

RAADSMAN EN MEDEDADER

Beschouwingen bij de strafrechtelijke beroepsaansprakelijkheid van de advocaat

Rede uitgesproken door mr. Patrick ARNOU

*op de plechtige openingszitting van de Conferentie der Jonge Balie te Brugge
op 16 september 1988*

1. Wellicht zullen velen onder ons reeds ondervonden hebben dat het bij sommige cliënten moeilijk valt om uit te leggen dat een advocaat ook door de wet gebonden is en dus bezwaarlijk zijn toevlucht kan nemen tot onwettige praktijken om hun zaak op te lossen. Bepaalde cliënten zullen een dergelijke opmerking zelfs beschouwen als een blijk van een gebrek aan inzet voor hun belangen.

2. Dit heeft wellicht te maken met het beeld van de advocaat bij het grote publiek: «Een sluwe vos, rechtpratend wat krom is, voortdurend door mazen van wetten heen glippend, op vertrouwelijke voet omgaand met inbrekers en dieven», hetgeen zekerlijk dan nog geldt voor de advocaat in strafzaken: «Hem schrijft het grote publiek het opknappen van vuile gevalletjes toe, benevens grove verdiensten uit onreine bron» (Vanderpoorten, H., «Beschouwingen over advocatuur en magistratuur», *R. W.*, 1974-75, 642). Wat is een advocaat immers anders dan een «foefelaar», die de wet constant gebruiken en misbruiken kan om daaruit voordeel te halen en er bovendien nog goed rijk mee te worden ook?

3. Een dergelijke visie wordt dan nog gevoed door het beeld dat van de advocaat wordt opgehangen in meestal buitenlandse T.V.-reeksen, alsook door bepaalde trieste schandalen, die af en toe de gerechtelijke wereld opschrikken en nu wellicht meer dan vroeger overal ruchtbaar gemaakt worden.

4. De werkelijkheid staat nochtans ver weg van dit populaire beeld. De advocaat is wat zijn beroepsuitoefening betreft niet alleen gebonden door disciplinaire regels en door zijn civielrechtelijke aansprakelijkheid, maar ook op strafrechtelijk vlak blijft hij geheel onderworpen aan de wet. De weinige voorrechten waarover hij in dit vlak beschikt, gelden principieel dan nog niet in zijn voordeel, maar dienen uitsluitend de cliënt en een goede rechtsbedeling in het algemeen.

5. Hoe reëel deze strafrechtelijke beroepsaansprakelijkheid ook moge zijn, toch is publikatie van rechtspraak en rechtsleer hieromtrent vrijwel geheel in de mist blijven hangen, dit in tegenstelling tot de civielrechtelijke beroepsaansprakelijkheid, die vooral recent aanleiding gegeven heeft tot gedetailleerd onderzoek (zie bv. Depuydt, P., *De aansprakelijkheid van advocaten en gerechtsdeurwaarders*, Kluwer, Antwerpen, 1983, XIX + 284 p.). Het weinige wat op penaal vlak bestaat, betreft dan nog vrijwel steeds het beroepsgeheim en de immuniteit van het pleidooi.

6. In dit kort bestek zouden wij dan ook een soort terreinverkenning willen doen van een aantal facetten van de penale beroepsaansprakelijkheid van de advocaat. Met opzet laten wij het beroepsgeheim en de immuniteit van het pleidooi ter zijde, aangezien hierover wel tekst te vinden is (zie aangaande het beroepsgeheim en de eruit voortvloeiende bijzondere regeling omtrent de huiszoeking en het beslag in

het kantoor van een advocaat, en omtrent de immuniteit van het pleidooi de verwijzingen verder in deze bijdrage).

Onze verkenning is geenszins volledig en biedt ook geen enkele waarborg dat wat hier wordt vooropgesteld, bij betwisting ook effectief door de rechtscolleges zal worden aangenomen. Het terrein is immers zo braakliggend en onafgebakend dat het wellicht uitgesloten is het volledig en op zekere wijze in kaart te brengen.

7. Twee korte waarschuwingen nog alvorens deze inleiding af te sluiten. Het onderzoeken van zijn eigen beroepsaansprakelijkheid is steeds delicaat en de nauwe verwantschap tussen onderzoeker en onderzoeksobject maakt een objectieve benadering soms moeilijk (De Graeve, M. en Van Ranst, P., «De burgerlijke aansprakelijkheid van de advocaat voor zijn professionele handelingen», in *De advocaat. De positie van de advocaat in en rond het Gerechtelijk Wetboek*, Kluwer, Antwerpen, 1978, p. 42).

Anderzijds kent niemand beter de praktische moeilijkheden en problemen van een beroep, dan hij die het zelf uitoefent. Het een compenseert wellicht het ander.

8. Ten slotte hebben wij getracht ons bij de behandeling zo ver mogelijk verwijderd te houden van een deontologische benadering van de problemen. Allereerst is het wellicht niet aangewezen dat een jong advocaat met beperkte ervaring zich inlaat met de uitleg van deontologische regels, die toch steeds een zekere beroepsrijpheid en ervaringskennis vereisen. Maar vooral dient ook juridisch een scherp onderscheid gemaakt te worden tussen tuchtrecht en strafrecht. Strafrecht behoort strikt en afgelijnd te zijn. Alleen die gedragingen die door de wet zelf uitdrukkelijk en op straf verboden zijn, vallen eronder; niet datgene dat enkel niet hoort of niet aangewezen is.

9. Onze verdere uiteenzetting valt uiteen in twee delen. Eerst vragen wij ons af of een advocaat ten aanzien van de strafwet dezelfde plaats bekleedt als een gewone doorsneeburger. Kan de advocaat voor daden gesteld naar aanleiding van de uitoefening van zijn beroep bepaalde immuniteiten invoeren en zo ja, wat is hiervan de draagwijdte?

In een tweede deel bekijken we dan een aantal praktische handelingen van het advocatenberoep en hun mogelijke strafrechtelijke implicaties.

I. Het recht van verdediging en de beperkte strafrechtelijke immuniteit van de advocaat

10. Het recht van verdediging is in ons rechtstelsel wel heilig, maar niet onbegrensd.

11. Elkeen tegen wie een vervolging wordt ingesteld, heeft recht op verdediging, welke ook de aard en de ernst van de hem ten laste gelegde feiten mogen zijn.

Het recht op verdediging heeft in alle tijden en onder alle regimes juristen beziggehouden (*R.P.D.B.*, Compl. III, tw. *Droit de défense*, nrs. 1-5), maar het kreeg een nieuw elan sedert de Franse Revolutie op basis van de gelijkheid onder alle burgers, een basisbeginsel van onze samenleving.

In deze visie vloeit het recht op verdediging rechtstreeks voort uit het recht op vervolging. Het is immers ontoelaatbaar dat iemand een medeburger bepaalde feiten ten laste zou kunnen leggen en hiervoor een sanctie mag vorderen, zonder dat men aan de vervolgte partij een gelijk recht verleent om deze beschuldigingen te weerleggen of minstens te beantwoorden.

Gelijkheid betekent dat een totaal evenwicht moet heersen tussen vervolging en verdediging. Beide moeten over absoluut dezelfde middelen en mogelijkheden beschikken.

Het recht van verdediging is dus heilig en vormt een onaanstastbare hoeksteen van ons rechtsbestel (zie het merkwaardige artikel uit 1946 van Collignon, T., «Le défenseur n'est pas un juge. L'avocat a le droit de nier», *J.T.*, 1946, 161-162).

12. Zoals dit het geval is voor alle fundamentele rechten, is ook het heilige recht van verdediging niet onbeperkt en is de uitoefening ervan aan bepaalde dwingende regels gebonden. Deze beperking zal hier minstens dubbel zijn: enerzijds zal de verdediging enkel kunnen gebeuren mits de dwingende wetsbepalingen worden nageleefd, en anderzijds dient zij ook de rechten van de andere in de procedure betrokken partijen te respecteren (vaste cassatierechtspraak; zie o.a. Cass., 18 augustus 1970, *Pas.*, 1870, I, 981; Cass., 6 maart 1972, *Pas.*, 1972, I, 615; Cass., 4 april 1974, *Pas.*, 1974, I, 814).

13. De verdediging zal haar toevlucht dus niet mogen zoeken in onwettige handelingen of praktijken. Om zich te kunnen verdedigen is het niet toegestaan een nieuw misdrijf te plegen. Het recht van verdediging veroorlooft niet valse stukken over te leggen of te gebruiken (Cass., 23 juni 1941, *Pas.*, 1941, I, 248, noot). Ook daarin staat de verdediging trouwens op gelijke voet met de vervolging, waarin niet-toegelaten bewijsmiddelen evenzeer dienen te worden geweerd.

14. Het recht van verdediging maakt dus geenszins een vrijbrief uit voor enig onwettig optreden en verleent hieraan in principe geen enkele immuniteit, noch voor de gedingvoerende partij persoonlijk, noch voor haar raadsman.

15. Het is dan ook vanuit dit principe dat de penale beroepsaansprakelijkheid van de advocaat dient te worden benaderd. De advocaat blijft, ook in de verdediging van zijn cliënt, tegenover de strafwet een gewone burger, die principieel geen enkele aanspraak kan maken op enig bijzonder voorrecht of immuniteit.

16. De vrijheid, die art. 444 Ger. Wb. hem dan ook toekent ter verdediging van het recht en van de waarheid, betekent dan ook zekerlijk niet dat de raadsman in het kader van de verdediging alles zou mogen uitrusten en immuun zou zijn voor enige strafrechtelijke vervolging.

17. Ten einde het recht van verdediging echter maximaal te garanderen zijn ten aanzien van de advocaten wel enkele bijzondere regelingen ingevoerd, die afwijken van het gewone recht ter zake. Deze uitzonderingen beogen echter steeds de rechtsbedeling en het recht van verdediging te dienen en geenszins het persoonlijk belang van de advocaat zelf.

18. Allereerst is er de zeer beperkte immuniteit van het pleidooi, als geregeld in art. 452 Sw., dat deel uitmaakt van

het hoofdstuk «Aanranding van de eer of de goede naam van personen» en dan ook tot deze misdrijven beperkt is.

Voor de rechtbank gesproken woorden of aan de rechtbank overgelegde geschriften kunnen geen aanleiding geven tot strafvervolging wegens laster, eerroof of belediging, wanneer die woorden of geschriften op de zaak of op de partijen betrekking hebben. Dit geldt niet voor lasterlijke, beledigende of eerroerende telastleggingen die aan de zaak of aan de partijen vreemd zijn. Dergelijke woorden of geschriften kunnen wel aanleiding geven tot een straf- of burgerlijke vordering.

Deze bepaling is ingevoerd in het belang van de goede rechtsbedeling en de vrijheid van het recht van verdediging (De Nauw, A., *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Story, Gent, 1984, p. 113, alsook de parlementaire voorbereiding in Nypels, J., *Législation criminelle de la Belgique*, III, Bruylant, Brussel, 1868, p. 396, nr. 41). Zij werd naar aanleiding van de invoering van het Gerechtelijk Wetboek nog gewijzigd ten einde een aantal voordien bestaande tegenstrijdigheden en problemen in dit verband uit de weg te ruimen (*R.P.D.B.*, Compl. VI, tw. *Avocat*, nr. 327-328).

Wat de toepassingsvoorwaarden van deze immuniteit betreft, verwijzen wij naar de bestaande tractaten over bijzonder strafrecht, waarbij dan voor de oudere werken wel dient gelet op de recentere wijziging van artikel 452 Sw. (zie bv. Nypels, J., *Le code pénal interprété*, III, 2e druk, herwerkt door J. Servais, Bruylant, Brussel, 1898, pp. 309-320; Beekaert, H. en Calewaert, W., «De aanranding van de eer en den goeden naam van personen in het Belgisch strafrecht», *R.W.*, 1938-39, 1498-1500).

Wij beperken ons ertoe erop te wijzen dat de immuniteit ophoudt te bestaan wanneer men aan de rechtbank overgelegde conclusies ook daarbuiten aanwendt, ze bv. meedeelt aan de pers (*R.P.D.B.*, Compl. VI, tw. *Avocat*, nr. 329) en dat de immuniteit nooit beledigingen dekt gericht tot de rechters of het openbaar ministerie (Schuind, G., *Traité pratique de droit criminel*, I, 4e druk, herwerkt door A. Vandeplass, Swinnen, Brussel, losbladig, p. 411).

19. Verder is er de speciale regeling voor de huiszoeking en de beslagname in het kantoor van een advocaat. Deze uitzonderingsregeling bedoelt vooral het beroepsgeheim te beschermen en is dus ook ingesteld in het belang van een goede rechtsbedeling en niet in het belang van de betrokken advocaat. Bijgevolg beoogt de bijzondere regeling enkel de bescherming van de vertrouwelijke gegevens aanwezig in het kantoor en in de dossiers van de advocaat en strekt zij zich niet uit tot zijn privé-vertrekken (behalve voor eventuele dossiers die daar aanwezig zouden zijn).

20. Ook op de bijzondere modaliteiten van deze regeling gaan wij hier niet verder in. Ze zijn overigens globaal bekend en hierover werd reeds veel gepubliceerd (zie recent nog: Mahieu, M. en Baudrez, J., *De Belgische advocatuur*, Leie-land, Kuurne, 1980, pp. 443-450, nrs. 1870-1942; Lambert, P., «Perquisitions et saisies dans le cabinet d'un avocat», *J.T.*, 1979, 621-625 (vrijwel ongewijzigd overgenomen in Lambert, P., *Le secret professionnel*, p. 198-208); *R.P.D.B.*, Compl. VI, tw. *Avocat*, nrs. 486-490):

- de onderzoeksrechter moet persoonlijk bij de zoeking aanwezig zijn;

- hij verzoekt vooraf om de aanwezigheid van de stafhouder of diens vertegenwoordiger;

— de inbeslagneming blijft beperkt tot het voorwerp van het misdrijf of andere overtuigingsstukken en bewijselementen, met uitsluiting evenwel van vertrouwelijke stukken, zoals briefwisseling tussen advocaat en cliënt (of tussen advocaten onderling), nota's gemaakt door de advocaat tijdens het onderhoud met de cliënt of een uitgeschreven voorbereiding van een pleidooi, zelfs al zouden deze geschriften of voorwerpen de meest duidelijke bewijzen van schuld bevatten (Viaene, L., *Huiszoeking en beslag in strafzaken*, A.P.R., pp. 245-248, nrs. 475-479);

— wanneer dossiers dienen te worden doorzocht, wijst de onderzoeksrechter de door te nemen dossiers aan en geeft hij een zo nauwkeurig mogelijke beschrijving van het opgespoorde bewijselement of stuk. Het is aan de stafhouder om deze dossiers in te zien en om na te gaan of de beschreven stukken zich daarin bevinden. De onderzoeksrechter heeft dus zelf niet het recht om de dossiers in te zien (Lambert, o.c., *J.T.*, 1979, 622-624; Viaene, o.c., pp. 251-254, nrs. 485-490).

21. Van belang is erop te wijzen dat er discussie bestaat in hoeverre deze bijzondere regeling nog dient te worden nageleefd wanneer de advocaat zelf verdacht is van een beroepsmisdrijf. Volgens sommigen sluit het beroepsmisdrijf steeds het beroepsgeheim uit, minstens wat betreft het dossier waarin de advocaat het beroepsmisdrijf heeft begaan (Viaene, o.c., pp. 254-257, nrs. 491-498).

Wij kunnen ons niet geheel bij deze visie neerleggen, die ons te uitgebreid lijkt. Wanneer een advocaat zich bv. schuldig maakt aan heling door de opbrengst van een diefstal gepleegd door een van zijn cliënten te verbergen, betekent dit dan dat heel het dossier van die cliënt zomaar mag worden ingezien en in beslag kan worden genomen, ook bv. brieven van de cliënt aan de advocaat, waarin hij nog andere misdrijven bekent, welke het gerecht niet bekend waren? Wij menen van niet. Het beroepsgeheim is niet ingesteld in het voordeel van de advocaat. Het feit dat deze zich aan laakbare feiten schuldig heeft gemaakt, neemt het beroepsgeheim niet zomaar weg, hetgeen uiteindelijk in het nadeel zou uitvallen van de cliënt.

Onzes inziens dient de hierboven beschreven regeling dan ook nog te worden nageleefd, ook al is de advocaat verdachte (in dezelfde zin: Lambert, «o.c.», *J.T.*, 1979, 621-622). Ook dan zal de onderzoeksrechter de door te nemen dossiers moeten aanwijzen en een nauwkeurige beschrijving van de opgespoorde stukken moeten geven aan de stafhouder, die dan zal nagaan of het gezochte zich al dan niet in deze dossiers bevindt. Vindt de stafhouder de aangewezen stukken, dan dient hij ze aan de onderzoeksrechter te overhandigen, behoudens wanneer het gaat om vertrouwelijke stukken, waarvan de mededeling de cliënt kan schaden. Het beroepsgeheim kan echter niet worden ingeroepen enkel om de strafeloosheid van de advocaat te verzekeren. Zo kan een advocaat die zelf verdachte is, zich uiteraard niet meer verbergen achter het beroepsgeheim tegenover een overleden cliënt om te weigeren uitleg te verschaffen over zijn eigen handelingen (Cass., 3 juni 1976, *Pas.*, 1976, I, 1070; idem voor een geneesheer: Cass., 5 februari 1985, *Pas.*, 1985, I, 670).

Wanneer de stafhouder de door de onderzoeksrechter aangewezen stukken in het dossier zou vinden, maar opzettelijk zou nalaten ze boven te brengen en zou verklaren ze niet aan te treffen, zou hij in bepaalde gevallen zelfs zijn

strafrechtelijke aansprakelijkheid in het gedrang kunnen brengen.

21. Ten slotte dienen wij te wijzen op het beroepsgeheim (art. 458 Sw.), dat aan de advocaat zwijgplicht oplegt, behalve inzake aangifteplicht en getuigenis (zowel voor onderzoeksrechter als voor vonnisgerecht).

Wat het getuigenis betreft, behoudt de advocaat dan nog steeds een zwijgrecht en is hij nooit verplicht tot spreken.

Inzake de aangifteplicht dient erop gewezen te worden dat de wet soms een bijzondere wettelijke aangifteverplichting oplegt, die de voorrang heeft boven het beroepsgeheim (bv. wettelijke verplichting voor de geneesheer tot melding van bepaalde besmettelijke ziektes). In een dergelijk geval moet de houder van het beroepsgeheim spreken. Op de advocaat rust geen dergelijke bijzondere wettelijke aangifteplicht (*R.P.D.B.*, Compl. VI, tw. *Avocat*, nr. 475).

Wel is er de algemene aangifteplicht uit art. 30 Sv. Deze laat onzes inziens aan de advocaat wel de aangifte toe, maar verplicht ze niet. Opgemerkt zij dat deze algemene aangifteplicht enkel geldt voor wie «getuige» is geweest van een misdrijf tegen de openbare veiligheid of tegen iemands leven of eigendom, wat bij de advocaat meestal niet het geval zal zijn (cf. Lambert, P., *Le secret professionnel*, Nemesis, Brussel, 1985, p. 49). De advocaat zal dus meestal geen aangifte mogen doen van een misdrijf dat door zijn cliënt is gepleegd en waarvan hij door zijn beroep kennis heeft (tenzij hij van het misdrijf getuige is geweest), aangezien elke aangifte die niet wettelijk verplicht is, zekerlijk in strijd is met het beroepsgeheim en zelfs een ongeoorloofd bewijsmiddel uitmaakt (Huybrechts, L., «Aangifte van misdrijven», in *Comm. Straf.*, p. 13, nr. 16). Voorbehoud zou enkel kunnen worden gemaakt voor bepaalde gevallen van noodtoestand (zie verder).

Verder verwijzen wij hier naar de vrij uitgebreide recente literatuur omtrent het beroepsgeheim (zie recent: De Nauw, o.c., pp. 113-116; Lambert, P., *Le secret professionnel*, en bijzonder de pp. 189-221 en de aldaar weergegeven bijzondere bibliografie; *R.P.D.B.*, Compl. VI (1983), tw. *Avocat*, nrs. 471-525; Schuind, o.c., I, p. 415-422B).

Het beroepsgeheim van de advocaat blijft ook nog gelden, zelfs wanneer die advocaat in de uitoefening van zijn beroep om medeplichtigheid aan een misdrijf wordt verzocht. Ook in dit geval mag de advocaat dus geen vrijwillige aangifte doen van dit misdrijf (Brussel, 18 juni 1974, *R.W.*, 1974-75, 1772; Declercq, R., *Het bewijs in strafzaken*, Swinnen, Brussel, 1980, p. 34; contra: Tuchtraad in hoger beroep Brussel, 20 mei 1975, *Pas.*, 1975, II, 66).

23. Buiten deze bijzondere regelingen, ingevoerd ter bescherming van het recht van verdediging en van een goede rechtsbedeling in het algemeen, bezit de advocaat bij het uitoefenen van zijn beroep dus geen enkel strafrechtelijk voorrecht of immuniteit. Dit betekent dus dat de advocaat, wanneer hij in het kader van de verdediging van zijn cliënt de strafwet schendt, verder zoals ieder ander burger penaal aansprakelijk zal zijn en kan worden vervolgd. Zijn handelen, ook al is het in het kader van zijn beroep, is dus verder geheel onderworpen aan de gewone bepalingen van de strafwet. Het zijn dus de gewone beginselen en principes, waaraan dit handelen zal moeten worden getoetst.

24. Na de aflijning van het algemeen principe dat deze materie beheerst, wensen wij in een tweede deel een aantal

concrete problemen te bekijken die zich in dit verband kunnen voordoen bij de beroepsuitoefening van een advocaat.

Het gaat uiteraard om een aantal capita selecta, die geenszins op volledigheid aanspraak kunnen of wensen te maken.

II. Een aantal concrete situaties en hun problemen

a) Raadgevingen en consultaties

25. Op de advocaat rust een deontologische verplichting van rechtschapenheid, die hem niet toestaat voor zijn cliënt een onwettige oplossing voor een probleem voorop te stellen, aan te raden of uit te werken (Raad van Orde Brussel, 26 april 1926, *J.T.*, 1926, 322; Raad van Orde Brussel, 26 november 1934, *Rev. Div.*, 1936, 298; *R.P.D.B.*, Compl. VI, tw. *Avocat*, nrs. 538-541).

Hetzelfde geldt wanneer de cliënt zelf de advocaat om zijn medewerking verzoekt om een onwettige regeling tot stand te brengen. De advocaat mag zich hiertoe geenszins lenen (*Pand. B.*, tw. *Avocat près les cours d'appel*, nrs. 774-775).

26. Naast een eventuele deontologische sanctie (deze deontologische sanctie vereist zelfs geen misdrijf en kan reeds bij twijfelachtige of verdachte handelingen worden opgelegd; zie Mahieu en Baudrez, *o.c.*, pp. 529 e.v., nrs. 2358 e.v., die o.a. verwijzen naar beslissingen dienaangaande genomen door de Brugse Raad van Orde in dergelijke gevallen; zie ook Brussel, 20 november 1901, *J.T.*, 1901, 1261: het opgeven door een advocaat van een vals motief om de zaak door een rechtbank te laten uitstellen met als doel aldus de verjaring te bereiken, is een deontologische fout), kan de advocaat zich door het aanraden of uitwerken van onwettige oplossingen eventueel ook schuldig maken aan strafbare deelneming aan het misdrijf dat door zijn cliënt werd gepleegd, maar door de advocaat werd vooropgesteld, uitgevoerd, begeleid of zelfs uitgelokt (strafbare deelneming bestaat in principe niet bij overtredingen, tenzij de wet zelf de deelneming aan die bepaalde overtreding strafbaar stelt; zie Vanhoudt, C.J. en Calewaert, W., *Belgisch strafrecht*, II, 2e druk, Story, Gent, 1976, p. 590-591; nrs. 1198-1199).

27. Vereist is hiervoor wel dat:

- de advocaat een handeling verricht die in de artt. 66-67 Sw. opgesomd wordt als een deelnemingsvorm aan het door de cliënt gepleegde misdrijf;

- de advocaat bij het stellen van die daad willens en wetens handelde om aan een welbepaald misdrijf zijn medewerking te verlenen en dit te helpen verwezenlijken (Trousse, P.-E., *Les principes généraux du droit pénal positif belge*, in *Les Nouvelles, Droit pénal*, 1-2, nr. 3869).

Hierna bekijken wij deze twee elementen nader.

28. De eerste voorwaarde stelt weinig problemen. Het is duidelijk dat een advocaat die aan zijn cliënt een oplossing aanraadt die een misdrijf inhoudt, hierdoor in de regel ook hulp verleent aan die cliënt tot het plegen van dit misdrijf. Deze hulp zal in elk geval nuttig zijn en het misdrijf zal erdoor worden voorbereid of vergemakkelijkt. In vele gevallen ook zal de hulp van de advocaat zelfs noodzakelijk geweest zijn en had zonder zijn bijstand het misdrijf niet kunnen worden gepleegd.

Deze hulp levert dus in elk geval een door de wet omschreven deelnemingsvorm op en zal medeplichtigheid (art. 67, vierde lid, Sw.) of mededaderschap (art. 66, derde lid, Sw.)

kunnen uitmaken naar gelang van de noodzakelijkheid van de verleende hulp.

29. In art. 67, tweede lid, Sw. concretiseert de wetgever trouwens nog eens een bepaalde vorm van hulp, nl. het geven van onderrichtingen om de misdaad of het wanbedrijf te plegen (deze concretisering was eigenlijk onnodig, aangezien de gevallen bepaald in art. 67, tweede en derde lid, Sw. eigenlijk ook al vervat zijn in de deelnemingsvormen uit de artt. 66, derde lid, en 67, vierde lid, Sw. (Trousse, *o.c.*, in *Les Nouvelles, Droit pénal*, 1-2, nr. 3929). Ook het geven van onderrichtingen kan zowel mededaderschap als medeplichtigheid met zich brengen, al naar gelang van de noodzakelijkheid van de onderrichtingen voor het plegen van het misdrijf (Cass., 14 mei 1945, *Pas.*, 1945, I, 160; D'Haenens, J., *Strafbare deelneming*, A.P.R., p. 99, nr. 269; Vanhoudt en Calewaert, *o.c.*, II, p. 617, nrs. 1252-1253).

De raadgevingen van een advocaat zullen hier dikwijls onder vallen. Onder «onderrichtingen» uit art. 67, tweede lid, Sw. dienen te worden verstaan alle inlichtingen die voldoende nauwkeurig zijn om enig nut te kunnen meebrengen voor het plegen van het misdrijf. Alleen te algemeen gebleven opmerkingen of raadgevingen, waar niets concreets uit kan worden afgeleid, vormen geen «onderrichtingen» (Cass., 29 oktober 1973, *Pas.*, 1974, I, 221; D'Haenens, *Strafbare deelneming*, A.P.R., p. 98, nr. 263; Trousse, P.-E., *o.c.*, in *Les Nouvelles, Droit pénal*, 1-2, nrs. 3930-3934).

Het is verder geenszins noodzakelijk dat de deelnemer een nauwkeurig uitgestippeld werkplan heeft opgesteld; een losse inlichting kan voldoende zijn (Vanhoudt en Calewaert, *o.c.*, II, pp. 618-619, nr. 1256).

De feitenrechter oordeelt op onaantastbare wijze in feite of de gegeven onderrichtingen noodzakelijk dan wel enkel nuttig waren tot het plegen van het misdrijf (Cass., 6 oktober 1947, *Pas.*, 1947, I, 403; D'Haenens, *Strafbare deelneming*, A.P.R., p. 98, nr. 265).

30. Deelneming door het verstrekken van hulp wordt pas strafbaar wanneer de dader deze ook werkelijk gebruikt voor het plegen van het misdrijf (of voor een strafbare poging tot het misdrijf (ook strafbare deelneming aan een strafbare poging is mogelijk: Vanhoudt en Calewaert, *o.c.*, II, p. 587, nr. 1191)).

Een niet in die vorm gebruikte onderrichting kan echter nog steeds voor de dader een nuttige hulp gevormd hebben (D'Haenens, *Strafbare deelneming*, A.P.R., nrs. 267-268).

31. Art. 66, vierde lid, Sw. bepaalt als vorm van mededaderschap ook de aanzetting of uitlokking.

De onderrichting verschilt van de aanzetting doordat bij de onderrichting de dader reeds de beslissing heeft genomen om het misdrijf te plegen en hij enkel geholpen wordt door de deelnemer in de verwezenlijking ervan (wat uiteraard niet wegneemt dat de hulp noodzakelijk kan zijn om het misdrijf te kunnen verwezenlijken), terwijl bij de aanzetting druk wordt uitgeoefend door bepaalde middelen op iemand met de bedoeling het misdrijf te veroorzaken (D'Haenens, *Strafbare deelneming*, A.P.R., p. 98, nr. 264).

De individuele aanzetting dient steeds te gebeuren op een van de in art. 66, vierde lid, Sw. limitatief opgesomde wijzen. Deze vorm van mededaderschap zou van toepassing kunnen zijn op de advocaat die vanuit zijn positie een feitelijke macht krijgt over zijn cliënt en deze bv. oplegt in het kader van de procedure een valse eed af te leggen.

32. Alvorens er sprake kan zijn van strafbare deelneming aan het misdrijf gepleegd door de cliënt, moet de advocaat bij het geven van de raad ook willens en wetens hebben gehandeld met het doel aan dit misdrijf zijn medewerking te verlenen en dit te helpen verwezenlijken.

33. Het moreel bestanddeel van de deelneming is de gemeenschappelijke band die de deelnemers tot één actiegemeenschap maakt en het mogelijk maakt ze allen voor dit ene misdrijf strafbaar te stellen (Dupont, L., *Beginnelen van strafrecht*, I, Acco, Leuven, 1980, p. 238; Trousse, o.c., in *Les Nouvelles, Droit pénal*, 1-2, nr. 3869).

34. In dit moreel bestanddeel zitten drie elementen, die in de persoon van de advocaat aanwezig dienen te zijn alvorens er strafbare deelneming kan zijn:

1) volledige feitelijke kennis van de onderneming waarop zijn handelen betrekking heeft;

2) juridische kennis van het strafbaar karakter van deze onderneming;

3) de wil om deze strafbare onderneming te helpen verwezenlijken.

35. De eerste twee elementen vergen enige verduidelijking. De volledige feitelijke kennis van de onderneming, waarop het handelen van de advocaat betrekking heeft, is immers van een geheel andere aard dan de juridische kennis van het strafbaar karakter ervan.

36. De feitelijke kennis betreft het handelen zelf. Deze kennis moet absoluut zijn. Dit betekent dat in casu de raadsman precies moet weten welke gedragingen zijn cliënt zal stellen en waaraan hij nu meewerkt. Elke feitelijke dwaling van de advocaat omtrent dit handelen zal voor hem rechtvaardigend werken.

Deelneming vereist immers de bewuste wil bij de deelnemer om het misdrijf te helpen verwezenlijken. Een dergelijke wil kan bij de advocaat niet bestaan zonder dat er eerst een volledige kennis is van de handelingen die door de cliënt zullen worden verricht.

Het niet kennen van deze handelingen, zelfs door eigen nalatigheid, sluit steeds het nodige opzet en derhalve de strafbaarheid uit. Er is dus geen vermoeden van weten en evenmin hoeft te worden nagegaan of een normaal voorzichtig persoon de juiste handelingen gekend of vermoed zou hebben (Vanhoudt en Calewaert, o.c., II, p. 597-598, nr. 1210).

Concreet betekent dit nog dat de advocaat, wat de strafbare deelneming betreft, mag voortgaan op de gegevens hem door zijn cliënt over de zaak verstrekt. Wanneer de advocaat verkeerd was ingelicht en dus dacht dat zijn raad op andere handelingen betrekking zou hebben, mist hij in elk geval het nodige opzet voor de strafbare deelneming. Dit zal zich nochtans niet dikwijls voordien. Wanneer de advocaat een misdrijf aanraadt aan de cliënt, kent hij uiteraard zeer goed diens juiste gedragingen, aangezien hij ze precies heeft aangeraden. De volledige feitelijke kennis van de handelingen van de cliënt zal bij de advocaat dus meestal wel degelijk aanwezig zijn.

37. Iets heel anders is de juridische kennis omtrent het strafbaar karakter van dit handelen. De advocaat die aan de cliënt het plegen van een misdrijf aanraadt, wordt geacht het ongeoorloofd karakter van de aangeraden daden te kennen. Onoverkomelijke dwaling zal door hem als man van het vak slechts zeer zelden kunnen worden ingeroepen en goede trouw is hier onvoldoende om het wettelijk vermoeden van

de kennis van de wet te weerleggen. Het foutief advies uitgaande van de bevoegde overheid zelf blijft onzes inziens echter ook voor een advocaat een grond van onoverkomelijke rechtsdwaling. Niemand dient de wet beter te kennen dan de overheid zelf (cf. Arnou, P., «Verkeerd advies als grond voor onoverwinnelijke dwaling», *R.W.*, 1983-84, 2782-2785).

38. Problemen kunnen zich voordoen, wanneer blijkt dat de raadsman het plegen van een ander misdrijf heeft geadviseerd dan datgene wat de cliënt uiteindelijk heeft begaan. In hoeverre kan er dan nog van deelneming door de raadsman sprake zijn? Wij verwijzen naar de vrij uitvoerige behandeling van deze problematiek bij Vanhoudt en Calewaert (o.c., II, pp. 600-602, nrs. 1216-1220).

39. In de klassieke opvatting neemt men aan dat deelneming aan een voltrokken misdrijf niet meer mogelijk is (Cass., 7 juli 1947, *Pas.*, 1947, I, 320; Vanhoudt en Calewaert, o.c., II, p. 595, nr. 1206, die wijzen op de tegengestelde opinie van prof. Rubbrecht). Dit betekent dat de advocaat die aan iemand die een misdrijf heeft gepleegd dat volledig voltooid is, onderrichtingen geeft ten einde aan de vervolging te ontsnappen, geenszins als deelnemer aan dit misdrijf kan worden beschouwd.

40. We merken ten slotte nog op dat de regels van de deelneming principieel niet van toepassing zijn op de misdrijven uit de bijzondere strafwetten, tenzij dit aldaar uitdrukkelijk anders is bepaald (art. 100 Sw.).

Om alle gerezen hoop onmiddellijk weg te nemen, vermelden wij onmiddellijk dat de meeste fiscale wetten de bepalingen omtrent de deelneming uit het Strafwetboek van toepassing verklaren. Ook het aanraden van fiscale misdrijven door een advocaat kan dus tot vervolging wegens deelneming aanleiding geven (zie bvb. art. 347 W.I.B.; art. 133quinquies Wetboek Successierechten; art. 207ter Registratiewetboek; art. 73quinquies Wetboek B.T.W.).

De wegens strafbare deelneming aan fiscale misdrijven veroordeelden zijn zelfs dikwijls hoofdelijk gehouden tot betaling van de ontdoken belasting (zie bv. art. 348 W.I.B.; art. 207quater Registratiewetboek; art. 73sexies Wetboek B.T.W.). Het beroepsverbod dat eveneens kan worden opgelegd, betreft de fiscale en boekhoudkundige adviseurs. De term «zaakbezorger» heeft geen betrekking op een advocaat en ook wordt het advocaat zijn niet beschouwd als een «beroep dat erin bestaat een of meer belastingplichtigen raad te geven of bij te staan bij het vervullen van de verplichtingen opgelegd bij dit wetboek of bij de ter uitvoering ervan vastgestelde besluiten» (zie bv. art. 345 W.I.B.; art. 133ter Wetboek Successierechten; art. 207 Registratiewetboek; art. 73ter Wetboek B.T.W.; Screvens, R., *L'interdiction professionnelle en droit pénal*, Librairie Encyclopédique, Brussel, 1957, pp. 321-322, nr. 293).

b) Opstellen van conclusies, akten en stukken

41. Wat de eventuele strafrechtelijke aansprakelijkheid van de advocaat betreft wegens het opstellen van geschriften, dient onzes inziens een onderscheid te worden gemaakt.

42. Geschriften zoals conclusies en pleitnota's vormen enkel een op schrift gestelde verdediging van de cliënt en zijn de weergave van diens standpunt in het kader van de procedure. Deze geschriften dienen dan ook met het pleidooi gelijkgesteld te worden. De advocaat geeft erin het standpunt

van zijn cliënt weer en dit op subjectieve wijze (Collignon, T., «Le défenseur n'est pas un juge. L'avocat a le droit de nier», *J.T.*, 1946, 161-162). Onwaarheden of onjuistheden hierin zullen dan ook niet tot een strafrechtelijke vervolging van de advocaat aanleiding kunnen geven.

De conclusies van de advocaat zijn in dat verband gelijk te stellen met andere geschriften die slechts louter subjectieve belangen dienen, zoals bv. een liefdesbrief. Dergelijke geschriften dringen zich niet aan het openbaar vertrouwen op en de collectiviteit is niet gerechtigd de inhoud ervan als objectief waar te beschouwen (Vanhalewijn, J. en Dupont, L., *Valsheid in geschriften*, A.P.R., 1975, p. 24, nr. 71).

43. Daarentegen zullen andere geschriften uitgaande van de advocaat, zoals overeenkomsten door hem ten verzoeken van partijen opgemaakt, stukken opgemaakt om in rechte te dienen of attesten afgeleverd aan de cliënt die bepaalde beweringen moeten schragen, wel zijn strafrechtelijke aansprakelijkheid kunnen meebrengen, zo hij hierin bewust zaken als waar voorstelt die het niet zijn of andersoortige valsheid pleegt.

44. Doet hij dit als hulp bij een misdrijf door zijn cliënt gepleegd, dan kan er sprake zijn van strafbare deelneming (zie hiervoor). In elk geval zal de advocaat zich ook schuldig kunnen maken aan valsheid in geschriften.

In dat verband dient erop te worden gewezen dat het bijzonder opzet dat dit misdrijf vereist, nl. het bedrieglijk opzet of het oogmerk om te schaden (art. 193 Sw.), bij de advocaat zal bestaan, wanneer het zijn bedoeling is met de valsheid een onrechtmatig voordeel te bezorgen aan zijn cliënt (toepassing bij een notaris: Cass., 25 maart 1968, *Pas.*, 1968, I, 911). Dit is uiteraard zeker het geval, wanneer men met de valsheid ook nog een beroepsfout wenst te verbergen (Corr. Verviers, 18 november 1954, *Jur. Liège*, 1954-55, 155).

Beslist werd in dit verband dat het vervalsen van een stuk, enkel en alleen om een zaak sneller vooruit te doen gaan, een voldoende bedrieglijk oogmerk vormt, ook al zou de zaak na een langere en moeilijker procedure ook zonder deze vervalsing op dezelfde manier zijn beëindigd (Luik, 10 juni 1965, *Rev. not.*, 1967, 180 (i.v.m. notaris)).

45. Valsheid in geschriften en gebruik van valse stukken werden eveneens gepleegd door de advocaat die stukken die hij aan de rechtbank overlegt, vervalst (bv. veranderen van een datum van een brief: Cass., 23 november 1925, *Pas.*, 1926, I, 70; zie ook Brussel, 14 oktober 1925, *R.D.P.*, 1926, 251).

De stukken die in een procedure worden gebruikt en waarop de partijen steunen, zijn uiteraard niet gelijk te stellen met de conclusies voor die partij neergelegd en dringen zich wel degelijk aan het openbaar vertrouwen op.

Wanneer conclusies uit een vroegere procedure worden aangewend als stuk, is het vervalsen ervan wel strafbaar. De conclusies dienen dan niet meer als weergave van het subjectieve standpunt van de cliënt in de lopende procedure, maar wel als een stuk omtrent de vroegere procedure. Hetzelfde is trouwens waar voor een vroegere liefdesbrief die men bv. vervalst om hem aan te wenden in een echtscheidingsprocedure (Rigaux, M. en Trousse, P.-E., *Les crimes et les délits du code pénal*, III, Bruylant, Brussel, 1957, p. 116 en p. 72: opstellen van valse liefdesbrief).

46. Te vermelden is nog dat het verlenen van valse attesten aan een cliënt met fiscale doeleinden (bv. attest van onin-

baarheid van een factuur), een valsheid in fiscale geschriften kan vormen. Dit bijzonder misdrijf wordt strafbaar gesteld o.a. in art. 340 W.I.B., art. 73bis Wetboek B.T.W., art. 133bis Wetboek Successierechten en art. 206bis Registratiewetboek.

c) Gebruik van stukken

47. De advocaat die stukken gebruikt, waarvan hij weet dat ze vals zijn, kan zich schuldig maken aan het gebruik van valse stukken.

48. Wanneer hij zelf ook het stuk heeft vervalst, is er discussie of er al dan niet slechts één misdrijf is, nl. de valsheid in geschriften zelf, die eventueel een voortdurend karakter zal krijgen (Cass., 5 september 1957, *Pas.*, 1957, I, 1382; De Nauw, o.c., p. 19; Vanhalewijn en Dupont, o.c., A.P.R., 1975, pp. 161 e.v., nrs. 490 e.v.).

49. Wanneer het stuk hem door de cliënt of derden werd overhandigd, kan hij enkel vervolgd worden voor zover hij wist dat het stuk vals was. Wanneer hij dit niet wist, kan er in zijn persoon geen sprake zijn van gebruik van valse stukken, zelfs al handelde hij met bedrieglijk opzet of met het oogmerk om te schaden (Rigaux en Trousse, o.c., III, p. 259, nr. 266).

50. Onder «gebruik» dient te worden verstaan iedere aanwending die het mogelijk maakt uit het stuk een voordeel te halen, zelfs wanneer dit voordeel uiteindelijk niet bereikt werd (Marchal, A. en Jaspar, J.P., *Droit criminel*, I, 3e druk, Larcier, Brussel, 1975, p. 189, nr. 583; Rigaux en Trousse, o.c., III, p. 256, nr. 262).

Er is in die zin reeds gebruik wanneer een vals stuk aan een andere advocaat wordt meegedeeld, zelfs al is dit stuk nog niet aan een rechtbank overgelegd (Corr. Antwerpen, 28 januari 1958, *J.T.*, 1958, 237).

51. Uiteraard vormt het voortbrengen van een valse factuur tijdens een gerechtelijk onderzoek een gebruik van een vals stuk, wanneer het voortbrengen tot doel heeft de vervolgingen tegen de cliënt te doen ophouden. Het nadeel bestaat dan in het hinderen van de goede rechtsbedeling (Cass., 23 juni 1941, *Pas.*, 1941, I, 248, noot; Luik, 15 januari 1941, *Pas.*, 1942, II, 15).

Ten overvloede zij herhaald dat het recht van verdediging de verdachte niet veroorlooft nieuwe misdrijven te plegen om zich te verdedigen (zie hiervoor).

52. Iets anders is uiteraard het zich verdedigen m.b.t. de telastlegging valsheid in geschriften. Het feit dat men tijdens die verdediging beweert dat het stuk met de werkelijkheid overeenkomt, maakt geen gebruik van een vals stuk uit (Cass., 18 maart 1980, *R.W.*, 1980-81, 386, noot Vandeplas, A.). Wel zou geen ander, nieuw vals stuk mogen naar voren worden gebracht om de waarachtigheid van het eerste te ondersteunen.

d) Bewaren van bescheiden, voorwerpen of stukken

53. Het is normaal dat door de cliënt aan zijn raadsman een aantal stukken worden overhandigd met het oog op het voeren van een procedure. De advocaat zal deze stukken in principe aanvaarden en bewaren, ook als ze nog niet onmiddellijk van nut zijn, maar het in de toekomst nog zouden kunnen worden (*Pand. B.*, tw. *Avocat près les cours d'appel*, nr. 254).

54. Wanneer nadien zou blijken dat een of meer van de afgegeven stukken vals zijn, zullen er uiteraard problemen rijzen.

Art. 452 Sv. bepaalt dat ieder openbaar of bijzonder bewaarder van stukken die van valsheid worden beticht, verplicht zijn deze af te geven op bevelschrift van de ambtenaar van het openbaar ministerie of van de onderzoeksrechter.

Voor de advocaat die bijzonder bewaarder is van een van valsheid beticht stuk, rijst echter het probleem van zijn beroepsgeheim.

55. Men neemt aan dat, wanneer het stuk reeds in een procedure is aangewend, de advocaat het zal moeten afgeven op loutere vordering van het openbaar ministerie. Door de aanwending verliest het stuk zijn beschermd karakter en de advocaat kan de afgifte niet meer weigeren op basis van zijn beroepsgeheim (Rigaux en Trousse, *o.c.*, III, p. 294, nr. 297).

Werd het stuk door de advocaat nog niet voorgebracht en ontdekt hij zelf de valsheid, dan is hij niet gerechtigd bij de overheid aangifte te doen tegen zijn cliënt van de door hem ontdekte valsheid, dit op basis van zijn beroepsgeheim (zie hiervoor).

Komen de gerechtelijke autoriteiten het vals stuk op het spoor en vraagt men aan de advocaat of het stuk bij hem berust, dan mag hij op basis van zijn beroepsgeheim weigeren hierop antwoord te geven (*Pand. B.*, tw. *Avocat près les cours d'appel*, nrs. 505-506; Rigaux en Trousse, *o.c.*, III, p. 294, nr. 297; contra: Brussel, 22 maart 1837, *Pas.*, 1837, II, 63). Ten onrechte werd gesteld dat een dergelijk inroepen van zijn beroepsgeheim een strafbare vorm van heling zou opleveren (Marchal en Jaspar, *o.c.*, I, p. 152, nr. 448). Om heling te kunnen hebben moet de kennis van de misdadige herkomst van de goederen immers ten laatste bestaan op het tijdstip van de inbezitneming ervan (De Nauw, *o.c.*, p. 147; D'Haenens, J., *Heling*, A.P.R., p. 33, nr. 94).

Wel kan de onderzoeksrechter steeds besluiten tot een huiszoeking bij de advocaat, mits de daarvoor geldende regels worden nageleefd (Rigaux en Trousse, *o.c.*, III, p. 296, nr. 299; Viaene, *o.c.*, A.P.R., pp. 268-269, nr. 522). De advocaat kan zich in zo'n geval uiteraard niet tegen de zoeking en de beslagname verzetten. Hij mag onmiddellijk aan de stafhouder, die aanwezig moet zijn, het stuk overhandigen.

Heeft de cliënt echter zelf bekend gemaakt dat het stuk bij zijn advocaat berust, dan zal de advocaat op verzoek van de onderzoeksrechter het stuk onmiddellijk afgeven, bij voorkeur na tussenkomst van de stafhouder (Rigaux en Trousse, *o.c.*, III, p. 294-295, nr. 297).

56. Helemaal anders wordt het uiteraard wanneer de advocaat de bewaring aanvaardt van voorwerpen waarvan hij de misdadige herkomst kent. In zo'n geval kan de advocaat zich wel degelijk aan strafbare feiten schuldig maken.

57. De advocaat kan vervolgd worden wegens heling, wanneer hij opzettelijk zaken in bezit neemt, waarvan hij ten laatste bij de inbezitneming wist dat ze voortkomen uit misdaad of wanbedrijf (art. 505 Sw). Er is geen bijzonder opzet vereist, evenmin als enige bedoeling om uit de bewaring zelf voordeel te halen (D'Haenens, J., *Heling*, A.P.R., p. 35-36, nrs. 98-105).

Het is niet nodig dat de zaken werkelijk verborgen worden; louter bezit of detentie is voldoende (De Nauw, *o.c.*, p. 146).

De advocaat moet niet weten wie precies de dader was van het misdrijf; hij moet alleen weten dat de zaken uit een misdaad of wanbedrijf voortkomen (D'Haenens, *Heling*, A.P.R., p. 33, nr. 92; De Nauw, *o.c.*, p. 146). Het enkele weten dat er iets scheelt met de herkomst van de goederen zou echter niet voldoende zijn; elke zaak die niet eerlijk verkregen is, is daarom nog niet noodzakelijk uit misdaad of wanbedrijf voortgekomen (Cass., 12 november 1928, *Pas.*, 1929, I, 10).

58. Een advocaat die voorwerpen onder zich houdt, eigendom van zijn cliënt maar aldaar in beslag genomen, met de bedoeling deze aan het beslag te onttrekken, pleegt geen heling, aangezien de voorwerpen eigendom zijn gebleven van zijn cliënt.

In zo'n geval zou de advocaat wel kunnen worden vervolgd op basis van art. 507 Sw., nl. het in het belang van de beslagene bedrieglijk vernietigen of wegmaken van in beslag genomen voorwerpen.

59. Een advocaat die ten voordele van zijn cliënt, die failliet wordt verklaard, bepaalde goederen verbergt of heelt, kan worden vervolgd wegens inbreuk op art. 575, 1°, Wb. Kh., onverminderd eventuele medeplichtigheid aan bedrieglijke bankbreuk (art. 578 Wb. Kh.).

e) Raadpleging door opgespoorde of ontvluchte personen

60. Het algemeen recht op verdediging blijft ook gelden voor personen die door de gerechtelijke diensten worden gezocht of die uit de gevangenis zijn ontsnapt. Deze mensen behouden het volledige recht zich bij een advocaat aan te melden ten einde diens raad in te winnen of om zijn tussenkomst te verzoeken.

61. De advocaat die dergelijke personen in zijn kantoor toelaat en hun consultatie verleent, begaat hierdoor dus zeker geen enkele inbreuk op de strafwet.

62. Dit betekent echter niet dat deze personen in het kantoor van de advocaat buiten het bereik van de justitie zouden zijn. Het advocatenkantoor is geen asiel, waar de persoon van de cliënt «onneembaar» zou zijn (*Pand. B.*, tw. *Asile (droit et lieu d')*, nrs. 6-7).

Volgens sommigen zou men niet kunnen overgaan tot de aanhouding van een persoon die zich voor de duur van een bespreking ophoudt in het kantoor van een advocaat (Mahieu en Baudrez, *o.c.*, p. 447, nrs. 1912-1913). Wij zijn het daarmee niet eens. Geen enkele wettelijke bepaling verzet zich daartegen en er is evenmin schending van het recht van verdediging, nu de betrokkene zijn raadsman opnieuw zal kunnen ontvangen in de gevangenis.

De advocaat kan zich ook geenszins met geweld verzetten tegen de aanhouding van zijn cliënt in zijn kantoor (*Pand. B.*, tw. *Avocat près les cours d'appel*, nr. 504, die erop wijzen dat overigens ook de advocaat zelf in zijn kantoor mag worden aangehouden).

De advocaat die zou pogen tussen te komen bij de politie om de aanhouding van zijn cliënt te verhinderen, kan zich zelfs schuldig maken aan poging tot omkoping (art. 252 Sw.) of weerspansnigheid (Mahieu en Baudrez, *o.c.*, p. 655, nr. 2932).

63. Verbergt de advocaat zijn cliënt, dan kan hij vervolgd worden op basis van art. 339 Sw., dat echter enkel de verberging bestraft van personen die vervolgd worden of veroordeeld zijn wegens misdaad (en dus niet wegens wanbe-

drijf of overtreding). Het feit dat de misdaad waarvoor de verborgen persoon vervolgd wordt, later door aanneming van verzachtende omstandigheden wordt omgezet in een wanbedrijf, neemt echter de strafbaarheid van diegene die hem heeft verborgen, niet weg (Luik, 3 juli 1947, *Pas.*, 1947, II, 49).

We dienen ook nog te wijzen op art. 68 Sw., dat enkel van toepassing kan zijn zo de advocaat er een gewoonte van zou maken boosdoeners een onderdak of schuilplaats te verschaffen (zie ook de bijzondere gevallen van verberging in de artt. 120septies, 121, 133 en 324 Sw.).

64. De advocaat die door de opgespoorde persoon is geraadpleegd, blijft volledig gehouden tot het beroepsgeheim. Hij mag de schuilplaats van zijn cliënt niet verklappen en de onderzoeksrechter mag geen huiszoeking doen in zijn kantoor met de bedoeling in het dossier de gegevens over deze schuilplaats te ontdekken (Lambert, «o.c.», *J.T.*, p. 623, nr. 6).

65. Recent nam het Hof van Cassatie echter aan dat diegene die tot het beroepsgeheim gehouden is, dit ook buiten de in art. 458 Sw. opgesomde gevallen mag schenden, wanneer die schending noodzakelijk is om een hoger belang te redden, dit in toepassing van het principe van de noodtoestand (Cass., 13 mei 1987, *R.D.P.*, 1987, 856, noot).

Dit zou bv. het geval zijn wanneer een advocaat uit eigen beweging de politie inlicht over de schuilplaats van een gevaarlijk misdadiger, die hem is komen bezoeken en daarbij heeft laten weten dat hij opnieuw misdaden zou plegen, die het leven van bepaalde personen in gevaar zullen brengen (zie dit geval bij een geneesheer: K.I. Luik, 22 januari 1987, *J.L.M.B.*, 1987, 217; zie ook Huybrechts, o.c., in *Comm. Straf.*, pp. 13-14, nr. 16; Lambert, *Le secret professionnel*, pp. 195-196).

In zo'n geval dient de advocaat de belangen af te wegen die in het geding zijn en mag hij het beroepsgeheim schenden, wanneer hiermee een hoger belang veilig kan worden gesteld.

66. Sommigen gaan nog verder en beweren dat de schending van het beroepsgeheim in zo'n geval zelfs een verplichting zou zijn en wel op basis van art. 422bis Sw., dat bestraft degene die verzuimt hulp te bieden aan iemand waarvan hij weet dat hij in groot gevaar verkeert (K.I. Luik, 6 maart 1985, *Jur. Liège*, 1985, 661, noot Piedboeuf, F.). Het aan-geven van een misdadiger die een aanslag op andermans leven beraamt, zou een vorm van (verplichte) hulpverlening kunnen zijn.

67. Dit alles is uiteraard zeer delicaat en het komt ons voor dat alleen zeer duidelijke aanwijzingen voor een ernstige aanslag op de fysieke integriteit van een persoon de voorrang kan hebben boven het beroepsgeheim.

Onzes inziens kan daarentegen het gevaar voor een aanslag op materiële goederen of eigendom, nooit een hoger belang vormen dan de bewaring van het beroepsgeheim, die een basiszekerheid van ons justitieel en maatschappelijk bestel moet blijven vormen.

f) Verhouding met gedetineerden

68. De advocaat heeft in principe ruime faciliteiten voor het bezoeken van gedetineerde cliënten in de gevangenis.

Art. 29 van het Gevangenisreglement (K.B. 21 mei 1965 houdende algemeen reglement van de strafinrichtingen,

B.S., 25 mei 1965) geeft hem het recht op elk uur van de dag vrij in verbinding te komen met zijn gedetineerde cliënten (in de praktijk bestaan er wel meestal afspraken tussen balie en gevangenisadministratie om zich aan bepaalde «normale» uren te houden; in buitengewone omstandigheden zal de advocaat echter steeds hoe dan ook bij zijn cliënt moeten worden toegelaten, op welk uur hij zich ook aanmeldt). Verder mag er tussen advocaat en cliënt ook een totaal vrije briefwisseling gevoerd worden, die aan geen enkele censuur mag worden onderworpen. Een eventueel verbod op correspondentie als tuchtstraf opgelegd aan een gedetineerde kan nooit betrekking hebben op de briefwisseling met zijn raadsman, die steeds mogelijk blijft (art. 24, § 2, Gevangenisreglement).

69. Deze faciliteiten zijn ingericht om de rechten van verdediging maximaal te garanderen (*R.P.D.B.*, Compl. VI, tw. *Avocat*, nr. 348).

De advocaat mag hiervan geen misbruik maken om op te gaan treden als een ongecontroleerde verbindingsman tussen de gedetineerde en derden, bv. door het binnen- en buitensmokkelen van brieven, zaken of berichten, die aldus aan de normale censuur ervan ontsnappen.

70. Leent de advocaat zich toch hiertoe dan begaat hij een ernstige deontologische fout. Rijst er tegen hem een vermoeden dienaangaande, dan zal de gevangenisdirecteur een aantal brieven onderscheppen en deze ongeopend aan de stafhouder overzenden. Deze zal ze openen in aanwezigheid van de advocaat in kwestie (Cass., 12 mei 1977, *J.T.*, 1977, 708; Mahieu en Baudrez, o.c., pp. 541-542, nrs. 2442-2447).

71. Naast een deontologische fout, kan het optreden als tussenpersoon ook strafrechtelijk een misdrijf uitmaken, bv. wanneer een gedetineerde vanuit de gevangenis misdrijven laat uitvoeren en zijn advocaat daarbij optreedt als noodzakelijke of nuttige verbindingsman tussen de gedetineerde en zijn handlangers buiten de gevangenis.

De advocaat die zou optreden als tussenpersoon om een ontsnapping van zijn cliënt voor te bereiden of mogelijk te maken, maakt zich schuldig aan inbreuk op de artt. 335 tot 337 Sw.

g) Strafrechtelijke aansprakelijkheid en beroepsverzekering

72. Het is wellicht nuttig er tot slot kort nog op te wijzen dat de polissen tot dekking van de beroepsaansprakelijkheid van advocaten principieel hun strafrechtelijke fouten die opzet veronderstellen, niet dekken (Depuydt, o.c., p. 165, nr. 200).

III. Besluit

73. Tot zover deze wandeling met de zevenmijlslaarzen door het brakke en oneffen terrein van de strafrechtelijke beroepsaansprakelijkheid van de advocaat.

74 In zijn in 1983 gepubliceerd werk over de civielrechtelijke aansprakelijkheid van advocaten en gerechtsdeurwaarders vraagt de auteur, mr. Paul Depuydt uit Brussel, bij de aanvang van zijn boek vergiffenis aan zijn confraters voor dit initiatief, dit omdat het schrijven van een boek over de aansprakelijkheid van een beroep vaak aanleiding zou zijn tot het verscherpen van het aansprakelijkheids criterium en een gunstige voedingsbodem vormt voor een golf van aansprakelijkheidsvorderingen (Depuydt, o.c., p. 4, nr. 7).

75. Wij hopen dat onze confraters zullen willen aanvaarden dat het geenszins onze bedoeling was om in een soort masochistische reflex via deze studie het parket aan te sporen het aantal strafvervolgingen tegen advocaten op te voeren.

Integendeel menen wij dat ook wijzelf als advocaten er belang bij hebben onze rechten, maar ook onze verplichtingen duidelijk te kennen. Preventieve kennis vermijdt vergissin-

gen en problemen. Hetgeen wij zo dikwijls aan onze cliënten voorhouden, geldt wellicht ook voor onszelf.

76. Wellicht mogen wij ook niet uit het oog verliezen dat onze verplichtingen ook een waarborg zijn van onze rechten en van onze terecht zo hoog gedragen vrijheid. «La responsabilité est la contrepartie de la liberté» (Lambert, P., Boekbespreking in *J.T.*, 1981, p. 526).

REPLIEK VAN DE STAFHOUDER, MR. ROBERT VOLCKAERT

Meester Patrick ARNOU,

1. In uw inleiding hebt u gezegd: «Hoe reëel deze strafrechtelijke beroepsaansprakelijkheid ook moge wezen, toch is publikatie van rechtspraak en rechtsleer hieromtrent vrijwel geheel in de mist blijven hangen.» En verder: «Het weinige wat op penaal vlak bestaat, betreft dan nog steeds het beroepsgeheim en de immuniteit van het pleidooi.»

2. Hoe goed ik de spijt van de vorser — u bent assistent strafrecht aan de K.U. Leuven — bij een dergelijke afwezigheid van documentatie begrijp, toch had ik van u, maar dan als advocaat, een positievere ingesteldheid verwacht. Blijkt immers juist niet uit het feit dat zo weinig rechtsleer en zeker rechtspraak te vinden is, dat nagenoeg geen advocaten als mededader van hun cliënt werden vervolgd, laat staan veroordeeld?

Zeker, in de laatste jaren zijn jammer genoeg enkele advocaten in opspraak gebracht, maar dan omdat ze persoonlijk en alleen misdrijven hadden gepleegd, meestal dan nog niet als advocaat, maar wel in het kader van een buitengerechtelijk mandaat (bv. curator).

De ruchtbaarheid welke de pers, vaak met misplaatste titels, aan deze gevallen geeft, heeft als reactie dat zowel de magistraten als de Balie in eigen boezem gaan kijken en niet aarzelen aan zelfkritiek te doen.

3. Waar de procureur-generaal bij het Hof van Cassatie, de heer Krings, in zijn openingsrede op 1 september 1988 harde woorden had over bepaalde magistraten en politiediensten, hebt u als jong advocaat gemeend de advocaten te moeten wijzen op de risico's van de strafrechtelijke beroepsaansprakelijkheid van de advocaat, op gevaar af al dan niet slapende honden wakker te maken.

U hebt uw toespraak zeer wetenschappelijk opgevat, aan de eminente vergadering de vele verwijzingen naar uw voetnoten bespaard en ik verdenk er u ernstig van — en het is u van harte gegund — dat het uw bedoeling is deze tekst te laten publiceren.

Ik hoop dat er dan ook — zoals het thans mijn taak is — vanuit andere hoeken, enige reactie komt over dit toch wel wat ongewone onderwerp.

4. U gaat uit van het principe dat het recht van verdediging in ons rechtssysteem wel heilig is maar niet onbegrensd, en dat in strafzaken aan de vervolgte partij een gelijk recht verleend is als aan de vervolgende partij; dat gelijkheid be-

tekent dat een totaal evenwicht moet heersen tussen vervolging en verdediging en dat beiden over absoluut dezelfde middelen en mogelijkheden beschikken.

Het is u aan te zien dat u, als assistent in het strafrecht, deze aan de Universiteit zo hoog geprezen principes met hart en ziel verdedigt, doch uit uw ervaring als strafpleiter zult u toch terzelfder tijd weten dat tussen theorie en praktijk een diepe kloof bestaat.

5. Heeft de verdediging bij behandeling van een zaak voor de raadkamer of de kamer van inbeschuldigingstelling werkelijk dezelfde rechten als het parket?

Bij een eerste verschijning heeft men zelfs geen inzage van het dossier...

Is het toegelaten dat de verdediging een strafdossier van de griffie meeneemt om het tijdens het weekend thuis te bestuderen?

Hebt u zelf niet moeten ervaren, dat bij gebrek aan de gelijk werkende audio-apparatuur op de rechtbank, een bepaalde cassette voor u pas voor het eerst afgespeeld werd in openbare zitting voor het hof van assisen, terwijl de parketmagistraat deze cassette heel eenvoudig meegenomen had naar huis om ze daar te beluisteren?

Hoe dikwijls stellen we niet vast dat bij recidive de dossiers van de voorgaande zaak of zaken in het dossier geschoven zijn, terwijl de verdediging, om de banaliteit aan te tonen van de feiten in een ander dossier waarin reeds een veroordeling werd uitgesproken, en waarop het parket steunt om herhaling in te roepen, dit dossier niet kan toevoegen.

Tot daar wat de gelijkheid betreft t.o.v. diegene die in strafzaken de gelijke van de advocaat zou moeten zijn, nl. de parketmagistraat.

6. Doch ook bij de behandeling ten gronde rijst het probleem.

Wij zijn gelukkig aan onze rechtbank vast te stellen dat het gebeurt dat de zittende magistraat de parketmagistraat op bepaalde tekortkomingen in het onderzoek of een gebrek-kig dossier wijst.

Zo moet het zijn.

Anders wordt het echter wanneer diezelfde rechter last heeft met het feit dat de beklaagde en dus ook zijn advocaat, samen en tegen het dossier in, de vrijspraak pleiten.

In ons huidig rechtssysteem wordt al te gemakkelijk vergeeten dat de beklaagde — zelfs al is hij onomstootbaar schul-

dig — het recht heeft te ontkennen. Er is geen enkele verplichting de feiten te bekennen, vrijwillig de overtuigingsstukken af te geven of mee te werken aan het onderzoek.

De objectieve rechter zal dan ook in het loochenen van de feiten of het gebrek aan medewerking met de onderzoeksrechter geen enkele reden zien om een aanhoudingsmandaat te verlengen of om een zwaardere straf uit te spreken.

Het is toch juridisch niet verantwoord dat een advocaat zijn cliënt moet aanraden diplomatisch bekentenissen af te leggen met het oog op een billijke straftoebedeling bij de zaak ten gronde.

De beklaagde maakt gebruik van een recht en ook de strafrechter moet met dit recht rekening houden.

7. Wel ben ik het met u eens dat het om zich te verdedigen niet geoorloofd is een nieuw misdrijf te plegen. Het is immers maar al te duidelijk dat het beroep van advocaat er niet op gericht is om de criminaliteit te bevorderen. Onze eed is duidelijk: «Ik zal geen zaak aanraden of verdedigen die ik naar eer en geweten niet geloof rechtvaardig te zijn.»

En toch. Niet altijd was dit zó evident. Lang is er discussie geweest over de vraag of een advocaat, die een rechtvaardige zaak verdedigt, bedrog en arglist mag aanwenden om een doortrapt tegenstrever af te slaan.

Hoe eigenaardig het ook moge klinken, maar het canoniek recht (decreet van Gratianus «Dominus Deus noster») heeft eeuwenlang aanvaard dat het bedrog van de tegenpartij mocht worden geneutraliseerd door het eigen bedrog en de kwade trouw. In zijn *Tractatus praesumptionum* stemt Alciatus daarmee in. Meer zelfs, de heilige Augustinus in hoogsteigen persoon schreef: «Voor wie een rechtvaardige oorlog voert is het van geen belang of hij met open vizier strijdt dan wel gebruik maakt van arglistigheden.»

Dat de middeleeuwse advocaten dit principe met overdreven ijver toepasten blijkt uit het feit dat Keizer Karel het nodig oordeelde een decreet uit te vaardigen waarbij hij de advocaten verbood te liegen.

Sindsdien zeggen de advocaten uiteraard allemaal de waarheid, doch elk op zijn manier.

Hoewel deze stellingen achterhaald zijn, betekent dit niet dat een goed advocaat geen kennis dient te hebben van de voetangels en klemmen welke hem voor de voeten kunnen worden geschoven.

Zo moeten de dokters, om de zieken te kunnen genezen, niet alleen de geneeskrachtige kruiden en medicijnen kennen, maar ook de schadelijke en giftige stoffen.

Dit geldt ook voor de advocaat, met dien verstande dat, terwijl de dokter soms gif en tegenstoffen volgens strenge regels mag voorschrijven aan zijn patiënt (bv. drugs), met het uitsluitend doel diens genezing, de advocaat geen onwettige middelen mag gebruiken ter verdediging van zijn cliënt.

8. Uit dit moeilijk onderscheid tussen enerzijds de noodzakelijke kennis van wat niet mag en anderzijds het verbod van gebruik ervan, volgt de door u in uw inleiding aangehaalde misopvatting van het publiek over de advocaat.

Vandaar dan ook spreken als: «Hoe groter jurist, hoe bozer Christ»; «De deugd in het midden, zei de duivel, en hij zette zich tussen twee advocaten»; «Wie onschuldig is, heeft vaak een handiger advocaat nodig dan wie schuldig is.»

Meer nog. Van onze patroon, de heilige Ivo, wordt in een Latijns lofgedicht uitdrukkelijk getuigd dat hij, hoewel advocaat, geen deugniet was. Met betrekking tot hem werd nog

beweerd dat, naar het oordeel Gods, één advocaat in de hemel genoeg last bezorgde, en de weg erheen dus moest worden versperd voor zijn ambtgenoten. Wat waarschijnlijk de reden is waarom zoveel confraters de blijkbaar veiliger weg van de magistratuur zoeken.

9. Toch is de houding van het publiek echter paradoxaal. Op het ambt wordt duchtig gescholden en geschimpt, maar de persoon zelf van de advocaat wordt geëerd en vertrouwd. En telkens als iemand hem de verdediging van zijn vrijheid, van zijn eer of van zijn goed opdraagt, is dat een hulde aan het officium nobile, dat het onze is.

Met de oud-minister van Justitie Herman Vanderpoorten kan aldus gesteld worden: «Welke blamage of persiflage, welke ironie of sarcasme, welke scherpe of milde humor ook de advocatuur moge straffen, we weten wel dat de balie van oudsher een eigen plaats in de rechtspraak bekleedt; dat de advocaat de eerste en natuurlijke helper van het gerecht is en dat hij, door universitaire opleiding geselecteerd, eenvoudig een bepaalde en onmisbare functie in het maatschappelijk bestel vervult.» En hij voegt er voorzichtig aan toe: «meestal op een fatsoenlijke manier»¹. Verder vervolgt hij: «Het mag dus zijn dat het beroep van de advocaat in het algemeen min of meer met wantrouwen wordt bekeken, daarvan spiegelt zich evenwel niets af in de mens die cliënt wordt. Integendeel, hij gelooft in zijn raadsman en zelfs blindelings; en dit in hem gesteld vertrouwen mag de advocaat niet beschamen, hoe vééleisend en wisselend de levensomstandigheden ook mogen zijn.»

10. U stelt terecht dat de advocaat ook in de verdediging van zijn cliënt, tegenover de wet een gewone burger blijft, die principieel geen enkele aanspraak kan maken op enig voorrecht of immuniteit, en waarbij de uitzonderingen, zoals immuniteit van het pleidooi, speciale procedure bij huiszoeking en inbeslagname van stukken in het kantoor van de advocaat en het verplicht inroepen van het beroepsgeheim, niet ingesteld zijn in het voordeel van de advocaat, doch in het uitsluitend belang van de cliënt.

11. Het zij me echter toegestaan bepaalde van uw stellingen in twijfel te trekken.

U zegt bijvoorbeeld dat de voor de rechtbank gesproken woorden of de overgelegde besluiten (u noemt ze «liefdesbrieven») geen aanleiding kunnen geven tot strafvervolgung wegens laster, eerroof of belediging, wanneer die woorden of geschriften op de zaak zelf of op die partijen betrekking hebben, doch dat de immuniteit ophoudt te bestaan wanneer men de aan de rechtbank overgelegde besluiten ook daarbuiten aanwendt (bv. meedeelt aan de pers).

Dat deze regel honderd jaar terug enig nut kan hebben gehad, is mogelijk. Waarin bestaat echter in onze tijd het verschil tussen het persartikel gebaseerd op notities gemaakt door een ijverig journalist op de zitting, en hetzelfde artikel opgesteld aan de hand van de door de advocaat meegedeelde kopie van zijn conclusie?

Integendeel, zal het laatste artikel normaliter niet beter de juiste weergave van het pleidooi zijn dan het eerste?

Is deze regel ook niet achterhaald op een moment dat het parket of de onderzoeksrechter in bepaalde spectaculaire zaken, om toegemoet te komen aan de wensen van de pers wel-

¹ VANDERPOORTEN, H., «Beschouwingen over advocatuur en magistratuur», *R. W.*, 1974-75, 643.

ke soms het onderscheid niet kan maken tussen ongezone nieuwsgierigheid en het recht op objectieve voorlichting van de lezer, bepaalde gegevens (meestal nog onbekend aan de advocaat), al dan niet op een persconferentie, doorspelen aan diezelfde pers?

Zou de advocaat, die voor de raadkamer uiteraard met gesloten deuren pleit, de tekst van zijn pleidooi niet mogen doorgeven aan de pers, op sanctie van eventueel het voordeel van de immuniteit van het pleidooi te verliezen?

Zoals het parket de gegevens niet aan de pers doorspeelt om zichzelf in het daglicht te stellen, zo ook reageert de advocaat uitsluitend opdat dezelfde pers (= het publiek) ook het standpunt van zijn cliënt kent en niet in zijn eigen belang.

12. Waarom moet er ter zake een onderscheid gemaakt worden tussen de conclusie neergelegd in een burgerlijke zaak, waarvan de rechtspraak unaniem aanvaardt dat de inhoud ervan de cliënt bindt en niet de advocaat — zelfs als dit tegen de cliënt uitvalt —, en de conclusie neergelegd in strafzaken, waarin dit principe volgens u niet van toepassing zou zijn, aangezien u de advocaat zelf en niet de cliënt verantwoordelijk stelt voor de uitspraken en geschriften?

13. Een voorzichtig advocaat zal trouwens slechts uitzonderlijk in zijn pleidooien of zijn conclusie, al zij het in het belang van zijn cliënt, beledigende of eerrovende termen aanwenden.

Wie gebruikt er trouwens een liefdesbrief om iemand te kwetsen, al weze het dan onze ondoordringbare Vrouwe Justitia?

14. Nieuw is echter dat u spreekt over de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de stafhouder bij huiszoeking in het kantoor van de advocaat. U hebt hiermee uiteraard onmiddellijk de interesse gewekt van de vele binnen- en buitenlandse stafhouders hier aanwezig. Dat het hoofd van de Orde, weeral met het oog op de bescherming van de belangen van de cliënt en niet van de advocaat, alleen die documenten laat bij het strafdossier voegen welke het voorwerp van het misdrijf uitmaken, met uitsluiting van al wat vertrouwelijk is, kan toch niet de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de stafhouder meebrengen.

15. Indien al artikel 88 van het Wetboek van Strafvordering in het belang van de openbare orde de huiszoeking in het kantoor van de advocaat mogelijk maakt, en de beklagde te zijner verdediging die stukken aanwendt die voor hem geschikt lijken, is hij echter niet verplicht die stukken voor te brengen die voor hem nadelig zijn. Het gaat dan ook niet op stukken, die door de beklagde aan zijn raadsman toevertrouwd zijn maar die niet ingeroepen worden, in beslag te laten nemen, zelfs al zijn ze vals of kunnen ze het bestaan van een misdrijf bewijzen².

Het beroepsgeheim is wettelijk erkend en maakt deel uit van de solide relatie tussen advocaat en cliënt. Bijgevolg moet de bevolen huiszoeking in principe en in modaliteiten de juiste maat houden tussen het openbaar belang en de vrijheid van verdediging en bewaring van het beroepsgeheim.

Hoe kan derhalve de stafhouder strafrechtelijk vervolgd worden, omdat hij soeverein, in eer en geweten, in het belang van de cliënt en zonder mogelijkheid van beroep oordeelt dat een bepaald stuk niet in beslag mag worden genomen?

16. Integendeel, het is de onderzoeksrechter die onrechtmatig stukken in beslag zou nemen, die het voorwerp kan uitmaken van een tuchtsanctie. Hoewel de procureur-generaal, die een ononderbroken toezicht uitoefent gedurende het vooronderzoek, geen rechtstreekse bevelen kan geven aan de onderzoeksrechter, mag hij, naast zijn macht om rekschap te vragen of opmerkingen te maken, bij niet-naleving van de rechtsvormen, de onderzoeksrechter vermanen³.

17. De onderzoeksrechter zal derhalve de dossiers aanwijzen waarvan hij inzage wenst, en de stafhouder, die zelf de dossiers niet kan uitzoeken, zal in het aangewezen dossier nagaan of het gevraagde stuk er zich in bevindt, en of het dossier briefwisseling, nota's van gesprekken of andere bevat, welke wegens hun vertrouwelijk karakter niet aan het strafdossier kunnen worden toegevoegd.

Het is echter niet omdat de stafhouder weigert een stuk in beslag te laten nemen, dat hij strafrechtelijk aansprakelijk gesteld zou kunnen worden als dader, mededader of medepllichtige aan een misdrijf.

18. Integendeel, de verdediging heeft nog steeds het recht voor de rechter ten gronde het vertrouwelijk karakter van een met toestemming van de stafhouder in beslag genomen stuk in te roepen en de rechter ten gronde oordeelt verder of dit stuk al dan niet uit de debatten moet worden geweerd.

Het tegenovergestelde, nl. dat men zou kunnen eisen dat een stuk waarvan de stafhouder geoordeeld heeft dat het vertrouwelijk is, toch bij het dossier gevoegd wordt, lijkt mijns inziens onmogelijk.

Dit laatste toelaten, zowel als het strafrechtelijk of zelfs burgerlijk aansprakelijk stellen van de stafhouder omdat hij geweigerd heeft, in het belang van het beroepsgeheim en dus van de cliënt, een bepaald stuk in beslag te laten nemen, zou een door de wetgever niet beoogde uitholling van het beroepsgeheim betekenen.

19. Terloops wens ik er ook op te wijzen dat het onderzoek in het kantoor van de advocaat geschiedt door de onderzoeksrechter zelf en niet door de gerechtelijke politie, en dat de leden van de gerechtelijke politie zelf niet mogen aanwezig zijn bij het onderzoek.

Dat het niet gepast voorkomt dat het onderzoek geschiedt met een machtsontplooiing waarbij het kantoor van de advocaat volledig afgezet wordt, hoeft geen betoog, vooral als er geen enkele aanwijzing is dat de advocaat zelf schuldig is, gewapend is of over een wapen beschikt. Toch gebeurt het, jammer genoeg!

20. Verder hebt u het over de strafrechtelijke gevolgen welke verbonden kunnen zijn aan de raadgevingen en consultaties.

21. Op burgerlijk gebied werd herhaaldelijk gesteld dat de advocaat geen resultaatsverbintenis aangaat, maar wel een inspanningsverbintenis, en verder ook dat de raad te goede trouw gegeven door de advocaat, zelfs al is hij verkeerd, zijn aansprakelijkheid niet in het gedrang brengt⁴.

³ VANHOUDT, C.J., *Strafvordering*, deel I, Story, Gent, 1976, p. 55, opmerking 2.

⁴ Civ. Seine, 30 januari 1914, *Gaz. Pal.*, 1914, I, 220; LOUP, J., «La responsabilité des avocats», *Sem. Jur.*, 1939, nr. 92; VERMEYLEN, P., *Règles et usages de l'Ordre des Avocats en Belgique*, Larcier, Brussel, 1940, nrs. 2052 en 2058.

² MAHIEU, M. en BAUDREZ, J., *De Belgische advocatuur*, Kuurne, Leieland, p. 444.

Hetzelfde geldt voor de vergissingen begaan in pleidooien, zelfs indien zij het verlies van het proces meebrengen. Het is mogelijk dat onder druk van de Amerikaanse rechtspraak ook hier een evolutie op til is, doch voorlopig is het nog zo.

22. U stelt dat op strafrechtelijk gebied, de advocaat die zijn cliënt een oplossing aanraadt die een misdrijf inhoudt, hierdoor onmisbare hulp verleent tot het plegen van een misdrijf.

23. Om te beginnen wens ik de aandacht erop te vestigen dat in België de advocaat niet het monopolie van consultatie bezit, zodat in uw stelling niet alleen de advocaat, maar elke burger – dus eventueel ook de magistraat – die een dergelijke raad geeft, zouden kunnen worden vervolgd. Ik stel mij echter de vraag of in de praktijk een vervolging op deze grond althans t.o.v. een advocaat haalbaar is.

24. Er moet echter een duidelijk onderscheid gemaakt worden tussen de raadgeving, waarbij de advocaat de verschillende mogelijkheden – zelfs het plegen van een nieuw misdrijf – aan zijn cliënt uitlegt, en waarbij mijns inziens de advocaat niets ten laste kan worden gelegd, en het werkelijk uitoefenen van druk op de cliënt om een nieuw misdrijf te plegen (bv. het afleggen van een valse eed).

25. Bovendien moet erop gewezen worden dat, als de door U geponeerde stelling doorgetrokken wordt, elke professor of assistent strafrecht het risico loopt zich medeplichtig te maken aan misdrijven. Zijn zij het niet die de studenten het onderscheid leren tussen wat strafbaar is en wat niet? Zijn hun werken en die der andere rechtsgeleerden niet in boekvorm te verkrijgen, zodat elke misdadiger hetzelfde wat de advocaat uitlegt op zijn consultatie, zij het in een meer gecondenseerde vorm, vrij kan kopen in de boekhandel?

Brengt derhalve het louter uiteenzetten van hetgeen strafbaar is, en het risico dat men loopt indien men het doet, de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de raadgever mee? Meent u niet de theoretische beschouwingen wat te ver door te trekken?

26. Ten slotte rijst nog het probleem van het bewijs, waarover de rechter ten gronde moet oordelen.

Wij weten allemaal dat de briefwisseling tussen advocaat en cliënt vertrouwelijk is en niet bij het dossier mag worden gevoegd. Onder meer daarom is de tussenkomst van de stafhouder bij huiszoeking in het kantoor van de advocaat zo belangrijk.

Is echter ook het *gesprek* tussen advocaat en cliënt niet evenzeer door vertrouwelijkheid gedekt? Met andere woorden, hoe kan het bewijs geleverd worden van het feit dat een advocaat zijn cliënt zou hebben aangezet een misdrijf te plegen als zowel van de briefwisseling als van het gesprek geen gewag mag worden gemaakt in het strafdossier?

Wanneer derhalve een beklaagde aan de onderzoeksrechter zou verklaren dat zijn advocaat hem de raad gegeven heeft een bepaald misdrijf te plegen, dan mag mijns inziens op grond van die verklaring alleen het onderzoek in die richting niet voortgezet worden en is het overbodig de advocaat daarover te ondervragen, daar de advocaat zwijgplicht heeft op grond van zijn beroepsgeheim en de door de beklaagde gedane verklaring gedekt is door het beroepsgeheim.

De advocaat heeft echter die zwijgplicht niet tegenover zijn stafhouder van de raad van de Orde, waar hij gehouden is alle uitleg te verstrekken. Daarom trouwens kunnen verklaringen afgelegd in het kader van een tuchtonderzoek en waarvan de procureur-generaal aldus kennis krijgt, door

deze laatste niet aangewend worden in strafrechtelijke zaken noch tegen de advocaat, noch tegenover derden (Cass., 3 juni 1976, *J.T.*, 1976, 644, *Pas.*, 1976, I, 1070).

27. Anders is het natuurlijk wanneer de advocaat daadwerkelijk hulp verstrekt heeft door het overhandigen van stukken, sleutels, adressen, enz., zijnde zaken die niet onder de vertrouwelijkheid vallen. Naar deze stukken kan uiteraard wel een onderzoek ingesteld worden.

28. U besluit met te stellen dat een advocaat die aan de cliënt het plegen van een misdrijf aanraadt, geacht wordt het ongeoorloofde karakter van de aangeraden daden te kennen en dat onoverkomelijke dwaling door hem, als man van het vak slechts zeer zelden zal kunnen worden ingeroepen, terwijl goede trouw onvoldoende zou zijn om het wettelijk vermoeden van de kennis van de wet te weerleggen.

29. Nochtans, waarde confrater, hoe vergist u zich. In een recent arrest van het Hof van Beroep te Gent – weliswaar in een burgerlijke zaak – was het Hof de mening toegedaan dat de advocaat wel misleid kan zijn – in casu door het reglement van zijn eigen Orde – wat voor hem een onoverkomelijke dwaling uitmaakte, zodat zijn vordering tot nietigverklaring van een arbitragebeslissing betreffende honorarium gegrond werd verklaard, zeer tot schade van de cliënt want de Brugse Arbitragekommissie had het honorarium gevoelig verminderd (Hof Gent, 14e kamer, 22 maart 1988). Het Hof verwierp zelfs het bezwaar dat de exceptio niet in limine litis was opgeworpen.

Aldus bestaat er thans rechtspraak dat de advocaat niet langer geacht wordt de wet te kennen.

Reeds in 1798 schreef echter Jeremy Bentham: «Rechters zijn de enige mensen in wie onbekendheid met de wet niet bestraft wordt.»

Uit het aangehaalde arrest van het hof van beroep en het gezegde van Jeremy Bentham blijkt derhalve dat het adagium «*nemo censetur ignorare legem*» alleen nog geldt voor niet-juristen...!

30. Ik wil besluiten met enkele korte beschouwingen over het beroep van de advocaat.

De laatste weken hebben de media veel aandacht besteed aan de gerechtelijke wereld in het algemeen en aan de toekomst van de advocaat in het bijzonder.

De werking van de Belgische Nationale Orde is daar zeker niet vreemd aan, maar meer nog wordt alles gesteld in het licht van het nakende wonderjaar 1992, dat eigenlijk pas begint op 1 januari 1993.

31. In een veelgelezen doch weinig besproken artikel over de advocaat in 1992, wordt gesteld: «De grondpijlers van de Belgische advocatuur zijn de deontologie en het monopolie», met daarop als vraag: «Kunnen deze samengaan met het opengooien van de grenzen?»

32. Allereerst is het onjuist te beweren dat de advocatuur in België een monopolie heeft. Het monopolie van het pleidooi moet aan bepaalde rechtbanken gedeeld worden met afgevaardigden van beroepsorganisaties. Het monopolie van consult bestaat helemaal niet. Vandaar het groot aantal lieden die zich geroepen voelen om, zonder enige burgerlijke of strafrechtelijke beroepsaansprakelijkheid, meestal slechte raad te geven. Erger is dat de Balie geen verhaal heeft tegen deze praktijken, die zeker de rechtzoekende niet dienen.

Aldus kennen we gevallen van gewezen advocaten, geschrapt van het tableau wegens zware inbreuken, die gebruik maken van hun titel van doctor in de rechten, om goedge-

lovinge en onwetende mensen allerlei raad te geven, en zelfs dagvaardingen en conclusies opstellen, en het volledig door hem afgewerkt dossier aan een meestal jong advocaat voor pleidooien doorgeven, waarbij zijzelf een oncontroleerbaar loon vorderen en de jonge advocaat — om den brode — voor een schaars deeltje van de koek de volledige verantwoordelijkheid van het dossier draagt.

Helaas kan de Raad van de Orde alleen maatregelen treffen tegen de confrater, terwijl de oorzaak van het kwaad onaangeroerd blijft.

Er bestaat immers geen monopolie. Noch burgerlijk noch strafrechtelijk kan opgetreden worden.

Ik zie dan ook niet in waar het bewust artikel, dat zichzelf au sérieux neemt, het haalt om dat — niet bestaande — monopolie alsdan tegen buitenlandse concurrentie aan te halen.

35. Blijft, steeds volgens bewust artikel, de deontologie. Er wordt verondersteld dat we hoofdzakelijk vanuit het Noorden een invasie van advocaten mogen verwachten. Ook blijkt — we wisten het uiteraard niet — dat de Nederlandse advocaten een pak meer geld verdienen dan de Belgische confraters.

Als we het artikel mogen geloven, houden onze Nederlandse vrienden er blijkbaar een andere deontologie op na, aangezien moeilijk aanvaard kan worden dat zij enige interesse zouden hebben voor vestiging van kantoren in een land waar reeds 1 advocaat op 1200 inwoners te vinden is (tegen 1 op $\pm$ 2.500 in Nederland), waar anders dan in Nederland nagenoeg geen tarifiering bestaat, waar de honoraria gevoelig lager blijken te liggen en waar bovendien de fiscaliteit zeer zwaar is.

Ik stelde er prijs op van op deze tribune er de speciale aandacht van onze vele aanwezige Nederlandse confraters op te vestigen dat er in die omstandigheden in dit land helemaal, maar dan helemaal niets te rapen valt... Tenzij, ... tenzij door binnendringen op de Belgische markt zowel de wetgeving betreffende monopolie, tarifiering van kosten en honorarium ten laste van de verliezende partij, als die betreffende

interdisciplinaire vennootschap, en dies meer, ook in België ingang zou vinden.

36. Wel positief is dat, in het kader van het zich opstellen van de advocatuur tegenover het publiek, de Nationale Orde het principe van de voorkeurmateries goedgekeurd heeft. De balies beslissen zelf of ze al dan niet toetreden tot het systeem.

De Balie te Brugge zal zich derhalve eerstdaags uitspreken over de al dan niet toepassing van dit reglement. Ik hoop dat we niet ten achteren zullen blijven t.o.v. de grotere balies en dat we het bv. niet zullen moeten beleven dat een Brugse advocaat niet mag vermelden dat zijn voorkeur (en dus ook zijn speciale kennis) gaat naar het maritiem recht, terwijl de Antwerpse confrater dit wel zou mogen, wat uiteraard het bekende meerderwaardigheidsgevoel van de Antwerpse confraters nog meer zou stimuleren.

37. Hopelijk vindt het Parlement eerstdaags ook de tijd om zich uit te spreken over het wetsontwerp op de multidisciplinaire vennootschappen en kan het voorstel van de Franstalige Orde van Advocaten te Brussel betreffende de verhaalbare gerechts- en salariskosten ook nog vóór 1992 wet worden.

38. Dan blijft er toch nog die deontologie waarvan de Europese code, al is hij ver van volmaakt, voltooid is. En het is juist op basis van deze deontologie, een der pijlers van ons beroep, die waarbij de rechtzoekende het meest belang heeft, dat we samen, confrater Arnou, niettegenstaande onze mogelijke strafrechtelijke beroepsaansprakelijkheid zowel als advocaat als die van stafhouder, maandag aanstaande weer verschijnen voor die charmante magistratuur, die Vrouwe Justitia is, met overtuiging pleiten, haar zullen citeren uit hetgeen voor mij conclusies zijn en voor u uw liefdesbrieven, en niet alleen diep in het eigen hart gaan kijken, zoals u hebt gedaan bij de behandeling van uw onderwerp, maar haar diep in de ogen kijken en met overtuiging zeggen: «Trust me, I'm a lawyer.»

RECHTSPRAAK

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER — 17 OKTOBER 1988

Voorzitter-rapporteur: de h. Bosly

Advocaat-generaal: mevr. Liekendael

Advocaat: mr. Dassel

Arbeidsongeval — Verzekering — Blijvende arbeidsongeschiktheid minder dan 10% — Rentekapitaal — Storting aan Fonds voor Arbeidsongevallen — Oorzaak — Onverschuldigde betaling — Begrip

De oorzaak van en het recht van het Fonds voor Arbeidsongevallen op de storting, door de arbeidsongevallenverzekeraar, van het rentekapitaal betreffende een blijvende arbeidsongeschiktheid van minder dan 10% vinden hun oorsprong in de vervulling van de in art. 51bis, A.O.W. gestelde wettelijke vereisten, inzake de ongevallen gebeurd vóór 1

januari 1988, nl. het bestaan van een dergelijke ongeschiktheid bij het verstrijken van de herzieningstermijn.

De omstandigheid dat de getroffen, door een oorzaak los van het arbeidsongeval, overleden is na het verstrijken van de herzieningstermijn maar vóór het verstrijken van de periode waarbinnen de arbeidsongevallenverzekeraar de storting van het rentekapitaal diende te verrichten, heeft niet tot gevolg dat de aan het Fonds gedane storting een terugvorderbare onverschuldigde betaling uitmaakt.

N.V. A. t/ Fonds voor Arbeidsongevallen

Gelet op het bestreden arrest, op 28 april 1986 door het Arbeidshof te Brussel gewezen;

Over het middel: schending van de artikelen 24 (als gewijzigd bij artikel 1 van het koninklijk besluit nr. 39 van 31 maart 1982), 45, eerste en derde lid (als gewijzigd bij artikel 6 van het koninklijk besluit nr. 39 van 31 maart 1982), 51bis,

eerste en tweede lid (als gewijzigd bij artikel 1 van het koninklijk besluit nr. 212 van 26 september 1983), 58, § 1, 11° (als gewijzigd bij artikel 7 van het koninklijk besluit nr. 39 van 31 maart 1982), 59, 10° (als gewijzigd bij artikel 8 van het koninklijk besluit nr. 39 van 31 maart 1982), 60, inzonderheid tweede lid, van de Arbeidsongevallenwet van 10 april 1971, 5 van het koninklijk besluit nr. 39 van 31 maart 1982 tot wijziging van de Arbeidsongevallenwet van 10 april 1972, 1 van het koninklijk besluit van 30 maart 1982 houdende uitvoering van artikel 42, tweede lid, van de Arbeidsongevallenwet van 10 april 1971, 4 van het koninklijk besluit nr. 212 van 26 september 1983 tot wijziging van de Arbeidsongevallenwet van 10 april 1971, 1376, 1377, 1980 en 1983 van het Burgerlijk Wetboek ;

doordat het arrest, — na erop te hebben gewezen : 1. dat de arbeidsongevallenverzekeraar in wiens rechten eiseres thans is getreden, op 31 december 1982 aan het Fonds voor Arbeidsongevallen op grond van artikel 51bis van de Arbeidsongevallenwet van 10 april 1971, een kapitaal van 788.055 frank had gestort, dat in beginsel was bedoeld voor een rente waarop een werknemer, die op 25 september 1978 door een arbeidsongeval was getroffen, normaal recht had bij het verstrijken van de herzieningstermijn, bedoeld in artikel 72 van de genoemde wet, dat is op 2 oktober 1982, wegens een blijvende arbeidsongeschiktheid van 8% en derhalve minder dan 10%; 2. dat de arbeidsongevallenverzekeraar op 3 januari 1983 heeft vernomen dat de getroffene sedert 23 december 1982 was overleden, welk overlijden echter geen verband hield met het arbeidsongeval van 1978, en 3. dat de arbeidsongevallenverzekeraar, nu hij oordeelde dat verweerder dat kapitaal ten onrechte had ontvangen, de terugbetaling ervan vorderde-, met bevestiging van het vonnis a quo, de rechtsvordering van de arbeidsongevallenverzekeraar afwijst (...)

Overwegende dat uit het arrest blijkt dat eiseres, de arbeidsongevallenverzekeraar, bij verweerder op 31 december 1982 een bedrag van 788.055 frank heeft gestort, zijnde het rentekapitaal waarop een werknemer recht had, wiens blijvende arbeidsongeschiktheid ten gevolge van een arbeidsongeval definitief op 8% is vastgesteld sedert 2 oktober 1982, datum waarop de bij artikel 72 van de Arbeidsongevallenwet van 10 april 1971 vastgestelde herzieningstermijn van drie maanden was verstreken ; dat eiseres, nu zij op 3 januari 1983 vernam dat die werknemer op 23 december 1982 was overleden, «zonder dat dit enig verband hield met het arbeidsongeval», oordeelde dat zij het kapitaal van de rente ten onrechte had gevestigd en tegen verweerder een vordering tot terugbetaling van het onverschuldigd betaalde instelde ;

Overwegende dat, zo bij het verstrijken van de herzieningstermijn van drie jaar bedoeld in genoemd artikel 72, de rente, zoals te dezen, naar een graad van blijvende arbeidsongeschiktheid van minder dan 10% wordt berekend, artikel 51bis van dezelfde wet, zoals het toen van kracht was, de verzekeraar ertoe verplichtte het rentekapitaal bij het Fonds voor Arbeidsongevallen te storten in de loop van de eerste maand na het kwartaal dat volgt op het verstrijken van de bij artikel 72 bepaalde termijn ;

Overwegende dat een betaling alleen onverschuldigd is als zij zonder oorzaak is ;

Dat, te dezen, de betaling van het rentekapitaal door eiseres aan verweerder haar oorzaak in de wet vond ; dat, in gevolge voornoemd artikel 51bis, de schuld van de verzekeraar aan het Fonds voor Arbeidsongevallen bestond zodra de wettelijke vereisten waren vervuld, te weten, enerzijds, de vaststelling van de blijvende arbeidsongeschiktheid op een graad van minder dan 10%, anderzijds, het verstrijken van de herzieningstermijn van drie jaar ; dat de bepaling van genoemd artikel 51bis tot vaststelling van het tijdperk van betaling niets te maken heeft met het bestaan van de schuld en haar eisbaar karakter niet beïnvloedt ;

Dat daaruit volgt dat het arbeidshof, door te beslissen dat verweerders recht bij het verstrijken van de herzieningstermijn was ontstaan, en door bijgevolg eiseres de terugbetaling van het gestorte kapitaal te weigeren, geen van de in het middel aangewezen wettelijke bepalingen heeft geschonden ;

(...)

NOOT — Ingevolge de artt. 15 en 36 K.B. nr. 530 van 31 maart 1987 (*Staatsbl.*, 16 april 1987) geldt art. 51bis A.O.W. enkel nog voor de ongevallen gebeurd vóór 1 januari 1988.

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER — 17 OKTOBER 1988

Voorzitter-rapporteur : de h. Bosly

Advocaat-generaal : mevr. Liekendael

Advocaten : mrs. Draps en Simont

Arbeidsongeval — 1. Verjaring — Vordering tot betaling van vergoedingen — Vordering tot herziening — Openbare orde — 2. Herziening — Termijn — Aanvang

1. De bepalingen betreffende de verjaring van de vordering tot betaling van vergoedingen ter zake van een arbeidsongeval, inclusief de bepalingen houdende vaststelling van de aanvang van de vordering tot herziening van die vergoedingen en die tot vaststelling van de duur van termijn ervan, raken de openbare orde.

2. De vordering tot herziening kan worden ingesteld binnen drie jaar volgend op de dag dat de arbeidsongeschiktheid een blijvend karakter vertoont. Die dag wordt o.m. vastgesteld bij een in kracht van gewijsde gegane beslissing.

S. t/ Gemeenschappelijke verzekeringskas D.

Gelet op het bestreden arrest, op 12 maart 1984 door het Arbeidshof te Brussel gewezen ;

...

Overwegende dat het (bestreden) arrest erop wijst dat het vonnis van 14 november 1978 verweester veroordeelt om aan eiser, getroffene van een ongeval op de weg naar en van het werk, wettelijke vergoedingen te betalen op basis van een blijvende ongeschiktheid van 9% ;

Overwegende dat de bepalingen van de Arbeidsongevallenwet van 10 april 1971 betreffende de aan de getroffene verschuldigde schadeloosstelling de openbare orde raken ; dat derhalve, ongeacht de berusting van partijen in het vonnis van 14 november 1978, die berusting nietig is ;

...

Overwegende dat de bepalingen betreffende de verjaring van de vordering tot betaling van vergoedingen ter zake van een arbeidsongeval, met inbegrip van de vordering tot herziening van die vergoedingen, de openbare orde raken ;

Dat zowel de bepaling van artikel 24 van de Arbeidsongevallenwet van 10 april 1971 houdende vaststelling van de aanvang van de termijn tot indiening van de herzieningsvordering, als die van artikel 72 van die wet houdende vaststelling van de duur van die termijn, de openbare orde raken ;

...

Overwegende dat artikel 72 van de Arbeidsongevallenwet van 10 april 1971 bepaalt dat de vordering tot herziening die, zoals te dezen, gegrond is op een wijziging van het verlies van arbeidsongeschiktheid van de getroffenene ten gevolge van het ongeval, kan worden ingesteld binnen drie jaar die volgen op de datum van de in artikel 24 van de wet bedoelde beslissing ; dat volgens dat artikel de dag waarop de ongeschiktheid een blijvend karakter vertoont, onder meer wordt vastgesteld bij een in kracht van gewijsde gegane beslissing ;

Dat het arrest, dat beslist dat de termijn om de vordering tot herziening in te stellen verstreken was op 14 november 1981, de aanvang van die termijn vaststelt op de dag van de uitspraak van het vonnis van 14 november 1978 en niet op de dag waarop die beslissing in kracht van gewijsde zou zijn gegaan ;

Dat het aldus de artikelen 24 en 72 van de Arbeidsongevallenwet van 10 april 1971 schendt ;

(...)

NOOT – Wat betreft punt 2, cf. o.a. Cass., 4 juni 1984, R.W., 1984-85, 1776, met noot van K. Van Bulck.

HOF VAN CASSATIE

1^{ste} KAMER – 28 OKTOBER 1988

Voorzitter : de h. Caenepeel

Raadsheer-rapporteur : de h. Rauws

Advocaat-generaal : de h. Declercq

Advocaten : mrs. De Sutter en Claeys Bouaert

Inkomstenbelastingen – Meerwaarde – Vrijstelling

Wanneer de rechter vaststelt dat een meerwaarde door de belastingplichtige als winst van het boekjaar is behandeld, verantwoordt hij naar recht de beslissing dat de «onaantastbaarheidsvoorwaarde» gesteld door art. 105 W.I.B., niet is vervuld.

N.V. M. t/ Belgische Staat

Gelet op het bestreden arrest, op 23 december 1986 door het Hof van Beroep te Gent gewezen ;

(...)

Over het derde middel : schending van de artikelen 97 van de Grondwet, 105 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen, 1319, 1320 en 1322 van het Burgerlijk Wetboek ;

doordat het arrest – na te hebben gezegd dat eiseres aanvoert dat de in het jaar 1974 verwezenlijkte winst, welke uitsluitend te danken is aan de meerwaarde verwezenlijkt bij

de verkoop van de bedrijfsgebouwen te Ledeberg, werd herbelegd in een streek die werd erkend als probleemgebied, en dat zulks moet leiden tot vrijstelling van belasting, en dat de administratie niet betwist dat artikel 9 van het koninklijk besluit van 4 maart 1965 tot uitvoering van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen toepassing had kunnen vinden, en na te hebben gezegd dat niet betwist wordt dat de verwezenlijkte meerwaarde gedeeltelijk werd aangewend tot de aanzuivering van het boekhoudkundig verlies over het aanslagjaar 1974, maar dat eiseres weliswaar stelt dat de vrijstelbare meerwaarde geenszins heeft gediend voor de berekening van de jaarlijkse dotatie van de wettelijke reserve of van enigerlei beloning of toekenning, en na tevens te hebben gezegd dat, zo de administratie voor het monetair gedeelte van de verwezenlijkte meerwaarde heeft aanvaard dat de voorwaarden van artikel 105 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen zouden zijn nageleefd, zulks niet tegen haar kan worden opgeworpen in het onderhavige geschil, daar een eventuele toegeeflijkheid of vergissing van de administratie voor de belastingplichtige geen rechten kan scheppen voor andere geschillen dan dat waarop de beslissing betrekking had – tot het besluit komt dat aan de voorwaarde van onaantastbaarheid gesteld in artikel 105 van gezegd wetboek niet is voldaan, op grond : dat uit de voorgebrachte stukken niet blijkt dat het bedrag van de meerwaarde in de balans per 31 december 1974 op een of meer afzonderlijke rekeningen van het passief werd geboekt of afzonderlijk werd vermeld in de fiscale aangifte, dat het batig saldo van het boekjaar 1974 werd overgedragen in een rekening «overgedragen resultaten» en dat deze post in de eindbalans van het jaar 1975 werd samengevoegd met de post «reserves», alsmede dat de verkregen meerwaarde heeft gediend voor het bepalen van het boekhoudkundig resultaat over het jaar 1974 en dat over de overgedragen resultaten vrij kon worden beschikt door de algemene vergadering, en dat ten slotte door de eiseres ook geen bewijs wordt aangebracht van de wederbelegging van de verkregen prijs ;

terwijl, eerste onderdeel, (...)

tweede onderdeel, artikel 105 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen als fundamentele voorwaarde inhoudt dat de vrijstelbare meerwaarde in het vermogen van de vennootschap blijft en dus niet door de vennootschap als winst behandeld wordt door als grondslag te dienen voor de berekening van de jaarlijkse dotatie van de wettelijke reserve of van enigerlei beloning of toekenning, en de vrijstelling slechts verloren gaat in zoverre de meerwaarde aangetast wordt en slechts in diezelfde mate, waarbij uit de gegevens van het dossier afdoende blijkt dat slechts een gedeelte van de meerwaarde werd aangewend tot aanzuivering van het verlies, dat praktisch volledig werd veroorzaakt door de wettelijke toepassing van afschrijvingen op het voorwerp van de wederbelegging, namelijk de vastliggende activa te Zele, terwijl het overschot aan meerwaarde, groot 1.039.503 frank, enige cijferbasis van de discussie, werd overgeboekt naar het passief van de balans en aldaar ook het volgende jaar integraal onder de reserverekening voorkomt, waaruit afdoende blijkt dat de meerwaarde (het gedeelte van 1.039.503 frank) niet heeft gediend voor de berekening van de jaarlijkse dotatie van de wettelijke reserve noch van enigerlei beloning of toekenning ; artikel 105 van gezegd wetboek, waar het spreekt van het boeken der meerwaarde op één of meer afzonderlijke rekeningen van het passief, geen nadere voor-

waarden bevat nopens de juiste wijze of benaming of presentatie van deze boeking in het passief, en alleen beoogt dat in de opeenvolging van boekjaren uit de balans en rekeningen kan blijken en kan worden nagegaan dat de meerwaarde nog steeds in het vermogen van de vennootschap aanwezig is, waarbij de boeking onder de term «reserves en overgedragen resultaten» voldoet aan de voorwaarden van het artikel 105, aangezien zij het in concreto mogelijk maakt vast te stellen en te achterhalen dat de meerwaarde onaangetast is gebleven, zodat de administratie terecht kon aanvaarden dat de onaantastbaarheidsvoorwaarde van artikel 105 van het Wetboek van de Inkomstenbelasting vervuld was met betrekking tot het monetair gedeelte, dat echter aan geen andere voorwaarden onderworpen was dan het andere gedeelte van de meerwaarde in dit licht, zodat geen onderscheiden houding te verantwoorden is; zodat het arrest slechts met miskenning van artikel 105 van het Wetboek van de Inkomstenbelasting kan oordelen dat de onaantastbaarheidsvoorwaarde niet vervuld was, als zou de algemene vergadering vrij hebben kunnen beschikken over de overgedragen resultaten, en als zou een eventuele toegeeflijkheid of vergissing van de administratie geen rechten kunnen scheppen en niet-tegenwerpelijik zijn, aangezien het niet het kunnen beschikken over de meerwaarde is maar wel het daadwerkelijke beschikken dat de vrijstelling verloren doet gaan, en aangezien het verwijzen naar een eventuele vergissing of toegeeflijkheid van de administratie — zonder te zeggen dat de administratie zich daadwerkelijk heeft vergist of toegeeflijk is geweest — een gebrek aan motivering, minstens een dubbelzinnige motivering uitmaakt van de bestreden beslissing (schending van artikel 97 van de grondwet, wat het gebrek aan motivering betreft, en schending van artikel 105 van het Wetboek van de Inkomstenbelasting, wat het overige van dit onderdeel betreft):

Wat het tweede onderdeel betreft:

Overwegende dat eiseres de toepasselijkheid van artikel 105 van het Wetboek van de Inkomstenbelasting niet betwist;

Overwegende dat het arrest ter zake van de litigieuze gerealiseerde meerwaarde vaststelt: dat ze in de verlies- en winstrekening van het boekjaar 1974 op het credit, dit is als winst, werd geboekt, dat ze niet in het passief van de balans per 31 december 1974 werd opgenomen en gediend heeft om het resultaat van dat boekjaar te bepalen, dat het overgedragen resultaat van dat boekjaar vrij ter beschikking stond van de algemene vergadering van eiseres;

Dat het arrest, dat aldus vaststelt dat de bedoelde meerwaarde door eiseres als winst van het boekjaar 1974 is behandeld, de beslissing dat de «onaantastbaarheidsvoorwaarde» gesteld door artikel 105 van het Wetboek van de Inkomstenbelasting, niet is vervuld, naar recht verantwoordt;

Overwegende dat de in het onderdeel bedoelde overwegingen betreffende de handelswijze van de administratie ten aanzien van het monetaire gedeelte van de litigieuze meerwaarde, zonder invloed zijn op de wettigheid van de beslissing;

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

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER — 7 NOVEMBER 1988

Voorzitter: de h. Soetaert

Raadsheer-rapporteur: de h. Caenepeel

Advocaat-generaal: de h. Lenaerts

Advocaat: mr. Houtekier

Arbeidsovereenkomst — Bediende — Begrip — Monitor van minder-validen — Overwegende werkzaamheid

Uit de vaststelling dat de overwegende werkzaamheid van een werknemer de leiding, begeleiding en opvoeding van minder-validen is, leidt de rechter wettig af dat die werknemer een bediende is.

V.Z.W. S. t/ Van A.

Gelet op het bestreden arrest, op 5 november 1987 door het Arbeidshof te Antwerpen gewezen;

Over het middel: schending van de artikelen 2 en 3 van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten;

(...)

Overwegende dat het arrest vaststelt dat verweerder, als monitor van een groep van ongeveer 25 minder-validen, in het grootste deel van de arbeidstijd «eerder simpele en onbenullige handenarbeid» verrichtte, dat deze arbeid als zodanig niet essentieel was, dat verweerder die arbeid verrichtte als een stimulans voor de minder-validen «als een vorm van groepstherapie» en dat het essentiële en overwegende van zijn taak de leiding, begeleiding en opvoeding van de minder-validen betrof;

Overwegende dat het arrest aldus op onaantastbare wijze in feite de overwegende werkzaamheid van verweerder vaststelt; dat het uit die vaststelling wettig afleidt dat verweerder als bediende dient te worden aangemerkt;

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

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER — 29 NOVEMBER 1988

Voorzitter: de h. Boon

Raadsheer-rapporteur: de h. Holsters

Advocaat-generaal: de h. Tillekaerts

Advocaat: mr. Delaey

Probatie, opschorting en uitstel — Probatieuitstel — Verbintenis van de beklaagde

De vonnisgerechten kunnen, met toepassing van art. 8, § 2, van de wet van 29 juni 1964 betreffende de opschorting, het uitstel en de probatie, onder de voorwaarde bepaald in § 1 van dit artikel, probatieuitstel gelasten, mits de veroordeelde zich verbindt tot naleving van de probatievoorwaarden die het gerecht bepaalt. De verbintenis van de beklaagde is essentieel opdat de rechter wettig probatieuitstel kan gelasten.

M.

Gelet op het bestreden arrest, op 4 februari 1988 door het Hof van Beroep te Gent gewezen;

Over het middel: schending van de artikelen 1 en 8 van de wet van 29 juni 1964 betreffende de opschorting, het uitstel en de probatie;

doordat het arrest het beroepen vonnis bevestigt, met deze wijziging verricht met eenparige stemmen: dat de door de rechtbank verleende gunst van het gewoon uitstel wat de hoofdgevangenisstraf betreft gedurende een termijn van drie jaar, gekoppeld wordt aan volgende voorwaarden: — dat (eiseres) zich verder laat verzorgen door de geneesheer-psychoater van haar keus, dr. L.; — dat zij zich eveneens laat bijstaan door de hulp van de probatieassistent en probatiecommissie en loyaal met hen meewerkt om hun raadgevingen en richtlijnen op te volgen; — dat zij van algemeen goed gedrag is;

terwijl noch uit de procedurestukken noch uit de vermeldingen van het arrest blijkt dat eiseres zich vooraf verbonden heeft tot naleving van de probatievoorwaarden die het gerecht bepaalt en artikel 8, — het probatieuitstel ondergeschikt maakt aan de verbintenis van de veroordeelde tot naleving van de probatievoorwaarden die het gerecht bepaalt:

Overwegende dat het hof van beroep, met toepassing van artikel 8, § 2, van de wet van 29 juni 1964 betreffende de opschorting, het uitstel en de probatie, onder de voorwaarden bepaald in § 1 van dit artikel, probatieuitstel kan gelasten «mits de veroordeelde zich verbindt tot naleving van de probatievoorwaarden die het gerecht bepaalt»;

Overwegende dat de verbintenis van de beklaagde essentieel is opdat de rechter wettig probatieuitstel kan gelasten; dat uit de stukken waarop het Hof vermag acht te slaan niet blijkt dat eiseres zich vooraf tot naleving van de door het hof van beroep bepaalde probatievoorwaarden heeft verbonden;

Dat het middel gegrond is;

Overwegende dat het probatieuitstel een bestanddeel is van de hoofdstraf, zodat de onwettigheid van de beslissing in verband met het probatieuitstel de vernietiging van de gehele veroordeling tot gevolg heeft;

(...)

NOOT — *Opschorting, uitstel en probatie*

1. Uitstel van de tenuitvoerlegging van het vonnis of het arrest, van de hoofdgevangenisstraffen of vervangende straffen, dan wel van een gedeelte ervan kan met toepassing van art. 8 van de wet van 29 juni 1964 worden gelast zonder dat de beklaagde daartoe zijn toestemming dient te geven.

De opschorting van de uitspraak van de veroordeling kan met toepassing van art. 3 van voornoemde wet slechts met instemming van de verdachte worden gelast (Cass., 20 juli 1966, *R.W.*, 1966-67, 1128).

Probatieuitstel door de straf of voor een gedeelte van de straf daarentegen kan slechts worden gelast mits de veroordeelde zich verbindt tot naleving van de probatievoorwaarden die het gerecht bepaalt. Deze verbintenis wordt be-

schouwd als een essentiële voorwaarde omdat een probatiemaatregel zonder effectieve medewerking van de betrokkene als zinloos wordt ervaren.

2. De verbintenis van de veroordeelde kan zowel uit het proces-verbaal van de terechtzitting als uit de rechterlijke beslissing zelf of uit enig ander processtuk blijken, hoofdzaak is dat uit de gegevens blijkt dat de verbintenis is aangegaan.

Indien de veroordeelde de verbintenis tot naleving van de probatievoorwaarden voor de rechter in eerste aanleg heeft aangegaan, dan dient hij deze verbintenis niet te vernieuwen voor de rechter in hoger beroep (cf. Cass., 9 november 1977, *Pas.*, 1978, I, 288).

3. Het blijft controversieel of de beklaagde zich mag laten vertegenwoordigen om zijn instemming te betuigen met de opschorting van de uitspraak dan wel persoonlijk de verbintenis tot naleving van de probatievoorwaarden dient aan te gaan (Corr. Luik, 23 maart 1973, *Pas.*, 1973, III, 47; Hof Antwerpen, 21 juni 1977, *R.W.*, 1977-78, 1262).

We zien niet in waarom de raadsman niet gerechtigd zou zijn de instemming van zijn cliënt met de opschorting ter kennis van het gerecht te brengen of waarom hij geen schriftelijke verklaring van zijn cliënt zou mogen overleggen waaruit de verbintenis tot naleving der probatievoorwaarden blijkt. De rechtbank of het hof van beroep kan alsnog de persoonlijke verschijning van de betrokkene bevelen, overeenkomstig art. 185 Sv., indien dit wenselijk voorkomt.

A. Vandeplas

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER — 2 DECEMBER 1988

Voorzitter: de h. Soetaert

Raadsheer-rapporteur: mevr. Baeté-Swinnen

Advocaat-generaal: de h. D'Hoore

Advocaten: mrs. De Gryse en Claeys Bouuaert

Belasting over de toegevoegde waarde — 1. Verhuring, door een brouwerij, van herbergen met brouwerijcontract — 2. Aftrekregeling

1. Wanneer een brouwerij aan een afnemer van haar producten met wie zij een brouwerijcontract heeft gesloten, een onroerend goed als herberg verhuurt, kan zij niet in aftrek brengen de B.T.W. die zij betaald heeft op leveringen van goederen en diensten in verband met het oprichten, onderhouden en herstellen van de onroerende goederen die zij verhuurt.

2. Wanneer de verhoudingsgewijze berekening van art. 46, § 2, B.T.W.-Wetboek niet wordt toegepast, moet het werkelijk gebruik van de geleverde goederen en verleende diensten in acht worden genomen.

N.V. Brouwerij R. t/ Belgische Staat

Gelet op de bestreden arresten, op 29 september 1986 en 26 maart 1987 door het Hof van Beroep te Gent gewezen;

Over het eerste middel: schending van de artikelen 9, 18 en 45 van het B.T.W.-Wetboek en van artikel 97 van de Grondwet;

doordat de arresten van 29 september 1986 en 26 maart 1987, na onder meer vastgesteld te hebben dat de beroepswerkzaamheid van eiseres bestaat in het brouwen en verkopen van bier, dat eiseres althans wat die activiteiten betreft de hoedanigheid van B.T.W.-belastingplichtige heeft, dat zij evenwel ook eigenares is van talrijke onroerende goederen en gebouwencomplexen die zij verhuurt aan herbergiers voor zover dezen bovendien de verplichting aangaan zich alleen en uitsluitend bij (eiseres) te bevoorraden, beslissen dat de B.T.W. betaald door eiseres – te weten 776.747 frank – met betrekking tot onderhouds-, herstellings-, omvormings- en verbeteringswerkzaamheden en 228.612 frank met betrekking tot oprichtings- en veranderingswerkzaamheden (aan voormelde gebouwen) niet aftrekbaar is als voorbelasting, en de arresten derhalve het hoger beroep van verweerder gegrond verklaren en de oorspronkelijke vordering van eiseres strekkende tot terugbetaling van het bedrag van voormelde B.T.W., verhoogd met interesten en boete, samen 1.207.869 frank, ongegrond verklaren, op grond onder meer van de overwegingen: «dat aftrek van de B.T.W.-belasting mogelijk is voor zover die goederen en diensten gebruikt werden voor het verrichten van 1) handelingen onderworpen aan de belasting (cf. artikel 45, § 1, 1°); met andere woorden het geen handeling betreft die buiten de werkingssfeer vallen; dat (eiseres) moeilijk kan betwisten dat verhuur van onroerende goederen, behoudens enkele door de wet zelf bepaalde uitzonderingen (zoals onder andere onroerende financieringshuur), normaliter buiten de werkingssfeer van de B.T.W.-belasting valt, nu het als zodanig goederen betreft die niet worden bedoeld in artikel 9, § 1 van het wetboek; dat, waar (eiseres) verder zelf benadrukt dat haar huurprijs belachelijk laag is en niets anders is dan een dienst strekkende tot optimale verkoop van dranken, ze niet ernstig kan beweren dat die verhuring een bedrijfsmiddel is nu het koninklijk besluit nr. 3 artikel 6, § 1, dienaangaande alleen goederen in aanmerking neemt; dat, wat de te dezen beoogde aftrek betreft, die uitgaven evenmin gelijk te stellen zijn met door het bedrijfsleven gedragen algemene onkosten wat de fabricage of de distributie betreft van de door (eiseres) vervaardigde bieren; dat, in acht genomen deze beginselen, het reeds duidelijk is dat, de met hoofde van oprichtingskosten gekweten B.T.W.-belastingen, voor zover hieronder verbouwingswerkzaamheden verstaan wordt, zoals ook de belasting geheven op honorariumnota's met betrekking tot enerzijds die oprichtingskosten anderzijds opmetingskosten in verband met de grond, niet zomaar mogen worden afgetrokken, daar die kosten op zichzelf immers betrekking hebben op het verrichten van handelingen die het B.T.W.-Wetboek niet in aanmerking heeft genomen» (arrest van 29 september 1986) en «dat praktisch alle werken verband hielden met onroerende goederen of roerende goederen, onroerend geworden door incorporatie», en derhalve «met toepassing van de hierboven aangehaalde principes vastgesteld in voormeld tussenarrest, de desbetreffende kosten verband houden met het verrichten van handelingen die het B.T.W.-Wetboek niet in aanmerking heeft genomen en de uit hoofde van die kosten gekweten B.T.W. niet mag worden afgetrokken» (arrest van 27 maart 1987);

terwijl, eerste onderdeel, opdat de door de belastingplichtige betaalde voorbelasting aftrekbaar is, artikel 45, § 1, 1°, van het B.T.W.-Wetboek als noodzakelijke doch voldoende voorwaarde stelt dat de belastingplichtige de leveringen en

diensten waarover de belasting is geheven, gebruikt voor het verrichten van handelingen onderworpen aan de belasting; de omstandigheid dat eiseres de onroerende goederen – tot welker oprichting, verandering, verbetering of inrichting de litigieuze diensten en leveringen hebben gediend – verhuurt, niet uitsluit dat die onroerende goederen, en derhalve de daaraan bestede leveringen en diensten, door eiseres worden gebruikt voor het verrichten van belastbare handelingen; nu, zoals te dezen blijkt uit de vaststellingen van de arresten, de bedoelde onroerende goederen verhuurd werden aan herbergiers «voor zover deze bovendien de verplichting aangaan zich alleen en uitsluitend bij (eiseres) te bevoorraden», hieruit volgt dat eiseres die onroerende goederen gebruikte om belastbare handelingen te verrichten, met name het verkopen van dranken – in het bijzonder bier –, zodat de arresten in die omstandigheden niet wettig konden beslissen dat eiseres de B.T.W. betaald op leveringen en diensten met betrekking tot de oprichting, instandhouding, verfraaiing of uitrusting van die onroerende goederen niet als voorbelasting mocht aftrekken van de door haar geïnde B.T.W. – om reden onder meer dat de desbetreffende kosten verband houden met het verrichten van handelingen die het B.T.W.-Wetboek onder meer in de artikelen 9 en 18 niet in aanmerking heeft genomen – en derhalve de oorspronkelijke vordering van eiseres op onwettige wijze afwijzen (schending van artikel 45, inzonderheid 45, § 1, 1°, van het B.T.W.-Wetboek en van de artikelen 9 en 18 van hetzelfde wetboek);

Wat het eerste onderdeel betreft:

Overwegende dat de appelrechters vaststellen dat: 1. de beroepswerkzaamheid van eiseres bestaat in het brouwen en verkopen van bier, maar eiseres ook eigenares is van talrijke onroerende goederen en gebouwencomplexen die zij verhuurt aan herbergiers voor zover dezen bovendien de verplichting aangaan zich alleen en uitsluitend bij eiseres te bevoorraden; 2. niet betwist wordt dat eiseres, althans wat betreft het brouwen en verkopen van bier, een belastingplichtige is die geregeld en zelfstandig leveringen van goederen of diensten verricht die in het B.T.W.-Wetboek zijn omschreven; 3. het geschil tussen partijen ontstaan is wegens de door eiseres gedane aftrek van B.T.W. die met name betrekking heeft op de oprichting van, en onderhouds- en herstellingswerken uitgevoerd aan, gebouwen die door eiseres verhuurd werden als gezegd sub 1, alsmede op honorariumnota's betreffende oprichtingskosten van complexen of gebouwen dienstig voor die onroerende verhuring en opmetingskosten in verband met grond;

Overwegende dat, naar luid van artikel 45, § 1, 1°, van het B.T.W.-Wetboek, de belastingplichtige op de belasting die hij verschuldigd is ter zake van de door hem verrichte leveringen en diensten, in aftrek mag brengen de belasting geheven van de aan hem geleverde goederen en diensten en van de door hem ingevoerde goederen, voor zover hij die goederen en diensten gebruikt voor het verrichten van handelingen onderworpen aan de belasting;

Overwegende dat, blijkens de vaststellingen van het arrest, de ter zake aan die belasting onderworpen handelingen zijn de leveringen van goederen en de diensten, die eiseres verricht in de uitoefening van haar beroepswerkzaamheid, te weten het brouwen en verkopen van bier en dranken;

Overwegende dat eiseres de aan haar geleverde goederen en verleende diensten voor het oprichten, onderhouden en

herstellen van gebouwen, volgens het arrest niet gebruikt voor het verrichten van de voormelde handelingen die onderworpen zijn aan de belasting, maar wel voor het leveren van het gebruik en het genot van de in huur gegeven onroerende goederen ;

Dat zodanige handeling niet onderworpen is aan de B.T.W., nu het voornoemde gebruik en genot betrekking heeft op goederen die niet worden bedoeld in artikel 9, § 1, van het B.T.W.-Wetboek, terwijl, ingevolge artikel 18 van hetzelfde wetboek, de verhuur van onroerende goederen als te dezen bedoeld, als dienst vooralsnog buiten de werkingsfeer van de B.T.W. valt ;

Dat immers luidens artikel 18, § 3 van voornoemd wetboek de verhuur van andere onroerende goederen voor nijverheids- of handelsdoeleinden dan die welke het voorwerp zijn van een contract als bedoeld in § 2, dit is de zogenaamde onroerende leasing, als dienst wordt aangemerkt in de door de Koning te bepalen gevallen en onder de door Hem te stellen voorwaarden ; dat, bij ontstentenis van zulk een koninklijk besluit, die bepaling tot op heden zonder uitwerking is gebleven, waaruit volgt dat de verhuur van onroerende goederen door eiseres, hoewel ze geschiedt in het kader en ter bevordering van haar beroepswerkzaamheid, niet kan worden aangemerkt als een in het B.T.W.-Wetboek omschreven handeling ;

Dat ten slotte, anders dan het middel betoogt, de tekst van voormeld artikel 18 geen onderscheid toelaat naar de verdere opzet die aan de verhuur ten grondslag ligt ;

Overwegende dat de appelrechters derhalve wettig beslissen dat eiseres niet in aftrek mag brengen de B.T.W. die zij betaald heeft op leveringen van goederen en diensten in verband met het oprichten, onderhouden en herstellen van de onroerende goederen die zij verhuurt ;

Dat het onderdeel faalt naar recht ;

...

Over het tweede middel: schending van de artikelen 46 van het B.T.W.-Wetboek, 14 van het koninklijk besluit nr. 3 van 10 december 1969, met betrekking tot de aftrekregeling voor de toepassing van de belasting over de toegevoegde waarde, zoals dit artikel luidde vóór het werd opgeheven door het koninklijk besluit van 31 maart 1978, en van de artikelen 97 en 107 van de Grondwet ;

doordat de arresten, na — in het arrest van 29 september 1986 — vastgesteld te hebben dat «(eiseres) een gemengde belastingplichtige is, voor wie een bijzondere wijze van aftrek geldt, hetzij met toepassing van het algemeen verhoudingsgetal, hetzij met inachtneming van het werkelijk gebruik», in het arrest van 26 maart 1987 de subsidiaire stelling van eiseres krachtens welke in dat geval de niet-aftrekbare B.T.W. diende te worden bepaald op 224.313 frank + 22.000 frank boete, als ongegrond afwijzen, en derhalve de oorspronkelijke vordering van eiseres tot terugbetaling van de te veel betaalde B.T.W., boeten en interesten ongegrond verklaren, op grond van de overwegingen dat : «artikel 46, § 1, van het B.T.W.-Wetboek bepaalt dat in het geval van de gemengde belastingplichtige de belasting terzake van de voor zijn werkzaamheid gebruikte goederen en diensten in aftrek wordt gebracht naar verhouding van de breuk gevormd door het bedrag van de handelingen waarvoor de aftrek is toegestaan (teller van de breuk) en het totale bedrag van de beroepshandelingen (noemer van de breuk); de artikelen 12 tot 18 van het koninklijk besluit nr. 3 de bepalingen

met betrekking tot de aftrek volgens het algemeen verhoudingsgetal bevatten ; inzonderheid artikel 14 de toepassing van het verhoudingsgetal uitsluit wanneer het ten minste 98 percent bedraagt ; dit artikel tot gevolg heeft dat geen algemeen verhoudingsgetal wordt toegepast wanneer het tenminste 98 percent bedraagt, en meteen ook dat de aftrek wordt uitgeoefend met inachtneming van het werkelijk gebruik van de goederen of diensten of een deel ervan ; daar (eiseres) voor de jaren 1971, 1972 en 1973 als een volledig belastingplichtige wordt beschouwd en de uit hoofde van de hierboven bedoelde 'oprichtingskosten» niet aftrekbaar zijn, er geen grond tot terugbetaling van de voorbelasting bestaat» ;

terwijl eerste onderdeel, krachtens artikel 46, § 1, van het B.T.W.-Wetboek als algemene regel geldt dat de gemengde belastingplichtige de B.T.W. ter zake van voor zijn beroepswerkzaamheid gebruikte goederen en diensten in aftrek brengt naar verhouding van de breuk gevormd door het bedrag van de handelingen waarvoor op grond van artikel 45 van het wetboek geen aanspraak op aftrek bestaat en het totale bedrag van de verrichte beroepshandelingen ; artikel 46, § 2, van hetzelfde wetboek bepaalt in welke gevallen alleen de aftrek niet gebeurt op grond van bedoelde verhoudingsgetal, doch met inachtneming van het werkelijk gebruik ; hieruit volgt dat, wanneer artikel 14 van het koninklijk besluit nr. 3 van 10 december 1969 bepaalt dat «het algemeen verhoudingsgetal niet dient te worden toegepast wanneer het ten minste 98 percent bedraagt», dit betekent dat de belastingplichtige de B.T.W. ter zake van in zijn beroepswerkzaamheid gebruikte goederen en diensten volledig in aftrek mag brengen, ongeacht het werkelijk gebruik, nu hij enerzijds ontslagen is van het gebruik van het algemeen verhoudingsgetal en anderzijds zich niet bevindt in een van de in artikel 46, § 2, bepaalde gevallen waarin het algemeen verhoudingsgetal dient te worden vervangen door de aftrek volgens het werkelijk gebruik, zodat de arresten door te beslissen dat, indien het verhoudingsgetal méér dan 98 percent bedraagt — wat te dezen het geval was voor de jaren 1971, 1972 en 1976 — de aftrek van voorbelasting krachtens artikel 14 van het koninklijk besluit nr. 3 dient te geschieden met inachtneming van het werkelijk gebruik, de artikelen 46 van het B.T.W.-Wetboek en 14 van het in het middel aangehaalde koninklijk besluit nr. 3 van 10 december 1969 schendt ;

tweede onderdeel, in zoverre, zoals de arresten beslissen, artikel 14 van het koninklijk besluit nr. 3 van 10 december 1969 voor de gemengde belastingplichtige bij wie het algemeen verhoudingsgetal hoger is dan 98 percent, het gebruik van de aftrekregeling met inachtneming van het werkelijk gebruik voorschrijft, het een in artikel 46 van het B.T.W.-Wetboek niet bepaalde uitzondering op de wettelijke algemene regel van de aftrek volgens het algemeen verhoudingsgetal invoert, en derhalve, krachtens artikel 107 van de Grondwet, wegens strijdigheid met voormeld artikel 46 van het B.T.W.-Wetboek, niet kan worden toegepast, zodat de arresten, door niettemin het in het middel aangehaalde artikel 14 van het koninklijk besluit nr. 3 van 10 december 1969 toe te passen, in zoverre het de aftrek van voorbelasting met inachtneming van het werkelijk gebruik voorschrijft, artikel 107 van de Grondwet schendt ;

...

Wat het eerste en het tweede onderdeel betreft :

Overwegende dat artikel 46, § 1, van het B.T.W.-Wetboek bepaalt : «Wanneer de belastingplichtige in de uitoefening van zijn beroepswerkzaamheid ook andere handelingen verricht dan handelingen waarvoor op grond van artikel 45 aanspraak op aftrek bestaat, wordt de belasting ter zake van de voor die werkzaamheid gebruikte goederen en diensten in aftrek gebracht naar verhouding van de breuk gevormd door het bedrag van de laatstbedoelde handelingen en het totale bedrag van de door de betrokkene verrichte beroepshandelingen»;

Dat deze wetsbepaling niet afdoet aan de regel van artikel 45 van hetzelfde wetboek, maar alleen een wijze van berekening bepaalt ; dat derhalve, voor zover hier van belang, in beginsel alleen in aftrek mag worden gebracht de belasting geheven van de aan de betrokkene geleverde goederen en verleende diensten, voor zover hij die goederen en diensten gebruikt voor het verrichten van handelingen onderworpen aan de belasting ;

Dat ook het koninklijk besluit nr. 3 van 10 december 1969, ter zake nog van toepassing, niet afwijkt van de regel van artikel 45 van het wetboek, maar in artikel 12 de breuk nader bepaalt, overeenkomstig artikel 46 van het wetboek, met als teller, anders dan het middel stelt, het totaal bedrag vastgesteld per kalenderjaar van de handelingen waarvoor aanspraak op aftrek bestaat ; dat artikel 14 van het genoemde koninklijk besluit, dat de verhoudingsgewijze berekening uitsluit wanneer de breuk ten minste 98 percent is, alleen die gevallen beoogt waarin de handelingen waarvoor aanspraak op aftrek bestaat, 98 percent uitmaken van het totaal bedrag van de als noemer van de breuk in aanmerking te nemen beroepshandelingen ;

Dat aan het vorenstaande niet afdoet dat de minister krachtens artikel 46, § 2, van het Wetboek in individuele gevallen kan of moet afwijken van de berekeningsregel van artikel 46, § 1 ;

Dat derhalve, wanneer de verhoudingsgewijze berekening van artikel 46, § 2, niet wordt toegepast, het werkelijk gebruik van de geleverde goederen en verleende diensten in acht moet worden genomen ;

Dat de onderdelen falen naar recht ;
(...)

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER – 5 DECEMBER 1988

Voorzitter : de h. Soetaert

Raadsheer-rapporteur : de h. Marchal

Advocaat-generaal : de h. Lenaerts

Advocaat : mr. Bützler

Arbeidsovereenkomst – Overeenkomst voor een bepaalde tijd – Schriftelijke vaststelling – Tijdstip waarop de werknemer in dienst treedt – Begrip

Art. 9 W.A.O., dat bepaalt dat een arbeidsovereenkomst voor een bepaalde tijd schriftelijk moet worden vastgesteld uiterlijk op het tijdstip waarop de werknemer in dienst treedt, verhindert niet dat die vaststelling plaatsheeft tijdens

de uitvoering van een vorige arbeidsovereenkomst tussen partijen.

N.V. E. t/ Van H.

Gelet op het bestreden arrest, op 20 oktober 1987 door het Arbeidshof te Brussel gewezen ;

Overwegende dat, krachtens artikel 9 van de Arbeidsovereenkomstenwet, de arbeidsovereenkomst voor een bepaalde tijd voor iedere werknemer afzonderlijk schriftelijk moet worden vastgesteld, uiterlijk op het tijdstip waarop de werknemer in dienst treedt ; dat hiermee enkel wordt bedoeld dat de schriftelijke vaststelling moet worden gedaan voordat de uitvoering van de arbeidsovereenkomst voor een bepaalde tijd een aanvang neemt ; dat die vaststelling tijdens de uitvoering van een vorige arbeidsovereenkomst tussen partijen kan plaatshebben ;

Overwegende dat het arrest beslist dat voormeld voorschrift te dezen niet werd nageleefd, op grond dat partijen de arbeidsovereenkomst voor een bepaalde tijd schriftelijk vaststelden terwijl zij door een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, die door eiseres beëindigd was, gebonden waren ;

Dat het arrest artikel 9 van de Arbeidsovereenkomstenwet schendt ;
(...)

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 9 DECEMBER 1988

Voorzitter-rapporteur : de h. Janssens

Advocaat-generaal : de h. du Jardin

Advocaten : mrs. Nelissen Grade, Houtekier en Bützler

Pacht – Recht van voorkoop – Verkoop van het verpachte goed uit de hand – Kennisgeving

Wanneer de instrumenterende notaris, bij een verkoop van het verpachte goed uit de hand, de in art. 48, I, vijfde lid, Pachtwet bedoelde kennisgeving meer dan een maand na de registratie heeft gedaan, is de sanctie dat de verjaringstermijn van drie maanden om de vordering tot naasting en indeplaatsstelling en de vordering tot schadeloosstelling in te stellen pas loopt vanaf de dag van de kennisgeving.

C. t/ B. e.a.

W. t/ B. e.a.

Gelet op het bestreden vonnis, op 8 september 1986 in hoger beroep gewezen door de Rechtbank van Eerste Aanleg te Turnhout ;

Overwegende dat de voorzieningen gericht zijn tegen hetzelfde vonnis en dienen te worden samengevoegd ;

Over het middel in beide zaken : schending van de artikelen 48, inzonderheid 48.1, vijfde lid, 51, inzonderheid vierde lid, en 57 van de Pachtwet van 4 november 1969 ;

doordat het bestreden vonnis, met verwijzing naar de uitspraak van de eerste rechter wat betreft de nauwkeurige

omschrijving van het onderwerp van de vordering en het procesverloop, vaststelt dat de vordering van de verweerders werd ingeleid op 15 april 1985, meer dan drie maanden na de kennisgeving door eiser (in de zaak nr. 5698) en alvorens twee jaar waren verstreken sinds de registratie, en vervolgens, met vernietiging van de beslissing van de eerste rechter de vordering van de verweerders ontvankelijk verklaart, op grond: «dat de reglementeringen van de Pachtwet (4 november 1969) dwingend recht uitmaken en de bepalingen ervan — met inbegrip van die betreffende na te leven termijnen en formaliteiten — strikt beperkend moeten worden geïnterpreteerd; dat volgens artikel 48 de eigenaars een pachtgoed slechts aan een derde uit de hand mogen verkopen nadat de pachter een laatste gelegenheid heeft gekregen om zijn recht van voorkoop uit te oefenen; dat zij hiervoor de pachter kennis moeten geven van de prijs en de voorwaarden waartegen ze bereid zijn het goed te verkopen; dat conform artikel 48, 1, vijfde lid, zulks moet gebeuren in voorkomend geval door de instrumenterende notaris» (eiser in de zaak nr. 5698) «binnen een maand na de registratie, quod non, zoals in se niet wordt betwist; dat het niet binnen deze termijn betekenen aan de pachter van een verkoop die aan een derde na aanbidding van voorkoop heeft plaatsgehad, als dusdanig geen aanleiding geeft tot de sancties van subrogatie of forfaitaire schadevergoeding; dat het enige gevolg hiervan van louter proceduriële aard is, namelijk dat de vordering van de pachter pas verjaart twee jaar na de overschrijving (conform artikel 54, 4) in plaats van drie maanden; dat de argumentatie van (eisers en de partijen opgeroepen tot bindendverklaring van het arrest) die stellen dat deze termijn van twee jaar slechts toepasselijk is in geval van niet-bestaande kennisgeving, waar het in casu gaat over een alleszins bestaande — zij het laattijdige — berichtgeving, geenszins kan worden gevolgd; dat het onbetwiste gegeven dat de kennisgeving, per aangetekend schrijven conform artikel 57 van de Pachtwet, formaler in orde was, niets verandert aan de manifeste laattijdigheid ervan; dat deze termijn van een maand, evenals die van drie maanden van dwingend recht, duidelijk voorgeschreven is op straffe van verval; dat een laattijdige kennisgeving dan ook als juridisch niet bestaande moet worden beschouwd; dat in casu de vordering van (verweerders) — in te stellen binnen twee jaar — duidelijk tijdig is en geenszins verjaard; dat zij regelmatig ingesteld werd en diensgevolge ontvankelijk dient te worden verklaard;»

...

Overwegende dat de kennisgeving bedoeld in artikel 51, vierde lid, van de Pachtwet door artikel 48, I, vijfde lid, wordt opgelegd in deze bewoordingen: «De instrumenterende ambtenaar die een akte van verkoop uit de hand aan iemand anders dan aan de pachter heeft verleden moet van de prijs en de voorwaarden daarvan aan de pachter kennis geven binnen één maand na de registratie»;

Overwegende dat geen wetsbepaling de bedoelde termijn van één maand na de registratie oplegt op straffe van nietigheid; dat de sanctie is dat de verjaringstermijn van drie maanden om de vordering tot naasting en indeplaatsstelling en de vordering tot schadeloosstelling in te stellen, pas loopt vanaf de dag van de kennisgeving; dat bij gebrek aan kennisgeving van de onderhandse verkoop de verjaring zal intreden door verloop van twee jaren na de overschrijving van de akte van verkoop;

Dat uiteraard die kennisgeving van de verkoop dient te geschieden in de vormen die de wet voorschrijft, onverschillig of de kennisgeving al dan niet tijdig plaatsheeft;

Om die redenen, Vernietigt het bestreden vonnis.

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

8e KAMER — 19 FEBRUARI 1988

Voorzitter: de h. Raymaekers (rapporteur)

Raadsheren: de hh. Vandeplas en Van de Velde

Advocaat-generaal: de h. De Swaef

Advocaten: mrs. Peeters loco Van der Straten en Doeven-speck

Douane en accijnzen — Accijnsregime van alcohol — Medewerking van belanghebbende

Art. 116, § 2, van het ministerieel besluit van 8 oktober 1979 bepaalt dat de jaarlijkse opnemings van de voorraad geschiedt «door de belanghebbende of zijn vertegenwoordiger onder toezicht van de ambtenaren». Het verzuim mee te werken aan de opnemings is bijgevolg strafbaar.

Belgische Staat t/ H.

Telastlegging: zoals het op 28 december 1983 werd vastgesteld, in de slijterij van geestrijke dranken te (...) en uit een verder onderzoek is gebleken dat de gedaagde bij de jaarlijkse algemene opnemings heeft geweigerd tot de vaststelling van de hoeveelheid geestrijke dranken van meer dan 22% vol. alcoholgehalte bij 20 C over te gaan, onder toezicht van de accijnsambtenaren in zijn instelling gelegen te (...)

...

Overwegende dat het hoger beroep van beklagde, regelmatig naar vorm en termijn, ontvankelijk is; dat het hoger beroep van het openbaar ministerie, hoewel regelmatig naar vorm en termijn, zonder voorwerp is, daar het feit van de telastlegging enkel strafbaar gesteld is met een geldboete, zoals uitgesproken door de eerste rechter;

Overwegende dat de verjaring van de strafvordering rechtsgeldig gestuit werd door het schrijven van 15 november 1985 waarbij de procureur des Konings het dossier voor behandeling aan het hof overzond;

Overwegende dat de bemerkingen van appellant over het ogenblik van de controle irrelevant zijn, daar deze controle door de wetgever ingesteld werd om toe te laten na te gaan of de betrokkenen op ieder ogenblik in regel zijn met de wettelijke voorschriften;

Overwegende dat volgens beklagde het recht van verdediging geschonden zou zijn doordat er meer dan zes maanden verlopen zijn tussen 28 december 1983, dag van de feiten, en 5 juli 1984, dag van het opmaken van het P.V., in strijd met artikel 267 van de Algemene Wet inzake Douane en Accijnzen;

Overwegende dat dit artikel geen vervaltermijn inhoudt; dat voor ieder geval in concreto moet worden onderzocht of het niet «dadelijk of zo spoedig mogelijk» opmaken van het P.V. het recht van verdediging geschonden heeft;

Overwegende dat ten deze beklagde zelf op 28 december 1983 een aangetekend schrijven zond aan het N.C.M.V. met

zijn versie van de feiten en hij op 2 januari 1984 aan de hoofdcontroleur der accijnzen liet weten dat er «stappen gedaan werden bij het kabinet van de minister»; dat beklaagde zelf op 11 januari 1984 onderhoord werd en verklaarde op zijn standpunt te blijven; dat het dossier opgevraagd werd door de centrale administratie en na onderzoek een transactie voorgesteld werd die door beklaagde geweigerd werd; dat per aangetekend schrijven van 26 juni 1984 beklaagde verwittigd werd dat proces-verbaal te zijnen laste zou worden opgesteld.

Overwegende dat in die omstandigheden niet kan volgehouden worden dat bij de opstelling van het proces-verbaal een abnormale vertraging was ingetreden en het naar omstandigheden niet zo vlug mogelijk in de zin van artikel 267 van de Algemene Wet inzake Douane en Accijnzen opgesteld werd;

Overwegende dat na zes maanden het voor de opstellers niet onmogelijk is om aan de hand van hun notities, ter plaatse genomen, alle elementen in hun proces-verbaal op een rij te zetten; dat beklaagde zijn volledig standpunt eveneens dadelijk in een schrijven had vastgelegd en hierbij gebleven is; dat beklaagde alle mogelijkheden heeft behouden om zijn verdediging correct te voeren en hiertoe ook een aantal getuigen liet onderhoren;

Overwegende dat het proces-verbaal dan ook zijn volle waarde als akte behoudt;

Overwegende dat de omstandigheid dat de twee ambtenaren bij hun onderhoor ter zitting van 26 september 1985 in tegenspraak waren over het feit of aan het diensthoofd B. gevraagd werd om de voorraad te tellen, niet wegneemt dat vaststaat dat er iemand van het bedrijf gevraagd werd om te tellen en B. hiervoor de magazijnier aanwees, doch deze teruggeroepen werd ingevolge verbod van beklaagde; dat het irrelevant is dat Antonius B. zegt dat het zijn taak niet is, doch dat hij het zou hebben gedaan indien ze het hem hadden gevraagd; dat een dergelijke intentie niet kan afgelezen worden;

Overwegende dat beklaagde zelf reeds op 28 december 1983 schreef: «Zij eisten van ons echter dat wij hiervoor een personeelslid ter beschikking zouden stellen. Aangezien echter door de drukke periode geen persoon vrij was, konden wij hen geen personeel ter beschikking stellen...»;

Overwegende dat § 2 van artikel 116 van het ministerieel besluit van 8 oktober 1979, gewijzigd door besluit van 17 mei 1980 uitdrukkelijk bepaalt: «De opneming behelst het vaststellen door belanghebbende of zijn vertegenwoordiger onder toezicht van de ambtenaren...»;

Overwegende dat, daar een transactie kon worden voorgesteld, het ten laste gelegde misdrijf geen opzet vermoedt, hetgeen echter de strafbaarheid van het feit niet wegneemt; dat de drukke werkperiode voor beklaagde geen reden was om te weigeren iemand ter beschikking te stellen voor de telling;

Overwegende dat de schuld van beklaagde dan ook bewezen gebleven is en een gepaste straf werd uitgesproken;

(...)

NOOT – Betreffende het accijnsregime van alcohol

1. Art. 45 van de wet van 22 juni 1976 inzake douane en accijnzen (*B.S.*, 21 juli 1976) verleende aan de Koning het recht de nog geldende wetsbepalingen inzake douane en ac-

cijnzen te coördineren. Een eerste coördinatie werd uitgevoerd door het K.B. van 18 juli 1977 houdende de Algemene Wet inzake Douane en Accijnzen (*B.S.*, 21 september 1977). De tweede fase van de coördinatie van diverse regelingen inzake douane en accijnzen ligt vervat in het K.B. van 12 juli 1978 betreffende het accijnsregime van alcohol (*B.S.*, 21 september 1978).

2. Ter uitvoering van dit K.B. van 12 juli 1978 werd het M.B. van 8 oktober 1979 betreffende het accijnsregime van alcohol opgesteld (*B.S.*, 26 oktober 1979).

Art. 115, § 1, van voormeld K.B. bepaalt dat eenmaal per jaar in het bijzijn van de stoker of van diens vertegenwoordiger ambtelijke opneming gedaan wordt van de hoeveelheid alcohol, voorradig in de stokerijen. Art. 116, § 1, c, van hetzelfde M.B. schrijft voor dat in de inrichtingen die geen stokerijen zijn, met inbegrip van de kleinhandels- en privé-verenigingen waar geestrijke dranken geschonken worden van 22% volume alcoholgehalte bij 20°C (deze omschrijving als gewijzigd door art. 37 van het M.B. van 17 mei 1980, *N.S.*, 31 mei 1980), eenmaal per jaar een dergelijke opneming plaatsvindt. Art. 116, § 3, 1°, bepaalt dat het vaststellen geschiedt door de belanghebbende of zijn vertegenwoordiger onder toezicht van de ambtenaren.

3. In casu werd de beklaagde vervolgd voor het niet verlenen van de nodige medewerking aan deze jaarlijkse opneming. De situatie kwam hierop neer dat de beklaagde de aanwezige voorraad niet zelf had gesteld onder toezicht van de ambtenaren van het Bestuur, doch deze laatsten zelf de opneming had doen uitvoeren.

Voornoemd art. 116 houdt zonder twijfel een zeer eigenaardige misdrijfomschrijving in. De rechtsonderhorige zal immers niet alleen beboet en eventueel strafrechtelijk vervolgd kunnen worden indien bepaalde overtredingen op de accijnswetgeving worden vastgesteld, doch hij dient daarenboven actief mee te werken aan het onderzoek ter zake en dus de eventuele vaststelling van misdrijven.

Gesitueerd in het kader van de wettelijke en algemene bepalingen van de gemeenrechtelijke strafrechtspleging is een dergelijke verplichting zeker uitzonderlijk te noemen. Een beklaagde wordt toch ook niet verplicht om actief mee te werken aan een huiszoeking, laat staan deze zelf te verrichten.

4. Wat betreft de gehanteerde terminologie dient een verschil geconstateerd te worden. Art. 115, §, bepaalt dat, wat de stokerijen betreft, de opneming gedaan wordt «in bijzijn van de stoker». Art. 116, § 1, c, daarentegen schrijft voor dat wat de overige inrichtingen, zoals de kleinhandel, betreft, de vaststelling gebeurt «door de belanghebbende». Er wordt blijkbaar een verschillend criterium gebruikt naar gelang van de categorie der rechtsonderhorigen. Niettemin bevat de wettekst een duidelijk verschillende omschrijving.

Ter vergelijking kan gewezen worden op art. 139 van het K.B. van 12 juli 1978. Dit artikel schrijft voor dat de groot-handelaars, likeurstokers, enz. verplicht zijn de uitoefening van de ambtelijke controle te vergemakkelijken en daartoe de nodige middelen te verschaffen.

Men dient dus tot de conclusie te komen dat de rechtsonderhorige inderdaad gehouden is zelf, onder toezicht van de ambtenaren, de vereiste opneming te verrichten. Het Hof van Beroep te Antwerpen is ondubbelzinnig tot deze interpretatie gekomen. Art. 26, 4°, van de wet van 28 december 1983 betreffende het verstrekken van sterke drank en betref-

fende het vergunningsrecht (B.S., 30 december 1983) daarentegen bestraft enkel de verhindering of belemmering van opsporing en vaststelling.

5. De strafbaarstelling van de overtreding van art. 116, § 1, c, van het M.B. van 8 oktober 1979 is vanzelfsprekend niet opgenomen in het M.B. zelf, doch is vervat in art. 135, 1°, van het K.B. van 12 juli 1978. Dit artikel stelt als straf een geldboete van 20.000 tot 100.000 fr. op overtreding van maatregelen genomen door de Koning of de minister van Financiën, ter uitvoering van het bepaalde in het K.B. van 12 juli 1978.

Er kan nog opgemerkt worden dat de beklaagde verzachtende omstandigheden inriep. Inzake douane en accijnzen kunnen dergelijke omstandigheden echter alleen in acht genomen worden wanneer het Bestuur een transactie wil voorstellen. De rechtbanken kunnen geen verzachtende omstandigheden aanvaarden bij gebreke van een wettelijke bepaling dienaangaande (cf. Neven, G., *Traité des douanes et accises*, 1933, 165).

6. Een ander probleem dat in het besproken arrest aan bod komt betreft de procedure na vaststelling van een inbreuk.

Art. 267 van de Algemene Wet inzake Douane en Accijnzen bepaalt dat de processen-verbaal dadelijk of zo spoedig mogelijk zullen opgemaakt worden door ten minste twee daartoe bevoegde personen. Art. 271 schrijft voor dat er onmiddellijk ter plaatse een afschrift van het proces-verbaal aan de overtreder kan worden overhandigd. Indien dit niet het geval is zal er een afschrift van het P.V. bij een ter post aangetekende brief aan de bekeurde worden gezonden. Er is geen specifieke termijn bepaald voor de kennisgeving van het P.V. aan de betrokkene. Art. 270 van de Algemene Wet bepaalt wel dat binnen vijf dagen na het opstellen van het P.V. een kopie aan de overtreder moet worden bezorgd (cf. Neven, G., o.c., 190 en 192). Hoewel niet gebonden aan een specifieke termijn, dient men bij het opmaken van het P.V. vanzelfsprekend rekening te houden met de termen «dadelijk of zo spoedig mogelijk». Het is dan ook interessant om vast te stellen dat het hof ter zake het criterium van de abnormale vertraging hanteert. Aan de hand van het concrete verloop van de procedure bij het Bestuur zal bijgevolg onderzocht worden of art. 267 van de Algemene Wet al dan niet geschonden werd. Deze werkwijze vertoont duidelijk een gelijkenis met de geldende criteria inzake de voorlopige hechtenis en de toepassing van het E.V.R.M.

7. Niettemin dient ook de vraag in acht genomen te worden of de procedure omschreven in de Algemene Wet wel van toepassing is. Art. 138 van het K.B. van 12 juli 1978 bepaalt dat de Algemene Wet van toepassing is op de stokers, de overhalers, de groothandelaars, de likeurstokers en de fabrikanten van likeuren of reukwater, voor zover er niet van afgeweken wordt.

Art. 116, § 1, c, van het M.B. van 8 oktober 1979 handelt echter over de opnemings van de aanwezige alcoholvoorraden onder andere in de kleinhandel en de privé-verenigingen. Strikt gesproken zou men aldus kunnen beweren dat de artikelen 267 e.v. van de Algemene Wet eigenlijk niet van toepassing zijn op de overtreding van art. 116, § 1, c, van het M.B. van 8 oktober 1979, bij gebrek aan een expliciete bepaling ter zake.

Daar de Algemene Wet evenwel de algemene voorschriften omvat die inzake douane en accijnzen van kracht zijn,

en daarenboven het M.B. van 8 oktober 1979 een uitvoeringsbesluit is van het K.B. van 12 juli 1978, dat in art. 138 toch uitdrukkelijk naar de Algemene Wet verwijst, kan redelijkerwijze aangenomen worden dat deze terminologische kwestie niet tot gevolg heeft dat de artikelen 267 e.v. van de Algemene Wet niet van toepassing zouden zijn op voormeld art. 116, § 1, c.

Ter vergelijking kan gewezen worden op art. 22 van de wet van 28 december 1983 betreffende het verstrekken van sterke drank en betreffende het vergunningsrecht, waarin is bepaald dat de Algemene Wet van toepassing is op de overtredingen van deze wet, en inzonderheid de bepalingen betreffende het opstellen van proces-verbaal, het afgeven van het afschrift daarvan, enz.

8. Ten slotte kan even gewezen worden op het feit dat het openbaar ministerie in casu inderdaad niet bevoegd was om hoger beroep aan te tekenen. Inzake douane en accijnzen berust het initiatiefrecht bij het Bestuur. Het recht van hoger beroep door het openbaar ministerie is beperkt tot de hoofd-gevangenisstraf. Niettemin zal het openbaar ministerie ook in een ander geval hoger beroep kunnen aantekenen, namelijk indien er een onwettige straf door de eerste rechter zou zijn uitgesproken. Daar er in dit geval noch een hoofd-gevangenisstraf mogelijk was, noch een onwettige straf werd uitgesproken, bezat het openbaar ministerie geen recht van hoger beroep (cf. onder andere Antwerpen, 22 mei 1981, *R.W.*, 1981-82, 2898, noot Vandeplass, A.; Cass., 3 oktober 1985, *R.W.*, 1986-87, 791, noot Vandeplass, A.; Antwerpen, 24 december 1987, *R.W.*, 1988-89, 95, noot Merckx, D.; Antwerpen, 13 januari 1988, *R.W.*, 1987-88, 995, noot Merckx, D.; Declercq, R., *Strafvordering*, 8e ed., I, 199).

9. Het cassatieberoep van de beklaagde werd bij formulairrest van 25 oktober 1988 door het Hof van Cassatie verworpen.

Dirk Merckx

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

K.I. — 13 JANUARI 1989

Voorzitter : de h. Vandeplass

Raadsheren : mevr. Beeckman en de h. Vertessen

Openbaar ministerie : de h. Van Ingelgem

Advocaten : mrs. Smout en Lerutte

Verjaring — In strafzaken — Schorsing van de verjaring — Cassatieberoep

De verjaring van de strafvordering wordt geschorst, niet vanaf de dag van de uitspraak van de beslissing in laatste aanleg over de bevoegdheid, maar vanaf de dag van de voorziening in cassatie tot op de dag waarop het cassatiearrest dat het rechtsgebied regelt wordt gewezen.

P.V.B.A. F. e.a. t/ Van C.

Vordering

Uittreksel

Aangezien de verjaring van de strafvordering gestuit werd door het hoger beroep van de beklaagde en van de procureur

des Konings van 10 april 1986 tegen het vonnis van de Correctionele Rechtbank te Mechelen van 3 april 1986;

Aangezien de verjaring van de strafvordering bovendien geschorst werd vanaf 13 april 1988, nl. vanaf de datum van het arrest van het Hof van Beroep te Antwerpen waardoor een geschil van rechtsgebied ontstond en aldus een wettelijke belemmering voor de strafvordering ontstond;

Aangezien die belemmering uiteraard voortduurde tijdens de periode nodig om het arrest van het hof van beroep kracht van gewijsde te doen krijgen zoals vereist om de procedure tot regeling van rechtsgebied te kunnen instellen;

Aangezien de verjaring van de strafvordering verder geschorst bleef tijdens de procedure in regeling van rechtsgebied tot op de dag waarop het cassatiearrest dat het rechtsgebied regelt gewezen werd, namelijk tot 11 augustus 1988, en er aldus een schorsing was van 120 dagen;

...

Arrest

Gezien de beschikking van de raadkamer van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Mechelen van 9 november 1984 houdende verwijzing van verdachte naar de correctionele rechtbank. Uit hoofde van de hierboven omschreven telastleggingen, verzachtende omstandigheden aannemend wat de telastlegging A betreft;

Gezien het vonnis op tegenspraak van 3 april 1986 van de Correctionele Rechtbank te Mechelen dat beklaagde enerzijds voor de vermengde feiten van de telastleggingen A en B veroordeelt tot een gevangenisstraf van zes maanden, met uitstel voor een periode van vijf jaar, en tot een geldboete van 200 fr. x 60 of twee maanden, en anderzijds voor het feit van de telastlegging C tot een gevangenisstraf van drie maanden en een geldboete van 100 fr. x 60 of een maand;

Gezien het hoger beroep tegen dit vonnis ingesteld op 10 april 1986 door de beklaagde en de procureur des Konings;

Gezien het arrest van 13 april 1988 van het Hof van Beroep te Antwerpen dat, na te hebben vastgesteld dat beklaagde bij vonnis van de Rechtbank van Koophandel te Mechelen op 26 augustus 1983 failliet werd verklaard en dat zij zich reeds in staat van faillissement bevond op 27 april 1983 – datum waarop tot uitvoerend beslag op roerende goederen werd overgegaan wegens niet-betaling van een schuld-, de telastlegging C omschreef als bedrieglijke bankbreuk wegens verduistering of verberging van een gedeelte van haar actief, meer bepaald een reeks nader omschreven roerende voorwerpen waarop uitvoerend beslag was gelegd ingevolge exploit van gerechtsdeurwaarder W. van 27 april 1983;

Overwegende dat het hof van beroep zich voor het geheel van de telastleggingen onbevoegd verklaarde daar het opnieuw omschreven feit van de telastlegging C – met toepassing van de artikelen 489, derde lid, van het Strafwetboek en 577 van de Faillissementswet – een misdaad oplevert, strafbaar met opsluiting en de raadkamer voor dit feit van de telastlegging geen verzachtende omstandigheden heeft aangenomen en daar de feiten van de telastleggingen A en B – voor zover zij bewezen zouden worden geacht – ermee samenhangend zijn (ook gepleegd zijnde tijdens de uitoefening van de handelsactiviteit);

Gezien het verzoekschrift van de procureur-generaal bij het Hof van Beroep te Antwerpen tot regeling van rechtsgebied van 21 juni 1988;

Gezien het arrest van het Hof van Cassatie van 11 augustus 1988 dat, na te hebben vastgesteld dat de in de telastlegging C als bedrieglijke vernietiging of wegmaken van in beslag genomen roerende goederen omschreven feiten ook de misdaad van bedrieglijke bankbreuk schijnen op te leveren – waarvoor de raadkamer geen verzachtende omstandigheden heeft aangenomen – en dat de feiten van de telastleggingen A en B samenhangend schijnen te zijn met de feiten van de telastlegging C, beslist tot regeling van rechtsgebied, de beschikking van de raadkamer van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Mechelen van 9 november 1984 vernietigt – behalve in zoverre zij beslist dat de in de telastlegging A omschreven feiten wegens het bestaan van verzachtende omstandigheden enkel tot correctionele straffen aanleiding kunnen geven – en de aldus beperkte zaak verwijst naar het Hof van Beroep te Antwerpen, kamer van inbeschuldigingstelling;

Gezien de betekening van voormelde arrest van het Hof van Cassatie aan: 1) Victorine Van C. (beklaagde) op 1 september 1988; (...)

Overwegende dat de verjaring van de strafvordering regelmatig werd gestuit door het hoger beroep van de procureur des Konings te Mechelen dd. 10 april 1986;

Overwegende dat de verjaring van de strafvordering bovendien werd geschorst, niet vanaf de dag van de uitspraak van de beslissing in laatste aanleg over de bevoegdheid, maar vanaf de dag van de voorziening, namelijk vanaf 21 juni 1988 tot 11 augustus 1988, datum waarop het cassatiearrest dat het rechtsgebied regelt werd gewezen (Cass., 27 maart 1979, *A.C.*, 1978-79, 883; Cass., 23 november 1982, *A.C.*, 1982-83, 402 en de noten van R.A. Declercq), dus gedurende een termijn van 51 dagen;

Overwegende dat er aanleiding bestaat om rekening houdende met verzachtende omstandigheden voortvloeiende uit de afwezigheid van criminele veroordelingen van de verdachte, haar te verwijzen naar de Correctionele Rechtbank te Mechelen, anders samengesteld, uit hoofde van de feiten van de telastlegging C ten einde er gevonnist te worden wegens de hierboven heromschreven feiten van de telastlegging C en de ermee samenhangende telastleggingen A en B;

(...)

NOOT – *De schorsing van de verjaring van de strafvordering*

1. De verjaringstermijn van de strafvordering wordt geschorst hetzij krachtens een uitdrukkelijke wettekst (bv. artikel 24 V.T. Sv., nl. een prejudicieel geschil of een vervolging wegens laster of lasterlijke aangifte op grond van artikel 447, derde lid, Sw.), hetzij wegens het bestaan van een wettelijk beletsel dat het berechten van de strafvordering verhindert (Cass., 19 januari 1982, *R.W.*, 1982-83, 1243; Cass., 3 december 1985, *R.W.*, 1986-87, 274).

Naast de wettelijke redenen van schorsing komen er m.a.w. ook verschillende jurisprudentiële gevallen voor van schorsing van de verjaring van de strafvordering, o.m. de buitengewone termijn van verzet (zie recent Antwerpen, 30 augustus 1988, *R.W.*, 1988-89, 718, met noot van Merckx, D., «Over verjaring en over heling») en de procedure in cassatie, tijdens welke de verjaringstermijn geschorst wordt, onverschillig welke partij het cassatieberoep heeft ingesteld (Cass., 3 december 1985, *gecit.*; Scheers, J., «De schorsing

van de verjaring van de strafvordering, noot onder Cass., 19 januari 1982, *R. W.*, 1982-83, 1248-1249). Belangrijk is op te merken dat de al dan niet schorsende werking moet worden beoordeeld vanuit de fundamentele bestaansreden van de schorsing, nl. dat het openbaar ministerie zich in een wettelijke onmogelijkheid bevindt om de strafvordering voort te zetten (contra non valentem agere non currit praescriptio). Zo moet, indien de voorziening in cassatie gericht is tegen een niet-definitieve beslissing, onderzocht worden of het voortzetten van de rechtspleging door het cassatieberoep werkelijk verlamd wordt, rekening houdend én met de eventuele bevoelen tenuitvoerlegging bij voorraad én met de mogelijkheid van manifest onontvankelijk cassatieberoep, welke ook de grond van onontvankelijkheid moge zijn (Declercq, R., *De cassatieprocedure in strafzaken*, 1988, 119).

2. In het geannoteerde arrest van de kamer van inbeschuldigingstelling komt betreffende de schorsing van de verjaring tijdens de procedure in cassatie het bepalen van het juiste aanvangsmoment van deze schorsing aan de orde.

a. Indien cassatieberoep wordt ingesteld tegen een beslissing waarbij definitief en op tegenspraak op de strafvordering uitspraak is gedaan, is de verjaring van de strafvordering geschorst vanaf de uitspraak van die beslissing totdat het cassatiearrest wordt uitgesproken (o.m. Cass., 3 januari 1977, *Arr. Cass.*, 1977, 471; Cass., 29 juni 1982, *Arr. Cass.*, 1981-82, 1387; Cass., 5 mei 1987, *Arr. Cass.*, 1986-87, 1163). Volgens R. Declercq is het juist te zeggen dat er slechts schorsing van de verjaring bestaat indien er cassatie volgt met verwijzing (Declercq, R., *Strafvordering*, 1987, I, 75). De strafvordering eindigt namelijk met de op tegenspraak gewezen eindbeslissing en het is de vernietiging door het Hof van Cassatie met verwijzing die de strafvordering doet herleven (Cass., 27 maart 1979, *Arr. Cass.*, 1978-79, 883; Cass., 5 juni 1979, *Arr. Cass.*, 1978-79, 1159; Cass., 25 januari 1983, *Arr. Cass.*, 1982-83, 694; cf. Cass., 25 november 1987, *Arr. Cass.*, 1987-88, nr. 186). Voor de beoordeling van de wettigheid van de bestreden beslissing dient dan ook niet nagegaan te worden of de strafvordering verjaard was op de datum van de voorziening in cassatie, doch wel of die verjaring was ingetreden op de dag van de uitspraak van de beslissing (Cass., 24 november 1987, *R. W.*, 1987-88, 1334, met noot van A. Vandeplas, «Verjaring van de strafvordering»; cf. Cass., 15 juni 1983, *Arr. Cass.*, 1982-83, 1275).

b. In geval van cassatieberoep tegen een uitspraak over de bevoegdheid wordt aangenomen dat de verjaring geschorst is, niet vanaf de uitspraak, doch vanaf de datum van de voorziening in cassatie (cf. Cass., 25 september 1961, *Pas.*, 1962, 107; D'Haenens, J., *Belgisch strafprocesrecht*, 1985, 140; Vandeplas, A., *De verjaring van de strafvervolg-ing*, Prolegomena, 1980, 87; noot onder Cass., 23 november 1982, *Arr. Cass.*, 1982-83, 402). Behoudens voorlopige tenuitvoerlegging overeenkomstig artikel 407, tweede lid, Sv. ontstaat er namelijk, ingevolge het cassatieberoep, voor de rechter die van de zaak kennis heeft genomen een wettig beletsel om daarover ten gronde uitspraak te doen, zolang het incident niet is afgedaan (noot Declercq, R., onder Cass., 27 maart 1979, *Arr. Cass.*, 1978-79, 883). In een recente noot preciseert R. Declercq deze hypothese door een onderscheid te maken tussen de beslissing van bevoegdheid en onbevoegdheid. Ingeval de rechter zich onbevoegd verklaart, is het proces, zoals het is ingeleid, beëindigd, doch de strafvordering blijft bestaan en de verjaring loopt zo-

doende verder. Vanaf het ogenblik van een regelmatige voorziening zal het echter niet meer mogelijk zijn verder te handelen tot zolang het Hof van Cassatie over de bevoegdheid heeft beslist (noot Declercq R. onder Cass., 17 juni 1986, *Arr. Cass.*, 1985-86, 1416).

c. In casu is het arrest van het Hof van Cassatie van 11 augustus 1988 echter niet uitgesproken na een gewone procedure in cassatie, doch wel in het kader van een regeling van rechtsgebied ingevolge een negatief bevoegdheidsgeschil ontstaan door het arrest van onbevoegdheid van het hof van beroep van 13 april 1988.

In de hypothese van een regeling van rechtsgebied, naar aanleiding van een negatief bevoegdheidsgeschil, ligt de rechtsgang stil vanaf het ogenblik waarop de beslissing van onbevoegdheid die het bevoegdheidsgeschil doet ontstaan in kracht van gewijsde is gegaan (noot onder Cass., 23 november 1982, *Arr. Cass.*, 1982-83, 402). De verjaring van de strafvordering is dan ook geschorst niet vanaf de dag van de uitspraak van onbevoegdheid (stelling in de vordering van de procureur-generaal) of vanaf de dag van het verzoekschrift tot regeling van rechtsgebied (stelling in het geannoteerde arrest), doch vanaf het ogenblik dat de beslissing van onbevoegdheid kracht van gewijsde krijgt tot de datum van het arrest van het Hof van Cassatie dat het rechtsgebied regelt (Cass., 27 november 1950, *Arr. Cass.*, 1951, 146; Cass., 5 november 1951 (twee arresten), *Arr. Cass.*, 1952, 105 en 108; Cass., 13 juli 1953, *Arr. Cass.*, 1953, 804; Cass., 6 mei 1975, *Arr. Cass.*, 1975, 975; Declercq, R., *o.c.*, 1987, I, 77). De strafvordering wordt ook hier niet beëindigd door de rechterlijke uitspraak die het negatief bevoegdheidsgeschil doet ontstaan, zodat de verjaring van de strafvordering gewoon verder loopt tot op het ogenblik dat deze rechterlijke uitspraak een definitief karakter (wat het wettelijk beletsel vormt) verkrijgt, vereist om de procedure tot regeling van rechtsgebied te kunnen instellen.

Bart Spriet
Assistent K.U.L.

ARBEIDSHOF TE GENT

2e KAMER – 9 JANUARI 1989

Eerste voorzitter : de h. Dierick

Raadsheren in sociale zaken : de hh. Steyaert en Vlieghe

Substituut-generaal : de h. Dhaeyer

Advocaten : mrs. Roosens, Van Eeckhoutte en Matthys

Burgerlijke rechtspleging – Kantonnement – Verbod – Hoger beroep.

De appelrechter kan de tenuitvoerlegging van een vonnis niet verbieden noch doen schorsen. Hij kan wel het verbod van kantonnement opheffen wanneer niet blijkt dat het is opgelegd op grond dat een vertraging in de regeling de schuldeiser aan een ernstig nadeel blootstelt.

B.V.B.A. J. t/ W.

Overwegende dat de vordering, door de geïntimeerde ingesteld bij proces-verbaal van vrijwillige verschijning dd. 28 maart 1988, strekte om de appellante te horen veroordelen tot betaling van een uitwinningvergoeding ten belope van

230.584 fr., vermeerderd met de moratoire interesten vanaf 8 januari 1988;

Overwegende dat de geïntimeerde, bij conclusie van 29 juni 1988, zijn vordering berekende op 233.972 fr., vermeerderd met de moratoire interest vanaf 8 januari 1988 en de kosten van het geding;

Overwegende dat de geïntimeerde tevens vorderde: «Het vonnis uitvoerbaar te verklaren bij voorraad, niettegenstaande iedere voorziening en zonder borgstelling noch kantonnement»;

Overwegende dat de eerste rechter de aldus uitgebreide vordering ontvankelijk en gegrond verklaarde, de appellante veroordeelde tot betaling van de gevorderde hoofdsom, interesten en kosten en, zoals gevraagd, het vonnis uitvoerbaar verklaarde niettegenstaande iedere voorziening en zonder borgstelling noch kantonnement;

Overwegende dat, ter inleidende terechtzitting van 12 december 1988, de partijen uitdrukkelijk verklaarden dat ze, op het huidig ogenblik, enkel de betwisting over het kantonnement aan het oordeel van het Arbeidshof wensten te onderwerpen;

Overwegende immers dat de appellante zich gegriefd acht door het verbod van kantonnement dat tegen haar werd uitgesproken bij het vonnis dat uitvoerbaar bij voorraad werd verklaard, niettegenstaande elke voorziening en zonder borgstelling;

Overwegende dat, hoewel het Arbeidshof de ten uitvoerlegging van het vonnis niet kan verbieden of doen schorsen (art. 1402 Ger. W.), het aan de appellante het kantonnement kan toestaan;

Overwegende dat de eerste rechter niet uitdrukkelijk heeft gezegd waarom hij besliste dat er geen reden was tot kantonnement;

Overwegende dat, gelet op de aard van zijn vordering en op de omstandigheid dat de geïntimeerde binnen de hem toegemeten opzeggingstermijn ander werk vond, niet blijkt dat een beperkte vertraging in de regeling van de betwiste schuld, hem aan een ernstig nadeel blootstelt (cf. art. 1406 Ger. W.);

Op die gronden,
het Arbeidshof,

Rechtdoende op tegenspraak over het verbod tot kantonnement en overeenkomstig het advies van het openbaar ministerie;

Verklaart het hoger beroep ontvankelijk en gegrond in zoverre het betrekking heeft op het verbod tot kantonnement;

Doet het bestreden vonnis teniet in zoverre het de woorden «noch kantonnement» toevoegde aan zijn uitvoerbaarheid «bij voorraad, niettegenstaande elke voorziening en zonder borgstelling»;

(...)

ARBEIDSRECHTBANK TE BRUSSEL

2e KAMER — 26 SEPTEMBER 1988

Voorzitter: de h. Declerck

Rechters in sociale zaken: mevr. Van Hove en de h. Vanderelst

Advocaat: mr. Vanderschueren

Arbeidsovereenkomst — Imperatieve wetsbepaling — Afstand van recht — Gekwalificeerde benadeling — Onwetendheid — Nietigheid

De afstand, door een werknemer, van een recht voortvloeiende uit een dwingende wetsbepaling, zonder enige tegenprestatie van de werkgever, is nietig wegens gekwalificeerde benadeling, wanneer de afstand het gevolg is van onwetendheid of gebrek aan ervaring van de werknemer.

V. t/ A.P.

Eiseres was sedert 1 januari 1984 in dienst van verweerster als «bediende-fotokopieerster» in het raam van de Arbeidsovereenkomstenwet van 3 juli 1978 (W.A.O.) en werd op 25 augustus 1986, met toepassing van de artikelen 37 en 82 W.A.O., opgezegd met een termijn van drie maanden die moest lopen van 1 september tot 30 december 1986. Tijdens deze periode was eiseres arbeidsongeschikt wegens ziekte van 29 september tot 11 december 1986.

Op 12 december 1986 schreef verweerster aan eiseres: «Comme convenu, nous te confirmons par écrit que pendant les deux dernières semaines qu'il te reste à prester, au service de notre société, il convient que tu soldes les journées de congé dont tu as encore droit, à partir du 8.12.1986 jusqu'au 19.12.1986. A cette date, tu auras presté les 3 semaines de maladie que tu as eu pendant la période de préavis et ton contrat sera définitivement achevé à cette date.»

De opzegging werd derhalve door verweerster beëindigd op 19 december 1986.

Eiseres stelt dat zowel de ziekteperiodes (21 dagen) als de vakantieperiode (13 dagen) afzonderlijk de opzeggingsperiode schorsen, en maakt bij dagvaarding en in haar schriftelijke conclusie aanspraak op een bijkomende vergoeding gelijk aan 38.391 fr. voor de periode van 1 tot 31 december 1986 en 5.235 fr. voor de periode van 1 tot 3 januari 1987.

Verweerster betwist de vordering en stelt dat de gegeven opzeggingsvoorwaarden rechtmatig en voldoende zijn, en dat eiseres haar akkoord heeft betuigd met die voorwaarden door impliciet te aanvaarden dat haar jaarlijkse vakantie zou worden genomen in de opzeggingsperiode. Verweerster betoogt overigens dat eiseres zelf «op 8 december 1968 bij haar is komen aankloppen met het verzoek om de vakantiedagen waarop zij nog recht had te mogen nemen».

Wat de schorsing van de opzeggingstermijn betreft

De opzeggingstermijn wordt, op voet van art. 28, 1°, juncto art. 38 W.A.O. geschorst wegens «genomen jaarlijkse vakantie». Deze bepaling is op voet van artikel 6 W.A.O. van imperatieve aard doch niet van openbare orde, d.w.z. dat de bediende afstand kan doen van dit recht (cf. Baeteman, «Les effets des dispositions légales impératives protégeant les intérêts privés», noot bij Cass., 6 december 1956, R.C.J.B., 1960, 156).

Verweerster stelt dat tussen partijen werd overeengekomen dat de te nemen vakantiedagen zouden worden «gesoldeerd» tijdens de opzeggingsperiode.

In het onderhavige geval oordeelt de rechtbank evenwel dat deze overeenkomst nietig is wegens gekwalificeerde benadeling.

*Wat de gekwalificeerde benadeling betreft**1. Begrip*

Van gekwalificeerde of omstandige benadeling (sommige auteurs, waaronder prof. R. Vandeputte, gewagen van de «uitbuitingstheorie») is sprake wanneer er een duidelijke en gewichtige wanverhouding bestaat tussen de wederzijdse contractuele verbintenissen, die haar oorsprong vindt in het uitbuiten door een van de contractpartijen van de minder gunstige positie, de benarde toestand, de zwakte, de onervarenheid of de onwetendheid van de andere partij (Van Gerven, *Beginnelen van Belgisch Privaatrecht – Algemeen deel*, 350, nr. 114; Vandeputte, *De Overeenkomst*, 78, 93, 362).

Deze theorie werd in ons land ontwikkeld in een aantal publikaties van prof. De Bersaques, waarvan de laatste als noot verscheen bij Kh. Brussel, 20 februari 1970, *R.C.J.B.*, 1977, 12 e.v., en waarin de juridische grondslag, de toepassingsvereisten en de sanctie van de gekwalificeerde benadeling worden uiteengezet.

2. Toepassingsvereisten

Voor de toepassing van de gekwalificeerde benadeling in het arbeidsrecht zijn tegelijk drie voorwaarden vereist:

– De omstandigheid van inferioriteit eigen aan de persoon van de partij. Deze inferioriteit kan voortspruiten uit onervarenheid van de betrokkene, uit zijn zwakke sociale situatie, uit de sociaal-economische omstandigheden waarin hij vertoeft en waarbij het misbruik van de economische machtspositie van de werkgever mogelijk wordt ter verwerving van «kennelijk onredelijke of abnormale contractuele voordelen» (cf. De Bondt, *T.B.B.R.*, 1987, 149).

Volgens De Bersaques kunnen als economisch zwakken beschouwd worden «ouvriers, employés, fermiers, emprunteurs, locataires, acheteurs à tempérament» (*o.c.*, 18). In casu betreft het een «fotokopieerster» die maandelijks 33.000 fr. bruto verdient.

– Het bewust misbruik maken van die inferioriteit, waarvan de bevoordeelde partij daadwerkelijk kennis had en *a fortiori* wanneer een effectieve daad wordt gesteld met het opzet om de inferioriteit te benutten door bv. het opzettelijk voorwerpen van informatie, het toekennen van opzeggingsvoorwaarden die klaarblijkelijk beneden de wettelijke minima liggen of die in belangrijke mate afwijken van de gebruikelijke normen, het opzettelijk opstellen van moeilijk te begrijpen loonvoorwaarden die uiteindelijk in het nadeel van de werknemer uitvallen.

– De benadeling moet blijken uit de hooggroetheid van het economisch verlies zoals deze wordt aangetoond door de vergelijking van de wederzijdse prestaties: volgens de traditionele rechtsleer is «grove benadeling» vereist (Van Gerven, *o.c.*, 350), terwijl voor andere auteurs een wanverhouding tussen de wederzijdse prestaties volstaat (De Bondt, *De leer der gekwalificeerde benadeling*, Kluwer, 1985, p. 141).

Een schoolvoorbeeld van de toepassing van deze rechtsfiguur ligt in het feit dat een werknemer een overeenkomst in de zin van artikel 82, § 3, W.A.O. of een dading ondertekent zonder eerst kennis te hebben genomen van zijn wettelijke rechten, en het duidelijk is dat zijn onwetendheid of gebrek aan ervaring ten grondslag ligt aan de benadeling.

In casu zou eiseres «zonder meer» afstand gedaan hebben van haar recht op 13 vakantiedagen.

3. Juridische grondslag

Met betrekking tot de keuze van de juridische grondslag voor deze rechtsfiguur werden tot nog toe twee stellingen gehanteerd:

– aanvankelijk werd de rechtsleer beheerst door de «leer van de ongeoorloofde oorzaak» (artt. 1131 en 1133 B.W.; De Bersaques, *o.c.*, nr. 16, p. 23): deze stelling werd reeds herhaaldelijk impliciet aanvaard door het Hof van Cassatie (21 september 1961, *Pas.*, 1962, I, 92 en 25 november 1977, *Arr. Cass.*, 1978, 343);

– een meer recente rechtspraak beschouwt de gekwalificeerde benadeling als een toepassing van de theorie van de precontractuele aansprakelijkheid (art. 1382 B.W.; zie Antwerpen, 21 januari 1986, *R.W.*, 1986-87, 1488, met zeer volledige noot van Danielle Deli; zie ook De Bersaques, *o.c.*, nr. 21, p. 27, en Kruithof, *T.P.R.*, 1975, 479, en 1983, 567).

4. Toepassing

In het onderhavige geval heeft eiseres, zonder dat hiertoe enige relevante reden wordt aangevoerd, afstand gedaan van de wettelijke schorsing van de opzegging door de te nemen of genomen jaarlijkse vakantiedagen.

De rechtbank oordeelt dan ook dat eiseres ingevolge de door verweerster ingeroepen «overeenkomst» een onterecht economisch verlies heeft geleden en dit zonder enige compensatie, zodat die «overeenkomst», op voet van artikel 1382 B.W., wegens gekwalificeerde benadeling dient nietig te worden verklaard.

Besluit

De vordering is derhalve gegrond wat betreft de gevorderde bijkomende opzeggingsvergoeding. Het vakantiegeld is uiteraard eveneens verschuldigd.

RECHTSPRAAK IN KORT BESTEK**Hof van Cassatie (2e Kamer), 18 oktober 1988**

Verzekering – Motorrijtuigen – Ongeval met rijtuig dat niet beantwoordt aan de omschrijving in de polis – 1. Bestaan van de verzekering – Vraag aan Benelux-Gerechtshof – 2. Eigen recht van de benadeelde – Exceptie

Beklaagde P. heeft een verkeersongeval veroorzaakt met een motorrijtuig dat in de polis omschreven was als «rijwiel met hulpmotor», maar dat met een snelheid van 62 à 65 kilometer per uur kon rijden. Het bestreden arrest (Hof Antwerpen, 25 april 1986) beslist dat de beklaagde niet verzekerd was en veroordeelt hem diens gevolge op strafrechtelijk gebied. Ten aanzien van de vordering van de burgerlijke partij R. stelt het de verzekeraar van de beklaagde buiten de zaak.

1. Op de voorziening van de beklaagde, die de vraag doet rijzen of hij al dan niet verzekerd was, stelt het Hof de volgende vraag aan het Benelux-Gerechtshof:

«Houdt de bepaling van artikel 2, § 1, eerste lid, van de Gemeenschappelijke Bepalingen behorende bij de Benelux-Overeenkomst betreffende de verplichte aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen in dat — in de rechtsverhouding tussen de verzekerde en de verzekeraar — moet worden beschouwd als zijnde een motorrijtuig waarvan de burgerrechtelijke aansprakelijkheid waartoe het aanleiding kan geven gedekt is door een verzekering, welke aan de bepalingen van artikel 2, § 1, eerste lid, van voormelde Gemeenschappelijke Bepalingen beantwoordt, een als 'bromfiets' verzekerd motorrijtuig waarvan, vóór of na het sluiten van de verzekeringsovereenkomst, het vermogen wordt opgevoerd zodanig dat de aldus bereikte maximumsnelheid de grens overschrijdt die door het toepasselijk nationaal reglement als een van de factoren die bromfietsen onderscheiden van motorfietsen wordt aangemerkt, ook al zou dat motorrijtuig daardoor in een andere wettelijke categorie vallen.»

2. Op de voorziening van de burgerlijke partij wordt de beslissing betreffende de vordering tegen de verzekeraar vernietigd :

«Overwegende dat, naar luid van artikel 6, eerste lid, van de wet van 1 juli 1956 betreffende de verplichte aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen, de verzekering aan de benadeelde een eigen recht geeft tegen de verzekeraar, en, naar luid van artikel 11, eerste lid, van dezelfde wet, geen uit de wet of de overeenkomst van verzekering voortvloeiende nietigheid, exceptie of verval door de verzekeraar aan de benadeelde kan worden tegengeworpen ;

«Overwegende dat door de verzekeraar die — zoals te dezen — een overeenkomst heeft gesloten ter dekking van de civielrechtelijke aansprakelijkheid waartoe een bepaald — met merk, bouwjaar en framenummer en met de benaming 'bromfiets' aangeduid — motorrijtuig aanleiding kan geven, aan de benadeelde niet kan worden tegengeworpen dat dit motorrijtuig als gevolg van daaraan aangebrachte wijzigingen op het tijdstip van het sluiten van de verzekering geen bromfiets was of deze hoedanigheid op een later tijdstip voor de aanrijding had verloren ;

«Overwegende dat het arrest dat, om de redenen die in het middel zijn vermeld, verweerster buiten de zaak stelt, die beslissing niet naar recht verantwoordt.»

(Voorzitter : de h. Boon — Raadsheer-rapporteur : de h. D'Haenens — Advocaat-generaal : de h. Declercq — Advocaten : mrs. De Keersmaecker, Bützler, Houtekier en De Gryse — In de zaak : P. t/ R. e.a.; R. t/ P., Gemeenschappelijk Motorwaarborgfonds en N.V. A.)

Hof van Cassatie (2e Kamer), 15 november 1988

Verzekering — Motorrijtuigen — Eigen recht van benadeelde — Niet tegenwerpelijke excepties — Bromfiets waarvan het vermogen opgevoerd is

«Overwegende dat de middelen enkel de gehoudenheid van eiseres op grond van het verzekeringscontract aanbelangen ;

«Overwegende dat eiseres voor de correctionele rechtbank concludeerde dat zij niet gehouden was tot het betalen van een vergoeding voor de schade opgelopen door verweerster

bij het ongeval dat veroorzaakt werd door Pascal H., omdat er geen verzekeringscontract bestond betreffende het door deze laatste bestuurde voertuig, nu zij een «bromfiets» verzekert en de in de verzekeringspolis bedoelde bromfiets 'een snelheid kan halen van 85 kilometer per uur' en zodoende opgefokt was tot een motorfiets ;

«Overwegende dat het bestreden vonnis (Corr. Brugge, 22 april 1987) oordeelt dat 'ten aanzien van het voertuig Suzuki dat het ongeval en de eruit voortvloeiende schade veroorzaakte, de verzekeringsovereenkomst tussen Marc. H. en (eiseres) gelding had' en, met bevestiging van het beroepen vonnis, eiseres veroordeelt tot betaling van schadevergoeding aan verweerster ;

«Overwegende dat de regel van artikel 11, eerste lid, van de wet op de verplichte aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen, volgens welke geen uit de wet of de overeenkomst van verzekering voortvloeiende nietigheid, exceptie of verval, door een verzekeraar aan een benadeelde kan worden tegengeworpen, sinds 1 juli 1976 een voor België, Luxemburg en Nederland gemeenschappelijke rechtsregel is, die als zodanig is aangewezen krachtens artikel 1 van het Verdrag Benelux-Gerechtshof ;

«Overwegende dat, ingevolge de arresten uitgesproken door het Benelux-Gerechtshof respectievelijk op 15 februari 1988 in de zaak A 86/3 en op 19 februari 1988 in de zaak A 86/2, artikel 11, eerste lid, van de Gemeenschappelijke Bepalingen behorende bij het Benelux-Verdrag betreffende de verplichte aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen, in combinatie onder meer met artikel 6, aldus moet worden uitgelegd dat de verzekeraar die een overeenkomst heeft gesloten tot dekking van de burgerrechtelijke aansprakelijkheid waartoe een welbepaald — onder meer met het framenummer en met de benaming 'bromfiets' aangeduid — motorrijtuig in het verkeer aanleiding kan geven, tegen de benadeelde niet kan aanvoeren dat de door dat voertuig bereikte maximumsnelheid de grens overschrijdt die door het toepasselijk nationaal reglement wordt aangemerkt als een van de factoren die bromfietsen onderscheiden van motorfietsen ;

«Overwegende dat het verweer van eiseres, gebaseerd op het feit dat het vermogen van een als 'bromfiets' verzekerd motorrijtuig vóór of na het sluiten van de verzekeringsovereenkomst zodanig werd opgevoerd dat de aldus bereikte maximumsnelheid de grens overschreed die door het Wegverkeersreglement wordt aangemerkt als een van de factoren die bromfietsen onderscheiden van motorfietsen, ook al zou dat motorrijtuig daardoor in een andere wettelijke categorie vallen, door de verzekeraar aan de benadeelde niet kan worden tegengeworpen ;

«Overwegende dat de middelen, nu de beslissing waarbij eiseres veroordeeld wordt tot het betalen van schadevergoeding aan verweerster om voormelde redenen naar recht is verantwoord, niet tot cassatie kunnen leiden ;

«Dat de middelen mitsdien niet ontvankelijk zijn.»

(Voorzitter : de h. Boon — Raadsheer-rapporteur : de h. De Baets — Advocaat-generaal : de h. D'Hoore — Advocaten : mr. Lust — In de zaak : N.V. Z. t/ Van den B.)

Hof van Cassatie (1e Kamer), 18 november 1988

Bewijs – In burgerlijke zaken – Vermoedens – Onbekend feit afgeleid uit een feit waarvan de rechter de bekendheid weigert te onderzoeken – Onwettigheid

Het bestreden arrest (Hof Antwerpen, 16 december 1986) wordt om de volgende redenen vernietigd:

«Overwegende dat het hof van beroep eerst uitspreekt dat het tijdstip waarop werd opgehouden te betalen, dient te worden vastgesteld aan de hand van objectieve bedrijfseconomische gegevens; dat het vervolgens als eerste gegeven aanwendt het ontwerp van jaarrekening per 31 december 1983, en oordeelt dat daaruit de insolventie van de gefailleerde blijkt en dat de schijn van kredietwaardigheid van de gefailleerde slechts in stand kon worden gehouden door het niet openbaar maken van de jaarrekening;

«Overwegende dat het arrest echter vaststelt dat het om een niet goedgekeurd ontwerp gaat; dat het de redenen en omstandigheden van de niet-goedkeuring niet onderzoekt en integendeel zegt dat ze niet dienen te worden beoordeeld; dat het arrest, hoewel het aldus weigert te onderzoeken of de gegevens die het uit het ontwerp put, als bekende feiten moeten worden aangemerkt, niettemin uit die gegevens tot een onbekend feit besluit, namelijk dat de schijn van kredietwaardigheid slechts in stand kon worden gehouden door de jaarrekening niet openbaar te maken; dat het vervolgens dit feit gebruikt om te beoordelen of het krediet van de gefailleerde geschokt was op 2 oktober 1984; dat het arrest daardoor de artikelen 1349 van het Burgerlijk Wetboek en 442 van de Faillissementswet schendt.»

(Voorzitter-rapporteur: de h. Caenepeel – Procureur-generaal: de h. Krings – Advocaten: mrs. Houtekier, Bützler en Geinger – In de zaak: P.V.B.A. A. t/ Faillissement N.V. C.)

Hof van Cassatie (1e Kamer), 18 november 1988

Advocaat – Sluiten van dading – Bijzondere volmacht vereist

De bestreden vonnissen (Rb. Oudenaarde, 25 maart 1982, 6 september 1984 en 3 juni 1987) worden om de volgende redenen vernietigd:

«Overwegende dat mr. De B., toenmalige advocaat van eiser, ter terechtzitting van 25 februari 1982 een conclusie nam waarin hij betoogde dat '(Bertha B., Willem Du G. en Helena G.) zich beroepen op een akkoord gegeven door P., dat niet bestaat';

«Overwegende dat de appelrechters in het bestreden vonnis van 25 maart 1982 oordelen: 'De rechtbank kan niet anders dan vaststellen dat, om een einde te maken aan de betwistingen, een dading tot stand gekomen is tussen alle partijen, aangezien allen uiteindelijk hun akkoord hebben betuigd met het voorstel daartoe, zoals het beschreven werd in de door de notaris R. uitgewerkte akte met aangehecht plan';

«Dat de appelrechters die beslissing laten steunen op de overwegingen: 'Een brief van de raadsman van (eiser) van

19 september 1980 deelt aan Frans B. het plan mee, dat de nieuwe ligging van de losweg bepaalt; deze brief laat geen twijfel bestaan nopens het akkoord van (eiser)' en '(eiser) die bij de brief van zijn raadsman van 19 september 1980 zijn akkoord met de dading te kennen had gegeven, kon dit akkoord niet meer intrekken';

«Overwegende dat de advocaat niet gerechtigd is een dading aan te gaan, tenzij zijn cliënt hem daartoe een bijzondere volmacht heeft gegeven;

«Overwegende dat het vonnis van 25 maart 1982 het bestaan van een dading niet wettig heeft kunnen afleiden uit een brief, door de advocaat van eiser aan de tegenpartij gericht, waarin die advocaat instemde met een voorstel tot beëindiging van het geschil, zonder tevens vast te stellen dat eiser zijn advocaat had gemachtigd om dat voorstel te aanvaarden;

«Overwegende dat de vernietiging van het vonnis van 25 maart 1982 vernietiging meebrengt van de vonnissen van 6 september 1984 en 3 juni 1987 die op dezelfde onwettigheid steunen.»

(Voorzitter: de h. Caenepeel – Raadsheer-rapporteur: de h. Matthijs – Procureur-generaal: de h. Krings – Advocaat: mr. De Bruyn – In de zaak: P. t/ G. e.a.)

KANTTEKENINGEN**Zetelt Madame Soleil in het Parlement**

Wie op 14 januari ll. in het Belgisch Staatsblad van die dag de bijzondere wet van 12 januari 1989 met betrekking tot de Brusselse instellingen heeft gelezen, zal zonder twijfel zijn geschrokken door de redactie van art. 82, § 1, tweede lid. De aandachtige lezer wordt namelijk door dit artikel lid uitgenodigd tot een invuloefening.

Art. 82, § 1, tweede lid, bepaalt: «De artikelen 50 en 69 van de bijzondere wet van ... betreffende de financiering van de Gemeenschappen en de Gewesten, zijn van overeenkomstige toepassing op de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie en het verenigd college.».

De verrassing van de lezer slaat echter om in verbazing als blijkt dat die invuloefening onmogelijk is. De bijzondere wet waarnaar wordt verwezen, bestond immers niet op 14 januari – de dag dat art. 82 in het Belgisch Staatsblad verscheen. De bijzondere wet betreffende de financiering van de Gemeenschappen en de Gewesten dateert van 16 januari 1989 en verscheen in het Belgisch Staatsblad van 17 januari 1989.

Hieruit blijkt hoe een manke coördinatie tussen Kamer en Senaat kan leiden tot een bedenkelijke wetgevingstechniek.

De oplossing voor de desynchronisatie werd niet gezocht in een gecoördineerde bekendmaking in het Belgisch Staatsblad, maar door beide bijzondere wetten gelijktijdig in werking te laten treden (art. 85 Bijzondere wet van 12 januari 1989 en art. 82 Bijz. W. 16 januari 1989).

Bruno Peeters

BOEKEN

B. DE SCHUTTER, *Informatiecriminaliteit*, Kluwer Rechtswetenschappen, nr. 7 in de reeks «Informatica en recht», Antwerpen-Deventer, 1988, 778 blz.

In de reeks «Informatica en recht» verscheen een zevende deel onder de titel *Informatiecriminaliteit*, een vlag die eigenlijk een te nauwe indruk geeft van de ruime lading die ze moet dekken. Het boek behandelt immers de informatiecriminaliteit in de erg brede zin van het woord. Ook de Wet op de Handelspraktijken, intellectuele eigendomsrechten, arbeidsrechtelijke aspecten, computerverzekeringen en de deregulering in de telecommunicatiesector worden besproken. Het opnemen van «randonderwerpen» is zeker niet per se verkeerd, doch men kan zich afvragen waarom bepaalde «extra» onderwerpen wel, en andere niet aan bod kwamen in dit werk over *computercriminaliteit*. De lezer van het werk zal vaststellen dat ten gevolge daarvan bepaalde stukken een samenvatting of overzicht zijn van rechtsproblemen die direct niets met criminaliteit noch met informatica te maken hebben.

De twee eerste delen van het werk zijn niet juridisch. Ze behandelen respectievelijk de bedrijfseconomische grondslag van een computerbeveiligingsbeleid (risico-analyse) (F. Vanderhoydonck) en de technische preventie van informatiecriminaliteit (C. Wuys).

Het derde deel gaat specifiek over een aantal juridische aspecten met betrekking tot informatica.

In een eerste hoofdstuk van dit derde deel maakt S. Gutwirth een aantal algemene opmerkingen omtrent het juridisch statuut van informatie, terwijl hij in een tweede hoofdstuk schrijft over de toepassing van artikel 309 Strafwetboek (fabrieksgeheim) en artikel 458 Strafwetboek (beroepsgeheim) m.b.t. informatiecriminaliteit. In hetzelfde hoofdstuk bespreekt N. Spruyt de internationale, buitenlandse en Belgische strafrechtelijke bepalingen inzake computermanipulatie, computerspionage, computersabotage, ongeoorloofde toegang tot en gebruik van computers en/of telecommunicatiesystemen. Ze komt tot de conclusie dat de klassieke strafbepalingen te belangrijke leemten bevatten om op passende wijze de informatiecriminaliteit te lijf te gaan.

De volgende hoofdstukken behandelen achtereenvolgens de intellectueelrechtelijke (M. Flamée), sociaalrechtelijke (S. Gutwirth), en handelsrechtelijke aspecten (idem).

Het zesde hoofdstuk, eveneens van de hand van S. Gutwirth, die ongeveer 285 van de totale 778 bladzijden voor zijn rekening neemt, is getiteld «aansprakelijkheidsaspecten» en behandelt zowel de strafrechtelijke aansprakelijkheid als enkele aspecten van aansprakelijkheid wegens onrechtmatige daad in geval van informatiecriminaliteit.

Het hoofdstuk over computerverzekeringen (L. Claessens) geeft een zeer goed doch nogal bondig overzicht van enkele belangrijke soorten verzekeringen met betrekking tot informatica. De meeste van de besproken verzekeringen hebben evenwel weinig of niets met criminaliteit te maken. De anderhalve bladzijde gewijd aan de computerfraudeverzekering, welke mijns inziens het best past om te worden besproken in een boek over computercriminaliteit, valt dan ook nogal bondig uit in dit hoofdstuk.

Hoofdstuk 8 (J. De Houwer) bevat een uitvoerige bespreking van de juridische bescherming van geautomatiseerde persoonsgegevens en gaat onder meer nader in op het «wetsontwerp tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer ten opzichte van geautomatiseerde persoonsregistraties» dat in 1985 werd ingediend. Het is jammer dat het werk reeds van de pers rolde toen begin 1988 een vonnis van de Vrederechter te Namen (13 januari 1987) en een arrest van het Hof van Beroep te Luik (11 maart 1987) werden gepubliceerd (*Computerrecht*, 1988, 91 e.v.), welke in deze materie met betrekking tot artikel 8 E.V.R.M., de conventie van de Raad van Europa (nog niet geratificeerd door België) en het Belgische wetsvoorstel oordelen dat deze regels, die van kracht zijn *of nog van kracht moeten worden*, een aanwijzing zijn van de gedragsnormen die door alle houders van registraties (in casu de houder van een databank i.v.m. de kredietwaardigheid van burgers), die normaal voorzichtig zijn, in acht genomen moeten worden. De rechterlijke macht heeft hier duidelijk de door de wetgever gelaten leemte correct opgevuld.

In deel IV «transmissie-aspecten» wordt nader ingegaan op de Belgische situatie met betrekking tot telecommunicatie en de deregulering in die sector (P. Poelmans).

De meeste delen van het boek bevatten een bibliografie of zijn goed voorzien van voetnoten. Dit is nuttig om door te dringen in een aantal domeinen van het «informaticarecht». Jammer genoeg ontbreekt een index die de praktijkjurist sneller op de juiste plaats zou brengen alsook de nodige doorverwijzingen naar andere teksten in het boek welke dieper ingaan op onderwerpen die slechts kort worden behandeld.

In de reeks «Informatica en Recht» beslaat dit werk een ruimer domein dan de voorgangers in de reeks. Dit heeft onvermijdelijk aanleiding gegeven tot moeilijke keuzes. Vele onderwerpen zijn evenwel ten gronde uitgebeend. Het werk is op dit ogenblik voorzeker het meest up-to-date werk m.b.t. België in een belangrijk deel van deze snel wisselende materie...

Jeff Keustermans

D. PIETERS (red.), *Europees sociale zekerheidsrecht. Commentaar*, Antwerpen, Maklu, 1988, 219 pagina's.

Dit boek bevat een zeer belangrijke systematische uiteenzetting van het sociale-zekerheidsrecht uitgaande van de Europese Gemeenschappen.

In een eerste opstel gaat prof. dr. Pieters van de K.U. Brabant te Tilburg in op enkele algemene problemen van het Europees sociale-zekerheidsrecht, zoals de fundamentele doelstellingen van coördinatie en harmonisatie van de nationale rechtsstelsels, het inpassen van het Europees sociale-zekerheidsrecht in het grondwettelijke kader van België en Nederland en de rechtstreekse werking.

In de overige bijdragen wordt steeds een ander onderdeel van de belangrijkste verordening inzake Europees sociale-zekerheidsrecht, nl. de E.E.G.-Verordening nr. 1408/71, uitgediept.

Dr. B. Schulte van het Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Sozialrecht te München analyseert eerst de algemene bepalingen van de verordening en gaat daarbij in op het principe van de samenstelling van de in de diverse lidstaten vervulde tijdvakken van sociale verzekering of arbeid en het beginsel van de export van prestaties. Vervolgens wordt aan de hand van de collisionnormen onderzocht welk nationaal sociale-zekerheidsrecht moet worden toegepast op de internationale rechtsverhoudingen.

Afdelingshoofd N. Stiemer van de Ziekenfondsraad te Amstelveen onderzoekt de Verordening nr. 1408/71 inzake het arbeidsongeschiktheidsrisico, terwijl dr. R. Cornelissen, administrateur bij de Commissie, een verhelderende studie wijdt aan de zeer moeilijke materie van de pensioenen.

S. Van Raepenbusch, eveneens ambtenaar bij de Europese Commissie, behandelt het Europese recht met betrekking tot de werkloosheidsuitkeringen, waaronder het vraagstuk van de export van deze vergoedingen. De regeling inzake de gezinsbijslagen, nl. de hoofdstukken 7 en 8 van titel III van de Verordening nr. 1408/71, wordt overzichtelijk weergegeven door J. Schnell, universitair docent van de K.U. Brabant te Tilburg.

Twee Belgen, nl. de assistentes Saelaert en Taghon van de R.U.G., en één Nederlander, J. Zeijen van de K.U. Brabant te Tilburg, onderzoeken op zeer grondige wijze het Europese Gemeenschapsrecht nopens de gelijke behandeling van mannen en vrouwen in de sociale zekerheid. Deze thematiek is o.a. voor de Belgische werkloosheidsverzekering van wezenlijk belang.

Een volledige bibliografie rondt het werk af. Samenvattend mag worden gesteld dat het boek een uiterst geslaagd resultaat is van een Nederlandse-Vlaamse samenwerking en een grote lacune vult in de literatuur omtrent het Europees sociale-zekerheidsrecht. Samen met de verdragenverzameling *Europees en internationaal sociale zekerheidsrecht* (Maklu 1987), vormt het gerecenseerde werk een onontbeerlijk Nederlandstalig werkinstrument inzake het Europees communautair sociale zekerheidsrecht.

W. Rauws

W. VAN ECKHOUTTE, *Sociaal recht inter utrumque*, in Gandaius, nr. 13, Brussel, Story Scientia, 1988, 34 p.

Deze uitgave is de publikatie van de inaugurale rede van mr. Willy Van Eeckhoutte op 12 februari 1987 naar aanleiding van het opnemen van het ambt van docent aan de R.U.G.

Van Eeckhoutte geeft een aantal algemene beschouwingen over zijn vakgebied.

De redenaar ruimt eerst een aantal misvattingen over het sociaal recht op, o.a. dat het, in vergelijking met andere rechtsvakken, om een rechtsdiscipline zonder beginselen zou gaan. Niettemin moet het sociaal recht inspelen op concrete noden en behoeften, en ter zake doet Van Eeckhoutte de opvallende uitspraak «dat het burgerlijk recht meer een recht is dat steunt op filosofie, terwijl het sociaal recht meer een recht is op basis van sociologie».

Terecht wijst de nieuwe docent op de grote samenhang tussen het sociale-zekerheidsrecht en het arbeidsrecht en op de verwevenheid tussen het sociaal recht met andere rechtsvakken. Ondanks het feit dat het (sociaal) recht geen op zichzelf staand fenomeen is, impliceert zulks niet dat de jurist zich op het sociologische, het politieke, het economische of het financiële terrein moet wagen.

Wat betreft het onderwijs van het sociaal recht wordt pertinent opgemerkt dat de professoren wat meer aandacht mogen schenken aan de (algemene) collectieve arbeidsovereenkomsten en de arbeidsreglementering.

De verhouding tussen sociaal recht en ideologie is delicaat. Van Eeckhoutte stelt zich (zelf) op het standpunt dat men een beoefenaar van het sociaal recht niet per definitie in het werkgevers- of vakbondskamp moet dwingen en dat in het sociaal recht een evenwicht tussen beider belangen is gevonden.

Deze eerste les van Van Eeckhoutte vormt ongetwijfeld de aanzet van een schitterende academische loopbaan.

W. Rauws

Aangekondigd

C. ENGELS (red.), *Werkstaking - lock-out en arbeidsrecht en sociale zekerheidsrecht* (reeks sociaal recht nr. 34), Antwerpen, Kluwer, 310 p.

A. ALEN, *Algemene beginselen en grondslagen van het Belgisch publiek recht. Boek I: De instellingen*, Brussel, Story-Scientia, 536 p.

B. DE RUYVER, *De strafrechtelijke politiek gevoerd onder de socialistische ministers van Justitie E. Vandervelde, P. Vermeylen en A. Vranckx* (Interuniversitaire reeks criminologie en strafwetenschappen nr. 17), Antwerpen, Kluwer / Arnhem, Gouda Quint, 368 p.

LE CENTRE DE LA CONSOMMATION (U.C.L.), LE CENTRE D'ETUDES ET DE DIFFUSION ECONOMIQUES ET SOCIALES (C.E.D.E.S.), 1987, *L'Année de la consommation*, Brussel, Story-Scientia, 296 p.

H.G. VAN DE BUNT, O.C.W. VAN DER VEEN, P. VERFAILLE, *Strafrechtelijke handhaving van milieurecht*, Zwolle, Tjeenk Willink, 84 p., 32 fl.

P. ABAS, *Rebus sic stantibus*, Deventer, Kluwer, 270 p., 75 fl. *Administratief en gerechtelijk jaarboek voor België, 1987-1988*, (109e uitgave, 2 delen), Brussel, Bruylant, ca. 2.000 p.

D. KOKKINI-IATRIDOU, F.J.A. VAN DER VELDEN, *Eenvormig en vergelijkend privaatrecht* (serie Molengrafica nr. 1), Lelystad, Koninklijke Vermande, 346 p.

P.C. GILHUIS, *Milieurecht op weg naar de jaren negentig*, Zwolle, Tjeenk Willink, 30 p., 16,50 fl.

L. MOK, *Hugo de Groot en Simon Stevin* (Mededelingen van het Juridisch Instituut van de Erasmus Universiteit Rotterdam nr. 46), 68.

W. FRICKE, *Standrechtelijk gekruisigd. Het proces van Jezus*, Antwerpen / Rotterdam, De Vries-Brouwers, 286 p.

D. PEEPERKORN, C. VAN RIJ (red.), *Collecting societies in the music business*, Apeldoorn / Antwerpen, Maklu, 162 p., 2.500 fr.

J.J.M. TROMM, *Introduction to community law on competition and external trade*, Apeldoorn / Antwerpen, Maklu, 296, 1.160 fr.

MEDEDELINGEN

Verplichte beroepsopleiding voor advocaten in Nederland

Bij Koninklijk Besluit van 3 februari 1989, Staatsblad 19, is bepaald dat met ingang van 1 maart 1989 in werking treedt de Wet van 2 februari 1989, Staatsblad 15, tot wijziging van de Advocatenwet (Beroepsopleiding advocaten).

In de gewijzigde Advocatenwet is vastgelegd dat de Nederlandse orde van advocaten zorgt voor een beroepsopleiding voor pas beginnende advocaten (stagiaires) en dat de orde dezen in staat stelt de beroepsopleiding te volgen die met een examen wordt afgesloten. Zolang de beginnende advocaat het examen nog niet heeft gehaald, wordt hij voorwaardelijk ingeschreven. Kan hij aantonen dat hij het examen met goed gevolg heeft afgelegd, dan wordt de inschrijving definitief. De beginnende advocaat heeft gedurende drie jaar de tijd om voor het examen te slagen. Slaagt hij daarin niet, dan vervalt de inschrijving als advocaat. Degene die van het tableau is geschrapt behoudt echter, maar dan als niet-advocaat, de mogelijkheid het examen bij wijze van herkansing af te leggen. De in de wet neergelegde verplichting betreffende de beroepsopleiding en het examen zal, als gevolg van de feitelijke organisatie van de reeds in september 1988 gestarte opleiding, in volle omvang gelden voor die advocaten die weliswaar na 1 maart 1989 tot de balie toetraden, maar die de eerstvolgende cursuscycclus, beginnend op 1 september 1989, zullen volgen.

In de wet is verder de mogelijkheid vastgelegd dat aan de stagiaire een cursus- en examengeld in rekening wordt gebracht. Het cursusgeld bedraagt thans f 3500,-; het examengeld bedraagt f 205,-. Voor bepaalde onderdelen kan vrijstelling tot het volgen van de opleiding of het afleggen van het examen worden verkregen.

Er is op grond van de nieuwe wet een curatorium ingesteld dat toezicht houdt op de opleiding en het examen en dat (na beroep op de examencommissie) als beroepsinstantie kan fungeren in de gevallen waarin een stagiaire het niet eens is met een te zijnen aanzien genomen opleidings- of examenbeslissing. Het curatorium bestaat uit vijf leden. De door de minister van Justitie benoemde leden zijn: mr. H.L.J. Roelvink, raadsheer in de Hoge Raad der Nederlanden (tevens voorzitter); mr. A.H. van Delden, president van de arrondissementsrechtbank te 's-Hertogenbosch; mw. mr. M. Gonggrijp-van Mourik, universitair docente bij de Rijksuniversiteit te Leiden.

De door de Nederlandse orde van advocaten aangewezen leden/advocaten van het curatorium zijn mr. G.F. Th. Hesselink en mr. A.S. Rueb.

In de gewijzigde Advocatenwet zijn verder nog enkele bepalingen opgenomen over de reeds bestaande verplichting voor een beginnend advocaat om gedurende de eerste drie jaar waarin hij staat ingeschreven als stagiaire de praktijk uit te oefenen onder toezicht van een andere advocaat (de patroon) en bij deze advocaat kantoor te houden. Een en ander was tot nu toe geregeld in de zogenaamde Stageverordening van de Nederlandse orde van advocaten. Ten slotte zijn in de gewijzigde Advocatenwet enige regels opgenomen om advocaten zonnodig te verplichten om als patroon van een stagiaire op te treden.

Officiële verzameling van de arresten van het Arbitragehof

Het Arbitragehof deelt hierbij mede dat de eerste drie boekdelen — jaargangen 1985 en 1986 — van de officiële verzameling van zijn arresten zijn verschenen en verkrijgbaar tegen storting van een bedrag van 1200 fr. per boekdeel op rekening nummer: 140-0500655-08 van het Arbitragehof.

Studienamiddag: Aspecten van de belastinghervorming

Het Studiecentrum voor het financieelwezen, Regionaal Comité Antwerpen, organiseert op maandag 13 maart 1986 een studienamiddag met als thema: Aspecten van de belastinghervorming, onder leiding van professor dr. Emiel Van Broekhoven.

Het colloquium heeft plaats in het Auditorium van de Kredietbank te Antwerpen en begint om 13u30. Het eindigt omstreeks 18 u en wordt besloten met een receptie.

TIJDSCHRIFTEN

Tijdschrift voor Rechtspersoon en Vennootschap

1988, nr. 6

Van Crombrugge, S., De winstbepaling van Belgische en vaste inrichtingen in het internationaal fiscaal recht; Tyteca, J., Kroniek financieel recht; Faes, P., Standpunt: De (leveraged) management buy-out: een pleidooi voor de aanpassing van de vennootschaps-wetgeving; Rechtspraak; Taalrubriek.

1989, nr. 1

In memoriam prof. Jan Ronse; Vanderelst, A., en Wijckmans, F., De toepasselijkheid anno 1988 van artikel 85 van het EEG-Verdrag op concentraties van ondernemingen: nihil novi sub sole?; Van Cutsem, G., Vergelijkende studie oprichtingen Coöperatieve Vennootschappen, Eenpersoons-BVBA, BVBA; Van Crombrugge, S., Kroniek boekhoudrecht (juni-november 1988); Raes, S., Standpunt: De bijstand van een advocaat als raadsman op de vergadering van een orgaan van een rechtspersoon; Rechtspraak; Taalrubriek.

Algemeen fiscaal tijdschrift, 1988

nr. 1

Vanden Eede, R., Medeplichtige of slachtoffer?; Tucker, B., Van Laer, S. en Mertens, T., Het Amerikaanse belastingstelsel van toepassing op de inkomsten van filialen; Gerard, M., De keuze tussen vrijstelling van inkomen en belastingvermindering; Bellen, P., noot onder Bergen, 5 februari 1987 (Inkomstenbelastingen, vennootschapsbelasting, overdracht van een individueel bedrijf aan een vennootschap, afschrijving van de cliënteel, schijnakte van overdracht, gebrek aan bewijzen, afwezigheid van waardevermindering); Mur-rath, A., noot onder Luik, 27 mei 1987 (Inkomstenbelastingen, onroerende verrichtingen, occasionele winsten, geen winstgevend be-roepsactiviteit); Murrath, A., noot onder Luik, 3 juni 1987 (Inkom-stenbelastingen, opbrengst van onroerende verrichtingen, beheer van het privé-vermogen); Jorion, G., noot onder Cass., 12 juni 1987 (Ontbinding van een N.V., vereniging van alle aandelen in hand van een buitenlandse vennootschap, verdelingsaanslag, aanleidingge-vend feit, overneming door een Belgische vennootschap, simulatie); Beschrijver, D., noot onder Antwerpen, 30 juni 1987 (2 arresten) (Inkomstenbelastingen, personenbelasting, voorafbetalingen, fail-lissement, ontstaan van de belastingschuld, niet-tegenstelbaarheid van de voorafbetalingen aan de massa, teruggave van de voorafbe-talingen).

nr. 2

De Cuyper, J.-Q., Fiscus weldra erkend als burgerlijke partij voor strafrechten?; Duterme, O. en Gomez, A., De bewijskracht van computerboekhouding in fiscale aangelegenheden; Verbanck, P. en Van Cauwenbergh, S., Successierechten: Commissie voor de schat-ting van internationaal befaamde kunstwerken; Thilmany, J., noot onder Luik, 20 mei 1987 (Inkomstenbelasting, onroerende voorhef-fing, vermindering, gehandicapt persoon, leeftijdsvoorwaarde); Dessain, J., noot onder Luik, 27 mei 1987 (Inkomstenbelastingen, P.B. bedrijfsinkomsten, voordelen van alle aard, bedrijfslasten, wa-genonkosten); Jorion, G., noot onder Antwerpen, 30 juni 1987 (Personenbelasting, stopzetting meerwaarde, vrije beroepen, ge-bouw gedeeltelijk gebruikt voor beroepsdoeleinden, gebouw onder-hevig aan de risico's van de onderneming); De Haleux, L., noot on-der Brussel, 22 september 1987 (Bedrijfsverliezen, tenlasteneming door de vennoot, zaakvoerder van de P.V.B.A., bedrijfslasten, geen informeel kapitaal, aftrekbaarheid); Derrevaux, G., noot on-der Luik, 14 oktober 1987 (Inkomstenbelasting, P.B. bedrijfsin-komsten, exploitatiewinst, correctie door de B.B.I., bewijs door vermoedens).

nr. 3

Bellande, F., Recht op informatie; Minne, P.P., De vrijstelling van meerwaarden verwezenlijkt tijdens en na de herstructurering van vennootschappen; Cougnon, J.M., Inkoop van aandelen; Debeck, L., Fiscaliteit en scheiding: een onzeker huishouden; Jorion, G., noot onder Antwerpen, 8 september 1987 (Vennootschapsbelasting, vrijstelling van een meerwaarde, voorwaarde van onaantastbaar-heid, interpretatie van het nieuwe artikel 105 W.I.B.); Gheysens, L.,

noot onder Antwerpen, 14 september 1987) (Inkomstenbelastingen, vennootschapsbelasting, taxatie bij vergelijking, gewestelijke direc-teur, rechtsprekende bevoegdheid, beperkingen); Vandendael, E., noot onder Brussel, 6 oktober 1987 (Inkomstenbelastingen, ven-nootschapsbelasting, bindende kracht van de balans, provisie voor waarschijnlijke verliezen, bewezen waardeverminderingen op vor-deringen); Lycops, J.F., noot onder Brussel, 10 november 1987 (Vennootschapsbelasting, bedrijfsuitgaven, kosten eigen aan de werkgever of sociale voordelen).

Annales de droit de Louvain, 1988

nr. 1

Rigaux, F., La notion de fait en science juridique; Meeus, A., L'in-stitution du ministère public en Belgique; Fyon, M., Les mesures d'assainissement budgétaire et l'autonomie communale; De Munck, J., François Ewald et l'Etat providence; Flore, D., Le ju-gement répressif au-delà des frontières nationales.

Annales de Droit de Liège, 1988

nr. 1

Rigaulich, P., La signification actuelle de la règle de conflit; Kohl, A., Le juge civil des référés est-il compétent pour statuer à titre in-cident sur une contestation relative à la filiation? (noot onder Cass., 21 mei 1987); Liénard-Ligny, M., Quelques problèmes posés par la reconnaissance de paternité en droit international privé (noot onder Cass., 21 mei 1987); Vanderelst, R., La loi qui régit le cautionne-ment au fond et «la règle locus regit actum» (noot onder Cass., 24 september 1987); Gothot, P., La lettre et l'esprit (noot onder Raad van State, 20 oktober 1987); Panier, Ch., La protection du logement familial à l'épreuve du contrat d'assurance-incendie (noot onder Bergen, 7 februari 1985); Huys, M., La prolongation du délai ac-cordé à l'arbitre pour statuer (noot onder Brussel, 25 februari 1987); Rigaux, F., L'exécution en Belgique d'un contrat de change prohibé par la loi d'un autre état (noot onder Brussel, 24 maart 1987); Fal-lon, M., La monnaie du jugement en matière de contrats (noot on-der Brussel, 31 maart 1987); Van Hecke, G., Compétence judiciaire et loi applicable en matière de vente à caractère international (noot onder Brussel, 30 april 1987); Born, H., Leçons d'un cas limite quant à l'intérêt d'une option claire de la Cour de justice en matière de l'interprétation de l'article 16, 1° de la convention C.E.E. du 27 septembre 1986; Lovens, Cl., Efficacité des jugements de divorce prononcés à l'étranger (noot onder Rb. Brussel, 26 juni 1986).

nr. 2-3

Joisten, P., Le bon pour grosse; Ernotte, M.-Cl., Nature de la cla-use résolutoire expresse en cas de faillite: condition résolutoire ou pacte commissaire exprès? (noot onder Luik, 24 september 1986); Lagasse, D., Des progrès du contrôle juridictionnel des attributions de marchés publics (noot onder Rb. Luik, 27 februari 1987); Dem-blon, J., L'exécution de l'acte notarié peut-elle intervenir directe-ment et peut-elle être suspendue? (noot onder Rb. Brussel (Beslag), 29 juni 1987); Mahieu, G., Divorce et opposition de scellés (noot onder Vred. Luik, 28 mei 1986).

Bank- en Financieuzen, 1988

nr. 1

Godeaux, J., Réflexions à l'aube d'un an nouveau; Abraham, J.-P., Is financieel 1992 (nog) geloofwaardig?; Lierman, F. en Tay-mans, A., Des «International Banking Facilities» vers les «Euro-pean Banking Instruments»?; Vermeiren, L., Juridische aspecten van de courante kredietverleningsperspectieven 1992; Ugeux, G., The evolution of international capital markets: threat or challenge for the banking world?; Marlier, C., Les options de change.

nr. 2

Martin, Cl., Crédits «mono-bloc»; Stranart, A.M., en Grégoire, M., Chronique de droit bancaire privé - les sûretés personnelles; Devos, D., noot onder Brussel, 15 oktober 1987 (Garantie op eerste verzoek, eenzijdig karakter, bedrieglijke of frauduleuze afroep); Van Hoofstat, R., Telebanking: welk nut voor de bedrijven?; Snoy, B., Les implications de l'ouverture du marché des services fi-nanciers sur l'avenir du crédit; De Cort, H., De toekomst van het kortlopend bedrijfskrediet.