken» zoals de excepties van niet-uitvoering of overmacht; dat die verwijzing de idee impliceert dat lock-out noodzakelijk moet worden gerechtvaardigd als een tegenmaatregel, een tegenaanval of een tegen-staking gericht tegen een collectieve beweging van de werknemers, wat ondenkbaar is in zoverre een dergelijke beslissing noodzakelijk een juridische grondslag ontbeert waaraan die technieken kunnen worden getoetst: enerzijds, kan die lock-out, een louter defensieve maatregel, niet worden uitgelegd als een poging van de werkgever om te ontsnappen aan de betaling van loon, aangezien hij daarvan wegens die staking op wettige wijze is ontslagen (artikel 5bis van de gecoördineerde wetten van 20 juli 1955 betreffende de arbeidsovereenkomst voor bedienden, van toepassing op het ogenblik van de feiten), en anderzijds is een collectief conflict in se helemaal geen geval van overmacht omdat het niet onverwacht opduikt, nu bij arbeid in dienstverband een dergelijk conflict uiteraard altijd latent aanwezig is; dat bovendien een dergelijk opzet van de werkgever moeilijk kan worden begrepen aangezien hij daardoor de niet bij de staking betrokken werknemers zou treffen door hen zelf het werken te beletten»,

terwijl, eerste onderdeel, eiser in zijn appelconclusie betoogde dat de door verweerster uitgevaardigde lock-out een foutieve schorsing van de arbeidsovereenkomst was, die noch door overmacht noch door de exceptie van niet-uitvoering was verantwoord en hij op omstandige wijze aanvoerde dat de verplichting de loontrekkende te laten werken een resultaatverbintenis was en een wezenlijke verplichting van de werkgever, waarvan de miskennis, zonder overmacht of een geval dat valt onder de exceptie van niet-uitvoering, tot schadevergoeding leidt daaruit volgt dat het arrest, nu het niet heeft onderzocht of de lock-out, wat een schorsing van de arbeid impliceert, een miskenning van een resultaatverbintenis of van een wezenlijke verplichting van de arbeidsovereenkomst was waardoor de contractuele aansprakelijkheid van de werkgever in het gedrang wordt gebracht, dat middel niet beantwoordt en derhalve zijn beslissing niet regelmatig met redenen omkleedt (schending van

artikel 97 van de Grondwet) en haar evenmin naar recht verantwoordt (schending van alle in het middel aangewezen wetsbepalingen, inzonderheid van de artikelen 1134, 1135, 1142, 1145, 1146, 1147, 1148, 1149, 1150, 1151 van het Burgerlijk Wetboek en 5bis van de wetten betreffende de arbeidsovereenkomst voor bedienden en, voor zoveel nodig, van artikel 20 van de Arbeidsovereenkomstenwet van 3 juli 1978);

tweede onderdeel, uit de aard zelf van de arbeidsovereenkomst voor bedienden volgt dat de werkgever zich door een dergelijke overeenkomst verbindt om aan zijn bediende werk te verschaffen, die verbintenis een resultaatverbintenis is en de gewone niet-uitvoering ervan de contractuele aansprakelijkheid van de werkgever in het gedrang brengt zonder dat de bediende een vollediger bewijs moet leveren; daaruit volgt dat het arrest, nu het erop wijst dat verweerster de gevolgen van de arbeidsovereenkomst voor bedienden had geschorst en dus haar resultaatverbintenis aan eiser werk te verschaffen niet naar behoren had uitgevoerd, eisers rechtsvordering niet wettig heeft kunnen verwerpen enkel op grond dat verweerster de toepasselijke verzoeningsprocedure in acht heeft genomen (schending van alle in het middel aangewezen wetsbepalingen en inzonderheid van de artikelen 1134, 1135, 1142, 1145, 1146, 1147, 1148, 1149, 1150, 1151 en 1779, 1°, van het Burgerlijk Wetboek en, voor zoveel nodig, van artikel 20 van de Arbeidsovereenkomstenwet van 3 juli 1978);

derde onderdeel, eiser, nu hij aanvoerde dat verweerster haar resultaatverbintenis werk te verschaffen aan haar bediende had miskend, om verweersters aansprakelijkheid aan te tonen niets anders moest bewijzen dan het in het arrest vastgestelde feit dat het beloofde werk hem niet werd verschaft; daaruit volgt dat het arrest, nu het beslist dat, wanneer men van verweerster zou eisen dat zij de genomen maatregelen op een andere wijze verantwoordt dan door de naleving van de verzoeningsprocedure, «men zonder enige reden de bewijslast zou omkeren die principieel op (eiser) rust», 1) de wettige aard van resultaatverbintenis van de verplichting van de werkgever werk te verschaffen aan zijn bediende, miskent (schending van de in het middel aangewezen bepalingen en inzonderheid van de artikelen 1134, 1135, 1142, 1146, 1147, 1148, 1149, 1150, 1151, 1779, 1°, van het Burgerlijk Wetboek en 5bis, 2°, van de wetten betreffende de arbeidsovereenkomst voor bedienden, gecoördineerd bij koninklijk besluit van 20 juli 1955, gewijzigd bij de wet van 20 december 1962, artikel 20, en, voor zoveel nodig, van artikel 20 van de Arbeidsovereenkomstenwet van 3 juli 1978); 2) althans het wettig begrip resultaatverbintenis miskent door te weigeren aan een dergelijke verbintenis de gevolgen toe te kennen die inzake bewijslast ermee samenhangen (schending van de in het middel aangewezen bepalingen, inzonderheid van de artikelen 1147 en 1148 van het Burgerlijk Wetboek); 3) de regels inzake de bewijslast miskent (schending van de in het middel aangewezen bepalingen, inzonderheid van de artikelen 1315 van het Burgerlijk Wetboek en 870 van het Gerechtelijk Wetboek);

vierde onderdeel, zelfs in de onderstelling — quod non — dat de verplichting werk te verschaffen aan zijn bediende slechts een inspanningsverbintenis zou zijn, de miskenning van die verplichting en derhalve het al dan niet bestaan van een contractuele fout moet worden beoordeeld

op grond van alle feitelijke gegevens, zonder dat het ontbreken van een dergelijke fout op wettige wijze kan worden afgeleid uit de enkele omstandigheid dat de toepasselijke verzoeningsprocedure is nageleefd; daaruit volgt dat het arrest het ontbreken van een contractuele fout van verweerster niet heeft kunnen afleiden uit de enkele omstandigheid dat de door laatstgenoemde uitgevaardigde lock-out in overeenstemming was met de toepasselijke verzoeningsprocedure (schending van de in het middel aangewezen bepalingen en inzonderheid van de artikelen 1142, 1145, 1146, 1147, 1148, 1149, 1150 en 1151 van het Burgerlijk Wetboek, en 5bis, 2°, van de wetten betreffende de arbeidsovereenkomst voor bedienden, gecoördineerd bij koninklijk besluit van 20 juli 1955, gewijzigd bij de wet van 10 december 1962, artikel 20, en, voor zoveel nodig, van artikel 20, 1°, van de Arbeidsovereenkomstenwet van 3 juli 1978):

Overwegende dat het arrest vaststelt dat eiser, bediende van verweerster, na het verstrijken van een lock-out opzeggingstermijn werd verhinderd om in haar onderneming te werken, en dat eiser zijn werkgever heeft gedagvaard tot betaling van schadevergoeding voor het loon dat hij heeft moeten derven wegens de eenzijdige en foutieve schorsing van de arbeidsovereenkomst voor bedienden door de werkgever;

Overwegende dat het middel het arrest niet bekritiseert in zoverre het beslist dat lock-out de uitvoering van de overeenkomst schorst, maar betoogt dat lock-out een foutieve schorsing van de overeenkomst uitmaakt waardoor de contractuele aansprakelijkheid van de werkgever in het gedrang komt;

Overwegende dat de wet van 19 augustus 1948 betreffende de prestaties van algemeen belang in vredetijd de vaststellingswijze bepaalt van «de maatregelen, prestaties of diensten die moeten worden verzekerd in geval van collectieve en vrijwillige stopzetting van de arbeid, of in geval van collectieve afdanking van het personeel, ten einde het hoofd te bieden aan zekere vitale behoeften, sommige dringende werken uit te voeren aan de machines of aan het materiaal, sommige taken te volbrengen die geboden zijn door een geval van overmacht of een onvoorziene noodzakelijkheid»; dat uit de parlementaire voorbereiding van de genoemde wet blijkt dat de wetgever met de uitdrukkingen «collectieve en vrijwillige stopzetting van de arbeid» enerzijds en «collectieve afdanking van het personeel» anderzijds staking en lock-out heeft bedoeld, zonder die begrippen te willen omschrijven;

Overwegende dat artikel 3 van dezelfde wet de wijze bepaalt waarop de werknemers worden aangewezen die de in artikel 1 bedoelde prestaties moeten verrichten;

Overwegende dat uit die wettelijke regeling volgt dat de werkgever die de lock-out heeft uitgevaardigd, enkel de personen aan het werk moet houden die de krachtens de wet opgelegde arbeid moeten verrichten;

Dat de wet van 19 augustus 1948 aldus de erkenning van het recht van de werkgever impliceert om, wegens de lock-out, het overeengekomen werk niet te doen uitvoeren, en bijgevolg om, met afwijking van artikel 1134 van het Burgerlijk Wetboek, de uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende verbintenis niet uit te voeren; dat derhalve het uit-

vaardigen van de lock-out niet noodzakelijk een ongeoorloofde daad is;

Maar overwegende dat het arrest, om te beslissen dat eiser geen recht had op schadevergoeding wegens eenzijdige en foutieve schorsing van zijn overeenkomst, op algemene beschouwingen inzake collectieve arbeidsconflicten en hun gevolgen gegrond is, zonder na te gaan of ten deze de door verweerster uitgevaardigde lock-out een schorsing was van de overeenkomst die noch door overmacht noch door de exceptie van niet-uitvoering was verantwoord;

Dat het arrest aldus zijn beslissing niet naar recht verantwoordt;

Dat het middel in zoverre gegrond is;

(...)

NOOT—*De ongelijke behandeling van staking en lock-out door het Hof van Cassatie*

1. Na zich reeds verscheidene malen uitgesproken te hebben over de werkstaking en haar repercussies op de contractuele verhouding tussen werkgever en werknemer, deed het Hof van Cassatie bij arrest van 7 mei 1984¹ voor het eerst uitspraak over de lock-out.

Of de discussie over de oirbaarheid van uitsluiting hierdoor uit de wereld is geholpen kan echter ten eerste betwijfeld worden. Het heeft er immers alle schijn van dat het arrest meer vragen opwerpt dan het beantwoordt. Niet alleen leidt de analogie met het belangrijke stakingsarrest-De Bruyne van 21 december 1981² ertoe dat een aantal opmerkingen die n.a.v. dit arrest geformuleerd werden, ook nu pertinent blijven, maar bovendien rijzen vragen i.v.m. de logica van de door het Hof gevolgde gedachtegang en is het geenszins duidelijk op welke gronden het hoogste rechtscollege steunt om wat de lock-out betreft tot een conclusie te komen die diametraal tegengesteld is aan die waar-toe het kwam inzake de staking in het arrest van 1981.

2. Uitgangspunt van het Hof blijft, zoals in het stakingsarrest van 1981, de wet van 19 augustus 1948 betreffende de prestaties van algemeen belang in vredetijd. Uit deze wet vloeit volgens het Hof voort dat de werkgever die een lock-out heeft afgekondigd er uitsluitend toe gehouden is die werknemers tewerk te stellen die ermee belast zijn prestaties van algemeen belang te verrichten en die daartoe overeenkomstig de wet zijn aangewezen. *A contrario* zou daaruit volgen dat de werkgever het recht heeft de bedongen arbeid wegens lock-out niet te laten verrichten in de niet door de Wet Prestaties Algemeen Belang beschouwde gevallen. De wet zou de werkgever inderdaad het recht verlenen de uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende verbintenis de werknemers tewerk te stellen in afwijking van art. 1134 B.W. op te schorten. Ietwat verrassend maar nog altijd naar analogie met het arrest-De Bruyne leidt het Hof daaruit af dat de afkondiging van een lock-out niet noodzakelijk een onrechtmatige daad uitmaakt. Verrassender is dat het Hof ten slotte het bestreden arrest casseert op grond

¹ Voor de originele Franse tekst van het arrest, zie *Soc. Kron.*, 1984, 271, noot PALSTERMAN, P. en VAN DROOGHENBROECK, J.

² *R.W.*, 1981-82, 2525, concl. adv.-gen. LENAERTS en noot RIGAUX, M.; *Soc. Kron.*, 1982, 157, noot RIGAUX, M.; *Pas.*, 1982, I, 531.

van de overweging dat het niet heeft onderzocht of, *in casu*, de lock-out gerechtvaardigd was door overmacht of op grond van de niet-uitvoeringsexceptie en of hij aldus de uitvoering van de arbeidsovereenkomst al dan niet regelmatig schorste. Het arrest *a quo* had dergelijk onderzoek overbodig geacht, nu «la circonstance qu'un conflit soit collectif n'interdit nullement d'examiner les comportements de ceux qui le déclenchent ou qui y participent au regard des règles de droit commun dès lors qu'une faute leur est reprochée mais empêche de leur imposer d'avoir à justifier de leur décision par le secours d'un moyen de droit commun»³. Volgens het Hof diende het arrest dan ook vernietigd te worden aangezien het uitsluitend gesteund had op algemene overwegingen m.b.t. de collectieve arbeidsconflicten.

3. Naar analogie met het stakingsarrest van 1981 gewaagt het Hof niet van een recht uit te sluiten als zodanig, maar enkel van een recht de bedongen arbeid ingevolge lock-out niet te laten verrichten.

De loutere erkenning, in het arrest-De Bruyne, van een recht de bedongen arbeid wegens staking niet te verrichten en niet van een eigenlijk recht te staken, hield in dat enkel de stopzetting van de arbeid een rechtmatig karakter kreeg. De aansprakelijkheidsimmunititeit die daaruit voor de werknemer voortvloeide, gold derhalve niet voor hetgeen niet rechtstreeks op de opschorting der prestaties betrekking had⁴. Het Hof kon dan ook beslissen dat deelneming aan een staking *op zichzelf* geen onrechtmatige daad uitmaakt, wat uiteraard impliciet inhoudt dat de staking alsnog onrechtmatig kan blijken te zijn om andere redenen dan het niet verrichten van de bedongen arbeid zelf.

De blijvende moeilijkheid van deze constructie ligt, zoals reeds werd aangetoond⁵, in de vraag waar zich dan wel de fout kan bevinden die de staking een onrechtmatig karakter verleent. Klaarblijkelijk komen alleen begeleidende feitelijkeheden hiervoor in aanmerking.

Hetzelfde geldt, *mutatis mutandis*, voor de uitsluiting, met dien verstande dat het, indien eenmaal het recht de bedongen arbeid niet te laten verrichten wegens lock-out wordt erkend, nog veel moeilijker zal zijn een fout te vinden die de rechtmatigheid van de uitsluiting vermag aan te tasten. Het is immers duidelijk dat feitelijkeheden vanwege de werkgever in aanzienlijke mate minder frequent voorkomen dan van de zijde van stakende werknemers.

Het probleem wordt door het besproken arrest overigens omzeild, aangezien de criteria om de rechtmatigheid van een lock-out te beoordelen ondanks de beschouwingen over een recht de bedongen arbeid niet te laten verrichten wegens lock-out klaarblijkelijk die zijn van het gemene recht. Des te meer rijst dan ook de vraag naar de zin van het scheppen van een onderscheid tussen een «bestaand» recht de bedongen arbeid wegens lock-out niet te laten verrichten en een niet erkend recht uit te sluiten.

4. Toen het Hof in 1981 het recht de bedongen arbeid niet te verrichten wegens staking baseerde op de Wet Prestaties Algemeen Belang, werd in de rechtsleer betwijfeld of aan de wet een dergelijke ruime draagwijdte kan worden toegekend⁶. N.a.v. het besproken arrest kan men zich andermaal afvragen of de wet de werkgever en de werknemer inderdaad ten opzichte van elkaar het recht verleent hun respectieve prestaties tijdelijk op te schorten ingevolge een collectief conflict. Is het niet veeleer zo dat de wet louter beoogt het algemeen belang te beschermen zonder zich al te zeer om de contractuele relatie tussen werknemer en werkgever te bekommeren? Blijkt zulks niet ten overvloede uit art. 6 van de wet, naar luid waarvan «de uitvoering van de prestaties voortvloeiende uit deze wet ... noch de natuur, noch de voorwaarden van het contract (wijzigen) waardoor de werkgever en de belanghebbende werknemer verbonden zijn»?

Geargumenteerd kan dan ook worden dat, nu de wet enkel het niet presteren of niet laten presteren van arbeid in bepaalde omstandigheden sanctioneert⁷, zulks enkel tot gevolg kan hebben dat het niet verrichten of laten verrichten van prestaties buiten de door de wet beschouwde gevallen geen misdrijf uitmaakt. Indien de wetgever het nuttig geoordeeld heeft om in bepaalde gevallen het niet verrichten of niet laten verrichten van arbeid ter bescherming van het algemeen belang strafbaar te stellen, dan betekent zulks nog niet noodzakelijk dat het niet uitvoeren van de verbintenissen in de niet strafrechtelijk gesanctioneerde gevallen geen contractuele wanprestatie uitmaakt.

Wel zou eventueel gesteld kunnen worden, om het met de woorden van het Hof te zeggen, dat het niet uitvoeren van de verbintenissen in de niet strafbaar gestelde gevallen geen *onrechtmatige daad* uitmaakt. Dit is echter kennelijk niet wat het Hof bedoelde, aangezien het aan het begrip onrechtmatige daad duidelijk gevolgen koppelt die de quasi-delictuele sfeer te buiten gaan en die meer bepaald betrekking hebben op de contractuele verhouding tussen partijen.

De stelling van het Hof als zou in de Wet Prestaties Algemeen Belang de grond gevonden worden om in geval van staking en lock-out art. 1134 B.W. buiten spel te zetten wat betreft de verplichting arbeid te verrichten resp. te laten verrichten, blijft dus ook na het geannoteerde arrest voor betwisting vatbaar.

5. Wat er ook van zij, het Hof interpreteert de Wet Prestaties Algemeen Belang in die zin dat zij de werknemer het

⁶ RIGAUX, M., «Omtrent de juridische aard van de werkstaking», noot sub Cass., 21 december 1981, *R.W.*, 1981-82, 2541-2543.

⁷ Over de vraag of het niet verrichten van door de wet verplicht gestelde arbeid door de werknemers nog strafrechtelijk sanctioneerbaar is, bestaat betwisting. FRANÇOIS, L., *Théorie des relations collectives du travail en droit belge*, Brussel, 1980, 76-78, zegt (m.i. terecht) dat de verwijzing door art. 7bis naar de sancties van de artt. 16 tot 22 van de inmiddels door de C.a.o.-wet van 5 december 1968 opgeheven besluitwet van 9 juni 1945 tot gevolg heeft dat deze sancties van kracht blijven voor de toepassing van de Wet Prestaties Algemeen Belang. Anders echter: FALCINELLI, J.P. en WAELBROECK, J.P., «La grève pénale», *J.T.T.*, 1981, 325-327 en PIRON, J. en DENIS, P., *Le droit des relations collectives du travail en Belgique*, Brussel, 1970, 130.

³ Arbh. Bergen, 29 juni 1981, *T.S.R.*, 431, advies O.M., waarbij het vonnis bevestigd werd van Arbrb. Charleroi, 18 juni 1979, *T.S.R.*, 279, advies O.M.

⁴ Conclusie adv.-gen. LENAERTS, *R.W.*, 1981-82, 2530; VAN EECKHOUTTE, W., «Het stakingsrecht in de privé-sector in België. Preadvis ten behoeve van de V.V.S.R.B.N.», *T.S.R.*, 1982, 254.

⁵ VAN EECKHOUTTE, W., o.c., *T.S.R.*, 1982, 255-256.

recht verleent de bedongen arbeid wegens staking niet te verrichten en de werkgever het recht om de bedongen arbeid wegens lock-out niet te laten verrichten.

Principeel worden staking en lock-out dus op gelijke voet geplaatst, wat trouwens nauw aansluit bij de Wet Prestaties Algemeen Belang die beide begrippen immers in één adem noemt (al gebruikt zij niet de term lock-out maar wel de meer omslachtig en allerm minst precieze omschrijving collectieve afdanking van het personeel).

De gelijkstelling door het Hof blijft echter louter principeel. Oordeelde het hoogste rechtscollege immers dat een staking niet *op zichzelf* (en *soi* in de Franse tekst) een onrechtmatige daad uitmaakt, dan heet het dat een lock-out *niet noodzakelijk* (*pas nécessairement*) een onrechtmatige daad is. Nog duidelijker wordt het verschil in behandeling wanneer het Hof in het besproken arrest vaststelt dat het bestreden arrest waarbij de eis van de werknemer tot betaling van een schadeloosstelling wegens loonderving werd afgewezen, louter gebaseerd was op algemene overwegingen m.b.t. collectieve arbeidsconflicten en het arbeidshof derhalve ten onrechte had nagelaten te onderzoeken of de *in casu* door de werkgever afgekondigde lock-out geen schorsing uitmaakte die niet gerechtvaardigd was door overmacht of door de niet-uitvoeringsexceptie.

In tegenstelling tot een staking kan een lock-out dus ook *op zichzelf* onrechtmatig zijn. Het afkondigen van een lock-out is slechts gerechtvaardigd voor zover de werkgever zich op een civielrechtelijke exceptie kan beroepen.

Het is niet duidelijk op welke gronden het Hof besluit tot verschillende behandeling van twee figuren die door de wet op gelijke voet worden geplaatst.

Dat zulks te wijten zou zijn aan het feit dat in de zaak De Bruyne de vraag aan de orde was of de werknemer het recht heeft een zgn. wilde staking uit te lokken en wat de gevolgen daarvan zijn voor diens individuele arbeidsovereenkomst, terwijl het Hof in 1984 diende te oordelen over een vordering tot schadeloosstelling wegens loonderving lijkt door niets te worden gestaafd.

Het spreekt vanzelf dat staking en lock-out, indien geabstraheerd wordt van de Wet Prestaties Algemeen Belang, een aantal fundamentele verschillen vertonen die een onderscheiden behandeling zouden kunnen verantwoorden. Terwijl staking per definitie een collectief fenomeen is, kan lock-out daarentegen het gevolg zijn van de individuele beslissing van één man. Kan staking beschouwd worden als het enige drukingsmiddel waarover de werknemers beschikken om zich in de onderneming te laten gelden, dan staan de werkgever als hoofd van de onderneming uiteraard andere middelen ter beschikking. Een staking berooft in principe slechts de stakers van hun inkomen; een lock-out integendeel heeft het onsympathieke trekje alle werknemers zonder onderscheid te treffen, met inbegrip van de werkwilligen⁸.

Het is geenszins uitgesloten dat dergelijke overwegingen het Hof hebben geïnspireerd, al blijkt zulks niet uit de tekst van het besproken arrest zelf.

Lijkt een verschillende behandeling van staking en lock-out dus in theorie te verantwoorden, dan kan zij nochtans

niet gerechtvaardigd worden in het kader van de Wet Prestaties Algemeen Belang, die door het Hof nota bene zelf tot juridische grondslag van staking en lock-out is geproclameerd⁹.

6. De gedachtengang van het Hof wordt bovendien ont sierd door een niet geringe interne contradictie.

Na eerst geponeerd te hebben dat de werkgever het recht heeft de bedongen arbeid wegens lock-out niet te laten verrichten, oordeelt het Hof immers dat het afkondigen van een lock-out slechts gerechtvaardigd is indien de eruit voortvloeiende schorsing van de uitvoering van de arbeidsovereenkomst voortvloeit uit overmacht (de werkgever kan de bedongen arbeid niet laten verrichten ten gevolge van een vreemde en onvoorziene oorzaak) of uit het invoeren van de *exceptio non adimpleti contractus* (de werkgever schort de uitvoering van zijn verbintenis de werknemers tewerk te stellen op tot zichzelf opnieuw hun verbintenissen uitvoeren).

Het recht een lock-out af te kondigen blijkt dus slechts te bestaan in zoverre de werkgever het recht heeft op grond van de algemene regels van het contractenrecht de naleving van zijn verplichtingen op te schorten. De werkgever put derhalve uit de Wet Prestaties Algemeen Belang geen enkel nieuw recht. Van een eigenlijk recht om uit te sluiten is welbeschouwd zelfs geen sprake; het verdient veeleer aanbeveling te gewagen van een lock-out-exceptie¹⁰.

Men kan zich dan ook afvragen waarom het Hof het nodig vond de Wet Prestaties Algemeen Belang in zijn analyse te betrekken, indien het ten slotte toch tot een conclusie kwam die louter gebaseerd is op het gemene recht. Wellicht heeft het Hof de grootst mogelijke eenvormigheid betracht met zijn vroegere rechtspraak inzake staking, maar is het ervoor teruggeschrokken de analogie zo ver door te drijven dat de werkgevers een zo goed als volledige aansprakelijkheidsimmunititeit bij lock-out zou worden verleend.

7. Zoals reeds vroeger door de rechtsleer werd aange toond, heeft de toepassing van gemeenrechtelijke criteria bij de beoordeling van de contractuele gevolgen van lock-out tot gevolg dat deze in de praktijk zelden of nooit gerechtvaardigd zal zijn¹¹. Om zich met succes op overmacht te beroepen dient de werkgever immers het bewijs te leveren van een t.a.v. elke afzonderlijke werknemer bestaande en in principe absolute onmogelijkheid de verplichting inzake tewerkstelling na te leven. De werkgever die zich op de niet-uitvoeringsexceptie wenst te beroepen van zijn kant dient ten aanzien van elke individuele werknemer een ernstige contractuele wanprestatie te bewijzen. Ingevolge het arrest-De Bruyne van 1981 kan deelneming aan een staking echter niet als zodanig gelden.

Het is dan ook duidelijk dat, zo de offensieve lock-out in de visie van het Hof altijd een contractuele wanprestatie

⁹ Vgl. PALSTERMAN, P. en VAN DROOGHENBROECK, J., noot sub Cass., 7 mei 1984, *Soc.Kron.*, 280.

¹⁰ FRANÇOIS, L., «La Cour de cassation de Belgique et le 'droit' de grève», *J.T.T.*, 1971, 122, noot 4; VAN ECKHOUTTE, W., o.c., *T.S.R.*, 1982, 253.

¹¹ TAQUET M. en WANTIEZ, C., «Le lock-out. Notion — conditions — effets», *J.T.T.*, 1975, 1-9.

⁸ Zie HORION, P., Samenvattend verslag, in *Staking en uitsluiting*, Luxemburg, Publikatiediensten van de E.G., 1961, 72.

uitmaakt, ook de defensieve lock-out in de praktijk zeer moeilijk te rechtvaardigen zal zijn.

Vanuit contractueel oogpunt is immers enkel toegelaten de lock-out die het gevolg is van de absolute onmogelijkheid ook maar één werknemer tewerk te stellen of die een reactie uitmaakt op een veralgemeend sociaal conflict dat gepaard gaat met ernstige feitelijkheden vanwege *alle* werknemers.

In dergelijke omstandigheden kan echter nog bezwaarlijk van lock-out in de eigenlijke betekenis van het woord gesproken worden. Essentieel voor dit begrip is immers de vrije wilsbeschikking van de werkgever die besluit tot uitsluiting over te gaan. De conclusie dringt zich dan ook op dat het Hof van Cassatie weigert een afzonderlijk rechtsbegrip lock-out te erkennen¹². Werd aan de staking door het Hof een eigen statuut toegekend, dan blijft de uitsluiting ofwel de toepassing van een gemeenrechtelijke exceptie ofwel een gewone contractuele wanprestatie.

8. Het wekt enige verbazing te constateren dat het Hof van Cassatie in een geschil dat uitsluitend betrekking heeft op de contractuele aansprakelijkheid van de werkgever de lock-out bestempelt als «niet noodzakelijk een onrechtmatige daad», begrip dat ontleend is aan de sfeer van de quasi-delictuele aansprakelijkheid.

Het gebruik van deze term is klaarblijkelijk ontleend aan het arrest van 1981. Dit nogal bevreemdende woordgebruik bracht er zekere commentatoren toe het vermoeden te uiten dat het Hof had willen verwijzen naar een mogelijke samenloop van contractuele en quasi-delictuele aansprakelijkheid¹³. Een dergelijke verwijzing lijkt nochtans weinig waarschijnlijk, gelet op het door het Hof ingenomen restrictieve standpunt m.b.t. cumulatie van contractuele en quasi-delictuele aansprakelijkheid¹⁴. In de conclusie van advocaat-generaal Lenaerts, waaraan het arrest-De Bruyne dit woordgebruik ontleent, wordt de term onrechtmatige daad trouwens rechtstreeks in verband gebracht met art. 1134 B.W. De kans dat het hier om een louter terminologische vergissing gaat, lijkt derhalve geenszins denkbeeldig¹⁵.

Een dergelijk vermoeden vindt trouwens steun in de bewoordingen van het geannoteerde arrest dat, na geoordeeld te hebben dat het afkondigen van een lock-out niet noodzakelijk een onrechtmatige daad uitmaakt, het bestreden arrest verwijt niet te hebben onderzocht in welke mate de schorsing van de uitvoering van de overeenkomst al dan niet op gemeenrechtelijke gronden gerechtvaardigd was. Ook hier wordt het begrip onrechtmatige daad dus duidelijk in verband gebracht met de uitvoering van de overeenkomst.

¹² Vgl. de conclusie van TAQUET, M. en WANTIEZ, C., o.c., *J.T.T.*, 1975, 9, die van oordeel zijn dat het begrip lock-out slechts een reële inhoud zou kunnen verkrijgen indien de onderneming beschouwd werd als een afzonderlijke entiteit met belangen afgescheiden van die van de werkgever en de werknemers.

¹³ RIGAUX, M., o.c., *R.W.*, 1981-82, 2543-2544.

¹⁴ Zie hierover o.a. DIRIX, E. en VAN OEVELEN, A., «Verbintenissenrecht», *R.W.*, 1980-81, 2454-2461; VAN OEVELEN, A., «De contractuele en de buitencontractuele aansprakelijkheid van de werknemer in het raam van de uitvoering van de arbeidsovereenkomst», in RIGAUX, M. (ed.), *Actuele problemen van het arbeidsrecht*, Antwerpen, 1984, nrs. 215-217.

¹⁵ Vgl. VAN EECKHOUTTE, W., o.c., *T.S.R.*, 1982, 261.

Het is alleszins betreurenswaardig dat het Hof van Cassatie zonder enige commentaar blijft volharden in het bekritiseerde gebruik van een term die ofwel uit zijn verband is gerukt of die op zijn minst toch enige nadere uitleg behoeft.

9. Nu het hoogste rechtscollege de voorheen in zekere rechtsleer verdedigde gelijkwaardigheid van staking en lock-out¹⁶ heeft verworpen, rijst de vraag naar de deugdelijkheid van de Wet Prestaties Algemeen Belang als rechtsgrond voor beide actiemiddelen in nog grotere mate dan na het arrest-De Bruyne. Niet alleen blijft de vraag naar de draagwijdte van de wet onverminderd aan de orde, maar nu blijkt bovendien dat het Hof van Cassatie de consequente toepassing van het door de wet klaarblijkelijk gehuldigde beginsel der «Waffengleichheit» weigert, wellicht omdat die tot in de huidige sociale verhoudingen ongewenste resultaten zou leiden.

Er is hierboven reeds op gewezen dat de omweg die het Hof maakt langs de Wet Prestaties Algemeen Belang bij de evaluatie van het al dan niet legitiem karakter van de lock-out volkomen overbodig is. Men kan zich dan ook afvragen of het niet beter ware de wet eveneens terzijde te schuiven in zoverre naar een rechtsgrond voor de staking wordt gezocht. Het wordt immers steeds duidelijk dat het beroep op de wet slechts een soort noodoplossing is, ingegeven door het gebrek aan een duidelijke wettelijke grondslag. Weliswaar zou zulks tot gevolg hebben dat de staking weer in een wettelijk vacuüm terecht komt, zodat de aloude discussie over welke stakingsvormen geoorloofd zijn en welke niet weer in alle hevigheid kan oplaaien. Wellicht zou de rechtszekerheid hier weinig mee gediend zijn, maar beantwoordt een dergelijke toestand niet juist aan de wil van de wetgever?

Herman Van Hoogenbemt
Assistent R.U.G.

¹⁶ Zie o.a. BLANPAIN R., «De uitsluiting in het Belgisch arbeidsrecht», *Jura Falc.*, 1977-78, 49 e.v.

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER — 7 JANUARI 1985

Voorzitter-rapporteur: de h. Soetaert

Advocaat-generaal: de h. Lenaerts

Advocaten: mrs. De Gryse en De Bruyn

Arbeidsovereenkomst — Beëindiging — Opzegging door werkgever gegeven — Opzeggingstermijn — Schorsing — Gevallen — Jaarlijkse vakantie.

Krachtens art. 38 W.A.O. houdt de opzegging door de werkgever gedaan enkel op te lopen tijdens de gevallen van schorsing vermeld in de artt. 28, 1°, 2° en 5°, 29 en 31 W.A.O. Bijkomende anciënniteitsvakantie schorst derhalve slechts dan de opzeggingstermijn indien deze vakantie begrepen is onder de jaarlijkse vakantie bedoeld in art. 28, 1°.

N.V. F. t/ Van B.

Conclusie van de advocaat-generaal Lenaerts

Het arbeidshof oordeelt dat de opzeggingstermijn alleen geschorst is tijdens de wettelijke vakantie, niet tijdens de bijkomende anciënniteitsvakantie.

In het eerste middel stelt eiseres tegenover die beslissing het arrest van 9 oktober 1970¹, volgens hetwelk elke schorsing van de uitvoering van de arbeidsovereenkomst in beginsel de schorsing van de opzeggingstermijn tot gevolg heeft. Volgens deze rechtspraak is het middel kennelijk gegrond.

Het arrest van 9 oktober 1970 werd door de rechtsleer niet bijgevalen² — en naar mijn mening terecht. Dit is op zichzelf evenwel geen voldoende reden om ervan af te wijken.

Een reden om de rechtspraak te herzien is daarentegen wel de duidelijke wil van de wetgever, die achteraf tot uitdrukking is gekomen tijdens de parlementaire voorbereiding van de Arbeidsovereenkomstenwet van 3 juli 1978 en de wijzigende wet van 29 november 1983.

De regeling betreffende de weerslag van de schorsing van de uitvoering van de arbeidsovereenkomst op het recht om opzegging te geven en op de schorsing van de opzeggingstermijn lag in de vroegere wetgeving verspreid over verschillende wetsbepalingen. De wet van 3 juli 1978 heeft deze samengebracht in artikel 38.

De memorie van toelichting bij het wetsontwerp merkt op dat de bestaande regeling gewijzigd werd wat de schorsing van de opzeggingstermijn betreft tijdens de schorsing van de arbeidsovereenkomst wegens militaire dienst. Volgens de toen geldende wetgeving hield de opzeggingstermijn niet op te lopen, omdat, aldus de memorie van toelichting, «geen enkele wetsbepaling uitdrukkelijk voorziet in de schorsing van de opzeggingstermijn, zoals dit het geval is voor de schorsingen wegens ziekte, ongeval, moederschap en jaarlijkse vakantie». Daarom wordt voortaan ook uitdrukkelijk verwezen naar het artikel dat de schorsing van de arbeidsovereenkomst wegens militaire dienst regelt, in de opsomming van de gevallen waarin de opzeggingstermijn ophoudt te lopen wanneer de werkgever opzegging geeft³.

Zoals de Raad van State opmerkt, huldigt het ontwerp aldus de stelling «dat schorsing van de arbeidsovereenkomst maar opschorting van de termijn van opzegging met zich brengt in de gevallen uitdrukkelijk door de wet bepaald». En de Raad onderstreept daarbij dat deze stelling ingaat tegen het arrest van 9 oktober 1970⁴.

Ook uit het senaatsverslag blijkt dat in de opvatting van de minister het verbod om tijdens de schorsing van de arbeidsovereenkomst de werknemer te ontslaan en de schor-

sing van de opzeggingstermijn alleen gelden in de gevallen bepaald in artikel 38 van de wet⁵.

De bespreking in de kamercommissie ten slotte laat aan duidelijkheid helemaal niets meer te wensen over. Op de uitdrukkelijke vraag of de opzeggingstermijn bij opzegging door de werkgever loopt «tijdens de andere schorsingen of afwezigheden» dan die opgesomd in artikel 38, § 1, eerste lid, waarnaar § 2 verwijst, antwoordt de minister formeel «dat in alle andere gevallen van schorsing de opzeggingstermijn normaal voortloopt»⁶.

De wet van 29 november 1983 heeft artikel 28 van de Arbeidsovereenkomstenwet aangevuld met een 5°, luidens hetwelk de uitvoering van de arbeidsovereenkomst eveneens wordt geschorst «gedurende de tijd dat de werknemer afwezig is wegens maatregelen van voorlopige vrijheidsberoving waarvan hij het voorwerp is».

Het oorspronkelijke wetsvoorstel voorzag alleen in de wijziging van artikel 28⁷. Doch de Nationale Arbeidsraad merkte op dat de opzeggingstermijn tijdens de schorsing zal blijven lopen, zo artikel 38 niet wordt aangevuld met een verwijzing naar de nieuwe bepaling van artikel 28, 5^o. Dienovereenkomstig werd het wetsvoorstel door de kamercommissie aangevuld, «zoniet», aldus het verslag, «blijft bij opzegging door de werkgever de opzeggingstermijn lopen en wordt de aanpassing van artikel 28 zinledig»⁹.

De parlementaire voorbereiding van de wetten van 3 juli 1978 en 29 november 1983 laten er dus geen twijfel over bestaan dat de wetgever het niet eens is met de stelling dat de schorsing van de opzeggingstermijn tijdens de schorsing van de arbeidsovereenkomst de regel is. De opvatting van de wetgever wordt overigens bevestigd door de tekst van artikel 38, waarin uitdrukkelijk verwezen wordt naar de gevallen van schorsing geregeld door bepaalde wetsvoorschriften; wat de gevallen waarvan sprake in andere bepalingen en de niet geregelde gevallen duidelijk uitsluit.

Op grond van de sedertdien uitgevaardigde wetgeving en de daarin tot uiting gebrachte bedoeling van de wetgever, meen ik dat er geen aanleiding bestaat om de rechtspraak gevestigd door het arrest van 9 oktober 1970 te bevestigen.

Hieruit volgt niet dat het bestreden arrest van het arbeidshof naar recht verantwoord is. De vraag blijft gesteld of bijkomende anciënniteitsvakantie valt onder het begrip «jaarlijkse vakantie» in de zin van artikel 28, 1°, van de Arbeidsovereenkomstenwet. Want zo ja, betreft het een geval van schorsing waarnaar artikel 38 verwijst.

Naar mijn mening heeft «vakantie» in de besproken bepaling een ruime betekenis en omvat dit begrip niet alleen de vakantie die wordt toegekend door de Vakantiewet, maar evenzeer de bijkomende vakantie die wordt verleend door een collectieve of individuele arbeidsovereenkomst of door een beslissing van de werkgever.

Eiseres voert echter niet aan dat de bijkomende anciënniteitsvakantie ook onder artikel 28, 1°, valt en dus voor de toepassing van artikel 38 mede in aanmerking komt. Het

¹ A.C., 1971, 134; R.W., 1971-72, 83.

² Zie o.m. STEYAERT, *Arbeidsovereenkomst*, nr. 548; TAQUET en WANTIEZ, *Congé, préavis, indemnité*, II, blz. 200; MAGREZ, noot in J.T.T., 1971, 104; DENIS, noot in T.S.R., 1971, 33.

³ Senaat, B.Z. 1974, *Gedr. St.*, nr. 381/1, blz. 9.

⁴ *Ibid.*, blz. 72.

⁵ Senaat, 1977-78, *Gedr. St.*, nr. 258/2, blz. 74.

⁶ Kamer, 1977-78, *Gedr. St.*, nr. 293/4, blz. 13.

⁷ Senaat, 1979-80, *Gedr. St.*, nr. 378/1.

⁸ Kamer, 1980-81, *Gedr. St.*, nr. 807/2.

⁹ Kamer, 1981-82, *Gedr. St.*, nr. 239/3, blz. 2.

Hof kan derhalve niet onderzoeken of er reden is om het arrest op die grond te vernietigen.

Het eerste middel kan niet worden aangenomen.

(...)

Conclusie: verwerping.

Arrest

Gelet op het bestreden arrest, op 24 februari 1984 door het Arbeidshof te Antwerpen gewezen;

Over het eerste middel, afgeleid uit de schending van artikel 38, inzonderheid § 2, tweede lid, van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten,

doordat het arrest, na vastgesteld te hebben: «dat, voor de oplossing van de tussen partijen gerezen betwisting, drie mogelijkheden dienen te worden onderzocht (namelijk) ofwel was de opzegperiode ten einde op 31 december 1980 en bleef (verweerder) normaal verder werken vanaf 1 januari 1981, dus met intrekking en tenietdoen van de gegeven opzegging, zoals bij de aanvang van de opzegging niet uitgesloten werd, ofwel werd de opzegtermijn ingevolge jaarlijkse vakantie geschorst en dus de opzegperiode verlengd tot 13 februari 1981 en dan regelmatig beëindigd, ofwel diende de opzegtermijn ingevolge jaarlijkse vakantie geschorst te worden en dus de opzegperiode verlengd te worden, maar niet tot 13 februari 1981, maar tot 28 januari 1981 zijnde de normale 28 kalenderdagen van een jaarlijkse vakantie en dan zou vanaf 29 januari 1981 de arbeidsovereenkomst verder haar normaal verloop gekend hebben, alleen te beëindigen met een nieuwe opzegging», en dat voor de eerste mogelijkheid, namelijk dat verweerder vanaf 1 januari 1981 normaal in dienst werd gehouden, geen ernstige bewijzen of aanduidingen voorhanden zijn en deze oplossing ook niet realistisch is, aangezien zij geen rekening houdt met het feit van de jaarlijkse vakantie, waaraan toch bij de juiste berekening van de verlopen duurtijd van de opzeggingsperiode niet kon worden voorbijgegaan, oordeelt: «dat eiseres terecht verwijst naar de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten, waarbij in artikel 38, § 1, met verwijzing naar artikel 28, 1°, wordt bepaald dat de opzeggingstermijn ophoudt te lopen tijdens de schorsing van de arbeidsovereenkomst gedurende de dagen waarop de onderneming gesloten is wegens jaarlijkse vakantie, als ook de dagen waarop de werknemer buiten die periode jaarlijkse vakantie neemt», doch vervolgens beslist: «dat bij deze schorsing van de arbeidsovereenkomst en van de opzeggingstermijn dus duidelijk verwezen wordt naar de dagen van de jaarlijkse vakantie en niet naar alle andere mogelijke dagen waarop niet zou worden gewerkt als compensatie voor wettelijke feestdagen of andere redenen», en op grond van deze laatste beslissing concludeert dat de opzeggingstermijn op 28 januari 1981 verstreken was,

terwijl overeenkomstig artikel 38 van de wet van 3 juli 1978, de opzeggingstermijn normaal niet kan lopen wanneer de arbeidsovereenkomst geschorst is, aangezien gedurende zulk een schorsing geen arbeidsprestatie kan worden geleverd en derhalve de schorsing van de arbeidsovereenkomst, behoudens andersluidende bepaling van de wet, schorsing van de opzeggingstermijn met zich brengt; het arrest derhalve, door uit artikel 38 van de Arbeidsovereenkomstenwet af te leiden dat de opzeggingstermijn gegeven door de werkgever enkel ophoudt te lopen tijdens de schor-

sing van de arbeidsovereenkomst wegens jaarlijkse vakantie doch niet tijdens de schorsing van de arbeidsovereenkomst wegens andere redenen, zoals de bijkomende anciënniteitsvakantie, ofschoon de wet deze redenen niet uitsluit, en, door op grond van deze uitlegging te beslissen dat de opzeggingstermijn, gegeven door eiseres, niet op 13 februari 1981 doch op 28 januari 1981 afliep, zodat na 28 januari 1981 partijen opnieuw gebonden waren door een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, artikel 38, § 2, tweede lid, van de wet van 3 juli 1978 schendt:

Overwegende dat het arrest vaststelt dat eiseres het werkelijke einde van de opzeggingstermijn heeft bepaald met inachtneming van de schorsing van de termijn als gevolg van de wettelijke vakantiedagen en de bijkomende anciënniteitsvakantie; dat het arrest evenwel alleen rekening houdt met de wettelijke vakantiedagen om het einde van de opzeggingstermijn te bepalen en niet met de bijkomende anciënniteitsvakantie;

Overwegende dat, met toepassing van de artikelen 28, 1°, en 38, §§ 1, eerste lid, en 2, tweede lid, van de wet van 3 juli 1978, de opzeggingstermijn geschorst wordt «de dagen waarop de onderneming wegens jaarlijkse vakantie is gesloten alsook de dagen waarop de werknemer buiten die periode jaarlijks vakantie neemt»;

Overwegende dat eiseres niet aanvoert dat de jaarlijkse vakantie in de zin van de aangehaalde bepaling niet alleen de wettelijke vakantiedagen maar ook de bijkomende anciënniteitsvakantie omvat; dat het middel integendeel ervan uitgaat dat de bijkomende anciënniteitsvakantie een andere reden van schorsing van de opzeggingstermijn vormt dan die welke het gevolg is van jaarlijkse vakantie;

Overwegende dat in het middel wordt betoogd dat «de opzeggingstermijn normaal niet kan lopen wanneer de arbeidsovereenkomst geschorst is» en «de schorsing van de arbeidsovereenkomst, behoudens andersluidende bepaling van de wet, schorsing van de opzeggingstermijn met zich brengt»;

Dat, krachtens het voormelde artikel 38, bij opzegging gedaan door de werkgever, de opzeggingstermijn slechts ophoudt te lopen tijdens de gevallen van schorsing vermeld in «de artikelen 28, 1°, 2° en 5°, 29 en 31»; dat de bijkomende anciënniteitsvakantie derhalve de opzeggingstermijn slechts schorst, indien deze vakantie begrepen is in de jaarlijkse vakantie bedoeld in artikel 28, 1°;

Dat het middel niet kan worden aangenomen;

(...)

HOF VAN BEROEP TE GENT

6e KAMER — 30 JUNI 1981

Voorzitter: de h. De Brauwere (rapporteur)

Raadsheren: de hh. Nuytink en Dooms

Advocaat-generaal: de h. Steelandt

Valsheid in geschrifte — 1. Indiening van schuldvordering — 2. Wisselruiterij.

1. Het indienen van een schuldvordering bij de curator van een faillissement, zelfs al is ze niet gegrond, is geen

gebruik van valse stukken daar de schuldvordering vatbaar is voor onderzoek en betwisting door de curatoren.

2. Het opmaken van facturen die niet beantwoorden aan enige levering of prestatie, maar die louter tot doel hadden het trekken van wissels te verantwoorden, zodat de beklagde door de verdiscontering ervan geld kon krijgen bij de bank en anderzijds het accepteren van wissels, ofschoon de betrokkene weet dat hij niets verschuldigd is aan de trekker, zijn valsheden in geschrifte en gebruik van valse stukken.

N. e.a.

Telastleggingen (...)

C. Met bedrieglijk opzet of met het oogmerk om te schaden valsheid gepleegd te hebben in authentieke en openbare geschriften, in handels- of bankgeschriften of in private geschriften, door valse handtekeningen, door namaking of vervalsing van geschriften of handtekeningen, door overeenkomsten, beschikkingen, verbintenissen of schuldbevrijdingen valselijk op te maken of door ze achteraf in de akten in te voegen, door toevoeging of vervalsing van bedingen, verklaringen of feiten die deze akten ten doel hadden op te nemen en vast te stellen, door namelijk: *de eerste*: 1. door vanaf 1 januari 1975 de genaamde Françoise N. in de boekhouding der N.V. Ets. G. N. in te schrijven als bediende terwijl zij in feite er niet meer werkzaam was en also een bedrag van 411.597 frank onrechtmatig te hebben uitgekeerd.

(...)

de eerste en tweede: 9. door met het oogmerk om onmiddellijk liquiditeiten te bekomen 2 fictieve facturen gedateerd 3 febr. 1976 ten bedrage van respectievelijk 437.760 frank en 538.125 frank op naam van de Ets. S. te hebben opgemaakt die noch in de boekhouding van de N.V. N. noch in deze van de N.V. Ets. G. N. werden ingeschreven waarop op dezelfde datum voor beide facturen door de N.V. Ets. S. een wissel werd geaccepteerd die werd verdisconteerd en door op 29 april 1974 twee creditnota's op te stellen voor dezelfde bedragen en derhalve diensgevolge eveneens de boekhouding van de N.V. Ets. S. te vervalsen.

de eerste en tweede: 10. door met het oogmerk om onmiddellijk liquiditeiten te bekomen op 30 maart 1976 een fictieve factuur nr. 2296/43 voor een bedrag van 3.101.085 frank op te maken op naam van de N.V. N. en gericht aan de N.V. H. waarop door deze laatste vennootschap 3 wisselbrieven werden geaccepteerd getrokken door de N.V. N. opdat deze zouden worden verdisconteerd

(...)

C.1. Ten laste van de beklagde Gustaaf N. Het staat vast dat Françoise N., dochter van de afgevaardigde beheerder regelmatig als typiste in dienst is getreden van de N.V. Etabl. Gustaaf N., op 1 oktober 1973 en er in dienst is gebleven tot op de datum dat de vennootschap in staat van faillissement werd verklaard. Zij maakte bijgevolg deel uit van het personeel. De omstandigheid dat zij op grond van overgelegde geneeskundige getuigenschappen, gedurende een lange periode niet is komen werken, en dat zij als dochter van de afgevaardigde beheerder minder stipt was dan de andere bedienden, kan niet tot gevolg hebben dat de lonen die haar werden uitbetaald voor de periode waarin zij afwezig was op haar werk, haar wettelijk niet verschuldigd

waren. De vermelding in de boekhouding van de vennootschap van de uitbetaalde lonen is geen valsheid. Ook de ingediende schuldvordering is geen strafbare valsheid in geschrifte. Deze schuldvordering is immers vatbaar voor onderzoek en betwisting door de curatoren.

(...)

Ten laste van de beklagden Gustaaf N. en Pierre L.: telastleggingen C.9, C.10 en A.I:

Zoals duidelijk uiteengezet door de deskundige in zijn verslag, zijn de facturen aangehaald in de telastleggingen C.9 en C.10 fictieve facturen die op het ogenblik dat zij werden opgemaakt, aan geen enkele levering of dienst vanwege de N.V. N. aan de N.V. Ets. S. of aan de N.V. H. beantwoorden, maar die uitsluitend tot doel hadden op grond ervan wissels te trekken op deze vennootschappen, en door de verdiscontering ervan kapitalen te bezorgen aan de N.V. N.

De beklagde L. heeft in zijn hoedanigheid van afgevaardigde beheerder van deze vennootschappen deze wissels aanvaard ofschoon hij wist dat niets verschuldigd was aan de trekker N.V. N.

Hierdoor heeft hij zich schuldig gemaakt aan de valsheid en het gebruik ervan dat met bedrieglijk opzet werd gepleegd, aangezien een onrechtmatig voordeel voor de N.V. N. erdoor werd beoogd.

Hij is ook schuldig als dader aan de telastlegging A I voor wat deze valsheden betreft.

(...)

NOOT—*Betreffende valsheid in geschrifte en wisselruiterij*

1. Sommige parketmagistraten menen overal valsheid in geschrifte te ontwaren. Wie een kater heeft en zijn werk verzuimt, wie al te vaak geneeskundige attesten aanbrengt of wie thuisblijft onder voorwendsel van allerlei uitvluchten en niettemin zijn loon opstrijkt of zijn salaris laat uitbetalen, zou zich schuldig maken aan valsheid in geschrifte.

Het hof heeft terecht deze feiten met gezond verstand beoordeeld en komaf gemaakt met deze telastleggingen. Ook het indienen van een ongegronde schuldvordering bij de curator is geen gebruik van valse stukken, zoniet zou elke rechtsovereenkomst die wordt afgewezen aanleiding kunnen geven tot strafvervolgning.

2. Interessanter nog is de kwalificatie van de bedrieglijke handelingen in verband met de verdiscontering van wissels. Door de beklagden werden fictieve facturen uitgeschreven op grond waarvan wissels werden getrokken op een malafide schuldenaar. Daar een van de beklagden tevens bestuurder was van de firma die de facturen toegestuurd kreeg, accepteerde hij de wissels, hoewel hij zeer goed wist dat er geen onderlinge schuldvordering bestond en dat het allemaal bedriegerij was ten einde door middel van verdiscontering van de geaccepteerde wissels geld bij de bank te krijgen.

3. Toegegeven dat deze praktijken niet onder de toepassing van art. 509 van het Strafwetboek vallen omdat de zeggende schuldenaar zich akkoord heeft verklaard met deze vorm van wisselruiterij.

Indedaad, wie een wissel voor accept ondertekent, machtigt ipso facto de trekker deze wissel af te geven (Cass., 23 maart 1903, *Pas.*, 1903, I, 141, op conclusie van

eerste advocaat-generaal E. Janssens; Hof Brussel, 14 januari 1908, *R.D.P.*, 1908, 758).

Het is voor betwisting vatbaar of het uitschrijven van een fictieve factuur een valsheid in geschrifte uitmaakt, maar de acceptatie van een wissel is in elk geval geen valsheid. Luidens art. 28 van de Wisselwet is de acceptatie slechts een schriftelijke verbintenis van de betrokkene de wisselbrief op de vervaldag te betalen. In se is daar geen valsheid mee gemoeid.

4. Veel deliquer is het te weten of deze vorm van wisselruiterij geen oplichting is. De overhandiging van een geaccepteerde wissel, zelfs als dat gepaard gaat met leugenachtige verklaringen, is niet van die aard dat ze aan een ingebeeld krediet moet doen geloven en maakt op zichzelf geen listige kunstgreep uit (Cass., 8 februari 1960, *A.C.*, 1960, 523).

Maar als de overhandiging van de geaccepteerde wissels gepaard gaat met de overlegging van fictieve facturen die de bank doen geloven aan de levering van goederen of diensten terwijl er in feite helemaal geen levering of prestatie gebeurd is, dan komen we dicht bij de oplichting (cf. Cass. fr., 6 februari 1932, *D.*, 1933, 1, 46, en de noot van Laurent; Cass. fr., 30 december 1937, *Rev.sc.crim.*, 1938, 303, en de noot van Donnedieu de Vabres; R. Garraud, *Traité théorique et pratique de droit pénal français*, 3e ed., VI, p. 435, nr. 2588; E. Garçon, *Code pénal annoté*, art. 405, nr. 492).

5. In elk geval is dergelijke wisselruiterij gepleegd met het oogmerk om het faillissement uit te stellen een element van eenvoudige bankbreuk (art. 573, 3°, van de Faillissementswet) als een «effectencirculatie om zich geld te verschaffen».

A. Vandeplas

HOF VAN BEROEP TE BRUSSEL

6e KAMER — 30 JUNI 1982

Voorzitter: de h. Deviaene

Raadsheren: de hh. Van Malderen en Verougstraete

Advocaten: mrs. Silber loco Risopoulos en Belien

Onrechtmatige daad — Schade en schadeloosstelling — Blijvende arbeidsongeschiktheid — Overlijden van de getroffene in de loop van het geding.

Wanneer het slachtoffer van een verkeersongeval tijdens het geding overlijdt door een oorzaak die niets met het ongeval heeft te maken, wordt de schade wegens blijvende arbeidsongeschiktheid niet bepaald op grond van zijn waarschijnlijke overlevingsduur, maar door de datum van het overlijden.

S. en T. t/ N.V. M.

Overwegende dat de schadevergoeding die aan het slachtoffer (of diens rechthebbenden) toekomt ten gevolge van een verkeersongeval, dient te worden bepaald op de dag van de uitspraak (Cass., 20 juni 1976, *Arr. Cass.*, 1976,

1086; Cass., 20 september 1979, *J.T.*, 1980, 116; Cass., 20 oktober 1980, *R.W.*, 1981-82, 443);

Overwegende dat niet betwist wordt dat het slachtoffer, Myriam S., overleden is op 8 augustus 1977, ten gevolge van een oorzaak, welke vreemd is aan voormeld verkeersongeval;

Overwegende dat het hof met dit overlijden rekening dient te houden, daar dit de periode afsluit, tijdens welke de schade werd geleden en daar dit overlijden aan deze schade een einde maakt (Brussel, 9 november 1971, *R.G.A.R.*, 1972, 8842);

Overwegende dat de schade die voortvloeit uit een blijvende arbeidsongeschiktheid, wanneer het slachtoffer overlijdt, niet bepaald wordt op grond van zijn waarschijnlijke overlevingsduur, maar door de datum van het overlijden, daar toepassing van de probabiliteit slechts gerechtvaardigd is bij gebreke aan zekerheid (Cass., 20 juni 1977, *R.W.*, 1977-78, 2713);

Overwegende dat de eerste rechter dan ook terecht de raming van de aan appellanten (oorspronkelijke eiseres q.q.) toekomende schadevergoeding heeft bepaald, niet op grond van een op louter probabiliteit en vermoedelijke overlevingsduur berustende kapitalisatiemethode, maar op basis van werkelijk vaststaande en concrete gegevens, die het mogelijk maken gezegde vergoeding met zekerheid te berekenen, te weten volgens voormelde overlijdensdatum (Cass., 26 februari 1968, *Pas.*, 1968, I, 798; Brussel, 3 november 1969, *R.G.A.R.*, 1970, 8424);

(...)

NOOT—Zie, benevens de verwijzingen in het arrest, Cass., 15 december 1981, *R.W.*, 1982-83, 1241, met noot; Schuermans, L., Schryvers, J., Simoens, D., Van Oevelen A., en Schamp, H., «Overzicht van rechtspraak. Onrechtmatige daad, schade en schadeloosstelling (1977-1982)», *T.P.R.*, 1984, (511), 567-568, nr. 20, B, b.

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

9e KAMER — 5 SEPTEMBER 1984

Voorzitter: de h. Marinus

Raadsheren: de hh. Craeybeckx en Vandeplas (rapporteur)

Advocaat-generaal: de h. Van Eeckhout

Advocaat: mr. Wildiers

1. Bedrog — Bedrieglijke verberging — 2. Smaad — Begrip.

1. Bedrieglijke verberging vereist dat de dader zich de gevonden of bij toeval verkregen zaken toeëigent, bedrieglijk verbergt of aan een derde afgeeft. Als een beklagde van meetaf de bedoeling heeft gehad het gevonden voorwerp terug te bezorgen aan de stad, die er eigenares van is, of aan een van haar ambtenaren, zijn de bestanddelen van dit misdrijf niet verenigd.

2. Smaad vereist het oogmerk om te beledigen, te kwetsen of te spotten. Bepaalde handelingen, gebaren, woorden, daden of bedreigingen zijn uiteraard smadelijk, maar als er geen beledigende houding was bij de beklagde en de

gedragingen noch door de dader, noch door de politieagent als smadelijk werden ervaren, ontbreekt een van de hoofdbestanddelen van de smaad, nl. de animus iniuriandi.

De G.

Overwegende dat beklaagde vervolgd werd uit hoofde van bedrieglijke verberging van een parkeermeter; dat hij uitgelegd heeft dat hij deze parkeermeter bij toeval voor zijn deur ontdekt heeft en dat hij het plan heeft opgevat om deze parkeermeter met een zekere plechtstatigheid en zelfs met enig praalvertoon aan een wetsdienaar te overhandigen;

Overwegende dat de bedrieglijke verberging vereist dat de dader zich de gevonden of bij toeval verkregen zaak toeëigent, bedrieglijk verbergt of aan een derde afgeeft, maar dat in het onderhavig geval de beklaagde van meetaf de bedoeling heeft gehad de betrokken parkeermeter terug te bezorgen aan de Stad Antwerpen of af te geven aan een van haar ambtenaren; dat de bestanddelen van het ten laste gelegde misdrijf van bedrieglijke verberging derhalve niet verenigd zijn en dat er aanleiding is om de beklaagde vrij te spreken;

Overwegende dat de beklaagde eveneens vervolgd wordt uit hoofde van smaad aan politieagent Joannes C. door deze parkeermeter, die vooraf verguld werd, omhangen met bloemslingers, aan deze agent te overhandigen samen met een plakket bevattende een ingelijst krantenartikel;

Overwegende dat het kaartje gevoegd bij de vergulde parkeermeter vermeldde dat het geschenk bedoeld was als een hulde aan agent C. vanwege de kampioen der boeten; dat enerzijds algemeen bekend is dat agent C. bedrijvig is als verbalisant in verkeerszaken en dat anderzijds de beklaagde prat gaat op een ellelange reeks veroordelingen wegens verkeersovertredingen;

Overwegende dat beklaagde ter terechtzitting uitgelegd heeft dat hij de bedoeling had een «stunt» uit te voeren, maar dat bij hem de gedachte niet is opgekomen agent C. te smaden of te beledigen, dat het hele bedrijf, waarop ook de pers was uitgenodigd, opgevat was als een klucht of als een frats, een specialiteit waarin beklaagde zich als grapmaker zeer bedreven achtte;

Overwegende dat smaad het oogmerk om te beledigen, te kwetsen of te spotten vereist; dat bepaalde handelingen, gebaren, woorden, daden of bedreigingen uiteraard smadelijk zijn, maar dat ten deze een dergelijke beledigende houding niet aanwezig was; dat de gedragingen van de beklaagde, zelfs al komen ze boertig of folkloristisch over, noch door de dader noch door de betrokken agent als smadelijk werden ervaren;

Overwegende dat agent C., te oordelen naar de foto's die door de perslui ter plaatse werden genomen, zelf met het voorval flink heeft gelachen; dat bij ontstentenis van animus iniuriandi bij de beklaagde, dan ook een van de hoofdbestanddelen van de smaad ontbreekt, zodat er aanleiding is om beklaagde vrij te spreken;

(...)

ARBEIDSHOF TE GENT

3e KAMER — 11 JANUARI 1984

Eerste voorzitter: de h. Van de Vijver

Raadsheren in sociale zaken: de hh. Simoens en Waterschoot

Openbaar-ministerie: de h. Kiekens

Advocaten: mrs. L.J.Martens en D. Martens

1. Sociale zekerheid werknemers — Gezinsbijslag werknemers — Jaarlijkse vakantie — Faillissement — Vorderingen tot regularisatie — 2. a) Verjaring in burgerlijke zaken — Ziekte- en invaliditeitsverzekering werknemers — Bijdragebon — Vordering tot afgifte — Misdrijf — b) Sociale documenten — Individuele rekening — Niet-afgifte — Misdrijf — Tijdig ingestelde civiele vordering — 3. Fondsen voor bestaanszekerheid — Paritair Comité Bouwbedrijf — Faillissement — Vordering van weerverlet- en getrouwheidszegels — Termijn — 4. Dwangsom — Afgifte sociale documenten — Faillissement.

1. Vorderingen tot regularisatie van de inschrijving en de bijdragen bij de R.S.Z., door werknemers ingesteld tegen de curator van het faillissement van hun werkgever, zijn niet toelaatbaar. Hetzelfde geldt mutatis mutandis wat betreft de gezinsbijslag en de jaarlijkse vakantie voor handarbeiders.

2.a) De vordering tot aflevering van Z.I.V.-bijdragebons verjaart door verloop van vijf jaar, nu de niet-uitreiking van die bons door de werkgever een wanbedrijf uitmaakt.

b) Hoewel de niet-afgifte door de werkgever van een afschrift van de individuele rekening aan de werknemer een misdrijf oplevert, heeft de verjaring van de strafvordering geen invloed op de tijdig ingestelde vordering tot afgifte.

3. De aflevering van weerverlet- en getrouwheidszegels moet, bij faillissement van de werkgever ressorterend onder het Paritair Comité van het Bouwbedrijf, bij het Fonds voor Bestaanszekerheid gevorderd worden binen 45 dagen na het faillietverklarend vonnis.

4. Een dwangsom kan worden uitgesproken tegen de curator van een failliete onderneming, voor wat aangaat de verplichting tot afgifte van de wettelijk voorgeschreven sociale documenten aan de werknemers.

U. t/ Faillissement G.

Bij verzoekschrift tot vrijwillige verschijning neergelegd ter griffie van de Arbeidsrechtbank te Gent op 21 maart 1978 verzoeken de litigerende partijen hun akte te geven van hun vrijwillige verschijning en uitspraak te doen over de vraag of:

A. Door de geïntimeerde, oorspronkelijk verweerder, in zijn hoedanigheid van curator van het faillissement van G.P., m.b.t. de periode van 16 september 1974 tot 1 april 1975 zal moeten overgaan tot:

1. inschrijving bij de R.M.Z.; 2. aflevering van loonfiches; 3. aflevering van bijdragebons-Z.I.V.; 4. regularisatie bij de compensatiekas voor gezinsbijslag; 5. regularisatie bij de kas voor jaarlijkse vakantie; 6. regularisatie en aflevering van de weerverletzegels; 7. regularisatie en aflevering van de getrouwheidszegels.

B. de geïntimeerde q.q. veroordeeld zal worden tot het betalen van 1 fr. provisionele schadevergoeding;

(...)

De appellant baseert zijn hoger beroep op de overweging dat de eerste rechter ten onrechte zijn vorderingen niet toelaatbaar heeft verklaard.

(...)

In feite

De appellant werd door G. tewerkgesteld met een arbeidsovereenkomst van onbepaalde tijd in hoedanigheid van arbeider, met ingang van 16 september 1974. Vanaf zijn indiensttreding tot 1 april 1975 werd hij door zijn werkgever niet aangegeven bij de Rijksdienst voor Maatschappelijke Zekerheid.

In rechte

I. Over de vorderingen tot inschrijving bij de Rijksdienst voor Maatschappelijke Zekerheid en de regularisatie bij de kas voor gezinsbijslag evenals bij de kas voor jaarlijkse vakantie

Op grond van artikel 17 van het Gerechtelijk Wetboek zijn deze vorderingen niet toelaatbaar.

De appellant bezit geen hoedanigheid om dergelijke vorderingen in te stellen, daar zowel de immatriculatie bij, als de bijdragen aan de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid alleenlijk de relatie werkgever/R.S.Z. betreffen.

Gezinsbijslag noch vakantiegeld voor arbeiders kunnen van de werkgever gevorderd worden. De gevorderde regularisatie kan slechts betrekking hebben op het gedeelte van de R.S.Z.-bijdragen die toekomen aan de kas voor gezinsbijslag en aan de kas voor jaarlijkse vakantie, en kan slechts ingesteld worden door de betrokken kassen tegen de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid, die zijnerzijds een vordering tegen de werkgever bezit.

II. Over de vordering strekkende tot aflevering van de Z.I.V.-bijdragebons

Artikel 103 van de wet van 9 augustus 1963 tot instelling en organisatie van een regeling voor verplichte ziekte- en invaliditeitsverzekering bepaalt strafrechtelijke sancties voor de werkgever, zijn aangestelden of mandatarissen, die de gerechtigden de bescheiden niet verschaffen welke zij behoeven om bij de uitvoeringsinstellingen bedoeld in voornoemde wet van hun rechten op de prestaties van de verzekering te doen blijken.

Het recht van de werknemer op de voordelen van de verplichte ziekte- en invaliditeitsverzekering is geen recht dat als zodanig zijn oorsprong vindt in de arbeidsovereenkomst; het is een van de rechten die de grondwetgever, in artikel 93, een «politiek» recht heeft genoemd en het vindt derhalve zijn enige grondslag in de wets- en verordeningbepalingen die dit recht in het leven roepen en regelen. Dit politiek recht is ontstaan uit de betrekkingen tussen de belanghebbende, als zodanig, en de openbare macht.

Nu het feit dat de werkgever aan de werknemer geen bijdragebon uitreikt waarop hij recht heeft met een correctionele straf wordt bestraft, overeenkomstig het zoëven vermelde artikel 103 van de wet van 9 augustus 1963, verjaart de uit die overtreding volgende burgerlijke rechtsvordering door verloop van vijf jaren, te rekenen vanaf de dag waar-

op de overtreding is gepleegd, overeenkomstig artikel 26 van de wet van 17 april 1878, vervangen bij artikel 1 van de wet van 30 mei 1961 (Cass., 27 november 1969, A.C., 1970, 309).

De vordering strekkende tot aflevering van de gevorderde bijdragebons is in casu niet verjaard en is gegrond.

III. Over de vordering strekkende tot aflevering van de individuele rekening

Artikel 4 van de wet van 26 januari 1951 betreffende de vereenvoudiging der documenten waarvan het bijhouden door de sociale wetgeving opgelegd is, bepaalt dat met correctionele straf strafbaar zijn de werkgevers die verzuimd hebben de voorgeschreven documenten aan de arbeiders af te geven binnen de gestelde termijnen. Krachtens artikel 15 van het koninklijk besluit van 12 november 1952 betreffende de vereenvoudiging der documenten waarvan het bijhouden door de sociale wetgeving opgelegd is, moet de werknemer binnen voorgeschreven termijnen een afschrift van zijn individuele rekening krijgen.

Hoewel krachtens artikel 9, derde lid, van de wet van 26 januari 1952, wanneer het gaat over documenten die aan de arbeiders moeten worden afgegeven met toepassing van artikel 4, 2°, of van uitvoeringsbesluiten van dit artikel, de strafvordering die voortvloeit uit het misdrijf, verjaart na drie jaar te rekenen van de datum waarop het misdrijf is gepleegd, vindt artikel 26 van de wet van 17 april 1878, vervangen bij artikel 1 van de wet van 30 mei 1961 van de voorafgaande titel van het Wetboek van Strafvordering ter zake toepassing, daar de verjaring van de strafvordering geen invloed heeft op de verjaring van de tijdig ingestelde burgerlijke rechtsvordering.

De vordering strekkende tot aflevering van de individuele rekening is niet verjaard en is gegrond.

IV. Wat betreft de vordering tot regularisatie en aflevering van weerverlet- en getrouwheidszegels

Artikel 11 van de collectieve arbeidsovereenkomsten van 29 september en 30 december 1971, gesloten in het Nationaal Paritair Comité voor het Bouwbedrijf, betreffende de toekenning van getrouwheids- en weerverletzegels, algemeen verbindend verklaard bij koninklijk besluit van 24 februari 1972 (*Belgisch Staatsblad*, 25 maart 1972), bepaalt dat de werkgever de getrouwheidskaart overhandigt voorzien van de verdiende zegels, tegen afgifte van een ontvangstbewijs volgens voorgeschreven model, uiterlijk de dag vóór de in artikel 18 vermelde datum. Indien de afgifte niet van hand tot hand kan geschieden, moet de werkgever de kaart onder aangetekende omslag uiterlijk tegen die datum aan de werkman opsturen. Het ontvangstbewijs van de post geldt in dat geval als kwijting voor de werkgever. Als de werkman zijn van de verdiende zegels voorziene kaart niet heeft ontvangen, moet hij ze onverwijld aan zijn werkgever vragen en eventueel klacht indienen bij de sociale inspectie binnen drie maanden na de hiervoren vermelde datum, tenzij de werkgever failliet is verklaard. In dat geval dient de werkman zijn schuldvordering voor getrouwheidszegels bij het fonds voor bestaanszekerheid in binnen vijfenveertig dagen na het vonnis waarbij het faillissement is uitgesproken.

Hieruit volgt dat de appellant zich in casu uiteindelijk tot het fonds voor bestaanszekerheid had dienen te richten, wat hij blijkbaar nagelaten heeft te doen, zodat dit deel van de vordering tegen de curator niet toelaatbaar is.

V. Schadevergoeding

De appellant baseert zijn vordering op artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek wat betreft schade geleden wegens het niet-afleveren van weerverletzegels ten belope van 2.275 frank en wegens niet-afleveren van getrouwheidszegels ten belope van 7.392 frank.

Bij conclusie vordert appellant daarenboven provisioneel een frank schadeloosstelling wegens de niet-inschrijving bij de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid, bij de Compensatiekas voor Gezinsvergoedingen evenals bij de Kas voor Jaarlijkse Vakantie.

Het ligt voor de hand dat appellant door de nalatigheden van zijn gewezen werkgever, wegens de niet-betaling van de bijdragen aan de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid, een bepaalde schade geleden heeft, daar hij onder meer van vakantiegeld verstoken is gebleven en eventueel van andere sociale uitkeringen en voordelen.

Artikel 26 van de wet van 27 juni 1969 tot herziening van de besluitwet van 28 december 1944 betreffende de maatschappelijke zekerheid bepaalt dat de werkgever verplicht is het nadeel te herstellen dat de werknemer geleden heeft ten gevolge van de nalatigheid of de vertraging bij de overdracht van de bijdragen, terwijl artikel 35 van voornoemde wet het niet betalen van bijdragen strafbaar stelt. De appellant behoort echter het bedrag van zijn schade te bekwaren tijd te preciseren.

De appellant voert terecht aan dat de verjaring ex delicto berust op de feitelijkheid van het gepleegde misdrijf, en dat de eerste rechter ten onrechte geoordeeld heeft dat artikel 26 van de voorafgaande titel van het Wetboek van Strafvordering niet tegen de curator kan worden ingeroepen. Tevergeefs werpt de geïntimeerde op dat de wijziging van de oorspronkelijk gestelde vordering ex contractu in een vordering ex delicto geen door het artikel 807 van het Gerechtelijk Wetboek toegelaten uitbreiding over de vordering is (Van Reepinghen, «Verslag over de Gerechtelijke Hervorming», I, p. 334).

Op grond van de feitelijke gegevens van de neergelegde dossiers is het Hof van oordeel dat de appellant, wegens de nalatigheden van zijn gewezen werkgever G. inzake zijn wettelijke verplichtingen betreffende de sociale zekerheid, een bepaalde schade heeft geleden en dat derhalve de vordering uit dien hoofde gegrond voorkomt voor de gevorderde som van een frank provisioneel.

VI. Over de gevorderde dwangsommen

Een dwangsom kan, overeenkomstig artikel 1385bis van het Gerechtelijk Wetboek, niet worden opgelegd voor de vorderingen ter zake van de nakoming van arbeidsovereenkomsten. In casu betreft het echter niet zulk een vordering. Hoewel in beginsel aan een curator een dwangsom kan worden opgelegd, oordeelt het Hof nochtans ten deze dat op die specifieke vordering niet dient te worden ingegaan, omdat er geen element voorhanden is waarop enige vrees zou kunnen worden gegrond dat de curator de op hem rustende verplichtingen niet zal nakomen (G. Ballon, *Dwangsom*, nr. 166, p. 60, A.P.R.).

(...)

ARBEIDSHOF TE ANTWERPEN

3e KAMER — 14 JANUARI 1985

Voorzitter : de h. Boes

Raadsheren in sociale zaken : de hh. Van den Eede en De Voecht

Advocaten : mrs. Mergits en Stappers

1. Arbeidsovereenkomst — Ondernemingsraad — Beschermde werknemer — Ontslag — Dringende reden — Wegnemen van vertrouwelijke documenten — 2. Vakbondsafgevaardigde — Ontslag — Reden eigen aan de uitoefening van vakbondsfunctie.

1. Het meermaals bedrieglijk wegnemen of misbruiken van vertrouwelijke documenten van de onderneming door een werknemer, lid van de ondernemingsraad en vakbondsafgevaardigde, is een dringende reden tot onmiddellijk ontslag.

2. Uit het feit dat de betrokkene in publieke verklaringen, afgelegd tijdens vergaderingen waarop hij als vakbondsafgevaardigde het woord voerde, de feiten heeft bekend en zich erop heeft beroepen, vloeit niet voort dat hij ontslagen is om redenen eigen aan zijn functie van vakbondsafgevaardigde.

V. e.a. t/ N.V. M.

Feiten

Overwegende dat appellant als arbeider in dienst is van geïntimeerde sedert 17 december 1973; dat hij bij de laatste sociale verkiezingen verkozen werd tot effectief lid van de ondernemingsraad en van het comité voor veiligheid en hygiëne; dat hij zijn lidmaatschap in het comité voor veiligheid en hygiëne vanaf 1 april 1984 beschikbaar heeft gesteld; dat appellant insgelijks effectief vakbondsafgevaardigde van het Algemeen Belgisch Vakverbond is.

Overwegende dat geïntimeerde op 13 juli 1984 volgend aangetekend schrijven aan appellant heeft doen geworden :

«Op 11 juli 1984 werd een operator op Lustran Compounding, de h. G., ontslagen wegens het onrechtmatig ontrekken van vertrouwelijke informatie, het kopiëren ervan, het bewaren gedurende enkele weken en daarna het openlijk misbruiken van deze informatie. Naar aanleiding van dit ontslag hebt U diezelfde dag nog, aan de h. De G., Employee Relations Supervisor, en in het bijzijn van de h. H., plaatsvervangende syndicaal afgevaardigde A.C.V., verklaard dat U vond dat zulks geen reden tot ontslag was, en dat indien zulks wel het geval zou zijn, men U reeds lang had moeten ontslaan daar U — steeds volgens uw eigen zeggen — bij herhaling vertrouwelijke informatie steelt en kopieert.

«Op 12 juli 1984 hebt U, overigens niet op de wijze zoals bepaald in het syndicaal statuut, bij de aanvang van iedere ploeg vergaderingen bijeengeroepen en aldaar bij herhaling verklaard : 'Ik heb vaak confidentiële informatie gestolen en gekopieerd. Waarom ben ik dan nog niet afgedankt?' en zulks zowel 's morgens, 's middags als 's avonds in de centrale werkplaats, resp. in de cafetaria en in het bijzijn van een honderdtal werknemers.

«Aldus hebt U blijk gegeven van het feit dat U het in U

gestelde vertrouwen als lid van de ondernemingsraad hebt misbruikt. Door het stelen en kopiëren van vertrouwelijke informatie en door Uw publieke verklaringen daaromtrent tegenover Uw medewerkers tast U op ernstige wijze het gezag van Uw werkgever aan. Bovendien hebt U door Uw verklaringen de andere werknemers impliciet aangespoord tot het plegen van gelijkaardige feiten. Aangezien het ontslag van de heer G. volkomen terecht was, en deze trouwens de ingeroepen redenen daartoe schriftelijk heeft erkend, is de aan de gang zijnde staking bij de arbeiders waartoe door U is opgeroepen, totaal ongerechtvaardigd, en berokkent Uw ongerechtvaardigd optreden de onderneming belangrijke schade.

«Bij deze feiten dient nog te worden gevoegd dat U reeds verschillende jaren blijk geeft van een houding, die ons genoodzaakt heeft tot het geven van talloze waarschuwingen, die U voldoende bekend zijn. Als voorbeeld vermelden wij dat U herhaaldelijk en vaak voor lange tijd Uw werkzaamheden onderbreekt, zonder U behoorlijk af te melden, zogenaamd voor syndicale activiteiten. Aldus was U vanaf 18 juni 1984 gedurende drie dagen niet op Uw arbeidsplaats aan te treffen zonder dat Uw afdelingssupervisie wist waar U was.

«Al deze feiten beschouwen wij als zwaarwichtige redenen die een onmiddellijk ontslag rechtvaardigen en wij hebben dan ook het voornemen U om dringende redenen onmiddellijk te ontslaan. Aangezien U evenwel lid bent van de ondernemingsraad en syndicaal afgevaardigde, leggen wij heden op de griffie van de arbeidsrechtbank een verzoekschrift neer, strekkende tot het horen erkennen van de redenen voor het voorgenomen ontslag. In afwachting van een definitieve uitspraak van de arbeidsrechtbank, schorsen wij vanaf heden Uw arbeidsovereenkomst. De toegang tot het bedrijf wordt U inmiddels onttrokken en ook de uitbetaling van Uw salaris wordt geschorst.»

(...)

Overwegende dat G. op 11 juli 1984 onmiddellijk ontslagen werd, met uitbetaling van een vergoeding gelijk aan vier weken loon; dat als reden van de werkloosheid op het formulier-C4 opgegeven werd: «verdere samenwerking in de ploeg wegens persoonlijke situatie onmogelijk geworden.»; dat het volgend «announcement» in het bedrijf van geïntimeerde ter zake opgesteld werd op 12 juli 1984: «Gisteren werd G., operator in Lustran Compounding, ontslagen voor het onrechtmatig vervreemden van privé-informatie, het kopiëren ervan, het bewaren gedurende enkele weken en daarna openlijk misbruiken van deze informatie»;

(...)

Overwegende dat uit de verklaring van G. van 10 juli 1984 is gebleken dat hij vertrouwelijke documenten, die hem niet toebehoorden, bedrieglijk heeft weggenomen voor een kortstondig gebruik, dit wil zeggen om ze te fotokopiëren; dat, afgezien van het feit of deze handelingen onder de kwalificatie vallen van de artikelen 461 en 464 van het Strafwetboek, in elk geval vaststaat dat de feiten een ernstige tekortkoming uitmaakten aan zijn verplichtingen als werknemer ten opzichte van zijn werkgever waardoor alle verdere professionele samenwerking onmogelijk werd;

2. Dringende reden tot onmiddellijk ontslag van appellant

Overwegende dat de eerste rechter terecht geoordeeld heeft dat, indien appellant op 11 en 12 juli 1984 op verschillende ogenblikken en bij verschillende gelegenheden en in aanwezigheid soms van 100 collega's verklaard heeft vaak confidentiële informatie gestolen en gefotokopieerd te hebben, hij het afleggen van een dergelijke verklaring niet meer kan rechtvaardigen door te verwijzen naar de heftigheid van de woordenwisseling tijdens welke die verklaring is afgelegd, maar hij geacht moet worden diezelfde verklaring welbewust te hebben afgelegd; dat het afleggen van een dergelijke verklaring een feit uitmaakt, te weten het stelen van confidentiële informatie en het fotokopiëren ervan, dat niet te rechtvaardigen is door het uitoefenen door appellant van zijn mandaat van vakbondsafgevaardigde;

Overwegende dat de eerste rechter dan ook terecht aanvaard heeft in het tussenvonnissen van 8 augustus 1984 dat, indien appellant in de gekende conflictsituatie alsmede in de vermelde omstandigheden inderdaad verklaard heeft confidentiële informatie gestolen en gefotokopieerd te hebben, hij daardoor — en hier wordt niet enkel de verklaring zelf bedoeld, maar ook de feiten zelf die door die verklaringen bekend werden — het vertrouwen, dat tussen hem, als werknemer, en geïntimeerde, als werkgeefster, moet bestaan bij de uitvoering van de arbeidsovereenkomst, op dusdanige wijze geschokt heeft dat de voortzetting van die arbeidsovereenkomst erdoor onmiddellijk onmogelijk werd;

Overwegende dat uit de overgelegde stukken en uit de processen-verbaal van getuigenverhoor is gebleken dat appellant, in welke bewoordingen hij zich ook heeft uitgedrukt, in elk geval gesteld heeft dat hij datgene wat G. gedaan had, herhaaldelijk zelf ook had gedaan en dat, als men G. ontsloeg, men dan logischerwijze ook hem moest ontslaan;

(...)

Overwegende dat appellant voormelde verklaringen voor het eerst afgelegd heeft voor de heer D.G., in het bijzijn van de heer H., op 11 juli 1984, en dan tot driemaal toe voor een groot gehoor op 12 juli 1984, zowel 's morgens, 's middags als 's avonds, zodat het niet om een impulsieve uitlating ging; dat appellant moeilijk kan volhouden zich tot viermaal toe te hebben versproken; dat appellants verklaringen voor geen andere interpretatie vatbaar zijn dan dat hij meermaals hetzelfde als G. had gedaan en dat hij zich op een lijn met G. stelde; dat het feit dat deze verklaringen afgelegd werden bij zijn optreden als vakbondsafgevaardigde niets afdoet aan de bekentenis betreffende eigen daden van appellant;

Overwegende dat geïntimeerde terecht stelt dat zij alle reden heeft om aan te nemen dat de verklaringen van appellant met de waarheid overeenstemmen; dat immers bij ontvangst van vertrouwelijke informatie als lid van de ondernemingsraad (de jaarlijkse informatie 1982 in toepassing van het koninklijk besluit van 27 november 1973 — 60 pagina's) op 17 mei 1982 appellant de volgende passages op het ontvangstbewijs schrapte: «De ondergetekende erkent en aanvaardt het vertrouwelijk karakter van de gegevens en zal de teksten niet kopiëren of overschrijven, en evenmin ter hand stellen aan derden binnen of buiten de vennootschap», en: «De ondergetekende erkent dat de verspreiding van de tekst nadeel kan berokkenen aan de onderneming, in de zin van artikel 33 van het koninklijk besluit van 27

november 1973»; dat geïntimeerde verder stelt dat in 1983 en 1984 appellant V. zelfs geweigerd heeft elke verklaring of ontvangstbewijs in dit verband te ondertekenen; dat het hof deze versie aanvaardt, nu zulk een weigering volledig in overeenstemming is met de weigering van appellant bepaalde passages in het schrijven van 17 mei 1982 te ondertekenen, en appellant in dit verband louter stelt dat deze feiten niet als dringende redenen kunnen worden ingeroepen omdat zij al te laattijdig werden ingeroepen; dat deze feiten evenwel als toelichting bij de ingeroepen feiten door geïntimeerde kunnen worden aangevoerd; dat de bekentenis van appellant dat hij reeds vaak gelijkaardige feiten als die door G. gepleegd begaan heeft, in het licht van de vroegere feiten, waarbij hij te kennen had gegeven het vertrouwelijk karakter van vertrouwelijke documenten niet te zullen respecteren, terecht door geïntimeerde en door het arbeidshof aanvaard wordt als bewijs van het feit dat appellant meermaals vertrouwelijke documenten bedrieglijk heeft weggenomen of misbruikt om ze te fotokopiëren.

Overwegende dat niet vaststaat wanneer appellant tijdens zijn dienstbetrekking bij geïntimeerde deze feiten heeft gepleegd; dat geïntimeerde evenwel deze feiten tijdig als dringende reden heeft ingeroepen, aangezien het inleidend verzoekschrift ter griffie van de Arbeidsrechtbank te Antwerpen op 13 juli 1984 werd neergelegd, terwijl geïntimeerde, ingevolge de bekentenis van appellant, hiervan slechts op de hoogte was gekomen op 11 en 12 juli 1984; dat de feiten, zoals zij door het arbeidshof als bewezen worden aanvaard, volledig passen in de omschrijving van de dringende reden in het inleidend verzoekschrift, meer bepaald: «U hebt blijk gegeven van het feit dat U het in U gestelde vertrouwen als lid van de ondernemingsraad hebt misbruikt. Door het stelen en kopiëren van vertrouwelijke informatie en door Uw publieke verklaringen daaromtrent tegenover Uw medewerkers tast U op ernstige wijze het gezag van Uw werkgever aan»;

Overwegende dat het hof, ingaande op de oorspronkelijke vordering van geïntimeerde, het feit dat appellant meermaals vertrouwelijke documenten bedrieglijk heeft weggenomen of misbruikt om ze te fotokopiëren op zichzelf en ongeacht de andere ingeroepen feiten als een dringende reden tot het onmiddellijk ontslag van appellant aanvaardt; dat door zulke feiten de vertrouwensrelatie tussen partijen zodanig geschokt wordt dat alle professionele samenwerking onmogelijk wordt; dat deze feiten geenszins een reden uitmaken, eigen aan de uitoefening van het mandaat van vakbondsafgevaardigde van appellant, als bedoeld in artikel 13.1, eerste lid, van de collectieve arbeidsovereenkomst nr. 5 van 24 mei 1971 van de Nationale Arbeidsraad (zie sectoriële c.a.o. van 23 oktober 1974, gewijzigd door c.a.o. van 12 december 1979); dat het feit dat deze feiten bekend werden door appellant bij zijn optreden als vakbondsafgevaardigde alleszins niet tot gevolg heeft dat deze feiten zelf gedekt zouden zijn door het vakbondsmandaat;

Overwegende dat het feit dat voornoemde G. voor gelijkaardige feiten onmiddellijk ontslagen werd, met betaling van een vergoeding van vier weken loon, niet bewijst dat geïntimeerde deze feiten niet als ernstig beschouwde, noch dat zij ervan afgezien zou hebben deze of gelijkaardige feiten als dringende reden tot onmiddellijk ontslag te beschouwen (zie Helin G., noot bij vonnis van de Arbeidsrechtbank te Verviers, 24 november 1976, *O.R.*, 1979, 99).

Overwegende dat, gelet op de vorenstaande overwegingen, de argumentatie van partijen met betrekking tot de andere als dringende reden tot het onmiddellijk ontslag van appellant ingeroepen feiten niet meer ter zake dienend is; dat op het incidenteel beroep niet meer dient te worden ingegaan;

Overwegende dat de grief van appellant tegen de bestreden vonnissen als zouden de verklaringen van appellant niet in aanmerking kunnen worden genomen als dringende reden tot onmiddellijk ontslag van appellant omdat deze uitspraken in het kader van de uitoefening van zijn vakbondsmandaat pasten en vakbondsafgevaardigden niet ontslagen mogen worden om redenen eigen aan de uitoefening van hun mandaat, niet ter zake dienend is aangezien niet de publieke verklaringen van appellant op zichzelf als dringende reden beschouwd worden, maar wel de feiten die deze verklaringen inhielden en die alzo aan het licht kwamen en door appellant werden bekend;

(...)

BURGERLIJKE RECHTBANK TE KORTRIJK

BESLAGRECHTER — 25 DECEMBER 1980

Rechter: de h. Callens

Advocaten: mrs. De Clerck en Bossuyt

Burgerlijke rechtspleging — Beslag — Kantonnement — Bevoegdheid van de beslagrechter — Ongeldig kantonnement — Gevolg.

De beslagrechter kan vaststellen of een vonnis al dan niet uitvoerbaar is verklaard bij voorraad en of er al dan niet uitsluiting is van het recht van kantonnement. Maar ingeval de titel onduidelijk is en er bovendien geen hoger beroep is ingesteld, kan de beslagrechter het vonnis niet interpreteren en is het de rechter die het vonnis heeft gewezen, die het op vraag van de partijen interpreteert.

Wanneer een veroordeelde schuldenaar, ondanks de uitsluiting van kantonnement, toch heeft gekantonneerd, kan de schuldeiser niet vorderen dat het gekantonneerde bedrag te zijnen voordele zal worden vrijgegeven. Hij moet de normale procedure van gedwongen tenuitvoerlegging vervolgen indien de schuldenaar niet instemt met vrijwillige afgifte.

L. / N.V. D.

Bij dagvaarding van 29 oktober 1980 vordert eiser verweerder dat gezegd wordt voor recht dat het bedrag van 752.520 fr. in handen van gerechtsdeurwaarder L. zal worden vrijgegeven ten voordele van eiser ter uitvoering van het vonnis van de Vrederechter van het tweede kanton Kortrijk van 17 juni 1980.

1. Bij vonnis van de Vrederechter van het tweede kanton Kortrijk van 17 juni 1980 werd verweerder veroordeeld om aan eiseres te betalen de som van 605.000 fr., met vergoedende rente vanaf 3 augustus 1978 tot aan de dagvaarding en van dan af de gerechtelijke rente tot de effectieve betaling. Het vonnis werd uitvoerbaar verklaard bij voorraad

niettegenstaande alle voorziening en zonder borgstelling, met uitsluiting van het kantonnement.

Het vonnis werd op 30 juli 1980 betekend met bevel tot betalen. Op 18 september 1980 werd door de raadsman van verweerster een bedrag van 752.520 fr. overgemaakt aan de gerechtsdeurwaarder belast door eiser met de uitvoering, met opdracht dit bedrag te storten in de deposito- en consignatiekas. De gerechtsdeurwaarder liet opmerken dat dit niet mogelijk was, waarop de raadsman van verweerster liet weten dat de gelden onder geen beding aan eiser mochten worden gegeven en dat ofwel moest worden gekantonneerd ofwel de gelden worden teruggegeven. Op 20 oktober 1980 werden de gelden dan door de gerechtsdeurwaarder gekantonneerd.

Op 8 september 1980 werd hoger beroep aangetekend tegen het vonnis van de vrederechter.

2. Verweerster werpt primair de onbevoegdheid van de beslagrechter op. Zij stelt dat de beslagrechter slechts bevoegd is om te beslissen over de modaliteiten van de uitoefening van het kantonnement; het kantonnement is een recht van de schuldenaar en de beslagrechter mag over de gepastheid ervan niet oordelen; hij kan derhalve niet bevelen of zeggen, zoals door eiser wordt gevraagd, dat de gelden dienen vrijgegeven te worden aan eiser.

3. Het kantonnement is een modaliteit van uitvoering van het vonnis. Indien betwistingen ontstaan over de middelen, en ook over de modaliteiten van tenuitvoerlegging, is de beslagrechter vanzelfsprekend bevoegd.

De beslagrechter kan en moet oordelen over de uitvoerbare titel waarop door de schuldeiser wordt gesteund om tot gedwongen uitvoering over te gaan.

Aldus kan hij vaststellen of het vonnis al of niet uitvoerbaar is verklaard bij voorraad en of er al of niet uitsluiting is van het recht voor de schuldenaar om te kantonneren.

In casu bestaat daarover precies tussen partijen betwisting, nl. of de schuldenaar uitgesloten was van het recht tot kantonneren, en het is vanzelfsprekend de beslagrechter die, aan de hand van de voorgelegde titel moet uitmaken of kantonnement door de schuldenaar al of niet mogelijk is.

Vanzelfsprekend is het de rechter ten gronde die beslist over dit recht, maar het is de beslagrechter die moet oordelen of dit recht in de titel al of niet is uitgesloten.

Is de titel duidelijk, dan stelt de beslagrechter vast, indien de vraag wordt voorgelegd of er al of niet door de schuldenaar mag worden gekantonneerd, of dit al of niet het geval is.

Is de titel onduidelijk, dan kan de beslagrechter het vonnis niet interpreteren en is het de rechter die het vonnis heeft gewezen die zijn vonnis op vraag van partijen interpreteert.

In dat verband kan de vraag gesteld worden of dit in casu nu mogelijk zou zijn, daar hoger beroep tegen het vonnis werd aangetekend en art. 798 Ger. W. bepaalt dat een vordering tot uitlegging niet kan worden ingesteld wanneer tegen de beslissing hoger beroep is ingesteld.

Welnu, de rechtbank is van mening dat dit artikel niet toepasselijk is op de beschikkingen van de beslissingen die betrekking hebben op de uitvoerbaarheid van de titel omdat, indien deze interpretatie moest worden aangenomen, nl. dat uitlegging niet mogelijk is door de rechter die het vonnis gewezen heeft, in geval van hoger beroep, dit onrechtstreeks tot gevolg zou hebben wat uitdrukkelijk

door art. 1402 Ger. W. verboden is; het zou overigens strijdig zijn met het algemeen principe dat de eerste rechter op soevereine wijze beslist welke uitvoering aan zijn vonnis moet worden gegeven en dus afbreuk doen aan de uitvoerbare kracht van de verleende titel.

4. In casu stelt dit juridisch probleem zich echter niet voor, aangezien, welke spitsvondigheden verweerster in haar conclusie ook moge uitvinden, de titel duidelijk genoeg is en het recht van de schuldenaar om tot kantonnement over te gaan uitgesloten heeft.

Verweerster kan dus niet geldig kantonneren. Het kantonnement is dus ongeldig; er is dus geen geldige betaling en dit kantonnement verhindert in casu dus niet een gedwongen uitvoering vanwege eiser indien verweerster verder weigert te betalen.

5. Het door eiser gevorderde kan echter niet toegestaan worden. Eiser vordert immers dat de gekantonneerde gelden vrijgegeven worden te zijnen voordele. Dit kan niet toegestaan worden. Er is vanwege verweerster geen geldige en vrijwillige betaling.

Eiser moet de normale procedure van gedwongen tenuitvoerlegging vervolgen indien verweerster de vrijwillige afgifte verder weigert. De beslagrechter kan de gedwongen uitvoering niet opleggen. Dit is de zaak van de vervolgende schuldeiser.

Dit is ter zake zeer belangrijk aangezien, zoals gezegd, er geen geldig kantonnement is met alle gevolgen van dien voor de vervolgende schuldeiser in geval van faillissement van de schuldenaar. De curator zou in dat geval immers aanspraak kunnen maken op deze gelden en de opname ervan in de boedel kunnen vragen na te hebben laten vaststellen door de beslagrechter dat het kantonnement ongeldig is.

(...)

RECHTBANK VAN KOOPHANDEL TE OUDENAARDE

RAADKAMER — 17 MEI 1984

Voorzitter: de h. Heyvaert

Rechters: de hh. Vandeveld en Decordier

Openbaar ministerie: de h. Piron

Faillissement — Tegeldemaking van gehypothekeerd goed en handelszaak — Salaris van de curator — Voorafnemings.

Wanneer de curator een gehypothekeerd goed en een in pand gegeven handelszaak te gelde heeft gemaakt, wordt zijn salaris steeds voorafgenomen op de opbrengst van die goederen.

Mr. Van Impe q.q.

Met zijn verzoekschrift opgesteld in het Nederlands overeenkomstig de bepalingen van de artikel 2 en 9 van de wet van 15 juni 1935 op het gebruik ter talen in gerechtszaken, heeft mr. Van Impe, in zijn hoedanigheid van curator, aangesteld bij vonnis dezer rechtbank in dato van 10 februari

1983 over het faillissement van de P.V.B.A. S. om taxaat gevraagd van zijn honoraria op de som van 854.877 fr., voortkomende van de opbrengst van de verkoop van de handelszaak, die hij aan de N.V. C. gestort heeft als saldo van haar vordering uit hoofde van kredietopeningen gewaarborgd door hypotheek en pand. Hij vraagt daarbij ook dat de N.V. G. gehouden zal zijn tot telastneming (en terugbetaling) van dit getaxeerd honorarium en van het honorarium van 60.000 fr. dat door deze rechtbank in haar vonnis van 1 september 1983 begroot werd op de verkoop van het onroerend goed van de gefailleerde (waarop hypotheek van de N.V. G. als «vooraf te nemen op de opbrengst van de verkoop»).

De N.V. G. verzet zich niet tegen het taxaat als dusdanig doch stelt hoofdzakelijk dat zij, eerst ingeschreven hypotheekschuldeiseres en pandhoudster van de handelszaak zijnde, deze honoraria niet wil zien voorafnemen van hetgeen aan haar uitbetaald wordt, doch wel van de opbrengst van de gerealiseerde goederen om dan vervolgens met het saldo de vorderingen uit te betalen met inachtneming van de rangregeling der voorrechten en hypotheeken.

1. De verkoop van het onroerend goed waarop de N.V. G. een hypotheekaire inschrijving genomen had, bracht 2.000.000 fr. op. De verkoop van de handelszaak waarop de schuldeiseres een pand had, bracht 2.464.609 fr. op. Deze beide verkopen gaven aldus een totaal van 4.464.609 fr. Het was de curator die zowel het onroerend goed als de roerende goederen, voorwerp van het pand, liet verkopen met het akkoord van de bevoorrechte schuldeiseres.

2. Ten gevolge van de betaling door de instrumenterende notaris van 1.832.233 fr. netto-opbrengst van de verkoop der onroerende goederen en door de curator van 854.877 fr., voortkomende van de tegeldemaking van de goederen, voorwerp van het pand op de handelszaak, werd de schuldvordering alsdan van de bank, volledig betaald.

De curator betaalde en/of liet betalen onder voorbehoud en het is onder dat voorbehoud dat hij thans o.m. betaling vordert vanwege de schuldeiseres van 145.487 fr., zijnde 60.000 fr. reeds begrote honoraria bij de verkoop van het onroerend goed (forfaitair 3% op 2.000.000 fr.) en 85.487 fr. te begroten als honorarium naar rato van 10% op het gedeelte (854.877 fr.) van de totale opbrengst van 2.464.609 fr., voortkomende van de tegeldemaking van de met pand bezwaarde goederen dat hij aan de schuldeiseres doorstortte tot aanzuivering van het totaal harer vordering.

3. Het verzoek beoogt oorspronkelijk het taxaat van de honorariumstaat van de curator ten bedrage van 854.877 fr. Nadien, bij conclusie van 22 maart 1984, werd het uitgebreid als volgt:

a. te bepalen dat door de bank op de door hem, curator, uitbetaalde som van 854.877 fr. een honorarium van 85.487 fr. verschuldigd is; b. te zeggen voor recht dat het honorarium van 60.000 fr. (toegekend bij de verkoop van het onroerend goed) en het voormeld te taxeren honorarium van 85.487 fr., definitief ten laste van de bank vallen en zij deze sommen dient terug te storten aan de curator uit de inmiddels ontvangen bedragen.

Hoewel een vordering tot taxaat bij verzoekschrift bij de rechtbank kan worden ingeleid, kan evenwel bij verzoekschrift niet gevraagd worden dat een schuldeiser bevolen

zou worden getaxeerde of nog te taxeren honoraria aan de curator terug te betalen.

In dier voege is de vordering niet toelaatbaar.

Volledigheidshalve wil de rechtbank evenwel stellen dat, in de gegeven omstandigheden der zaak, het op 60.000 fr. getaxeerd honorarium op de verkoop van het onroerend goed door de curator, niet ten laste kan vallen van de schuldeiseres.

Of men nu de honoraria van de curator als bevoorrechte gerechtskosten beschouwt (Cass., 7 juni 1888, *Pas.*, I, 256; A.P.R., *Voorrechten*, nr. 21; R.P.D.B., V° Faillite et Banqueroute, n° 1605; Kh. Brussel, 15 maart 1973, *J.T.*, 1974, 118, enz.), dan wel als beheerskosten (*Les Nouvelles, Dr. Comm.*, IV, n° 1836), toch worden zij, ingevolge de bepalingen van de artikelen 561 en 480, 2e lid, Fw. steeds voorafgenomen op de opbrengst van de gerealiseerde goederen. Het is in dit licht dat de rechtbank zich aansluit bij de thesis van de auteurs van het artikel «Over de verkoop van de onroerende goederen toebehorende aan de gefailleerde» (*B.R.H.*, 1981, 386, meer bepaald bij wat zij stellen op de blz. 396-398), namelijk dat, door deze voorafneming alle schuldeisers, die belang hadden bij de realisatie van het gehypothekeerd goed of van het pand, in abstracto bijdragen tot de kosten maar dat in concreto de mate van de bijdrage zal worden bepaald door de grootte van de opbrengsten en de rangregeling van de voorrechten en de hypotheeken en dat de specificiteit van het nut van de uitgebrachte kosten beoordeeld wordt in hoofde van het tegeldegemaakte pand en niet in hoofde van de schuldeisers.

Volgens die thesis dient alleszins, indien er voldoende geld voorradig is (zoals ten deze het geval), de eerst ingeschrevene, de totaliteit van zijn vordering te innen. Het is onjuist te stellen dat de schuldeiseres zich akkoord zou hebben verklaard om dit gedeelte van het honorarium (60.000 fr.) te zien in mindering brengen op de door haar te ontvangen bedragen.

4. In zoverre het verzoekschrift strekt tot het taxaat van de honoraria op het gedeelte van de opbrengst van de realisatie van de goederen voorwerp van het handelspand, komt het als voorbarig voor, daar in principe de honoraria slechts getaxeerd en toegekend worden wanneer het faillissement ten einde is en er ten deze alsnog niet verantwoord wordt dat de vereffening een zeer lange tijd zal dienen uit te blijven, menigvuldige processen of meer dan normale uitgaven en onkosten vergt en de 85.487 fr. in dier voege als voorschot op het totale honorarium gevorderd wordt.

Om die redenen, beslissend op het verzoekschrift,

Gehoord de heer F. Decordier, rechter in handelszaken in deze rechtbank in zijn verslag als rechter-commissaris van het faillissement;

Wordt voor recht gezegd dat bij uitbreiding, zoals gesteld in de conclusie van 22 maart 1984, de vordering niet toelaatbaar is en wordt het verzoek voor dit gedeelte als dusdanig afgewezen;

Wordt voor recht gezegd dat het verzoek tot taxaat van de honoraria op een gedeelte van de opbrengst van de realisatie van de roerende, met pand bezwaarde, goederen voorbarig is;

Worden de kosten ten laste gelegd van de massa;

Wordt voor recht gezegd dat er ten deze geen rechtsplegingsvergoeding verschuldigd is.

RECHTSPRAAK IN KORT BESTEK

Hof van Cassatie (2e Kamer), 30 mei 1984

Rechten van de mens — Cassatieberoep in strafzaken — Niet-ontvankelijkheid van een onmiddellijke voorziening tegen een beslissing die geen eindbeslissing is — Artt. 6 en 13 E.V.R.M.

De eisers hebben als beklaagden cassatieberoep ingesteld tegen een arrest (Hof Brussel, 23 november 1983) dat een beslissing bevestigt waarin de correctionele rechtbank zegt «dat er geen grond bestaat om te bevelen dat aan iedere beklaagde kosteloos of tegen vergoeding afschrift zal worden gegeven van alle stukken van het strafdossier», en waarbij wordt bevolen «dat de pleidooien over de zaak zelf zullen worden gehouden op de openbare terechtzitting van 25 maart 1983». De voorziening wordt om de volgende redenen voorbarig en derhalve niet ontvankelijk verklaard:

«Overwegende dat de eisers betogen dat naar hun mening de vaste rechtspraak van het Hof volgens welke krachtens artikel 416 van het Wetboek van Strafvordering beroep in cassatie tegen een op de strafdordering gewezen beslissing eerst openstaat na de beslissing waarbij door de veroordeling van beklaagde een eind wordt gemaakt aan de vervolgingen, gelet op de omstandigheden van de zaak zou leiden tot een schending van het recht van verdediging en van de bepalingen van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden van 4 november 1950, goedgekeurd bij artikel 1 van de wet van 13 mei 1955, en inzonderheid van de artikelen 6 en 13 van dat Verdrag;

«Dat de eisers tevens aanvoeren dat de beslechting van het door hen aan de vonnisgerechten voorgelegde prejudicieel geschil een voorwaarde is om hun recht van verdediging te kunnen uitoefenen voor dezelfde gerechten die de zaak verder moeten behandelen, dat de ontzegging van dat recht aan de eisers tot cassatie een schending zou betekenen van het hun door artikel 6, lid 1 en lid 3, van het Verdrag toegekende recht op een eerlijke en openbare behandeling van hun zaak binnen een redelijke termijn, dat zij van oordeel zijn dat het door artikel 13 van het Verdrag gewaarborgde recht 'op daadwerkelijke rechtshulp voor een nationale instantie' hun gedeeltelijk is ontnomen en dat in een dergelijk geval immers het cassatieberoep niet de minste zin meer zou hebben aangezien het pas achteraf zou kunnen worden ingesteld op een ogenblik dat het geen enkel nut meer zou hebben voor de beklaagden;

«Overwegende dat krachtens artikel 416 van het Wetboek van Strafvordering beroep in cassatie tegen het bestreden arrest waarvan het beschikkende gedeelte hierboven wordt weergegeven, eerst openstaat na de eindbeslissing;

«Dat de eisers zich op dat ogenblik zowel tegen de eindbeslissing als tegen het arrest van 23 november 1983 in cassatie hadden kunnen voorzien en de middelen hadden kunnen aanvoeren die, bij gegrondbevinding, eventueel tot vernietiging van de bestreden beslissingen zouden hebben geleid; dat de omstandigheid dat de voorziening eerst na de eindbeslissing openstaat de binnen de wettelijke termijnen ingestelde voorziening niet nutteloos maakt, de verdediging niet verhindert haar rechten te doen gelden en niet leidt tot

een onverantwoorde vertraging in het verloop van de rechtspleging.»

(Voorzitter: de h. Stranard — Raadsheer-rapporteur: de h. Bosly — Advocaat-generaal: mevr. Liekendael — In de zaak: B. e.a.)

Hof van Cassatie (1e Kamer), 14 juni 1984

Onrechtmatige daad — Schade en schadeloosstelling — Z.I.V. — Ten gevolge van vergissing van arts ten onrechte verrichte uitkering — Geldsom in vermogen van ziekenfonds vervangen door schuldvordering op de ontvanger van de uitkering — Schuld niet ingevorderd — Schade niet bewezen.

«Overwegende dat uit het arrest (Hof Luik, 29 maart 1983) blijkt dat eiser voor de periode van 4 januari 1973 tot 26 september 1974, op basis van door verweerder uitgereikte verkeerde getuigsschriften van verzorging, aan verschillende rechthebbenden ten onrechte prestaties heeft uitgekeerd voor een totaal bedrag van 115.998 frank dat zij terugvordert van verweerder; dat die vordering is gegrond, enerzijds, op artikel 97 van de wet van 9 augustus 1963 volgens de voor de litigieuze periode van kracht zijnde tekst, als gewijzigd bij artikel 32 van de wet van 27 juni 1969, anderzijds, op de artikelen 1382 en 1383 van het Burgerlijk Wetboek; dat het arrest de vordering niet gegrond verklaart en ze aan eiser ontzegt;

«Overwegende dat eiser het arrest niet bekritiseert in zoverre het de vordering niet gegrond verklaart op basis van artikel 97 van de wet van 9 augustus 1963, met de overweging namelijk dat de door eiser uitgekeerde prestaties niet zijn uitbetaald 'volgens het stelsel van de betalende derde'; dat het middel enkel kritiek uitoefent op de gronden waarop het arrest de op basis van de artikelen 1382 en 1383 van het Burgerlijk Wetboek ingestelde vordering afwijst;

«Overwegende dat, volgens het arrest, het bedrag van de schade waarvan eiser vergoeding vorderde overeenkomstig voormelde bepalingen van het Burgerlijk Wetboek 115.998 frank is, dit is het bedrag van de prestaties waaromtrent het arrest vaststelt, zonder dienaangaande te worden bekritiseerd, dat ze ten onrechte zijn uitgekeerd buiten het stelsel van de betalende derde en dat dit onverschuldigde niet voor het hof van beroep is betwist;

«Overwegende dat het op het geschil toepasselijke artikel 97 van de wet van 9 augustus 1963, gewijzigd bij artikel 32 van de wet van 27 juni 1969, in het eerste lid betreffende de prestaties die zoals ten deze zijn uitgekeerd buiten het stelsel van de betalende derde, bepaalde dat 'hij die, ten gevolge van een vergissing of bedrog, ten onrechte prestaties heeft ontvangen van de verzekering voor geneeskundige verzorging of van de uitkeringsverzekering, verplicht is de waarde ervan te vergoeden aan de verzekeringsinstelling door wie die prestaties ten onrechte zijn uitgekeerd';

«Dat, krachtens de verplichting tot terugbetaling die door deze wettelijke bepaling is opgelegd aan diegenen aan wie ten onrechte prestaties zijn uitgekeerd, de geldsommen, voor een totaal bedrag van 115.998 frank, die door eiser ten onrechte zijn betaald in zijn vermogen zijn vervangen door schuldvorderingen van hetzelfde bedrag op die rechthebbenden;

«Overwegende dat het arrest minstens impliciet oordeelt dat eiser dergelijke schuldvorderingen had maar ze niet heeft teruggevorderd van zijn schuldenaars; dat die overwegingen impliceren dat eiser niet het bewijs heeft geleverd van de schade waarvan hij vergoedingen vorderde, hetgeen de afwijzing van de op basis van de artikelen 1382 en 1383 van het Burgerlijk Wetboek ingestelde vordering naar recht verantwoordt;

«Dat de in het middel aangevoerde grieven, al waren ze gegrond, zonder invloed zouden zijn op de wettigheid van die beslissing;

«Dat het middel derhalve bij gebrek aan belang niet ontvankelijk is.»

(Voorzitter: de h. Mahillon — Raadsheer-rapporteur: de h. Poupart — Advocaat-generaal: mevr. Liekendael — Advocaten: mrs. Van Ommeslaghe en Draps — In de zaak: Nationaal Verbond van Socialistische Mutualiteiten t/P.)

EUROPEES RECHT

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

Gev. zaken 98/83 en 230/83 (Eerste kamer) — Van Gend & Loos en Expeditiebedrijf Wim Bosman B.V./ Commissie *Kwijtschelding van invoerrechten* — 13 november 1984

Van Gend & Loos N.V. en Expeditiebedrijf Wim Bosman B.V. hebben beroep ingesteld tot nietigverklaring van twee beschikkingen, door de Commissie op 10 januari 1983 gegeven naar aanleiding van door verzoeksters bij hun nationale autoriteiten ingediende verzoeken om kwijtschelding van door de Nederlandse instanties geheven invoerrechten.

Verzoeksters, die beide als douane-expediteur werkzaam zijn, hebben in Nederland textielprodukten ingevoerd — volgens aangifte van oorsprong uit Egypte, Marokko en Turkije — tegen het voor deze landen geldende preferentiële tarief. Na onderzoek kwam vast te staan, dat de goederen niet van oorsprong uit die landen waren en dat dus een hoger invoerrecht had moeten worden betaald. De douane-autoriteiten legden verzoeksters derhalve navorderingen op.

Verzoeksters betwistten dat zij de nagevorderde bedragen verschuldigd waren en verzochten om kwijtschelding van de invoerrechten op grond van artikel 13 van verordening nr. 1430/79 van de Raad.

Volgens dit artikel 13 kan tot terugbetaling of kwijtschelding van invoerrechten worden overgegaan «in situaties die het gevolg zijn van buitengewone omstandigheden die geen enkele nalatigheid of manipulatie van de zijde van de betrokkene inhouden.» Verzoeksters beriepen zich met name op de omstandigheid, dat de certificaten van oorsprong of herkomst waren afgegeven door de douane-autoriteiten van de erin vermelde landen, en dat zij te goeder trouw hadden aangenomen dat de certificaten geldig waren.

Deze verzoeken zijn door de Commissie afgewezen.

Verzoeksters doen hun beroep tegen de beschikkingen steunen op twee middelen, respectievelijk inhoudende dat

de motiveringsverplichting is geschonden en dat de kwijtschelding ten onrechte is geweigerd.

De motivering

Verzoeksters stellen een vormgebrek. De bestreden beschikkingen zouden niet verwijzen naar het bestaan en naar de inhoud van een voorstel of advies van het comité Douanevrijstellingen, zodat niet zou zijn na te gaan of verweerder heeft beschikt conform de procedure voorzien in verordening nr. 1430/79.

Uit de overwegingen van de bestreden beschikkingen blijkt dat de procedure van artikel 13 is gevolgd.

De grief ontleend aan het bestaan van een vormgebrek dient te worden afgewezen.

Verzoeksters voeren tevens aan, dat in de redengeving van de beschikkingen met geen woord is gerept van het bedrog dat hun opdrachtgevers hadden gepleegd, noch van de omstandigheid dat de valse certificaten waren afgegeven door de douane-autoriteiten van de landen van oorsprong, zodat zij geen vermoeden konden hebben van de ongeldigheid van die certificaten.

Deze argumenten zijn niet ter zake dienend. De bestreden beschikkingen steunen op de overweging, dat er in casu geen «buitengewone omstandigheid» in de zin van artikel 13 van verordening nr. 1430/79 was.

Het begrip «buitengewone omstandigheid» staat los van het begrip goede trouw; bijgevolg was het niet noodzakelijk om de goede trouw van verzoeksters aan te tonen, aangezien deze niet in geding was.

Het middel ontleend aan de schending van de motiveringsverplichting, moet worden verworpen.

Ten gronde

De voornaamste stelling van verzoeksters is gericht tegen de uitlegging die de Commissie geeft aan het begrip «buitengewone omstandigheden» in de zin van voornoemd artikel 13.

De inhoud hiervan, aldus verzoeksters, komt overeen met die welke het begrip «overmacht» volgens 's Hof's rechtspraak in het gemeenschapsrecht heeft.

Het volstaat op te merken, dat ook indien in artikel 13 van verordening nr. 1430/79 een met overmacht samenvalend begrip kon worden gelezen, een geval van overmacht niettemin enkel ware aan te nemen indien de van buiten komende oorzaak waarop de justitiabelen zich beroepen, zo onstuitbare en onontkoombare gevolgen had, dat het voor de betrokkenen objectief onmogelijk werd hun verplichtingen na te komen.

Bij bedrijven met grote ervaring, zoals verzoeksters, is het feit dat hun ongeldige certificaten van oorsprong worden aangeboden, niet te beschouwen als iets wat — ondanks alle betrachte diligentie — onvoorzienbaar en onvermijdelijk is. Een douane-expediteur stelt zich door het uitoefenen van zijn werkzaamheden op zichzelf reeds aansprakelijk zowel voor de betaling van de invoerrechten als voor de regelmatigheid van de door hem aan de douane instanties voorgelegde documenten.

Ten slotte kan een douane-expediteur een gewettigd vertrouwen in de geldigheid van certificaten niet baseren op het feit, dat de douane van een Lid-Staat ze voorshands heeft aanvaard.

Het Hof, rechtdoende:

«1. Verwerpt de beroepen.

2. Verwijst verzoeksters in de kosten van het geding.»

Zaak 283/83 (Eerste kamer) — Firma Racke/Hauptzollamt Mainz (prejudicieel) — *Omrekeningskoers van een in rekeneenheden uitgedrukt douanerecht* — 13 november 1984

Het Finanzgericht Rheinland-Pfalz heeft een vraag gesteld over de geldigheid van verordening nr. 1167/76 van de Raad.

Het hoofdgeding tussen de firma Racke en het Hauptzollamt Mainz heeft betrekking op het bedrag van de douanerechten te heffen bij de invoer van Tokayerwijn van postonderverdeling 20.05 C III b 2 van het gemeenschappelijk douanetarief.

De firma Racke betoogde dat verordening nr. 1167/76 ongeldig is, voor zover zij de voor andere wijnen van tariefpost 22.05 geldende regel van de omrekening van de douanerechten volgens de representatieve koersen niet tot Tokayerwijn heeft uitgebreid.

In de motivering van zijn prejudiciële vraag overwoog het Finanzgericht, dat het eraan twijfelde of de instellingen van de Gemeenschap een bepaald discretionaire bevoegdheid bezitten in gevallen waarin het overduidelijk is dat de toepassing van twee verschillende wisselkoersen onvermijdelijk distorsies van de mededinging zal meebrengen.

De vraag is als volgt geformuleerd:

«Is verordening (EEG) nr. 1167/76 van 17 mei 1976 (PB 1976, L 135, blz. 42) in strijd met artikel 40, lid 3, tweede en derde alinea, EEG-Verdrag, voor zover zij Tokayerwijn van tariefpost 22.05 C III b) 2 van het gemeenschappelijk douanetarief uitsluit van de toepassing van de representatieve wisselkoersen bij de omrekening van het in rekeneenheden uitgedrukte douanerecht in nationale munteenheden (in casu in DM) en de regeling van algemene bepaling C 3 in deel I, titel I, van verordening (EEG) nr. 950/68 van 28 juni 1968 (PB 1968, L 172, blz. 1) handhaaft?»

Het gaat erom vast te stellen of de toepassing van een verschillende omrekeningskoers voor de douanerechten wordt gerechtvaardigd door het feit dat de situaties verschillend zijn.

De Raad heeft verklaard dat de referentieprij franco grens gelijk is aan de communautaire referentieprij verminderd met de daadwerkelijk geheven douanerechten. Voor wijnen die aan de compenserende heffing zijn onderworpen leidde deze definitie evenwel tot problemen bij de berekening van de heffing, doordat de communautaire referentieprij op basis van de representatieve wisselkoersen in de nationale munteenheden werd omgerekend, terwijl dit voor de douanerechten op basis van de goudpariteit gebeurde. Het gevaar voor distorsies als gevolg van een berekening volgens niet-homogene criteria lag derhalve voor de hand.

Om dit te vermijden is in verordening nr. 1167/76 bepaald dat ook de douanerechten op basis van de representatieve koersen worden omgerekend.

De toepassing van verschillende regels in de twee genoemde situaties vormt derhalve geen schending van het non-discriminatiebeginsel.

Het Hof heeft voor recht verklaard:

«Bij onderzoek van het dossier is niet gebleken van feiten of omstandigheden die de geldigheid van verordening nr. 1167/76 zouden kunnen aantasten.»

Zaak 191/83 (Eerste kamer) F.A. Salzano (te München)/Bundesanstalt für Arbeit (Kindergeldkasse) (prejudi-

cieel) — *Sociale zekerheid — Gezinsbijslag — Schorsing recht op uitkering* — 13 november 1984

Het Sozialgericht München heeft een prejudiciële vraag gesteld over de uitlegging van artikel 76 van verordening nr. 1408/71 van de Raad.

Salzano is een Italiaan, die sinds mei 1979 in de Bondsrepubliek Duitsland tewerkgesteld is en aldaar woont. Zijn echtgenote woont met de drie kinderen in Italië.

De Bundesanstalt für Arbeit beschikte afwijzend op Salzano's verzoek om toekenning van de gezinsbijslagen voor zijn drie kinderen over het tijdvak 1 mei 1979 — 31 december 1979, zulks op grond van de overweging dat mevrouw Salzano in die periode gewerkt had en op grond van haar beroepswerkzaamheden in Italië krachtens de Italiaanse wettelijke regeling recht op de gezinsbijslagen had.

Salzoni kwam van dit afwijzend besluit in beroep en naar aanleiding daarvan heeft de nationale rechterlijke instantie de navolgende vraag gesteld:

«Moet artikel 76 van verordening nr. 1408/71 van de Raad van 14 juni 1971 aldus worden uitgelegd, dat het recht op kinderbijslag in het land waarin de ene ouder werkzaam is, ook moet worden geschorst wanneer de andere ouder met de kinderen in een andere Lid-Staat (woonstaat) woont en aldaar beroepswerkzaamheden verricht, doch voor de kinderen geen kinderbijslag ontvangt daar de ene ouder de krachtens de nationale wettelijke regeling vereiste aanvraag niet heeft ingediend en/of de andere ouder er geen afstand van heeft gedaan, zodat niet vaststaat of en tot welk bedrag de ouder in de woonstaat van de kinderen recht heeft op kinderbijslag, en zo ja, tot welk bedrag moet die schorsing worden toegepast?»

In antwoord hierop heeft het Hof voor recht verklaard:

«Het recht op bijslagen, krachtens artikel 73 van verordening nr. 1408/71 verschuldigd in het land van tewerkstelling van een van beide ouders, wordt niet geschorst wanneer de andere ouder met de kinderen in een andere Lid-Staat woont en aldaar beroepswerkzaamheden verricht, doch voor de kinderen geen kinderbijslag ontvangt omdat niet alle voorwaarden, in de wettelijke regeling van die Lid-Staat gesteld aan degenen die voor uitkering der bijslag in aanmerking wensen te komen, zijn vervuld.»

Gev. zaken 256, 257, 265, 267/80, 5 en 51/81 en 282/82 (Vijfde kamer) — Firma Birra Wührer S.p.A. e.a./Commissie en Raad — *Geritz — Niet-contractuele aansprakelijkheid* — 13 november 1984

Birra Wührer en andere vennootschappen hebben krachtens artikel 215, tweede alinea, EEG-Verdrag beroep ingesteld om vergoeding te bekomen van de schade die zij beweren te hebben geleden ten gevolge van de onwettige afschaffing bij verordeningen nrs. 665 en 668/75 van de Raad van 4 maart 1975 van de restituties bij de produktie van maïsgrit en breukrijst bestemd voor de brouwerij-industrie.

Er dient aan te worden herinnerd, dat het Hof in zijn arrest van 19 oktober 1977 (gev. zaken 124/76 en 20/77) de bepalingen van voornoemde verordening nr. 665/75 onwettig heeft verklaard voor zover daarbij de restituties bij de produktie van grutten en griesmeel van maïs bestemd voor de brouwerij-industrie werden afgeschaft maar tegelijker-

tijd werden gehandhaafd voor maïszetmeel, een concurrerend produkt, op grond dat zij onverenigbaar zijn met het gelijkheidsbeginsel.

Na dit arrest zijn de restituties bij de produktie van maïsgritz gebruikt door de brouwerij-industrie wederingevoerd bij verordening nr. 1125/78 van de Raad. De restituties dienden op verzoek van de betrokkene te worden verleend met ingang van 19 oktober 1977 (datum van het arrest van het Hof) en niet met ingang van de data van de inwerking-treding van de verordeningen nrs. 665 en 668/75.

Verzoeksters vorderen vergoeding van de schade die zij naar hun zeggen hebben geleden ten gevolge van het ontbreken van restituties tijdens de periodes 1 augustus 1975 (665/75)-19 oktober 1977 en 1 september 1975 (668/75)-19 oktober 1977. De schade bestaat voor alle verzoeksters in een inkomstenderving gelijk aan het bedrag van de restituties, die zij als producenten of verkrijgers van de producentenrechten zouden hebben ontvangen, indien voor maïsgritz en breukrijst dezelfde restituties hadden gegolden als voor zetmeel.

De verjaring

Vastgesteld moet worden, dat geen verjaring is ingetreden van verzoeksters recht op vergoeding van de schade die hun is opgekomen tijdens de vijf jaren voorafgaand aan de datum waarop iedere verzoekster de vijfjarige verjaring overeenkomstig artikel 43 van 's Hof's Statuut heeft gestuit. Niettemin moet de verjaringsexceptie in sommige beroepen gedeeltelijk worden aanvaard; de data zijn door het Hof vastgesteld.

De aansprakelijkheid van de Gemeenschap

Zoals het Hof in vorige arresten reeds heeft vastgesteld, is de Gemeenschap aansprakelijk omdat zij, in strijd met het beginsel van gelijke behandeling van de verschillende groepen van betrokken producenten, bij verordening nr. 665/75 de restituties voor maïsgritz en bij verordening nr. 668/75 de restituties voor breukrijst heeft afgeschaft, doch ze voor maïszetmeel heeft gehandhaafd.

De schade

De schade waarvoor verzoeksters vergoeding dienen te ontvangen, moet worden berekend als het equivalent van de restituties die hun zouden zijn betaald, indien in de omschreven tijdvakken (cf. het dictum) het gebruik van maïsgritz en breukrijst door de brouwerij-industrie, recht had gegeven op dezelfde restituties als het gebruik van maïszetmeel.

Het Hof, alvorens recht te doen, verstaat:

«1. Het beroep van Riseria Modenese in zaak 267/80 wordt verworpen.

2. De Europese Economische Gemeenschap zal aan de andere verzoeksters de bedragen betalen overeenkomend met de restituties bij de produktie van maïsgrits en breukrijst bestemd voor de brouwerij-industrie, die zij zouden hebben ontvangen indien in de periode van 1 augustus en 1 september 1977 het gebruik van maïs en rijst voor dat doel recht zou hebben gegeven op dezelfde restituties als het gebruik van maïs voor de zetmeelfabricage. Die periode is voor elk van verzoeksters de volgende:

- a) voor verzoekster Birra Wührer (zaak 256/80) van 4 september 1975 tot en met 19 oktober 1977;
- b) voor verzoekster Mangimi Niccolai (zaak 257/80) van 16 maart 1975 tot en met 19 oktober 1977;
- c) voor verzoekster De Franceschi Marino & Figli (zaak

265/80) van 28 november 1975 tot en met 19 oktober 1977;

d) voor verzoekster Riseria Roncaia (zaak 5/81) van 26 januari tot en met 19 oktober 1977;

e) voor verzoekster De Franceschi de Monfalcone (zaak 51/81) van 4 april tot en met 19 oktober 1977 en;

f) voor verzoekster Birra Peroni (zaak 282/82) van 23 juni tot en met 19 oktober 1977.

3. De te betalen bedragen zullen worden vermeerderd met 6 % rente, te berekenen vanaf de datum van dit arrest, die eveneens in aanmerking is te nemen voor de omrekening van die bedragen in nationale valuta.

4. Partijen zullen het Hof binnen zes maanden na de uitspraak van dit arrest, de in onderling overleg vastgestelde bedragen der vergoedingen meedelen.

5. Bij gebreke van overeenstemming zullen partijen het Hof binnen dezelfde termijn de door hen berekende bedragen meedelen.

6. De beslissing omtrent de kosten wordt aangehouden.

Zaak 323/82 (Voltallig Hof) — S.A. Intermills, te Andenne, ondersteund door S.A. Intermills Andenne, Pont-de-Warche en Steinbach (interveniënten)/Commissie — *Steun voor herstructurering van een onderneming in de papiersector* — 14 november 1984.

De S.A. Intermills, ondersteund door drie interveniërende Intermillsvennootschappen, heeft beroep ingesteld tot nietigverklaring van beschikking nr. 82/670/EEG van de Commissie inzake de steunmaatregel van de Belgische regering ten gunste van een onderneming in de papiersector.

Voor zover de feiten op basis van de bestreden beschikking en de in de processtukken vermelde gegevens kunnen worden vastgesteld, bestond de herstructurering die door de Belgische regering via steun aan het Waalse gewest werd gefinancierd in een heroriëntering van de produktie van verzoeksters door afstoting van de fabricage van massapapier en overschakeling op de fabricage van papiersoorten met een hoge toegevoegde waarde.

In 1980 vernam de Commissie dat een onderneming in de papiersector steun had gekregen onder de vorm van een gesubsidieerde lening en terugvorderbare voorschotten, alsmede onder de vorm van een deelneming van het Waalse gewest (2350 miljoen BF). Na onderzoek oordeelde de Commissie dat de door de Belgische overheid verleende steun van dien aard is, dat zij de voorwaarden voor het handelsverkeer tussen de Lid-Staten verandert en de mededinging vervalst of dreigt te vervalsen, in de zin van artikel 92, lid 1, EEG-Verdrag.

Voor de steun onder de vorm van een kapitaaldeelname kan volgens de Commissie geen afwijking van artikel 92, lid 3, worden toegestaan.

De steun onder de vorm van een gesubsidieerd krediet en van terugvorderbare voorschotten wordt verenigbaar met de gemeenschappelijke markt geacht.

Naast verschillende middelen van formele aard voert verzoekster tegen de bestreden beschikking een reeks middelen aan die zijn ontleend aan een onjuiste beoordeling van de feiten ten aanzien van de criteria van artikel 92, leden 1 en 3, alsmede aan tegenstrijdige en onvoldoende motivering.

De structuur van de groep Intermills

Vastgesteld moet worden dat, ondanks het feit dat elk van de drie industriële vennootschappen rechtens losstaat

van de oude vennootschap Intermills, al deze vennootschappen tezamen, althans ten aanzien van de Belgische overheid één groep vormen. De Commissie heeft deze groep in zijn geheel dus terecht als één «onderneming» beschouwd voor de toepassing van artikel 92 EEG-Verdrag.

Middelen van formele aard

Verzoeksters voeren in de eerste plaats aan, dat zij in strijd met het bepaalde in artikel 93, lid 2, EEG-Verdrag niet nominatief werden aangemaakt om opmerkingen te maken, alvorens een beslissing werd genomen over de verenigbaarheid met dit Verdrag van de haar verleende steun.

Deze bepaling vereist geen individuele aanmaning van particulieren. Zij heeft slechts tot doel de Commissie te verplichten, ervoor te zorgen dat alle potentiële belanghebbenden op de hoogte worden gehouden en in de gelegenheid worden gesteld hun argumenten te doen gelden. Het laten verschijnen van een mededeling in het Publikatieblad lijkt een doeltreffend middel om alle belanghebbenden van de inleiding van een procedure op de hoogte te brengen.

De middelen ontleend aan een onjuiste beoordeling van de feiten alsmede aan tegenstrijdige en onvoldoende motivering.

Volgens verzoeksters berust de bestreden beschikking op een onjuiste beoordeling van de feiten, en is de motivering ervan tegenstrijdig en op bepaalde punten onvoldoende.

Zij voeren aan dat, anders dan de Commissie beweert, de steun onder de vorm van een deelneming niet gewoon een «reddingssteun» was om de financiële problemen van de onderneming op te lossen, maar dat dit deel van de steun, samen met de leningen en voorschotten die de Commissie verenigbaar met het Verdrag acht, heeft gediend om de kosten van de stopzetting van een niet rendabele productie te dekken en de ondernemingen over te schakelen op producties die meer winstkansen boden. De inbreng van kapitaal en de inbreng onder de vorm van leningen en voorschotten kunnen onmogelijk worden onderscheiden naar het gebruik dat ervan is gemaakt.

Volgens verzoeksters is de bestreden beschikking niet voldoende gemotiveerd nu de Commissie op generlei wijze heeft aangetoond, dat het toekennen van de omstreden steun de handel tussen de Lid-Staten ongunstig heeft beïnvloed en de mededinging in de gemeenschappelijke markt heeft vervalst.

De Commissie heeft zelf erkend dat het verlenen van steun, inzonderheid onder de vorm van deelnemingen door de Staat of door openbare instanties niet automatisch in strijd met de verdragsbepalingen kan worden geacht.

Verzoeksters opwerpen lijken gegrond voor zover de bestreden beschikking inderdaad tegenstrijdigheden bevat en daaruit niet kan worden opgemaakt uit welke motieven de Commissie op bepaalde beslissende punten heeft gehandeld. Deze onzekerheden en tegenstrijdigheden betreffen zowel de economische rechtvaardiging van de steun als de vraag of die steun de mededinging in de gemeenschappelijke markt kon vervalsen.

In de considerans van haar beschikking geeft de Commissie in de eerste plaats toe, dat de door verzoeksters doorgevoerde herstructurering op zichzelf beantwoordt aan hetzelfde doel als zijzelf met betrekking tot de ontwikkeling van de Europese papierindustrie nastreeft.

Zij geeft daarentegen geen enkele controleerbare rechtvaardiging voor de verschillende beoordeling van de deelne-

ming door de openbare instanties in het kapitaal van de begunstigde onderneming. De Commissie heeft niet afdoende verklaard waarom voor de beoordeling van de betrokken herstructureringsoperatie — die tegelijkertijd industrieel en commercieel was en volgens verzoeksters een samenhangend geheel vormde — zulk duidelijk onderscheid moest worden gemaakt tussen de gevolgen van de steun onder de vorm van preferentiële leningen en de gevolgen van inbrengen onder de vorm van een deelneming.

In de loop van de procedure heeft de Commissie erkend dat de deelnemingen, hoewel zij deze en bloc veroordeelde, als verenigbaar met het Verdrag konden worden aangemerkt voor zover zij waren bestemd om de kosten te dekken van de met de stopzetting van niet-rendabele producties verbonden ontslagen. De weerslag van de door de herstructurering veroorzaakte sociale kosten, die een wezenlijk bestanddeel van de operatie vormen, is dus blijkbaar evenmin genoegzaam in aanmerking genomen.

In de beschikking wordt geen enkele concrete aanwijzing gegeven over de aard van de inbreuken op de mededinging.

Niet aangetoond is hoe het optreden van verzoekster op de markt, na de heroriëntering van haar productie dankzij de steunverlening, de handelsvoorwaarden dermate zou hebben kunnen wijzigen, dat de verdwijning van de onderneming te verkiezen was boven de gezondmaking ervan.

Mitsdien moet de bestreden beschikking worden nietigverklaard.

Het Hof, rechtdoende, verstaat:

«1. Verklaart nietig beschikking nr. 82/670/EEG van de Commissie van 22 juli 1982 inzake de steunmaatregel van de Belgische regering ten gunste van een onderneming in de papiersector.

2. Verwijst de Commissie in de kosten van het geding, daarmee begrepen die van interveniënten.».

Zaak 236/83 (Tweede kamer) — Universiteit Hamburg/Hauptzollamt München-West (Prejudicieel) — *Vrijstelling van invoerrechten voor voorwerpen van wetenschappelijke aard, invoerregeling voor delen, onderdelen en toebehoren* — 15 november 1984

Het Finanzgericht München heeft twee reeksen prejudiciële vragen gesteld over de uitlegging van verordening nr. 1798/75 van de Raad betreffende de invoer met vrijstelling van de rechten van het gemeenschappelijk douanetarief voor voorwerpen van opvoedkundige, wetenschappelijke of culturele aard, vastgesteld ter uitvoering van de «overeenkomst van Firenze».

Op 23 september 1977 deed de Universiteit Hamburg bij de douane aangifte van twee rotoren en een stappenregelenheid, ingevoerd uit de V.S.A. en bestemd voor een ultracentrifuge voor analyse, die door een firma te Hannover voor haar rekening was gebouwd. Zij vroeg en bekwam voor deze voorwerpen de vrijstelling van douanerechten waarin verordening nr. 1798/75 voorziet.

Na een nieuw onderzoek vorderde het Hauptzollamt bij beschikking van 8 november 1979 evenwel betaling van de douanerechten. Het Hauptzollamt was van oordeel dat de rotoren en de stappenregelenheid op zichzelf niet konden worden aangemerkt als wetenschappelijke instrumenten of apparaten en evenmin als delen, reservedelen en toebehoren die noodzakelijk zijn voor de werking van wetenschappe-

lijke instrumenten en apparaten, in de zin van voornoemde verordening.

Volgens het Hauptzollamt geldt de douanevrijstelling niet voor elementen die bestemd zijn om te worden aangebracht aan een in de Gemeenschap gebouwde installatie.

De eerste reeks vragen (mogelijkheid om «delen» als wetenschappelijke instrumenten of apparaten aan te merken)

Deze vragen beogen de afbakening van de begrippen «wetenschappelijk instrument of apparaat» enerzijds, en «delen, reserveden of toebehoren» anderzijds; het Finanzgericht wenst inzonderheid te vernemen of dergelijke delen eventueel ook als wetenschappelijke instrumenten en apparaten kunnen worden aangemerkt en uit dien hoofde, los van het geheel waarvoor zij zijn bestemd, douanevrijstelling kunnen genieten.

In antwoord op deze vragen verklaart het Hof voor recht:

«De leden 1 en 2 van artikel 3 van verordening nr. 1798/75 van de Raad van 10 juli 1975 betreffende de invoer met vrijstelling van de rechten van het gemeenschappelijk douanetarief voor voorwerpen van opvoedkundige, wetenschappelijke of culturele aard, moeten — tezamen gelezen — aldus worden uitgelegd, dat de omstandigheid dat voorwerpen als delen, onderdelen of toebehoren van een installatie of van een samengesteld instrumentarium voor wetenschappelijk onderzoek kunnen worden beschouwd, niet uitsluit dat die voorwerpen als wetenschappelijke instrumenten of apparaten worden aangemerkt, indien wordt aangetoond dat zij een zelfstandige wetenschappelijke functie kunnen vervullen en aan alle eisen van artikel 3, lid 1, van de verordening wordt voldaan.»

De tweede reeks vragen (douaneregime van delen bestemd voor in de Gemeenschap vervaardigde wetenschappelijke installaties)

Voor het geval dat de betrokken voorwerpen niet als wetenschappelijke instrumenten of apparaten in de zin van de verordening kunnen worden aangemerkt, wenst het Finanzgericht te vernemen of de vrijstelling voor delen, reserveden en toebehoren ook kan worden verleend, indien die voorwerpen zijn ingevoerd om te worden aangebracht aan een wetenschappelijke installatie die in de Gemeenschap is vervaardigd, dan wel enkel voor delen die bestemd zijn voor ingevoerde wetenschappelijke instrumenten of apparaten.

Het antwoord hierop hangt af van de uitlegging van de woorden «wetenschappelijke instrumenten en apparaten die zelf met vrijstelling van rechten kunnen worden ingevoerd» in artikel 3, lid 2, van verordening nr. 1798/75.

In antwoord op deze vraag verklaart het Hof voor recht:

«De woorden 'wetenschappelijke instrumenten en apparaten die zelf met vrijstelling van rechten kunnen worden ingevoerd' in artikel 3, lid 2, van verordening nr. 1798/75 moeten aldus worden uitgelegd, dat delen, onderdelen en toebehoren vrij van rechten kunnen worden ingevoerd indien zij bestemd zijn voor wetenschappelijke instrumenten of apparaten die zelf met vrijstelling van invoerrechten worden of zijn ingevoerd. Die vrijstelling kan echter niet worden verleend wanneer die delen bestemd zijn om te worden aangebracht aan een wetenschappelijke installatie die in de Gemeenschap is vervaardigd.»

BOEKEN

J.D.A. DEN TONKELAAR, **Opschortende en ontbindende voorwaarden volgens BW en NBW**, Tjeenk Willink, Zwolle, 1983, 122 blz.

In deze monografie die verscheen in de *Reeks Studiepockets Privatrecht* wordt een overzicht gegeven van de problematiek voor Nederland van de opschortende en ontbindende voorwaarde, zowel naar huidig als naar komend recht. Ook onder de artikelen 3.2.5 en 6.1.5.1 N.B.B.W. kan de voorwaarde verder worden omschreven als een beding waardoor het ontstaan of het voortbestaan van een bepaalde toestand afhankelijk wordt gemaakt van het wel of niet plaatsvinden van een onzekere toekomstige gebeurtenis (p. 10). Het nieuwe recht handhaaft eveneens als belangrijkste onderscheid dat tussen opschortende en ontbindende voorwaarde. Het verschil tussen beide is in de praktijk echter niet altijd evident (zie bij Kruijthof, *T.P.R.*, 1983, 698-690, nr. 193). De partijbedoeling is in deze doorslaggevend. Soms wordt wel eens beweerd dat in beide vormen steeds het opschortend element centraal staat: in het ene geval wordt het ontstaan van de verbintenis opgeschort, in het andere de ontbinding. Aan deze opvatting verwijt de auteur dat zij afbreuk doet aan de bedoeling van de partijen. Men miskent hierdoor immers het onderscheid tussen het hoofddoel van de overeenkomst en datgene wat men via de voorwaarde beoogt te bereiken: een rechtshandeling wordt per definitie verricht om gevolg te hebben, niet om dit uiteindelijk te ontberen of te verliezen (p. 26).

Is de verbintenis voorwaardelijk, dan is de overeenkomst die haar tot stand brengt «onvoorwaardelijk». Deze overeenkomst bestaat en bindt de partijen (zie bij ons: Cass., 5 juni 1981, *R.W.*, 1981-82, 245, met concl. adv.-gen. Lenaerts, *R.C.J.B.*, 1983, 199, met noot Herbots). Hangende de voorwaarde rusten op de partijen reeds bepaalde verplichtingen die als gemene noemer hebben: het beginsel van de goede trouw in de uitvoering van de overeenkomst. Een wettelijk toepassingsgeval is de verplichting niets te ondernemen om de vervulling van de voorwaarde te verhinderen (artikel 1296 N.B.W., artikel 1178 B.W.). In artikel 6.1.5.3. N.N.B.W. wordt deze regel verder uitgebreid (tot het geval dat de partij die bij de vervulling belang had, deze heeft teweeggebracht) en verijd (de voorwaarde geldt in die gevallen niet automatisch als vervuld, maar enkel indien «redelijkheid en billijkheid» dit verlangen).

De belangrijkste innovatie in het N.N.B.W. is de uitsluiting van de *retroactieve* werking van de vervulde voorwaarde; terugwerken de kracht die naar geldend Nederlands recht en ook bij ons (artikel 1179 B.W.) vooral op dogmatische grondslag wordt gebaseerd. Het ontzeggen van de terugwerkende kracht wordt geacht nauwer aan te sluiten bij de partijbedoeling. Het N.N.B.W. laat aan de contractanten echter de ruimte om anders te bedingen. Na de vervulling van de ontbindende voorwaarde rust op de schuldeiser de verplichting tot *ongedaanmaking*; wat voor de vervulling van de voorwaarde is betaald of geleverd, moet worden gerestitueerd (artikel 6.1.5.4). Ook nog vele andere onderwerpen komen in dit boek aan bod (de potestatieve voorwaarde, de vervulling van de voorwaarde, de zakelijke werking...). De auteur geeft een goed overzicht van de verschillende problemen die in verband met de begrippen opschortende en ontbindende voorwaarde kunnen rijzen, die hij telkens ook met vele voorbeelden en interessante toepassingsgevallen uit de rechtspraak weet te illustreren.

Eric Dirix

NEDERLANDSE VERENIGING VOOR PROCESRECHT, **Effectieve rechtsbescherming en constitutionele rechtsorde**, Zwolle, Tjeenk Willink, 1984, 182 p.

Dit boek bevat de Nederlandse bijdragen voor het congres over «Effectiveness of judicial protection and constitutional order» gehouden te Würzburg in september 1983 (voor een verslag van dit congres zie K. Baert en B. Deconinck, *R.W.*, 1983-84, 830-832). De tien behandelde onderwerpen, met zeer disparate inhoud, zijn niet systematisch geordend.

Een eerste «thema» betreft de plaats van de rechter in het Nederlandse constitutioneel bestel. Onder deze rubriek kunnen de

volgens bijdragen worden geplaatst: W.G. Wedekind en P.A.M. Meijknecht, «De invloed van de Grondwet op het burgerlijk procesrecht», p. 1 e.v.; A.G. Bosch en J.C. Van Hinte, «De onafhankelijkheid van de rechterlijke macht en de rechter naar Nederlands recht», p. 117 e.v.; L. Spigt m.m.v. W.A. Bongers, «Beïnvloeding van een aanhangig rechtsgeding», p. 133 e.v.; en ten slotte, voor zover «constitutioneel bestel» in ruime zin wordt opgevat, H.U. Jessurun d'Oliveira, «Bescherming van verspreide, verbrokkelde en collectieve belangen in het burgerlijk proces», p. 157 e.v.

Een tweede «thema» draait rond de rechtspleging, waar enerzijds twee bijzondere procedures en anderzijds twee aspecten van het bewijsrecht aandacht krijgen. Het gaat om de volgende bijdragen: S. Boekman, «Voluntaire jurisdictie in Nederland», p. 15 e.v. en H. Stein, «De herziening van het Nederlandse executierecht», p. 89 e.v.; E.H. Hondius m.m.v. G.P. Van Ham, «De deskundige in de civiele procedure», p. 33 e.v.; en H.W. Wiersma, «Recht op medewerking bij bewijsvoering», p. 73 e.v.

Twee bijdragen lijken bedoeld om bij wijze van illustratie de inherente grenzen van de rechterlijke rechtsbedeling scherp te stellen: J.L.M. Elders, «Minnelijke schikking als middel ter voorkoming van rechtsgedingen en ter oplossing van rechtsgeschillen», p. 55 e.v. en T.A.W. Sterk en H.L.G. Dijksterhuis-Wieten, «Familieprocesrecht in Nederland», p. 141 e.v.

De teksten die in dit verzamelwerk zijn opgenomen, zijn zeer descriptief, wellicht omdat zij oorspronkelijk werden opgesteld met het oog op een internationale rechtsvergelijkende gedachtenwisseling. Als zodanig is het moeilijk één lijn door de tien vermelde bijdragen heen te trekken, ofschoon zij alle slaan op de waarneeming door de rechter van zijn complexe taak het recht vooruit te helpen door het spreken van recht in concrete gevallen.

Deze vaststelling doet niet af aan de degelijkheid van elk afzonderlijk artikel in dit boek. Het bevat inderdaad een overvloed aan juridisch-technische informatie betreffende de constitutionele inschatting van het Nederlandse procesrecht.

K. Lenaerts

BERICHTEN

Herdenking René Victor

De 'Herdenking René Victor' door de Koninklijke Academie voor Wetenschappen, Letteren en Schone Kunsten van België, de Orde van Advocaten te Antwerpen, de Vlaamse Juristenvereniging en de Vlaamse Conferentie bij de Balie te Antwerpen, vindt plaats op dinsdag, 23 april 1985 te 17 uur in de Osterrieth-zaal, Meir 85, 2000 Antwerpen.

De toespraken zullen worden gehouden door:

- Stafhouder mr. F. Erdman (namens de Balie te Antwerpen)
- Prof. em. R. Vandeputte (namens de Koninklijke Academie, over het levenswerk van R. Victor)
- Prof. M. Storme (namens de Vlaamse Juristenvereniging)
- Mr. J. Stevens (namens de Vlaamse Conferentie bij de Balie te Antwerpen).

Studiedag te Luik over verkeer, aansprakelijkheid en verzekeringen

De «Conférence Libre du Jeune Barreau de Liège» organiseert op 26 april 1985 een studiedag met o.m. het volgende programma:

- 9h15 - L'extension de la mission du Fonds Commun de Garantie Automobile et la mission du Bureau Belge des Assureurs Automobiles (Alain Piré, Fondateur de Pouvoir auprès de ces deux organismes)
- 10h30 - Quelques aspects judiciaires du droit des assurances (G. de Leval, Chef de Travaux à l'Université de Liège)
- 11h15 - La responsabilité des pouvoirs publics en matière de circulation routière (Ph. Fontaine, Juriste d'entreprise d'assurances)

14h00 - L'assurance de l'activité des garagistes: R.C. auto, R.C. exploitation, usage de plaques «marchand» ou «essai» (Marcel Fontaine, Professeur à la Faculté de droit de l'U.C.L., Directeur du Centre de droit des obligations)

15h00 - Questions spéciales relatives à l'évaluation des dommages: capitalisation, salaire de base, érosion monétaire, intérêt de retard... (Mad. Jeanmart, Président à la Cour d'appel de Mons)

Inlichtingen bij mr. A. Delvaux, Conférence Libre du Jeune Barreau de Liège, Palais de Justice, Liège 4000.

Seminarie Belgisch-duitse Juristenvereniging

De Belgisch-Duitse Juristenvereniging organiseert op vrijdag 26 april 1985 een seminarie over «*Het recht inzake oneerlijke mededinging in België en Duitsland, en het Europese recht*»

Dit seminarie vindt plaats in het Auditorium Hamoir van de firma BASF, Hamoirlaan 12, 1180 Brussel met het Duits als voertaal.

Programma:

15.30 u: Inleidende uiteenzetting: «Oneerlijke mededinging naar Belgisch en Duits recht», door G. Schubert, advocaat te Keulen

16.15 u: Panelgesprek: «Vergelijking en harmonisatie der wetgevingen» met G. Schubert en D. Hoffmann (EG-Commissie, DG XI - Bevordering Consumentenbelangen)

17.00 u: Receptie

Het inschrijvingsgeld bedraagt 700 BF (voor leden: 350 BF), over te maken op rekeningnummer 210-0505200-76 van de «Belgisch-Deutsche Juristenvereinigung», Molièrelaan 203, 1060 Brussel.

Verdere inlichtingen bij de voorzitter, Herman Verbist, op de volgende telefoonnummers (enkel 's middags van 14.30 u tot 17.30 u): 02/374.82.99 - 375.16.14.

Belgische Vereniging voor Informaticarecht

De heer Kilian, professor aan de Universiteit te Hanover, President van de Duitse vereniging «Rechts- und Verwaltungsinformatik» zal op 12 april 1985 te 12.15 u. in het ITOAU-Gebouw, Tervurenlaan 52, 1040 Brussel, een conferentie houden over «New technologies of information and legal problems: The German Case».

Inlichtingen: 02/762.70.70

TIJDSCHRIFTEN

Revue générale des assurances et des responsabilités, 1984

nr. 6, juni

Fontaine, M., Les nouvelles garanties «plus» en assurance automobile.

Revue pratique des sociétés, 1984

nr. 3

Grandjean, M., La dénationalisation du gouvernement anglais.

Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique, 1984

nr. 2

Le Moal, R., Le sort du tiers lésé dans les procédures en matière d'ententes; Endreo, G., Fait générateur des créances et échange économique; Nivaggioli, A., Les crises économiques et les législations des prix; Derruppe, J., e.a. Chroniques de législation et de jurisprudence françaises.

Revue trimestrielle de droit européen, 1984

nr. 2

Mauzy, B., La réglementation communautaire des transports; Druessne, G., Liberté de circulation des personnes.