

DE HERSTELMAATREGELLEN INZAKE STEDEBOUW

In het stelsel van de oorspronkelijke Stedebouwwet van 29 maart 1962 was de enige vorm van herstel bij bouw misdrijven, het herstel van de plaats in de vorige staat. Dit herstel diende door de rechtbank die zich over de straffen uitsprak, ambtshalve te worden bevolen «indien daartoe grond zou bestaan» (art. 65), dit is zodra dit herstel nodig was om de gevolgen van het misdrijf te doen verdwijnen¹. Ook voor de burgerlijke rechtbank kon dit herstel in de vorige staat gevorderd worden (art. 67).

De wet van 22 december 1970 heeft de artikelen 65 en 67 op ingrijpende wijze gewijzigd. Allereerst werden verschillende soorten herstelmaatregelen ingevoerd: het herstel van de plaats in de vorige toestand, de uitvoering van aanpassingswerken en de betaling van het bedrag van de meerwaarde die het goed door het misdrijf heeft verkregen. Daarnaast werd tevens in de mogelijkheid van een transactie voorzien.

Daarenboven werd afgezien van de verplichting voor de rechtbank om ambtshalve de herstelmaatregelen te bevelen. Dit bevel zal slechts kunnen worden uitgesproken «op vordering van de gemachtigde ambtenaar of van het college van burgemeester en schepenen», wier gezamenlijk akkoord vereist is indien een andere maatregel dan het herstel in de vorige toestand wordt gevorderd.

De rechten van de derde benadeelde zijn in dit geval beperkt tot de door de bevoegde overheid gekozen wijze van herstel, «onverminderd het recht om vergoeding van schade te eisen van de veroordeelde».

Deze bijdrage heeft tot doel na te gaan wanneer welke maatregelen door wie tegen wie kunnen worden gevorderd.

Bijna twintig jaar na de inwerkingtreding van de wetwijziging van 22 december 1970, is het zeer de vraag of het doel om beter tegemoet te komen aan de vereisten van de goede ruimtelijke ordening inderdaad is bereikt.

Twee knelpunten verdienen daarbij een bijzondere aandacht. In de eerste plaats bestaat er het alom bekende probleem van de (niet-)uitvoering van de veroordeling tot herstel. In de tweede plaats rijst de vraag naar de bescherming tegen mogelijke willekeur van de bevoegde overheid bij het (niet-)optreden tegen bouw misdrijven. Die willekeur kan haar oorzaak vinden, hetzij in collusie met de dader van het misdrijf (bv. bij het verlenen van een onwettige bouwvergunning door de gemeente), hetzij in collusie met de derde benadeelde (bv. indien bepaalde «connecties» bestaan) en kan zich uiten niet alleen in de fase voorafgaand aan de rechtspleging (cf. preventief optreden, afgifte van de vergunning), maar ook in de fase van de rechtspleging (bv. keuze van de gevorderde herstelmaatregel) en in de uitvoering van de rechterlijke beslissing (bv. ambtshalve uitvoering of niet). Daar stedebouw onmiskenbaar een politiek «delicate» materie uitmaakt, is de vraag naar de rechtsbescherming tegen willekeurig en onrechtmatig optreden van de bevoegde overheid dan ook essentieel.

I. AARD VAN DE HERSTELMAATREGELLEN

De vraag naar de aard van de herstelmaatregelen heeft tot de meest uiteenlopende antwoorden aanleiding gegeven. Hoewel algemeen aangenomen wordt dat de herstelmaatregelen geen straf uitmaken, behoort de vordering tot herstel volgens één bepaalde strekking toch tot de uitoefening van de strafvordering², terwijl anderen het als een civielrechtelijke vordering³, een maatregel van openbare orde⁴, een teruggave⁵, een maatregel van administratieve aard⁶, of een vordering sui generis⁷ beschouwen.

Het antwoord is niet zonder praktisch belang. Zo zal de beslissing waarbij straffen worden uitgesproken en een deskundigenonderzoek wordt bevolen om het bedrag van de meerwaarde te bepalen, geen eindbeslissing zijn waartegen cassatieberoep kan worden ingesteld, wanneer de vordering tot betaling van de meerwaarde tot de strafvordering behoort⁸. Ook voor de toepasselijkheid van de dwangsom is de aard van de herstelmaatregelen van belang. De dwangsom kan immers niet bevolen worden om de naleving van een strafrechtelijke veroordeling te verzekeren⁹.

Het probleem rijst niet indien de vordering tot herstel door de benadeelde derde wordt ingesteld. In die gevallen gaat het om een zuiver civielrechtelijke vordering.

Wat echter indien de herstelmaatregelen worden gevorderd door het college van burgemeester en schepenen en/of de gemachtigde ambtenaar?

In zijn conclusie bij het arrest van het Hof van Cassatie van 9 maart 1976 heeft de advocaat-generaal Lenaerts in dit verband een zeer principiële stelling ingenomen.

² Cass., 9 maart 1976, *A.C.*, 1975-76, 784.

³ BOUILARD, Ph., «Les sanctions en matière d'urbanisme: Dialogue du droit et de faits», *Aménagement*, 1980, 11; PEREMANS, R., «Sancties», in *Het onroerend goed in de praktijk*, Senelle R. (red.), Antwerpen, Kluwer, 1980, deel VI (Ruimtelijke Ordening en Stedebouw), F6-2; DE CORDIER, P. en LIEVENS, H., «Sancties en herstelmaatregelen», in *De recente evoluties en knelpunten in de ruimtelijke ordening en de stedebouw*, SEUTIN, B. en VAN DE LANOTTE, J., (red.), Die Keure, 1988, 31, nr. 46; MOREAU-MARGRÈVE, I., «Observations» bij Corr. Dinant, 27 februari 1985, *Aménagement*, 1986, 114.

⁴ Brussel, 27 december 1972, *R.W.*, 1972-73, 1580.

⁵ VANHOUDT, C.J. en CALEWAERT, W., *Belgisch Strafrecht*, Antwerpen, Story, 1976, nr. 1882; ORBAN DE XIVRY, E., «Les sanctions administratives en droit de l'environnement en Région Wallonne» in *La répression des infractions en matière d'environnement en Région wallonne*, JADOT, B. (red.), Brussel, Story, 1987, 3, 18.

⁶ LEYSEN, L., «De sanktionering van de bouw misdrijven gepleegd in overtreding van de voorschriften van de wet houdende organisatie van de ruimtelijke ordening en van de stedebouw», *Jura Falconis*, 1970-71, 351, 365.

⁷ Antwerpen, 8 januari 1982, *Pas.*, 1982, II, 30.

⁸ Cf. Cass., 9 maart 1976, *A.C.*, 1975-76, 784.

⁹ BALLON, L., *Dwangsom*, Gent, Story, 1980, nr. 97; Luik, 25 september 1985, *J.L.*, 1986-87, 465, met advies van substituut F. Close, 467.

¹ Cass., 31 januari 1966, *R.W.*, 1966-67, 737.

Zijn uitgangspunt is dat de strafvordering fundamenteel gericht is op de bescherming van de gemeenschap tegen wets-overtredingen. Deze bescherming bestaat primordiaal in het opleggen van straffen maar kan ook andere maatregelen tot herstel van wettigheid vereisen, zoals de vordering tot terug-gave waaronder verstaan worden alle maatregelen die van zulke aard zijn dat zij de door het misdrijf gestoorde wet-telijke orde kunnen herstellen. Het criterium ter onderschei-ding van de strafvordering en de burgerlijke vordering dient volgens Lenaerts principieel gezocht te worden in de *aard* van het door de vordering beschermde belang. Gaat het om een particulier belang, dan betreft het een burgerlijke rechts-vordering. Wordt daarentegen de bescherming van de ge-meenschap of van het algemeen belang beoogd, dan maakt de vordering deel uit van de *strafvordering*, ook al is de ge-vorderde maatregel geen straf¹⁰.

Het Hof van Cassatie is die stelling aanvankelijk bijgeval-len en heeft meermaals beslist dat de vordering tot herstel-maatregelen «krachtens het door de wetgever beoogde doel het algemeen belang van de gemeenschap te beschermen, met name de verwezenlijking van een goede ruimtelijke or-denning, tot de strafvordering behoort»¹¹ en van «strafrech-telijke aard» is¹², ook al gaat het niet om een eigenlijke straf¹³. Het feit dat de bevoegde overheid zich burgerlijke partij heeft gesteld, verandert daar niets aan¹⁴.

Dit standpunt gaf evenwel tot problemen aanleiding wan-neer de strafvordering reeds verjaard was. Kan de rechter in dit geval nog een herstelmaatregel, die immers ook tot de strafvordering behoort, bevelen? Op dit punt besliste het Hof dat, ook al behoort de vordering strekkende tot herstel tot de strafvordering, de veroordeling tot dit herstel niet het karakter van een eigenlijke straf vertoont zodat de rechter de herstelmaatregel mag bevelen niettegenstaande de verja-ring van de strafvordering, op voorwaarde dat de vordering tot herstel voor de verjaring van de strafvordering is ingediend¹⁵.

Afgezien van de vraag naar de juistheid van het uitgangspunt van deze cassatierechtspraak, nl. dat de vordering die de bescherming van het algemeen belang beoogt noodzake-lijk tot de strafvordering behoort, lijkt de door het Hof van Cassatie geformuleerde stelling, die door een deel van de rechtspraak wordt gevolgd¹⁶, in de praktijk onhoudbaar te zijn.

Het is immers moeilijk enerzijds te stellen dat de vordering tot herstel tot de strafvordering behoort en anderzijds te be-weren dat de verjaring van de strafvordering niet belet dat over de vordering tot herstel nog mag worden beslist. Het is evenmin gemakkelijk verzoenbaar enerzijds te stellen dat de vordering tot de betaling van het bedrag van de meer-

waarde een strafrechtelijk karakter vertoont, terwijl ander-zijds opgemerkt wordt dat het toch niet om een «eigenlijke straf» gaat. Het toekennen van een strafrechtelijk karakter aan de herstelmaatregelen gaat bovendien moeilijk samen met het erkennen van de mogelijkheid voor de bevoegde overheid om de veroordeling tot betaling van een dwangsom te vorderen voor het geval de gevorderde herstelmaatregel niet wordt uitgevoerd¹⁷. De dwangsom kan immers niet wor-den uitgesproken om de nakoming van een strafrechtelijke veroordeling te verzekeren¹⁸. Ten slotte is moeilijk in te zien dat de vordering tot herstel in het algemeen belang, indien ze zou worden ingeleid voor de burgerlijke rechtbank, niet zou behoren tot de strafvordering maar wel indien ze wordt ingesteld voor de strafrechtbank.

Het Hof van Cassatie heeft, overigens naar aanleiding van de vraag naar de mogelijkheid om in het kader van de pu-blieke vordering de oplegging van een dwangsom te eisen, blijkbaar ingezien dat de stelling dat de vordering tot herstel tot de strafvordering behoort, praktisch niet houdbaar is en in een recent arrest van 9 juni 1987 beslist «dat de vordering tot herstel een *civilrechtelijk* karakter heeft»¹⁹. Dit arrest mag beschouwd worden als een breuk met de vroegere recht-spraak van het Hof.

Ook een deel van de lagere rechtspraak²⁰, gevolgd door sommige auteurs²¹, is van oordeel dat de herstelmaatregelen burgerlijk van aard zijn. Is het juist dat de herstelmaatregelen tot de civielrechtelijke gevolgen van het misdrijf be-horen en derhalve van burgerlijke aard zijn, dan mag daaruit nochtans niet worden afgeleid dat het zou gaan om een eigenlijke *civilrechtelijke vordering* in de zin van artikel 3 van de voorafgaande titel van het Wetboek van Strafvorde-ring.

Allereerst blijkt dat een burgerlijke vordering door een openbare overheid slechts kan worden ingesteld wanneer het misdrijf haar een eigen schade heeft berokkend; bv. wanneer zij in haar goede naam een morele schade heeft ondergaan door schending van het esthetisch uitzicht van de dorpskom²². De vordering tot herstel kan daarentegen door het college van burgemeester en schepenen of de gemachtig-de ambtenaar ook worden gevorderd wanneer zij van geen eigen schade kunnen doen blijken; derhalve ook wanneer zij niet gerechtigd zouden zijn een burgerlijke vordering in te stellen.

Vervolgens is de vordering van de administratie niet ge-richt op de bescherming van het eigen belang (behalve wan-neer de administratieve overheid zich ook burgerlijke partij stelt en bv. schadevergoeding vordert), maar wel op het al-gemeen belang, nl. de vrijwaring van een goede ruimtelijke ordening.

Ten slotte is moeilijk in te zien hoe een burgerlijke vor-dering voor de strafrechter kan worden gebracht zonder dat daartoe een burgerlijke-partijstelling is vereist. Toch wordt aangenomen dat de bevoegde overheid de herstelmaatrege-

¹⁰ Cass., 9 maart 1976, *A.C.*, 1975-76, 784, 786, met conclusie van de advocaat-generaal Lenaerts.

¹¹ Cass., 7 september 1976, *A.C.*, 1976-77, 25; Cass., 23 januari 1979, *A.C.*, 1978-79, 580; Cass., 25 april 1984, *A.C.*, 1983-84, 1117.

¹² Cass., 13 december 1977, *A.C.*, 1977-78, 443.

¹³ Cass., 23 januari 1979, *A.C.*, 1978-79, 580.

¹⁴ Cass., 7 september 1976, *A.C.*, 1976-77, 25.

¹⁵ Cass., 23 januari 1979, *A.C.*, 1978-79, 581.

¹⁶ Antwerpen, 12 juni 1981, *R.W.*, 1982-83, 1011; Antwerpen, 6 oktober 1982, *Pas.*, 1982, II, 114; Gent, 14 februari 1985, *R.W.*, 1986-87, 462; Gent, 28 juni 1985, *R.W.*, 1986-87, 610; Antwerpen, 29 januari 1988, *R.W.*, 1987-88, 1064.

¹⁷ Cf. *infra* VII.3.

¹⁸ Cf. noot 9.

¹⁹ Cass., 9 juni 1987, *A.C.*, 1986-87, 1365.

²⁰ Brussel, 19 november 1984, *R.W.*, 1986-87, 667; Luik, 26 juni 1985, *Rev. Rég. Dr.*, 1985, 312; Gent, 29 juni 1972, *R.W.*, 1972-73, 1292.

²¹ Cf. noot 3.

²² Cass., 5 februari 1985, *A.C.*, 1984-85, 746.

len ook zonder burgerlijke-partijstelling kan vorderen (infra).

Ook met de kwalificatie van de herstelmaatregelen als maatregelen van *teruggave* in de zin van de artikelen 44 van het Strafwetboek en 161 van het Wetboek van Strafvordering kan niet ingestemd worden. Het is immers eigen aan de teruggave dat zij door de rechtbank ambtshalve wordt bevolen²³, terwijl de herstelmaatregelen enkel kunnen worden bevolen op vordering van de bevoegde overheid of van de burgerlijke partij (infra). Bovendien hebben de gevorderde herstelmaatregelen niet steeds tot doel de gevolgen van het misdrijf te doen verdwijnen, wat eigen is aan de teruggave²⁴, maar integendeel het bestendigen ervan, bv. indien de betaling van de meerwaarde wordt gevorderd.

De kwalificatie als «administratieve sanctie» lijkt evenmin in aanmerking te komen. Het is immers eigen aan administratieve sancties dat zij kunnen worden opgelegd zonder voorafgaande rechterlijke tussenkomst²⁵.

Er dient dan ook besloten te worden dat de vordering tot herstel «niet strekt tot het opleggen van een straf» en «evenmin een burgerlijke eis is», maar «dat zij een vordering sui generis is» van de bevoegde overheid om in het openbaar belang de aantasting van de goede ruimtelijke ordening teniet te doen of, indien de goede ruimtelijke ordening met de gevolgen van het misdrijf niet onverenigbaar is, om de onwettige verrijking ongedaan te maken²⁶.

II. TOEPASSINGSGEBIED

De herstelmaatregelen bedoeld in de artikelen 65 en 67 van de Stedebouwwet kunnen enkel worden bevolen voor gedragingen die overeenkomstig artikel 64 strafbaar zijn.

Derhalve kunnen die maatregelen enkel bevolen worden tegen personen die door het uitvoeren van werken, het in stand houden ervan, door het verkavelen van grondeigendom of «hoe dan ook» inbreuk maken op de voorschriften van de bijzondere plannen van aanleg, op de bepalingen betreffende het verlenen van bouwvergunningen en verkavelingsvergunning of op de gemeentelijke bouwverordeningen.

De herstelmaatregelen (herstel in de vorige staat, betaling van een meerwaarde of aanpassingswerken) dienen dus ook bevolen te worden wanneer een gebouw zonder bouwvergunning wordt afgebroken (art. 44, § 1, 1) of wanneer zonder vergunning wordt overgegaan tot ontbossing of het reliëf van de bodem wordt gewijzigd (art. 44, § 1, 2), bepaalde bomen worden geveld (art. 44, § 1, 3), tot ontginning wordt overgegaan of de vegetatie van beschermde gebieden wordt gewijzigd (art. 44, § 1, 4).

In de praktijk zal het in die gevallen nochtans vaak moeilijk of onmogelijk zijn om de plaats in de vorige staat te herstellen. Het herstel zal dan bestaan in het opleggen van aan-

passingswerken bv. heraanplanting of herbebossing²⁷, of de betaling van een meerwaarde.

Het feit dat de feitenrechter vaststelt dat het herstel van de plaats in de vorige staat niet meer volledig mogelijk is, belet volgens het Hof van Cassatie evenwel niet dat het herstel van de plaats in de vorige toestand moet worden bevolen wanneer dit door de bevoegde overheid wordt gevorderd²⁸. Deze beslissing is moeilijk verzoenbaar met de rechtspraak volgens welke de rechter het herstel in de vorige staat slechts kan bevelen als hij vaststelt dat deze maatregel nog nodig en gerechtvaardigd is om de sporen van het misdrijf te doen verdwijnen²⁹.

III. WANNEER KUNNEN DE HERSTELMAATREGELEN WORDEN GEVORDERD?

Het feit dat een strafbare overtreding van de bepalingen van de Stedebouwwet is vastgesteld, betekent niet steeds dat herstelmaatregelen kunnen worden gevorderd en bevolen. Het is namelijk mogelijk dat de dader van de onwettige bouwwerkzaamheden vrijwillig de gevolgen van het misdrijf tenietdoet, bv. door afbraak. Het is eveneens mogelijk dat de onregelmatig verrichte bouwwerken naderhand door een vergunning worden toegestaan zodat het herstel niet meer nodig is om de gevolgen van het misdrijf te doen verdwijnen.

In dit verband werd er door het Hof van Cassatie verschillende malen op de gewezen dat «de rechter, wanneer hij een veroordeling uitspreekt wegens inbreuk op artikel 64 van de wet van 29 maart 1962 houdende organisatie van de ruimtelijke ordening en van de stedebouw, het herstel van de plaats in de vorige toestand alleen dan mag bevelen als hij vaststelt dat die maatregel nog nodig is om de sporen van het misdrijf te doen verdwijnen, gelet op de wijzigingen die ondertussen zijn aangebracht in de door het bestuur verleende vergunningen»³⁰.

Dit leidt er evenwel toe dat, naar gelang van het stadium van de administratieve procedure, de herstelmaatregelen wel of niet moeten worden bevolen. Het is immers mogelijk dat de bouwwerken zonder vergunning zijn opgericht en dat de beklaagde een regularisatievergunning heeft aangevraagd, doch de administratieve (en eventueel gerechtelijke) procedure omtrent de toekenning daarvan op het moment van de uitspraak over de herstelmaatregelen nog niet is beëindigd.

Aangezien de wet niet bepaalt dat, wanneer een aanvraag tot regularisatie is ingediend, het geding dat voor de strafrechter wordt gevoerd, moet worden opgeschort³¹, is het mogelijk dat hetzij de herstelmaatregelen worden bevolen terwijl later een regelmatige regularisatievergunning wordt verleend, hetzij de herstelmaatregelen niet worden bevolen terwijl de op het ogenblik van de uitspraak bestaande vergunning naderhand wordt vernietigd.

²³ VERSTRAETEN, R., «De teruggave en het derdenverzet in strafzaken», *R.W.*, 1988-89, 157, 158.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ LIGOT, J., «De administratieve sanctie naar Belgisch Recht», *T.B.P.*, 1973, 1; COREMANS, H., «De administratieve sanctie. Naar een omlijning van het begrip», *R.W.*, 1964-65, 753.

²⁶ Antwerpen, 8 januari 1982, *Pas.*, 1982, II, 30. Vgl. Brussel, 27 december 1972, *R.W.*, 1972-73, 1580.

²⁷ Corr. Charleroi, 10 mei 1952, *T.B.P.*, 1953, 297; Luik, 17 mei 1953, *T.B.P.*, 1953, 299, met noot F. WASTIELS.

²⁸ Cass., 8 september 1982, *A.C.*, 1982-83, 37.

²⁹ Cass., 15 juni 1976, *A.C.*, 1975-76, 1147.

³⁰ Cass., 23 september 1987, *R.W.*, 1987-88, 913, met noot A. VANDEPLAS; Cass., 15 juni 1976, *A.C.*, 1975-76; Cass., 8 juni 1970, *A.C.*, 1969-70, 942; Cass., 7 december 1964, *Pas.*, 1965, I, 347.

³¹ Cass., 19 september 1978, *A.C.*, 1978-79, 67; Gent, 8 juni 1973, *R.W.*, 1975-76, 2369; Brussel, 25 mei 1970, *Mouv. Comm.*, 1970, 540.

Hoewel de rechter wettelijk niet verplicht is rekening te houden met de aan de gang zijnde administratieve procedure – enkel de situatie op het ogenblik van de uitspraak telt – lijkt het toch aangewezen dat hij met die procedure rekening houdt.

Aldus moet hij, wanneer op het tijdstip van de uitspraak een regularisatievergunning bestaat waartegen beroep is ingesteld, krachtens artikel 107 van de Grondwet nagaan of het besluit tot toekenning van een regularisatievergunning door machtsoverschrijding of machtsafwending is aangetast³².

De rechter kan echter niet wettig bevelen dat het herstel in de vorige staat moet gebeuren «binnen een termijn van zes maanden te rekenen vanaf de dag waarop het bestuur een definitieve of niettegenstaande elk beroep uitvoerbare beslissing zal hebben gewezen waarbij het behoud van de litigieuze werken wordt geweigerd»³³.

Wanneer op het tijdstip van de uitspraak geen regularisatievergunning bestaat, maar de rechter vaststelt dat er ernstige kansen zijn dat de regularisatievergunning wordt toegekend, is het aan te bevelen de beslissing betreffende de herstelmaatregelen uit te stellen tot daaromtrent een definitieve beslissing tot stand is gekomen. Dit is niet het geval indien de rechter vaststelt dat de gevoerde administratieve procedure enkel een dilatoir karakter heeft³⁴.

Terwijl hierboven het geval werd onderzocht waarin onwettig verrichte bouwwerken naderhand worden geregulariseerd, kan ook het omgekeerde zich voordoen, nl. wanneer de bouwvergunning die de bouwwerken toelaat, later wordt vernietigd of onwettig wordt verklaard.

In veel gevallen zal dan kunnen worden geoordeeld dat het oprichten en in stand houden van bouwwerken onder dekking van een bouwvergunning en vooraleer de bouwheer kennis kreeg van de vernietiging van die vergunning, gerechtvaardigd is door onoverkomelijke dwaling³⁵. De klaagde zal nochtans dienen aan te tonen dat hij heeft gehandeld zoals elk redelijk en voorzichtig persoon zou hebben gehandeld³⁶ en derhalve redelijkerwijze niet kon voorzien dat de hem afgegeven bouwvergunning onwettig was³⁷. Wanneer de klaagde wist dat tegen de bouwvergunning een annulatieberoep was ingesteld, zal hij de betwiste wettigheid van de vergunning overigens nauwkeurig moeten (laten) onderzoeken³⁸.

Het feit dat de opdrachtgever zich vóór de vernietiging van de vergunning in een toestand van onoverkomelijke dwaling bevond, houdt evenwel niet in dat hij daardoor een definitief recht heeft verkregen om ook nadat hij kennis heeft gekregen van de vernietiging, de bouwwerken in stand te houden. De nietigverklaring van de vergunning heeft immers tot gevolg dat het gebouw geacht moet worden zonder

vergunning tot stand te zijn gekomen zodat de afbraak ervan kan worden gevorderd.

Volgens het Hof van Cassatie heeft de kennisgeving van de vernietiging van de vergunning in beginsel tot gevolg dat aan de (eventuele) onoverkomelijke dwaling een einde is gemaakt zodat vanaf dan het misdrijf bestaat in het in stand houden van een onwettig opgericht gebouw³⁹.

Deze opvatting is voor kritiek vatbaar. Niet alleen komt de toestand waarbij het bestaan van een misdrijf afhankelijk wordt gesteld van de kennisgeving van de vernietiging van vergunning, als onbillijk voor. De stelling van het Hof van Cassatie lijkt tevens strijdig met de bedoeling van de wetgever. Het strafbaar stellen van het in stand houden van onwettig opgerichte bouwwerken had immers enkel tot doel te vermijden dat het bouw misdrijf drie jaar na de uitvoering van de onwettige werken zou zijn verjaard. Er was ten tijde van de parlementaire voorbereiding immers geen duidelijkheid over het aflopend dan wel voortdurend karakter van het misdrijf dat bestaat in de uitvoering van onwettige bouwwerken. Vandaar dat tevens de instandhouding ervan strafbaar werd gesteld⁴⁰. Het was echter geenszins de bedoeling ook de instandhouding van bouwwerken na de nietigverklaring van de vergunning strafbaar te stellen. Mede voor dit geval werd de mogelijkheid om de herstelmaatregelen voor de burgerlijke rechtbank te vorderen in de Stedebouwwet opgenomen. Dit blijkt uit de tekst van het advies van de Raad van State:

«(De burgerlijke vordering) staat los van de vervolgingen waarvan sprake in artikel (64); zij kan worden ingesteld ook als de bouwer niet strafrechtelijk aansprakelijk is.

In verschillende gevallen kan het verantwoord zijn te bevelen, dat de plaats in haar vroegere staat wordt hersteld, zonder dat daarom de bouwer een misdrijf ten laste kan worden gelegd, namelijk als de betrokkene op grond van een onregelmatige vergunning te goeder trouw met de werken is begonnen.

Het natuurlijk gevolg van de nietigverklaring van die vergunning, hetzij door de administratie, hetzij bij arrest van de Raad van State, is het slopen van de werken die reeds werden uitgevoerd in strijd met de voorschriften van het plan van aanleg of van de bouwverordeningen.

De verplichting tot slopen is in zulk geval een burgerrechtelijke verplichting, waarvan de uitvoering dus door een afzonderlijke vordering moet worden gewaarborgd.

Bovendien is in zulke gevallen alleen de burgerlijke rechtbank bevoegd om de gemeenrechtelijke aansprakelijkheid

³⁹ Cass., 2 december 1981, *A.C.*, 1981-82, 455; Cass., 27 maart 1984, *R.W.*, 1984-85, 1090.

⁴⁰ *Gedr. Stukken, Senaat*, 1958-59, nr. 124, 80: «Wat de aard van de overtreding betreft, wordt door het ontwerp als misdrijf aangemerkt, niet alleen het verrichten van een met de wet strijdige daad, maar ook het doen voortduren van die daad. De rechtspraak was vrij weifelachtig omtrent de aard van de inbreuken op de niet gecodificeerde wetten die een aanverwante of identieke materie regelen, zoals de wetten op de wegenpolitie en de besluitwet van 2 december 1946 betreffende de stedebouw. Samen met de auteurs verklaart zij echter unaniem dat het tijdelijk of blijvend karakter van een overtreding bepaald wordt door het doel dat de wetgever nastreeft. Door toevoeging van de termen 'en instandhouding' is omtrent dat doel geen twijfel meer mogelijk.»

³² Cf. Gent, 18 oktober 1973, *T. Aann.*, 1974, 169, met noot Ph. VANDENBORRE.

³³ Cass., 23 september 1987, *R.W.*, 1987-88, 913.

³⁴ Gent, 8 juni 1973, *R.W.*, 1975-76, 2369.

³⁵ Cf. Cass., 27 maart 1984, *R.W.*, 1984-85, 109.

³⁶ Cass., 19 mei 1987, *R.W.*, 1987-88, 675, met noot R. VERSTRAETEN.

³⁷ JADOT, B., «La responsabilité du titulaire d'une autorisation 'administrative irrégulière'», *T. Aann.*, 1984, 39, 46.

³⁸ *Ibid.*, 50

vast te stellen en om er de voor alle partijen nuttige conclusies uit te trekken.

Het is immers duidelijk dat, al kan de bouwer gedwongen worden tot slopen, het herstel van de hem aldus toegebrachte schade, bij toepassing van de bepalingen van artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek inzake aansprakelijkheid, ten laste kan worden gebracht van de overheid die voor het afgeven van de onregelmatige vergunning verantwoordelijk is»⁴¹.

IV DE MOGELIJKE HERSTELMAATREGELEN

A. Herstelmaatregelen gevorderd door de administrative overheden

1. Ratio van de keuze van herstel

Er werd eerder gewezen op het feit dat de wet van 22 december 1970 inzake herstelmaatregelen hoofdelijk tot doel had enerzijds het ambtshalve bevelen van herstelmaatregelen uit te sluiten en anderzijds de keuze van de herstelmaatregelen uitsluitend aan de administratieve overheid over te laten.

Deze oplossing werd gedurende de parlementaire voorbereiding gebaseerd op het beginsel dat, terwijl alleen de rechterlijke macht bevoegd is wanneer over de straf moet worden beslist, «uitsluitend de administratieve overheid bevoegd(is) om te bepalen hoe de overtreding zal worden hersteld met het oog op de vereisten van de goede ruimtelijke ordening»⁴². Door verschillende mogelijke herstelmaatregelen in te voeren is de wetgever tegemoet willen komen aan de vaststelling dat «de goede ruimtelijke ordening niet noodzakelijk het beste gediend is door de sloping van het onwettig uitgevoerde bouwwerk. Het staat vast dat de ruimtelijke ordening in vele gevallen meer gebaat zal zijn door de uitvoering van werkzaamheden waardoor het bouwwerk in overeenstemming kan worden gebracht met de door de gemeente vastgestelde plannen of met de voorschriften van de plannen van aanleg en van de verordeningen»⁴³. «Daarenboven zijn er vele gevallen waar de afbraak of de uitvoering van positieve werken voor de overtreder een last uitmaakt buiten verhouding tot de relatieve ernst van de schade, toegebracht aan de ruimtelijke ordening»⁴⁴.

2. Hoe wordt het herstel gevorderd?

Luidens artikel 65 beveelt de rechtbank benevens de straf «op vordering van de gemachtigde ambtenaar of van het college van burgemeester en schepenen, doch met hun gezamenlijk akkoord in de sub b en c bedoelde gevallen: a) ofwel de plaats in de vorige staat te herstellen; b) ofwel bouwwerken of aanpassingswerken uit te voeren; c) ofwel een geldsom te betalen, gelijk aan de meerwaarde die het goed door het misdrijf heeft verkregen».

⁴¹ Advies van de Raad van State, *Gedr. Stukken, Senaat*, 1958-59, nr. 124, 133.

⁴² *Gedr. Stukken, Senaat*, 1969-70, nr. 525, 73; *Gedr. Stukken, Kamer*, 1970-71, nr. 773, 2, p. 40.

⁴³ *Gedr. Stukken, Senaat*, 1968-69, nr. 559, 48.

⁴⁴ Circulaire nr. 18-8 van de Minister van Openbare Werken van 3 juli 1971, *B.S.*, 27 augustus 1971, p. 9933, 9943.

De vorm waarin de herstelmaatregelen door de administratieve overheid moeten worden gevorderd, was bij het tot stand komen van de wet van 22 december 1970 een van de belangrijkste discussiepunten in de openbare vergaderingen van de Senaat. Volgens de verenigde senaatscommissies diende de administratie zich geen burgerlijke partij te stellen om haar vordering te kunnen indienen. Voldoende is dat zij haar wil duidelijk te kennen geeft door een eenvoudige brief, gericht aan het openbaar ministerie⁴⁵. In de openbare vergadering werd door de verslaggever Hambye echter een amendement ingediend waardoor de vordering tot herstel door de administratie enkel kon worden gevorderd door middel van een burgerlijke-partijstelling⁴⁶. Na een langdurig en bij wijlen heftig debat (senator Pierson noemde de door de commissies voorgestelde procedure «une monstruosité au point de vue de la procédure pénale») werd dit amendement verworpen.

Het Hof van Cassatie heeft dan ook terecht beslist dat geen enkele wettelijke bepaling enige vereisten stelt over de wijze waarop de vordering van het college van burgemeester en schepenen of de gemachtigde ambtenaar aan de rechterlijke autoriteiten moet worden bekendgemaakt⁴⁷ en «dat volstaat dat hun zienswijze op duidelijke manier, zij het bij eenvoudige brief, kenbaar gemaakt is in de stukken van de rechtspleging die aan de rechter worden voorgelegd ter beoordeling van de vervolging»⁴⁸. Het is geenszins vereist dat die overheden partij zijn in het geding of hun vraag mondeling ter terechtzitting doen gelden⁴⁹.

Anderzijds belet niets dat de administratieve overheden die vordering als burgerlijke partij⁵⁰ of door middel van rechtstreekse dagvaarding⁵¹ instellen. In dit laatste geval dient de gedinginleidende akte overeenkomstig artikel 69 van de Stedebouwwet op het kantoor van de hypotheekbewaarder te worden overgeschreven⁵². Bovendien dient de gemeente in die gevallen van een van die van de burgers van de gemeente onderscheiden (morele) schade te doen blijken⁵³. Het feit dat de burgerlijke-partijstelling of rechtstreekse dagvaarding onontvankelijk zou zijn wegens gebrek aan eigen belang, belet nochtans niet dat de overheid aldus op voldoende wijze haar wil te kennen gegeven heeft om de gevraagde herstelmaatregelen te bevelen⁵⁴.

Aangezien de wet de bevoegdheid om herstelmaatregelen te vorderen uitdrukkelijk toekent aan het college van burgemeester en schepenen, is voor deze vordering geen machtiging van de gemeenteraad vereist. Dit was overigens een van de redenen waarom het voorstel om die vordering enkel

⁴⁵ *Gedr. Stukken, Senaat*, 1969-70, nr. 525, 73.

⁴⁶ *Parl. Handelingen*, 1970-71, vergadering van 15 oktober 1970, p. 74.

⁴⁷ Cass., 17 september 1974, *A.C.*, 1974-75, 70; Cass., 13 november 1979, *A.C.*, 1979, 326; Cass., 9 oktober 1985, *A.C.*, 1985-86, 154; Cass., 3 december 1985, *A.C.*, 1985-86, 154; Brussel, 6 november 1985, *R.W.*, 1986-87, 322 met noot A. VANDEPLAS.

⁴⁸ Cass., 24 februari 1976, *A.C.*, 1975-76, 739.

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ Cass., 13 november 1979, *A.C.*, 1979-80, 326; Cass., 9 juni 1987, *A.C.*, 1986-87, 1365.

⁵¹ Cass., 5 februari 1985, *A.C.*, 1984-85, 746.

⁵² Cass., 27 juni 1985, *A.C.*, 1984-85, 1501.

⁵³ Cass., 5 februari 1985, *A.C.*, 1984-85, 746.

⁵⁴ Cass., 25 april 1984, *A.C.*, 1983-84, 1117.

te laten instellen door middel van een burgerlijke-partijstelling werd verworpen⁵⁵.

3. Modaliteiten van de keuze

Gelet op de ruime bevoegdheid die de wetgever aan de administratie heeft toegekend bij het bepalen van de wijze waarop de gevolgen van het misdrijf in het licht van de vereisten van de goede ruimtelijke ordening moeten worden hersteld, is aan te nemen dat voor een zelfde overtreding een combinatie van verschillende herstelmaatregelen kan worden gevorderd⁵⁶. In niet gepubliceerde rechtspraak blijkt deze mogelijkheid bevestigd te worden⁵⁷.

Ook mag worden aanvaard dat de administratie gerechtigd is haar keuze betreffende de herstelmaatregel in de loop van de procedure te wijzigen⁵⁸, bijvoorbeeld in hoger beroep⁵⁹. Deze wijziging zal wel moeten worden verantwoord door de vereisten van de goede ruimtelijke ordening⁶⁰. Anders zal de rechter met de beslissing tot wijziging van de keuzemaatregel, overeenkomstig artikel 107 van de Grondwet, geen rekening mogen houden.

Het lijkt niet nodig dat in de eerste aanleg gevorderde herstelmaatregel door de administratie in hoger beroep wordt herhaald⁶¹. Door in de loop van de procedure een bepaalde herstelmaatregel te vorderen, heeft de administratie immers op voldoende wijze haar wil te kennen gegeven betreffende de herstelmaatregel die in het licht van de goede ruimtelijke ordening nodig is.

4. Rechterlijke controle

Er werd eerder reeds op gewezen dat stedenbouw uit politiek oogpunt een zeer gevoelige materie is zodat, gezien de ruime bevoegdheid van de administratie in de fase van preventie, vervolging en uitvoering, het gevaar van willekeur en machtsafwending geenszins als fictief is te beschouwen. De vraag rijst dan ook in welke mate de rechter bevoegd is om toe te zien op de wettigheid en de gegrondheid van de vordering tot herstel.

Het Hof van Cassatie lijkt de mening toegedaan dat, wanneer de door de bevoegde overheid gevorderde herstelmaatregel op ontvankelijke wijze is ingesteld en nodig is om de gevolgen van het misdrijf teniet te doen, de rechter die maatregel moet bevelen⁶².

Het is zeer de vraag of een dergelijk standpunt, volgens hetwelk de beslissing van de administratie over de te bevelen herstelmaatregelen de rechter in de regel bindt, verenigbaar is met artikel 92 van de Grondwet en met artikel 6.1 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens, dat bepaalt dat een ieder bij betwistingen omtrent zijn burgerlijke rechten, recht heeft op een openbare behandeling van zijn zaak voor een rechtbank. Aangezien de herstelmaatregelen betrekking hebben op het recht op het genot van eigendom, kan niemand tot een dergelijk herstel worden gedwongen dan uit kracht van een rechterlijke beslissing en na een eerlijk proces. Dit veronderstelt dat de rechter die uitspraak moet doen over de vordering tot herstel, er zich niet toe beperkt de beslissing van de administratie te bekrachtigen, maar integendeel kennis neemt van alle facetten van het geschil⁶³.

Zelfs indien enkel de administratie bevoegd is om te bepalen of een herstelmaatregel en welke in het licht van de goede ruimtelijke ordening nodig is, dient te worden vastgesteld dat de keuze van de herstelmaatregel enkel mag worden gerechtvaardigd door de vereisten van de goede ruimtelijke ordening. Motieven die daaraan vreemd zijn, mogen niet in aanmerking worden genomen. Het is aan de rechterlijke macht om toe te zien of de beslissing van de administratie berust op en gerechtvaardigd wordt door de vereisten van de goede ruimtelijke ordening. Wanneer de rechter vaststelt dat die beslissing genomen is op grond van motieven die vreemd zijn aan de ruimtelijke ordening of dat, ook al zijn omtrent de goede ruimtelijke ordening verschillende opvattingen mogelijk, de door de administratie gehuldigde opvatting «kennelijk onredelijk» is, zal hij de beslissing van die administratie overeenkomstig artikel 107 van de Grondwet onwettig moeten verklaren zodat er geen gevolg aan kan worden gegeven.

Deze opvatting, die door de rechtsleer en de rechtspraak algemeen wordt bijgevalen, werd door het hierna te bespreken cassatiearrest van 18 april 1985 ter discussie gesteld. Bovendien heeft ook de Raad van State zich onbevoegd verklaard om kennis te nemen van een annulatieberoep tegen de beslissing van de administratie om op grond van artikel 65, § 1, een bepaalde herstelmaatregel te vorderen. De rechtsbescherming tegen eventueel onrechtmatig of willekeurig optreden van de bevoegde overheid is thans dan ook onvoldoende verzekerd.

a) De Raad van State

In een arrest van 21 september 1982 besliste de Raad van State dat «de beslissing van de gemachtigde ambtenaar houdende een vordering, met toepassing van artikel 65, § 1, eerste lid, a, van de wet van 22 maart 1962, tot het herstel van de plaats in de vorige staat, deel uitmaakt van een gerechtelijke procedure; (...) dat immers de overeenkomstig bedoeld artikel 65, § 1, eerste lid, a, ingestelde vordering van de gerechtelijke procedure onafscheidbaar is doordat de rechter, ongeacht de wijze waarop het geding bij hem aan-

⁵⁵ *Parl. Handelingen, Senaat, 1970-71, Vergadering van 15 oktober 1970, p. 76.*

⁵⁶ Cf. *Vragen en Antwoorden, Kamer, 1972-73, p. 672, vraag van de heer d'Haeseleer van 30 januari 1975; DE CORDIER, P. en LIEVENS, H., l.c., nr. 32.*

⁵⁷ Brussel, 27 juni 1973; *Corr. Turnhout, 18 december 1973 en 1 april 1974; Corr. Antwerpen, 1 februari 1974, onuitgegeven, geciteerd in PEREMANS, R., l.c., F. 6-5.*

⁵⁸ Brussel, 17 april 1985, *R.W.*, 1986-87, 739; *contra*: *Corr. Antwerpen, onuitgegeven, geciteerd in PEREMANS, R., l.c., F. 6-4.*

⁵⁹ PEREMANS, R., l.c., F. 6-5.

⁶⁰ Brussel, 17 april 1985, *R.W.*, 1986-87n 739. Vgl. VEKEMAN, R., *Ruimtelijke Ordening en Stedenbouw*; Antwerpen, Kluwer, 1983, nr. 159.

⁶¹ *contra*: Brussel, 28 december 1971, geciteerd in PEREMANS, R., l.c., F. 6-4.

⁶² Cass., 18 april 1985, *A.C.*, 1984-85, 1108; Cass., 8 september 1982, *A.C.*, 1982-83, 37.

⁶³ Zie voor een grondige analyse van art. 6 E.V.R.M., LEMMENS, P., *Geschillen over burgerlijke rechten en verplichtingen: het toepassingsgebied van de artikelen 6, lid 1 van het Europees Verdrag over de rechten van de mens en 14, lid 1 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten*, proefschrift, 1987, 292 p.

hangig is gemaakt, het herstel der plaats in de vorige staat niet kan bevelen, indien het bestuur zulks niet vordert; dat de beoordeling van het besluit van de gemachtigde ambtenaar dan ook binnen de exclusieve bevoegdheid van de gewone rechter valt, aan wie het toekomt de ontvankelijkheid en de gegrondheid ervan te onderzoeken»⁶⁴.

Dit arrest is er terecht van uitgegaan dat de beslissing van de administratie betreffende de keuze van de herstelmaatregel de rechter *niet* bindt en deze verplicht is de externe en interne wettigheid van het besluit van de bevoegde overheid te onderzoeken, derwijze dat de bevoegdheid van de hoven en rechtbanken ter zake die van de Raad van State uitsluit.

In zoverre echter — ten onrechte — aangenomen zou moeten worden dat de beslissing van de administratie van de rechter bindend is zodat die administratieve beslissing beperkingen stelt aan het burgerlijk recht van de derde benadeelde om het herstel in natura te vorderen, lijkt het evenwel te gaan om een administratieve rechtshandeling waarvan de nietigverklaring door de Raad van State kan worden uitgesproken.

Voor de volledigheid is te wijzen op een opmerkelijk arrest van de Raad van State van 16 oktober 1987 waarin een vordering tot nietigverklaring van de onthouding van het college van burgemeester en schepenen om het bedrag van de gevorderde meerwaarde te bepalen onontvankelijk werd verklaard, *niet* omdat de Raad van State niet bevoegd is om over die beslissing of onthouding uitspraak te doen, maar wel omdat de onthouding van het college niet van die aard is dat ze de rechtbank kan beletten over het bedrag van de meerwaarde uitspraak te doen⁶⁵. Het is twijfelachtig of hieruit is af te leiden dat de Raad op zijn vroegere rechtspraak zou zijn teruggekomen.

b) De hoven en de rechtbanken

De hoven en rechtbanken hebben in de discretionaire bevoegdheid aan de overheid om de vereisten van de goede ruimtelijke ordening te beoordelen geen bezwaar gezien om op de interne en externe wettigheid van de beslissing om een bepaalde herstelmaatregel te vorderen, toe te zien.

Dit werd impliciet aanvaard door het Hof van Beroep te Antwerpen dat, op het verweer dat de bevoegde overheid voorheen gelijkaardige overtredingen had getolereerd zodat het nu niet zonder schending van het gelijkheidsbeginsel het herstel kon vorderen, antwoordde dat «het aan het bevoegde bestuur vrijstaat toleranties die het voordien in bepaalde gevallen duldde niet langer te dulden in soortgelijke gevallen die zich later voordoen» zodat die handelswijze «niet strijdig is met artikel 6 van de Grondwet»⁶⁶.

Het Hof van Beroep te Bergen besliste expliciet dat de vordering tot herstel, uitgaande van het openbaar bestuur «constitue un acte administratif dont les cours et tribunaux peuvent apprécier la légalité en vertu de l'article 107 de la Constitution; qu'en effet, lorsqu'il est saisi par voie d'exception d'une contestation sur la légalité d'un acte administratif, le juge est compétent pour trancher celle-ci en refusant d'ap-

pliquer l'acte incriminé». Bijgevolg staat het aan het hof «de vérifier si la réquisition de remise en état présentée par l'administration est fondée sur une motivation relevante et pertinente en droit et en fait»⁶⁷.

Ook het Hof van Beroep te Brussel overwoog terecht dat het feit dat de Stedebouwwet aan de strafrechter geen beoordelingsbevoegdheid toekent m.b.t. de door de bevoegde overheid gekozen wijze van herstel «het recht niet aantast dat elke rechter, ook de feitenrechter in strafzaken, in artikel 107 van de Grondwet vindt»⁶⁸.

Deze rechtspraak wordt door de auteurs unaniem onderschreven⁶⁹.

c) Het arrest van het Hof van Cassatie van 18 april 1985

Het cassatiearrest van 18 april 1985 houdt een verrassende breuk in met de stelling dat de rechterlijke macht krachtens artikel 107 van de Grondwet bevoegd is om de wettigheid te onderzoeken van de beslissing van de bevoegde overheid om een bepaalde herstelmaatregel te vorderen.

Het Hof overwoog namelijk dat de met toepassing van artikel 65, § 1, genomen beslissing die de keuze van de bevoegde overheid tot uiting brengt, «geen besluit of verordening is in de zin van artikel 107 van de Grondwet», blijkbaar omdat «die beslissing enkel tot gevolg heeft de vordering van het bestuur waarbij de rechter wordt verzocht uitspraak te doen met toepassing van voornoemd artikel 65 over de gekozen maatregel (en omdat) die beslissing als dusdanig deel uitmaakt van een gerechtelijke procedure»⁷⁰.

Verder oordeelde het arrest dat de keuze met betrekking tot de herstelmaatregel «een stedenbouwkundige beoordeling van de goede plaatselijk ruimtelijke ordening impliceert en behoort tot de discretionaire bevoegdheid van de bestuurs-overheid».

Ten slotte werd overwogen dat de regel volgens welke de rechter «in de regel» de door de administratie gevorderde maatregel moet bevelen, «een onderzoek naar een eventuele onevenredigheid tussen de gevorderde herstelmaatregel en de ernst van de overtreding niet uitsluit (doch) dergelijke onevenredigheid slechts zou kunnen afgeleid worden uit andere elementen dan die welke tot de uitsluitende beoordelingsbevoegdheid van het gemachtigde bestuur behoren».

Door het toezicht op de gekozen herstelmaatregel te beperken tot de ontvankelijkheid en gegrondheid van de vordering, miskent het Hof van Cassatie de eigen aard van de beslissing om een bepaalde herstelmaatregel te vorderen en de rechtsgevolgen die eraan zijn verbonden. De beslissing over de keuze van de herstelmaatregel is immers — althans volgens het Hof van Cassatie — «in de regel» bindend voor de rechter en stelt beperkingen aan het recht van de benadeelde derde en brengt derhalve belangrijke rechtsgevolgen met zich mee. Het is dan ook een administratieve rechtshandeling waarop art. 107 van de Grondwet van toepassing is. Het feit dat de beslissing over de keuze van de gepaste maat-

⁶⁷ Bergen, 20 januari 1982, *J.T.*, 1982, 481, met noot J. SACE.

⁶⁸ Brussel, 17 april 1985, *R.W.*, 1986-87, 739.

⁶⁹ SACE, J., «Observations» bij Bergen, 20 januari 1982, *J.T.*, 1982, 482; VEKEMAN, R., o.c., nr. 298; ORBAN DE XIVRY, E., l.c., 17; HANSENNE, J., *Urbanisme et Aménagement du territoire en Région wallonne*, Presses universitaires de Liège, 1986, 120.

⁷⁰ Cass., 18 april 1985, *R.W.*, 1985-86, 2618, en *A.C.*, 1984-85, 1106.

⁶⁴ R.v.St., 21 september 1982, *R.W.*, 1983-84, 1284, met noot W. LAMBRECHTS; R.v.St., 18 juni 1987, *R.W.*, 1987-88, 816, met noot W. LAMBRECHTS.

⁶⁵ R.v.St., 16 oktober 1987, *Aménagement*, 1988, 47, met noot M. BOES.

⁶⁶ Antwerpen, 8 januari 1982, *Pas.*, 1982, II, 30.

regel behoort tot de discretionaire bevoegdheid van de bestuursoverheid, belet niet dat die bevoegdheid binnen de wettelijke grenzen ervan moet worden uitgeoefend, nl. dat de beslissing is gebaseerd op een stedenbouwkundige beoordeling van de goede ruimtelijke ordening en dat die beoordeling niet «kennelijk onredelijk» is. Zo zal een beslissing om bv. betaling van de meerwaarde te vorderen ten einde te verhinderen dat de overheid die aansprakelijk is voor het verlenen van een onwettige bouwvergunning door de veroordeelde in vrijwaring zou worden geroepen voor de kosten van herstel, als onwettige beslissing niet mogen worden toegestaan.

Het oordeel van het Hof van Cassatie dat de beslissing betreffende de keuze van de te vorderen maatregel geen besluit is in de zin van artikel 107 van de Grondwet kan derhalve niet gevolgd worden.

De enige vorm van controle die het Hof van Cassatie lijkt te erkennen, is de bevoegdheid om na te gaan of de administratie door de uitoefening van haar recht om een bepaalde herstelmaatregel te vorderen, dit recht al dan niet heeft uitgeoefend op een wijze die kennelijk de grenzen te buiten gaat van de normale uitoefening van dat recht door een normale en zorgvuldige overheid⁷¹. Ook de eventuele onevenredigheid tussen de gevorderde herstelmaatregel en de ernst van de overtreding kan door de rechter worden onderzocht⁷². Er is nochtans geen enkele reden waarom de eventuele onevenredigheid enkel zou mogen blijken uit andere elementen dan die welke tot de uitsluitende beoordelingsbevoegdheid van de bevoegde overheid behoren.

5. De verschillende herstelmaatregelen

a) Het herstel van de plaats in de vorige staat

Deze herstelmaatregel mag beschouwd worden als de maatregel die in de regel zal (moet ?) worden gevorderd aangezien, behoudens regularisatie, enkel het herstel van de plaats in de vorige staat ertoe kan leiden dat aan de gevolgen van het misdrijf een einde wordt gemaakt⁷³.

Dit blijkt ook uit de parlementaire voorbereiding waarin gesteld werd dat de goede ruimtelijke ordening normaal vergt dat de plaats in haar oorspronkelijke staat wordt hersteld⁷⁴ en uit het feit dat voor het vorderen van het herstel in de vorige staat geen akkoord tussen het college van burgemeester en schepenen en de gemachtigde ambtenaar vereist is terwijl dit wel het geval is voor de vordering tot aanpassingswerken en de betaling van de meerwaarde.

Een circulaire van 3 november 1975 stelt overigens dat het herstel van de plaats in de vorige staat steeds geëist zal worden «voor inbreuken die dermate belangrijk zijn dat ze de goede aanleg van de plaats op ernstige wijze in gevaar brengen»⁷⁵.

Wanneer in strijd met art. 44, § 1, 7, zonder vergunning vergunningsplichtige wijzigingen worden doorgevoerd, bestaat het herstel in de vorige staat in het doen staken van het onwettig gebruik⁷⁶.

b) De uitvoering van aanpassingswerken

Deze herstelmaatregel werd ingevoerd voor de gevallen waar het herstel van de plaats in de vorige staat in het licht van de vereisten van de goede ruimtelijke ordening niet nodig is doordat aanpassingswerken volstaan om «het voorwerp van het misdrijf in overeenstemming (te) brengen met een bijzonder plan van aanleg, met een verkavelingsvergunning, met een bouwvergunning, met de goede plaatselijke ruimtelijke ordening of met de omgeving»⁷⁷.

Het lijkt niet vereist dat die aanpassingswerken door de voorschriften van de plannen van aanleg, bouw- of verkavelingsverordeningen of van de verkavelingsvergunning toegelaten zijn. De verenigde senaatscommissies waren immers van oordeel dat de administratie in haar vordering door die voorschriften niet wordt beperkt⁷⁸. Dit leidt tot de toch wat bevreemdende vaststelling dat de rechter op vordering van de administratie aanpassingswerken kan bevelen waarvoor geen vergunning kan worden verleend.

De aanpassingswerken zullen in elk geval tot gevolg moeten hebben dat het voorwerp van het misdrijf in overeenstemming wordt gebracht met de vereisten van de goede plaatselijke ruimtelijke ordening⁷⁹.

Zoals eerder reeds is aangeduid, kunnen aanpassingswerken slechts gevorderd worden wanneer er een akkoord bestaat tussen de gemachtigde ambtenaar en het college van burgemeester en schepenen. Het is niet vereist dat dit akkoord in een gezamenlijk schrijven wordt opgenomen⁸⁰.

De vraag rijst of dit akkoord betrekking moet hebben zowel op het principe dat aanpassingswerken worden gevorderd, als op de aard en de modaliteiten ervan. Een positief antwoord lijkt gerechtvaardigd aangezien, in tegenstelling met de vordering tot betaling van een meerwaarde, moeilijk is in te zien hoe een beslissing om aanpassingswerken te vorderen kan worden gescheiden van de beslissing welke aanpassingswerken moeten worden verricht. Bovendien lijkt het strijdig met de bedoeling van de wetgever aan de rechter over te laten te beslissen welke aanpassingswerken in het licht van de goede ruimtelijke ordening te verrichten zijn⁸¹.

Het is niet duidelijk wat het statuut is van de onwettig verrichte bouwwerken die ook na de uitvoering van aanpassingswerken strijdig blijven met de voorschriften van de plannen van aanleg, bouw- of verkavelingsverordeningen, of een verkavelingsvergunning, derwijze dat zij niet wettig door een vergunning kunnen worden geregulariseerd.

Het Hof van Beroep te Brussel oordeelde, weliswaar met betrekking tot de betaling van de meerwaarde, dat «alhoewel

⁷¹ Cf. Cass., 27 juni 1985, A.C., 1984-85, 1501.

⁷² Cass., 18 april 1985, R.W., 1985-86, 2618.

⁷³ VEKEMAN, O.C., nr. 295.

⁷⁴ *Gedr. Stukken, Senaat*, 1968-69, nr. 559, 20; PEREMANS, R., l.c., F. 6-8.

⁷⁵ Circulaire van de directeur-generaal van het Bestuur van de Stedenbouw en de Ruimtelijke Ordening van 3 november 1975, gepubliceerd in SENELLE, R., *Ruimtelijke ordening en stedenbouw*, I, 307, 308. Zie ook circulaire van de minister van Openbare Werken van 13 mei 1977, B.S., 9 december 1977, p. 14571, 14576.

⁷⁶ DE CORDIER, P. en LIEVENS, H., l.c., nr. 67.

⁷⁷ Cf. noot 75.

⁷⁸ *Gedr. Stukken, Senaat*, 1969-70, nr. 525, 73.

⁷⁹ *Ibid*

⁸⁰ Brussel, 6 november 1985, R.W., 1986-87, 322.

⁸¹ Circulaire van de minister van Openbare Werken van 3 juli 1971, B.S., 27 augustus 1971, 9933, 9943. Zie ook BOES, M., «Observations», bij R.v.St. nr. 28.611, 16 oktober 1987, *Aménagement*, 1988, 48. *Contra*: DE SURAY, J., *Droit de l'urbanisme et de l'environnement*, Brussel, Larcier, 1979, nr. 1011.

de wet deze aangelegenheid niet regelt, (...) dient aangenomen te worden dat na de uitvoering van deze herstelmodaliteit, de gebouwen mogen geacht worden als zijnde in stand gehouden met goedkeuring⁸². Beter is wellicht te aanvaarden dat de uitvoering van de herstelmaatregel tot gevolg heeft dat de wederrechtelijk opgerichte bouwwerken door de overheid moeten worden gedoogd⁸³. Een uit juridisch oogpunt hoe dan ook weinig elegante oplossing⁸⁴.

c) Betaling van het bedrag van de meerwaarde die het goed door het misdrijf heeft verkregen

Deze herstelmaatregel werd in de wet opgenomen omdat in sommige gevallen het herstel van de overtreding voor de overtredders zo ernstige gevolgen met zich kan meebrengen «dat de overheid er billijkheidshalve toe geneigd zou zijn genoegen te nemen met een strafmaatregel. Dit geval strijdt evenwel tegen het besef daardoor een met de goede ruimtelijke ordening onverenigbare toestand te aanvaarden en tevens een op grond van een ongeoorloofde daad verkregen verrijking in de hand te werken. Afzien van herstelling zou er enigszins op neerkomen dat men het algemeen belang negeert en de overtreding belooft. Het zou derhalve billijker zijn het behoud van de werken enkel te dulden op voorwaarde dat de begunstigde een som stort waarvan het bedrag vrijwel gelijk zou zijn aan de uit de overtreding verkregen waardevermeerdering»⁸⁵.

Er werd evenwel aan toegevoegd dat deze herstelling slechts kan worden aanvaard «wanneer daaruit niet het behoud voortvloeit van werken die verboden zijn ingevolge de bepalingen van een plan van aanleg, van een bouw- of verkavelingsverordening of van een verkavelingsvergunning»⁸⁶. Later is nochtans gesteld dat de administratie in haar vordering door die voorschriften niet beperkt is⁸⁷.

De gevallen waarin de administratie de vordering tot betaling van een meerwaarde kon instellen, zijn in de opeenvolgende circulaire steeds verschillend beschreven. De circulaire van 3 juli 1971 vermeldde dat die herstelmaatregel bedoeld was voor de gevallen «waar de afbraak of de uitvoering van positieve werken voor de overtreder een last uitmaakt buiten verhouding tot de relatieve ernst van schade, toegebracht aan de ruimtelijke ordening»⁸⁸, terwijl in de circulaire van 3 november 1975 werd geoordeeld dat de beslissing om betaling van de meerwaarde te vorderen kon worden genomen in gevallen «waar het niet opportuun geacht wordt tot de effectieve sloping te moeten overgaan, en meer in het bijzonder om sociale, economische of andere psychologische

motieven, ofwel om praktische redenen van uitvoering»⁸⁹.

Volgens de circulaire van 13 mei 1977 ten slotte kan de meerwaarde enkel gevorderd worden wanneer het voorwerp van het misdrijf «niet volkomen onverenigbaar» is met een bijzonder plan van aanleg of wanneer de verkavelings- of bouwvergunning «niet volkomen onverenigbaar» is met de goede plaatselijke ruimtelijke ordening en wanneer het onmogelijk is aanpassingswerken te doen uitvoeren⁹⁰.

Op basis van het voorgaande kan besloten worden dat de vordering tot betaling van een meerwaarde slechts gerechtvaardigd is in de gevallen waarin enerzijds de aantasting van de goede ruimtelijke ordening ten gevolge van het misdrijf beperkt is, en anderzijds het voordeel dat ontstaat door het herstel in de vorige plaats, niet opweegt tegen de last die daaruit voor de overtreder zou voortvloeien.

Ook voor de vordering tot betaling van de meerwaarde is het gezamenlijk akkoord van de gemachtigde ambtenaar en het college van burgemeester en schepenen vereist. De rechter beslist evenwel op onaantastbare wijze over het bedrag van de te betalen meerwaarde (art. 65, § 1). Het feit dat het college zich niet uitsprekt over de te vorderen som maar wel over het principe om betaling van de meerwaarde te vorderen, noch de omstandigheid dat omtrent het bedrag geen akkoord bestaat, beletten derhalve dat de rechter bevoegd is om zelf deze som vast te stellen⁹¹.

Ook indien de bevoegde overheden wel akkoord gaan omtrent de te vorderen som, blijft de rechter vrij deze te bepalen⁹². Hij is daarbij niet gebonden door de schatting van de meerwaarde door deskundigen⁹³, noch door de geldsommen die het bestuur bij wijze van transactie krachtens art. 65, § 3, kan invorderen⁹⁴.

Aangezien de veroordeling tot betaling van de meerwaarde niet strekt om een geleden nadeel te vergoeden maar enkel tot doel heeft het herstel van de gevolgen van de wetsovertreding, meer bepaald de ten gevolge van de overtreding verkregen onrechtmatige verrijking, loopt op die geldsommen geen interest⁹⁵.

⁸⁹ Circulaire van de directeur-generaal van het Bestuur Ruimtelijke Ordening en Stedebouw van 3 november 1975, gepubliceerd in SENELLE, R., *l.c.*, 308.

⁹⁰ Circulaire van de minister van Openbare Werken van 13 mei 1977, *B.S.*, 9 december 1977, 14571, 14576.

⁹¹ PEREMANS, R., *l.c.*, F.6-9; R.v.St., nr. 28.611, 16 oktober 1987, *Aménagement*, 1988, 48, met noot M. BOES.

⁹² *Gedr. Stukken, Kamer*, 1970-71, 773, N.2, 40; Antwerpen, 16 oktober 1982, *Pas.*, 1982, II, 1119.

⁹³ SUETENS, L.P., *Ruimtelijke Ordening, Recht en Praktijk*, Antwerpen, De Nederlandsche Boekhandel, 1973, 74; HAMBYE, J., e.a., *o.c.*, 171; Antwerpen, 27 oktober 1983, *T. Aann.*, 1984, 163; Gent, 28 juni 1985, *R.W.*, 1986-87, 610.

⁹⁴ Cass., 13 december 1977, *A.C.*, 1977-78, 443. Over de berekening van de meerwaarde, zie BLANQUAERT, G., «Bouwmisdrijven: hoe de meerwaarde berekenen?», *De Gemeente*, 1981, 360.

⁹⁵ Cass., 15 oktober 1985, *A.C.*, 1985-86, 193; Antwerpen, 12 juni 1981, *R.W.*, 1982-83, 1011; Gent, 14 februari 1985, *R.W.*, 1986-87, 461; Gent, 28 juni 1985, *R.W.*, 1986-87, 610. Deze rechtspraak steunt in grote mate op de stelling dat de herstelmaatregelen tot de strafvordering behoren. Het is niet duidelijk of de wijziging van de rechtspraak van het Hof van Cassatie ter zake (cf. infra) tot gevolg zal hebben dat op het bedrag van de meerwaarde wel vergoedende interesten toekenbaar zijn. Cf. DE CORDIER, P. en LIEVENS, H., *l.c.*, nr. 81.

⁸² Brussel, 27 december 1972, *R.W.*, 1972-73, 1580.

⁸³ Die gebouwen zullen derhalve niet als vergunde gebouwen kunnen worden beschouwd in de zin van artikel 79 van de Stedebouwwet, ingevoegd bij het zgn. «minidecreet» van 28 juni 1984 (*B.S.*, 30 augustus 1984). PEREMANS, R., en DESMET, A., «Het minidecreet», in *De recente evoluties en knelpunten in de ruimtelijke ordening en de stedebouw*, SEUTIN, B. en VANDE LANOTTE, J., (red.), Die Keure, 1988, 113, nr. 33.

⁸⁴ HAMBYE, J., HOEFFLER, J., VANDEN BORRE, Ph., LEMOINE, F. en WASTIELS, F., *L'aménagement du territoire et l'urbanisme*, Bruxelles, Larcier, 1972, 168.

⁸⁵ *Gedr. Stukken, Senaat*, 1968-69, nr. 559, 20.

⁸⁶ *Ibid.*, 21.

⁸⁷ *Gedr. Stukken, Senaat*, 1969-70, nr. 525, 73.

⁸⁸ Circulaire van de minister van Openbare Werken van 3 juli 1971, *B.S.*, 27 augustus 1971, 9933, 9943.

In sommige gevallen zullen de wederrechtelijk verrichte bouwwerken er niet toe leiden dat het goed een meerwaarde verkrijgt. In die gevallen kan geen vordering tot betaling van de (niet bestaande) meerwaarde worden ingesteld⁹⁶.

Luidens artikel 65, § 1, geschiedt de betaling van de geldsom in handen van de ontvanger der registratie, op een speciale rekening van de door de minister beheerde begroting. Thans worden de bedragen overgeschreven op een afzonderlijke rekening van de administratie voor ruimtelijke ordening en leefmilieu (AROL). Het vonnis dat de beklaagde tot betaling van een geldsom veroordeelt, dient te bevelen dat de veroordeelde zich op geldige wijze zal kunnen kwijten door de plaats binnen een jaar in de vorige staat te herstellen. Aldus wordt aan de veroordeelde een keuzerecht toegekend. Indien de veroordeelde verzuimt de sommen te betalen en evenmin de plaats in de vorige staat herstelt, kan de overheid hem enkel dwingen tot de betaling van de geldsom, dit «in de gebruikelijke vormen»⁹⁷.

6. De transactie

Behalve de keuze tussen het herstel in de oorspronkelijke toestand, aanpassingswerken of het betalen van een geldsom, voorziet art. 65, § 3, in de mogelijkheid van een vergelijk, tegen betaling aan de gemeente van een geldsom.

Voor deze administratieve transactie stelt de stedenbouwwet echter twee voorwaarden:

1) het misdrijf mag niet bestaan in het uitvoeren van werken of het verrichten van handelingen in strijd met de voorschriften van de plannen van aanleg, van de ter uitvoering van de wet vastgestelde verordeningen of van een verkavelingsvergunning;

2) de werken en handelingen moeten stroken met een goede plaatselijke ordening.

Het vergelijk heeft tot gevolg dat de publieke vordering en het recht van de overheid om enig verder herstel te eisen, vervallen⁹⁸.

B) Herstelmaatregelen gevorderd door de belanghebbende derde

1. De derde belanghebbende

De derde die zich door het bouw misdrijf benadeeld acht, kan zich burgerlijke partij stellen en eventueel rechtstreeks dagvaarden voor de correctionele rechtbank. Hij kan ook bij de burgerlijke rechtbank een vordering tot herstel instellen⁹⁹.

Ook de overheid die door het misdrijf een eigen patrimoniale of morele schade heeft geleden kan door een burgerlijke-partijstelling of een dagvaarding voor de burgerlijke of

strafrechtbank, behalve de mogelijke herstelmaatregelen, schadeloosstelling vorderen¹⁰⁰.

2. Hoe wordt het herstel gevorderd?

Overeenkomstig art. 69 dient de dagvaarding voor de correctionele rechtbank op grond van artikel 64, of het exploit tot inleiding van het geding op grond van artikel 67 «ten verzoeken van de gerechtsdeurwaarder die het exploit heeft opgemaakt» te worden overgeschreven in het hypotheekkantoor van het gebied waar de goederen gelegen zijn.

De dagvaarding of het exploit moet de kadastrale gegevens vermelden van het onroerend goed dat het voorwerp is van het misdrijf, en moet de eigenaar identificeren in de vorm bepaald bij art. 12 van de wet van 10 oktober 1913, d.w.z. de naam, de voornamen, de plaats en de datum van geboorte. Het verzuim de identiteit van de eigenaar te vermelden brengt niet de nietigheid of onontvankelijkheid van de dagvaarding met zich mee. De enige sanctie daarop bestaat in de mogelijkheid van de hypotheekbewaarder om de overschrijving te weigeren¹⁰¹.

Het gebrek aan overschrijving van de gedinginleidende dagvaarding lijkt de onontvankelijkheid van de dagvaarding tot gevolg te moeten hebben¹⁰².

De voorgeschreven overschrijving heeft immers tot doel derden ervan op de hoogte te brengen dat de bestaande gebouwen of werken tot stand gebracht werden in strijd met de wet en dat zij blootgesteld zijn aan het verplicht verdwijnen¹⁰³. De pleegvormen voorgeschreven in art. 69 werden aldus uitgevaardigd ter vrijwaring van de rechten van derden en zijn derhalve substantieel. De overschrijving kan echter ook nog in de loop van het geding gebeuren¹⁰⁴.

Sommige auteurs zijn nochtans de mening toegedaan dat het gebrek aan overschrijving de rechtsgeldigheid van de dagvaarding niet aantast¹⁰⁵. Het verzuim zou dan enkel tot gevolg hebben dat het eventueel gewezen vonnis aan derden-verkrijgers niet kan worden tegengeworpen

¹⁰⁰ Cf. Cass., 5 februari 1985, *A.C.*, 1984-85, 746.

¹⁰¹ Cass., 13 mei 1986, *A.C.*, 1985-86, 1236; Gent, 18 oktober 1973, *T. Aann.*, 1974, 169 met noot Ph. VANDEN BORRE; Turnhout, 23 mei 1977, *R.W.*, 1977-78, 1455, met noot L.P. SUTENS.

¹⁰² VANDEPLAS, A., «Bouwovertredingen en overschrijving van de dagvaarding», noot onder Cass., 13 mei 1986, *R.W.*, 1987-88, 674; VANDEN BORRE, Ph., «Les permis de bâtir, de lotir, les certificats d'urbanisme et les sanctions», in *Le droit de la construction et de l'urbanisme, Brussel, Jeune Barreau, 1976, 215, 339; Bergen, 8 januari 1988, J.L.M.B.*, 1988, 203.

¹⁰³ BERGE, K., «Overtredingen van de wet op de stedenbouw, Hypothecaire openbaarheid van de rechtsoverdrachten», *R.W.*, 1968-69, 908; LEYSEN, L., *l.c.*, 379.

¹⁰⁴ DE SURAY, «Faire le point sur la loi du 29 mars 1962 organique de l'aménagement du territoire et de l'urbanisme, article par article», *Aménagement*, 1979, 12, 21.

¹⁰⁵ PEREMANS, R., *Mededeling van documenten en inlichtingen door de openbare besturen en notarissen - verschillende publiciteitsmaatregelen*, Die Keure, 1988, 159; BERGE, K., *l.c.*, 909; LEYSEN, L., *l.c.*, 379.

⁹⁶ HAMBYE, J., e.a., *o.c.*, 171; VEKEMAN, R., *o.c.*, nr. 300.

⁹⁷ *Gedr. Stukken, Senaat*, 1969-70, 525, 74.

⁹⁸ Zie DE CORDIER, P. en LIEVENS, H., *l.c.*, nrs. 123 e.v.; SUTENS, L.P., *o.c.*, 75; HAMBYE, J., e.a., *o.c.*, 172; PEREMANS, R., *l.c.*, F. 7-1; HANSENNE, J., *o.c.*, 122; VEKEMAN, R., *o.c.*, nrs. 303 e.v.

⁹⁹ Wat betreft de mogelijkheid van milieuverenigingen om tegen bouw misdrijven op te treden, zie o.m. BOCKEN, H. (red.), *Vorderingsbevoegdheid voor milieuverenigingen*, Story, 1988; LEMMENS, P., «Het optreden van verenigingen in rechte ter verdediging van collectieve belangen», *R.W.*, 1983-84, 2001; VAN COMPERNOLLE, J., *Le droit d'action en justice des associations*, Brussel, Larcier, 1972.

3. De mogelijke herstellvorderingen

a) Wanneer de bevoegde overheid een herstelmaatregel heeft gevorderd

Artikel 65, § 1, laatste lid, bepaalt dat de rechten van de burgerlijke partij, in geval van rechtstreeks herstel, beperkt zijn tot de door de bevoegde overheid gekozen wijze van herstel, onverminderd het recht om vergoeding van schade te eisen van de veroordeelde.

Als de bevoegde overheid eenmaal een beslissing heeft genomen omtrent de te vorderen herstelmaatregel, is de belanghebbende derde derhalve niet meer gerechtigd een andere herstelmaatregel te vorderen. Zijn recht is beperkt tot de vergoeding van de schade die hij ten gevolge van het misdrijf heeft ondergaan¹⁰⁶.

Er dient evenwel aangenomen te worden dat de derde gerechtigd is om overeenkomstig art. 107 van de Grondwet ten aanzien van de beslissing van de bevoegde overheid de exceptie van illegaliteit op te werpen, bv. indien de beslissing genomen is om andere redenen dan de vereisten van een goede ruimtelijke ordening¹⁰⁷. Aangezien het herstel betrekking heeft op de burgerlijke rechten van de benadeelde derde, lijkt de stelling dat de keuze van de administratie de rechter en derhalve ook de benadeelde derde bindt, overigens strijdig te zijn met artikel 6, lid 1, van het E.V.R.M.¹⁰⁸.

b) Wanneer de bevoegde overheid geen herstelmaatregel heeft gevorderd

Aangezien overeenkomstig art. 65, § 1, laatste lid, de rechten van de burgerlijke partij worden beperkt «tot de door de bevoegde overheid gekozen wijze van herstel», dient te worden aangenomen dat, indien de overheid geen herstelmaatregel heeft gekozen, de derde belanghebbende gerechtigd is het herstel van de plaats in de vorige staat te eisen.

Ook de verenigde senaatscommissies antwoordden «bevestigend op de vraag, of een derde benadeelde voor de rechtbank kan eisen dat de plaats in de vorige staat wordt hersteld, wanneer de administratie zich ervan heeft onthouden een van de drie vormen van herstel te vorderen»¹⁰⁹. Deze oplossing wordt vrijwel unaniem aanvaard¹¹⁰. Het tegendeel

zou er overigens op neerkomen dat de rechten van de burgerlijke partij door de willekeur van het Bestuur in bedwang zouden kunnen worden gehouden¹¹¹.

De derde benadeelde kan naast het herstel van de plaats in de vorige toestand tevens geldelijke schadevergoeding eisen. Die kan bv. betrekking hebben op de terugbetaling van de kosten van de verschillende ingestelde procedures en van de schade die de derde heeft geleden gedurende de periode dat het bouwwerk wederrechtelijk werd opgericht en in stand gehouden¹¹².

c) Wanneer het misdrijf wordt geregulariseerd

Hierboven werd reeds gewezen op het feit dat de rechter geen afbraak kan bevelen van onwettig opgerichte bouwwerken waarvoor naderhand een regularisatievergunning is verkregen. Dit belet nochtans niet dat de derde aanspraak kan maken op een vergoeding voor de geleden schade. De vergoeding zal evenwel slechts verschuldigd zijn voor de periode vanaf de oprichting der gebouwen tot op het tijdstip waarop een regelmatige bouwvergunning werd verkregen¹¹³.

4. Vernietiging van de titels van aankoop of huur

Een veroordeling tot herstel van de plaats in de vorige staat of tot het uitvoeren van aanpassingswerken kan belangrijke gevolgen met zich meebrengen voor de huurders of kopers van die bouwwerken. Art. 65, § 4, verleent aan de koper en huurders derhalve het recht, om op kosten van de veroordeelde, de vernietiging van hun titel van eigendomsverkrijging of huur en de vergoeding van de geleden schade te vorderen.

Volgens Vekeman is deze bepaling ook van toepassing op de erfpachter of de houder van een opstalrecht¹¹⁴.

V. TEGEN WIE KAN DE HERSTELMAATREGEL WORDEN GEVORDERD

Uit de verwijzing in artikel 65 naar «de veroordeelde» en «benevens de straf» volgt dat enkel de daders van het misdrijf tot de uitvoering van herstelmaatregelen kunnen worden veroordeeld.

Als daders van de strafbare overtredingen van de Stedebouwwet wijst art. 64 de personen aan die door het uitvoeren of in stand houden van werken, het verkavelen van grondeigendom of «hoe dan ook» inbreuk plegen op de voorschriften van een B.P.A., een bouw- of verkavelingsverordening of op de wettelijke bepalingen betreffende het verlenen van bouw- of verkavelingsvergunningen. Daarenboven kunnen de misdrijven die zijn begaan bij het gebruik van een grond voor het opstellen van vaste of verplaatsbare inrichtingen,

¹⁰⁶ Cass., 30 september 1975, *A.C.*, 1975-76, 135; Gent, 29 juni 1972, *R.W.*, 1972-73, 1292; Brussel, 27 december 1972, *R.W.*, 1972-73, 1580; Gent, 18 oktober 1973, *T. Aann.*, 1974, 169, met noot Ph. VANDEN BORRE.

¹⁰⁷ Zie *infra*, IV.4.

¹⁰⁸ *Ibid.*

¹⁰⁹ *Gedr. Stukken, Senaat*, 1969-70, nr. 525, 74

¹¹⁰ VEKEMAN, R., *o.c.*, nr. 299; DE SURAY, J., *o.c.*, 256; HAMBYE, J., e.a., *o.c.*, nr. 168; PEREMANS, R., «Sancties», *l.c.*, F. 6-6; WAS-
TIELS, F., noot onder Brussel, 26 februari 1969, *T. Aann.*, 1975, 303;
Rb. Hasselt, 8 november 1982, *Lim. rl.*, 1983, 8; Brussel, 15 janu-
ari 1975, *R.W.*, 1974-75, 2137; Rb. Turnhout, 23 mei 1977, *R.W.*,
1977-78, 1455, met noot L.P. SUETENS; Brussel, 3 december 1975,
R.W., 1975-76, 2011; Gent, 18 oktober 1973, *T. Aann.*, 1974, 169,
met noot Ph. VANDEN BORRE; DE CORDIER, P. en LIEVENS, H., *l.c.*,
nrs. 53 en 113. Sommige cassatiearresten oordelen weliswaar dat,
sinds de inwerkingtreding van de wet van 22 december 1970, het her-
stel van de plaats niet mag worden bevolen dan op vordering van
de gemachtigde ambtenaar of het college van burgemeester en sche-
penen (Cass., 26 juni 1972, *A.C.*, 1971-72, 1019; Cass., 6 maart
1973, *A.C.*, 1972-73, 655). Het Hof heeft daarmee enkel tot uiting
willen brengen dat, sinds de inwerkingtreding van de wet van 22 de-

cember 1970, de herstelmaatregelen, in tegenstelling tot het stelsel
van de wet van 29 maart 1962, niet meer ambtshalve door de recht-
bank mogen worden bevolen. De herstelmaatregelen mogen enkel
door de rechtbank worden bevolen indien zij worden gevorderd,
hetzij door de bevoegde overheid, hetzij door de benadeelde derde.

¹¹¹ Brussel, 15 januari 1975, *R.W.*, 1974-75, 2137.

¹¹² Turnhout, 23 mei 1977, *R.W.*, 1977-78, 1455, met noot L.P.
SUETENS.

¹¹³ Cass., 14 juni 1977, *A.C.*, 1976-77, 1053; Gent, 18 oktober
1973, *T. Aann.*, 1974, 169.

¹¹⁴ VEKEMAN, R., *o.c.*, nr. 314.

ten laste worden gelegd van degene die deze inrichtingen heeft opgesteld, alsook van de eigenaar die de opstelling heeft toegestaan of gedoogd. Aangezien art. 64, vierde lid, bepaalt dat hoofdstuk VII van het Strafwetboek inzake bouw misdrijven toepasselijk is, zijn ook de mededaders en medeplichtigen strafbaar. Architecten en aannemers kunnen derhalve tot herstelmaatregelen worden veroordeeld¹¹⁵.

Wat die laatste personen betreft, wordt er wel op gewezen dat moeilijk kan worden aangenomen dat zij ook veroordeeld zouden kunnen worden tot het betalen van de som van de meerwaarde. Die sanctie dient immers om de verrijking die uit het misdrijf voortvloeit, ongedaan te maken. Die meerwaarde kan enkel de eigenaar ten goede komen¹¹⁶.

Het feit dat de veroordeling tot herstel wordt uitgesproken tegen de dader van het misdrijf, houdt in dat de omstandigheid dat de dader geen eigenaar van het bouwwerk (meer) is zonder belang is¹¹⁷. In dat geval kan de uitvoering wel problemen met zich meebrengen. Het lijkt dan ook aangewezen in die gevallen steeds de (nieuwe) eigenaar wegens instandhouding van wederrechtelijke werken in het geding te betrekken¹¹⁸.

VI. DE VORDERING VOOR DE CORRECTIONELE EN DE BURGERLIJKE RECHTBANK

In deze studie is geen onderscheid gemaakt tussen het geval waarin de vordering tot herstel wordt ingeleid voor de burgerlijke rechtbank dan wel voor de correctionele rechtbank.

Behalve de verschillen die eigen zijn aan de burgerlijke rechtspleging en de strafprocedure, is de inhoudelijke regeling identiek. Ook voor de burgerlijke rechtbank kan de bevoegde overheid of de derde benadeelde volgens dezelfde modaliteiten de in art. 65 genoemde herstelmaatregelen vorderen.

De mogelijkheid om de vordering voor de burgerlijke rechtbank in te stellen werd in de Stedebouwwet uitdrukkelijk opgenomen voor het geval de strafvordering verjaard of vervallen zou zijn, wanneer het bouw misdrijf zonder gevolg zou worden geseponeerd¹¹⁹ of wanneer de bouwwerken zijn opgetrokken op grond van een bouwvergunning die later door de Raad van State is vernietigd¹²⁰.

VII. DE UITVOERING VAN DE VEROORDELING TOT HERSTEL

De geloofwaardigheid van een stedenbouwkundig beleid staat en valt met de uitvoering van de veroordelingen die we-

gens bouw misdrijven worden uitgesproken¹²¹. Meteen is de zwakke schakel bij uitstrek van de Stedebouwwet in het algemeen en van de bestraffing van overtredingen in het bijzonder, aangeduid.

Terwijl de wet van 22 december 1970 o.m. tot doel had in de mogelijkheid van een effectieve uitvoering te voorzien, is er van dat doel weinig of niets gekomen. De oorzaken ervan liggen evenwel niet zozeer in het systeem van de wet, maar vooral in het gebrek aan politieke wil om de uitvoering te vervolgen. Waartoe baat het een procedure in te stellen om de veroordeling tot herstel in de vorige plaats te verkrijgen indien dit herstel niet gebeurt? Erger nog, waartoe baat het de betaling van een dwangsom te vorderen, indien de betaling ervan niet wordt geëist?

Hierna worden de wettelijk geregelde mogelijkheid van tenuitvoerlegging en de jurisprudentieel aanvaarde mogelijkheid om betaling van een dwangsom te vorderen onderzocht. Vooraf is echter na te gaan of de uitvoering van ten gevolge van de veroordeling verplichte afbraak- of aanpassingswerken aan de voorafgaande afgifte van een bouwvergunning zijn onderworpen.

1. De noodzaak van een vergunning?

In een noot bij een vonnis van de Rechtbank te Brussel van 12 mei 1976 lijkt Haumont de mening te zijn toegedaan dat het feit dat de rechtbank overeenkomstig art. 65 of 67 de afbraak beveelt, geen afbreuk doet aan artikel 44 volgens hetwelk ook voor afbraakwerken een bouwvergunning is vereist. «L'exécution du jugement du tribunal ordonnant la démolition ou la transformation d'un bâtiment suppose donc au préalable la délivrance d'un permis de bâtir. Or, il ne s'agit nullement d'une autorisation de principe automatiquement accordée à l'exécutant du jugement ordonnant la remise en état des lieux. C'est réellement le résultat de l'exercice du pouvoir souverain d'appréciation qui est attribué par le législateur à l'Administration. Peu importe à cette dernière l'origine de l'acte de démolition: la volonté du propriétaire ou une décision judiciaire»¹²².

Voor deze stelling meent hij een bevestiging te kunnen vinden in een arrest van de Raad van State van 26 mei 1967 en het daarbij horend verslag van eerste auditeur Hoeffler¹²³. Dit arrest en het verslag hadden echter betrekking op het geval dat de rechterlijke veroordeling tot afbraak niet is gebaseerd op een overtreding van de stedenbouwkundige voorschriften die van openbare orde zijn, maar op een inbreuk op de burgerlijke rechten van derden. In dit laatste geval beperkt de rechtbank zich volgens het verslag Hoeffler ertoe «à déterminer la seule situation compatible avec l'exercice normal des droits privés en cause, mais elle ne se prononce pas sur les exigences que comporte l'aménagement des lieux; elle ne détermine pas si l'usage des immeubles litigieux qu'elle autorise ou qu'elle condamne au regard du droit civil, est ou non conforme aux exigences d'ordre public qu'impose

¹¹⁵ *Ibid.*, nr. 297; DE CORDIER, P. en LIEVENS, H., *l.c.*, nrs. 39 e.v. contra: Antwerpen, 27 oktober 1983, *T. Aann.*, 1984, 163.

¹¹⁶ VEKEMAN, R., *o.c.*, nr. 297.

¹¹⁷ Cass., 11 mei 1971, *A.C.*, 1970-71, 900; Cass., 5 september 1978, *A.C.*, 1978-79, 5; Cass., 13 mei 1986, *R.W.*, 1987-88, 673 met noot A. VANDEPLAS; contra: Rb. Turnhout 23 mei 1977, *R.W.*, 1977-78, 1455, met noot L.P. SUETENS.

¹¹⁸ VEKEMAN, R., *o.c.*, nr. 297.

¹¹⁹ *Gedr. Stukken, Senaat*, 1958-59, nr. 124, 83, en 1969-70, nr. 525, 75; LEYSEN, L., *o.c.*, 371; PEREMANS, R., «Sancties», *l.c.*, F.6-12.

¹²⁰ Cf. *infra* III.

¹²¹ Cf. *Gedr. Stukken, Cons. Rég. wallon.*, 1984-85, nr. 129, 1, 2.

¹²² HAUMONT, F., «Observations» bij Rb. Brussel, 12 mei 1976, *T. Aann.*, 1977, 85, 89.

¹²³ *R.v.St.*, nr. 12.409, Evenepoel, 26 mei 1967, met verslag Hoeffler, *R.J.D.A.*, 1967, 225.

l'aménagement du territoire»¹²⁴. Enkel de administratie is bevoegd om te beslissen of de door de rechter bevolen werken met een goede ruimtelijke ordening verenigbaar zijn.

Hetzelfde is van toepassing wanneer de rechter op grond van burenhinder bepaalde werken voorschrijft om de bron van de hinder te beperken¹²⁵. Wanneer daarentegen de bouwwerken zijn opgericht in strijd met de Stedebouwwet en een derde verkrijgt op grond van de artikelen 65 of 67 de veroordeling tot afbraak, «la décision judiciaire apparaît immédiatement exécutoire par sa nature. L'objet de l'action est, en effet, aux termes mêmes de la loi, 'la remise en état des lieux'; il ne faut (...) aucune autorisation administrative pour mettre un terme à une situation contraire à l'ordre public, et pour en effacer les effets»¹²⁶.

Eerste auditeur Hoeffler heeft dit standpunt opnieuw bevestigd in zijn verslag bij een arrest van de Raad van State van 9 april 1986¹²⁷. Dit arrest had betrekking op een geval waarin het hof van beroep een veroordeling tot afbraak had uitgesproken wegens een inbreuk op de burgerlijke rechten van de verzoekers (erfdienstbaarheid) en waarin aan degene die de veroordeling had verkregen, de bouwvergunning om zelf tot afbraak over te gaan door de gemeente werd geweigerd. In zijn verslag stelde Hoeffler dat uit het beginsel van de scheiding der machten volgt dat «la mise en oeuvre d'une décision judiciaire ordonnant la démolition d'un bâtiment, ou sa transformation, à titre de réparation d'une atteinte portée au droit civil d'un tiers doit être précédée de la délivrance des permis administratifs auxquels l'article 44 de la loi du 29 mars 1962 subordonne l'exécution de tous travaux de construction, de démolition ou de transformation d'un édifice quelconque, lorsque la démolition ou la transformation est ordonnée afin de rétablir des droits de nature privée (...). Par contre, lorsqu'il s'agit de constructions érigées dans des conditions illicites au regard de la législation sur l'aménagement du territoire et dont un tiers lésé obtient la suppression au terme d'une action civile intentée sur la base de l'article 67 de la loi du 29 mars 1962, la décision est immédiatement exécutoire par sa nature»¹²⁸.

Derhalve blijkt dat voor de uitvoering van de veroordeling tot afbraak die is gebaseerd op een overtreding van de reglementaire stedebouwkundige voorschriften, in beginsel geen vergunning vereist is¹²⁹. De expliciete bevestiging daarvan in het Waals decreet van 27 maart 1985¹³⁰ was dan ook overbodig.

Een andere oplossing zou leiden tot het absurde gevolg dat de veroordeelde die vrijwillig het vonnis uitvoert en de wederrechtelijk opgerichte bouwwerken afbreekt, opnieuw strafbaar is wegens het uitvoeren van bouwwerken zonder vergunning.

Bovendien dient erop gewezen te worden dat in sommige gevallen door de bevoegde overheid aanpassingswerken kunnen worden gevorderd waarvoor geen bouwvergunning kan worden verleend. Toch wordt niet betwist dat de veroordeelde in dat geval krachtens de rechterlijke beslissing verplicht is die werken uit te voeren.

2. Middelen van tenuitvoerlegging (geregeld in de Stedebouwwet)

Art. 65, § 2, bepaalt dat, voor het geval dat de plaats niet binnen de in het vonnis bepaalde termijn, die een jaar niet mag overschrijden, in de vorige staat wordt hersteld of dat de bevolen bouw- of aanpassingswerken niet binnen de gestelde termijn worden uitgevoerd, het vonnis beveelt dat de gemachtigde ambtenaar, het college en eventueel de burgerlijke partij van ambtswege in de uitvoering ervan kunnen voorzien.

De overheid of particulier die het vonnis uitvoert, is gerechtigd de van de herstelling van de plaats afkomstige materialen en voorwerpen te verkopen, te vervoeren, op te slaan en te vernietigen op een door hem gekozen plaats. Tevens is de veroordeelde verplicht alle uitvoeringskosten, vermindert met de opbrengst van de verkoop van de materialen en voorwerpen, te vergoeden op vertoon van een staat, begroot en invorderbaar verklaard door de beslagrechter (art. 65, § 2). Die kosten zijn gedekt door een wettelijke hypotheek die op het terrein wordt gevestigd (art. 69, vijfde lid).

In de praktijk evenwel wordt van deze bepalingen nageleefd geen toepassing gemaakt. Allereerst is het, gelet op de financiële risico's, de problemen betreffende de toegang tot het betrokken erf en het risico van schade aan nabijgelegen gebouwen, voor de belanghebbende derde doorgaans zo goed als onmogelijk om ambtshalve in de afbraak te voorzien.

Voor de nalatigheid van de administratie om ambtshalve in de uitvoering te voorzien wordt anderzijds een verantwoordelijkheid gezocht in administratieve, financiële, politieke en electorale moeilijkheden¹³¹.

3. De dwangsom

Tegen de stelling dat de dwangsom ook kan worden uitgesproken bij de veroordeling tot afbraak of aanpassingswerken is opgeworpen dat de Stedebouwwet aan de bevoegde overheden (en eventueel aan de benadeelde derde) de mogelijkheid toekent om van ambtswege in de uitvoering te voorzien derwijze dat het aansporingsmiddel van de dwangsom overbodig zou zijn¹³².

¹³¹ Zie BRAECKMAN, G., «Sancties en herstelmaatregelen», in SEUTIN, B., en VANDE LANOTTE, J., (red.), *De recente evoluties en knelpunten in de ruimtelijke ordening en de stedebouw*, Die Keure, 1988, 1930; BOUILLARD, Ph., *l.c.*, 20; LEYSEN, L., *l.c.*, 362; PEREMANS, R., «Sancties», *l.c.*, F. 9-1; SUTENS, L.P., *o.c.*, 73.

¹³² PEREMANS, R., «Sancties», *l.c.*, F. 9-2.

¹²⁴ *Ibid.*, 227.

¹²⁵ BOCKEN, H., «Herstel in natura en rechterlijk bevel of verbod», in *Liber Amicorum Jan Ronse*, Gent, Story, 1986, 493, 497.

¹²⁶ HOFFLER, J., verslag bij R.v.St., nr. 12.409, Evenepoel, 26 mei 1967, *R.J.D.A.*, 1967, 225, 227.

¹²⁷ R.v.St., nr. 26.341, Pirson, 9 april 1986, met rapport Hoeffler en noot F. HAUMONT, *Aménagement*, 1986, 87.

¹²⁸ *Ibid.*, 92.

¹²⁹ De eerste auditeur Hoeffler lijkt de eventuele noodzakelijkheid van een voorafgaande vergunning nochtans niet uit te sluiten «à titre de contrôle des travaux à entreprendre, afin d'assurer leur exécution adéquate au regard de l'aménagement du territoire, de la sécurité et de la salubrité publiques sans pour autant que l'autorité administrative puisse mettre obstacle au rétablissement d'une situation conforme aux dispositions légales ou réglementaires d'ordre public» (*ibid.*).

¹³⁰ B.S., 21 mei 1985, p. 7454.

Instemmend met de heersende rechtspraak¹³³ en rechtsleer¹³⁴ heeft het Hof van Cassatie evenwel terecht beslist dat «artikel 1385bis van het Gerechtelijk Wetboek, luidens hetwelk de rechter op vordering van een der partijen de wederpartij kan veroordelen tot betaling van een geldsom, dwangsom genaamd, voor het geval dat aan de hoofdveroordeling niet wordt voldaan, kan worden toegepast ten voordele en op vordering van de gemachtigde ambtenaar die zich burgerlijke partij stelde en overeenkomstig artikel 65, § 1, a, van de Stedebouwwet het herstel van de plaatsen in de vorige staat vorderde»¹³⁵. Het feit dat de gemachtigde ambtenaar en het college van burgemeester en schepenen van ambtswege in de uitvoering van het herstel kunnen voorzien, doet aan die mogelijkheid geen afbreuk omdat zij «een rechtmatig belang (kunnen) doen gelden (om) de nakoming van de veroordeling zoveel mogelijk door de beklaagde zelf te verzekeren»¹³⁶. De Raad van State nam hetzelfde standpunt in door het voorstel van decreet van het Waalse Gewest om de mogelijkheid van de toepassing van de dwangsom uitdrukkelijk in de Stedebouwwet op te nemen, af te wijzen als 'une addition absolument superflue, puisque dépourvue de toute portée juridique»¹³⁷.

Volgens het Hof van Beroep te Brussel dient de administratie zich geen burgerlijke partij te stellen om de toepassing van de dwangsom te vorderen¹³⁸. Het voornoemd cassatiearrest lijkt nochtans wel een burgerlijke-partijstelling van de administratie te vereisen.

Ook de benadeelde derde kan naast het herstel de veroordeling tot een dwangsom vorderen¹³⁹.

VIII. OVERHEIDSAANSPRAKELIJKHEID WEGENS AFGIFTE VAN EEN ONREGELMATIGE VERGUNNING

Onder voorbehoud van eventuele rechtvaardigingsgronden begaat de overheid die een vergunning heeft afgegeven in strijd met de wettelijke of reglementaire voorschriften in beginsel een fout waardoor zij overeenkomstig art. 1382 B.W. gehouden is de schade die zonder die fout niet zou zijn ontstaan, te vergoeden¹⁴⁰. Die onwettigheid kan blijken hetzij uit een vernietigingsarrest van de Raad van State, hetzij,

overeenkomstig artikel 107 van de Grondwet, uit een beslissing van de gewone rechter¹⁴¹.

Zowel de houder van de (onwettige) vergunning als de derde die ten gevolge van de vergunde werken schade lijdt, zijn gerechtigd de aansprakelijkheid van de vergunningverlenende overheid in te roepen. Indien ook het eventueel advies van de gemachtigde ambtenaar door een onwettigheid is aangetaast, zouden ook die ambtenaar en het Gewest aansprakelijk kunnen worden gesteld¹⁴².

1. Aansprakelijkheid t.a.v. de houder van de vergunning

De houder van een onwettige bouw- of verkavelingsvergunning die veroordeeld wordt tot afbraak van de wederrechtelijk opgerichte bouwwerken, is gerechtigd om de overheid die de onwettige vergunning heeft verleend, in vrijwaring te roepen¹⁴³.

In de meeste gevallen mag inderdaad aangenomen worden dat tot de uitvoering van de bouwwerken niet zou zijn overgegaan indien de vergunning niet was verleend waardoor het oorzakelijk verband tussen de fout, het verlenen van een onwettige vergunning, en de schade, o.m. de kosten van afbraak, vaststaat.

Dit betekent nochtans niet dat de opdrachtgever de vergunningverlenende overheid steeds voor de (volledige) schade aansprakelijk zal kunnen stellen.

Het is immers mogelijk dat de onwettigheid van de vergunning haar oorsprong vindt in een daad van de houder ervan, bv. wanneer de bouwaanvraag niet regelmatig is bekendgemaakt of wanneer het aanvraagdossier onvolledig is of onjuistheden bevat. Aangezien de oorzaak van de onwettigheid van de vergunning in die gevallen bij de houder ervan is gelegen, is moeilijk in te zien hoe hij de vergunningverlenende overheid daarvoor in vrijwaring zou kunnen roepen¹⁴⁴.

De mogelijkheid voor de houder van de vergunning om de vergunningverlenende overheid aansprakelijk te stellen zal ook beperkt zijn wanneer hijzelf onzorgvuldig en derhalve foutief heeft gehandeld, bv. door te hebben nagelaten zich in te lichten over de wettelijkheid van de vergunning, vooral wanneer de beslissing om de vergunning toe te kennen met een annulatieberoep is bestreden¹⁴⁵.

2. Aansprakelijkheid t.a.v. de derde benadeelde

Wanneer de wederrechtelijke want krachtens een onwettige vergunning opgericht bouwwerken aan een derde schade berokkenen is ook die derde gerechtigd om de aansprakelijkheid van de overheid in te roepen.

De belanghebbende derde kan van de overheid dan niet alleen schadevergoeding vorderen, doch tevens de afbraak van de wederrechtelijk opgerichte bouwwerken.

In dit laatste geval kan er wel een probleem rijzen wanneer de vordering tot afbraak voor de burgerlijke rechtbank is in-

¹³³ Antwerpen, 24 december 1982, *R.W.*, 1982-83, 2276, met noot L. BALLON; Luik, 9 november 1984, *J.L.*, 1986-87, 472, met noot P.H. BALLON; Rb. Verviers, 13 november 1984, *J.L.*, 1986-87, 473; Corr. Dinant, 27 februari 1985, *Aménagement*, 1986, 112, met noot I. MOREAU-MARGRÈVE.

¹³⁴ DE CORDIER, P. en LIEVENS, H., *l.c.*, nrs. 91 e.v.; ORBAN DE XIVRY, E., *l.c.*, 17.

¹³⁵ Cass., 28 april 1987, *R.W.*, 1987-88, 260, met noot.

¹³⁶ *Ibid.*

¹³⁷ *Gedr. Stukken, Cons. Rég. wallon*, 1984-85, 129, 1, 4.

¹³⁸ Brussel, 19 november 1984, *R.W.*, 1986-87, 667, met noot.

¹³⁹ BALLON, L., «De dwangsom als pressiemiddel bij de veroordeling tot afbraak van onwettige bouwwerken», noot onder Antwerpen, 24 december 1982, *R.W.*, 1982-83, 2276, 2278.

¹⁴⁰ Rb. Kortrijk, 26 februari 1970, *R.W.*, 1972-73, 886, en *T. Aann.*, 1973, 94, met noot F. WASTIELS; Rb. Turnhout, 23 mei 1977, *R.W.*, 1977-78, 1455, met noot L.P. SUETENS; PEREMANS, R., «Sancties», *l.c.*, F. 8-2; VEKEMAN, R., *o.c.*, nr. 113; HANSENNE, J., *o.c.*, 121; WASTIELS, F., noot onder Gent, 18 oktober 1973, *T. Aann.*, 1975, 306; DE SURAY, J., *o.c.*, 261; C.E.fr., 23 juni 1976, *La semaine juridique*, 1977, nr. 18557.

¹⁴¹ JADOT, B., «La responsabilité du titulaire d'une autorisation administrative irrégulière», *T. Aann.*, 1984, 39, 41.

¹⁴² *Ibid.*, 51.

¹⁴³ Cf. VEKEMAN, R., *o.c.*, nr. 113; *Gedr. Stukken, Senaat*, 1958-59, nr. 124, 134, advies van de Raad van State.

¹⁴⁴ JADOT, B., *l.c.*, 42 e.v.

¹⁴⁵ *Ibid.*, 46.

gesteld, zowel tegen de opdrachtgever, op grond van art. 67, als tegen de vergunningverlenende overheid op grond van art. 1382 B.W. Het college van burgemeester en schepenen, doorgaans de vergunningverlenende overheid, zou dan in beginsel gerechtigd zijn — samen met de gemachtigde ambtenaar — een andere, minder verregaande, herstelmaatregel te vorderen, bv. betaling van de meerwaarde. Ten einde haar eigen aansprakelijkheid zoveel mogelijk te beperken zal de verleiding voor de overheid om een dergelijke herstelmaatregel te kiezen groot zijn, ook al strookt die niet met de eisen van een goede ruimtelijke ordening. De rechter is er zeker in die gevallen toe geroepen streng toe te zien op de wettigheid van een dergelijke beslissing¹⁴⁶.

BESLUIT

De wet van 27 december 1970 had o.m. tot doel in een efficiënte en daadwerkelijke bestrijding van bouw misdrijven te voorzien, enerzijds door verschillende vormen van herstel toe te laten, anderzijds door de keuze van het herstel aan de administratie voor te behouden.

Aldus heeft de wetgever de weg vrijgemaakt voor mogelijk willekeurig en/of onrechtmatig optreden van de bevoegde

overheid bij het (niet)-optreden tegen bouw misdrijven waar tegen zowel de derde benadeelde als de overtreder vrij machteloos staan. Het is dan ook noodzakelijk dat de rechtbank zich, conform artikel 6.1 van het E.V.R.M., door de beslissing van de administratie niet gebonden acht en overeenkomstig art. 107 van de Grondwet toezicht houdt op de wettigheid van de door de administratie genomen beslissing.

Anderzijds heeft de wet van 22 december 1970 niet geleid tot een meer efficiënte beteugeling van bouw misdrijven. Een gebrekkige sanctionering van bouw misdrijven is nochtans onverenigbaar met elke welgemeende stedenbouwkundige planning. Terecht wordt dan ook de vraag gesteld of het de wetgever ernst is met het door hem uitgestippelde beleid. Wanneer de politieke wil aanwezig is om de wet in al haar consequenties uit te voeren, is het immers voldoende dat de nodige maatregelen voor de uitbreiding aan materiaal en personeel van de bevoegde diensten worden genomen¹⁴⁷. Ook de oprichting van een dienst die zelf kan overgaan tot uitvoering, is het overwegen waard, alsook de wettelijke verplichting voor de administratie om tot ambtshalve uitvoering over te gaan.

David D'HOOGHE
Assistent K.U.Leuven

¹⁴⁶ Cf. *supra*, IV. A-4.

¹⁴⁷ BRAECKMAN, G., l.c., nr. 27.

ONTSLAG WEGENS DRINGENDE REDEN KRONIEK VAN DE RECHTSPRAAK 1985-1987

1. Deze kroniek vormt een vervolg op onze kroniek van de rechtspraak 1982-1984 (*R.W.*, 1985-1986, 1469-1482) en beslaat de gepubliceerde en deels de ongepubliceerde rechtspraak over de jaren 1985 tot 1987. Zij is beperkt tot een aantal specifieke onderwerpen die in de recente rechtspraak aan bod kwamen. Voor een meer volledige behandeling kan, behoudens naar de traditionele basiswerken, ook worden verwezen naar J.L. Goovaerts en J. Zanardi, *Onmiddellijk ontslag wegens dringende reden*, Auxis, Brussel, 1987 en C. Engels, *Ontslag wegens dringende reden*, in *Aanwerven, tewerkstellen, ontslaan*, Kluwer, Antwerpen, 1988.

I. Pleegvormen

A. Termijn van drie werkdagen

2. Het ontslag wegens dringende reden kan niet meer gegeven worden, wanneer het feit ter rechtvaardiging ervan sedert ten minste drie werkdagen bekend is aan de partij die zich hierop beroept.

De *dies a quo* is niet in de termijn begrepen (Arbh. Antwerpen, 27 augustus 1985, *R.W.*, 1986-1987, 333).

Alle dagen van de week, met uitzondering van feestdagen en zondagen zijn werkdagen. Dit geldt dus ook voor de zaterdag en voor elke gewone inactiviteitsdag in de onderneming (Arbh. Brussel, 4 februari 1986, *Med. VBO*, 1987, 1816; Arbh. Antwerpen, 27 augustus 1985, *R.W.*, 1986-87, 333 met noot J. Stappers).

Terloops kan erop worden gewezen dat deze regel ook geldt voor de termijn waarbinnen de feiten aan de betrokkene ter kennis moeten worden gebracht (art. 35, 4de lid, wet 3 juli 1978).

Terecht onderstreept J. Stappers in bovenvermelde noot dat art. 53 Ger. W., krachtens hetwelk de vervalldag van de procestermijnen wordt verplaatst op de eerstvolgende werkdag, zo het om een zaterdag, een zondag of een wettelijke feestdag gaat, niet kan worden uitgebreid tot de termijnen voorzien in de Arbeidsovereenkomstenwet. Vóór de wet van 3 juli 1978, toen in de wetteksten sprake was van «3 dagen» en niet van «3 werkdagen», oordeelde de rechtspraak er anders over (Jamouille, M. en Jadot, F., *Licenciement et démission pour motif grave*, Liège, 1977, 200).

3. Over het algemeen wordt aangenomen dat de dieldaagtermijn slechts begint te lopen op het ogenblik waarop degene die de bevoegdheid heeft de arbeidsovereenkomst te

beëindigen, van de feiten kennis krijgt (Arbrb. Turnhout, 9 februari 1987, *Turnh. Rechtsl.*, 1987, 44).

Wanneer die bevoegdheid toekomt aan de raad van bestuur van een V.Z.W., begint voornoemde termijn eerst te lopen op het ogenblik waarop de leden van die raad samen volledige en afdoende informatie krijgen over de voor het ontslag ingeroepen redenen (Arbh. Luik, 24 oktober 1984, *Soc. Kron.*, 1985, 171).

Waar de bevoegdheid om de arbeidsovereenkomst te beëindigen bij vele rechtspersonen niet specifiek in statuten of andere vennootschapsakten is bepaald en deze bevoegdheid vaak mondeling wordt gedelegeerd, dient erover gewaakt dat het gebrek aan ontslagbevoegdheid niet wordt aangewend om de wettelijke termijn te omzeilen.

Zo besliste het Arbeidshof te Brussel dat de bewering dat het ontslag om dringende reden pas kon gegeven worden na de terugkeer van de vice-president en nadat deze laatste eveneens kennis zou genomen hebben van de ingeroepen reden, geen afbreuk mocht doen aan de door de wet voorgeschreven termijn. De structuur van de onderneming mag immers niet van die aard zijn dat art. 35, 3e lid, Arbeidsovereenkomstenwet geen enkele betekenis meer zou hebben (Arbh. Brussel, 18 februari 1986, *J.T.T.*, 1986, 464).

In een ander arrest wordt beslist dat indien de persoon die bevoegd is om een werknemer wegens dringende reden te ontslaan enige tijd afwezig moet blijven, de werkgever of die persoon, indien hij daartoe gemachtigd is, behoudens in uitzonderlijke gevallen een ander moet aanwijzen om hem te vervangen bij het uitoefenen van deze bevoegdheid (Arbh. Brussel, 19 juni 1986, *Med. V.B.O.*, 1987, 1345).

4. De controverse in de rechtspraak over de vraag of het ontslag uitgaande van de onbevoegde lasthebber ook buiten de termijn van drie dagen nog kan worden bekrachtigd, blijft bestaan.

De Arbeidsrechtbank te Brussel antwoordt bevestigend en oordeelt dat die bekrachtiging uitdrukkelijk of stilzwijgend kan geschieden en dat ze terugwerkende kracht heeft, zodat niet moet worden onderzocht of ze binnen de termijn geschiedde (Arbrb. Brussel, 24 januari 1986, *J.T.T.*, 1987, 430, bevestigd in al zijn beschikkingen door het Arbeidshof te Brussel).

Volgens het Arbeidshof te Luik daarentegen kan het ontslag wegens dringende reden gegeven door de afgevaardigd-bestuurder van de onderneming die hiertoe onbevoegd is, na het verstrijken van de driedagentermijn niet rechtsgeldig worden bekrachtigd door de raad van bestuur (Arbh. Luik, 10 maart 1986, *T.S.R.*, 1987, 209).

Om de redenen uiteengezet in onze vorige kroniek, menen wij dat deze laatste stelling de voorkeur geniet (cf. L. Deconinck, «Actuele tendensen inzake ontslag om een dringende reden», *Or. (M)*, 1986, 201-208).

5. Het ontslag wegens dringende reden gegeven op de derde dag na datum van de geschreven verklaringen opgesteld op verzoek van de ontslaggevende partij met het oog op de bewijsvoering van de ingeroepen feiten, is laattijdig wanneer uit deze verklaringen blijkt dat de bedoelde feiten de ontslaggever reeds vóór die datum bekend waren (Arbrb. Brussel, 31 oktober 1986, *J.T.T.*, 1987, 130; cf. Cass., 28 februari 1983, *Arr. Cass.*, 1982-1983, 815, *Pas.*, 1983, I, 723).

Anderzijds werd beslist dat de werkgever zeer wijs handelde, waar hij alvorens een oneerlijke handelswijze tegenover de werknemers als dringende reden in te roepen, een

betrapping, maar met ontkenning door betrokkene, nog niet als voldoende zekerheid heeft beschouwd, maar slechts na bekentenis door de betrokkene de zwaarste sanctie tegenover haar heeft genomen en haar heeft ontslagen (Arbh. Antwerpen, 19 juni 1986, onuitg., A.R. nr. 84/977).

Met betrekking tot de vraag wanneer de termijn begint te lopen bij herhaalde tekortkomingen van dezelfde aard, oordeelde het Arbeidshof te Bergen dat kan aanvaard worden dat herhaalde feiten van insubordinatie, voldoende van elkaar onderscheiden, zelfs indien ze van dezelfde aard zijn, de dringende reden tot ontslag kunnen uitmaken. Daarentegen zou het indruisen tegen de rechtszekerheid dat de werkgever, uitgaande van een zelfde verwijt dat eenvoudigweg herhaald wordt, zich aldus op kunstmatige wijze een nieuw en fictief vertrekpunt van de driedagentermijn zou verschaffen, te meer indien hij redelijkerwijze voordien reeds kon vaststellen dat elke hoop op een wijziging in het gedrag van zijn aangestelde uitgesloten was (Arbh. Bergen, 12 januari 1987, onuitg., A.R. nr. 7943).

B. Kennisgeving van de ingeroepen redenen

6. Art. 7 van de wet van 18 juli 1985 wijzigde art. 35, wet 3 juli 1978 in die zin dat de kennisgeving van de ingeroepen redenen niet langer uitsluitend met een ter post aangetekende brief kan geschieden, doch ook per gerechtsdeurwaardersexploot of door afgifte van een geschrift aan de andere partij, wier handtekening op het duplicaat van het geschrift enkel geldt als bericht van ontvangst van de kennisgeving.

De wetgever inspireerde zich duidelijk op de ongeveer gelijklopende tekst van art. 37 van de wet van 3 juli 1978 met betrekking tot de opzegging, waarvoor dezelfde drie wijzen van kennisgeving voorzien zijn, althans wat de opzegging door de werknemer betreft (cf. art. 73 wet 7 november 1987).

Reeds vóór de bovenvermelde wetwijziging door art. 7 van de wet van 18 juli 1985 had de rechtspraak aanvaard dat de ter post aangetekende brief kon worden vervangen door elke andere wijze van kennisgeving, voorzover de geadresseerde hiervan geen nadeel ondervond (Cass., 12 december 1969, *Arr. Cass.*, 1970, 364, *Pas.*, 1970, I, 340; Cass., 7 mei 1975, *Arr. Cass.*, 1975, 980 en *J.T.T.*, 1976, 171; veelvuldige rechtspraak geciteerd door M. Jamoulle en F. Jadot, *Licenciement et démission pour motif grave*, Ann. Liège, 1977, 184, voetnoten 77 tot en met 79).

In een arrest van 18 mei 1987 bevestigde het Hof zijn vroegere rechtspraak als volgt: «Overwegende dat art. 35, 4°, van de Arbeidsovereenkomstenwet, zoals het ten tijde van het ontslag van eiser luidde, bepaalde: 'Alleen de dringende reden waarvan kennis is gegeven bij een ter post aangetekende brief verzonden binnen de drie werkdagen na het ontslag kan worden aangevoerd ter rechtvaardiging van het ontslag zonder opzegging of vóór het verstrijken van de termijn'; dat de in die bepaling bedoelde aangetekende brief kan worden vervangen door een gelijkwaardige akte; dat de vervangende akte weliswaar niet als gelijkwaardig kan worden beschouwd, wanneer niet blijkt dat zij binnen de gestelde termijn ter kennis van de ontslagen partij is gebracht; dat evenwel niet is vereist dat de tijdige kennisgeving uit de akte zelf kan worden afgeleid; dat het Arbeidshof art. 35 van de arbeidsovereenkomstenwet niet schendt door het bewijs van de kennisgeving af te leiden uit de gegevens die buiten de ver-

vangende akte liggen» (Cass., 18 mei 1987, *J.T.T.*, 1987, 380).

Het cassatieberoep was gericht tegen een arrest waarin werd vastgesteld dat van de dringende reden op geldige wijze kennis was gegeven door een gewone brief, die de ontslagen partij uitdrukkelijk erkende ontvangen te hebben binnen de termijn (Arbh. Brussel, 21 januari 1986, onuitg., *A.R.*, 17.592).

De theorie van de gelijkwaardige akte is gebaseerd op de overweging dat de enige door de wet voorziene wijze van kennisgeving, de ter post aangetekende brief, niet op straffe van nietigheid was voorgeschreven (ten onrechte *contra*: Arbrb. Turnhout, 19 oktober 1987, *Turnh. Rechtsl.*, 1987, 170).

De gewijzigde tekst van art. 35 Arbeidsovereenkomstenwet schrijft echter de drie erin opgenomen wijzen van kennisgeving op straffe van nietigheid voor, zodat de leer van de gelijkwaardige akte voortaan geen toepassing meer kan vinden (cf. M. Jamoulle, *Le contrat de travail*, Luik, 1986, deel II, p. 233, nr. 201).

De ogenschijnlijke versoepeling van de wettekst vormt dus in werkelijkheid een verstrenging van de geldigheidsvoorwaarden van de kennisgeving.

In dit verband kan worden verwezen naar een arrest van het Arbeidshof te Gent, dat besliste dat de kennisgeving van de dringende reden tot ontslag geldig kan zijn, ook al is de ontslagbrief niet ondertekend, wanneer er op het ogenblik van de ontvangst bij de werknemer geen twijfel over kan bestaan dat de aangetekende briefomslag van de werkgever uitging, o.m. door de inhoud van de brief en de firmastempel op de omslag (Arbh. Gent, afd. Brugge, 19 september 1986, *Soc. Kron.*, 1987, 216).

In het licht van de oude wettekst kan dat arrest worden gevolgd. Op grond van de nieuwe tekst zou de beslissing echter moeten worden verworpen: een niet ondertekende brief is immers geen brief.

De ondertekening van een brief is een essentieel bestanddeel ervan, een bestaansvoorwaarde zonder dewelke het geschrift geen brief is (Cass., 14 maart 1975, *Arr. Cass.*, 1975, 791, *Pas.*, 1975, I, 716; noot M. Taquet onder Wrr. Ber. Brussel, 7 november 1959, *J.T.*, 1961, 30).

De Arbeidsrechtbank te Brussel besliste dan ook terecht dat de betekening van een dringende reden tot ontslag door middel van een brief waarop geen handtekening werd aangebracht, niet beantwoordt aan de vormvereisten bepaald in art. 35 Arbeidsovereenkomstenwet (Arbrb. Brussel, 23 april 1987, *Rechtspr. Arbrb. Br.*, 1987, 229).

27. Ook wat betreft de kennisgeving bij wijze van afgifte van een geschrift dient een onderscheid gemaakt al naargelang het ontslag dateert van voor of na de wijziging van art. 35.

In een arrest van 20 maart 1986 stelde het Arbeidshof te Bergen dat de overhandiging van het geschrift, wanneer zij niet het voorwerp heeft uitgemaakt van een ontvangstbewijs van de partij, slachtoffer van de verbreking, niet gelijkwaardig kon worden geacht met het verzenden van een aangetekende brief (Arbh. Bergen, 20 maart 1986, *Soc. Kron.*, 1986, 272, noot J. Jacqmain).

Dat arrest, dat betrekking heeft op een ontslag daterend van 20 maart 1984, is in tegenspraak met de door het Hof van Cassatie en de meerderheidsrechtspraak aanvaarde stelling van de gelijkwaardige akte (*supra*, 6).

Ten onrechte verwijst J. Jacqmain in de noot onder dit arrest naar de rechtspraak met betrekking tot art. 37 Arbeidsovereenkomstenwet, hetwelk voorziet dat «de handtekening van deze partij op het duplicaat van het geschrift geldt enkel als bericht van kennisgeving».

Tot de wijziging van art. 35, wet 3 juli 1978 door de wet van 18 juli 1985 gold dit voorschrift immers alleen de kennisgeving van de opzegging en niet deze van de dringende reden.

Nu dezelfde tekst geldt voor beide, zal wellicht voor art. 35 dezelfde interpretatie gelden als voor art. 37.

Volgens de – overigens door J. Jacqmain in zijn voorafmelde noot niet zonder redenen betwiste – rechtspraak van het Hof van Cassatie, kan het bewijs van de afgifte van het geschrift slechts blijken uit de ondertekening van het duplicaat van dit geschrift door de bestemmeling: bij ontstentenis van een door deze partij ondertekend duplicaat is de kennisgeving nietig (Cass., 13 januari 1986, *Arr. Cass.*, 1985-1986, 669, *J.T.T.*, 1986, 290; Cass., 4 april 1983, *Pas.*, 1983, I, 758, *J.T.T.*, 1983, 229; Cass., 4 april 1973, *Arr. Cass.*, 1973, 781, *Pas.*, 1973, I, 758).

Zo kan de Arbeidsrechtbank te Turnhout worden gevolgd, wanneer zij met betrekking tot een ontslag daterend van voor de wetwijziging zegt dat de kennisgeving van de dringende reden alleen geldig kan geschieden bij een gewone brief, indien de ontvangst ervan niet wordt betwist (Arbrb. Turnhout, 19 januari 1987, *Turnh. Rechtsl.*, 1987, 43).

Sinds de wetwijziging is de kennisgeving per gewone brief in elk geval nietig wegens strijdigheid met art. 35, onverschillig of de ontvangst ervan al dan niet wordt betwist.

8. De brief waarmee de dringende reden aan de ontslagen werknemer wordt betekend, moet als onbestaande worden beschouwd, indien hij naar een onjuist adres wordt verstuurd, zonder dat die vergissing verschoonbaar is. Een nieuwe verzending buiten de wettelijke termijn heeft geen enkele juridische draagwijdte (Arbh. Bergen, 20 maart 1986, *Soc. Kron.*, 1986, 272, noot Jacqmain, J.; Arbrb. Charleroi, 21 mei 1985, *J.T.T.*, 1985, 478 en *Rev. Rég. Droit*, 1985, 308).

9. De redenen aangevoerd tot staving van het ontslag moeten bij de kennisgeving nauwkeurig worden omschreven, opdat enerzijds de werknemer zou ingelicht zijn betreffende de feiten die hem ten laste gelegd worden, en opdat anderzijds de rechtbank zou kunnen nagaan of de ingeroepen feiten overeenstemmen met deze die werden betekend en in staat zou zijn de ernst van de feiten te beoordelen (zie o.m. Arbh. Gent, 9 februari 1987, *T.G.R.*, 1987, 141; Arbh. Brussel, 12 maart 1986, onuitg., *A.R.* 18.306; Arbh. Brussel, 26 mei 1986, onuitg., *A.R.* 17.985).

De hiernavolgende omschrijvingen werden als onvoldoende precies beschouwd:

- Werkweigering en niet-uitvoering van de arbeidsovereenkomst (Arbh. Luik, 24 maart 1986, *Soc. Kron.*, 1986, 275).

- Grof woordgebruik, zonder dat kan worden uitgemaakt welke de grove bewoordingen precies zouden zijn geweest (Arbrb. Brussel, 26 juni 1985, *Soc. Kron.*, 1985, 279).

- Weigering het werk normaal uit te voeren, sabotage bij het inschrijven van de verkoopprijzen en beledigende houding (Arbrb. Brussel, 29 januari 1986, *Soc. Kron.*, 1986, 282).

- De laksheid, de onbevoegdheid, de kwade trouw van bepaalde medewerkers en erger nog de zware beschuldigin-

gen (zonder enige grond) die tegen mij werden geuit in het bijzijn van het personeel op vrijdag 20 januari 1984 (Arbh. Luik, 4 december 1986, *Rev. Liège*, 1987, 307).

— Het niet eerbiedigen van de diensturen opgelegd door het arbeidsreglement, het zich bezighouden met zaken waar men niets mee te maken heeft en het afhouden van andere mensen van het werk (Arbh. Antwerpen, 16 november 1987, onuitg., A.R. 932/84).

Werd daarentegen als voldoende precies bestempeld, de ontslagbrief die als dringende reden tot ontslag op gaf «klacht ingediend bij de Rijkswacht», en waarbij de betrokken werknemer binnen drie dagen na het ontslag kennis neemt van het pro-justitia waarin de beschuldigingen vervat in de ontslagbrief ondubbelzinnig en precies vervolledigd worden. (Arbrb. Brussel, 9 september 1986, *Rechtspr. Arbrb. Br.*, 1986, 382).

10. Met betrekking tot de formele geldigheid van de ontslagbrief dient te worden onderstreept dat de problematiek ontstaan door de tegenstrijdigheid tussen art. 59 van de op 18 juli 1966 gecoördineerde wetten op het gebruik der talen in de bestuurszaken en art. 10 van het Vlaams Taaldecreet, werd opgelost door het arrest van 30 januari 1986 van het Arbitragehof (*B.S.*, 12 februari 1986, 1713; *R.W.*, 1985-86, 1990; *J.T.*, 1986, 217).

Dit arrest vernietigde immers art. 1 van het Vlaams Taaldecreet, in zoverre het toepasselijk was op personen die personeel in het Nederlandse taalgebied tewerkstellen zonder een exploitatiezetel in het Nederlandse taalgebied te hebben.

Aldus is de ontslagbrief in het Frans opgesteld door een werkgever zonder exploitatiezetel in het Nederlandse taalgebied niet langer nietig.

Hoogstens kan nog toepassing worden gemaakt van art. 59 van de Bestuursstaalwet, voor zover de werkgever te Brussel of in een taalgrens- en faciliteitengemeente gevestigd is.

In dat geval kan de retroactieve vervanging van het nietige stuk worden bevolen en tast deze retroactieve vervanging de geldigheid van het ontslag wegens dringende reden niet aan.

Ook het conflict tussen het Franse Taaldecreet van 30 juni 1982 en het Vlaamse Taaldecreet van 19 juli 1973 werd grotendeels opgeheven.

Het Arbitragehof vernietigde in een arrest van dezelfde datum art. 1 van het Franse Taaldecreet, in zoverre het van toepassing was op werkgevers die werknemers «d'expression française» tewerkstellen (Arbitragehof, 30 januari 1986, *B.S.*, 12 februari 1986, *R.W.*, 1985-86, 1985; *J.T.*, 1986, 217; *J.T.T.*, 1986, 110).

Aangezien het Franse Taaldecreet echter ook van toepassing blijft indien de maatschappelijke zetel van de werkgever in het Franse taalgebied is gevestigd, zelfs indien zijn exploitatiezetel in het Nederlands taalgebied is gelegen, blijft, zolang ook dit gedeelte van de tekst niet is vernietigd — een procedure hiertoe strekkende werd door de Vlaamse Executieve ahangig gemaakt bij het Arbitragehof — een conflict mogelijk.

Ten onrechte schrijft L. Deconinck dat men ingeval van een dergelijk conflict er goed zal aan doen de ontslagbrief in het Nederlands te stellen, omdat een eventuele nietigheid op grond van het Franse Taaldecreet, krachtens art. 3 ervan, met terugwerkende kracht zou kunnen worden hersteld, wat niet het geval is voor het Nederlandse Taaldecreet (Deconinck, L., «Actuele tendensen inzake ontslag om een dringende reden», *Or. (M)*, 1986, 204).

Art. 3 van het Franse Taaldecreet voorziet immers ook een absolute nietigheid, door de rechter ambtshalve vast te stellen, en bepaalt dat de nietigheid slechts wordt opgeheven op het moment dat een Franstalige versie van de bescheiden of documenten ter beschikking van de partijen wordt gesteld.

Het is derhalve in die omstandigheden aangewezen de ontslagbrief in de Nederlandse taal opgesteld, meteen te doen vergezellen van een Franstalige versie. Het Vlaamse Taaldecreet zegt immers nergens uitdrukkelijk dat dit niet mag.

II. Ernstige tekortkomingen

A. Principes

11. De feitenrechter oordeelt op onaantastbare wijze in feite of de tekortkoming ernstig genoeg is en of zij de professionele samenwerking tussen werkgever en werknemer onmiddellijk en definitief onmogelijk maakt, *mits hij het begrip dringende reden niet miskent* (Cass., 15 september 1986, *Arr. Cass.*, 1986-1987, 50; *R.W.*, 1986-87, 1602, *Soc. Kron.*, 1987, 55).

Het Hof onderstreept hier zijn slechts tijdens het laatste decennium ontwikkelde stelling dat de dringende reden een rechtsbegrip is, zodat het Hof bevoegd is om na te gaan of de feitenrechter uit de door hem vastgestelde feiten wettig heeft kunnen afleiden dat de aangevoerde reden wel degelijk een dringende reden vormde in de zin van de wet.

Aanvankelijk onthield het Hof zich immers van elke wettigheidscontrole (Cass., 11 februari 1937, *Pas.*, 1937, I, 50; Cass., 24 februari 1961, *Pas.*, 1961, I, 688; Cass., 13 mei 1965, *Pas.*, 1965, I, 975).

Ook in latere arresten stelt het Hof ondubbelzinnig: «dat art. 18 van de op 20 juli 1955 gecoördineerde wetten betreffende het bediendencontract aan het oordeel van de rechter overlaat het dringend karakter van de reden die wordt ingeroepen om de arbeidsovereenkomst voor bedienden zonder opzegging te beëindigen; dat het Arbeidshof in feite en derhalve onaantastbaar oordeelt dat de weigering terug te keren naar New York een dergelijke dringende reden was; dat het onderdeel dat erop neerkomt de feitelijke beoordeling van de rechter te bekritisieren *niet ontvankelijk* is» (Cass., 29 januari 1975, *Arr. Cass.*, 1975, 616; cf. Cass., 17 november 1976, *Arr. Cass.*, 1977, 305; Cass., 5 maart 1979, *Arr. Cass.*, 1978-79, 789).

Voor het eerst in 1977 onderzoekt het Hof of «de aangehaalde overweging van het arrest de beslissing dat het aangevoerde feit niet als dringende reden kan worden aangemerkt, wettig rechtvaardigt» (Cass., 5 januari 1977, *Arr. Cass.*, 1977, 485).

In het arrest van 12 januari 1981 wordt dan ondubbelzinnig gesteld dat «het arrest op grond van de in het antwoord op het eerste onderdeel vermelde overwegingen, met een onaantastbare beoordeling van de feitelijke elementen, wettig heeft kunnen beslissen dat de aan de verweerder verweten fout geen dringende reden is in de zin van art. 18 van de gecoördineerde wetten betreffende de arbeidsovereenkomst voor bedienden» (Cass., 12 januari 1981, *Arr. Cass.*, 1980-81, 514).

In het bovenvermelde arrest van 1986 ten slotte wordt hieraan expliciet toegevoegd «mits hij het begrip dringende reden niet miskent».

Opmerkenswaardig is dat in dit arrest nog steeds de toepassing van de gecoördineerde wetten op het bediendencontract werd beoordeeld, waarin nog geen definitie van de dringende reden was opgenomen.

Op geruisloze wijze heeft zich dus in de rechtspraak van het Hof een evolutie voltrokken, die thans aan het Hof de bevoegdheid geeft de wettigheid van de ingeroepen dringende redenen te controleren.

Advocaat-generaal H. Lenaerts schrijft hierover dat het Hof niet in de beoordeling der feiten treedt, wat evenwel niet belet dat het erop toeziet dat de feitenrechter bij die beoordeling het rechtsbegrip niet verkeerd interpreteert. Hij voegt er meteen aan toe dat op dit stuk het toezicht van het Hof en de beoordeling van de feitenrechter soms dicht bij elkaar liggen (Lenaerts, H., «Cassatierechtspraak en sociale zaken», *T.B.R.*, 1987, 581).

De vraag dient gesteld of het inderdaad geen sofisme is te spreken van een onaantastbare beoordeling van de feiten en anderzijds de mogelijkheid te creëren deze feitelijke beoordeling te bekritisieren.

Hieraan dient onmiddellijk te worden toegevoegd dat de tussenkomst van het Hof van Cassatie op dat gebied zeer nuttig kan bijdragen tot de verfijning van het begrip «dringende reden» (cf. *infra*, 12 en 13).

12. In de geschiedenis van de Belgische arbeidsovereenkomstenwetgeving werd voor het eerst een wettelijke omschrijving van het begrip dringende reden gegeven in de wet van 3 juli 1978.

De wetgever volgde hierbij het advies van de Nationale Arbeidsraad, die van oordeel was dat het om redenen van rechtszekerheid aangewezen was, uitgaande van hetgeen verworven was in de heersende rechtspraak, een definitie van de dringende reden in de wet zelf op te nemen.

De huidige tekst van art. 35 Arbeidsovereenkomstenwet kwam tot stand op voorstel van dezelfde Nationale Arbeidsraad, waarbij deze wel onderstreepte dat een gedraging in het privé-leven, die hoegenaamd geen schade kan toebrengen aan de onderneming of aan de werkgever, niet in aanmerking komt om uit te maken of er een dringende reden bestaat.

De nog jonge wettelijke omschrijving van het begrip dringende reden en het feit dat deze omschrijving zeer ruim werd gehouden, moest noodzakelijk leiden tot rechtspraak van het Hof van Cassatie, welke een eind zou stellen aan de controversies over de precieze draagwijdte van de door de wet bedoelde «ernstige tekortkoming».

Op 9 maart 1987 velde het Hof van Cassatie twee arresten in dit verband.

In een eerste arrest wordt gesteld dat de bepaling van art. 35 Arbeidsovereenkomstenwet niet vereist dat de ernstige tekortkoming van contractuele aard zou zijn, noch dat de werkgever schade zou hebben geleden; het volstaat dat de gedraging van de werknemer een dusdanige zware fout uitmaakt dat zij het in stand houden van de professionele relaties onmiddellijk en definitief belet (Cass., 9 maart 1987, *J.T.T.*, 1987, 128).

Tot op heden waren er zijn de meningen in rechtspraak en rechtsleer over de vraag of enkel contractuele fouten dan wel ook niet-contractuele fouten in aanmerking komen als dringende reden tot ontslag, erg verdeeld.

De voorstanders van de stelling dat uitsluitend contractuele fouten als dringende reden kunnen worden ingeroepen

steunen zich hoofdzakelijk op de ontstaansgeschiedenis van de figuur van de dringende reden en op de vaststelling dat het onmiddellijk ontslag door de werkgever door de rechtspraak en de rechtsleer aanvankelijk als een door de aard van de arbeidsovereenkomst verantwoorde afwijking van art. 1184 B.W. werd beschouwd (zie o.m. Jamoulle, M. en Jadot, F., *Licenciement et démission pour motif grave*, Ann. Liège, 1977, 32 en 80; Rauws, W., *Civielrechtelijke beëindigingswijzen van de arbeidsovereenkomst: nietigheid, ontbinding en overmacht*, Kluwer, 1987, 124 tot 138).

Deze stelling, die trouwens moeilijk verenigbaar is met de tekst van de wet, wordt dus door het Hof verworpen.

Niet alleen contractuele fouten maar ook precontractuele, delictuele of quasi-delictuele fouten komen als dringende reden in aanmerking.

Zo werd wat de precontractuele fout betreft, terecht geoordeeld dat de gevolgen van een onbekwaamheid van de werknemer, die als dusdanig geen dringende reden tot ontslag zouden uitmaken, dit wel zijn, wanneer de werknemer bij zijn aanwerving de werkgever ernstig heeft willen misleiden omtrent zijn bekwaamheden (Arbh. Brussel, 16 april 1986, *Med. V.B.O.*, 1986, 2015).

Inzake delictuele fout werd geoordeeld dat het toebrengen van slagen en verwondingen buiten de normale werkuren aan een hiërarchische meerdere een dringende reden tot ontslag uitmaakt (Arbrb. Gent, 29 november 1985, *T.G.R.*, 1986, 94).

De vaststelling dat niet vereist is dat de ernstige tekortkoming aan de werkgever schade zou hebben berokkend, wordt geregeld door de feitenrechters gedaan.

Zo werd geoordeeld dat een daad van oneerlijke concurrentie vanwege een werknemer een dringende reden vormt, ongeacht de gevolgen die zij werkelijk kan hebben gehad (Arbh. Brussel, 23 mei 1986, *Med. V.B.O.*, 1987, 1737).

De dringende reden dient niet te worden beoordeeld op grond van het nadeel dat het gedrag van de werknemer al dan niet kan hebben berokkend maar op grond van de gevolgen van dit gedrag voor het vertrouwen waarvan de werkgever ten aanzien van zijn personeel blijf moet kunnen geven. Dit geldt des te meer wanneer de aard van de onderneming (groot distributiebedrijf) voortdurende controle moeilijk maakt en de werknemer daarenboven de functie van kassierster uitoefende (Arbh. Brussel, 24 maart 1987, *Med. V.B.O.*, 1988, 230).

Het tweede arrest door het Hof van Cassatie op 9 maart 1987 gewezen, vernietigde een arrest waarbij geoordeeld werd dat de deelneming door de werknemer aan diefstallen niet als een dringende reden in de zin van art. 35 Arbeidsovereenkomstenwet kan worden beschouwd, aangezien het een daad van het privé-leven betreft, omdat het naliet te onderzoeken of deze feiten het in stand houden van de contractuele relaties al dan niet onmogelijk maakten (Cass., 9 maart 1987, *J.T.T.*, 1987, 128).

Die uitspraak ligt volledig in de lijn van de stelling dat ook niet-contractuele fouten in aanmerking kunnen worden genomen en is volledig conform de wettekst (*contra*: Arbh. Luik, 19 juni 1986, onuitg., A.R. 85/12.488 met o.m. verwijzing naar Arbh. Luik, 20 november 1981, onuitg., A.R. 7.169/79 en Arbh. Luik, 12 november 1982, onuitg., A.R. 9.194/82).

13. Aansluitend bij die twee belangrijke cassatiearresten dient te worden vastgesteld dat het Hof zich nu wel heeft uit-

gesproken over de aard van de fout die als dringende reden kan worden ingeroepen, maar nog niet over de in de praktijk veel voorkomende vraag of de door de wet voorziene ernstige tekortkoming überhaupt een fout moet uitmaken, en indien dit het geval is, of een volledig onopzettelijke fout volstaat, dan wel of ze bewust of opzettelijk moet zijn gepleegd.

Belangwekkend in dit verband is dat advocaat-generaal Lenaerts in een zeer uitgebreide conclusie bij een recent arrest van het Hof van Cassatie tot het besluit komt dat de tekortkoming in de zin van art. 35, tweede lid, van de Arbeids-overeenkomstenwet mogelijk is zonder een foutieve gedraging of een schuldig verzuim van degene tegen wie de dringende reden wordt aangevoerd (Advocaat-generaal Lenaerts, concl. bij Cass., 11 januari 1988, *J.T.T.*, 1988, 157).

Zonder gedetailleerd te willen ingaan op de door advocaat-generaal Lenaerts gevoerde argumentatie, waarvoor deze kroniek niet de geschikte plaats is, willen wij toch enkele punten aanstippen waarop zijn argumentatie niet kan worden gevolgd.

Zo wordt uitgebreid ingegaan op de vaststelling dat zowel de Nationale Arbeidsraad als de Senaatscommissie, bij de voorbereidende werkzaamheden van de wet van 21 november 1969, verkeerdelijk verwijzen naar het arrest van het Hof van Cassatie van 11 oktober 1962 om eruit af te leiden dat, volgens de rechtspraak van het Hof van Cassatie, de dringende reden gevormd zou worden door een ernstige tekortkoming die van aard is de contractuele betrekkingen tussen partijen geheel en onmiddellijk en onmogelijk te maken (Cass., 11 oktober 1962, *Pas.*, 1963, I, 185; Advies nr. 299 van 20 februari 1969, verslag van de secretaris over de activiteit van de Nationale Arbeidsraad 1968-69, 158 en Senaat, 1969-70, *Gedr. St.* nr. 12, p. 11).

Indien die kritiek juist is, dan is het daarentegen niet juist te stellen dat de beweerde omschrijving evenmin steun vond in andere arresten dan dit van 11 oktober 1962.

Inderdaad wordt ten onrechte niet gerept over het arrest van 5 oktober 1967, dat besliste: «dat overeenkomstig de beginselen betreffende de ontbinding van de wederkerige contracten, de zwaarwichtige redenen bedoeld in art. 18 van de op 20 juli 1955 gecoördineerde wetten betreffende het bediendencontract en waardoor een ontslag van de bediende zonder opzegging wordt gerechtvaardigd, feiten moeten zijn die aan de schuld van de bediende te wijten zijn» (Cass., 5 oktober 1967, *Arr. Cass.*, 1968, 69, *Pas.*, 1968, I, 158).

Bovenvermelde overweging vormde juist een antwoord op een middel volgens hetwelk als dringende reden zou moeten worden beschouwd elke gedraging van aard om de voortzetting, zelfs tijdelijk, van de contractuele betrekkingen onmogelijk te maken en waarbij die gedraging niet noodzakelijk subjectief foutief zou moeten zijn aan de zijde van de betrokkene.

Niet alleen blijkt uit dat arrest dat het Hof van Cassatie, voorafgaandelijk aan de totstandkoming van de wet van 3 juli 1978, wel degelijk het foutbegrip huldigde, doch dat arrest vormt bovendien koren op de molen van diegenen die zeggen dat enkel de contractuele fout in aanmerking komt (*supra*, 12).

In de tweede plaats stelt advocaat-generaal Lenaerts in zijn conclusie dat de minister, zonder enige opmerking of voorbehoud in de Kamercommissie, bij de bespreking van de wet van 21 november 1969 de definitie van de dringende

reden van het Sociaalrechtelijk Woordenboek heeft geciteerd.

In welke mate dit een invloed kan hebben op de interpretatie van art. 35 van de wet van 3 juli 1978 wordt echter niet aangetoond.

Deze definitie van de dringende reden in het Sociaalrechtelijk Woordenboek, volgens welke een dringende reden gevormd wordt door «een omstandigheid of voorval, op grond waarvan het voortduren van de dienstbetrekking voor een bij een arbeidsovereenkomst betrokken partij zo bezwaarlijk is, dat deze dienstbetrekking onder onverwijld mededeling van de reden zonder opzegging kan worden beëindigd», wordt door advocaat-generaal Lenaerts ook in zijn handboek geciteerd, en dit in de eerste plaats, vóór de wettelijke definitie (Lenaerts, H., *Inleiding tot het sociaal recht*, E. Story-Scientia, Gent, 1985, 34).

Die definitie welke dateert van lang voor de wet van 3 juli 1978, lijkt nochtans moeilijk met deze laatste verenigbaar.

Zonder de tekst van art. 35 Arbeidsovereenkomstenwet geweld aan te doen, is het moeilijk te stellen dat de ernstige tekortkoming geen fout zou moeten zijn, daar waar de ernstige tekortkoming in de Franse versie wordt aangeduid als «faute grave».

Ook op dit punt is de argumentatie gevoerd in de conclusie van advocaat-generaal Lenaerts niet bevredigend.

Hij vindt dat men in de Franse tekst beter gesproken had van «manquement» inplaats van «faute», en voegt eraan toe dat in het Kamerverslag over de wet van 21 november 1969 sprake was van «manquement».

In de uiteindelijk aanvaarde tekst heeft men het woord «manquement» evenwel vervangen door «faute», hetgeen integendeel erop wijst dat men dit laatste woord meer geëigend vond om het begrip dringende reden uit te drukken.

Ook de rechtscollages ten gronde oordeelden in de meest recente rechtspraak meestal dat wel degelijk een fout moet aanwezig zijn opdat er aanleiding tot een ontslag wegens dringende reden zou zijn.

Zo werd geoordeeld dat, in de moderne onderneming, leden van het hoger kader mogen aannemen dat zij het recht hebben de herstructureringsprojecten die op hen betrekking hebben te bekritisieren, alternatieve oplossingen te suggereren en zelfs te trachten de directie te doen terugkomen op de reeds genomen beslissingen door de inopportunititeit ervan aan te tonen. Dit gedrag wordt slechts foutief indien de kritiek door zijn formulering of door de publiciteit die eraan wordt gegeven, afbreuk dreigt te doen aan het gezag van de werkgever of wanneer hij ontaardt in welbepaalde daden van insubordinatie (Arbrb. Brussel, 9 juli 1985, *J.T.T.*, 1985, 477).

De daling van het rendement van een werknemer kan op zichzelf geen dringende reden uitmaken.

Wel het feit dat een werknemer opzettelijk zijn rendement vermindert (Arbh. Brussel, 20 februari 1986, *onuitg.*, A.R. 18742).

De gevolgen van een onbekwaamheid van de werknemer vormen geen dringende reden die ontslag zonder opzegging rechtvaardigt, behalve wanneer de werknemer weerspanning is of voornemens is beroepsfouten te begaan (Arbh. Brussel, 16 april 1986, *Med. V.B.O.*, 1986, 2015).

De loutere onbekwaamheid, ongeschiktheid of onervarenheid van de werknemer, die een gebrekkige uitvoering van

zijn taken tot gevolg heeft, vormt geen dringende reden (Arbh. Brussel, 19 maart 1986, onuitg., A.R., nr. 16.925).

Een aberrante werkmethode kan ten hoogste tot een ontslag met opzegging of vergoeding aanleiding geven wegens onbekwaamheid, zolang niet is aangetoond dat betrokkene ze bewust had aangenomen om schade te berokkenen aan zijn werkgever (Arbh. Bergen, 24 september 1987, onuitg., A.R. nr. 8.317).

Het gedrag van een handelsvertegenwoordiger die weigert regelmatige contacten te onderhouden met zijn werkgever en zich aan de desbetreffende formaliteiten te onderwerpen, vormt een fout waarvan de ernst hem niet kan ontsnappen; het vertolkt een voortdurende slechte wil en slordigheid; die houding ten aanzien van de professionele verplichtingen maakt een onderzoek van de eventuele negatieve gevolgen hiervan voor het rendement van een werknemer overbodig (Arbh. Bergen, 19 oktober 1987, onuitg., A.R. 6.942).

14. Om de ernst van de aan de werknemer ten laste gelegde tekortkoming correct te beoordelen, is het in het merendeel der gevallen aangewezen dat de werkgever de betrokkene zou horen in zijn verklaringen en verweer (Arbh. Brussel, 20 februari 1986, onuitg., A.R. nr. 18.742).

Hieraan dient te worden toegevoegd dat de werkgever niet wettelijk verplicht is de werknemer vooraf te horen. Ter zake geldt wel een morele verplichting, aangezien elkeen het recht heeft gehoord te worden in zijn verdediging, vooraleer hij gestraft wordt (Arbh. Brussel, 14 augustus 1986, *Soc. Kron.*, 1986, 277).

Wanneer de oorsprong van de ernstige tekortkoming van een der partijen van een arbeidsovereenkomst bij de andere partij ligt, dan maakt zij niet altijd elke professionele samenwerking onmiddellijk en definitief onmogelijk (Arbh. Brussel, 16 januari 1986, *T.S.R.*, 1986, 153; Arbrb. Brussel, 6 oktober 1986, *J.T.T.*, 1986, 466; Arbh. Antwerpen, 16 november 1987, onuitg., A.R. nr. 932/84).

De fouten die een lasthebber binnen de uitvoering van zijn opdracht begaat, zijn de lastgever toerekenbaar. Zo kan de rechter niet oordelen dat een ontslag wegens dringende reden op grond van de te krasse aantijgingen in een brief aan de werkgever gericht, ten onrechte gebeurde omdat de brief niet uitgaat van een ontslagen werknemer maar van de secretaris van diens vakorganisatie (Cass., 22 april 1985, *Arr. Cass.*, 1984-85, 1117, *J.T.T.*, 1985, 428; cf. voor wat de lasthebber van de werkgever betreft, Cass., 14 december 1981, *Arr. Cass.*, 1981-82, 513, *J.T.T.*, 1982, 176).

15. De werkgever die bij vergissing een werknemer wegens dringende reden ontslaat, kan niet laten gelden dat zijn wilsuiting gebrekkig was omwille van een misverstand. Het ontslag is een louter eenzijdige handeling waarop de leer van de wilsgebreken niet van toepassing is (Arbh. Luik, 22 mei 1985, *Jur. Liège*, 1985, 576, noot J.C.).

Het Hof van Cassatie lijkt nochtans de theorie van de wilsgebreken in principe toepasselijk te achten op het ontslag (Cass., 28 april 1980, *Arr. Cass.*, 1979-80, 1075, *Pas.*, 1980, I, 1067, *R.W.*, 1980-81, 2699).

Opdat de dwaling tot de nietigheid van het ontslag wegens dringende reden zou kunnen leiden, moet zij echter determinerend en verschoonbaar zijn (W. Rauws, «De nietigheid in het arbeidsovereenkomstenrecht», in *Actuele Problemen van het Arbeidsrecht*, 2, Kluwer, Antwerpen, 1987, 406, nr. 528).

Hoewel het ontslag wegens dringende reden een louter eenzijdige rechtshandeling is, verbiedt geen enkele wettelijke of reglementaire bepaling een werknemer dat ontslag te aangaan. Wanneer een werknemer een ontslagbrief wegens dringende reden ondertekent onder de vermelding «gelezen en goedgekeurd», heeft hij ontegensprekelijk zijn akkoord betuigd met het ontslag zonder opzegging (Arbrb. Brussel, 24 juni 1985, *Rechtspr. Arbrb. Br.*, 1985, 305).

Met betrekking tot de vraag of hierdoor de rechter niet zijn soeverein appreciatierecht over het bestaan van de dringende reden wordt ontnomen, antwoordde het Arbeidshof te Antwerpen als volgt: «Overwegende dat appellant terecht stelt dat de rechter soeverein over het bestaan van de dringende redenen tot onmiddellijk ontslag oordeelt; dat dit echter slechts geldt in zoverre er nog betwisting desomtrent kan bestaan; dat door voormeld schrijven te ondertekenen «voor gelezen en goedgekeurd» appellant terzake een buitengerechtelijke bekentenis heeft gedaan, waarop niet eenzijdig kan worden teruggekomen; dat, door de kwestieuze feiten te erkennen en door zijn goedkeuring te geven aan het hem om deze feiten gegeven onmiddellijk ontslag, appellant afstand heeft gedaan van verdere betwisting desomtrent; dat appellant niet eenzijdig op deze afstand kan terugkomen; dat deze afstand volledig regelmatig na het ontslag gedaan werd; dat dit een gans andere situatie is dan de aanduiding in een arbeidsreglement of overeenkomst waarin vooraf gesteld is dat bepaalde feiten als dringende reden tot onmiddellijk ontslag zullen gelden, in welk geval de rechter wel zijn soevereine beoordeling behoudt;» (Arbh. Antwerpen, 22 oktober 1987, onuitg., A.R. nr. 373/85; contra Arbh. Brussel, 26 juni 1973, *T.S.R.*, 1974, 228).

16. Wanneer verscheidene feiten als dringende reden worden aangevoerd, is de rechter die oordeelt dat het feit niet in aanmerking komt, niettemin verplicht na te gaan of de overblijvende feiten voldoende zijn om een dringende reden te vormen (Cass., 16 maart 1987, *J.T.T.*, 1987, 381 en *R.W.*, 1987-88, 443 (verkort)).

De omstandigheid dat de werknemer reeds opgezegd was op het tijdstip waarop de werkgever hem op staande voet ontslagen heeft, neemt niet weg dat de vroegere aan de opzegging voorafgaande feiten van die aard kunnen zijn dat ze het mogelijk maken het dringend karakter te beoordelen van de feiten die worden aangevoerd om het ontslag op staande voet, na de opzegging te rechtvaardigen (Cass., 2 maart 1987, *J.T.T.*, 1987, 382; *R.W.*, 1987-88 (verkort) 370 en *T.S.R.*, 1987, 190, verkort).

De wederaanwerving van een wegens dringende reden ontslagen werknemer vanaf de eerste werkdag volgend op dit ontslag, bewijst natuurlijk dat de samenwerking niet onmogelijk was geworden zoals vereist door art. 35 Arbeidsovereenkomstenwet (Arbrb. Doornik, 16 oktober 1987, *Jur. Liège*, 1987, 1361, (verkort)).

Daarentegen ontnemt het feit op grond van sociale overwegingen een vergoeding te betalen aan een werknemer ontslagen wegens dringende redenen, de werkgever niet het recht die redenen in te roepen (Arbrb. Brussel, 19 september 1986, *Rechtspr. Arbrb. Br.*, 1986, 387).

B. Bewijs

17. De dringende reden tot ontslag mag worden bewezen door alle middelen rechtens, o.m. door feiten die men ach-

teraf heeft vernomen (Cass., 13 oktober 1986, *Arr. Cass.*, 1986-87, 176, *J.T.T.*, 1986, 462; cf. Cass., 24 september 1979, *Arr. Cass.*, 1979-80, 91).

Zo mag bij de beoordeling van de motieven aangevoerd tot staving van de opzegging zonder termijn noch vergoeding, de rechter feiten in overweging nemen die niet vermeld zijn in de ontslagbrief, wanneer ze van aard zijn een licht te werpen op de ernst van het ingeroepen motief (Cass., 28 oktober 1987, *J.T.T.*, 1987, 494; cf. Cass., 27 februari 1978, *Arr. Cass.*, 1978, 757, *J.T.T.*, 1979, 43).

18. Een werkgever mag zijn telefoon gebruiken om toezicht te houden op zijn werknemers, zodat het aftappen van telefoongesprekken door een werknemer op de arbeidsplaats gevoerd geen inbreuk uitmaakt op het privé-leven van de werknemer. Nochtans moet eventueel door getuigen worden bewezen dat de op band opgenomen stem wel degelijk die van de werknemer is (Arbh. Luik, 17 mei 1985, *J.T.T.*, 1985, 472).

In hetzelfde arrest beslist het Arbeidshof te Luik dat het verslag van een privé-detective geldt als begin van bewijs, wanneer het in overeenstemming is met de verklaringen van andere, onbezoldigde getuigen.

De Arbeidsrechtbank te Brussel verwerpt radicaal het verslag van een privé-detectivebureau als bewijsmiddel, omdat de privé-detective speciaal wordt ingehuurd en betaald in opdracht van een partij die rechtstreeks belanghebbende is in de zaak (Arbrb. Brussel, 13 september 1985, *Soc. Kron.*, 1986, 278).

C. Concrete voorbeelden

19. Tijdens de onderzochte periode kwamen de volgende concrete feiten in de rechtspraak aan bod:

- Arbeidsongeschiktheid en misbruiken

Wanneer het getuigenschrift van de behandelende geneesheer van de werknemer en dat van de controlerende geneesheer van de werkgever met elkaar in strijd zijn, valt de bewijskracht van de twee attesten weg, zodat de werkgever geen grond heeft om over te gaan tot ontslag wegens een dringende reden, bestaande in ongewettigde afwezigheid (Arbh. Antwerpen, 7 maart 1985, *J.T.T.*, 1985, 364; cf. Cass., 8 januari 1960, *Arr. Cass.*, 1960, 403 en Arbh. Antwerpen, 1 juli 1980, *J.T.T.*, 1981, 229).

Het feit dat een werknemer een getuigenschrift indient dat enkel gewag maakt van zijn opname in een verplegingsinstelling en niet, zoals voorgeschreven door het arbeidsreglement, het begin en de duur van de arbeidsongeschiktheid vermeldt, vormt op zichzelf geen grond tot ontslag wegens dringende reden (Arbrb. Charleroi, 10 juni 1984, *T.S.R.*, 1985, 480).

Het feit dat een werknemer tijdens een periode van arbeidsongeschiktheid de medisch gerechtvaardigde afwezigheid van het werk misbruikt om een uiterst vermoeiende en uitputtende ontspanningsreis te ondernemen, waardoor hij onverantwoorde risico's neemt en het herstel van zijn gezondheid in gevaar brengt, maakt een dringende reden tot ontslag uit (Arbh. Antwerpen, 16 januari 1986, *Soc. Kron.*, 1987, 214).

Ook is geoordeeld dat, op een moment waarop het conflict was ontstaan tussen de partijen betreffende de resterende vakantiedata, het feit dat de werknemer-verpleegster zich een medisch getuigenschrift laat verschaffen om vanaf de

door haar gewenste datum vakantie te nemen, ondanks de formele weigering van de werkgever, een dringende reden tot ontslag vormt. Door deze kunstgreep van de werknemer, bedoeld om het conflict op haar eigen manier op te lossen, werd het vertrouwen tussen partijen definitief geschonden, zodat het instandhouden van de professionele relaties onmogelijk werd (Arbh. Brussel, 5 november 1985, *T.S.R.*, 1986, 467).

Door zich vrijwillig en opzettelijk te onttrekken aan elke mogelijke controle van de arbeidsongeschiktheid door de werkgever, tast de werknemer het vertrouwen aan dat noodzakelijk is om de arbeidsbetrekkingen verder te zetten (Arbh. Antwerpen, 29 juni 1987, onuitg., *A.R.*, 1985-87; Arbrb. Brussel, 12 augustus 1986, *Med. V.B.O.*, 1987, 1345).

- Oneerlijke concurrentie

Een daad van oneerlijke concurrentie vanwege een werknemer vormt een dringende reden, ongeacht de gevolgen die zij werkelijk kan hebben gehad (Arbh. Brussel, 23 mei 1986, *Med. V.B.O.*, 1987, 1717; Arbh. Brussel, 16 december 1986, onuitg., *A.R.* 19.165).

De handelsvertegenwoordiger die, zelfs kort voor het einde van de opzeggingstermijn, wekenlang tijdens de arbeidsuren, met gebruik van de vrachtwagen van zijn werkgever en op diens kosten, de documentatie en collectie van een andere firma, bestaande uit producten verschillend van die welke door de werkgever worden verkocht, aan de cliënteel van zijn werkgever gaat voorstellen, schendt zijn verplichting de arbeidsovereenkomst te goeder trouw uit te voeren, zodat zijn handelswijze een dringende reden tot ontslag vormt (Arbh. Gent, 22 oktober 1986, *T.G.R.*, 1986, 91).

Daarentegen vormt het feit dat een werknemer inlichtingen inwint bij de leveranciers van zijn werkgever aangaande de modaliteiten en de mogelijkheden tot het oprichten van een onderneming bestemd om met deze van zijn werkgever te concurreren, geen daad van mededinging en kan het derhalve niet als een dringende reden worden beschouwd (Arbrb. Brussel, 6 oktober 1986, *J.T.T.*, 1986, 469).

- Misbruik glijdend uurrooster

De werknemer met 25 jaar onberispelijke dienst, die een enkele keer misbruik maakt van het systeem van de prik-klok, pleegt een zware fout, welke echter geen dringende reden tot ontslag uitmaakt (Arbrb. Brussel, 19 september 1986, *Rechtspr. Arbrb. Br.*, 1986, 387).

Wanneer echter door de werknemer herhaalde malen misbruik werd gemaakt van een variabel uurrooster, zelfs indien de ongerechtvaardigde afwezigheden slechts van korte duur waren, bestaat er wel een dringende reden tot ontslag (Arbh. Brussel, 8 april 1986, *J.T.T.*, 1986, 462).

Indien de werkgever de fouten die de werknemer heeft begaan door het niet-respecteren van een veranderlijk uurrooster kan inroepen tot staving van een dringende reden tot ontslag, dan vormt het niet-respecteren van een vast uurrooster, dat ter vervanging van het veranderlijk uurrooster aan de werknemer op onregelmatige wijze werd opgelegd, gelet op de bepalingen van het arbeidsreglement, geen dringende reden tot ontslag (Arbh. Brussel, 20 februari 1986, *Soc. Kron.*, 1986, 270).

- Deelneming aan staking

De deelneming aan een spontane staking is geen dringende reden tot ontslag. De individuele werknemer is principieel niet gebonden door een beding van sociale vrede, noch door

een overleg- of verzoeningsprocedure (Arbh. Luik, 19 oktober 1983, *J.T.T.*, 1985, 157; contra Arbh. Brussel, 22 mei 1984, *T.S.R.*, 1984, 299).

De werknemer die deelneemt aan een stakingsbeweging en een betoging die betrekking heeft op een onderneming die behoort tot dezelfde bedrijfstak als die van zijn werkgever, gaat de grenzen van het aan iedere werknemer toegekende stakingsrecht niet te buiten, zodat zijn gedrag geen zware fout vormt die een grond oplevert tot ontslag wegens dringende reden (Arbh. Luik, 11 februari 1986, *Soc. Kron.*, 1986, 176).

Na te hebben gesteld dat het deelnemen aan een stakingspiket in se niet onrechtmatig is, oordeelde het Arbeidshof te Bergen nochtans dat die deelneming in verhouding moet staan tot de intensiteit van het collectief geschil. Aldus vormt het aanmoedigen van de inmenging van vliegende stakingsposten, vreemd aan de onderneming, teneinde te intimideren, een grond tot ontslag wegens dringende reden, wanneer vaststaat dat de collectieve actie op geen grote weerstand stuitte vanwege de werknemers van de onderneming zelf. Dit geldt des te meer ten aanzien van een werknemersvertegenwoordiger, lid van de ondernemingsraad (Arbh. Bergen, 19 maart 1985, *J.T.T.*, 1985, 377).

– Bedrog en misbruik van vertrouwen

Het feit dat een kaderlid, belast met de betaling van het personeel, zich schuldig maakt aan financieel bedrog, maakt een dringende reden tot ontslag uit, zelfs indien de onderneming als dusdanig geen nadeel leed tengevolge van de verduisteringen door de betrokkene (Arbh. Bergen, 9 oktober 1986, *J.T.T.*, 1987, 131; cf. Arbh. Brussel, 2 september 1987, onuitg. A.R. 17.399).

Het bedrieglijk wegnemen door een werknemer van vertrouwelijke documenten om ze te fotocopieren maakt een dringende reden uit, ongeacht de vraag of deze handelingen

strafbare feiten vormen (Arbh. Antwerpen, 14 januari 1985, *Soc. Kron.*, 1985, 172).

Wanneer een verzekeringsagent in dienstverband een lening tot stand brengt, hoewel hij op de hoogte is van de financiële moeilijkheden van de leners en weet dat de leningsaanvraag geen gunstig gevolg zal krijgen, met de bedoeling de commissie te innen voor het levensverzekeringscontract dat aan de toekenning van de lening is verbonden, dan is dit een ernstige tekortkoming (Arbh. Bergen, 25 maart 1985, *Med. V.B.O.*, 1986, 1084).

– Beledigingen

Iemand ervan beschuldigen dat hij zich «als een jood» gedraagt, met al wat deze naar racisme ruikende uitdrukking inhoudt, vooral ten aanzien van het Israëliësch volk, vormt een dringende reden (Arbh. Brussel, 8 december 1985, *Med. V.B.A.*, 1986, 1920).

Met betrekking tot een werknemer die zijn Schotse directeur Mac K., buiten diens aanwezigheid maar ten overstaan van verschillende collega's, heeft betiteld als «een makak, een vuile dopper en een Engelse zeveraar», stelde het Arbeidshof te Antwerpen met de nodige grootmoedigheid en zin voor humor: «Het komt ons voor dat appellant bij zijn werkgever wel aan de kar trok maar dat hij vanwege zijn temperament tevens naar links en rechts moest kunnen 'keffen', want zo mag men zijn onbeheerst en nijdig woordgebruik wel noemen; het ontslag werd gedurende zijn verlof voorbereid en hij werd bij zijn terugkeer voor een voldongen feit geplaagd; wij nemen aan dat de werkgever de door appellant geschapen toestand niet langer moest dulden, maar hij had de werknemer ingebreke kunnen stellen en hem de kans geven zijn houding te wijzigen; appellant heeft bijgevolg aanspraak op een verbrekingsvergoeding ...» (Arbh. Antwerpen, 2 juli 1987, onuitg., inzake A.R. 240/86).

H. BUYSENS

RECHTSPRAAK

ARBITRAGEHOF

2 FEBRUARI 1989

Voorzitter: de h. Delva

Rechters-rapporteurs: de hh. De Greve en Melchior

Advocaten: mrs. Van Orshoven, Legros en Thiry

Gemeenschap en gewest – Onteigening – Bevoegdheid

Hoewel art. 79, § 1, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 slechts de door de Executieven «benaarstigde» onteigeningen ten algemenen nutte voorziet, volgt uit de economie van de wet en uit de algemene opzet van de staatshervorming dat die bepaling zo moet worden begrepen dat de Executieven tevens gerechtigd zijn – en de decreetgever dus ook gerechtigd is de Executieven daartoe te machtigen – andere rechtspersonen tot onteigening inzake gewest- of gemeenschapsaangelegenheden te machtigen.

Gemeente Zoersel t/ E. en B.

Bij vonnis van 9 juni 1988 heeft de vrederechter van het kanton Zandhoven de volgende vraag aan het Hof gesteld: «Verwijzen de zaak naar het Arbitragehof voor beslissing over de prejudiciële vraag omtrent de schending door het decreet van de Vlaamse Raad dd. 13 april 1988 'tot bepaling van de gevallen en de modaliteiten waarbij de Vlaamse Executieve kan overgaan tot onteigeningen ten algemenen nutte inzake de culturele, persoonsgebonden en onderwijsaangelegenheden' van de regels die door of krachtens de Grondwet zijn vastgesteld voor het bepalen van de onderscheiden bevoegdheid van de Staat, de Gemeenschappen en de Gewesten».

De feiten en de voorafgaande rechtspleging

Overeenkomstig de wet van 26 juli 1962 «betreffende de onteigeningen ten algemenen nutte en de concessies voor de

bouw van de autosnelwegen», vordert de gemeente Zoersel de onteigening van een perceel grond, toebehorende aan de echtgenoten E.-B., die verweerders zijn voor de verwijzende rechter.

Krachtens artikel 7 van voormelde wet dient de vrederechter onder meer te oordelen of de vordering regelmatig is ingesteld en of de door de wet voorgeschreven formaliteiten vervuld zijn.

De vrederechter wijst erop dat eiseres geen koninklijk besluit overlegt waarin is vastgesteld dat de onmiddellijke inbezitting van het goed dat ze ten algemenen nutte wenst te onteigenen onontbeerlijk is, doch een besluit van 15 januari 1988 van de gemeenschapsminister van Binnenlandse Aangelegenheden en Ruimtelijke Ordening houdende machtiging om tot onteigening over te gaan.

Vooraleer toepassing kan worden gemaakt van dat besluit dient, volgens de verwijzende rechter, te worden uitgemaakt of «de aangelegenheden in verband met de onteigeningen ten algemenen nutte door een andere overheid dan de in de artikelen 79 van de wet van 8 augustus 1980 en 51 van de wet van 31 december 1983 bedoelde Executieven, en met name door de gemeenten, nog steeds tot de bevoegdheid van de nationale wetgever en van de Koning behoren (Cass., 20 feb. 1986, *Arr. Cass.*, 1985-86, 864), dan wel of de Vlaamse Executieve andere rechtspersonen, die bevoegd zijn om onroerende goederen ten algemenen nutte te onteigenen, kan machtigen tot onteigening in de gevallen waarin ze oordeelt dat de verkrijging ervan noodzakelijk is voor de uitbouw van de infrastructuur of voor het beleid inzake culturele, persoonsgebonden en onderwijsaangelegenheden, als bepaald in de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen en artikel 59bis van de Grondwet (decreet van de Vlaamse Raad, dd. 13 april 1988)».

Om die redenen heeft de vrederechter van het kanton Zandhoven aan het Hof voormelde prejudiciële vraag gesteld.

2.B. Ten aanzien van de door de Grondwet aan de wet voorbehouden aangelegenheden

1. De artikelen 3ter, 59bis, 59ter en 107quater van de Grondwet en de artikelen 4 tot 11 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 alsmede de artikelen 4 en 5 van de wet van 31 december 1983 tot hervorming der instellingen voor de Duitstalige Gemeenschap hebben aan de decreetgever de bevoegdheid verleend om bij decreet een aantal aangelegenheden te regelen. Artikel 19, § 1, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 bepaalt evenwel: «Het decreet regelt de aangelegenheden bedoeld in de artikelen 4 tot 11, onverminderd de bevoegdheden die door de Grondwet aan de wet zijn voorbehouden.» Artikel 6 van voormelde wet van 31 december 1983 bepaalt: «Onverminderd de bevoegdheden die door de Grondwet aan de wet zijn voorbehouden, regelt de Raad de aangelegenheden die aan de Duitstalige Gemeenschap zijn toevertrouwd door artikel 4 van deze wet of krachtens artikel 59ter, § 3, van de Grondwet.»

Daaruit vloeit voort dat, behoudens de gevallen waarin een bijzondere en uitdrukkelijke machtiging is gegeven door de bijzondere of de gewone wet tot hervorming der instellingen, of door de wet van 31 december 1983, een decreetgever de hem toegewezen aangelegenheden slechts kan regelen mits hij op generlei wijze inbreuk maakt op bij de Grondwet voor de wet gereserveerde bevoegdheden.

De mogelijkheid die de Raden krachtens artikel 10 van de bijzondere wet hebben om in de decreten rechtsbepalingen op te nemen m.b.t. aangelegenheden waarvoor zij niet bevoegd zijn, kan geen toepassing vinden op bevoegdheden die de Grondwet aan de wet voorbehoudt.

Ten aanzien van de bevoegdheid inzake onteigeningen

2. Artikel 11 van de Grondwet behoudt de nationale wetgever de zorg voor tot het bepalen van de gevallen waarin en van de wijze waarop tot onteigening ten algemenen nutte kan worden overgegaan. Voormeld artikel bepaalt: «Niemand kan van zijn eigendom worden ontzet dan ten algemenen nutte, in de gevallen en op de wijze bij de wet bepaald en tegen billijke en voorafgaande schadeloosstelling.»

De Gemeenschappen en de Gewesten mogen in die voorbehouden aangelegenheid slechts optreden mits zij daartoe gemachtigd zijn zoals aangeduid onder 2.B.1.

Artikel 79, § 1, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 en artikel 51 van de wet van 31 december 1983 behelzen een dergelijke machtiging.

Voormeld artikel 79, § 1, bepaalt immers: «Onverminderd § 2, kunnen de Executieven overgaan tot onteigeningen ten algemenen nutte in de gevallen en volgens de modaliteiten bepaald bij decreet, met inachtneming van de bij de wet vastgestelde gerechtelijke procedures en van het principe van de billijke en voorafgaande schadeloosstelling bepaald bij artikel 11 van de Grondwet.»

Voormeld artikel 51 verklaart artikel 79, § 1, van de bijzondere wet van overeenkomstige toepassing op de Duitstalige Gemeenschap.

Uit die artikelen volgt: 1) dat het aan het decreet toekomt de gevallen waarin de Executieven tot onteigening ten algemenen nutte zullen kunnen overgaan, en de modaliteiten daarvan, te bepalen; 2) dat het decreet – en derhalve ook de Executieven – ertoe gehouden zijn: a) de bij de wet vastgestelde gerechtelijke procedures in acht te nemen; b) de verplichting het principe van de billijke en voorafgaande schadeloosstelling in werking te stellen.

Ten aanzien van het decreet van de Vlaamse Gemeenschap van 13 april 1988

3. Artikel 1 van het decreet bepaalt dat het decreet een in artikel 59bis van de Grondwet bedoelde aangelegenheid regelt.

Naar luid van artikel 19, § 1, tweede lid, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 vermelden de decreten van de Vlaamse Raad of zij aangelegenheden regelen die zijn bedoeld in artikel 59bis van de Grondwet of in artikel 107quater van de Grondwet.

Artikel 1 van het decreet voldoet aan het voorschrift van artikel 19, § 1, tweede lid, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980.

4. Artikel 2 van het decreet bepaalt: «De Executieve wordt gemachtigd over te gaan tot onteigeningen ten algemenen nutte van de onroerende goederen in de gevallen waarin zij oordeelt dat de verkrijging ervan noodzakelijk is voor de uitbouw van de infrastructuur of voor het beleid inzake de culturele, persoonsgebonden en onderwijsaangelegenheden, zoals bepaald in de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen en artikel 59bis van de Grondwet.»

Zoals onder 2.B.2 vermeld, staat artikel 79, § 1, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 de Vlaamse Gemeenschapsraad toe de gevallen en de modaliteiten te bepalen waarin en volgens welke tot onteigeningen ten algemenen nutte inzake gemeenschapsaangelegenheden kan worden overgegaan.

Tevens worden de Executieven door voormeld artikel uitdrukkelijk aangewezen om tot bedoelde onteigeningen over te gaan. Artikel 2 van het decreet beperkt zich aldus tot het in werking stellen, wat de Vlaamse Executieve betreft, van de in artikel 79, § 1, van de bijzondere wet aan de Executieven gegeven machtiging inzake onteigeningen ten algemenen nutte en schendt bijgevolg geen bevoegdheidsbepalende regels.

5. Artikel 3 van het decreet bepaalt: «De Executieve kan andere rechtspersonen, die bevoegd zijn om onroerende goederen ten algemenen nutte te onteigenen, machtigen tot onteigening in de gevallen waarin zij oordeelt dat de verkrijging ervan noodzakelijk is voor de uitbouw van de infrastructuur of voor het beleid inzake de culturele, persoonsgebonden en onderwijsaangelegenheden, zoals bepaald in de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen en artikel 59bis van de Grondwet.»

Hoewel artikel 79, § 1, van de bijzondere wet enkel de door de Executieven benaastigde onteigeningen ten algemenen nutte voorziet, volgt uit de economie van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 en uit de algemene opzet van de Staatshervorming dat die bepaling zo moet worden begrepen dat de Executieven tevens gerechtigd zijn – en de decreetgever dus ook gerechtigd is de Executieven daartoe te machtigen – andere rechtspersonen tot onteigening inzake gewest- of gemeenschapsaangelegenheden te machtigen.

In elke hypothese wordt het verlenen van de machtiging afhankelijk gesteld van het vermogen van de Executieve om, geval per geval, de noodzakelijkheid te beoordelen van de verkrijging door de ondergeschikte besturen van de onroerende goederen waarvan de onteigening wordt beoogd.

Artikel 3 van het decreet heeft derhalve niet tot gevolg dat de Executieve van de haar door artikel 79, § 1, van de bijzondere wet toegekende bevoegdheid inzake onteigeningen ten algemenen nutte is beroofd.

Uit het arrest van het Hof van 15 juni 1988 in de zaak met rolnummer 71 volgt overigens dat de bevoegdheid tot machtiging die thans door de decreetgever is geregeld bij artikel 3 van het besproken decreet, reeds in overeenstemming blijkt met de bijzondere wet van 8 augustus 1980 voor de toepassing van artikel 1 van de wet van 1962.

6. Artikel 4 van het decreet bepaalt: «De in de artikelen 2 en 3 voorziene onteigeningsmachtigingen zullen verleend worden met overeenkomstige toepassing van de regels en procedures voorgeschreven bij de inzake onteigeningen geldende wetgeving.»

Artikel 79, § 1, van de bijzondere wet bepaalt dat de erin beoogde onteigeningen dienen te gebeuren «met inachtneming van de bij de wet vastgestelde gerechtelijke procedures en van het principe van de billijke en voorafgaande schadeloosstelling bepaald bij artikel 11 van de Grondwet».

Het Hof merkt op dat de door de wetgeving inzake onteigeningen georganiseerde gerechtelijke procedures als voorname doel hebben de inachtneming van het principe van de billijke en voorafgaande schadeloosstelling te verzekeren.

Bijgevolg, door te bepalen dat de erin bedoelde onteigeningen dienen te gebeuren in overeenstemming met de inzake onteigeningen geldende wetgeving, voldoet artikel 4 van het decreet aan de vereisten van artikel 79 van de bijzondere wet en schendt geen enkele bevoegdheidsregel.

7. Artikel 5 van het decreet bepaalt dat het decreet uitwerking heeft met ingang van 1 oktober 1980.

De bepaling die de inwerkingtreding van het decreet regelt, en er terugwerkende kracht aan geeft, schendt in beginsel geen enkele bevoegdheidsregel. Aangezien de terugwerking te dezen op 1 oktober 1980 is vastgesteld, is de bepaling van artikel 5 van het decreet niet aangetast door bevoegdheidsoverschrijding *ratione temporis* vanwege de decreetgever, aangezien die datum samenvalt met die van de inwerkingtreding van de bijzondere wet van 8 augustus 1980.

Om die redenen, het Hof zegt voor recht dat het decreet van de Vlaamse Gemeenschap van 13 april 1988 «tot bepaling van de gevallen en de modaliteiten waarbij de Vlaamse Executieve kan overgaan tot onteigeningen ten algemenen nutte inzake de culturele, persoonsgebonden en onderwijsaangelegenheden» (Belgisch Staatsblad van 12 mei 1988) de regels die door of krachtens de Grondwet zijn vastgesteld voor het bepalen van de onderscheiden bevoegdheid van de Staat, de Gemeenschappen en de Gewesten niet schendt.

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER – 27 OKTOBER 1987

Voorzitter-rapporteur: de h. Boon

Advocaat-generaal: de h. Tillekaerts

Advocaten: mrs. Vanderveeren en François

Strafvordering – Onderzoek aan het lichaam – Fouillering – 2. Gerechtelijke politie – Fouillering

1. *Het onderzoek aan het lichaam als bedoeld in art. 25 Wet Voorlopige Hechtenis is een ter exploratie van de intieme delen van het lichaam bevolen deskundigenonderzoek.*

Een fouillering aan den lijve bestaat erin iemand te onderzoeken om na te gaan of in of onder de kleren voorwerpen verborgen zijn.

2. *De officieren van gerechtelijke politie handelen binnen de perken van hun ambtsbevoegdheid wanneer zij bij het opsporen van misdrijven een fouillering onder hun controle en verantwoordelijkheid doen uitvoeren door een persoon die geen deel uitmaakt van de politiediensten.*

C. en K.

Gelet op het bestreden arrest, op 8 juli 1987 door het Hof van Beroep te Brussel gewezen;

1. Op de voorziening van José C.:

Over het eerste middel: schending van de artikelen 25 van de wet van 20 april 1874 en 97 van de Grondwet;

doordat het arrest eiser veroordeelt, na gezegd te hebben «dat ter zake niet tot een onderzoek aan het lichaam in de zin van de wet en luidens de medische definitie kan worden geconcludeerd; dat slechts tot een fouillering van de kledij werd overgegaan waardoor noodzakelijkerwijze intieme lichaamsdelen zichtbaar werden; dat de eerste rechter derhal-

ve ten onrechte stelde dat het geen fouillering betrof», zonder acht te slaan op de conclusie van eiser die onder meer stelde dat «het onderzoek aan het lichaam moet worden beschreven als zijnde een onderzoek dat de eerbaarheid zou kunnen kwetsen» en dat «alleenlijk de raadkamer (artikel 25), ofwel de onderzoeksrechter, op heterdaad, een dergelijk onderzoek kunnen bevelen»;

terwijl het arrest de wet en de medische definitie niet aanduidt die het mogelijk zouden maken niet tot een onderzoek aan het lichaam te concluderen; de wet eigenlijk geen definitie geeft van het onderzoek aan het lichaam, terwijl het begrip «medische definitie» vatbaar voor kritiek is, bij gebrek aan nauwkeurigheid; het Hof van Cassatie het onderzoek aan het lichaam gedefinieerd heeft (Cass., 1 april 1968, *Pas.*, 939) als zijnde het onderzoek dat de eerbaarheid zou kunnen kwetsen; tot kwetsing van de eerbaarheid en het bestaan van een onderzoek aan het lichaam geconcludeerd moet worden, zelfs zonder aanraking van de persoon, wanneer de persoon «verzocht wordt, na zich volledig te hebben ontkleed, met gespreide benen recht te staan en vervolgens tien kniebuigingen te maken, en dit wanneer de fouilleuses op een afstand van 0,50 meter K. onderzoekend bleven aankijken» (P.V. 15 juni 1987); het fouilleren — niet door de wet geregeld — het nagaan is of er in of onder de kleren geen voorwerpen verborgen zijn in verband met vermoede misdrijven;

Overwegende dat het onderzoek aan het lichaam als bedoeld in artikel 25 van de wet van 20 april 1874 op de voorlopige hechtenis een ter exploratie van de intieme delen van het lichaam bevolen deskundigenonderzoek is; dat een fouillering aan den lijve daarentegen erin bestaat iemand te onderzoeken om na te gaan of in of onder de kleren voorwerpen verborgen zijn;

Overwegende dat het arrest aangeeft, zonder in dat opzicht te worden aangevochten: dat te dezen de aftasting van de twee vrouwelijke medebeklaagden van eiser bestond in «— het onderzoek van de kledij waardoor op een bepaald ogenblik de beide vrouwelijke beklaagden volledig ontkleed waren; — het rechtstaan en spreiden van de benen gevolgd door het uitvoeren van een aantal kniebewegingen»; dat het arrest vaststelt dat dit onderzoek gebeurde door «fouilleuses» die de lichamen van de vrouwelijke beklaagden niet hebben aangeraakt en dat er geen onderzoek is geweest van de geslachtsdelen van die beklaagden;

Overwegende dat het arrest erop wijst dat een grondig onderscheid bestaat tussen een fouillering en een onderzoek aan het lichaam in de zin van artikel 25 van de wet van 20 april 1874; dat het arrest daarbij overweegt, « enerzijds, dat door een onderzoek aan het lichaam alleen bedoeld wordt: het onderzoek door een geneesheer-deskundige van lichaamsdelen die het seksueel schaamtegevoelen kunnen opwekken; dat een onderzoek aan het lichaam als onderzoeksmaatregel een deskundig onderzoek is op medisch vlak waarbij bepaalde lichaamsdelen het voorwerp kunnen uitmaken van een medisch onderzoek ten einde nuttige elementen van sommige misdrijven (bijvoorbeeld verkrachting) op te sporen; dat het om die reden is dat het door een geneesheer dient te worden uitgevoerd en de verdachte gerechtigd is een beroep te doen op een geneesheer van zijn keuze; dat anderzijds de fouillering een administratieve maatregel is die

uitgevoerd wordt bij personen verdacht van het plegen van misdrijven, met het oog op de algemene veiligheid van derden en van de verdachten zelf;

Dat het arrest aldus, met verwijzing naar de op het onderzoek aan het lichaam toepasselijke wettekst en naar het medisch kenmerk van een dergelijk onderzoek, de redenen aangeeft waarom het te dezen niet ging om zodanige onderzoeken maar slechts om fouilleringen, ook al werden daardoor intieme lichaamsdelen zichtbaar; dat het arrest zodoende eisers conclusie beantwoordt en de beslissing naar recht verantwoordt;

Dat het middel niet kan worden aangenomen;

Over het tweede middel: schending van de artikelen 8, 9 van het Wetboek van Strafvordering en 97 van de Grondwet;

doordat het arrest eiser veroordeelt na gezegd te hebben «dat de verbalisanten, geconfronteerd met de mogelijkheid van fouillering van vrouwelijke verdachten, de nodige discretie in acht namen door voor dit doel vrouwelijk personeel te vorderen; dat geen enkele wettelijke bepaling gerechtelijke officieren of agenten van de openbare macht verbiedt dergelijke fouilleringen of doorzoekingen te gelasten onder hun toezicht of onder hun verantwoordelijkheid»;

terwijl het hof van beroep aldus («geen enkele bepaling verbiedt») aanneemt dat alles wat niet verboden is, toegelaten wordt, wat een eigenaardig principe is (vergelijk met Franchimont, U.L., *Cours de procédure pénale*, I, p. 199 en 200 over La fouille policière: «Nous estimons que dans le silence de la loi, il faut appliquer à ce genre d'investigations les règles restrictives imposées en matière de perquisition»); als een delegatie ten gunste van bepaalde leden van de gerechtelijke politie in sommige gevallen wettelijk geregeld wordt, een subdelegatie van de verbalisanten ten gunste van vrouwelijke bedienden van een privé N.V. geen wettelijke basis heeft; artikel 40bis van de wet van 27 juni 1937, ten onrechte vermeld door het arrest, van toepassing is op reizigers die op het punt staan in te schepen, en in de tussenkomst voorziet van inspecteurs van de luchtvaartpolitie of de gerechtelijke politie en niet van gewone bedienden van een handelsvennootschap;

Overwegende dat het arrest niet zegt «dat alles wat niet verboden is, toegelaten wordt» en evenmin aanneemt dat een «subdelegatie» van de verbalisanten ten gunste van vrouwelijke bedienden van een privé-bedrijf toegelaten is;

Overwegende dat de officieren van gerechtelijke politie handelen binnen de perken van hun ambtsbevoegdheid wanneer zij bij het opsporen van misdrijven een fouillering onder hun controle en verantwoordelijkheid doen uitvoeren door een persoon die geen deel uitmaakt van de politiediensten;

Overwegende dat het arrest aan de in het middel vermelde redenen nog toevoegt: «dat zulks trouwens bepaaldelijk toegelaten wordt door artikel 40bis van de wet van 27 juni 1937 op personen die aanstalten maken in een luchtvaartuig in te schepen; dat aldus de materiële uitvoering van een fouillering niet noodzakelijk door personen met politionele bevoegdheid hoeft te geschieden»;

Dat het arrest, dat slechts voor een toepassingsgeval verwijst naar artikel 40bis van de wet van 27 juni 1937 houdende herziening van de wet van 16 november 1919 betreffende de regeling der luchtvaart, met deze en de in het middel weergegeven redengeving zijn beslissing regelmatig motiveert en naar recht verantwoordt;

Dat het middel niet kan worden aangenomen;

(...)

NOOT – *Tussen onderzoek aan het lichaam en fouillering: een onzeker en variabel grensgebied*

1. Art. 25, Wet Voorlopige Hechtenis roept een bijzondere procedure in het leven die, buiten ontdekking op heterdaad, dient te worden gevolgd om een onderzoek aan het lichaam te kunnen uitvoeren.

De wet geeft echter geen definitie van het begrip «onderzoek aan het lichaam» zelf.

Op basis evenwel van de wetsgeschiedenis neemt men aan dat onder «onderzoek aan het lichaam» dient te worden begrepen elk lichamelijk onderzoek dat het seksueel schaamtegevoel van de onderzochte kan krenken (*Pand. B.*, tw. *Exploration corporelle*, nr. 17).

2. Daarnaast staat de fouillering: het zintuiglijk speuren in, op of onder de kledij van een persoon ten einde er bepaalde stoffen, voorwerpen of sporen aan te treffen (Arnou, P., «Fouillering», in *Comm. Straf.*, p. 2, nr. 1).

Deze begripsomschrijving is eveneens uit rechtspraak en rechtsleer gegroeid. De wet kent de fouillering niet. Zelfs de toepassingsvoorwaarden en modaliteiten zijn niet bij wet geregeld (tenzij bepaalde vormen van fouillering in bijzondere strafwetten, zoals de visitatie inzake douane en accijnzen, de zoekingen inzake doping, handel, vervoer en volksgezondheid, luchtvaart, riviervisserij, enz.).

3. In de regel onderscheidt men twee soorten fouilleringen:

- de opsporings- of gerechtelijke fouillering, die gebeurt in het kader van het onderzoek naar een gepleegd misdrijf en tot doel heeft sporen van dit misdrijf terug te vinden;
- de veiligheids- of administratieve fouillering, waarbij men enkel de persoon aftast om hem te ontdoen van gevaarlijke voorwerpen en dit ter bescherming van de optredende politiemann, van de andere burgers of van de gefouilleerde tegen zichzelf.

De veiligheidsfouillering wordt gezien als een loutere administratieve maatregel, zelfs al wordt naar aanleiding ervan toevallig een spoor van een misdrijf ontdekt.

4. Onmiddellijk is het duidelijk dat tussen het onderzoek aan het lichaam en de fouillering een onduidelijk grensgebied ligt.

Fouilleren vereist meestal bepaalde aanrakingen of tastingen op lichaamsdelen. Het onderzoek zal eventueel niet alleen boven de kledij moeten gebeuren, maar ook eronder. Het gevaar is dus reëel dat deze zoekingen het geslachtelijk schaamtegevoel van de onderzochte kunnen krenken.

5. De door de onderzoekers na te leven formaliteiten zijn nochtans van zeer verschillende aard.

Bij het onderzoek aan het lichaam geldt, behoudens het geval van heterdaad, een bijzonder strenge regeling die zelfs de tussenkomst van de raadkamer vereist, ook al gaf de on-

derzochte vrij zijn toestemming tot het onderzoek (*R.P.D.B.*, tw. *Détention préventive*, nr. 319). De wettelijke regeling is hier dus zelfs veel strenger dan bij een huiszoeking.

Daarentegen mag de fouillering nagenoeg geheel vrij gebeuren en is ze aan geen enkele formaliteit of beperking gebonden.

Dit in tegenstelling tot Frankrijk, waar de rechtspraak voor de opsporingsfouillering dezelfde pleegvormen vereist als bij een huiszoeking, en tot Nederland, waar de opsporingsfouillering wettelijk geregeld is en een verschillend regime kent naargelang het een onderzoek aan het lichaam of aan de kleding betreft.

6. Het is dus van groot belang te weten of we te doen hebben met een onderzoek aan het lichaam, dan wel enkel met een fouillering.

7. In de eerste commentaren op de Wet Voorlopige Hechtenis van 20 april 1874 werd door sommigen de stelling verdedigd dat elk onderzoek aan het lichaam onderworpen is aan de regeling uit art. 25, Wet Voorlopige Hechtenis; aangezien de wettekst zelf het vereiste van de aantasting van het geslachtelijk schaamtegevoel niet vermeldt. Ook het onderzoek van een arm of een voet zou dan aan de bijzondere regeling onderworpen zijn en enkel een onderzoek op of in de kledij zou erbuiten vallen (zie o.a. Limelette, L., «La détention préventive», *B.J.*, 1874, 1338; Timmermans, G., *Etude sur la détention préventive*, Gent, 1878, p. 379-380, nr. 537).

8. Deze opvatting werd evenwel door een meerderheid van de auteurs verworpen op basis van de geschiedenis van de wet van 20 april 1874, waar met «onderzoek aan het lichaam» enkel die zoekingen werden bedoeld, die het schaamtegevoel van de onderzochte kunnen aantasten en in principe die lichaamsdelen betreffen, die normaal niet naakt vertoond worden en bedekt blijven (Bollie, J., *La détention préventive*, Brussel, 1886, p. 128-130; *Pand. B.*, v° *Exploration corporelle*, nrs. 15-16).

9. Het criterium van de mogelijke aantasting van het geslachtelijk schaamtegevoel blijkt dus determinerend te zijn om te zien of we staan voor een onderzoek aan het lichaam, dan wel voor een gewone fouillering (Declercq, R., *Strafvordering*, 8e druk, p. 150; Schuind, G., *Traité pratique de droit criminel*, 4e druk, p. 300; Tahon, R., «La liberté individuelle et un nouveau procédé d'expertise mentale», *R.D.P.*, 1947-48, p. 114; Van Bogaert, E., «Tekstinterpretatie aangaande het lichamelijk onderzoek», *R.W.*, 1947-48, 277; Vanhoudt, C.J., *Strafvordering*, I, 1976, p. 183-184; Verstraete, J., «De raadkamer», *R.W.*, 1967-68, 1273-1274).

10. Om te bepalen of een zoeking het schaamtegevoel zal kunnen kwetsen, dient uitgegaan te worden van de thans door de bevolking algemeen aanvaarde normen inzake seksueel schaamtegevoel en niet zozeer van het persoonlijk eer-gevoel van de onderzochte (Vandeplas, A., *Vergelijkend onderzoek naar enige dwangmiddelen tijdens de opsporing*, 's-Gravenhage, 1979, p. 18).

Dit betekent dat de beoordeling of het schaamtegevoel al dan niet is gekrenkt, zal variëren met de tijd en de ontwikkeling van de algemene zeden en gewoonten.

Wel zal rekening moeten worden gehouden met de categorie van mensen waartoe de onderzochte behoort: het is duidelijk dat geslacht en leeftijd een rol kunnen spelen. De «doorsnee»-zestiger zal bv. nu wellicht ter zake andere normen hebben dan de gemiddelde twintiger.

11. Vrij recent nu, werd door sommige auteurs de definitie van het «onderzoek aan het lichaam» nog verder ingeperkt door te vereisen dat bij het onderzoek niet alleen het seksueel schaamtegevoel kan worden aangetast, maar ook dat er aanrakingen gebeuren. Het moet gaan om een werkelijke «exploratie» van de intieme delen.

Daarbij heeft men dan vooral het onderzoek door een geneesheer-deskundige voor ogen (Bekaert, H., «L'exploration corporelle dans le code de procédure pénale en projet», *J.T.*, 1974, 325; D'Haenens, J., *Belgisch strafprocesrecht*, I-A, 1980, p. 40).

12. Deze minimalistische stelling werd in het geannoteerd arrest aangenomen door het Hof van Cassatie.

Het betrof een geval waarin men een vrouw verplicht had om zich volledig uit te kleden, recht te staan met gespreide benen en daarna tienmaal geheel naakt door de knieën te buigen met de bedoeling dat eventueel in de vagina verstopte voorwerpen zichtbaar zouden worden of naar buiten komen.

De vrouw werd bij deze «verplichte lichaamsoefeningen» van op 50 cm nauwlettend afgespeurd, zonder dat nochtans aanrakingen of «exploraties» werden gepleegd.

13. Het Hof van Cassatie was van oordeel dat het hier een gewone fouillering betrof en geen onderzoek aan het lichaam, aangezien er geen werkelijke aanraking of «exploratie» van de intieme delen was voorgevallen.

14. Wij zijn het niet eens met deze visie, die onzes inziens voorbijgaat aan het werkelijke criterium dat de wetgever van 1874 voor ogen had, nl. de aantasting van het seksueel schaamtegevoel.

Het bijkomende vereiste van de gepleegde aanrakingen vindt geen enkele steun in de parlementaire voorbereiding, ook niet in de uitvoerige commentaren, die na het inwerking treden van de wet voorkomen.

Bovendien is het feit of er nu al dan niet aanrakingen gebeuren, geenszins determinerend om te weten of het schaamtegevoel is gekwetst.

Het is bv. duidelijk dat een «doorsnee»-burger zeker behoorlijk zal zijn aangetast in zijn schaamtegevoel, wanneer men hem volledig naakt en met gespreide benen bepaalde bewegingen doet uitvoeren, waarbij zijn geslachtsorganen door onbekende onderzoekers van op een afstand van 50 cm nauwlettend worden «bekeken».

Verder mag men zich niet te zeer laten (mis)leiden door het beeld van het onderzoek door de geneesheer-deskundige, nu het onderzoek aan het lichaam over het algemeen een deskundig onderzoek door een geneesheer inhoudt, maar dit echter geenszins noodzakelijk is (Declercq, R., *Strafverdring*, I, 8e druk, p. 151).

15. Men kan zich trouwens niet van de indruk ontdoen dat het hele maneuver hier niets anders was dan een omzeiling van de wettelijke regeling inzake onderzoek aan het lichaam.

Het verstoppert van voorwerpen in de vagina was bij het tot stand komen van art. 25, Wet Voorlopige Hechtenis precies één van de toepassingsgevallen die men voor ogen had (zie bv. De le Court, F., «De la détention préventive», *B.J.*, 1874, 1473; een onderzoek aan het lichaam is noodzakelijk voor het bovenhalen van een brief die door een vrouw in haar vagina is verstopt).

Welnu, in plaats van de persoon in bewaring te stellen en intussen de wettelijke stappen te doen om het onderzoeken

van de geslachtsorganen mogelijk te maken, neemt men zijn toevlucht tot het hierboven beschreven «opgelegde turnstukje» met de bedoeling dat het in de vagina verstopte aldus boven zou komen, zonder tot onderzoek ervan te moeten overgaan.

16. Het toch wel vrij krasse gebeuren in zake toont precies aan dat het bijkomende nieuwe criterium van de aanraking de bedoeling van de wetgever totaal uitholt: men mag iemand zich volledig doen uitkleden, hem in alle mogelijke standen en bochten doen wringen en hierbij zijn geslachtsdelen van op enkele centimeter afspeuren, zolang er maar geen aanrakingen zijn...

Onzes inziens dient dan ook te worden vastgehouden aan het determinerende criterium van de mogelijke krenking van het seksueel schaamtegevoel, ongeacht de wijze waarop het onderzoek is uitgevoerd.

Het loutere doen ontbloten van geslachtsdelen zonder aanraking kan aldus wel degelijk een onderzoek aan het lichaam uitmaken (zie zeer recent in deze zin: De Peuter, J., «Het beslag in strafzaken», in *Strafprocesrecht voor rechtspractici*, Leuven, Acco, 1986, p. 75; Tillekaerts, A., «De fouillering», *De Politieofficier*, 1964, nr. 3, p. 5-6).

17. Op te merken is dat recent ook in een andere richting het begrip «onderzoek aan het lichaam» werd ingeperkt.

In een arrest van het Hof te Brussel van 20 december 1979 (*R.W.*, 1979-80, 2520, noot) werd beslist dat de bijzondere wettelijke regeling voor het onderzoek aan het lichaam enkel betrekking kan hebben op zoekingen in het kader van een gerechtelijk onderzoek die dienstig zijn om indicieën nuttig voor dit onderzoek, te vergaren (de cassatievoorziening tegen dit arrest werd verworpen).

Dit betekent dat een veiligheidsfouillering (zie nr. 3), waarbij het schaamtegevoel van de onderzochte wordt aangetast, toch geen onderzoek aan het lichaam zal uitmaken.

Reeds veel vroeger werd beslist dat de louter administratieve lichaamsonderzoekingen, die bv. in sommige gezondheidswetten zijn opgelegd, eveneens buiten de toepassing van art. 25, Wet Voorlopige Hechtenis vallen (zie bv. Corr. Kortrijk, 17 maart 1880, *Pas.*, 1880, III, 198; Cass., 5 januari 1988, *Pas.*, 1885, I, 32).

18. Bovenstaand arrest neemt ook nog stelling in een andere controverse inzake fouillering.

Voor een mannelijk politieambtenaar kan zich een kies probleem voordoen, wanneer hij een vrouw dient te fouilleren.

Verschillende auteurs meenden dan ook dat, bij gebrek aan vrouwelijke politiemensen, de politiemann de fouillering beter kan laten uitvoeren door een daartoe speciaal opgevoerde vrouw van een politiemann of door twee andere «betrouwbare» vrouwen (Lechat, R., *De techniek van het crimineel onderzoek*, I, Sint-Lambrechts-Woluwe, 1950, p. 209; Lambert, *Traité théorique et pratique de police judiciaire*, 3e druk, Lyon, 1951, p. 420-421; Postal, C., *Memorialis*, II, 14e druk, Dinant, 1980, Tw. *Lijfonderzoek*).

Aldus zou de politiemann aan de onderzochte vrouw het «voorwendsel van beschaamdheid» ontnemen en elke verdachtmaking in zijn persoon beletten (Tillekaerts, o.c., *De Politieofficier*, 1964, nr. 3, p. 16).

19. Anderen zijn het met deze praktijkoplossing niet eens en stellen dat het een ontoelaatbare subdelegatie zou uitmaken om een politioneel onderzoek te laten uitvoeren door derden, die door de wet met geen enkele opsporingsopdracht

zijn belast (Laffineur, G., *Police communale, gendarmerie, police judiciaire des parquets*, p. 78, voetnoot 34).

In die zin werd door het Hof te Brussel beslist dat een vrouw terecht weigert zich te laten visiteren door een andere vrouw, die zonder speciale aanstelling ter zake, door douaneambtenaren daartoe wordt opgevorderd (Brussel, 22 december 1926, inzake O.M. t. Baudouin en Broutin, *onuitgegeven*).

20. Het Hof van Cassatie heeft in het besproken arrest in tegenovergestelde zin stelling genomen: de verbalisanten mogen een fouillering van een vrouw onder hun controle en verantwoordelijkheid laten uitvoeren door vrouwen die geen deel uitmaken van politiediensten.

De bekritiseerde praktijkoplossing wordt dus blijkbaar gelegaliseerd.

21. We vermelden nog dat het buiten discussie staat dat men de zaak in voorkomend geval ook zou kunnen oplossen door de vrouw te verzoeken de politieman te vergezellen naar het politiebureau om daar door een vrouwelijke politiebeambte gevisiteerd te worden (Brussel, 3 december 1941, *onuitgegeven*).

22. Door vrijwel alle auteurs die over fouillering iets hebben geschreven, werd gewezen op het grote vacuüm dat de wetgever hier heeft laten bestaan en dat dringend door een wettelijke reglementering zou dienen te worden opgevuld.

Dit tekort aan vaste bakens wordt goed geïllustreerd door de hiervoren geschetste problemen en de uiteenlopende interpretaties ter zake, ook in de rechtspraak.

Anders dan in onze buurlanden, schijnt voor deze problemen bij onze wetgever echter geen tijd of aandacht te bestaan...

Patrick Arnou

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER – 18 OKTOBER 1988

Voorzitter: de h. Screvens

Raadsheer-rapporteur: de h. De Peuter

Advocaat-generaal: de h. Declercq

Belediging en smaad – Straffeloosheid – Art. 452 Sw.

Krachtens art. 452, eerste lid, Sw. geven de voor de rechtbank gesproken woorden of aan de rechtbank overgelegde geschriften geen aanleiding tot strafvervolgning wanneer die woorden of die geschriften op de zaak of op de partijen betrekking hebben.

De feitenrechter beoordeelt op onaantastbare wijze of die woorden en die geschriften op de zaak of op de partijen betrekking hebben.

De K. t/ B. en U.

Gelet op het bestreden arrest, op 19 februari 1988 door het Hof van Beroep te Gent gewezen;

Over het eerste middel als volgt gesteld: schending van de artikelen 97 van de Grondwet, 443 en 452, eerste en tweede lid, van het Strafwetboek, tevens miskennis van het algemeen rechtsbeginsel dat iedereen recht heeft op gelijkberech-

ting en op bescherming van de persoonlijke integriteit. Immers, het principe van de immunisering van aan de rechtbank overgelegde geschriften (i.c. conclusies) die lasterlijke telastleggingen (d.z. niet noodzakelijk strafrechtelijke kwalificaties doch feiten in hun gewone betekenis) bevatten die op de zaak of op de partijen betrekking hebben, is gebonden aan het recht op verdediging; er mag slechts straffeloos worden geraakt aan de integriteit van de menselijke persoon om zo objectief mogelijk recht te laten wedervaren hetgeen ten opzichte van eiser niet het geval is geweest; de gewraakte passus werd in het echtscheidingsgeding en in de kort gedingen aangewend en in de oordeelsvorming betrokken (cf. de huidige onleefbare situatie van eiser als resultaat van de diverse gerechtelijke beslissingen aangegeven in de besluiten); zelfs de akte van voorbehoud omtrent de inhoud van de passus werd aan eiser ontzegd. Door de enkele vaststelling van het arrest «dat het niet anders kan dan te erkennen dat de immuniteit van artikel 452 van het Strafwetboek ter zake toepassing vindt», wordt de beslissing niet wettelijk gerechtvaardigd en worden derhalve de artikelen 97 van de Grondwet, 443 en 452, eerste en tweede lid, van het Strafwetboek geschonden. Meer nog, door het bewijs van de aangetijgde feiten in de gewraakte passus niet toe te staan heeft de 11e kamer van het hof van beroep (arrest 15 januari 1987), impliciet geoordeeld dat feiten in kwestie noch afdoende noch dienend waren zodat in beginsel de lasterlijke aantijging niet voor immunisering vatbaar is en als een delictuele daad werd gesteld door beide verweerders;

Overwegende dat krachtens artikel 452, eerste lid, de voor de rechtbank gesproken woorden of aan de rechtbank overgelegde geschriften geen aanleiding tot strafvervolgning geven wanneer die woorden of die geschriften op de zaak of op de partijen betrekking hebben;

Overwegende dat de feitenrechter op onaantastbare wijze oordeelt of die woorden en die geschriften op de zaak of op de partijen betrekking hebben;

Overwegende dat het hof van beroep met de in het middel weergegeven redengeving en met die vermeld op het derde blad van het arrest zijn beslissing met redenen omkleedt en naar recht verantwoordt; dat het middel voor het overige opkomt tegen de beoordeling van de feiten door de rechter;

Dat het middel niet kan worden aangenomen;

(...)

NOOT – Recht van verdediging en artikel 452 Strafwetboek

1. De straffeloosheid van ter terechtzitting gesproken woorden of aan de rechtbank overgelegde geschriften hangt nauw samen met het recht van verdediging en met de elementaire regels van een goede procesgang. De partijen, hun advocaten en ook de getuigen moeten vrijuit hun mening kunnen uiten zonder zich bedreigd te voelen door strafvervolgning.

2. Deze immuniteit heeft evenwel haar grenzen en ook ter terechtzitting kan niet alles over een ieder ongestoord worden uitgebracht, door onverschillig wie.

Hoewel de wettekst uiterst vaag is, wordt algemeen aangenomen dat de immuniteit zich beperkt tot de advocaten, de procespartijen en hun vertegenwoordigers (G. Beltjens, *Code pénal*, art. 452, nr. 2).

Ook de getuigen genieten straffeloosheid voor hun verklaringen, maar deze straffeloosheid is veeleer een gevolg van de verplichting de waarheid te zeggen, zelfs al is deze beledigend of smadelijk (G. Le Poittevin, *Traité de la presse*, I, nr. 400; G. Barbier, *Code expliqué de la presse*, 2e ed., II, nr. 779).

3. De woorden dienen voor de rechtbank te worden uitgesproken of in de vorm van geschriften aan de rechtbank te worden overgelegd. Bedoeld worden zowel de burgerlijke rechtbanken als de strafgerichten, de Raad van State, het Arbitragehof, de militaire gerechten, de arbeidsgerechten, het Rekenhof en de tuchtcolleges (J. Nypels en J. Servais, *Code pénal interprété*, art. 452, nr. 7).

De straffeloosheid geldt ook voor de onderzoeksgerechten en zelfs voor de verklaringen afgelegd voor de onderzoeksrechter (Cass. fr., 13 mei 1933, *D.P.*, 1933, I, 172, en de noot van G. Leloir; Cass. fr., 18 november 1937, *D.H.*, 1938, 99).

Maar er bestaat geen straffeloosheid voor verklaringen of geschriften afgelegd of overgelegd aan een arbiter, daar hij geen enkele rechtsmacht uitoefent (Th. Grellet-Dumazeau, *Traité des délits politiques et des infractions par la parole, l'écriture et la presse*, I, 14; Corr. Seine, 23 décembre 1946, *D.*, 1947, 106).

4. Of de betwiste woorden of geschriften op de zaak of op de partijen betrekking hebben kan alleen de feitenrechter op onaantastbare wijze beoordelen (Cass., 7 november 1887, *Pas.*, 1888, I, 14; Cass., 10 juli 1944, *Pas.*, 1944, I, 431; H. Schuermans, *Code de la presse*, 2e ed., I, 212). Het onderhavige cassatiearrest is dan ook slechts een bevestiging van een zeer oude rechtspraak.

A. Vandeplass

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER — 19 DECEMBER 1988

Eerste voorzitter : de h. Châtel

Raadsheer-rapporteur : de h. Marchal

Advocaat-generaal : de h. Lenaerts

Advocaten : mrs. De Gryse en Bützler

Taalgebruik — In gerechtszaken — Eentaligheid van een akte

Nietig is de akte van voorziening in cassatie die een middel bevat waarin een stuk wordt aangehaald in een andere taal dan die van de rechtspleging, zonder dat althans de zakelijke inhoud van het stuk wordt weergegeven in de taal van de rechtspleging.

N.V. T. t/ De B.

Conclusie van de advocaat-generaal H. Lenaerts

1. Volgens verweerder is het eerste middel niet ontvankelijk, omdat het steunt op twee brieven die in het Frans zijn aangehaald zonder vertaling en zonder dat de zakelijke inhoud ervan wordt weergegeven.

Naar mijn mening leidt die schending van de Taalwet in Gerechtszaken tot de niet-ontvankelijkheid van de voorziening zelf. Want overtreding van de taalwet heeft, krachtens artikel 40, de nietigheid van de akte tot gevolg, volgens de rechtspraak zowel naar de inhoud als naar de vorm¹.

2. Volgens de vaste rechtspraak van het Hof moet de rechter rekening houden met bewijsstukken en verklaringen die in een andere taal dan de proces taal zijn opgesteld c.q. afgelegd². Het proces-verbaal waarin de verklaring is opgenomen, moet in de taal van de rechtspleging worden opgesteld, maar de verklaring zelf moet worden weergegeven in de taal waarin zij is afgelegd ; daarbij mag een vertaling worden gevoegd, maar dat is niet noodzakelijk³.

In navolging van het arrest van 24 augustus 1961⁴ preciseert dat van 17 december 1976⁵ dat «de partijen zich in de loop van het geding mogen beroepen op stukken waarvan het gebruik niet wordt verboden en deze stukken mogen bespreken en vertalen of niet vertalen zo ze in een vreemde taal zijn gesteld, onverminderd het recht van de tegenpartij om de vertaling ervan te bekritisieren of om een vertaling te verzoeken, en onverminderd ook het recht voor de rechter om, zo hiertoe aanleiding bestaat, de vertaling te gelasten».

Omtrent de voornoemde rechtspraak heeft nooit enige twijfel bestaan. Maar zij betreft de vraag of in het geding gebruik mag worden gemaakt van stukken die in een andere taal dan de proces taal zijn gesteld. Het antwoord is steeds bevestigend geweest en moet dat blijven.

3. Een andere vraag is evenwel — en deze raakt rechtstreeks de onderhavige zaak — of een akte van rechtspleging die vermeldingen of aanhalingen in een andere taal dan de proces taal bevat, nietig is met toepassing van artikel 40, eerste lid, van de Taalwet in gerechtszaken, m.a.w. of een zodanige akte nog een eentalige akte is.

Het arrest van 18 december 1961⁶ oordeelt dat een rechterlijke beslissing enkele regels uit een in een andere taal gestelde brief mag bevatten.

4. Het Hof heeft zijn rechtspraak op dit punt later kennelijk verstrakt.

Het arrest van 3 mei 1977⁷ oordeelt «dat een akte — het betrof een aanvraag tot herziening — moet worden geacht geheel in de taal van de rechtspleging te zijn gesteld, wanneer alle vermeldingen vereist voor de processuele regelmatigheid van de akte in die taal zijn gesteld ; dat de woordelijke aanhaling van een bewijsstuk, dat in een andere taal is gesteld, aan de eentaligheid van de akte in de zin van de wet niet afdoet, wanneer de zakelijke inhoud van hetzelfde bewijsstuk, voor zover die voor de regelmatigheid van de akte vereist is, in de akte is weergegeven in de taal van de rechtspleging».

Het arrest van 25 maart 1983⁸ verklaart een vonnis dat een passus uit een in een andere taal gesteld arrest citeert, nietig,

¹ Cass., 13 febr. 1984 (*A.C.*, 1983-84, nr. 323) en 22 jan. 1988 (*A.C.*, 1987-88, nr. 314).

² Cass., 15 juni 1964 (*Bull.* en *Pas.*, 1964, I, 1108), 25 sept. 1969 (*A.C.*, 1970, 101) en 7 jan. 1971 (*A.C.*, 1971, 436).

³ Cass., 13 okt. 1981 (*A.C.*, 1981-82, 224) en 22 mei 1987 (*A.C.*, 1986-87, nr. 572).

⁴ *Bull.* en *Pas.*, 1961, I, 1219.

⁵ *A.C.*, 1977, 437.

⁶ *Bull.* en *Pas.*, 1962, I, 475.

⁷ *A.C.*, 1977, 898.

⁸ *A.C.*, 1982-83, nr. 417.

omdat dit citaat, blijkens de context van het vonnis, «een overweging uitmaakt van de rechters; dat het niet alleen maar een citaat is uit een bewijsstuk, of een nadere toelichting van een gedachte, waarvan de zakelijke inhoud in de processtaat is weergegeven».

Het arrest van 16 november 1987⁹ ten slotte herhaalt woordelijk de hiervoor aangehaalde redengeving van het arrest van 3 mei 1977. Het doet uitspraak over de regelmatigheid van een voorziening die, zoals in de onderhavige zaak, een in het Frans gestelde brief in het middel citeerde.

Het Hof verwerpt het door verweerster opgeworpen middel van niet-ontvankelijkheid van de voorziening, omdat de zakelijke inhoud van de brief in het Nederlands werd weergegeven.

5. Ten aanzien van de nietigheid van proceshandelingen op grond van artikel 40 van de Taalwet lijkt de stelling van het Hof duidelijk te zijn geformuleerd door de laatste drie vermelde arresten.

Als regel geldt dat de akte integraal in de taal van de rechtspleging moet zijn gesteld. Twee uitzonderingen zijn op deze regel mogelijk :

1° wanneer de akte een vermelding in een andere taal bevat die niet vereist is voor zijn processuele regelmatigheid ;

2° wanneer aan een in een andere taal gestelde aanhaling die voor de regelmatigheid van de akte vereist is, een vertaling is toegevoegd, althans de zakelijke inhoud ervan in de akte is weergegeven.

Past men deze regels toe op de voorziening, dan mag bijvoorbeeld een in een andere taal gesteld stuk zonder meer worden aangehaald in de toelichting bij het middel ; want de toelichting is voor de regelmatigheid van de voorziening niet vereist. Maakt het citaat daarentegen een integrerend deel uit van het middel, dan moet ten minste de inhoud van de passussen die voor het goed begrip van het middel van belang zijn, in de taal van de rechtspleging worden weergegeven. Want de uiteenzetting van het middel is, volgens artikel 1080 van het Gerechtelijk Wetboek, onontbeerlijk voor de regelmatigheid van de voorziening.

6. Met de laatst besproken rechtspraak is niet in strijd dat proceshandelingen verklaringen in een andere taal, eventueel zonder vertaling, mogen bevatten, in zoverre het gaat om verklaringen die krachtens de taalwet in een andere taal mogen worden afgelegd ; bijvoorbeeld de verklaringen van de partijen voor de burgerlijke rechtbanken (art. 30), de verklaringen van de verdachte en de burgerlijk aansprakelijke partij tijdens het onderzoek en voor de rechtbank (art. 31) en de verklaringen van de getuigen (art. 32). Aangezien al deze verklaringen volgens de Taalwet in een andere taal mogen worden afgelegd, is het gebruik van die taal en het optekenen van de verklaring in die taal door degene voor wie zij wordt afgelegd, niet strijdig met de taalwet en dus niet nietig met toepassing van artikel 40. Wordt diezelfde verklaring evenwel aangehaald in een andere akte die een akte van rechtspleging in de zin van die bepaling is, dan moet de zakelijke inhoud ervan in de processtaat worden weergegeven. Indien de aanhaling voor de processuele regelmatigheid vereist is.

7. Voldoet de akte niet aan de voornoemde vorm van eentaligheid, dan rijst de vraag welke de gevolgen daarvan zijn.

Het arrest van 3 oktober 1972¹⁰ oordeelt «dat zelfs indien het proces-verbaal (...) nietig is bij toepassing van artikel 31 van de wet van 15 juni 1935, zulks de nietigheid ten gevolge heeft noch van de andere vermeldingen van bedoeld proces-verbaal, noch van de andere processen-verbaal of elementen van het strafdossier».

Zoals de aangehaalde overweging zegt, betrof het een schending van artikel 31 van de Taalwet, met name omdat de verklaring van de verdachte was opgetekend in een andere taal dan die waarin zij was afgelegd zonder dat een beroep werd gedaan op een beeëdigd vertaler. Het ging dus niet om de nietigheid van de akte op grond dat zij niet in de processtaat was opgesteld.

Is de akte daarentegen nietig omdat zij onwettig een citaat in een andere taal bevat, dan is zij helemaal nietig. Gedeeltelijke nietigheid kent artikel 40 niet.

8. Gaat het om een voorziening, dan treft de nietigheid het gehele cassatieberoep en niet alleen het gedeelte waarin de onwettige vermelding voorkomt. Dit betekent dus dat, wanneer een middel een onder taaloogpunt onwettige vermelding bevat, niet alleen dat middel, maar de gehele voorziening nietig en dus niet-ontvankelijk is.

Die stelling wordt, naar mijn mening bevestigd door het reeds vermelde arrest van 16 november 1987. Zoals werd gezegd, verwierp het Hof het middel van niet-ontvankelijkheid, omdat de zakelijke inhoud van het bewijsstuk in de taal van de rechtspleging was weergegeven. Zo het Hof van oordeel was geweest dat schending van de taalwet alleen de niet-ontvankelijkheid van het middel en niet die van de voorziening tot gevolg heeft, zou het het door verweerster opgeworpen middel van niet-ontvankelijkheid van de voorziening om die reden hebben afgewezen.

9. Tot staving van de stelling dat de niet-ontvankelijkheid alleen het middel en niet de voorziening betreft, zou men de vergelijking kunnen maken met de gevolgen van de overtreding van artikel 1080 van het Gerechtelijk Wetboek, volgens hetwelk het verzoekschrift op straffe van nietigheid de uiteenzetting van de middelen en de vermelding van de geschonden wettelijke bepalingen moet bevatten.

Wanneer geen middel tegen een beslissing wordt aangevoerd, wordt, volgens de vaste rechtspraak, de voorziening niet ontvankelijk verklaard, althans wat die beslissing betreft¹¹.

Ik heb geen arresten gevonden omtrent gevallen waarin hoegenaamd geen geschonden bepaling wordt vermeld. Ofwel gaat het om het ontbreken van een vermelding omtrent een bepaalde grief¹², ofwel omtrent de vermelding van bepalingen die om een of andere reden niet passen bij het middel.

Hoewel de desbetreffende arresten steunen op de schending van artikel 1080, is het toch begrijpelijk dat het Hof

¹⁰ A.C., 1973, 129

¹¹ Cass., 21 okt. 1977 en 26 jan. 1978 (A.C., 1978, 242 en 630), 20 sept. 1979 (A.C., 1978-79, 73) en 15 febr. 1988 (A.C., 1987-88, nr. 364).

¹² Zie bv. Cass., 5 febr. 1966 (*Bull. en Pas.*, 1966, I, 726), 23 okt. 1980 (A.C., 1980-81, 202) en 9 mei 1986 (A.C., 1985-86, nr. 554).

⁹ A.C., 1987-88, nr. 572.

niet tot de niet-ontvankelijkheid van de voorziening beslist, wanneer alleen de formulering van het middel enige onregelmatigheid vertoont. Dat kan moeilijk worden gelijkgesteld met een nietigheid die de akte zowel naar inhoud als naar vorm aantast.

Uit de rechtspraak in verband met artikel 1080 zou ik derhalve niet durven afleiden dat ook de schending van de taalwet in het middel alleen maar de niet-ontvankelijkheid van dat middel en niet die van de voorziening tot gevolg heeft.

10. In de onderhavige zaak worden de in het Frans gestelde brieven aangehaald in het eerste middel en de citaten liggen ten grondslag aan de beide erin geformuleerde verwijten van miskennis van bewijskracht en gebrek aan antwoord op conclusie. Het leidt dus tot nietigheid van het middel en daardoor van de voorziening, indien de zakelijke inhoud van de brieven niet in het Nederlands is weergegeven. Eisères bevoogt dat de zakelijke inhoud is weergegeven, omdat duidelijk in die taal werd gezegd wat wel en wat niet uit die brieven kan of moet worden afgeleid. Maar dat betreft reeds de interpretatie van de stukken, niet de inhoud. Om de uitlegging ervan te kunnen beoordelen moet men eerst de inhoud kennen. De weergave van de inhoud in het Nederlands ontbreekt naar mijn mening.

11. Ik handhaaf derhalve het tegen de voorziening opgeworpen middel van niet-ontvankelijkheid en concludeer om die reden tot de verwerping ervan.

Arrest

Gelet op het bestreden arrest, op 26 november 1987 door het Arbeidshof te Antwerpen gewezen;

Over het middel van niet-ontvankelijkheid, ambtshalve door het openbaar ministerie tegen de voorziening opgeworpen, overeenkomstig artikel 1097 van het Gerechtelijk Wetboek ter kennis gebracht en hieruit afgeleid dat zij nietig is ingevolge de artikelen 27 en 40, eerste lid, van de wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken, nu zij niet eentalig in het Nederlands is gesteld:

Overwegende dat de voorziening een middel bevat waarbij wordt aangevoerd dat het arrest, eensdeels de bewijskracht van twee in het Frans gestelde brieven miskent, anderdeels de op een dezer brieven gestelde conclusie onbeantwoord laat; dat dit middel enkel de Franse tekst van die brieven aanhaalt;

Overwegende dat de voorziening, nu zij opkomt tegen een arrest dat in het Nederlands is gewezen, krachtens artikel 27 van de wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken, geheel in het Nederlands moet zijn gesteld, althans de zakelijke inhoud van de aangehaalde stukken in het Nederlands moet weergeven, zodanig dat zij kan worden geacht geheel in het Nederlands te zijn gesteld;

Dat de voorziening aan dit vereiste niet voldoet en mitsdien nietig is;

Dat het middel van niet-ontvankelijkheid gegrond is;

Om die redenen, verwerpt de voorziening; veroordeelt eisères in de kosten.

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER – 19 DECEMBER 1988

Eerste voorzitter: de h. Châtel

Raadsheer-rapporteur: de h. Rauws

Advocaat-generaal: de h. Lenaerts

Advocaten: mrs. Bützler en De Gryse

Administratieve geldboeten – Boete – Oplegging – Verjaring – Termijn

Met de termijn van twee jaar, die kan worden gestuit, waarbinnen de administratieve geldboete kan worden opgelegd, wordt niet alleen beoogd de tijd waarover de bevoegde ambtenaar beschikt om kennis te geven van de beslissing tot oplegging van een administratieve geldboete, maar ook de tijd waarbinnen het arbeidsgerecht definitief uitspraak moet hebben gedaan over de vordering tot toepassing van die geldboete.

D., directeur-generaal van de Studiedienst van het Ministerie van Tewerkstelling en Arbeid t/ N.V. J.

Gelet op het bestreden arrest, op 16 december 1987 door het Arbeidshof te Antwerpen gewezen;

Over het middel: schending van de artikelen 7, 8 en 13 van de wet van 30 juni 1971 betreffende de administratieve geldboeten toepasselijk in geval van inbreuken op sommige sociale wetten;

doordat het arbeidshof, na te hebben vastgesteld dat «luidens artikel 13 van de wet van 30 juni 1971 geen administratieve geldboete kan worden opgelegd twee jaar na het feit dat de bij die wet bedoelde overtreding oplevert; dat de daden van onderzoek of van vervolging, verricht binnen de gestelde termijn van twee jaar, de loop van de verjaring stuiten; dat de verjaringstermijn ingevolge stuiting hoogstens kan verdubbelen», oordeelt dat «deze verjaringstermijn van openbare orde is en dus ambtshalve moet worden toegepast; dat niet alleen de administratieve beslissing, maar ook de rechterlijke beslissing, waarbij de administratieve geldboete wordt opgelegd, binnen de voormelde verjaringstermijn moeten worden genomen», en na te hebben vastgesteld dat «de feiten, waarop de oorspronkelijke vordering van (eiser) steunt, dateren van 30 mei 1983 en alstoen vastgesteld werden bij proces-verbaal van de Inspectie van de Sociale Wetten», besluit dat «de oorspronkelijke vordering van (eiser) hoe dan ook als verjaard dient te worden beschouwd, aangezien meer dan vier jaar verlopen is sedert de als basis van de oorspronkelijke vordering van (eiser) aangevoerde feiten zouden zijn gepleegd; dat de verjaringstermijn door stuitingsdaden maximaal op vier jaar kan worden gebracht, zodat de vordering sedert 31 mei 1987 in elk geval verjaard is», en de oorspronkelijke eis als vervallen door verjaring afwijst;

terwijl, (...)

Overwegende dat uit de wetsgeschiedenis blijkt dat met de bij artikel 13 van de wet van 30 juni 1971 bepaalde termijn van twee jaar, die kan worden gestuit, niet enkel beoogd wordt de tijd waarover de bevoegde ambtenaar beschikt om, overeenkomstig de bepalingen van artikel 7, van de beslis-

sing tot oplegging van een administratieve geldboete kennis te geven, maar ook de tijd waarbinnen het arbeidsgerecht definitief uitspraak moet hebben gedaan over de bij artikel 8 van dezelfde wet bedoelde vordering tot toepassing van de administratieve geldboete, die de bevoegde ambtenaar inleidt ingeval de werkgever blijft weigeren die boete te betalen;

Dat het middel faalt naar recht;
(...)

NOOT – De verjaring van de administratieve geldboete

1. *Het geannoteerde arrest bevestigt de zienswijze van een deel van de rechtspraak dat vier jaar na de feiten geen administratieve geldboete meer kan worden opgelegd, ook niet door het arbeidsgerecht waarbij een vordering tot oplegging ervan aanhangig is. Een ander deel van de rechtspraak heeft de zienswijze van de administratie gevolgd volgens welke die termijn alleen geldt voor het nemen van de administratieve beslissing.*

2. Bijna tegelijk met het geannoteerde arrest heeft art. 92 van de Programmawet van 30 december 1988 (*Staatsbl.*, 5 januari 1989) art. 13, eerste lid, van de Administratieve-Geldboetenwet van 30 juni 1971 vervangen. Het luidt thans: «De administratieve beslissing waarbij de administratieve geldboete wordt opgelegd kan niet meer worden genomen drie jaar na het feit dat de bij deze wet bedoelde overtreding oplevert.» Krachtens art. 144 van de Programmawet trad deze bepaling in werking op 1 januari 1989.

De nieuwe bepaling sluit elke discussie in verband met de verjaring uit, wat betreft het opleggen van de administratieve geldboete door het arbeidsgerecht. De verjaring geldt thans nog enkel wat betreft de administratieve beslissing (zie ook *Parl. St., Senaat*, 1988-89, nr. 527/2, 3; *Parl. St., Kamer*, 1988-89, nr. 609/1, 40 en nr. 609/25, 4).

3. De termijn voor het opleggen van de administratieve geldboete wordt op drie jaar gebracht, teneinde die termijn in overeenstemming te brengen met de termijn waarover de arbeidsauditeur beschikt om de strafvervolgung in te stellen. De strafrechtelijke verjaring heeft de verjaring van de oplegging van de administratieve geldboete tot gevolg (*Parl. St., Senaat*, 1988-89, nr. 527/2, 11).

4. Een wet die een verjaringstermijn verlengt, geldt in de regel slechts voor de toekomst en heeft geen terugwerkende kracht, behalve wanneer het zeker is dat zij volgens de wil van de wetgever van toepassing is op vroegere voldongen toestanden (zie *Cass.*, 18 maart 1960, *Pas.*, 1960, I, 844; *Cass.*, 22 oktober 1970, *Arr. Cass.*, 1971, 168). De nieuwe verjaringstermijn geldt niet voor wat reeds verjaard is (De Page, H., *Traité élémentaire de droit civil belge*, I, Bruylant, Brussel, 1961, nr. 232; Dekkers, R., *Handboek van burgerlijk recht*, I, Bruylant-Brussel, Standaard Boekhandel, 1972, nr. 18).

Uit de geschiedenis van genoemde Programmawet blijkt niet dat de wetgever gewild heeft dat de verlenging van de verjaringstermijn van toepassing zou zijn op verjaarde feiten.

Daaruit volgt dat de nieuwe bepaling, aangezien zij op 1 januari 1989 in werking trad, geldt voor de administratieve beslissingen die vanaf die datum worden genomen en waarbij een administratieve geldboete wordt opgelegd voor overtredingen die hetzij vanaf 1 januari 1989 worden begaan,

hetzij, zo zij vóór die datum zijn begaan, nog vatbaar zijn voor het opleggen van een administratieve geldboete; d.w.z. dat de vroegere tweejarige verjaringstermijn nog niet is verstreken. Wanneer het feit dat de overtreding oplevert, dateert van méér dan twee jaar vóór 1 januari 1989 en de verjaring niet is gestuit, of wanneer sinds méér dan twee jaar geen stuitingsdaad is verricht, is de oplegging van een administratieve geldboete verjaard. De nieuwe termijn van drie jaar geldt niet voor overtredingen die vóór 1 januari 1989 verjaard zijn. Daarentegen wordt de termijn voor het opleggen van de administratieve geldboete verlengd wanneer op 1 januari 1989 de verjaring nog niet is verworven.

5. Er moet worden opgemerkt dat het tweede lid van art. 13 van de Administratieve-Geldboetenwet ongewijzigd blijft en luidt: «De daden van onderzoek of van vervolging verricht binnen de in het eerste lid gestelde termijn stuiten de loop ervan. Met die daden begint een nieuwe termijn van gelijke duur te lopen, zelfs ten aanzien van personen die daarbij niet betrokken waren.»

Volgens de minister van Tewerkstelling en Arbeid blijven de oorzaken van schorsing en stuiting van de verjaring in strafzaken ongewijzigd (*Parl. St., Kamer*, 1988-89, nr. 609/25, 8). In verband met de stuiting raadplege men o.m. Roels, R., noot onder *Arbh.* Brussel, 7 december 1979, *J.T.T.*, 1980, 46-47; Theys-Froidecoeur, D., «Les amendes administratives en droit du travail», *T.S.R.*, 1974, 249-250; Cuypers, D., «Administratieve geldboete en verjaring», *J.T.T.*, 1988, 349, e.v. In zoverre deze auteurs stuitingsdaden behandelen die na de administratieve beslissing worden gesteld, zij opgemerkt dat deze thans geen stuitingseffect meer hebben.

Rekening houdend met een stuiting van de verjaring, moet de administratieve geldboete uiterlijk zes jaar na het feit dat de overtreding oplevert, worden opgelegd.

Gh. Dhaeyer

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

8e KAMER – 12 JANUARI 1989

Voorzitter: de h. Raymaekers

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

Openbaar ministerie: de h. Missal

Advocaat: mr. Van Peeterssen

Cheque – Zonder dekking – Fonds – Kasbons

Kasbons kunnen niet dienen als beschikbaar fonds voor de uitgifte van cheques zolang de bank ze niet te gelde heeft gemaakt en de opbrengst niet op de bankrekening van de trekker is gestort.

P.

Telastlegging H en I

Overwegende dat de beklaagde de in de telastlegging vermelde cheques heeft uitgegeven terwijl er op zijn rekening geen geld stond; dat hij weliswaar aanvoert dat hij aan het Gemeentekrediet kasbons had gegeven ten einde ze voor zijn

rekening te verkopen; dat de chequewet echter vereist dat er een voorafgaand en beschikbaar fonds aanwezig is;

Overwegende dat de afgifte van kasbons niet gelijkstaat met een beschikbaar fonds daar er pas gewag kan worden gemaakt van een beschikbaar fonds nadat de kasbons te gelde zijn gemaakt en de opbrengst op de bankrekening is gestort;

(...)

NOOT – Zie in dezelfde zin: Hof Antwerpen, 14 december 1984, *R. W.*, 1985-86, 1023, en de noot van R. Verstraeten.

BURGERLIJKE RECHTBANK TE MECHELEN

KORT GEDING – 23 JANUARI 1989

Voorzitter: de h. Wauters

Advocaten: mrs. Storme en Wouters

Burgerlijke rechtspleging – Kort geding – Weigering van de overheid een rechterlijke uitspraak na te leven – Verplichting om het opeisbaar bedrag in de begroting op te nemen – Veroordeling tot storting van het opeisbaar bedrag in handen van de bank van de schuldeiser – Dwangsom

Het is onverenigbaar met de idee van een rechtsstaat dat de Belgische Staat weigert een rechterlijke uitspraak na te leven.

Ingevolge zijn zorgvuldigheidsplicht is de Belgische Staat gehouden het bedrag waartoe hij bij een in kracht van gewijsde gegaan vonnis veroordeeld is, in zijn begroting op te nemen.

De rechter in kort geding vermag de Belgische Staat te veroordelen om een ingevolge een in kracht van gewijsde gegaan vonnis opeisbaar bedrag te storten in handen van de kredietverlenende bank van de schuldeiser, dit onder verbeurte van een dwangsom.

N. V. S. t/ Belgische Staat

Verweerder werd bij vonnis van 24 oktober 1978 van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Mechelen veroordeeld tot een schadevergoeding t.b.v. 7.927.466 fr. voor de door eiseres geleden overstromingsschade, te vermeerderen met de vergoedende interesten op 9.127.466 fr. vanaf 3 januari 1978, rekening houdende met de datum van het uitgekeerde voorschot van 1.200.000 fr. ingevolge de wet van 12 juli 1978 en de gerechtelijke interesten en de kosten van het geding.

Deze uitspraak werd bevestigd bij arrest van 21 september 1987 van het Hof van Beroep te Antwerpen, betekend aan verweerder bij exploit van 30 december 1987. De kosten worden definitief begroot bij arrest van 21 december 1987 van voornoemd hof.

Verweerder weigert deze uitspraken, welke definitief en in kracht van gewijsde getreden zijn, uit te voeren.

Zoals blijkt uit het schrijven van de bank van 8 juni 1988 kreeg eiseres kredietverhoging.

Uit het schrijven van 4 januari 1989 van de bank blijkt o.m.: «Wij verwijzen naar uw recente besprekingen (...) Het tijdelijk karakter van deze kredietverhoging was geïnspi-

reerd op het feit dat de spoedige betaling door de Belgische Staat van een bedrag van meer dan 17 miljoen frank, waarvoor U in december 1987 een arrest van het hof van beroep heeft gekregen, in het vooruitzicht werd gesteld. Inmiddels is er meer dan een jaar verlopen na het arrest (...) We verzoeken U dan ook met klem ons uw concrete vooruitzichten met betrekking tot de bedoelde betaling mee te delen. Indien deze informatie ons geen voldoening kan geven, zullen we ons verplicht zien uw kredietdossier ten gronde te herzien en de gepaste conclusies te trekken.»

Beoordeling

1. Uit de feitelijke gegevens blijkt overduidelijk dat de zaak hoogdringend is gelet op de vrees voor ernstige schade voor eiseres. Zij kan derhalve haar toevlucht nemen tot het kort geding (vgl. Cass., 21 mei 1987, *R. W.*, 1987-88, 1425).

2. Het is onverenigbaar met de idee van een rechtsstaat dat verweerder zou weigeren een gerechtelijke uitspraak na te leven (cf. L.P. Suetens, *R. W.*, 1974-75, 2432).

Het blijkt nochtans uit de houding van verweerder dat hij niet geneigd is om de tegen hem uitgesproken veroordeling na te leven.

In deze omstandigheden lijkt de veroordeling tot een dwangsom gewettigd (Antwerpen, 1 febr. 1988, *R. W.*, 1988-89, 51 – a contrario).

De dwangsom tegen de overheid wordt zowel door de rechtsleer als de rechtspraak aanvaard (Rb. Gent, 14 juli 1981, *R. W.*, 1981-82, 890 en noten I en II).

Aangezien de dwangsom niet wordt gevraagd voor «een veroordeling tot betaling van een geldsom» maar tot ondersteuning van de vraag van eiseres verweerder te veroordelen tot afgifte van een bepaalde som in de handen van de bank is de veroordeling tot een dwangsom toelaatbaar (Benelux-Gerechtshof, 9 juli 1981, *R. W.*, 1981-82, 303 en noot).

3. Verweerder moet in de uitoefening van zijn rechten en plichten de zorgvuldigheidsplicht naleven.

Aangezien verweerder bij arrest van 21 september 1987 veroordeeld werd tot een bepaald bedrag en dit vonnis in kracht van gewijsde was getreden, lijkt het onbetwistbaar dat verweerder ingevolge zijn zorgvuldigheidsplicht gehouden was dit opeisbaar bedrag in zijn begroting op te nemen.

4. Aangezien een vaststaande schuld waartoe verweerder definitief werd veroordeeld alleszins geen goed betreft dat bestemd is voor de openbare dienst, kan de onderhavig beschikking geenszins de normale werking van verweerder in gedrang brengen of storen (vgl. A. Alen, «De gedwongen tenuitvoerlegging tegen de staat», *T.B.P.*, 1978, 176).

5. Uit de brief van 19 januari 1989 van de bank blijkt dat zij een totale schuldvordering op eiseres heeft ten belope van 15.789.074 fr. + 3.028.800 fr. = 18.795.874 fr.

Uit in onderling verband gelezen brieven van de bank van 8 juni 1988 en 19 januari 1989 blijkt dat dit saldo uitsluitend verschuldigd is door eiseres.

Het door eiseres verschuldigd saldo aan de bank overtreft de huidige vordering.

De vordering van eiseres is derhalve toelaatbaar en gegrond.

(...)

Om die redenen, (...) veroordeelt verweerder om het bedrag van 18.285.878 fr. te vermeerderen met de interesten vanaf 4 januari 1989 tot de datum der effectieve betaling, maar beperkt tot 18.795.874 fr. over te maken in handen

van de bank op het credit van de rekening van eiseres en dit onder verbeurte van een dwangsom van 500.000 fr. per dag vertraging na betekening van huidige beschikking; veroordeelt verweerder in de kosten.

RECHTSPRAAK IN KORT BESTEK

Rb. Brugge, (1e Kamer), 28 september 1988

Overeenkomst – Totstandkoming – Bepaling van de bijkomende elementen van de overeenkomst door een derde – Bindende derdenbeslissing – Begrip

«Uit de door verweerder overgelegde overeenkomst van 25 maart 1982 blijkt dat tussen partijen een overeenkomst is tot stand gekomen waarbij eiser aan verweerder een onroerend goed, gelegen te Brugge-Koolkerke, verkocht tegen een jaarlijkse lijfrente van 250.000 frank. Voorts hebben partijen in deze overeenkomst vanaf de ondertekening der akte expliciet vermeld zich te zullen schikken naar de voorstellen van notaris Willemot en mr. Lust om de lijfrente-overeenkomst te regelen (stuk 1 in dossier verweerder). Het gaat om een overeenkomst waarvan de wederzijdse essentiële verbintenissen definitief vastleggen, nl. het overdragen van een bepaald onroerend goed tegen een bepaalde prijs. Daarnaast zijn partijen uitdrukkelijk overeengekomen om hun respectieve deskundige vertrouwenslieden de accessoria te laten uitwerken.

«Ter zake gaat het kennelijk om een 'bindende derden beslissing' (M.L. Storme, 'De bindende derden beslissing', *T.P.R.*, 1984, 1243 e.v. i.h.b. nrs. 4, 30, 32, 35, 43 en 54). Ten onrechte beweert eiser dan ook dat de koop-verkoop-overeenkomst niet zou zijn bewezen overeenkomstig artikel 1341 B.W. Evenmin bewijst eiser dat de overeenkomst van 25 maart 1982 tussen partijen niet meer zou gelden. In de dadingsovereenkomst van 2 december 1985 wordt nergens verwezen naar de voornoemde koop-verkoopovereenkomst (...).

«Om die redenen, (...) beveelt dienvolgens verweerder op tegeneis om binnen de maand na de betekening van dit vonnis zijn raadsman-arbiter opdracht te geven om contact op te nemen met de raadsman-arbiter van eiser op tegeneis ten einde de overeenkomst tussen partijen van 25 maart 1982 verder uit te werken.»

(Voorzitter: de h. Vandenborgh – Advocaten: mrs. Micholts en Lust – In de zaak: T. t/ G.)

NOOT – In het geannoteerde vonnis werd correct toepassing gemaakt van de kwalificatie «bindende derden beslissing»; partijen wijzen één of meer derden aan om op contractueel-bindende wijze te bepalen welke de verbintenissen van de partijen jegens elkaar zullen zijn.

Zolang de derden hun bindende beslissing niet hebben genomen, kan de rechter vanzelfsprekend optreden om partijen te dwingen zich tot hun bindende derde besliss(er)s te wenden binnen een bepaalde termijn. Dit is in casu ook gebeurd; ten onrechte werd in het beschikkend gedeelte gewag gemaakt – vermoedelijk in overeenstemming met een foutieve omschrijving door de partijen zelf – van «raadsman-arbiter».

Een derde bindende besliss(er) is vanzelfsprekend geen scheidsrechter (M. Storme: «La tierce décision obligatoire: ni expertise, ni arbitrage», in *J.L. – J.L.M.B. Centenaire*, Brussel, 1988, 345 e.v.); een arbitrage met een paar aantal scheidsrechters ware trouwens niet mogelijk (art. 1681, 1, Ger. W.).

Voor het overige kan, naast de in het vonnis aangehaalde literatuur, ook nog verwezen worden naar Storme, M. en Storme, M.E., «De bindende derden beslissing naar Belgisch recht», *T.P.R.*, 1985, 713 e.v.).

Het is verheugend vast te stellen dat rechtspraak en rechtspraak geleidelijk deze rechtsfiguur onder een juiste benaming in ons land ingang doen vinden.

Wellicht zal zij in een nabije toekomst een even belangrijke rol spelen als het zogeheten bindend advies in Nederland (zie in dit verband het recente arrest van de Hoge Raad, 1 juli 1988, *N.J.*, 1988, nr. 1034, waarbij terecht wordt onderstreept dat procedurefouten de bindende derden beslissing slechts kunnen aantasten, zo hierbij enig nadeel aan de wederpartij werd toegebracht).

Marcel Storme

Corr. Mechelen (3e Kamer), 2 december 1988

Wegverkeer – Ademtest negatief – Verplichting een bloedproef te laten nemen – Vereisten

«Overwegende dat art. 59, § 1, 1°, van de Verkeerswet bepaalt dat de bevoegde ambtenaren in dit artikel opgesomd, een ademtest kunnen opleggen aan de vermoedelijke dader van een verkeersongeval of aan ieder die het mede heeft kunnen veroorzaken, zelfs indien hij het slachtoffer ervan is;

«Dat in casu niet kan worden betwist dat de beklagde behoort tot deze aangeduide categorie van personen nu hij zelf niet betrokken geweest te zijn in een verkeersongeval en dit trouwens ook door de materiële vaststellingen wordt bevestigd;

«Dat uit het strafdossier blijkt dat de door de bevoegde ambtenaren opgelegde ademtest, trouwens voorwerp uitmakend van het P.V. nr. (...), negatief uitviel;

«Dat nadien, en ondanks het feit dat deze ademtest negatief was uitgevallen, een geneesheer werd gevorderd voor het nemen van een bloedproef;

«Dat deze bloedproef als resultaat een intoxicatie gaf van 2,35, met tijdscorrectie; 2,45 gr./liter;

«Dat art. 63, § 1, van de Verkeerswet bepaalt dat de bevoegde ambtenaren moeten overgaan tot het opleggen van een bloedproef aan de personen vermeld in de art. 59, § 1, 1° en 2°, in geval de ademtest doet vermoeden dat het alcoholgehalte van het bloed hoger ligt dan 0,8 gr./liter of in geval van weigering van ademtest.

«Dat het op basis van die tekst duidelijk is dat de bevoegde ambtenaren in casu geen verplichting hadden om deze bloedproef te laten doorgang vinden;

«Dat dan dient nagegaan te worden of zij, buiten de in art. 63 opgelegde verplichtingen, de mogelijkheid hadden om een bloedproef aan de betrokkene op te leggen;

«Dat uit de combinatie van de artt. 59 en 63 van de Verkeerswet noodzakelijkerwijze volgt dat, wanneer de bestuurder een negatieve ademtest aflegt, hij ook niet verplicht on-

derworpen kan worden aan een bloedproef en hij deze derhalve kan weigeren behalve, wanneer hij, zoals art. 63, § 1, 3°, bepaalt duidelijk tekens van dronkenschap of intoxicatie vertoont;

«Dat dit in casu in elk geval niet zo is, daar door de verbalisanten geen enkel materieel element naar voren wordt gebracht waaruit dit laatste zou kunnen blijken;

«Dat dan ook dient te worden aangenomen dat aan de vereisten van art. 63, § 1, 3°, niet voldaan is;

«Dat geen enkele wetsbepaling verbiedt een bloedproef uit te voeren met het akkoord van de verdachte voor zover dit door de bevoegde ambtenaren niet als een verplichting wordt voorgesteld;

«Dat in casu uit geen enkel element van het dossier blijkt dat de verdachte in kennis werd gesteld van het feit dat hij deze bloedproef kon weigeren;

«Dat nergens uit het dossier blijkt dat zijn toestemming werd gevraagd;

«Dat derhalve de opgelegde bloedproef ten onrechte gebeurde en de rechtbank geen rekening kan houden met de resultaten ervan;

«Dat uit geen enkel ander element uit het dossier een verboden intoxicatie blijkt;

«Dat de beklaagde dan ook dient te worden vrijgesproken van telastlegging A.»

(Voorzitter : de h. Peeters — Rechters : de hh. Hellemans en Vercammen — Openbaar ministerie : de h. De Proost — Advocaat : mr. Belmans — In de zaak : B.)

NOOT — *Bloedmonster in verkeerszaken : onderzoeker en raadsman ?*

1. Krachtens de artt. 59, § 1, 1°, en 63, § 1, 3°, dienen de bevoegde magistraten, ambtenaren en beambten de verplichting op te leggen een bloedmonster te laten nemen aan de vermoede dader van een verkeersongeval of degene die het mede heeft kunnen veroorzaken, zelfs indien hij het slachtoffer ervan is, wanneer deze personen in kennelijke staat van dronkenschap verkeren of duidelijke tekens van alcoholintoxicatie vertonen, ook wanneer een ademtest geen alcoholgehalte dat hoger ligt dan 0,8 gram per liter doet vermoeden. Deze laatste mogelijkheid werd ingevoerd voor het geval dat er om een of andere reden twijfel bestaat over de juistheid van het resultaat van de ademtest (Hutsebaut, F., «Ademtest en bloedproef in verkeerszaken», *Comm. Strafr.*, blz. 6).

2. De mogelijkheid om alsnog een bloedonderzoek op te leggen na een negatieve ademtest, zou kunnen doen vermoeden dat die voorafgaande ademtest alleszins verplicht is. Bij een aandachtige lezing van beide geciteerde wetsartikelen blijkt dit niet het geval te zijn. Het opleggen van een ademtest is slechts een mogelijkheid, terwijl het opleggen van een bloedonderzoek een verplichting is zonder dat hiertoe een voorafgaande ademtest vereist is (Cass., 20 september 1988, zie aldus in dit nummer).

3. Het is haast niet te geloven dat de betrokkene geen enkel teken van alcoholintoxicatie vertoonde. Gelet op de uitkomst van het vermeld bloedonderzoek, wordt eens te meer bewezen, dat een ademtest niet altijd juiste resultaten geeft (Desmarez, J.-J., Lambert, C. en Terfve, A., «Quelques as-

pects médico-légaux de la législation relative au dosage de l'alcool dans l'air expiré ou alcotest», *J.T.*, 1968, 342).

4. De verbalisanten hadden misschien nagelaten de tekens van alcoholintoxicatie in hun proces-verbaal te vermelden, maar niets belette achteraf aan te tonen dat de voorwaarden voor een verplichte monsterneming toch voorhanden waren (Holsters, D., «De bewijswaarde van het proces-verbaal betreffende de vaststelling van misdrijven», *R.W.*, 1980-81, 1353, nr. 18). De verbalisanten hadden kunnen worden gehoord als getuigen. Al te licht wordt vergeten dat de strafrechter een ambtshalve onderzoeksplicht heeft, niet alleen ten gunste van de beklaagde, maar ook te zijnen laste, d.i. ten gunste van de samenleving. Kortom, de strafrechter moet de waarheid zoeken (Holsters, D., «Bewijsvoering in strafzaken», *Comm. Strafr.*, blz. 13).

5. De verbalisanten moesten de betrokkene vanzelfsprekend in kennis stellen van de uitslag van de ademtest. Er werd niet opgeworpen dat ze dat niet gedaan hebben. Trouwens, iemand die een ademtest heeft afgelegd kan het resultaat zien, tenzij het werkelijk verborgen zou worden gehouden.

6. Moesten de verbalisanten de vermoede geïntoxiceerde bestuurder — een alcoholgehalte van 2,45 gr. pro mille is niet niks — die pardoes op een hindernis was gereden, nu echt ook waarschuwen dat hij eventueel straffeloos een bloedstaal kon weigeren? Wordt morgen misschien van een onderzoeker verlangd dat hij een verdachte, die op het punt staat bekentenissen af te leggen omdat hij bv. ergens moeilijkheden heeft met het eigen geweten, de raad geeft maar best te zwijgen omdat het tot dan ingezamelde bewijsmateriaal al bij al maar aan de zwakke kant is? Wellicht klinkt deze vraagstelling wat absurd, maar aan de orde komt ze nog wel.

7. Het Hof van Cassatie heeft aangenomen dat een bloedonderzoek na een negatieve ademtest geen onwettig bewijsmiddel is, als het maar niet werd voorgesteld alsof de weigering van een bloedmonster strafbaar zou zijn (Cass., 21 januari 1975, *Arr. Cass.*, 1975, 562, *Pas.*, 1975, I, 520). Aan de andere kant leggen noch het bewijsrecht in strafzaken, noch de Verkeerswet de verbalisanten op bij een verplichte monsterneming de betrokkene te waarschuwen dat zijn weigering strafbaar is (Cass., 1 april 1963, *Pas.*, 1963, I, 840). Het opleggen van een bloedonderzoek vergt alleen maar de vaststelling dat de betrokkene zijn toestemming niet weigert (Spreutels, J., «Intoxication alcoolique et ivresse ou état analogue en matière de circulation routière», in Schuind, G., *Traité pratique de droit criminel*, I, 4 ed., nr. 23). Kortom, er bestaat naar Belgisch recht geen verplichting van voorlichting van de verdachte dronkeman of geïntoxiceerde nopens zijn rechten.

8. Vanzelfsprekend kan de thesis naar voren geschoven worden dat art. 6 E.V.R.M. wellicht vereiste dat de verdachte op de hoogte werd gebracht van de mogelijkheid van straf feloze weigering van het laten nemen van een bloedmonster.

Het Hof van Cassatie is blijkbaar de mening toegedaan dat art. 6 E.V.R.M. niet van toepassing is op het opsporingsonderzoek (Lemmens, P., «De invloed van het Europees Verdrag over de rechten van de mens op bepaalde aspecten van de strafprocedure in België», *R.W.*, 1988-89, 795). De enige duidelijke uitspraak van dit hof betreft juist een geval van een bloedafneming (Cass., 2 december 1975, *Arr. Cass.*, 1976, 411; *Pas.*, 1976, I, 406).

9. Het Hof van de Rechten van de Mens zelf heeft zich nog niet expliciet uitgesproken over de vraag of art. 6 E.V.R.M. toepasselijk is op het voorbereidend onderzoek: de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens daartegen wel (E.C.R.M., verslag, 12 juli 1984, Can/Oostenrijk, 9300/81, *Publ. Cour*, reeks A, vol. 96, pp. 14-19). Misschien kan met een grote graad van waarschijnlijkheid voorspeld worden dat het hof ooit ook in dezelfde zin zal beslissen (Verlinden, J., «De toepassing van artikel 6 van het Europees verdrag over de Rechten van de Mens in strafzaken buiten het stadium van het vonnisgerecht», *Panopticon*, 1989, 6).

10. Zelfs indien art. 6 E.V.R.M. van toepassing is, dan nog lijkt het ons dat de onderzoekers ten deze geen voorlichtingsplicht van de verdachte hebben. Door het opleggen van een ademtest en/of het nemen van een bloedmonster verzamelen de onderzoekers alleen maar op een uiteraard neutrale wijze de louter materiële elementen van een misdrijf. De wetgever heeft die verrichting wel aan bijzondere regelen onderworpen: deze houden natuurlijk verband met het technisch karakter ervan en met het feit dat het voorwerp van die vaststellingen en onderzoeksverrichtingen een mens is, dit in de fysieke juridische en morele zin van het woord. Deze verrichting mag de menselijke waardigheid niet krenken: ze mag nooit met geweld worden opgelegd. Toch blijft het maar een neutrale en louter materiële verrichting. Dat is zelfs zo waar, dat de behandelende geneesheer van de betrokkene kan opgevoerd worden om de afname van het bloedstaal te doen. Een klinisch verslag mag hij daarentegen niet opstellen (zie bv. Pol. Hasselt, 4 oktober 1985, *T. Vred.*, 1987, 60).

11. Bij het nemen van een bloedmonster moeten de voorgescreven bijzondere procedureregelen nageleefd worden: dat werden ze hier. Bovendien dient het recht van de verdediging gevrijwaard worden. Dat werd door de wet op een bijzondere wijze geregeld en veilig gesteld: de verdachte kan een tegenanalyse laten verrichten. Het recht van verdediging vereiste evenwel niet dat de vermoedelijk geïntoxiceerde voorgelicht werd nopens de mogelijkheid om straffeloos het nemen van een bloedmonster te weigeren, gesteld tenminste dat hij inderdaad geen duidelijke tekens van alcoholintoxicatie vertoonde.

L. Huybrechts

BOEKEN

Mr. C. ASSER's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, **Personen- en familierecht**, I, dertiende druk bewerkt door mr. J. DE RUITER, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1988, 429 p.

Korte tijd na de twaalfde druk van Asser-De Ruiter, *Personen- en familierecht*, I (1984), verschijnt thans de dertiende druk van dit handboek. Van meet af aan kan gesteld worden dat ook deze nieuwe druk een «must» is voor de Belgische jurist die met het Nederlandse personen- en familierecht in aanraking komt.

Zoals in België is in Nederland het personen- en familierecht zich in een alsnar sneller tempo aan het ontwikkelen, niet in het minst ingevolge de meer dan gewone invloed van het EVRM en van de rechtspraak van het Europese Hof te Straatsburg. Dit laatste lijkt

mij overigens kwalitatief belangrijker dan bv. de nieuwe wetgeving met betrekking tot de verlaging van de meerderjarigheidsleeftijd of met betrekking tot de transseksualiteit. Het bijwerken van de materie beantwoordt dus ongetwijfeld aan een dringende behoefte. Een summier overzicht van de aan de vorige druk aangebrachte wijzigingen ware voor de practicus zeer handig geweest (vgl. de tiende druk van Asser-Meijers-Van der Ploeg, *Erfrecht*).

Voormelde ontwikkeling staat niet stil. Nieuw recht staat op til. Aan dit komende recht — waarover bij de noorderburen nu reeds fel gediscussieerd wordt —, zoals o.a. het namenrecht (nrs. 55 e.v.), het nieuwe afstammingsrecht (nrs. 120, 146a en 173a), het ouderlijk gezag en de voogdij (nr. 274), het ouderlijk gezag van ongehuwde ouders (nrs. 282 en 379a), het bezoekrecht van de biologische vader, de meerderjarigverklaring (nr. 381), de zorg voor de persoon van de curandus (nr. 529), wordt weinig aandacht besteed. Tot meer dan een summier vermelding van de inhoud van het nieuwe recht, komt de auteur meestal niet toe. Het is trouwens een bewuste keuze. Het gaat immers om een handboek waarin het geldende positieve recht op een, overigens vlotte en overzichtelijke manier wordt weergegeven; voor de verdere bespreking en voor meer bijzonderheden over specifieke vraagstukken wordt verwezen naar rechtspraak en rechtsleer. Zoals op de flap is vermeld, wordt daarbij selectief te werk gegaan. Geen bezwaar, maar een aantal uitspraken waren, op zijn zachtst uitgedrukt, toch het vermelden waard. Naast de hieronder aangehaalde arresten vond ik de volgende, in de loop van 1987 gepubliceerde en stuk voor stuk relevante uitspraken niet terug in het jurisprudentieregister: Europees Hof voor de Rechten van de Mens, 17 oktober 1986 (inzake Rees), Serie A, nr. 106 en *NJ*, nr. 945, noot EAA; HR, 30 januari 1987, *NJ*, nr. 556, noot JBMV; HR, 24 april 1987, *NJ*, nr. 627; HR, 6 november 1987, *RvdW*, nr. 203; HR, 28 november 1986, *NJ*, nr. 212; Arr.-Rechtbank Amsterdam (appel), 4 mei 1987, nr. 842.

Tot een systematische, uitvoerige en grondige kritiek van het geldende recht komt de auteur evenmin toe, al vermeldt hij telkens wel in het kort zijn persoonlijk standpunt. De verwachtingen die dien-aangaande door de eerste twee bladzijden van het boek worden gewekt, worden later dus niet helemaal ingelost. Dit neemt niet weg dat de auteur in deze inleiding (p. 1-2) in enkele zinnen een zeer scherpzinnige en glasheldere analyse maakt van de laatste ontwikkelingen in het personen- en familierecht, waarover later meer.

Sommigen zullen stellen dat er in een handboek geen plaats is voor grondige en uitvoerige kritische beschouwingen: «Daarin moet gezegd worden hoe het recht *is* en niet hoe het *moet zijn*» (Cohen Henriquez, E., bespreking van de twaalfde druk (1986) van het tweede deel van Asser's *Personen- en familierecht*, *R.M. Themis*, 1988, 287-291, 289). Daartegen kan men terecht opwerpen dat het recht nooit *is*, maar elke dag steeds weer gevonden of gemaakt moet worden in het licht van de — ook in de onderhavige materie — constant in ontwikkeling zijnde maatschappelijke verhoudingen en rechtsovertuigingen. De essentiële vraag is bovendien niet zozeer wat het recht is, maar vooral hoe het recht er behoort uit te zien. Ook de practicus denkt er zo over als hij de onrechtvaardigheid van de rechtsregel aanklaagt. Deze opvattingen mogen niet vreemd klinken in een land waar het behoren, het normatieve, met zoveel nadruk door Scholten en velen na hem werd beklemtoond, waar de Hoge Raad deze denktrant in de praktijk toepast en waar men voor uitleg bij het Nieuw B.W. te rade gaat. Een handboek met gezag dat niet alleen een naslagwerk wil zijn en in het onderwijs wordt gebruikt, moet kritische geluiden laten horen (vgl. Cohen Henriquez, E., *ibid.*). Ook de rechtsleer moet in al haar facetten streven naar een beter, rechtvaardiger recht.

De auteur behandelt verschillende titels van boek 1 van het Nederlandse B.W.

In het eerste hoofdstuk (de persoon) wordt vooral aandacht geschonken aan de naam, de woonplaats, de burgerlijke stand en de transseksualiteit (waarom niet «kunne» of «geslacht»?). Lezenswaard zijn de op het eerste gezicht saaie richtlijnen bij de behandeling van aanvragen tot naamwijziging (nrs. 28 e.v., i.h.b. nr. 37). Ze zijn een toonbeeld van moderne wetgeving die het midden houdt tussen afwezigheid van regels en onwrikbare detailregeling. Dat ook het personen- en familierecht een open systeem is (p. 1) bewijst de ontwikkeling inzake transseksualiteit (nrs. 113a e.v.). Het eeuwenoude rechtsbegrip «geslacht» moest op grond van de bevindingen

van de hulpwetenschappen en de daaropvolgende evolutie in de ideeën, een andere inhoud krijgen. Dit mocht wel eens extra onderstreep worden.

Over het tweede hoofdstuk (de afstamming) is veel te vertellen. Gelet op de beperkte ruimte die voor recensies is weggelegd, kan slechts op een paar, m.i. fundamentele aspecten worden ingegaan. Anders dan in België is er in Nederland (nog) geen (principiële) gelijkschakeling tussen huwelijkse en buitenhuwelijkse kinderen met betrekking tot de vaststelling en de gevolgen van de afstamming. Daarentegen aanvaarden de rechtspraak en de rechtsleer de rechtstreekse werking van de bepalingen van het EVRM. Het is trouwens opvallend dat in Nederland vrij snel na het Marckx-arrest een beperkte maar besliste (zie o.m. de overgangsbepalingen) wijziging werd aangebracht aan enkele wettelijke bepalingen (het zgn. «Marckxwetje»); significant is ook dat in de Nederlandse rechtspraak veelvuldig aan de artt. 8 jo. 14 EVRM wordt getoetst.

Met reden noemt de auteur in de inleiding (nr. 122) de beginselen waardoor de wetgever zich heeft laten leiden bij de uitwerking van het afstammingsrecht: «het waar(achtigheids-, zekerheids- en beschermings)beginsel». De auteur stelt vast dat er verschuivingen zijn. Ik deel zeker zijn opvatting, niet in het minst de (gesuggereerde) idee dat er tussen de genoemde beginselen of waarden een verzoening moet plaatsvinden. Meer moeite heb ik met de omschrijving van de beginselen en met de conclusie van de auteur. De omschrijving moet in het licht van de huidige omstandigheden en de rechtspraak van het Europese Hof geactualiseerd worden. Het zekerheidsbeginsel is lang niet meer de maximale toepassing van de «*pater is est*»-regel (p. 89). Het heeft ook weinig te maken met wat men traditioneel onder «rechtszekerheid» verstaat. Over die rechtszekerheid eerst het volgende: anders dan o.a. Minkenhof («Inzake het Marckx-arrest», (II, slot), *WPNR*, 1982, nr. 5619, (505), p. 508) en Luitjen (o.m. in zijn noot I onder HR, 22 februari 1985, *NJ*, 1986, nr. 3, p. 17-18 en zijn noot (II) onder HR, 21 maart 1986 (4 arresten), *NJ*, 1986, nrs. 585 t.e.m. 588, p. 2218; zie ook Alkema, noot I onder het arrest van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens van 28 november 1984 inzake Rasmussen, *NJ*, 1986, nr. 4, p. 23), die van oordeel is dat het recht vooral in de onderhavige materie de rechtszekerheid behoort te dienen (noot II onder voormeld arrest inzake Rasmussen, *ibid.*), relateert de auteur zeer terecht de waarde van de «rechtszekerheid» in het personen- en familierecht (p. 2). De regeling moet volgens hem eerst en vooral «redelijk» (men kan ook zeggen «objectief rechtvaardig in het licht van de huidige omstandigheden») overkomen bij de rechtsonderhorigen. De waarde die in het hele personen- en familierecht (met uitzondering van de betrekkingen met derden waar vooral het aspect «Verkehrssicherheit» aan bod komt en de vertrouwensleer uitkomst biedt, zie o.a. de nrs. 40, 174, 450, 602 en 650; zie ook terecht in nr. 166) aan de rechtszekerheid in de zin van voorspelbaarheid of behoud van verworven rechten moet worden toegekend, lijkt mij inderdaad zeer beperkt. Weliswaar heeft de Hoge Raad het rechtszekerheidsvereiste niet losgelaten. Hij heeft op grond van de rechtszekerheid het ouderlijk gezag van ongehuwde ouders beperkt tot «voldoende scherp omlijnde vormen van ouderschap» (zie vooral HR, 21 maart 1986, *NJ*, 1986, nr. 585; zie ook HR, 12 juli 1987, *NJ*, 1989, nr. 98). Uit Arr.-Rechtbank Amsterdam, 4 mei 1987, *NJ*, 1987, nr. 942, leert men evenwel dat de werkelijkheid zich niet in scherpe vormen (van ouderschap) laat onderbrengen. De aandacht moet gaan naar de feiten, naar de werkelijke, effectieve beleving van het ouderschap. Het zijn die feiten die zekerheid geven. Dit is geenszins in strijd met de leer van het arrest van de Hoge Raad van 21 maart 1986. Alkema vat de zin van die leer samen als volgt: (het is) «de duurzaamheid van de gezinsrelatie tussen kind en ouders, die maakt dat de rechtszekerheid niet in het gedrang zal komen» (noot I onder het arrest, *ibid.*, p. 2214). Dat is mooi gezegd. Deze nadruk op de feitelijke context ligt overigens volledig in de lijn van de rechtspraak van het Europese Hof, zoals hierna zal blijken.

Tegen het beschermenswaardige karakter van de rechtszekerheid geldt nog het volgende argument: in het bovengenoemde arrest van de Hoge Raad van 22 februari 1985 werd aan een «biologische vader» die vijf jaar met zijn kind een effectief gezinsleven had geleid, een bezoekrecht toegekend, en dit tegen de heersende rechtspraak in. Het beroep op de rechtsonzekerheid is *in casu* precies niet zeer overtuigend. Iedereen is het er immers over eens dat bij bezoekrecht het belang van het kind uiteindelijk de doorslag moet geven, of de verzoeker nu een principiële recht daartoe heeft of niet (zie ove-

rigens het arrest in hoger beroep, en verder Asser-De Ruiter, *Personen- en familierecht*, II, 1986, nrs. 596 e.v.; hetzelfde geldt m.b.t. het ouderlijk gezag van ongehuwde ouders; zie HR, 21 maart 1986; hierboven aangehaald; zie in dat verband ook HR, 22 juli 1986, *NJ*, 1987, nr. 316). Het belang van het kind, *in concreto* te beoordelen en voor herziening vatbaar, maakt op zich voorspelbaarheid en behoud van verworven rechten uiteraard onmogelijk. En, zoals de auteur zeer juist opmerkt, het belang van het kind fungeert als een regulerend beginsel (nr. 274a), niet alleen in het jeugdrecht (zie o.a. nrs. 261 en 359), maar ook in materies zoals namenrecht (zie de richtlijnen waarover boven sprake), afstamming (het belang van het kind bij erkenning), en nog vele andere (zie het zakenregister v° *Belang van het kind*), ja zelfs tegen de tekst van de wet in (zie bv. HR 13 maart 1987, *NJ*, 1988, nr. 190, met kritische noot Eaal). De afwezigheid van rechtszekerheid is m.a.w. inherent aan het moderne gezinsrecht. Immers, veel draait nu reeds rond een vage norm bij uitstek en de daarmee gepaard gaande ruime beoordelingsbevoegdheid van de rechter.

Ten slotte nog dit: ontwikkelingen zoals de erkenning van de transseksualiteit, de loskoppeling van ouderlijk gezag en huwelijk zijn of waren niet te stuiten. De rechtvaardigheid eist dat daar zo snel mogelijk werk van gemaakt wordt. Ook daarom moet het gewicht van de rechtszekerheid gerelativeerd worden. Dat ook de rechter een degelijke en rechtszekere regeling kan uitwerken, wordt door de auteur niet onmogelijk geacht (zie nr. 379a over de arresten van de Hoge Raad van 21 maart 1986, hierboven aangehaald; zie evenwel nr. 113b; als in de tekst zie ook Luitjen, E.A.A., noot onder dezelfde arresten, p. 2218). Niets belet de wetgever te bekrachtigen of achteraf te corrigeren, dan wel, zoals de auteur voorstelt, te anticiperen (nr. 121 in fine). Het standpunt van de auteur t.a.v. het gewicht dat in het personen- en familierecht aan de rechtszekerheid moet worden toegekend, kan ik dus alleen maar toejuichen.

Ik kom terug op het zekerheidsbeginsel. De moderne betekenis ervan luidt m.i. dat effectieve gezinsbeleving, de werkelijke beleving van de afstammingsband (of minstens de zekere intentie daartoe) in rechte moet worden gehonoreerd. Op het behoud, de bescherming van, of ten minste het rekening houden met, die banden moeten de gezinsleden kunnen vertrouwen. Concreet kan dit betekenen dat een «onware» maar door bezit van staat «bevestigd» afstamming aan het kind de zekerheid moet geven dat het die afstammingsband zal kunnen behouden. Het zekerheidsbeginsel valt hier samen met het belang van het kind. De waarachtigheid van de afstamming weegt daar niet tegen op. De meerwaarde die de status door die effectieve beleving verkrijgt, mocht benadrukt worden (zie de nrs. 128, 133, 143 en 175, waar de auteur formeel enkel oog heeft voor de zekerheid nopens de status «sec»; zie evenwel de nrs. 150 en 163, p. 117).

Wat de verdere ontwikkelingen betreft — mede gelet op de toepassing van de artt. 8 en 14 EVRM in het afstammingsrecht —, durft de auteur geen voorspellingen aan; alleen is het volgens hem zeker «dat de rechtspositie van de verwekker er in hoge mate door wordt versterkt en dat in zoverre het waarachtigheidsbeginsel een belangrijker plaats verwerft» (nr. 122). Ook hier mocht de rol van de effectieve beleving van de (bloed)band onderstreept worden (de auteur wijst wel op «omstandigheden van feitelijke aard» in de nrs. 120 en 163). De trend in het afstammingsrecht, te weten het honoreren van de effectieve beleving van de bloed- of afstammingsbanden, kon door de auteur op grond van de beschikbare gegevens wel achterhaald worden. In de rechtspraak van het Europese Hof en de daardoor beïnvloede Nederlandse rechtspraak is die constante aanwezig. Reeds merkbaar in het Marckx-arrest (zie §§ 31 en 46), is het gewicht van de «effectieve gezinsbeleving» duidelijk merkbaar in het (mijlpaal)arrest van de Hoge Raad van 22 februari 1985 (*NJ*, 1986, nr. 3, overwegingen 3.4 e.v.). In zijn conclusie bij HR, 5 december 1986 (*NJ*, 1987, nr. 957, p. 3289) meent de adv.-gen. Moltmaker weliswaar dat de biologische band «sec» volgens de Hoge Raad een gezinsleven in de zin van art. 8 EVRM uitmaakt. De Hoge Raad heeft inderdaad gesteld dat dit voor de ontvankelijkheid van de vordering (tot het verkrijgen van een bezoekrecht) voldoende is (zie HR, 22 februari 1985; HR, 10 mei 1985, *NJ*, 1986, nr. 5, noot WHH; HR, 15 juli 1985, *NJ*, 1986, nr. 6 en vooral HR, 16 mei 1986, *NJ*, 1986, nr. 627). Men lette echter op het feit dat de Hoge Raad steeds uitspraak heeft gedaan in zaken waarin de effectieve gezinsbeleving (hoe gering ook) niet werd betwist, terwijl de bloedband soms niet eens bewezen was. Latere uitspraken van de Hoge Raad zijn niet

wens moeilijk met dat beginsel in overeenstemming te brengen (HR, 15 mei 1987, *NJ*, 1988, nr. 654 en de bijhorende concl. adv.-gen. Moltmaker; zie ook de toegeving van laatstgenoemde in concl. bij HR, 22 juli 1986, *NJ*, 1987, nr. 316 (nr. 3.3); zie vooral HR, 8 april 1988, *RvdW*, 1988, nr. 73 (nr. 3.3). Het arrest van het Europese Hof van 18 december 1986 inzake Johnston (Serie A, nr. 112 en *NJ*, 1989, nr. 97, noot E.A.A.), dat merkwadigerwijze in het boek niet eens wordt vermeld (de laattijdigheid van de publikatie in de Nederlandse jurisprudentie kan daarvoor toch geen excuus zijn), zou uitsluitend geboden hebben: «Moreover, the close and intimate relationship between the third applicant and her parents is such that there is of necessity also a resultant failure to respect the family life of each of the latter» (§ 75, zie ook § 72 en concl. adv.-gen. Moltmaker bij HR, 12 juni 1987, *NJ*, 1989, nr. 98, p. 316). Het Hof bevestigde tevens dat het begrip «gezinsleven» niet tot het loutere bestaan van bloedbanden te reduceren is (§ 56). Mede op grond van de rechtszekerheid heeft de Hoge Raad nadien in een — evenmin door de auteur aangehaald en *a fortiori* niet besproken — arrest van 12 juni 1987 (*NJ*, 1989, nr. 98, noot I EAA en noot (II) EAAL en *RvdW*, 1987, nr. 136), geweigerd het vroeger ingenomen standpunt (HR, 21 maart 1986) door te trekken naar een voogdijverzoek door de «biologische vader» die zijn kind niet had erkend. *In casu*, had de moeder zich tegen zo'n erkenning verzet. Gelet op deze feitelijke context én op het Johnstonarrest, is adv.-gen. Moltmaker in zijn conclusie terecht veel meer genuanceerd (cf. de noot II van Luijten en zijn verwijzing naar HR, 8 april 1988, *NJ*, 1989, nr. 170 en *RvdW*, 1988, nr. 73). Sinds het afsluiten van de kopij door de auteur (1 april 1988) werd een en ander bevestigd (zie HR, 18 december 1987, *RvdW*, 1988, nr. 9 en *NJ*, 1988, nr. 844). Volgens het arrest van het Europese Hof van 21 juni 1988 inzake Berrehab (Serie A, nr. 138) is voor het ontstaan van een «gezinsleven» in een «wettig» gezin geen feitelijke *samenleving* vereist. Daarentegen is effectieve beleving van de afstammingsband wel een essentieel element voor het voortduren van dat gezinsleven (§ 21, al. 1 en 2; zie ook «29; men vergelijk met het Marckxarrest, § 31). Over het begrip «gezinsleven» als implicerend een zekere mate van effectieve gezinsbeleving, zie ook het arrest van het Europese Hof van 28 mei 1985 inzake Abdulaziz, Cabales en Balkandali, Serie A, nr. 94 en *NJ*, 1988, nr. 187, noot EAA, §§ 62-63; HR, 18 december 1987, *NJ*, 1988, nr. 844, concl. adv.-gen. Leijten, noot AHJS).

Kortom, uit deze ruwe schets blijkt dat een verschuiving naar het honoreren van door effectieve gezinsbeleving bekrachtigde banden zeer wel verdedigbaar is. Effectieve gezinsbeleving maakt immers wezenlijk deel uit van het begrip «family life» (zie ook de dissenting opinion van rechter Fitzmaurice bij het Marckxarrest, nr. 13). De aard of de graad van de band (bloed- of conventionele band) speelt m.i. daarbij een ondergeschikte rol (men leze bv. aandachtig HR, 5 december 1986, *NJ*, 1987, nr. 957, noot EAA en vooral de concl. adv.-gen. Moltmaker; zie ook HR, 12 december 1986, *NJ*, 1988, nr. 188, noot EAA; zie echter HR, 22 juli 1986, *NJ*, 1987, nr. 316, noot I EAA en noot II EAAL, maar ook de andersluidende concl. adv.-gen. Moltmaker), hoewel een differentiatie in de intensiteit van de vereiste effectieve gezinsbeleving denkbaar is (zie in dat verband HR, 15 mei 1987, *NJ*, 1988, nr. 654 en vooral de noot van Alkema); een m.i. zeer realistische benaderingswijze; differentiatie in de gevolgen lijkt mij evenmin uitgesloten (vgl. Renchon, J.-L., «Attribution et exercice de l'autorité parentale», *Ann. Dr.*, 1979, (281), nrs. 30 e.v.).

In het derde hoofdstuk (minderjarigheid/meerderjarigheid) worden o.a. overlopen de verlaging van de meerderjarigheidsleeftijd, de handelings(on)bekwaamheid van de minderjarige, de handhaving, de raad voor de kindbescherming, de pleegkinderenwet.

In het vierde hoofdstuk (ouderlijke macht) wordt vooraf een zeer interessante schets van de ontwikkeling van het ouderlijk gezag in Nederland gegeven (nrs. 271 e.v. en ook nrs. 275 e.v.). De auteur stelt bij wijze van beginsel voorop dat het belang van het kind met zich brengt dat zijn ouders het gezag over hem uitoefenen; op toepassingen van dit beginsel wordt daarna herhaaldelijk gewezen (zie bv. de nrs. 366, 373, 417, 479, 488). Nadien komen de traditionele aspecten aan bod; het bestuur over de persoon van de minderjarige (ook het «blokkaderecht» van de pleegouders), het wettelijk beheer en het vruchtgenot. Verder worden de beperkingen van het ouderlijk gezag behandeld: de ondertoezichtstelling en de ontheffing en ontzetting. Ook in dit verband had een verwijzing naar de rechtspraak

van het Europese Hof niet misstaan (met name de arresten van 8 juli 1987 inzake W., B., O. en H. tegen het Verenigd Koninkrijk, Serie A, nrs. 120 en 121).

In het vijfde hoofdstuk worden de bepalingen betreffende de voogdij uiteengezet. Opvallend zijn de grotere eenvoud en de soepelheid in alle stadia van de voogdij (benoeming van de voogd: nr. 373, beheer van het vermogen van de pupil: nrs. 418 e.v., zekerheidstelling: nr. 457, en verder de afwezigheid van de familierraad, de grote beoordelingsbevoegdheid van de kantonrechter). De auteur wijst terecht op het kwalitatieve onderscheid tussen ouder-voogd en derde-voogd (zie o.a. nr. 376).

Bij dit alles staat, zoals gezegd, het belang van het kind centraal. Te noteren valt ook een uitgesproken bezorgdheid om de eerbiediging van de godsdienstige gezindheid van de minderjarige.

In hoofdstuk zes gaat de aandacht naar de bescherming van meerderjarigen. Bij de behandeling van de curatele duiken vertrouwde problemen op zoals de handelingsbekwaamheid van de onbekwame en de vertegenwoordigingsbevoegdheid van de curator in persoonlijke aangelegenheden. Na de vermelding van de civielrechtelijke gevolgen van de plaatsing in een krankzinnigengesticht en de feitelijke onbekwaamheid, wordt een uitvoerige bespreking gewijd aan het beschermingsbewind. Niet ten onrechte. Ook in België is aangehouden dat de klassieke beschermingsmaatregelen niet voldoen (zie de bijdragen van H. Casman en G.S. Kirschen in *Voor de meerderjarige handelingsonbekwamen ... een juridisch vacuum?*, Notariële Dagen Charleroi, 1983). Opvallend is andermaal de grote soepelheid en de beoordelingsvrijheid van de rechter (zie bv. de nrs. 558 e.v., 565, 568, 583 en 585). Vermeldenswaard is de bevoegdheid van de «levensgezel» van de rechthebbende om een verzoek tot instelling van het bewind te doen (nr. 567).

Het laatste hoofdstuk slaat op de afwezigheid, vermissing en vaststelling van overlijden in bepaalde gevallen. Het eerste is een feitelijk begrip, het tweede stemt overeen met het Belgische begrip «afwezigheid» en het laatste houdt meer verband met wat in België als «vermiste» wordt aangemerkt.

Tot slot kan aangestipt worden dat het handboek zeer weinig rechtsvergelijkende gegevens bevat. In het bijzonder wordt met geen woord gerept over de Belgische afstammingswet van 31 maart 1987. Het is geen kwestie van chauvinisme, hoewel talrijke door de auteur verdedigde of aangehaalde opvattingen opvallend veel gelijkenis vertonen met de oplossingen van de Belgische wet. Rechtsvergelijking heeft in een Nederlands handboek over personen- en familie-recht niet alleen zin. De rechtstreekse werking van het EVRM en de constante rechtspraak van het Europese Hof — met name dat bij de toetsing van het recht van de verdragstaten en dus in een zekere zin bij de interpretatie van het verdrag moet worden gelet op de aan- of afwezigheid van gemeenschappelijke kenmerken in de wetten van de verdragstaten; zie o.a. het arrest van het Hof van 28 november 1984 inzake Rasmussen, Serie A, nr. 87 en *NJ*, 1986, nr. 4, i.h.b. § 40, alsmede het arrest van het Hof van 17 oktober 1986 inzake Rees, Serie A nr. 106 en *NJ*, 1987, nr. 945, noot EAA, §§ 37 en 47 —, gebieden dit zelfs.

N. Geelhand

MEDEDELINGEN

Studie-avond: Het recht van verdediging in tuchtzaken

Het Centrum voor Beroepsvervolmaking in de Rechten, Universitaire Instelling Antwerpen, organiseert op 24 april een studie-avond over «Het recht van verdediging in tuchtzaken». Prof. P. Lemmens zal in zijn uiteenzetting ingaan op de draagwijdte van het recht van verdediging in tuchtprocedures die worden beslecht door allerlei raden en commissies. Bijzondere aandacht zal besteed worden aan de rol van de advocaat als raadsman van de tuchtrechtelijk vervolgde persoon.

De deelnemers aan deze studie-avond kunnen hun vragen en discussiepunten voorleggen aan een panel waarvan dr. med. J.L. Dubbequiot, mr. F. Erdman en prof. L.P. Suetens hun medewerking verlenen.

De studie-avond vindt plaats in de Aula van de UIA te 20 uur. Inschrijven kan ter plaatse om 19u30 of door storting van 500 fr. op rekeningnummer 001-0986467-53 van UIA Rechten/Congressen, Universiteitsplein 1 2610 Wilrijk met vermelding CBR 02 B 749 tuchtzaken en de naam van de persoon voor wie wordt betaald.

Voor meer informatie belt U in de voormiddag naar het CBR 03/820.29.38.

Prijs van de *Revue critique de jurisprudence belge*

De *Revue critique* heeft een vijfjaarlijkse prijs ingesteld ter beloning van de auteur of auteurs van een hoogstaand wetenschappelijk werk dat een wezenlijke bijdrage levert tot de ontwikkeling van de rechtswetenschap in een van de materies die gewoonlijk in de *Revue critique* behandeld worden. De bijzondere bedoeling is het aanmoedigen van jonge auteurs met talent.

Het werk moet hoofdzakelijk, maar niet uitsluitend, het Belgisch recht behandelen. Het moet geschreven zijn in het Nederlands of in het Frans.

Bijdragen of studies die geen grotere draagwijdte hebben dan een artikel, komen niet in aanmerking.

De prijs zal voor het eerst toegekend worden in 1990. Hij bedraagt 500.000 fr.

De jury zal enkel rekening houden met werken die gepubliceerd werden minder dan vijf jaar vóór 15 januari 1990. Het werk moet vóór deze datum in zes exemplaren ter attentie van de juryleden worden overgemaakt door verzending aan het adres van professor Pierre Coppens, Louizalaan, 385 - bus 1, 1050 Brussel.

Toekenning Erasmusprijs 1989

Regent en Bestuur van de Stichting Praemium Erasmianum hebben besloten de Erasmusprijs 1989 voor Rechten van de Mens toe te kennen aan de *International Commission of Jurists* te Genève.

De International Commission of Jurists (ICJ) is een non-goevernementele organisatie die tot doel heeft in de wereld begrip en inachtneming van het recht en de juridische bescherming van de mensenrechten te bevorderen. De ICJ heeft een consultatieve status bij de Verenigde Naties, de Unesco en de Raad van Europa. Bij de ICJ zijn nationale secties en andere juridische organisaties aangesloten uit meer dan 60 landen (Nederlandse afdeling: het Nederlands Juristen Comité voor de Mensenrechten (NJCM) te Leiden).

Om uitvoering aan de doelstelling te geven ontplooit de International Commission of Jurists vele activiteiten o.a. het organiseren van internationale conferenties en seminars, het zenden van internationale onderzoeksmissies en van waarnemers bij politieke processen. Naast het tweejaarlijkse ICJ Review en de driemaandelijkse ICJ Newsletter publiceert de Commission de verslagen van conferenties en speciale rapporten omtrent de bevindingen van missies en onderzoeken. Al deze activiteiten hebben er toe geleid dat de International Commission of Jurists zich in de 37 jaar van haar bestaan een gezaghebbende positie heeft verworven op het terrein van de handhaving van de rechten van de mens en van de 'rule of law'.

De prijs is toegekend aan de International Commission of Jurists omdat deze organisatie in weerwil van een kleine staf in staat is al jaren een invloedrijke stem te laten horen bij regeringen en internationale organisaties door de gedegenheid en onpartijdigheid van haar uitspraken en rapporten en het ontbreken van eenzijdigheid bij de selectie van problemen die zij aanpakt.

De Stichting Praemium Erasmianum kent jaarlijks de Erasmusprijs toe aan een persoon of instelling die een voor Europa bijzonder belangrijke bijdrage heeft geleverd op cultureel, sociaal of sociaal-wetenschappelijk terrein. De prijs bestaat uit een geldbedrag van f 200.000,- en wordt uitgereikt in het najaar van 1989.

TIJDSCHRIFTEN

Bank- en Financiewezens, 1988

nr. 3

Henrion, R., Ce qui a changé; Zavvos, G., The EEG banking policy for 1992; Gruppung, A., Mutatie in de financiële wereld; Verheyden, G., noot onder Kh. Namen, 26 mei 1987 (Patronaatsverklaring, draagwijdte, resultaatsverbintenis); Fortescue, S.H., The big banks in the retail financial services business; Enters, J.C., Is there profitability in retail banking?; Van Heurck, P., Trasel: Système de protection national des transferts électroniques de fonds en Belgique.

Europees Vervoerrecht, 1988

nr. 1

Rycken, W., European antitrust aspects of maritime and air transport; Willems, E., De berekening van de schadevergoeding bij laat-tijdige aflevering van goederen volgens de nieuwe RU-CIM Reglementering; Riccomagno, M., Leading Italian maritime cases from 1980 to 1987.

nr. 2

Mallof, D.L., Admiralty Product Liability - U.S.

nr. 3

Wouters, M., Freinte de route and the carriage of oil products.

nr. 4

Howard, T.C.M., Diorama. Demurrage aspects in United Kingdom - Décisions since the «Laura Prima» - «Notos» revisited; Van Bakelen, F.A., Mechanism of restorno - The Flemish travel agencies. «Unfair» competition. Court of Justice of the European Communities - Decision 1 october 1987. Case 311/85.

Fiskofoon - Tijdschrift voor fiscaal recht, 1988

nr. 75-76

Vandebergh, H., Overzicht van rechtspraak inkomstenbelastingen 1983-85.

Jura Falconis, 1987-88

nr. 1

De Preter, M., Geuens, P., Tillemans, B., Vandeputte, G., Het ver-diet van de consumentenorganisaties (noot onder Corr. Brussel, 4 juni 1987); Verlinden, J., Het belang als ontvankelijkheidsvoor-waarde voor de rechtsvordering (artt. 17 en 18 Gerechtelijk Wet-boek); Soubry, E., Verticale prijsbinding; Vandenbeylaardt, L., La saga de la cinq (eerste deel); Pereira-Manaut, A.C., Concepts of State and Regional Autonomy.

nr. 2

Dejans, J., Geuens, P., Herpels, P., De invloed van een «eigen ju-ridische oorzaak» op het causaal verband en de schade (noot onder Antwerpen, 18 december 1986); Vandenbeylaardt, La saga de la cinq; Lion, Ph., Kindvriendelijke maatregelen in de fiscaliteit de lege ferenda; Bonquet, J., Decaluwe, L., Loonbeslag en loonover-dracht; Van der Zee, O., Social Host Liability: A new trend and the underlying policies.

nr. 3

Dispersyn, M., Tussenkomen van de arbeidsrechter in collectieve ge-schillen; Vanachter, O., De nieuwe Wet op de Uitzendarbeid van 24 juli 1987; Van Hoogenbemt, H., De managment-B.V.B.A., Haelterman, H., Het aandeelhouderschap van werknemers in de onderneming; Geens, K., De bedrijfsleidersverzekering.

De Naamloze Vennootschap, 1988

nr. 1

Niessen, R.E.C.M., Pauze in de brede herwaardering; Wijkstra, R., Contacten tussen commissarissen en ondernemingsraad; Win-ter, J.W., Rentecompensatie en de voorwaarden van de Nederland-se bank; Houwen, L.G.H.J., De wettelijke regeling tot uitkoop van minderheidsaandeelhouders; Smit, J.A., Fiscaalrechtelijke sancties in een gewijzigd perspectief.

nr. 2

Hartog, F., Een jaar Economische Zaken; Rietkerk, G., Bestuurs-onvriendelijke overneming: countervailing power; Bloemaerts, J.C.M.G., Onvriendelijke overnemingen; de positie van vakbewe-ging en ondernemingsraad; Feenstra, J.J., Fusiecontrole door de E.E.G. na het Philip Morris arrest; Weitenberg, J., Ruimte voor groei: dromen of bedrog?; Berkman, H. en Herst, A.C.C., Handel met voorwetenschap.