

RECHTSKUNDIG WEEKBLAD

REDACTIEADRES: ALBERTSTRAAT 25, 2018 ANTWERPEN

HET OPSTELLEN VAN CASSATIEMIDDELEN*

Louter *theoretisch* de *stelplicht* uiteenzetten die op de eiser tot cassatie (of zijn vertegenwoordiger: de advocaat) rust, is ogenschijnlijk onbegonnen werk; geen enkele auteur heeft er zich aan gewaagd.

In het meest recente over cassatieprocedure geschreven werk dat 1.159 bladzijden telt (J. Boré, *La cassation en matière civile*, Parijs, 1980, nr. 2447), wordt aldus gesteld:

«On ne saurait, dans le cadre de ce répertoire, traiter de la méthode à suivre pour rédiger correctement un moyen de cassation.

C'est là le fruit d'un enseignement long et difficile, qui ne peut être dispensé que par l'ordre des avocats aux conseils, dans le cadre des travaux dirigés qu'il organise pour ses stagiaires, et des cabinets des avocats auxquels la loi donne monopole pour instruire ce contentieux spécialisé...»

De lezer van het vorenstaande zou de illusie kunnen koesteren dat in Frankrijk, waar de opleiding van toekomstige advocaten bij het Hof van Cassatie reeds op een twintigjarige traditie kan bogen, reeds een «handleiding» voor de opstelling van cassatiemiddelen bestaat.

Niets is minder waar: daarover ondervraagd, antwoordde het hoofd van de Franse Orde dat aan het opstellen van middelen geen lessen doch *seminaries* worden gewijd; na in een al dan niet fictief dossier een cassatiemiddel te hebben opgesteld, hoort de steller dit middel te bespreken en bekritisseren: praktisch onderwijs dus, geen theoretisch.

Hier dient noodgedwongen theoretisch te worden uiteengezet wat een cassatiemiddel is en hoe het dient te worden opgesteld.

De meest aangewezen methode daartoe is wellicht het bespreken van de structuur van het middel, en het geven van een kort vade-mecum over de vragen die men zich over het middel moet stellen, dit alles geassorteerd met enkele praktische voorbeelden.

* Evenals de bijdrage van R. SOETAERT, «Is een cassatiearrest leesbaar?», *R.W.*, 1978-79, 2610 e.v., waarnaar zeer nuttig kan worden verwezen, heeft deze uiteenzetting uitsluitend een praktische bedoeling: het is de samenvatting van een voordracht gegeven tijdens de lessen in beroepsvorming van de balie van cassatie.

I. Structuur van het cassatiemiddel

1. Algemeen

Naar een vaste traditie, die evenwel in geen enkele wettekst is neergeschreven, bestaat het cassatiemiddel uit *drie* of *vier* delen:

- 1) de aanduiding van de geschonden wetsbepalingen;
- 2) de vermelding van de aangevochten beschikkingen van het vonnis of arrest, en de gronden waarop de aangevochten beslissing deze beschikkingen laat steunen;
- 3) de opgave van de door de feitenrechter begane onwettigheid (of de weergave van hetgeen wettig diende te gebeuren);
- 4) de conclusie.

Deze vier delen worden, eveneens traditioneel, ingeluid door de termen

- 1) «Schending van ...»
- 2) «Doordat» (beslissing) «op grond dat» (onwettige overweging)
- 3) «Terwijl» (de begane onwettigheid, de grond tot vernietiging)
- 4) «Zodat».

Bovenstaande vierdelige indeling wordt in België het meest gebruikt, niettegenstaande het nut van het vierde deel niet altijd duidelijk is, zodat het soms terzijde kan worden gelaten.

Aldus kan het niet beantwoorden van een middel der conclusie als volgt worden aangeklaagd:

Schending van artikel 97 der Grondwet,

Doordat ... (beslissing; er is geen onwettige overweging, doch helemaal geen overweging),

Zonder te antwoorden op (middel der conclusie).

Een eindformule zou in een dergelijke opstelling slechts een herhaling zijn van de schending van artikel 97 van de Grondwet.

Doch niets belet een zelfde middel (wanneer de feitenrechter «naast» de conclusie antwoordt) als volgt te formuleren:

Schending van artikel 97 der Grondwet,

Doordat (beslissing van het arrest + overwegingen),

Terwijl geen der aangehaalde beweegredenen, noch enige andere, een antwoord inhoudt op het middel door eiser in conclusie aangevoerd naar hetwelk ...,

Zodat de aangevochten beslissing niet gemotiveerd is zoals vereist is door artikel 97 der Grondwet.

De cassatiemiddelen in Frankrijk iets anders worden ingedeeld, heeft geen werkelijke betekenis: Franse cassatieadvocaten splitsen eenvoudig in de «doordat...» de beslissing af van de onwettige overwegingen, en gebruiken meestal geen eindformule.

Zoals hierboven gesteld kan het ook bij ons in drie delen.

Hierna zal blijken dat, wanneer de kritiek meer complex is, het middel eveneens in *onderdelen* wordt opgesplitst.

Terloops zij opgemerkt dat men in oudere arresten soms een andere terminologie gebruikt, door een al te letterlijke en foutieve vertaling uit het Frans.

Aangezien het Nederlands als rechtstaal van recentere oorsprong is baart het geen verwondering in sommige voorzeningen gericht aan de dames en heren..., «*die het Hof samenstellen*» (voor: leden van het Hof van Cassatie) nog te lezen: Doordat... «*dan wanneer*» (voor: terwijl); of «*tak*» (branche) (voor: onderdeel).

2. Aanwijzing van de door de aangevochten beslissing geschonden wetsbepalingen

1) Een grond tot cassatie kan slechts bestaan uit de schending van een wetsbepaling of een algemeen rechtsbeginsel, *door het Hof als dusdanig erkend* (aldus: de eerbiediging van de rechten van de verdediging: Cass., 18 december 1967, *Arr. Cass.*, 1968, 555, of het verbod uitspraak te doen over niet gevorderde zaken: Cass., 26 februari 1975, *R.W.*, 1974-75, 2457).

Een voorzichtig cassatieadvocaat zal nochtans wantrouwig staan tegenover de enkele vermelding van een algemeen rechtsbeginsel, en steeds als eveneens geschonden aanwijzen de wetsbepalingen die van het beginsel toepassing maken (aldus wat betreft het verbod zich uit te spreken over niet gevorderde zaken: artikel 807 Ger. W.).

2) Alleen de wetsbepalingen die *betrekking hebben op de grief* mogen en moeten als geschonden worden aangewezen.

Houden zij geen verband met de grond tot cassatie, dan zal het middel in zoverre het op deze wetsbepalingen is gebaseerd, immers niet ontvankelijk zijn, en dat is voor de steller altijd onaangenaam (Cas., 24 mei 1972, *Arr. Cass.*, 1972, 891).

Soms is dat wel moeilijk te bepalen; dan doet men er goed aan, in geval van mogelijke twijfel, ook de wetsbepaling die met de grief verband *zou* kunnen houden, aan te halen, maar dan «voor zoveel nodig», hetgeen meteen aantoonst dat men zelf de op deze woorden volgende wetsbepalingen als niet ter zake doende beschouwt, doch ze slechts volledigheds- en veiligheidshalve als geschonden aanwijst.

3) Bestaat het middel uit *verschillende onderdelen* (hierover later meer), dan is het aangewezen, na elk onderdeel, de wetsbepalingen die men in dit specifiek onderdeel als geschonden beschouwt te *herhalen*.

Anders kan het Hof, indien het zou menen dat het in werkelijkheid niet gaat om onderdelen, doch om autonome *middelen*, oordelen dat aan het voorschrift van artikel 1080 Ger. W. niet is voldaan, en de verschillende (onderdelen) — middelen als niet ontvankelijk van de hand wijzen (zie en vgl. Cass., 16 november 1967, *Arr. Cass.*, 1968, 387; 15

maart 1974, *Arr. Cass.*, 1974, 790; meer bepaald Cass., 18 april 1973, *Arr. Cass.*, 1973, 826).

4) Naar de letter van de wet, is het vorenstaande slechts van toepassing in burgerlijke en ermee gelijkgestelde zaken, nu slechts artikel 1080 Ger. W. de «vermelding van de *wettelijke bepalingen* waarvan de schending wordt aangevoerd» op straffe van nietigheid eist.

In strafzaken daarentegen kan men er zich toe beperken zijn «*middelen*» aan te geven (art. 420bis Sv.).

Toch is het aangewezen ook in memories ter staving het voorschrift van artikel 1080 Ger. W. toe te passen.

Enerzijds immers zal de vermelding van de geschonden wetsbepaling het middel beter preciseren.

Anderzijds kan worden getwijfeld aan de toepasselijkheid van het voorschrift in strafzaken op de *civielrechtelijke vordering*, die immers haar eigen aard behoudt (niettenstaande meestal wordt gedacht dat op deze vordering artikel 1080 Ger. W. niet kan worden toegepast).

5) Wat de volgorde van de als geschonden vermelde wetsbepalingen betreft, kan het best die van de aangevoerde kritieken in acht worden genomen.

Wat ook kan en mag, is gaan van de meest specifieke naar de meer algemene, in de volgorde van wet (aldus bv. voor een middel dat de strafrechtelijke en civielrechtelijke veroordeling wegens onopzettelijke doding in een verkeersongeval aanvecht: de artikelen 12.3.1 van het K.B. van 1 december 1975, 418 en 419 Sw., 1382 en 1383 B.W. en, voor zoveel nodig, 97 van de Grondwet).

6) Het verdient eveneens aanbeveling de wetteksten te vermelden met de ontwikkeling die zij hebben ondergaan (aldus zal men schending aanvoeren van artikel... als *gewijzigd* door...; van artikel... als *ingevoegd* door).

3. Aanduiding van het aangevochten dispositief en de overwegingen waarop het gegrond is

1) Hier komt het er eigenlijk op aan aan te duiden *wat* het aangevochten arrest of vonnis heeft beslist en *waarom* het aldus heeft beslist.

Want een beslissing (onverschillig welke) is *op zichzelf* niet noodzakelijk onwettig; zij wordt het meestal door te steunen op *onwettige overwegingen*.

2) Het Hof maakt soms zijn beklag over de *lengte* van dit gedeelte van het middel en oordeelt dat de consideransen van de aangevochten beslissing die (meestal tussen aanhalingstekens) worden *gereproduceerd*, in vele gevallen kunnen worden *geresumeerd*.

In bepaalde gevallen kan dat, en dient het ook te gebeuren: hoe kernachtiger een middel, hoe duidelijker en meer overtuigend het is.

Doch men dient zich te hoeden voor een al te grote vereenvoudiging.

Resumeert men de motivering van het arrest, dan loopt men het risico ze, door weglatingen, te verdraaien, of nog het middel bij gebrek aan belang niet ontvankelijk te zien verklaren wanneer de overwegingen die niet zijn aangehaald en *dus niet bekritiseerd* worden, de beslissing voldoende verantwoorden.

Het dilemma is zo oud als de cassatieprocedure zelf.

Aldus Boré (*op. cit.*, nr. 2449): «Le légitime souci de brièveté ne doit donc pas avoir pour effet de condamner le moyen à l'inefficacité, soit que son rédacteur construisse plu-

sieurs moyens là où il ne devrait y avoir que plusieurs branches du même moyen, soit même qu'il néglige d'attaquer certains motifs de l'arrêt, qui peuvent suffire à donner une base légale au dispositif critiqué. Cette conciliation nécessaire de la brièveté et de l'efficacité est un dosage difficile à réaliser et l'on n'est jamais sûr d'y parvenir tout à fait.»

Bestaat er twijfel over de mogelijkheid van inkorting van de aangevochten overwegingen, dan neemt men beter in acht dat ten deze het overtuigende *niet* schaaft.

4. Aanduiding van de gronden tot vernietiging

Na de «terwijl» dient de eiser tot cassatie zijn grieven tegen de aangevochten beslissing en overwegingen kenbaar te maken, dit zijn m.a.w. de gronden tot vernietiging.

Meestal worden deze gronden geformuleerd door een verwijzing naar hetgeen de wet of een bestaande rechtspraak in een gelijkaardig geval bepaalt (Terwijl, naar de in het middel aangehaalde wetsbepaling, ...); «Terwijl de aangehaalde wetsbepaling dient te worden geïnterpreteerd derwijze dat...».

Voor de opsteller van het middel is nu het ogenblik gekomen om zijn kritiek zo *logisch* en *volledig* mogelijk op te splitsen.

Eerst zal hij zich afvragen in welke volgorde hij zijn middelen zal aanvoeren, vervolgens of de middelen niet dienen te worden *ondervandeeld*, hetgeen zelfs aanleiding kan geven tot *vertakking* van de onderdelen in meer gedetailleerde grieven.

1) Over de *volgorde van de middelen* is men het nageen eens: zij moet beantwoorden aan de voorschriften van een overtuigende redenering en zal afhangen van twee criteria:

- de *aard van het middel* (gaat het om een *vormvoorschrift*, dan wel over een onwettigheid naar de grond);
- het mogelijk *gevolg van het middel* (algehele of gedeeltelijke vernietiging).

De volgende regels kunnen op deze criteria worden gebouwd:

a. een middel dat de *algehele vernietiging* tot gevolg kan hebben, dient te worden aangevoerd vóór datgene dat slechts een *gedeeltelijke vernietiging* teweegbrengt.

b. in bovenstaande indeling dient een *vorm* middel te worden voorgesteld vóór het middel *naar de grond* (aldus zal een middel betreffende een onregelmatigheid in de procedure voorrang krijgen op een middel dat de verjaring van de strafvordering aanvoert, dat zelf voorgesteld zal worden vóór het middel over de onwettigheid van een overweging die tot veroordeling heeft geleid).

(Op te merken is dat een onregelmatigheid in de procedure zal worden aangevoerd vóór een motiveringsgebrek, niettegenstaande het hier twee *vorm* middelen betreft.)

c. Middelen die de *grond* van het recht betreffen worden gewoonlijk aangevoerd in de volgorde waarin de aangevochten beslissing ze zelf moet behandelen, dus achtereenvolgens: nietigheden en procedure-excepties, middelen over de bevoegdheid, over de bewijsregeling, over de grond van de zaak zelf.

d. Een subsidiaire aanvoering volgt natuurlijk op een hoofdaanvoering. Het nut van het in acht nemen van deze *volgorde* (die niet altijd met zekerheid is te bepalen) is het

gemakkelijker leesbaar maken van de memorie doch heeft geen gevolgen wat de ontvankelijkheid betreft.

2) Middel-Onderdeel

a. De aangevochten beslissing geeft van een deskundig verslag een interpretatie die onverenigbaar is met de termen ervan, doch beantwoordt tevens de middelen niet die, over de mogelijke interpretatie, bij conclusie werden aangevoerd.

Twee onderscheiden middelen, respectievelijk gebaseerd op de schending van de artikelen 1319 tot 1322 B.W., en op die van artikel 97 van de Grondwet *kunnen* dus worden aangevoerd.

Doch het is duidelijk dat deze beide mogelijke grieven een zelfde deel van de beslissing betreffen en een juridisch-logische band met elkaar vertonen.

Daarom zullen zij als twee onderdelen van een zelfde middel worden voorgesteld: *één considerans bevat twee onwettigheden*.

Het kan ook gebeuren dat de opsteller van het middel *twijfelt* aan de werkelijke betekenis van een overweging van het vonnis of arrest: heeft de feitenrechter bedoeld de clause van een contract niet toe te passen omdat ze, naar zijn oordeel, asociaal is (doch niet strijdig met de openbare orde), dan wel heeft hij ze verkeerd geïnterpreteerd?

In een zelfde middel zal volledigheidshalve worden aangevoerd dat de motivering dubbelzinnig is (*eerste onderdeel* — schending van artikel 97 van de Grondwet), dat, *indien* de motivering niet dubbelzinnig is, doch het contract opzettelijk terzijde werd geschoven, de bindende kracht van de overeenkomst wordt miskend (*tweede onderdeel* — schending van artikel 1134 Burgerlijk Wetboek), en dat, *indien* de aangevochten beslissing in deze zin moet worden geïnterpreteerd dat de rechter de regel van de overeenkomst-wet tussen partijen niet heeft geschonden, hij in elk geval van de overeenkomst een interpretatie heeft gegeven die onverenigbaar is met haar termen (*derde onderdeel* — schending van de artikelen 1319-1322 van het Burgerlijk Wetboek).

Door het aanvoeren van drie onderdelen van hetzelfde middel kan men dus ook alle «onontvankelijkheidsuitwegen» afsluiten: *elke mogelijke interpretatie* maakt het voorwerp uit van kritiek.

Aangezien deze drie kritieken dezelfde overweging betreffen, maken zij de onderdelen uit van één middel.

b. Uitzonderlijk gebeurt het dat onderdelen zelf worden opgesplitst.

In de memories van Franse advocaten «aux Conseils» trof men aldus, tot 1979, soms de dichterlijke indeling van onderdelen (branches) in «tweigen» (rameaux) aan.

Een te grote opsplitsing (hoewel mogelijk en toegelaten) brengt evenwel dikwijls onduidelijkheid en verwarring.

Elke opsplitsing dient, zoals reeds gezegd, te worden gevolgd door de aanwijzing van de wetsbepalingen waarvan de schending wordt aangevoerd (zie boven).

II. Nauwkeurigheid in de opstelling

Een nauwkeurige opstelling van het cassatiemiddel is één van de vereisten voor de ontvankelijkheid ervan.

Onnauwkeurige middelen zijn die welke het Hof niet, zonder bijkomende gegevens, *kan* begrijpen, of waarvan het niet begrijpt *waarom* het middel van toepassing zou kunnen zijn op de onderzochte zaak, in één woord: midde-

len zijn onnauwkeurig wanneer men er menselijkerwijze niet over *kan* oordelen.

Nu bestaan er van deze zeer algemene omschrijving, de meest verscheiden toepassingsgevallen, en is het vereiste van nauwkeurigheid *verschillend van inhoud* naargelang het in strafzaken (of ermee gelijkgestelde zaken) of in burgerlijke zaken ter sprake komt.

1. *Strafzaken: minimale vereisten van nauwkeurigheid*

1) Zoals reeds gezegd is in strafzaken artikel 1080 Ger. W. *niet* van toepassing. De geschonden wetsbepalingen dienen niet te worden aangewezen, niettegenstaande de vermelding ervan bijdraagt tot de precisering van het middel en dus *zeer aanbevolen* is.

2) Doch de «middelen» bedoeld in artikel 420bis Sv. dienen voldoende nauwkeurig te zijn om het Hof in staat te stellen de *miskende wettekst, minstens de onwettelijkheid van de aangevochten beslissing, te ontwaren*.

Zonder miskenning van een wetsbepaling (of een van algemeen rechtsbeginsel) is er immers *geen vernietiging* mogelijk.

Algemene criteria van nauwkeurigheid kunnen des te minder uit de rechtspraak van het Hof worden afgeleid, daar het zich bij de beoordeling van het middel zal laten leiden door de hoedanigheid van de *steller* ervan.

Betreft het een weinig geletterde beklagde, dan zal het hem te hulp komen, en, zoals reeds werd geschreven, «zin geven aan wat onzin lijkt».

Is het integendeel een advocaat, dan zal het Hof zich, overigens terecht, onvermijdelijk de bedenking maken dat zijn opleiding hem in staat moet stellen met de gepaste klaarheid een wetsmiskening aan te duiden, en strenger de precisie van het middel beoordelen.

Heeft een advocaat bij het Hof van Cassatie het middel opgesteld, dan zal hem weinig worden vergeven, eveneens terecht, nu dat soort werk *hem alleen* precies door de wet is toevertrouwd, althans in burgerlijke zaken.

3) Niettegenstaande de vergevensgezindheid van het Hof en zijn talrijke *herwerkingen* van cassatiemiddelen ten einde ze toch te kunnen ontvangen, zullen aldus wellicht als onontvankelijk bij gebrek aan nauwkeurigheid afgewezen worden, de middelen (bij wijze van voorbeeld; ook toepasselijk in burgerlijke zaken).

— die zich in *abstracto* op de schending van de wet beroepen, zonder nadere aanduiding;

— die zich op de verjaring beroepen, zonder aan te duiden om welke verjaring het gaat;

— die de schending aanvoeren van een wetsbepaling, zonder aan te duiden *waarom* deze wettekst zou zijn geschonden;

— die het beginsel van het gezag van het rechterlijk gewijsde in strafzaken als geschonden aanvoert, zonder aan te tonen dat in de zaak zelf de penale beslissing *invloed moest uitoefenen* op de civielrechtelijke beslissing;

— die zich op de schending van de bewijskracht der akten beroepen, zonder de akten *aan te duiden* die zouden zijn miskend;

— die de schending aanvoeren van de bewijskracht van een proces-verbaal van getuigenverhoor, zonder nadere aanduiding over de *individuele getuigenverklaring* die zou zijn miskend;

— die het het Hof niet mogelijk maken te weten *of* een miskenning van de bewijskracht, *dan wel* een motiveringsgebrek wordt aangevoerd.

Wat meer bepaald de *motiveringsgebreken* betreft, worden als onontvankelijk bij gebrek aan nauwkeurigheid afgewezen, de middelen

— aanvoerend dat er op conclusies niet zou zijn geantwoord zonder de *vordering*, het *verweer* of de *exceptie* aan te duiden die niet zou zijn beantwoord,

— een dubbelzinnigheid of tegenstrijdigheid in de consideransen van de aangevochten beslissing aanvoerend, zonder te preciseren *waarin* deze dubbelzinnigheid of tegenstrijdigheid dan wel bestaat.

2. *Burgerlijke zaken*

Hierboven werd reeds vastgesteld dat in burgerlijke zaken artikel 1080 Ger. W. meer eisen stelt: het is niet voldoende dat het Hof, zoals in strafzaken, het aangevoerde middel kan begrijpen en in de mogelijkheid verkeert erover te beslissen.

Nodig is ook dat de geschonden wetsbepalingen worden *vermeld* en (bijgevolg) dat het *verband* tussen de aangehaalde wetsbepalingen en de aangevochten onwettigheid duidelijk wordt gemaakt (in het *middel*; de toelichting kan de gebrekkigheid van het middel *niet verhelpen*).

Deze grotere strengheid van het Hof berust niet alleen op een wettekst, doch spruit eveneens voort uit de hoedanigheid van de opstellers van de middelen, die steeds advocaten bij het Hof van Cassatie zijn.

III. *Kort vade-mecum voor de opstelling van het cassatiemiddel*

Vooraleer het cassatiemiddel met de hierboven beschreven structuur en de vereiste nauwkeurigheid *kan* worden geformuleerd, dient de opsteller ervan zich nog verscheidene vragen te stellen; van het antwoord hangt het af of het wel enige *zin* zal hebben het cassatiemiddel op te stellen en aan te voeren.

Aldus:

1. Heeft het middel wel *betrekking op de aangevochten beslissing*?

2. Kan de aanvoering van het middel wel enige invloed uitoefenen op hetgeen in verband *met diegene die het aanvoert* is beslist?

3. Vecht het middel geen *feitelijke beoordeling* aan of verplicht het het Hof niet tot een *onderzoek van feiten*?

4. Werd de aangevoerde onwettigheid aan *de feitenrechter voorgelegd* en zo niet, is zij van openbare orde of heeft de rechter de onwettige overweging op eigen initiatief (of dat van de tegenpartij) aangehaald?

5. Kan de aangevoerde onwettigheid worden beoordeeld op grond van de *stukken* die aan het Hof regelmatig ter kennis zijn gebracht, hetzij door voorlegging van het gerechtelijk dossier (door toepassing van artikel 1100 Ger. W.), hetzij door de partijen (op de wijze voorgeschreven bij artikel 1090 Ger. W.)?

6. Het zal het middel niet gericht zijn tegen een *overtollige considerans*, en zijn er andere beweegredenen, die niet kunnen worden aangevochten die de bestreden beslissing verantwoorden?

7. Zal het middel, zelfs indien het gegrond is, wel enige invloed hebben op de wettigheid van het *beschikkende gedeelte* der aangevochten beslissing? (op grond van de door de rechter vastgestelde feiten die niet worden aangevochten, kan het Hof immers een «motief in rechte» in de plaats stellen van het verkeerde motief).

Slechts wanneer deze (hier niet gedetailleerde) vragen een bevredigend antwoord kunnen krijgen, heeft het nut de opstelling van het cassatiemiddel aan te vatten

René BÜTZLER

RECHTSPRAAK

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER — 30 OKTOBER 1984

Voorzitter: de h. Boon

Raadsheer-rapporteur: de h. Matthijs

Advocat-generaal: mevr. Liekendaal

Advocaat: mr. Niewold

Nachtgerucht — Wet betreffende de bestrijding van geluidshinder — Samenloop.

Uit de parlementaire voorbereiding en de memorie van toelichting van de wet van 18 juli 1973 blijkt dat de wetgever geen afbreuk heeft willen doen aan de toepassing van art. 561, 1°, Sw., dat, los van de ter uitvoering van die wet bij het K.B. van 24 februari 1977 vastgestelde geluidsnormen, met politiestraffen straft degenen die zich schuldig maken aan nachtgerucht of nachtrumoer waardoor de rust van de inwoners kan worden verstoord. De bepalingen van de ter uitvoering van de wet van 18 juli 1973 vastgestelde koninklijke besluiten doen daaraan geen afbreuk.

C.

Gelet op het bestreden vonnis, op 5 april 1984 in hoger beroep gewezen door de Correctionele Rechtbank te Hasselt;

Over het eerste en het tweede middel samen,

het eerste middel hieruit afgeleid dat de rechtbank ten onrechte oordeelt dat artikel 561, 1°, van het Strafwetboek van toepassing is; de geluidshinder wordt geregeld door de wet van 18 juli 1973 betreffende de bestrijding van de geluidshinder; meerdere koninklijke besluiten ter uitvoering van deze wet zijn vastgesteld, waaronder het koninklijk besluit van 24 februari 1977, houdende vaststelling van geluidsnormen voor muziek in de openbare en private instellingen; er derhalve een specifieke wetgeving bestaat, die afwijkt van artikel 561, 1°, van het Strafwetboek, dat zeer algemeen is; overeenkomstig artikel 100 van het Strafwetboek, de bijzondere wet of verordening dient te worden toegepast; het koninklijk besluit van 24 februari 1977 juist tot doel heeft de geluidsnormen van muziek in de openbare en private inrichtingen vast te stellen; deze wetgeving bovendien van latere datum is dan artikel 561 van het Strafwetboek;

het tweede middel hieruit afgeleid dat, aangezien artikel 561, 1°, van het Strafwetboek geen toepassing vindt, de politierechtbank niet bevoegd is; de wet van 18 juli 1973

toepasselijk is, zodat de correctionele rechtbank bevoegd is, ten einde de niet-naleving van de in de voormelde wetgeving vastgestelde objectieve normen vast te stellen en eventueel de erin bepaalde correctionele straffen uit te spreken;

Overwegende dat artikel 11 van de wet van 18 juli 1973 betreffende de bestrijding van de geluidshinder, onverminderd de toepassing van de in het Strafwetboek gestelde straffen, correctionele straffen stelt op degene die inrichtingen of toestellen onder zich heeft welke wegens nalatigheid of gebrek aan vooruitzicht van zijnentwege aan de oorsprong liggen van een door de Koning verboden vorm van lawaai en op degene die de bepalingen van de ter uitvoering van deze wet vastgestelde koninklijke besluiten overtreedt;

Overwegende dat uit de parlementaire voorbereiding en de memorie van toelichting van de wet van 18 juli 1973 blijkt dat de wetgever geen afbreuk heeft willen doen aan de toepassing van artikel 561, 1°, van het Strafwetboek dat, los van de ter uitvoering van die wet bij het koninklijk besluit van 24 februari 1977 vastgestelde geluidsnormen, met politiestraffen straft hen die zich schuldig maken aan nachtgerucht of nachtrumoer waardoor de rust van de inwoners kan worden verstoord; dat de bepalingen van de ter uitvoering van de wet van 18 juli 1973 vastgestelde koninklijke besluiten daaraan geen afbreuk doen;

Dat de middelen in zoverre naar recht falen;

Overwegende, voor het overige, dat het vonnis geen vaststellingen inhoudt nopens de eventuele toepasselijkheid ten deze van de wet van 18 juli 1973, zodat het onderzoek van de middelen het Hof zou verplichten tot een onderzoek van feiten waarvoor het niet bevoegd is;

Dat de middelen in zoverre niet ontvankelijk zijn; (...)

NOOT—Nachtgerucht en geluidshinder

1. De argumentatie van eiser in cassatie komt er essentieel op neer te stellen dat, gezien de kaderwet van 18 juli 1973 (B.S., 14 september 1973, 10410) en het uitvoeringsbesluit K.B. 24 februari 1977 (B.S., 26 april 1977, 5371), houdende vaststelling van geluidsnormen voor muziek in openbare en private inrichtingen, de werking van art. 561, 1°, Sw. in deze materie formeel opgeheven is. Hoewel deze stelling in het theoretisch vlak perfect klopt, heeft het Hof van Cassatie ze in dit speciale geval toch volkomen terecht verworpen.

2. Strafwetten hebben bindende kracht zolang zij niet worden opgeheven. Strafwetten kunnen uitdrukkelijk of stilzwijgend, geheel of gedeeltelijk worden opgeheven,

echter nooit door onbruik (Beltjens, G., *Encyclopédie du droit criminel belge*, 1e partie, *Le code pénal et les lois pénales spéciales*, Brussel, 1901, art. 2, nr. 1; Braas, Ad., *Précis de droit pénal*, 3e druk, Brussel-Luik, 1949, I, nr. 42; Braas, Ad., *Traité élémentaire de droit pénal*, Brussel-Luik, 1927, 55; Collin, F., *Strafrecht*, Brussel, 1948, 66-67; Constant, J., *Traité élémentaire de droit pénal*, Luik, 1965, nr. 42; Constant, J., *Précis de droit pénal*, 6e druk, Luik, 1975, nr. 22; Haus, J., *Principes généraux du droit pénal belge*, 3e druk, Gent, 1879, nrs. 251-256; *Pandectes belges*, I, Brussel, 1878, tw. «Abrogation» en tw. «Abrogation par désuétude», nrs. 12-20; Prins, Ad., *Science pénale et droit positif*, Brussel, 1899, nr. 49; Schuind, G., *Traité pratique de droit criminel*, 4e druk, Brussel, 1980, I, 75; Simon, J., *Handboek van het Belgisch strafrecht*, 2e druk, Brussel, 1948, nr. 68; Trouse, P.E., *Les Nouvelles, Droit pénal*, I, 1956, nrs. 223-231; Vanhoudt, C.J. en Calewaert, W., *Belgisch strafrecht*, 2e druk, Gent, 1976, II, nrs. 330-333; Cass., 20 september 1926, *Pas.*, 1927, I, 56; Cass., 8 maart 1915, *Pas.*, 1915-16, I, 206; Cass., 28 oktober 1907, *Pas.*, 1908, I, 19; contra onbruik: Collin, F., *o.c.*, l.c.; Prins, Ad., *o.c.*, 83; Vanhoudt, C.J. en Calewaert, W., *o.c.*, l.c.).

Het principe waarnaar eiser in zijn eerste middel verwijst, nl. «In toto iure generi per speciem derogatur», is inderdaad een ons uit de Digesten (D. 50, 17, 80; Roland, H. en Boyer, L., *Locutions latines et adages du droit français contemporain*, II, *Adages, A-L*, Lyon, 1978, 358) overgeleverd, en in de decretale Liber Sextus van Bonifacius VIII uit 1298 overgenomen (Sextus V, 12, 34: «Specialia generalibus derogant»; Roland, H. en Boyer, L., *o.c.*, II, *Adages, M-Z*, Lyon, 1979, 486) algemeen aanvaard rechtsbeginsel, dit zowel in het strafrecht (Haus, J., *o.c.*, nr. 119; Marchal, A., «La loi ordonne, la loi commande», *R.D.P.*, 1969-70, 214; *Pandectes belges*, tw. «Abrogation», nr. 51; zie betreffende het corollarium «Generalia specialibus non derogant» of «legi speciali per generale non derogatur»: Garraud, R., *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, I, 3e druk, Parijs, 1913, 309; Haus, J., *o.c.*, l.c.; Marchal, A., *o.c.*, l.c.; *Pandectes belges*, tw. «Abrogation», nrs. 59-60; Schuind, G., *o.c.*, l.c.; Cass., 14 juni 1860, *Pas.*, 1860, I, 197, met conclusie procureur-generaal Leclercq, 199, 203) als in het burgerlijk recht (Laurent, F., *Principes de droit civil*, XIII, 4e druk, Brussel-Parijs, 1887, 288, en betreffende het corollarium: Laurent, F., *o.c.*, XII, 455).

3. Hoewel eiser dus schijnbaar een onaantastbaar uitgangspunt had, kan zijn argumentatie volledig ontkracht worden door het lezen van de kaderwet en de parlementaire voorbereiding.

Art. 11, 2°, van de kaderwet bepaalt immers uitdrukkelijk: «Onverminderd de toepassing van de in het Strafwetboek gestelde straffen (...)»; met andere woorden, art. 561, 1°, Sw. behoudt onverminderd zijn geldingskracht en blijft ingeschakeld in het arsenaal van de wetbepalingen die tegen de geluidshinder aangewend kunnen worden.

4. Een blik op de memorie van toelichting (*Parl. St., Kamer*, 1970-71, nr. 1072/1, p. 2) en op het advies van de Raad van State (*o.c.*, 5) doet ons de duidelijke stelling lezen: «Het doet evenwel geen afbreuk aan de thans geldende wetgeving waarvan de Memorie van Toelichting de

volgende opsomming geeft: art. 561, 1°, Sw. dat het 'nachtrumoer' strafbaar stelt (...)»

Dit wordt beaamd door diverse auteurs (Maes, K., «De normatieve bepalingen betreffende de bestrijding van de geluidshinder», *IUS*, II, 1981, 26; Myncke, H. en Vandenberghe, H., *Geluid en geluidshinder*, Antwerpen, 1975, 144).

5. Dit leidt tot de conclusie dat eiser met het betokkelen van de snaar van de toepasselijkheid van de strafwet in de tijd duidelijk de verkeerde partituur gekozen heeft.

Er kan geen probleem rijzen aangezien we reeds sedert 1977 te maken hebben met twee naast elkaar bestaande en zelfs naast elkaar toepasbare strafbepalingen. Idealiter zou zelfs eendaadse samenloop mogelijk zijn, aangezien het K.B. van 1977 het heeft over «geluidsnormen» zonder enige beperking in de tijd, terwijl art. 561, 1°, Sw. *nachtge*-ruucht bestraft.

6. Voor het ogenblik kan enkel betreurd worden dat in het kader van de bestrijding van de geluidshinder nog in de overgrote meerderheid van de gevallen teruggegrepen wordt naar het milde art. 561, 1°, Sw., dat enkel politiestrafpen oplegt, in plaats van de in dit kader doeltreffender en ruimere mogelijkheden biedende wetgeving van 1973-77 te hanteren.

7. Eerst en vooral zijn de straffen reeds merklijk zwaarder, nl. een gevangenisstraf van acht dagen tot zes maanden en/of een geldboete van 26 frank tot 5000 frank. Toch merkte een kamerlid reeds bij de parlementaire behandeling op dat de straffen waarmee gedreigd wordt, «belachelijk laag» zijn (verslag L. Verhenne, *Parl. St., Kamer*, 1971-72, nr. 192/4, 15). Deze toen klaarblijkelijk alleenstaande opinie heeft door de feitelijkheid in de sindsdien verlopen jaren enkel nog aan kracht en actualiteit gewonnen. Het is duidelijk geworden dat een nog strengere bestraffing geboden is.

De noodzaak hiervan is minder evident wanneer we deze wetgeving situeren in het kader van het 19e-eeuwse art. 561, 1°, Sw. en de vaak anecdotische rechtspraak die hierover te vinden is, maar verschijnt in al zijn duidelijkheid wanneer we het probleem van de geluidshinder, erin begrepen het nachtrumoer, zien in het kader van het begrip «milieuwetgeving». In dit verband moet onmiddellijk verwezen worden naar het Duitse voorbeeld ter zake, waar men er zich niet tevreden mee gesteld heeft op disparate wijze bepaalde fenomenen die een inbreuk betekenen op onze leefruimte en leefmilieu te bestraffen, maar een aparte wet gemaakt heeft die een aangepast instrument is om dergelijke problemen het hoofd te bieden, nl. het «Bundesimmissionsschutzgesetz». In 1980 werd dit samen met andere milieuwetten gebundeld en in een apart hoofdstuk van het Strafwetboek ondergebracht, met als titel «Straftaten gegen die Umwelt». Dit Umweltsschutzstrafrecht dateert van 28 maart 1980 (18. St. Ä. G. v. 28 maart 1980, BGBI I 373) en trad in werking op 1 juli 1980. In dit kader bestraft § 325 StGB niet het nachtrumoer, maar de geluidshinder in het algemeen: kan opzet aangetoond worden («unter Verletzung verwaltungsrechtlicher Pflichten»), dan loopt de strafschaal tot vijf jaar; in het geval van onopzettelijke nalatigheid («fahrlässig») is de maximumstraf op twee jaar bepaald; de gevangenisstraf kan telkens door een fikse geldboete vervangen worden (Rudophi, H.-J., Horn, E. en Samson, E., *Systematischer Kommentar zum Strafgesetz-*

buch, Band II, besonderer Teil (§§ 80-358), 3e Auflage, Frankfurt-am-Main, 1982, § 325; Schoenke, A. en Schroeder, H., *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 21e Auflage, München, 1982, 1823-1828).

8. In de tweede plaats is er art. 9 van de kaderwet, dat in zijn § 2 een speciale regeling van de huiszoeking inhoudt. In principe is — buiten het geval van betrapting op heterdaad — een huiszoeking een daad van de gerechtelijke politie die enkel door de onderzoeksrechter kan worden bevolen. Het eerste lid van § 2 bepaalt dat bovendien bepaalde *ambtenaren*, opgesomd in art. 5 van het K.B. van 24 februari 1977, dag en nacht alle inrichtingen kunnen betreden, echter met uitzondering van de tot woning dienende de vertrekken, enkel reeds wanneer zij op goede grond kunnen aannemen dat er een overtreding van de kaderwet of het K.B. aan de gang is. Het tweede lid breidt die mogelijkheid uit tot woning dienende vertrekken, in de periode tussen 5 en 21 uur, echter gekoppeld aan drie voorwaarden: er moeten voldoende aanwijzingen zijn om aan te nemen dat de oorzaak van het lawaai zich in deze vertrekken bevindt; men moet een gemotiveerd verlot van de politierechter hebben; de ambtenaren moeten steeds met zijn tweeën zijn.

9. Ten slotte biedt art. 10 van de kaderwet aan de ambtenaren de mogelijkheid de activiteit van niet-conforme inrichtingen en toestellen voorlopig te verbieden, deze te verzegelen en daaromtrent alle spoedmaatregelen te nemen die in de gegeven omstandigheden noodzakelijk blijken in het belang van de bevolking en van de gezondheid. Het betreft hier een administratieve beslissing die onmiddellijk uitvoerbaar is. Deze maatregel vervalt automatisch na acht dagen indien hij niet binnen deze termijn bekrachtigd is door de ambtenaar die de leiding heeft over het bestuur waarvan de ambtenaar die de maatregelen heeft genomen, deel uitmaakt; de gebruikers dienen bovendien vooraf te worden gehoord of opgeroepen, zodat de rechten van de verdediging gewaarborgd blijven. Deze periode kan kort lijken, maar is te verklaren door het feit dat sommige inrichtingen waarop de wet betrekking heeft, tevens een beroepsmatige bron van inkomsten betekenen voor de eigenaars of exploitanten, zodat een langere sluiting op enkel ambtelijk bevel vooraleer een beslissing genomen wordt, de connotatie «broodroof» had kunnen oproepen.

10. We stellen dus vast dat de kaderwet en haar uitvoeringsbesluit een aantal evidente voordelen bieden, maar tevens dat zij toch niet gehanteerd wordt. De oorzaak hiervan is tweeledig: enerzijds legt het K.B. van 24 februari 1977 het gebruik van de sonometer en een hele trits in acht te nemen technische bepalingen op voor de vaststelling van de overtredingen; dit is een tijdrovend en omslachtig karwei en tevens een aanzienlijke inperking van de in de kaderwet bepaalde vaststellingswijze. Bovendien moet ook de budgettaire weerslag die de aankoop van dergelijke toestellen heeft, in aanmerking genomen worden, zodat geredelijk aangenomen mag worden dat ze niet bovenaan het inkooplijstje van elke gemeente staan.

Toch moet hier juridisch-technisch op een discordantie tussen wet en uitvoeringsbesluit gewezen worden. Art. 67 Grondwet bepaalt: «De Koning (...) neemt de besluiten die voor de uitvoering van de wetten nodig zijn, zonder ooit (...) vrijstelling van hun uitvoering te mogen verlenen.» Dit houdt in dat de in art. 9, § 1, tweede lid, voor de ambtenaren bepaalde ruime vaststellingswijze eveneens gehanteerd

kan worden in het toepassingskader van deze wet, met name «(...) niet alleen in de vorm van gegevens bekomen met behulp van meettoestellen vermeld in artikel 7, maar ook die bekomen *door elk ander rechtsmiddel*». De artikelen 2 tot 4 van het uitvoeringsbesluit expliciteren enkel de toepasbare procedure bij het gebruik van de sonometer, maar kunnen geen afbreuk doen aan het verder in de kaderwet bepaalde. Hierbij moet verwezen worden naar de commissiebespreking waarbij de minister verduidelijkte dat «onder de woorden 'ieder ander rechtsmiddel' met name moet worden verstaan de verklaringen van ambtenaren, die dus eveneens rechtsmiddelen zijn. Daaraan kunnen nog worden toegevoegd getuigenissen en vermoedens, want het kan gebeuren dat de ambtenaren te laat ter plaatse komen om zelf nog constatering te doen. De door de ambtenaren afgelegde verklaringen zullen niettemin voorrang hebben» (verslag Verhenne, *Parl. St., Kame*, 1970-71, nr. 192/4, 13).

Niettemin moeten we vaststellen dat de normen die het uitvoeringsbesluit oplegt, dermate technisch omschreven zijn dat *de facto* de vaststellingsmogelijkheden van de kaderwet tot één gereduceerd worden, namelijk door het gebruik van de sonometer.

De officieren van gerechtelijke politie zijn daarentegen helemaal niet gebonden aan het in art. 9, § 1, tweede lid, bepaalde, dat enkel op de ambtenaren van toepassing is: zij zijn verplicht de sonometer te gebruiken om tot de voor hun proces-verbaal dienstige vaststellingen te komen.

11. Anderzijds wordt de hanteerbaarheid verder beperkt door de libellering van de artikelen 9, § 1, eerste lid, van de kaderwet en 5 van het uitvoeringsbesluit, die de officieren van gerechtelijke politie eveneens opsporings- en vaststellingsbevoegdheid geven.

De controle op de naleving van de geluidsnormen voor muziek in openbare en private inrichtingen wordt dus uitgeoefend enerzijds door alle officieren van gerechtelijke politie en anderzijds door bepaalde in artikel 5 van het uitvoeringsbesluit aangewezen ambtenaren, namelijk: 1° de technische ambtenaren van de Dienst Milieuhinder en de gezondheidsinspecteurs van het Ministerie van Volksgezondheid en van het Gezin; 2° de technische ambtenaren van het departement Leefmilieu van het Instituut voor Hygiëne en Epidemiologie van het Ministerie van Volksgezondheid en van het Gezin; 3° de bevoegde ambtenaren van de Administratie van de Arbeidsveiligheid van het Ministerie van Arbeid en Tewerkstelling wat betreft de onder hun toezicht staande gevaarlijke, ongezonde of hinderlijke inrichtingen; 4° de technische ambtenaren van de provincies, van de agglomeraties en federaties van gemeenten, en van de gemeenten welke door de Koning zijn aangeduid.

Deze opsomming heeft haar nut omdat ze voor zichzelf aantoonst dat het zwaartepunt onvermijdelijk komt te liggen bij de officieren van gerechtelijke politie.

Het is echter evenzeer duidelijk dat dezen zo al geen gebrek aan werk hebben, zodat te begrijpen valt dat stelselmatig verkozen wordt terug te vallen op het allesbehalve formalistische artikel 561, 1°, Sw., dat zich tevreden stelt met de gemeenrechtelijke bewijsvoering in strafzaken, in plaats van telkens met man (officier van gerechtelijke politie) en macht (sonometer) uit te rukken, waarbij men de mildere bestraffing die er onvermijdelijk het gevolg van is, op de koop toe bijneemt.

12. *De lege ferenda* kan, meer dan tien jaar na de goedkeuring van de kaderwet, in deze tijd van groeiende milieubewustwording, wat de hier behandelde aspecten betreft, aan een bijsturing gedacht worden in de richting van het uitbreiden van de opsporings- en vaststellingsbevoegdheid tot de agenten van gerechtelijke politie, van een verzwaring der straffen, met de nadruk op de geldstraffen, en van een minder omslachtig en beter hanteerbaar gebruik van de sonometer. Idealiter kan overwogen worden artikel 561, 1°, Sw. te schrappen en naar Duits voorbeeld te integreren in een nieuw te creëren titel VIIIbis Sw., die de strafrechtelijke sanctiëring van misdrijven tegenover leefwereld en leefmilieu zou omvatten.

Luc. M. De Schepper

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER — 6 MAART 1985

Voorzitter : de h. Screvens

Raadsheer-rapporteur : de h. Stranard

Advocaat-generaal : mevr. Liekendaal

Advocaat : mr. Mandelblat

Vreemdelingen — 1. Vrijheidsberoving — 2. Herziening van terugwijzingsbesluit.

1. *Luidens art. 67, eerste lid, Vreemdelingenwet, mag de maatregel tot verwijdering van het grondgebied die besloten ligt in het bevel het Rijk te verlaten, niet tijdens de duur van het onderzoek van het verzoek tot herziening worden uitgevoerd.*

2. *De opschorting van tenuitvoerlegging van de maatregel tot verwijdering van het grondgebied, die ingaat de dag waarop het verzoek tot herziening tegen het ministerieel van terugwijzing is ingediend, vormt niet noodzakelijk een beletsel voor de na die datum bevolen opsluiting van de vreemdeling.*

Ingevolge het verzoek tot herziening is de opsluiting echter niet wettig verantwoord op grond van het enkele art. 27, derde lid, Vreemdelingenwet. De opsluiting moet bovendien voldoen aan de voorwaarden van art. 67, tweede lid, en moet namelijk verantwoord zijn door uitzonderlijk ernstige omstandigheden en bevolen worden door de minister van Justitie.

H.

Gelet op het bestreden arrest, op 2 januari 1985 gewezen door het Hof van Beroep te Brussel, kamer van inbeschuldigingstelling ;

Over het tweede en het derde middel samen,

het tweede afgeleid uit de schending van artikel 67 van de wet van 15 december 1980,

doordat het arrest vaststelt «dat de tijdelijke handhaving van een maatregel van vrijheidsberoving niet onverenigbaar is met een verzoek tot herziening van de maatregel tot verwijdering die eraan ten grondslag ligt»,

(...)

het derde middel hieruit afgeleid dat het arrest, na eraan te hebben herinnerd dat de artikelen 30 en 67 van de wet van 15 december 1980 betrekking hebben op de vreemdeling «1. aan wie bevel is gegeven het Rijk te verlaten, teruggevoerd of uitgezet is, 2. die een verzoek tot herziening heeft ingediend betreffende een maatregel tot verwijdering van het grondgebied op voorwaarde dat die vreemdeling in vrijheid gelaten of in vrijheid gesteld is», vaststelt «dat uit de aan het hof (van beroep) voorgelegde stukken niet blijkt dat de vreemdeling die het verzoek heeft ingediend, zich in één van de hierboven vermelde gevallen bevindt»,

(...)

Overwegende dat het arrest vaststelt dat «1. op 17 november 1983 aan (eiser) met toepassing van artikel 7, 2°, van de wet van 15 december 1980 bevel is gegeven het grondgebied van het Rijk te verlaten, 2. die beslissing, waarbij hij verplicht werd het grondgebied uiterlijk op 23 december 1983 te verlaten, hem ter kennis is gebracht op 13 december 1983, 3. de minister van Justitie op 9 november 1984 een besluit heeft genomen waarbij eiser teruggewezen wordt en bevolen wordt het grondgebied te verlaten op grond dat hij de aan zijn verblijf gestelde voorwaarden niet heeft nageleefd, daar hij geen gevolg heeft gegeven aan het bevel om het grondgebied voor 24 december 1983 te verlaten, 4. dat ministerieel besluit hem op 20 november 1984 ter kennis is gebracht, 5. (eiser) op 23 november 1984 met toepassing van artikel 64, 2°, van de wet van 15 december 1980 een verzoek tot herziening van het ministerieel terugwijzingsbesluit heeft ingediend, 6. de Administratie van de Staatsveiligheid, Dienst Vreemdelingen, op 12 december 1984, met toepassing van artikel 27, derde lid, van voormelde wet, de handhaving van de opsluiting van (eiser) heeft bevolen ten einde hem naar de grens te doen terugleiden, op grond dat hij geen gevolg heeft gegeven aan het bevel om het grondgebied voor 24 december 1983 te verlaten, 7. die maatregel hem op 13 december 1984 ter kennis is gebracht en hij op die dag van zijn vrijheid is beroofd» ;

Overwegende dat uit die vermeldingen blijkt dat dezelfde feiten aanleiding hebben gegeven, enerzijds, tot het op 17 november 1983 gegeven bevel om het Rijk te verlaten, dat ter kennis van eiser is gebracht op 13 december 1983 en waaraan laatstgenoemde geen gevolg heeft gegeven binnen de gestelde termijn, namelijk uiterlijk 23 december 1983 en, anderzijds, tot het terugwijzingsbesluit van 9 november 1984, dat ter kennis is gebracht van eiser op 20 november 1984 en waartegen laatstgenoemde een verzoek tot herziening heeft ingediend op 23 november 1984 ;

Dat derhalve, met toepassing van artikel 67, eerste lid, van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, de maatregel tot verwijdering van het grondgebied die besloten ligt in het op 17 november 1983 gegeven bevel het Rijk te verlaten, niet tijdens de duur van het onderzoek van het verzoek tot herziening mag worden uitgevoerd ;

Overwegende dat voorzeker de opschorting van tenuitvoerlegging die ten deze is ingegaan op 23 november 1984, de dag waarop het verzoek tot herziening tegen het ministerieel besluit van terugwijzing is ingediend, niet noodzakelijk een beletsel vormt voor de na die datum bevolen opsluiting van de vreemdeling ;

Dat evenwel, ingevolge het verzoek tot herziening, de opsluiting niet wettig verantwoord is op grond van het enkele artikel 27, derde lid, van voormelde wet van 15 december 1980; dat ze bovendien moet voldoen aan de voorwaarden van artikel 67, tweede lid, van die wet, namelijk verantwoord moet zijn door uitzonderlijk ernstige omstandigheden en bevolen moet zijn door de minister van Justitie;

Overwegende dat het arrest, nu het, na te hebben vastgesteld dat de op 12 december 1984 ten aanzien van eiser getroffen maatregel van vrijheidsberoving, enerzijds, niet gegrond is op uitzonderlijk ernstige omstandigheden en, anderzijds, niet is bevolen door de minister van Justitie maar door de adjunct-administrateur van de Dienst voor Vreemdelingen, niettemin beslist dat die maatregel in overeenstemming is met de wet, niet naar recht is verantwoord;

Dat de middelen in dat tweevoudig opzicht gegrond zijn;
(...)

NOOT—*De gevolgen van het verzoek tot herziening (art. 67 Vreemdelingenwet)*

1. De feiten die aanleiding zijn geweest tot het arrest waren de volgende. Een vreemdeling van Joegoslavische nationaliteit diende, midden 1982, een verzoek in om als vluchteling te worden erkend. Bij beslissing van 31 augustus 1983 van de Vertegenwoordiger van de Hoge Commissaris der Verenigde Naties voor Vluchtelingen werd het verzoek verworpen.

Door de Dienst voor Vreemdelingenzaken werd op 17 november 1983 aan de betrokkene bevel gegeven het land vóór 23 december 1983 te verlaten. Deze verwijderingsmaatregel was gebaseerd op art. 7, 2°, Vreemdelingenwet (hierna: Vw.), nl. de omstandigheid dat hij, zonder machtiging, langer dan drie maanden in het Rijk had verbleven.

Daar de vreemdeling geen gevolg gaf aan het bevel om het land te verlaten, werd op 9 november 1984 door de minister van Justitie een terugwijzingsbesluit genomen, dat werd betekend op 20 november 1984.

Tegen dit terugwijzingsbesluit werd door de vreemdeling op 23 november 1984 een verzoek tot herziening ingediend (art. 64, 2°, Vw.).

Op 12 december 1984 besloot de adjunct-administrateur van de Dienst voor Vreemdelingenzaken betrokkene op te sluiten ten einde hem naar de grens terug te leiden. Deze opsluiting was gebaseerd op de bepalingen van art. 27, derde lid, Vw., volgens welke een vreemdeling, die het land niet heeft verlaten binnen de daarvoor door het bevel (art. 7 Vw.) of de terugwijzing (art. 20, eerste lid, Vw.) voorziene termijn, kan worden opgesloten met het oog op zijn terugleiding naar de grens.

Op 13 december 1984 werd die maatregel hem betekend en werd hij opgesloten in de gevangenis te Vorst.

Tegen die vrijheidsberoving werd door de vreemdeling beroep ingesteld bij de raadkamer van de Correctionele Rechtbank te Brussel. Bij beschikking van 19 december 1984 werd het beroep verworpen. Deze beschikking werd bevestigd bij het arrest van 2 januari 1985 van het Hof van Beroep te Brussel, kamer van inbeschuldigingstelling, dat vernietigd werd door het arrest van 6 maart 1985 van het Hof van Cassatie.

2. Het arrest verstrekt een antwoord op de vraag welke de gevolgen zijn van het indienen door de vreemdeling van een verzoek tot herziening.

Het verzoek tot herziening strekt ertoe een door de minister van Justitie of door een lid van zijn administratie genomen beslissing opnieuw aan het oordeel van de minister voor te leggen, meestal na advies van de Commissie van Advies voor Vreemdelingen, die dit advies uitbrengt na een contradictoir debat.

Uit het feitenrelaas blijkt dat de adjunct-administrateur van de Dienst voor Vreemdelingenzaken de betrokkene liet opsluiten met het oog op zijn verwijdering uit het land, niettegenstaande deze een verzoek tot herziening tegen het ministerieel terugwijzingsbesluit had ingediend en vooraleer over de gegrondheid van het verzoek was beslist.

Art. 67 Vw. bepaalt dat het tijdens de duur van het onderzoek van het verzoek tot herziening verboden is een tegen de vreemdeling genomen verwijderingsmaatregel uit te voeren of een verwijderingsmaatregel te nemen. De tekst van voornoemd artikel bepaalt echter niet uitdrukkelijk, dat de uitvoering van de genomen terugwijzingsmaatregel wordt opgeschort tijdens de duur van het verzoek tot herziening.

In het geval van beroep tot nietigverklaring van een terugwijzings- of uitzettingsbesluit bij de Raad van State is de schorsende werking van het beroep wél voorzien (art. 70 Vw.) en wordt de uitvoering van de bestreden verwijderingsmaatregel opgeschort tot na het arrest.

Het besproken cassatiearrest oordeelt dat art. 67 Vw. van toepassing is op iedere vreemdeling die een ontvanke-lijk verzoek tot herziening heeft ingediend tegen een verwijderingsmaatregel, ongeacht of hij al dan niet in vrijheid werd gelaten en ongeacht zijn verblijfsstatuut. M.a.w., geen enkele maatregel tot verwijdering van het grondgebied mag uitgevoerd worden tijdens de duur van het onderzoek van het verzoek tot herziening. Er mag ook geen zodanige maatregel worden genomen ten opzichte van de vreemdeling wegens de feiten die aanleiding hebben gegeven tot de beslissing waartegen het verzoek tot herziening is ingediend.

Dat het verzoek tot herziening schorsende kracht heeft wanneer de bestreden beslissing een maatregel tot verwijdering van het grondgebied bevat, lijkt mij logisch, daar de vreemdeling ingevolge het verzoek tot herziening zijn verweer moet kunnen organiseren wanneer de gegrondheid van het verzoek tot herziening wordt onderzocht door de Commissie van Advies voor Vreemdelingen. Hij zou daarin worden gehinderd indien hij zulks moet doen vanuit het buitenland.

3. De artikelen 27 tot 30 Vw. bevatten een reeks dwangmaatregelen die de uitvoering van sommige verwijderingsmaatregelen moeten verzekeren ingeval de vreemdeling het land niet heeft verlaten vóór het einde van de hem daartoe geboden termijn. De maatregelen die alsdan kunnen worden genomen zijn ofwel vrijheidsberovende maatregelen (opsluiting en terugleiding naar de grens), ofwel vrijheidsbeperkende maatregelen (beperking van de bewegingsvrijheid van de vreemdeling door hem te verplichten in een bepaalde plaats te verblijven of van sommige plaatsen verwijderd te blijven).

Uit het arrest blijkt dat de aanvullende veiligheidsmaatregelen en bepalingen in verband met de opsluiting (artt. 27 tot 30 Vw.), die, zoals gezegd, middelen zijn tot gedwongen uitvoering van een verwijderingsmaatregel, niet gelden voor al dan niet opgesloten vreemdelingen die het voorwerp uit-

maken van de opschorting van verwijderingsmaatregelen bepaald in art. 67, eerste lid, Vw.

4. De vreemdeling die het voorwerp uitmaakt van de opschorting van verwijderingsmaatregelen tijdens het onderzoek van het verzoek tot herziening, kan worden opgesloten. Deze vrijheidsberoving kan echter slechts bevolen worden door de minister van Justitie, die zijn bevoegdheid niet kan delegeren.

Daarenboven moet de minister van Justitie zijn beslissing tot opsluiting motiveren door uitzonderlijk ernstige omstandigheden (*Parl. Besch., Senaat*, 1980-81, nr. 521/2, blz. 25, commentaar op art. 67 Vw.).

Tegen de beslissing van opsluiting staan de beroepsmogelijkheden open bepaald door de artikelen 69 en 71 Vw. (beroep tot nietigverklaring bij de Raad van State en beroep bij de rechterlijke macht).

Luc Declercq

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

1e KAMER — 13 JUNI 1984

Voorzitter: de h. De Vocht

Raadsheren: de h. Raymaekers en mevr. Bourgeois

Eerste advocaat-generaal: de h. Odeurs

Advocaat: mr. Sainderichin

Burgerlijke stand — Ontstentenis van geboorteakte — Vreemd kind, in België gewettigd door adoptie door Belgen.

Als omtrent een kind van vreemde nationaliteit, geboren in het buitenland en in België gewettigd door adoptie door een Belgisch echtpaar, geen geboorteakte bestaat, kan de rechtbank van eerste aanleg van de woonplaats van de adoptanten een vonnis verlenen dat in de plaats komt van de ontbrekende geboorteakte.

De B.-V.

Overwegende dat appellanten op 20 april 1972 door adoptie hebben gewettigd De B. Kim Elisabeth Paule, geboren te Seoul (Korea) op 6 augustus 1964 uit onbekende ouders en onder de naam Kim Yong Ok ingeschreven (certificaat van familietoestand);

dat de jeugdrechter te Antwerpen bij vonnis van 22 juni 1972 deze adoptie heeft gehomologeerd;

dat dit vonnis werd overgeschreven in de registers van de burgerlijke stand te Berchem op 22 september 1972;

Overwegende dat geen geboorteakte van dit kind bestaat; dat haar identiteit, geboorteplaats en geboortedatum enkel blijken uit een certificaat van familietoestand;

dat, wanneer geen akte werd opgemaakt een vonnis, dat wordt overgeschreven in de registers van de burgerlijke stand, dit mag verhelpen om de burgerlijke stand te bepalen (*W. Delva, Personen- en familierecht*, Gent, 8e druk, 1982, p. 445);

Overwegende dat zowel de openbare orde als het privaat belang van het kind vereisen dat het een identiteit zou hebben die blijkt uit de registers van de burgerlijke stand

Om die redenen,

Verklaart het hoger beroep ontvankelijk en gegrond;

Vernietigt het bestreden vonnis en opnieuw rechtdoende, zegt voor recht dat dit arrest zal gelden als akte van geboorte van het kind van vrouwelijk geslacht geboren te Seoul (Z.-Korea) op 6 augustus 1964 uit onbekende ouders waarvan de naam Kim Yong Ok werd gegeven;

Beveelt dat het beschikkend gedeelte van dit arrest zal worden overgeschreven in het toegevoegd register der geboorten van de burgerlijke stand van de stad Antwerpen (district Berchem) en dat van deze overschrijving melding zal worden gemaakt in de rand van het register, op de plaats waar de geboorteakte normaal ingeschreven had moeten zijn;

Beveelt dat in de rand van de overschrijving van het beschikkend gedeelte van huidig arrest melding zal worden gemaakt van de overschrijving van het beschikkend gedeelte van het vonnis van homologatie van wettiging door adoptie van dit kind door de echtgenoten De B.-V.;

(...)

NOOT—*Kan een vreemde akte van de burgerlijke stand van een vreemdeling door een Belgische rechtbank verbeterd worden?*

1. Dit arrest is niet zonder belang, gelet op het feit dat de laatste jaren heel wat kinderen van buitenlandse afkomst door Belgische echtparen worden gewettigd door adoptie of geadopteerd.

Voor heel wat aspecten van het maatschappelijk leven is het nuttig en vaak zelfs onmisbaar om een geboorteakte te kunnen overleggen, bv. wat betreft militiewetgeving, homologatie van wettelijke diploma's, huwelijk, deelneming aan staatsexamens, voor een procedure tot echtscheiding door onderlinge toestemming, enz.

2. *Feiten.* Een Belgisch echtpaar, wonende in België, heeft alhier een Koreaans kind gewettigd door adoptie. Het is een in Korea gevonden kind, waarvan geen geboorteakte bestaat: haar identiteit, geboorteplaats en -datum blijken enkel uit een Koreaans «certificaat van familietoestand».

Na de wettiging door adoptie waardoor het kind de Belgische nationaliteit heeft verkregen, vragen de ouders aan de rechtbank van eerste aanleg om een vonnis te verlenen dat in de plaats komt van de ontbrekende geboorteakte. De rechtbank wijst dit verzoek af op grond van de overweging dat «de overschrijving van het vonnis waardoor de adoptie gehomologeerd werd als geboorteakte van de geadopteerde dient en zowel haar juiste en definitieve identiteit als haar afstamming vermeldt».

Het echtpaar tekent tegen dit vonnis hoger beroep aan. Het hof verleent daarop een arrest zeggende dat het uitgesproken arrest zal gelden als geboorteakte, op grond van de overweging dat zowel de openbare orde als het privaat belang van het kind vereisen dat het een identiteit heeft die blijkt uit de registers van de burgerlijke stand.

Zowel de uitspraak van de rechtbank van eerste aanleg als die van het hof van beroep doen vragen rijzen. Ten eerste, kan een vonnis dat de wettiging door adoptie homologeert, een ontbrekende geboorteakte vervangen? (Beslissing rechtbank eerste aanleg.) Ten tweede, heeft een Belgische rechtbank de bevoegdheid een vonnis te verlenen dat

in de plaats komt van een ontbrekende geboorteakte van een vreemdeling die normaliter in het buitenland door buitenlandse ambtenaren opgesteld had moeten worden? (Beslissing hof van beroep.)

3. *De niet-vervangbaarheid van een geboorteakte door een vonnis dat de (wettiging door) adoptie homologeert.* De Rechtbank van Eerste Aanleg te Antwerpen is van oordeel dat, bij ontstentenis van een geboorteakte, de overschrijving in de registers van de burgerlijke stand van het vonnis dat de (wettiging door) adoptie homologeert, dient als geboorteakte van de geadopteerde, aangezien dit vonnis de identiteit en de afstamming van de geadopteerde voldoende vaststelt.

Bij deze uitspraak passen enkele kritische overwegingen.

Het beschikbare gedeelte van het homologatievonnis meldt weliswaar de volledige identiteit (naam, voornamen, beroep, geboorteplaats en -datum, woonplaats) van de geadopteerde en de adoptanten (art. 350, § 4, B.W.), maar daaruit kan men m.i. niet automatisch afleiden dat dit homologatievonnis de ontbrekende geboorteakte van het geadopteerd kind vervangt. Tegen een dergelijke gevolgtrekking zijn immers zowel bezwaren van formele als van materiële aard in te brengen.

a) Op formeel vlak luidt de regel dat een voor de staat van een persoon relevant feit of relevante handeling enkel en alleen bewezen kan worden d.m.v. een akte van de burgerlijke stand, wanneer de wet, in verband met dit feit of die handeling, de opstelling van een akte van de burgerlijke stand voorschrijft (Pauwels, J.M., *Beginnelen van personen- en familierecht*, I, Leuven, Acco, 1985, 63; De Man, R., *De nieuwe commentaar op de burgerlijke stand in België*, I, Heule, U.G.A., 1973, §1, nr. 5, 3e).

Het feit van de geboorte, de geboorteplaats, de geboortedatum en -uur, het geslacht, de identiteit en de afstamming van een persoon kunnen dus principieel alleen door een geboorteakte bewezen worden.

Bij *ontstentenis* van een Belgische akte van de burgerlijke stand evenwel kan de rechtbank van eerste aanleg een vonnis verlenen dat in de plaats komt van de ontbrekende akte (De Man, R., o.c., IV, nr. 227; Philippart, F. en Leboutte, J.M., *Burgerlijke stand, Lijschouwing, Begraafplaatsen*, I, p. 61, nr. 99, Brugge, Vanden Broele, 1984).

De rechtspraak is ook in die zin gevestigd dat in geval van ontbreken van een akte van de burgerlijke stand, de bepalingen van de artikelen 1383 tot 1385 Ger. W. in verband met de verbetering van de akten van de burgerlijke stand moeten worden nageleefd (Antwerpen, 1 oktober 1975, *R.W.*, 1975-76, 2008).

Volgens het advies van de Conseil d'Etat van 12 brumaire, jaar XI is de rechtspleging tot verbetering van de akte van de burgerlijke stand, die in principe alleen toepasselijk is wanneer het nodig is een akte te *verbeteren* in de enge zin van het woord, ook toepasselijk om een akte te vervangen die niet werd opgesteld (Advies Conseil d'Etat, 12 brumaire jaar XI, *Rec. Lég.*, I, nr. 319; *Pand. B.*, tw. «Acte de l'état civil», nr. 418).

De rechtbank van eerste aanleg is dus bevoegd om een niet-bestaande akte te vervangen, om zich werkelijk in de plaats te stellen van de ambtenaar van de burgerlijke stand, zodat de gerechtelijke beslissing die uitgesproken dient te worden, niet moet worden beschouwd als een vonnis dat de akte van de burgerlijke stand verbetert, doch wel als een

vonnis dat in de plaats komt van een akte van de burgerlijke stand (De Page, H., *Traité*, I, 568, nr. 455).

b) Ten tweede zal het vonnis dat de wettiging door adoptie of de adoptie homologeert, ook materieel te kort schieten om het bewijs te leveren van alle voor de staat van een persoon relevante feiten, aangezien het homologatievonnis niet alle vermeldingen bevat die op straffe van nietigheid zijn voorgeschreven voor een geboorteakte (zie nieuw artikel 57 B.W.; De Man, R., o.c., II, nr. 307).

Zo bv. worden het geslacht van de geadopteerde, het geboortuur en de geboortedag niet vermeld in het homologatievonnis (zie artikel 350, § 4, B.W.).

c) Naast deze formele en materiële bewijsproblemen meen ik ten slotte dat de eigen aard en functie van de geboorteakte en het homologatievonnis zich verzetten tegen het gebruik ervan als geboorteakte.

Een geboorteakte wordt opgesteld om op een authentieke manier het feit van de geboorte, de identiteit en de afstamming van een persoon vast te stellen. De akte vormt de basis van de rechtstoestand van een persoon en is het uitgangspunt voor alle verdere handelingen en akten van een persoon (*Traité de l'état civil*, I, *Les relations internes*, Brussel, Larcier, 1978, 172; De Man, R., o.c., II, nr. 306).

Het homologatievonnis van een adoptie heeft daarentegen een totaal andere aard en functie. De techniek van de homologatie van een adoptieakte bestaat immers essentieel in een gerechtelijke controle van de adoptie — hetgeen duidelijk blijkt uit het feit dat de rechter moet nagaan of de adoptie geschiedt in het belang van het kind en of zij steunt op wettige redenen (artt. 343 en 350, § 3, vijfde lid, B.W.) — en niet in een controle van de gegevens m.b.t. geboorte en afstamming.

d) *Besluit*: De Rechtbank van Eerste Aanleg te Antwerpen heeft terecht geweigerd een vonnis te verlenen dat in de plaats komt van een niet-bestaande *vreemde* geboorteakte (zie infra), maar haar weigering steunt op verkeerde gronden aangezien het vonnis dat de wettiging door adoptie homologeert, noch materieel, noch formeel, noch functioneel een geboorteakte kan vervangen.

4. De onbevoegdheid van de Belgische rechter om een vonnis te verlenen dat in de plaats komt van een niet-bestaande *vreemde geboorteakte met betrekking tot een vreemdeling*. In het geannoteerde arrest van het Hof van Beroep te Antwerpen wordt gezegd dat dit arrest Hof gelden als akte van geboorte van een kind, geboren en gevonden in Zuid-Korea, waarvan geen geboorteakte werd opgesteld.

De Belgische rechter heeft zich dus in de plaats gesteld van een vreemde autoriteit om een handeling te verrichten die normaliter door een vreemde autoriteit verricht had moeten worden.

De vragen die hierbij gesteld kunnen worden zijn, ten eerste, of een Belgische rechtbank de *bevoegdheid* heeft een vonnis te verlenen dat in de plaats komt van een niet-bestaande geboorteakte van een vreemdeling, en ten tweede, of de rechter de *procedure* van verbetering van akten van de burgerlijke stand (artt. 1383 e.v. Ger. W.) mag toepassen in het geval geen *vreemde* akte van een *vreemdeling* werd opgesteld.

De Belgische rechtspraak en rechtsleer aanvaardt algemeen de bevoegdheid van de Belgische rechter om, met toepassing van de verbeteringsprocedure, een vonnis te verle-

nen dat een ontbrekende *Belgische* akte van een *Belg* vervangt (zie supra).

We onderscheiden drie gevallen m.b.t. akten van de burgerlijke stand met een vreemd element: a. Akten van de burgerlijke stand van Belgen opgemaakt in een vreemd land, door de bevoegde Belgische diplomatieke of consulaire ambtenaren. b. Akten van de burgerlijke stand van Belgen opgemaakt in een vreemd land door de bevoegde vreemde ambtenaar. c. Akten van de burgerlijke stand van vreemdelingen opgemaakt in een vreemd land door de bevoegde vreemde ambtenaar.

a) Alle akten van de burgerlijke stand van Belgen, opgemaakt in het buitenland door de bevoegde Belgische diplomatieke of consulaire agenten zijn Belgische documenten (Van Houtte, H., «Erkenning van buitenlandse akten en vonnissen», in *Actuele problemen van burgerlijke stand* — *I.P.R.*, Antwerpen, Maarten Kluwer, 1979, 20).

Met toepassing van artikel 8 van de wet van 12 juli 1931 zal een gelijknamig verklaard afschrift van elke akte van de burgerlijke stand, opgemaakt door de diplomatieke en consulaire ambtenaren, op verzoek van de minister van Buitenlandse Zaken, overgeschreven worden in de registers van de burgerlijke stand van de Belgische gemeente waar de belanghebbende persoon zijn laatste woonplaats in België heeft gehad.

Artikel 11, tweede lid, van dezelfde wet bepaalt dat die overgeschreven akten niet anders verbeterd kunnen worden dan door een vonnis van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel.

Is de Brusselse rechter ook bevoegd om, ingeval er geen akte werd opgesteld door de Belgische diplomatieke en consulaire ambtenaren, een vonnis te verlenen dat de ontbrekende akte vervangt en zich also effectief in de plaats te stellen van de Belgische diplomatieke en consulaire ambtenaren?

Deze vraag wordt positief beantwoord door de Belgische rechtspraak en rechtsleer wat betreft ontbrekende Belgische akten die normaliter door de bevoegde Belgische ambtenaar van de burgerlijke stand opgesteld dienen te worden (zie supra nr. 3).

Aangezien de akten, opgesteld door de Belgische diplomatieke en consulaire ambtenaren die de taak van ambtenaren van de burgerlijke stand in den vreemde vervullen, Belgische documenten zijn, meen ik dat de Belgische rechter zich in de plaats kan stellen van de diplomatieke of consulaire agenten, door een vonnis te verlenen dat de ontbrekende akte vervangt.

De Brusselse rechtbank zal in dit geval, op grond van dezelfde motivering wat de bevoegdheid van de rechtbank betreft, de verbeteringsprocedure van akten van de burgerlijke stand, die in principe alleen toepasselijk is om akten te verbeteren *sensu stricto*, kunnen aanwenden om de niet-opgestelde geboorteakte te vervangen.

b) Akten van de burgerlijke stand van Belgen, opgemaakt in een *vreemd* land door de bevoegde vreemde autoriteiten, zijn vreemde akten.

Omtrent de overschrijving van vreemde akten van Belgen in de Belgische registers van de burgerlijke stand, is wettelijk gezien weinig geregeld. Slechts de overschrijving van de akte van huwelijk voltrokken in dergelijke omstandigheden, is verplicht (art. 171 B.W.; art. 15 wet 12 juli 1931).

Wat de andere akten betreft, zoals een geboorteakte,

wordt de overschrijving in de Belgische registers van de burgerlijke stand door geen enkele wettelijke bepaling bevolen, doch evenmin verboden.

In de praktijk worden de akten van de burgerlijke stand meestal overgeschreven, wanneer zulks hetzij door de betrokkenen, hetzij door het Ministerie van Buitenlandse Zaken wordt gevraagd.

Uit de bewoordingen van de brieven, waarbij dit ministerie dergelijke akten aan de ambtenaren van de burgerlijke stand verzendt, blijkt dat het departement van Buitenlandse Zaken aanneemt dat de gemeentebesturen ter zake over vrijheid van beoordeling beschikken (De Man, R., o.c., I, IV, nr. 125).

Sommige ambtenaren van de burgerlijke stand weigeren resoluut om vreemde akten, zelfs wanneer die Belgen betreffen, over te schrijven in de Belgische registers van de burgerlijke stand (zie Senaev, P., «Verslag van de panel-discussie», in *Actuele problemen van burgerlijke stand* — *I.P.R.*, Antwerpen, Maarten Kluwer, 1979, 78-79, nrs. 1 en 4).

In sommige gemeenten werd de praktijk ontwikkeld om enkel uittreksels van akten afkomstig uit landen die lid zijn van de Raad van Europa sedert 1966 en die betrekking hebben op Belgen, in te schrijven in hun registers. Deze uittreksels kunnen immers niet gedeponeerd worden bij het Ministerie van Buitenlandse Zaken. Enkel akten en vonnissen betreffende de burgerlijke stand van Belgen, opgemaakt in een land dat in 1966 geen medelid was van de Raad van Europa, kunnen gedeponeerd worden bij het Ministerie van Buitenlandse Zaken.

Het Ministerie van Buitenlandse Zaken kan van deze gedeponeerde akten en vonnissen uittreksels en afschriften afleveren (wet van 14 juli 1966 betreffende sommige buiten het Rijk opgemaakte akten van de burgerlijke stand, M.B. 7 december 1966; zie Van Houtte, H., in *Actuele problemen van de Burgerlijke Stand* — *I.P.R.*, o.c., 23, nr. 13).

Het ware wenselijk dat de wetgever de mogelijkheid om vreemde akten m.b.t. Belgen over te schrijven in de Belgische registers wettelijk zou regelen, omdat thans op dit punt onzekerheid en een ongelijke behandeling in de verschillende gemeenten bestaat.

Wat de *verbetering* door een Belgische rechtbank van vreemde akten van Belgen betreft, neemt de rechtsleer aan dat de Belgische rechtbanken bevoegd zijn de verbetering te bevelen van vreemde akten van de burgerlijke stand van Belgen op voorwaarde dat die akte werd overgeschreven op de lopende of bijgevoegde registers van de burgerlijke stand in België. Bevoegd is de rechtbank van het arrondissement waar de akte werd overgeschreven (De Schutter, F., *De burgerlijke stand*, Lier, Jozef van In & Co, 1934, p. 75, nr. 212, en p. 293, nr. 1067; De Man, R., o.c., IV, nr. 239; Roland, A. en Wouters, Th., *Guide pratique de l'officier de l'état civil en Belgique*, Brussel, Larcier, 1963, p. 47, nr. 127, Philippart, F. en Leboutte, J.M., o.c., I, p. 81, nr. 120).

Hieruit volgt dat de *overschrijving* van de akte van de burgerlijke stand van een Belg, opgemaakt in het buitenland door een vreemde bevoegde ambtenaar de *conditio sine qua non* is opdat een Belgische rechtbank deze vreemde akte m.b.t. een Belg kan verbeteren. Door de overschrijving verwerven de Belgische rechtbanken de bevoegdheid

om de akten van Belgen te verbeteren (De Schutter, F., o.c., p. 273, nr. 1011, p. 293, nr. 1066).

Opnieuw kunnen we de vraag stellen of de Belgische rechtbank de bevoegdheid heeft om een vonnis te verlenen dat de ontbrekende vreemde geboorteakte van een Belg vervangt.

Uit het beginsel dat de bevoegdheid van een Belgische rechtbank om vreemde akten van Belgen te verbeteren tot stand komt door de overschrijving en aangezien niet-opgestelde akten vanzelfsprekend niet overgeschreven kunnen worden, leid ik de onbevoegdheid af van de Belgische rechtbank om een vonnis te verlenen dat in de plaats komt van de ontbrekende vreemde geboorteakte van een Belg.

c) Er bestaat geen betwisting omtrent de vraag of akten van de burgerlijke stand, opgemaakt in het buitenland door de bevoegde plaatselijke ambtenaren, en die personen betreffen die de nationaliteit hebben van het land waar de akte wordt verleden *op het ogenblik van het opmaken van de akte*, kunnen worden overgeschreven. Vreemde akten betreffende vreemdelingen worden in geen enkel geval overgeschreven.

Een Belgische rechtbank heeft te dien aanzien geen enkele bevoegdheid; zij kan een vreemde akte van een vreemdeling noch verbeteren *sensu stricto* noch een vonnis verlenen dat de ontbrekende akte vervangt.

De stelling wordt bevestigd in een antwoord van de minister van Justitie op een parlementaire vraag van de heer Valkeniers van 28 september 1984 (1983-1984 — *Vragen en antwoorden*, Kamer, 26 maart 1985, 260) betreffende het bewijs van de leeftijd van een vreemdeling; daarin wordt gesteld dat een naar Belgische normen onvolledige geboorteakte betreffende een buitenlander, door de buitenlandse overheden opgemaakt, noch bij rechterlijke, noch bij administratieve beslissing verbeterd kan worden. De «onvolledige» geboorteakte of het document dat daarmee gelijkgesteld dient te worden, wordt verbeterd door de overheid die daartoe bevoegd is volgens de wet van de plaats waar de akte werd opgesteld.

Uit wat onder b gezegd is, volgt ook dat het feit dat de betrokkene intussen Belg is geworden (zoals *in casu* het geval was) ter zake geen verschil uitmaakt.

Het blijkt echter dat er heel wat rechtbanken zijn die de procedure van de verbetering van akten van de burgerlijke stand toepassen in gevallen van onvolledige of ontbrekende vreemde geboorteakten van vreemdelingen (Brussel, 17 april 1972, *R.W.*, 1973-74, 314-319; Antwerpen, 13 juni 1984, *onuitg.*; Rb. Luik, 27 juni 1975, *J.L.* 1975, nr. 1, 7-8; Rb. Luik, 24 oktober 1975, *J.L.* 1975, nr. 19, 99-100; Rb. Leuven, 25 juni 1984, *onuitg.*).

Deze rechtbanken verantwoorden hun handelwijze door te oordelen dat in België de openbare orde en het private belang van het kind vereisen dat het een identiteit heeft die blijkt uit de registers van de burgerlijke stand.

Ons inziens is dit geen voldoende reden om afbreuk te doen aan het belangrijke principe dat vreemde akten van vreemdelingen niet verbeterd of vervangen kunnen worden. Stuit men hierdoor op een juridisch vacuüm? Het Burgerlijk Wetboek bepaalt dat, wanneer de identiteit van een persoon niet bewezen kan worden aan de hand van akten opgeschreven in registers, het bewijs ervan geleverd kan worden door andere middelen (art. 46 B.W.). Art. 46 B.W. wordt breed uitgelegd: men acht het toepasselijk als er geen

akte is opgesteld (De Page, H., *Traité*, I, nr. 384, 3e).

Deze bewijsmiddelen kunnen zijn: een certificaat van familietoestand zoals in het geval van het geannoteerde arrest, of een uittreksel uit het famileregister opgemaakt in het buitenland door de bevoegde vreemde autoriteiten; een afschrift van het beschikkende gedeelte van het vonnis dat de (wettiging door) adoptie homologeert en dat is overgeschreven in de registers van de burgerlijke stand; eventueel een akte van bekendheid, of door getuigen.

Deze bewijsmiddelen maken het mogelijk de identiteit en afstamming van een vreemdeling wiens geboorteakte ontbreekt, voldoende te bepalen.

Hilde Bogaert
Assistente K.U.Leuven

HOF VAN BEROEP TE BRUSSEL

3e bis KAMER — 9 MEI 1985

Voorzitter: de h. Slachmuylder

Raadsheren: de hh. Bellemans en Winnen

Advocaten: mrs. Van Innis en Debra

Exclusiviteitsovereenkomsten — Grove tekortkoming tijdens opzeggingstermijn — Vaststelling van opzeggingstermijn — Toerekening van verstreken termijn.

Een concessiegever heeft op 15 januari de concessie op staande voet opgezegd op grond van zware fout, maar op 28 januari laten weten dat hij, met behoud van de opzegging, een termijn eindigend op 31 december toestond, en ten slotte, nadat hij reeds een andere concessiehouder had aangesteld, op 6 augustus de overeenkomst om ernstige redenen opgezegd met onmiddellijke werking.

Tegen de vordering van de concessiehouder tot betaling van de door de wet bepaalde vergoedingen werpt de concessiegever tevergeefs op dat de concessiehouder zijn voornaamste verplichtingen niet meer nakwam daar in juni was vastgesteld dat het nodige personeel ontbrak en het werk praktisch twee maanden stillag. Een en ander is te wijten aan de plotselinge opzegging van 15 januari en kan de concessiehouder in de gegeven omstandigheden niet ten kwade geduid worden (zie nader het arrest).

Voor de vaststelling van de opzeggingstermijn wordt rekening gehouden met de duur van de concessieovereenkomst, de territoriale uitgestrektheid van de concessie, de moeilijkheid voor de concessiehouder om een concessie te vinden van gelijkwaardige produkten, de goede en geprezen faam van de produkten en de repercussies van de opzegging op de gehele onderneming van de concessiehouder.

Ten deze wordt de termijn bepaald op 42 maanden, waarvan de zes maanden van de door de concessiegever verleende opzegging mogen worden afgetrokken, zodat de vergoedingen op grond van een termijn van 36 maanden dienen te worden berekend.

N.V. D. t/ S.

Overwegende dat de oorspronkelijke eis ertoe strekt: te doen vaststellen dat het door partijen gesloten verkoopcon-

cessiecontract wederrechtelijk werd verbroken door verweerster, nu appellante; verweerster, thans appellante, te doen veroordelen tot betaling van een vergoeding van 3.738.928 frank en van een bijkomende vergoeding van goodwill van 1.817.771 frank met de gerechtelijke interesten en de kosten; akte te doen verlenen aan eiser, thans geïntimeerde, dat hij voorbehoud maakt voor het eventueel formuleren van bijkomende schadeëisen uit hoofde van contractbreuk;

Overwegende dat de eerste rechter, bij tussenvonnis, de door partijen gesloten concessieovereenkomst verbroken heeft verklaard ten grieve van de N.V. D.;

Dat hij, bij eindvonnis, de N.V. D. heeft veroordeeld om aan aanlegger, thans geïntimeerde, te betalen de sommen van 2.885.796 frank en 1.903.983 frank, verhoogd met de gerechtelijke interesten vanaf de dagvaarding, en 1.924.315 frank, verhoogd met de gerechtelijke interesten vanaf 15 oktober 1982, datum van het instellen van de vordering;

Overwegende dat appellante de eerste rechter ten grieve duidt: 1) primair: geen rekening te hebben gehouden met het feit dat zij, op 6 augustus 1981, de toen nog altijd van kracht zijnde concessieovereenkomst om ernstige redenen met onmiddellijke werking opzegde; 2) subsidiair: te hebben geoordeeld dat zij, bij eenzijdige beëindiging van de concessieovereenkomst op 28 januari 1981, gehouden was aan geïntimeerde een opzeggingstermijn te verlenen tot minstens 31 december 1982 op grond dat de laatste tussen partijen ondertekende concessieovereenkomst formeel voor een *bepaalde* duur werd afgesloten, meer bepaald voor drie jaar, met ingang op 31 december 1979; 3) meer subsidiair: a) de opzeggingstermijn op drie jaar te hebben bepaald hoewel een opzeggingstermijn van elf maanden meer dan redelijk was; b) bijkomende vergoedingen in de zin van artikel 3 van de wet van 27 juli 1961 te hebben toegewezen, hoewel geïntimeerde het bewijs niet heeft geleverd van zijn recht op de door hem gevorderde vergoedingen;

Overwegende dat geïntimeerde een incidenteel beroep instelt dat ertoe strekt appellant te doen veroordelen om hem te betalen als vergoeding, wegens niet-naleving van een opzeggingstermijn, het bedrag van 961.932 fr. x 4 jaar = 3.847.728 frank;

De feiten

Overwegende dat de doeleinden en de feitelijke omstandigheden van de ingestelde vordering naar behoren zijn uiteengezet in de bestreden vonnissen; dat het hof hiernaar verwijst;

Overwegende dat vaststaat en niet betwist wordt dat geïntimeerde sedert 1949, in het Veurkse, ononderbroken concessiehouder is geweest van appellante voor de voertuigen die zij in België invoert en verdeelt;

Overwegende dat S. op 19 januari 1981 een aangetekende brief van 15 januari 1981 ontving vanwege appellante waarbij deze laatste het concessiecontract met S., op grond van een zware fout met onmiddellijke werking verbrak;

Overwegende dat appellante, bij aangetekende brief van 28 januari 1981 aan S. meedeelde dat zij de verbreking van het concessiecontract handhaafde doch ditmaal een opzeggingstermijn lopende tot 31 december 1981 toestond;

Dat appellante onmiddellijk een andere concessionaris zocht; dat, op 1 april 1981 en 23 april 1981, in de kranten van de streek grote publicitaire aankondigingen verschenen dat vanaf 1 april 1981, als nieuwe, enige officiële dealer in

de streek, de Garage C. fungeerde en dat op 16 april 1981 alle klanten van S. een brief ontvingen van Garage C. met het officiële briefhoofd van merk X, die bevestigde dat hij sinds 1 april 1981 tot officiële dealer werd benoemd en terloops meldde dat hij ondertussen, gezien het succes van zijn start, reeds overgegaan is tot het aanvaarden van door X geschoold personeel;

Overwegende dat, nadat S. in zijn inleidende dagvaarding van 4 juni 1981 — tot staving van de eis die ertoe strekt vaststelling van verbreking en schadevergoeding te verkrijgen — had moeten benadrukken dat, ten gevolge van de handelingen van de N.V. D. tegenover hem, al zijn mecaniciens opzegging hadden gegeven, de laatste tegen 15 juni 1981, en dat dit met zich meebracht dat S. noodgedwongen tegen deze datum de exploitatie van zijn garage zou dienen stop te zetten, D. hierin een fout zag van S. en, op 6 augustus 1981 «op grond van grove tekortkomingen» van S. het contract met hem aangegaan, onmiddellijk verbrak;

1. Toepassing van de wet van 27 juli 1961

Overwegende dat geïntimeerde zijn vordering heeft ingesteld op grond van de wet van 27 juli 1961, als gewijzigd door de wet van 13 april 1971, betreffende eenzijdige beëindiging van de voor onbepaalde tijd verleende concessies van alleenverkoop;

Overwegende dat in artikel 21 van het laatst gesloten concessiecontract, dat alleen wordt overgelegd, de duur als volgt wordt bepaald: «Het onderhavige contract is aangegaan voor een bepaalde duur van drie jaar die aanvang neemt op 1 januari 1980 en verstrijkt op 31 december 1982»;

Overwegende dat vaststaat en niet betwist wordt dat deze overeenkomst minstens de derde vernieuwing is van een eerder gesloten concessieovereenkomst voor bepaalde duur;

Overwegende dat krachtens artikel 3bis, tweede lid, van voornoemde wet, wanneer een voor bepaalde tijd verleende concessie tweemaal is vernieuwd, elke latere verlenging geacht wordt te zijn toegestaan voor onbepaalde tijd, niettegenstaande elke andersluidende bepaling;

Overwegende dat bedoelde wet de concessiegever het recht toekent om eenzijdig, op elk ogenblik, een einde te maken aan een voor onbepaalde tijd verleende alleenverkoopconcessie mits met inachtneming van een redelijke en billijke opzeggingstermijn of een billijke vergoeding;

Overwegende dat, daar de voornoemde concessie als een concessie van onbepaalde duur dient te worden beschouwd, de eerste rechter dus ten onrechte heeft geoordeeld dat de overeenkomst in elk geval conventioneel nog moest lopen tot 31 december 1982 en dat D. te kort gekomen is aan de bepaling van bedoeld contract, door de concessie op 28 januari 1981 tegen 31 december 1981 op te zeggen;

Dat de wetgeving van 27 juli 1961 dus terecht werd en wordt ingeroepen door S., die verscheidene schadeposten opeist bepaald in deze wet;

2. Grove tekortkomingen

Overwegende dat appellante bij brief van 6 augustus 1981 — gedurende het verloop van de op 28 januari 1981 gegeven opzeggingstermijn — de concessieovereenkomst met onmiddellijke werking beëindigde wegens grove con-

tractuele fouten en de eis tot betaling van een vergoeding daarom als geheel ongegrond beschouwt ;

Overwegende dat de vraag dient te worden onderzocht of de door appellante aangehaalde motieven als grove tekortkomingen in de zin van artikel 2 van de wet van 27 juli 1961 kunnen worden aangemerkt ;

Overwegende dat appellante als grove tekortkoming aanmerkt het feit dat S. «zijn voornaamste contractuele verplichtingen niet meer nakwam, nl. de verkoop en naverkoop intensief te promoveren in de verantwoordelijkheidszone en het maximum te halen uit het marktpotentieel van deze zone (art. 5, c van de overeenkomst), beschikken over bevoegd personeel, in voldoende aantal, om de taken die voortvloeien uit het contract zorgvuldig uit te voeren (art. 12, c) en over een kwaliteitsnaverkoopdienst voor de producten van het contract te beschikken (art. 18)» ;

Overwegende dat appellante aanvoert dat ze moest vaststellen dat eind juni 1981 het nodige personeel ontbrak en dat S. zijn garage gedurende bijna twee maanden praktisch stil heeft gelegd ;

Overwegende dat de elementen van de zaak duidelijk bewijzen dat het vertrek van het personeel geenszins te wijten is aan tekortkomingen van S. ;

a) Dat het feit dat D. op 15 januari 1981 plotseling, zonder dat iets een dergelijke beslissing kon laten vermoeden, het contract met S. heeft verbroken, bij het personeel van S. onmiddellijk bekend werd ;

Dat de omstandigheid dat nadien appellante een opzeggingstermijn toestond, aan de toestand niets heeft veranderd, aangezien het kwaad was geschied ;

Dat het ten onrechte is dat D. een zware overtreding ziet in het feit dat S. niet meer over zijn beste monteurs beschikte ;

dat het in het huidige economische klimaat normaal is dat het personeel onmiddellijk naar vervangend werk zoekt wanneer het einde van het arbeidscontract in een vooruitzicht wordt gesteld ;

Dat het niet ernstig is te eisen dat S. in die omstandigheden nieuw personeel in dienst nam en te stellen dat gespecialiseerd personeel met een X-opleiding op de markt beschikbaar is om een tijdelijke dienstbetrekking te aanvaarden bij een concessiehouder wiens concessiecontract ingetrokken is ;

b) Dat daarenboven aan de rendabiliteit van het bedrijf S. op onherstelbare wijze afbreuk werd gedaan door de gedraging van appellante zelf ;

Dat appellante, onmiddellijk nadat ze het concessiecontract met geïntimeerde verbroken had en klaarblijkelijk ten gevolge van de verbreking, het nodige heeft gedaan om een nieuwe concessiehouder aan te stellen ;

Dat deze laatste aan alle klanten van S. liet weten dat hij vanaf dan de nieuwe officiële concessiehouder van D. was ;

Overwegende dat appellante opwerpt dat ze het recht had zich op artikel 5 van de concessieovereenkomst te beroepen om een bijkomende concessiehouder in de zone van S. te benoemen, met de bedoeling de aldaar verwezenlijkte omzetten op een acceptabeler peil te brengen ;

Overwegende dat deze vooropstelling van appellante ter zake niet diendend is daar appellante dit niet heeft gedaan ;

Dat, indien D. meende dat de prestaties van S. onvoldoende waren, ze dan een bijkomende concessionaris naast

S. had kunnen aanstellen, in de verantwoordelijkheidszone van geïntimeerde ;

Overwegende dat de elementen van de zaak, namelijk de met de toestemming van D. gevoerde publiciteit, overduidelijk aantonen dat appellante niet heeft gezocht naar een bijkomende concessionaris in de streek maar naar een vervangende concessionaris ;

Dat de aanstelling van de opvolger van geïntimeerde, die sedert 1 april 1981 elke normale verdere uitvoering van het contract in de persoon van geïntimeerde verhinderde, dus niet kan worden beschouwd als een toepassing van artikel 5 maar eerder als de miskennis door appellante, tijdens de opzegging, van haar hoofdverbintenis de aan de concessiehouder verleende verantwoordelijkheidszone in acht te nemen ;

Dat geïntimeerde niettemin al het nodige heeft gedaan ten einde de exploitatie van zijn garage ononderbroken voort te zetten en dat die exploitatie daadwerkelijk voortging om de enkele nog overblijvende klanten de door hen gewenste service te verlenen ;

Dat in die omstandigheden de bij schrijven van 6 augustus 1981 door appellante aangehaalde motieven ter onmiddellijke beëindiging van de concessieovereenkomst geenszins als een grove tekortkoming in de zin van artikel 2 van de wet van 27 juli 1961 kunnen worden aangemerkt ;

Dat appellante geen enkel bewijs van enige fout van geïntimeerde brengt die een verbreking van het concessiecontract kon wettigen ;

3. De billijke vergoeding

Duur van de opzegperiode

Overwegende dat de eerste rechter de duurtijd van de opzegging die de concessiegever had moeten toestaan op drie jaar heeft bepaald ;

Overwegende dat appellante acht dat die termijn overdreven is en dat een opzeggingstermijn van elf maanden volstond ;

Overwegende dat geïntimeerde integendeel beweert dat de opzeggingstermijn op vier jaar dient te worden gebracht en, op incidenteel beroep, eist dat de beslissing van de eerste rechter wordt gewijzigd ;

Overwegende dat volgens het stelsel van de wet van 27 juli 1961 de redelijke opzeggingstermijn die is welke wordt geacht de concessiehouder de mogelijkheid te bieden een gelijksoortige concessie te vinden als die welke de zijne was op het ogenblik dat hem opzegging werd betekend ;

Dat de duurtijd van de opzegging onderzocht moet worden in relatie tot de toestand van de concessionaris in zijn geheel ;

Dat het hof rekening houdt met de duur van de concessieovereenkomst (32 jaar), de territoriale uitgestrektheid van de concessie, de moeilijkheid voor de concessiehouder om een concessie te vinden van gelijkwaardige producten, de goede en geprezen faam die de producten van de concessiegever genieten, de repercussie van de opzegging op de gehele onderneming van de concessiehouder (zie Merchiers, Y., «Bijzonder en afwijkend handelsrecht (1977-1981)», *T.P.R.*, 1982, 756 ; C. Sunt, «Overzicht rechtspraak», *B.R.H.*, 1981, 431 ; J. Malherbe, «Concessions de vente en droit belge et communautaire», *J.C.B.*, 1973, 53-97) ;

Dat nopens de mogelijkheid om een nieuwe gelijkwaardige concessie te vinden, het onderzoek in concreto van de

voorbeelden van opvolgingen van andere concessiehouders, waarnaar appellante verwijst, aantoonde dat het om weinig commerciële merken of liggingen gaat en dat er in de streek, tussen 1981 en 1985, geen gelijkwaardige merken zijn vrijgekomen; dat in feite alle volwaardige automerken sinds jaren door gevestigde garages zijn vertegenwoordigd zodat er in deze markt, in de streek, geen plaats meer open was voor een gelijkwaardige concessie;

Overwegende dat het hof oordeelt dat de concessie niet kon worden beëindigd dan met een redelijke opzeggingstermijn van 42 maanden;

Overwegende dat appellante de eerste rechter ten grieve duidt van de door hem bepaalde termijn van opzegging (36 maanden) de werkelijk reeds verleende opzegging (11 maanden) niet te hebben afgetrokken;

Overwegende dat er dient te worden herinnerd dat appellante zelf, op 6 augustus 1981, de overeenkomst opnieuw verbroken heeft, ditmaal met onmiddellijke ingang, zonder inachtneming van enige opzeggingstermijn;

Dat bijgevolg slechts de eerste zes maanden van de door appellante verleende opzegging mogen worden afgetrokken van de door het hof op 42 maanden bepaalde opzeggingstermijn, zodat de vergoedingen berekend zullen worden op grond van een termijn van 36 maanden;

Raming van de schade

a) Billijke vergoeding:

Overwegende dat de berekening van de billijke vergoeding gebeurt volgens het verlies van de voordelen wegens het gebrek van de opzeggingstermijn;

Overwegende dat op grond van het niet-betwiste brutowinst bedrag van de laatste vijf jaar, dat door de eerste rechter juist berekend werd, de vergoeding die in billijkheid aan geïntimeerde toekomst wegens niet-naleving van een redelijke opzeggingstermijn bijgevolg gelijk zal zijn aan $961.932 \text{ fr.} \times 3 = 2.885.796 \text{ frank}$;

b) Billijke bijkomende vergoeding:

1° Inzake cliënteel

Overwegende dat de eerste rechter de bijkomende vergoeding op 1.903.983 fr. heeft geraamd;

Overwegende dat appellante beweert dat geïntimeerde het bewijs niet voorlegt dat hij een bekende meerwaarde inzake cliënteel heeft aangebracht en dat die bekende meerwaarde aan appellante na de beëindiging van de overeenkomst verbleven is;

Overwegende dat de eerste rechter de bijkomende vergoeding voor goodwill oordeelkundig op 1.903.983 fr. heeft bepaald;

Dat niet kan betwist worden dat geïntimeerde de cliënteel voor de merken van appellante heeft gewonnen door zijn ervaring en grondige kennis van de markt; dat de cliënteel het merk trouw is gebleven en steeds aangegroeid is en ook bij de onverwachte verbreking van de concessie de concessiegever trouw is gebleven;

Dat derhalve vaststaat dat geïntimeerde een bekende meerwaarde inzake cliënteel heeft aangebracht en deze aan appellante is gebleven na beëindiging van de overeenkomst;

Dat appellante geen precieze grieven naar voren brengt in verband met de samenstelling van het goodwillbedrag, gematigd en verantwoord berekend op basis van een gemiddeld fiscaal resultaat ten bedrage van 961.932 frank, voor

de laatste vijf exploitatiejaren, namelijk 1.903.983 frank;

Dat de eerste rechter terecht opmerkt dat de redenering van appellante, dat in de automobielsector, met betrekking tot merken die een sterk imago genieten, een cliënteel automatisch aangroeit, ongeacht de persoon van de concessiehouder, alleszins onjuist is;

Dat het ten onrechte is dat appellante stelt dat van bekende meerwaarde inzake cliënteel slechts sprake kan zijn indien zou blijken dat penetratie van de concessiehouder hoger ligt dan het landsgemiddelde;

2° Concrete onkosten

Overwegende dat de eerste rechter de concrete onkosten gepaard gaande met de beëindiging van de concessie op 1.924.315 frank heeft bepaald;

Overwegende dat dit bedrag, gewoonweg, de som van het verlies voor het boekjaar 1981 en voor de periode van 1 januari 1982 tot 31 augustus 1982 blijkt te zijn;

Overwegende dat, krachtens artikel 3, 2°, van de wet, deze post van de vergoeding, slechts kosten betreft die de concessiehouder gedaan heeft met het oog op de exploitatie van de concessie en die aan de concessiegever voordelen kunnen opleveren na het beëindigen van het contract;

Overwegende dat geïntimeerde geenszins bewijst welke concrete kosten door hem gemaakt zijn waaruit appellante na het einde van de concessie profijt getrokken heeft;

Dat dit punt van de eis derhalve afgewezen dient te worden;

(...)

NOOT—Wijziging van de houding na eenzijdige verbreking van een concessieovereenkomst

De gewijzigde houding, in casu, van de concessiegever, wellicht ingegeven door vrees voor de gevolgen van een eerdere onjuiste houding, blijkt niet steeds weldoordacht. Zelfs hangende het geding, wordt niet gearzeld het geweer van schouder te veranderen.

Uit de feiten, zoals ze omstandig door het hof van beroep zijn uiteengezet, blijkt reeds dat bij schrijven van 15 januari 1981, overgegaan werd tot een onmiddellijke verbreking van de concessieovereenkomst en dit, met onmiddellijke uitwerking op grond van een zware fout. Zowaar een moedige daad die veel geld kan kosten.

De consequenties van de wet van 17 juli 1961 worden, ondanks vijftientig jaar toepassing, door mening automobielconcessiegever wel eens uit het oog verloren.

De concessiegever blijkt het roekeloos karakter van zijn daad ook begrepen te hebben, want bij aangetekend schrijven van 28 januari 1981, wordt nu ineens opzegging gegeven, met een opzeggingstermijn lopende tot 31 december 1981. Hangende dit terugkrabbelaavontuur, wordt vanaf 1 april 1981 een nieuwe concessionaris aangesteld, niet samen met de bestaande concessionaris, die zich niet op een exclusiviteit kon beroepen, maar wel in diens vervanging.

De concessionaris gaat, met inachtneming van het voorgaande, op 4 juni 1981 over tot dagvaarding. Hangende het geding, wordt de houding eens te meer aangepast. Op 6 augustus 1981, dit nadat de concessiegever reeds werd gedagvaard, ziet deze een grove tekortkoming in het feit dat de concessionaris opzegging had gekregen van zijn mecaniciens en de concessionaris, wat in feite zeer begrijpelijk is,

wat graag al zijn mecaniciens die overbodig waren geworden, zijn bedrijf zag verlaten.

Deze feitelijke knoeiboel wordt door het hof van beroep in een goede plooi gestreken. Waar de concessiegever in cascdestijl zowel de toepasselijkheid van de wet van 27 juli 1961 als het begrip grove tekortkoming ter discussie stelde, worden al deze bananeschilletjes door het hof van beroep rustig uit de weg geruimd. Een opzeggingstermijn van drie en een half jaar wordt toegekend, waarbij het hof van beroep, zoals later zal worden uiteengezet ten onrechte, de eerste zes maanden van de opzeg die effectief werd genomen, in mindering brengt. Een en ander is interessant genoeg om even bij stil te blijven staan.

De toepasselijkheid van de wet van 27 juli 1961 kan nauwelijks discussie opleveren wanneer, zoals incasu, de concessierelatie reeds tweemaal werd vernieuwd, zodat elke latere verlenging, ongeacht haar duur, geacht wordt van onbepaalde duur te zijn. Terecht wijst het hof, in die omstandigheden, naar het bij wet van 13 april 1971 toegevoegde art. 3bis, 2°, Concessiewet.

Bij de beoordeling van het begrip «grove tekortkoming» is men allengs heel wat gewoon geraakt. In casu werd aan de concessionaris die geconfronteerd werd met de verbrekingsbrief van 15 januari 1981 en de opzeggingsbrief van 28 januari 1981, verweten de nodige schikkingen te hebben getroffen tot reorganisatie van zijn bedrijf. In een ander concessiegeschil, werd aan de concessionaris taalonkundigheid verweten (Brussel, 6 oktober 1983, *J.T.*, 1984, 134 met noot Van Bunnan L.).

Het begrip «grove tekortkoming», zo vaak aanleiding tot misverstanden, is nochtans eenvoudig. In beginsel bepalen partijen zelf wat zij als een grove tekortkoming beschouwen. Is contractueel bepaald dat een bepaalde contractuele tekortkoming gekwalificeerd wordt als een grove tekortkoming, dan beperkt de tussenkomst van de rechter zich tot de vaststelling van deze contractuele tekortkoming. Is de sanctie van de contractuele tekortkoming niet nader bepaald, dan moet deze, zoals elke andere tekortkoming, van die aard zijn dat de normale verdere samenwerking tussen partijen onmogelijk wordt gemaakt.

Nu is het duidelijk dat na de verbrekingsbrief van 15 januari 1981, de concessionaris niet anders kon dan het daardoor overtollig gevonden personeel onmiddellijk ontslaan of hun ontslag aanvaarden. Bij de beoordeling van het rouwgeld, zou men het hem precies verweten hebben te laat te zijn overgegaan tot de reorganisatie van het bedrijf.

Het is immers op het ogenblik dat de verbreking, verwoord in de brief van 15 januari 1981, aan de concessionaris wordt meegedeeld, dat de vergoedingsmechanismen in werking treden. Wanneer een partij eenzijdig, zonder opzegging, een concessieovereenkomst van onbepaalde duur verbreekt, neemt aldus de opzeggingstermijn een aanvang vanaf de ontvangst van de opzegging door de wederpartij. Het recht op schadevergoeding ontstaat en wordt bepaald bij het betekenen van de wil tot opzegging (zie o.m., Cass., 16 september 1965, *Pas.*, 1966, , 74, *J.T.*, 1966, 77; Cass., 25 maart 1976, in Bricmont, *La rupture unilatérale des concessions de vente*, Annexe XII, 22). Alles wat daarna nog geschiedt, zijn vijgen na pasen.

De concessiegever heeft dan ook niet meer de keuze tot het geven van een opzegging of vergoeding. Dit alternatief is achterhaald, aangezien reeds duidelijk de wil is geuit tot

verbreking waarop niet meer kan worden teruggekomen (Benoit-Moury en Matray, «Les concessions exclusives de vente. Préavis et indemnité de rupture», *Annales de droit*, 1980, 134).

Ook de concessionaris kan aan de rechter niet vragen een nieuw contract te sluiten of de verbreking op te schorten. De voorzitter in kort geding zou de gevolgen van een eenzijdige beëindiging van een concessieovereenkomst nochtans wel kunnen opschorten, enkel voor zover dit de enige mogelijkheid is voor de concessionaris om vergoed te worden voor de geleden schade. Aldus zou, ten einde een faillissement van de concessionaris te voorkomen, de dringende noodzakelijke maatregel van opschorting kunnen worden verleend (Brussel, 6 oktober 1983, *J.T.*, 1984, 134, met noot Van Bunnan L.). Er anders over denken zou immers al te gemakkelijk leiden tot rechtsmisbruik, waarbij in feite elke vergoeding onmogelijk wordt gemaakt, gezien een intussen uitgesproken faillissement. Zonder de negatie van het algemeen principe uit te maken, vormt deze uitzondering er de bevestiging van.

De concessiewetgeving bevestigt de principes van het algemeen recht, krachtens welke elk der partijen de mogelijkheid heeft om een concessie van onbepaalde duur eenzijdig te beëindigen en de rechtbank niet bij machte is deze eenzijdige verbreking te annuleren of uit te stellen (zie dienaangaande Delahaye, *Résiliation et résolution unilatérales en droit commercial belge*, nr. 102).

Behoudens de enkele uitzondering verleend door de kortgeding-rechter waardoor het vergoedingsmechanisme wordt gevrijwaard, is de regel dat de verbreking de mogelijkheid van een verdere gedwongen tenuitvoerlegging uitsluit, volledig. Is de eenzijdige verbreking eenmaal verworven, dan kan er geen sprake meer zijn van terugkrabbelen door het voorstellen van een opzeggingstermijn.

Indien er discussie is tussen partijen aangaande de duur van de opzeggingstermijn, kan de tussenkomst van de rechter om de opzeggingstermijn te bepalen, slechts ingeroepen worden op een ogenblik dat door geen van de partijen reeds opzegging is gegeven. Zodra één der partijen met miskenning van art. 2 Concessiewet de opzeggingstermijn eenzijdig heeft bepaald, beperkt het optreden van de rechter zich tot de vaststelling van de vergoeding in verhouding met de duur van de termijn die, naar zijn mening, had dienen te worden nageleefd.

Een andere mening, die zou toelaten dat de concessiegever, na de gegeven opzegging waarbij meteen reeds een einddatum is bepaald, een nieuwe einddatum bepaalt, leidt ertoe het tegenovergestelde te bereiken van hetgeen de wetgever heeft beoogd, nl. de bescherming van de concessierelatie (zie advies van de Raad van State, *Pasin.*, 1961, 635). De opzegging zou immers ontaarden in een middel tot onderhandelen over een aantasting van de concessie, waarbij onder bedreiging van een veel te korte opzeggingstermijn, door de concessiegever slechts gepoogd wordt de bestaande concessieovereenkomst aan te tasten (zie o.m., Luik, 3e kamer, 23 november 1979, DAF Belgique/Lelarge, A.R. 6985/76, onuitgegeven).

De concessiegever die vergoeding voor ontoereikende opzeggingstermijn wil vermijden, zal derhalve niet eenzijdig te werk gaan, maar in voorzichtige termen verzoeken tot onderhandelen. Gaat hij over tot eenzijdige onmiddellijke verbreking of het bepalen van de opzeggingstermijn waar-

bij meteen reeds de einddatum wordt vastgelegd dan kan hij hierop later niet meer terugkomen.

De voorzichtigheid waarmee de partij die de opzegging doet, te werk zal moeten gaan, mag dan ook niet gering-schat worden. Beter zal de concessiegever eraan doen zijn wil tot opzegging kenbaar te maken en uit te nodigen tot onderhandelen. Wordt geen resultaat bereikt, dan zal de concessiegever de rechtbank adiëren om een opzeggingstermijn te bepalen. Een dergelijke houding is echter achterhaald, als de concessiegever zelf een opzeggingstermijn heeft bepaald, want dan beperkt de tussenkomst van de rechter zich tot het bepalen van een vergoeding voor de termijn die had moeten worden nagekomen.

Bij de beoordeling van de opzeggingstermijn wordt door het hof terecht verwezen naar de duur van de concessieovereenkomst, de territoriale uitgestrektheid van de concessie, de moeilijkheid voor de concessiehouder om een concessie te vinden van gelijkwaardige produkten, de goede en geprezen faam die de produkten van de concessiegever genieten, de repercussie van de concessie op de gehele onderneming van de concessiehouder. Hieraan hadden nog andere criteria kunnen worden toegevoegd, zoals het aandeel van het geconcedeerde goed in de totale exploitatie, het gebeurlijk bestaan van onderconcessionarissen, enz. In feite laat dit alles zich reduceren tot één enkel criterium. De duur van de toe te kennen opzeggingstermijn dient van die aard te zijn, dat de mogelijkheid wordt geboden een nieuwe situatie te vinden die dezelfde commerciële voordelen biedt als de oude (Bricmont en Ghysels, *Le contrat de concession de vente exclusive*, blz. 46). Voornamelijk in de automobielsector leiden de commerciële concentratie en de fusies tussen de verschillende automobielconstructeurs ertoe dat het steeds moeilijker wordt een gelijksoortige concessie te vinden (zie o.m. Kh. Brussel, 16 april 1976, *B.R.H.*, 1976, 436).

Toch zijn er niet veel uitspraken van boven de drie jaar bekend (voor enkele voorbeelden waarbij drie jaar werd toegekend, zie men o.m. Kh. Brussel, 29 januari 1970, bevestigd door Brussel, 4 mei 1971, in Bricmont, o.c., *Annexe XII*, 8 en 9; Kh. Brussel, 4 juni 1971, *J.T.*, 1971, 595; Kh. Brussel, 25 januari 1974, *B.R.H.*, 1974, 117; Kh. Brussel, 9e kamer, Sipruth/Winkelman, A.R. 58/78 en 4573/78, onuitg.).

Dit is begrijpelijk, aangezien de rechtbanken, wanneer zij moeten oordelen over de vervangende opzeggingstermijn, meestal slechts dienen op te treden wanneer deze opzeggingstermijn ontoereikend is. Uiteraard betekent dit niet dat in praktijk opzeggingstermijnen van meer dan drie jaar niet zouden worden toegekend. Het onderhavige geschil is daar alvast een voorbeeld van, waarbij een opzeggingstermijn van drie en een half jaar door het hof van beroep werd toegekend.

Toch kan men bedenkingen formuleren aangaande het standpunt om deze drie en half jaar te verminderen met zes maanden, zijnde de duur van de feitelijk verleende opzegging. Dit standpunt had dienen genuanceerd te worden. Niet een vergoeding voor 42 maanden min 6 maanden, te weten 36 maanden, had dienen toegekend te worden, maar wel een corresponderende vergoeding van 42 maanden, waarbij de resultaten van de eerste zes maanden in mindering hadden kunnen komen.

Deze discussie is niet louter theoretisch. De concessionaris

die geconfronteerd wordt met de verbreking, en zelfs de aanduiding van een opvolger, zal de zes maanden in kwestie wellicht niet hetzelfde zakencijfer hebben gehaald, als de door het hof aangeduide referentietermijn van de laatste vijf jaar voorafgaand aan de verbreking.

Merkwaardig is voorts, dat de begroting van de vervangende opzeggingsvergoeding geschiedde aan de hand van een brutowinst. Hier heeft de betrokken concessionaris alleszins geen nadeel van geleden. In feite had deze begroting dienen te gebeuren aan de hand van de semi-brutowinst, zijnde het nettobedrijfsresultaat, zoals men dat kan afleiden uit de fiscale aanvaarde en behoorlijk ter griffie van de rechtbank van koophandel neergelegde balansen, waarbij de niet-indrukbaar kosten worden gevoegd, zijnde de kosten die blijven voortduren zo een normale opzeggingstermijn was gegeven. Aangezien het in casu ging om een 100 % geconcedeerde merk, dient er geen uitsplitsing te geschieden tussen de verschillende produkten die verkocht werden. Als vaste kosten kunnen o.m. in aanmerking worden genomen die van de bestuurders wanneer het gaat om vennootschappen met een uitgesproken familiaal karakter (Kh. Brussel, 11 juni 1974, *J.T.*, 1974, 641, *Rev. Prat. Soc.*, 1975, nr. 5853, 74, met noot 't Kint), de afschrijvingen welke nog zullen verder lopen na het beëindigen van de concessie, gebeurlijke huurcontracten die blijven verder lopen na de concessie, minimum-personeelskosten voor magazijn en onderhoud, onroerende voorheffingen, diverse belastingen die zullen blijven bestaan, zoals bv. taxen op hinderlijke inrichtingen, drijfkracht, personeel, aanplakborden, lichtreclames, Sabam, kijk- en luistergeld.

Sommige niet-indrukbaar zullen zich echter partieel laten drukken en slechts voor een bepaald percentage in aanmerking komen. Gedacht wordt o.m. aan onderhoud van de gebouwen, onderhoud van materieel, energiekosten en verwarming, brandverzekering, beroepsbijdragen en telefoonkosten.

In casu blijkt hieromtrent geen discussie te zijn gevoerd, maar werd de wel voor de concessionaris zeer bevredigende oplossing genomen om alle brutowinsten in aanmerking te nemen.

Bij de begroting van de billijke bijkomende vergoedingen die zich in casu beperkte tot een vergoeding voor cliënteel, wordt door het hof van beroep weinig uitleg verstrekt. Deze vergoeding zal in de materie van de automobielconcessies het gemakkelijkst begroot worden door de vergelijking te maken van het aantal voertuigen verkocht in de beginperiode en het laatste normale jaar voorafgaand aan de verbreking. Deze toename van voertuigen wordt vermenigvuldigd met de semi-brutowinst per voertuig. Hoe het hof, in casu, precies deze goodwill heeft bepaald, wordt niet verder aangeduid. Het bedrag van 1.903.983 frank is in elk geval ruim toegekend in verhouding tot de vervangende opzeggingsvergoeding.

In casu stelt het hof zich echter heel wel strenger op bij de begroting van de kosten gemaakt met het oog op de exploitatie die toekomen aan de concessiegever, en wordt eveneens niets uiteengezet over rouwgeld.

De kosten gemaakt met het oog op de exploitatie die toekomen aan de concessiegever, laten zich nochtans detaileren door optelling van de zuivere prospectiekosten samen met de verschillende commissies waarvan redelijk mag wor-

den verwacht dat de concessiegever ze nog later zal genieten.

Aangaande het rouwgeld was er in casu geen probleem aangezien de opzegging uitging van de betrokken werknemers zelf. Was het de werkgever die opzegging had gedaan, dan diende onder rouwgeld te worden verstaan de vergoedingen die werden uitbetaald aan het personeel dat overbodig werd door het beëindigen van de concessie. Het begrip rouwgeld is ruimer dan een verbrekingsvergoeding. Rouwgeld is immers verschuldigd, zelfs indien de concessionaris personeel heeft behouden met het oog op het spoedig vinden van een gelijkaardige concessie (Brussel, 18 juni 1968, *J.T.*, 1969, 29).

Uiteraard is een billijke bijkomende vergoeding verschuldigd, zelfs indien de concessionaris een toereikende opzeggingstermijn zou hebben genoten. De verplichting tot betaling van de billijke bijkomende vergoeding staat immers volledig los van de verplichting tot betaling van de vergoeding voor de opzeggingstermijn welke had moeten worden nagekomen (Cass., 19 januari 1984, *R.W.*, 1984-85, 1363).

Het arrest van 9 mei 1985 is alvast een mooie illustratie van wat een onberedeneerde houding van een concessiegever aan schadevergoeding kan meebrengen. Na betekening van de verbreking restte nog slechts een pijnlijk avontuur.

Johan Billiet

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

8e KAMER — 29 MEI 1985

Voorzitter: de h. Vanderhoeft

Raadsheren: de h. Vandeplas (rapporteur) en mevr. Beeckman

Advocaat-generaal: de h. Van Camp

Advocaat: mr. Bacquaert

1. Valsheid in geschrifte — Onnauwkeurige inlichtingen ten einde financiële steun van O.C.M.W. te verkrijgen — Specialia derogant generalibus — 2. Ontucht en prostitutie — Souteneurschap.

1. Art. 20, §§ 1 en 3, van de wet van 2 april 1965 bestraft de gegadigden die met bedrieglijk opzet of met het oogmerk om te schaden onnauwkeurige inlichtingen verstrekken ten einde van het O.C.M.W. financiële steun (in de wet «terugvorderbare kosten» genoemd) te verkrijgen.

Deze bijzondere wet wijkt af van het commune strafrecht dat de valsheid in geschrifte en het gebruik van valse stukken bestraft. Gezien de uitdrukkelijke wil van de wetgever om het aldus bedrieglijke verstrekken van valse, onjuiste of onnauwkeurige inlichtingen aan een bijzondere bestraffing te onderwerpen, heeft deze bijzondere wet dan ook voorrang op het commune strafrecht dat valsheid in geschrifte en gebruik van valse stukken bestraft.

2. Het is geenszins vereist dat een souteneur uitsluitend leeft ten laste van een prostituee om te worden veroordeeld wegens souteneurschap; voldoende is dat hij ten dele van de opbrengst van de immorele bedrijvigheid van de prostituee leeft.

T.

(...)

Overwegende dat de beklaagde wordt vervolgd uit hoofde van valsheid in geschrifte en gebruik van een vals stuk, namelijk «door valse verklaringen af te leggen omtrent zijn familiale en financiële toestand, verklaring door hem ondertekend»;

Overwegende dat de beklaagde een aangifte van zijn bestaansmiddelen en van zijn feitelijke gezinstoestand bij het O.C.M.W. heeft ingediend ten einde financiële steun te verkrijgen en dat hij hierbij zijn bedrijfsinkomsten, zijn inkomsten uit roerende goederen en de omstandigheid dat hij samenwoonde met een prostituee, heeft verzwegen;

Overwegende dat de beklaagde desbewust heeft gehandeld en dat hij aan de onderzoeksrechter heeft toegegeven dat hij «een vergissing had begaan» daar hij beseftte dat hij het «O.C.M.W. op de hoogte had moeten brengen» van het feit dat hij samenwoonde met een prostituee die zich op zijn adres overleverde aan prostitutie;

Overwegende dat de wetgever de gegadigden bestraft die met bedrieglijk opzet of met het oogmerk om te schaden onnauwkeurige inlichtingen verstrekken ten einde van het O.C.M.W. financiële steun (in de wet «terugvorderbare kosten» genoemd) te verkrijgen; dat deze bijzondere wet afwijkt van het commune strafrecht dat de valsheid in geschrifte en het gebruik ervan bestraft en dat, gezien de uitdrukkelijke wil van de wetgever om het aldus bedrieglijk verstrekken van valse, onjuiste of onnauwkeurige inlichtingen aan een bijzondere bestraffing te onderwerpen, deze bijzondere wet dan ook voorrang heeft op het commune strafrecht dat valsheid in geschrifte en gebruik ervan bestraft;

Overwegende dat deze feiten omschreven en bestraft worden door art. 20, §§ 1 en 3, van de wet van 2 april 1965 en dat deze alternatieve telastlegging aan de beklaagde ter terechtzitting ter kennis werd gebracht zodat hij zich daarover behoorlijk heeft kunnen verdedigen;

Overwegende dat de feiten van deze alternatieve telastlegging, die zich identificeren met die van de telastlegging A, ten laste van de beklaagde bewezen zijn enerzijds door de overlegging van het aangifteformulier en anderzijds door de bekentenissen van de beklaagde;

Overwegende dat de beklaagde weliswaar bij conclusie aanvoert dat hij sedert 1 januari 1982 tot 12 oktober 1982 geen bedrijfsinkomsten heeft genoten; dat hij echter aan de sociale assistent heeft verklaard dat hij tot april 1982 heeft gewerkt; dat hij bovendien nog steeds inkomsten uit roerende goederen had, zoals blijkt uit de bankuittreksels die hijzelf heeft overgelegd; dat hij ten slotte ook de «andere personen met wie de aanvrager samenwoont», had dienen te vermelden; dat hij door deze verzwijging onnauwkeurige inlichtingen in de zin van art. 20 van de wet van 2 april 1965 heeft verstrekt en dat hem op grond van deze onnauwkeurige gegevens steun werd verleend die hij anders niet zou hebben gekregen;

Overwegende dat de beklaagde deze «terugvorderbare kosten» uitbetaald kreeg van het O.C.M.W. op grond van de «onnauwkeurige» inlichtingen die hij had verstrekt en dat hij op deze manier oplichting heeft gepleegd zoals omschreven onder de telastlegging C;

Overwegende dat de beklaagde aanvoert dat hij geen op-

lichting heeft gepleegd omdat hij geen «maneuvers heeft aangewend» om steungeld te krijgen, doch loutere leugenachtige beweringen heeft afgelegd; dat de betrokkene ter zake een onjuiste aangifte heeft gedaan aan het O.C.M.W. met het oogmerk om op deze bedrieglijke wijze steungeld te krijgen waarvan hij wist dat hij er geen recht op had of waarvan hij althans beseftte dat het hem niet zou worden toegekend indien de ware toedracht, zoals wettelijk voorgeschreven, zou zijn bekendgemaakt aan het O.C.M.W.; dat deze onjuiste aangifte niet slechts «een leugenachtige bewering» is, maar op een officieel document wordt verstrekt dat door de verzoeker wordt ondertekend; dat deze onjuiste aangifte, waarop de hulpverstrekking gebaseerd is, een listige kunstgreep uitmaakt met het oogmerk om aldus misbruik te maken van het vertrouwen of van de lichtgelovigheid van het bestuur van het O.C.M.W.; dat de omstandigheid dat deze aangifte achteraf door een maatschappelijk assistent wordt onderzocht niets afdoet aan het bedrieglijk karakter van het onnauwkeurig formulier en dat de betrokkene er trouwens in geslaagd is om op deze wijze het O.C.M.W. te verschalken en zich deze steungelden ten belope van 11.076 fr. te doen uitbetalen; dat het hier bijgevolg niet gaat om «loutere leugenachtige beweringen», maar om het verstrekken van valse of onjuiste gegevens op een officieel aangifteformulier dat als basis dient voor de toekenning van steungelden, hetgeen ongetwijfel een listige kunstgreep uitmaakt;

Overwegende dat de feiten van de telastleggingen A, zoals hierboven heromschreven, en C gepleegd werden met eenheid van opzet en dat ze overeenkomstig art. 65 van het Strafwetboek bestraft dienen te worden met één enkele straf; dat de hiernabepaalde straf gepast voorkomt;

Overwegende dat de beklagde tevens wordt vervolgd uit hoofde van souteneurschap zoals omschreven onder de telastlegging B; dat hij aanvoert dat hij over financiële middelen beschikte en de prostitutie met wie hij samenleefde, geen geld afhandig maakte;

Overwegende dat geenszins vereist is dat een souteneur uitsluitend zou leven ten laste van de prostituee om veroordeeld te worden wegens souteneurschap; dat voldoende is dat hij ten dele van de opbrengst van de immorele bedrijvigheid van de prostituee leeft om onder de toepassing van artikel 380bis van het Strafwetboek te vallen; dat uit het vooronderzoek gebleken is dat de beklagde geregeld rijdt met het voertuig Renault R4 ingeschreven op naam van de prostituee waar hij mee samenleeft; dat hij geregeld 10.000 fr. per maand ontvangt van deze prostituee onder voorwendsel dat het om een terugbetaling van een lening gaat, maar dat van deze lening geen enkel bewijs wordt overgelegd; dat hij op zijn naam een huis huurt in de Keistraat te Antwerpen waar zijn bijzit zich prostitueert en een tweede huis in de J. De Geyterstraat waar hij samenwoont met deze vrouw, maar dat in feite beide huurgelden door deze prostituee worden betaald; dat ook gas, water en elektriciteit met de gelden afkomstig van het onzedelijk bedrijf van deze vrouw worden bekostigd; dat deze feiten blijken uit de verklaringen afgelegd door de beklagde en door zijn bijzit en uit de omstandigheid dat hij over niet voldoende inkomsten beschikt om bij te dragen in de kosten van het huishouden;

(...)

NOOT—I. *Betreffende de valsheid in geschrifte en de bijzondere wetten*

1. Ten deze heeft het Hof van Beroep te Antwerpen de aanvankelijke kwalificatie van valsheid in geschrifte en gebruik ervan heromschreven als een overtreding van artikel 20, § 1, van de wet van 20 april 1965 en dit op grond van het adagium «specialia generalibus derogant, non generalia specialibus».

We verwijzen dienaangaande naar de rechtsleer: J. Van Halewijn en L. Dupont, *Valsheid in geschriften*, nr. 613, A.P.R.; J. D'Haenens, «Is een synthese van de beteugeling in de bijzondere strafwetten te realiseren», *R.W.*, 1962-63, 473; J. Messine, «Le rôle du juge pénal belge en présence des problèmes économiques», *J.T.*, 1970, 425 en 448; P.E. Trousse, *Principes généraux*, Nov., *Droit pénal*, I, 1, nr. 70 e.v.; R. Legros, «L'influence des lois particulières sur le droit pénal général», *Rev. sc.crim. et dr.pén. comp.*, 1968, 233.

2. De wet van 20 april 1965 betreffende het ten laste nemen van de steun verleend door de commissies van openbare onderstand (B.S., 6 mei 1965 en 25 mei 1965), bepaalt in zijn artikel 20, § 1, dat hij die met bedrieglijk opzet of met het oogmerk om te schaden *onnauwkeurige opgaven* verstrekt betreffende de bepaling van de bevoegde commissie en van het onderstandsdomicilie of de vaststelling van de terugvorderbare kosten waarvan sprake in die wet, bestraft wordt met een gevangenisstraf van acht dagen tot zes maanden en/of een geldboete van 26 tot 1.000 fr.

3. Daar er noch rechtspraak, noch rechtsleer dienaangaande bestaat, is de rechtspracticus aangewezen op de parlementaire voorbereiding. In de memorie van toelichting van de minister van Volksgezondheid en het gezin wordt verduidelijkt dat «de sancties worden toegepast op diegene die inlichtingen moet verstrekken met het oog op de uitvoering van de wetsbepalingen en die met bedrieglijk opzet onnauwkeurige gegevens verstrekt» (*Kamer, Bescheiden*, 1960-61, nr. 703/1).

Later vinden we aanwijzingen dat de Regering het wetsontwerp nog steeds steunt, maar een strengere bestraffing wenst (*Kamer, Bescheiden*, 1961-62, nr. 288/2).

4. Noch tijdens de besprekingen in de kamercommissie of de senaatscommissie, noch in het advies van de Raad van State, noch in openbare vergadering werd enige verduidelijking betreffende de strafbepalingen gegeven. Dit is wel enigszins verwonderlijk, daar de vroegere wetgeving (nl. de wet van 27 november 1891) geen bestraffing van de verzoeker om steun inhield en anderzijds het commune strafrecht toch reeds een beteugeling van misbruiken mogelijk maakt.

5. In Frankrijk heeft de wetgever m.b.t. deze materie geoordeeld dat het Strafwetboek reeds voldoende bestraffingsmogelijkheden bevatte (P. Senaeve, *De bestrijding van de armoede in België*, p. 72). Wellicht kan ook hier worden aangenomen dat, zoals professor R. Declercq het formuleert, «het stuk strafrecht door de wetgever in het voorbijgaan werd gepleegd» (R. Declercq, «Strafrechtelijke aspecten van recente wetswijzigingen inzake inkomstenbelasting», *Acta Falconis*, 83/5, p. 5).

6. Als «onnauwkeurige opgave» in de zin van art. 20, § 1, van bovenvermelde wet nam het hof aan dat er hier desbewust verzwijging was van de gezinstoestand en van de financiële middelen in een officieel document (nl. het aan-

gifteformulier) ten einde steun te krijgen van het O.C.M.W..

De termen van art. 20, § 1, zijn zo algemeen en zo elastisch, dat deze incriminatie niet indruist tegen de wettekst, al moet toch worden opgemerkt dat deze strafbepaling hoofdzakelijk bedoeld was om te voorkomen dat de commissie van openbare onderstand (thans: O.C.M.W.) zich zou onttrekken aan haar onderhoudsverplichting ten nadele van een andere commissie door het doorspelen van onnauwkeurige gegevens betreffende woon- of verblijfplaats van de behoeftige (cf. art. 2, § 2).

7. De bekommernis van de wetgever blijkt duidelijk uit art. 19, § 1, waar sprake is van administratieve maatregelen in geval van beloften, bedreigingen, misbruik van gezag of van macht, of gewoon niet optreden van personeelsleden of leden van de commissie t.a.v. behoeftigen. Ook het oude art. 38 van de wet van 27 november 1891 viseerde enkel het administratief kader en niet de aanvrager van steun.

Het lijkt echter geen twijfel dat in de wet van 20 april 1965 de steunzoeker gestraft wordt die meerdere aanvragen indient bij verschillende commissies van openbare onderstand en die te dien einde «onnauwkeurige opgaven» verstrekt. Ook de steunzoeker die onjuiste inlichtingen betreffende de vaststelling van de terugvorderbare kosten verstrekt, wordt expliciet gevisieerd (cf. art. 9, waarin bepaald wordt dat de commissie deze «kosten van bijstand» kan terugvorderen).

8. Er moet ook verwezen worden naar art. 17 van de wet van 7 augustus 1974 tot instelling van het recht op een bestaansminimum dat bepaalt: «Een ieder die wetens en wilens valse verklaringen aflegt of valse attesten opmaakt betreffende de gezondheidstoestand of de sociale toestand van de betrokkene met de bedoeling deze het bestaansminimum te doen toekennen waarop hij geen aanspraak kan maken wordt gestraft (...) en dit onverminderd de toepassing van andere strafbepalingen, inzonderheid van het K.B. van 31 mei 1933 betreffende de verklaringen te doen inzake subsidies, vergoedingen en toelagen van alle aard, die geheel of gedeeltelijk ten laste van het Rijk zijn.»

Hier wordt weliswaar veeleer de persoon bedoeld die een gelegenheidsattest valselijk opstelt, maar mededaderschap of medeplichtigheid is eventueel niet uitgesloten in de persoon van de steunverzoeker.

9. Uit art. 11 van de wet van 7 augustus 1974 kan worden afgeleid dat de uitbetalingen inzake bestaansminimum, ofschoon ze geschieden door de commissies van openbare onderstand, uiteindelijk door het Rijk worden toegekend en gefinancierd. Dit bestaansminimum is bijgevolg een «staatstoelage», hetgeen bezwaarlijk kan worden gekwalificeerd als «terugvorderbare kosten» in de zin van art. 20, § 1 van de wet van 20 april 1965, zelfs al kan het bestaansminimum in bepaalde omstandigheden worden teruggevorderd.

10. Het K.B. van 31 mei 1933 bestraft degene die wetens en wilens een valse verklaring of een onvolledige verklaring indient en zijn verklaring ondertekent en doet voorafgaan met de bewoordingen dat de verklaring «in eer en geweten oprecht en volledig is». Het gaat om aanvragen van subsidies, vergoedingen en toelagen van alle aard, die geheel of ten dele ten laste van het Rijk vallen.

Ook in dit geval kon bezwaarlijk worden gesproken van een subsidie, een vergoeding of een toelage, nu art. 20, § 1,

van de wet van 20 april 1965 het alleen maar over «terugvorderbare kosten» heeft.

11. Bij het zoeken naar de toepasselijke strafbepaling is het van belang na te gaan welke de juiste aard is van de steun die door het O.C.M.W. wordt uitgekeerd. Is het een bestaansminimum, dan is de wet van 7 augustus 1974 gecombineerd met het K.B. van 31 mei 1933 van toepassing. Zijn het louter «terugvorderbare kosten», dan is slechts art. 20, § 1, van de wet van 2 april 1965 toepasselijk.

II. Ontucht en prostitutie

Inzake souteneurschap kan worden verwezen naar Cass., 7 oktober 1981, *Pas.*, 1982, I, 205.

G. Van Craen

BURGERLIJKE RECHTBANK TE TURNHOUT

2e KAMER — 10 MAART 1983

Voorzitter: de h. Vanermen

Rechters: de hh. Kortleven en Emsens

Advocaten: mrs. Huysmans loco Luyten en Megens

Verzekering — Premie — Voorwerp onvoldoende bepaald — Overeenkomst nietig.

Het voorwerp van een verzekeringsovereenkomst is onvoldoende bepaald en de overeenkomst bijgevolg nietig als in de polis noch de oorspronkelijke premie noch het basisbedrag voor verdere berekeningen en aanpassingen is vermeld.

St/ N.V. U.

Overwegende dat de oorspronkelijke vordering uitgaat van de N.V. U. en ertoe strekte veroordeling te bekomen tot betaling van een premie inzake een polis burgerlijke aansprakelijkheid autobestuurder, waarvan door oorspronkelijke eiseres gesteld wordt, dat de premie bedraagt de som van 14.572 fr., welke vervallen is op 15 maart 1980;

Overwegende dat de eerste rechter appellant heeft veroordeeld tot betaling van de som van 14.572 fr., te verhogen met de vergoedende interest vanaf 13 juni 1980, de gerechtelijke interest en de kosten van het geding; dat de eerste rechter de mening was toegedaan dat de afgesloten polis voldoet aan een voorwaarde gesteld bij de artt. 25 en 27 van de wet van 11 juni 1874 inzake verzekeringen omdat de datum van het sluiten der overeenkomst, de naam van de verzekeringnemer en zijn handtekening, de duidelijke omschrijving van het risico, de datum van aanvang en einde van het risico alsook het bedrag van de premie vermeld werd;

Overwegende dat er inzonderheid betwisting bestaat tussen partijen wat betreft het bedrag van de premie;

Overwegende dat de eerste rechter de mening was toegedaan dat de premie geldend op 15 maart 1979 gekend was a rato van 14.572 fr.; dat deze rechter tot dit besluit komt voortgaande op het feit dat appellant met geïntimeerde een verzekeringspolis voor een voertuig heeft afgesloten op 15 maart 1977 met inwerkingtreding op 15 maart 1980 en dat appellant, oorspronkelijk verzekerd was bij een andere ver-

zekeringsmaatschappij te weten De B.; dat de overeenkomst bij laatstgenoemde maatschappij eindigde op 15 maart 1980, en dat op 15 maart 1977 de overdracht van de verzekeringspolis aan geïntimeerde reeds werd overeengekomen; dat de eerste rechter voorts het contract verder heeft ontleed en van oordeel was dat de gegevens dienaangaande vermeld toereikend waren om de premie te bepalen;

Overwegende dat deze rechtbank na onderzoek der stukken vaststelt dat appellant inderdaad een overeenkomst sloot met geïntimeerde, en dit op 15 maart 1977, dat het voorstel tot verzekering dateert van 8 maart 1977, dat het risico als zodanig voldoende is omschreven en dat uitdrukkelijk werd vermeld bij de premie: «geen»;

Overwegende dat voorts de polis bepaalt dat de bovenvermelde handelspremie, overeenkomt met het indexcijfer 97,43 punten en eventueel met de bonus-malusgraad van 10, zij is nog om te zetten in verhouding tot het laatst van kracht zijnde indexcijfer, en eventueel van de laatst van kracht zijnde bonus-malusgraad;

Overwegende dat in casu bij het sluiten van de overeenkomst geen enkel basisbedrag werd bepaald,

Overwegende dat met de vermelding van een basispremie er geen enkel bezwaar kan of zou zijn tegen het feit dat, wanneer deze polis pas op veel latere datum ingaat, te weten op 15 maart 1980, dan aanpassingen zouden worden doorgevoerd op basis van de index en met inachtneming van de bonus-malusgraad waarin verzekerde zich zou bevinden;

Overwegende dat het evenwel noodzakelijk is dat de oorspronkelijke premie of het basisbedrag van verdere berekeningen voor indexaties en aanpassingen hoe dan ook vermeld zou zijn, derwijze dat de premie die bij de vervaldag verschuldigd zou zijn minstens berekenbaar zou zijn of afleidbaar;

Overwegende dat uit de huidige polis geenszins de premie als zodanig bepaalbaar is;

Overwegende dat de door vorige maatschappijen gevraagde premies voor vroegere periodes dienaangaande totaal irrelevant zijn;

Overwegende dat appellant dan ook terecht stelt dat het voorwerp van de overeenkomst onvoldoende is bepaald derwijze dat de polis nietig is;

Overwegende dat in die omstandigheden de schuldverdeling noch bepaald noch begrootbaar is;

Overwegende dat in de polis vermeld werd dat de premie bedroeg: «geen»;

Overwegende dat appellant terecht stelt dat een basiselement van het contract ontbreekt;

Overwegende dat dan ook de overeenkomst nietig is wegens het onvoldoende bepaald zijn van het voorwerp, verplichtingen van verzekerde;

Overwegende dat de eerste rechter de oorspronkelijke vordering dan ook ten onrechte gegrond heeft verklaard; (...)

NOOT—De premie als essentieel bestanddeel van het verzekeringscontract

1. Om het ontstaan te kunnen geven aan een overeenkomst, dient er tussen de partijen wilsovereenstemming te bestaan over de *essentiële bestanddelen* van de overeen-

komst en over de bestanddelen waaraan de partijen een essentieel karakter hebben willen geven en die «*substantieel*» worden genoemd (zie, wat het principe betreft, Cass., 12 juni 1980, *Arr. Cass.*, 1979-80, 1263; *Pas.*, 1980, I, 1248, *R.W.*, 981-82, 937; zie voorts de verwijzingen bij Van Oevelen, A., en Dirix, E., «Kroniek van het verbintenissenrecht (1981-1984) (eerste deel)», *R.W.*, 1985-86, (1), 17, nr. 13). Essentiële bestanddelen van een *verzekeringscontract* zijn, naast het bestaan van een *risico*, de door de verzekeringnemer verschuldigde *premie* (Laloux, P., *Traité des assurances terrestres en droit belge*, Brussel, Bruylant, 1944, 22-23, nr. 23; Monette, F., De Ville, A., en André, R., *Traité des assurances terrestres*, I, Brussel, Bruylant, 1949, 187-188, nr. 127).

2. Daar het verzekeringscontract een wederkerige overeenkomst is, ontstaan hieruit verbintenissen voor beide partijen. De betaling van de premie vormt het voorwerp van de verbintenis van de verzekeringnemer. In een engere zin kan men stellen dat de premie zelf het voorwerp is van de verbintenis van de verzekeringnemer.

Zoals voor het voorwerp van iedere overeenkomst, geldt ook voor de verzekeringspremie dat deze *voldoende bepaald* of minstens *bepaalbaar* moet zijn aan de hand van de elementen van het contract, zonder dat hiervoor nog een nieuwe, bijkomende wilsovereenstemming van partijen nodig is (zie art. 1129 B.W.). De partijen moeten inderdaad weten waartoe zij zich verbinden.

Evenals voor de prijs in een koop-verkoop (zie art. 1591 B.W.), wordt ook voor de premie in een verzekeringscontract algemeen aangenomen dat het bedrag ervan niet noodzakelijk met een bepaald cijfer uitdrukkelijk in het contract moet zijn vastgelegd. Voldoende is dat de premie bepaalbaar is, d.w.z. dat het bedrag ervan kan worden berekend met behulp van de elementen die in de overeenkomst vervat liggen (Laloux, P., *o.c.*, 23, nr. 23; Monette, F., De Ville, A., en André, R., *o.c.*, 187, nr. 127; Van Ryn, J. en Heenen, J., *Principes de droit commercial*, IV, Brussel, Bruylant, 1965, 19, nr. 2421; Fredericq, L. en S., *Handboek van Belgisch Handelsrecht*, II, Brussel, Bruylant, 1978, 348, nr. 1011). Het moet daarbij wel gaan om objectieve elementen die niet afhangen van het volledig goedgehouden van één der partijen.

3. Het geannoteerde vonnis heeft deze algemene verbintenismatige principes op een correcte wijze toegepast naar aanleiding van een vordering tot betaling van de premie van een W.A.M.-polis. Vermoedelijk ten gevolge van een vergetelheid of van een verschrijving bij het invullen van het verzekeringsvoorstel, was er bij de premie uitdrukkelijk vermeld: «geen». In de polis kwamen wel clausules voor betreffende de aanpassing van «bovenvermelde handelspremie» op basis van de bonus-malus-schaal en in verband met de schommelingen van het indexcijfer van de consumptieprijzen, maar was niet de basispremie vermeld op grond waarvan deze aanpassingen zouden kunnen worden doorgevoerd.

Daar in de polis het bedrag van de oorspronkelijke premie niet was vermeld en evenmin het basisbedrag was opgenomen aan de hand waarvan de in het contract geregelde aanpassingen of indexeringen van de premie zouden kunnen worden berekend, werd terecht beslist dat de op de vervaldag verschuldigde premie niet bepaalbaar was. Het principe van het schriftelijk bewijs van het verzekerings-

contract (zie art. 25 Verzekeringwet) speelde daarbij uiteraard een belangrijke rol: de elementen op basis waarvan de verschuldigde premie zou kunnen worden berekend, dienen te worden gevonden in de documenten die het bestaan van de overeenkomst vaststelden, het verzekeringsvoorstel en de polis zelf. De sanctie van de nietigheid van de overeenkomst wegens het onvoldoende bepaald zijn van het voorwerp van de verbintenis van de verzekeringnemer, moest in dit geval dan ook worden toegepast.

De verzekeraar en de tussenpersonen in het verzekeringswezen zullen uit dit vonnis wel de voor de hand liggende conclusie moeten trekken dat het invullen van een verzekeringsvoorstel en het opmaken van een polis met de nodige zorg en nauwkeurigheid dienen te gebeuren.

Alois Van Oevelen
UIA-UFSIA

CORRECTIONELE RECHTBANK TE BRUGGE

7e KAMER — 8 NOVEMBER 1984

Voorzitter: mevr. Ongena

Openbaar ministerie: de h. Heimans

Advocaat: de h. Lievens

Rechtvaardiging en verschoning — Onoverwinnelijke dwaling — Deskundig advies.

Goede trouw is noodzakelijk, maar onvoldoende om rechtsdwaling te rechtvaardigen. Deskundige voorlichting kan aanleiding geven tot onoverwinnelijke dwaling, maar een onzorgvuldig of onvolledig advies kan geen grondslag voor onoverwinnelijke dwaling opleveren.

D.

Beklaagde werpt de onoverwinnelijke dwaling in.

Het adagium «nemo ius ignorare censetur» vindt geen toepassing wanneer de onwetendheid van de beklagde voortkomt uit een aan hem niet toe te rekenen vreemde oorzaak die zo is dat elk vooruitziend, voorzichtig en redelijk mens onder dezelfde omstandigheden in dezelfde dwaling zou hebben verkeerd (zie Vanhoudt en Calewaert, Belg. Strafrecht, 2e ed., II, p. 404, nrs. 812 e.v.);

De rechtsdwaling moet onoverwinnelijk zijn en de goede trouw is noodzakelijk.

Dit laatste element spruit uit het contract met K. waarin als speciale conditie vermeld staat dat het aflatoxinegehalte maximum 0.2 ppm bij aankomst mag bevatten.

De goede trouw is echter onvoldoende.

Beklaagde liet daarop de ingevoerde stof ontleden, nl. door de Koninklijke Vereniging Het Comité van Graanhandelaars en door de N.V. Servaco en het is op basis van die ontledingen dat bij het diervoeder 20 % aardnootschaal werd gemengd. Aangezien de overige bestanddelen geen aflatoxine bevatten kan volgens de beklagde normaal de toegelaten 0.02 ppm aflatoxine niet overschreden worden. Beklaagde had zich dus deskundig laten voorlichten.

Uit de getuigenis ter zitting van de controleur Moerman blijkt dat de aflatoxine niet homogeen voorkomt in een partij en dat een gedeelte van de te ontleden partij meer besmet is dan een ander. Het advies was in casu niet verkeerd, doch onvolledig.

De rechtbank beschouwt echter dit onvolledig advies niet als onoverwinnelijk. Beklaagde moest, daar hij op 1 febr. 1982 voor een soortgelijke zaak veroordeeld was, met grotere voorzichtigheid te werk gaan en kan diensgevolg als gewaarschuwd man zich niet op dwaling beroepen.

(...)

NOOT—Wetenschappelijke expertise en onoverwinnelijke dwaling

1. Het feit dat de verdachte vóór het plegen van de vervolgde feiten deskundig advies had ingewonnen dat liet uitkomen dat deze daden niet strafbaar zijn, kan dienen als een grond voor onoverwinnelijke dwaling.

Dit zal zowel het geval zijn bij een advies omtrent de draagwijdte van de rechtsregel zelf (rechtsdwaling; zie Arnou, P., «Verkeerd advies als grond voor onoverwinnelijke dwaling», R.W., 1983-84, 2782-2785), als bij een voorafgaand deskundig onderzoek van bepaalde feitelijke gegevens van de zaak (feitelijke dwaling).

2. Vereist is wel dat het ingewonnen advies van die aard is dat het ieder redelijk en voorzichtig persoon onder die omstandigheden in dwaling zou hebben gebracht.

Het enkele feit slecht geadviseerd te zijn, zelfs door een deskundig persoon, is dus op zichzelf niet voldoende om een onoverwinnelijke dwaling op te leveren (Cass., 20 april 1982, Pas., 1982, I, 949).

Duidelijk is ook dat aan een verdachte die in de sector werkzaam is of er dikwijls mee in aanraking komt, zwaardere eisen gesteld kunnen worden (cf. Bergen, 17 februari 1982, T. Aann., 1984, 28). Terecht beslist bovenstaand vonnis dan ook dat dit tevens het geval is wanneer iemand reeds voorheen is veroordeeld voor soortgelijke feiten.

3. Vooral in het gezondheids- en milieurecht stapelen zich de laatste jaren een serie wetten op die het gebruik van bepaalde stoffen verbieden, begrenzen of normeren.

Het zal daarbij dikwijls onmogelijk zijn zonder ontleding of expertise te weten of en hoeveel een bepaald produkt aan dergelijke stoffen bevat.

Wanneer de rechtsonderhorige deze ontleding heeft laten uitvoeren door een ter zake bevoegde instelling, dient te worden aangenomen dat hij op de resultaten ervan mag steunen. Blijken deze naderhand verkeerd te zijn zodat de verdachte door het aanwenden van deze stoffen de wet heeft overtreden, dan is er wellicht onoverwinnelijke dwaling.

Terecht werd dan ook beslist dat de beklagde vrijuit gaat als een expert hem na onderzoek verzekert dat een erts niet meer dan toegelaten radioactieve elementen bevat en dit nadien fout blijkt te zijn (impliciet in corr. Gent, 13 november 1969, R.W., 1969-70, 762).

Dezelfde oplossing geldt naar onze mening ook wanneer een sportman een nieuw soort geneesmiddel laat onderzoeken door een bevoegd geneesheer en deze hem meedeelt dat het niet valt onder de stimulantia (zie in dat verband: Cass., 23 december 1968, Pas., 1969, I, 379).

4. Uiteraard is ook vereist dat de expert aan wie het advies is gevraagd, algemeen als competent ter zake mag worden beschouwd.

Wij verwijzen hier naar de formulering van dit beginsel door de Nederlandse Hoge Raad: het deskundig advies moet verstrekt zijn door een persoon of instantie, aan wie een zodanig gezag valt toe te kennen, dat de verdachte in

redelijkheid op de deugdelijkheid van het advies mag vertrouwen (H.R., 13 december 1960, *N.J.*, 1961, 416; De-meersseman, H.A., *De autonomie van het materiële strafrecht*, Gouda-Quint, Arnhm, 1985, blz. 424).

Bovendien moet het verkregen advies ook juist worden opgevolgd. Er kan uit de resultaten blijken dat een passende veiligheidsmarge aangewezen is, zelfs al wordt deze niet uitdrukkelijk verplicht gesteld.

Wil de verdachte onoverwinnelijke dwaling kunnen inroepen, dan zal hij deze veiligheidsmarge moeten inbouwen, aangezien hij zich als een redelijk en voorzichtig persoon dient te gedragen. De expertiseresultaten zullen dus behoedzaam en oplettend moeten worden aangewend.

5. Precies dit was volgens de Brugse rechtbank in bovenstaand geval niet gebeurd.

De verdachte was hier een dierenvoederproducent die een partij aardnootschroot had opgekocht bij een Duitse firma. In de verkoopovereenkomst was bepaald dat het aflatoxine-B1-gehalte niet hoger mocht zijn dan 0,2 ppm.

Er was bij ontvangst een dubbele ontleding gebeurd door twee verschillende laboratoria, die respectievelijk 0,1 ppm en 0,075 ppm hadden opgeleverd.

Op basis van deze expertises mengde verdachte in zijn dierenvoeder voor 20 % van dit aardnootschroot zodat het voedsel zelf normaal een aflatoxinegehalte van maximaal 0,02 ppm kon hebben. Dit is naar Belgisch recht het maximaal toegelaten gehalte.

Controlemetingen van het Ministerie van Volksgezondheid brachten echter een hoger gehalte aan het licht, enkel te verklaren door het feit dat in de partij gedeelten met een hogere aflatoxinegraad van 0,1 ppm moeten hebben gezeten.

De rechtbank was van oordeel dat de door de verdachte gevraagde twee expertises niet foutief waren, maar wel onvoldoende, gezien het wisselend gehalte van de aflatoxine in de partij.

De verdachte diende uit de twee expertises met verschillende resultaten af te leiden dat de partij niet homogeen was en dat er ook delen met een aflatoxinegehalte hoger dan 0,1 ppm tussen konden zitten, waardoor hij bij toevoeging van 20 % van dit aardnootschroot aan zijn voedsel uiteindelijk boven de wettelijk toegelaten 0,02 ppm kon belanden.

Om onoverwinnelijke dwaling te kunnen inroepen had de verdachte dus een veiligheidsmarge moeten inbouwen, te meer daar hij man van het vak is en reeds vroeger wegens gelijksoortige feiten was veroordeeld.

Patrick Arnou
Assistent K.U.L.

ARBEIDSRECHTBANK TE ANTWERPEN

27 NOVEMBER 1984

Voorzitter : de h. Van Meel

Rechters in sociale zaken : de hh. De Rijcke en Naveau

Openbaar ministerie : mevr. Vercammen

Advocaten : mrs. Buysens en Leterme

Arbeidsovereenkomst — Schorsing — Arbeidsongeschiktheid — Gewaarborgd loon — Controlerende geneesheer — Beroepsgeheim.

Ingevolge art. 31, § 2, vierde lid, van de Arbeidsovereenkomstenwet is de door de werkgever aangestelde controle-geneesheer enkel van het beroepsgeheim ontheven wat betreft zijn vaststelling in verband met de arbeidsongeschiktheid van de werknemer. Door in zijn verslag aan de werkgever melding te maken van «duidelijke dronkenschap» en door een bloedanalyseverslag mee te delen waaruit blijkt dat zich in het bloed van de werknemer een bepaalde graad van alcohol bevond, schendt de controle-geneesheer het beroepsgeheim.

G. t/ P.V.B.A. V.

Overwegende dat de fictieve arbeidsongeschiktheid en de ongewettigde afwezigheid welke door verweerster als een dringende reden wordt ingeroepen, zich zou hebben voorgedaan op 20 mei 1983 ;

Dat verweerster tot bewijs van die fictieve arbeidsongeschiktheid en die ongewettigde afwezigheid van eiser attesten overlegt opgesteld door de door haar met een controle-onderzoek van eiser belaste geneesheer en gedagtekend 25 en 26 mei 1983, alsmede een bloedanalyseverslag van 31 mei 1983 ;

Dat de door verweerster aangestelde controle-geneesheer haar een attest bezorgde waarin hij niet alleen vermeldde dat het ziekteverlof van eiser niet gewettigd was, maar eraan toevoegde «duidelijke dronkenschap», terwijl hij bovendien aan verweerster een verslag zond van de analyse van een door hem bij eiser op 20 mei 1983 afgenomen bloedstaal en waaruit blijkt dat eiser toen 3.2 alcohol in het bloed zou hebben gehad ;

Overwegende dat eiser met betrekking tot deze door verweerster overgelegde stukken stelt dat deze stukken tegen hem niet als bewijs kunnen worden aangevoerd of in aanmerking komen, nu zij werden opgesteld met schending van het beroepsgeheim door de controle-geneesheer door verweerster aangesteld ;

Overwegende dat verweerster echter doet gelden dat het beroepsgeheim geen toepassing vindt in de relatie tussen de controle-geneesheer en de opdrachtgevende werkgever ;

Overwegende dat art. 31, § 2, vierde lid, W.A.O. bepaalt dat de door de werkgever gemachtigde en betaalde geneesheer nagaat of de werknemer werkelijk arbeidsongeschikt is en dat alle andere vaststellingen onder het beroepsgeheim vallen ;

Dat ingevolge die bepalingen de door de werkgever aangestelde controle-geneesheer van het beroepsgeheim is ontheven enkel wat betreft zijn vaststelling in verband met de arbeidsongeschiktheid van de werknemer, voorwerp van zijn controle-onderzoek ;

Overwegende dat voormeld wetsartikel op zeer duidelijke en niet voor betwisting vatbare wijze bepaalt dat, behalve de vaststelling van de arbeidsongeschiktheid van de werknemer alle andere vaststellingen van de controle-geneesheer onder het beroepsgeheim vallen ;

Overwegende dat de door verweerster aangestelde controle-geneesheer, door in zijn verslag melding te maken van «duidelijke dronkenschap» en door een bloedanalysever-

slag toe te zenden waaruit blijkt dat er zich in het bloed van eiser 3.2 alcohol bevond, het beroepsgeheim heeft geschonden;

Dat, zelfs indien eiser aan de controlegeneesheer zou hebben toegelaten een bloedstaal te nemen, zulks voor diezelfde controlegeneesheer niet de toelating inhoudt om het resultaat van de ontleding van dat bloedstaal zonder nieuwe toelating van eiser aan de werkgever mee te delen, aangezien het nemen van een bloedstaal en de ontleding van dat bloedstaal als een maatregel van onderzoek kan worden beschouwd waaraan eiser zich wettelijk niet mag onttrekken;

Dat het door verweerster overgelegde doktersattest van 20 mei 1983 en het analyseverslag van 31 mei 1983 het bewijs niet leveren van de beweerde fictieve arbeidsongeschiktheid en ongewettigde afwezigheid van eiser van 20 tot 24 mei 1983;

(...)

NOOT—*De discretieplicht van de door de werkgever gemachtigde en betaalde controlegeneesheer*

1. Het gepubliceerde vonnis illustreert op treffende wijze de in de praktijk regelmatig voorkomende schending van artikel 31, § 2, vierde lid, van de wet op de arbeidsovereenkomsten. De Arbeidsovereenkomstenwet staat de door de werkgever gemachtigde en betaalde geneesheer enkel toe na te gaan of de werknemer werkelijk ongeschikt is. Alle andere vaststellingen vallen onder het beroepsgeheim.

Deze bepaling werd in de wet op de arbeidsovereenkomst voor bedienden ingevoegd door de wet van 11 maart 1954 (*B.S.*, 20 maart 1954). In de wet van 7 augustus 1922 op de arbeidsovereenkomst voor bedienden (*B.S.*, 16-17 augustus 1922) kwam het controlerecht niet voor. Niettemin werd de controle langs gerechtelijke weg toegestaan door aan de werkgever toe te staan de aanstelling van een deskundige te vragen. De verliezende partij moest de kosten dragen (Hoeven, J., *La loi sur le contrat d'emploi de 7 août 1922*, Brussel, Bruylant, 1934, 58-59). De wet van 20 juli 1960 (*B.S.*, 22-23 juli 1960) op het gewaarborgd weekloon voor arbeiders voerde in identieke bewoordingen het controlerecht in ten opzichte van deze categorie van werknemers.

De wet van 1978 op de arbeidsovereenkomsten neemt de bestaande bepalingen gewoon over.

2. Controle op de aangemelde arbeidsongeschiktheid kan op twee manieren plaatshebben.

Het meest voor de hand liggend is het onderzoek door een controlerende geneesheer. De werknemer heeft immers een onderzoeksduldingsverplichting ingevolge art. 31, § 2, derde lid, van de wet op de arbeidsovereenkomsten.

De werkgever kan echter ook op grond van feitelijke gegevens trachten het bewijs van de arbeidsgeschiktheid te leveren. De aangevoerde feiten moeten dan wel het «bewijs» inhouden dat de werknemer geschikt is voor «zijn arbeid». De werkgever kan toegelaten worden tot het bewijs dat de werknemer niet arbeidsongeschikt is omdat deze bijvoorbeeld werkt (Petit J., «De bevoegdheid van de controlerende geneesheer bij geschil nopens de arbeidsongeschiktheid van de werknemer», *VI. T. Gen.*, 1982, 3; Arbeidshof Antwerpen, 17 november 1978, *J.T.T.*, 1979, 357) of deelneemt aan een voetbalwedstrijd als beroepsspeler (Arbrb. Namen, 22 april 1976, *J.T.T.*, 1977, 259).

Het geannoteerde vonnis moet in dezelfde gedachtengang gezien worden: het laat de werkgever toe tot het bewijs door alle middelen rechtens van de aangevoerde dronkenschap.

3. Noch de werkgevers noch de controlerende geneesheren blijken zich ervan bewust te zijn dat het controleonderzoek uitsluitend de werkelijkheid van de arbeidsongeschiktheid tot voorwerp mag hebben en dat de controlerende geneesheer een beroepsgeheim heeft.

Doordat de controlerende geneesheer in aanraking komt met feiten die uiteraard geheim zijn of die uitdrukkelijk of stilzwijgend aan hem zijn toevertrouwd, heeft hij een beroepsgeheim. Dit wil echter niet zeggen dat hij daardoor onder toepassing valt van art. 458 Sw. Dit artikel is immers enkel van toepassing op geneesheren die hun beroep uitoefenen, dit wil zeggen: verzorging verstrekken (Petit J., *l.c.*, 4, inzonderheid noot 9 met de aangehaalde verwijzingen. Deze noot bevat een materiële missing: de noot van H. Nys onder Cass., 30 oktober 1978 is niet gepubliceerd noch in *R.W.*, 1978-79, 2232, noch in *R.W.*, 1978-79, 2601). Soms wordt het beroepsgeheim van de controlerende geneesheer als een bijzonder beroepsgeheim aangeduid (De Graeve, Y., *Arbeidsongeschiktheid en de medische controle in de arbeidswetgeving*, tekst van een gastcollege gegeven aan de U.I.A., 18 januari 1983, 29; Schutyser, R., *De geneeskundige controle in de sociale zekerheid*, Gent, Story Scientia, 1973, nr. 356).

Het beroepsgeheim heeft betrekking op de medische vaststellingen. Het dekt de aard van de ziekte (Colens, A., en Colens, M., *Le contrat d'emploi. Contrat de travail des employés*, Brussel, Larcier, 1980, nr. 83; De Paepe, R., *Gewaarborgd loon. Arbeidsontbrekingen met of zonder loon*, C.E.D. Samson, Brussel, losbladig, nr. 210/1; Lippens, F., en Leuridan, R., «De formaliteiten bij arbeidsongeschiktheid», *T.S.R.*, 1979, 32) en laat niet toe dat een oordeel wordt geveld over de werknemer (De Graeve, Y., *l.c.*, 29). Feitelijke omstandigheden zoals de afwezigheid van de werknemer of de weigering de controlerende geneesheer te ontvangen vallen niet onder het beroepsgeheim (De Paepe, Y., *o.c.*, nr. 210/1). Ongetwijfeld behoort tot deze feitelijke omstandigheden ook het aantreffen van een werknemer op de nok van het dak waar hij een schouw opmetst hoewel hij de woning niet mocht verlaten wegens evenwichtstoornissen (voorbeeld uit De Graeve, Y., *l.c.*, 31).

Van medische zijde blijkt men last te hebben met de draagwijdte van het beroepsgeheim. Zo is De Graeve van oordeel dat de controlerende geneesheer, die de werknemer aantreft in andere omstandigheden dan deze heeft meegedeeld aan zijn behandelende geneesheer, hiervan melding moet maken aan de werkgever zonder evenwel de precieze feiten aan te halen. Hij citeert het voorbeeld van een zieke directiesecretaresse. Zij ontving de controlerende geneesheer in haar «wachtzaal» (in haar privé-vertrekken) terwijl zij verder haar diensten in het kader van het «oudste beroep van de vrouw» verleende. Ten aanzien van de werkgever luidde de conclusie: «Betrokkene verrichtte arbeid welke duidelijk een economische arbeid was (voorbodachtheid)», (De Graeve, Y., *l.c.*, 29).

Hij betreurt eveneens dat belangrijk feitenmateriaal dikwijls door de rechtbanken verworpen wordt omdat het verworven werd buiten de gegeven opdracht, wat een gelijkstelling met de verbreking van het beroepsgeheim betekent.

Hij betreurt tevens de systematische weigering de raadsgeeneesheer te laten getuigen (De Graeve, Y., «La relation entre le médecin d'assurance et les autres médecins concernés par l'expertise médicale», *T.S.R.*, 1982, 184).

Petit aanvaardt dat de controlerende geneesheer, zonder het beroepsgeheim te schenden, de werknemer kan aanraden hetzij zich tot de arbeidsgeneesheer te wenden, hetzij een algemeen verslag ten behoeve van de werkgever op te stellen indien bij controle vastgesteld wordt dat de ware oorzaak van het werkverzuim ligt in wrijvingen in het bedrijf of onlusten tegenover het werk (Petit, J., *I.c.*, 6-7). Het recht een algemeen verslag ten behoeve van de werkgever op te stellen bestaat ons inziens niet. Het verslag steunt immers op bevindingen gedekt door het beroepsgeheim. De Arbeidsovereenkomstenwet is formeel: alle andere vaststellingen vallen onder het beroepsgeheim. Schutyser wijst erop dat ook voor de controlerende geneesheer geen algemene verplichting bestaat om aan de arbeidsgeneesheer toestanden die voor de werknemer zelf, het bedrijf, of zelfs voor de gemeenschap groot gevaar opleveren, te signaleren. Men kan hierbij denken aan een treinmachinist met epilepsie, een buschauffeur met een hartziekte... (Schutyser, R., *o.c.*, nr. 359).

Er bestaat slechts één uitzondering op de regel dat «alle andere vaststellingen» onder het beroepsgeheim vallen. Bij een nieuwe arbeidsongeschiktheid binnen veertien dagen na de vorige mag de controlerende geneesheer aan de werkgever ook meedelen of het om dezelfde dan wel om een andere aandoening gaat (Petit, J., *I.c.*, 6).

Er is nog een tweede vlak waarop ten onrechte van het beroepsgeheim wordt afgeweken. Het geannoteerde vonnis is er een voorbeeld van.

De controlerende geneesheer heeft er belang bij ter verantwoording van zijn advies voor zichzelf een verslag op te stellen dat het hem mogelijk moet maken bij later dispuut met vrucht te kunnen discussiëren. Dit verslag, dat in principe medische gegevens bevat, mag noch aan de werkgever noch aan de controle-instelling, meegedeeld worden (De Graeve, Y., *I.c.*, 39; De Paepe, R., *o.c.*, nr. 221-226; Petit, J., *o.c.*, 7). Hiervan wordt in de praktijk ten onrechte afgeweken (Petit, J., *I.c.*, 7).

Maar ook de werkgevers gaan niet geheel vrij uit. Zij zetten er de controlerende geneesheer soms onrechtstreeks toe aan het beroepsgeheim te schenden. Lippens en Leuridan signaleren de praktijk dat controleinstellingen, waarbij werkgevers kunnen aansluiten om medische controle op arbeidsongeschiktheid uit te voeren, voorgedrukte formulieren gebruiken waarop de rubrieken «inlichtingen» en «ophelderingen» voorkomen (Lippens, F., en Leuridan, R., *I.c.*, 33). De werkgevers richten deze controleinstellingen zelf op (Lippens, F., en Leuridan, R., *I.c.*, 26; Schutyser, R., *o.c.*, nr. 303; voor een lijst: zie De Paepe, R., *o.c.*, 210/6).

Het stuk opgesteld met overtreding van het beroepsgeheim wordt gesanctioneerd met nietigheid (Lippens, F., en Leuridan, R., *I.c.*, 32 met de vermelde rechtspraak; Petit, J., *I.c.*, 5, met de vermelde rechtspraak).

4. De bespreking van de discretieplicht van de controlerende geneesheer kan aanleiding geven tot een verdere dubbele vraagstelling. Een eerste betreft de competentie van de controlerende geneesheer. Iedere geneesheer kan immers aangesteld worden om controle uit te oefenen. Arbeidson-

geschiktheid is echter geen puur medisch gegeven. Ook juridische en economische factoren spelen een rol. Onderzoek heeft uitgewezen dat de geneesheren als groep geen klare kijk hebben op de arbeidsongeschiktheidsproblematiek (Van Steenberge, J., Viaene, J., Lahaye, D., *Schade aan de mens*, I, *Evaluatie van de arbeidsongeschiktheid in het recht*, Kluwer, Antwerpen-Amsterdam, 1975, 557).

Vervolgens zijn er geen wettelijke garanties betreffende de onafhankelijkheid van de door de werkgever gemachtigde en betaalde controlerende geneesheer. Misbruiken komen zeker voor. De controlegeneesheren kunnen immers zelf gecontroleerd worden door een hoofdgeneesheer (Schutyser, R., *o.c.*, nr. 249; X., *De dokter van je baas*, werkgroep controlegeneeskunde, s.d., 19-21) of zelfs door de dienst zelf, door middel van een statistische beoordeling van de resultaten (X., *De dokter van je baas*, *I.c.*). De geneesheer die niet aan de «norm» voldoet, kan zijn aanstelling kwijt spelen (Schutyser, R., *o.c.*, nr. 249; X., *De dokter van je baas*, *o.c.*, 19-22).

Ook andere handelwijzen komen voor. Wanneer de controlegeneesheer arbeidsongeschiktheid vaststelt, kan deze controle overgedaan worden door een andere dokter (Lippens, F., en Leuridan, R., *I.c.*, 28).

De controlerende geneesheer heeft derhalve behoefte aan een beschermd statuut dat waarborgen biedt inzake beroepsbekwaamheid, onpartijdigheid en onafhankelijkheid. Het statuut van de arbeidsgeneesheer bewijst dat dit mogelijk is.

J. Haagdorens

RECHTSPRAAK IN KORT BESTEK

Hof van Cassatie (3e Kamer), 17 december 1984

Arbeidsongeval — Weg van en naar het werk — Omweg — Overmacht — Begrip — Kind naar oppas brengen — Oppas nodig om arbeidsovereenkomst te kunnen uitvoeren — Omstandigheid die op zichzelf geen overmacht uitmaakt.

Vernietigd wordt het arrest, op 21 november 1983 door het Arbeidshof te Brussel gewezen:

«Overwegende dat het arrest vaststelt dat verweerster door een ongeval werd getroffen toen zij naar haar werk reed, nadat zij zoals gewoonlijk haar kind naar haar zuster had gebracht;

«Dat het arbeidshof oordeelt: dat de omweg te wijten was aan overmacht, nu verweerster verplicht was deze omweg te maken 'aangezien zij om te kunnen werken zich niet kon onttrekken aan de verplichting haar kind onder bewaking te stellen' en dat de omweg niet kon worden verhinderd 'omdat het recht op arbeid anders niet kon worden uitgeoefend'; dat het verder oordeelt: 'Het onderbrengen van het kind bij haar zuster was een dringende noodzaak om de arbeidsrelatie mogelijk te maken; in die zin was de gedane omweg bepaald door de onmogelijkheid een andere redelijke oplossing te vinden en was dan ook gewettigd';

«Overwegende dat overmacht slechts het gevolg kan zijn van een gebeurtenis buiten 's mensen wil die niet kan worden voorzien of vermeden;

«Overwegende dat uit de enkele omstandigheid dat een werknemer een omweg dient te maken om zijn kind naar een kinderopas te brengen, niet volgt dat de omweg aan overmacht te wijten is, ook al is kinderopas noodzakelijk om de arbeidsovereenkomst uit te voeren;

«Overwegende dat het arbeidshof door de aangehaalde redengeving alleen te kennen geeft dat verweerster haar kind aan een kinderopas diende toe te vertrouwen om haar arbeidsovereenkomst te kunnen uitvoeren; dat het evenwel niet aantoonde dat verweerster haar kind buiten haar wil bij haar zuster diende onder te brengen als gevolg van onvoorziene en onafwendbare omstandigheden;

«Dat het arbeidshof uit de in het arrest aangehaalde feiten niet wettig heeft kunnen afleiden dat de omweg tijdens welke het ongeval is overkomen, te wijten was aan overmacht.»

(Voorzitter: de h. Soetaert — Raadsheer-rapporteur: de h. Poupart — Advocaat-generaal: de h. Lenaerts — Advocaten: mrs. Bützler en De Gryse — In de zaak: N.V. D. t/ V.)

NOOT—Zie ook het in dezelfde zaak gewezen cassatiearrest van 21 maart 1983 (*R. W.*, 1983-84, 797).

Hof van Cassatie (1e Kamer), 24 januari 1985

Burgerlijke rechtspleging — Rechterlijke organisatie — Gerechtelijke ambten — Onverenigbaarheden — Magistraat in eerste aanleg en in hoger beroep.

Op 25 maart 1977 deed rechter T. als alleenrechtsprekende rechter in de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel uitspraak. Hoger beroep werd ingesteld. Het op 22 september 1983 door het Hof van Beroep te Brussel gewezen arrest werd uitgesproken door een rechtscollège waarin T., die ondertussen was bevorderd tot raadsheer, zitting had. Het middel, afgeleid uit de schending van de artt. 292, tweede lid, Ger. W. en 6.1 E.V.R.M., wordt als volgt gegrond verklaard:

«Overwegende dat artikel 292, tweede lid, van het Gerechtelijk Wetboek bepaalt dat het vonnis gewezen door een rechter die vroeger bij het uitoefenen van een ander rechterlijk ambt kennis genomen heeft van de zaak, nietig is;

«Overwegende dat die regel in algemene bewoordingen is geformuleerd en van openbare orde is; dat hij van toepassing is op de magistraat die achtereenvolgens in eerste aanleg en vervolgens als rechter in hoger beroep van de zaak kennis neemt.»

(Voorzitter: de h. Mahillon — Raadsheer-rapporteur: de h. Kreit — Advocaat-generaal: de h. Velu — Advocaat: mr. Dassesse — In de zaak: E. t/ O.M.O.B.)

NOOT—Zie Cass., 19 december 1978, *Arr. Cass.*, 1978-79, 465.

Hof van Cassatie (2e Kamer), 5 maart 1985

Onrechtmatige daad — Oorzakelijk verband — Onverlicht achtergelaten vrachtwagen die evenwel geen onvoorzienbare hindernis oplevert — Geen causaal verband met ongeval — Beslissing niet naar recht verantwoord.

Een bestuurder laat zijn vrachtwagen onverlicht achter op het fietspad, plaatst geen gevarendriehoek en neemt evenmin andere voorzorgsmaatregelen. Een bromfietser rijdt, kennelijk uit onoplettendheid, op de vrachtwagen in. Naar verluidt was het zicht nog redelijk terwijl de bromfietser van zijn kant toegaf de vrachtwagen niet te hebben opgemerkt. Het Hof van Beroep te Brussel is in zijn arrest van 28 december 1982 van oordeel dat hierdoor is komen vast te staan dat tussen de onvoorzichtigheid van de vrachtwagenbestuurder (eerste verweerder) en de verwondingen van de bromfietser geen causaal verband bestaat. Dit arrest wordt vernietigd:

«Overwegende dat het arrest oordeelt, op grond van de feitelijke gegevens die in het middel zijn weergegeven, dat eerste verweerder een onvoorzichtigheid beging door zijn voertuig onverlicht en zonder enige voorzorgsmaatregel op het fietspad te plaatsen, maar beslist dat deze onvoorzichtigheid niet de oorzaak was van het ongeval met de verwondingen van het slachtoffer als gevolg, omdat het voertuig een zichtbare hindernis was die door het slachtoffer moest worden voorzien;

«Dat het arrest deze beslissing niet naar recht verantwoordt nu het niet vaststelt dat de door het ongeval veroorzaakte schade, zoals zij zich heeft voorgedaan, op dezelfde wijze zou zijn voorgekomen zonder de fout van eerste verweerder.»

(Voorzitter: de h. Boon — Raadsheer-rapporteur: de h. Marchal — Advocaat-generaal: de h. Janssens de Bisthoven — Advocaten: mrs. De Gryse en Bützler — In de zaak: N.V. M. en D. t/ V. en P.V.B.A. B.).

Hof van Cassatie (3e Kamer), 18 maart 1985

Werkloosheid — Recht op uitkeringen — Samenwonen met zelfstandige — Aangifte — Doel van de aangifte — Aangifte van elk van de verscheidene beroepen die de zelfstandige uitoefent.

Het bestreden arrest (Arbeidshof Gent, 17 mei 1982), beslist dat de werkloze zich naar de wettelijke voorschriften heeft gedragen door aan te geven dat hij met een zelfstandige samenwoonde, zonder echter haar activiteiten op te geven. Het wordt op de volgende gronden vernietigd:

«Overwegende dat de aangifte, die door artikel 128, § 1, 1°, van het koninklijk besluit van 20 december 1963 betreffende arbeidsvoorziening en werkloosheid is vereist als voorwaarde voor het behoud van de aanspraak op werkloosheidsuitkering door de werkloze die met een zelfstandige samenwoont, tot doel heeft het eiser mogelijk te maken na te gaan of de werkloze de zelfstandige niet in die mate helpt dat hij niet meer als werkloze kan worden aangezien;

«Dat, nu de aard en de omvang van de activiteit van de

zelfstandige mede de mogelijkheid bepalen om hem te kunnen helpen, de aangifte de opgave moet bevatten van het door hem uitgeoefende beroep; dat, wanneer de zelfstandige verscheidene beroepen uitoefent, de werkloze van elk ervan aangifte dient te doen;

«Overwegende dat het arrest releveert dat verweerder in zijn aangifte vermeldde dat zijn echtgenote het zelfstandig beroep van herbergierster uitoefende, maar naliet te vermelden dat zij tevens een benzinestation exploiteerde voor eigen rekening;

«Dat het arrest derhalve niet wettig beslist dat aan het vereiste van voormeld artikel 128, § 1, 1°, is voldaan.»

(Eerste voorzitter: de h. Châtel — Raadsheer-verslaggever: de h. Vervloet — Advocaat-generaal: de h. Lenaerts — Advocaat: mr. Simont — In de zaak: R.V.A. t/ D.)

Hof van Cassatie (1e Kamer), 11 april 1985

Polders en watering — Polderbelasting — Beslissing van bestendige deputatie — Cassatieberoep — Vorm.

Eisers cassatieberoep tegen een beslissing van 18 mei 1984 van de Bestendige Deputatie van de Provincieraad van Oost-Vlaanderen, die uitspraak doet over zijn bezwaar inzake polderbelasting, wordt om de volgende reden niet ontvankelijk verklaard:

«Overwegende dat, luidens artikel 4 van de wet van 22 januari 1849, als gewijzigd door artikel 53 vervat in artikel 3 van de wet van 10 oktober 1967 houdende het Gerechtelijk Wetboek, ten deze toepasselijk krachtens artikel 68, laatste lid, van de wet van 3 juni 1957 op de polders, de voorziening, op straffe van verval, binnen tien dagen betekend moet worden aan de partij tegen wie ze is gericht;

«Dat uit de stukken waarop het Hof vermag acht te slaan niet blijkt dat zodanige betekening aan verweerder is gedaan.»

(Voorzitter-rapporteur: de h. Janssens — Advocaat-generaal: de h. Tillekaerts — In de zaak: Belgische Staat t/ Bestuur der Slependammpolders).

Hof van Cassatie (3e Kamer), 22 april 1985

Lastgeving — Vakbondssecretaris — Toerekening aan lastgever — Dringende reden tot ontslag.

Een vakbondssecretaris schrijft op verzoek van een werknemer (verweester) een pittige brief aan haar werkgever. Deze brief, die volgens de werkgever krasse uitlatingen bevat die iedere vertrouwensrelatie onmogelijk maken, heeft tot gevolg dat de werknemer op staande voet wordt ontslagen. De vordering tot betaling van opzegvergoeding wordt door het Arbeidshof te Gent niettemin ingewilligd. Het arbeidshof is in zijn arrest van 20 juni 1984 van oordeel: «Zelfs indien de secretaris van de betrokken vakorganisatie zijn brief op laakbare wijze zou hebben opgesteld, dan nog is er geen fout in de persoon van de opdrachtgever. Het is namelijk de lasthebber die zelf moet instaan voor de schade wanneer hij bij de uitvoering van zijn opdracht een fout zou begaan.»

Dit arrest wordt door het Hof van Cassatie vernietigd:

«Overwegende dat het arrest het richten van de litigieuze brief op 5 mei 1981 aan eiseres door de secretaris van de vakbond van verweester, als de uitvoering van een door verweester opgedragen lastgeving kwalificeert; dat het met betrekking tot de fout die daarbij door de lasthebber zou zijn begaan, oordeelt zoals in het middel is aangehaald;

«Overwegende dat de fouten die de lasthebber binnen de uitvoering van zijn last begaat, de lastgever toerekenbaar zijn; dat het arrest, dat niet vaststelt dat de lasthebber van verweester zijn mandaat te buiten ging, derhalve de beslissing, dat de inhoud van de vorenbedoelde brief door eiseres geen dringende reden tot onmiddellijk ontslag uitmaakte, niet wettelijk verantwoordt door de enkele overweging dat verweester 'door haar handelwijze in mei 1981 geen enkele fout beging (en) geen handeling stelde die tot de conclusie moet leiden (...) dat alle betrekkingen tussen partijen onmogelijk waren, zelfs gedurende de korte periode van een opzegging'.

(Voorzitter: de h. Soetaert — Raadsheer-rapporteur: de h. Rauws — Advocaat-generaal: de h. Lenaerts — Advocaten: mrs. Delahaye — In de zaak: P.V.B.A. E. t/ J.)

Hof van Cassatie (3e Kamer), 6 mei 1985

Ondernemingsraad — Veiligheidscomité — Arbeids-overeenkomst — Beschermde werknemer — Ontslag wegens dringende reden — Verzoek tot de arbeidsrechtbank — Termijn — Verscheidene verzoekschriften — Verscheidene feiten.

Het bestreden arrest (Arbh. Brussel, 22 juni 1984) stelt vast dat de eerste rechter, na onderzoek alleen van de feiten vermeld in het verzoekschrift van 20 april 1984, voor recht zegt dat de feiten omschreven in dat verzoekschrift ten laste van eiser een dringende reden uitmaken die zijn onmiddellijk ontslag zonder schadevergoeding wettigen. Het overweegt dat, wat de feiten betreft, aangehaald in het verzoekschrift van 20 april 1984, eiser ongetwijfeld een fout heeft begaan door op 18 april 1984 niet te werken voor verweester, zonder daarvoor verlof te hebben gekregen en zonder verweester zelfs op de hoogte te hebben gebracht, maar dat deze fout alleen geen dringende reden oplevert, en wat de feiten betreft, aangehaald in het verzoekschrift van 25 april 1984, aan eiser terecht verweten wordt dat hij de reeds op 10 april 1984 aangemaakte kaarten opnam in zijn werkverslag van 16-20 april 1984 en aldus een vals beeld van zijn activiteit in die periode gaf. Het arrest beslist «dat de feiten vermeld in het verzoekschrift van 20 april 1984 samen met die vermeld in het verzoekschrift van 25 april 1984 een dringende reden uitmaken». Eiser voert aan dat deze beslissing onwettig is.

«Overwegende dat eiser niet betwist dat verweester elk van beide verzoekschriften bij de arbeidsrechtbank heeft ingediend binnen drie werkdagen nadat zij kennis kreeg van de feiten die zij in elk verzoekschrift als dringende reden aanvoerde;

«Dat het arbeidsgerecht verschillende feiten samen als dringende reden voor het ontslag van een beschermde werknemer in aanmerking kan nemen, wanneer elk van de

feiten is aangevoerd in een verzoekschrift dat is neergelegd binnen drie werkdagen nadat de werkgever van het feit kennis heeft gekregen.»

(Voorzitter : de h. Soetaert — Raadsheer-rapporteur : de h. Poupart — Advocaat-generaal : de h. Lenaerts — Advocaten : mrs. Bützler en De Gryse — In de zaak : S. t/ N.V. M.)

Hof van Cassatie (1e Kamer), 9 mei 1985

Verzekering — Grove schuld — Parkeren van een motor op een particulier eigendom zonder gebruikmaking van kettingslot.

Het bestreden vonnis (Rb. Hoei, 29 juni 1983) oordeelt : dat het niet-aanbrengen van het kettingslot op een motor, weliswaar, hoewel hij op een particulier eigendom stond, een te vermijden onvoorzichtigheid is maar geen fout die dermate grof is dat zij de economie van de verzekeringsovereenkomst tenietdoet ; dat het immers een fout betreft die tal van motorrijders begaan ; dat de verzwaring van het risico de normale verwachtingen van de overeenkomst niet overschrijdt ; dat het aanbrengen van dat slot trouwens misschien nutteloos zou zijn geweest, daar het diefstal wel bemoeilijkt maar niet verhindert.

Eiseres, de verzekeraar, voert daartegen aan : 1) dat het vonnis niet vaststelt dat de fout van de verzekerde geen fout is die kan worden gelijkgesteld met een opzettelijke daad en waarvan hij wist of moest weten dat zij een verzwaring van het te dekken risico meebracht ; 2) dat het vonnis uit de omstandigheid dat het gaat om een fout die tal van motorrijders begaan en dat het aanbrengen van het slot misschien nutteloos zou zijn geweest nu het diefstal wel bemoeilijkt maar niet verhindert, niet wettig heeft kunnen afleiden dat de «betrekkelijke nalatigheid» van de verzekerde niet kan worden gelijkgesteld met grove schuld. Beide onderdelen worden als volgt verworpen :

«Overwegende dat het bestreden vonnis, door te zeggen dat het de redenen van de eerste rechter overneemt, beslist dat de betrekkelijke nalatigheid van de verzekerde, de minderjarige zoon van de verweerders, geen grove schuld kan zijn die met een opzettelijke daad kan worden gelijkgesteld, op grond dat de verzekerde bij het niet aanbrengen van het kettingslot, niet wist dat hij de verwezenlijking of de verzwaring van het risico dermate zou bevorderen dat de economie van de overeenkomst wordt tenietgedaan, terwijl de normale verwachtingen ervan trouwens niet werden overschreden en in de bedingen niet werd bepaald dat het kettingslot moest worden aangebracht telkens als het voertuig zou worden geparkeerd ;

«Overwegende dat het bestreden vonnis uit die vaststellingen en overwegingen heeft kunnen afleiden dat de nalatigheid van de verzekerde niet kon worden gelijkgesteld met grove schuld, en dat de beslissing aldus naar recht is verantwoord.»

(Voorzitter : de h. Mahillon — Raadsheer-rapporteur : de h. Kreit — Advocaat-generaal : mevr. Liekendaal — Advocaat : mr. Houtekier — In de zaak : Verzekeringsmaatschappij D. t/ M. en D.)

Hof van Cassatie (1e Kamer), 10 mei 1985

Overheidsopdrachten — Onderwijs — Gesubsidieerde projecten — Overeenkomsten die moeten worden gesloten volgens de regels die voor het Rijk gelden — Schoolpactwet, art. 36bis, d — Afwijking betreffende de keuze van aannemer — Draagwijdte — Aanvraag — Gevolg.

In de wet van 29 mei 1959 is door de wet van 11 juli 1973 een art. 36bis ingevoegd dat voor de inrichtende machten t.a.v. gesubsidieerde projecten een regeling van de keuze van aannemer inhoudt (zie hierna de tekst van die bepaling).

Verweerster, die een onderwijsinstelling is, heeft een werk toegewezen aan een tijdelijke handelsvereniging, bestaande uit de N.V. P. Brussel en de B.V. P. Tilburg. Alleen de N.V. P. Brussel was als aannemer in België geregistreerd. De vordering van eiseres, een andere aannemer die ook ingeschreven had, wordt door het bestreden arrest (Hof Anwerpen, 30 november 1983) afgewezen op grond dat het werk regelmatig is toegewezen. In het middel dat eiseres daartegen aanvoert, werpt zij, na een onderdeel dat de motivering betreft, nog op dat de machtiging tot afwijking niet de verhouding tussen eiseres en verweerster betreft (tweede onderdeel), dat er geen aanvraag tot afwijking was (derde onderdeel) en dat art. 36bis, d, niet de mogelijkheid biedt af te wijken van de regelmatigheid van de inschrijving (vierde onderdeel)

«Wat het tweede onderdeel betreft :

«Overwegende dat artikel 36bis, d, van de wet van 29 mei 1959 bepaalt : 'Wat de overeenkomsten betreft voor aanneming van werken, leveringen en diensten met betrekking tot uitgaven die geheel of gedeeltelijk ten laste van de werkingstoelagen, de uitrustingsstoelagen, de bouwtoelagen of de rentetoelagen worden gelegd, zijn de inrichtende machten ertoe gehouden de overeenkomsten af te sluiten volgens de procedure en onder de voorwaarden die voor het Rijk gelden, met dien verstande dat de inrichtende machten : (...) d) van de regels betreffende de keuze van een aannemer mogen afwijken bij openbare of beperkte aanbesteding, als de bevoegde minister van Nationale Opvoeding zich binnen dertig dagen na de aanvraag hiertegen niet verzet' ;

«Overwegende dat uit die wetsbepaling onder meer voortvloeit dat de inrichtende machten, onder de gestelde voorwaarde, mogen afwijken van het voorschrift van artikel 12, § 1, van de wet van 14 juli 1976 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, volgens hetwelk, bij aanbesteding, de opdracht in beginsel moet worden toevertrouwd aan de inschrijver die de laagste regelmatige inschrijving heeft ingediend ; dat de aldus door de wet mogelijk gemaakte machtiging tot afwijking niet enkel geldt ten aanzien van de subsidiërende overheid maar ook tegenover de inschrijvende aannemers ; dat het arrest dat aan voormeld artikel 36bis, d, die draagwijdte geeft, dit artikel noch artikel 12, § 1, van de wet van 14 juni 1976 schendt ;

«Dat het onderdeel in zoverre faalt naar recht ;

«Overwegende dat het onderdeel voor het overige niet preciseerd hoe en waarin de artikelen 1165 van het Burger-

lijk Wetboek en 15, § 7, van het koninklijk besluit van 22 april 1977 door het arrest zijn geschonden;

«Dat het onderdeel in zoverre, wegens onnauwkeurigheid, niet ontvankelijk is;

«Wat het derde onderdeel betreft:

«Overwegende dat artikel 36bis, d, van de wet van 29 mei 1959 de inrichtende machten toestaat af te wijken van de regels betreffende de keuze van een aannemer die gelden voor het Rijk, als de bevoegde minister zich binnen dertig dagen na de aanvraag hiertegen niet verzet; dat die wetsbepaling geen bepaalde vorm of wijze van indienen van de bedoelde aanvraag oplegt en inzonderheid niet voorschrijft dat zij formeel en uitdrukkelijk moet zijn;

«Dat het onderdeel in zoverre faalt naar recht;

«Dat het onderdeel, in zoverre het stelt dat de bevoegde minister ten deze niet in staat werd gesteld een op rechtsgeldige motieven steunende beslissing te treffen, opkomt tegen de feitelijke en derhalve onaantastbare beoordeling van de appelrechters, die vaststellen 'dat uit het overgelegd schrijven van 16 februari 1981 van de bevoegde minister blijkt dat deze van het aanbestedingsdossier betreffende de werken in kwestie kennis heeft genomen alsmede van het voorstel door verweester gedaan om ze toe te wijzen aan de tijdelijke vereniging N.V. P. Brussel — B.V. P.-Tilburg';

«Dat het onderdeel in zoverre niet ontvankelijk is;

«Wat het vierde onderdeel betreft:

«Overwegende dat artikel 36bis, d, van de wet van 29 mei 1959 de toelating die het, onder de gestelde voorwaarde, aan de inrichtende machten geeft om af te wijken van het voorschrift van artikel 12, § 1, van de wet van 14 juli 1976, niet beperkt tot het enkele aspect van de hoogte van de ingediende inschrijvingen maar zich ook uitstrekt tot de regelmatigheid ervan, nu die beide aspecten noch in het een noch in het ander artikel worden gescheiden;

«Dat het arrest, nu het voorschrift van artikel 15, § 7, van het koninklijk besluit van 22 april 1977 de regelmatigheid van de inschrijvingen betreft, derhalve de in het onderdeel aangewezen wets- en reglementsbepalingen niet schendt door te oordelen dat verweester, gelet op haar aanvraag en de afwezigheid van verzet van de minister, wettelijk de toelating had om de opdracht te gunnen aan de door haar gekozen tijdelijke vereniging van aannemers die als zodanig niet als aannemer was geregistreerd;

«Dat het onderdeel faalt naar recht.»

(Voorzitter: de h. Janssens — Raadsheer-rapporteur: de h. Rauws — Advocaat-generaal: de h. Tillekaerts — Advocaten: mrs. Bützler en De Gryse — In de zaak: N.V. Algemene Bouwwerken H. t/ V.Z.W. K.)

Hof van Cassatie (1e Kamer), 17 mei 1985

Onrechtmatige overheidsdaad — Zeevaart — Aanvaring — Fout van de loods — Aansprakelijkheid van de Staat.

Het bestreden arrest (Hof Brussel, 9 juni 1981) wordt om de volgende redenen vernietigd:

«Overwegende dat het arrest als tekortkomingen aanmerkt dat nagelaten werd de positie van het schip te contro-

leren en dat vervolgens de Nipponboei niet opgemerkt werd of dat er althans geen rekening mee gehouden werd om de passende navigatiemaatregelen te nemen;

«Wat het tweede onderdeel betreft:

«Overwegende dat de eisers bij conclusie aanvoerden dat een accurate positiebepaling niet kon geschieden wegens het geringe zicht;

«Overwegende dat het arrest niet antwoordt op dat verweer, dat betrekking heeft op de eerste tekortkoming; dat het arrest weliswaar, bij de bespreking van de tweede tekortkoming opmerkt dat het zicht circa drie mijl bedroeg, maar uit het arrest niet blijkt dat, naar het oordeel van de rechters, dat zicht voldoende was om een positiebepaling te verrichten die vergissingen had kunnen voorkomen;

«Dat het onderdeel gegrond is;

«Wat het eerste onderdeel betreft:

«Overwegende dat artikel 251, derde lid, van de Scheepvaartwet bepaalt dat, indien de aanvaring is veroorzaakt door de schuld van een der schepen, de vergoeding van de schade ten laste komt van het schip dat de fout heeft begaan; dat het zevende lid bepaalt dat de aldus vastgestelde aansprakelijkheid blijft bestaan ingeval de aanvaring is veroorzaakt door de schuld van een loods, ook al is het gebruik van een loods verplicht;

«Overwegende dat uit die wetsbepalingen volgt dat, indien de aanvaring te wijten is aan de schuld van een der schepen, de schade van de benadeelden ten gevolge van die aanvaring moet worden vergoed door de eigenaar van dat schip; dat noch uit artikel 251 van de Scheepvaartwet noch uit artikel 64 van die wet, luidens hetwelk de kapitein persoonlijk aanwezig moet zijn op zijn schip bij het in- en uitvaren van havens, getijhavens of rivieren, volgt dat de eigenaar geen verhaal kan uitoefenen tegen derden die eventueel aansprakelijk kunnen worden gesteld op grond van andere wettelijke bepalingen, met name de artikelen 1382, 1383 en 1384 van het Burgerlijk Wetboek;

«Overwegende dat de kapitein, die overeenkomstig artikel 5 van de wet van 3 november 1967 betreffende het loodsen van zeevaartuigen alleen meester is over de leiding en de manoeuvres van het vaartuig, geen enkel gezag heeft over de loods, die volgens dezelfde wettekst optreedt als zijn raadgever; dat de loods deel uitmaakt van een door de Staat georganiseerde dienst en onder de uitsluitende bevoegdheid van de Staat valt;

«Overwegende dat uit het voorgaande volgt dat het arrest, om de aansprakelijkheid van de Staat voor fouten van een loods uit te sluiten, er ten onrechte van uitgaat 'dat, in zover de vergissingen door de zeeloods werden bedreven, de aansprakelijkheid ervoor blijft berusten bij de kapitein';

«Overwegende dat verweerder weliswaar opwerpt dat de verwarring die bij de zeeloods is ontstaan, volgens de door het arrest gemaakte vaststelling veroorzaakt werd door de navigatiefouten van de scheepsleiding, daar nagelaten werd de ligging van het schip te controleren; dat verweerders opwerping er echter aan voorbij gaat dat, zoals in het antwoord op het tweede onderdeel is uiteengezet, het arrest niet antwoordt op de conclusie waarbij de beweerd navigatiefouten werden betwist, zodat de vaststelling van het arrest, zoals ze gemaakt is, in geen geval als verantwoording voor de beslissing dienstig is;

«Overwegende evenwel dat, naar het oordeel van de rechters, de tweede tekortkoming gemeen is aan de loods en

aan de scheepsleiding; dat de eisers hiertegen niet opkomen; dat het onderdeel derhalve slechts gegrond is in zoverre het de beslissing betreft waarbij het arrest de aansprakelijkheid van verweerder uitsluit.»

(Voorzitter: de h. Janssens — Raadsheer-rapporteur: de h. Caenepeel — Advocaat-generaal: de h. D'Hoore — Advocaten: mrs. De Gryse en Bützler — In de zaak: Kapitein D. en vennootschap naar Duits recht F. t/ Belgische Staat)

NOOT—Zie Cass., 15 december 1983, *R.W.*, 1984-85, 1247.

Hof van Cassatie (1e Kamer), 20 mei 1985

Arbeidsovereenkomst — Sociale zekerheid — Inkomstenbelastingen — Opzeggingsvergoeding — Brutobedrag uitgekeerd door de werkgever — Verhaal op de werknemer — Niet voor de werknemersbijdrage in de sociale zekerheid — Wel voor de bedrijfsvoorheffing.

Verweerster heeft aan eiser het brutobedrag van een opzeggingsvergoeding uitbetaald. Het bestreden arrest (Arbh. Brussel, 8 mei 1984) veroordeelt eiser tot terugbetaling van niet verrichte inhoudingen.

Uit het antwoord op het eerste middel m.b.t. de werknemersbijdrage inzake sociale zekerheid blijkt dat de werkgever geen verhaal heeft op de werknemer.

«Overwegende dat, naar luid van artikel 26, eerste lid, van de wet van 27 juni 1969 tot herziening van de besluitwet van 28 december 1944 betreffende de maatschappelijke zekerheid der arbeiders, de werkgever de werknemersbijdrage waarvan hij de inhoudingen te gepasten tijde zou hebben nagelaten te verrichten, niet op de werknemer mag verhalen;

«Overwegende dat het arrest de beslissing, dat eiser de werknemersbijdrage waarvan de inhoudingen niet werden verricht, aan verweerster moet terugbetalen, laat steunen op de overweging dat, blijkens de parlementaire voorbereiding van de wet, artikel 26, eerste lid, niet van toepassing is wanneer de begane nalatigheid geen bedrieglijke oorzaak heeft en 'een eenmalige niet-inhouding betreft';

«Dat het arrest die wetsbepaling schendt door de toepassing ervan afhankelijk te stellen van vereisten die ze niet bevat maar die bij de parlementaire voorbereiding van de wet, als omstandigheden ter aanduiding van wat de wetgever inzonderheid beoogde, werden vermeld.»

Maar uit het antwoord op het tweede middel blijkt dat het anders is wat de niet ingehouden bedrijfsvoorheffing betreft, ook al heeft de werkgever zelf die voorheffing niet gekweten.

«Overwegende dat, krachtens de artikelen 180 en 182 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen, de werkgever de bedrijfsvoorheffing verschuldigd is en het recht heeft, behoudens hiermee strijdig beding, deze in te houden op de belastbare inkomsten van de door hem bezoldigde personen; dat artikel 183 van dit wetboek bepaalt dat het betalen of toekennen van de belastbare bezoldigingen het verschuldigd zijn van de bedrijfsvoorheffing meebrengt;

«Overwegende dat uit voormelde wetsbepalingen volgt dat, bij ontstentenis van een desbetreffend strijdig beding,

de werkgever die bij het betalen of toekennen van de belastbare bezoldigingen de bedrijfsvoorheffing niet heeft ingehouden, als belastingschuldige gerechtigd is van de werknemer, die de belastingplichtige is, de terugbetaling ervan te eisen, ook al heeft hij de verschuldigde bedrijfsvoorheffing nog niet gekweten.»

(Eerste voorzitter: de h. Châtel — Raadsheer-rapporteur: de h. Marchal — Advocaat-generaal: de h. Lenaerts — Advocaat: mr. Houtekier — In de zaak: M. t/ Vennootschap naar Libanees recht S.A.L. T.)

BOEKEN

Aangekondigd

I. ALDERLIESTE, *Met recht studeren: studievaardigheden voor rechtenstudenten*, Muiderberg, Coutinho, 129 p., 450 fr.

A.E. ALKEMA, *Toepassing van de E.C.R.M. in Nederland*, Zwolle, Tjeenk Willink.

H. BRAECKMANS, *Juridische aspecten van consortiumkredieten in Eurodeviezen*, Antwerpen, Maarten Kluwer, 520 p., 2950 fr.

P. COPPENS en A. BAILLEUX, *Droit fiscal*, Brussel, Larcier, 708 p., 4850 fr.

J. GANTY, *Précis de procédure pénale militaire*, Louvain-la-Neuve, Cabay, 167 p., 450 fr.

H.U. JESSURUN d'OLIVEIRA, *Krypto-ipr*, Reeks IPR nr. 17, Deventer, Kluwer, 32 p.

Dubbelzinnigheid van het recht: kritische rechtstheorie en rechtspolitiek in de jaren tachtig, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 150 p.

Kort geding en toetsing, Zwolle, Tjeenk Willink.

W.C.L. VAN DER GRINTEN, *De rechtspersoon*, 6e druk, ca. 382 p.

BALIE

Conferentie van de Jonge Balie te Dendermonde — Openingsvergadering

Op 13 december 1985 heeft de Conferentie haar plechtige openingsvergadering gehouden. Mr. Paul de Brucker sprak een rede uit over: «De grondwettelijke vrijheden in de U.S.S.R., opium voor het volk?».

MEDEDELINGEN

Draaiboek voor de wetgeving

Bij het Nederlands Staats Drukkerij en Uitgeverij Bedrijf is tegen de prijs van 30 f. een draaiboek voor de wetgeving verkrijgbaar.

Het Draaiboek bevat een systematische beschrijving van alle formele aspecten van de totstandkoming van een wet. Het is in de eerste plaats bedoeld voor gebruik in de wetgevingspraktijk door de daarbij betrokken instanties en personen, maar zal ook bij het wetgevingsonderwijs wellicht van nut kunnen zijn.

De verschillende regels die het wetgevingsproces beheersen zijn verdeeld over een groot aantal voorschriften van uiteenlopende

aard zoals bij voorbeeld de Grondwet, de Wet op de Raad van State, het reglement van orde van de Ministerraad en Aanwijzingen van de Minister-President. Tot nu toe waren zij niet in één systematisch verband bijeen gebracht. In het Draaiboek is dit gebeurd in de volgorde van het verloop van het wetgevingsproces. Aan de orde komen onder meer alle regels met betrekking tot de advisering door de Raad van State, de behandeling in de beide Kamers van de Staten-Generaal en de afkondiging in het Staatsblad.

BERICHTEN

Postuniversitaire Cyclus — Haven- en Maritieme Wetenschappen

Van 15 januari tot 23 april 1986 organiseert het Seminarie voor Volkenrecht van de R.U.G. in samenwerking met de Gentse Havendienst voor de derde maal de postuniversitaire cyclus Haven- en Maritieme Wetenschappen.

Programma:

15 januari 1986

- 14.30 u.: De kapitein: boegbeeld van het zeerecht, spilfiguur in de koopvaardij, door H. Libert, docent Handelshogeschool Antwerpen.
- 16.30 u.: Bevoegdheidsclausules in cognosementen, door R. Roland, advocaat.

29 januari 1986

- 14.30 u.: Internationale coöperatie inzake havenbeleid: zin en toekomst, door H. Paelinck
- 16.30 u.: De I.M.O. en de verbetering van de veiligheid op zee, door H. Van Looke, nautisch directeur

12 februari 1986

- 14.30 u.: Hedendaagse aspecten van havenbeheer, door A. De Wilde, havenkapitein-commandant.
- 16.30 u.: Inbreng en mogelijkheden van de I.A.O. op het domein van de zeevaart, door P. Van den Steen, ere bestuursdirecteur Ministerie van Verkeerswezen

26 februari 1986

- 14.30 u.: Toekomstperspectieven voor de Europese scheepsbouw, door L. Luyten, gedelegeerd bestuurder Boelwerf
- 16.30 u.: Communicatieproblematiek in de scheepvaart, door G. Brabant, hoofd-dir.-dir. van de administratie.

12 maart 1986

- 14.30 u.: Ontwikkelingen in de problematiek van de averij-grosse, door A. Westerlinck, commandant-directeur Hogere Zeevaartschool Antwerpen.
- 16.30 u.: Overheidsbevoegdheid bij de controle van koopvaardij-schepen in de Belgische wateren, door J. Vynckier, hoofdwaterschout der Schelde.

26 maart 1986

- 14.30 u.: De uitoefening van het politierecht op volle zee, door dr. E. Somers, R.U.G.
- 16.30 u.: De burgerlijke aansprakelijkheid van de loods: problemen en mogelijke oplossingen, door prof. dr. H. Boccken, R.U.G.

9 april 1986

- 14.30 u.: Algemeen overzicht van overzees transport en opslag van vloeistoffen in bulk, door R. Van Steenberghen, beheerder-directeur Ghent Tanking.
- 16.30 u.: Toegepast wetenschappelijk onderzoek betreffende het economisch optimaal ontwerp van zeeweringswerken, door G. Gyselinck, burgerlijk bouwkundig ingenieur, projectleider Haecon.

23 april 1986

- 15 u.: Slotzitting: Het verbeteren van de maritieme toeganke-lijkheid van het kanaal Gent-Terneuzen: stand van zaken, door prof. dr. M. Anselin, R.U.G.
- 17 u.: Slotreceptie aangeboden door de Faculteit van de Rechtsgeleerdheid van de R.U.G.

Na elke voordracht is er gelegenheid om vragen te stellen. Te 16 u. is er koffiepauze. Alle deelnemers ontvangen een getuig-schrift.

Praktische inlichtingen

De voordrachten worden gehouden in de gebouwen van de Rechtsfaculteit, Universiteitstraat 4, 9000 Gent, woensdagnamid-dag van 14.30 u. tot 18 u. De slotzitting vindt plaats in de Aula van de R.U.G. Volderstraat 9 te 9000 Gent.

De inschrijving gebeurt door storting van 2.500 fr. op bankreke-ning 440-0323771-57 van «Cyclus maritieme wetenschappen».

Het secretariaat wordt waargenomen door het Seminarie voor Volkenrecht, Faculteit van de Rechtsgeleerdheid, R.U.G., Korte Meer 11, 9000 Gent. De coördinatie berust bij dr. E. Somers (tel. 091/25.76.51, nr. 291-294).

Belgische Vereniging van Bedrijfsjuristen

De Belgische Vereniging van Bedrijfsjuristen (VZW) organiseert op dinsdag 21 januari 1986, om 12u30, in het Hotel Ramada, 38 steenweg op Charleroi, te 1050 Brussel, haar volgende lunch-cause-rie, gewijd aan *La raison d'être d'un chroniqueur judiciaire*, en voorgesteld door de heer Philippe Toussaint.

Inschrijvingen gebeuren via de heer D. Pissoot (tel.: 02/234.06.11) ten laatste op 20 januari 1986 om 11 uur

Belgische Vereniging voor Europees Recht

Op donderdag 30 januari 1986: (Universitaire Stichting, Eg-montstraat 11, 1050 Brussel) houdt de heer F. Baekelandt, direc-teur generaal bij de politiek op het Ministerie van Buitenlandse Zaken, buitenlandse handel en ontwikkelingssamenwerking, een conferentie over het ontwerp: «Europa, Eureka en Idee (Initiative de Défense européenne de l'Espace».

TIJDSCHRIFTEN

Algemeen Fiscaal Tijdschrift, 1985

nr. 3, maart

Denys, L., Over onschendbare beroepsgeheimen; Van den Driessche, J.F., Inkomstenbelastingen en onroerende leasing; De-langre, J., Vaststelling van de maatstaf van heffing: B.T.W. op nieuwe gebouwen.

nr. 4, april

Salien, V., aftrekbare lasten van het globaal belastbaar inkomen in de personenbelasting; Siebens, H., Bedrijfsrevisor en/of belas-tingconsulent; Van den Driessche, J.F., Een gunstige operatie voor vennootschappen: sale and lease back; Sablon, S., Laatste wijzigingen i.v.m. het belastingstelsel van optievennootschappen; Lievens, S., Boekhoudkundige imperatieven.

Ars aequi, 1985

nr. 2, februari

Van der Woude, W.E., Het declaratoir vonnis in het kort ge-ding; Huys, J.E.A., Over deelnemen aan- en meeprofiten van bijstandsfraude; Huls, I., Rondom de witte stukken, Herbezin-ning bij het openbaar Ministerie?

nr. 3, maart

Groefsema, B., Het onrechtmatigheidsvereiste bij ouderlijke aansprakelijkheid; Mulder, L., Het Kroonberoep en art. 6 lid 1 van het Europees Verdrag; Patijn, A., Het dagvaarden en horen van getuigen en deskundigen in strafzaken.

Annales de droit de Liège, 1985

nr. 1

Réforme du révisorat et droit des sociétés (Studiedag 28 novem-ber 1984)

Bank- en Financiewezen, 1985

nr. 4-5, april-mei

Simonis, R., Les règlements internationaux de 1939 à nos jours.