

THEORIE EN FILOSOFIE VAN HET RECHT IN DE BENELUX

1. Theorie en filosofie van het recht in de Benelux

België, Nederland en Luxemburg vormen niet alleen een economische unie. Vooral na de Tweede Wereldoorlog heeft er een sterke groei naar een culturele identiteit plaatsgevonden. Deze identiteit is de laatste vijftien jaar zeker ook op het terrein van de rechtstheorie en de rechtsfilosofie terug te vinden. Belangwekkend zijn in dit kader verschillende kenmerken.

1) Die identiteit omvat niet alleen het Nederlandse taalgebied, maar hij krijgt ook belangrijke impulsen uit het Franstalige landsgedeelte van België. Meertaligheid is eigenlijk een algemeen verschijnsel en hij speelt dan ook een belangrijke rol bij de receptie van wetenschappelijke literatuur in de Benelux. Er wordt in dit gebied aanzienlijk minder vertaald dan in de landen van Latijns Amerika, of binnen Europa bijvoorbeeld in Italië en Spanje. De kennis van de Engelstalige literatuur berust op een vrij algemene beheersing van die taal, en dat is ook met het Duits het geval, hoewel in mindere mate. In het tijdschrift van de Nederlandse Vereniging voor Wijsbegeerte van het Recht, getiteld *Rechtsfilosofie en Rechtstheorie*, vindt men een Engelstalige ondertitel op de omslag, en vaak Engelstalige bijdragen, voorts steeds Engelstalige samenvattingen van de gepubliceerde artikelen. Ook in andere tijdschriften, zoals *Recht en Kritiek*, is dat het geval; zelfs het Franstalige tijdschrift *Revue Interdisciplinaire d'Etudes Juridiques*, dat in Brussel verschijnt, maakt daarop geen uitzondering.

2) Voorts zijn in het rechtsdenken twee religieuze stromingen te noemen, die een grote invloed uitoefenen op de algemene filosofische denkstijl en op de fundering van geldend positief recht, namelijk het Calvinisme en het R. Katholicisme. Een tegenstelling tussen het Noorden en het Zuiden is in dat opzicht zeker niet fictief, hoewel het belang van zo'n tegenstelling afneemt naarmate de discussie meer internationale dimensies aanneemt. Daarbij is er inderdaad nog steeds een merkwaardig verschil tussen de discussies van praktijkjuristen, die in vrij grote mate aan de grenzen van een nationaal rechtssysteem gebonden zijn, en de rechtstheoretici en rechtsfilosofen, die aan hun discussie een bijna universele dimensie verlenen.

3) Binnen het positieve recht en het algemene rechtsdenken is de traditie van de codificatie in België, gezien zijn grote verwantschap met het Franse rechtssysteem, sterker dan in het noordelijke Nederland, waar een meer pragmatische houding tegenover wet en rechtsregel heerst. In beide gevallen is de functie en de betekenis van de juridische dogmatiek een belangrijk thema, en daarmee tevens een gerichtheid op het rechtsdenken als een vorm van praktische rede. Ook in de rechtstheorie wordt daarom een sterk accent gelegd op de notie van de redelijkheid en op de functie van de algemene rechtsbeginselen. Alleen al om die reden is bijvoorbeeld het werk van Dworkin en dat van Rawls algemeen bekend en bediscussieerd. Daarvoor pleit tevens het algemeen en omvattend karakter van hun theorie.

4) Rechtstheorie en rechtsfilosofie is in de Benelux een

vrijwel uitsluitend universitaire activiteit. De meeste universiteiten hebben een leerstoel voor rechtsfilosofie — al neemt dit in Nederland onder invloed van gedwongen bezuinigingen op de staatsuitgaven af — en één of meerdere cursussen voor algemene rechtstheorie. Die laatste worden vaak ook als «algemene rechtsleer» beschouwd, en zij geven dan eerder een rechtstheorie die gelijk is aan een overzicht van de juridische dogmatiek en zijn beginselen. Van een (kritische en analytische) theorie is in zulke gevallen minder sprake. Bij het pragmatisch klimaat hoort eigenlijk, dat praktijkjuristen weinig in de genoemde theoretisch/filosofisch gerichte tijdschriften publiceren en interveniëren. Hun belangstelling ligt in de eerste plaats op het terrein van de juridische dogmatiek en de algemene rechtsleer. Omgekeerd rekenen de theoretici en filosofen het tot hun taak om in de grote juridische vaktijdschriften zoals het *Rechtskundig Weekblad* (België) of het *Nederlands Juristenblad* (Nederland) te schrijven. Die differentiatie lijkt moeilijk op te heffen, zij kenmerkt het klimaat en de grondstructuur van de werkzaamheden. Zij vinden eveneens hun weerslag in het profiel van de beroepsactiviteiten van de leden die bij de IVR-secties van beide landen zijn ingeschreven.

1. LITERATUUR

BAX, C., «Two Functions of Legal Reasoning», in *Vernunft und Erfahrung im Rechtsdenken der Gegenwart*, Rechtstheorie Beiheft 10, ECKHOFF, T., FRIEDMAN, L., UUSITALO, J. (red.), Berlin, Duncker und Humblot, 1986, 3-10.

BROEKMAN, Jan M., *Mens en mensbeeld van ons recht*, Deel 1: *Antropologie*, 3e ed., Leuven, Acco, 1986, 1-8.

GIJSSELS, J., VAN HOECKE, M., *Wat is rechtstheorie*, Antwerpen, Kluwer, 1982.

KLANDERMAN, J., (et al.), «Rechtstheorie in Nederland. Ontwikkelingen in de jaren 70», *N.J.B.*, 1981, 61-74.

LANGEMEIJER, G.E., «Een stapel rechtsfilosofie en rechtstheorie», *N.J.B.*, 1985, 509 e.v.

RAES, K., *Het rechtvaardigheidsconcept van J. Rawls*, Antwerpen, Kluwer, 1984.

VAN DEN BORG, W., WILLIGENBURG, Th., «Pleidooi voor een radicaal-liberale rechtspraak: de rechtstheorie van Ronald Dworkin», *Recht en Kritiek*, 1986, 343 e.v.

VAN HOECKE, M., *What is Legal Theory*, Leuven, Acco, 1985.

VISSER 't HOOFT, P., (red.), *Flores Debitorum*, Zwolle, Tjeenk-Willink, 1984.

VISSER 't HOOFT, P., «On Legal Reasoning and the Concept of Practical Reason», *Rechtstheorie*, 1982, 269-284.

VISSER 't HOOFT, P., «Over rechtsfilosofie in de jaren 70» (About Legal Philosophy in the Seventies), *N.J.B.*, 1980, 1105-1113.

X., *Een beeld van recht*, *Ars Aequi*, Special issue, 1979, 11.

2. Benelux-rechtsdenken en het probleem van de juridische rationaliteit

In de internationale discussie heeft een accentverschuiving plaatsgevonden ten gunste van een verdieping van de problematiek, die als de «juridische rationaliteit» in de rechtstheorie is opgenomen. In de jaren zeventig stond het probleem van de normativiteit, onder meer met de discussie rond het positivisme en zijn tegenhanger, het natuurrecht, op de voorgrond. Bovendien was de validiteit, de interpretatie en argumentatie binnen het recht alsmede de logische structuur van recht een belangrijk onderwerp. De veranderingen zijn af te lezen aan de IVR-congressen te Lund (1983) en Bologna (1984), waar bovengenoemde thema's in het licht van de omvattende problematiek van de rationaliteit kwamen te staan. De vraag naar de grondstructuur van het juridisch paradigma en de mogelijkheid tot paradigma-verandering hangt daar nauw mee samen. Men bedenke, welk anthropologisch perspectief met deze probleemstelling gemoeid is (Broekman, 1982, 1986)

Juridische rationaliteit heeft steeds betrekking op een concrete mens, die in juridicis verondersteld wordt inzichtelijk te spreken, denken en handelen. Die inzichtelijkheid is grondvoorwaarde voor juridische beoordeling van gedrag en handeling, maar ook voor de juridische kwalificatie als zodanig en de rationaliteit van recht, dat zulke kwalificaties tot stand brengt. Werkelijkheid wordt op deze manier op zijn begrip gebracht; juist die gang van zaken is de garantie voor rationaliteit in juridische zin. Juridische rationaliteit als juridische praxis en juridische rationaliteit als wetenschapstheoretische vooronderstelling grijpen hier in elkaar. Met alle grondstellingen omtrent de rationaliteit van recht blijkt een maatschappelijk uiterst belangrijk kennisproces beschreven te worden, dat er objectief uitziet. De kwalificatie van het gegeven, van de toedracht, staat immers op de voorgrond, en niet het kwalificerend subject. Dat laatste wordt slechts om redenen van goed grammaticaal taalgebruik genoemd. Het ziet er dus uit alsof die juridische rationaliteit kennis zonder subjectief kennis-organiserend moment is. Die voorstelling van zaken is ideologisch van aard, want juridische en levensfeitelijke realiteit worden in die visie voor identiek gehouden, hoewel zij dat geenszins zijn.

De rationaliteit van het recht is een tekstuele rationaliteit: teksten zijn in het recht ontstaan door specifieke relaties die gelegd worden tussen begrippen en concepten uit het geheel van het recht. (daarom moet het recht een geheel vormen!) en die relaties mogen niet willekeurig, maar slechts volgens welbepaalde juridische regels tot stand komen en in praktijk gebracht worden. Dat kan men slechts verdedigen als men de dogmatische regel waardoor de juridische rationaliteit ondersteund wordt, gelijkstelt met de gedragsregel die beoogd wordt. De genoemde verschuiving van aandacht is dus niet zonder relevantie voor het geheel van de rechtswetenschap, zijn theorie en zijn praktijk.

In dit kader zijn een aantal ontwikkelingen interessant, die in het Benelux-denken tot stand kwamen. Zij passen bij wat E. Bulygin (1982) formuleerde: «Two major events characterize the development of legal philosophy in the decade 1966-1976: first, the increasing interest of legal theorists in deontic logic and the subsequent attempts to capita-

lize upon the insights achieved by deontic logicians for the clarification of legal reasoning and the analysis of legal concepts; second, the powerful attack launched by Ronald Dworkin against the hitherto prevailing trend in legal philosophy, viz. legal positivism.» Die laatste bijdrage heeft het Benelux-denken beïnvloed op de volgende punten:

a) Het heeft aandacht gevraagd voor de wijze waarop de rechter te werk gaat en voor de diepergaande studie van wijze waarop hij te werk zou moeten gaan. De invloed van J. Esser's *Vorverständnis und Methodenwahl* is in de Nederlandstalige literatuur op dit punt groot geweest. Als ideaal werd het ontwerp van een normatieve procedurale theorie gezien. In breder verband stelt Langemeijer (1985, p. 515): «Rechtsdogmatiek moet gericht zijn op wat de rechter zou behoren te doen, eventueel met die correcties, die bij rustiger overweging geboden blijken (Esser). Rechtswetenschap stricto sensu, anders gezegd rechtstheorie lato sensu en onderscheiden van rechtsdogmatiek dient alle kennis omtrent het recht, met name rechtssociologie, te integreren. Deze taak is verre van voltooid» (zie ook: Ost, 1986).

b) De verdere formulering van de materiële beginselen waarop de rechter zich moet kunnen beroepen, dient ter hand genomen te worden. Welke criteria kan men hem verstrekken om legitiem vanuit zulke beginselen tot beslissingen te komen. Daarbij komt zowel de scheiding tussen recht en moraal als die tussen recht en politiek opnieuw ter discussie te staan (vgl. Ost, 1985).

c) De juridische interpretatie staat nooit los van de juridische rationaliteit. Dat geldt ook voor de hermeneutiek. Interpreteren is nooit mogelijk vanuit een standpunt dat extern is ten opzichte van het gehele juridisch discours. In dat verband wordt op het institutioneel karakter van het recht gewezen. De dogmatiek legt bepaalde «institutionele imperatieven» (Zuleta Puceiro) als basismatrix vast, en deze matrix is bepalend voor de rationaliteit. Het meest belangrijke filosofische thema is hier de relevantie van de tegenstelling tussen «brute facts» en «institutional facts» (MacCormick & Weinberger, 1985). Wat zijn rechtsfeiten, en welke institutionele kenmerken bepaalt hen? Wat is de relevantie van zulke inzichten voor het praktisch procédé van de juridische kwalificatie? Wordt kwalificatie in dit licht een verborgen gehouden fictie? Op welk ontologisch niveau spreekt het juridisch discours zich dieneengevolge uit, en op welke aard van feitelijkheid der feiten heeft het eigenlijk betrekking? Dat raakt de rechter als recht-spreker, maar het raakt evenzeer de juridische semantiek en de relatie tussen rechtstaal en omgangstaal.

Zulke overwegingen worden door de praktisch-dogmatisch geïnspireerde theoreticus snel vertaald in de notie van een paradigmawisseling van het recht zelf. Zulke inzichten zouden tot zo'n wisseling leiden. Dit suggereert wat ook in Duitsland de zgn «rhetorische rechtstheorie» (Viehweg, Rodinger) graag ziet, namelijk een overgang van formeel naar materieel recht, van accenten op het individu naar intersubjectiviteit, van het concept «vrijheid» naar dat van de «gelijke vrijheid».

d) In deze suggestie ligt een belangrijk thema voor de Benelux-rechtstheorie en rechtfilosofie: het gaat hier om de gedachte dat een *overgang van rationaliteit naar redelijkheid* voor de hand liggend en noodzakelijk is. De vraag is nu, of deze gedachte een fictie te noemen is. Lenoble en

Ost (1980) stellen, dat zo'n fictie uiteindelijk in functie van de wetenschapstheoretische criteria van geslotenheid en volledigheid van het recht staat. De overgang van die fictie naar de redelijkheid staat eveneens onder de druk van de pragmatici. In dat licht stelt Perelman (1984) uitdrukkelijk, dat het in het recht om redelijkheid gaat en dat de logica van recht gericht dient te zijn op de functionaliteit van het auditorium. Zijn «Nouvelle rhétorique» wordt door de idee van de redelijkheid gedragen. Elk juridisch betoog, elke procedure van juridisch spreken, wordt door redelijkheid gedragen en naar criteria van redelijkheid getoetst — niet in de laatste plaats, zoals men van Perelman heeft geleerd, door het auditorium. Het sterkste betoog is immers dat, wat overtuigend zou zijn voor een «auditoire universel». Soeteman heeft dit probleem kritisch geanalyseerd (Soeteman 1981). Dat heeft uiteraard zijn bijzondere betekenis voor zulke belangrijke thema's als de gerechtigheid. Daartoe Langemeijer (1985, p. 515): «Discussie over gerechtigheid heeft zin. Zij levert geen logisch dwingende conclusies op, maar kan erkenning van de juistheid van de uitkomsten benaderen van de kant van al degenen, die voor de aanvankelijk botsende belangen staan» (zie ook Brugmans, 1986; Broekman, 1986; Van Quickenborne, 1986). De visie op het recht en de gerechtigheid is dan deze, dat inleving in en een kritische houding tegenover, alle betrokkenen en hun belangen noodzakelijk is. Zo'n houding getuigt zowel van rationaliteit als van rechtvaardigheid. Filosofisch kan hierin de aanleiding gezien worden om de discussie tussen standpunten van Kant en die van Hegel opnieuw te bezien. Is een integratie van Kant's idee van de vrijheid en de autonomie met die van Hegel mogelijk? In hoeverre speelt daarbij het begrip «dialectiek» een rol — of wordt dat begrip al te snel als een voor de praktijk van de dogmatiek en een begrijpen van de algemene structuur van die dogmatiek bruikbaar instrument genomen? (Van Dunné, 1985). Maakt juist dit instrumentalistisch gebruik van het redelijkheidsbeginsel niet duidelijk, dat van een paradigmawisseling geen sprake kan zijn? De juridische rationaliteit blijft immers een subjectgebonden denkvorm, en is juist uitsluitend als subjectiviteit te denken (Broekman, 1982, 1983). Subject is in Kantiaanse zin: vrij subject, autonoom subject, een term van voluntaristisch denken, zoals Van Dun (1985) radicaal formuleert en Rawls het vanuit zijn perspectief herformuleert. Ook ten aanzien van de brede verwerking van de theorie van Rawls door K. Raes (1984) geldt dezelfde observatie. De essentie van Rawls' argumentatie gaat om de redelijkheid: deze veronderstelt de rationaliteit van het autonoom gedachte subject in Kantiaanse zin. Geen wonder dan ook, dat verbanden tussen de positie van Rawls en de «herrschaftsfreie Kommunikation» van J. Habermas niet uit de lucht gegrepen zijn. Dat leidt tot een vraag aan de internationale discussie van het moment: tot hoever durft en kan men de redelijkheidscriteria doordenken tot op de kern van de ideologie van het recht? (Van Peteghem, 1985, 1987).

Een niet onbelangrijke conclusie uit dit complexe denkre-sultaat van Benelux-rechtstheorie is, dat redelijkheid samengaan moet met algemene beginselen van behoorlijk bestuur, of met een ander, zowel privaats- als publiekrecht omvattend beginsel van behoorlijk handelen (Van Gerven). Dat samengaan is niet toevallig. Het betekent, dat in het geschetste kader een functionele samenhang tussen rede-

lijkheid en juridische dogmatiek gedacht wordt — een pragmatisch op de dogmatiek georiënteerde samenhang. Dat leidt tot een welbepaalde functie van redelijkheid, namelijk die van een beginsel dat slechts marginale toetsing toelaat ten aanzien van het klassieke contractueel-liberalistische mensbeeld van het recht (autonomie van het subject) alsmede de klassieke soevereiniteitstheorieën (Ost & Van de Kerchove, 1986). De individuele autonomie en de soevereiniteit van de staat blijven de wortels van de redelijkheids-idee, en zodoende die van de juridische rationaliteit.

In de redelijkheid verschijnt zodoende een algemeen achtergrondsbeginsel, dat met name in de eerste helft van de jaren zeventig steun gaf aan de discussies rond de rechterlijke rechtsvinding. Ook daarin is de weerklank van het werk van J. Esser in Nederland en België terug te vinden. Klanderman geeft van die discussie een samenvatting, en wijst erop dat in de tweede helft van dat decennium verwante thema's uitgediept werden, zoals dat van de interpretatie (Vranken, 1978; Van Hoecke, 1979), de legitimatie (Nieuwenhuis, 1976) en de algemene rationaliteitsproblematiek (De Wild, 1979, 1982). Hoezeer hier de invloed van de grote Nederlandse rechtsgeleerde P. Scholten is, kan nauwelijks bepaald worden. Bruggink (198) doet daartoe een poging maar het lijkt wel alsof deze invloed tot op heden voortduurt. Scholten, en met hem impliciet ook Van Gerven (1981), beschrijft het juridisch beslissingsproces als het samengaan van een heuristisch en een legitimatiemoment. Filosofisch is belangwekkend, dat beide als karakteristieken van de juridische denkwijze worden opgevat. Nieuwenhuis en De Wild (1979) knopen deze observatie aan bij het wetenschapstheoretisch onderscheid tussen heuristiek en legitimatie en de «context of discovery» (het heuristisch moment) en de «context of justification» (het legitimatiemoment). Het is echter zeer de vraag of die onderscheiding ten aanzien van het paradigma van de juridische dogmatiek volgehouden kan worden. De analyse van het paradigma-begrip van het recht die Broekman (1984) tijdens het congres in Lund gaf, doet het tegendeel vermoeden.

2. LITERATUUR

BROEKMAN, Jan M., «Changes of Paradigm in the Law», in *Theory of Legal Science*, PECZENIK, A., LINDAHL, L., ROERMUND, B. van (red.), Dordrecht/Boston/Lancaster, D. Reidel, 1984.

BROEKMAN, Jan M., «Die rationalität des juristischen Diskurses», in *Metatheorie juristischer Argumentation*, W. KRAWIETZ, R. ALEXI (red.), Berlin, Duncker und Humblot, 1983, 98-116.

BROEKMAN, J.M., «Justice as Equilibrium», in *Law and Philosophy*, 1986, 3, 369-391.

BROEKMAN, Jan M., *Recht en antropologie*, 2nd ed., Antwerpen, S.W.U., 1982.

BRUGMANS, E.H.L., «Rechtvaardigheid en naastenliefde», *Rechtsfilosofie en Rechtstheorie*, 1986, 3, 181-187.

BULYGIN, E., «Norms, Normative propositions and legal Statements», in *Contemporary Philosophy. A new Survey*, G. FLOSTEAD (red.), M. NIJHOFF, The Hague, Boston, Londen, 1982, 127.

DE WILD, A., *De rationaliteit van het rechterlijk oordeel*, Deventer, Kluwer, 1979.

DE WILD, A., «Rationaliteit, argumentatie en rechtspraak», *R. en R.*, 182-184.

LENOBLE, J., OST, Fr., *Droit, Mythe et Raison*, Publications des Facultés Universitaires, Brussel, Saint-Louis, 1980.

MACCORMICK, N., WEINBERGER, O., *An Institutional Theory of Law: New Approaches to Legal Positivism*, Dordrecht, Reidel, 1986.

NIEUWENHUIS, J., «Legitimatie en heuristiek van het rechterlijk oordeel», *R.M.T.*, 1976, 494 e.v.

OST, P., «Dogmatique juridique et science interdisciplinaire du droit», *Rechtstheorie*, 1986, 1, 89-110.

OST, F., «Entre ordre et désordre: le jeu du droit. Discussion du paradigme autopoïétique appliqué au droit», *A.P.D.*, 1986, 133-162.

OST, F., «La légitimité dans le discours juridique: cohérence, performance, consensus ou dissensus?» in *Conditions of Validity and Cognition in Modern Legal Thought*, A.R.S.P. Beiheft 25, MACCORMICK, N., PANOU, S., VALLAURI, L.L. (red.), Stuttgart, Steiner, 1985, p. 191-204.

OST, F., VAN DE KERCHOVE, M., «Rationaliteit en soevereiniteit van de wetgever: Paradigma's van de rechtsdogmatiek?», *R. en R.*, 1986, 125-140.

PERELMAN, Ch., *Le raisonnable et le déraisonnable en droit. Au-delà du positivisme juridique*, Parijs, L.G.D.J., 1984.

SOETEMAN, A., *Norm en logica*, Zwolle, Tjeenk-Wilink, 1981.

VAN DUN, F., *Het fundamenteel rechtsbeginsel*, Antwerpen, Kluwer, 1985.

VAN DUNNÉ, J.M., *De dialectiek van rechtsvinding en rechtsvorming*, Arnhem, Gouda Quint, 1984.

VAN DUNNÉ, J.M., «Recht en dialectiek of: de uitzondering op de regel», *R. en R.*, 1985, 188-204.

VAN GERVEN, W., «Beginnels van behoorlijk handelen», *R.W.*, 1982-83, 961-978.

VAN GERVEN, W., «De taak van de rechter in een democratisch bestel», in *Theorie en praktijk van de rechtsvinding*, VAN GERVEN, W., LEYTEN, J., Zwolle, Tjeenk-Wilink, 1981, 1-33.

VAN HOECKE, M., «Aard en methode van de rechtsdogmatiek», *R. en R.*, 1984, p. 188-205.

VAN HOECKE, M., *De interpretatievrijheid van de rechter*, Antwerpen, Kluwer, 1979.

VAN PETEGHEM, J., «'Critical Legal Studies': deconstructie of romantisch cartesianisme?», *R. en R.*, 1987, 187-198.

VAN PETEGHEM, J., *Reasons for Being Reasonable*, Paper IVR Congress Athens, 1985.

VAN QUICKENBORNE, M., «La justice selon Ch. Perelman et John Rawls», in *Justice et Argumentation*, HAARSCHER, G., INGBER, L. (red.), Brussel, Editions de l'Université, 1986, 197-210.

VRANKEN, J., «Kritiek en methode in de rechtsvinding», Deventer, Kluwer, 1978.

3. Recht en ethiek

De rationaliteitsproblematiek wordt in de Benelux-rechtstheorie en rechtsfilosofie niet alleen exhaustief behandeld, maar vanuit die behandeling komen ook vragen in de richting van de thans lopende internationale discussie.

Hetzelfde geldt voor het andere onderdeel, dat door Bulygin werd gesignaleerd, namelijk het deontische aspect in het recht. Ook hier is de discussie met de normproblematiek van het positivisme verder ontwikkeld in de richting van de materiële basis van het recht. Dat geschiedt in nauwe aansluiting aan de analytische traditie, die met name in Nederland bestudeerd en nog in velerlei variaties gevolgd wordt (Van Haersolte, 1984). Dat op die manier ook variaties op het model van de sociale contracttheorieën en hun latere liberalistische varianten ontstaan, is bijna vanzelfsprekend.

Belangwekkend is, dat de relatie tussen recht en ethiek betrekkelijk eenvormig is. Men krijgt het vermoeden, dat *de ethiek in de ruime zin van het woord gejuridiseerd is*. Met name in de sterk de aandacht trekkende medisch-ethische discussies wordt dit zichtbaar. De vraag, of er specifieke medische momenten in zo'n ethische discussie een constituerende rol spelen, komt nauwelijks aan bod. Steeds gaat het in de «Standaard Medisch-Ethische Discussie» (SMED) volgens Broekman (1985, 1986) om toepassingsmodaliteiten van algemeen-culturele standaards bij beslissingen die in de medische institutie genomen moeten worden. Gezien het karakter van de juridische rationaliteit is het niet te verwonderlijk, dat de medische en de juridische rationaliteit in dit SMED-kader vrijwel identiek geworden zijn. Juridische regelstructuur en handelingsstructuur worden zonder meer compatibel geacht, alsof er tussen beide geen belangrijke semantische differentiatie bestaat. Dat is, wat men in algemene zin de jurisdisering van de ethiek kan noemen; een jurisdisering die de gestelde eenvormigheid in de hand werkt (De Beaufort, 1985; Hirsch Ballin, 1984).

De filosofische basis voor deze ontwikkeling ligt in de vorming van een dominerende waarde van onze cultuur — een waarde die ethiek als veld van beslissingen opvat, beslissingen die in vrijheid genomen moeten worden, een vrijheid die in autonomie geworteld is, een autonomie die met de individuele wil verbonden is.

Zodoende wordt de vrijheidsproblematiek de grote blikvanger van de rechtstheoretische en rechtsfilosofische discussie in de Benelux gedurende de laatste jaren. Maar onder de leuze van de vrijheid gaan diverse filosofische en wereldbeschouwelijke attitudes schuil, die echter allemaal de genoemde basisbeginselen van individualiteit, autonomie en wil gemeenschappelijk hebben. Wie hier de analyse radicaliseert, stelt zich aan het gevaar bloot, zowel door rechtspractici als door rechtstheoretici als anarchist of abolitionist gekwalificeerd te worden. Men name in het debat over de mensenrechten wordt dit gemeenschappelijk moment zichtbaar (J.v.d.Ven, 1984). Dat geldt immers voor hen die vanuit de R. Katholieke traditie denken, voor de Thomistisch-Aristotelisch denkers (Scheltens, 1981, 1983; Cliteur, 1985) als voor de Calvinistisch (Van Eikema Hommes' transcendentiaal-empirische methode, 1983, 1984) en voor de Hegeliaans geïnspireerden (Meeuwissen, 1984, 1983).

Uit deze discussie blijkt hoezeer het beeld van de vrijheid determinerend is, niet alleen voor de relatie tussen recht en ethiek, maar voor geheel het recht en de rechtsuitoefening in onze samenleving. Maar het is nodig, om in te zien hoezeer hier steeds semantische transformaties aan het werk zijn, die niet aan de oppervlakte komen. Zo tracht men in de geschetste uiteenzettingen het voortdurend accent op de subjectiviteit en de individualiteit enigszins af te zwakken

door aandacht te besteden aan het intersubjectief moment. Vergeten wordt evenwel, dat intersubjectiviteit toch nog steeds een vorm van subjectdenken blijft, aangezien het sociale als netwerk van subjecten gedacht wordt. Opnieuw moet gezegd worden, dat andere denkmodellen in het recht vrijwel geen kans krijgen. Dat blijkt ook uit de wijze waarop het recht de vrijheid denkt, wanneer eenmaal die subjectiviteit als centraal moment geponeerd is. Het recht denkt zijn subject als rechtssubject, als drager van rechten en plichten. Die binaire structuur is de basis voor het vrijheidsbegrip van recht. Twee momenten worden hier steeds naar voren gebracht: de individuele keuzevrijheid en de handelingsvrijheid. De onderscheiding tussen beide en de wederzijdse invloeden op elkaar zijn een specifiek onderwerp van de vrijheidsfilosofie in de Benelux. Dat die individuele keuzevrijheid de werkelijkheid reduceert tot een binaire keuzestructuur, een structuur die typisch met het dogmatisch denken overeenstemt, wordt niet duidelijk gesteld. Het individuele keuzemoment wordt als natuurgegeven aanvaard. Het is er zoals de menselijke natuur er is — een gegeven waar het recht mee moet werken. Het recht moet en mag die keuze beschermen, maar het mag op die keuze geen invloed uitoefenen: dat is het rechtsfilosofisch adagium bij uitstek. Dat dit keuzemoment de uitkomst van de constructie van de rechtssubjectiviteit is, wordt niet nader overwogen, het geldt eenvoudig als algemeen uitgangspunt. Recht heeft zodoende eigenlijk slechts met handelingsvrijheid te maken. Het beperkend karakter van recht, het normatief moment van recht heeft betrekking op deze handelingsvrijheid. Ook hierin is de invloed van Rawls terug te vinden, evenals het natuurrechtelijk geïnspireerd denken van J. Finnis. Deze laatste zoekt immers criteria voor de praktische rede, en deze praktische rede richt zich van ouds op het geheel van de menselijke handeling. Een belangrijk discussiepunt in de Benelux is, in hoeverre die criteria voor de handelingsvrijheid invloed hebben, moeten hebben of mogen hebben op de keuzevrijheid (Langemeijer, 1985; Meeuwissen, 1984, 1983; Luyten, 1979; Dijon 1982; Van de Kerckhove, 1986).

Dat wordt bijvoorbeeld door Van Dun (1985) bestreden, aangezien volgens deze auteur hier geen politiek systeem, maar slechts de zuiverheid van het rechtssubject-concept van doorslaggevende betekenis is. Bouckaert (1981) werkt die problematiek uit in zoverre hier ook de gedachten van Von Hayek (zie ook Van Gerven, 1986) van belang zijn. Deze hebben in de Benelux vrij algemeen weerklink gevonden; zij vormen een spontane legitimatie voor dogmatisch gekleurde rechtstheorieën over de vrijheid.

3. LITERATUUR

BOUCKAERT, B., *De exegetische school*, Antwerpen, Kluwer, 1981.

BROEKMAN, Jan M., «Is geneeskunde wijsgerig te funderen?», *Ned. Tijdschrift voor Geneeskunde*, Jrg. 129, nr. 52, 1985, 2513-2414.

BROEKMAN, Jan M., *Procreazione e famiglia fra diritto e medicina*, Giovani/Realtà, Lecce, 1986.

BROEKMAN, Jan M., «Semiology and the Medical Discourse», *Methodology and Science, International Journal for the Empirical Study of the Foundations of Science and their Methodology*, vol. XIX, nr. 1, 1986, 1-15.

CLITEUR, P.B., «D.F. Scheltens over recht, ethiek en vrijheid», *R. en R.*, 1985, 103-117.

DE BEAUFORT, I., *Ethiek en medische experimenten met mensen*, Assen, 1985.

DIJON, X., *Le sujet de droit et son corps. Une mise à l'épreuve du droit subjectif*, Namen, Société d'études morales, sociales et juridiques, 1982.

HIRSCH BALLIN, E., «Over het leven beschikken», *R. en R.*, 1984, nr. 3, 182.

LEIJEN, A.J., «Natuurrecht, plaats voor de maat», *R. en R.*, 1985, 11-28.

MEEUWISSEN, D.H.M., «Mensenrechten en vrijheid», *R. en R.*, 1983, 85-90.

MEEUWISSEN, D.H.M., *Recht en vrijheid. Inleiding in de rechtsfilosofie*, Utrecht, Het Spectrum, Aula, 1984.

SCHELTENS, D.F., *Inleiding tot de wijsbegeerte van het recht*, Samsom, Alphen aan de Rijn, 1983.

SCHELTENS, D.F., *Mens en mensenrechten*, Samsom, Alphen aan de Rijn, 1981.

VAN DE KERCKHOVE, M., «L'Etat et la morale. Pour une éthique de l'intervention pénale», *Annales de Droit*, 1986, 187-208.

VAN DER VEN, J.J.M., *Mensenrechten in rechtsvergelijking*, Deventer, Kluwer, 1984.

VAN EIKEMA-HOMMES, H., «De rechtsbeginselen volgens de transcendentiaal-empirische Methode», in *Rechtsbeginselen*, SCHOLTEN, G. (et al.), Zwolle, Tjeenk-Willink, 1983.

VAN EIKEMA-HOMMES, H.J., «Vrijheid in juridische zin», *R. en R.*, 1984, 96-108.

VAN HAERSHOLTE, A., *De mens en het zijne*, Zwolle, Tjeenk-Willink, 1984.

4. Recht en epistemologie

a) Dogmatiek en wetenschappelijkheid van recht

De vraag naar de wetenschappelijkheid van het recht is in het Nederlandstalige gebied herhaalde malen aan de orde geweest. Dat houdt verband met de pragmatische gerichtheid, die al eerder signaleerd werd, en verder met de invloed van de juridische dogmatiek op de rechtstheoretische en rechtsfilosofische uiteenzettingen. Ook heerst er een algemene belangstelling voor wetenschapstheoretische kwesties, zowel op het terrein van de rechtswetenschap als op dat van de sociale wetenschappen in het algemeen. Het bijzonder aan deze problemen gewijde tijdschrift *Kennis en Methode* getuigt daarvan. De invloed van de communicatieve theorie van Habermas is daarom in dit taalgebied groot, en auteurs zoals Popper, Kuhn, Feyerabend en Lakatos worden door juristen gelezen en door rechtstheoretici nauwgezet geanalyseerd.

Bij dit alles is opnieuw een pragmatische belangstelling richtinggevend. Steeds speelt de vraag op de achtergrond, of de «rechtswetenschap» in haar geheel genomen wel een wetenschap is. Die kwalificatie zou dan niet alleen bijzondere legitimatiestructuren oproepen, maar ook de rechterlijke beslissing en de grondstructuur van de juridische dogmatiek beïnvloeden. Zo komt bij Van Hoecke (1984) de vraag naar voren in hoeverre de theorieën van Kuhn op de rechtsdogmatiek toepasbaar zijn. De invloed van Aarnio's gelijkaardige overwegingen is hier te vinden. Die kwestie is

volgens Van Hoecke eenzijdig opgevat, namelijk als vraag naar de wetenschappelijke vooruitgang en wetenschappelijke revoluties in de dogmatiek. Maar heeft de rechtsdogmatiek een eigen paradigmatisch karakter? Een positieve beantwoording dringt zich vanuit de pragmatiek van de rechtstoepassing en de studie van het recht op. De term «wetenschappelijk» geeft de suggestie van rechtszekerheid aan de juridische praktijk; dat is reeds op zich een belangrijk legitimatiegebeuren.

Voorts past die kwalificatie van «wetenschappelijk» in het hoog prestige dat de rechtswetenschap wenst op te houden, wel niet in de laatste plaats vanwege de afdwingbaarheid en het sociaal zeer ingrijpend karakter van recht. Esser en Langemeijer hebben erop gewezen, dat zeker op het punt van objectiviteit en waardevrijheid dat predikaat «wetenschappelijk» niet aan de rechtsdogmatiek te geven is. In dit kader is het interessant, om te vernemen hoe paradigmatisch het als basis fungerend theoretisch en methodologisch kader van de rechtsdogmatiek door Van Hoecke (1984) geacht wordt te zijn. Het betreft volgens hem a) een theorie van de rechtsbronnen, b) één met betrekking tot de interpretatie van regels, c) één ten aanzien van de taak van de dogmatiek, d) één betreffende de eigen normen en waardenscalen van de jurist, en e) één aangaande de basisideologie van de kring der rechtsgeleerden.

Interpretatie en systematisering van recht dienen in dit verband de wetenschapstheoretische criteria van coherentie, consistentie en eenheid van het juridisch discours. Steeds keert dit laatste gegeven in de discussies en zelfinterpretaties terug: het ziet er naar uit, dat de criteria van de wetenschapstheorie bepalend zijn voor de zelfinterpretatie van recht. Hier ligt de diepste grond voor de samenhang van recht en epistemologie. Die conclusie leidt tot een merkwaardig inzicht. Men kan niet aan de indruk ontkomen, dat met de invloed van auteurs zoals Kuhn en Lakatos het debat omtrent wetenschapstheoretische criteria ten aanzien van de wetenschappelijkheid van de rechtswetenschap goed en wel begonnen is, en men koestert verwachtingen ten aanzien van de uitkomst ervan. Bij nader inzien is dit niet terecht: het aanvaarden van die criteria, met name van coherentie, consistentie en eenheid, impliceert immers een aanname van de principiële gelijkwaardigheid en gelijkaardigheid van rechtswetenschap en wetenschap volgens wetenschapstheoretische criteria — een aanname, die nu juist ter discussie stond!

Dat leidt tot het inzicht volgens hetwelk een wijsgerige kritiek op de rechtstheorie vruchtbaar kan zijn. Het thema «Recht en Kritiek» is in het Nederlandse taalgebied bekend, mede doordat er een tijdschrift met deze zelfde titel bestaat. Maar die kritiek houdt zich veelal met sociologische of marxistisch geïnspireerde thema's bezig. Tanghe (1981, 1982, 1983, 1986) heeft vooral aan die laatste problematiek belangrijke studies gewijd. Zijn grote boek over het marxistische rechtsdenken staat tussen sociologisch-politieke en epistemologische beschouwingen van recht en rechtstheorie in. Van Roermund (1983) gaat uit van een wetenschapsfilosofische analyse van de onderscheidingen en relaties waarop een rechtstheorie steunt. Hij onderscheidt daarbij twee gebieden, die verder reiken dan de wetenschapstheoretische criteria van consistentie, coherentie en eenheid van discours, namelijk de tekstuele configuratie van het rechtsbegrip en in samenhang daarmee de narratie-

ve verhouding van rechtstheorie tot zijn tekstualiteit. Hij verbindt op deze manier de Angelsaksische wetenschapstheorie met inzichten van het Franse structuralisme, de Franse linguïstiek en het zogenaamde post-structuralisme. De auteur stelt, afgezien van zijn technische uiteenzettingen, dat in de confrontatie met het positieve recht de filosofie in staat is om te zien dat zij buiten zichzelf moet treden om niet steeds in dezelfde ideologisch belaste vraagstelling terecht te komen. Het aanvaarden van een werkelijkheid «an sich» is voor hem daarbij een toetssteen — tevens een oude problematiek die de westerse wijsbegeerte kenmerkt. Aanzetten tot andere vraagstellingsvormen vindt men zowel in de wetenschapsfilosofie (Putnam) als in de cultuurfilosofie (Foucault). In dat kader wordt belangrijk: welke plaats men aan «rechtsfilosofie» toekent in de concrete en minutieuze verbindingen van rechtsregels en waarheidsuitspraken. Voorts speelt daarbij een diepere visie op de «common sense» een rol, niet als analytisch begrip maar als een weten van de zijde van de rechtsonderhorigen, dat recht en rechtskritiek bepaalt. Wellicht is er van daar uit méér weten over het recht aanwezig dan wij weten, en moest de rechtstheorie dit in haar theorie afwezige weten opnemen om uit de eigen ideologische, paradigmatische en positivistische bevangenheid te geraken. Soortgelijke thematiek treft men bij Bax (1986), Van de Kerchove (1986), die een dergelijke vraagstelling toespist op het probleem van de rechtstheoretische kenmerken van de conversie. Vanuit deze gedachtengangen is er inderdaad een bijdrage geleverd tot verbreding van de traditionele epistemologische kijk op recht en rechtstheorie, een verbreding ook van het wetenschapstheoretisch perspectief.

b) Rationele reconstructie van recht

Op dit gebied van de samenhang van recht en kennis-theorie spelen de publikaties van De Wild (1979) een niet onbelangrijke rol. Deze auteur heeft de wetenschapstheorie van Lakatos op de rechtswetenschap toegepast. Een kennis-theorie van het recht heeft in dit kader tot kenmerk, een rationele reconstructie te zijn van wat in de rechtspraktijk gebeurt. Daarbij is het rechtsdenken als vorm van subject-denken een vanzelfsprekend gegeven, aangezien bij die reconstructie steeds de beslissing van de rechter centraal staat. De rationaliteit van het rechterlijk oordeel is het kerngegeven van de kennistheorie van recht. In het verlengde van die opvatting wordt het mogelijk geacht, de beslissingsstructuren van de rechter tot een research-programma in de zin van Lakatos te transformeren. De rechterlijke uitspraak wordt aldus gelegitimeerd in termen van een rationele reconstructie. Veranderingen in de jurisprudentie worden dan niet als paradigmatische veranderingen gezien, maar als rationele veranderingen, dus steeds als uitkomsten van beslissingen. Dat heeft tot gevolg, dat verschillende zaken met elkaar congruent worden: de legitimatie van de rechterlijke beslissing valt samen met de juridische rationaliteit als zodanig, en deze twee met de kentheoretische reconstructie van recht. Aldus wordt de kennistheorie van recht gelijk aan een descriptieve theorie van de rechtspraak. Ongetwijfeld is daarbij het institutioneel karakter van recht een belangrijk argument. In zijn positivistische gedaante zou het betekenen, dat recht er aanspraak op maakt om

recht te zijn vanwege het feit, dat het door een bevoegde instantie uitgesproken wordt.

Volgens De Wild (1979) is de juridische argumentatietheorie de reconstructie van wat rechters daadwerkelijk doen zonder dat daar een empirisch onderzoek aan ten grondslag ligt. Hij ziet in het licht van Lakatos' gedachten-gang de mogelijkheid om de reeksen beslissingen die rechters nemen als een rechtsonwikkelingsprogramma, een researchprogramma te herinterpreteren en zo voor nader onderzoek toegankelijk te maken. Kamstra en Kunneman (1984) zijn in hun kritiek representatief voor de vele vragen die hier rijzen, en die het debat een internationaal niveau geven. Wetenschap en rechtspraak zijn niet compatibel, zo moet men stellen, er is sprake van tweeërlei praxis, van verschillende logica's en argumentatiestructuren, de feitelij-
 kheid der feiten verschilt en de doelstelling van rechtspraak is een andere dan die van wetenschap (Maris, 1983). Voorts is het institutioneel karakter van beide uiterst verschillend, en daarmee verschilt het theoriebegrip, dat wetenschap en rechtspraak hanteren.

c) Validiteit van recht

Lenoble en Ost (1980) eindigen hun grote boek *Droit, mythe et raison* met beschouwingen over de geldigheid van het recht. Dat is een belangrijk thema van de Benelux-rechtstheorie geworden, niet alleen in aansluiting aan Franse, maar ook aan Angelsaksische discussies. Is een theorie van het recht noodzakelijkerwijs een theorie over de geldigheid van juridische normen? Is die geldigheid wetenschappelijk te bepalen, of met criteria, die alle een descriptieve benadering geven. Elke theorie omtrent de geldigheid van rechtsnormen moet drie kenmerken van recht in zijn beschouwingen betrekken, namelijk de legaliteit, de legitimiteit en de effectiviteit van recht. Het institutionele karakter van recht kan daarbij niet uit het oog verloren worden.

Bovendien is de relatie tussen deontische logica en de geldigheidsproblematiek zelf een theoretisch en filosofisch probleem. Het epistemologisch schema dat aan een theorie omtrent de geldigheid van recht ten grondslag ligt, veronderstelt namelijk dat juridische normen op te vatten zijn als proposities in de logische zin van de term. Is dat het geval? Die vraag leidt de geldigheidsproblematiek naar de taalproblematiek; hoe is de semantiek van de woorden die normen

zijn, op te vatten? Kan men uitgaande van die problematiek een catalogus van rationele criteria voor validiteit van recht opstellen?

4. LITERATUUR

BAX, C.J., *De geslotenheid van recht*, Acco/Leuven, 1986.

DE WILD, A., *De rationaliteit van het rechterlijk oordeel*, Deventer, Kluwer, 1979.

KAMSTRA, O., KUNNEMAN, F., «Het rechtswetenschappelijk werkterrein, verkenning en verkaveling», *R. en R.*, 1984, nr. 1, 71-82.

KAMSTRA, O., KUNNEMAN, F., «On Making Implicit Methodology Explicit», in *Theory of Legal Science*, PECZENIK, A., LINDAHL, L., ROERMUND, B. van (red.), Reidel, Dordrecht, 1984.

LENOBLE, F., OST, F., *Droit, mythe et raison*, Brussel, 1980.

MARIS, C.W., «Ervaringswetenschap en rechtswetenschap», *R. en R.*, 1983, 190.

TANGHE, F., *Sociale grondrechten tussen armoede en mensenrechten van Middeleeuwen tot de Franse Revolutie*, Antwerpen, Kluwer, 1986, 406 p.

TANGHE, F., *Recht en politiek in de spiegel van het Marxisme* (2 vols) Antwerpen 1982.

TANGHE, F., «Le libéralisme omniprésent et introuvable: la révolution française et l'enjeu des droits sociaux», *Revue Interdisciplinaire d'Etudes Juridiques*, 1983, nrs. 10, 11.

VAN DE KERCHOVE, M., «La théorie des actes de langage et la théorie de l'interprétation juridique», in *Théorie des actes de langage, éthique et droit*, AMSELEK, P. (red.), Parijs, P.U.F., 1986, 211-248.

VAN HOECKE, M., «Aard en methode van de rechtsdogmatiek», *R. en R.*, 1984, 188-205.

VAN ROERMUND, G.C.G.J., *Wetten en weten*, Acco, Leuven, 1983.

prof. dr. Jan M. Broekman
m.m.v. mr. J. Van Peteghem*

* Centrum voor Grondslagenonderzoek van het Recht, Fac. Rechtsgeleerdheid, K.U. Leuven.

RECHTSPRAAK

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER — 23 DECEMBER 1986

Voorzitter: de h. Boon

Raadsheer-rapporteur: de h. D'Haenens

Advocaat-generaal: de h. Declercq

Advocaat: mr. Calewaert

Kansspelen — Verbeurdverklaring — Vrijpraak.

De in de artt. 305, derde lid, Sw. en 6 W. 24 oktober 1902 bedoelde verbeurdverklaring is een beveiligingsmaat-

regel die in elk geval moet worden uitgesproken wanneer de rechters vaststellen dat het misdrijf is gepleegd, zelfs als de beklaagde wordt vrijgesproken of de strafvorderingen door verjaring zijn vervallen.

B.

Gelet op het bestreden arrest, op 23 mei 1986 op verzet door het Hof van Beroep te Antwerpen gewezen;
Over het eerste middel, (...)

Overwegende dat het middel ervan uitgaat dat de bijzondere verbeurdverklaring, bepaald bij de artikelen 305,

derde lid, van het Strafwetboek en 6 van de wet van 24 oktober 1902 op het spel, een bijkomende straf is en dat, nu het arrest de strafvordering vervallen verklaart door verjaring, die verbeurdverklaring, die het karakter heeft van een straf, niet mocht worden uitgesproken;

Overwegende dat, naar luid van artikel 305, derde lid, van het Strafwetboek, de gelden of zaken die als inzet bij het spel gevonden worden, alsook de meubelen, werktuigen, gereedschappen, toestellen voor de dienst van het spel gebruikt of bestemd, in elk geval verbeurd worden verklaard; dat, naar luid van artikel 6 van de wet van 24 oktober 1902 op het spel, in elk geval van misdrijf, de gelden of geldwaardige papieren, bij het spel ingezet, alsmede de meubelen, werktuigen, gereedschappen en toestellen gebruikt of bestemd voor de dienst der spelen worden verbeurdverklaard;

Overwegende dat die beide wetsbepalingen, die uitdrukkelijk afwijken van de verbeurdverklaring als geregeld bij de artikelen 42 en 43 van het Strafwetboek, de rechters verplichten in elk geval van misdrijf de verbeurdverklaring uit te spreken; dat derhalve niet vereist is dat de dader van het misdrijf is gestraft, doch enkel dat wordt vastgesteld dat de misdrijven bepaald bij artikel 305 van het Strafwetboek of bij de wet van 24 oktober 1902 zijn gepleegd;

Overwegende dat hieruit volgt dat bedoelde verbeurdverklaring een beveiligingsmaatregel is die in elk geval moet worden uitgesproken indien de rechters vaststellen dat de overtreding werd gepleegd, zelfs indien de beklaagde wordt vrijgesproken of indien, zoals ten deze, de strafvordering door verjaring is vervallen;

Overwegende dat de appelrechters derhalve, zonder schending van de artikelen 305, derde lid, van het Strafwetboek en 6 van de wet van 24 oktober 1902, niettegenstaande zij de strafvordering vervallen verklaren door verjaring, vermochten vast te stellen dat de feiten bewezen zijn en de verbeurdverklaring uit te spreken;

Dat het middel faalt naar recht;

(...)

NOOT—De verbeurdverklaring inzake kansspelen

1. De verbeurdverklaring kan het karakter hebben van een straf, een beveiligingsmaatregel of van gemengde aard zijn, namelijk een straf en een maatregel ter vergoeding van de berokkende schade (Dupont, L., *Beginnelen van strafrecht*, 2, 273; Bodson, P.-L., *Manuel de droit pénal*, 393 e.v.).

2. De rechter kan uitsluitend een verbeurdverklaring uitspreken indien dit door de wet toegelaten is (Haus, J.J., *Principes généraux du droit pénal belge*, II, 3e ed., 68). In de artt. 42-43 Sw. worden de algemene regels ter zake beschreven. Toch handelen andere artikelen van boek II van het Strafwetboek, evenals bijzondere strafwetten, eveneens over de verbeurdverklaring betreffende specifieke misdrijven.

3. In het arrest van het Hof van Cassatie van 23 december 1986 kwam het probleem aan bod van de toepassing van de verbeurdverklaring omschreven in art. 305 Sw. Naast het feit dat de verbeurdverklaring in casu onbetwistbaar het karakter van een straf bezit (Garraud, R., *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, 3e ed., VI, nr. 2725), is ook de aard van een maatregel tot beveiliging

van de openbare orde erin verweven (Haus, J.J., *o.c.*, 65). Mettertijd is deze beveiligingstheorie steeds sterker geworden (Vandeplas, A., noot onder Cass., 16 maart 1970, *R.W.*, 1970-71, 787). Omdat de verbeurdverklaring van art. 305 Sw. ook een veiligheids- of politiemaatregel inhoudt, zal het gemeenrechtelijk regime van de artt. 42-43 Sw. niet toepasselijk zijn (Schuind, G. en Vandeplas, A., *Traité pratique de droit criminel*, I, artt. 42-43 C.P.; Constant, J., *Précis de droit pénal*, I, 6e ed., 508, nr. 498; Constant, J., *Traité élémentaire de droit pénal*, II, 764, 776 en 777; Cass., 10 januari 1939, *Pas.*, 1939, I, 16).

Een tweede reden waarom de verbeurdverklaring bepaald door art. 305 Sw. onttrokken wordt aan de voorwaarden van de artt. 42 en 43 Sw. en uitsluitend onderworpen is aan de voorwaarden in het genoemde artikel zelf, is precies het feit dat de verbeurdverklaring die geregeld wordt door een bijzondere bepaling, alleen op basis van die uitzonderingsbepaling geïnterpreteerd en toegepast zal dienen te worden (Trousse, P., *Nov.*, *Droit Pénal*, I.1, tw. «La peine», nr. 909). Daarenboven is het duidelijk dat de tekst van art. 305 Sw. op imperatieve wijze opgesteld is, en geen twijfel toelaat over de inhoud ervan: «in elk geval», zegt de wet (Rigaux, M. en Trousse, P., *Les crimes et les délits du code pénal*, IV, 569, art. 305).

4. Het gevolg van dit bijzonder karakter van de verbeurdverklaring van art. 305 bestaat erin, dat, zelfs in geval van vrijspraak van de verdachte of verval van de strafvordering, bijvoorbeeld door verjaring, de rechter toch de verbeurdverklaring zal moeten uitspreken (Schuind, G. en Vandeplas, A., *o.c.*, *l.c.*; Trousse, P., *Nov.*, *o.c.*, v° cit., nr. 842; Dubois, E., in *Nov.*, *Droit pénal*, III, tw. «Crimes et délits contre l'ordre public commis par des particuliers», nr. 5433). Daartoe dient hij weliswaar in zijn vonnis het bestaan der feiten vast te stellen. Het opleggen van een verbeurdverklaring zonder dat er enige vervolging is ingesteld, zou derhalve eveneens onmogelijk zijn (Constant, J., *o.c.*, *l.c.* en blz. 777).

Het moet duidelijk gesteld worden dat een specifieke wettelijke bepaling noodzakelijk is (cf. de conclusie van het O.M. bij Cass., 19 december 1966, *R.D.P.*, 1966-67, 511, en *Pas.*, 1967, I, 498, noot P.M.; Vandeplas, A., noot onder Cass., 16 maart 1970, *gecit.*, 791). Met andere woorden, men kan een dergelijke verbeurdverklaring zonder veroordeling niet louter motiveren door te wijzen op motieven van maatschappelijke veiligheid (noot Vandeplas, A., bij Cass., 25 september 1973, *R.W.*, 1973-74, 930; Cass., 19 december 1966, *gecit.*; Vanhoudt, C.J. en Calewaert, W., *Belgisch strafrecht*, 2e ed., III, 903).

5. Voor de toepassing van de verbeurdverklaring van art. 305 Sw. is in het geheel ook niet vereist dat de desbetreffende goederen eigendom zijn van de verdachte (Rigaux, M. en Trousse, P., *o.c.*, *l.c.*; cf. ook Vanhoudt, C.J. en Callewaert, W., *o.c.*, III, 900).

6. Wat betreft de toepassing van art. 305 Sw., dient opgemerkt te worden dat een gelijkkluidende bepaling opgenomen is in art. 6 van de wet van 24 oktober 1902 op het spel. Dezelfde principes dienen op de twee bepalingen te worden toegepast (Cass., 15 oktober 1934, *Pas.*, 1935, I, 16). De bepalingen van het Strafwetboek dienen immers aangevuld te worden met die van de wet van 1902 (De Nauw, A., *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, 45).

7. Ook de eenparigheid van stemmen kwam in het arrest

aan bod. Ter illustratie kan verwezen worden naar het cassatiearrest van 19 december 1966 (*gecit.*), waarin gesteld wordt dat het hof van beroep met eenparigheid een verbeurdverklaring moet uitspreken, indien de correctionele rechtbank verzuimd had deze uit te spreken.

D. Merckx

HOF VAN CASSATIE

VERENIGDE KAMERS — 1 JUNI 1987

Eerste voorzitter: de h. Châtel

Raadsheer-rapporteur: de h. Bosly

Eerste advocaat-generaal: de h. Duchatelet

Advocaten: mrs. Houtekier en Delahaye

Pensioenen werknemers — Betaalbaarheid — Toegelaten beroepsbezigheid — Vervangingsinkomen — Invaliditeits-, werkloosheids- of ziekteuitkeringen — Beletsel.

Het pensioen kan niet worden uitbetaald aan degene die een vergoeding wegens ziekte, invaliditeit of onvrijwillige werkloosheid geniet, ongeacht of de beroepsarbeid, waarvan de inkomsten door die vergoedingen worden vervangen, al dan niet een beletsel was voor de uitbetaling van het pensioen.

R.W.P. t/ D.

Gelet op het bestreden arrest van 19 december 1985 van het Arbeidshof te Brussel, waarnaar de zaak werd verwezen;

Gelet op het arrest van het Hof van 17 september 1984;

Over het middel: schending van de artikelen 97 van de Grondwet, 60, inzonderheid 3°, van de wet van 9 augustus 1963 tot instelling en organisatie van een regeling voor verplichte ziekte- en invaliditeitsverzekering, gewijzigd bij de wet van 27 juni 1969, 235bis van het koninklijk besluit van 17 juni 1976, 25 van het koninklijk besluit van 17 juni 1976, 25 van het koninklijk besluit nr. 50 betreffende het rust- en overlevingspensioen voor werknemers, gewijzigd bij de wet van 27 juli 1971 en 64 van het koninklijk besluit van 21 december 1967 tot vaststelling van het algemeen reglement betreffende het rust- en overlevingspensioen voor werknemers, gewijzigd bij het koninklijk besluit van 15 december 1978;

doordat het bestreden arrest voor recht zegt dat het genot van de uitkeringen inzake sociale zekerheid, bedoeld in artikel 25 van het koninklijk besluit nr. 50 van 24 oktober 1967, die verband houden met toegestane arbeid, geen beletsel vormt voor de uitbetaling van de pensioenen, op grond dat, hoewel uit het feit dat de wetgever niet in enige afwijking van voormeld artikel 25 heeft voorzien ingeval de gepensioneerde invaliditeitsvergoedingen ontvangt, moet worden besloten dat dit voordeel in beginsel de betaling van het pensioen opschort, nochtans, wat de uit toegestane arbeid voortvloeiende vergoedingen betreft, de tegengestelde redenering moet worden gevolgd, om tot de slotsom te komen dat die vergoedingen, nu het ontvangen ervan niet is

uitgesloten in de wettekst waarin de toegestane beroepsarbeid wordt omschreven, wettig met het overlevingspensioen kunnen worden samengevoegd; dat de wetgever immers, door beroepsarbeid toe te staan, die onder de wetgeving inzake de arbeidsovereenkomsten valt, noodzakelijk alle uit zodanige overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen daarin mede heeft begrepen; dat de enige beperking die artikel 64, § 1, C, 1°, van het koninklijk besluit van 21 december 1967 stelt aan de gevolgen van de toegestane arbeidsovereenkomst bestaat in de vaststelling van een maximumbezoldiging; dat die overeenkomst, nu zij al haar andere wettelijke gevolgen heeft, impliceert dat de werknemer aan de sociale zekerheid van de werknemers onderworpen is en dat hij de eventuele rechten van de werknemer op de voordelen ervan kan doen gelden; dat die voordelen buiten het kader vallen van voormeld artikel 25, vermits zij voortvloeien uit een recht dat inherent is aan de toegestane arbeid en dus noodzakelijk begrepen zijn in de toelating, waarvan zij niet uitdrukkelijk zijn uitgesloten; (...)

Overwegende dat, krachtens artikel 25 van het koninklijk besluit nr. 50 van 24 oktober 1967 betreffende het rust- en overlevingspensioen voor werknemers, het pensioen slechts uitbetaalbaar is zo de gerechtigde geen beroepsarbeid uitoefent en zo hij geen vergoeding wegens ziekte, invaliditeit of onvrijwillige werkloosheid geniet met toepassing van een Belgische of van een buitenlandse wetgeving inzake sociale zekerheid; dat die bepaling voorziet in de mogelijkheid om bij koninklijk besluit van die regel af te wijken; dat de Koning, met gebruikmaking van die mogelijkheid, in artikel 64 van het besluit van 21 december 1967 heeft bepaald in welke gevallen en onder welke voorwaarden de uitoefening van een beroepsarbeid geen beletsel is voor de uitbetaling van het pensioen; dat er daarentegen geen enkele afwijking bestaat als de pensioengerechtigde vergoedingen geniet die bij de Belgische wetgeving inzake sociale zekerheid zijn vastgesteld en in voornoemd artikel 25 zijn vermeld; dat daaruit volgt dat het pensioen niet kan worden uitbetaald aan degene die de genoemde vergoedingen geniet, ongeacht of de beroepsarbeid, waarvan de inkomsten door die vergoedingen worden vervangen, al dan niet een beletsel was voor de uitbetaling van het pensioen;

Dat het arrest bijgevolg artikel 25 van het koninklijk besluit nr. 50 van 24 oktober 1967 schendt;

(...)

HOF VAN CASSATIE

VAKANTIEKAMER — 13 AUGUSTUS 1987

Voorzitter: de h. Stranard

Raadsheer-rapporteur: de h. Sace

Advocaat-generaal: de h. Piret

Advocaat: mr. Mayence

Voorlopige hechtenis — Sluiting der deuren.

De onderzoeksgerechten houden inzake voorlopige hechtenis zitting met gesloten deuren. Die rechtsvorm wordt verondersteld in acht te zijn genomen zonder dat daarvan uitdrukkelijk melding moet worden gemaakt in het proces-

verbaal van de terechtzitting of in de beslissing zelf.

Zelfs als de debatten in de zaak van een verdachte en diens medeverdachten gemeenschappelijk waren geweest voor het hof van beroep, kamer van inbeschuldigingstelling, dan nog kan die omstandigheid niet als een miskenning van de hierboven weergegeven regel worden beschouwd.

P.

Gelet op het bestreden arrest, op 7 juli 1987 gewezen door het Hof van Beroep te Bergen, kamer van inbeschuldigingstelling;

Overwegende dat het arrest, op het hoger beroep van het openbaar ministerie tegen de beslissing van de correctionele rechtbank waarbij met toepassing van artikel 7 van de wet op de voorlopige hechtenis aan eiser de voorlopige invrijheidstelling werd verleend, die beslissing met eenparige stemmen van de leden van het hof wijzigt;

Over het eerste middel: schending van de artikelen 7 en 20 van de wet van 20 april 1874 op de voorlopige hechtenis, *doordat* eiser en zijn medeverdachten terzelfder tijd zijn opgeroepen om te verschijnen op de terechtzitting van het hof van beroep, kamer van inbeschuldigingstelling, slechts één vordering tegen hen is genomen en het hof van beroep, kamer van inbeschuldigingstelling, niet bij een en hetzelfde arrest maar bij afzonderlijke arresten uitspraak gedaan heeft ofschoon de debatten gemeenschappelijk waren,

terwijl artikel 7 van de wet op de voorlopige hechtenis bepaalt dat het verzoek tot voorlopige invrijheidstelling in raadkamer zal worden onderzocht, het openbaar ministerie en de verdachte of diens raadsman gehoord; die bepaling is overgenomen door artikel 20 van die wet, waaruit blijkt dat de kamer van inbeschuldigingstelling uitspraak doet, met voorrang boven alle andere zaken, het openbaar ministerie en de verdachte of diens raadsman gehoord; het verhoor in raadkamer juist wordt gerechtvaardigd door het feit dat de verdachte aldus in de mogelijkheid wordt gesteld zich vrijelijk uit te spreken buiten de aanwezigheid van derden, waaronder zijn medeverdachten; dit vereiste wordt bevestigd door de omstandigheid dat het hof van beroep zelf geoordeeld heeft bij afzonderlijke arresten uitspraak te moeten doen, alsof de debatten betreffende ieder van de verdachten gescheiden waren verlopen terwijl dat niet het geval is geweest; een verdachte inzake voorlopige invrijheidstelling er belang bij kan hebben om alleen en zonder zijn medeverdachten voor het onderzoeksgerecht te verschijnen; het arrest derhalve de door de artikelen 7 en 20 van die wet aan de verdachten toegekende rechten heeft miskend;

Overwegende dat de onderzoeksgerechten inzake voorlopige hechtenis zitting houden met gesloten deuren; dat die rechtsvorm geacht wordt in acht genomen te zijn zonder dat daarvan uitdrukkelijk melding moet worden gemaakt in het proces-verbaal van de terechtzitting of in de beslissing zelf;

Overwegende dat, zelfs als de debatten in de zaak van eiser en diens medeverdachten gemeenschappelijk waren geweest voor het hof van beroep, kamer van inbeschuldigingstelling, hetgeen niet blijkt uit de processtukken, die omstandigheid dan nog niet als een miskenning van de hier-

boven weergegeven regel kan worden beschouwd;
Dat het middel niet kan worden aangenomen;
(...)

NOOT—Zie in dezelfde zin Cass., 5 november 1974, *Arr. Cass.*, 1975, 304. Zie ook: Cass., 12 oktober 1976, *Arr. Cass.*, 1977, 169, en de conclusie van de advocaat-generaal H. Lenaerts; Corr. Brussel, 26 januari 1977, *R.D.P.*, 1976-77, 529.

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER — 28 SEPTEMBER 1987

Eerste voorzitter: de h. Châtel

Raadsheer-rapporteur: de h. Marchal

Eerste advocaat-generaal: de h. Duchatelet

Advocaat: mr. Kirkpatrick

Ondernemingsraad — Veiligheidscomité — Sociale verkiezingen — Leidinggevend personeel — Begrip — Onmiddellijk ondergeschikt personeelslid — Begrip.

De personen die functies van dagelijks beheer uitoefenen en de werkgever kunnen vertegenwoordigen en verbinden, dienen niet noodzakelijk deel uit te maken van het personeel van de technische bedrijfseenheid waarvoor een ondernemingsraad of veiligheidscomité moet worden opgericht.

M.b.t. het begrip «onmiddellijk ondergeschikte» personeelsleden in art. 1, 4°, K.B. 31 juli 1986, mag de verdeling van de opdrachten van dagelijks beheer, in de zin van die bepaling, niet tot gevolg hebben de bepaling uit te breiden tot meer dan twee niveaus van de personeelsstructuur van de onderneming, hetgeen uitsluit dat het eerste niveau van het leidinggevend personeel personen van verschillende rang omvat, die aan elkaar ondergeschikt zijn.

N.V. F. t/ A.B.V.V. en S.E.T.Ca

Gelet op het bestreden vonnis, op 23 december 1986 door de Arbeidsrechtbank te Luik in laatste aanleg gewezen;

Over het middel: schending van artikel 1, 4°, van het koninklijk besluit van 31 juli 1986 betreffende de ondernemingsraden en de comités voor veiligheid, gezondheid en verfraaiing van de werkplaatsen,

doordat het bestreden vonnis, om te beslissen dat «de functies van sectorhoofd van de onderneming F. leidinggevende functies van het tweede niveau zijn» en dat «de beslissingen (van eiseres) van 5 december 1986 betreffende de leidinggevende en kaderfuncties overeenkomstig de wet zullen worden rechtgezet, door de kaderfunctie van sectorhoofd als leidinggevende functie te beschouwen», het middel afwijst waarbij eiseres in haar conclusie aanvoerde: «het leidinggevend personeel omvat: — de exploitatiedirecteur belast met het dagelijks beheer van de technische bedrijfseenheden van de naamloze vennootschap (eiseres); — de magazijn directeur belast met het dagelijks beheer van de technische bedrijfseenheid te R. Het leidinggevend personeel bestaat derhalve uit twee niveaus van de hiërarchie, waarvan het tweede (magazijn directeur) aan het eerste (exploitatie directeur) is ondergeschikt. In dit geval is de heer

E. belast met het dagelijks beheer van de zes technische bedrijfseenheden van de naamloze vennootschap F. in heel het land. Onder zijn gezag staan de zes magazijndirecteurs, ook de heer B., directeur van de vestiging te R. Het Hof van Cassatie heeft vastgelegd dat voortaan de verdeling van de opdrachten van dagelijks beheer, in de zin van artikel 26 van het koninklijk besluit van 18 oktober 1978, niet tot gevolg mag hebben dat deze bepaling wordt uitgebreid tot meer dan twee niveaus van de personeelsstructuur, met dien verstande 'dat het leidinggevend personeel in de zin van artikel 26 van het koninklijk besluit van 18 oktober 1978 niet noodzakelijk deel moet uitmaken van de technische bedrijfseenheid waarvoor een ondernemingsraad of een comité voor veiligheid en gezondheid moet worden opgericht'. Hoe dan ook, in dit geval wordt het dagelijks beheer van het magazijn te R. verzekerd door personeel dat twee niveaus van de hiërarchie omvat, te weten de directie van het magazijn en de exploitatiedirecteur», en zulks op grond «dat de twee leidinggevende niveaus binnen iedere afzonderlijke technische bedrijfseenheid moeten vertegenwoordigd zijn»,
(...)

Overwegende dat artikel 1, 4°, van het koninklijk besluit van 31 juli 1986 betreffende de ondernemingsraden en de comités voor veiligheid, gezondheid en verfraaiing van de werkplaatsen bepaalt dat onder leidinggevend personeel moet worden verstaan de personen belast met het dagelijks beheer van de onderneming, die gemachtigd zijn om de werkgever te vertegenwoordigen en te verbinden, alsmede de personeelsleden onmiddellijk ondergeschikt aan die personen, wanneer zij eveneens opdrachten van dagelijks beheer vervullen;

Overwegende dat, enerzijds, uit de opzet van die bepaling blijkt dat de personen die functies van dagelijks beheer van de onderneming uitoefenen en die gemachtigd zijn om de werkgever te vertegenwoordigen en te verbinden, niet noodzakelijk dienen deel uit te maken van het personeel van de technische bedrijfseenheid waarvoor een ondernemingsraad of een comité voor veiligheid, gezondheid en verfraaiing van de werkplaatsen moet worden opgericht;

Dat, anderzijds, op straffe van elke betekenis te ontnemen aan de beperking die artikel 1, 4°, inhoudt, wanneer het spreekt over personeelsleden die «onmiddellijk ondergeschikt» zijn aan de met het dagelijks beheer belaste personen, de verdeling van de opdrachten van dagelijks beheer, in de zin van die bepaling, niet tot gevolg mag hebben deze bepaling uit te breiden tot meer dan twee niveaus van de personeelsstructuur van de onderneming, hetgeen uitsluit dat het eerste niveau van het leidinggevend personeel personen van verschillende rang omvat, die aan elkaar ondergeschikt zijn;

Overwegende dat eiseres aanvoerde dat op grond van die regeling de sectorhoofden van haar technische bedrijfseenheid te R. niet konden worden opgenomen in het leidinggevend personeel, nu de twee niveaus van dat personeel reeds bestonden uit, het eerste, de exploitatiedirecteur die zorgt voor het dagelijks beheer van de technische bedrijfseenheden van de onderneming, het tweede, de directeurs van die eenheden;

Dat het vonnis dit verweer afwijst omdat «de twee leidinggevende niveaus in elke afzonderlijke technische

bedrijfseenheid moeten vertegenwoordigd zijn»;

Dat het vonnis, door zijn beslissing op die overweging te laten steunen, de voormelde wettelijke bepaling schendt;
(...)

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER — 8 OKTOBER 1987

Voorzitter: de h. Mahillon

Raadsheer-rapporteur: de h. Bosly

Advocaat-generaal: de h. Velu

Advocaten: mrs. Bayart en Kirkpatrick

Verzekeringen — Motorrijtuigen — Uitsluiting — Diefstal — Bedrieglijk wegnemen voor kortstondig gebruik.

De omstandigheid dat een eigenaar de sleutels van zijn wagen aan een derde afgeeft, houdt niet noodzakelijkerwijze de toestemming in om met het voertuig te rijden en impliceert derhalve niet dat die derde het voertuig niet bedrieglijk kan wegnemen tegen de wil van de eigenaar.

L. t/ N.V. A.

Gelet op het bestreden arrest, op 18 juni 1986 door het Hof van Beroep te Brussel gewezen;
(...)

Wat het tweede onderdeel betreft:

Overwegende dat het arrest enerzijds zegt: «dat, in tegenstelling tot wat (eiseres) betoogt, de bewaarnemer en alle anderen die de zaak van de eigenaar ter bedde houden, in beginsel noch 'het bezit', noch zelfs het gewone bezit ter bedde verkrijgen, maar enkel 'het materiële houden' van die zaak, dat hun recht noch titel op de afgegeven zaak verschaffen» en dat «dit houden van de zaak het bedrieglijk wegnemen ervan niet belet», en anderzijds erop wijst «dat de eerste rechter terecht heeft gezegd dat er sprake is van gebruiksdiefstal als de dader van het feit de zaak tegen de zin van de eigenaar gebruikt of, met andere woorden, als hij het goed aan het genot van de bezitter heeft willen onttrekken voor een kortstondig gebruik»;

Dat uit die vermeldingen blijkt dat het hof van beroep ten deze heeft geoordeeld dat de heer A., bij het ontvangen van de sleutels van het voertuig van mevrouw T., slechts de materiële houder van dat voertuig werd en dat hij, door het voertuig vervolgens, ondanks het verbod van de eigenares, kortstondig te gebruiken, het voertuig aan haar genot heeft onttrokken;

Dat die vermeldingen niet aan de beweerde tegenstrijdigheid lijden;

Dat dit onderdeel feitelijke grondslag mist;

Wat het eerste onderdeel betreft:

Overwegende dat artikel 461, tweede lid, van het Strafwetboek het bedrieglijk wegnemen van andermans goed voor een kortstondig gebruik gelijkstelt met diefstal;

Overwegende dat die bepaling vereist dat de dader zich de zaak tegen de wil van de eigenaar bedrieglijk toeëigent, dat is met de bewuste wil om de zaak te onttrekken aan het genot van de bezitter voor een kortstondig gebruik doch

met het oogmerk om de zaak na gebruik terug te geven;

Overwegende dat de omstandigheid dat een eigenaar de sleutels van zijn wagen aan een derde afgeeft, niet noodzakelijkerwijze de toestemming inhoudt om met het voertuig te rijden en derhalve niet impliceert dat die derde het voertuig niet bedrieglijk kan wegnemen tegen de wil van de eigenaar;

Dat het arrest zegt «dat het strafonderzoek aantoonde dat mevrouw T. (eigenares van het voertuig) op het ogenblik van de feiten in het buitenland vertoefde; dat zij haar voertuig in de privé-garage van de Universiteit te Louvain-la-Neuve had achtergelaten en de sleutels aan een studiegeenoot had toevertrouwd, te weten de heer A., en hem had gewaarschuwd het voertuig niet te gebruiken aangezien de verzekering niet was betaald»;

Overwegende dat het arrest uit de gegevens die het vermeldt heeft kunnen afleiden dat de heer A. door ondanks het verbod van mevrouw T. het voertuig te besturen, er bedrieglijk gebruik van heeft gemaakt tegen de wil van de eigenares; dat het derhalve naar recht beslist dat de heer A. zich schuldig heeft gemaakt aan de door artikel 461, tweede lid, van het Strafwetboek met diefstal gelijkgestelde wegneming, en dat die wegneming dezelfde gevolgen heeft als de diefstal, met name de uitsluiting van de dekking van de verplichte aansprakelijkheidsverzekering;

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

NOOT—Zie Cass., 14 maart 1984, *Arr. Cass.*, 1983-84, 824. Vgl. Cass., 9 januari 1950, *Pas.*, 1950, I, 296.

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER — 22 OKTOBER 1987

Voorzitter: de h. Bosly

Raadsheer-rapporteur: de h. Sace

Advocaat-generaal: de h. Janssens de Bisthoven

Advocaten: mrs. Simont, Draps en De Bruyn

Verzekering — Brand — 1. Exceptie van nietigheid — Verjaring — 2. Polis — Bewijskracht — Verval en nietigheid.

1. De verjaring van een vordering tot nietig- of vervalverklaring doet in de regel het recht om de nietigheid of het verval als exceptie op te werpen ter verdediging tegen een hoofdvordering niet teniet.

2. De bewijskracht van het beding van een polis dat een geval van verval bepaalt, wordt miskend door het arrest dat, om een scheidsrechterlijk beding buiten toepassing te laten, beslist dat het beding een geval van nietigheid bepaalt.

1. N.V. D. t/ M. en 2. N.V. A. t/ M.

Gelet op het bestreden arrest, op 18 december 1985 door het Hof van Beroep te Luik gewezen;

Overwegende dat de voorzieningen tegen hetzelfde arrest zijn gericht; dat zij dienen te worden samengevoegd;

I. Over de voorziening van de N.V. D.:
(...)

Over het middel: schending van de artikelen 1317, 1319, 1320, 1322, 2219, 2220, 2223, 2224, 2225 van het Burgerlijk Wetboek, 12, 13, 14, 17, 700, 701, 851 tot 869 van het Gerechtelijk Wetboek, 32 van de Verzekeringswet van 11 juni 1874 (titel X, boek I, van het Wetboek van Koophandel) en 97 van de Grondwet,

doordat het arrest, na met verwijzing naar de uiteenzetting van de feiten door de eerste rechter te hebben vastgesteld dat de oorspronkelijke vordering van de verweerder M. strekt om verschillende verzekeringsmaatschappijen, waaronder eiseres, te doen veroordelen tot betaling van verschillende bedragen ter uitvoering van door hen gesloten overeenkomsten inzake brandverzekering, en dat eiseres, van het begin af, haar weigering tot vergoeding onder meer hierop deed steunen dat haar verzekerde, krachtens artikel 6, § 1, van de brandpolis, dat verzwijgingen en valse verklaringen betreft, van dekking vervallen is, eiseres veroordeelt om haar verzekerde te vergoeden, nadat het haar regelmatig voorgedragen verweer, volgens hetwelk de verzekerde van zijn recht op dekking wegens verzwijgingen en valse verklaringen vervallen is, verwerpt, op grond: dat de vordering tot vervallenverklaring uit de verzekeringsovereenkomst voortvloeit en dus verjaart door verloop van drie jaren, te rekenen van de dag waarop het feit is ontdekt, als bedoeld in artikel 32 van de wet van 11 juni 1874; dat ten deze die verjaring is ingetreden en niet is gestuit of geschorst door een van de bij de wet bepaalde gronden; dat de vorderingen tot nietig- en vervallenverklaring, in zoverre zij op de verzekeringspolissen zijn gegrond, verjaard zijn,

terwijl, eerste onderdeel, eiseres, volgens de vaststellingen zelf van het arrest tegen haar verzekerde, voornoemde verweerder, geen vordering tot vervallenverklaring had ingesteld, nu zij het in haar polis bedoelde verval als sanctie voor verzwijging of valse verklaring enkel als verweer had voorgedragen tegen de door haar verzekerde ingestelde vordering tot vergoeding, zodat het arrest als «vordering tot vervallenverklaring» te bestempelen hetgeen, volgens de appelconclusie van eiseres een verweermiddel was, aan die conclusie een uitlegging geeft die niet met de betekenis en draagwijdte ervan te verenigen is en, derhalve, de bewijskracht van die conclusie (schending van de artikelen 1317, 1319, 1320 en 1322 van het Burgerlijk Wetboek) en tevens het wettelijk begrip «rechtsvordering of vordering in rechte» (schending van de artikelen 12, 13, 14, 17, 700, 701 en 851 tot 869 van het Gerechtelijk Wetboek) miskent;

(...)

Overwegende dat eiseres in haar appelconclusie als verweermiddel tegen de door de verweerder M. tegen haar ingestelde vordering tot vergoeding van de schade aan zijn woning, die op 13 juli 1974 door een brand was vernield, had aangevoerd dat verweerder wegens verzwijging vervallen was van elk recht op vergoeding, krachtens artikel 6, § 1, C, van de tussen hem en eiseres gesloten polis en artikel 27 van de algemene voorwaarden van de brandpolis, «voorwaarden van 1936, herzien in 1960, druk 1964»;

Overwegende dat het arrest te dien aanzien zegt dat in de artikelen 6, § 1, C, 10 en 27 van de algemene voorwaarden van de verzekeringspolis wordt bepaald dat de regels inzake verzwijging en valse verklaringen bij overeenkomst kunnen

worden veranderd, dat volgens die voorwaarden de verweerder uitdrukkelijk verplicht was om onverwijld, «op straffe van ontbinding van de overeenkomst of van verval», iedere verzekering met hetzelfde voorwerp en betreffende dezelfde goederen op te geven, zowel bij het aangaan van de overeenkomst als in de loop ervan, maar dat krachtens artikel 32 van de Verzekeringwet van 11 juni 1874, de vordering tot nietigverklaring van de overeenkomst, evenals de vordering tot vervallenverklaring, verjaart door verloop van drie jaren, te rekenen van de gebeurtenis waarop zij is gegrond, dat die verjaring, ten deze, niet gestuit of geschorst is door enige van de bij de wet bepaalde gronden en dat «de vordering tot nietig- en vervallenverklaring, in zoverre zij op de verzekeringspolissen zijn gegrond, verjaard zijn»;

Overwegende dat de verjaring van een vordering tot nietig- en vervallenverklaring, in de regel, het recht om die nietigheid of dat verval als exceptie op te werpen ter verdediging tegen een hoofdvordering geenszins tenietdoet;

Overwegende dat het hof van beroep, door te beslissen, zoals uit het voorgaande blijkt, «dat de vorderingen tot nietig- en vervallenverklaring verjaard waren», overeenkomstig artikel 32 van de Verzekeringwet van 11 juni 1874, terwijl eiseres de nietigheid van de verzekeringsovereenkomst of het verval van haar verzekerde, enkel als verweer aangevoerd had tegen de vordering van verweerder, de bewijskracht van de conclusie van eiseres en het begrip «vordering in rechte» miskent;

Dat het onderdeel gegrond is;

II. Over de voorziening van de N.V. A.:

Over het eerste middel: schending van de artikelen 97 van de Grondwet, 1102, 1134, 1319, 1320, 1322 van het Burgerlijk Wetboek, 9, 12 en 16 van de Verzekeringwet van 11 juni 1874, opgenomen als titels X en XI in boek I van het Wetboek van Koophandel,

(...)

Overwegende dat het arrest zegt «dat (eiseres) vraagt dat toepassing wordt gemaakt van het scheidsrechterlijk beding van artikel 20 van de algemene voorwaarden van de door (verweerder) ondertekende polis, dat zij echter aanneemt dat zodanig beding enkel kan worden toegepast als het bestaan en de geldigheid van de overeenkomst niet worden betwist, dat artikel 6 van de polis waarop (eiseres) zich beroept, in zoverre het de verzekeringnemer, op straffe van verval, verplicht om de naam op te geven van iedere andere verzekeraar bij wie verzekeringen met hetzelfde voorwerp en betreffende dezelfde goederen zijn gesloten, een geval van nietigheid vaststelt, waarvan trouwens sprake is in de artikelen 9 en 12 van de Verzekeringwet van 11 juni 1874, en dat eiseres, nu zij op grond van verval, het bestaan en de geldigheid van de overeenkomst betwist, niet, zonder zichzelf tegen te spreken, toepassing van het scheidsrechterlijk beding kan vragen»;

Overwegende dat artikel 6, vierde lid, van de door verweerder bij eiseres gesloten verzekeringspolis («blokpolis-polis allerlei gevaren 1970»), welke polis aan de feitenrechter werd voorgelegd en bij de akte van voorziening is gevoegd, bepaalt dat «de verzekerde, op straffe van verval, zowel bij het sluiten van de overeenkomst als in de loop ervan, verplicht is om zo spoedig mogelijk aan de verzeke-

ringsmaatschappij de naam op te geven van iedere andere verzekeraar bij wie verzekeringen met hetzelfde voorwerp en betreffende dezelfde goederen zijn gesloten»; dat uit die contractuele bepaling valt af te leiden dat zij een verval invoert, maar geenszins een nietigheid van de overeenkomst, wanneer de verzekerde aan de maatschappij de naam niet heeft opgegeven van iedere andere verzekeraar bij wie andere verzekeringen met hetzelfde voorwerp en betreffende dezelfde goederen zijn gesloten, dat zij die sanctie van verval niet afhankelijk stelt van de voorwaarde dat die verzwijging of die valse verklaring de waardering van het risico verminderen of het voorwerp ervan wijzigen, en dat zij bijgevolg de regel niet overneemt van artikel 9 van de Verzekeringwet, waarin sprake is van de nietigheid van de verzekeringsovereenkomst wegens een verzwijging of een valse aangifte van de verzekerde, wanneer die verzwijging of valse verzekeringsovereenkomst wegens een verzwijging of valse verklaring de waardering van het risico verminderen of het voorwerp ervan wijzigen, «derwijze dat de verzekeraar, had hij ervan kennis gedragen, de overeenkomst niet onder dezelfde voorwaarden had aangegaan»;

Dat het hof van beroep, door te beslissen, zoals uit het voorgaande blijkt, dat eiseres «op grond van verval» het bestaan en de geldigheid van de verzekeringsovereenkomst betwistte, en dat zij derhalve «op straffe van zichzelf tegen te spreken», niet kon vragen dat toepassing werd gemaakt van het scheidsrechterlijk beding van haar algemene voorwaarden de bewijskracht van artikel 6, vierde lid, van de verzekeringspolis, alsmede de bindende kracht van die overeenkomst miskent;

(...)

NOOT—Zie H. De Page, II, nr. 784; Renard en Vieujeau, «Nullité, inexistence et annulabilité», *Ann. Liège*, 1962, 293; E. Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, 185; J. Flour en J.L. Aubert, *Les obligations*, I, *L'acte juridique*, nr. 354; J. Ghestin, *Les obligations — Le contrat*, nr. 867. Vgl., inzake motorrijtuigenverzekering, betreffende de vordering van de getroffene: Cass. fr., 1 maart 1977, *D.*, 1978, 21, en de kiritische noot van C.J. Berr en H. Groutel, «La survie de l'exception de nullité malgré l'écoulement du délai de prescription, en matière d'assurance».

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER — 23 OKTOBER 1987

Voorzitter: de h. Janssens

Raadsheer-rapporteur: de h. Matthijs

Advocaat-generaal: de h. Declercq

Advocaten: mrs. Houtekier en Dassesse

Overeenkomst — 1. Relativiteit — 2. Voorzienbare schade.

1. Art. 1165 B.W. verbiedt de rechter niet, bij de begroting van de schadevergoeding die de onderaannemer wegens de niet-nakoming van zijn verbintenissen verschuldigd is aan de hoofdaannemer, rekening te houden met de feitelijke weerslag die zijn tekortkoming op de tussen de hoofd-

aannemer en diens opdrachtgever gesloten overeenkomst heeft.

2. De artt. 1150 en 1151 B.W. hebben alleen betrekking op de oorzaak van de schade en hebben niets te maken met de omvang ervan.

F. t/ Faillissement N.V. G.

Gelet op het bestreden arrest, op 16 oktober 1985 door het Hof van Beroep te Antwerpen gewezen;

Over het tweede middel: schending van de artikelen 1119, 1150, 1151, 1152 en 1165 van het Burgerlijk Wetboek,

doordat het arrest eiser veroordeelt om aan de verweerders q.q. te betalen de som van 191.250 frank op grond: dat eiser aansprakelijk is voor de schade die de N.V. G. geleden heeft als gevolg van de vertraging die ingetreden is vanaf 1 januari 1980 tot eind maart 1980, dus 51 dagen, volgens de gegevens van het deskundigenverslag; dat de schade van G. ten gevolge van de ingetreden vertraging erin bestaat dat zij een forfaitaire schadevergoeding van 7.500 frank per dag vertraging aan de opdrachtgever heeft moeten betalen; dat eiser zich ten onrechte beroept op het feit dat zulks niet tussen hem en G. overeengekomen werd en dat hij geen partij was in de overeenkomst tussen G. en de opdrachtgever; dat immers de overeenkomst tussen G. en de opdrachtgever een feitelijk gegeven is dat in aanmerking kan worden genomen om de hoegrootheid van de schade te bepalen, die G. geleden heeft als gevolg van de wanprestatie van eiser,

terwijl, eerste onderdeel, nu het strafbeding van 7.500 frank schadevergoeding per dag vertraging niet in het tussen G. en eiser gesloten contract gestipuleerd was, het arrest, door de door eiser aan G. te betalen schadevergoeding principieel te bepalen op dit bedrag, niet de tussen G. en haar opdrachtgever gesloten overeenkomst, waarin dit schadebeding wel voorkwam, als een feit beschouwt tegen eiser, die ten opzichte van deze overeenkomst een derde is, maar integendeel eiser veroordeelt tot in deze overeenkomst ten laste van G. bepaalde schadevergoeding zodat de regel van de relativiteit der overeenkomst miskend wordt (schending van de artikelen 1119, 1152 en 1165 van het Burgerlijk Wetboek);

tweede onderdeel, eiser wegens zijn contractuele tekortkomingen bij de uitvoering van de overeenkomst van het plaatsen van de deuren slechts kan worden veroordeeld tot het vergoeden van de schade die kon worden voorzien bij het aangaan van de overeenkomst, en die het onmiddellijk en rechtstreeks gevolg van de niet-uitvoering van de overeenkomst is; nu in de door eiser met G. gesloten overeenkomst voor het plaatsen der deuren geen strafbeding van 7.500 frank per dag vertraging voorkwam, zulke schade niet voorzienbaar was en niet rechtstreeks en onmiddellijk uit deze overeenkomst voortspruit, zodat eiser ten onrechte tot betaling van deze schadevergoeding veroordeeld wordt (schending van de artikelen 1150, 1151 en 1152 van het Burgerlijk Wetboek);

Wat het eerste onderdeel betreft:

Overwegende dat het arrest, na te hebben vastgesteld dat de N.V. G., hoofdaannemer, krachtens het aannemingscontract dat zij met haar opdrachtgever sloot, aan deze

laatste wegens de laattijdige uitvoering van de deuren een forfaitair overeengekomen schadevergoeding van 51 dagen x 7.500 frank heeft moeten betalen, op grond van de in het middel vermelde redengeving beslist dat eiser, die voor de door die vertraging veroorzaakte schade deels aansprakelijk is, de N.V. G. tot beloop van de helft van het bedrag van die «forfaitaire schadevergoeding» moet vrijwaren;

Overwegende dat de relativiteit van de overeenkomsten, uitgedrukt in artikel 1165 van het Burgerlijk Wetboek, de rechter niet verbiedt bij de begroting van de schade, die de onderaannemer wegens de niet-nakoming van zijn verbintenissen aan de hoofdaannemer verschuldigd is, rekening te houden met de feitelijke weerslag die zijn tekortkoming op de tussen de hoofdaannemer en zijn opdrachtgever gesloten overeenkomst heeft;

Dat het onderdeel faalt naar recht;

Wat het tweede onderdeel betreft:

Overwegende dat het onderdeel niet opkomt tegen de beslissing van het arrest dat eiser door zijn contractuele tekortkomingen aan de N.V. G. schade heeft veroorzaakt en dat hij tot vergoeding ervan gehouden is;

Dat in het onderdeel niet wordt aangevoerd dat eiser ten tijde van het aangaan van de overeenkomst met de N.V. G. niet heeft kunnen voorzien dat hij door de laattijdige plaatsing van de deuren aan die hoofdaannemer schade zou veroorzaken en dat die schade niet het onmiddellijk en rechtstreeks gevolg is van de foutieve uitvoering door eiser van de overeenkomst;

Dat het onderdeel het arrest alleen aanvecht, in zoverre het de grootte van het door eiser aan de N.V. G. te vergoeden bedrag bepaalt, rekening houdend met de feitelijke weerslag die de wanprestatie van eiser op de tussen de hoofdaannemer en zijn opdrachtgever gesloten overeenkomst heeft;

Overwegende dat de artikelen 1150 en 1151 van het Burgerlijk Wetboek alleen betrekking hebben op de oorzaak van de schade en niets uit te staan hebben met de omvang ervan;

Overwegende dat het arrest, door de omvang van de schade te bepalen op grond van de feitelijke gegevens die het aangeeft, de in het onderdeel vermelde wetsbepalingen niet schendt;

Dat het onderdeel niet kan worden aangenomen;

(...)

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER — 26 OKTOBER 1987

Voorzitter: de h. Bosly

Raadsheer-rapporteur: de h. Marchal

Eerste advocaat-generaal: de h. Duchatelet

Advocaat: mr. De Bruyn

Faillissement — Recht van de gefailleerde om een nieuwe activiteit uit te oefenen — In rechte optreden voor die activiteit.

Het verlies van beheer, als bepaald bij art. 444 Fw., is weliswaar absoluut en algemeen, maar ontnemt de gefail-

leerde niet het recht om zich tijdens het faillissement met nieuwe zaken bezig te houden en aldus andere goederen te verkrijgen, die als waarborg voor de schuldeisers van het faillissement dienen, onder aftrek van de kosten voor hun verwerving en van de lasten die erop rusten.

Dat recht impliceert het recht om met betrekking tot die activiteit in rechte op te treden en rechtsgedingen te voeren, onder voorbehoud van de maatregelen die de curator meent te moeten nemen om, in het belang van de gezamenlijke schuldeisers, het aldus door de gefailleerde verworven actief te behouden.

R.S.Z. t. U.

Gelet op het bestreden arrest, op 23 juni 1986 door het Arbeidshof te Luik gewezen;

Over het middel: schending van de artikelen 444, inzonderheid tweede lid, en 452 van de wet van 18 april 1851 inzake faillissement, bankbreuk en uitstel van betaling, dat is boek III van het Wetboek van Koophandel,

doordat het arrest het beroepen vonnis bevestigt dat eisers rechtsvordering tegen verweerder, strekkende tot betaling van de sociale-zekerheidsbijdragen voor een activiteit die hij na het vonnis van faillietverklaring heeft uitgeoefend, niet ontvankelijk verklaart, op grond: «dat de rechtsvordering tegen de curator over het faillissement moest worden ingesteld, gelet op het dwingend karakter van de artikelen 444 en 452 van het Wetboek van Koophandel; dat (verweerder), ingevolge een nieuwe inschrijving na een korte schorsing, zijn activiteit als restauranthouder-hotelier heeft voortgezet; dat hij niet aantoonde dat hij daartoe het akkoord had verkregen van de curator die, overeenkomstig zijn opdracht, in dit geval ten voordele van de schuldeisers toezicht moest houden op het nieuwe inkomen van de gefailleerde»,

(...)

Overwegende dat het verlies van beheer als bepaald bij artikel 444 van het Wetboek van Koophandel weliswaar absoluut en algemeen is, doch aan de gefailleerde niet het recht ontnemt om zich tijdens het faillissement met nieuwe zaken bezig te houden en aldus andere goederen te verkrijgen, die als waarborg voor de schuldeisers van het faillissement dienen, onder aftrek van de kosten voor hun verwerving en van de lasten die erop rusten;

Dat dit recht, dat met name is vastgelegd in de wetsbepalingen die de rechtbank van koophandel de mogelijkheid bieden om aan sommige gefailleerden de uitoefening van elke handelsactiviteit te verbieden, noodzakelijk het recht impliceert om met betrekking tot die activiteit in rechte op te treden en rechtsgedingen te voeren, onder voorbehoud van de maatregelen die de curator meent te moeten nemen om, in het belang van de gezamenlijke schuldeisers, het aldus door de gefailleerde verworven actief te behouden;

Overwegende dat het arrest vaststelt dat de vordering betrekking heeft op de handelsactiviteit welke verweerder, de gefailleerde, na het vonnis van faillietverklaring heeft uitgeoefend; dat het de artikelen 444 en 452 van het Wetboek van Koophandel schendt door op grond van de in het middel weergegeven middelen te beslissen dat die vordering niet ontvankelijk is;

(...)

NOOT—Zie Cass., 3 maart 1855, *Pas.*, 1855, I, 172; L. en S. Fredericq, *Handboek van Belgisch handelsrecht*, IV, 112.

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER — 2 NOVEMBER 1987

Voorzitter-rapporteur: de h. Soetaert

Advocaat-generaal: de h. Lenaerts

Advocaat: mr. Houtekier

Ondernemingsraad — Sociale verkiezingen — Werknemersafgevaardigde — Verkiesbaarheid — Voorwaarden — Diensthoofd veiligheid.

De uitoefening van de functie van diensthoofd veiligheid staat op zichzelf de verkiesbaarheid als werknemersafgevaardigde in de ondernemingsraad niet in de weg.

A.B.V.V. t/ N.V. I. en C.

Gelet op het bestreden vonnis, op 24 maart 1987 in laatste aanleg door de Arbeidsrechtbank te Antwerpen gewezen;

Over het middel: schending van de artikelen 78, 107 van de Grondwet, 19 van de wet van 20 september 1948 houdende organisatie van het bedrijfsleven, gewijzigd bij de wetten van 17 februari 1971 en 23 januari 1975 en bij het koninklijk besluit nr. 4 van 11 oktober 1978, 833.1.3 van het Algemeen Reglement voor de Arbeidsbescherming, goedgekeurd bij koninklijk besluit van 27 september 1947, gewijzigd bij het koninklijk besluit van 20 juni 1975, 32, 35 en 38 van het koninklijk besluit van 31 juli 1986 betreffende de ondernemingsraden en de comités voor veiligheid, gezondheid en verfraaiing van de werkplaatsen,

doordat het vonnis voor recht zegt dat eiser niet gerechtigd is de kandidatuur van verweerder voor te dragen als kandidaat op de bedieningslijst voor de ondernemingsraad op grond: «dat uit de gegevens van het dossier blijkt dat (verweerder) de functie waarneemt van diensthoofd veiligheid; dat de rechtbank stelt dat de functies die door een chef veiligheid worden uitgeoefend onverenigbaar zijn met een zekere afhankelijkheid ten opzichte van de werkgever of ten opzichte van de werknemers; dat de aard van de functie uitgeoefend door het hoofd veiligheid verhindert dat hij zou worden gerangschikt onder het personeel dat leidinggevende functies uitoefent en dat hij zou worden voorgedragen door een representatieve werknemersorganisatie; dat het diensthoofd veiligheid dan ook geen kandidaat kan zijn; dat zij immers, wanneer zij als specialist in een bepaalde materie best bepaalde vergaderingen van de ondernemingsraad zouden bijwonen, nog altijd door de voorzitter als deskundige naar die bewuste vergaderingen kunnen worden uitgenodigd»,

(...)

Overwegende dat het vonnis vaststelt dat de verweerder C. voldoet aan alle vereisten van verkiesbaarheid als lid van de ondernemingsraad, maar beslist dat hij geen kandidaat kan zijn omdat zijn functie van diensthoofd veiligheid

onverenigbaar is met die van afgevaardigde van de werknemers of van de werkgever in de ondernemingsraad;

Overwegende dat de verkiesbaarheidsvereisten voor de ondernemingsraad bepaald zijn in artikel 19 van de wet van 20 september 1948 houdende organisatie van het bedrijfsleven; dat het vonnis door zijn beslissing een verkiesbaarheidsvereiste toevoegt dat in de wet niet wordt gesteld;

(...)

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER — 14 DECEMBER 1987

Voorzitter-rapporteur: de h. Soetaert

Advocaat-generaal: de h. Lenaerts

Advocaten: mrs. Houtekier en Simont

1. Werkloosheid — Recht op uitkeringen — Ontzegging of beperking — Oproepen en horen van werkloze — a) Bevoegde ambtenaar — Beslissing door inspecteur — b) Recht van verdediging — 2. Rechten van de mens — Art. 6.1 E.V.R.M. — Administratieve procedure — Werkloosheid.

1. a) *Uit de bepalingen van de artt. 1, aanhef en 7°, 172 en 174 Werkloosheidsbesluit kan niet worden afgeleid dat de oproeping en het horen van de werkloze moet worden verricht door dezelfde persoon die de beslissing neemt.*

b) *Uit de enkele omstandigheid dat de beslissing tot ontzegging of beperking van de uitkering wordt genomen door een andere ambtenaar dan die welke de werkloze mondeling heeft gehoord, kan geen miskenning van het recht van verdediging worden afgeleid.*

2. *Art. 6.1 E.V.R.M. is niet toepasselijk op een administratieve procedure die leidt tot een overheidsbeslissing welke voor de rechter kan worden aangevochten.*

V. t/ R.V.A.

Gelet op het bestreden arrest, op 26 juni 1986 door het Arbeidshof te Gent, afdeling Brugge, gewezen;

Over het middel: schending van de artikelen 6.1 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, ondertekend op 4 november 1950 te Rome en goedgekeurd bij de wet van 13 mei 1955, 2, 779, eerste lid, van het Gerechtelijk Wetboek, 1, 7°, 172, eerste lid, en 174, eerste tot derde lid, van het koninklijk besluit van 20 december 1963 betreffende arbeidsvoorziening en werkloosheid, gewijzigd bij koninklijk besluit van 6 oktober 1978, van het algemeen rechtsbeginsel van het recht van verdediging, en van het algemeen rechtsbeginsel dat een vonnis wordt uitgesproken door dezelfde rechter die de zaak gehoord heeft,

doordat het arrest het door eiseres ingestelde beroep tegen de beslissing inzake werkloosheidsuitkeringen, haar op 24 juli 1984 door verweerder betekend, ongegrond verklaart op de volgende gronden: het wordt «niet ontkend dat er een toewijzing van bevoegdheid is door de administrateur-generaal aan de heer J. Van O., bestuurssecretaris, op grond van artikel 1, 7° van het koninklijk besluit van 20 december 1963. Wat betreft het feit dat de uitnodiging tot een verhoor werd ondertekend door J. Van O., bestuurssecretaris, dient vooreerst te worden gesteld dat het arrest van het Hof van Cassatie van 10 september 1984 beslist dat de admini-

stratieve beslissing dient te worden genomen door de inspecteur van hetzelfde gewestelijk bureau dat heeft uitgenodigd voor het verhoor en waar het verhoor heeft plaatsgehad. Derhalve, wanneer het verhoor heeft plaatsgehad in het gewestelijk bureau A, en de beslissing werd genomen door de inspecteur van het gewestelijk bureau B, dan is deze laatste beslissing nietig. Dit houdt echter geenszins in dat het de inspecteur is van het gewestelijk bureau zelf die moet onderhoren. Immers, artikel 174 van het koninklijk besluit van 20 december 1963 bepaalt enkel dat, alvorens een beslissing te nemen waarbij het recht op uitkeringen wordt ontzegd of beperkt, de inspecteur de werkloze oproept om te onderhoren. Hieruit kan alleen worden afgeleid dat het de inspecteur is die moet uitnodigen voor het verhoor, omdat hij moet beslissen of er een onderhoor zal plaatshebben. Uit die tekst kan men zeker niet afleiden dat de inspecteur zelf het onderhoor moet doen. Derhalve dient volgens artikel 174 de inspecteur de uitnodiging voor het verhoor te ondertekenen of de ambtenaar die bij toewijzing van machten door de administrateur-generaal hiertoe bevoegd is. De heer J. Van O., die de uitnodiging ondertekende, had hiertoe de bevoegdheid. Voor het overige mocht een ambtenaar het onderhoor doen, waartegen geen enkele tekst zich verzet. Het onderhoor en de beslissing zijn derhalve rechtsgeldig»,
terwijl (...)

Overwegende dat de toepasselijke bepalingen van het koninklijk besluit van 20 december 1963 betreffende arbeidsvoorziening en werkloosheid luiden als volgt: artikel 172: «De inspecteur in wiens ambtsgebied de werkloze verblijft, neemt alle beslissingen over toekenning, beperking of ontzegging van het recht op werkloosheid»; artikel 174, eerste lid: «Alvorens een beslissing te nemen, waarbij het recht op uitkering wordt ontzegd of beperkt, roept de inspecteur de werkloze op om hem te horen»; artikel 1, aanhef en 7°: «Voor de toepassing van dit besluit wordt verstaan onder de inspecteur: de gewestelijke werkloosheidsinspecteur of de ambtenaar die door de administrateur-generaal van de Rijksdienst is aangewezen»;

Wat het eerste onderdeel betreft:

Overwegende dat uit de vaststellingen van het arrest blijkt dat de oproeping en het verhoor werden verricht door de ambtenaar bedoeld in artikel 1, aanhef en sub 7°, van het Werkloosheidsbesluit, en dat de beslissing werd genomen door de gewestelijke werkloosheidsinspecteur van hetzelfde ambtsgebied;

Overwegende dat uit de eerder aangehaalde wettelijke bepalingen niet kan worden afgeleid dat oproeping en verhoor moeten worden verricht door dezelfde persoon die de beslissing neemt;

Dat het onderdeel faalt naar recht;

Wat het tweede onderdeel betreft:

Overwegende dat een algemeen rechtsbeginsel volgens hetwelk een vonnis moet worden uitgesproken door dezelfde rechter die de zaak gehoord heeft, niet bestaat;

Overwegende dat artikel 779 van het Gerechtelijk Wetboek geen toepassing kan vinden op de onderwerpelijke administratieve procedure;

Overwegende dat uit de enkele omstandigheid dat de bestreden beslissing werd genomen door een andere ambtenaar dan degene die eiser mondeling heeft gehoord, geen

miskennen van het recht van verdediging kan worden afgeleid;

Overwegende dat artikel 6.1 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en van de fundamentele vrijheden, niet toepasselijk is op een administratieve procedure die leidt tot een overheidsbeslissing welke voor de rechter kan worden aangevochten;

Dat het onderdeel niet kan worden aangenomen;

(...)

NOOT—*Het horen van de werkloze alvorens een beslissing tot ontzegging of beperking van het recht op uitkeringen wordt genomen.*

1. Het Hof van Cassatie heeft in een drietal arresten een administratieve beslissing waarbij de werkloze het recht op uitkeringen wordt ontzegd of beperkt, nietig verklaard wanneer ze niet was voorafgegaan door een regelmatig verhoor.

Het Arbeidshof te Antwerpen, afdeling Hasselt, besliste op 15 mei 1981 dat, hoewel de oproeping tot verhoor de werkloze bij vergissing niet had bereikt, de beslissing van de R.V.A. tot ontzegging van het recht op uitkeringen niettemin geldig was, nu artikel 174 van het Werkloosheidsbesluit niet op straffe van nietigheid het horen vereist en de werkloze niet bewees dat zijn belangen waren geschaad. Bij arrest van 7 februari 1983 vernietigde het Hof van Cassatie (*R.W.*, 1983-84, 1297) die beslissing, op grond dat het niet in acht nemen van het voorschrift van artikel 174 de nietigheid van de administratieve beslissing meebrengt, ook al mocht dit verzuim in het concrete geval de belangen van de werkloze niet hebben geschaad.

In een ander geval besliste het Arbeidshof te Gent, afdeling Brugge, op 26 mei 1983 dat, nu de werkloze was gehoord door de inspecteur te Ieper en deze het verslag van het verhoor had overgezonden naar de inspecteur te Roeselare, de beslissing van deze laatste waarbij het recht op werkloosheidsuitkeringen werd ontzegd, wettig was, aangezien hij kennis had van het onderzoeksverslag en van het verhoor alvorens zijn beslissing te nemen. Het arrest werd door het Hof van Cassatie op 10 september 1984 (*R.W.*, 1984-85, 2637) vernietigd wegens schending van artikel 174, aangezien uit de bepalingen van dat artikel volgt dat de werkloze moet worden opgeroepen om te worden gehoord door de inspecteur die de beslissing neemt.

In nog een ander geval oordeelde het Arbeidshof te Brussel op 9 december 1982 dat de werkloosheidsinspecteur terecht een beslissing tot ontzegging van het recht op werkloosheidsuitkeringen heeft genomen wegens onbeschikbaarheid voor de algemene arbeidsmarkt, hoewel de werkloze zijn verklaring aflegde tijdens een verhoor met betrekking tot langdurige werkloosheid, en hij ter zake van de onbeschikbaarheid niet werd gehoord. Het arbeidshof was van mening dat het recht van verdediging van de werkloze niet was miskend, omdat uit de gegevens van de zaak niet bleek dat de werkloze verweerelementen kon doen gelden die de inspecteur werden onthouden. Ook dit arrest werd door het Hof van Cassatie vernietigd, bij arrest van 24 maart 1986 (*R.W.*, 1986-87, 482), op dezelfde gronden als het arrest van het Arbeidshof te Antwerpen.

Uit die cassatiearresten kan worden afgeleid dat het Hof van oordeel is, allereerst dat het horen van de werkloze een

essentiële verplichting is alvorens te beslissen over ontzegging of beperking van uitkeringen, en ten tweede dat de werkloze moet worden verhoord en de beslissing moet worden genomen door een daartoe bevoegde ambtenaar.

2. Beide principes worden ook toegepast in een arrest van het Arbeidshof te Bergen van 17 januari 1986 (*J.T.T.*, 1986, 360), dat een administratieve beslissing vernietigt, op grond dat de beperking van de uitkeringen niet was beslist door de werkloosheidsinspecteur en de werkloze niet vooraf was gehoord.

Het Arbeidshof te Luik, afdeling Namen, beslist in zijn arrest van 3 december 1986 (*J.T.T.*, 1987, 192, met noot van Ph. Gosseries) dat de werkloze opnieuw moet worden gehoord wanneer, na een vorig verhoor, door de R.V.A. een bijkomend onderzoek werd uitgevoerd. Weliswaar lijkt het arrest te aanvaarden dat dit nieuwe verhoor niet meer verplicht is sinds het koninklijk besluit van 3 april 1984, dat artikel 174 wijzigt, in werking is getreden. In zijn noot bij dit arrest heeft Ph. Gosseries daaromtrent twijfels en vraagt hij zich af of het recht van verdediging niet primeert. Hij laat evenwel de vraag onbeantwoord of de rechter op grond van een algemeen rechtsbeginsel — het recht van verdediging — een koninklijk besluit mag weigeren toe te passen.

3. In het geannoteerde arrest gaat de betwisting over de vraag of de bevoegde ambtenaar die de werkloze verhoort, ook de beslissing moet nemen. Met andere woorden, moet dezelfde ambtenaar de werkloze verhoren en de beslissing nemen, en is de beslissing genomen door een ander bevoegd ambtenaar nietig?

Het Arbeidshof te Gent, afdeling Brugge, besliste in zijn arrest van 26 juni 1986 (niet gepubliceerd) dat geen enkele wettekst er zich tegen verzet dat een bevoegd ambtenaar de werkloze oproept om te worden gehoord of hem hoort, terwijl een ander bevoegd ambtenaar de beslissing neemt.

Onder bevoegde ambtenaar dient te worden verstaan enerzijds de werkloosheidsinspecteur en anderzijds de ambtenaar die door de administrateur-generaal van de R.V.A. is aangewezen. Beiden hebben dezelfde bevoegdheden binnen hetzelfde ambtsgebied.

In het eerste onderdeel van het cassatiemiddel wordt gesteld dat de oproep en het horen, die aan de beslissing moeten voorafgaan, door dezelfde ambtenaar moeten worden verricht als degene die de beslissing neemt, en dat het feit dat de twee ambtenaren tot hetzelfde ambtsgebied behoren daaraan geen afbreuk doet. Het Hof van Cassatie verwierpt deze stelling, op grond dat dit niet kan worden afgeleid uit de artikelen 172, 174 en 1, aanhef en 7°, van het Werkloosheidsbesluit.

Uit die bepalingen volgt immers dat meerdere ambtenaren binnen een zelfde ambtsgebied dezelfde bevoegdheden hebben. Ieder van hen kan elke handeling verrichten. Hun bevoegdheid is niet beperkt tot bepaalde handelingen of tot handelingen in een bepaalde zaak. Wanneer een bevoegd ambtenaar in de zaak van een werkloze een handeling verricht, heeft dit niet tot gevolg dat alle andere bevoegde ambtenaren niet meer bevoegd zijn die zaak verder af te handelen tenzij ze *ab initio* alles herbeginnen.

In het tweede onderdeel van het cassatiemiddel wordt gesteld dat, daar de werkloze niet was gehoord door de ambtenaar die de sanctie uitsprak, het recht van verdediging was miskend. Immers, enerzijds kan de hoofdzakelijk

mondelinge procedure voor het gewestelijk R.V.A.-bureau leiden tot zware sancties, en anderzijds wordt het algemeen rechtsbeginsel miskend volgens hetwelk een beslissing in betwiste zaken wordt uitgesproken door de ambtenaar die de zaak zelf heeft gehoord (evenals een vonnis moet worden gewezen door de rechter die al de zittingen heeft bijgewoond).

In zoverre dat onderdeel een schending aanvoert van de bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek, inzonderheid van artikel 779, wordt het door het Hof van Cassatie verworpen, op grond dat het Gerechtelijk Wetboek geen toepassing vindt op administratieve procedures. Tegelijk wordt gezegd dat het aangehaalde algemeen rechtsbeginsel niet bestaat. Het lijkt voor de hand te liggen dat, op een administratieve procedure, de procesregels die gelden voor een rechtszaak, geen toepassing kunnen vinden. In de administratieve procedure wordt immers geen debat op tegenspraak gevoerd, zoals dit voor de rechter gebeurt. Procesregels toepasselijk op een rechtsgeding zijn er om de belangen van elke partij in het geding te beschermen. De administratieve procedure daarentegen heeft eigen regels en een andere finaliteit.

Om de schending van het recht van verdediging te verantwoorden wijst het onderdeel van het cassatiemiddel op de zware sancties waartoe de administratieve procedure kan leiden en op schending van artikel 6.1 E.V.R.M.

Het Hof van Cassatie beslist dat het recht van verdediging van de werkloze niet is miskend wanneer de beslissing wordt genomen door een ander ambtenaar dan degene die het verhoor heeft verricht. Immers, beide ambtenaren zijn bevoegd de werkloze te horen en de beslissing te nemen, en, zoals hierboven gezegd, de procesregel dat de rechter die het vonnis wijst, alle zittingen moet hebben bijgewoond, is niet van toepassing op die ambtenaren.

Ook de Raad van State heeft reeds in verscheidene arresten beslist dat, in tuchtzaken, de ambtenaar niet moet zijn gehoord door degene die de tuchtsanctie uitspreekt (o.m. R.v.St., Gouthière, nr. 2626, 3 juli 1953; R.v.St., Froidebise, nr. 3059, 14 januari 1954; R.v.St., Liesenborghs, nr. 4785, 24 december 1955; R.v.St., Cloosen, nr. 18757, 14 februari 1978).

De omstandigheid dat sancties mogelijk zijn, kan geen reden zijn om te vereisen dat dezelfde ambtenaar het verhoor verricht en de beslissing neemt. Anderzijds mag niet worden vermoed dat de ambtenaar die de beslissing neemt, geen rekening zal houden met het verhoor van de werkloze. Bovendien kan het aangewezen zijn dat dezelfde persoon in alle zaken de beslissing neemt, ongeacht wie het verhoor verricht (zie Palsterman, noot onder Arbh. Gent, 6 januari 1986, *S.R.K.*, 1986, 208-210, *in fine*).

Schending van artikel 6.1 E.V.R.M. wordt door het Hof eveneens afgewezen op grond dat het niet toepasselijk is op een administratieve procedure die leidt tot een overheidsbeslissing welke voor de rechter kan worden aangevochten.

Artikel 6.1 E.V.R.M. bepaalt o.m.: «Bij het vaststellen van zijn burgerlijke rechten en verplichtingen (...) heeft een ieder recht op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak, binnen een redelijke termijn, door een onafhankelijke en onpartijdige rechterlijke instantie welke bij wet is ingesteld.» De werkloosheidsinspecteur is geen rechterlijke instantie die de burgerlijke rechten van de werkloze vaststelt. Uit de rechtspraak van het Europees Hof voor de

Rechten van de Mens blijkt dat er naast geschillen over burgerlijke rechten en verplichtingen (en strafvervolgingen) nog andere soorten geschillen bestaan, zoals over politieke, sociale, economische of culturele rechten, of tuchtvervolgingen, die niet onder artikel 6.1 vallen (Lemmens, P., «Het geheim karakter van tuchtprocedures», *R.W.*, 1979-80, 1665-1680, nr. 7, *in fine*; Rimanque, K., Peeters, B., en Vermeire, L., *De toepassing van het E.V.R.M. in de praktijk*, Antwerpen, Kluwer, 1987, nr. 22; zie ook Pieters D., «Sociaal en toch Burgerlijk Recht, Twee arresten van het Europees Hof van de Rechten van de Mens», *R.W.*, 1986-87, 577). De vaststelling van de rechten veronderstelt eveneens een geschil dat wordt behandeld door een rechterlijke instantie. Het Hof van Cassatie bestempelt de beslissing van de werkloosheidsinspecteur als een «overheidsbeslissing» welke voor de rechter kan worden aangevochten. De werkloosheidsinspecteur beslecht immers geen geschil: hij beoordeelt weliswaar de uitkeringsaanvraag van de werkloze en neemt daarbij eventueel sancties, doch een geschil omtrent het recht op uitkeringen of omtrent de gegrondheid van de sanctie ontstaat slechts na de overheidsbeslissing. Het bestaan van een geschil is een voorwaarde van toepasselijkheid van art. 6.1 E.V.R.M. (zie o.m. Vanden Bosch, Y., noot onder R.v.St., 26 september 1984, *R.W.*, 1984-85, 1589, nr. 4).

4. Het besproken cassatiearrest betekent een belangrijke stap in de toepassing van artikel 174. Het zet de administratie ertoe aan, in navolging van de vorige arresten, nauwgezet de bepalingen van dat artikel toe te passen en de werkloze te horen nopens elk feit of elke verklaring die aanleiding kan zijn tot een beperking of ontzegging van zijn rechten. Daarbij moet een bevoegd ambtenaar optreden, zonder dat het evenwel noodzakelijk is dat, om de zaak van de werkloze op wettige wijze te behandelen, alle handelingen door dezelfde ambtenaar worden verricht.

Gh. Dhayer

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER — 22 DECEMBER 1987

Voorzitter: de h. Screvens

Raadsheer-rapporteur: de h. De Baets

Advocaat-generaal: de h. Declercq

Advocaat: mr. Troch

Hof van assisen — Akte van beschuldiging — Onvolledigheid.

De akte van beschuldiging, door het openbaar ministerie opgemaakt krachtens art. 241 Sv. houdt slechts een ontleding in van de feiten en omstandigheden van de zaak. Een onvolledige of onjuiste uiteenzetting kan steeds gedurende de debatten worden verbeterd en kan geen grond tot nietigheid van de rechtspleging opleveren.

T.

Gelet op het bestreden arrest, op 21 oktober 1987 gewezen door het Hof van assisen van de provincie Oost-Vlaan-

deren ;

Over het middel: schending van de artikelen 241, 313, 314 en 341 van het Wetboek van Strafvordering, 6 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden ondertekend te Rome op 4 november 1950, en miskenning van het recht van verdediging,

doordat de akte van inbeschuldigingstelling, eiser betekend bij exploot van 21 september 1987, de volgende passages inhoudt: «Hij verhaalt verder dat hij op 23 december 1985 op zijn huidige adres is komen wonen doch dat hij voordien verbleef aan de P.straat te G. Hij had toen een andere vriendin. H. De K. Op 2 augustus 1985 werd zijn vroegere bijzit op haar appartement dood aangetroffen. T. zou haar in de gang gevonden hebben. Wanneer de heer onderzoeksrechter hem deze episode uit zijn leven heeft laten vertellen, dan is het omdat ook dit voorval aanleiding heeft gegeven tot een gerechtelijk strafonderzoek door dezelfde heer onderzoeksrechter, een onderzoek dat evenwel werd afgesloten zonder dat T. voor deze feiten strafrechtelijk werd vervolgd. Destijds verklaarde hij met betrekking tot de toch gewelddadige dood van H. De K. dat hij in de namiddag van de dag der feiten op haar appartement is gekomen en ook dat het slachtoffer reeds koud aanvoelde. Hij heeft vervolgens de rijkswacht verwittigd en hij beweert dat hij aan de rijkswacht verklaard heeft dat hij H. De K. zo had gevonden hoewel uit de processen-verbaal gebleken is dat hij aan de rijkswacht gezegd had 'men heeft mijn bijzit vermoord'. Deze in zekere zin opvallende gelijkenis met de onderhavige feiten kon moeilijk door dezelfde heer onderzoeksrechter over het hoofd gezien worden», en verder: «Omstreeks mei 1982 knoopte hij kennis aan met H. De K., geboren te G. op 25 november 1943. Ook hier was er opnieuw geen sprake van een stabiele relatie. Er waren verschillende moeilijkheden en andermaal was er na enkele maanden reeds een breuk. Er waren talrijke politietusskomsten. Het is deze vrouw die op 2 augustus in verdachte omstandigheden is overleden, wat aanleiding gaf tot een gerechtelijk strafonderzoek door de heer onderzoeksrechter die ook de onderhavige zaak heeft behandeld. Hoewel er geen vervolgingen werden ingeleid, werd T. toch verdacht en ernstig aan de tand gevoeld. Volgens beschuldigde leed H. De K. aan epilepsie en was zij bij een aanval van de trap gevallen. Het is merkwaardig hoe beschuldigde betreffende de huidige feiten waarvan L.S. slachtoffer is geworden, ook sterk de nadruk legt op het feit dat zij een epileptische aanval zou hebben gehad»;

terwijl, eerste onderdeel, artikel 241 van het Wetboek van Strafvordering bepaalt dat de akte van beschuldiging beschrijft: 1° de aard van het misdrijf dat aan de beschuldiging ten grondslag ligt; 2° het feit en alle omstandigheden die de straf kunnen verzwaren of verminderen; de beschuldigde wordt met name erin genoemd en duidelijk aangewezen; en aangenomen wordt dat de akte van inbeschuldigingstelling dient te beantwoorden aan het meest strikte vereiste van juistheid en objectiviteit en moet getuigen van de meest volstrekte onpartijdigheid. Wat eigenlijk volgt uit de wet (artikel 241 van het Wetboek van Strafvordering) zelve. Of zoals Simon Sasserath het stelt: «L'acte d'accusation doit être rédigé avec la plus rigoureuse exactitude; c'est un simple procès verbal des faits que l'instruction préparatoire a recueillis et examinés; il le raconte et ne doit pas apprécier, ni conclure à l'application de la peine. L'acte

d'accusation doit aussi porter l'empreinte de la plus complète impartialité; la loi a pris soin de l'indiquer elle-même, en prescrivant d'y insérer tous les faits qui peuvent diminuer la peine, aussi bien que ceux qui peuvent l'aggraver» (Simon Sasserath, La Cour d'assises, in *Les Nouvelles*, blz. 119). De akte van inbeschuldigingstelling overtreedt door de opname van de geciteerde passages onmiskenbaar de gestelde wetsbepaling. Immers: a. de feiten daarin opgenomen hebben niets te maken met de aard van het misdrijf dat aan de beschuldiging ten grondslag ligt; dat is evident aan de hand van de tekst ervan; zij zouden dus moeten het feit of omstandigheid betreffen die de straf kunnen verzwaren of verminderen; doch men vraagt zich af hoe dat het geval zou kunnen zijn: een misdrijf waarvoor een onbekende buiten vervolging gesteld werd, kan toch geen feit of omstandigheid zijn die de straf kan verzwaren of verminderen voor eiser; b; bovendien houden die passages reeds een appreciatie betreffende de feiten in zich, al was het maar door de vergelijking met de door de beschikking van de Raadkamer van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Gent van 18 november 1985 behandelde feiten, en het vermoeden dat eruit wordt gehaald om de schuld, en derzelve zwaarte, van eiser aan te tonen; c. ten slotte beantwoorden die feiten niet aan het strikte vereiste van juistheid, nu zij, zowel wat het vaststaan als de aard ervan betreft, regelrecht ingaan tegen de beschikking van de Raadkamer van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Gent van 18 november 1985; immers, in deze beschikking, op vordering van de procureur des Konings van 29 oktober 1985, en overeenkomstig deze vordering heeft de raadkamer beslist dat er geen aanleiding was tot vervolging ten laste van X, verdacht van «te Gent op 2 augustus 1985 door gebrek aan voorzichtigheid of voorzorg, maar zonder het oogmerk om de persoon van een ander aan te randen, onopzettelijk de dood te hebben veroorzaakt van H. De K.»; hierbij zij opgemerkt dat het onderzoek ter zake geen enkel nieuw element aan het licht bracht in verband met deze feiten, welke enige andere beoordeling ervan zouden kunnen staven; de ingeroepen wetsbepaling van artikel 241 van het Wetboek van Strafvordering werd dus geschonden; tevens worden hierdoor de andere vermelde artikelen geschonden: — door de redactie van de akte van beschuldiging: artikel 241 van het Wetboek van Strafvordering; — door de voorlezing ervan: artikel 313 van het Wetboek van Strafvordering; — door de overhandiging ervan aan de gezworenen in de persoon van de hoofdman van de jury: artikel 341 van het Wetboek van Strafvordering; derhalve dient de akte van beschuldiging als nietig te worden beschouwd wegens schending van die artikelen, en dient dus ook de verdere rechtspleging voor het hof van assisen te worden nietigverklaard;

(...)

Wat het eerste onderdeel betreft:

Overwegende dat de akte van beschuldiging, door het openbaar ministerie opgemaakt krachtens artikel 241 van het Wetboek van Strafvordering, slechts een ontleding inhoudt van de feiten en omstandigheden van de zaak; dat een onvolledige of onjuiste uiteenzetting gedurende de debatten steeds kan verbeterd worden en geen grond tot nietigheid van de rechtspleging kan opleveren;

Dat het onderdeel faalt naar recht;

NOOT—De akte van beschuldiging

1. De akte van beschuldiging is een eenzijdig processtuk waarin het openbaar ministerie zo objectief mogelijk de feiten ten laste van de beschuldigde uiteenzet. Geen samenvatting van het strafdossier, geen uitvoerig verhaal van alle feiten, geen kleurrijk beeld van de beschuldigde, maar ook geen rekwisitoor: slechts een beknopte weergave van de feiten van de beschuldiging.

2. Tijdens de debatten en ook bij de pleidooien krijgt de verdediging ruimschoots de gelegenheid om de onnauwkeurigheden, de fouten, de onvolkomenheden recht te zetten. De verdediging kan zelfs, onmiddellijk na de voorlezing van de akte van beschuldiging, het woord vragen om een akte van verdediging voor te lezen (R. Declercq, *De rechtspleging voor het hof van assisen*, 5e druk, 89).

3. Onvolledigheid, onjuistheid, gebrek aan objectiviteit in de akte van beschuldiging geven geen aanleiding tot cassatie (Cass., 26 april 1926, *Pas.*, 1926, I, 349; Cass., 23 juni 1931, *Pas.*, 1931, I, 704; Cass., 21 mei 1962, *Pas.*, 1962, I, 1073; Cass., 27 juni 1972, *Pas.*, 1972, I, 1016; A. Vandeplas, «Akte van beschuldiging», nr. 6 in *Commentaar strafrecht en strafvordering*).

4. De voorzitter van het hof van assisen kan, krachtens zijn discretionaire macht, een afschrift van de akte van beschuldiging aan de gezworenen doen uitdelen (Cass., 24 september 1894, *Pas.*, 1894, I, 286; Cass., 19 februari 1917, *Pas.*, 1917, I, 382; Cass., 26 april 1926, *Pas.*, 1926, I, 348; J. Corbiau, *De l'acte d'accusation*, p. 31).

De voorzitter oordeelt over deze aangelegenheid op onaantastbare wijze, maar hij zal zich ongetwijfeld reken-schap geven van de ernst van deze beslissing en slechts in uitzonderlijke gevallen een dergelijke maatregel bevelen, die het evenwicht tussen aanklacht en verdediging kan verstoren.

A. Vandeplas

RAAD VAN STATE

4e KAMER — 24 FEBRUARI 1987

Voorzitter: de h. Baeteman

Staatsraden: de hh. Borret (rapporteur) en De Brabandere

Eerste auditeur: de h. De Coene

Advocaat: mr. Blontrock

1. Schoolpactwet — Rijksonderwijs — Neutraliteitsbeginsel — 2. Circulaire — Verbindende kracht — Bekendmaking — Tegenwerpelijheid — Aanvechtbaarheid — Afwijzing van rechtsbescherming — 3. Prijsverhogingen — Verplichting tot aangifte — Gevolgen.

1. Het enige wat de Schoolpactwet in de rijksscholen — maar evenzeer in de door andere openbare personen georganiseerde onderwijsinrichtingen en in de gesubsidieerde vrije onderwijsinrichtingen — ter zake uitdrukkelijk verbiedt in artikel 41, is «elke politieke activiteit en propaganda».

Het feit dat de statuten van de verzoekende partij haar culturele activiteiten onder het teken van de socialistische maatschappijvisie plaatsen, kan er geen beletsel voor zijn dat ze, als socio-culturele organisatie, in aanmerking zou komen voor het gebruik van de in de bestreden circulaire geviseerde infrastructuur van de rijksscholen buiten de schooluren.

2. De bestreden circulaire dient zich in casu formeel en materieel aan als een verordening; formeel aangezien de circulaire zelf aan die regeling de naam «nieuwe en samenvattende reglementering» geeft; materieel aangezien de circulaire een reeks bepalingen bevat waarvan de strekking duidelijk is een absoluut bindende kracht te hebben, bepalingen dus die als rechtsregels zijn opgevat en niet alleen maar als richtlijnen welke slechts een algemene gedragslijn verwoorden waardoor de overheid zich bij de uitoefening in concrete gevallen van een discretionaire bevoegdheid zal laten leiden of op zijn minst zal laten inspireren zonder er zich onvoorwaardelijk als door een rechtsregel door gebonden te achten.

Als sanctie voor niet-bekendmaking van een verordenende tekst is in art. 129 van de Grondwet opgelegd het niet verbindend zijn van de betreffende tekst en de niet-tegenwerpelijheid ten opzichte van de burgers.

De burgers kunnen zich op deze grondwettelijke bescherming beroepen zelfs wanneer zij op een andere wijze dan die door de wet bepaald op de hoogte zijn geraakt van het bestaan van bedoelde verplichtingen.

Behalve wanneer andere belangen, met name het algemeen belang, op het spel staan, mag de burger de bescherming die het recht hem biedt, afwijzen.

3. De wettigheid van een beslissing tot prijsverhoging hangt niet af van de mededeling, de aangifte ervan overeenkomstig het M.B. van 22 december 1971. De gevolgen voortvloeiende uit de verplichting tot aangifte treffen niet de aan te geven beslissing zelf, maar enkel de toepassing ervan. De invoering van een permanente regeling moet niet worden uitgesteld wegens het bestaan van een mogelijk andersluidende tijdelijke regeling; het samen bestaan van beide kan vlot worden verzoend door het niet toepassen van de permanente regeling gedurende de periode dat de tijdelijke regeling uitwerking heeft.

V.Z.W. Centrale voor Socialistisch Cultuurbeleid t/ Belgische Staat (Minister van Onderwijs)

Arrest nr. 27.569

Gezien het verzoekschrift dat de V.Z.W. Centrale voor Socialistisch Cultuurbeleid (C.S.C.) op 24 december 1982 heeft ingediend om de vernietiging te vorderen van de circulaire van 28 oktober 1982 van de minister van Onderwijs betreffende het gebruik van de infrastructuur van de rijksscholen, met uitzondering van de zwembaden, buiten de schooluren;

(...)

1. Over de gegevens van de zaak

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

1.1. Op 28 oktober 1982 vaardigt de minister van Onderwijs een circulaire uit waarvan het voorwerp als volgt wordt weergegeven: «Gebruik van de infrastructuur van de rijksscholen, met uitzondering van de zwembaden, buiten de

schooluren. Nieuwe en samenvattende reglementering».

In de omzendbrief wordt gesteld dat «de nieuwe reglementering vanaf 19 december 1982 in werking treedt».

De volgende punten zijn in essentie het onderwerp van de «reglementering»: wie kan over de infrastructuur van de rijksscholen beschikken? wat zijn de toegelaten en niet toegelaten activiteiten? welke is de gebruiksperiode? wat is de te betalen vergoeding? welke verzekeringen moeten worden gesloten? wat zijn de te nemen veiligheidsmaatregelen?

2. Over het juiste voorwerp van het beroep

2.1. Overwegende dat uit de wijze waarop de verzoeken-de partij haar belang bepleit en uit de aard van haar annulatiemiddelen besloten mag worden dat het beroep niet strekt tot de algehele vernietiging van de bestreden circulaire, maar enkel tot de vernietiging van het gedeelte van die circulaire, dat over de «te betalen vergoeding» handelt, inzonderheid daar waar die vergoeding wordt verhoogd;

3. Over de ontvankelijkheid van het beroep

3.1. Overwegende dat de verwerende partij opwerpt dat de verzoekende partij het rechtens vereiste belang niet heeft daar haar hoe dan ook het gebruik niet kan worden toegestaan van de in de bestreden circulaire genoemde infrastructuur der rijksscholen; dat de verwerende partij haar exceptie argumenteert als volgt: blijkens artikel 2 van haar statuten is de verzoekende partij een vereniging die tot doel heeft «de socialistische beweging te dienen bij haar streven naar de volledige culturele ontplooiing van de mens»; welnu, in punt 4.2 van de bestreden circulaire is bepaald dat het gebruik van de infrastructuur van de rijksscholen niet mag worden toegestaan voor «activiteiten met een politiek of syndikaal karakter of activiteiten in strijd met het neutraliteitsbeginsel van het Rijksonderwijs», dit overeenkomstig het bepaalde in de artikelen 3, 4 en 41 van de wet van 29 mei 1959 tot wijziging van sommige bepalingen van de onderwijswetgeving, de zogenaamde Schoolpactwet;

3.1.1. Overwegende dat de verzoekende partij op de exceptie repliceert dat met het adjectief «socialistisch» in haar statuten niet wordt bedoeld op het dienen van een politieke of van een vakbeweging, maar wel op het dienen van de socialistische levensbeschouwing, «net zoals bv. het Davidsfonds culturele activiteiten organiseert vanuit een christelijke levensbeschouwelijke hoek»;

3.1.2. Overwegende dat de repliek van de verzoekende partij terecht is; dat het enige wat de Schoolpactwet, waar de verwerende partij zich op beroept, in de rijksscholen — maar evenzeer in de door andere openbare personen georganiseerde onderwijsinrichtingen en in de gesubsidieerde vrije onderwijsinrichtingen — ter zake uitdrukkelijk verbiedt, in artikel 41, «elke politieke activiteit en propaganda» is; dat de «socialistische beweging» die de verzoekende partij blijkens haar statuten wil dienen, zich niet laat vereenzelvigen met een socialistische politieke partij en evenmin met een socialistische vakbond; dat, blijkens haar statuten, de verzoekende partij die «socialistische beweging» wil dienen «bij haar streven naar de volledige culturele ontplooiing van de mens»; dat de verzoekende partij zich aldus als een socio-culturele organisatie aandient; dat in punt 2.2 van de bestreden circulaire is bepaald dat «socio-culturele organisaties» over de infrastructuur van de rijksscholen kunnen beschikken; dat elke socio-culturele activiteit, of de uitvoerders ervan daar openlijk voor uitkomen of niet, onvermijdelijk met een levensbeschouwing en een

maatschappijopvatting verbonden is; dat het feit dat de statuten van de verzoekende partij haar culturele activiteiten onder het teken van de socialistische maatschappijvisie plaatsen, dus geen beletsel kan zijn opdat ze, als socio-culturele organisatie, in aanmerking zou komen voor het gebruik van de in de bestreden omzendbrief geviseerde infrastructuur;

3.2. Overwegende dat in de debatten de vraag aan de orde is gekomen of om een andere reden het beroep niet als onontvankelijk wegens gebrek aan belang moet worden afgewezen; dat deze mogelijke reden is dat de in de bestreden circulaire vervatte regeling niet is bekendgemaakt in het Belgisch Staatsblad;

3.2.1. Overwegende dat de in de circulaire vervatte regeling zich zowel formeel als materieel als een verordening aandient; formeel aangezien de omzendbrief zelf aan die regeling de naam «nieuwe en samenvattende reglementering» geeft; materieel aangezien de circulaire een reeks bepalingen bevat waarvan de strekking duidelijk is een absoluut bindende kracht te hebben, bepalingen dus die als rechtsregels zijn opgevat en niet alleen maar als richtlijnen welke slechts een algemene gedragslijn verwoorden waardoor de overheid zich bij de uitoefening in concrete gevallen van een discretionaire bevoegdheid zal laten leiden of op zijn minst zal laten inspireren zonder er zich onvoorwaardelijk als door een rechtsregel door gebonden te achten;

3.2.2. Overwegende dat, overeenkomstig artikel 56, § 1, van de op 18 juli 1966 gecoördineerde wetten op het gebruik van de talen in bestuurszaken, koninklijke of ministeriële besluiten die betrekking hebben op rechten of verplichtingen van een niet vooraf bepaald of bepaalbaar aantal burgers, in het Belgisch Staatsblad moeten worden bekendgemaakt; dat de bestreden omzendbrief betrekking heeft op de rechten en verplichtingen van een niet vooraf bepaald of bepaalbaar aantal burgers; dat hij immers vaststelt, zonder die individueel aan te wijzen of aanwijsbaar te maken, welke personen het recht hebben de infrastructuur van de rijksscholen te gebruiken en welke verplichtingen de personen aan wie dat recht wordt toegekend, daardoor op zich nemen;

3.2.3. Overwegende dat als sanctie voor niet-bekendmaking van een verordenende tekst in artikel 129 van de Grondwet is opgelegd het niet verbindend zijn van de betreffende tekst; dat derhalve de bestreden circulaire geen verbindende kracht heeft ten opzichte van de burgers en hun dus niet kan worden tegengeworpen; dat, toegepast op de onderhavige zaak, zulks betekent dat de bepalingen betreffende de vergoedingsverplichting die de verzoekende partij zoals gezien sub 2.1 bepaaldelijk bestrijdt, haar niet kunnen worden tegengeworpen, mat name daar waar die vergoeding wordt verhoogd; dat zulks normaal moet meebrengen dat zij geen belang heeft bij de vernietiging van die bepalingen;

3.2.4. Overwegende echter dat in de onderhavige zaak deze normale gevoltrekking niet gemaakt moet worden om de hierna uiteengezette redenen;

3.2.4.1. Overwegende dat het evenvermeld grondwettelijk voorschrift wil verhinderen dat burgers gehouden zouden zijn tot de nakoming van verplichtingen van het bestaan waarvan zij geen kennis hebben kunnen nemen op een officiële, door de wet bepaalde wijze; dat de burgers

zich op deze grondwettelijke bescherming kunnen beroepen zelfs wanneer zij op een andere wijze dan die door de wet bepaald op de hoogte zijn geraakt van het bestaan van bedoelde verplichtingen ;

Overwegende echter dat in de onderhavige zaak de verzoekende partij zich op deze bescherming niet beroept ; dat zij niet ontkent dat zij in feite kennis heeft van de bestreden circulaire, waarvan zij trouwens een exemplaar bij haar verzoekschrift voegt ; dat zij er zowel schriftelijk als mondeling op aandringt dat de Raad haar beroep niet onontvankelijk zou verklaren op grond dat de bestreden circulaire haar niet kan worden tegengeworpen ; dat zij argumenteert dat de circulaire feitelijke uitwerking heeft gekregen ;

Overwegende dat, behalve wanneer andere belangen, met name het algemeen belang, op het spel staan, de burger de bescherming die het recht hem biedt, mag afwijzen ; dat men in de onderhavige zaak niet inziet welke andere belangen geschaad zouden kunnen worden door, ten aanzien van de ontvankelijkheid van het beroep, geen acht te slaan op de omstandigheid dat de bestreden circulaire, terwijl zij in feite wordt toegepast, niet op de bij de wet bepaalde wijze is bekendgemaakt ;

3.2.4.2. Overwegende bovendien dat de verzoekende partij de door artikel 129 van de Grondwet aan de burger geboden bescherming niet nodig heeft ; dat, waar dit artikel het «verbindend» worden van de erin beoogde teksten afhankelijk maakt van bekendmaking, zulks enkel betrekking heeft op de verplichtingen welke door die teksten worden opgelegd ; dat dit dus niet geldt voor de rechten die deze teksten verlenen ; dat met haar beroep de verzoekende partij nu juist rechtsaanspraken wil beveiligen ; dat het er haar om te doen is de mogelijkheid die de bestreden circulaire biedt om gebruik te maken van de infrastructuur van de rijksscholen, te vrijwaren tegen een, volgens haar, onwettige aan die mogelijkheid verbonden voorwaarde, te weten het betalen van de in de circulaire verhoogde vergoeding ; dat zij m.a.w. niet een arrest wil verkrijgen waaruit blijkt dat haar ten onrechte een los van rechten staande verplichting wordt opgelegd, maar wel een arrest waaruit blijkt dat een haar geboden rechtsaanspraak — het gebruik maken van de infrastructuur van de rijksscholen — in het gedrang wordt gebracht door een onrechtmatige aan die rechtsaanspraak als voorwaarde verbonden verplichting ;

3.2.5. Overwegende dat uit wat sub 3.2.4.1 en 3.2.4.2 is uiteengezet, volgt dat het beroep niet kan worden afgewezen als voortijdig wegens het nog niet verbindend zijn van de in de bestreden circulaire vervatte regeling.

4. Over de gegrondheid van het beroep

4.1. Overwegende dat de verzoekende partij als eerste annulatiemiddel schending aanvoert van het ministerieel besluit van 22 december 1971 houdende verplichting tot aangifte der prijsverhogingen, doordat de verwerende partij bedoelde verplichting niet is nagekomen ;

4.1.1. Overwegende dat in het midden mag worden gelaten of genoemd ministerieel besluit ter zake wel toepasselijk is ; dat immers gesteld dat dit besluit ter zake toepasselijk is, het middel toch niet tot de gevorderde vernietiging kan leiden ;

4.1.2. Overwegende dat de wettigheid van een beslissing tot prijsverhoging uiteraard niet afhangt van de mededeling, de aangifte ervan overeenkomstig genoemd ministerieel besluit ; dat een beslissing van die aard op zichzelf

volkomen wettig is ; dat zij uiteraard niet onwettig wordt doordat zij niet aangegeven is ; dat zij om aangegeven te kunnen worden, eerst genomen moet worden ; dat alzo het niet aangeven vanzelfsprekend onwettig kan zijn, maar dat de ontstentenis van een aangifte de onwettigheid van de beslissing tot prijsverhoging zelf niet kan meebrengen en dat, bijgevolg, als zij van een administratieve overheid uitgaat, die beslissing door de Raad van State niet vernietigd kan worden wegens ontstentenis van aangifte ;

Overwegende dat wat in de vorige alinea is uiteengezet, bevestigd wordt in de regeling zelf van het ministerieel besluit van 22 december 1971, in zoverre die regeling op het onderhavige geval toepasselijk zou kunnen zijn : de gevolgen voortspruitende uit de verplichting tot aangifte treffen niet de aan te geven beslissing zelf, maar enkel de toepassing ervan : de prijsverhoging waartoe is beslist, mag maar toegepast worden na een bepaalde termijn (artikel 1, §§ 1 tot 3, en artikel 5 van het besluit) ; de prijzen worden geblokkeerd indien de betrokkene aangifte doet terwijl hij de prijsverhoging reeds toepast of de prijsverhoging toepast zonder het verstrijken van de evenvermelde termijn af te wachten (artikel 2 van het besluit) ; dat alzo toepassing van een beslissing tot prijsverhoging wel onwettig kan zijn, niet de beslissing zelf ;

4.2. Overwegende dat de verzoekende partij als tweede annulatiemiddel schending aanvoert van het ministerieel besluit van 22 februari 1982 tot blokkering der prijzen, gewijzigd bij ministeriële besluiten van 30 maart 1982, 7 april 1982, 28 mei 1982, 29 juni 1982, 14 december 1982 en 1 augustus 1984, doordat de in de bestreden omzendbrief vervatte verhoging van de vergoeding die vergoeding op een peil brengt dat hoger is dan dat bepaald in genoemd besluit, te weten het peil der prijzen van toepassing op 15 februari 1982 ;

4.2.1. Overwegende dat ook hier in het midden mag worden gelaten of genoemd besluit ter zake wel toepasselijk is ; dat immers ook hier, gesteld dat dit besluit ter zake toepasselijk is, het middel toch niet tot de gevorderde vernietiging kan leiden ;

4.2.2. Overwegende dat sub 3.2.1 is vastgesteld dat de in de bestreden circulaire vervatte regeling de aard van een verordening heeft ; dat verordeningen normaal voor onbepaalde tijd worden vastgesteld en dat dit zich ook voordoet met evengenoemde regeling ;

Overwegende dat het ministerieel besluit van 22 februari 1982 integendeel van tijdelijke aard is ; dat immers artikel 5 van het besluit bepaalt dat de uitwerking ervan ophoudt per 1 juni 1982 ; dat de omstandigheid dat die datum achtereenvolgens vervangen werd door 31 december 1982 (bij ministerieel besluit van 28 mei 1982), 31 december 1983 (bij ministerieel besluit van 14 december 1982) en 31 december 1987 (bij ministerieel besluit van 1 augustus 1984) uiteraard niets aan dat tijdelijk karakter afdoet ;

Overwegende dat de invoering van een permanente regeling niet uitgesteld moet worden wegens het bestaan van een mogelijk andersluidende tijdelijke regeling ; dat het samen bestaan van beide vlot verzoend kan worden door het niet toepassen van de permanente regeling gedurende de periode dat de tijdelijke regeling uitwerking heeft ;

Overwegende dat, toegepast op de onderhavige zaak, zulks betekent dat hetgeen het ministerieel besluit van 22 februari 1982 mogelijk verbiedt, niet is een verordening

vast te stellen die voor onbepaalde tijd zal gelden, maar wel die verordening toe te passen gedurende de beperkte periode dat genoemd besluit uitwerking heeft; dat dus niet mogelijk onwettig is de «prijsverhoging» die deel uitmaakt van de in de circulaire vervatte regeling, maar wel de toepassing van die «prijsverhoging» gedurende de periode die door het prijsblokkeringsbesluit bestreken wordt; dat het middel dus niet kan leiden tot vernietiging van de bepaling die, naar sub 2.1 is vastgesteld, bepaaldelijk het voorwerp uitmaakt van het formeel tegen de gehele omzendbrief gerichte annulatieberoep,
(volgt verwerping).

NOOT—*Het neutraliteitsbeginsel en de feitelijke uitwerking van een circulaire*

1. Bij het arrest Van Craen, nr. 16.943 van 25 maart 1975 oordeelde de Raad van State dat artikel 59bis, § 7, van de Grondwet, bepalend dat de wet de regelen vaststelt teneinde elke discriminatie om ideologische of filosofische redenen te voorkomen, inhoudt dat een gymnastiekvereniging door een gemeenteoverheid er niet van mag worden uitgesloten gebruik te maken van een zaal op de enkele grond dat de leden van die vereniging een bepaalde politieke gezindheid zijn toegedaan en daarvoor uitkomen.

In het afgedrukte arrest heeft de Raad van State duidelijk het onderscheid gemaakt tussen enerzijds politieke en vakbondsactiviteiten en anderzijds activiteiten van socio-culturele organisaties die weliswaar hun culturele activiteiten in het teken van een maatschappijvisie plaatsen die ook in politieke partijen kan worden teruggevonden, zonder dat hun activiteiten kunnen worden bestempeld als politiek of syndicaal. Deze laatste activiteiten zijn in rijksonderwijsinstellingen niet toegelaten krachtens het neutraliteitsbeginsel dat werd aangenomen in artikel 41 van de wet van 29 mei 1959 (de Schoolpactwet) en in 1962 uitgewerkt in een protocol van de Schoolpactcommissie: zie hierover meer bij R. Houben en F. Ingham, *Het schoolpakt en zijn toepassing*, Brussel, Cepess-Dokumenten, 2e uitg., 1962, en supplement 1964.

2. Voor de laatste publikatie in de Belgische rechtsleer betreffende de bekendmaking van wetten en administratieve rechtshandelingen wordt graag verwezen naar: De Jonghe, J., *De staatsrechtelijke verplichting tot bekendmaking van normen*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1985, 183 p.

De Raad van State heeft zich reeds meermaals gebogen over geschilpunten betreffende de bekendmaking van administratieve rechtshandelingen, meer bepaald i.v.m. de verplichting, de vorm, de termijn, de datum, het bewijs, de gevolgen van de bekendmaking, de gevolgen van de gebreken in de bekendmaking en ten slotte de gevolgen van het ontbreken van bekendmaking enerzijds voor de geldigheid en anderzijds voor de niet-tegenwerpelijheid van de handelingen.

De originele bijdrage van dit arrest bij de reeds gevestigde rechtspraak bestaat erin de aanvechting mogelijk te maken van een circulaire die ter zake als een verordening moet worden beschouwd vooraleer deze werd bekend gemaakt en die in beginsel (nog) niet kan worden tegengeworpen aan de rechtsonderhorigen terwijl zij toch reeds feitelijke uitwerking heeft. Een andere oplossing aannemen zou

de weg openen naar rechtsonzekerheid: een bestuur zou dan immers een onwettige «omzendbrief» met rechtskracht feitelijke uitwerking verlenen zonder tot publikatie over te gaan en ad aeternam de exceptie van voorbarigheid van een actie voor de Raad van State of voor de gewone rechter opwerpen bij gemis van de alsdan krachtens artikel 129 van de Grondwet vereiste bekendmaking. De Raad van State heeft juridisch volkomen terecht deze mogelijke combine de pas afgesneden.

W. Lambrechts
U.I.A.

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

8e KAMER — 8 APRIL 1987

Voorzitter: de h. Raymaekers

Raadsheren: de hh. Vandeplas (rapporteur) en Van de Velde

Advocaat-generaal: de h. De Swaef

Advocaten: mrs. Knapen loco Gilkens, Leysens, Lambert loco Byvoet en Pijpops loco Orij

Verzekering — Motorrijtuigen — Vervangingsvoertuig.

Wie een voertuig aankoopt en dit in gebruik neemt zonder een verzekeringspolis af te sluiten die de burgerrechtelijke aansprakelijkheid dekt, kan niet volstaan met de verwijzing naar een verzekering voor een ander voertuig dat nog steeds in gebruik is of dat minstens nog steeds in het verkeer is, onder voorwendsel dat het nieuwe voertuig een vervangingsvoertuig is, in de zin van art. 33 van de modelpolis.

Van B. t/ A., Gemeenschappelijk Waarborgfonds en N.V. H.

Overwegende dat de beklaagde vervolgd wordt ter zake dat zij een voertuig, namelijk een Peugeot 504 in het verkeer gebracht heeft te Beringen op 16 oktober 1982 zonder dat de burgerrechtelijke aansprakelijkheid van dit voertuig, waarvan ze eigenares was, gedekt was door een verzekering;

Overwegende dat de beklaagde aanvoert dat ze dit voertuig op 8 oktober 1982 heeft aangekocht en pas op 16 oktober 1982 voor het eerst in gebruik nam; dat ze in conclusie beweert dat ze op 16 oktober 1982 slechts over één voertuig beschikte; dat deze bewering echter in strijd is met haar eigen verklaring afgelegd ter terechtzitting van het hof op 11 maart 1987, waarin ze uitdrukkelijk heeft verklaard dat ze met haar voertuig Fiat naar de garagehouder is gereden en daar het voertuig Peugeot in ontvangst heeft genomen op 16 oktober 1982;

Overwegende dat alzo tenminste op 16 oktober 1982, datum van de ten laste gelegde feiten, de beklaagde wel degelijk met twee voertuigen heeft gereden terwijl de verzekering alleen betrekking had op het voertuig Fiat;

Overwegende bovendien dat de beklaagde steeds verklaard heeft dat het voertuig Fiat vanaf begin maart 1982 te koop stond voor haar huis en dat ze ter terechtzitting van 11 maart 1987 heeft gepreciseerd dat het op de straat vóór haar huis stond opgesteld met een vermelding dat het te koop was; dat door het voertuig op de straat te plaatsen,

het voertuig moet worden beschouwd als in het verkeer gebracht;

Overwegende dat er geen sprake kan zijn van een vervangingsvoertuig wanneer de beklaagde, zoals ten deze, een voertuig aankoopt en heeft gebruikt terwijl ze daarvoor geen verzekering heeft die de burgerrechtelijke aansprakelijkheid van de eigenaar dekt; dat niet kan worden volstaan met de verwijzing naar een verzekering afgesloten door dezelfde eigenaar voor een ander voertuig dat hij nog steeds in gebruik heeft of dat minstens nog steeds in het verkeer is;

Overwegende dat de beklaagde weliswaar beweerd heeft dat het voertuig Fiat buiten gebruik was, maar dat in elk geval, op 16 oktober 1982, datum van de telastlegging, het voertuig Fiat niet buiten gebruik was daar de beklaagde ter zitting heeft toegegeven dat ze dit voertuig Fiat heeft gebruikt om naar de garage te rijden ten einde het voertuig Peugeot in ontvangst te gaan nemen; dat derhalve het voertuig Peugeot op 16 oktober 1982 niet ter vervanging, in de zin van artikel 33 van de typepolis, van het voertuig Fiat werd gebruikt daar beide voertuigen die dag in gebruik waren;

Overwegende dat er bijgevolg geen geldige verzekering was van de burgerrechtelijke aansprakelijkheid voor het voertuig Peugeot en dat de feiten van de telastlegging A bewezen zijn;

(...)

NOOT—Het misdrijf van niet-verzekering van de burgerrechtelijke aansprakelijkheid inzake motorrijtuigen

1. Artikel 18, § 1, van de wet van 1 juli 1956 betreffende de verplichte aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen (W.A.M.) houdt de strafbaarstelling in van het in het verkeer brengen van een motorrijtuig zonder dat voldaan is aan de bij artikel 2 W.A.M. verplichte aansprakelijkheidsverzekering. De objectieve delictsinhoud bevat een personele beperking. Wanneer een niet verzekerd motorrijtuig door een ander persoon dan de bestuurder in het verkeer wordt gebracht, is voor de constitutie van het misdrijf vereist dat deze andere persoon de eigenaar zelf is van het voertuig, zij het een natuurlijke persoon of een rechtspersoon (Cass., 12 september 1966, *Arr. Cass.*, 1967, 49; zie voor een toepassing van de wettelijke toerekening (artikel 18, § 1, tweede lid); voor een misdrijf gepleegd door een handelsvennootschap: Cass., 6 maart 1967, *Arr. Cass.*, 1967, 839). Opzet als moreel element is niet vereist; de gedraging is strafbaar zelfs bij nalatigheid of onachtzaamheid (Cass., 11 mei 1971, *Arr. Cass.*, 1971, 907, *R.W.*, 1971-72, 511). In Frankrijk werd dit misdrijf aanvankelijk beschouwd als een opzettelijk wanbedrijf (artikel L 211-8 Code des assurances vermeldde «sciemment»; R. Merle en A. Vitu, *Traité de droit criminel, Droit pénal spécial*, 1982, I, 1298, nr. 1636; A. Piédelièvre, «Assurances», *Encycl. Dalloz pénal*, nrs. 41 en 42) maar recentelijk werd het verlaagd tot een overtreding (wet nr. 85-1407 van 30 december 1985, *D.*, 1986, 124, *R.S.C.*, 1986, «Chronique législative» (door B. Bouloc), 413, en decreet nr. 86-1043 van 18 september 1986, *D.*, 1986, 478, *R.S.C.*, 1987, «Chronique législative», 253; beide wetteksten zijn in werking getreden op 1 oktober 1986). De nieuwe misdrijfschrijving bevat het voormeld subjectief bestanddeel niet (zie art. 29 decreet en

artikel R. 211-29 Code des assurances).

Naast de correctionele straffen van artikel 18, § 1, is in artikel 18, § 3, W.A.M. tevens een facultatieve en bijkomende strafsanctie van een levenslange of tijdelijke vervalvenverklaring van het recht een motorvoertuig te besturen opgenomen. Artikel 85 Sw. betreffende de verzachtende omstandigheden bij wanbedrijven is toepasselijk op dit misdrijf (artikel 100 Sw.; artikel 19 W.A.M.). De ouders kunnen niet burgerrechtelijk aansprakelijk gesteld worden voor de geldboeten van hun minderjarige kinderen, aangezien de W.A.M. dit niet uitdrukkelijk bepaalt (Antwerpen, 8 oktober 1987, *R.W.*, 1987-88, 644, met noot van D. Merckx, «Civielrechtelijke aansprakelijkheid en geldboeten»). Zulk een uitdrukkelijke bepaling is er wel voor de eigenaar-rechtspersoon (artikel 18, § 1, tweede lid, W.A.M.).

De verplichting tot het sluiten van een verzekering rust in beginsel op de eigenaar van het voertuig (artikel 2, § 1, tweede lid, W.A.M.). Zolang echter een door een andere persoon gesloten verzekering van kracht is, wordt de verplichting van de eigenaar geschorst (artikel 2, § 1, tweede lid, W.A.M.). Dit betekent echter niet dat de nieuwe eigenaar van het motorrijtuig automatisch gedekt is door de verzekering van de vorige eigenaar (Cass., 16 oktober 1985, *Arr. Cass.*, 1985-86, nr. 98; M. Vandeur, *De verzekering van motorrijtuigen*, 1974, 79).

Wanneer de verzekering tot dekking van de burgerrechtelijke aansprakelijkheid geschorst is wegens niet-betaling van de premie, pleegt men bij het in het verkeer brengen van het motorrijtuig een door artikel 18, § 1, strafbaar gesteld misdrijf, zelfs wanneer deze schorsing met toepassing van artikel 11 W.A.M. door de verzekeraar niet kan worden tegengeworpen aan de derde benadeelde (Cass., 27 april 1959, *Pas.*, 1959, I, 865, *R.W.*, 1959-60, 1065; Cass., 1 juni 1964, *Pas.*, 1964, I, 1024, *R.G.A.R.*, 1964, 7359; Cass., 3 november 1981, *Arr. Cass.*, 1981-82, nr. 156, *R.W.*, 1981-82, 2101). Het niet-naleven van de contractuele bepalingen brengt m.a.w. belangrijke strafrechtelijke gevolgen met zich mee. Artikel 18, § 1, is eveneens toepasselijk wanneer de verzekeringnemer op de openbare weg een ander voertuig bestuurt dan het in zijn verzekeringscontract omschrevene, indien dit voertuig toebehoort aan een derde die het niet heeft doen dekken door een aansprakelijkheidsverzekering, zelfs wanneer zijn eigen aansprakelijkheid gedekt is door een contract waardoor een hem toebehorend voertuig is verzekerd (Cass., 11 februari 1974, *Arr. Cass.*, 1974, 632, *R.W.*, 1973-74, 2437; Cass., 10 december 1986, *Arr. Cass.*, 1986-87, nr. 221). Maar het arrest dat de beklaagde veroordeelt wegens het wanbedrijf van artikel 18, § 1, op grond alleen dat hij aan de derde, houder van het voertuig, de sleutels ervan heeft afgegeven (bij de inpassing van het voertuig) en hem niet gewezen heeft op de afwezigheid van verzekering, is niet wettelijk verantwoord (Cass., 22 november 1976, *Arr. Cass.*, 1977, 318).

2. De wettelijke misdrijfschrijving van artikel 18, § 1 (met referentie aan artikel 2 W.A.M.) houdt tevens een territoriale beperking in. De gedraging is slechts strafbaar als het voertuig in het verkeer wordt gebracht op de openbare weg, op voor het openbare verkeer toegankelijke terreinen of op de niet openbare terreinen die voor een zeker aantal personen toegankelijk zijn (Cass., 26 november 1973, *Arr. Cass.*, 1974, 346).

Het begrip «verkeer» moet volgens de rechtsleer, steunend op de parlementaire voorbereiding, ruim geïnterpreteerd worden (E. Beyens, *L'assurance des véhicules automobiles*, in *Nov.*, *Droit commercial*, V, nr. 27; G. Cassart, P. Bodson en J. Pardon, *L'assurance automobile obligatoire*, 1957, 120; A. Minet, «Principes de l'assurance automobile obligatoire et droits des tiers lésés», *J.T.*, 1957, 474, nr. 5; L. Schuermans en D. Simoens, «Verkeersaansprakelijkheid en verzekering naar Belgisch recht», *T.P.R.*, 1978, 96). De verzekeringsplicht strekt zich ook uit tot een op een openbare plaats stilstaand motorrijtuig of tot een door zijn bestuurder verlaten voertuig (*Parl. St., Kamer*, 1953-54, nr. 379, p. 9; 1954-55, nr. 351/4, p. 4). Het voertuig dat niet in beweging is, zal hierdoor niet uitgesloten worden van de categorie «in het verkeer» zijnde motorrijtuigen (Cass., 8 maart 1977, *Arr. Cass.*, 1977, 735; zie ook noot 1, onder Cass., 5 november 1971, *Arr. Cass.*, 1972, 239). Wanneer echter het motorrijtuig uitsluitend wordt aangewend voor een gebruik als bedrijfswerktuig, bevindt het zich niet in het verkeer in de zin van artikel 2 W.A.M. (Cass., 5 november 1971, *gecit.*; Cass., 26 oktober 1972, *Arr. Cass.*, 1973, 208; Cass., 7 maart 1977, *gecit.*; Cass., 24 april 1979, *Arr. Cass.*, 1979, 999; zie eveneens Benelux-Gerechtshof, 23 oktober 1984, *R.W.*, 1984-85, 1009). Ook in Frankrijk en Nederland heeft het begrip verkeer een ruime betekenis (zie respectievelijk M. Picard en A. Besson, *Les assurances terrestres*, I, *Le contrat d'assurance*, 1982, 624; L. Schuermans (red.), e.a., *De wettelijke aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen in de Benelux*, 1979, 78 e.v.).

Artikel 2, § 1, breidt de verzekeringsplicht uit tot de motorrijtuigen die niet van de openbare weg gebruik maken, zodat dit artikel een ruimer toepassingsgebied heeft dan het algemeen reglement op de politie van het wegverkeer (Cass., 27 februari 1969, *Arr. Cass.*, 1969, 610, *R.W.*, 1968-69, 1613). De beklaagde die met zijn niet verzekerd voertuig heeft gereden op een centrale plaats in een druk bezette, private camping, al waar het permanent rondcirkelen van voetgangers en spelende kinderen volledig normaal is, bevond zich met het motorrijtuig op een terrein dat toegankelijk is voor een zeker aantal personen die het recht hebben er te komen, in de zin van artikel 2, § 1, W.A.M. (Cass., 2 juni 1981, *Arr. Cass.*, 1980-81, nr. 570). Met de in artikel 2 opgesomde plaatsen kunnen echter niet gelijkgesteld worden o.a. een garage-werkplaats (Cass., 22 januari 1970, *Arr. Cass.*, 1970, 456; *R.W.*, 1969-70, 1540, wel een parkeergarage volgens het arrest), een particuliere woning (Cass., 24 juni 1971, *Arr. Cass.*, 1971, 1077) of een akker (Gent, 2 oktober 1973, *Bull. Ass.*, 1975, 461, het arrest preciseert dat de aanwezigheid van de zoon van de landbouwer aan het stuur van de tractor en van een kind, bloedverwant van de landbouwer, onvoldoende is).

Wanneer dan de eigenaar zijn personenvoertuig op de straat plaatst, zoals in casu, of toelaat dat zijn voertuig op de straat wordt geplaatst, voor zijn woning teneinde zijn verkoopintentie kenbaar te maken, brengt hij zodoende zijn motorrijtuig in het verkeer op een openbare weg in de zin van de wet van 1 juli 1956. Bij afwezigheid van een door artikel 2 W.A.M. vereiste aansprakelijkheidsverzekering, pleegt hij het misdrijf van artikel 18, § 1, W.A.M.

3. Als verweer tegen een vervolging voor het misdrijf van artikel 18 W.A.M. voert de beklaagde vaak aan dat het

voertuig moet worden beschouwd als een vervangingsvoertuig. Enerzijds behandelt artikel 4 van de modelpolis een bovenwettelijke verzekeringsuitbreiding bij een tijdelijke vervanging van het voertuig van de verzekeringnemer door een aan een derde toebehorend voertuig. Belangrijk is dat deze derde eigenaar verplicht is de burgerrechtelijke aansprakelijkheid te dekken door een verzekering die beantwoordt aan de voorschriften van de W.A.M. (Cass., 22 oktober 1971, *Arr. Cass.*, 1972, 193; Cass., 11 februari 1974, *Arr. Cass.*, 1974, 632, *R.W.*, 1973-74, 2437; zie eveneens punt 1). Anderzijds omschrijft artikel 33 van de modelpolis de regeling van het vervangingsvoertuig na overdracht.

De bestaande verzekering blijft verder lopen bij overdracht van het voertuig met een onmiddellijke vervanging, op voorwaarde van mededeling van deze vervanging aan de verzekeraar binnen de termijn van acht dagen na de overdracht (artikel 12 W.A.M. en artikel 33 modelpolis). Bij naleving van de voorwaarden van artikel 33, wordt het in artikel 18, § 1, W.A.M., bedoelde misdrijf niet gepleegd (Cass., 23 oktober 1967, *Arr. Cass.*, 1968, 287). Zonder tijdige aangifte is het vervangingsmotorrijtuig echter na het verstrijken van de termijn van acht dagen niet meer gedekt door de bestaande verzekeringsovereenkomst. Het verzekeringscontract heeft namelijk de burgerrechtelijke aansprakelijkheid m.b.t. een bepaald omschreven motorrijtuig tot voorwerp (M. Vandeur, «Verzekering en overdracht», *De Verzekeringswereld*, 1980, 41). De schorsing van het contract, tegenwerpelijk aan de benadeelde derden (Cass., 10 oktober 1966, *Bull. Ass.*, 1966, 910, *R.G.A.R.*, 1967, 7847; Cass., 13 april 1973, *Arr. Cass.*, 1973, 813, *R.W.*, 1973-74, 305; Cass., 5 februari 1986, *Arr. Cass.*, 1985-86, nr. 360, *R.W.*, 1986-87, 342; Cass., 22 januari 1987, *R.W.*, 1987-88, 156) heeft bij het in het verkeer brengen van het nieuwe voertuig op penaal gebied een overtreding van artikel 18 W.A.M. tot gevolg. De nieuwe eigenaar van het gecedeerde voertuig die niet zorgt voor een eigen aansprakelijkheidsverzekering, pleegt eveneens het misdrijf van artikel 18 W.A.M. (Luik, 17 januari 1967, *Pas.*, 1967, II, 196; cf. Cass., 16 oktober 1985, *Arr. Cass.*, 1985-86, nr. 98). Indien het overgedragen voertuig niet onmiddellijk vervangen wordt, wordt de verzekeringspolis geschorst (artikel 33, laatste lid, modelpolis).

De regeling van artikel 33 is niet beperkt tot het geval van overdracht, maar moet volgens de rechtspraak uitgebreid worden tot de definitieve en ondubbelzinnige buitengebruikstelling van het voertuig die de mogelijkheid uitsluit dat twee motorrijtuigen in het verkeer worden gebracht onder dekking van dezelfde polis (Cass., 8 oktober 1962, *Pas.*, 1963, I, 164, *Bull. Ass.*, 1963, 110, met noot van R.V.G.; Cass., 13 december 1974, *Arr. Cass.*, 1975, 443; Cass., 29 september 1982, *Arr. Cass.*, 1982-83, nr. 71, *R.G.A.R.*, 1983, 10656, met noot van M. Godfroid, *Bull. Ass.*, 1983, 121, met noot van J.R.; Cass., 7 oktober 1986, *Arr. Cass.*, 1986-87, nr. 67). Zodra echter niet alle dubbelzinnigheid of de mogelijkheid tot fraude door gelijktijdig of opeenvolgend twee voertuigen in het verkeer te brengen uitgesloten is, geldt deze jurisprudentiële uitbreiding niet (Cass., 13 september 1971, *Arr. Cass.*, 1972, 45 (aangebrenge van de nummerplaten van de oude op de nieuwe wagen), zie ook o.a. Luik, 25 juni 1981, *Bull. Ass.*, 1982, 321, en Corr. Luik, 18 december 1980, *Bull. Ass.*, 1981,

747; Cass., 12 december 1984, *Arr. Cass.*, 1984-85, nr. 232, *R.W.*, 1985-86, 1419; *Bull. Ass.*, 1986, 601, met noot van J.R. (voorlopige buitengebruikstelling van het motorrijtuig wegens zware schade), zie ook o.a. Corr. Luik, 7 februari 1983, *Bull. Ass.*, 1983, 157). Bij gebreke van kennisgeving van de definitieve en ondubbelzinnige buitengebruikstelling van het voertuig en van zijn vervanging aan de verzekeraar, wordt de verzekeringsovereenkomst ipso facto geschorst, hetzij vanaf de dag van buitengebruikstelling zonder onmiddellijke vervanging, hetzij na verloop van acht dagen bij een onmiddellijke vervanging (Cass., 4 oktober 1983, *Arr. Cass.*, 1983-84, nr. 66; *R.W.*, 1984-85, 738). Vanaf het moment van schorsing overtreedt men met het in het verkeer zijnde motorrijtuig de strafbepaling van artikel 18 W.A.M. De bewijslast van de ingeroepen buitengebruikstelling, die een bestanddeel van het misdrijf van artikel 18, § 1, W.A.M. uitsluit, mag door de rechter niet bij de beklaagde gelegd worden (Cass., 31 oktober 1972, *Arr. Cass.*, 1973, 215; *R.W.*, 1973-74, 535).

Een motorrijtuig kan zodoende in de zin van artikel 33 modelpolis slechts gekwalificeerd worden als een vervangingsvoertuig dat het essentieel element van het materieel bestanddeel van het misdrijf uitschakelt, indien het oorspronkelijke motorrijtuig in eigendom is overgedragen of definitief en ondubbelzinnig buiten gebruik is gesteld en indien de overdracht (of gelijkstelling) en de onmiddellijke vervanging binnen de termijn van acht dagen aan de verzekeraar is meegedeeld. Bij afwezigheid van vervulling van deze voorwaarden, wordt de strafrechtelijke gesanctioneerde verzekeringsplicht niet nageleefd. Wanneer dan de beklaagde het vorige motorrijtuig nog niet heeft overgedragen en het motorrijtuig niet buiten gebruik is gesteld op een definitieve en ondubbelzinnige wijze, geïllustreerd door het effectieve gebruik van beide motorrijtuigen op dezelfde datum, is de eerste noodzakelijke voorwaarde van artikel 33 niet nagekomen. Bijkomend kan het juridisch begrip van de buitengebruikstelling als gelijkstelling met de overdracht in de zin van artikel 33 uiteraard niet ingeroepen worden als de eigenaar het oorspronkelijke motorrijtuig om reden van potentiële verkoop in het verkeer brengt in de zin van artikel 2 W.A.M. De in artikel 33 vermelde termijn van acht dagen is bij afwezigheid van overdracht of buitengebruikstelling niet relevant.

Bart Spriet
Assistent K.U.L.

ARBEIDSHOF TE GENT

7e KAMER — 18 NOVEMBER 1987

Voorzitter: de h. Verhofstadt

Raadsheren in sociale zaken: de hh. Keymolen en Van Hecke

Advocaten: mrs. Verhaegen en Flamee loco Hoedaert

Arbeidsovereenkomst — Concurrentiebeding — Geldigheid — Voorwaarden — Compensatoire vergoeding — Nietigheid — Aanvoering door werkgever — Loongrens — Tijdstip van vaststelling.

Wanneer een concurrentiebeding niet voorziet in een compensatoire vergoeding voor de werknemer, is het beding nietig. Die nietigheid kan ook door de werkgever worden aangevoerd.

De loongrens beneden welke een concurrentiebeding ongeldig is, moet worden toegepast op het loon dat verdiend wordt op het tijdstip dat de overeenkomst eindigt.

V.Z.W. W. t/ D.

Gelet op het voor eensluidend verklaard afschrift van het vonnis van de Arbeidsrechtbank te Gent, tweede kamer, op tegenspraak gewezen op 29 september 1986;

(...)

De arbeidsovereenkomst van geïntimeerde liep en bestond tot 31 december 1984, inbegrepen. Op dat contract was de wet van 3 juli 1978, als gewijzigd bij koninklijk besluit van 14 december 1984, toepasselijk. Immers, de wet van 3 juli 1978 op de arbeidsovereenkomsten is toepasselijk op de lopende overeenkomsten, krachtens haar artikel 133, terwijl het koninklijk besluit van 14 december 1984 uitwerking had op 31 december 1984, dus toepasselijk was vanaf 31 december 1984 en dus ook op de onderwerpelijke arbeidsovereenkomst, aangezien die pas niet meer liep vanaf 1 januari 1985.

De voorwaarden, op straffe van nietigheid, van de geldigheid van het bestaan van het concurrentiebeding waren op 31 december 1984 de volgende: het moet betrekking hebben op een soortgelijke activiteit; het moet geografisch beperkt zijn; het mag niet langer lopen dan twaalf maanden; het moet voorzien in de betaling van een enige en forfaitaire compensatoire vergoeding door de werkgever.

Bij ontbreken van een der voorwaarden is het beding nietig. Welnu het beding voorzag niet in een compensatoire vergoeding en is dus nietig. Weliswaar was het beding op 4 augustus 1978 (datum van de overeenkomst) niet nietig, aangezien de laatste voorwaarde toen nog niet gold, maar het was wel nietig op 31 december 1984, aangezien de wet van 3 juli 1978, zoals later gewijzigd, toepasselijk is op de lopende contracten. Voor de toepasselijke wetgeving moet men zich trouwens stellen op het ogenblik van het einde van de arbeidsovereenkomst (Steyaert, *De arbeidsovereenkomsten*, blz. 101 e.v. 182)

Ook artikel 6 van de wet van 3 juli 1978 op de arbeidsovereenkomsten kan ter zake niet worden toegepast. Dit artikel bepaalt: «Alle met de bepalingen van deze wet en van haar uitvoeringsbesluiten strijdige bedingen zijn nietig voor zover zij ertoe strekken de rechten van de werknemer in te korten of zijn verplichtingen te verzwaren.» Dit betekent dat een beding in de overeenkomst dat in strijd is met de wet op de arbeidsovereenkomsten en haar uitvoeringsbesluiten, nietig is voor zover het de rechten van de werknemer inkort. Dit zou het geval zijn, bijvoorbeeld, wanneer een vergoeding zou zijn bepaald die de helft bedraagt van de wettelijk bepaalde vergoeding. In dat geval moet de werknemer zich in ieder geval op de wettelijk voorziene vergoeding kunnen beroepen.

In casu is echter een bepaalde voorwaarde niet vervuld, is een bepaald beding niet opgenomen, wat de nietigheid ingevolge de wet meebrengt. Deze nietigheid kan ook ten aanzien van de werkgever toegepast worden. Trouwens kan de nietigheid *in casu* door beide partijen worden aangevoerd.

Immers, het dwingend karakter van de bepalingen inzake het concurrentiebeding is niet eenzijdig ingesteld in het belang van een partij, met andere woorden, het neemt de belangen van beide partijen in acht. Het is dus verkeerd te stellen dat alleen de werknemer zich op de toepasselijkheid van het beding kan beroepen.

Het concurrentiebeding is geen eenzijdige dwingende regel, aangezien dit beding rekening houdt met de belangen van beide partijen, door te voorzien, enerzijds, in een vergoeding voor de werknemer die tijdelijk van zijn vrijheid afziet om voor een bepaalde tijd en in een bepaald gebied in dienst te treden bij een concurrerende werkgever, en, anderzijds, een waarborg voor de werkgever tegen concurrentiehandelingen van zijn werknemer (cf. Arbh. Gent, afd. Gent, 2e kamer, 9 februari 1987, Fabrilec t/ Pavé — onuitgegeven).

De nietigheid kan dus wel degelijk worden toegepast conform artikel 65, § 2, van de wet op de arbeidsovereenkomsten.

Bovendien is het beding op 31 december 1984 als niet bestaande te beschouwen, nu op die datum de loongrens voor de geldigheid en dus het bestaan van het beding op 650.000 frank is bepaald, terwijl het jaarloon op dat ogenblik ten deze slechts 539.760 frank bedroeg. De loongrens die de geldigheid voor het beding bepaalt is immers die van het ogenblik van het einde van het contract, en zij bedroeg op 31 december 1984 650.000 frank (cf. Steyaert, *De arbeidsovereenkomst*, nr. 182). De arbeidsovereenkomst kan immers een wijziging ondergaan, zeker wat betreft de lonen en de loongrenzen (cf. Arbh. Brussel, afd. Antwerpen, 6 mei 1974, *T.S.R.*, 1976, 359).

Aangezien het concurrentiebeding op 31 december 1984, wegens de toen geldende loongrens, als niet bestaande moet worden beschouwd, is de toepassing van het artikel 6 van de wet van 3 juli 1978 op de arbeidsovereenkomsten zelfs zonder voorwerp.

(...)

BURGERLIJKE RECHTBANK TE MECHELEN

2e KAMER — 1 JUNI 1987

Voorzitter: de h. A. Wauters

Advocaten: mrs. Van den Eede en Van de Werf

Testament — Bekwaamheid — Voorlopige bewindvoerder.

Opdat een testament nietig kan worden verklaard wegens krankzinnigheid van de erflater, is nodig dat deze onbekwaam was op het tijdstip van het testeren.

Er bestaat geen aanleiding om, naar analogie met de artt. 907 en 911 B.W., nietig te verklaren een testament dat de erflater, toen hij bekwaam was, heeft gemaakt ten voordele van de zoon van degene die later zijn voorlopige bewindvoerder werd en dat niet meer was op het tijdstip van het overlijden.

M. t/ M.

I. De feiten

Op 10 december 1953 maakte E.M. een eigenhandig testament in het voordeel van verweerder, zoon van zijn broer A. Op 10 juli 1959 werd E.M. opgenomen in het krankzinnigengesticht te M. (...) Hij werd noch ontzet noch onder voogdij gesteld. Bij vonnis van 12 oktober 1959 van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Mechelen werd zijn broer aangesteld als voorlopige bewindvoerder. Op 12 februari 1986 overleed de erflater.

II. In rechte

Overwegende dat aanleggers in hun conclusies geen enkel bewijs aanbrengen dat het testament niet geldig zou zijn overeenkomstig art. 970 B.W.;

Overwegende dat, opdat een testament nietig kan worden verklaard wegens krankzinnigheid van de erflater, nodig is dat deze onbekwaam was op het ogenblik van het testeren (Cass., 15 februari 1957, *Pas.*, 1957, I, 713);

Dat dit bewijs evenmin wordt geleverd;

Overwegende dat aanleggers stellen dat de erflater naar analogie met de artt. 907-911 B.W. geen geldig testament kan maken ten voordele van de zoon van zijn voorlopige bewindvoerder;

Dat dient te worden opgemerkt dat op het ogenblik van het testeren (10 december 1953) de vader van verweerder nog geenszins was aangesteld als voorlopige bewindvoerder (12 oktober 1959);

Dat derhalve op het ogenblik van het testeren het testament alleszins rechtsgeldig was;

Overwegende dat de bevoegdheid van de voorlopige bewindvoerder, aangesteld overeenkomstig art. 23 van de wet van 18 juni 1850, van rechtswege ophoudt na het verstrijken van een termijn van drie jaar, indien zij niet vernieuwd is (art. 33 van voornoemde wet);

Dat geen bewijs van vernieuwing overeenkomstig de voorschriften van art. 29 voorligt;

Dat derhalve de bevoegdheid van de voorlopige bewindvoerder op 13 oktober 1962 heeft opgehouden (De Page, II, nr. 376);

Dat dientengevolge op het ogenblik van het overlijden van de erflater er evenmin enige reden was om het testament nietig te verklaren, naar analogie met de artt. 907-911 B.W.;

(...)

NOOT—*De bekwaamheid van de voorlopige bewindvoerder om om niet te ontvangen*

I. Toepassingsgebied van artikel 29, derde lid, van de wet van 13 juni 1850

1. Op 10 december 1953 maakt E.M. een eigenhandig testament waarin hij zijn neef J.M. tot algemeen legataris aanstelt. Meer dan vijf jaar later wordt E.M. opgenomen in een krankzinnigengesticht. Op 12 oktober 1959 wordt A.M., broer van de testator en vader van de algemene legataris, aangesteld tot bijzonder voorlopig bewindvoerder. Op 12 februari overlijdt E.M.

De (onterde) wettelijke erfgenamen van de testator voorderen voor de Rechtbank van Eerste Aanleg te Mechelen de nietigverklaring van het testament op grond van de artikelen 907 en 911 B.W.

2. In haar vonnis van 1 juni 1987 lijkt de rechtbank er vanuit te gaan dat art. 29, derde lid, van de wet van 13 juni

1850 (Krankzinnigenwet) de toepasbaarheid met zich brengt van art. 907 B.W. op de verhouding in een gesticht geplaatste krankzinnige-bijzonder voorlopig bewindvoerder. Met andere woorden, de bijzondere onbekwaamheid van de pupil om te beschikken om niet ten voordele van zijn voogd, respectievelijk de bijzondere onbekwaamheid van de voogd om te ontvangen om niet van zijn pupil, zouden ook gelden tussen krankzinnige en bijzonder voorlopig bewindvoerder.

Weliswaar is de begunstigde van het testament hier niet de bijzondere voorlopig bewindvoerder, maar zijn zoon. Art. 911 B.W. voert evenwel een vermoeden iuris et de iure in van tussenpersoonstelling tussen ouder en kind, zodat de bijzondere onbekwaamheid om te ontvangen bij testament ook het kind raakt.

3. Deze extensieve interpretatie van art. 29, derde lid, van de Krankzinnigenwet is betwistbaar en zal worden weerlegd.

Art. 1123 B.W. in het algemeen en art. 902 B.W. in het bijzonder bepalen dat de bekwaamheid om te beschikken of te verkrijgen bij testament de regel is, en dat enkel de wet ter zake onbekwaamheden kan invoeren.

De aldus bij uitdrukkelijke wettekst ingevoerde onbekwaamheden moeten restrictief geïnterpreteerd worden (De Page, H., *Traité élémentaire de droit civil belge*, VIII, 1, Brussel, Bruylant, 1974, nr. 103).

Art. 907 B.W. voert expliciet een bijzondere onbekwaamheid in tussen voogd en pupil om bij testament te ontvangen, resp. te beschikken. De pupil kan geen testamentaire beschikking maken ten voordele van zijn voogd. Opdat art. 907 B.W. ook van toepassing zou zijn op de verhouding bijzondere voorlopige bewindvoerder - in een gesticht geplaatste krankzinnige, dient er dus, (cf. hierboven uiteengezet beginsel), een wettekst te zijn die dat uitdrukkelijk bepaalt. Er dient dus onderzocht te worden of art. 29, derde lid, van de Krankzinnigenwet hieraan voldoet.

4. Art. 29, derde lid, van de Krankzinnigenwet luidt als volgt: «De bepalingen van het B.W. betreffende de redenen die vrijstellen van de voogdij, de onbekwaamheid, de uitsluiting en ontzetting van de voogdij, en de voogdijrekeningen (...), zijn toepasselijk op de bijzondere voorlopige bewindvoerder benoemd door de vrederechter.»

Bij een eenvoudige lectuur van het Burgerlijk Wetboek stelt men vast dat het bedoelde art. 29, derde lid, van de Krankzinnigenwet niet meer of niet minder is dan een letterlijke weergave van de titelzinnen, en nog wel in dezelfde volgorde als in het B.W., van de afdelingen VI, VII en X van hoofdstuk II, titel X, van het eerste boek van het B.W., nl.: «De redenen die vrijstellen van de voogdij» (afdeling VI). «Onbekwaamheid, uitsluiting en ontzetting van de voogdij» (afdeling VII) en «Voogdijrekeningen» (afdeling IX).

De titel van afdeling VIII (Bestuur van de voogd) is er tussen uitgelaten; immers de Krankzinnigenwet heeft dit in haar art. 32 uitdrukkelijk zelf geregeld voor de voorlopige bewindvoerder. Is dat eenmaal vastgesteld, dan ligt het voor de hand te besluiten dat art. 29, derde lid, van de Krankzinnigenwet enkel die artikelen van het B.W. die thuishoren onder bedoelde afdelingen, op de voorlopige bewindvoerder van toepassing verklaart, en niet alle bepalingen van het B.W. die betrekking hebben op de voogdij.

Met andere woorden, en dit raakt de kern van het pro-

bleem, wanneer art. 29, derde lid, van de Krankzinnigenwet spreekt van onbekwaamheid, dan wordt ontegenzegglijk uitsluitend bedoeld op de artikelen van het B.W. onder de gelijksnamige afdeling VII van het B.W., nl. de onbekwaamheid om de functie van voogd uit te oefenen. De schaarse rechtsleer ter zake gaat niet uitdrukkelijk op het interpretatieprobleem in. Toch kan men uit de gebruikte bewoordingen afleiden dat in art. 29, derde lid, van de Krankzinnigenwet met onbekwaamheid enkel bedoeld wordt de onbekwaamheid van art. 442 B.W., namelijk die om de functie van voogd waar te nemen (Dekkers, R., *Handboek van burgerlijk recht*, I, Brussel, Bruylant, 1971, nr. 678, vgl. met nr. 486; De Page, H., *o.c.*, II, nr. 379; R.P.D.B., tw. «Déments et déficients mentaux», nr. 167).

5. Uit het voorgaande blijkt duidelijk dat art. 29, derde lid, van de Krankzinnigenwet enkel voormelde welomschreven artikel m.b.t. de voogdij, op de bijzondere voorlopige bewindvoerder van toepassing verklaart. Op grond van art. 29, derde lid, van de Krankzinnigenwet kan men dan ook art. 907 B.W. niet op de bijzondere voorlopige bewindvoerder van toepassing verklaren. Daar er geen andere uitdrukkelijke wettekst bestaat op grond waarvan art. 907 B.W. op de bijzondere voorlopige bewindvoerder toepasselijk wordt verklaard, en er evenmin enige andere uitdrukkelijke wettekst is die ter zake een bijzondere onbekwaamheid invoert, moet besloten worden dat er in de verhouding bijzondere voorlopige bewindvoerder - in een krankzinnigengesticht geplaatste persoon, geen bijzondere onbekwaamheid bestaat om te ontvangen om niet, respectievelijk om te beschikken om niet.

Dit wordt uitdrukkelijk bevestigd door de rechtsleer (De Page, H., *o.c.*, VIII.1, nr. 112; Kluyckens, A., *Beginselen van burgerlijk recht*, III, Brussel, Standaard Boekhandel, 1955, nr. 59; Schicks, A. en Vanisterbeek, A., *Traité-formulaire de la pratique notariale*, IV, Brussel, Fonteyn, 1927, 409).

II. Tijdstip waarop de bekwaamheid om te beschikken en te ontvangen bij testament dient beoordeeld te worden en aard van de vereiste bekwaamheid

6. In het hierboven staande vonnis wordt zijdelings ook het probleem aangeraakt naar welk tijdstip men de bekwaamheid moet beoordelen. Het Burgerlijk Wetboek spreekt zich hier niet over uit, zodat de rechtsleer deze vraag heeft moeten beantwoorden aan de hand van de algemene beginselen. De regels ter zake, alsook de aard van de alsdan vereiste bekwaamheid, worden hieronder in het kort uiteengezet. Voor een diepgaandere studie zie men De Page, H., *o.c.*, VIII.1, nrs. 193-194; Laurent, F., *Cours élémentaire de droit civil*, XI, Brussel, Bruylant, 1881, nrs. 373, 379-387; *Rép. Not.*, III, boek 8, nrs. 45-46.

7. *Bekwaamheid van de testator.* Het testament als negotium is een hybride instelling. Enerzijds beschikt de testator over zijn goederen bij de redactie van het testament zelf, anderzijds krijgt het testament pas uitwerking, worden de goederen pas overgedragen bij het overlijden. De wil om te begiftigen die in het testament wordt uitgedrukt, moet dan ook blijven bestaan tot op het ogenblik van het overlijden. Rechtstreeks gevolg hiervan is, dat de bekwaamheid van de testator onderzocht moet worden zowel bij het opstellen van het testament, als later, bij zijn overlijden (De Page, H., *o.c.*, VIII.1, nr. 194, A; Laurent, F., *o.c.*, XI,

nr. 373).

a. Tijdstip van het opstellen van het testament. Zowel rechts- als handelingsbekwaamheid is vereist: er wordt immers beschikt om niet (De Page, H., *o.c.*, VIII.1, nr. 194, B; Laurent, F., *o.c.*, XI, nr. 379; *Rép. Not.*, *o.c.*, nr. 45).

b. Tijdstip van het overlijden van de testator. Voldoende is dat de testator rechtsbekwaam is, dat hij bekwaam is om een testament na te laten. Handelingsbekwaamheid is niet meer vereist op het ogenblik van het overlijden (De Page, H., *o.c.*, VIII.1, nr. 194, C; Laurent, F., *o.c.*, XI, nr. 380; *Rép. Not.*, *o.c.*, nr. 45).

Verliest de testator dus, na het opmaken van zijn testament, zijn verstandelijke vermogens, dan wordt de geldigheid van het testament hierdoor niet aangetast. De wil van de testator wordt als het ware gefixeerd op het laatste moment dat hij er gebruik van heeft kunnen maken. Er kan aldus toch nog sprake zijn van een voortzetten van de wil tot aan het overlijden. Deze houding wijst op de algemene favor negotii die bestaat ten opzichte van het testament. Dit blijkt ook hieruit dat wordt aangenomen dat een tussentijdse onbekwaamheid (tussen de redactie van het testament en de dood) de rechtsgeldigheid van het testament niet aantast (Laurent, F., *o.c.*, XI, nrs. 380-381).

8. *Bekwaamheid van de legataris*. Principieel volstaat voor de legataris een rechtsbekwaamheid en wel op het ogenblik van het overlijden van de testator. Het is immers pas op dat tijdstip dat voor de legataris rechten ontstaan (De Page, H., *o.c.*, VIII, 1, nr. 194bis, A; Laurent, F., *o.c.*, XI, nrs. 382-385; *Rép. Not.*, *o.c.*, nr. 46).

Indien er evenwel in de persoon van de legataris een bijzondere onbekwaamheid om te ontvangen bestaat, spiegelbeeld van een bijzondere onbekwaamheid van de testator, dan moet de rechtsbekwaamheid om te ontvangen reeds bestaan op het ogenblik van de redactie van het testament, en dit niettegenstaande de legataris op dat ogenblik nog geen rechten kan doen gelden (De Page, H., *o.c.*, VIII.1, nr. 194bis, B; *Rép. Not.*, *o.c.*, nr. 46). De ratio hiervan ligt voor de hand: de testator dient beschermd te worden tegen de captatie van personen die in een bijzondere betrekking tot hem staan, en dit zowel op het ogenblik van het testen als op het ogenblik van het overlijden.

N. Sintobin
Assistent
K.U.Leuven

ARBEIDSRECHTBANK TE GENT

1e KAMER — 16 NOVEMBER 1987

Voorzitter: de h. Petit

Rechters in sociale zaken: de hh. Wijsberghe en Lefevre
Substituut-arbeidsauditeur: de h. Diependaele

Advocaat: mr. Compernelle

**Burgerlijke rechtspleging — Instelling van de vordering — Loopbaanonderbreking — Verzoekschrift — Ontvanke-
lijkheid.**

Met betrekking tot loopbaanonderbreking kan de vordering niet bij verzoekschrift worden ingeleid.

K. t/ R.V.A.

In feite

Eiser heeft, als statutair personeelslid van het Ministerie van Sociale Voorzorg, van 30 december 1986 tot 29 juni 1987 zijn loopbaan onderbroken, overeenkomstig de artikelen 100 en 102 van de Herstelwet van 22 januari 1985, gewijzigd bij K.B. nr. 424 van 1 augustus 1986, en het koninklijk besluit van 3 juli 1985.

In rechte

Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van de Arbeidsrechtbank te Gent op 1 april 1987, vordert eiser de betaling van 10.504 fr. vergoeding per maand voor drie maanden, wegens loopbaanonderbreking, met de wettelijke interest.

(...)

Het geschil dat eiser voor de arbeidsrechtbank inleide kan, aangezien het niet voorkomt onder de gevallen opgesomd in artikel 704 van het Gerechtelijk Wetboek, slechts bij dagvaarding ingeleid worden, zoals verweerder in zijn conclusie van 2 november 1987 en het arbeidsauditoraat in zijn schriftelijk advies van 2 november 1987, neergelegd ter terechtzitting van dezelfde dag, opwerpen.

Om die redenen,

(...)

Verklaart de vordering niet toelaatbaar.

Legt de kosten van het geding, tot op heden aan beide zijden op 0 fr. begroot, ten laste van eiser.

BOEKEN

P.B. HUGENHOLTZ en J.H. SPOOR, *Auteursrecht op software*, Amsterdam, D. Cramwinckel, 1987, 79 p.

A.A. QUAEDEVLIET, *Auteursrecht op techniek*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1987, 193 p.

Het eerstvermelde werk ambieert geenszins wetenschappelijke volledigheid, maar beoogt een praktische handleiding te zijn voor allen die belang stellen in de bescherming van software d.m.v. auteursrecht.

Het werk vangt aan met een uitgebreid hoofdstuk waarin voor juristen die niet noodzakelijk vertrouwd zijn met de technische terminologie, een omstandige omschrijving wordt gegeven van de begrippen hardware en software, alsmede van alle overige belangrijke termen in deze materie.

In een tweede hoofdstuk wordt beknopt de softwaremarkt omschreven. Hieruit blijkt dat de omzet van software in België voor 1985, wordt geraamd op 536.000.000 fr., wat een groei van 20% betekende tegenover het cijfer dat in 1984 werd bereikt.

Vervolgens worden kort de verschillende beschermingsvormen omschreven die voor software in aanmerking kunnen komen, en wordt omstandig ingegaan op de software als object van auteursrecht en op de bescherming van chips.

Zeer beknopt doch uitermate overzichtelijk worden de onderscheiden problemen die hierbij rijzen, aangestipt. De auteurs opteren resoluut voor de auteursrechtelijke bescherming. Zij adstrueren dit standpunt vooral door verwijzing naar de evolutie in verschillende landen, waarin de auteursrechtelijke wetgeving werd aangepast om bescherming voor software in te ruimen, dan wel waarin de rechtspraak en de rechtsleer auteursrechtelijke bescherming voorstaan.

Het werk is bijzonder handig voor wie een eerste introductie tot de problematiek verlangt.

In schril contrast met het voormelde werk onderzoekt de studie *Auteursrecht op techniek* zeer gefouilleerd de auteursrechtelijke bescherming van het technische aspect van industriële vormgeving en computerprogrammatuur.

Het werk is de handelseditie van een proefschrift waarmee de auteur de graad van doctor in de Rechtsgeleerdheid verkreeg aan de Katholieke Universiteit van Nijmegen. Als promotor van dit proefschrift trad prof. mr. D.W.F. Verkade op.

Opmerkelijk is dat de auteur er niet voor terugschrikt standpunten in te nemen die fundamenteel afwijken van de leerstellingen die ons meestal worden voorgehouden.

De auteur bekent van meet af aan kleur. Hij wenst aan te tonen dat de oorspronkelijkheidseis die het auteursrecht kenmerkt, techniek uitsluit van het auteursrecht. Peilend naar de betekenis van de term oorspronkelijkheid, ontwikkelt de auteur wat hij noemt de «leer van het subjectieve werk». Volgens deze leer is alleen die vorm oorspronkelijk, die uiting is van wat de maker tot zijn arbeid heeft bewogen; het gaat daarbij om vormen ten aanzien waarvan de maker een uitsluitend subjectieve controle aanlegt; de maker kijkt uitsluitend of de vorm hem «bevalt» of niet.

De auteur verduidelijkt deze omschrijving als volgt: «Betreft het een technisch werk, een werk dus waarmee het bereiken van een praktisch resultaat beoogd wordt, dan zal de maker toetsen of het apparaat zijn functie ook inderdaad vervult. Deze toets is objectief. Werkt het instrument niet, dan moet eraan gesleuteld worden tot het wel werkt. Dit hangt niet af van het persoonlijk oordeel van de maker, maar van het gestelde doel. Anders is het gesteld met een creatief werk, waar originaliteit, oorspronkelijkheid dan wel eigen en persoonlijk karakter aan de grondslag liggen. Hier is het uitsluitend de smaak van de maker die bij de controle het laatste woord heeft. Het hangt van eigen, subjectief inzicht af.»

Het aldus ontwikkelde criterium maakt het de auteur mogelijk oorspronkelijkheid en inventiviteit te onderscheiden. Hij betoogt dat slechts oorspronkelijke werken voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking komen, dit in tegenstelling tot technische werken.

De gehele studie van Quaadvlieg kan worden geanalyseerd als een pleidooi waarin argumenten worden ontwikkeld ter staving van deze fundamentele overtuiging.

Blijkbaar is de overtuiging van de auteur tot stand gekomen door grondig onderzoek van de wisselwerking tussen de bescherming voor tekeningen en modellen en het auteursrecht. Meer bepaald denkwerk omtrent de draagwijdte van artikel 21 van de Benelux Tekeningen en Modellen Wet bood de auteur een gelegenheid zijn stelling te ontwikkelen. Inderdaad, de vermelding in artikel 21 B.T.M.W., dat van bescherming uit hoofde van de Auteurswet uitgesloten zijn tekeningen of modellen die geen duidelijk kunstzinnig karakter vertonen, doet de vraag rijzen of onder «duidelijke kunstzinnigheid» een bepaald niveau van artistiekheid wordt gevraagd, dan wel of hiermee een ander doel wordt nagestreefd. Een nauwkeurige analyse van de voorbereidende teksten en van de rechtspraak en rechtsleer brengt Quaadvlieg ertoe te besluiten dat de term «duidelijk kunstzinnig» geen verzaamd criterium voor auteursrechtelijke bescherming in het leven roept. Veeleer ziet Quaadvlieg in het vereiste van «duidelijke kunstzinnigheid» slechts een herhaling van het oorspronkelijkheidscriterium, zoals hij dit concipieert. In zijn interpretatie betekent het vereiste van duidelijke kunstzinnigheid niet dat een hoog artistiek peil wordt gevraagd, doch enkel dat het oorspronkelijk karakter ondanks de functionele bestemming erkenbaar moet zijn gebleven. Of anders verwoord: «Juist omdat bij modellen het functionele aspect op de voorgrond kan staan, wordt van het creatieve aspect gevraagd dat het duidelijk is». Of kunstzinnigheid aanwezig is, kan dan worden gecontroleerd aan de hand van voormeld criterium van het «subjectief bepaalde werk».

Quaadvlieg wijdt een digressie aan de interpretatie van artikel 2, lid 1, BTMW, dat volgens hem op dezelfde wijze kan en moet worden geïnterpreteerd. Hij onderscheidt daarbij de resultaatgerichte leer die bescherming van de BTMW toelaat zodra de maker van een tekening of model beschikte over verschillende technische alternatieven, en de apparaatgerichte leer, waarbij het bestaan van een alternatief technisch principe niet relevant wordt geacht, maar waarbij het bestaan van oorspronkelijkheid op zich wordt beoordeeld. Consequent meent de auteur dat de resultaatgerichte leer moet worden verworpen.

Hij onderzoekt vervolgens tot welke uitkomst de toepassing van zijn stelling leidt ter zake van meerdere in de Nederlandse Auteurswet vermelde objecten (bv. aardrijkskundige kaarten, enz.).

Hij wijdt heel wat aandacht aan de behandeling van de computerprogrammatuur. Quaadvlieg aanvaardt de principiële identiteit tussen algoritme en uitwerking daarvan. Bij toepassing van de theorie van het subjectief werk op programmatuur, stelt hij vast dat de ontwerper van programmatuur het algoritme niet aan zijn eigen opvattingen en ideeën toetst, maar aan zijn betrouwbaarheid en zijn functioneren in de praktijk. In die zin is het algoritme geen uiting van wat de maker heeft bewogen: immers de maker zal de «vorm» veranderen als die niet blijkt te functioneren.

Waar evenwel dikwijls wordt beweerd dat de maker bij de uitwerking van het algoritme beschikt over verschillende keuzemogelijkheden en aldus blijk geeft van oorspronkelijkheid door een bepaalde keuze te verrichten, meent Quaadvlieg, analoog aan zijn redenering m.b.t. artikel 2 BTMW, dat een keuze uit twee technische oplossingen niet beantwoordt aan de vereiste oorspronkelijkheid. De keuze is in deze weliswaar persoonlijk maar daarom is het werk zelf dit nog niet. Het werk is immers uitsluitend bedoeld om een bepaalde functie te vervullen, en geeft geen uiting van persoonlijkheid, m.a.w. van wat de maker tot zijn arbeid heeft bewogen.

In een tweede deel van zijn studie onderzoekt Quaadvlieg of zijn standpunt ook bij exegetische analyse van de Nederlandse Auteurswet kan worden staande gehouden. Hij komt hierbij tot een bevestigend besluit.

Het werk van Quaadvlieg is bijzonder interessant waar het de samenhang en wisselwerking tussen het auteursrecht en het tekeningen- en modellenrecht onderzocht. Deze aanpak maakt het mogelijk het specifieke toepassingsdomein van het auteursrecht af te bakenen. Weinig gerechtelijke uitspraken gaan diep op deze materie in.

De stelling die door Quaadvlieg wordt verdedigd, geniet overigens bijval in een belangrijk arrest van het Benelux Gerechtshof van 22 mei 1987 (*R.W.*, 1987-88, 14), waaruit blijkt dat werken, in de zin van de Auteurswet, moeten worden begrepen als voortbrengselen met een eigen, oorspronkelijk karakter, dat het persoonlijk karakter van de maker draagt. Deze uitspraak vertoont belang bij de appreciatie van het toepassingsgebied van het auteursrecht. Zo aan deze uitspraak de draagwijdte wordt verleend die Quaadvlieg hier ongetwijfeld aan zou hebben gegeven zo de uitspraak reeds bekend was geweest voor de publikatie van zijn studie, blijkt voor auteursrechtelijke bescherming van computerprogrammatuur, althans naar Belgisch recht, geen toekomst meer weggelegd.

Quaadvlieg ontkent nochtans niet dat de betrokken voortbrengsels bescherming verdienen. Hij suggereert dan ook ten deze werk te maken van toepassing van het Hyster Karry Krane arrest van de Hoge Raad (25 juni 1953, *Nederlands Juristenblad*, 1954, 90) dat de principes poneert van toepassing van het Nederlandse artikel 1401 van het Burgerlijk Wetboek (onrechtmatige daad) op parasitaire mededinging.

Bij de lectuur van de studie van Quaadvlieg valt slechts te betreuren dat de auteur zijn systematische vergelijking van verschillende beschermingsmethodes, meer bepaald ter zake van computerprogrammatuur, niet heeft volgehouden waar auteursrecht met octrooirecht kon worden vergeleken. Waar Quaadvlieg namelijk meerdere malen signaleert dat computerprogrammatuur naar haar aard een nuttig, of «technisch» voortbrengsel is, is dit toeschrijven van technisch karakter aan programmatuur precies de hamvraag die rijst ter zake van beschermbaarheid van programmatuur door het octrooirecht.

Quaadvlieg ontleent zijn omschrijving van computerprogrammatuur aan Wittmer (*Der Schutz von Computersoftware, Urheberrecht oder Sonderrecht*, Basel, 1981). Zodra deze analyse die door Wittmer zelf bijzonder sterk geadstrueerd werd, wordt bijgevallen, kan computerprogrammatuur moeilijker anders dan als een technisch voortbrengsel worden omschreven (zie Flamée, M., *Octrooierbaarheid van software*, die Keure, 1985, randnr. 22). De vaststelling van het technisch karakter van software leidt dan tot bepaalde gevolgtrekkingen op het vlak van de appreciatie van de octrooierbaarheid (in deze richting de beslissing van de Kamer van Beroep van de European Patent Office van 15 juli 1986, *Droit de l'informatique*, 1987, 123, met noot Flamée M.; en vooral de consequente beslissing van de Afdeling van Beroep van de Neder-

landse Octrooiraad, 11 mei 1987, *BIE*, 1987, 174).

Deze opmerking ter zijde ontnemt evenwel niets aan de opmerkelijke wetenschappelijke waarde van de studie van Quaadvlieg, waarin scherp een aantal standpunten worden ingenomen, die ongetwijfeld de toekomstige ontwikkeling van het auteursrecht zullen beïnvloeden.

Prof. dr. M. Flamée
VUB

A. PRIMS, *Codex van het gezondheidsrecht*, Kortrijk-Heule, U.G.A., 1986, 587 p., 1590 BF

Het gezondheidsrecht als geheel kan bezwaarlijk als een normatieve eenheid worden beschouwd, maar dient veeleer te worden opgevat als een conglomeraat van rechtsregels van zeer verschillende oorsprong. Sommigen zien het gezondheidsrecht dan ook als een zgn. «geknipt verband» waarin regels uit o.a. het strafrecht, het economisch, het burgerlijk, het sociaal en het administratieve recht een plaats innemen (Sluyters, B., *Geknipt Verband*, Rede, Deventer, Kluwer, 1985, 23). Het is de onbetwistbare verdienste van A. Prims deze verschillende regels in één boek te hebben verzameld. Van vier van de vijf door de Wereldgezondheidsorganisatie traditioneel erkende gebieden van het gezondheidsrecht werden, in het onderhavige boek, de wetteksten opgenomen: de gebruikers, de gezondheidswerkers, de instellingen en de sturende instanties. Enkel de wetgeving m.b.t. de financiering van de gezondheidszorg — d.i. de vijfde component — werd, wegens haar omvangrijk karakter, niet weergegeven. De tekst van de verschillende uitvoeringsbesluiten wordt evenmin afgedrukt, maar een verwijzing naar de vindplaats wordt telkens aangegeven.

De auteur heeft zich evenwel niet beperkt tot een loutere bundeling van wetteksten. Voor een goed begrip van sommige onderwerpen uit het gezondheidsrecht kan immers niet worden volstaan met de weergave van de toepasselijke wettekst, maar dient de belangrijke rol van rechtspraak en rechtsleer te worden beklemtoond. Aldus geeft de auteur een bondig maar zeer helder commentaar op een aantal specifieke onderwerpen zoals abortus, sterilisatie, euthanasie, medisch beroepsgeheim en medische aansprakelijkheid.

In het licht van een tweede uitgave van de codex, die naar verwachting wordt verwacht voor einde 1988, kunnen enkele suggesties worden geformuleerd: allereerst verdient de belangwekkende problematiek van het *medisch dossier* wellicht een plaats in deze codex. Verder kwalificeert de auteur, in navolging van de Rechtbank te Antwerpen (17 januari 1980, *De Verz.*, 1981, 183), de *sterilisatie-ingreep* als een resultaatsverbintenis. Dit betekent dat de patiënt enkel het bestaan van de (geneeskundige) overeenkomst en het niet bereiken van het resultaat moet bewijzen om de aansprakelijkheid van de arts in het gedrang te brengen. Niettemin meent de auteur dat ook dan een fout van de arts moet worden bewezen (p. 24), waardoor de arts toch een inspanningsverbintenis wordt opgelegd. Vervolgens kan misschien in het hoofdstuk over het *medisch beroepsgeheim* (p. 362) aandacht worden besteed aan de situatie waarin de *belangen van derden* voor de arts een noodsituatie (kunnen) uitmaken en bijgevolg de schending van het beroepsgeheim kunnen rechtvaardigen (zie recent nog Cass., 13 mei 1987, *R.D.P.*, 1987, 856). Ten slotte kan worden aangestipt dat de bespreking van de *medische aansprakelijkheid* (p. 374) voornamelijk is toegespitst op de individuele arts. De aansprakelijkheid van ziekenhuizen kan in een volgende uitgave van de codex wellicht ook worden besproken.

Inmiddels is het onderhavige boek ongetwijfeld een handig werkinstrument voor iedereen die belang stelt in het gezondheidsrecht.

T. Vansweevelt

M. STANDAERT, *De individuele levensverzekering en de fiscale vrijstelling*, Antwerpen, Kluwer, 1987, 141 p.

In de door Kluwer Rechtswetenschappen uitgegeven reeks *Fiscale Praktijkstudies* verscheen op het einde van vorig jaar een boek over individuele levensverzekeringen, van de hand van Marc Standaert. De stof is bijgehouden tot 30 juni 1987. Het boek blijft in

hoofdzaak beperkt tot het inkomstenbelastingrecht. Het is, als praktijkstudie een waardevol en nuttig werk: alleen al het aantal individuele levensverzekeringspolissen dat in België bestaat, verantwoordt voldoende het schrijven van een boek over de fiscale aspecten ervan.

Binnen de perken van de inkomstenbelasting ziet de auteur zijn onderwerp vrij ruim. Hij bespreekt eerst de aftrek van de premies en van de kapitaalaflossingen van hypotheecaire leningen gewaarborgd door een tijdelijke verzekering bij overlijden met afnemend kapitaal (schuldsaldoverzekering). Daarna behandelt hij de belasting op de uitkering van de levensverzekering en van de schuldsaldoverzekering. Ten slotte wordt ook het regime van het pensioensparen uiterst summier geschetst. Het boek sluit met een aantal bijlagen waarin hoofdzakelijk de relevante wetteksten en een uiteenzetting nopens de in individuele levensverzekeringspolissen gebruikte begrippen zijn opgenomen.

Bij het uitwerken van het boek heeft de auteur zich in het algemeen laten leiden door het grote basisbeginsel dat, naar de wil van de wetgever, de hele materie beheerst: de belastbaarheid van de uitkering van een levensverzekering als bedrijfsinkomen is onbrekkelijk verbonden met de aftrek van een of meer premies. Dit beginsel geeft hem de gelegenheid om op goede gronden sommige administratieve oplossingen aan te vechten. Het werk van Standaert is ook nuttig omdat het de aandacht vestigt op aspecten die tot nu toe wel eens over het hoofd werden gezien: het mechanisme van de aftrek van kapitaalaflossingen en schuldsaldoverzekeringspremiën en de belasting van de verzekeringsuitkering, de invloed van artikel 11, 6°, W.I.B., enzovoort.

Het boek van Standaert is op wetenschappelijk gebied uiteraard niet een innoverend werk. Maar het is een zeer waardevolle praktijkstudie: het ordent, systematiseert en preciseert. En dat alles in een bijzonder heldere en vlotte taal.

S. Van Crombrugge

BERICHTEN

Studiedag «Gevangeniswezen en magistratuur — Over capaciteitsproblemen en strafrechtelijk beleid»

Deze studiedag wordt gehouden op zaterdag 26 maart 1988 in de School voor Criminologische Wetenschappen, Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Vrije Universiteit Brussel, Pleinlaan 2, 1050 Brussel.

Doel: de overbevolking in de Belgische gevangenissen bekijken vanuit de penitentiaire administratie, de magistratuur en het wetenschappelijk onderzoek; discussie tussen wetenschappers en practici over mogelijke oorzaken en oplossingen (beleid op het niveau van strafvordering, straftoemeting en strafuitvoering).

Inlichtingen en inschrijvingen: Secretariaat School voor Criminologische Wetenschappen, Vrije Universiteit Brussel, Pleinlaan 2, 1050 Brussel, tel. 02/641.26.44/33; storting 400 fr. op 001-1084695-20 met vermelding «studiedag gevangeniswezen en magistratuur».

ERRATA

Mensenrechten — B.T.W.

Op blz. 783 van deze jaargang, op de voorlaatste regel van de samenvatting bij Rb. Antwerpen, 17 november 1987, leze men «onbevoegden» in plaats van «bevoegden».

TIJDSCHRIFTEN

Tijdschrift van de Vrede- en Politie-rechters, 1987

nr. 1

Van den Plas, V., Rechtsplegings- en uitgavenvergoedingen van toepassing op het vrederecht (art. 1022 Ger. W.); Stassijns, E., noot onder Vred. Brugge, 19 maart 1985 (erfdienstbaarheid, clause van burgerlijke bewoning); Gerlo, J., noot onder Vred. Sint-Gillis, 23 april 1985 (personen, onbekwame, in recht optreden, afwijking, voorwaarden, onderhoudsgeld, art. 203/303 B.W., aanbod van de onderhoudsschuldenaar bij zich in huis kost en onderhoud te verschaffen, gerechtvaardigde weigering, met inwonende minderjarige, deelneming in de last).

nr. 2

Balate, E., Les honoraires d'avocat à charge de la partie succombante: facteur d'accès à la justice ou non?; Panier, G., noot onder Pol. Antwerpen, 29 januari 1985 (Wegverkeer, parkeermeter, ijking niet vereist).

nr. 3

Rechtspraak.

Tijdschrift voor sociaal recht, 1987

nr. 1

Henrard, M., Elections sociales. Les fonctions de cadres. Première jugements; De Gols, M., L'introduction de nouveaux régimes de travail dans les entreprises.

nr. 2

De Broeckx, G., De sociale wetgeving in 1986.

Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie, 1987

nr. 5811, 3-10 januari

van Mourik, M.J.A., Huwelijks voorwaarden en de eisen van redelijkheid en billijkheid; de Vries, G.J.P., Opzegging en ontbinding wegens wanprestatie van (duur)overeenkomsten in het licht van het NBW: begripsverwarring; Holtman, R.J., Snelheid als relatief begrip; IJzerman, R.L.H., Boekbespreking Winst uit aanmerkelijk belang, door dr. T. Blokland.

nr. 5812, 17 januari

Janssen, J.F.M., Dient naar komend recht aan de openbare vennootschap een afgescheiden vermogen of rechtspersoonlijkheid te worden toegekend?; Berger, K.F.M., Het fenomeen van Wiegman; Wachter, B. en Timmerman, L., Overzicht der Nederlandse rechtspraak, Vennootschapsrecht.

nr. 5813, 24 januari

Janssen, J.F.M., Dient naar komend recht aan de openbare vennootschap een afgescheiden vermogen of rechtspersoonlijkheid te worden toegekend? (II, Slot); van Dunné, M., Nieuwe richtlijn inzake statutaire inrichting van pensioenfondsen; Wessels, B., Brasz, H.A., Naschrift; Wachter, B., en Timmerman, L., Overzicht der Nederlandse Rechtspraak. Vennootschapsrecht 1983-1984 (V. slot).

nr. 5814, 31 januari

Huigen, W.G., Enkele vraagtekens bij de stichting als samenwerkingsverband; Winters, B., Omgaan van de Hoge Raad en de verwijzingsprocedure; van Erk, A.J., Boekbespreking. Het professionele (functionele) verschoningsrecht, preadviezen van prof. mr. J.B.M. Vranken en prof. mr. A.G. Lubbers; Verschoof, R.J., Recente rechtspraak.

nr. 5815, 7 februari

Breembaar, W., De wegens een geestelijke stoornis onder curatele gestelde, de testeerbevoegdheid en het Marck-arrest; Schoordijk, H.C.F., De cessie ter incasso naar oud en nieuw B.W.; Stille, A.L.G.A., De verzekering van de dagtekening in de notariële akte; Schwarz, G.A., Boekbespreking. Prof. mr. A. Pitlo, Het Nederlands Burgerlijk Wetboek, deel 1a — Het rechtspersonenrecht, 2e druk bewerkt door prof. mr. F.J.W. Lowensteyn; Bongard, M.F., Overzicht der Nederlandse rechtspraak, Overdrachtsbelasting 1982-1984.

nr. 5816, 14 februari

de Kluiver, H.J., Onderhandelingen en wetgeving; van Olffen, M., De matador Wezeman en boek 7 titel 13 ontwerp N.B.W.; Wezeman, J.B., Naschrift; Verdoes, Kleijn, G., Boekbespreking, Hoofdstukken Bouwrecht, deel 1 en 2, door mr. van Wijngaarden, M.A., van Erk, A.J., Recente rechtspraak; Rechtsvragenrubriek.

nr. 5817, 21 februari

Smit, H.J., Ontslag en schorsing van directeurs en de mogelijkheid van herstel der dienstbetrekking via kort geding; Akkermans, A.J. en van Iersel, H.A., De coöperatieve onroerend goed exploitatievereniging; van Velten, A.A., Naschrift; Polak, J.M., Boekbespreking. De civielrechtelijke aansprakelijkheid voor onjuiste wetsuitleg, door mr. S.C. J.J. Kortmann; Kokkini-Latridou, D., Overzicht der Nederlandse Rechtspraak. Internationaal Privaatrecht. Gezag over minderjarigen (I); Notarieel Juridisch Bureau: Recente rechtspraak; Rechtsvragenrubriek.

nr. 5818, 28 februari

van Olffen, A., Onzekerheid rondom het verlenen van zekerheid; Schoordijk, H.C.F., Boekbespreking, Verbintenissenrecht, deel III; De verbintenis uit de wet volgens het Nieuwe Burgerlijk Wetboek, door mr. C. Asser en mr. A.S. Hartkamp; Kokkini-Latridou, D., Overzicht der Nederlandse Rechtspraak. Internationaal Privaatrecht. Gezag over minderjarigen (II, slot); Verheul, J.P., Overzicht der Nederlandse rechtspraak. Internationaal Privaatrecht, Rechterlijke bevoegdheid 1985-1986 en beslag 1985-1986; Creutzberg, A.A., Recente rechtspraak.

5819, 7 maart

Brandstichtende partners; Buijn, F.K., De departementale inbrengclausule; ten Berg, J.A.M., Naschrift; Hardenberg, L., Boekbespreking, Letters of instant, door mr. W.S.M. Schut; Linders, J.M., Recente rechtspraak.

nr. 5820, 14 maart

Huizink, J.B., Overeenkomsten tot verrekening van een koers- of prijsverschil; Keijberg, R.R.J., Kan een particulier een levering voor de omzetbelasting verrichten? Samenloop omzetbelasting en overdrachtsbelasting; van Loon, J.H.A., en Polak, M.V., Overzicht der Nederlandse rechtspraak; Internationaal Privaatrecht, Overeenkomsten 1980-1986 (I).

nr. 5821, 21 maart

Nieuwenhuis, J.H., Welke belangen worden beschermd door art. 1401 B.W.?; Strikwerda, L., Nieuwe geluiden in het internationale erfrecht; den Tonkelaar, J.D.A., Boekbespreking. De afdeling in het verenigingsrecht, door mr. A.L.G.A. Stille; van Loon, J.H.A., Polak, M.V., Overzicht der Nederlandse rechtspraak. Internationaal Privaatrecht, Overeenkomsten 1980-1986 (II, slot).

nr. 5822, 28 maart

Themanummer: de proces-verbaalakke, met medewerking van: M. Santen, Hidma, T.A., van Velten, A.A., Kok, G. Chr., Buijn, F.K., Kraan, G.A., de Groot, J.J.A., Davids, W.J.M., Pleysier, A.J.M.; Strikwerda, L., Huwelijksvoorwaarden staande huwelijk en internationaal privaatrecht: rechtskeuze of niet?; Frederik, J.A., Risicoverdeling bij computeraanschaf; Mohr, A.L., Boekbespreking, Misbruik van rechtspersonen, door prof. mr. P. van Schilfgaarde.

nr. 5824, 11 april

Luijten, E.A.A., De ontwikkelingen in de praktijk der huwelijksvoorwaarden; een voortgezet landelijk onderzoek over de periode 1981 t/m 1985 (I); Keijser, J.A.M.P., Reactie op artikel van mr. drs. C. Moelker; Naschrift; Cohen Henriquez, E., Boekbespreking. Schenking, civielrechtelijke en fiscaalrechtelijke aspecten van het schenkingsbegrip, door mr. K.L.H. van Mens.

nr. 5825, 18 april

Luijten, E.A.A., De ontwikkelingen in de praktijk der huwelijksvoorwaarden (II; slot); Rank, A.K., Artikel 6.1.6.15a NBW en betaling met behulp van gegarandeerde betaalmiddelen; de Moor, R.R.M., Naschrift.