

KRONIEK VAN MILITAIR STRAFRECHT

1988-1989

I. Wetgeving

A. Gebruik van de talen in de militaire gerechten

Ingevolge het in werking treden voor de militaire gerechten, op 1 september 1988, van de wet van 23 september 1985 op het gebruik der talen in gerechtszaken (*B.S.*, 5 november 1985), en meer bepaald wegens de wijzigingen die deze wet inhield met betrekking tot de Duitstalige rechtspleging, bleek het noodzakelijk vóór deze datum het koninklijk besluit van 14 juli 1971 betreffende het gebruik van de talen in de militaire gerechten te wijzigen. Dit geschiedde door het koninklijk besluit van 11 augustus 1988 (*B.S.*, 20 augustus 1988), dat hoofdzakelijk een aanpassing inhoudt aan de nieuwe wetgeving van de bepalingen betreffende het opmaken en het gebruik van de lijsten bestemd om de bestendige krijgswaarden (hoofdstuk II), de krijgswaarden te velde (hoofdstuk III) en het militair gerechtshof (hoofdstuk IV) samen te stellen. In het hoofdstuk dat de algemene bepalingen inhoudt werd artikel 14 aangevuld met een bepaling die als volgt luidt: «Daarenboven moeten drie onderofficierenklerken van de militaire justitie met hetzelfde doel de Duitse taal voldoende kennen.»

B. Strafrecht met betrekking tot gewapende conflicten

De bekrachtiging door België op 20 mei 1986 van de Aanvullende Protokollen van de Conventies van Genève van 12 augustus 1949 betreffende de bescherming van de slachtoffers van gewapende conflicten heeft de Belgische regering opnieuw met de reeds vroeger door ons land aangegane verbintenissen geconfronteerd om een wetgeving in te voeren waardoor de zware inbreuken op het internationaal humanitair recht strafrechtelijk zouden kunnen worden vervolgd. In zijn toespraak tijdens het Forum over Humanitair Recht dat op 8 mei 1989 door het Belgische Rode Kruis werd georganiseerd naar aanleiding van de 125e verjaardag van de eerste Conventie van Genève, richtte de h. M. Wathelet, vice-eerste minister en minister van Justitie zich in de volgende bewoordingen tot de organisatoren:

«La tradition veut qu'aux anniversaires on apporte un cadeau. Le projet de loi à la répression des infractions graves aux Conventions de Genève est prêt : il peut être déposé au Conseil des Ministres.

Mon cadeau, d'ailleurs, ce n'est pas tellement le fait de déposer le nouveau projet ; c'est de vous promettre de le suivre et de le faire aboutir.

Je suis convaincu que la place que la Belgique occupe au sein des alliances est de nature à donner à cette décision une dimension dépassant de loin l'importance de la législation pénale d'un petit pays.

Par le vote du projet de loi relatif à la répression des infractions graves aux Conventions internationales de Genève du 12 août 1949 et au Protocole I du 8 juin 1977 additionnel à ces Conventions, le législateur belge peut amener d'autres

responsables du monde politique et juridique à repenser la signification et l'enjeu final de ces règles premières, auxquelles a toujours rendu aveugle l'unique et exclusive préoccupation des nécessités politiques et militaires.»

Op 30 juni 1989 werd het aangekondigde wetsontwerp door de Ministerraad goedgekeurd en op 6 juli werd het door de minister van Justitie overgezonden naar de Raad van State.

II. Rechtsleer

A. Algemene werken waarvan gedeelten aan het militair strafrecht zijn gewijd

M. Franchimont, A. Jacobs en A. Masset, *Manuel de procédure pénale*, Ed. Collection scientifique de la Faculté de Droit de Liège et Ed. du Jeune Barreau de Liège, 1989, 1157 p.

De oorsprong van dit werk is de syllabus van de cursus strafprocesrecht die door prof. Franchimont aan de Rijksuniversiteit te Luik wordt gedoceerd en die in de loop der jaren bestendig up to date werd gehouden. De titel ervan is al te bescheiden, want het lijdt geen twijfel dat dit werk in werkelijkheid de plaats zal gaan innemen van het laatste algemene werk over strafprocesrecht in de Belgische Franstalige rechtsliteratuur, nl. de *Précis de procédure pénale* van ridder Braas, eveneens hoogleraar aan de Faculteit der Rechtsgeleerdheid te Luik. Weliswaar is het heden ten dage bijna onmogelijk een materie zo volledig te behandelen dat een werk het middeleeuwse ideaal van de «Summae» zou kunnen bereiken, maar door zijn grondige aanpak en door de kritische bedenkingen die het bevat en die niet in het minst de merkwaardige helderheid van de synthese schaden, zou de titel van «Traité» het werk zeker niet misstaan. Door het strafprocesrecht los te weken uit het «dichte struikgewas van de procedure» en het tot de waardigheid te verheffen van «exacte maatstaf van de individuele vrijheid» dient het werk op uitstekende wijze de bedoeling van de auteurs om aan alle deelnemers aan het strafproces te doen gevoelen dat «de wijze waarop een mens vervolgd en gevonnis wordt even belangrijk, zoniet belangrijker is dan de beslissing waarvan hij het voorwerp wordt».

Naast de passussen die rechtstreeks het militair strafprocesrecht betreffen verschaft het werk ook op andere plaatsen de nodige informatie over de bijzonderheden ervan. De passussen die er rechtstreeks betrekking op hebben, en die gemakkelijk terug te vinden zijn dank zij een gedetailleerd trefwoordenregister, tonen aan dat de auteurs met veel aandacht de ontwikkeling hebben gevolgd die deze materie de laatste jaren heeft gekenmerkt. Zij geven een treffende synthese van de inspanningen die door de militaire rechtscolleges zijn geleverd om hun praktijk in overeenstemming te brengen met het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en de rechtspraak van het Hof van Straatsburg.

A. De Nauw, J. D'Haenens en M. Storme (red), *Actuele problemen van strafrecht (XIVe Postuniversitaire Cyclus Willy Delva 1987-1988)*, Kluwer Rechtswetenschappen, Antwerpen, 1988, 530 p.

Sedert 1975 was het strafrecht in deze postuniversitaire cyclus niet meer aan bod gekomen. Rekening houdend met de aanzienlijke ontwikkeling van deze rechtsdiscipline in de loop der laatste tien jaar werd door de inrichters besloten naast een aantal traditionele thema's ook aan nieuwe onderwerpen aandacht te besteden, zoals aan de informaticacriminaliteit en aan de incidenties van het E.V.R.M. op het strafprocesrecht en het militair strafprocesrecht.

In dit laatste verband handelt de uiteenzetting van prof. F. Gorlé over de «Evolutie van de militaire strafrechtspleging» (pp. 215-235).

Deze uiteenzetting betreft vooral twee thema's die sedert 1982 herhaaldelijk in deze kroniek werden aangeraakt, nl. 1. de voorlopige hechtenis en 2. de cumulatie, door de krijgsauditeur, van de functies van onderzoek en vervolging.

Deze materie ontwikkelt zich snel: de wetgevende hervormingen, waarover sprake in vermelde bijdrage (zie ook Kroniek 1986-1987, *R.W.*, 1987-1988, 482-483) zijn thans reeds achterhaald en een nieuw voorontwerp is op 21 juni 1988 aan de minister van Justitie voorgelegd (Kroniek 1987-1988, *R.W.*, 1988-1989, 527-528).

In zijn bijdrage «De onpartijdige rechter: invloed op de Belgische rechtspraak van de arresten Piersack en De Cubber» behandelt A. Winants eveneens de militaire strafrechtspleging (afd. 5.2., pp. 298-302).

A. Vandeplas e.a., *Strafrecht en strafvordering - Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, aflevering 5 en 6, Kluwer Rechtswetenschappen, Antwerpen, 1987. De recente afleveringen van dit alfabetisch repertorium in losbladige verzamelband bevatten twee studies van D. Merckx met betrekking tot de militaire strafrechtspleging, namelijk de trefwoorden «Provoostdienst: opdracht en bevoegdheid» en «Rechterlijke commissies: samenstelling en inrichting».

B. Bergmans, *Die rechtliche Stellung der Deutschen Sprache in Belgien*, Bruylant (Academia), collection Droit public, vol. 4, Brussel, 1988, bevat een passus betreffende «Das Verfahren vor der Militärgerichtsbarkeit», pp. 43 en 49. Het is te betreuren dat dit werk de toestand beschrijft vóór de wet van 23 september 1985 (cfr. s. Wetgeving, A)

B. Handelingen van wetenschappelijke bijeenkomsten

- Internationaal colloquium over de militarisatie van de extra-atmosferische ruimte (Centre de droit international de l'Université libre de Bruxelles en Association internationale des juristes démocrates, Brussel, 28-29 juni 1986), Bruylant, Brussel, 1988.

Naast de bespreking van de politieke, strategische en economische aspecten van het probleem, bevatten deze handelingen, over de juridische aspecten, verslagen van de hh. M. Vincineau, E. Maus, J.L. Magdalenat en mededelingen van N. Vajic, B. Docke, Y. Miyoshi, V.S. Vereshchetin en T.L. Zwaan.

- Internationaal colloquium over «Le procès de Nuremberg - Conséquences et actualisation» (Centre de droit in-

ternational de l'Université libre de Bruxelles en Fondation Auschwitz, Brussel, 27 maart 1987), Bruylant, Brussel, 1988.

Na een verwelkoming door P. Halter, de inleidende toespraken van M. Goldstein en W. Calewaert en een mededeling van M.C. Vaillant-Couturier omvatten de handelingen de volgende verslagen: «Les apports du Procès de Nuremberg au droit pénal international de l'époque», door N. Paech; «Témoignages et mémoires», door M. Pollak; «De Nuremberg au procès Barbie», door A. Lyon-Caen; «Le procès de Nuremberg», door Casamayor; «La prescription des crimes contre l'humanité dans les travaux du Conseil de l'Europe et dans la Convention de l'O.N.U.», door P. Mertens; «L'actualité juridique de Nuremberg», door E. David; «Conclusions», door J. Salmon.

Symposium over de tenuitvoerlegging van de Aanvullende Protokollen van de Conventies van Genève van 12 augustus 1949 (Rood Kruis van België, Brussel, 27 en 28 november 1986), *Tijdschrift voor militair strafrecht en oorlogsrecht*, XXVII/2, Brussel, 1988.

De publikatie van de handelingen van deze bijeenkomst wordt voorafgegaan door een inleiding van generaal-majoor Bats, waarin de werkzaamheden worden geschetst van de Interdepartementale Commissie voor Humanitair Recht, waarvan hij het voorzitterschap waarneemt, en waarvan de oprichting, krachtens een beslissing van de Ministerraad van 20 februari 1987, het tastbaar resultaat was van de besluiten van het symposium. In zijn inleidende toespraak had de eerste minister Martens immers verklaard:

«De vragen die rijzen zijn dermate complex dat men zich kan afvragen of de huidige gedachtenwisseling zal volstaan om aan de toekomstige taken het hoofd te bieden. (...)»

Het is de Staat als dusdanig, in al zijn geledingen, die voor de naleving van de internationale verplichtingen in de eerste plaats verantwoordelijk is.

Een eerste onderzoek van de vereisten om die verplichtingen na te komen zou dan ook kunnen leiden tot het besluit dat een permanent mechanisme voor de tenuitvoerlegging van het humanitair recht nuttig is.»

Buiten deze toespraak van de eerste minister, bevat de publikatie eveneens de toespraken van Z.K.H. Prins Albert, van de voorzitter van de Internationaal Comité van het Rode Kruis A. Hay, een openbare les door professor Suy en de inleidende en syntheseverslagen van de commissies: 1. «Beteugeling van de zware inbreuken», door J. Verhaegen en A. Andries; 2. «De invoering van juridische raadgevers bij de strijdkrachten», door G. Van Gerven en J. Elens; 3. «De verspreiding van het internationaal humanitair recht», door G. Genot en M. Van Coppenolle.

C. Bijdragen in Belgische tijdschriften

Studies verschenen in deel XXVII van het *Tijdschrift voor militair strafrecht en oorlogsrecht*:

- G. Gornig (Duitse Bondsrepubliek), «Die Erweiterung des Geltungsbereichs des humanitären Völkerrechts durch die Zusatzprotokolle zu den Genfer Konventionen»;

- A. Layeb (Algerije), «United Kingdom legislative control of mercenary activity - its effectiveness»;

- C. Van den Wijngaert (België), «Military offences, international crimes and the death penalty»;

- J. De Breucker (België), «Pour le quarantième anniversaire de la Déclaration des Droits de l'Homme»;
 - R. Dillmann (Duitse Bondsrepubliek), «Des rapports avec un militaire qui invoque sa conscience» (vertaling door G. Deglain en A. Andries);
 - G.S. Prugh (Verenigde Staten van Amerika), «Introduction to William Winthrop's 'Military Law and Precedents'»;
 - F. von Arnold (Zweden), «British Military Law and the Supervision of its Application»;
 - G. Van Gerven (België), «Les conséquences directes et indirectes des Conventions internationales relatives aux droits de l'homme sur les législations internes».
- Studies verschijnen in andere Belgische tijdschriften:
- P. Lemmens, «De invloed van het Europees Verdrag over de rechten van de mens op bepaalde aspecten van de strafprocedure in België», *R. W.*, 1988-89, 793-808, meer bepaald §3.3.4, «De onpartijdigheid in de militaire strafrechtspleging»;
 - F. Thomas, «De moeizame totstandkoming van het oorlogsstrafrecht in België», *Panopticon*, mei-juni 1989, 308-309.

D. Universitaire werken

Academiejaar 1987-1988:

- In de licentie in militaire en sociale wetenschappen aan de Koninklijke Militaire School, het werk van L. Goris, *Het begrip foltering in de rechtspraak van het Europees Hof voor de rechten van de mens*.

Academiejaar 1988-1989:

- In de School voor Criminologie van de Rijksuniversiteit te Gent, het werk van S. Horvat, *De ernstige inbreuken op het humanitair recht en de bestraffing ervan in België*;
- In de licentie in militaire en sociale wetenschappen aan de Koninklijke Militaire School, de werken van:
 - P. Cooman, *Onderscheid tussen combattanten en non-combattanten*;
 - E. De Clercq, *Repressie van de ernstige inbreuken op de Conventies van Genève (12 augustus 1949)*;
 - D. Geers, *De naleving van het recht der gewapende conflicten in de Golfoorlog*;
 - L. Lagaeyse, *Medische experimenten op krijgsgeschiedenissen*;
 - H. Olefs, *L'interdiction de l'emploi des armes massives (sic!) de destruction*;
 - M. Van Daele, *Het begrip «beschermde plaatsen» in het recht van de gewapende conflicten*.

E. Prijs voor Humanitair Recht van het Rode Kruis van België

Vlaamse Gemeenschap (1e uitgave)

Eerste Prijs: F. Buyssens voor zijn studie «Internationaal Humanitair Recht en algemene vernietigingswapens».

Tweede prijs: M. Elst voor zijn studie «De bescherming naar Internationaal humanitair recht van journalisten in oorlogszones».

Franse Gemeenschap (5de uitgave)

Eerste Prijs: niet toegekend.

Tweede Prijs: J.-L. Festeraerts voor zijn studie «La protection du médecin en cas de conflit armé».

III. Seminarie voor militair strafrecht en oorlogsrecht

Gedurende de sessie 1988-1989 hield het seminarie vier voltallige vergaderingen onder het voorzitterschap van de krijgsauditeur N. Van Winsen.

Op 21 oktober 1988 in de Prins Albertclub te Brussel: voorstelling van de besluiten van het XIe Congres van de Internationale Vereniging voor militair recht en oorlogsrecht:

- de nationale tenuitvoerlegging van het internationaal humanitair recht (Thema I) door de eerste substituut-krijgsauditeur Mine;
- de operaties van de Verenigde Naties ter handhaving van de vrede (Thema II) door substituut-auditeur-generaal Fobe.

Op 8 december 1988 bij het 1e bataljon Paracommando te Diest:

- voorstelling van het bataljon paracommando, zijn opdrachten en materieel, door kolonel Sbh Remacle;
- de opdracht van de Ace Mobile Force door majoor Savels en de noodzaak van de tussenkomst van het gerechtelijk element door de eerste substituut-krijgsauditeur Denaegel;
- de Dienst onderzoeken m.b.t. valschermongevallen door luitenant-kolonel Sbh Mertens en de rol van de krijgsauditeur door de eerste substituut-krijgsauditeur Mine.

Op 9 februari 1989 bij de mobilisatiedivisie te Saive:

- de mobilisatie van de landmacht door luitenant-kolonel Pauwels en majoor Torreken;
 - de mobilisatie van het militair gerecht door de eerste advocaat-generaal Andries en de advocaat-generaal Marckx;
 - het militair strafrecht, de rechtspleging en de bevoegdheid van het militair gerecht in oorlogstijd, door de eerste substituut-krijgsauditeurs De Vidts en Moulu.
- Op 26 mei 1989 in het Koninklijk Legermuseum:
- geschiedenis van het militair gerecht door de substituut-krijgsauditeur Genicot;
 - voorstelling van de eerste fotografische archieven bijeengebracht door de documentatiedienst van het auditoraat-generaal (met vertoning van diapositieven) door de eerste advocaat-generaal Andries.

IV. Rechtspraak

Algemeenheden

In 1988 werden door de verschillende krijgswetten 2876 vonnissen en door het Militair Gerechtshof 262 arresten geveld.

De Franse versie van deze kroniek 1987-1988, opgesteld door dezelfde auteurs, verscheen in het novembernummer van de *Revue de droit pénal et de criminologie*.

A. Militair strafrecht

1. *Postverlating als schildwacht (Mil. Sw., art. 24) – Constitutieve bestanddelen.* Om strafbaar te zijn moet de dronken (of slapende) schildwacht ook in die toestand «gevonden worden». Dit laatste is, zoals uit de termen van de strafbaarstelling blijkt, een constitutief element van het misdrijf (Mil. Ger., 29 juni 1988, onuitg.).

2. *Idem – Onverenigbaarheid van de taak van officier met wachtdienst of van postoverste met die van schildwacht.*

De taak van officier met wachtdienst, zoals deze omschreven wordt door de Instructie betreffende de Inwendige Dienst, nrs. 44 en 45, is onverenigbaar met die van schildwacht, omschreven in de nrs. 50 tot 55 van dit reglement. Hetzelfde geldt voor de taak van postoverste, zoals die omschreven is in de nrs. 46 en 47 van dit reglement (Mil. Ger., zelfde arrest, onuitg.).

3. *Desertie (Mil. Sw., art. 45) – Moreel bestanddeel.* De desertie vereist geen enkel bijzonder opzet. Het algemeen opzet volstaat (Mil. Ger., 28 september 1988 (onuitg.)).

Het betreft hier een gevestigde rechtspraak: zie b.v. Chr., *R.D.P.*, 1954-55, 921, waar verwezen wordt naar Cass., 15 maart 1909, *Pas.*, 1909, I, 180. Voor een kritiek van deze opvatting, wat de gebruikte terminologie betreft («algemeen opzet», «bijzonder opzet»), zie Kroniek 1982, *R.W.*, 1983-84, nr. 4, 962-963.

4. *Overtreding van buitenlandse wetsbepalingen (Mil. Sw., art. 57bis) – Besturen van een voertuig onder invloed van de drank – Bloedproef.* Wanneer naar aanleiding van een overtreding van een vreemde staat (in het onderhavige geval de Duitse Bondsrepubliek) die het besturen van een voertuig onder invloed van de drank bestraft, de vaststelling van deze overtreding werd uitgevoerd op vordering van een Belgische overheid (ter zake de provoostdienst), zijn de bepalingen van de Belgische wet ten aanzien van de ademtest en de bloedproef van toepassing. Dit is met name het geval voor het koninklijk besluit van 10 juni 1959, waarvan artikel 9 de kennisgeving oplegt aan de persoon van wie het bloed is afgenomen, van de uitslag van de ontleding van dit bloed; het gebrek aan kennisgeving schendt het recht van verdediging (Mil. Ger., 26 april 1988, onuitg.; zie ook Kroniek 1983, *R.W.*, 1984-85, 1071).

B. Algemene beginselen van strafrecht, toegepast door de militaire rechtscolleges

5. *Rechtvaardigingsgrond. Bevel van de meerdere (Sw., artt. 70, 152 en 260).* Artikel 70 van het Strafwetboek maakt van het bevel van de overheid slechts een rechtvaardigingsgrond voor zover het feit van de telastlegging door de wet voorgeschreven (of ten minste toegelaten) werd; dit betreft hetzij de rechtstreekse daad van degene die door de wet gemachtigd is om die daad te stellen, hetzij de daad van de met de tenuitvoerlegging belaste agent die handelt krachtens een overeenkomstig de wet gegeven bevel van zijn meerdere.

Artikel 152 van het Strafwetboek betreft slechts de door openbare ambtenaren gepleegde inbreuken op de door de Grondwet gewaarborgde rechten. Voorschriften die een rijkswachter, die belast is met de begeleiding van een konvooi, toestaan de door het verkeersreglement opgelegde snelheidsbeperkingen niet in acht te nemen, zijn volledig vreemd aan deze materie.

Dergelijke voorschriften hebben tot doel te zorgen voor het toezicht op en de bescherming van het konvooi. Zij verplichten de betrokkene niet, noch verlenen zij hem het recht om risico's te nemen die hetzij een ongeval kunnen veroorzaken, hetzij de opdracht zelf in gevaar kunnen brengen.

De in artikel 260 van het Strafwetboek vermelde rechtvaardigingsgrond kan door de uitvoerder niet ingeroepen worden wanneer hij het door zijn meerdere gegeven bevel overtreden heeft (Mil. Ger., 24 januari 1989, onuitg.; voor

het laatste punt zie ook Cass., 26 februari 1934, *Pas.*, 1934, I, 174).

6. *Eenheid van opzet (Sw., art. 65).* Er is stuiting van de eenheid van opzet met betrekking tot feiten van desertie telkens als de verdachte beslist een einde te maken aan zijn onwettige toestand. Het is onjuist te beweren dat de eenheid van opzet enkel gestuit wordt door een vonnis dat in kracht van gewijsde is gegaan (Mil. Ger., 29 maart 1989, onuitg.).

In casu had de betrokkene gedeserteerd op 8 augustus 1988 en had hij, door zich vrijwillig bij zijn eenheid aan te melden op 17 oktober 1988, aan deze desertie een einde gemaakt. Hij recidiveerde op 15 november 1988, terwijl de desertie van augustus tot oktober 1988 pas werd gevonnist op 16 januari 1989, en riep dan het feit in dat er eenheid van opzet bestond omdat de eerste desertie nog niet het voorwerp had uitgemaakt van een in kracht van gewijsde gegaan vonnis op het tijdstip van de tweede.

Het hof verwierp deze stelling, die blijkbaar steunde op een verwarring tussen de eenheid van opzet, waarover de feitenrechter krachtens een standvastige rechtspraak (zie bv. Cass., 8 januari 1985, *Pas.*, 1985, I, 528) op onaantastbare wijze in feite oordeelt, en het vereiste dat voor een veroordeling wegens desertie bij herhaling de veroordeling wegens de voorgaande feiten in kracht van gewijsde moet zijn gegaan op het tijdstip van het plegen van de nieuwe feiten (zie bv. Cass., 17 juni 1980, *Arr. Cass.*, 1979-80, 1299).

C. Algemeen strafrecht

7. *Diefstal – Verzwarende omstandigheid – Valse sleutel (Sw., artt. 461, 467 en 487).* Aan de in artikel 487 van het Strafwetboek gestelde voorwaarden opdat het gebruik van valse sleutels een verzwarende omstandigheid kan zijn, is niet voldaan wanneer de door de beklaagden gebruikte haaksleutels en sleutel van een hangslot uitsluitend gediend hebben om contact te maken, de motoren te doen starten en de voertuigen op gang te brengen, en niet om deze te openen (Mil. Ger., 20 september 1988, *Jur. Liège M.B.*, 1989, 322; zie ook Kr. te Velde A, 23 mei 1978, *Limb. Rechtsleven*, 1978, 213).

8. *Aanranding der eerbaarheid (Sw. artt. 373, 374) – Constitutieve bestanddelen – Begin van uitvoering – Verrassing.* Het gebaar waarmee de beklaagde zijn hand rechtstreeks in het sweatshirt van het slachtoffer stak – zelfs indien hij haar borsten niet heeft kunnen aanraken – volstaat om te besluiten dat de daad gepleegd werd «corpori a corpore», daar de kledingstukken die door een persoon gedragen worden ten einde zijn eerbaarheid te beschermen in zekere mate een geheel vormen met zijn lichaam; het feit te pogen een deel van het lichaam te ontbloten dat door de eerbaarheid beschermd wordt, is een aanranding van deze eerbaarheid.

Een dergelijke poging kan niet als een poging in de zin van de strafwet geïnterpreteerd worden, aangezien de aanranding bestaat zodra er een begin van uitvoering is.

De verrassing moet geacht worden gelijk te staan met geweld of bedreiging, wanneer ze plotseling en onverwacht is, ze het slachtoffer niet in de mogelijkheid stelt zich te onttrekken aan de oneerbare handelingen en vaststaat dat het slachtoffer weerstand zou hebben geboden indien het te bekwaamere tijd had kunnen optreden (Mil. Ger., 21 februari

1989, onuitg.; zie ook Mil. Ger., 27 oktober 1981, Kroniek 1982, *R.W.*, 1983-84, 967).

9. *Idem* – (Sw., artt. 372, tweede lid, en 377) – *Slachtoffer minder dan tien jaar oud – Dader bloedverwant in opgaande lijn*. De beslissing dat de verzwarende omstandigheid van geweld of bedreiging voortvloeit uit de morele dwang, uitgeoefend door een bloedverwant in opgaande lijn op een minderjarige van minder dan tien jaar, evenals uit de verrassing die deze minderjarige ervaren heeft, ontkracht de betekenis van artikel 372, tweede lid, van het Strafwetboek niet, want er bestaat geen enkel onweerlegbaar vermoeden dat het slachtoffer, wegens haar leeftijd, zich niet heeft kunnen verzetten tegen immorele en oneerbare handelingen van de dader van de feiten (Mil. Ger., 21 februari 1989, onuitg.).

Deze beslissing, ingegeven, zoals het hof onderstreept, door de concrete omstandigheden van de zaak, lijkt strijdig met de heersende rechtsleer en rechtspraak. De krijgsraad had beklaagde veroordeeld wegens aanranding der eerbaarheid *zonder geweld of bedreiging*, maar met de verzwarende omstandigheid dat de dader een bloedverwant in opgaande lijn was (Sw., art. 372, eerste lid). Het hof oordeelde dat er wel geweld was, wegens de morele dwang die op het slachtoffer werd uitgeoefend en wegens de door haar ervaren verrassing. Deze redenering lijkt in strijd met het onweerlegbaar vermoeden van de wet (zie Constant, *Manuel de droit pénal*, 2e partie, tome II, nr. 857, en Luik, 28 december 1942, *Pas.*, 1943, II, 52), krachtens welke de minderjarige van minder dan zestien jaar geen vrije en vrijwillige toestemming kan geven tegen oneerbare handelingen die op zijn persoon of met behulp van zijn persoon worden gepleegd, en men dus niet van hem of haar kan verwachten dat hij of zij zich zou verzetten tegen immorele en oneerbare handelingen. Door te herkwalficeren in aanranding der eerbaarheid *met geweld en bedreiging* en deze herkwalficatie te motiveren zoals in de vorige paragraaf vermeld, heeft het hof inderdaad de betekenis van Sw., art. 372, tweede lid, miskend. Naar onze mening dienden de feiten te worden gekwalficeerd op grond van Sw., art. 372, eerste lid, in verbinding met art. 377 (zie desaaangaande A. De Nauw, *Introduction au droit pénal spécial*, Story-Scientia, Brussel, 1987, nr. 405).

10. *Verkrachting* (Sw., art. 375) – *Slachtoffer minderjarig kind van minder dan tien jaar*. Zelfs wat daden van verkrachting betreft op een minderjarig kind van minder dan tien jaar, vordert de wet dat de geslachtsgemeenschap voltrokken werd (Mil. Ger., 21 februari 1989, onuitg. Zie ook J. Delva, *Aanranding van de eerbaarheid en verkrachting*, A.P.R., nr. 305).

11. *Onopzettelijke doding en onopzettelijk toebrengen van lichamelijke letsels* (Sw., artt. 418-420). Een militair begaat geen fout als, bij het hanteren van een geladen wapen, waarvan het gebruik is toegelaten op voorwaarde dat in de lucht geschoten wordt en dat de veiligheid van het wapen in geval van verplaatsing opstaat, een schot afaat ten gevolge van een niet bewust gewilde reactie tijdens een gevechtssimulatie. Een dergelijke handelswijze, die overeenstemt met die van een normaal voorzichtige en aandachtige deelnemer aan een militaire oefening, maakt het gebrek aan voorzichtigheid of voorzorg niet uit bedoeld in artikel 418 van het Strafwetboek (Mil. Ger., 9 november 1988, onuitg.).

De feiten waarover het hof diende te oordelen, hebben zich voorgedaan tijdens een gevechtssimulatie met oefenmunitie. Het gebruik van de wapens was onderworpen aan drie

voorwaarden: een veiligheidsafstand van ten minste 20 meter; tijdens de verplaatsingen het wapen steeds op veiligheid; 's nachts alleen in de lucht schieten.

Op een bepaald ogenblik, toen korporaal X, in de omgeving van zijn bivak, de beklaagde, onderluitenant Y, in de aanval op zijn stelling bemerkte, heeft hij deze van achter onderschept. Onderluitenant Y heeft zich dan totaal verrast omgekeerd, waarbij er plots drie patronen blanke munitie uit zijn wapen afgingen. Korporaal X werd hierdoor in de onderbuik gekwetst. De veiligheid van het wapen stond niet op, maar het hof stelde vast dat dit niet nodig was aangezien het geen verplaatsing betrof.

D. Organisatie en bevoegdheid van de militaire rechtscolleges

12. *Samenhang. Militair en burger* (Mil. Sv., art. 26). Wanneer enerzijds militairen, namelijk rijkswachters, voor de militaire rechter gedaagd zijn, en anderzijds deze militairen gelijktijdig een burger voor samenhangende feiten rechtstreeks voor de correctionele rechter hebben gedaagd, dan is krachtens artikel 26 van het Wetboek van Strafrechtspleging voor het leger de gewone rechter bevoegd (Mil. Ger., 26 mei 1988, onuitg.; zie ook Kroniek, 1982, nr. 23, in *R.W.*, 1983-84, 968).

E. Militaire strafrechtspleging

1) Rechten van de mens

13. *Onafhankelijkheid van de krijgsauditeur als voorzitter van de rechterlijke commissie*. De rechterlijke commissie is de «rechter of andere autoriteit» die door de wet bevoegd is verklaard om rechterlijke macht uit te oefenen (E.V.R.M., artikel 5.3).

De krijgsauditeur die de rechterlijke commissie voorziet, oefent de jurisdictionele functie van de onderzoeksrechter uit en is in de uitoefening van deze functie uiteraard onafhankelijk.

Krachtens artikel 76 van het Wetboek van Strafrechtspleging voor het leger wordt enkel het ambt van openbaar ministerie, en niet de functie van voorzitter van de rechterlijke commissie door de krijgsauditeur uitgeoefend onder het toezicht en de leiding van de auditeur-generaal (Mil. Ger., 18 februari 1988, onuitg.; zie ook het arrest van 26 mei 1988 van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in de zaak Pauwels, §37, Kroniek 1987-1988, nr. 21, *R.W.*, 1988-89, 532-533).

14. *Idem. Krijgsauditeur die als onderzoekend magistraat optreedt en in een latere fase van het geding als vervolgende partij, door hoger beroep in te stellen tegen het vonnis van de krijgsraad. Schending van het E.V.R.M. Gevolgen*. De magistraat van het openbaar ministerie die hoger beroep instelt tegen een veroordelend vonnis, treedt op als vervolgende partij. Wanneer die magistraat in zijn hoedanigheid van voorzitter van de rechterlijke commissie in dezelfde zaak het gerechtelijk onderzoek heeft geleid, is er bij dezelfde magistraat cumulatie van de functies van vervolgende partij met die van rechter of magistraat die bevoegd is om de jurisdictionele macht uit te oefenen, en dit vormt een schending van artikel 6.1 van het verdrag, met betrekking tot de onpartijdigheid van de rechter.

De enkele daad van het instellen van hoger beroep houdt door haar aard een bedoeling tot vervolging in bij de magistraat die de akte ter zake ondertekent. Zelfs indien een dergelijke tussenkomst vanwege de magistraat die de rechterlijke commissie heeft voorgezeten, plaatsvindt na de uitspraak van het vonnis in eerste aanleg en zelfs indien de eerste rechter op het tijdstip van de uitspraak van het vonnis de latere nietigverklaring van sommige stukken van het dossier niet kon voorzien, en zelfs indien het vonnis slechts gedeeltelijk gegrond is op deze nietige stukken, wordt het bestreden vonnis in zijn geheel vernietigd wegens schending van door de wet op straffe van nietigheid voorgeschreven pleegvormen. In dat geval trekt het militair gerechtshof de zaak tot zich en doet uitspraak over de zaak zelf; het houdt alleen rekening met de stukken van het dossier die niet uit de debatten zijn geweerd (Mil. Ger., 21 februari 1989, onuitg.; zie ook Mil. Ger., 18 december 1985, *J.T.*, 1986, 370, en *Kroniek* 1985, *R.W.*, 1986-87, 640).

15. *Idem. Tuchtvordering tegen de militaire magistraat wegens feiten gepleegd in zijn hoedanigheid van voorzitter van de rechterlijke commissie. Bevoegdheid.* De eerste voorzitter van het militair gerechtshof is bevoegd om de tuchtvordering in te stellen ten laste van een militair magistraat uit hoofde van feiten die een «verzuim van zijn ambtsplichten en/of afbreuk aan de waardigheid van zijn ambt» vormen (Ger. W., art. 404) met betrekking tot een onderzoek dat hij leidt als voorzitter van de rechterlijke commissie.

Deze beslissing van de eerste voorzitter van het militair gerechtshof gaat in op vorderingen van de auditeur-generaal die o.m. luiden als volgt:

«De krijgsauditeur die de rechterlijke commissie voorziet, oefent de jurisdictionele functie van een onderzoeksrechter uit en is in de uitoefening van deze functie uiteraard onafhankelijk (Cass., 22 juni 1982, *R.W.*, 1982-83, 1115);

Krachtens artikel 76 van het Wetboek van Strafrechtspleging voor het leger wordt enkel het ambt van openbaar ministerie van de krijgsauditeur uitgeoefend onder het toezicht en de leiding van de auditeur-generaal (Mil. Ger., 18 februari 1988, onuitg.; cf. nr. 13).

Uit hetgeen voorafgaat vloeit voort dat de auditeur-generaal geen tuchtrechtelijke bevoegdheid kan uitoefenen ten opzichte van een magistraat van zijn ambt uit hoofde van feiten die gepleegd werden naar aanleiding van het stellen van onderzoeksdaden, al dan niet met de rechterlijke commissie. Het uitoefenen van een dergelijke bevoegdheid zou inderdaad gelijkstaan met daden van inmenging van het openbaar ministerie in het gerechtelijk onderzoek, en zou tegenstrijdig zijn met het principe van de onafhankelijkheid van de militaire magistraat in zijn hoedanigheid van onderzoeksmagistraat.

Daar het anderzijds ondenkbaar is dat een magistraat in de uitoefening van zijn functie aan iedere tuchtrechtelijke bevoegdheid onttrokken zou zijn, zal men in het onderhavige geval het gemene recht toepassen, krachtens het door de rechtsleer en de rechtspraak algemeen erkende principe volgens hetwelk in geval van leemte in het Wetboek voor de Rechtspleging bij de landmacht van 1814 of het Wetboek van Strafrechtspleging voor het leger het gemene recht van toepassing is (zie bv. noot ondertekend R.H. onder Cass., 8 april 1946, *Pas.*, 1946, I, 143).

In dit geval wordt het gemene recht gesteld door de artikelen 409 tot 413 en 417 tot 427 van het Gerechtelijk Wetboek.

16. *Idem. Onttrekking van een zaak aan een militair magistraat in zijn functie van voorzitter van de rechterlijke commissie. Bevoegdheid.* De militaire magistraat die optreedt in zijn functie van voorzitter van de rechterlijke commissie is, bij de uitoefening van de jurisdictionele functie van een onderzoeksrechter, onttrokken aan de leiding van de auditeur-generaal; daaruit vloeit voort dat het niet tot de ambtsbevoegdheid van de auditeur-generaal behoort om de zaak aan deze magistraat te onttrekken.

Het militair gerechtshof is bevoegd om inzake gerechtelijke onderzoeken uitspraak te doen zoals het behoort over de vordering van de auditeur-generaal ingevolge artikel 235 van het Wetboek van Strafvordering; deze bevoegdheid houdt in dat het hof de macht heeft om het onderzoek tot zich te trekken en een andere onderzoeksrechter aan te stellen na de zaak onttrokken te hebben aan de magistraat die er oorspronkelijk mee belast was (Mil. Ger., 8 november 1988, *J.T.*, 1989, 355, met noot G. Kirschen, waarin wordt onderstreept dat «la séparation des fonctions d'instruction et de poursuite en procédure pénale militaire et l'indépendance réelle du magistrat militaire dans ses fonctions juridictionnelles de juge d'instruction semblent maintenant assurées»).

De aangehaalde beslissing is inderdaad het sluitstuk van de richtlijnen van het auditoraat-generaal en de rechtspraak van het militair gerechtshof waardoor de dualiteit van de functies van de krijgsauditeur als onderzoekend magistraat en als lid van het openbaar ministerie, die door de wet nog steeds mogelijk wordt gemaakt, *de facto* wordt opgeheven (zie *Kroniek* 1984, *R.W.*, 1985-86, 432-433; *Kroniek* 1985, *R.W.*, 1986-87, 640-641, en F. Grolé, «Actuele problemen van de militaire strafrechtspleging», in *Militair en Humanitair Recht*, F. Grolé en F. Thomas (red.), Kluwer Rechtswetenschappen, Antwerpen, 1987, 47-52). Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens heeft in zijn arrest van 26 mei 1988 in de zaak Pauwels met deze ontwikkeling van de militaire strafrechtspleging in België terdege rekening gehouden (zie *Kroniek* 1987-1988, *R.W.*, 1988-89, 532-533). Toch lijkt het nog altijd wenselijk de beginselen die ten grondslag liggen aan de praetoriaanse evolutie, die tijdens de afgelopen jaren heeft plaatsgehad, in de wet te verankeren. Het auditoraat-generaal heeft op 21 juni 1988 een voorontwerp van wet dienaangaande aan de minister van Justitie toegezonden.

17. *Idem. Interpellatie van een verdachte door een magistraat van het auditoraat-generaal om tot zijn verhoor over te gaan.* Het feit, voor een magistraat van het auditoraat-generaal, om een verdachte te interpellieren met de bedoeling tot zijn verhoor over te gaan is geen daad van vervolging die onverenigbaar zou zijn met de uitoefening van de onderzoeksoverdracht van deze magistraat als voorzitter van de rechterlijke commissie (Mil. Ger., 11 oktober 1988, *Journal des Procès*, 4 november 1988, 30-31, met noot J.-M. Dermagne; zie verder nr. 21).

18. *Idem. Onafhankelijkheid van de militaire rechtscolleges.* De dienstplichtige die nalaat het statuut van gewetensbezwaarde aan te vragen, die zich schikt naar de verschillende formaliteiten die zijn verbonden aan het vervullen van de dienstplicht en die de vrijstelling van de actieve dienst wei-

gert, heeft zelf een toestand in het leven geroepen waardoor hij, bij weigering om zich naar het opleidingscentrum te begeven om zijn dienstplicht te vervullen, uiteindelijk verwezen werd naar de militaire rechtscolleges, waarbij hem desertie ten laste werd gelegd. Hij kan zich niet beklagen over een toestand die hij door zijn toedoen in het leven heeft geroepen en kan er zich evenmin op beroepen slachtoffer te zijn van een schending van artikel 6, met name de objectieve en onpartijdige aard van de militaire rechtbanken die zijn zaak onderzoeken.

De eis van onafhankelijkheid van een rechter houdt niet noodzakelijkerwijze in dat hij voor het leven benoemd is, noch dat hij in rechte onafzetbaar is (met andere woorden, dat hij zonder zijn toestemming geen andere aanstelling kan krijgen); het feit dat de militaire leden van de militaire rechtscolleges voor zittingen van één maand worden aangesteld en maar onafzetbaar zijn tijdens de duur van hun mandaat, maakt het niet mogelijk eraan te twifelen of de krijgsraad en het Militair Gerechtshof wel een onafhankelijke en onpartijdige rechtbank zouden zijn geweest in de zin van artikel 6.1 van het E.V.R.M.

Zelfs indien zij als militair onderworpen zijn aan het gezag van hun meerderen in hun respectievelijk korps, zijn de militaire leden van de militaire rechtscolleges, wanneer zij als rechter zitting hebben, aan niemand verantwoording verschuldigd wat de wijze betreft waarop zij recht spreken. Zij zijn immers bij de uitoefening van hun rechterlijke functies aan geen enkele overheid onderworpen en deze hebben voorrang op alle andere militaire diensten, behalve in de gevallen van hogere macht (Mil. Sv., art. 148). Hun onafhankelijkheid wordt eveneens beschermd door het feit dat het aandeel van ieder der leden in de besluitvorming onbekend blijft vanwege de collegiale aard van deze besluitvorming en vanwege de verplichting van de leden om krachtens hun eed niets openbaar te maken van hun deliberaties.

De voorwaarde dat de zaak slechts aanhangig kan worden gemaakt bij de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens nadat de interne rechtsmiddelen volledig uitgeoefend zijn, is niet verwezenlijkt door het enkele feit dat verzoeker zijn zaak aan de verschillende bevoegde rechtbanken heeft voorgelegd. Het is ook nodig dat de voor de Commissie ingediende grief opgeworpen werd gedurende de bewuste rechtspleging (beslissing van de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens van 8 september 1988 over de ontvankelijkheid van het verzoekschrift nr. 12717/87 ingediend door Olivier Dupuis tegen België; zie ook Mil. Ger., 27 mei 1986, onuitg., Kroniek 1986-1987, *R.W.*, 1987-88, 488-489, en Cass., 24 juli 1986, *Arr. Cass.*, 1985-86, 1516).

2) Voorlopige hechtenis

19. *Verzoekschrift tot invrijheidstelling gericht tot het militair rechtscollege vóór dagvaarding. Omvang van het toezicht van het militair rechtscollege.* Het Militair Gerechtshof, waarbij vóór de dagvaarding over de zaak zelf door een verdachte die zich in voorlopige hechtenis bevindt een verzoekschrift tot invrijheidstelling aanhangig is gemaakt, dient binnen de grenzen van deze aanhangigmaking te beoordelen, niet alleen of de wettelijke voorwaarden voor het uitvoeren van een bevel tot aanhouding of voor de handhaving van de voorlopige hechtenis in acht zijn genomen, maar ook nog of de openbare veiligheid de toestand van voorlopige

hechtenis vereist, en of aan de zaak en aan de persoonlijkheid van de verdachte eigen gegevens nog ernstige en uitzonderlijke omstandigheden vormen die betrekking hebben op de openbare veiligheid.

Indien de aan de persoonlijkheid van de verdachte eigen gegevens de handhaving van diens voorlopige hechtenis niet langer wettigen, is het door hem ingestelde verzoek tot invrijheidstelling ontvankelijk en gegrond, zelfs indien de te laste gelegde feiten van die aard zijn dat ze de openbare veiligheid in het gedrang brengen (Mil. Ger., 8 februari 1989, onuitg.; zie ook Cass., 18 december 1985, *Arr. Cass.*, 1985-86, 581 en Kroniek 1985, *R.W.*, 1986-87, nrs. 22-26, 635, en F. Gorlé, o.c. [sub nr. 16], 36-46).

Op het eerste gezicht lijkt deze beslissing in strijd met de Hechteniswet, die hier bij analogie wordt toegepast, waar deze gewag maakt van «gegevens eigen aan de zaak of de persoonlijkheid van de verdachte», aangezien «een cumulatieve van beide niet is vereist» (zie Boutmans, E., *Voorlopige hechtenis*, Kluwer Rechtswetenschappen, Antwerpen, 1985, nr. 109). Het Hof baseerde de invrijheidstelling uitsluitend op de overweging dat de elementen eigen aan de persoonlijkheid van de verdachte de handhaving van de voorlopige hechtenis niet meer rechtvaardigen, «zelfs indien de feiten die hem ten laste gelegd worden van die aard zijn dat ze de openbare veiligheid in gevaar brengen». Deze formulering is op zijn minst ongelukkig te noemen, daar ze de indruk doet ontstaan dat bovenvermelde cumulatieve wel door de wet vereist is. Het Hof had er beter aan gedaan, indien het dan toch gewag maakte van een blijvend gevaar voor de veiligheid, uitdrukkelijk vast te stellen dat dit gevaar niet van die aard was, dat het beantwoordde aan de door de wet vereiste maatstaf, m.a.w. dat het niet de door de wet vereiste «ernstige en uitzonderlijke omstandigheden» uitmaakte.

20. *Idem. Nieuw verzoekschrift vóór het verstrijken van de termijn van hoger beroep tegen een vonnis dat uitspraak deed over een vorig verzoekschrift. Ontontvankelijkheid.* Het indienen van een nieuw verzoek tot invrijheidstelling gedurende de termijn van hoger beroep tegen een voorgaand vonnis dat uitspraak deed over een verzoek van dezelfde aard, terwijl de verdachte tegen dit vonnis geen hoger beroep heeft ingesteld en de grond van de zaak nog niet bij de krijgsraad aanhangig is gemaakt, is niet ontvankelijk, rekening houdend met het feit dat gezegd vonnis nog niet onherroepelijk is en met de omstandigheid dat verdachte geen enkel nieuw element inroept (Mil. Ger., 21 februari 1989, onuitg.).

Dit is een zeer gelukkige beslissing. Het mechanisme van toezicht over de voorlopige hechtenis in de militaire strafrechtspleging, dat in de loop der jaren door de rechtspraak is uitgewerkt op grond van de rechtstreekse toepassing van artikel 5.4 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en van een analogische toepassing van de Hechteniswet van 1874, verschaftte uiteraard generlei houvast wat betreft termijnen. Er waren desaanstaande reeds moeilijkheden gerezen juist met betrekking tot de termijn van hoger beroep tegen een vonnis dat uitspraak doet over een verzoekschrift tot invrijheidstelling. De gewone termijnen van hoger beroep (vijftien en vijftientwintig dagen) leken te lang inzake voorlopige hechtenis. Sommige krijgsraden hadden daarom hun beslissing uitvoerbaar verklaard bij voorraad, behoudens hoger beroep binnen 24 uur, doch, ofschoon het Hof van Cassatie deze praktijk in zijn arrest van 18 december 1985 (*R.D.P.*, 1986, 432) is bijgevalen, bleef dit een knel-

punt (zie F. Gorlé, o.c. [nr. 16] 45-46). De zoëven vermelde beslissing betekent reeds een vooruitgang in die zin dat het herhaalde, kort op elkaar volgende verzoekschriften uitsluit, terwijl anderzijds de aangehoudene er niet slechter aan toe is dan in de gewone rechtspleging, daar hij, indien hij geen hoger beroep heeft ingesteld tegen een vonnis waarbij zijn voorlopige hechtenis werd gehandhaafd, reeds na vijftien twintig dagen een nieuw verzoekschrift kan indienen, waardoor in de praktijk ook wat het tempo van het rechterlijk toezicht over de voorlopige hechtenis betreft («van maand tot maand», Hechteniswet, art. 5, tweede lid) de analogie met de Hechteniswet wordt doorgetrokken.

De problemen die rijzen wanneer de krijgsraad zijn vonnis uitvoerbaar bij voorraad verklaart niettegenstaande hoger beroep, blijven echter bestaan. Dit is een van de vele redenen waarom het auditoraat-generaal bij de minister van Justitie blijft aandringen op een wettelijke regeling van de voorlopige hechtenis in de militaire strafrechtspleging. Een voorontwerp van wet dienaangaande, dat steunt op de principes uiteengezet in F. Gorlé, o.c. (nr. 16), 44-45, werd op 21 juni 1988 aan de minister van Justitie overgezonden.

3) Huiszoeking

21. *Materiële en technische bijstand verleend door een buitenlands politiekorps.* De materiële en technische bijstand door een buitenlands politiekorps verleend tijdens een huiszoeking brengt geen schending van het geheim karakter van het onderzoek mede en maakt deze huiszoeking niet nietig (Mil. Ger., 11 oktober 1988, *Journal des Procès*, 4 november 1988, cf. s. nr. 17). Het cassatieberoep tegen dit arrest werd verworpen op 14 december 1988. Het betrof hier de tussenkoms van het Westduitse «Bundeskriminalamt» tijdens de huiszoeking bij een van spionage verdachte officier, die inmiddels door het militair gerechtshof werd veroordeeld. De noot van J.-M. Dermagne bevat o.m. de volgende passus: «En Belgique, on a cru trouver une parade (à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme) au moyen d'un subterfuge: il suffirait que le magistrat de l'auditorat qui exerce les poursuites devant les juridictions militaires ne soit pas la même personne que le magistrat du même auditorat qui a présidé la commission judiciaire, organe d'instruction (v. not., A. Andries, *Chronique annuelle de droit pénal militaire*, R.D.P., 1985, p. 904; Cour militaire, 18 décembre 1985, J.T., 1986, p. 370). Voici dont (sic) que le ministère public, toujours proclamé un et indivisible, se fragmente...».

Deze kritiek wordt o.i. op afdoende wijze weerlegd door het arrest van het Militair Gerechtshof van 8 november 1988 (cf. s. nr. 16). Het is wellicht niet overbodig te onderstrepen dat, zo de krijgsauditoraten inderdaad de diensten omvatten die normaal aan een parket toekomen, zij zich daartoe niet beperken daar zij een instelling *sui generis* vormen die ook onderzoeksorganen kent waarvan de werking door afzonderlijke wetsbepalingen worden beheerst.

4) Onafhankelijkheid van het openbaar ministerie

22. *Onderzoeksverrichting door de rechter opgelegd aan het openbaar ministerie. Onbevoegdheid. Gevolgen.* Het komt het vonnisgerecht niet toe, alvorens recht te doen, het openbaar ministerie te gelasten over te gaan tot een genees-

kundig onderzoek van beklaagde ten einde zich te vergewissen of deze al dan niet geschikt is voor het vervullen van zijn militaire dienst, en met dat doel de zaak *sine die* uit te stellen. Er bestaat immers een reglementaire procedure om de geschiktheid voor de militaire dienst te controleren, namelijk de Militaire Commissie voor Geschiktheid en Reform ingesteld door het koninklijk besluit van 5 november 1959; deze procedure moet ter zake toegepast worden. Het Militair Gerechtshof moet bijgevolg het vonnis alvorens recht te doen vernietigen.

De rechtsleer en de rechtspraak erkennen het beginsel van de onafhankelijkheid van het openbaar ministerie, ten gevolge waarvan het de rechter niet geoorloofd is het openbaar ministerie rechtstreeks of zijdelings bevelen of aanmaningen te geven om welke onderzoeksverrichtingen dan ook te doen uitvoeren; door aldus te handelen gaat hij zijn bevoegdheid te buiten.

Wanneer een vonnis alvorens recht te doen van de krijgsraad vernietigd wordt, evenals het vonnis dat over de zaak zelf beslist, moet het Militair Gerechtshof de zaak tot zich trekken en met toepassing van Sv., art. 215 zelf uitspraak doen (Mil. Ger., 25 augustus 1988, onuitg.).

5) Verstekprocedure

23. *Rechtstreeks vonnissen van een officier met een rang hoger dan die van kapitein.* Wanneer het Militair Gerechtshof «rechtstreeks» vonnist met toepassing van artikel 104, tweede lid, van het Wetboek van Strafrechtspleging voor het leger en de beklaagde niet verschijnt, wordt het arrest bij verstek gewezen. De regel die voortvloeit uit artikel 3 van de besluitwet van 27 januari 1916 is in dat geval niet toepasselijk. De buitengewone termijn van verzet begint te lopen vanaf het einde van de gewone termijn (Mil. Ger., 21 oktober 1987, *Pas.*, 1988, II, 42).

24. *Wijziging van de kwalificatie bij verstek van de beklaagde.* Het verstek van beklaagde ontslaat het hof niet van de plicht om aan de feiten hun juiste kwalificatie te geven; de verdachte kan eventueel, door verzet te doen, zijn verdedigingsmiddelen doen gelden en de wijzigingen van de kwalificatie betwisten (Mil. Ger., 20 september 1988, *Jur. Liège M.B.*, 1989, 322 [zie ook nr. 7] met een noot van G. Wailliez over «Le changement de qualification en procédure par défaut», met verwijzingen naar rechtsleer en rechtspraak). Met de inhoud van deze noot kan volledig ingestemd worden, op de passus na waarin de auteur op grond van artikel 2 van het Wetboek voor de Rechtspleging bij de landmacht staande houdt dat het recht om verstek te laten gaan in de militaire rechtspleging niet bestaat. Het is voorzeker juist dat deze bepaling door de wet van 25 juni 1921 betreffende de rechtspleging bij verstek voor de militaire rechtsmacht (*Codex Militaris*, 128) niet uitdrukkelijk is ingetrokken, maar wij blijven de mening toegedaan, wegens het beginsel dat het recht van verdediging van een militair in strafzaken niet minder uitgebreid mag zijn dan die van een justitiabele van de gewone gerechten, dat bewuste bepaling door de organisatie van een verstekprocedure voor het militaire gerecht die in alle opzichten afgestemd is op, en vergelijkbaar is met, die welke door de wet wordt bepaald in correctionele zaken, als impliciet opgeheven dient te worden beschouwd (zie Kroniek 1987-1988, R.W., 1988-89, 530).

6) Openbaarheid van de terechtzittingen

25. *Uitspraak van het Militair Gerechtshof als onderzoeksgerecht krachtens Sv., art. 235. Behandeling in raadkamer.* Wanneer het Militair Gerechtshof uitspraak inzake gerechtelijk onderzoek moet doen ingevolge artikel 235 Sv., moet het verwijzen naar de voor de hoven van beroep geldende rechtspleging, hoewel zijn interne organisatie niet voorziet in een kamer van inbeschuldigingstelling. Het is daarenboven verplicht het geheim van het onderzoek te vrijwaren.

In het licht van dit alles is het derhalve noodzakelijk dat de voorlezing van de vordering plaatsheeft in raadkamer,

zoals dat het geval is, voor de debatten voor hetzelfde hof, inzake jeugdbescherming (Mil. Ger., 8 november 1988, *J.T.*, 1989, 355; zie boven nr. 16).

Frits GORLÉ

Auditeur-generaal

*bij het Militair Gerechtshof
Hoogleraar aan de V.U.B.*

André ANDRIES

Eerste advocaat-generaal

bij het Militair Gerechtshof

DE NIEUWE WET INZAKE ZEE- EN BINNENVAART

Inleiding en korte historische schets

1. Het wetsontwerp van 29 juli 1988, bij de Kamer van Volksvertegenwoordigers ingediend door de ministers van Buitenlandse Betrekkingen, Verkeer en Justitie, betreft in de eerste plaats de goedkeuring en uitvoering van diverse internationale akten inzake de zeevaart (stuk 536/1 - 1988). Het omvat de memorie van toelichting, het advies van de Raad van State, het wetsontwerp zelf, en de tekst van de goed te keuren verdragen:

1) de Conventie inzake de wettelijke aansprakelijkheid op het gebied van het zeevervoer van nucleaire stoffen, opgemaakt te Brussel op 17 december 1971;

2) het Protocol bij het Internationaal Verdrag van 1969 op de burgerlijke aansprakelijkheid voor schade door verontreiniging door olie, opgemaakt te Londen op 19 november 1976;

3) het Verdrag betreffende de beperking van aansprakelijkheid inzake zeevorderingen, opgemaakt te Londen op 19 november 1976;

4) het Verdrag betreffende het vervoer over zee van passagiers en hun reisgoed, opgemaakt te Athene op 13 december 1974, en zijn Protocol, opgemaakt te Londen op 19 november 1976.

Op 13 december 1988 werd over dit wetsontwerp verslag uitgebracht in de Kamer namens de commissie van Buitenlandse Betrekkingen (stuk 536/2-1988). Het verslag dat uitgebracht werd door de Commissie in de Senaat is volstrekt onbelangrijk (stuk 544/2-1988/89).

Door de wet van 11 april 1989 worden deze verdragen goedgekeurd en in ons intern recht opgenomen, maar terzelfder tijd worden de nodig geachte uitvoeringsmaatregelen in de wetgeving ingelast. De wet is in het Belgisch Staatsblad verschenen op 6 oktober 1989, samen met de verdragen.

Wij beperken de bespreking van de nieuwe wet hier tot de belangrijke bepalingen inzake de beperking van aansprakelijkheid voor zeevorderingen (Verdrag van Londen 19 no-

vember 1976)¹, de wijzigingen in boek II van het Wetboek van Koophandel, en de nieuwe bepalingen die voorkomen in de artikelen 10 tot 18 van de wet van 11 april 1989.

2. Zoals men weet mocht de scheepseigenaar vroeger zijn aansprakelijkheid in bepaalde gevallen beperken door zijn schip en zijn vracht aan de schuldeisers af te staan (abandonprocedure - Consulat de la Mer - Ordonnance de la Marine 1681 - Wetboek van Koophandel 1809 - wet van 1879).

Na de Conferentie van Venetië in 1907 werd door de Belgische wet van 1908 aan de scheepseigenaar drie mogelijkheden gelaten: abandon van het schip, betaling van de waarde van het schip of betaling van een vergoeding van 200 fr. per ton.

Door het Internationaal Verdrag van Brussel van 25 augustus 1924 werd definitief afgezien van de mogelijkheid van elk abandon in natura. België heeft enerzijds dit verdrag geratificeerd bij de wet van 20 november 1928 (*B.S.*, 12 juni 1931) en tevens de nationale wetgeving aangepast aan dit verdrag bij de wet van 28 november 1928 (*B.S.*, 11 januari 1929). De artikelen 46 en volgende van de Zeewet hebben de principiële bepalingen van het verdrag overgenomen².

Maar het Verdrag van Brussel van 10 oktober 1957 verbeterde het Verdrag van 1924 en zag af van elk abandon in waarde om slechts in een beperking van aansprakelijkheid te voorzien tot een forfaitair bedrag, berekend in «Franc Poincaré» volgens de tonnenmaat van het schip. Dit Verdrag van 10 oktober 1957 werd goedgekeurd door de wet van 18

¹ Zie, voor de bespreking van het verdrag zelf, M.A. HUYBRECHTS, «Het Verdrag over de beperking van aansprakelijkheid inzake maritieme schuldvorderingen, ondertekend te Londen op 19 november 1976», *Liber Amicorum Lionel Tricot*, 1988, 325.

² I. DE WEERDT, «De aansprakelijkheid van de scheepseigenaar naar Belgisch en Nederlands recht - Overzicht van rechtspraak 1976-1984», *T.B.H.*, 1986, 414, nrs. 1-5.

juli 1973 (*B.S.*, 26 januari 1976) en trad in België in werking op 31 januari 1976 ³.

3. Op 23 februari 1968 werd te Brussel een Protocol opgemaakt, houdende wijziging van het Verdrag van Brussel van 25 augustus 1924. Dit Protocol werd goedgekeurd door de wet van 28 augustus 1978 (*B.S.*, 23 november 1978). Het Protocol is van kracht geworden op 23 juni 1977, voor België op 6 december 1978. Het werd niet in onze interne wetgeving opgenomen vóór de wet van 11 april 1989 ⁴.

De voornaamste wijzigingen aangebracht in het Verdrag van 1924 door het Protocol van 23 februari 1968 (*Regels van Visby*) zijn:

a) Het Verdrag van 1924 bepaalt dat de vervoerder, na ontvangst van de goederen, aan de afzender op diens verzoek een *cognossement* moet afgeven. Dit *cognossement* geldt als *prima facie* bewijs van ontvangst van de goederen zoals ze in het *cognossement* worden beschreven. Het Verdrag zegt niets over de bewijskracht van het *cognossement* jegens de derde-houder te goeder trouw. Een strikte interpretatie van artikel 3, § 4, leidt ertoe dat de vervoerder ook tegen de derde-houder het tegenbewijs mag leveren.

De Visby-Rules bepalen nu dat tegenbewijs niet is toegelaten wanneer het *cognossement* is overgedragen aan de derde-houder te goeder trouw (art. 1.1). Deze bepaling zal de betekenis van het *cognossement* als waardepapier vergroten.

b) Artikel 2 van het Protocol vervangt artikel 4, § 5, van het Verdrag van 1924 en stelt de aansprakelijkheidsgrens van de vervoerder en het schip vast op een maximumbedrag van 10.000 fr. per collo of eenheid of 30 fr. per kilogram brutogewicht, met dien verstande dat het hoogste bedrag in aanmerking wordt genomen (art. 2, a). De frank betreft de Franc Poincaré (65,5 milligram goud van een gehalte van 900/1000 fijn; (art. 2, d).

c) Het totaal verschuldigd bedrag wordt berekend op basis van de waarde die de goederen hebben op de plaats waar en op de dag waarop, volgens de vervoerovereenkomst, de goederen aan land zijn gezet of behoorden te worden gezet (art. 2,b).

d) Wanneer een container, een palet of een dergelijk tuig wordt gebruikt, wordt elke collo of eenheid, welke volgens het *cognossement* dat tuig omvat, beschouwd als collo of eenheid. Buiten deze gevallen wordt het tuig als collo of eenheid beschouwd (art. 2, c).

e) Geen beperking van aansprakelijkheid indien bewezen is dat de vervoerder heeft gehandeld of nagelaten te handelen met het «inzicht» schade te berokkenen, of op zodanige wijze dat hij aan het ontstaan van de schade zware schuld heeft (Franse tekst: «soit téméairement et avec conscience qu'un dommage en résulterait probablement»; art. 2, e).

f) Het Protocol voegt ook nieuwe bepalingen toe, nl. dat de ontheffingen en beperkingen van aansprakelijkheid gelden voor elke vordering tegen de vervoerder, ingesteld op grond van contractuele of niet-contractuele aansprakelijk-

heid (art. 3.1) en anderzijds dat ook de aangestelde van de vervoerder een beroep kan doen op de ontheffingen en beperkingen die de vervoerder zelf kan invoeren (artt. 3.2 en 3.4).

g) De Regels van Visby bevatten ook bepalingen nopens de verjaring (art. 1.2), de termijn voor het instellen van een regresvordering (art. 1.3) en de geldigheid van de aangifte van de aard en waarde van de goederen in het *cognossement* door de inlader (art. 2, f en h).

4. Een tweede Protocol houdende wijziging van het Internationaal Verdrag werd opgemaakt op 21 december 1979 en goedgekeurd door de wet van 17 augustus 1983 (*B.S.*, 22 november 1983). Dit Protocol vervangt de verwijzingen naar de Franc Poincaré door referenties naar de Speciale Trekkingsrechten zoals omschreven door het Internationaal Monetair Fonds. Het is in België in werking getreden op 14 februari 1984.

5. Het Belgisch Wetboek van Koophandel (o.a. de artt. 46 e.v. Zeewet) werd niet aangepast aan het Verdrag van 1957, noch aan de Protocols van 1968 en 1979. Maar het Verdrag van Londen van 19 november 1976 vervangt het Verdrag van 25 augustus 1924 en het Verdrag van Brussel van 10 oktober 1957, die «in zoverre buiten werking treden» (art. 17.4). De nieuwe wet van 11 april 1989 wijzigt o.m. art. 91 van de Zeewet om het in overeenstemming te brengen met de wijzigingen van het Verdrag van 25 augustus 1924. Deze wijzigingen zijn reeds toepasselijk in België door de ratificatie van het Protocol van 1968 (*Regels van Visby*) door de wet van 28 augustus 1978, en van het Protocol van 21 december 1979 door de wet van 17 augustus 1983 (memorie van toelichting, 536/1-1988, p. 8). Ondanks het feit dat het Verdrag en de Protocols niet in de interne Belgische wetgeving werden opgenomen, zijn hun bepalingen zonder twijfel van toepassing op de zeeschepen wegens de *primauteit* van de door België goedgekeurde internationale conventies op de bepalingen van het interne recht die daarmee strijdig zouden zijn ⁵.

6. De Verdragen van 1924 en 1957 zijn echter niet toepasselijk op de binnenvaart, en artikel 273 van de Zeewet verwijst naar de artt. 46 e.v. van die wet, zodat de eigenaar van een binnenschip in principe sinds 1929 zijn aansprakelijkheid kon beperken tot de waarde van het schip, de vracht en het toebehoren in de acht gevallen omschreven door art. 46, § II, terwijl hij in de vijf eerste gevallen ook een bij de wet bepaald forfaitair bedrag mocht aanbieden ⁶.

Zoals gezegd werd de interne wetgeving niet aangepast aan het Verdrag van 1957, zodat de artt. 46 e.v. van toepassing bleven tot op heden op de binnenvaart, hoewel dient te worden opgemerkt dat de Binnenscheepvaartwet op bepaalde punten afwijkt van de oude Zeewet ⁷.

7. Het Verdrag van Londen van 19 november 1976 beperkt de aansprakelijkheid van de scheepseigenaar, de reder, de reder-exploitant, de hulpverlener tijdens reddingsoperaties en hun aangestelden. Ook de verzekeraar van deze per-

³ L. TRICOT, «Het zeerecht morgen», *R.W.*, 1987-88, 1419, nr. 4.

⁴ Zie, voor de bespreking van de Regels van Visby, R. ROLAND, «Het Brussels Cognossementsverdrag en het Protocol van 23 februari 1968», *Recht in beweging*, II, 1973, 807; R. CLETON, *De totstandkoming van de Hague Rules en de Visby Rules*, 1979; R. WIJFFELS, *De beperking van aansprakelijkheid in de Regelen Den Haag-Visby*, 1979.

⁵ R. HAYOIT de TERMICOURT, «Conflict tussen verdrag en interne wet», *R.W.*, 1963-64, 732; J. MERTENS de WILMARS, «Wet, verdrag en gemeenschapsregels», *Recht in Beweging*, 1973, 717.

⁶ L. TRICOT, *op. cit.*, 1419, nr. 5; I. DE WEERDT, *op. cit.*, 419, nrs. 27-29.

⁷ I. DE WEERDT, *op. cit.*, 419, nr. 30.

sonen mag dezelfde beperking van aansprakelijkheid inroepen.

Er dient op te worden gewezen dat de scheepseigenaar in principe onbeperkt aansprakelijk is. Slechts in de gevallen bepaald door het verdrag / de wet zal hij zijn aansprakelijkheid mogen beperken.

De voornaamste vorderingen waarvoor de scheepseigenaar de beperking van aansprakelijkheid kan inroepen zijn schuldvorderingen met betrekking tot overlijden of lichamelijk letsel, schade of verlies van zaken, het vernietigen of onschadelijk maken van wrakken, gestrande of verlaten schepen en hun lading. De schuldvorderingen voortvloeiend uit de hulp en berging van het schip, uit schade veroorzaakt door koolwaterstoffen (hydrocarbures) en uit nucleaire schade zijn de voornaamste vorderingen die niet onder bepalingen van het Verdrag van 1976 vallen (zie nr. 10).

Ook kan de beperking van aansprakelijkheid niet ingeroepen worden als de schade veroorzaakt is door handelingen met het doel schade te veroorzaken, of door *roekeloosheid* (zie nr. 10, f).

De beperking van aansprakelijkheid wordt dus door het verdrag bepaald, maar de aansprakelijkheid zelf blijft geregeld door de nationale wetgevingen van de onderscheiden landen (memorie van toelichting, stuk 536/1-1988, p. 3, nr. 3).

De aansprakelijkheid van de scheepseigenaar voor dood of lichamelijk letsel wordt beperkt tot een bepaald bedrag, uitgedrukt in rekeneenheden, dat verhoogd wordt volgens de grootte van het schip. Zijn aansprakelijkheid voor materiële schade wordt afzonderlijk op analoge wijze beperkt.

Wanneer de bedragen bepaald voor vorderingen voor dood of persoonlijk letsel onvoldoende zijn om die schuldvorderingen volledig te regelen, zal het onbetaald gedeelte pondspondsgewijs vergoed worden samen met de zaakschade. Een Staat mag in zijn nationale wetgeving bepalen dat de vorderingen wegens de schade toegebracht aan kunstwerken van havens, dokken of waterwegen en aan navigatiehulpmiddelen *voorrang* zullen hebben op vorderingen voortvloeiende uit andere zaakschaden (art. 6.3 LLMC 1976).

De Verdragsluitende Staten mogen in hun interne wetgeving bepalen welk aansprakelijkheidsregime van toepassing zal zijn op schepen die bestemd zijn om de binnenwateren te bevaren en voor zeeschepen kleiner dan 300 ton. De wet maakt in art. 9 in principe het verdrag van toepassing voor de binnenschepen (zie nr. 26).

LLMC 1976

8. Het Verdrag inzake beperking van aansprakelijkheid voor maritieme vorderingen, ondertekend te Londen op 19 november 1976 (afgekort: *LLMC 1976* = Limitation of Liability for Maritime Claims) bepaalt dat scheepseigenaars en redders («assistants») hun aansprakelijkheid kunnen beperken voor de in art. 2 van het verdrag genoemde vorderingen. Onder «scheepseigenaar» wordt verstaan de eigenaar, de bevrachter en de beheerder van een zeeschip, alsmede degene in wiens handen de exploitatie van een zeeschip is gelegd (art. 1.2).

Onder «redder» wordt verstaan iedere persoon die diensten heeft bewezen rechtstreeks verband houdende met hulpverleningswerkzaamheden, mede bedoeld in art. 2.1, d, e en f (art. 1.3).

Indien een van de vorderingen bedoeld in art. 2 wordt ingesteld tegen een persoon voor wiens handeling, onachtzaamheid of nalatigheid de scheepseigenaar of redder aansprakelijk is, is de persoon gerechtigd zich te beroepen op de beperking van aansprakelijkheid bedoeld in het verdrag (art. 1.4).

De aansprakelijkheid van een scheepseigenaar omvat mede de aansprakelijkheid die voortvloeit uit een tegen het schip zelf ingestelde rechtsovereenkomst (art. 1.5).

Een verzekeraar die de aansprakelijkheid dekt voor vorderingen waarvoor overeenkomstig de regels van het verdrag beperking geldt, kan op die beperking in gelijke mate een beroep doen als de verzekerde zelf (art. 1.6).

Het beroep op beperking van aansprakelijkheid houdt *geen erkenning* van aansprakelijkheid in (art. 1.7).

9. Ongeacht de grondslag van de aansprakelijkheid, zijn de volgende vorderingen krachtens art. 2 LLMC 1976 vatbaar voor beperking van aansprakelijkheid:

a. vorderingen met betrekking tot dood of letsel dan wel verlies of beschadiging van zaken (ook beschadiging van kunstwerken van havens, dokken en waterwegen, alsmede hulpmiddelen bij de navigatie), ontstaan aan boord van of in rechtstreeks verband met de exploitatie van het schip of met hulpverleningswerkzaamheden, alsmede daaruit voortvloeiende schade;

b. vorderingen m.b.t. schade voortvloeiend uit vertraging bij het vervoer over zee van lading, passagiers of hun bagage;

c. vorderingen m.b.t. andere schade die voortvloeit uit inbreuk op *andere rechten* dan rechten uit overeenkomst, en die ontstaat in rechtstreeks verband met de exploitatie van het schip of hulpverleningswerkzaamheden;

d. vorderingen m.b.t. het volbrengen, verwijderen, vernietigen of onschadelijk maken van een gezonken, vergaan, gestrand of verlaten schip, daarbij inbegrepen alles wat zich aan boord bevindt of heeft bevonden⁸;

e. vorderingen m.b.t. het verwijderen, vernietigen of het onschadelijk maken van de lading van het schip;

f. vorderingen van een andere persoon dan de aansprakelijke persoon m.b.t. maatregelen die zijn genomen ter voorkoming of vermindering van schade waarvoor de aansprakelijke persoon zijn aansprakelijkheid overeenkomstig het verdrag kan beperken, alsmede verdere door zulke maatregelen veroorzaakte schade.

Art. 2.2 bepaalt dat de genoemde vorderingen vatbaar zijn voor beperking van aansprakelijkheid, zelfs indien zij, al dan niet op grond van een overeenkomst, worden ingesteld bij wijze van verhaal of vrijwaring. Maar hetzelfde art. 2.2 zegt dat vorderingen genoemd in art. 2.1, d, e en f, niet vatbaar zijn voor beperking van aansprakelijkheid voor zover zij betrekking hebben op beloning krachtens een met de aansprakelijke persoon gesloten overeenkomst.

10. De volgende vorderingen zijn uitgezonderd van beperking (art. 3):

a. vorderingen uit hoofde van hulpverlening of wegens bijdrage in averijgrosse;

⁸ Art. 2, d, LLMC 1976 spreekt van vorderingen m.b.t. «het volbrengen» van een gezonken schip. De Franse tekst luidt «renflouer». Het betreft duidelijk een zetfout: «volbrengen» moet «vlotbrengen» zijn.

b. vorderingen ter zake van schade door olieverontreiniging in de zin van het Internationaal Verdrag van 29 november 1969;

c. vorderingen, onderworpen aan een internationaal verdrag of nationale wetgeving, waardoor beperking van aansprakelijkheid voor kernschade geregeld of verboden wordt;

d. vorderingen tegen de eigenaar van een nucleair schip ter zake van kernschade;

e. vorderingen van ondergeschikten van de scheepseigenaar of redder, wier werkzaamheden verband houden met het schip of de hulpverleningswerkzaamheden, indien de scheepseigenaar of redder volgens de wet die op de arbeidsovereenkomst van toepassing is, niet gerechtigd is zijn aansprakelijkheid te beperken, of dit slechts kan doen tot een hoger bedrag dan bedoeld in LLMC 1976.

Een aansprakelijke persoon is niet gerechtigd zijn aansprakelijkheid te beperken, indien bewezen wordt dat de schade het gevolg is van zijn persoonlijk handelen of nalaten, begaan hetzij met het opzet zodanige schade te veroorzaken, hetzij roekeloos en met het bewustzijn dat zodanige schade er waarschijnlijk uit zou voortvloeien (art. 4).

De vorderingen genoemd in artikel 2.1, d, e en f, zijn niet vatbaar voor aansprakelijkheidsbeperking voor zover zij betrekking hebben op beloning krachtens een met de aansprakelijke persoon gesloten overeenkomst (art. 2.2).

Wat betreft het bergen van een gezonken vaartuig en de lading, bepaald in artikel 2.1, d en e, kan elke Staat zich het recht voorbehouden de toepassing ervan uit te sluiten, zodat geen beperking van aansprakelijkheid mogelijk is in dat geval (wet van 11 april 1989, artt. 1, e, en 2; zie nrs. 16 en 32).

11. *Aansprakelijkheidsgrenzen.* De aansprakelijkheidsgrenzen voor alle vorderingen, behalve die van passagiers, die voortkomen uit een zelfde gebeurtenis, worden als volgt berekend (art. 6.1):

a. met betrekking tot vorderingen ter zake van dood of letsel,

i. 333.000 rekeneenheden voor een schip met een tonnage tot 500 ton;

ii. voor een schip met een groter tonnage, het volgende bedrag geteld bij dat onder i:

per ton tussen de 501 en 3.000 ton, 167 rekeneenheden;

per ton tussen de 3.001 en 30.000 ton, 333 rekeneenheden;

per ton tussen de 30.001 en 70.000 ton, 250 rekeneenheden, en

per ton boven de 70.000 ton, 167 rekeneenheden;

b. met betrekking tot alle andere vorderingen:

i. 167.000 rekeneenheden voor een schip met een tonnage van niet meer dan 500 ton;

ii. voor een schip met een groter tonnage, het volgende bedrag geteld bij dat onder i:

per ton tussen de 501 en 30.000 ton, 167 rekeneenheden;

per ton tussen de 30.001 en 70.000 ton, 125 rekeneenheden, en

per ton boven de 70.000 ton, 83 rekeneenheden.

De aansprakelijkheidsgrenzen voor een redder die geen werkzaamheden verricht vanaf een schip of voor een redder die uitsluitend werkzaamheden verricht aan boord van het schip, waaraan of met betrekking waartoe hij hulp verleent, worden berekend volgens een tonnage van 1.500 ton (art. 6.4).

Met betrekking tot vorderingen, die voortkomen uit een zelfde gebeurtenis ter zake van dood of letsel van passagiers van een schip, belooft de aansprakelijkheidsgrens van de scheepseigenaar een bedrag van 46.666 rekeneenheden, vermenigvuldigd met het aantal passagiers, dat het schip gerechtigd is te vervoeren volgens zijn veiligheidscertificaat, maar niet meer dan 25 miljoen rekeneenheden (art. 7.1).

De rekeneenheid is het bijzonder trekkingsrecht (B.T.R.) zoals dit is omschreven door het Internationale Monetaire Fonds. De in de artt. 6 en 7 genoemde bedragen worden omgerekend in de nationale munteenheid van de Staat, waar de beperking van aansprakelijkheid wordt ingeroepen, volgens de waarde van die munteenheid op de datum waarop het beperkingsfonds is gevormd, de betaling is verricht, of een gelijkwaardige zekerheid is verstrekt (art. 8.1)⁹.

Onder tonnage van een schip wordt verstaan de brutotonnage berekend overeenkomstig de voorschriften voor meting, vervat in Bijlage I van het Internationaal Verdrag betreffende de meting van schepen, 1969 (art. 6.5).

Onder het LLMC 1976 wordt bij de scheepsmeting aan ieder schip een burto- en nettotonnenmaat toegekend. De berekening gebeurt op basis van het volume van het volledige schip, d.w.z. laadruimen, dekstructuren en alle afgesloten ruimten, zonder dit volume te kunnen verminderen voor vrijstellingen voor accommodatieruimte voor de bemanning. Het LLMC 1976 wijkt dus af van artikel 3 (9) van het Verdrag van 10 oktober 1957¹⁰.

In art. 9 van LLMC 1976 wordt de samenloop van vorderingen geregeld.

12. De beperking van aansprakelijkheid kan worden ingeroepen ondanks het feit dat er geen beperkingsfonds zoals genoemd in art. 11, is gevormd. Een Staat, partij bij LLMC 1976, kan echter in zijn nationale wet bepalen dat, wanneer een vordering wordt ingesteld bij een van zijn gerechten, een aansprakelijke persoon zich uitsluitend op het recht op beperking van aansprakelijkheid kan beroepen, indien een beperkingsfonds is gevormd (art. 10.1). De wet van 11 april 1989 houdt een dergelijke bepaling niet in.

Hoofdstuk III behandelt meer specifiek het beperkingsfonds: vorming, verdeling, gronden van niet-ontvankelijkheid, toepasselijke wet (artt. 11 tot 14 LLMC 1976).

13. Een Staat, partij bij LLMC 1976, kan in zijn nationale wet het stelsel van beperking van aansprakelijkheid regelen dat moet worden toegepast op schepen, die

a) volgens de wet van die Staat schepen zijn bestemd voor de vaart op de binnenwateren;

b) schepen zijn van een geringere inhoud dan 300 ton (artikel 15.2).

De wet van 11 april 1989 maakt van deze mogelijkheid gebruik en wijzigt in die zin in zijn art. 9 art. 273 van de Zeewet (zie nr. 26).

14. In bepaalde gevallen passen de gerechten van de lidstaten LLMC 1976 niet toe op schepen gebruikt bij boringen (art. 15.4). Ook is LLMC 1976 niet toepasselijk op luchtkussenvaartuigen en op drijvende platforms gebouwd ter explo-

⁹ R. WILFFELS, «Gold value and Special Drawing Right (SDR) with regard to total vessel or tonnage limitation», *Eur. Vervoer.*, 1977, 195.

¹⁰ M.A. HUYBRECHTS, *op. cit.*, 335..

ratie of exploitatie van de natuurlijke rijkdommen van de zeebodem of de ondergrond (art. 15.5).

15. Het Verdrag LLMC 1976 vervangt het Internationaal Verdrag tot eenmaking van enige regels nopens de beperking van de aansprakelijkheid van eigenaars van zeeschepen, ondertekend te Brussel op 25 augustus 1924 en het Internationaal Verdrag nopens de beperking van aansprakelijkheid van eigenaars van zeeschepen, gedaan te Brussel op 10 oktober 1957, die in zover buiten werking treden (art. 17.4).

16. Voorbehouden ten aanzien van de wezenlijke bepalingen van LLMC 1976 zijn niet toegestaan, behalve het recht van voorbehoud voor de toepassing van artikel 2, § 1, d en e (art. 18.1).

De wet van 11 april 1989 heeft dit gedaan in haar artikel 1, c, en 2, waarbij art. 47 van de Zeewet wordt gewijzigd en uitdrukkelijk wordt gezegd dat de toepassing van art. 2, § 1, d en e, van LLMC 1976 is uitgesloten (zie nr. 19).

Maar anderzijds bepaalt artikel 18 van de wet van 11 april 1989 een ander regime van beperking van aansprakelijkheid voor de scheepseigenaar in dat geval (zie nrs. 28 en 32).

Merkwaardig te noteren dat het Verdrag van 1924 nog enkel opgesteld werd in het Frans, het Verdrag van 1957 in het Frans en het Engels, en het Verdrag LLMC 1976 van Londen in het Engels, Frans, Spaans en Russisch (art. 23).

17. Het LLMC Verdrag van Londen is in een aantal landen in werking getreden op 1 december 1986. De wet van 11 april 1989 zegt in art. 1 dat dit Verdrag, samen met drie andere zeevaartverdragen, volkomen uitwerking zal hebben, en werd gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad van 6 oktober 1989. Het Verdrag LLMC 1976 en de drie overige verdragen zijn in België van kracht vanaf 16 oktober 1989. Immers de wet zegt in art. 26 dat de Koning de data zal bepalen waarop de artt. 2 tot 25 van de wet in werking treden. Dit geldt dus niet voor artikel 1, waarbij de verdragen worden goedgekeurd.

Het Verdrag van Brussel van 10 oktober 1957 werd in België van kracht op 31 januari 1976, terwijl LLMC 1976 van kracht zal worden op 16 oktober 1989. Men dient hieruit te besluiten dat de regelen voor beperking van aansprakelijkheid, vastgelegd in Brussel in 1957, in ons land slechts toepasselijk werden in 1976, toen men in Londen reeds het nieuwe verdrag aan het voorbereiden was dat trouwens op 19 november 1976 werd ondertekend.

De enige opmerking die gemaakt werd tijdens de bespreking in de Kamer van Volksvertegenwoordigers was dan ook dat het ging om internationale verdragen waarvan sommige meer dan tien jaar oud zijn, vooraleer zij aan het Parlement worden voorgelegd. Indien zich ooit nog een ramp zou voordoen zoals die met de «Herald of Free Enterprise» zouden de Belgische slachtoffers maar een derde kunnen krijgen van de schadevergoeding die aan anderen wordt uitbetaald (Van Elewijck, *Handelingen*, 1988, p. 899).

Eerste bemerkingen

18. De beperking van aansprakelijkheid kan ook ingeroepen worden door de *hulpverlener* (1.3 LLMC 1976; zie nr. 8).

Het Verdrag spreekt van «redder» maar de Raad van State merkt op dat het ontwerp ten onrechte met de woorden «redder» en «redden» werkt (p. 27). In het wetsontwerp en in de tekst van de wet werd ingevolge dit advies het woord «red-

der» vervangen door «hulpverlener». Men zal bemerken dat de hulpverlener de beperking van aansprakelijkheid kan inroepen, maar dat de vorderingen uit hoofde van hulpverlening uitgesloten zijn van deze beperking (art. 3, a, LLMC 1976).

De vergoeding verschuldigd aan de hulpverlener of berger kan niet beperkt worden, maar de hulpverlener zelf, indien hij door zijn optreden schade heeft veroorzaakt en hiervoor aansprakelijk wordt verklaard, kan het door hem verschuldigd bedrag wel beperken volgens de bepalingen van LLMC 1976.

18.a. Wie kan, buiten de hulpverlener, de beperking inroepen? Het verdrag zegt dat onder «scheepseigenaar» wordt verstaan «de eigenaar, de bevrachter en de beheerder van een zeeschip, alsmede degene in wiens handen de exploitatie van een zeeschip is gelegd» (artikel 1.2). De memorie van toelichting spreekt over de «scheepseigenaar, de reder en de reder-exploitant en hun aangestelden» (p. 3, nr. 3). De Franse authentieke tekst van LLMC 1976 luidt: «le propriétaire, l'affrèteur, l'armateur et l'armateur-gérant d'un navire de mer» (art. 1.2).

18.b. Het LLMC 1976 bepaalt de mogelijkheid voor beperking van aansprakelijkheid voor de aangestelden, maar gebruikt in zijn art. 1.4 dit woord niet. Het verdrag spreekt van «een persoon voor wiens handeling, onachtzaamheid of nalatigheid de scheepseigenaar of redder aansprakelijk is» (zie nr. 8).

Het Verdrag van 1957 vermeldde «de kapitein, de leden van de bemanning en de overige ondergeschikten» (art. 6.2).

Engelse auteurs zijn van mening dat LLMC 1976 ook toepasselijk is op onafhankelijke aannemers van werk, zoals stuwadoors, in zoverre de scheepseigenaar aansprakelijk is voor hun handelen¹¹.

De stuwadoorn, in België beschouwd als een uitvoeringsagent of aangestelde, diegene die als «l'instrument 'en fait'» (De Page, III, nr. 402, noot 3) «optreedt om een contractuele verbintenis van een partij uit te voeren» (Cass., 7 december 1973) is geen derde sinds het cassatiearrest van 7 december 1973 (*R.W.*, 1973-74, 1597, noot J. Herbots, *Eur. Vervoerr.*, 1974, 534, noot Fallon). De stuwadoorn kan niet contractueel aangesproken worden door de medecontractant van zijn opdrachtgever, aangezien er geen contractuele verhouding tussen hen bestaat, maar ook niet buitencontractueel, aangezien hij geen derde is (tenzij zowel de fout als de schade vreemd zijn aan het contract). In België zal het probleem zich dus voorlopig niet voordoen¹².

18.c. De beperking van aansprakelijkheid is niet mogelijk in geval van opzet of roekeloosheid (nr. 10).

De Regels van Visby hebben het begrip «zware schuld» ingevoerd, maar de Franse tekst spreekt van «soit témérairement et avec conscience qu'un dommage en résulterait probablement» (zie nr. 3, e).

LLMC zegt in artikel 4 «commis témérement et avec conscience qu'un tel dommage en résulterait probablement» (zie nr. 10, f).

Het Verdrag van 1957 sloot de beperking uit in geval van «persoonlijke schuld van de eigenaar» (artikel 1.1).

¹¹ M.A. HUYBRECHTS, *op. cit.*, 330.

¹² I. DE WEERDT, «Vrijtekening van aansprakelijkheid in het maritiem recht», *R.W.*, 1988-89, 1055, nr. 32.

Men zegt dat de scheepseigenaars voor zich een grotere rechtszekerheid hebben willen bedingen om de beperking te kunnen invoeren. Maar de commentatoren verwijzen naar de overvloedige rechtspraak die een soortgelijk beding in het Verdrag van Warschau heeft veroorzaakt, zodat de schijnbaar duidelijke termen van art. 4 een begoocheling zouden kunnen zijn ¹³.

De beperking van aansprakelijkheid geldt evenmin voor de ondergeschikte, indien hij met opzet of roekeloos de schade heeft veroorzaakt (art. 4). Dit was nochtans mogelijk krachtens artikel 6.3 van het Verdrag van 1957, dat bepaalde dat de kapitein en de leden van de bemanning hun aansprakelijkheid kunnen beperken zelfs indien het voorval is veroorzaakt door hun persoonlijke schuld. Wanneer zij tevens eigenaar, bevrachter, reder of reder-beheerder zijn van het schip, is deze bepaling slechts toepasselijk indien de fout is begaan in hun hoedanigheid van kapitein of lid van de bemanning.

Nu de aangestelde of ondergeschikte moet instaan zonder beperking van aansprakelijkheid voor zijn opzettelijke of roekeloze daad, en deze bepaling ook is opgenomen in art. 91, A, IVbis, van de Zeewet (door art. 5 van de wet van 11 april 1989; zie nr. 24, b) stelt zich de vraag of de eigenaar zelf in dat geval de beperking van aansprakelijkheid kan blijven invoeren?

Gezien de termen van artikel 4 LLMC 1976 blijft dit mogelijk: «schade het gevolg van zijn persoonlijk handelen of nalaten, begaan hetzij met opzet (...) hetzij roekeloos en met het bewustzijn...» (nr. 10).

18.d. Het LLMC 1976 voorziet in de mogelijkheid dat een lidstaat het stelsel van beperking van aansprakelijkheid in zijn nationale wet kan toepassen op de binnenvaartuigen en schepen beneden 300 ton (nr. 13). Dit gebeurt door het nieuwe art. 273 van de Zeewet, ingevoerd door de wet van 11 april 1989 (art. 9; zie nr. 26).

Een belangrijk gevolg hiervan zal zijn dat in de binnenvaart de aangestelde, de zetschipper, de beperking van aansprakelijkheid zal mogen invoeren.

Weliswaar heeft het Verdrag van 1957, in afwijking van de vroegere toestand, aan alle ondergeschikten van de scheepseigenaar de mogelijkheid gegeven hun aansprakelijkheid te beperken, maar dit Internationaal Verdrag was niet toepasselijk op de binnenvaart. Een zetschipper kon zich niet beroepen op de aansprakelijkheidsbeperking ¹⁴.

Dit zal wel het geval zijn, wanneer de wet van 11 april 1989 van toepassing wordt. Ook zal de zetschipper zich in de toekomst kunnen beroepen op art. 18 van de wet van 9 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten, dat praktisch de aansprakelijkheid van de werknemer uitsluit (nieuw artikel 46, § 4, van de Zeewet, aangepast door art. 2 van de wet van 11 april 1989; nr. 19). ¹⁵

¹³ M.A. HUYBRECHTS, *op. cit.*, 332-333; Cass., 27 januari 1977, *R.W.*, 1977-78, 25; *Eur. Vervoer.*, 1978, 126.

¹⁴ I. DE WEERDT, *op. cit.*, T.B.H., 1986, 419, nr. 28.

¹⁵ L. TRICOT (*op. cit.*, 1419, nr. 4) vraagt zich af of deze bepaling verzoenbaar is met de Internationale Conventie die de beperking van aansprakelijkheid van de kapitein en van de bemanningsleden regelt en die niet in een dergelijke ontheffing van aansprakelijkheid voorziet. Zie H. LIBERT, *Arbeidsovereenkomst voor zeelieden*, 1988.

18.e. Enkele opmerkelijke verschillen tussen het Verdrag van Brussel van 1957 en het Verdrag van Londen van 1976 zijn:

a) Ook de hulpverlener kan de beperking van aansprakelijkheid invoeren. De toepasselijkheid van de beperking van aansprakelijkheid op de hulpverlener blijkt een correctie op de rechtspraak van het House of Lords in de zaak «Tojo Maru» die de hulpverlener het voordeel van beperking ontzegde ¹⁶.

b) De verzekeraar kan op de beperking van aansprakelijkheid in gelijke mate een beroep doen als de verzekerde zelf (art. 1.6).

c) De beperking kan ingeroepen worden voor schade voortvloeiend uit vertraging bij het vervoer (art. 2.1, b).

d) Geen beperking van aansprakelijkheid voor schade ten gevolge van het bergen van een gezonken schip of lading, voor zover de vordering betrekking heeft op beloning krachtens een met de aansprakelijke gesloten overeenkomst (art. 2.2).

e) Geen beperking van aansprakelijkheid in geval van opzet of roekeloos optreden (art. 4) terwijl in het Verdrag van 1957 sprake is van «persoonlijke schuld» (zie nr. 18.c).

f) Er bestaat een verschil in de berekening van de aansprakelijkheid op de tonnage van het schip (zie nr. 11).

g) In LLMC 1976 zijn de aansprakelijkheidslimieten gevoelig hoger dan die bepaald in de Conventie van 1957. Men spreekt van een verhoging van de grenzen met gemiddeld 200 à 300%, in zoverre dat het in bepaalde gevallen niet interessant zal zijn de beperking in te roepen.

h) Zoals onder nr. 18.d is uiteengezet, voorziet LLMC 1976 in de mogelijkheid dat een lidstaat de beperking van aansprakelijkheid toepast op de binnenvaart. Het Verdrag van 1957 was niet toepasselijk op binnenschepen.

i) LLMC 1976 voert een gunstiger regeling in voor de samenstelling van de beperkingsfondsen ¹⁷.

De wet van 18 april 1989

Beperking van de aansprakelijkheid

19. Art. 1 van de nieuwe wet bepaalt dat vier internationale akten inzake de zeevaart — waaronder LLMC 1976 — volkomen uitwerking zullen hebben (zie nr. 1). Art. 2 vangt de artikelen 46 tot 53 van de Zeewet. Het nieuwe artikel 46, §§ 1, 2 en 3, is identiek aan het oude artikel 46, § 1, maar nu wordt ook uitdrukkelijk bepaald dat de scheepseigenaar aansprakelijk is voor de loads. Voor dit vraagstuk verwijzen wij naar A. Van Oevelen, «De wet van 30 augustus 1988 tot wijziging van de wet van 3 november 1967 betreffende het loods van zeevaartuigen: te verregaande aansprakelijkheidsvrijstellingen en ongehoord verre retroactiviteit», *R.W.*, 1988-89, 946; H. Libert, «De loads: dank zij een ongelukkige wet een beroep in de juridische kijker», *R.W.*, 1988-89, 1244, A. Van Oevelen, «Nawoord op de reactie van prof. H. Libert», *R.W.*, 1988-89, 1245.

Het nieuwe artikel 46, § 4, maakt art. 18 van de wet van 3 juli 1978 op de arbeidsovereenkomsten van toepassing op de persoonlijke aansprakelijkheid van de aangestelden van

¹⁶ M.A. HUYBRECHTS, *op. cit.*, 330.

¹⁷ M.A. HUYBRECHTS, *op. cit.*, 334.

de scheepseigenaar of hulpverlener voor schade toegebracht aan de scheepseigenaar of aan derden. De wetten die de arbeidsovereenkomst van de personen in dienst van het schip regelen, bevatten geen gelijkaardige bepaling. Voortaan zullen de personen in dienst van het schip op dezelfde wijze behandeld worden als de overige werknemers die onder de wet van 1978 op de arbeidsovereenkomst vallen. Art. 18 van deze wet bepaalt de aansprakelijkheid van de werknemer die bij de uitvoering van de overeenkomst de werkgever of derden schade berokkent, voor bedrog of zware schuld, en voor lichte schuld als die bij hem eerder gewoonlijk als toevallig voorkomt (zie nr. 15).

Art. 47, § 1, zegt dat de scheepseigenaar zijn aansprakelijkheid kan beperken overeenkomstig de bepalingen van LLMC 1976. Maar de toepassing van art. 2, § 1, d en e, wordt uitgesloten (zie nr. 16).

De scheepseigenaar kan zijn aansprakelijkheid eveneens beperken voor schade door olieverontreiniging, overeenkomstig het Verdrag van 29 november 1969, de wet van 20 juli 1976 en het Protocol van 19 november 1976 (art. 47, § 2). Hetzelfde geldt voor de vervoerder van passagiers en hun reisgoed, overeenkomstig het Verdrag van Athene van 13 december 1974, het Protocol van 19 november 1976 en eventueel de toepasselijke bepalingen van LLMC 1976 (art. 47, § 3). De wet bepaalt dat de Koning de hogere aansprakelijkheidslimieten per hoofd vaststelt waarvan sprake is in art. 7.2 van het Verdrag van Athene. De bedoeling is hogere limieten te kunnen vaststellen, ten einde tot gelijkheid te komen met de verdragen inzake passagiers en hun reisgoed. De hulpverlener die niet vanaf een schip optreedt of enkel optreedt aan boord van het schip waaraan of ten opzichte waarvan hulp- of bergingsdiensten worden verleend, kan zijn aansprakelijkheid beperken tot het bedrag vastgesteld in artikel 6, § 4, LLMC 1976. Dit artikel berekent de aansprakelijkheidsgrenzen volgens een tonnage van 1.500 ton.

Beperkingsfonds (artt. 48-52)

20. Volgens de memorie van toelichting meent de Regering de voorafgaande oprichting van een beperkingsfonds niet te moeten opleggen. De scheepseigenaar kan naar best vermogen de vorderingen deelsgewijze vereffenen, doch steeds onder toezicht van de rechtbank (p. 6).

De nieuwe artikelen 48 tot 52 van de Zeewet bepalen de procedure tot vorming, vereffening en verdeling van het beperkingsfonds. Er is zoveel mogelijk gebruik gemaakt van procedures uit de rechtspraktijk, kort geding en vereffening-verdeling inzake faillissement. De bevoegde rechtsinstantie is de rechtbank van koophandel. De scheepseigenaar of hulpverlener die de vorming van een fonds vraagt, doet dit bij verzoekschrift bij de voorzitter van de rechtbank van koophandel. Bij dit verzoekschrift moet o.a. een lijst gevoegd worden van de bekende schuldeisers, met zo mogelijk vermelding van hun woonplaats (art. 48, § 1, 1°). Dit artikel vermijdt de nietigheid van het verzoekschrift wegens het ontbreken van deze vermelding. Er zijn andere publiciteitsvereisten, zoals de publikatie in buitenlandse maritieme bladen (art. 48, § 5).

Er werd op gewezen dat een beperkingsfonds volgens artikel 11.1 LLMC 1976 enkel bestemd is voor de vereffening van zeevorderingen (memorie van toelichting, p. 7). Niettemin verklaart art. 9 van de wet van 11 april 1989 deze be-

paling van LLMC ook van toepassing op de binnenvaartuigen.

Wanneer een fonds gevormd is, kunnen de maritieme schuldeisers enkel hun rechten doen gelden op het beperkingsfonds. Het schip zelf blijft deel uitmaken van het vermogen van de gefailleerde of de verzoeker van een gerechtelijk akkoord. Het schip vormt mede het onderpand van de vorderingen van alle andere schuldeisers dan de maritieme.

Anderzijds bepaalt art. 49, § 1, dat het vonnis of arrest dat na de vorming van het fonds het faillissement van de verzoeker uitspreekt, hem uitstel van betaling verleent of zijn gerechtelijk akkoord homologeert, voor het fonds geen gevolgen heeft (dus ook indien het beperkingsfonds gevormd is na indiening van het verzoek tot gerechtelijk akkoord maar vóór de homologatie ervan). Als de som eenmaal is voorgeschoten of de garantie gesteld, dan kan een latere gerechtelijke uitspraak daaraan niets meer veranderen.

Art. 51, § 1, bepaalt dat er geen enkel recht van voorrang kan worden uitgeoefend op het deel van het beperkingsfonds bestemd om de zaakschade te vereffenen. Het is niet aangewezen ten voordele van hem die de garantie verleent, een voorrecht in te voeren om de voorgeschoten gelden terug te krijgen. De garantieggever is niet te beschouwen als een houder van schuldvorderingen die aan het fonds kunnen worden tegengeworpen. Hij is integendeel met de verzoeker contractueel verbonden en heeft zijn rechten te vrijwaren in het kader van dat contract (memorie van toelichting, p. 7 in fine).

Passagegeld – Scheepseigenaar – Hulpverlener

21. De andere wijzigingen in het Wetboek van Koophandel komen voor in hoofdstuk III van de nieuwe wet.

Art. 23, § II, tweede lid, van boek II wordt vervangen door volgende bepaling: «Het passagegeld wordt gelijkgesteld met de vracht» (art. 3).

In boek II, titel II wordt een artikel 54 ingevoegd, luidend: «De termen 'scheepseigenaar' en 'hulpverlener' moeten worden verstaan in de betekenis die ze hebben in artikel 1, 2° en 3°,» van het Verdrag LLMC 1976 (art. 4, zie nr. 8).

Cognossement

22. Art. 5 van de wet brengt belangrijke wijzigingen aan in art. 91, A, van de Zeewet.

Artikel 91, A, III, 4°, wordt aldus aangevuld: «Nochtans wordt het tegenbewijs niet toegelaten indien het cognossement is overgedragen geworden aan een derde persoon die er te goeder trouw houder van is.» Hierdoor wordt deze bepaling uit de Regels van Visby, van kracht sinds 6 december 1978, opgenomen in de interne Belgische wetgeving (zie nr. 3, a).

Ook het vierde lid van artikel 91, A, III, 6°, wordt vervangen door een bepaling die reeds voorkomt in de Regels van Visby: de mogelijkheid van verlenging van de verjaringstermijn door de partijen (zie nr. 3, f). Hetzelfde geldt voor het instellen van de regresvordering (invoeging van een 6° bis na art. 91, A, III, 6°).

23.a) Art. 91, A, IV, 5°, wordt vervangen door de bepaling die de beperking van aansprakelijkheid van de vervoerder vaststelt op een maximumbedrag van 666, 47 rekeneenheden per collo of eenheid, of 2 R.E. per kilogram bruto-

gewicht met dien verstande dat het hoogste bedrag in aanmerking komt.

b) Het totaal verschuldigd bedrag wordt berekend op basis van de waarde die de goederen hebben op de plaats waar en op de dag waarop, volgens de vervoerovereenkomst, de goederen aan land zijn gezet of behoorden te worden gezet (art. 91, A, IV, 5°, b). Het betreft een bepaling uit de Regels van Visby (zie nr. 3, c).

c) Ook het nieuwe art. 91, A, IV, 5°, c, was reeds opgenomen in de Regels van Visby (nr. 3, d). Wanneer een container, palet of een dergelijk tuig gebruikt wordt om de goederen te verzamelen, wordt elke collo of eenheid, die naar luid van het cognossement dat tuig omvat, beschouwd als een collo of eenheid. Buiten deze gevallen wordt het tuig als collo of eenheid beschouwd.

d) De rekeneenheid bedoeld in dit artikel is het Speciaal Trekkingsrecht zoals dit is omschreven door het Internationaal Monetair Fonds.

Volgens de memorie van toelichting is de waarde van een S.T.R. ongeveer 50 frank (p. 5). Dit betreft de waarde op 29 juli 1988.

De omrekening in Belgische frank van de bedragen bepaald in artikel 91, A, IV, 5°, a, geschiedt op de datum waarop de goederen werden geleverd of hoorden te worden geleverd. Dit tijdstip van omrekening was reeds bepaald in artikel 11, § 2, van het Protocol van 1979.

e) De vervoerder noch het schip zijn gerechtigd het voordeel van de beperking van aansprakelijkheid te genieten als bewezen werd dat de schade het gevolg is van een handelen of een nalaten van de vervoerder, begaan hetzij met het opzet de schade te veroorzaken, hetzij roekeloos en met het bewustzijn dat er waarschijnlijk schade uit zou voortvloeien (zie LLMC 1976, art. 4; nr. 10, f; commentaar o.m. in M.A. Huybrechts, *op. cit.*, p. 325 en 332; vgl. Regels van Visby nr. 3, d).

De letters f en h van artikel 91, A, IV, 5°, betreffen de aangifte van de aard en de waarde van de goederen door de inlander in het cognossement.

24. Na § IV van art. 91 wordt een § IVbis ingevoegd, dat bepaalt :

a) dat de ontheffingen en beperkingen van aansprakelijkheid voor de vervoerder gelden onverschillig of de vordering ingesteld wordt op grond van zijn contractuele dan wel niet-contractuele aansprakelijkheid ;

b) dat ook de aangestelde van de vervoerder een beroep kan doen op de ontheffingen en de beperking van aansprakelijkheid, tenzij hij heeft gehandeld met het «inzicht» (l'intention) schade te veroorzaken of op roekeloze wijze en met het bewustzijn dat de handeling waarschijnlijk schade zou teweegbrengen.

Door de Regels van Visby waren deze bepalingen reeds opgenomen in het Verdrag van 25 augustus 1924 (zie nr. 3, f).

Naar onze mening kan de vervoerder zelf de ontheffingen of de beperking van aansprakelijkheid blijven inroepen, ook al kan zijn aangestelde dit niet wegens zijn opzettelijk of roekeloos optreden (zie nr. 18, c).

Artt. 138, 167 en 266 Zeewet

25. Art. 6 schrapt bepaalde woorden in artikel 138 van de Zeewet, en door art. 7 wordt art. 167, tweede lid, van de Zeewet opgeheven (kapitein niet aansprakelijk voor schade

aan de goederen van de reiziger die deze onder zijn bewaring houdt).

Art. 266 van de Zeewet wordt door art. 8 van de wet van 11 april 1989 aangevuld met een bepaling betreffende het instellen van regresvorderingen, welke regeling zodoende ook van toepassing wordt op niet-verhandelbare cognossementen (memorie van toelichting, p. 8).

Binnenvaart

26. Door art. 9 van de nieuwe wet wordt art. 273 van de Zeewet vervangen.

Op de binnenvaartuigen en op de vaartuigen en drijvende tuigen door de Koning daarmee gelijkgesteld zijn van toepassing :

a) de artt. 1 tot en met 15, behalve art. 6, § 5, van LLMC 1976 (art. 2, § 1, d en e, is eveneens van toepassing ; het betreft de beperking van aansprakelijkheid voor vorderingen i.v.m. gezonken, gestrande of verlaten schepen en hun lading) ;

b) de artt. 46, 48 tot 58 en 67 van de Zeewet ;

c) de artt. 12 tot 14, 16 en 17 van de wet van 11 april 1989.

De toepassing van de bepalingen van LLMC 1976 op de binnenvaart wordt aldus door de wet geregeld. In het oorspronkelijk wetsontwerp werd deze taak voorbehouden aan de Koning. Wegens het bezwaar van de Raad van State tegen deze te grote bevoegdheidsopdracht diende het Parlement op te treden.

Maar de mogelijkheden van de uitvoerende macht blijven groot. De wet bepaalt dat de aansprakelijkheidsgrenzen, vermeld in de artt. 6, §§ 1 en 4, en 7 van LLMC 1976, en de grondslag van de berekening van de aansprakelijkheidsbeperking vastgesteld worden door de Koning (nieuw art. 273, § 3). De Koning is bevoegd om deze gegevens te allen tijde aan te passen, rekening houdend met de economische toestand. De memorie van toelichting verdedigt deze bevoegdheid van de Koning door te verwijzen naar art. 1409 Ger. W. (p. 10).

De oude limieten van aansprakelijkheid voor de binnenvaart dagtekenen van 1929 (wet van 28 november 1928, *B.S.*, 11 januari 1929), toen in de artt. 46 e.v. van de Zeewet de principiële bepalingen van het Verdrag van 1924 werden overgenomen (zie nr. 6).

Ten slotte bepaalt het nieuwe artikel 273, § 4, dat de vorderingen vermeld in art. 2, § 1, d en e, van LLMC 1976 mede de vorderingen omvatten van de overheid wegens maatregelen en verrichtingen vermeld in art. 14 van de wet van 11 april 1989 (zie nr. 29).

Voorschriften buiten het Wetboek van Koophandel

27. De bepalingen die voorkomen in de artt. 10 tot 18 van de wet van 11 april 1989, zijn niet opgenomen in het Wetboek van Koophandel, omdat zij enerzijds schepen betreffen die niet ressorteren onder artikel 1 van de Zeewet en anderzijds verplichtingen omvatten die reeds opgenomen zijn in politie- en scheepvaartreglementen. Het gaat in feite niet om handelsrecht.

De Raad van State heeft erop aangedrongen dat deze bepalingen in een wet zouden worden opgenomen omdat zij vroeger geen wettelijke grondslag hadden.

Artikel 10 van de nieuwe wet zegt dat de toepassing van de bepalingen van LLMC 1976 en van de artt. 46 tot 54 van de Zeewet uitgebreid wordt tot a) de zeegaande vaartuigen geëxploiteerd door een openbare dienst of een openbare overheid, wie ook de eigenaar is van het vaartuig, en b) de zeegaande vaartuigen ingezet voor de pleziervaart of wetenschappelijk onderzoek.

Als voorbeeld citeert de Memorie van Toelichting (p. 10): opleidingsvaartuigen, hydrografische of oceanografische vaartuigen, hospitaalschepen die door de Staat zouden worden geëxploiteerd. Het is duidelijk dat dergelijke schepen niet onder toepassing van het handelsrecht vallen, daar aan het vereiste van «winstgevende verrichting» van artikel 1 van de Zeewet niet voldaan is.

Anderzijds bepaalt art. 11 van de wet dat, voor de toepassing van LLMC 1976 op de zeegaande vaartuigen waarvan de bruto-tonnenmaat minder bedraagt dan 300, de Koning a) de categorieën van die vaartuigen, en b) het bedrag van de aansprakelijkheidsbeperking bepaalt. Dit artikel heeft zowel betrekking op schepen die onder het Wetboek van Koophandel ressorteren, als op andere vaartuigen.

Scheepvaartongevallen (artt. 12-18)

28. Ook deze bepalingen van de nieuwe wet zijn niet opgenomen in het Wetboek van Koophandel. Het betreft hoofdzakelijk politiebepalingen en geen regels van handelsrecht. De benaming van hoofdstuk V, «Scheepvaartongevallen», is misleidend, daar een aanvaring tussen twee of meer schepen toch ook een scheepvaartongeval uitmaakt. Hierop blijft boek II, titel VII, van het Wetboek van Koophandel van toepassing ¹⁸.

Art. 18, eerste lid, LLMC 1976 staat de Staten toe bij de ratificatie één voorbehoud te formuleren: daardoor worden de vorderingen vermeld in art. 2, § 1, d en e, uitgesloten van de aansprakelijkheidsbeperking (zie nr. 16). Sommige landen, zoals Frankrijk, hebben dit gedaan. Zo de nationale wet geen beperking invoert, vallen deze vorderingen onder de onbeperkte aansprakelijkheid. België heeft hetzelfde voorbehoud geformuleerd, maar heeft in art. 18 van de wet van 11 april 1989, een eigen regeling voor beperking van de aansprakelijkheid van de scheepseigenaar in het leven geroepen.

De bedoeling van de Regering is o.m. de commerciële aantrekkelijkheid van de Belgische havens niet in het gedrang te brengen. Wie aansprakelijk gehouden wordt voor de gebeurtenis waarbij zijn schip of dat van een andere eigenaar gezonken of gestrand is, dient dat schip zelf te verwijderen hetzij de kosten voor te schieten. Hij betaalt de maatregelen – uit te voeren of te bevelen door de overheid – waardoor het openbaar vaarwater zo snel mogelijk vrij en veilig wordt gemaakt in het belang van de scheepvaart (memorie van toelichting, p. 11). Ook hier worden verplichtingen, opgenomen in politie- en scheepvaartreglementen, op advies van de Raad van State door de wet ingevoerd.

29. Art. 12 bevat definities die voor de toepassing van dit hoofdstuk V gelden en door de Raad van State nodig werden geacht. Men verstaat onder:

a) eigenaar van het vaartuig: de eigenaar, de bevrachter en de reder van een vaartuig, alsmede degene in wiens handen de exploitatie daarvan is gelegd;

b) scheepvaartweg: de waterweg die gewoonlijk door de scheepvaart wordt gebruikt;

c) overheid: de openbare overheid of haar gemachtigde zoals vermeld in het politie- of scheepvaartreglement voor de scheepvaartweg, de haven of de territoriale zee.

De eigenaar, de kapitein of de schipper van een vaartuig dat aan de grond gelopen of gezonken is, moet dit vaartuig – met inbegrip van al wat zich aan boord bevindt of heeft bevonden – vlot brengen en verwijderen naar de door de overheid aangewezen plaats.

Er moet rekening gehouden worden met de bepalingen m.b.t. de opruiming van gevaarlijke of schadelijke stoffen.

De overheid kan daartoe verplichtingen en o.m. een termijn opleggen.

Voor wrakken en gezonken tuigen gelden dezelfde verplichtingen.

De uitvoering van deze verplichtingen kan niet worden verhinderd door enige beslag- of dwangmaatregel (art. 13).

De overheid kan ambtshalve optreden op risico van de eigenaar en van de aansprakelijke persoon, indien:

a) niet voldaan wordt aan de verplichting bepaald in art. 13;

b) in spoedeisende gevallen, waarover de overheid oordeelt;

c) de eigenaar, kapitein of schipper onbekend zijn (art. 14).

Vóór elke uitvoering van de in art. 14 vermelde maatregelen kan de overheid eisen dat de eigenaar of enige persoon van wie de aansprakelijkheid in het geding kan komen of, rechtstreeks, de verzekeraar, haar de som voorschiet die zij voldoende acht om de kosten van die maatregelen te dekken. Maar door de eigenaar van het gestrande of gezonken vaartuig en voor die van het vaartuig waarvan de aansprakelijkheid in het geding kan komen, en voor hun verzekeraar, mag deze som niet meer bedragen dan die waartoe de eigenaar zijn aansprakelijkheid kan beperken op grond van art. 18. Er kan ook een garantie gesteld worden (art. 15).

30. De aansprakelijke voor de gebeurtenis, oorzaak van het zinken of stranden van het vaartuig, en – bij gebreke van zulk een aansprakelijke – de eigenaar, vermeld in art. 13, is aan de overheid betaling verschuldigd van de kosten voortvloeiend uit de ambtshalve krachtens art. 14 bevolen maatregelen. Deze kosten zijn bevoorrecht op de bedragen die, wegens de gebeurtenis, verschuldigd zijn door de verzekeraars van de eigen schade of van de aansprakelijkheid van de personen, die krachtens de artt. 15 of 16 schuldenaar zijn van de overheid (art. 16) ¹⁹.

De verplichting opgenomen in art. 16 van de wet, wordt uitdrukkelijk gesteld omdat zekere rechtspraak de juridische oorzaak voor het ambtshalve lichten en opruimen van ge-

¹⁸ I. DE WEERDT, «Aanvaring (1940-1983)», *Eur. Vervoerr.*, 1985, 210, nrs. 1-2.

¹⁹ Vergelijk C. ENGEL, *Maritieme voorrechten en hypotheeken*, 1985, 19, die zegt dat de kosten die een openbaar bestuur heeft uitgegeven tot het bergen van een gezonken vaartuig, niet bevoorrecht zijn, aangezien een dergelijke schuldvordering niet opgenomen is bij de voorrechten opgesomd in artikel 23, Zeewet. De vordering is niet gebaseerd op de aanvaring, maar op de verplichting tot bergen die op de eigenaar van het gezonken schip berust (Antwerpen, 21 september 1977, *Rechtspr. Antw.*, 1977-78, 162).

zonken schepen meende te moeten afleiden uit verplichtingen die door wetten of reglementen opgelegd werden aan de overheid. Geoordeeld werd dat deze verplichting het causaal verband onderbrak tussen de fout van degene die de gebeurtenis waardoor het schip gezonken of gestrand was, veroorzaakte, en de schade die daaruit voor de overheid voortvloeide (Cass., 28 april 1978, *R.W.*, 1978-79, 1695; noot J. Van de Castele, *R.W.*, 1978-79, 2060; zie memorie van toelichting, p. 15). Deze verplichting van de aansprakelijke, of bij gebreke de eigenaar, wordt thans uitdrukkelijk door de wet ingevoerd.

In aansluiting met de rechtstreekse vordering vermeld in art. 15, eerste lid, wordt door art. 16, derde en vierde lid, een voorrecht ingevoerd ten voordele van de overheid op de sommen verschuldigd door de verzekeraars van de aansprakelijke personen. Voor de tekst heeft artikel 20°, 9°, Hypotheekwet model gestaan (memorie van toelichting, p. 15).

31. Krachtens art. 17, § 1, kan de overheid die gebruik maakt van de bevoegdheid haar opgedragen door art. 14, het vaartuig, wrak, lading enz. vasthouden en in beslag nemen. Ook heeft zij dit recht m.b.t. elk vaartuig waarvan de aansprakelijkheid in het gedrang kan komen, wanneer de overheid vermoedt schade te hebben geleden door de schuld van een vaartuig.

De overheid kan, in geval van niet-betaling, het vaartuig, wrak, lading enz. laten verkopen en zich bij voorrang op elke andere schuldeiser, laten betalen uit de prijs. De schade geleden door de overheid wordt in art. 17 enuntiatief omschreven.

Ingeval het geredde vaartuig, opgehaalde wrak enz. door hun respectieve eigenaar niet worden teruggenomen, kan de overheid ze verkopen. De bedragen vervallen aan de overheid na verloop van een jaar (art. 17, §§ 2 en 3).

De rechten waarvan sprake is in art. 17, § 1, zijn die bedoeld in art. 1, 2°, van het ondertekeningsprotocol van het Internationaal Verdrag van 10 april 1926 voor de eenmaking van sommige regels inzake maritieme voorrechten en hypotheek. Het betreft een maritiem voorrecht en, overeenkomstig de tekst van het protocol, heeft dit voorrecht voorrang op alle schuldeisers. Het is blijkbaar de eerste maal dat in België van deze verdragsrechtelijke mogelijkheid wordt gebruik gemaakt (memorie van toelichting, p. 15).

In § 5 van art. 17 worden correctieële straffen ingevoerd voor hen die de artt. 13 tot 16 van deze wet of de besluiten die ter uitvoering van die artikelen zijn genomen, overtreden. Deze strafbepalingen zijn dezelfde als die van de wet van 24 november 1975 (Internationaal Aanvaringsreglement).

32. De tekst van art. 18 stelt de bedragen vast waartoe de scheepseigenaar zijn aansprakelijkheid kan beperken voor de toepassing van de artt. 15 en 16:

- a) voor zijn schip van niet meer dan 500 ton: tot 15.000.000 fr.;
- b) voor zijn schip van meer dan 500 ton wordt het onder a vermelde bedrag vermeerderd met:
 - 18.000 fr. per ton voor elke toename van de tonnenmaat met één ton van 501 tot 6.000 ton;
 - 7.000 fr. per ton voor elke toename van de tonnenmaat met één ton van 6.001 tot 70.000 ton;
 - 5.000 fr. voor elke toename van de tonnenmaat met één ton boven 70.000 ton.

Onder tonnenmaat wordt verstaan, voor zeegaande schepen onderworpen aan het Internationaal Verdrag nopens de meting van schepen, 1969: de brutotonnenmaat overeenkomstig de voorschriften van meting, vervat in bijlage I van het verdrag.

Voor de overige zeegaande schepen worden de aansprakelijkheidsgrenzen, de criteria en de grondslag van berekening bepaald door de Koning.

De aansprakelijke eigenaar kan zijn aansprakelijkheid niet beperken als bewezen is dat de schade het gevolg is van zijn persoonlijk handelen, begaan hetzij met opzet de schade te veroorzaken, hetzij roekeloos en met het bewustzijn dat zodanige schade er waarschijnlijk uit zou voortvloeien.

Zoals wij eerder hebben vermeld, gaat het hier om een matiging van de onbeperkte aansprakelijkheid, die uit het voorbehoud geformuleerd door België bij de ratificatie van LLMC 1976 zou voortvloeien (zie nrs. 16 en 19). De bovenvermelde bedragen, zouden het resultaat zijn van de omzetting in onze munt van de bedragen die in Nederland worden voorgesteld. In tegenstelling met Frankrijk overweegt Nederland zoals België een beperking van aansprakelijkheid op dit gebied in te voeren.

33. Volgens de memorie van toelichting (p. 12) biedt deze matiging toch een groter voordeel voor de overheid die instaat voor de veiligheid van de scheepvaartwegen, dan het LLMC 1976. De formulering van het voorbehoud heeft tot gevolg dat de overheid een eigen fonds tot haar beschikking krijgt, om er haar kosten van opruiming van gezonken of gestrande schepen op te verhalen. Dit fonds is merkkelijk voordeliger dan het fonds voor zaakschade, geregeld door LLMC 1976.

Bovendien wordt voor de belangrijke vorderingen van de overheid de samenloop vermeden met die van andere maritieme schuldeisers van het fonds voor de zaakschade.

Het is echter merkwaardig dat art. 18, eerste lid, de beperkte aansprakelijkheid invoert voor «de eigenaar van een zeegaand schip». Hieruit moet afgeleid worden dat de binnenvaart niet onder deze speciale matiging van aansprakelijkheid valt. Wij hebben in de memorie van toelichting geen verklaring voor deze discriminatie gevonden.

Wijzigingen

33. Hoofdstuk VI, van de wet (artt. 19 tot 24) bevat enkele wijzigingen: a) in de wet van 13 april 1965 op de zeebrieven; b) in het Gerechtelijk Wetboek; c) in de wet van 20 juli 1976 houdende goedkeuring van het Internationaal Verdrag inzake aansprakelijkheid voor schade door olieverontreiniging, opgemaakt te Brussel op 29 november 1969.

34. Aan art. 6 van de wet van 13 april 1965 op de zeebrieven wordt een § 2 toegevoegd, luidend:

«De zeebrief van een door schipbreuk verloren gegaan schip of een ander vaartuig vervalt op de dag van de schipbreuk. De vermelding van het schip of vaartuig wordt doorgehaald in het register waarin ze voorkomt.

Een nieuwe inschrijving kan slechts worden verkregen op vertoon van een nieuwe zeebrief» (art. 19).

De bedoeling van deze nieuwe bepaling is te voorkomen dat een scheepseigenaar de verzekeringspremie voor zijn vergaan schip zou kunnen cumuleren met een slooppremie.

35. Het Gerechtelijk Wetboek bepaalt in een nieuw artikel 588, 9°, dat de voorzitter van de rechtbank van koop-

handel op verzoekschrift uitspraak doet op de vorderingen ingesteld op grond van artikel 48 van boek II van het Wetboek van Koophandel. Het betreft de aanvraag door de scheepseigenaar of hulpverlener tot vorming van het beperkingsfonds (art. 24).

In art. 627, 10°, Ger. W. wordt gezegd dat tot kennisneming van de vordering alleen bevoegd is: «in het geval bepaald in artikel 588, 9°: (...) de voorzitter van de Rechtbank van Koophandel te Antwerpen, wanneer de schade ontstaan is in de provincie Oost- of West-Vlaanderen, Antwerpen of Limburg, of in de territoriale zee of in open zee.» Hier wordt door de wet van 11 april 1989, art. 23, b, aan toegevoegd: «of in de wateren die onder de soevereiniteit van een andere Staat vallen.»

Deze aanvulling is noodzakelijk omdat art. 13, § 2, van het LLMC 1976 bepaalt dat een beperkingsfonds kan worden gevormd in de haven van ontschepping. Wanneer de schadeverwekkende gebeurtenis zou voorvallen in de territoriale wateren van een andere Staat, moet er een rechter bevoegd zijn om kennis te nemen van het verzoekschrift tot vorming van het fonds in de Belgische haven van ontschepping. Tot nu toe liet het Gerechtelijk Wetboek dit niet toe, zodat de geadieerde voorzitter zich onbevoegd moest verklaren *ratione loci* (memorie van toelichting, p. 20). De voorzitter van de Rechtbank van Koophandel te Antwerpen is thans bevoegd.

Anderzijds wordt de voorzitter van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel bevoegd om op verzoekschrift uitspraak te doen over de aanvragen tot vorming van een fonds voor aansprakelijkheidsbeperking, ingediend krachtens de wet van 20 juli 1976 (goedkeuring van het Verdrag inzake aansprakelijkheid voor schade door oliecontaminatie, Brussel 29 november 1969; wijziging van de artt. 585 en 627 Ger. W. door art. 23, a en c).

Coördinatie en inwerkingtreding

36. Naast de gebruikelijke opdracht aan de Koning tot coördinatie van de wettelijke bepalingen, geeft art. 25 hem ook de opdracht de Nederlandse tekst vast te stellen van de bepalingen tot stand gekomen vóór de inwerkingtreding van de Gelijktijdswet van 18 april 1898. We vergeten dat ons Wetboek van Koophandel wettelijk niet bestaat in het Nederlands...

De Koning bepaalt de data waarop de artt. 2 tot 25 van de wet in werking treden (art. 26). De vier zeevaartverdragen, goedgekeurd door art. 1 van de wet en terzelfder tijd verschenen in het Staatsblad, worden van toepassing in België op 16 oktober 1989 (zie nr. 17).

De nieuwe regeling voor de beperking van aansprakelijkheid wordt dus onmiddellijk van toepassing op de eigenaars van zeeschepen, de hulpverleners, hun ondergeschikten en verzekeraars, wanneer zij ressorteren onder het Verdrag LLMC 1976 (art. 1). Ook al zijn de bepalingen van LLMC 1976 en de andere verdragen nog niet in de interne wetgeving opgenomen, zijn zij van kracht, juist zoals vroeger het Verdrag van 1957, wegens de primauteit van het Internationaal Verdrag op de interne strijdige wetbepalingen van België (zie nr. 5).

De nieuwe regeling is nog niet van toepassing op de binnenvaart, omdat art. 9 van de wet van 11 april 1989 (dat een nieuw artikel 273 in de Zeewet invoert) pas op latere datum

van kracht zal worden en bovendien de grenzen en de grondslag voor de berekening van de aansprakelijkheidsbeperking zal dienen te worden vastgesteld door de Koning (art. 273, § 3; zie nr. 26).

Tonnenmaat en collo

37. Er dient onderscheid gemaakt tussen de aansprakelijkheid op basis van de tonnenmaat van het schip (Tonnage Limitation; Verdrag van 25 augustus 1924, art. 7; Verdrag van 10 oktober 1957, art. 3.1; LLMC 1976, art. 6) en de aansprakelijkheid per vervoerde eenheid of collo (Package Limitation; Regelen van Visby, art. 2, a; wet van 11 april 1989, art. 91, A, IV, 5°). Zie hierover R. Roland, «Overzicht van Rechtspraak – Scheepvaartrecht, (1968-1975)», *T.P.R.*, 1976, 162-164, nrs. 117-118; J. Libouton, «Is a container or a trailer a package within the meaning of U.S. COGSA, Sec. 4(5)?», *Rechtspr. Antw.*, 1972, 203; M.A. Huybrechts, *op. cit.*, *Liber Amicorum Lionel Tricot*, 1988, 326.

Besluit

38. De wet van 11 april 1989 heeft belangrijke wijzigingen aangebracht in diverse bepalingen van de Zeewet en ook nieuwe artikelen, buiten het handelsrecht, ingevoerd.

Toch heeft men nagelaten art. 66 van de Zeewet (deklading) te wijzigen, hoewel het Belgisch Bestuur van Zeewezen een wetsvoorstel had voorbereid tot aanpassing van dit artikel aan de moderne eisen van het containervervoer. Dit voorstel bepaalt o.m. dat de instemming van de verlader wettelijk vermoed wordt voor de lading van goederen in een container, aan boord van een schip dat uitgerust is voor dit type van vervoer, in welk geval de vermelding van lading op het dek van de containers niet vereist is en de op het dek geladen containers gelijkgesteld worden met containers geladen in de ruimen. Het probleem werd signaleerd door L. Tricot, «Het zeerecht morgen», *R.W.*, 1987-88, 1420, nr. 7, en door J. van Doosselaere, «Het internationaal containervervoer en de noodzakelijkheid van een aanpassing van de betreffende Belgische wetgeving», *Liber Amicorum Lionel Tricot*, 1988, 537.

Nu de nieuwe wet zelfs wijzigingen invoert o.m. in de Zeewet die met de uitvoering van de goedgekeurde verdragen niets te maken hebben, zoals het toepasselijk maken van art. 18 van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten op de aangestelden van de scheepseigenaar (art. 46, § 4; zie nr. 19) vraagt men zich af waarom de voorgestelde en gewenste wijziging van art. 66 van de Zeewet niet in de wet van 11 april 1989 werd opgenomen.

Ivo DE WEERDT
Ondervoorzitter in de
Rechtbank van Koophandel
te Antwerpen

Naschrift

1. In het Belgisch Staatsblad van 1 december 1989 verscheen het koninklijk besluit van 27 november 1989 betreffende de uitvoering en de inwerkingtreding van de wet van 11 april 1989 houdende goedkeuring en uitvoering van di-

verse internationale akten inzake de zeevaart. Het K.B. begint met de overweging dat het Verdrag LLMC van London 1976 op 1 oktober 1989 volledige uitwerking kreeg in de Belgische rechtsorde.

In onze bijdrage over de wet van 11 april 1989 hebben wij gesteld dat het Verdrag LLMC 1976 van toepassing wordt op 16 oktober 1989, omdat de wet die het verdrag goedkeurt in het Belgisch Staatsblad is verschenen op 6 oktober 1989 (zie de nrs. 17 en 36).

De redacteur van het K.B. heeft goede redenen om te stellen dat LLMC 1976 toepasselijk werd in België op 1 oktober 1989, steunend op artikel 17 (inwerkingtreding) van LLMC 1976.

De toetredingsoorkonden van België betreffende de diverse akten goedgekeurd door de wet van 11 april 1989 werden neergelegd op 15 juni 1989.

De toepassing van artikel 17, lid 3, van LLMC 1976 heeft tot gevolg dat dit verdrag voor België in werking is getreden op 1 oktober 1989 (Bericht B.S., 6 oktober 1989, p.17.183). Maar de Verdragen worden bindend voor de Belgen zodra zij in het Belgisch Staatsblad zijn gepubliceerd (artikel 8 van de wet van 31 mei 1961). Het voorschrift van de inwerkingtreding de tiende dag na de publikatie wordt door de artikelen 4 en 6 van de wet van 31 mei 1961 enkel ingesteld voor wetten en verordeningen.

2. Voor zijn uitvoeringsbepalingen verwijst het K.B. van 27 november 1989 naar de nieuwe artikelen 47, § 3, en 273, §§ 1 en 3, boek II van het Wetboek van Koophandel, als gewijzigd door de wet van 11 april 1989 (zie de nrs. 19 en 26) en naar de artikelen 11, 18 en 26 van deze wet (zie de nrs. 13, 26 en 32).

3. *Binnenvaart*. Artikel 1 § 1 van het K.B. stelt met *binnenvaartuigen* gelijk, voor zover zij enkel op de binnenwateren worden gebruikt, en dit voor de toepassing van de artikelen 2 en 3 van het K.B.:

1. de volgende soorten vaartuigen :

- vaartuigen geëxploiteerd door een openbare overheid of door een openbare dienst, wie ook de eigenaar ervan is ;
- vaartuigen aangewend voor de pleziervaart of voor wetenschappelijk onderzoek ;
- draagvleugelboten (hydroglisseurs) ;
- veerponten ;
- duwboten ;

2. drijvende tuigen als baggermolens, kranen, elevatoren en alle andere drijvende en verplaatsbare werktuigen en materiaal van soortgelijke aard. (zie Roland R. en S., Huybrechts M., "Overzicht Rechtspraak. Scheepvaartrecht (1968-1975)," T.P.R., 1976, 97, nr. 19).

In artikel 1, § 2, worden *zeilplanken* en andere tuigen voor strandvermaak of waterrecreatie uitgesloten : het zijn geen vaartuigen of drijvende tuigen in de zin van artikel 1, § 1 (zie Van der Mensbrugge Y., De zeilplank : strandtuig of vaartuig ?, "Liber Amicorum Lionel Tricot, 1988, 531).

Artikel 1, § 3, omschrijft de *binnenwateren* voor de toepassing van artikel 1, § 1 : de wateren vermeld in lid 1 van artikel 5 van het Verdrag inzake de territoriale zee en de aangrenzende zone, gesloten te Genève op 29 april 1958, en de wateren behorend tot de havens, die worden omschreven door het politie- en scheepvaartreglement voor de Belgische

territoriale zee, de havens en de stranden van de Belgische kust.

4. Het Verdrag LLMC 1976 bepaalt de aansprakelijkheidsgrenzen voor alle vorderingen, behalve voor dood of letsels van passagiers, in artikel 6.1 (zie nr. 11). Deze limieten gelden voor maritieme vorderingen.

Voor de toepassing van deze bepaling op de *binnenvaart* stelt het K.B. in artikel 2, § 1, de aansprakelijkheidsgrenzen en de grondslag voor de berekening van de aansprakelijkheid beperking vast als volgt : (andere vorderingen dan dood of letsels van passagiers, en ontstaan uit eenzelfde voorval)

a) m.b.t. vorderingen ter zake van dood of letsel :

(i) voor een vaartuig (d.i. een binnenvaartuig of daarmee gelijkgesteld vaartuig) niet bestemd tot het vervoer van goederen, in het bijzonder een passagiersschip : 10.000 F. per m₃ waterverplaatsing tot het vlak van de grootste diepgang ;

(ii) voor een vaartuig bestemd voor goederenvervoer : 10.000 F. per ton laadvermogen van het vaartuig ;

(iii) voor een duw- of sleepboot : 35.000 F. voor elke KW van het vermogen van de voortbewegingswerktuigen ;

(iv) voor drijvende tuigen : hun waarde op het tijdstip van de schadeverwekkende gebeurtenis ;

b) met betrekking tot andere vorderingen, de helft van de onder letter a genoemde bedragen.

Artikel 2 § 2 : De grenzen van aansprakelijkheid van degene die *hulp verleent* aan een vaartuig of drijvend tuig en die daarbij geen werkzaamheden verricht vanaf een zee-gaand schip, een vaartuig of een drijvend tuig, of die daarbij uitsluitend werkzaamheden verricht aan boord van dat vaartuig of drijvend tuig, worden berekend volgens een laadvermogen van 350 ton. (Vergelijk de bepaling voor maritieme vorderingen tegen de hulpverlener in artikel 6.4 LLMC 1976, zie nr.11.)

5. M.b.t. vorderingen, voortkomend uit een zelfde gebeurtenis, ter zake van *dood of letsel van passagiers*, beloopt de aansprakelijkheidsgrens van de scheepseigenaar een bedrag van 5.500.000 F. per hoofd, vermenigvuldigd met het aantal passagiers dat het vaartuig op het ogenblik van de gebeurtenis daadwerkelijk heeft vervoerd. (artikel 3, § 1)

Deze grenzen kunnen niet lager zijn dan 36.000.000 F. (per vaartuig), en niet hoger dan de volgende bedragen :

a) 150.000.000 F. voor vaartuigen met niet meer dan 100 passagiers ;

b) 300.000.000 F. voor vaartuigen met niet meer dan 180 passagiers ;

c) 600.000.000 F. voor vaartuigen met meer dan 180 passagiers ;

Voor de toepassing van dit artikel wordt onder "vorderingen ter zake van dood of letsel van passagiers" verstaan, alle vorderingen uit dien hoofde ingesteld door of namens een aan boord van het vaartuig vervoerde persoon :

a) krachtens een overeenkomst tot het vervoer van passagiers, of

b) die, met toestemming van de vervoerder, een voertuig of levende dieren begeleidt, waaromtrent een overeenkomst van goederenvervoer is gesloten (artikel 3, § 2).

4. Zeevaart. Het LLMC 1976 bepaalt in artikel 15.2 dat een Staat, Partij bij het Verdrag, in zijn nationale wet het stelsel van aansprakelijkheid kan regelen dat moet worden toegepast op schepen met een geringere inhoud dan 300 ton (zie nr. 13).

In die zin heeft het K.B. van 27 november 1989 ook uitvoeringsmaatregelen getroffen voor de *zeevaart* (hoofdstuk 2).

Artikel 4, § 1, bepaalt dat de aansprakelijkheidsgrenzen voor zeegaande vaartuigen waarvan de brutotonnenmaat minder bedraagt dan 300, dezelfde zijn als vastgesteld in artikel 6,1,a (i) en b (i), van het Verdrag LLMC 1976 (zie nr.11).

Artikel 4, § 2, van het K.B. zegt dat de eigenaar van een zeegaand vaartuig dat niet onderworpen is aan het Internationaal Verdrag betreffende de meting van schepen 1969 voor de toepassing van de artikelen 12 tot en met 18 van de wet vermeld in het tweede lid van § 1, zijn aansprakelijkheid kan beperken tot de waarde van zijn vaartuig op het ogenblik van de schadeverwekkende gebeurtenis, met een minimum evenwel van 15.000.000 F.

O.i. is deze tekst niet duidelijk: "voor de toepassing van de artikelen 12 tot en met 18 van de wet vermeld in het tweede lid van § 1". Welk artikel? Welke wet? De artikelen 12 tot en met 18 van de wet van 11 april 1989 ressembleren onder hoofdstuk V: *Scheepvaartongevallen*, en betreffen o.a. de verplichting van de scheepseigenaar en kapitein van een vaartuig dat aan de grond gelopen of gezonken is, dit vlot te brengen en te verwijderen op verzoek van de overheid. De overheid kan ook ambtshalve optreden in bepaalde gevallen (zie de nrs. 29 tot 33).

De tekst van artikel 18 van de wet stelt de bedragen vast waartoe de scheepseigenaar zijn aansprakelijkheid kan beperken voor de toepassing van de artikelen 15 en 16 (zie nr. 32). De bedragen zijn vastgesteld rekening houdend met de tonnenmaat van het schip, en voor deze tonnenmaat wordt verwezen naar het Internationaal Verdrag van 1969.

Voor de overige zeegaande schepen worden de aansprakelijkheidsgrenzen, de criteria en de grondslag van bereke-

ning bepaald door de Koning. Het betreft dus schepen niet onderworpen aan het Verdrag 1969.

Maar dit artikel 18 van de wet van 11 april 1989 is niet ingedeeld in paragrafen. Toch kan de inhoud van artikel 4, § 2, van het K.B. alleen betrekking hebben op deze bepaling van artikel 18, zesde lid. Eventueel verwijst artikel 4, § 2, naar het tweede lid van de aanhef van het K.B., waarin sprake is van de wet van 11 april 1989, inzonderheid de artikelen 11, 18 en 26.

7. Ten slotte bepaalt artikel 5 van het K.B. dat de aansprakelijkheidsgrens vermeld in artikel 7.2 van het Verdrag betreffende het vervoer over zee van passagiers en hun reisgoed (Athene 1974) vastgesteld wordt op 5.500.000 F. per hoofd.

Dit gebeurt bij toepassing van het nieuwe artikel 47, § 3, van de zeewet, ingevoerd door artikel 2 van de wet van 11 april 1989. Artikel 47, § 3, bepaalt dat de Koning de hogere aansprakelijkheidslimiet per hoofd vaststelt waarvan sprake is in artikel 7.2 van het Verdrag van Athene van 13 december 1974 (zie nr. 19).

8. *In werkingtreding.* De artikelen 2 tot 8 en 10 tot 25 van de wet van 11 april 1989 treden in werking de dag van de bekendmaking van het K.B. in het Belgisch Staatsblad, dus op 1 december 1989. Ook de artikelen 4 en 5 van het K.B. betreffende de aansprakelijkheidsbeperkingen in de zeevaart, treden die dag in werking. Artikel 9 van de wet, dat artikel 273 boek II, Wetboek van Koophandel betreffende de *binnenvaart* vervangt (zie nr. 26), zal in werking treden op 1 januari 1990, samen met de artikelen 1 tot 3 van het K.B. van 27 november 1989, die eveneens betrekking hebben op de binnenvaart.

I.D.W.

RECHTSPRAAK

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER – 12 APRIL 1989

Voorzitter: de h. Screvens

Rapporteur: mevr. Jeanmart

Openbaar ministerie: de h. Piret, advocaat-generaal

Strafvordering – Onderzoeksgerechten – Raadkamer – Regeling van de procedure

Noch de beschikking van de raadkamer, noch het arrest van de kamer van inbeschuldigingstelling doen, in weerwil van de bewoordingen die erin worden gebruikt, uitspraak over een bevoegdheidsgeschil, als de beklaagde niet heeft beweerd dat de raadkamer door uitspraak te doen over de vordering tot verwijzing, inbreuk maakt op de bevoegdheid van een ander gerecht.

Een dergelijke beschikking van de raadkamer is derhalve een voorbereidende beslissing en een beslissing van onderzoek in de zin van art. 416 Sv.

T.

Gelet op het bestreden arrest, op 12 januari 1989 gewezen door het Hof van Beroep te Luik, kamer van inbeschuldigingstelling;

Overwegende dat het arrest het verzet van eiser tegen de beschikking van de raadkamer die hem naar de correctionele rechtbank verwijst, ontvankelijk verklaart op grond dat eiser in zijn conclusie betoogde dat bepaalde feiten waarvoor de onderzoeksrechter daden van onderzoek bevolen of uitgevoerd heeft, niet op een wettige wijze bij hem waren aangebracht en dat onregelmatige aanhangigmaking gelijkstaat met onbevoegdheid;

Overwegende dat noch de beschikking van de raadkamer noch het bestreden arrest, in weerwil van de bewoordingen

die erin worden gebruikt, uitspraak doen over een bevoegdheidsgeschil, nu eiser niet heeft beweerd dat de raadkamer door uitspraak te doen over de vordering tot verwijzing, inbreuk zou maken op de bevoegdheid van een ander gerecht ;

Overwegende dat de beschikking van de raadkamer derhalve een voorbereidende beslissing en een beslissing van onderzoek is in de zin van artikel 416 van het Wetboek van Strafvordering ; dat het arrest een beslissing van dezelfde aard is als de beschikking waartegen verzet is gedaan en dat, derhalve, de voorziening, nu ze vóór de eindbeslissing is ingesteld, niet ontvankelijk is ;

...

NOOT – Over art. 539 Sv.

1. Uit de in onderlinge samenhang gelezen artt. 135 en 539 Sv. blijkt dat het recht van hoger beroep van de verdachte tegen een beschikking van de raadkamer tot regeling van de procedure beperkt is tot het geval waarin hij de bevoegdheid van dat onderzoeksgerecht of van de onderzoeksrechter betwist en hij deze exceptie van onbevoegdheid opwerpt (M. Franchimont, *Procédure pénale*, 376).

De kamers van inbeschuldigingstelling hebben, op enkele uitzonderingen na, dit beginsel steeds strikt toegepast (K.I. Brussel, 16 februari 1984, *R.W.*, 1984-85, 2685 met noot).

Het hoger beroep van de verdachte tegen een beschikking van verwijzing naar het vonnisgerecht door de raadkamer is derhalve slechts ontvankelijk wanneer wordt aanvaard dat de raadkamer en/of de onderzoeksrechter hun bevoegdheid hebben overschreden door inbreuk te maken op de bevoegdheid van een andere rechtsinstantie (Cass., 5 september 1984, *Arr. Cass.*, 1984-85, nr. 12 ; Cass., 10 februari 1987, *Arr. Cass.*, 1986-87, nr. 347, met noot R.D. ; Cass., 21 juni 1988, *Arr. Cass.*, 1987-88, nr. 648, met noot R.D.).

2. Enkele recente beslissingen van het Hof van Beroep te Luik, mogelijk geïnspireerd door een arrest van de kamer van inbeschuldigingstelling te Brussel van 16 september 1924 (*R.D.P.*, 1924, 851), hebben voornoemde grendel weggeschoven door het hoger beroep van de verdachte wel ontvankelijk te verklaren wanneer wordt opgeworpen dat de beschikking van verwijzing van de raadkamer door een nietigheid is aangetast, of bij schending van het recht van de verdediging (K.I. Luik, 17 april 1985, *Jur. Liège*, 1985, 672 ; K.I. Luik, 18 april 1985, *Jur. Liège*, 1985, 664, met noot F. Piedboeuf ; K.I. Luik, 9 januari 1986, *Jur. Liège*, 1986, 533 ; K.I. Luik, 11 december 1986, *J.T.*, 1987, 72).

Het Hof van Cassatie heeft tot op heden die afwijkende rechtspraak steeds resoluut teruggefloten (Cass., 1 april 1987, *R.D.P.*, 1987, 848 ; Cass., 10 februari 1988, *Arr. Cass.*, 1987-88, nr. 359).

Te dezen benadrukt het Hof andermaal dat onregelmatige aanhangigmaking van feiten bij de onderzoeksrechter geen onbevoegdheid betekent, zodat de verdachte ook ingevolge art. 416 Sw. geen onmiddellijk rechtsmiddel kon aanwenden tegen zijn verwijzing naar de rechter ten gronde (Cass., 20 mei 1986, *Arr. Cass.*, 1985-86, nr. 576). Op te merken valt dat op het enkele cassatieberoep van de verdachte het Hof de beslissing van de kamer van inbeschuldigingstelling die zijn hoger beroep ontvankelijk had verklaard, niet kon vernietigen.

3. Uitbreiding van de bestaande mogelijkheid van hoger beroep door de verdachte tegen de beschikking van de raad-

kamer bij verwijzing naar het vonnisgerecht, kan op het eerste gezicht misschien wenselijk lijken, inzonderheid bij oppervlakkige vergelijking met de aan het openbaar ministerie en de burgerlijke partij door de wet en de rechtspraak toegemeten rechtsmiddelen bij de regeling van de rechtspleging.

Laatstgenoemden kunnen namelijk hoger beroep (door de wet «verzet» genaamd) en eventueel cassatieberoep instellen telkens wanneer de beslissing van de raadkamer hun belangen schaadt, een hinderpaal vormt voor de strafvervolgning op straffordering of op enigerlei wijze het normaal optreden van het gerecht belemmert (K.I. Brussel, 26 januari 1965, *J.T.*, 1965, 727 ; K.I. Antwerpen, 30 juni 1981, *R.W.*, 1984-85, 1786, met noot A. Vandeplas).

Bestaat hier alzo een onaanvaardbare ongelijkheid tussen gedingvoerende partijen ? Sommigen menen van wel (O. Klees, «Les voies de recours de l'inculpé contre l'ordonnance de la chambre du conseil qui le renvoie devant le tribunal correctionnel», *J.T.*, 1986, 56).

4. Bij nader onderzoek van de respectieve rechtsposities van openbaar ministerie, burgerlijke partij en verdachte t.o.v. de beslissingen die de raadkamer kan nemen en waarbij rol en functie van dit onderzoeksgerecht als toetssteen gelden, moet o.i. deze vraag nochtans ontkennend beantwoord worden.

De raadkamer kan immers ten opzichte van het openbaar ministerie en de burgerlijke partij enerzijds geen finale en soevereine richtinggever zijn van de straffordering en de hieraan luidens art. 4 V.T.Sv. gekoppelde civielrechtelijke vordering. Vandaar de noodzaak om deze partijen in dit stadium van de rechtspleging uitgebreider rechtsmiddelen toe te kennen tegen iedere in die zin nadelige beslissing (zoals primair een buitenvervolginstelling).

Anderzijds vormt het optreden van diezelfde raadkamer bij de regeling van de procedure voor de verdachte een wezenlijke waarborg, aangezien het stelsel van de rechtsingang nu juist tot doel heeft te voorkomen dat ongepaste vervolgelingen worden ingesteld.

Zelfs bij verwijzing zal de verdachte door het zuiver voorbereidend karakter van deze beslissing nooit bijkomend in zijn rechten worden geschaad, daar hij deze ten volle voor het vonnisgerecht blijft behouden en kan aanwenden (A. De Nauw, «Recente tendensen in het onderzoek in strafzaken», *Panopticon*, 1988, 245 ; M. De Swaef, «Rechtsmiddelen tegen de beslissingen van de onderzoeksgerechten bij de regeling van de procedure», in *Actuele problemen van strafrecht*, 28-56).

5. Deze overwegingen lijken hoe dan ook voldoende bepalend om te pleiten voor het behoud van het bestaande stelsel van rechtsmiddelen bij de regeling van de rechtspleging, op gevaar af : a) door de verdere vermenigvuldiging van die rechtsmiddelen de strafprocesvoering (nog) langer te zien aanslepen ; b) een al te grote ongelijkheid tot stand te brengen tussen de verdachte die gebruik kan maken van de filters van de onderzoeksgerechten en zijn minder fortuinlijke lotgenoot die via rechtstreekse dagvaarding terstond voor de rechter ten gronde dient te verschijnen ; c) deze rechter na verwijzing in een vrij delicate situatie te plaatsen indien over de bezwaren reeds eensluidend zou zijn beslist zowel door de raadkamer als door het hof van beroep, kamer van inbeschuldigingstelling.

M. De Swaef

HOF VAN CASSATIE**3e KAMER – 5 JUNI 1989**

Voorzitter : de h. Bosly

Rapporteur : mevr. Charlier

Openbaar ministerie : mevr. Liekendael, advocaat-generaal

Advocaat : mr. Gérard

Arbeidsongeval – Uitvoering van de arbeidsovereenkomst – Begrip – Plaats en tijd

De Arbeidsongevallenwet vereist weliswaar dat het ongeval door het feit van de uitvoering van de arbeidsovereenkomst overkomt, maar niet dat het aan de uitvoering van het werk te wijten is. Die omschrijving sluit het ongeval niet uit dat op elke andere plaats en tijd dan die van de uitvoering van de overeenkomst kan gebeuren.

N.V. Z. t/ de W. en N.V. H.

Gelet op het bestreden arrest, op 25 januari 1988 door het Arbeidshof te Brussel gewezen ;

Over het middel : schending van de artikelen 97 van de Grondwet en 7 van de Arbeidsongevallenwet van 10 april 1971,

doordat eiseres in haar regelmatige conclusie voor het arbeidshof subsidiair betoogde dat «het ongeval, ook als men aanneemt dat het letsel aan een plotselinge gebeurtenis te wijten is, niet door het feit van de uitvoering van een arbeidsovereenkomst zou zijn overkomen ; dat in de rechtspraak algemeen wordt aangenomen dat een gebeurtenis die op welke plaats en/of tijd ook kan gebeuren, zelfs buiten het werk, niet als een arbeidsongeval in aanmerking kan worden genomen ; dat vaststaat dat het meniscusletsel is ontstaan toen de eerste (verweerder) op het trottoir van de Livornostraat ging ; dat dit trottoir in niets verschilt van het doorsnee trottoir in de Brusselse agglomeratie ; dat niet wordt aangevoerd dat het abnormaal gevaarlijk zou zijn en de aansprakelijkheid van de openbare overheid in het gedrang brengt ; dat het neerzetten van een voet op een bodem die voor een 14 februari in de Brusselse agglomeratie normaal valt te noemen, geen bijzonder arbeidsrisico inhoudt ; dat de gebeurtenis die het letsel zou hebben veroorzaakt, ook als is aangetoond dat het letsel vaststaat, een gebeurtenis is die op elke andere plaats en tijd had kunnen gebeuren ; dat die gebeurtenis dus niet aan het feit van het werk te wijten is» ; het arrest die redengeving afwijst enkel op grond «dat de arbeidsongevallenverzekeraar bezwaarlijk kan betogen dat de meniscusscheur op onverschillig welk ogenblik en op onverschillig welke plaats had kunnen gebeuren zelfs als de werknemer niet aan het werk was ; dat dit middel te dezen niet pertinent is ; dat het aannemen van dat middel zou leiden tot het besluit dat de werknemer, aangezien hij in zijn privéleven een verwonding kan oplopen, geen vergoeding behoeft als hij op het werk wordt verwond ; dat de wet van 10 april 1971 dan doelloos wordt ; dat de arbeidsongevallenverzekeraar dat alleen geldig kan weerleggen door op geneeskundige gronden aan te tonen dat te dezen een meniscusletsel niet kan worden opgelopen door te gaan, wat hij niet heeft gedaan»,

terwijl (...), derde onderdeel, enkel als een arbeidsongeval wordt aangemerkt het ongeval dat tijdens en door het feit

van de uitvoering van de arbeidsovereenkomst overkomt ; het ongeval dat op onverschillig welke andere plaats en tijd had kunnen gebeuren, zoals het plaatsnemen van een voet op een trottoir in normale staat, niet kan worden aangemerkt als overkomen door het feit van de uitvoering van de arbeid en derhalve geen arbeidsongeval kan uitmaken ; daaruit volgt dat het arrest, door niettemin te beslissen dat te dezen het litigieuze ongeval een arbeidsongeval uitmaakte, artikel 7, eerste lid, van de wet van 10 april 1971 schendt :

Wat het derde onderdeel betreft :

Overwegende dat artikel 7 van de wet van 10 april 1971 het arbeidsongeval omschrijft als elk ongeval dat een werknemer tijdens en door het feit van de uitvoering van de arbeidsovereenkomst overkomt en dat een letsel veroorzaakt ; dat de wet, enerzijds, weliswaar vereist dat het ongeval door het feit van de uitvoering van de arbeidsovereenkomst overkomt, maar niet dat het aan de uitvoering van het werk te wijten is ; dat die omschrijving, anderzijds, het ongeval niet uitsluit dat op elke andere plaats en tijd dan die van de uitvoering van de overeenkomst kan gebeuren ;

Dat dit onderdeel naar recht faalt ;

...

NOOT – Zie elders in dit nummer Cass., 26 september 1989.

HOF VAN CASSATIE**VERENIGDE KAMERS – 18 SEPTEMBER 1989**

Voorzitter : de h. Châtel, eerste voorzitter

Rapporteur : de h. Verheyden

Openbaar ministerie : mevr. Liekendael, advocaat-generaal

Advocaten : mrs. Kirkpatrick en Draps

Veiligheidscomité – Beschermde werknemer – Niet verkozen kandidaat – Ontslag – Weigering te herplaatsen – Vergoeding – Periode tot het verstrijken van mandaat

De niet verkozen kandidaat voor het veiligheidscomité heeft, bij ontslag met weigering tot herplaatsing, geen aanspraak op de bij art. 1bis, § 7, eerste lid, 1°, Veiligheidswet bepaalde vergoeding «voor de periode die nog te lopen blijft tot het verstrijken van het mandaat».

N.V. F. t/ A.

Gelet op het bestreden arrest, op 7 juli 1988 gewezen door het Arbeidshof te Bergen, rechtdoende als rechtscollege waarnaar de zaak verwezen is ;

Gelet op het arrest van het Hof van 16 mei 1983 ;

Over het middel : schending van artikel 1bis, inzonderheid § 7, eerste lid, 1°, van de wet van 10 juni 1952 betreffende de gezondheid en de veiligheid van de werknemers, alsmede de salubriteit van het werk en van de werkplaatsen, gewijzigd bij artikel 10, § 7, van het koninklijk besluit nr. 4 van 11 oktober 1978,

doordat het arrest, na te hebben vastgesteld dat verweerder die «sedert 4 april 1977 als werkmans in dienst was van

de (vennootschap eiseres), op 13 februari 1979 door het ACV, zijn vakorganisatie, is voorgedragen als kandidaat bij de sociale verkiezingen voor de vernieuwing van het comité voor veiligheid en gezondheid van zijn onderneming, dat het voor hem zijn eerste kandidatuur was, dat hij op 2 maart 1979 en met ingang van 5 maart 1979 ontslagen werd met een opzeggingsvergoeding van vier weken, dat hij, zich beroepende op zijn beschermd statuut, op regelmatige wijze zijn herplaatsing eist welke hem eveneens op regelmatige wijze wordt geweigerd. In overleg met zijn vakorganisatie handhaaft hij zijn kandidatuur bij de verkiezingen waar hij slechts één stem behaalt en niet gekozen wordt», met bevestiging van het beroepen vonnis, eiseres veroordeelt om aan verweerder het hoofdbedrag van 1.910.183 frank te betalen, zijnde een vergoeding «gelijk aan het loon voor de periode die nog te lopen blijft tot het verstrijken van het mandaat» en bepaald in artikel 1bis, § 7, eerste lid, 1°, van de wet van 10 juni 1952,

terwijl artikel 1bis, § 7, eerste lid, 1°, van de wet van 10 juni 1952, gewijzigd bij het koninklijk besluit nr. 4 van 11 oktober 1978 de in § 5 van dat artikel bedoelde werkgever die de ontslagen werknemer niet in de onderneming herplaatst binnen dertig dagen na de aanvraag tot herplaatsing, ertoe verplicht een vergoeding te betalen die gelijk is aan het loon voor de periode die nog te lopen blijft tot het verstrijken van het mandaat; uit de bewoordingen van die bepaling blijkt dat de wetgever enkel de effectieve en plaatsvervangende personeelsafgevaardigden in het comité voor veiligheid, gezondheid en verfraaiing van de werkplaatsen heeft bedoeld, en niet de niet gekozen kandidaten die geen mandaat hebben; daaruit volgt dat het bestreden arrest niet wettig heeft kunnen beslissen dat verweerder ondanks het feit dat hij niet gekozen was bij de sociale verkiezingen voor het comité voor veiligheid, gezondheid en verfraaiing van de werkplaatsen, niettemin aanspraak kon maken op de vergoeding bepaald bij artikel 1bis, § 7, eerste lid, 1°, van de wet van 10 juni 1952:

Overwegende dat de beslissing waartegen het middel opkomt onverenigbaar is met het verwijzend arrest van 16 mei 1983;

Dat het middel overeenkomt met het middel dat door het arrest gegrond was bevonden;

Dat het derhalve aan de verenigde kamers van het Hof moet worden voorgelegd;

Overwegende dat ingevolge artikel 1bis, § 7, eerste lid, 1°, van de wet van 10 juni 1952, gewijzigd bij het koninklijk besluit nr. 4 van 11 oktober 1978, de in § 5 bedoelde werkgever, die de ontslagen werknemer in de onderneming niet herplaatst binnen dertig dagen na de aanvraag tot herplaatsing, hem een vergoeding moet betalen gelijk aan het loon voor de periode die nog te lopen blijft tot het verstrijken van het mandaat;

Overwegende dat uit de bewoordingen van die bepaling volgt dat de wetgever enkel de effectieve en plaatsvervangende personeelsafgevaardigden in het comité voor veiligheid, gezondheid en verfraaiing van de werkplaatsen heeft bedoeld, en niet de niet gekozen kandidaten die geen mandaat hebben;

Overwegende dat het arbeidshof, door te beslissen dat verweerder, die, zoals het arrest vaststelt, kandidaat was bij de verkiezingen voor genoemd comité maar niet was gekozen,

aanspraak kon maken op de vergoeding bedoeld in voornoemd artikel 1bis, § 7, eerste lid, 1°, die bepaling schendt;
Dat het middel gegrond is;
...

NOOT – Zie Cass., 16 mei 1983, *R.W.*, 1983-84, 1916, met noot.

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER – 26 SEPTEMBER 1989

Voorzitter: de h. Boon, waarnemend voorzitter

Rapporteur: de h. Marchal

Openbaar ministerie: de h. Tillekaerts, advocaat-generaal

Advocaten: mrs De Bruyn en Bützler

Arbeidsongeval – Uitvoering van arbeidsovereenkomst – Gezag van werkgever – Begrip

De werknemer staat in beginsel onder het gezag van de werkgever zolang hij ten gevolge van het verrichten van de arbeid in zijn persoonlijke vrijheid wordt beperkt. De gezagsverhouding is derhalve niet noodzakelijk binnen de arbeidstijd besloten en de uitvoering van de arbeidsovereenkomst valt dan ook niet steeds samen met het eigenlijk verrichten van arbeid.

H., P.V.B.A. H. en N.V. G. t/ M.

Gelet op de bestreden vonnissen (...) en gelet op het bestreden arrest, op 8 mei 1978 door het Hof van Beroep te Gent gewezen;

...

Overwegende dat de voorzieningen alleen gericht zijn tegen de beslissing op de civielrechtelijke vordering door de rechtsvoorganger van verweester tegen de eisers ingesteld;

Over het middel: schending van de artikelen 7, 8, 46, meer bepaald 46, § 1, 5°, van de Arbeidsongevallenwet van 10 april 1971, 1382 en 1383 van het Burgerlijk Wetboek,

doordat het arrest, met bevestiging van het beroepen vonnis, voor recht beslist dat het litigieus ongeval een ongeval op de weg van het werk, maar niet een arbeidsongeval is, dat de vordering van de rechtsvoorganger van verweester bijgevolg tegen de eisers toelaatbaar is, op de volgende gronden: «Uit de feitelijke omstandigheden van de zaak blijkt dat de verscheidene werknemers een werk moesten uitvoeren te Deinze. Zij moesten 's morgens samenkomen aan het station, werden vandaar met een bus van de werkgeefster naar Deinze gevoerd, en 's namiddags terug naar het station gevoerd. Het slachtoffer was echter niet op de hoogte gebracht van deze regeling en had zich naar Zwijnaarde begeven, zoals aanvankelijk gepland was, om aldaar een werk uit te voeren. Daarom haalde (eiser) het slachtoffer te Zwijnaarde af en voerde hij na de middag betrokkene terug naar Zwijnaarde. Ofschoon de werkuren eindigden om 16 uur 15 blijkt dat het werk te Deinze vroeger stopgezet was. Daar de werklieden door de zorgen van de werkgeefster naar het station gevoerd werden, ging deze akkoord met die stopzetting. De omstandigheid dat de werklieden naar het station, en niet naar de zetel van het bedrijf, gevoerd werden, bewijst dat

er geen sprake meer van was hun nog enige opdracht te verstrekken of van hen enige prestatie te eisen. Met ieders instemming werd een einde gemaakt aan de uitvoering van de arbeid, zodat niet kan worden beweerd dat de werklieden nog onder het gezag, de leiding en het toezicht stonden van de werkgeefster toen zij Deinze verlieten. De toestand van de burgerlijke partij was net dezelfde als die van zijn werkmakers. Het enkele feit dat hij naar Zwijnaarde gevoerd werd om zijn fiets te halen in plaats van naar het station, brengt niet mee dat hij langer dan de anderen aan de arbeid bleef. Het is immers duidelijk dat ook van hem geen enkele prestatie meer verlangd werd, en dat ook voor hem het gezag, de leiding en het toezicht van de werkgeefster niet meer aanwezig waren. De beklagde (eiser) voerde hem met zijn eigen wagen uit vriendelijkheid en niet om zijn dienstprestaties anders te regelen dan voor de overige werklieden. Dat het voor hem – evenals overigens voor de werkgeefster – gemakkelijk was plaats te nemen in (eisers) voertuig om op vlugge wijze de afstand Zwijnaarde-Deinze en terug af te leggen, brengt niet mee dat hij daarbij onder het gezag van zijn werkgeefster kwam te staan, en het was in de gegeven omstandigheden een normale handelwijze aldus het traject af te leggen»; het vonnis van 29 september 1988 bijgevolg elk der eisers voor het geheel veroordeelt om aan verweerster, als schadevergoeding 719.911 frank, met vergoedende rente vanaf 2 september 1974, en 1.667.471 frank, met vergoedende rente vanaf 1 januari 1977, te betalen, met de kosten van het geding,

...

Overwegende dat een ongeval zich tijdens de uitvoering van de arbeidsovereenkomst voordoet wanneer de werknemer op het ogenblik van het ongeval onder het gezag van de werkgever staat ;

Overwegende dat in beginsel de werknemer onder het gezag van de werkgever staat zolang hij ten gevolge van het verrichten van de arbeid in zijn persoonlijke vrijheid wordt beperkt ; dat de gezagsverhouding derhalve niet noodzakelijk binnen de arbeidstijd is besloten en de uitvoering van de arbeidsovereenkomst dan ook niet steeds met het eigenlijk verrichten van arbeid samenvalt ;

Overwegende dat het arrest beslist dat het ongeval dat de rechtsvoorganger van verweerster overkwam, geen arbeidsongeval is, op de enkele gronden dat hij op het ogenblik van het ongeval met instemming van de werkgever de arbeid beëindigd had en diens gevolg niet meer onder diens gezag stond, en dat zijn aanwezigheid in het voertuig van de werkgever op dat ogenblik aan laatstgenoemde omstandigheid niet afdoet, nu de werkgever hem «uit vriendelijkheid» vervoerde en dit vervoer voor beiden «gemakkelijk» was ;

Dat het arrest de beslissing niet naar recht verantwoordt ;

...

NOOT – Zie elders in dit nummer Cass., 5 juni 1989.

HOF VAN BEROEP TE BRUSSEL

1e KAMER – 16 MAART 1988

Voorzitter : de h. Verdoodt

Raadsheren : mevr. Pauwels en de h. Maréchal

Advocaten : mrs. Jans, Mondelaers, Savelkoul en Embrechts loco Ver Berne

Overeenkomst – Contractueel recht op volledige schade-loosstelling – Muntontwaarding – Schade wegens vertraging in de uitvoering van de overeenkomst – Moratoire interesten – Toepassingsgebied van de artt. 1153 en 1895 B.W.

Het contractueel recht op volledige schadeloosstelling, begroot op de dag van de uitspraak, wordt slechts gerealiseerd indien bij het bepalen ervan rekening wordt gehouden met de werkelijke koopkracht van de munt, d.i. de muntontwaarding die zich heeft voorgedaan tussen het tijdstip waarop het recht op vergoeding ontstond en de elementen ter berekening ervan werden genomen, en het tijdstip van de uitspraak.

De artt. 1153 en 1895 B.W., volgens welke de schadevergoeding wegens vertraging in de uitvoering van een overeenkomst uitsluitend bestaat uit wettelijke interest, gelden slechts wanneer de verbintenissen betrekking hebben op een bepaalde geldsom waarvan het bedrag onveranderbaar is vastgesteld bij de wet of door de wil van de partijen, en niet voor schulden die door de rechter moeten worden begroot.

Gemeente Beringen t/ B.V. naar Nederlands recht
Aannemingsbedrijf W.

Overwegende dat appellante ten onrechte het principe van het recht op een vergoeding wegens muntontwaarding op de herziening wegens onvoorzienbaarheid met toepassing van art. 16.B van het ministerieel besluit van 14 oktober 1964 betwist ;

dat appellante allereerst ten onrechte staande blijft houden dat enerzijds een vergoeding voor muntontwaarding slechts kan worden toegekend wanneer een buitencontractuele of contractuele fout is begaan en anderzijds dat art. 16.B van het M.B. van 14 oktober 1964 de aannemer slechts een mogelijkheid geeft om prijsherziening te vragen ;

dat het Hof van Cassatie in casu uitdrukkelijk heeft beslist dat de vergoeding voor muntontwaarding niet verbonden is met het begrip fout ;

dat voormeld art. 16.B de aannemer een contractueel recht op schadevergoeding toekent t.a.v. de overheid (Cass., 9 mei 1980, *T. Aann.*, 1981, p. 146) ;

dat dit een recht is op volledige schadevergoeding, begroot op de dag van de uitspraak (Cass., 20 september 1979, *Rev. Crit. J.B.*, 1982, 100, met noot Fr. Maussion) ; dat dit slechts gerealiseerd wordt indien bij het bepalen ervan rekening wordt gehouden met de werkelijke koopkracht van de munt, d.i. de muntontwaarding die zich heeft voorgedaan tussen het tijdstip waarop het recht op vergoeding ontstaat en de elementen ter berekening ervan werden genomen, en het tijdstip van de uitspraak (Cass., 13 januari 1984, *R.W.*, 1983-84, 2329) ; dat aan deze principes geen afbreuk wordt gedaan

wanneer de vergoedingen op grond van art. 16.B voornoemd naar billijkheid dienen te worden bepaald ;

dat appellante verkeerdelijk stelt dat de gerechtelijke interessen een afdoende vergoeding uitmaken, met uitsluiting van elke bijkomende vergoeding voor muntontwaarding ; dat de artt. 1153 en 1895 B.W., volgens welke de schadevergoeding wegens vertraging in de uitvoering uitsluitend bestaat uit wettelijke interest, slechts gelden wanneer de verbintenissen betrekking hebben op een bepaalde geldsom waarvan het bedrag onveranderbaar is vastgesteld bij de wet of door de wil van partijen, niet voor schulden die door de rechter moeten worden begroot (Cass., 26 februari 1931, *Pas.*, 1931, I, 94 ; Cass., 7 juli 1938, *Pas.*, 1938, I, 261) ;

dat trouwens interessen en vergoeding voor muntontwaarding, niet dezelfde schade beogen ; dat de omstandigheid dat de schuldeiser de inkomsten uit het kapitaal heeft moeten ontberen ten gevolge van niet-tijdige betaling, vergoed wordt door interessen, terwijl de vergoeding voor muntontwaarding ertoe strekt de schadevergoeding te evalueren op de dag van de uitspraak, en te beletten dat op het ogenblik van de uitspraak zou worden gerekend in bedragen van een ontwaard kapitaal ;

...

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

8e KAMER – 25 OKTOBER 1989

Voorzitter-rapporteur : de h. Vandeplas

Raadsheren : de hh. Luyckx en Renaers

Openbaar ministerie : de h. De Swaef, advocaat-generaal

Poging – Tot diefstal met geweld bij nacht – Straf – Verzachtende omstandigheden

Poging tot diefstal met geweld of bedreiging gepleegd bij nacht, wordt overeenkomstig art. 52 Sw. gestraft met een criminele straf, nl. opsluiting.

Bij toepassing van de verzachtende omstandigheden vastgesteld door de raadkamer, wordt deze straf van opsluiting, overeenkomstig de voorschriften van art. 80 Sw., vervangen door gevangenisstraf van ten minste een maand, maar de schuldige kan, luidens de bepalingen van art. 84 Sw., bovendien o.m. worden veroordeeld tot een geldboete van 26 tot 1.000 frank, daar de omzetting van de criminele straf van opsluiting in een gevangenisstraf niet het gevolg is van de regelen betreffende de poging, maar van de toepassing van bovenvermelde verzachtende omstandigheden.

O.

Overwegende dat de schuld van beklaagde aan de hem ten laste gelegde feiten bewezen gebleven is ; dat beklaagde zich bovendien in staat van wettelijke herhaling bevindt, veroordeeld zijnde tot een gevangenisstraf van ten minste een jaar, namelijk tot een gevangenisstraf van drie jaar uit hoofde van diefstal door middel van geweld of bedreiging, bij nacht, door twee of meer personen en met gebruik van wapens, en tot een gevangenisstraf van drie maanden uit hoofde van huisdiefstal, ingevolge vonnis van de Correctionele Rechtbank te Hasselt van 20 april 1984, dat in kracht van gewijsde

gegaan was op het tijdstip van de onderhavige feiten, en het nieuwe feit gepleegd zijnde voordat vijf jaar zijn verlopen sinds hij zijn straf heeft ondergaan of sinds zijn straf verjaard is, en waarvan een eensluidend afschrift bij het dossier is gevoegd ;

Overwegende dat de poging tot diefstal met geweld of bedreiging gepleegd bij nacht, overeenkomstig artikel 52 van het Strafwetboek, wordt gestraft met een criminele straf, namelijk opsluiting ;

Overwegende dat bij toepassing van de verzachtende omstandigheden vastgesteld door de raadkamer te Hasselt, deze straf van opsluiting, overeenkomstig de voorschriften van artikel 80 van het Strafwetboek, wordt vervangen door gevangenisstraf van ten minste een maand, maar de schuldige, luidens de bepalingen van artikel 84 van het Strafwetboek, bovendien onder meer kan worden veroordeeld tot een geldboete van zesentwintig frank tot duizend frank, daar de omzetting van de criminele straf van opsluiting in een gevangenisstraf niet het gevolg is van de regelen betreffende de poging, maar van de toepassing van de bovenvermelde verzachtende omstandigheden ;

Overwegende dat de bestraffing uitgesproken door de eerste rechter, als gepast voorkomt om de door hem opgegeven redenen :

...

NOOT – *De geldboete bij een wegens verzachtende omstandigheden gecorrectionaliseerde misdaad (art. 84 Sw.)*

1. De beklaagde pleegde in casu een strafbare poging tot een diefstal met geweld of bedreiging bij nacht (art. 471 Sw.). Een poging tot een misdaad wordt luidens artikel 52 Sw. gestraft met de straf die, overeenkomstig de artikelen 80 en 81, onmiddellijk lager is dan die gesteld op de misdaad zelf, zodat te dezen het misdrijf gestraft wordt met de criminele straf van opsluiting en m.a.w. een misdaad blijft.

2. Deze misdaad kan door het onderzoeksgerecht op grond van verzachtende omstandigheden gecorrectionaliseerd worden door toepassing van artikel 2 van de wet van 4 oktober 1867 op de verzachtende omstandigheden. De regels van de strafbare poging die betrekking hebben op de kwalificatie van het misdrijf worden toegepast vóór de regels betreffende de verzachtende omstandigheden (Dupont, L., «Wettelijke regelen inzake straftoemeting en hun onderlinge combinatie», in *Strafrecht voor rechtspractici*, 1985, 161-162). Correctionalisatie, evenals contraventionalisatie, heeft geen invloed op het al dan niet strafbaar karakter van een poging.

De misdaad bestaande in een poging tot het misdrijf bedoeld in artikel 471 Sw. wordt dan door de beslissing van het onderzoeksgerecht gedenatureerd tot een wanbedrijf, strafbaar met een correctionele gevangenisstraf van minimaal een maand (art. 80, laatste lid, Sw.) en maximaal vijf jaar (art. 25, eerste lid, Sw.) als hoofdstraf (zonder rekening te houden met de mogelijke strafverzwaring in geval van herhaling en samenloop).

3. Wanneer de criminele straf tot een gevangenisstraf wordt verminderd door toepassing van verzachtende omstandigheden, kan luidens artikel 84, eerste lid, Sw. een geldboete van 26 frank tot 1.000 frank worden opgelegd. Deze facultatieve geldboete van artikel 84 Sw. kan uitgesproken worden indien de strafwet op de (gecorrectionaliseerde) mis-

daad, zoals in casu, geen bijkomende geldboete heeft gesteld (Dupont, L., *l.c.*, 136). Als er een geldboete is bepaald (bv. art. 214 Sw. bij valsheid in geschrifte), geldt artikel 83 Sw., luidens hetwelk de geldboete in criminele zaken door toepassing van verzachtende omstandigheden niet minder mag bedragen dan 26 frank. Artikel 83 Sw. veroorlooft niet de geldboete weg te laten (Cass., 26 september 1913, *Pas.*, 1913, I, 409).

4. Het geannoteerde arrest merkt terecht op dat de omzetting van de criminele straf in de correctionele straf niet het gevolg is van de regelen betreffende de poging. In dat geval is nl. artikel 84 Sw. niet van toepassing (Cass., 21 oktober 1963, *Pas.*, 1964, I, 187; Cass., 21 mei 1974, *Arr. Cass.*, 1974, 1051; Cass., 9 november 1976, *Arr. Cass.*, 1977, 284; Antwerpen, 15 maart 1989, *R.W.*, 1989-90, 126, met noot). Telkens wanneer, overeenkomstig de degressieve strafschaal van artikel 80 Sw., de criminele straf wordt omgezet in een correctionele gevangenisstraf door toepassing van andere regels dan die van de verzachtende omstandigheden, bv. de regels betreffende de bestraffing van de poging tot een misdad (art. 52 Sw.) of de regels betreffende de bestraffing van de medeplichtigheid aan een misdad (art. 69, eerste lid, Sw.) of bij een combinatie van de twee voormelde regels, kan de facultatieve geldboete van artikel 84 Sw. niet als bijkomende strafsancie worden uitgesproken. Artikel 84 Sw. is bv. niet van toepassing op een poging tot diefstal met braak, inklimming of valse sleutels (art. 467 Sw.; cf. zeer recent: Antwerpen, 15 maart 1989, *gecit.*), op een medeplichtigheid aan diefstal door middel van geweld of bedreiging (art. 488 Sw.) of op een medeplichtigheid aan een poging tot diefstal met geweld of bedreiging gepleegd bij nacht (art. 471 Sw.).

De geldboete van artikel 84 Sw. kan evenmin toegepast worden in geval van correctionalisatie van een misdad op grond van strafverminderende verschoningsgronden (bv. de uitlokking — artt. 411 e.v. Sw.).

5. De minimumgrens van 26 frank geldboete in artikel 84 Sw. kan niet verlaagd worden door toepassing van de regels van artikel 85 Sw. Dit laatste artikel is nl. niet van toepassing op wegens verzachtende omstandigheden gecorrectionaliseerde misdaden (Cass., 9 maart 1925, *Pas.*, 1925, I, 171; Cass., 4 juni 1973, *Arr. Cass.*, 1973, 960).

6. Artikel 84 Sw. bepaalt tevens in het tweede lid een facultatieve en tijdelijke (van vijf tot tien jaar) ontzetting uit alle rechten of een deel van de rechten opgesomd in artikel 31 Sw. Ook voor deze bijkomende strafsancie geldt de hierboven uiteengezette regeling. In geval bv. van correctionalisatie van valsheid in handels- of private geschriften (art. 196 Sw.) op grond van verzachtende omstandigheden, kan de facultatieve ontzetting van artikel 84 Sw., tweede lid, worden uitgesproken (Cass., 19 april 1983, *Arr. Cass.*, 1982-83, 994).

Bart Spriet
Assistent K.U.Leuven

HOF VAN BEROEP TE GENT

7e KAMER — 26 OKTOBER 1989

Voorzitter : de h. Degraeve

Raadsheren : de hh. Delbeke en Verhaegen

Openbaar ministerie : de h. Hellin

Advocaten : mrs. Janssens loco De Ketele en Coppens

Faillissement — Art. 445 Fw. — Voorafbetaling op niet verschuldigde personenbelasting — Schuldvergelijking

Art. 445, derde lid, Fw. is toepasselijk als de gefailleerde tijdens de verdachte periode op de personenbelasting voorafbetalingen heeft verricht en achteraf is komen vast te staan dat hij geen personenbelasting dient te betalen. Op het tijdstip van de betaling betrof het op zijn minst een niet vervallen schuld, meer bepaald een toekomstige schuld, die naderhand niet eens verantwoord kan worden.

Op grond van dezelfde bepaling is de schuldvergelijking uitgesloten die het Bestuur wil zien toepassen voor nog verschuldigde belastingen van totaal verschillende aard en soms verschillend aanslagjaar.

Belgische Staat t/ Faillissement De B.

Het tijdig, toelaatbaar en rechtsgeldig ingesteld hoger beroep betreft een vonnis van 4 maart 1988, gewezen door de Rechtbank van Koophandel te Dendermonde (afdeling Aalst), waarbij appellant (oorspronkelijk verweerder) veroordeeld werd tot terugbetaling van voorheen ontvangen voorafbetalingen ten bedrage van 145.000 frank.

Tussen partijen wordt niet betwist dat : 1) de belastingplichtige Gustaaf De B., timmerman van beroep, bij vonnis van 16 september 1985 in staat van faillissement verklaard werd ; 2) de datum van de aanvang van de staking van betaling in hetzelfde vonnis bepaald werd op 16 maart 1985 ; 3) door de belastingplichtige voorafbetalingen gedaan werden op 10 april en 10 juli 1985 ; 4) uit de aanslag in de personenbelasting 1986 (inkomsten 1985) gebleken is dat de gefailleerde, bij gebrek aan inkomsten, geen personenbelasting diende te betalen en als zodanig gemeld werd «terug te geven 145.000 frank» (cf. aanslagbiljet) ; 5) appellant hierop niet inging en, na het faillissement, vermeld bedrag verrekende met andere openstaande en opengekomen belastingen, zoals o.a. verkeersbelastingen, onroerende voorheffingen, en belangrijke bedrijfsvoorheffingen (cf. aanwendingsstaat van 22 maart 1988 van appellant) ;

Daartegenover staat ter discussie of (1) artikel 445, derde lid, van de Faillissementswet al dan niet toepasselijk is ; (2) in voorkomend geval, schuldvergelijking kan worden toegepast.

Ad 1

Allereerst zij eraan herinnerd dat artikel 445 van de Faillissementswet ertoe strekt het gelijkheidsbeginsel te handhaven onder de schuldeisers van de gefailleerde ; het derde lid van dat artikel beoogt onder meer de nietigheid en niet-tegenwerpelijheid ten aanzien van de boedel «van alle betalingen, hetzij in geld, hetzij door overdracht, verkoop, schuldvergelijking of anders, van niet vervallen schulden die gedaan werden door de schuldenaar sedert het door de rechtbank bepaalde tijdstip waarop hij opgehouden heeft te be-

talen of binnen de tien dagen die dit tijdstip zijn voorafgegaan». Wel is het zo dat de aangevochten handeling tot gevolg moet hebben gehad dat één schuldeiser ten nadele van de andere wordt bevoordeeld.

De argumentatie van appellant, die aanvankelijk beweerde dat niet precies vaststond wanneer het tijdstip van ophouden van betaling bepaald werd, zodat men zich diende te stellen op de dag van het vonnis van faillietverklaring alsook dat voorafbetalingen vervallen schulden zijn, komt thans hierop neer dat artikel 445 ter zake niet toepasselijk is omdat een voorafbetaling, die ertoe strekt een belastingverhoging te vermijden, niet ten nadele van de boedel verricht kan zijn.

Het ontgaat evenwel appellant dat een gedane voorafbetaling niet noodzakelijk het bestaan van een belastingschuld impliceert en zolang als die schuld niet door inkohiering vaststaat ten laste van de belastingplichtige jegens de ontvanger het karakter bewaart van een schuldvordering.

Te dezen nu blijkt niet alleen dat de voorafbetalingen geschied zijn tijdens de verdachte periode, doch tevens dat de belastingplichtige voor de betrokken periode geen personenbelasting verschuldigd was; m.a.w. op het tijdstip van de betaling betrof het op zijn minst een niet-vervallen schuld, meer bepaald een toekomstige schuld, die naderhand niet eens verantwoord kan worden.

Het door de boedel geleden nadeel bestaat hierin dat hij, niettegenstaande de gefailleerde voor de betrokken periode geen personenbelasting verschuldigd was, een verarming onderging van 145.000 frank.

Terecht werd derhalve voormeld artikel 445, derde lid, toepasselijk geacht.

Ad 2

Uit de hierboven gehouden bespreking is reeds gebleken dat luidens artikel 445, derde lid, van de Faillissementswet schuldvergelijking voor niet-vervallen schulden, in geval van benadeling, niet tegenwerpelijk is aan de boedel; door de rechtspraak en de rechtsleer werd billijkheidshalve dit beginsel weliswaar enigszins getemperd, doch slechts voor zover het tussen partijen gaat om uit overeenkomsten wederkerige verbintenissen die een zelfde oorzaak hebben.

Ter zake is zulks evenwel niet het geval; nergens is te dezen sprake van een overeenkomst die de belastingplichtige met de fiscus zou hebben aangegaan of die tussen hen bestond. Nog veel minder ziet men in, nu appellant zelf verwijst naar «de fiscale wetgeving inzake directe belasting», hoe enerzijds de vordering tot terugbetaling uit hoofde van te veel betaalde voorschotten op de personenbelasting, anderzijds het verrekenen van belastingen van totaal andere aard en soms verschillend aanslagjaar, op één en dezelfde oorzaak stoelden.

Ook dit middel faalt derhalve.

NOOT – Zie over het geheel van de in het arrest behandelde problematiek S. Van Crombrugge en Ph. Colle, «Fiscus en faillissement», in M. Storme en S. Van Crombrugge (red.), *Actuele problemen van fiscaal recht*, Antwerpen, Kluwer, 1989, pp. 41-60.

BURGERLIJKE RECHTBANK TE LEUVEN

KORT GEDING – 21 SEPTEMBER 1989

Voorzitter : de h. Naets

Openbaar ministerie : mevr. Vrijens

Advocaten : mrs. Versluys-Dunesme en Gielis loco Nelissen
Grade

Echtscheiding – Voorlopige maatregelen – Co-ouderschap

De rechter kan het bestuur over de persoon en de goederen van het minderjarig kind aan beide ouders toevertrouwen, met afwisselend verblijf van het kind bij elke ouder, ook al is een van de ouders het niet langer eens met die regeling.

S. t/ V.

Overwegende dat eiseres, die een vordering tot echtscheiding heeft ingesteld, ons verzoekt met toepassing van artikel 1280 Ger. W., voorlopige maatregelen te nemen en dat verweerder bij conclusie een tegenvordering instelt die hetzelfde doel nastreeft;

...

Overwegende dat bij beschikking van de Vrederechter van het tweede kanton te Leuven van 3 januari 1989, gegeven op basis van de artikelen 221-223 B.W., een co-ouderschap tussen beide ouders werd ingesteld op grond van de gegevens van een maatschappelijk verslag opgesteld op 29 november 1988;

Overwegende dat eiseres deze regeling aanvecht, voornamelijk wegens het feit dat zij, in tegenstelling van wat vermeld staat in het verslag, niet akkoord gaat met die regeling;

Overwegende dat het akkoord van partijen in verband met zulk een regeling alleszins een belangrijk element is; dat echter, zoals steeds, het belangrijkste criterium het belang van het kind ter zake is;

dat uit de inhoud van het maatschappelijk verslag volgt dat alle objectieve elementen wijzen op de mogelijkheid van een co-ouderschap en wel voornamelijk het feit dat beide ouders het kind een goede opvoeding geven, dat het kind in zijn vertrouwd milieu blijft, dat een verdere tussenkomst van de wederzijdse grootouders mogelijk is, enz.;

dat eiseres deze gegevens niet weerlegt; dat het door eiseres neergelegde eenzijdig verslag van een neuropsychiater evenmin aan deze vaststellingen enige afbreuk doet;

dat met andere woorden nergens uit blijkt dat de thans geldende regeling op enig gebied nadelig is voor het kind of dit laatste zelf enige wijziging wenst;

dat bovendien de huidige regeling door beide partijen nageleefd werd tot op heden zonder moeilijkheden en derhalve behouden kan blijven en dit in het belang van het kind;

dat aan de enkele wens van hoofdeiseres aan deze regeling een einde te maken geen gevolg kan worden gegeven;

...Om die redenen,

...

Kennen aan beide partijen het bestuur toe over de persoon en de goederen van het gemeenschappelijk kind Jarno geboren op 29 juli 1985, in die zin dat iedere partij het kind één week bij zich zal houden; de omwisseling zal gebeuren elke zaterdag om 14 uur, waarbij de ouder die het kind bij

zich heeft, het naar de andere ouder zal brengen ; zeggen dat de eerste wisseling van het kind gebeurde op 14 januari 1989 ;

Machtigen iedere partij aanspraak te maken op de helft van de kinderbijslag en op de andere sociale voordelen die aan het kind toekomen ;

...

NOOT—Zie Baeteman, G., Gerlo, J., Guldix, E., De Mulder, W. en De Wit, R., «Overzicht van rechtspraak — Personen- en familierecht 1981-1987», *T.P.R.*, 1988, 573-576 ; Gerlo, J. en Wylleman, A., «Naar een juridische erkenning van co-ouderschap?», *R.W.*, 1988-89, 105 e.v. ; Uyttendaele, R., «De maatregelen aangaande de kinderen», in *Voorlopige maatregelen tussen echtgenoten*, (red. Senaevé, P.), 90 e.v.

In verband met co-ouderschap na echtscheiding door onderlinge toestemming : Uyttendaele, R., «Co-ouderschap en de echtscheiding door onderlinge toestemming», *T.B.B.R.*, 284 e.v. ; Luik, 27 juni 1983, 300, noot Renchon, J.L., *Jur. Liège*, 1983, 493, noot Panier, C. ; Antwerpen, 30 maart 1988, *R.W.*, 1988-89, 682, noot A.V., *T.B.B.R.*, 1989, 331.

De *wettigheid* van een co-ouderschap van niet samenlevende ouders, in de vorm van een gezamenlijk bestuur met wisselend verblijf, wordt meer en meer aanvaard (anders : Antwerpen, 30 maart 1988, *gecit.*).

De feitenrechter moet uitmaken in hoeverre een dergelijke regeling *opportuun* is, in het licht van het allesoverheersend belang van het kind.

Gelet op de bijzondere omstandigheden van de zaak, kan de rechter een co-ouderschapsregeling bevelen, zelfs als één ouder daar niet (langer) mee instemt.

J. Gerlo

ARBEIDSRECHTBANK TE HASSELT

1a KAMER — 14 SEPTEMBER 1989

Voorzitter : de h. Hertoghs

Rechters in sociale zaken : de hh. Meyers en Froyen

Advocaat : mr. Jacobs

Veiligheidscomité — Beschermde werknemer — Ontslag — Dringende reden — Procedure tot erkenning — Schorsing tewerkstelling — Recht op loon — Schadevergoeding

Wanneer de tewerkstelling van de beschermde werknemer tijdens de procedure tot erkenning van de tegen hem aangevoerde dringende reden is geschorst en tijdens de schorsing geen loon is betaald, heeft de werknemer geen recht op schadevergoeding gelijk aan het gederfde loon, indien het arbeidsgerecht de aangevoerde dringende reden niet erkent.

P. t/ N.V. R.

Eiser was in dienst van verwerende partij sedert 1970.

Hij was kandidaat-personeelsafgevaardigde van het comité voor veiligheid en gezondheid en genoot aldus een bijzondere bescherming tegen ontslag. Op 10 november 1987 werd door de werkgever een procedure ingeleid tot vooraf-

gaande erkenning van de door de werkgever ingeroepen dringende redenen.

Bij vonnis van 26 november 1987 werden deze redenen erkend als dringend, zodat verwerende partij overging tot ontslag. Bij arrest van 15 juni 1988 werd dit vonnis vernietigd.

Ten gevolge van die uitspraak werd eiser met ingang van 11 juli 1988 opnieuw tewerkgesteld. Er was aldus een schorsing geweest van 10 november 1987 tot 18 juni 1988, tijdens welke periode de werkgever geen loon heeft uitbetaald.

Eiser is van oordeel dat — daar het arbeidshof de dringende redenen niet heeft aangenomen — de tijdelijke wegzending onrechtmatig was en de werkgever het loonverlies voor de inactiviteitsdagen dient te vergoeden. De werkgever dient — aldus eiser — niet het verloren loon te betalen, maar dient een schadevergoeding te betalen gelijk aan wat hij als arbeider zou hebben verkregen.

Van werkgeverszijde is men van oordeel dat eiser geen loon kan opeisen daar loon een tegenprestatie is van arbeid en aanlegger tijdens de schorsingsperiode niet gearbeid heeft. Verweerster meent tevens dat schadevergoeding evenmin verschuldigd is, daar er aan de zijde van de werkgever geen fout aanwezig is, noch bewezen is. Zij voert aan dat de schorsing het gevolg is van een door de wetgever voorgeschreven procedure en eiser is zelf oorzaak van de lange duur ervan door zijn klacht met burgerlijke-partijstelling.

De rechtbank merkt op dat verweerster — bij aangetekend schrijven van 9 november 1987 — aan eiser liet weten dat zij een procedure zou aanvatten ter erkenning van het ontslag om dringende redenen. Er werd tevens aan toegevoegd dat, in afwachting van de uitspraak, de uitvoering van de arbeidsovereenkomst geschorst werd en dat eiser vrijgesteld werd van prestaties, op onbezoldigde basis. Door eiser werd hierop niet gereageerd.

De arbeidsovereenkomst van eiser was geschorst tijdens de periode van 10 november 1987 tot 10 juli 1988.

Werd tijdens die schorsingsperiode geen loon betaald, dan is, volgens het Hof van Cassatie, de werkgever niet verplicht het loon te betalen, behoudens wanneer hij zich daartoe verbonden heeft (Cass., 1 juni 1981, *R.W.*, 1981-82, 741, *J.T.T.*, 1981, 295). Loon dient immers beschouwd te worden als een tegenprestatie voor arbeid, en aangezien er niet gearbeid werd wegens de schorsing, is er geen loon verschuldigd.

Eiser voert aan dat hij een vordering kan instellen op grond van schade die hij geleden heeft ten gevolge van de onregelmatige schorsing van de arbeidsovereenkomst, gelet op de niet-aanvaarding van de dringende reden. De schade zou kunnen begroot worden op basis van het gederfde loon, vermeerderd met de sociale bijdragen.

De rechtbank is evenwel van oordeel dat de schorsing een gevolg is van een in de wet ingeschreven procedure en de werkgever geen fout gepleegd heeft door van die wettelijke mogelijkheid gebruik te maken.

Des te meer daar de werkgever eiser aangezegd heeft dat hij de overeenkomst zou schorsen met vrijstelling van prestaties, op onbezoldigde basis.

De werknemer heeft niet gereageerd, noch te kennen gegeven dat hij niet akkoord ging met deze handelwijze van de werkgever. De werknemer heeft blijkbaar destijds eveneens deze procedure van schorsing — zonder betaling — aanvaard.

De rechtbank meent dan ook dat de werkgever geen fout treft en hij aldus geen schadevergoeding verschuldigd is.

De vordering is ongegrond.

NOOT – *Anders*: Arbh. Brussel, 29 april 1989, *R.W.*, lopende jaargang, 198; zie ook Cass., 1 juni 1981, *R.W.*, 1981-82, 741.

RECHTSPRAAK IN KORT BESTEK

Hof van Cassatie (1e Kamer), 2 juni 1988

Huwelijk – Art. 223 B.W. – Dringende voorlopige maatregelen – Samenwoningsverplichting tijdelijk geschorst – Onderhoudsuitkering of ontvangstmachtiging – Geen schuldvraag

Het bestreden vonnis stelde, voor een machtiging om inkomsten te ontvangen bij wijze van dringende en voorlopige maatregel bij ernstige verstoring van de verstandhouding tussen echtgenoten, als een dwingend vereiste dat eiseres bewees dat de scheiding of het voortbestaan ervan te wijten was aan de fout van verweerder.

De beslissing wordt op grond van de volgende overwegingen vernietigd:

«Overwegende dat artikel 223 van het Burgerlijk Wetboek in het eerste lid het geval behandelt 'dat een der echtgenoten grovelijk zijn plicht verzuimt'; dat het tweede lid het geval betreft dat 'de verstandhouding (tussen de echtgenoten) ernstig verstoord is';

Overwegende dat de rechter die op grond van artikel 223, tweede lid, van het Burgerlijk Wetboek de plicht tot samenwoning der echtgenoten tijdelijk schorst, voor de duur van die feitelijke scheiding ook een uitkering tot onderhoud of een ontvangstmachtiging als daarmee gepaard gaande dringende voorlopige maatregel kan toekennen, zonder dat hij zich hoeft uit te spreken over de vraag wie van de echtgenoten met betrekking tot die feitelijke scheiding schuld treft; dat de rechtbank, door anders te oordelen, artikel 223, tweede lid, schendt.»

(Voorzitter-rapporteur: de h. Janssens – Advocaat-generaal: de h. Declercq – Advocaten: mrs. De Bruyn en Houkier – In de zaak: B. t. B.)

NOOT – Vaste rechtspraak van het Hof van Cassatie sinds Cass., 28 november 1986, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1987, 318, noot Renchon, J.L., *Rev. Not. B.*, 1987, 543, noot Pouleau, V., *J.L.M.B.*, 1987, 211, noot Panier, C.

Rb. Turnhout (kort ged.), 4 september 1989

Echtscheiding – Voorlopige maatregelen – Hoede- en bezoekrechten over zeer jong kind – Voorrang moeder

«Het betreft in casu een kind van negen maanden oud dat in principe moederlijke zorgen behoeft.

«Het beroep van de moeder – stripteaseuse – wijst niet noodzakelijk op een onbehoorlijke moeder/kindrelatie. Het

feit dat zij dit kind in haar milieu ter wereld heeft gebracht, getuigt van haar positieve ingesteldheid voor het moederschap en meer bepaald voor het kind in kwestie.

«Zoals ook de vader, die part-time werkt, bijstand van derden behoeft voor de verzorging van het kind, kan ook de moeder de hulp van derden inroepen.

«Gezien de jeugdige leeftijd van het kind dienen in casu de moederlijke zorgen verkozen te worden boven die van de vader en grootvader, in afwachting van het resultaat van een maatschappelijk onderzoek dat ter zake meer gegevens en aanwijzingen kan bezorgen.

«Er dient tevens aan de vader een bezoekrechten toegekend zoals hierna bepaald.»

(Voorzitter: de h. Stijnen – Advocaten: mrs. Van Raemdonck en Van Schoubroeck – In de zaak T. t/ V.)

KANTTEKENINGEN

Overeenkomsten en menselijke waardigheid

In nr. 13 van deze jaargang worstelde de rechtspraak met de vraag naar geoorlooftheid en de afdwingbaarheid van een stripteaseovereenkomst. De Rechtbank te Kortrijk was van oordeel dat een overeenkomst waarbij «iemand zich ertoe verbindt om als naaktdanseres op te treden in een publieke instelling» ongeoorloofd is, want in strijd met de openbare orde en de goede zeden. De nakoming van een dergelijke overeenkomst kan in rechte niet worden afgedwongen (Rb. Kortrijk, 17 februari 1986, *R.W.*, 1989-90, 441). Dit vonnis wordt in hoger beroep gewijzigd. Volgens het Hof te Gent is een dergelijke overeenkomst niet op zichzelf strijdig met de goede zeden; het ongeoorloofd karakter kan echter wel voortvloeien uit de omstandigheden van het geval (Hof Gent, 8 januari 1988, *R.W.*, 1989-90, 438).

Is een dergelijke overeenkomst niet in strijd met de waardigheid van de menselijke persoon? De menselijke waardigheid wordt weliswaar niet als grondrecht erkend, maar is niettemin het fundamenteel beginsel waarin alle grondrechten convergeren. Hoe ver reikt dan die menselijke waardigheid? Een pluralistische samenleving als de onze, kent geen uniforme moraal die het mogelijk zou maken, op een voor iedereen aanvaardbare wijze, vast te stellen welke gedragingen toelaatbaar zijn en welke niet. Aan het individu komt het in ruime mate toe zelf de bakens uit te zetten waarbinnen hij zijn mens-zijn realiseert. De (private) rechtsorde komt slechts tussenbeide wanneer een minimale norm – «de goede zeden» – wordt overschreden. De aantasting van deze minimale norm kan door de samenleving niet geduld worden: daar houden de tolerantie van de maatschappij en het zelfbeschikkingsrecht van het individu op.

Zo is het denkbaar dat overeenkomsten die in de ogen van velen de menselijke waardigheid van de contractant in het gedrang brengen, toch als geoorloofd moeten worden beschouwd omdat de goede zeden niet worden verstoord. Aldus kunnen stripteaseovereenkomsten heden ten dage bezwaarlijk als strijdig met de goede zeden worden beschouwd (Rb. Parijs, 8 november 1973, *D.*, 1975, jur., 401 met noot. Vgl. Rb. Brussel, 17 oktober 1958, *J.T.*, 1958, 637). Dergelijke overeenkomsten zijn inderdaad niet ongeoorloofd. Indien zij uit vrije wil zijn aangegaan en uitgevoerd, dan dienen zij door de rechtsorde te worden gehonoreerd. De vraag rijst echter of de menselijke waardigheid niet op een onduidelijke wijze in het gedrang komt wanneer de nakoming van zo'n overeenkomst in rechte wordt afgedwongen.

Het is niet uitgesloten dat iemand op geoorloofde wijze een contractuele aantasting van zijn grondrechten toelaat. Het kan echter niet zo zijn dat die aantasting daardoor onherroepelijk wordt. Wanneer de contractant op enig ogenblik gedurende de uitvoering van de overeenkomst tot de vaststelling komt dat de verdere uitvoering tot een ondraaglijke belasting wordt, dan moet hij zijn (contract-

tuele) vrijheid kunnen herwinnen. In die zin blijven grondrechten werkelijk *onvervreemdbaar*. Het individu kan langs contractuele weg een beperking toestaan, maar zo'n aantasting kan niet onomkeerbaar zijn. Ook iedere indirecte beperking van dit «berouwerrecht» (schadebeding, dwangsom) is onduidelijk. Schadevergoeding kan slechts verschuldigd zijn wanneer dit herroepingsrecht op kenmerkende onzorgvuldige wijze (bv. willekeurig) wordt uitgeoefend (zie hierover: E. Dirix, «Grondrechten en overeenkomsten», in *De toepassing van de grondrechten in de private verhoudingen*, Antwerpen, 1982, 35 e.v.). Tegen de wil van het individu kan een aantasting van de grondrechten niet worden geduld. De toestemming moet derhalve niet alleen bestaan op het ogenblik van de contractsluiting, maar ook op het ogenblik van de aantasting. Dit «inkeerrecht» kan geconstrueerd worden als een ontbindende voorwaarde die aan de zijde van de schuldenaar potestatief mag zijn (cf. De Page, *Traité*, I, 232, nr. 155bis).

Deze regel geldt voor alle grondrechten. Het best kan hij geïllustreerd worden aan de hand van overeenkomsten die een aantasting van de fysieke integriteit impliceren, zoals het medisch contract. Een arts kan niet alleen zonder de welingelichte toestemming van de patiënt niet tot een heelkundige ingreep overgaan, die toestemming moet ook tot het einde toe behouden blijven. Op ieder ogenblik kan de patiënt voor de operatie of de behandeling terugdeinzen en zijn (contractuele) vrijheid herwinnen (zie bv. M. Van Quickenborne, «De toestemming van de patiënt in de therapeutische relatie», *R.W.*, 1986-87, (2401), 2410). Hetzelfde geldt voor andere overeenkomsten zonder therapeutisch doel: afstand van organen en weefsels, deelneming aan medische experimenten e.d.m.

Meer algemeen wordt door de rechtsleer zelfs de *morele* overmacht erkend. Telkens wanneer een contractant door de verdere uitvoering van de overeenkomst in gewetensnood komt, moet hij zich zonder sanctie bevrijd kunnen weten (zie hierover: Dirix, *o.c.*, 64, nrs. 23 e.v.; H. Kaufmann, «Die Einrede der entgegenstehenden Gewissenspflicht», *AcP*, 1962, 289 e.v.; R. Baillod, «Le droit de repentir», *R.T.D.Civ.*, 1984, 227 e.v.). Aldus zullen een geneesheer of verpleegkundigen in dienstverband mogen weigeren een bepaalde ingreep te verrichten wanneer die onverzoenbaar is met hun geweten (Hof s'-Gravenhage, 24 juni 1981, *N.J.*, 1982, nr. 6: abortus. Voor een ander geval: Cass. fr., 16 juni 1981, *J.C.P.*, 1982, II, 19707, met noot) of kan een ingenieur weigeren mee te werken aan een bepaald militair project, enz.

Op haar jongste jaarvergadering boog de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland zich over het nieuwe afstammingsrecht en de juridische aspecten van de nieuwe procreatietechnieken (preadviezen: G. Baeteman, «Het afstammingsrecht in België», en J. Van der Hoeven-Oud en J. Moltmaker, «Het afstammingsrecht in Nederland», te verschijnen in *T.P.R.*). Hoe moet de rechtsorde bijvoorbeeld de geoorlooftheid en de gevolgen van een overeenkomst van draagmoederschap beoordelen? De Amerikaanse rechter werd reeds met die vraag geconfronteerd in de bekende *Baby M*-zaak (cf. A. Broekhuijsen, «Draagmoederschap in Amerika», *N.J.B.*, 1988, 887 e.v.). De geoorlooftheid van een dergelijke overeenkomst is omstreden. In de genoemde zaak besliste het Supreme Court van New Jersey dat de overeenkomst strijdig is met de wet en de goede zeden (voor Frankrijk in dezelfde zin: Hof Parijs, 11 oktober 1988, *D.*, 1988, i.r., 275). De rechtsvergelijking laat echter zien dat dergelijke overeenkomsten niet overal meer als ongeoorloofd worden beschouwd. Zij laat ook zien dat de strekking opgeld maakt om zo'n overeenkomst ook afdwingbaar te stellen, in die zin dat de draagmoeder na de geboorte gedwongen kan worden het kind af te staan indien zij de afgifte van het kind aan de wensouders zou weigeren. Deze consequentie is in ieder geval onaanvaardbaar. Gelet op het vorenstaande kan de nakoming van de overeenkomst niet van de draagmoeder worden afgedwongen. Alleen de wensouders zijn gebonden (zij kunnen niet meer weigeren het ouderschap op te nemen); de draagmoeder moet daarentegen na de geboorte van het kind vrij kunnen beslissen om het ouderschap over te dragen.

Eric Dirix

BOEKEN

C. BIJL, *Vrij beroep en verplichte pensioenregelingen*, Serie Praktijkhandelingen, Zwolle, Tjeenk Willink, 1989, 133 pagina's.

Dit boek vormt een vlot leesbare commentaar op de aanvullende pensioenen in het kader van de wet betreffende verplichte deelneming in een beroepspensioenregeling van 1972 voor een aantal vrije beroepen als notarissen, advocaten, actuarissen, apothekers, dierenartsen, huisartsen, tandartsen, vroedvrouwen en wisselmakelaars.

W.R.

H. COUSY en H. CLAASSENS (red.), *Pensioenvoorzieningen en private verzekering*, Antwerpen, Maklu, 1989, 233 pagina's.

De zesde Leuvense verzekeringsdagen van de K.U.L. leidden tot een substantieel verslagboek betreffende aanvullende pensioenvoorzieningen in de ruime zin.

Assistente Eeckloo commentarieert de juridische aspecten van pensioenfonds en groepsverzekeringen, terwijl prof. Geens ingaat op de privaatrechtelijke en sociaalrechtelijke aspecten van de bedrijfsleidersverzekering.

In het kader van minder bekende formules inzake aanvullende pensioenvoorzieningen behandelt prof. Cousy het zogeheten financieringsfonds in het raam van de groepsverzekering en het beheer van collectieve pensioenfonds. De heer Steverlinck beschrijft het aanvullend pensioen voor zelfstandigen en vergelijkt dit systeem met andere verzekeringsprodukten. Ook de bijzondere pensioenformules voor bepaalde vrije beroepen, nl. de zogeheten voorzorgskassen, ontsnappen niet aan de aandacht van Steverlinck.

In een moeilijk opstel bekijkt prof. L. Van den Bergh de nieuwe formules in de individuele levensverzekering.

In zijn slottoespraak gaat minister Eyskens in op de uitdagingen van Europa 1992.

W. Rauws

E. LUTJENS, *Pensioenvoorzieningen voor werknemers*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1989, 835 pagina's, 84,50 Fl.

Lutjens heeft een omvangrijke turf geschreven over de pensioenvoorzieningen in Nederland. Het boek vormt de publikatie van het proefschrift ter verkrijging van de graad van doctor in de rechten aan de Vrije Universiteit te Amsterdam, met prof. P.P. de Jong als promotor. De auteur heeft zich hoofdzakelijk geconcentreerd op de aanvullende pensioenvoorziening. De aanvullende pensioenvoorziening betreft toezeggingen van een werkgever aan personen verbonden aan zijn onderneming omtrent pensioen of de verplichte deelneming in een bedrijfspensioenfonds. Met een zelden geziene grondigheid pakt Lutjens alle problemen aan, o.a. dat van de gelijke behandeling van mannen en vrouwen en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer. Hierbij komen ook delicate onderwerpen als het vragen naar seksueel overdraagbare aandoeningen aan de orde. De auteur beheerst niet alleen de Nederlandse sociale zekerheid, maar hij past tevens meermaals het verbintenisrecht toe.

In het laatste deel analyseert de auteur de maatschappelijke behoefte aan flexibele pensioenvormen. Uitgaande van de vaststelling dat deze flexibiliseringsmogelijkheden in de praktijk vooral weggelegd zullen zijn voor de hogerbetaalden, opteert de auteur voor wat hij noemt flexibiliteit in collectiviteit. Dit toepassend op de aanvullende pensioenen opteert Lutjens voor een nieuwe wet waarbij een pensioenplicht voor werknemers wordt ingevoerd.

De wetenschappelijke turf van Lutjens bevat ongetwijfeld veel materiaal voor een diepgaande reflexie door pensioenspecialisten.

W. Rauws

J. THIEBAUT, Vergelijkende studie tot het begroten van de staten van de advocaat (onder auspiciën van het Verbond van Belgische Advocaten), Antwerpen, Kluwer, 1987, 65 p.

In deze studie tracht J. Thiebaud de diverse elementen die een rol spelen bij de begroting van de honorariumstaat van een advocaat schriftelijk te analyseren ten einde aldus aan de advocaat een leidraad te verschaffen bij de begroting van zijn staat.

Volgens de auteur is een geschreven richtlijn betreffende de staat van de advocaat noodzakelijk geworden, sinds de advocaat, vooral dan zijn honorariumstaat, vaak het voorwerp is van felle kritiek vanwege allerlei verbruikersorganisaties die niet altijd op grond van objectieve criteria een (voor)oordeel vellen.

Bij zijn zoektocht naar de elementen die aan de staat van de advocaat ten grondslag liggen, komt hij tot de vaststelling dat de kern van de begroting van de staat in feite neerkomt op een «traditie» die niet kan weergegeven worden in mathematische regels. Hij analyseert de bestaande geschriften, in het bijzonder de richtlijnen en reglementen van de diverse balies, en de mondelinge overlevering en maakt de resultaten van deze analyse visueel zichtbaar aan de hand van oriëntatietabellen die louter indicatief zijn. De bedoeling van deze tabellen is het verschaffen van een ruggeleuning aan de advocaat bij de beoordeling van zijn staten.

De gerechtskosten vallen buiten het kader van deze analyse, gezien hun duidelijk wettelijke en reglementaire beschrijving.

De aandacht wordt toegespitst op het salaris dat samengesteld is uit het honorarium enerzijds en de administratieve onkosten anderzijds.

Bij de bepaling van de honoraria geldt volgens de auteur het beginsel dat de advocaat moet kunnen beschikken over een waardig inkomen dat hem in staat moet kunnen stellen in een dergelijke materiële en morele toestand te leven dat hij in alle vrijheid en objectiviteit zijn beroep kan uitoefenen. De absolute norm bij de bepaling van de honoraria is de in een zaak geïnvesteerde tijd.

Vervolgens worden een aantal abstracte en concrete normen besproken die voor iedere zaak afzonderlijk moeten worden beoordeeld.

De abstracte normen houden verband met de advocaat zelf, de zaak, de cliënt, terwijl de concrete normen verwijzen naar de al dan niet waardeerbaarheid van de zaak in geld.

Inzake de administratieve onkosten komt de auteur tot het besluit dat deze de laatste jaren steeds zijn toegenomen, de becijfering ervan steeds concreter gebeurt en geen degelijke reële studie ter zake voorhanden is, wat leidt tot een verwarrende diversiteit.

Als algemeen besluit benadrukt de auteur opnieuw de noodzaak van een geschrift voor de begroting van het advocatenhonorarium, met dien verstande dat dit geschrift louter indicatief is en geen imperatieve normen bevat. Dit zou volgens hem kunnen leiden tot «meer confraterniteit» en «minder rivaliteit».

In welke mate evenwel een niet-imperatief geschrift hiertoe zou kunnen bijdragen en of het soms vrij abstract model van de auteur hierbij model kan staan, is een open vraag.

*Karen Broeckx
Assistente Universiteit Antwerpen*

MEDEDELINGEN

Vereniging van Verzekeringsjuristen – Voordracht te Antwerpen

De eerstvolgende voordracht van de Vereniging van Verzekeringsjuristen vindt plaats op donderdag 18 januari 1990 te 18u30 bij de maatschappij Mauretus, Frankrijklei 79 te Antwerpen.

Mevrouw Jacqueline Van de Velde, assistente U.F.S.I.A., zal er spreken over «Deeltijdse eigendom. Een nieuwe rechtsfiguur».

C.B.R.-werklunches – Actuele tendensen inzake misdrijven

Het Centrum voor Beroepsvervolmaking in de Rechten organiseert twee werklunches in het Crest-Hotel te Antwerpen, telkens van 12u00 tot 14u00 stipt:

- op 18 januari 1990 «Economische misdrijven», ingeleid door mevr. Chr. Dekkers, substituut-procureur-generaal in het Parket bij het Hof van Beroep te Antwerpen
 - op 15 februari 1990 «Fiscale misdrijven» ingeleid door de heer L. Huybrechts, raadsheer in het Hof van Beroep te Antwerpen.
- Inlichtingen: mevr. Van Nuland, tel. 820.29.38.

Studiedagen te Namen: «Les conflits d'intérêts»

«Centre de Droit Régional» van de Faculté de Droit de Namur organiseert op 30 en 31 januari 1990 twee studiedagen over: «Les conflits d'intérêts. Quelle solution dans la Belgique de demain?». Doel van deze studiedagen is een nieuw licht te werpen op eventuele oplossingen i.v.m. de voorkoming en de regeling van belangenconflicten die, na de omschrijving van de aan ieder overheidsniveau toegekende bevoegdheden en op basis van verschil in beleidsopvattingen, kunnen rijzen tussen Staat, Gemeenschappen en Gewesten.

De studiedagen, waaraan wordt deelgenomen door deskundigen uit binnen- en buitenland, vinden plaats in de Faculté de Droit de Namur, Rempart de La Vierge 5.

Inlichtingen: mevrouw J. Spineux, tel. 081/22.90.64 – fax 081/22.88.58.

Congres te Brussel: Mergers and acquisitions

Op 7 en 8 februari 1990 wordt door Conference Management International in het Sas Royal Hotel te Brussel een congres georganiseerd met als onderwerp «Industrial relations and social legislation aspects of mergers and acquisitions in the context of the single market of 1993 and beyond».

Het congres staat onder het voorzitterschap van prof. R. Blanpain, oud-deken van de Rechtsfaculteit te Leuven en heeft als voertaal het Engels, met simultaanvertaling in het Frans.

Inlichtingen: Conference Management International, tel. 02/511.72.90, fax 02/512.21.65.

Belgische vereniging van vrouwelijke juristen

Op donderdag 18 januari 1990 te 17u30 wordt in de lokalen van de Universitaire Stichting, Egmontstraat 11, Brussel, een voordracht gehouden door de heer D. Vanderghenst, adviseur bij de Dienst voor Industriële Eigendom, over: «De juridische bescherming van biotechnische uitvindingen».

Mandaat van navorser aan de R.U.G.

Een mandaat van navorser is onmiddellijk beschikbaar (januari - februari 1990 tot 31 december 1992) in het kader van een onderzoeksproject van het fonds voor collectief wetenschappelijk onderzoek, betreffende de voorbereiding en redactie van een modelcode voor het Burgerlijk Procesrecht voor de twaalf lidstaten van Europa. Het betreft één voltijds mandaat of twee halftijdse mandaten.

Kwalificaties: theoretische en zo mogelijk praktische kennis van het Gerechtelijk Recht, het Europees Recht en de methode van de rechtsvergelijking, alsook een voldoende kennis van de werktalen van de groep der experten die op verzoek van de Europese Commissie werd samengesteld, meer in het bijzonder het Engels en het Frans. De kandidaat mag niet ouder zijn dan 26 jaar.

Inlichtingen: Prof. M. Storme, Seminarie voor Gerechtelijk Recht, Universiteitstraat 4, 9000 Gent.