

GERECHTELIJKE JEUGDBESCHERMING: RECENTE EVOLUTIES

Sinds enige tijd zijn de juridische ontwikkelingen rond het jeugdbeschermingsrecht haast niet meer bij te houden. Dit vindt in grote mate zijn oorzaak in de in 1980 en 1988 doorgevoerde staatshervormingen, waarbij de bevoegdheid over de jeugdbescherming in belangrijke mate werd overgedragen aan de Gemeenschappen¹, die meteen – en dit geldt in de eerste plaats voor de Vlaamse Gemeenschap – regelgevend gingen optreden op het terrein van de jeugdbescherming².

De staatshervorming is evenwel niet de enige reden van de grote juridische activiteit op het domein van de jeugdbescherming. Zoals ook op andere domeinen heeft het Europees Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden zijn invloed op dit domein laten gelden.

Daarnaast heeft ook de wet van 19 januari 1990 tot verlaging van de leeftijd van burgerlijke meerderjarigheid tot achttien jaar³ heel wat implicaties op het gebied van de jeugdbescherming.

In wat volgt wordt op de eerste punten ingegaan. De gevolgen van de verlaging van de meerderjarigheid op de jeugdbescherming werd reeds in een andere bijdrage behandeld⁴.

I. De staatshervorming

A. Algemeen

Mede op grond van het arrest van het Arbitragehof van 30 juni 1988⁵ werd de bevoegdheidsverdeling inzake jeugdbescherming, die reeds in 1980 tot stand was gekomen⁶, door de bijzondere wet van 8 augustus 1988 gewijzigd.

De Gemeenschappen werden voortaan bevoegd verklaard tot het regelen van «de jeugdbescherming, met inbegrip van de sociale en de gerechtelijke jeugdbescherming», maar met uitzondering van vijf aangelegenheden waarover verderop wordt gehandeld.

Belangrijk in deze principiële bevoegdheidstoewijzing is dat de bijzondere wet uitdrukkelijk bepaalt dat de Gemeenschappen ook het terrein van de gerechtelijke jeugdbescherming kunnen betreden. Ook het Arbitragehof had reeds in zijn arrest van 30 juni 1988 beslist dat de bevoegdheid van

de Gemeenschappen inzake jeugdbescherming niet wordt beperkt door het criterium van de vrijwilligheid, daar de jeugdbescherming, ook waar ze van dwingende aard is, altijd in essentie een finaliteit van hulp- en dienstverlening heeft⁷.

Het is bijgevolg onjuist te stellen, zoals sommigen zelfs na de staatshervorming van 1988 nog doen, dat de Gemeenschappen uitsluitend bevoegd zouden zijn voor de vrijwillige jeugdbescherming, of dat artikel 36, 2°, van de wet van 8 april 1965 betreffende de jeugdbescherming impliciet zou zijn opgeheven door de bijzondere wet tot hervorming der instellingen.

Niet het criterium van vrijwilligheid of van al dan niet gerechtelijk ingrijpen bakent principieel de bevoegdheid van de Gemeenschappen af, maar wel het criterium van hulp- of dienstverlening. Zo besliste de Afdeling Wetgeving van de Raad van State dat een voorstel strekkende tot de reglementering van verkoop en verhuur van films aan minderjarigen om die reden niet tot de bevoegdheid van de Gemeenschappen behoort⁸.

B. De uitzonderingen op de gemeenschapsbevoegdheid

1. Algemeen

In het nieuwe artikel 5, 1, II, 6°, van de bijzondere wet tot hervorming der instellingen zijn de volgende vijf uitzonderingen opgenomen:

- «– de burgerrechtelijke regels m.b.t. het statuut van de minderjarigen en de familie, zoals die vastgesteld zijn door het Burgerlijk Wetboek en de wetten tot aanvulling ervan;
- de strafrechtelijke regels waarbij gedragingen die inbreuk plegen op de jeugdbescherming, als misdrijf worden omschreven en waarbij op die inbreuken straffen worden gesteld, met inbegrip van de bepalingen die betrekking hebben op vervolgingen, onverminderd artikel 11;
- de organisatie van de jeugdgerichten, hun territoriale bevoegdheid en de rechtspleging voor die gerechten;
- de opgave van de maatregelen die kunnen worden genomen t.a.v. minderjarigen die een als misdrijf omschreven feit hebben gepleegd;
- de ontzetting uit het ouderlijk gezag en het toezicht op de gezinsbijslag of andere sociale uitkeringen.»

De eerste uitzondering betreft voornamelijk fundamentele regels die het statuut van de minderjarige ten aanzien van de familiale ordening bepalen, ook al kunnen ze geacht worden tot het jeugdbeschermingsrecht te behoren⁹. Als voorbeeld kunnen hier de bepalingen betreffende de verlatenverklaring van minderjarigen worden genoemd.

⁷ Arbitragehof, 30 juni 1988, *l.c.*, overw.2.B.

⁸ R.v.St., Afd. Wetgeving, 10 juli 1989, *Parl. St., Kamer*, B.Z. 1988, nr. 73/2, 8-9.

⁹ Zie hierover SMETS, J., «Jeugdbescherming tussen Staat en Gemeenschappen», *Panopticon*, 1989, (252), 263-264.

¹ Artikel 5, §1, II, 6°, van de bijzondere wet tot hervorming der instellingen van 8 augustus 1980, als gewijzigd door de bijzondere wet van 8 augustus 1988.

² Wat de Vlaamse Gemeenschap betreft: decr. 27 juni 1985 inzake bijzondere jeugdbijstand (*B.S.*, 5 juli 1986) en decr. 28 maart 1990 tot wijziging van voornoemd decreet (*B.S.*, 7 april 1990, 6644).

³ *B.S.*, 30 januari 1990, 1239.

⁴ SMETS, J., UYTENDAELE, R. en WYLLEMAN, A., «Burgerlijke meerderjarigheid op achttien», *R.W.*, 1989-90, 1384.

⁵ *B.S.*, 21 juli 1988, 10432, *J.Dr.Jeun.*, 1988, afl. 7/2, *Rev.rég.dr.*, 1989, 113, noot P.E. GHISLAIN, en *T.B.P.*, 1989, 51.

⁶ Artikel 5, §1, II, 6°, *Bijz.W.* 8 augustus 1980.

De tweede uitzondering is wellicht een oneigenlijke uitzondering die bevestigt dat strafrechtelijke bepalingen die de jeugd in het algemeen beogen te beschermen – en dus los staan van het domein bijzondere jeugdzorg – tot de bevoegdheid van de Staat blijven behoren¹⁰.

In het kader van deze bijdrage wordt op die uitzonderingen niet verder ingegaan. Hierna zullen wel drie volgende uitzonderingen van meer nabij worden geanalyseerd.

2. De organisatie...

Een derde uitzondering betreft «de organisatie van de jeugdgerechten, hun territoriale bevoegdheid en de rechtspleging voor die gerechten».

Bewust werd enkel de territoriale bevoegdheid uitgezonderd van de bevoegdheid van de Gemeenschappen daar Parlement en Regering van oordeel waren dat de Gemeenschappen, uiteraard binnen de grenzen van hun eigen bevoegdheid, de materiële bevoegdheid van de jeugdgerechten moeten kunnen regelen¹¹.

Desondanks kunnen op dit vlak nog moeilijkheden rijzen omdat de bevoegdheid van de rechtbanken een door de Grondwet aan de wetgever toegewezen materie is. Krachtens artikel 19, §1, eerste lid, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen kunnen de gemeenschaps- en gewestwetgevers de hun toegewezen aangelegenheden slechts regelen «onverminderd de bevoegdheden die door de Grondwet aan de wet zijn voorbehouden». Volgens het Arbitragehof volgt uit deze bepaling dat die bevoegdheden slechts door Gemeenschappen of Gewesten geregeld kunnen worden mits met een bijzondere en uitdrukkelijke machtiging door een wet tot hervorming der instellingen¹².

¹⁰ *Ibid.*, 265; Zie ook R.v.St., Afd. Wetgeving, 10 juli 1989, *l.c.*, 9.

¹¹ Memorie van Toelichting, *Parl. St., Kamer*, B.Z. 1988, nr. 561/1,4; Verslag ANTOINE-UYTTENDAELE, *Parl. St., Kamer*, B.Z. 1988, 111; Verklaring van verslaggever ANTOINE, *Parl. Hand., Kamer*, B.Z. 1988, 27 juli 1988, 1225; Verklaring van Staatssecretaris DE BATSELIER, *ibid.*, 1362; Verklaring van kamerlid CHEVALIER, *ibid.*, 1288; Verslag CEREXHE-ERDMAN, *Parl. St., Senaat*, B.Z. 1988, nr. 405/2, 69; Verklaring van verslaggever ERDMAN, *Parl. Hand., Senaat*, B.Z., 1988, 4 augustus 1988, 1439. Zie ook de verwerping van amendementen in andersluidende zin: Verslag ANTOINE-UYTTENDAELE, *l.c.*, 175; *Parl. Hand., Kamer*, B.Z. 1988, 29 juli 1988, 1483; Verslag CEREXHE-ERDMAN, *l.c.*, 71; *Parl. Hand., Senaat*, B.Z. 1988, 5 augustus 1988, 1490.

¹² Arbitragehof, nr. 44, 23 december 1967, *B.S.*, 27 januari 1988, 1199, en *T.B.P.*, 1988, 217, overw.B.4. In dezelfde zin: Arbitragehof, nr. 46, 11 februari 1988, *J.L.M.B.*, 1988, 727, overw.B.5.4; Arbitragehof, nr. 47, 25 februari 1988, *R.W.*, 1987-88, 1311, en *J.T.*, 1988, 730; Arbitragehof, nr. 50, 17 maart 1988, onuitg., overw.B.2; Arbitragehof, nr. 51, 17 maart 1988, onuitg., overw.B.2; Arbitragehof, nr. 56, 2 juni 1988, *R.W.*, 1988-89, 364, overw.4.B.2.g; Arbitragehof, nr. 57, 8 juni 1988, onuitg., overw.4.B.4.g; Arbitragehof, nr. 66, 30 juni 1988, *l.c.*, overw.7.B.; Arbitragehof, nr. 3/89, 2 februari 1989, onuitg., overw. 2.B.1, Arbitragehof, nr. 11/89, *B.S.*, 31 mei 1989, 9482, overw. B.2; Arbitragehof, nrs. 13/89 en 14/89, 31 mei 1989, onuitg., overw.2.B.1; Arbitragehof, nr. 18/89, 29 juni 1989, onuitg., overw.B.4, Arbitragehof, nr. 5/90, 17 januari 1990, *B.S.*, 17 januari 1990, overw.3.B.1.

De vraag rijst nu of zulk een uitdrukkelijke machtiging werd gegeven.

De Afdeling Wetgeving van de Raad van State was in haar advies bij het voorontwerp van decreet tot wijziging van het decreet van 27 juni 1985 inzake bijzondere jeugdbijstand van oordeel dat de Gemeenschappen bevoegd zijn om de materiële bevoegdheid van de jeugdgerechten te regelen omdat zulks ondubbelzinnig de bedoeling van de bijzondere wetgever was en omdat anders de principiële toekenning van de bevoegdheden inzake gerechtelijke jeugdbescherming op substantiële wijze zou worden uitgehold¹³. De rechtsleer is evenwel aarzelder op dit punt¹⁴, al sluiten de meeste auteurs niet uit dat de gemeenschapswetgevers de materiële bevoegdheden van de jeugdrechtbank kunnen regelen, uiteraard binnen de eigen bevoegdheidsgrenzen.

Wanneer men aanneemt dat de gemeenschapswetgevers binnen hun eigen bevoegdheidsgrenzen effectief de materiële bevoegdheid van de jeugdgerechten kunnen regelen, heeft dit in concreto onder meer tot gevolg dat de vorderingsgronden ten aanzien van niet-delinquente minderjarigen¹⁵ tot de gemeenschapsbevoegdheid behoren en dus door de Gemeenschappen kunnen worden gewijzigd, terwijl de vorderingsgrond «door een minderjarige als misdrijf omschreven feit gepleegd»¹⁶ tot de nationale bevoegdheid blijft behoren. In de rechtsleer is er reeds op gewezen dat deze bevoegdheidssplitsing in de praktijk zou kunnen leiden tot een verschuiving van de door het openbaar ministerie ingeroepen vorderingsgrond in de richting van een frequentere aanwending van de vorderingsgrond «als misdrijf omschreven feit»¹⁷.

Tot op heden werd de jeugdrechtbank in vele gevallen gevorderd op basis van artikel 36, 2°, van de wet van 8 april 1965 (vorderingsgrond «minderjarige in gevaar»), waar dit ook mogelijk was op basis van artikel 36, 4°, van deze wet. Of dit in de toekomst nog het geval zal zijn, hangt af van de manier waarop de gemeenschapswetgevers de vorderingsgronden ten aanzien van niet-delinquente minderjarigen zullen omschrijven.

Opmerkelijk is verder dat de rechtspleging voor de jeugdgerechten in haar geheel een nationale materie blijft, ook aangaande de onderdelen van de gerechtelijke jeugdbescherming die gemeenschapsbevoegdheid zijn geworden.

Dit doet een dubbele moeilijkheid rijzen.

¹³ R.v.St., Afd. Wetgeving, 24 april 1989, *Parl. St., VI.R.*, 1989-90, nr. 241/1, 42.

¹⁴ Zie hieromtrent HAUBERT, B. en VANDERNOOT, P., «La nouvelle loi des réformes institutionnelles du 8 août 1988», *Adm. Publ. (T)*, 1988, (211), 224; JADOT, B., «La Cour d'arbitrage et les évolutions du droit – Les branches du droit», in *La Cour d'arbitrage*, ANDERSEN, R. e.a., Brussel, Bruylant, 1988 (320), 354; SMETS, J., *l.c.*, 263; UYTENDAELE, «Les nouvelles compétences communautaires autres que l'enseignement», *J.T.*, 1989 (103), 105.

¹⁵ In de wet van 8 april 1965, art. 36, 1°, 2° en 3°.

¹⁶ Artikel 36, 4°, W.Jb.

¹⁷ HIRSCH, J.-L., «L'avenir de la protection de la jeunesse en Belgique», in *Justice et jeunes délinquants*, Brussel, Bruylant, 1989, (43), 52-53; SMETS, J., en CAPPELAERE, G., «Gerechtelijke jeugdbijstand: het nieuwe juridische kader», in *Jeugdrecht: balans en perspectieven*, Brussel, Contactcomité Organisaties voor Jeugdzorg, 1989, (4), 19 en SMETS, J., «Het ontwerp van decreet tot wijziging van het decreet van 27 juni 1985 inzake bijzondere jeugdbijstand», *Panopticon*, 1989, (561), 563.

Allereerst heeft deze bevoegdheidsverdeling tot gevolg dat de jeugdrechtsbanken het hun door de Gemeenschappen toegekende maatregelenpakket slechts zullen kunnen toepassen, nadat de nationale wetgever de daartoe nodige procedurevoorschriften zal hebben uitgevaardigd¹⁸. Hierdoor worden de Gemeenschappen echter in een afhankelijkheidsrelatie t.a.v. de nationale wetgever gebracht¹⁹.

Een tweede moeilijkheid rijst doordat de nationale wetgever, wanneer hij nieuwe procedurevoorschriften zal uitvaardigen, rekening dient te houden met mogelijk vier geheel verschillende gemeenschapswetgevingen, nl. die van de Vlaamse, de Franse en de Duitstalige Gemeenschap alsmede die van de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie te Brussel.

Daarnaast kunnen moeilijkheden rijzen omdat het soms moeilijk zal zijn juist te bepalen of een regel een procedurereguleerend is, wegens de nauwe band die bestaat tussen procedureregels en materiële regels. Men kan hier bijvoorbeeld denken aan de regels betreffende de herziening van jeugdbeschermingsmaatregelen²⁰.

De afdeling Wetgeving van de Raad van State ging in dit verband zo ver te stellen dat in een aantal gevallen het rechtsplegingsaspect zo nauw verbonden kan zijn met de materiële bevoegdheidstoekenning, dat zij er een onlosmakelijk onderdeel van vormt en derhalve moet worden geacht in de inzake jeugdbescherming aan de Gemeenschappen toegekende bevoegdheid te worden ingepast²¹.

Mocht deze theorie gegrond zijn, waarover hier geen uitspraak wordt gedaan, rijst in ieder geval de vraag hoe nauw de band tussen rechtspleging en materiële bevoegdheidstoekenning dient te zijn om tot de gemeenschapsbevoegdheid te besluiten.

3. De opgave...

Een vierde uitzondering betreft «de opgave van maatregelen die kunnen worden genomen ten aanzien van minderjarigen die een als misdrijf omschreven feit hebben gepleegd».

Uit de parlementaire voorbereiding blijkt dat het woord «opgave» werd ingelast om te verduidelijken dat enkel de bepaling van de maatregelen zelf tot de nationale bevoegdheid behoort en niet de voorzieningen waar deze maatregelen worden ten uitvoer gelegd²².

Men merke allereerst dat door de inlassing van deze uitzondering wordt afgestapt van het principe dat minderjarige delinquenten op dezelfde voet dienen te worden behandeld als de «minderjarigen in gevaar»²³.

Ten tweede rijst de vraag naar de praktische haalbaarheid van een systeem waarin de bevoegdheid tot het bepalen van de maatregelen zelf is onderscheiden van de bevoegdheid

betreffende de infrastructuur die nodig is ter uitvoering van deze maatregelen, nl. de instellingen en voorzieningen²⁴.

De inhoudelijke omschrijving van een maatregel heeft immers incidenties op de aard van de infrastructuur en wel in die mate dat de twee haast onlosmakelijk verbonden zijn. Zodra de Gemeenschappen de nationale beleidsopties niet delen en daarom de infrastructuur die nodig is ter uitvoering van nationaal bepaalde maatregelen niet ter beschikking stellen, ontstaat een patstelling zonder dat er een juridisch middel bestaat om uit die impasse te raken²⁵.

Weliswaar is er in een overlegprocedure voorzien²⁶, maar er is niets bepaald voor het geval dit overleg niets oplevert. De Staat beschikt in dit geval over geen enkel middel om de Gemeenschappen te dwingen de voor de uitvoering van de door hem bepaalde maatregelen nodige infrastructuur ter beschikking te stellen, noch over enige substitutiebevoegdheid.

4. De ontzetting...

Een laatste uitzondering op de bevoegdheid van de Gemeenschappen inzake jeugdbescherming vormt de ontzetting uit de «ouderlijke macht»²⁷ en het toezicht op de gezinsbijslagen of andere sociale uitkeringen. De bevoegdheid betreffende de huidige artikelen 30 en 31 van de wet van 8 april 1965, die handelen over de opvoedingsbijsland, vallen dan weer onder de gemeenschapsbevoegdheid.

De opvoedingsbijsland was door de wetgever van 1965 ingevoerd met de bedoeling het aantal ontzettingen uit het ouderlijk gezag te verminderen²⁸. Te dien einde kon het openbaar ministerie ofwel zich beperken tot het vorderen van een opvoedingsbijsland, ofwel naast een ontzetting subsidiair ook een opvoedingsbijsland vorderen, om het de jeugdrechter mogelijk te maken op het ogenblik van de berechting te beslissen gelet op de ontwikkeling van het gezin tijdens de fase der navorsingen, waarin de sociale dienst reeds een eerste actie kon opzetten. Tevens kon, wanneer een ontzetting uit het ouderlijk gezag was uitgesproken, naderhand gevorderd of verzocht worden ze om te zetten in een opvoedingsbijsland, dit op basis van artikel 60 van de wet van 8 april 1965.

Mocht een gemeenschapswetgever nu de maatregel van opvoedingsbijsland opheffen, zoals voor de Vlaamse Ge-

²⁴ *Ibid*, 269.

²⁵ Zo kan een voorontwerp van wet uitgewerkt door de minister van Justitie WATHELET tot wijziging van artikel 53 W.Jb. nog steeds niet worden ingediend omdat een bepaalde Gemeenschap (nog) niet bij machte zou zijn om de ertoe noodzakelijke infrastructuur ter beschikking te stellen.

²⁶ Artikel 6, §3bis, 4°, Bijz. W., Hervorming Instellingen (ingevoerd door art. 4, §15, Bijz. W. 8 augustus 1988).

²⁷ De term «ouderlijke macht» is sinds de wet van 31 maart 1987 inadequaat en dient vervangen te worden door de term «ouderlijk gezag» (art. 105 van die wet).

²⁸ M.v.T., *Parl. St., Kamer*, 1962-63, nr. 637/1, 21; Verslag DE RIEMAECKER-LEGOT/TERWAGNE, *Parl. St., Kamer*, 1962-63, nr. 637/7,8; Verslag VAN BOGAERT, *Parl. St., Senaat*, 1964-65, nr. 153,4; *Novelles, Protection de la Jeunesse*, Brussel, Larcier, 1978, p. 267, nr. 779.

¹⁸ R.v.St., Afd. Wetgeving, 24 april 1989, *l.c.*, 42.

¹⁹ *Ibid*, 41-42, waar de Raad terecht op de noodzaak van overleg wijst.

²⁰ Huidig art. 60 W. Jb.

²¹ R.v.St., Afd. Wetgeving, 24 april 1989, *l.c.*, 42.

²² Verklaring van kamerlid MERCKX-VAN GOEY, *Parl. Hand., Kamer*, B.Z., 1988, 28 juli 1988, 1315. Zie ook de verantwoording van amendement nr. 65 (*Parl. St., Kamer*, B.Z. 1988, nr. 516/5,4), dat aan de basis lag van de uiteindelijk aangenomen tekst.

²³ Zie SMETS, J., *l.c.*, 267-269.

meenschap het geval is ²⁹, terwijl de gevallen waarin de ontzetting kan worden uitgesproken, ongewijzigd blijven, dreigt het aantal ontzettingen uiteraard weer toe te nemen.

5. De situatie te Brussel

De bijzondere wet van 12 januari 1989 betreffende de Brusselse instellingen heeft eigen Brusselse instellingen in het leven geroepen zodat de staatshervorming nu ook wat Brussel betreft (voorlopig althans) is afgerond ³⁰.

Op het gebied van de jeugdbescherming heeft deze staatshervorming wat Brussel betreft een uiterst complexe situatie doen ontstaan ³¹. Niet minder dan zes verschillende organen kunnen in Brussel op het gebied van de jeugdbescherming actief zijn, nl. de nationale Staat, de Vlaamse Gemeenschap, de Franse Gemeenschap, de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie, de Vlaamse Gemeenschapscommissie en de Franse Gemeenschapscommissie.

Zoals ook voor de andere delen van het land is de nationale Staat bevoegd voor de hierboven besproken uitzonderingen op de bevoegdheden van de Gemeenschappen.

De Vlaamse en de Franse Gemeenschap zijn te Brussel bevoegd voor de voorzieningen voor bijzondere jeugdzorg die «wegens hun organisatie moeten worden beschouwd als uitsluitend behorend tot respectievelijk de Vlaamse en Franse Gemeenschap» ³². Aldus zijn de Vlaamse en de Franse Gemeenschap bevoegd om eigen jeugdbeschermingscomités op te richten ³³, om voorzieningen waarin jeugdbeschermingsmaatregelen worden uitgevoerd, te erkennen, te subsidiëren of op te richten.

De Vlaamse en de Franse Gemeenschap hebben geen bevoegdheid om bepalingen aan te nemen die op directe wijze van toepassing zijn op personen, noch voor bi-communautaire instellingen, dit zijn alle andere dan de in vorige alinea bedoelde instellingen. De bevoegdheid voor die gebieden ligt bij de Brusselse Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie, die bestaat uit een wetgevend orgaan, de «ver-

enigde vergadering», samengesteld door de tot de Nederlandse en de Franse taalgroep van de Brusselse hoofdstedelijke Gewestraad behorende leden, en uit een uitvoerend orgaan, het «verenigd college», samengesteld door de tot de Nederlandse en de Franse taalgroep behorende leden van de Brusselse Gewestexecutieve en uit de voorzitter van deze Executieve die zitting neemt met raadgevende stem ³⁴.

Toegepast op de jeugdbescherming heeft dit tot gevolg dat die Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie bevoegd is om voor Brussel-hoofdstad de vorderingsgronden (als men aanneemt dat de Gemeenschappen de materiële bevoegdheid van de jeugdrechtsbank kunnen regelen) en de maatregelen t.a.v. niet-delinquente minderjarigen (of hun ouders, met uitzondering van de twee nationaal gebleven maatregelen) te bepalen ³⁵. Tot zolang de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie deze bevoegdheid niet effectief heeft uitgeoefend, blijven de artikelen 30 en 31, 36 en 37 van de wet van 8 april 1965 ongewijzigd van kracht in Brussel-hoofdstad.

Daarnaast is de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie nog bevoegd voor alle organisaties, diensten, plaatsingsinstellingen...) die tweetalig worden «georganiseerd» (beheerd).

Tot slot zijn er nog de Vlaamse en de Franse Gemeenschapscommissies ³⁶. Deze hebben inzake de gemeenschapsaangelegenheden, dus ook de jeugdbescherming, dezelfde bevoegdheden als de andere inrichtende machten ³⁷. Ze hebben in het bijzonder, naast een adviseerende, coördinerende en stimulerende taak, de bevoegdheid om «de nodige instellingen op te richten, ze te beheren en subsidies te verlenen» ³⁸. Daarnaast kan elke gemeenschapscommissie bepaalde bevoegdheden van de Vlaamse of Franse Gemeenschap gedelegeerd krijgen ³⁹.

Het is voorts nog niet duidelijk welke draagwijdte de bevoegdheid van de Vlaamse en Franse Gemeenschapscommissies als «inrichtende macht» op het vlak van de jeugdbescherming hebben.

Uit het voorgaande moge blijken dat de bevoegdheid inzake jeugdbescherming te Brussel zeer versnipperd is, wat het voeren van een coherente politiek op dit gebied moeilijk maakt.

Ook in de praktijk zijn heel wat moeilijkheden te verwachten.

Zo rijzen er vragen bij het lot en de taken van de sociale dienst bij de Jeugdrechtsbank te Brussel, waarbij het feit dat het rechtsgebied van deze rechtbank zich zowel uitstrekt

²⁹ Artikel 45 van het decreet van 28 maart 1990 tot wijziging van het decreet van 27 juni 1985 inzake bijzondere jeugdbijstand.

³⁰ Zie in het algemeen: ANDERSEN, R., e.a., *La région de Bruxelles-capitale*, Brussel, Bruylant, 1989; ALEN, A., «Het Brusselse Hoofdstedelijk Gewest en zijn instellingen», *T.B.P.*, 1989, 491-494; LEJEUNE, Y., «Les nouvelles institutions bruxelloises», *J.T.*, 1989, 209-212; VAN ORSHOVEN, P., «Brussel anno 1989 – Een derde gewest, een enige agglomeratie, drie gemeenschapscommissies en... een vierde gemeenschap», *R.W.*, 1989-90, 449-466.

³¹ Zie hierover uitgebreider SMETS, J., «Jeugdbescherming te Brussel: een probleemstelling», *Panopticon*, 1990, 175-177.

³² Art. 59bis, §4, Gw. De termen «wegens hun organisatie» verwijzen naar de interne structuur van de instelling (verslag DE STEKHE-LINDEMANS, *Parl. St., Senaat*, B.Z. 1979, nr. 100/27 18-19; Verklaring van minister MOUREAUX, *Parl. Hand., Senaat*, 1979-80, 26 juni 1980, 2012). Hierbij wordt gedacht aan het beheer van de instelling, een organiek criterium bijgevolg.

³³ Anders evenwel, R.v.St., Afd. Wetgeving, 24 april 1985, *Doc. parl., Cons. Comm. fr.*, 1984-85, nr. 16/4, 4-8. Volgens de Raad zou de taalwetgeving beletten dat de Gemeenschappen te Brussel een-talig georganiseerde openbare instellingen oprichten. De vraag rijst evenwel of de Raad niet voorbijgaat aan het bepaalde in artikel 40 van de gewone wet van 9 augustus 1980 tot hervorming der instellingen en derhalve zijn stelling niet op een te absolute wijze formuleert.

³⁴ Artikel 60, tweede lid, Bijz. W. 12 januari 1989 met betrekking tot de Brusselse instellingen.

³⁵ In het gerechtelijk arrondissement Brussel zullen in de toekomst mogelijkerwijze andere maatregelen van toepassing zijn op niet-delinquente jongeren naargelang hun familiale verblijfplaats is gelegen in de 19 gemeenten van «Brussel-hoofdstad» (maatregelen bepaald door de Brusselse gemeenschappelijke gemeenschapscommissie) dan wel in het administratief arrondissement Halle-Vilvoorde (maatregelen bepaald door de Vlaamse Gemeenschap).

³⁶ Artt. 60-67 Bijz. W. 12 januari 1989.

³⁷ Art. 64, §1, eerste lid, Bijz. W. 12 januari 1989.

³⁸ Art. 64, §1, tweede lid, Bijz. W. 12 januari 1989.

³⁹ Zie de artt. 65 en 66 Bijz. W. 12 januari 1989. Het gaat om verordeningbevoegdheden (art. 65) en om «individuele en uitvoeringsmaatregelen» (art. 66).

over gemeenten die behoren tot het bevoegdheidsgebied van de Vlaamse Gemeenschap als over gemeenten die behoren tot het bevoegdheidsgebied van de Brusselse Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie, het probleem alleen maar moeilijker maakt.

Ook de wederzijdse afstemming op elkaar en inpassing van de verschillende normen die te Brussel zullen gelden, vormt een moeilijk probleem. Zo rijst bij voorbeeld het probleem of de jeugdbeschermingsmaatregelen die zouden worden vastgesteld door de Brusselse Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie, ook zullen kunnen worden uitgevoerd in voorzieningen die door de Vlaamse en de Franse Gemeenschap worden georganiseerd of erkend en gesubsidieerd ⁴⁰. Gelet op het beginsel van de autonomie van de Gemeenschappen en op het territorialiteitsbeginsel, is hierover twijfel mogelijk.

Hoe dan ook, het is duidelijk dat er te Brussel overleg en een nauwe samenwerking tussen de Vlaamse en de Franse Gemeenschap enerzijds en de Brusselse Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie noodzakelijk is. Hierbij kunnen eventueel samenwerkingsakkoorden worden gesloten ⁴¹, waarbij bijzondere aandacht kan worden verleend aan de problematiek van de voor de uitvoering van jeugdbeschermingsmaatregelen nodige infrastructuur.

II. Het decreet tot aanvulling van het decreet van 27 juni 1985 inzake bijzondere jeugdbijstand

In de Vlaamse Raad is zopas een ontwerp van decreet tot wijziging van het decreet van 27 juni 1985 inzake bijzondere jeugdbijstand goedgekeurd dat een nieuw gezicht zal geven aan de gerechtelijke jeugdbescherming – voortaan jeugdbijstand genaamd – in Vlaanderen ⁴². De Vlaamse Executieve bepaalt voor iedere bepaling van het decreet de datum van inwerkingtreding ⁴³.

In het kader van dit artikel kan slechts ingegaan worden op de hoofdlijnen van dit nieuwe decreet.

A. De gevallen waarin de jeugdrechtbank kan worden gevorderd

Een eerste krachtlijn van het decreet is het invoeren van nieuwe vorderingsgronden. De huidige artikelen 30, 36, 1°, 36, 2°, en 36, 3°, van de wet van 8 april 1965 worden opgeheven ⁴⁴ en vervangen door de vorderingsgrond «problematische opvoedingssituatie» die in de twee volgende gevallen tot een vordering voor de jeugdrechtbank aanleiding kan geven ⁴⁵:

«– wanneer het openbaar ministerie een afdwingbare pedagogische maatregel noodzakelijk acht nadat de zaak hem door de bemiddelingscommissie werd doorverwezen

overeenkomstig artikel 17, §2, vierde lid, van het decreet van 27 juni 1985 ⁴⁶;

– wanneer het openbaar ministerie een afdwingbare pedagogische maatregel noodzakelijk acht, indien wordt aangetoond dat onmiddellijke bijstand en hulpverlening op vrijwillige basis niet mogelijk zijn en dat de integriteit van de minderjarige gevaar loopt».

Wanneer deze bepaling in werking zal treden, geldt bijgevolg als algemene regel dat het openbaar ministerie een zaak slechts bij de jeugdrechtbank aanhangig kan maken wanneer de bemiddelingscommissie van oordeel is dat het in het belang van de minderjarige aangewezen is dat een jeugdbeschermingsmaatregel, voortaan afdwingbare pedagogische maatregel genoemd, wordt opgelegd.

Deze bemiddelingscommissies zijn per gerechtelijk arrondissement georganiseerd en bestaan uit zes vrijwilligers die deskundig zijn inzake problematische opvoedingssituaties. Bij deze bemiddelingscommissies, die zitting nemen met drie leden, kunnen in een aantal gevallen problematische opvoedingssituaties aanhangig worden gemaakt door het parket, de ouders of bewaarders van minderjarigen, de minderjarigen zelf, het bureau voor bijzondere jeugdbijstand (een onderdeel van het comité voor bijzondere jeugdzorg) en door andere hulpverleners ⁴⁷. De bemiddelingscommissie dient, wanneer door een van de voormelde personen een bemiddelingsverzoek aanhangig wordt gemaakt, te bemiddelen met het oog op het bereiken van een «minnelijke regeling». Wanneer dit mislukt, kan de zaak worden overgezonden naar het openbaar ministerie met het oog op een eventuele vordering voor de jeugdrechtbank ⁴⁸.

Zoals hierboven reeds is gesteld, bestaat op deze algemene regel dat het openbaar ministerie de jeugdrechtbank slechts kan vorderen wanneer de bemiddelingscommissie haar een zaak heeft overgezonden, een belangrijke uitzondering. Het nieuwe artikel 22, 2°, van het decreet van 27 juni 1985 bepaalt dat het openbaar ministerie zonder voorafgaande tussenkomst van de bemiddelingscommissie de jeugdrechtbank kan vorderen wanneer het een afdwingbare pedagogische maatregel dringend noodzakelijk acht, indien wordt aangetoond dat onmiddellijke bijstands- en hulpverlening op vrijwillige basis niet mogelijk is en dat de integriteit van de minderjarige gevaar loopt.

Het decreet bevat evenwel bijzondere bepalingen voor het geval dat de jeugdrechter in zulk een geval voorlopige maatregelen oplegt (wat hij uiteraard meestal zal doen). Het nieuwe artikel 22sexies, § 2, van het decreet van 27 juni 1985 bepaalt dat de door de jeugdrechter opgelegde maatregelen van rechtswege eindigen na vijfenveertig dagen, te rekenen vanaf de dag dat de zaak bij de jeugdrechtbank aanhangig is gemaakt, wanneer vóór het verstrijken van die termijn vrij-

⁴⁶ De Afdeling Wetgeving van de Raad van State onderkende in deze bepaling een rechtsplegingsaspect. Volgens de Raad is het rechtsplegingsaspect in dit geval zo nauw verbonden met de materiële bevoegdheidstoekenning dat zij er een onlosmakelijk onderdeel van vormt en derhalve moet worden geacht in de inzake jeugdbescherming aan de Gemeenschappen toegekende bevoegdheid te worden ingepast (R.v.St., Afd. Wetgeving, 24 april 1989, l.c., 42).

⁴⁷ Artikelen 13 en 14 Decr. VI. Gem. 27 juni 1985. Zie nader o.a. DUPONT, L. en VAN DER AUWERA, Ch., *Het nieuwe jeugdrecht van de Vlaamse Gemeenschap*, Leuven-Amersfoort, Acco, 1988, 50-53.

⁴⁸ Art. 17, §2, Decr. VI. Gem. 27 juni 1985.

⁴⁰ Zie nader SMETS, J., «Jeugdbescherming te Brussel...», 177.

⁴¹ Art. 92bis, §1, Bijz. W. 8 augustus 1980.

⁴² Decr. VI. Gem. 28 maart 1990, B.S., 7 april 1990, 6644.

⁴³ Art. 29 decr. 28 maart 1990.

⁴⁴ Artikel 36, 4° behoort tot de nationale bevoegdheid en blijft dus ongewijzigd.

⁴⁵ Nieuw artikel 22. Decreet VI. Gem. 27 juni 1985.

willige bijstand en hulp door het comité zijn georganiseerd of door de bemiddelingscommissie een minnelijke regeling tot stand is gebracht, en zelfs wanneer de bemiddelingscommissie geen minnelijke regeling bereikt maar van oordeel is dat geen gerechtelijke interventie aangewezen is ⁴⁹ en de zaak bijgevolg «uit handen geeft» ⁵⁰. Tevens werd bepaald dat de sociale dienst van de Vlaamse Gemeenschap bij de jeugdrechtbank gedurende de voornoemde periode van vijfenveertig dagen geen opdrachten mag vervullen ⁵¹, wat de vraag doet rijzen of hierdoor de informatie van de jeugdrechter over de ontwikkeling van de minderjarige niet wordt bemoeilijkt en of niet nodeloos tijd is verloren wanneer de maatregel uiteindelijk toch niet na vijfenveertig dagen wordt beëindigd.

In de rechtsleer zijn reeds vragen gesteld naar de bevoegdheid van de gemeenschapswetgever om zulke bepalingen aan te nemen ⁵². Tevens rijst de vraag of de besproken bepaling niet toelaat dat administratieve organen controle uitoefenen op rechterlijke beslissingen, wat uiteraard op gespannen voet zou staan met het beginsel der scheiding der machten. De jeugdrechtbank heeft immers door het opleggen van maatregelen per definitie geoordeeld dat vrijwillige hulpverlening onmogelijk is en dat een gerechtelijke tussenkomst wegens het gevaar voor de aantasting van de integriteit van de minderjarige aangewezen is, daar deze voorwaarde vervuld dient te zijn om kennis te kunnen nemen van de vordering van het openbaar ministerie. Daarentegen gaan administratieve organen nu ofwel beslissen dat vrijwillige hulpverlening wel mogelijk is – het inschatten van die mogelijkheid veronderstelt uiteraard een appreciatie en is dus geen louter feitelijke constatering –, zodat de gerechtelijke interventie een einde dient te nemen, ofwel zelfs dat, ondanks het feit dat de bemiddelingscommissie geen minnelijke regeling heeft bereikt en er dus geen vrijwillige hulpverlening mogelijk is, een gerechtelijke interventie toch niet aangewezen is.

Daarnaast rijst ook het gevaar van een inflatie van procedures en instanties die met een jongere of een gezin werken ⁵³.

Tot slot rijst i.v.m. deze bepalingen ook een technisch probleem: het decreet bepaalt dat de door de jeugdrechtbank genomen *maatregelen* na vijfenveertig dagen een einde nemen in de hoger vermelde gevallen. Er is evenwel een procedure voor de jeugdrechtbank aanhangig gemaakt, die de decretale wetgever uiteraard niet kan beëindigen. De zaak blijft dus aanhangig bij de jeugdrechtbank.

B. De maatregelen

Een tweede krachtlijn van het decreet betreft het invoeren van een nieuw maatregelenpakket. Wanneer het decreet in werking zal zijn getreden, wat slechts mogelijk is nadat de nationale wetgever de rechtspleging zal hebben geregeld, zal de jeugdrechter kunnen kiezen uit dertien verschillende maatregelen ⁵⁴.

Bij nader toezien bevat deze lijst weinig werkelijk nieuwe maatregelen. Het gaat ofwel om reeds bestaande maatregelen uit de wet van 8 april 1965, die in sommige gevallen wel een andere naam krijgen, ofwel om een «legalisering» van in de praktijk gegroeide nieuwe hulpverleningsvormen die reeds door de jeugdrechtbanken werden opgelegd op grond van een ruime interpretatie van artikel 37 van de wet van 8 april 1965 ⁵⁵.

Wel worden een aantal maatregelen aan striktere toepassingsvoorwaarden gebonden ⁵⁶.

De duidelijker omschrijving van de maatregelen valt omwille van de rechtszekerheid toe te juichen ⁵⁷. Het valt evenwel te betreuren dat in de lijst, zonder dat enig juridisch onderscheid wordt gemaakt, louter voorlopige maatregelen voorkomen ⁵⁸ en dat er naast maatregelen die één enkele minderjarige betreffen, ook een maatregel voorkomt die het gehele gezin als voorwerp heeft ⁵⁹. Vooral dit laatste kan voor procedurale moeilijkheden zorgen ⁶⁰.

Een innovatie is dat de maatregelen volgens verschillende modaliteiten in tijd worden beperkt. Ze zijn evenwel verlengbaar hetzij eenmalig, hetzij met een bepaalde periode onbeperkt ⁶¹.

C. Andere bepalingen

Ten derde bevat het besproken decreet nog verschillende andere bepalingen, waarvan de belangrijkste de continue-

⁵⁴ Nieuw artikel 22bis, §1, Decr. VI. Gem. 27 juni 1985.

⁵⁵ Zie SMETS, J. en CAPPELAERE, G., *l.c.*, 22-33 en SMETS, J., «Het ontwerp-decreet...», 565-569.

⁵⁶ Bijvoorbeeld de maatregel van plaatsing in een gesloten inrichting (nieuw artikel 22bis, §1, 10°, Decr. VI. Gem. 27 juni 1985), die slechts voor een eenmaal verlengbare periode van drie maanden kan worden opgelegd wanneer wordt aangetoond dat de minderjarige zich herhaaldelijk onttrekt aan plaatsingsmaatregelen bij een betrouwbaar persoon of gezin of in een open inrichting, en wanneer wordt aangetoond dat deze maatregel noodzakelijk is voor de integriteit van de persoon van de minderjarige.

⁵⁷ Niet bevorderlijk voor de rechtszekerheid is daarentegen de bepaling die zonder enige specificering stelt dat de jeugdrechtbank zowel ten aanzien van de minderjarige of diegenen die over hem het ouderlijk gezag uitoefenen of hem onder hun bewaring hebben de verplichtingen bepaalt die verbonden zijn aan de opgelegde maatregel (nieuw art. 22ter ontwerp).

⁵⁸ Nl. de maatregelen van onder begeleiding stellen van een ontiaal- of oriëntatiecentrum of van een observatiecentrum, nieuw art. 22bis, §1, 8° en 9°, Decr. VI. Gem. 27 juni 1985.

⁵⁹ Nl. de maatregel van gezinsbegeleiding (nieuw art. 22bis, §1, 3°, Decr. VI. Gem. 27 juni 1985).

⁶⁰ Zie SMETS, J. en CAPPELAERE, G., *l.c.*, 31, en SMETS, J., «Het ontwerp-decreet...», 569.

⁶¹ Nieuw artikel 22quinquies Decr. VI. Gem. 27 juni 1985.

⁴⁹ Verslag MERCKX-VAN GOEY, *Parl. St., VI.R.*, 1989-90, nr. 243/2,27.

⁵⁰ Artikel 17, §2, Decr. VI. Gem. 27 juni 1985.

⁵¹ Nieuw artikel 29, §2, tweede lid, decr. 27 juni 1985.

⁵² ELIAERTS, CH., «De toekomst van het jeugdbeschermingssysteem», in *Jeugdrecht: Balans en perspectieven*, Brussel, Contactcomité van Organisaties voor Jeugdzorg, 1989, (58), 82-83.

⁵³ *Ibid.*, 83 en SMETS, J. en CAPPELAERE, G., «Gerechtelijke jeugdbijstand: het nieuwe juridisch kader», in *Jeugdrecht: balans en perspectieven, o.c.*, (4), 32-33; SMETS, J., «Het ontwerp van decreet...», 569.

ring van de hulpverlening aan niet delinquente minderjarigen, geboden door de jeugdbescherming, omvatten ⁶².

III. De invloed van het E.V.R.M. op het jeugdbeschermingsrecht

Het Europese Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden begint, zoals overigens ook in andere rechtstakken het geval is, een steeds grotere impact te krijgen op het jeugdbeschermingsrecht. Van doorslaggevend belang in deze ontwikkeling was het arrest Bouamar van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens van 29 februari 1988 ⁶³. In dit arrest werd niet alleen een bepaalde toepassing van artikel 53 van de wet van 8 april 1965 veroordeeld, maar werden ook een aantal procedurebepalingen uit de Jeugdbeschermingswet aan een kritisch onderzoek onderworpen. Hierop wordt in wat volgt verder ingegaan.

A. Het arrest Bouamar en artikel 53 van de wet van 8 april 1965

Artikel 53 van de wet van 8 april 1965 laat toe dat een minderjarige voor ten hoogste vijftien dagen bij wijze van voorlopige maatregel in een arresthuis wordt geplaatst «indien het feitelijk onmogelijk is een particulier of instelling te vinden die de minderjarige dadelijk kan opnemen». Over deze laatste voorwaarde bestaat sinds jaren controverse in rechtspraak en rechtsleer ⁶⁴.

In het geval dat aanleiding gaf tot het arrest Bouamar was een minderjarige binnen een periode van elf maanden negenmaal op basis van artikel 53 in een arresthuis geplaatst. In de meeste gevallen werd hij daarna niet in een instelling geplaatst, maar wel in zijn familiaal milieu gelaten onder toezicht van een vaste afgevaardigde bij de jeugdbescherming.

Die toepassing van artikel 53 wordt door het Europese Hof veroordeeld. Omdat de opsluitingen in een arresthuis niet tot doel hadden een opvoedkundige plaatsing mogelijk te maken, kunnen ze niet worden beschouwd als «rechtmatige gevangenhouding van een minderjarige met het doel in te grijpen in zijn opvoeding» in de zin van artikel 5, lid 1,

d, E.V.R.M. ⁶⁵. Een bezwarend element hierbij was het herhaalde karakter van de opsluitingen in een arresthuis ⁶⁶.

Het Hof lijkt dus enkel de toepassing van artikel 53 met respressieve doeleinden te veroordelen ⁶⁷.

Sommige auteurs stellen evenwel dat het Europese Hof voor de Rechten van de Mens artikel 53 als dusdanig veroordeelt en dus elke voorlopige plaatsing van een minderjarige in een arresthuis ⁶⁸.

Hierbij wordt uit de overweging van het Europese Hof dat het herhaalde karakter van de plaatsing in een arresthuis deze minder en minder regelmatig maakten ⁶⁹, afgeleid dat ze dat nooit waren ⁷⁰. P. Martens schrijft over deze overweging: «Il se déduit de cette conclusion et de l'ensemble des motifs de l'arrêt que l'accumulation des incarcérations du requérant n'est pas l'élément constitutif de leur irrégularité, mais une démonstration surabondante de leur irrégularité croissante. Si cette analyse est exacte, il faut admettre que tout placement d'un mineur en prison est irrégulier» ⁷¹.

Verder wordt uit de overweging van het Hof dat de plaatsing van een minderjarige in een arresthuis onder een regime van isolement en zonder bijstand van gekwalificeerd personeel geen enkel opvoedkundig doel kan hebben, afgeleid dat het Hof artikel 53 van de jeugdbeschermingswet als dusdanig in strijd acht met het Europese Verdrag.

De aangehaalde argumenten overtuigen evenwel niet.

Wanneer men het geheel van de overwegingen van het arrest onderzoekt, blijkt dat uit de overweging dat het herhaalde karakter van de plaatsingen in een arresthuis deze minder en minder regelmatig maakten, geenszins kan worden afgeleid dat artikel 53 als dusdanig wordt veroordeeld.

Weliswaar kan uit deze overweging worden afgeleid dat de schending van artikel 5, lid 1, d, van het E.V.R.M. *in casu* niet uitsluitend zijn oorzaak vond in enkel het herhaalde karakter van de plaatsingen in een arresthuis ⁷². Ook minder frequente plaatsingen in een arresthuis (of zelfs een eenmalige) kunnen het E.V.R.M. schenden. Het Hof zegt evenwel niet dat dit in *alle* omstandigheden het geval is. Integendeel, in een vorige overweging, die hierna wordt aangehaald, is aangegeven in welke omstandigheden een voorlopige plaatsing in een arresthuis voormeld onderdeel van artikel 5 van het E.V.R.M. schendt :

⁶² *Ibid.*, overw. 50.

⁶⁶ *Ibid.*, overw. 53.

⁶⁷ Jeugdrb. Luik, 7 december 1989, *J.L.M.B.*, 1990, 282, noot MARTENS, P. en HENRY, P.; BALLE, D. en WYLLEMAN, A., «Procès-
waarborgen voor minderjarigen in procedures die hen aanbelangen», *R.W.*, 1989-90, (793), 799; SMETS, J., «E.V.R.M. en jeugdbeschermingsrecht: beschouwingen bij het arrest Bouamar», *Panopticon*, 1988, (539), 540-541; HENRY, P., «Protection de la jeunesse: le nouvel article 53: ambiguïté d'une mesure, ambiguïté d'un projet, *Journ. Proc.*, 1988, (10), 11.

⁶⁸ HENRY, P., «La Belgique (encore) condamnée», *J.J.D.*, 1988, afl. 55, 16; MARTENS, P., «Mineurs en prison, contrôle juridictionnel de légalité et droits de l'homme», noot bij E.H.R.M., 29 februari 1988, *J.L.M.B.*, 1988, (477), 481 — vgl. evenwel p. 478; MARTENS, P. en HENRY, P., «De la détention provisoire des mineurs à la séparation des pouvoirs», noot bij Jeugdrb. Luik, 7 december 1989, *J.L.M.B.*, 1990, 283.

⁶⁹ E.H.R.M., 29 februari 1988, *l.c.*, overw. 53.

⁷⁰ MARTENS, P., *l.c.*, 481; MARTENS, P. en HENRY, P., *l.c.*, 283.

⁷¹ MARTENS, P., *l.c.*, 481.

⁷² Vgl. evenwel HENRY, P., «Protection de la jeunesse...», 11.

⁶² Zie SMETS, J., UYTENDAELE, R. en WYLLEMAN, A., *l.c.*

⁶³ E.H.R.M., 29 februari 1988, nr. 22/86/120/169, *J.L.M.B.*, 1988, noot MARTENS, P., *Journ. Procès*, 1988, afl. 126, 26, noot BARTHOLOMÉ, J.P. en J.Dr. Jeun., 1988, afl. 3, 6.

⁶⁴ Zie Cass., 8 februari 1978, *Pas.*, 1978, I, 665; Cass., 18 februari 1982, *Pas.*, 1982, I, 333, en *R.W.*, 1982-83, 2260; Bergen, 6 januari 1978, *J.T.*, 1979, 6, noot M. VAN DE KERCKHOVE; Luik, 16 december 1980, *Jur. Liège*, 1981, 294; Rb. Luik, 10 september 1981, *Jur. Liège*, 1982, 204; Vred. Fléron, 3 februari 1981, *Jur. Liège*, 1982, 202; CHARLES, R. en DENUIT, M., «Réflexions sur l'application de l'art. 53 de la loi du 8 avril 1965», *J.T.*, 1984, 17-20; VAN DE KERCKHOVE, M., «Questions relatives au placement d'un mineur dans une maison d'arrêt», *J.T.*, 1979, 8211; HENRY, P., noot onder Jeugdrb. Luik, 23 maart 1984 en 26 oktober 1984, *Jur. Liège*, 1985, 172-173; MAES, Ch., «Wet betreffende de jeugdbescherming of betreffende bescherming van de minderjarige jeugd. Artikel 53 van de wet van 8 april 1965: een sleutel», *Panopticon*, 1986, 37-52; SMETS, J., «Kroniek: jeugdbeschermingsmaatregelen», *R.W.*, (145), 164-166; VAN DE KERCKHOVE, M., «Questions relatives au placement provisoire d'un mineur dans une maison d'arrêt», *J.T.*, 1979, 8-11.

«La Cour relève que l'internement d'un mineur en maison d'arrêt n'enfreint pas forcément l'alinéa d), même quand il n'est pas de nature à pourvoir comme tel à l'éducation surveillée' de l'intéressé. Ainsi qu'il ressort de la préposition 'pour' (*for the purpose of*) à la 'détention' dont parle ce texte constitue un moyen d'assurer le placement de l'intéressé sous 'éducation surveillée', mais il peut ne pas s'agir d'un placement immédiat. Tout comme l'article 5, §1 reconnaît, en ses alinéas c) et a), la distinction entre détention avant jugement et détention après condamnation, l'alinéa d) n'empêche pas une mesure provisoire de garde que serve de préliminaire à un régime d'éducation surveillée sans en revêtir elle-même le caractère. Encore faut-il, dans cette hypothèse, que l'emprisonnement débouche à bref délai sur l'application effective d'un tel régime dans un milieu spécialisé – ouvert ou fermé – qui jouisse de ressources suffisantes correspondant à sa finalité»⁷³.

Uit de aangehaalde passus blijkt dus dat, ten minste naar inzicht van het Hof, een voorlopige plaatsing in een arresthuis artikel 5, lid 1, d, E.V.R.M. slechts schendt wanneer de maatregel niet is bevolen om binnen korte termijn de toepassing van een opvoedkundig regime in een gespecialiseerd milieu mogelijk te maken⁷⁴.

De aangehaalde passus weerlegt ook het tweede argument. Het Hof zegt immers dat, hoewel de plaatsing in een arresthuis op zichzelf beschouwd geen opvoedkundig karakter heeft, zulks toch geen schending van artikel 5, lid 1, d, E.V.R.M. inhoudt wanneer die plaatsing is bevolen om op korte termijn de toepassing van een opvoedkundig regime in een gespecialiseerd milieu mogelijk te maken⁷⁵. Door te stellen dat een plaatsing in een arresthuis op zich niet kan worden beschouwd als strekkend tot een educatief doel, beoogt het Hof enkel het argument van de Belgische Regering te weerleggen dat de plaatsing in het arresthuis moest worden gesitueerd in het kader van een educatief programma opgezet door de jeugdgerechten⁷⁶.

De door het Europese Hof veroordeelde toepassing van artikel 53 is ook reeds internrechtelijk onwettig⁷⁷, zodat dit niet het belangrijkste aspect van het arrest is. Veel belangrijker is de toetsing door het Europese Hof van de procedure die werd gevolgd bij het opleggen van de maatregelen, waarover meer in het volgende onderdeel.

B. Het arrest Bouamar en de procedure tot het opleggen van vrijheidsberovende voorlopige maatregelen

In het arrest werd het opleggen van verschillende voorlopige maatregelen tot plaatsing in een arresthuis ook ge-

toetst aan artikel 5, lid 4, E.V.R.M.⁷⁸. Dit onderdeel van artikel 5 bevat het beginsel dat een ieder die van zijn vrijheid is beroofd het recht heeft om binnen een korte termijn de wettigheid van deze vrijheidsberoving door een rechter te laten toetsen.

Volgens de rechtspraak van het Europees Hof volgt uit artikel 5, lid 4, E.V.R.M. ook dat de procedure die hierbij wordt gevolgd een gerechtelijk karakter dient te hebben en voldoende waarborgen dient te bieden gelet op de aard van de vrijheidsberoving⁷⁹.

Het Hof komt tot de conclusie dat de procedures voor de jeugdrechter die leidden tot de oplegging van de betwiste plaatsingen in een arresthuis, niet voldoen aan de vereisten die in artikel 5, § 4, E.V.R.M. begrepen liggen.

Weliswaar werd de minderjarige gehoord vóór hij in een arresthuis werd opgesloten, maar hij had niet de gelegenheid om zich te laten bijstaan door een advocaat.

Het Hof is van oordeel dat de procedure hierdoor niet de nodige garanties bood in het licht van artikel 5, lid 4, E.V.R.M. Het Hof houdt hierbij rekening met de zeer jeugdige leeftijd van verzoeker op het ogenblik dat de beschikkingen tot voorlopige bewaring in een arresthuis werden genomen⁸⁰.

Vervolgens onderzoekt het Hof in concreto of de rechtsmiddelen (vnl. het hoger beroep) die konden worden aangewend tegen beschikkingen tot voorlopige bewaring in een arresthuis (art. 58 W. Jb.) en de mogelijkheid voor de jeugdrechter of jeugdrechter in hoger beroep om te allen tijde voorlopige maatregelen te wijzigen (art. 60 W. Jb.), niet beantwoordden aan de vereisten van artikel 5, lid 4 E.V.R.M., zodat deze bepaling toch niet zou zijn geschon- den.

Maar ook hier wordt een schending van het E.V.R.M. vastgesteld. Enerzijds stelt het Hof vast dat het hoger beroep op de openbare zitting van de jeugdkamer van het hof van beroep pas weken of zelfs maanden na het opleggen van de voorlopige bewaring in een arresthuis werd behandeld, en bovendien onontvankelijk werd verklaard wegens gebrek aan voorwerp, zodat er geen eigenlijke beoordeling van de rechtmatigheid van de vrijheidsberoving is gebeurd, en zeker niet binnen een «korte termijn», zoals door artikel 5, lid 4, E.V.R.M. wordt vereist⁸¹. Hetzelfde geldt volgens het Hof voor het cassatieberoep.

Anderzijds stelt het Hof vast dat de jeugdrechter of jeugdrechter in hoger beroep (in het geval dat hoger beroep werd aangekend) de beslissing tot voorlopige bewaring in een arresthuis steeds d.m.v. een kabinetsbeschikking kon wijzigen (art. 59 en 60 W. Jb.). Deze mogelijkheid heeft volgens het Hof op zich evenwel niet tot gevolg dat de procedure tot het opleggen van de voorlopige maatregelen hierdoor in overeenstemming met art. 5, lid 4, E.V.R.M. verliep, daar de advocaat van de minderjarige op geen enkel moment werd gehoord n.a.v. zulk een herziening⁸².

De procedure tot het opleggen van voorlopige jeugdbeschermingsmaatregelen die vrijheidsberoving inhouden, is

⁷³ E.H.R.M., 29 februari 1988, *l.c.*, overw. 50.

⁷⁴ BALLEET, D. en WYLLEMAN, R., *l.c.*, 799; HENRY, P., «En attendant l'abrogation de l'article 53 de la loi sur la protection de la jeunesse», *J.Dr.Jeun.*, 1988, afl. 8 (16), 17; SMETS, J., «E.V.R.M. en jeugdbeschermingsrecht...», 540-541.

⁷⁵ Deze stelling is niet boven alle kritiek verheven (zie SMETS, J., «E.V.R.M. en jeugdbeschermingsrecht...», 541), maar het gaat hier om het bepalen van de juiste draagwijdte van het arrest van 29 februari 1988.

⁷⁶ E.H.R.M., 29 februari 1988, *l.c.*, overw. 50, eerste alinea.

⁷⁷ CHARLES, R. en DENUIT, M., *l.c.*, 17; SMETS, J., «E.V.R.M. en jeugdbeschermingsrecht...», 541.

⁷⁸ E.H.R.M. 29 februari 1989, *l.c.*, overw. 54-64.

⁷⁹ *Ibid.*, overw. 57 en de aldaar aangehaalde verwijzingen.

⁸⁰ *Ibid.*, overw. 60.

⁸¹ *Ibid.*, overw. 63.

⁸² *Ibid.*, overw. 62.

bijgevolg volgens het arrest Bouamar niet conform artikel 5, lid 4, E.V.R.M. In een volgend onderdeel zal nader worden ingegaan op de gevolgen van dit arrest op het internrechtelijk vlak.

C. Gevolgen van het arrest Bouamar in het interne recht.

Hoewel een arrest van het Europese Hof voor de rechten van de Mens geen gezag erga omnes heeft⁸³, is het duidelijk dat de rechter geleit op het gezag van de interpretatie van het Europese Hof («autorité de chose interprétée») rekening zal dienen te houden met het arrest Bouamar in procedures tot het opleggen van voorlopige jeugdbeschermingsmaatregelen, wil hij de internationale aansprakelijkheid van de Belgische Staat niet in het gedrang brengen⁸⁴. Hierbij mag niet uit het oog worden verloren dat artikel 5 E.V.R.M. rechtstreekse werking heeft⁸⁵. Hoewel de wetgever de nodige gevolgen dient te trekken uit de veroordeling van België door het Europese Hof⁸⁶, kan de rechter hierop niet wachten om de volle werking van het E.V.R.M. te garanderen⁸⁷.

Er wordt hier niet meer teruggekomen op de inhoudelijke toepassingsvereisten van artikel 53 van de wet van 8 april 1965, maar enkel aandacht besteed aan de procedurale gevolgen van het arrest.

Het Europese Hof oordeelde dat de procedure bij het opleggen van voorlopige jeugdbeschermingsmaatregelen die een vrijheidsberovend karakter hebben, onvoldoende rechtswaarborgen biedt. Het louter hierbij horen van de minderjarige, zonder bijstand van een advocaat, volstaat niet.

Bijgevolg lijkt uit het arrest Bouamar voort te vloeien dat geen enkele vrijheidsberovende jeugdbeschermingsmaatregel meer kan worden opgelegd zonder dat de minderjarige

effectief wordt bijgestaan door een advocaat⁸⁸. Daarenboven lijkt een effectieve rechtsbijstand van de minderjarige door die advocaat slechts gegarandeerd wanneer die advocaat ook tijdens de voorbereidende fase en zelfs op het ogenblik dat de jeugdrechter zijn beslissing over het opleggen van een voorlopige maatregel neemt, inzage heeft in het dossier of van de stukken waarop de vordering tot het opleggen van voorlopige maatregelen is gebaseerd⁸⁹. Of een mondelinge mededeling over de inhoud van dit dossier of van die stukken door de jeugdrechter volstaat⁹⁰, is zeer de vraag⁹¹. Een inzage van het dossier of de stukken zelf biedt immers meer waarborgen dan een mondelinge mededeling van de inhoud ervan door diegene die uiteindelijk de beslissing neemt over het opleggen van een voorlopige maatregel. Zonder dat zulks intentioneel hoeft te zijn, kan zulk een mededeling selectief zijn of reeds interpretaties bevatten.

IV. Besluit

Uit het voorgaande moge blijken dat het jeugdbeschermingsrecht in volle ontwikkeling is.

De staatshervorming is hierbij een belangrijke factor. Een aantal aan de nieuwe bevoegdheidsverdeling inherente factoren dreigen evenwel het uitbouwen van een coherent jeugdbeschermingsbeleid te bemoeilijken.

Intussen beginnen de Gemeenschappen het hun toegewezen terrein meer en meer te bezetten. In de Vlaamse Gemeenschap leidde dit tot de aanneming van decreten die gerechtelijke jeugdbescherming op vele punten wijzigen. Sommige van die bepalingen doen evenwel juridische of beleidsmatige vragen rijzen.

Ook de verlaging van de leeftijd van burgerrechtelijke meerderjarigheid heeft belangrijke gevolgen op het gebied van de jeugdbescherming. Wat de minderjarigen betreft die een als misdrijf omschreven feit hebben gepleegd, werd gesteld dat de verlaging van de meerderjarigheid geen feitelijke verlaging van de strafrechtelijke meerderjarigheidsleeftijd mocht inhouden. De aangenomen bepalingen zullen in een aantal gevallen wel dit gevolg hebben. Een herziening van die bepalingen is dan ook dringend.

Tot slot heeft ook het Europese Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden ingrijpende gevolgen op het jeugdbeschermingsrecht, in de zin van een versteviging van de rechtspositie van de betrokken jongeren.

Jan SMETS

⁸³ Conclusie van de procureur-generaal DUMON voor Cass., 21 januari 1982, *J.T.*, 1982, (438), 443-444, en aangehaalde referenties; conclusie van de eerste advocaat-generaal, toen advocaat-generaal VELU voor Cass., 14 april 1983, *J.T.*, 1983, (607), 615-616, en aangehaalde referenties; BARTHOLOMÉ, J.P., *l.c.*, 5; Brussel, 14 november 1989, *J.Dr.Jeun.*, 1989, afl. 10, 32 en *J.L.M.B.*, 1980, 254; ERGEC, R., «De la communication du dossier de l'instruction à la doctrine de la chose interprétée», *J.T.*, 1989, (397), 398; HENRY, P., «En attendant...», 16; MARTENS, P., *l.c.*, 481; TULKENS, Fr. en JADOUL, A., «Protection de la jeunesse et droits de l'homme», *Rev.Trim.Dr.Fam.*, 1989, (121), 135, en de aldaar aangehaalde referenties.

⁸⁴ HENRY, P., «En attendant...», MARTENS, P., *l.c.*, 481; MARTENS en HENRY, P., *l.c.*, 283; SMETS, J., «E.V.R.M. en jeugdbeschermingsrecht...», 542; TULKENS, Fr. en JADOUL, A., *l.c.*, 137 en 139; VAN KEIRSBILCK, B., «Une avancée du droit des mineurs devant les juges de la jeunesse» *J.Dr.Jeun.*, 1990, afl. 1, 30-31. Zie hierover in het algemeen onder meer Cass. 10 mei 1989, *J.T.*, 330, en de conclusie van de advocaat-generaal PIRET; conclusie van de eerste advocaat-generaal, toen advocaat-generaal VELU, *l.c.*, 616-618.

⁸⁵ Zie o.m. Cass., 10 mei 1989, *J.T.*, 1989, 330, en de conclusie van de advocaat-generaal PIRET, Brussel, Jk., 14 november 1989, *J.Dr.Jeun.*, 1989, afl. 10, 32 en *J.L.M.B.*, 1990, 254.

⁸⁶ HENRY, P., «La Belgique...», 16; MARTENS, P., *l.c.*, 481; MARTENS, P. en HENRY, P., *l.c.*, 284-285; SMETS, J., «E.V.R.M. en jeugdbeschermingsrecht...», 542.

⁸⁷ Brussel Jk., 11 november 1989, *J.Dr.Jeun.*, 1989, afl. 10, 32 en *J.L.M.B.*, 1990, 254. Voor een analoog geval inzake de voorlopige hechtenis-procedure: Cass., 10 mei 1989, *J.T.*, 1989, 330, concl. advocaat-generaal PIRET.

⁸⁸ TULKENS, Fr., en JADOUL A., *l.c.*, 137. Omdat men op het moment dat het opleggen van een voorlopige maatregel wordt gevorderd, nog niet weet of de jeugdrechter al dan niet een vrijheidsberovende maatregel zal opleggen, lijkt aan dat vereiste een algemene draagwijdte te moeten worden gegeven: het geldt dus zodra het opleggen van voorlopige maatregelen wordt gevorderd (VAN KEIRSBILCK, B., *l.c.*, 31).

⁸⁹ Brussel Jk., 14 november 1989, *J.Dr.Jeun.*, 1989, 32, en *J.L.M.B.*, 1990, 254; TULKENS, Fr. en JADOUL, A., *l.c.*, 139; VAN KEIRSBILCK, B., *l.c.*, 31.

⁹⁰ In die zin Brussel, Jk., 14 november 1989, *J.Dr.Jeun.*, 1989, 32 en *J.L.M.B.*, 1990, 254.

⁹¹ VAN KEIRSBILCK, B., *l.c.*, 31. De vraag rijst of het Hof van Beroep te Brussel in het in voetnoot 90 vermelde arrest de vereisten gesteld door artikel 5, lid 2, E.V.R.M. niet verward heeft met deze gesteld door art. 5, lid 4, E.V.R.M.

EERSTE COMMENTAAR BIJ HET NIEUWE ARTIKEL 2276ter B.W.: DE VERJARING VAN DE AANSPRAKELIJKHEID VAN DESKUNDIGEN EN VAN HUN VORDERING TOT BETALING VAN KOSTEN EN ERELOON

1. De wet van 13 februari 1990 (B.S., 30 mei 1990) heeft het nieuwe artikel 2276ter in het Burgerlijk Wetboek ingevoegd. Dat artikel onderwerpt bepaalde vorderingen ingesteld door of tegen deskundigen aan een verkorte verjaring. Het betreft de vorderingen wegens beroepsaansprakelijkheid en wegens verantwoordelijkheid voor de bewaring van de stukken, alsmede de rechtsvorderingen van deskundigen tot betaling van hun kosten en ereloon. Voor de twee eerste vorderingen is de verjaringstermijn gesteld op tien jaar na het beëindigen van hun taak, of als deze hun krachtens de wet werd opgedragen, op vijf jaar na de indiening van hun verslag.

De verjaringstermijn voor de vordering tot betaling van kosten en ereloon blijft altijd beperkt tot vijf jaar.

I. Ratio legis

2. Wat de *beroepsaansprakelijkheid* betreft, kwam het de wetgever abnormaal voor dat deskundigen nog steeds onderworpen waren aan de dertigjarige verjaring (art. 2262 B.W.), terwijl tal van andere intellectuele en vrije beroepen van aansprakelijkheid ontslagen zijn na verloop van een kortere termijn: tien jaar voor architecten en aannemers (art. 2270 B.W.), vijf jaar voor advocaten (art. 2276bis B.W.), zaakvoerders, bestuurders, commissarissen en vereffenaars van vennootschappen (art. 194 Venn. W.), ... (memorie van toelichting, *Gedr. St., Kamer*, B.Z. 1988, nr. 367/1, 1-2; verslag Beckers, *Gedr. St., Kamer*, 1988-89, nr. 367/2, 2).

De aldus ingevoerde verkorte verjaring inzake beroepsaansprakelijkheid compenseerde de wetgever met een analoge verkorte verjaring voor rechtsvorderingen van deskundigen tot *betaling* van hun *kosten en ereloon*. De wetgever streefde ernaar een evenwicht tot stand te brengen op het vlak van de verjaring tussen vorderingen gericht tegen en vorderingen uitgaande van deskundigen (*ibid.*, resp. pp. 4 en 2).

De beperking in de tijd van de verantwoordelijkheid voor de *bewaring van de stukken* steunt voornamelijk op praktische overwegingen: enerzijds, de onmogelijkheid deskundigen te blijven verplichten hun bedrijfslokalen permanent uit te breiden met het oog op archivering en, anderzijds, in geval van overlijden van de deskundigen, vermijden dat hun echtgeno(o)t(e) en erfgenamen — die meestal niets afweten van de zaken — gedurende dertig jaar moeten zorgen voor de bewaring van alle stukken (memorie van toelichting, *l.c.*, 2).

3. Merkwaardig verschilt de verjaringstermijn inzake beroepsaansprakelijkheid en bewaring van de stukken naargelang de opdracht van de deskundige hem al dan niet krachtens

de wet is opgedragen. Normaal is hij ontlast na tien jaar, maar deze termijn wordt tot vijf jaar gereduceerd wanneer hij krachtens de wet optreedt (art. 2276ter, § 1, eerste lid, B.W.). Volgens de memorie van toelichting (*l.c.*, 3) moet de verklaring hiervoor gezocht worden in artikel 26 van de voorafgaande titel van het Wetboek van Strafvordering. Luidens dat artikel verjaart de burgerlijke rechtsvordering volgend uit een misdrijf na een termijn van vijf jaar. Deze termijn moet eventueel verlengd worden om gelijkgesteld te worden met de verjaring van de strafvordering. De burgerlijke rechtsvordering kan namelijk niet verjaren voor de strafvordering (art. 26 V.T. Sv. *in fine*).

Het voorafgaande verklaart evenwel niet waarom aan de verjaringstermijnen van het nieuwe artikel 2276ter B.W. niet dezelfde looptijd is toegekend. De prestatiebeoordeling van de deskundige is nochtans niet afhankelijk van de aanstellingsmodaliteiten. Hij is gehouden tot een plichtsbewuste uitvoering van zijn opdracht, ongeacht of hij door de partijen of de rechter is aangeduid. De omstandigheid dat hij in bepaalde gevallen *moet* worden aangesteld omdat een wettekst een deskundigenonderzoek oplegt (*infra*, nr. 4), verandert daar niets aan. Zijn professionele aansprakelijkheid wordt altijd op identieke wijze beoordeeld. Daarmee bedoelen wij dat dit steeds op grond van dezelfde beginselen gebeurt en aan de hand van dezelfde toetsingscriteria (*bonus pater familias*). Waarom dan verschillende verjaringstermijnen?

II. Taak krachtens de wet opgedragen

4. Zojuist hebben we gezien dat, wanneer aan de deskundige een *taak krachtens de wet werd opgedragen*, de vorderingen wegens beroepsaansprakelijkheid en wegens verantwoordelijkheid voor de bewaring van de stukken na vijf jaar in plaats van tien jaar verjaren.

Het komt er dus op aan precies te bepalen wat onder «een krachtens de wet opgedragen taak» verstaan moet worden. Artikel 2276ter B.W. omschrijft het begrip niet. De voorbeleidende werkzaamheden maken ons ook niet wijzer.

Naar het ons voorkomt, doelt deze uitdrukking op deskundigenonderzoeken die door een wettekst aan de partijen opgelegd worden. Dit in tegenstelling met het merendeel der gevallen waarin de rechter of de partijen *vrij* beslissen om deskundigen met een expertise te belasten. Het deskundigenonderzoek krachtens de wet opgedragen is dus een *verplicht* onderzoek. De partijen noch de rechter kunnen zich ervan onthouden de expertise aan te vragen of te bevelen.

Bij wijze van illustratie verwijzen wij naar o.m. de volgende wetteksten: art. 662 B.W. (werk aan gemene muur), art.

1644 B.W. (teruggave gedeelte prijs in geval van verborgen gebreken bij verkoop), artt. 1675 en 1678 B.W. (benadeling voor meer dan 7712 bij verkoop), art. 17 Pachtwet (herziening pacht prijs), art. 27, 5°, Hyp. W. (voorrecht aannemers en architecten op onroerende goederen), artt. 1215 en 1216 Ger. W. (gerechtelijke verdeling), art. 1244 Ger. W. (onbekwaamverklaring), art. 29bis Venn. W. (inbreng in natura), art. 63, § 1, Wegverkeerswet (bloedproef), art. 163 Zee- en Binnenvaartwet (gemene averij), art. 4 Ontheffingswet (schatting onroerende goederen bij ontheffingen ten algemene nutte).

Deze opsomming is natuurlijk niet volledig (voor meer voorbeelden, zie Cloquet, A., *Deskundigenonderzoek*, Gent, Story-Scientia, 1975, nrs. 663 e.v., en Lurquin, P., *Traité de l'expertise en toutes matières*, I, Brussel, Bruylant, 1985, nrs. 343 e.v.).

III. Toepassingsgebied van artikel 2276ter B.W.

De verjaringen van artikel 2276ter B.W. hebben betrekking op vorderingen tegen deskundigen en op vorderingen die van deskundigen uitgaan. Het betreft:

- de vorderingen wegens beroepsaansprakelijkheid;
- de vorderingen wegens verantwoordelijkheid voor de bewaring van stukken;
- de vorderingen van deskundigen tot betaling van kosten en ereloon.

1) Het begrip «deskundige»

5. De wet definieert het begrip «deskundige» niet. Het moet derhalve in zijn gangbare betekenis gebruikt worden.

De deskundige is een persoon op wie men zich beroept wegens zijn bijzondere beroeps- of technische kennis. Deze bijzondere kennis stelt hem in staat de feitelijke elementen van een zaak deskundig te ontleden en technische inlichtingen of adviezen te verstrekken die nodig zijn voor de voorkoming of oplossing van een geschil (cf. Cloquet, A., *o.c.*, nr. 2; de le Court, E., «Considérations sur l'expertise judiciaire», *J.T.*, 1955, 505-506; Lurquin, P., *o.c.*, I, 5). Deskundigenonderzoeken hebben aldus betrekking op technische aangelegenheden in de ruime zin van het woord (Van Reepinghen, Ch., *Verslag over de Gerechtelijke Hervorming*, I, Brussel, Uitgave Belgisch Staatsblad, 1964, 384). Zij dienen ter voorlichting van de partijen en/of de rechtbank.

In de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel dat tot de invoering van artikel 2276ter in het Burgerlijk Wetboek leidde, vindt men een aantal voorbeelden: geneesheren-deskundigen, experts inzake onroerende goederen, architecten, ingenieurs-experts, accountants, belastingdeskundigen (*l.c.*, 2). Dit is geen beperkende opsomming. Bedrijfsvisoren, financiële analisten, landmeters en onverschillig welke andere specialisten en technici kunnen aan die lijst toegevoegd worden.

2) Beroepsaansprakelijkheid

6. De term «beroepsaansprakelijkheid» doelt in principe zowel op de contractuele als op de buitencontractuele aansprakelijkheid. Is dit ook het geval in artikel 2276ter B.W.?

Inzake de verjaring van de beroepsaansprakelijkheid van advocaten, als geregeld in artikel 2276bis B.W., wordt aan-

genomen dat de wetgever enkel de contractuele aansprakelijkheid op het oog had (zie Sterckx, D., «Premiers commentaires sur l'article 2276bis du Code civil», *J.T.*, 1985, 534, nr. 8; Van Oevelen, A., «Algemeen overzicht van de bevrijdende verjaring en de vervaltermijnen in het Belgisch privaatrecht», *T.P.R.*, 1987, 1795). Aangaande de hier besproken beroepsaansprakelijkheid van deskundigen moet o.i. een onderscheid worden gemaakt naargelang de deskundige door de partijen of ingevolge een gerechtelijke beslissing is aangesteld.

a) Deskundige door de partijen aangesteld

7. In dit geval had de wetgever allicht uitsluitend de contractuele aansprakelijkheid van de deskundige op het oog. In de memorie van toelichting is er duidelijk sprake van «belangen... (die) uit een contractueel oogpunt bekeken worden» (*l.c.*, 3).

Een bijkomend argument is dat de verkorte verjaring van de vordering van deskundigen tot betaling van hun kosten en ereloon als tegenhanger ingevoerd is voor de verkorte verjaring van de vordering wegens beroepsaansprakelijkheid (*supra*, nr. 2). Welnu, eerstgenoemde vordering, die te dezen in rechtstreeks verband staat met de beroepsaansprakelijkheidsvordering, is ontegenzeggelijk een contractuele vordering.

b) Deskundige door de rechter aangesteld

8. Een contractuele aansprakelijkheid is in dit geval ondenkbaar. Een contractuele band tussen deskundige en partijen is hier niet bestaande. De deskundige is door de rechtbank aangesteld. Bijgevolg kan hij, in voorkomend geval, alleen op buitencontractuele grond aangesproken worden. Zijn beroepsaansprakelijkheid is per definitie van buitencontractuele aard.

Wel moet opgemerkt worden dat alleen aansprakelijkheidsvorderingen met betrekking tot fouten die *rechtstreeks* verband houden met de uitvoering van de opdracht onder de verkorte verjaringen van artikel 2276ter B.W. vallen. Buitencontractuele rechtsvorderingen met betrekking tot fouten die slechts *naar aanleiding van* de uitvoering van de opdracht gepleegd zijn, worden beheerst door de gemeenrechtelijke verjaring van dertig jaar. Met dit laatste bedoelt men fouten die niet in rechtstreeks verband staan met de gegeven opdracht en evengoed *zonder of buiten* de opdracht kunnen ontstaan.

3) Bewaring van stukken

9. De vordering wegens verantwoordelijkheid voor de bewaring van stukken heeft betrekking op de aansprakelijkheid die de deskundige kan oplopen wegens verlies, beschadiging of vernietiging van de hem toevertrouwde stukken.

Die vordering verjaart na verloop van vijf of tien jaar naargelang de opdracht van de deskundige hem al dan niet krachtens de wet is opgedragen (art. 2276ter, § 1, eerste lid, B.W.; zie ook *supra*, nrs. 3-4).

Het gaat om een *bevrijdende* verjaring. Het is geen verkrijgende verjaring. Dit betekent dat de deskundige niet de eigendom over de stukken verkrijgt, zodat de partijen ook na het verstrijken van de verjaringstermijn nog de teruggave

van hun stukken mogen vorderen. De deskundige is verplicht op die eis in te gaan in zoverre de stukken nog bij hem aanwezig zijn (Laurent, F., *Principes de droit civil*, XXXII, Brussel, Bruylant, 1878, nr. 481; De Page, H., *Traité élémentaire de droit civil belge*, VII, Brussel, Bruylant, 1957, nr. 1315). Immers, hij is louter bezitter van de stukken. De ingetreden verjaring heeft als enig gevolg dat hij niet meer aansprakelijk kan worden gesteld voor het verlies, de beschadiging of de vernietiging van de stukken.

De aanwezigheid van de stukken is een rechtsfeit waarvan het bewijs door alle middelen rechtens mag worden geleverd. Ook de eed kan aan de deskundige opgedragen worden (art. 1358 B.W.). Kortom, de verjaring ingesteld door artikel 2276ter B.W. beheerst alleen de aansprakelijkheidsvordering, niet de revindicatievordering!

Tot slot moet worden opgemerkt dat de verkorte verjaring (vijf of tien jaar) niet toepasselijk is wanneer de deskundige *uitdrukkelijk* met het bewaren van bepaalde stukken is belast (art. 2276ter B.W., 1, tweede lid, B.W.). Men denke o.m. aan de deskundige die als sekwester is aangesteld.

4) Betaling van kosten en ereloon

10. De staat van ereloon en kosten wordt opgemaakt met inachtneming van de hoedanigheid van de deskundige(n), de moeilijkheid en de duur van de verrichte werkzaamheden en de waarde van het geschil (art. 982, tweede lid, Ger. W.).

De kosten omvatten al wat de deskundige heeft moeten uitgeven ter vervulling van zijn opdracht, met inbegrip van de gedane voorschotten ten gunste van de cliënt(en).

Wanneer de deskundige in verschillende zaken optreedt voor een zelfde cliënt, loopt de verjaringstermijn in elke afzonderlijke zaak. De zaken mogen niet gebundeld worden, behoudens andersluidende overeenkomst. Dit laatste onderstelt een *minnelijk* deskundigenonderzoek (over dat begrip raadplege men Cloquet, A., o.c., nr. 3).

IV. Soort verjaring

11. Het is niet voor betwisting vatbaar dat de verjaringen ingesteld bij artikel 2276ter B.W. *bevrijdende verjaringen* zijn. De schuldenaar is bevrijd indien de schuldeiser zijn vorderingsrecht niet tijdig uitoefent, d.w.z. nadat de in artikel 2276ter bepaalde termijnen verstreken zijn.

12. Veel deliquer is de vraag of de bestudeerde verjarings-termijnen onderworpen zijn aan het stelsel van de «*korte verjaringen*»? Vallen zij m.a.w. onder toepassing van de artikelen 2274 en 2275 van het B.W.?

«Korte verjaringen» berusten op een vermoeden van betaling. Het stelsel van de korte verjaringen is slechts toepasselijk op vorderingen die gewoonlijk onmiddellijk en contant vereffend worden, zodat de partijen doorgaans geen geschrift opmaken, noch van het ontstaan noch van het tenietgaan van de betreffende schuld (De Page, H., *Traité*, VII, nr. 1344; Van Oevelen, A., *l.c.*, 1822-1823). Het wettelijk vermoeden van betaling is een *weerlegbaar* vermoeden binnen de perken aangegeven in de artikelen 2274 en 2275 B.W. Enkel en alleen wanneer aan een der voorwaarden van een van die artikelen is voldaan, houdt de korte verjaring op te lopen en wordt zij vervangen door de gemeenrechtelijke dertigjarige (art. 2262 B.W.) c.q. vijfjarige (art. 2277 B.W.) verjaring (Van Oevelen, A., *l.c.*, 1823). Dit is aldus het geval

wanneer een afgesloten rekening – d.i. een door de schuldenaar voor akkoord erkende rekening waarbij hij schuld bekent (Van Oevelen, A., *l.c.*, 1823) – of een andere schuldbekentenis bestaat, ofwel een dagvaarding voor het gerecht waarop geen verval van instantie is gevolgd (art. 2274, tweede lid, B.W.). De schuldeiser mag ook aan de schuldenaar de eed opdragen omtrent de vraag of hij werkelijk betaald heeft (art. 2275 B.W.). Weigert hij de eed af te leggen, dan geeft hij impliciet toe niet betaald te hebben. De korte verjaring wordt als dusdanig buiten werking gesteld, omdat de grondslag ervan – het vermoeden van betaling – niet aan de werkelijkheid blijkt te beantwoorden. Elke (zelfs stilzwijgende) bekentenis van niet-betaling leidt om diezelfde reden tot dezelfde consequentie. Zo bv. het geval van de schuldenaar die zich eerst op de schuldvergelijking of een kwijtschelding beroepen heeft (De Page, H., *Traité*, VII, nr. 1354).

Het stelsel van de korte verjaringen is uiteraard evenmin toepasselijk wanneer de schuldvordering bij geschrift is vastgesteld. Het vermoeden van betaling heeft in dat geval geen bestaansreden meer (Van Oevelen, A., *l.c.*, 1823). De betaling moet dan normaliter uit een kwitantie blijken (De Page, H., *Traité*, VII, nrs. 1344, litt. E, en 1347).

13. Voormelde principes indachtig zijn wij de mening toegedaan dat de verjaringen van artikel 2276ter B.W. niet onderworpen zijn aan het stelsel van de zgn. korte verjaringen. De volgende argumenten ondersteunen deze stelling:

a) Het gebeurt zelden of nooit dat geen *geschrift* wordt opgemaakt van de aanstelling van een deskundige. In een gerechtelijke expertise blijkt de aanstelling uit het vonnis. In geval van een minnelijke expertise is het gebruikelijk de opdracht, zoniet ten minste de aanstelling, schriftelijk vast te leggen.

b) Artikel 2276ter is geplaatst *na* de artikelen 2274 en 2275 B.W. Dit is niet zonder belang. Laatstvermelde artikelen vermelden uitdrukkelijk dat hun toepassing beperkt is tot «de verjaring, in de voorgaande gevallen (artt. 2271-2273) bepaald». Nergens blijkt de bedoeling van de wetgever om hieraan te dezen te derogeren, noch in de memorie van toelichting, noch in de parlementaire voorbereiding.

c) De wetgever heeft duidelijk gesteld dat de verjaringen van artikel 2276ter B.W. ingevoerd werden naar het voorbeeld van de verjaringen die reeds bestonden voor diverse andere intellectuele en vrije beroepen (*supra*, nr. 2). De in dat opzicht bij wijze van voorbeeld door de wetgever aangehaalde beroepen zijn kennelijk niet onderworpen aan het stelsel van de korte verjaringen: architecten, burgerlijke ingenieurs, rechters, zaakvoerders, bestuurders, commissarissen en vereffenaars van vennootschappen.

Verder stelde de wetgever dat de verkorte verjaring van de vordering van deskundigen tot betaling van hun kosten en ereloon als compensatie werd ingevoerd voor de beperking in de tijd van hun aansprakelijkheid (*supra*, nr. 2). Gelet op die uitdrukkelijke bedoeling van de wetgever is het duidelijk dat de voorgeschreven verjaring intreedt na verloop van de bepaalde termijn, ongeacht of al dan niet een geschrift werd opgesteld. Welnu, in het stelsel van de korte verjaringen zou dit niet mogelijk zijn, aangezien het geschrift de korte verjaring buiten werking stelt (*supra*, nr. 12).

Aannemen dat de verjaringen van artikel 2276ter B.W. onder het stelsel van de korte verjaringen ressorteren, zou een ontkrachting van artikel 2276ter B.W. tot gevolg hebben. Im-

mers, de aanstelling en/of de opdracht van de deskundige is doorgaans in een geschrift neergelegd.

V. Aanvang en berekening van de duur van de verjaring

14. De verjaring begint te lopen vanaf de dag waarop het recht van de schuldeiser ontstaat om de rechtsvordering in te stellen (Van Oevelen, A., *l.c.*, 1781). Dit is te rekenen van de dag waarop de schuldvordering opeisbaar is (art. 2257 B.W.). Artikel 2276ter B.W. legt de aanvang van de verjaring uitdrukkelijk vast op de dag dat de deskundige zijn taak heeft beëindigd. Pas dan is men zeker dat alle elementen verenigd zijn voor de definitieve vaststelling van de in dat artikel bedoelde vorderingen. Daaruit volgt dat eventueel bedongen provisies ook niet eerder kunnen verjaren dan de eindfactuur (verslag Beckers, *l.c.*, 3).

15. Quid bij vroegtijdige beëindiging van de taak van de deskundige?

Het staat aan de rechter het begrip «beëindigen van de taak» in ieder afzonderlijk geval toe te passen en uit te leggen. Bij wijze van voorbeeld preciseert de memorie van toelichting dat het deskundigenonderzoek een einde neemt bij het overlijden van de deskundige, bij zijn vervanging, bij de onttrekking van het dossier door de cliënt, bij de terugzending van het dossier door de deskundige, bij het afzien van het deskundigenonderzoek door de cliënt, enz. (memorie van toelichting, *l.c.*, 4; zie ook de analogische toelichting bij de wetsvoorstellen die uitmondten in artikel 2276bis B.W., dat de verjaring regelt van vorderingen van en tegen advocaten (*Gedr. St., Kamer*, 1984-85, nr. 1186/1, 2, en Senaat, 1984-85, nr. 836/1, 3). In al die gevallen begint de verjaring dus te lopen vanaf de gebeurtenis die een (vroegtijdig) einde maakt aan de opdracht van de deskundige (cf. in dezelfde zin, Laurent, F., *Principes*, XXXII, nr. 489, met betrekking tot de toepassing van het vroegere artikel 2273 B.W. betreffende de avoués).

16. De verjaring wordt gerekend bij (volle) dagen en niet bij uren (art. 2260 B.W.). De dag waarop de verjaring begint te lopen (*dies a quo*) telt derhalve niet mee (Van Oevelen, A., *l.c.*, 1786). Een verdere gevolgtrekking is dat de verjaring verkregen is zodra de laatste dag (*dies ad quem*) van de vereiste tijd verlopen is (art. 2261 B.W.), ook wanneer dit een zaterdag, zondag of wettelijke feestdag is (*ibid.*, 1786-1787).

VI. Stuiting en schorsing van de verjaring

17. Artikel 2276ter B.W. bevat geen afwijkende bepaling inzake stuiting en schorsing van de verjaring. Bijgevolg geldt de gemeenrechtelijke regeling (memorie van toelichting, *l.c.*, 4).

Luidens artikel 2244 B.W. wordt de verjaring gestuit door een dagvaarding, een bevel tot betaling of een beslag betekend aan hem die men wil beletten de verjaring te verkrijgen. Alle beslagvormen komen hiervoor in aanmerking: zowel uitvoerend en bewarend beslag als beslag onder derden.

Als stuitingsgrond gelden zeker niet wegens het ontbreken van een uitvoerbaar karakter: de ingebrekestelling van de schuldenaar bij gewone of aangetekende brief evenmin als bij deurwaardersexploot (over de diverse stuitingsgronden, raadplege men Van Oevelen, A., *l.c.*, 1807 e.v.).

Krachtens artikel 2248 B.W. wordt de verjaring tevens gestuit door de erkenning door de schuldenaar van het recht van de schuldeiser.

18. Het beginsel dat de verjaring niet loopt tegen minderjarigen en onbekwaamverklaarden (art. 2252 B.W.) is, overeenkomstig artikel 2278 B.W., niet toepasselijk op de verjaringen vermeld in de artikelen 2271 tot 2277 B.W. Het nieuwe artikel 2276ter is daaronder begrepen. De minderjarigheid of onbekwaamverklaring van de deskundige of de cliënt hebben dus geen schorsend effect op de verjaringstermijnen vermeld in artikel 2276ter B.W. De schorsing van de verjaring tussen echtgenoten (art. 2253 B.W.) en tegen de erfgenaam onder voorrecht van boedelbeschrijving ten aanzien van zijn schuldvorderingen ten laste van de nalatenschap (art. 2258 B.W.) is daarentegen wel toepasselijk.

Het Hof van Cassatie besliste dat de verjaring over het algemeen tevens geschorst wordt ten gunste van personen die in de onmogelijkheid verkeren te handelen tengevolge van een uit de wet voortvloeiend beletsel (Cass., 2 jan. 1969, *A.C.*, 1969, 409, en *Pas.*, 1969, I, 386, concl. adv.-gen. Colard; Cass., 16 juni 1972, *A.C.*, 1972, 969). Het betreft een gecontroleerde materie, daar artikel 2251 B.W. in ondubbelzinnige termen voorschrijft dat de verjaring niet geschorst kan worden buiten de gevallen uitdrukkelijk door de wet bepaald (over die controverse, zie De Page, H., *Traité*, VII, nrs. 1237-1240, en de hierboven vermelde conclusie van de adv.-gen. Colard bij het cassatiearrest van 9 januari 1969).

VII. Inwerkingtreding van artikel 2276ter B.W. en van de nieuwe verjaringstermijnen

19. Artikel 2 van de wet van 19 februari 1990 bepaalt dat de nieuwe verjaringstermijnen van artikel 2276ter B.W. eerst ingaan vanaf de inwerkingtreding van de wet.

Aangezien die wet geen bepaling bevat die van de algemene regel afwijkt, treedt de wet in werking de tiende dag na de bekendmaking in het Belgisch Staatsblad. De wet is verschenen in het Staatsblad van 30 mei 1990 en is bijgevolg in werking getreden op 9 juni 1990. De nieuwe verjaringstermijnen zijn dan ook vanaf die dag toepasselijk. Gelet op het ingrijpend karakter van de wetswijziging, heeft de wetgever de terugwerkende kracht van de nieuwe termijnen willen voorkomen (verslag Beckers, *l.c.*, 2).

Concrete voorbeelden zullen de zaak verduidelijken.

Ter herinnering: vóór 9 juni 1990 geldt de dertigjarige verjaring; te rekenen vanaf 9 juni 1990 zijn de verkorte termijnen van vijf of tien jaar toepasselijk.

We nemen aan dat de hierna vermelde voorbeelden in de nieuwe wet beheerst worden door de verjaring van vijf jaar. Wanneer een deskundige zijn taak beëindigde op 10 mei 1960, is de verjaring ingetreden op 10 mei 1990. Indien hij zijn taak beëindigde op 25 september 1970 of op 25 oktober 1989, verjaren de vorderingen op 9 juni 1995. Zo hij zijn taak voltooide op 29 augustus 1990, treedt de verjaring in op 29 augustus 1995.

Philippe COLLE
docent V.U.B. en U.I.A.

RECHTSPRAAK

HOF VAN CASSATIE

VERENIGDE KAMERS – 27 MAART 1990

Voorzitter: de h. Stranard

Rapporteur: de h. Holsters

Openbaar ministerie: de h. Declercq

Strafvordering – Onderzoeksgerechten – Regeling van de procedure – Adiëren van de onderzoeksrechter – Andere feiten reeds bij het vonnisgerecht aangebracht

Wanneer bepaalde aan een beklaagde ten laste gelegde feiten (te dezen feiten van valsheid in geschrifte) reeds bij het vonnisgerecht zijn aangebracht, is de beslissing van het onderzoeksgerecht waarbij de burgerlijke-partijstelling voor de onderzoeksrechter niet ontvankelijk wordt verklaard op grond dat het de taak van het vonnisgerecht is om aan de ten laste gelegde feiten de juiste omschrijving te geven, niet naar recht verantwoord als uit de beslissing van het onderzoeksgerecht blijkt dat het gaat om andere feiten. Het heeft in dat opzicht geen belang dat de kwalificatie, in haar wettelijke bestanddelen, dezelfde is en dat de materiële feiten van valsheid in dezelfde akten gepleegd zijn.

V. t/ V.

Conclusie van de advocaat-generaal R. Declercq

Eiser heeft zich in cassatie voorzien tegen een arrest van 12 januari 1989 van de kamer van inbeschuldigingstelling te Gent, waardoor zijn burgerlijke-partijstelling als niet-ontvankelijk werd afgewezen.

In een eerste fase van deze rechtspleging waren zowel de eiser als de verweerder, door beschikking van de raadkamer van 24 september 1985, als daders of mededaders naar de correctionele rechtbank verwezen, onder meer wegens een aantal feiten van valsheid in geschrifte en gebruik van valse stukken.

Op 15 oktober 1986 stelde eiser zich burgerlijke partij bij de onderzoeksrechter tegen zijn vader, de verweerder, onder meer wegens valsheid in geschrifte.

Op 6 februari 1987 verklaarde de raadkamer deze burgerlijke-partijstelling niet-ontvankelijk omdat zij van oordeel was dat het dezelfde feiten betrof als die waarvoor verweerder reeds op 24 september 1985 naar de correctionele rechtbank was verwezen.

Die beschikking werd bevestigd door het arrest van 8 mei 1987 van de kamer van inbeschuldigingstelling.

Dat arrest werd echter door U vernietigd op 9 februari 1988 (A.C., 1987-88, nr. 349) omdat uit de vaststellingen van het bestreden arrest moest worden afgeleid dat de door de burgerlijke partij ingestelde strafvordering betrekking had op andere feiten dan die welke het voorwerp uitmaakten van de vroegere verwijzing.

Als verwijzingsrechter velde dezelfde kamer van inbeschuldigingstelling, anders samengesteld, op 12 januari 1989 een arrest, waarin ze uw beslissing naast zich neerlegde en

de stelling van haar arrest van 8 mei 1987 eenvoudig bekrachtigde.

De stelling van het bestreden arrest, de niet-ontvankelijkheid van de bij de onderzoeksrechter door de burgerlijke partij aangebrachte strafvordering, zou juist zijn indien het over dezelfde feiten ging als die waarvoor de verdachte reeds eerder door het onderzoeksgerecht naar het vonnisgerecht was verwezen; dat dezelfde feiten onder een verschillende kwalificatie zouden worden voorgesteld, ware daarbij zonder belang¹.

De vraag nu of het dezelfde feiten of verschillende feiten betreft, wordt in de regel door de feitenrechter op onaantastbare wijze opgelost². Maar een dergelijke beslissing is maar onaantastbaar in zoverre de rechter geen juridische begrippen miskent, in zoverre uit de door hem vastgestelde feitelijke gegevens de getroffen beslissing in rechte kan worden afgeleid³. De rechter mag zich niet tegenspreken. Vaststellingen en besluit moeten verzoenbaar zijn.

Die controlebevoegdheid werd door U uitgeoefend in uw vorig arrest van 9 februari 1988, waarin U vaststelde dat uit de toen bestreden beslissing van 8 mei 1987 bleek dat het over andere handtekeningen ging dan bij de reeds bevolen verwijzing, zodat de kamer van inbeschuldigingstelling illegaal tot identiteit van feiten besloten had.

Eens te meer moet nu worden onderzocht of de feitelijke gegevens, waarop de oplossing moet stoelen, door het Hof in acht kunnen worden genomen zonder dat het zichzelf moet begeven op de weg van het onderzoeken en beoordelen van de feiten zelf.

Nu blijkt weerom uit de processtukken waarop het Hof vermag acht te slaan dat het over verschillende feiten gaat.

De beschikking van verwijzing van 24 september 1985 beperkt zich niet tot de abstracte beschrijving van het misdrijf valsheid in geschrifte maar verduidelijkt waarin de vervalsing bestaat. Volgens de bewoordingen zelf van de beschikking bestaan de valsheden hierin dat de verdachten, als dader of mededader, op een aantal kwitanties de handtekening hebben nagebootst van de «titularis» of van de «volmacht-houder».

Ook in het bestreden arrest wordt bepaald waarin de valsheid in werkelijkheid bestaat.

De geschreven vordering van de procureur-generaal, welke deel uitmaakt van het bestreden arrest, identificeert de 45 kwitanties en/of stortingsbewijzen waarover het gaat, en preciseert dat de valsheid hierin bestaat dat op die stukken de handtekening werd nagebootst van Alfons V.

¹ Zie Cass., 12 maart en 8 april 1974, *Pas.*, 1974, I, 722 en 821; Cass., 13 aug. 1980, *A.C.*, 1979-80, 1392; Cass., 16 maart 1982, *A.C.*, 1981-82, 882; Cass., 4 juli 1986, *A.C.*, 1985-86, nr. 683.

² Cass., 9 en 16 nov. 1976, *Pas.*, 1977, I, 281 en 300; Cass., 9 sept. 1981, *Pas.*, 1982, I, 32; Cass., 11 april 1984, *A.C.*, 1983-84, nr. 464.

³ Cass., 5 okt. 1982, *A.C.*, 1982-83, nr. 85 en de voetnoot R.D. Vgl. nochtans Cass., 20 dec. 1976, *A.C.*, 1977, 445, waar in uw arrest zelf over de identiteit van feiten beslist wordt. In dezelfde zin Cass., 4 mei 1982, AR 6723, inzake Grijp, niet gepubliceerd.

Uit de bewoordingen zelf van de beschikking van 24 september 1985 en van het arrest van 12 januari 1989 blijkt duidelijk dat het over heel verschillende feitelijke gedragingen gaat, over verschillende materiële feiten, al werden die wellicht gepleegd in dezelfde stukken.

Dat verschil, dat aldus reeds uit de akten van de rechtspleging blijkt en overigens door niemand wordt betwist, wordt zonneklaar als men een blik werpt op de bedoelde kwitanties. Daar is een plaats voorbehouden voor de handtekening van de «titularis» of zijn volmachthouder. Een andere plaats dient voor de handtekening van «de agent» die volgens een voorafgedrukte tekst tekent «voor echtverklaring van de nevenstaande handtekeningen».

In het eerste vak vindt men de zogenaamde handtekeningen van de personen vermeld in de beschikking van 24 september 1985, de cliënten. In het tweede vak vindt men de handtekening van de «agent», de handtekening «V.» waarover het nu gaat. Verwarring tussen de twee soorten handtekening is uitgesloten. De materialiteit van de feiten is gans verschillend.

Niettemin heeft de kamer van inbeschuldigingstelling gemeend haar stelling te moeten handhaven dat het over dezelfde feiten ging.

Om tot die conclusie te komen gaat de kamer van inbeschuldigingstelling uit van premissen die onaanvaardbaar zijn.

Als vertrekpunt stelt het arrest dat de kwalificatie enkel de wettelijke bestanddelen van het misdrijf moet bevatten en dat bijkomende vermeldingen, zoals de aanwijzing van de benadeelde persoon of van de persoon wiens handtekening vervalst werd, geen noodzakelijk deel uitmaken van de kwalificatie.

Dit vertrekpunt is onverdedigbaar. Om tot onontvankelijkheid van een tweede vordering te besluiten is de vraag niet of de wettelijke misdrijfsomschrijving identiek is maar of het vervolgd feit hetzelfde is. Elke rechter die in het strafproces optreedt moet zich om te beginnen dezelfde vraag stellen: over welk feit gaat het?

De rol van het onderzoeksgerecht, bij het regelen van de rechtspleging begint niet met het plakken van een etiket dat een abstract misdrijf voorstelt. Het begint met het bepalen van de materiële gedraging, die het voorwerp is van de vervolging. Pas als men de feiten heeft bepaald, zoekt men naar het verband dat kan worden gelegd tussen die feiten en een of andere strafwet. De bepaling van de feitelijke gedraging maakt de begrenzing uit van het voorwerp van het geding. De kwalificatie, integendeel, van het misdrijf kan wisselen en wordt door elke rechter, die verder in de zaak optreedt, vrij bepaald in het stadium van de procedure waarin hij zich bevindt.

Nu is het wel zo dat in vele gevallen het materieel voorwerp van de strafvordering, het feit waarvoor vervolgd wordt, enkel en alleen wordt aangewezen door de abstracte bewoordingen van de strafwet, met daarbij de klassieke precisering van tijd en plaats. In andere gevallen voegt men er traditioneel enkele andere vermeldingen aan toe: bepaling van de ontvreemde zaken in geval van diefstal, aanwijzing van het slachtoffer bij slagen of verwondingen, omschrijving van het vervalsingsprocédé bij valsheid in geschrifte.

Volgens het bestreden arrest heeft dit allemaal geen belang, omdat het zich aan de abstracte kwalificatie houdt en

de hoofdzaak vergeet, namelijk de bepaling van de materiële gedragingen waarvoor vervolgd wordt.

In eenvoudige gevallen waarin het gepleegde feit dadelijk vermoed wordt in de bewoordingen van de strafwet, rijst er meestal geen probleem van identificatie van het strafbaar feit. Eventueel moet de telastlegging geïnterpreteerd worden aan de hand van de processtukken die gediend hebben om de telastlegging op te stellen.

Maar waar de telastlegging het, door bijkomende vermeldingen, mogelijk maakt de concrete gedraging te herkennen doorheen de geijkte bewoordingen van de kwalificatie, kan de rechter hier niet omheen. Het materiële feit begrenst zijn optreden, terwijl hij over de kwalificatie, als wettelijke omschrijving van het strafbare feit, vrijelijk kan beslissen.

De kwalificatieverplichting is overigens heel verschillend voor de vonnisgerechten en voor de onderzoeksgerechten.

Voor de vonnisgerechten behoort de kwalificatieverplichting tot de motiveringsverplichting. Een veroordeling is immers niet naar recht met redenen omkleed als de rechter niet het strafbaar feit omschrijft en beschrijft met uitdrukkelijke vermelding van alle in de wet bepaalde bestanddelen⁴.

In het onderzoeksgerecht integendeel is de beschrijvende kwalificatie, hoewel algemeen gebruikelijk en hoogst aanbevelenswaardig, toch geen essentieel vereiste. Hoofdzaak is dat het onderzoeksgerecht, vooral om te weten of de strafvordering niet verjaard is en om te weten welke richting aan de zaak gegeven moet worden, het verband legt tussen het materieel gepleegde feit en een bepaalde strafwettekst. Kwalificeren is voor het onderzoeksgerecht een secundaire bezigheid. Primair staat het bepalen van het feit zoals het zich concreet voordeed.

Dit werd in het bestreden arrest over het hoofd gezien. Volgens dit arrest immers is kwalificeren niet alleen hoofdzaak; er is niets anders.

Bij dit verkeerde vertrekpunt sluit een tweede vergissing aan.

In het bestreden arrest kan men lezen dat, als een zaak naar het vonnisgerecht verwezen is en het feit gekwalificeerd is «als valsheid in geschrifte door de omschrijving van de wettelijke bestanddelen van dit misdrijf», het vonnisgerecht deze kwalificatie mag aanvullen door vermelding van een of meer vroeger niet aangeduide benadeelden of door vermelding van de naam van een andere persoon dan degene die in de verwijzingsakte aangeduid was als die waarvan de handtekening nagebootst zou zijn.

Die uitdrukkingen zijn dubbelzinnig en gevaarlijk.

Dat de strafrechter de juiste kwalificatie aan het strafbaar feit mag en moet geven, is onbetwistbaar. Hij moet de vermeldingen van de telastlegging eventueel aanpassen, verbeteren of vervangen.

Maar hij moet bij het gepleegde feit blijven, zoals het bepaald of bedoeld is in de akte die de zaak bij hem aanhangig maakt⁵. Niet alles is hem toegelaten.

⁴ Bv. Cass., 23 april 1985, A.C., 1984-85, nr. 504; Cass., 6 mei 1986, A.C., 1985-86, nr. 540; Cass., 21 okt. 1986, A.C., 1986-87, nr. 109; Cass., 17 maart 1987, A.C., 1986-87, nr. 425, en de noot R.D.; Cass., 27 okt. 1987, A.C., 1987-88, nr. 117.

⁵ Cass., 4 sept. en 3 dec. 1985 en 5 maart 1986, A.C., 1983-86, nrs. 3, 225 en 431.

Mag de rechter de identiteit wijzigen van de door het misdrijf benadeelde persoon? Ongetwijfeld, als men aanvaankelijk dacht dat het misdrijf tegenover een bepaalde persoon gepleegd werd en men achteraf verneemt dat het feit zelf, dat niet gewijzigd wordt, in werkelijkheid ten nadele van een ander werd gepleegd.

Maar als een beklaagde bij vergissing vervolgd wordt voor een bepaalde diefstal ten nadele van A gepleegd, kan men hem niet veroordelen voor een ten nadele van B gepleegd, totaal verschillend feit, ook al zijn de twee diefstallen in dezelfde wettelijke bewoordingen gekwalificeerd.

Mag men, bij wijze van rekwilificatie, de identiteit vervangen van de persoon wiens handtekening door de vervalser nagebootst zou zijn? Zonder twijfel, als de materiële gedraging geen substitutie ondergaat, dus als de in de inleidende akte bedoelde vervalsing betrekking heeft op dezelfde concrete daad.

In de bestreden beslissing gaat het niet om een beter en juist beschrijven van een zelfde daad; het gaat om een heel verschillende gedraging waarvan bij de vroegere verwijzingsbeslissing geen sprake was.

Dat twee duidelijk onderscheiden vervalsingen in een en hetzelfde stuk werden gepleegd, verhindert niet dat de strafbare feiten verschillend zijn. Zo kan het zijn dat, bij veronderstelling, in een zelfde gemeente en op een zelfde dag iemand het slachtoffer wordt van twee identieke misdrijven door een enkele persoon gepleegd. In een dergelijk geval zouden de kwalificaties, zowel wat de wettelijke bestanddelen als wat de gebruikelijke bijvoeglijke vermeldingen betreft, volkomen eensluidend zijn. Toch zijn het verschillende feiten⁶, vatbaar eventueel voor afzonderlijke vervolging maar niet voor verwisseling onder het mom van rekwilificatie.

De kamer van inbeschuldigingstelling heeft, zowel nu als in haar vorig arrest van 8 mei 1987, de basisbeginselen inzake ontvankelijkheid van de strafvordering, taak van de onderzoeksgerechten en kwalificatiemogelijkheden van de vonnisgerechten over het hoofd gezien.

Besluit: cassatie.

Arrest

Gelet op het bestreden arrest, op 12 januari 1989 gewezen door het Hof van Beroep te Gent, kamer van inbeschuldigingstelling, waarnaar, in andere samenstelling, de zaak werd verwezen;

Gezien het arrest van het Hof van 9 februari 1988;

Over het middel: schending van de artikelen 7, tweede lid, 97 van de Grondwet, 1 van de wet van 17 april 1878 houdende de voorafgaande titel van het Wetboek van Strafvordering, 130, 182 en 231 van het Wetboek van Strafvordering;

doordat het arrest de door eiser ten laste van verweerder ingediende klacht met stelling als burgerlijke partij wegens valsheid in geschrifte (telastlegging A) afwijst als onontvankelijk, op grond: «dat naar de wet een feit zich leent tot de kwalificatie van valsheid in geschrifte wanneer iemand, in een door de wet beschermd geschrift, de waarheid vermomt op een door de wet omschreven wijze, met bedrieglijk opzet

of met het oogmerk om te schaden waaruit een mogelijk nadeel kan ontstaan; dat, hoewel de kwalificatie van dit feit in de regel met het oog op duidelijkheid en volledigheid aangevuld wordt door vermelding van de naam van de benadeelde of benadeelden, alsmede, zoals in het onderhavige geval, door de naam van de persoon of de personen waarvan de handtekening nagebootst werd, tot meerdere omschrijving van de vermomming van de waarheid «op een door de wet omschreven wijze», maken deze bijkomende vermeldingen evenwel geen noodzakelijk deel uit van de kwalificatie, die enkel de wettelijke bestanddelen van het misdrijf hoeft te behelzen; dat zulks meebrengt dat het vonnisgerecht, waarnaar een feit, gekwalificeerd als valsheid in geschrifte door de omschrijving van de wettelijke bestanddelen van dit misdrijf verwezen wordt, aan de hand van zijn onderzoek van het dossier en het behandelen van de zaak ter terechtzitting deze kwalificatie mag aanvullen door vermelding van een of meer benadeelden die in de beschikking tot verwijzing niet aangeduid staan en/of door de naam van een andere persoon dan degene die daarin aangeduid staat als die waarvan in werkelijkheid de van valsheid aangetijgde handtekening de nabootsing van handtekening zou uitmaken, zonder dat er sprake kan zijn van onderzoek van een ander feit dan datgene wat voor hem aanhangig gemaakt is; dat daarvan uitgaande, het hof, met de eerste rechter en de procureur-generaal aanneemt (zie meer bepaald diens vordering, blz. 5, zesde alinea) dat de feiten, gekwalificeerd onder telastlegging A, dezelfde feiten betreft als die waarvoor (verweerder) en (eiser) reeds bij de beschikking van de raadkamer van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Dendermonde van 24 september 1985 naar de correctionele rechtbank aldaar verwezen werden wegens inbreuken op artikelen 66, 194 en 196 van het Strafwetboek en 197, 213 en 214 van het Strafwetboek (valsheid in geschrifte en gebruik van de vervalste stukken); dat meteen het hof de stelling van het openbaar ministerie onderschrijft met betrekking tot het onafscheidelijk met elkaar verbonden zijn van de beide rechtsplegingen op het stuk van de stuiting en de schorsing van de verjaring; dat, wat betreft de verjaring van de strafvordering zelf, het hof de vordering van het openbaar ministerie overneemt; dat het hof evenwel niet instemmen kan met het beschikkende gedeelte van de vordering van de procureur-generaal waar dit, in strijd met de motivering in verband met de vereenzelviging van de feiten van telastlegging A en die waarvoor (verweerder) en (eiser) reeds op 24 september 1985 naar de Correctionele Rechtbank te Dendermonde verwezen werden, de verwijzing — in feite een overdoen van de verwijzing van (verweerder) naar die rechtbank nastreeft onder aanneming van verzachtende omstandigheden; (dat het enig besluit), dat bij de door het hof bijgevalen motivering in verband met deze vereenzelviging aansluit en eruit volgt, is dat de bestreden beschikking terecht de burgerlijke-partijstelling van (eiser) niet-ontvankelijk heeft verklaard»,

terwijl, eerste onderdeel, het arrest, nu het op impliciete maar zekere wijze aanneemt dat de beschikking van de raadkamer waarbij eiser en verweerder werden verwezen naar de correctionele rechtbank, niet vermeldt dat de valsheid er ook in zou bestaan dat ook de handtekening van eiser werd vervalst, wat trouwens ook het geval is, niet wettig kan beslissen dat het de rechter van de grond zal vrijstaan de omschrijving aan te vullen zo daartoe grond bestaat (schending van de artikelen 7, tweede lid, van de Grondwet, 1 van de

⁶ Vgl. inzake opzettelijke slagen of verwondingen, Cass., 29 sept. 1975, *Pas.*, 1976, I, 124.

wet van 17 april 1878, 130, 182 en 231 van het Wetboek van Strafvordering);

tweede onderdeel, het arrest met tegenstrijdigheid in de motieven is behept nu het enerzijds op impliciete maar zekere wijze aanneemt dat de beschikking van de raadkamer waarbij eiser en verweerder werden verwezen naar de correctionele rechtbank, niet vermeldt dat de valsheid er ook in zou bestaan dat ook de handtekening van eiser werd vervalst, wat trouwens ook het geval is, en anderzijds te kennen geeft dat de feiten reeds bij de rechter van de grond zijn aangebracht (schending van artikel 97 van de Grondwet);

derde onderdeel, het arrest, waar het overweegt dat, «hoewel de kwalificatie van dit feit in de regel met het oog op duidelijkheid en volledigheid aangevuld wordt door vermelding van de naam van de benadeelde of benadeelden, alsmede, zoals in het onderhavige geval, door de naam van de persoon of de personen waarvan de handtekening nagebootst werd, tot meerdere omschrijving van de vermomming van de waarheid 'op een door de wet omschreven wijze', deze bijkomende vermeldingen evenwel geen noodzakelijk deel uitmaken van de kwalificatie, die enkel de wettelijke bestanddelen van het misdrijf hoeft te behelzen», het feit zelf waarvoor een verdachte naar het vonnisgerecht wordt verwezen, verwacht met de kwalificatie van dit feit, nu de vermelding van de persoon wiens handtekening werd nagebootst precies de beschrijving is van het feit en niet van de kwalificatie (schending van de artikelen 7, tweede lid, van de Grondwet, 1 van de wet van 17 april 1878, 130, 182 en 231 van het Wetboek van Strafvordering);

vierde onderdeel, het arrest, uit de overweging dat «het vonnisgerecht (...) aan de hand van zijn onderzoek van het dossier en het behandelen van de zaak ter terechtzitting deze kwalificatie mag aanvullen door vermelding van één of meer benadeelden die in de beschikking tot verwijzing niet aangeduid staan en/of door de naam van een andere persoon dan degene die daarin aangeduid staat als die waarvan in werkelijkheid de van valsheid aangetijgde handtekening de nabootsing van handtekening zou uitmaken», niet wettig kan concluderen dat «daarvan uitgaande, het hof, met de eerste rechter en de procureur-generaal aanneemt (zie meer bepaald diens vordering, blz. 5, zesde alinea) dat de feiten, gekwalificeerd onder telastlegging A, dezelfde feiten betreft als die waarvoor (verweerder) en (eiser) reeds bij de beschikking van de raadkamer van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Dendermonde van 24 september 1985 naar de correctionele rechtbank aldaar verwezen werden wegens inbreuken op artikelen 66, 194 en 196 van het Strafwetboek en 197, 213 en 214 van het Strafwetboek», nu het te dezen niet gaat om «aanvulling door vermelding van één of meer benadeelden die in de beschikking tot verwijzing niet aangeduid staan en/of door de naam van een andere persoon dan degene die daarin aangeduid staat als die waarvan in werkelijkheid de van valsheid aangetijgde handtekening de nabootsing van handtekening zou uitmaken», maar wel om het feit dat, benevens de handtekeningen van de personen met name genoemd in de verwijzingsbeschikking van de raadkamer en de inleidende dagvaarding ten gronde, ook de handtekening van eiser werd nagebootst (schending van artikel 97 van de Grondwet);

vijfde onderdeel, het arrest, waar het het feit zelf waarvoor een verdachte naar het vonnisgerecht wordt verwezen, verwacht met de kwalificatie van dat feit (zie het derde onder-

deel), niet wettig kan beslissen dat de feiten, gekwalificeerd onder telastlegging A, dezelfde feiten betreffen als die waarvoor verweerder en eiser reeds naar de correctionele rechtbank verwezen werden (schending van de artikelen 7, tweede lid, van de Grondwet, 1 van de wet van 17 april 1878, 130, 182 en 231 van het Wetboek van Strafvordering);

zesde onderdeel, het arrest, nu het niet wettig beslist dat de feiten, gekwalificeerd onder telastlegging A, dezelfde feiten betreffen als die waarvoor verweerder en eiser reeds naar de Correctionele Rechtbank te Dendermonde werden verwezen, niet wettig verantwoordt waarom het «de stelling van het openbaar ministerie onderschrijft met betrekking tot een onafscheidelijk met elkaar verbonden zijn van de beide rechtsplegingen op het stuk van de stuiting en de schorsing van de verjaring» (schending van artikel 97 van de Grondwet);

Overwegende dat de beslissing waartegen het middel gericht is niet te verenigen is met het verwijzingsarrest van 9 februari 1988;

Dat het middel dezelfde strekking heeft als het bij dat arrest aangenomen middel;

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

Overwegende dat verweerder samen met eiser, door beschikking van de raadkamer van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Dendermonde van 24 september 1985, naar de correctionele rechtbank verwezen werd onder meer wegens feiten van valsheid in geschrifte, ter zake dat hij, als dader of mededader, op een aantal kwijtschriften de handtekening van de «titularis» of van de volmachthouder heeft nageemaakt;

Overwegende dat eiser zich op 15 oktober 1986, bij de onderzoeksrechter te Dendermonde, burgerlijke partij stelde tegen verweerder, onder meer wegens valsheid in geschrifte door namaking van de handtekening van eiser;

Overwegende dat, door beschikking van de raadkamer van 6 februari 1987, de burgerlijke-partijstelling als niet-ontvankelijk werd afgewezen omdat het, naar het oordeel van de raadkamer, dezelfde feiten betrof als die waarvoor de verdachte door beschikking van 24 september 1985 naar de correctionele rechtbank werd verwezen en omdat aldus «de burgerlijke-partijstelling rechtstreeks verband (hield) met de feiten waarmee de rechter ten gronde werd gesaisisseerd»;

Dat de kamer van inbeschuldigingstelling, op het verzet van de burgerlijke partij en als verwijzingsrechter na cassatie, de beschikking van de raadkamer bevestigt op grond dat in de eerste en in de tweede rechtspleging de kwalificatie van de feiten dezelfde is en dat, na verwijzing wegens valsheid in geschrifte, het vonnisgerecht de kwalificatie mag aanvullen door vermelding van een of meer benadeelden en/of door de naam van een andere persoon dan degene die in de beschikking van verwijzing is aangeduid;

Overwegende dat die redenering steunt op een verwarring tussen het bepalen van de feiten die het voorwerp zijn van de vervolging en hun juridische kwalificatie;

Overwegende dat het onderzoeksgerecht alleen dan tot de niet-ontvankelijkheid kon besluiten wanneer het vaststelde dat de materiële gedragingen die aan de verdachte ten laste worden gelegd, dezelfde zijn als die waarvoor de raadkamer reeds een beschikking van verwijzing verleende, wel-

ke ook de juridische omschrijving zij die aan bedoelde feiten moet worden gegeven;

Overwegende dat, zoals blijkt uit de stukken van de rechtspleging, de feiten waarover de kamer van inbeschluidigingstelling zich moest uitspreken, hierin bestonden dat op kwitanties en/of stortingsbewijzen van de Anhyp-spaarders de handtekening van Alfons V. werd nagemaakt;

Dat hieruit volgt dat het andere feiten betreft dan die welke reeds het voorwerp uitmaakten van de beschikking van verwijzing van 24 september 1985, ook al was de kwalificatie van de feiten, in haar wettelijke bestanddelen, dezelfde en al hadden de materiële feiten van vervalsing betrekking op dezelfde akten;

Dat het arrest de beslissing niet naar recht verantwoordt;

...

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER — 28 MAART 1990

Voorzitter: de h. Stranard

Rapporteur: de h. Lahousse

Openbaar ministerie: de h. Janssens de Bisthoven

Advocaat: mr. Ibarrondo

Diplomatieke en consulaire ambten — Immunitet — Inwonend gezinslid

In art. 37, lid 1, van het Verdrag van Wenen van 18 april 1961 slaan de termen «inwonende gezinsleden» zowel op de echtgenote als op de overige gezinsleden van de diplomatieke ambtenaar.

De uitdrukking «inwonende gezinsleden» kan weliswaar als niet uitsluitend doelend op het «samenwonen» worden uitgelegd, maar impliceert toch het bestaan van een huiselijk samenleven van de betrokkenen.

De enkele mededeling aan het Ministerie van Buitenlandse Zaken bedoeld in art. 10, lid 1, b, van het verdrag, betreffende de aankomst en het definitieve vertrek van een persoon die tot het gezin van een lid van de zending behoort, kent geen voorrechten of immuniteten toe aan de persoon op wie de mededeling betrekking heeft.

B.

Gelet op het bestreden arrest, op 23 januari 1990 gewezen door het Hof van Beroep te Brussel, kamer van inbeschluidigingstelling;

Over het eerste en het tweede middel, (...):

het eerste: schending van artikel 97 van de Grondwet en van het enig artikel van de wet van 30 maart 1968 houdende goedkeuring van de volgende internationale akten: 1. Verdrag van Wenen inzake diplomatiek verkeer; 2. Facultatief Protocol betreffende de verplichte regeling van geschillen; 3. Facultatief Protocol betreffende de verkrijging van nationaliteit, opgemaakt op 18 april 1961 te Wenen, meer bepaald schending van de artikelen 53 en 37, lid 1, van het Verdrag van Wenen inzake diplomatiek verkeer en van het Facultatief Protocol betreffende de verplichte regeling van geschillen,

doordat het arrest beslist dat krachtens artikel 37, lid 1, van dat Verdrag enkel de inwonende gezinsleden van een diplomatieke ambtenaar immunitet genieten; daaronder moet worden verstaan: die met hem samenwonen,

terwijl artikel 53 van het Verdrag van Wenen inzake diplomatiek verkeer bepaalt dat «het origineel van dit Verdrag, waarvan de Engelse, Chinese, Franse, Russische en Spaanse tekst gelijkelijk authentiek zijn, wordt nedergelegd bij de Secretaris-Generaal van de Verenigde Naties (...); artikel 37, lid 1, van datzelfde verdrag bepaalt dat «de inwonende gezinsleden van een diplomatiek ambtenaar de in de artikelen 29 tot en met 36 omschreven voorrechten en immuniteten genieten»; het begrip samenwoning dus nergens wordt vermeld en het door België en Denemarken ondertekende Protocol betreffende de verplichte regeling van geschillen bepaalt dat geschillen die voortvloeien uit de uitlegging of toepassing van het verdrag binnen de verplichte rechtsmacht van het Internationale Gerechtshof vallen;

het tweede: schending van artikel 97 van de Grondwet, van het enig artikel van de wet van 30 maart 1968 houdende goedkeuring van het Verdrag van Wenen inzake diplomatiek verkeer, opgemaakt op 18 april 1961 te Wenen, meer bepaald van de artikelen 37, lid 1, 10, lid 1, b, van het verdrag en van de beginselen betreffende de uitlegging in rechte,

doordat het arrest het begrip «inwonende gezinsleden van een diplomatiek ambtenaar» als bedoeld in artikel 37, lid 1, van het Verdrag van Wenen uitlegt als «gezinsleden van de diplomatieke ambtenaar die met hem samenwonen»,

terwijl artikel 37, lid 1, van het Verdrag van Wenen bepaalt dat «de inwonende gezinsleden van een diplomatieke ambtenaar, de in de artikelen 29 tot en met 36 omschreven voorrechten en immuniteten genieten», artikel 10, lid 1, b, van dat verdrag bepaalt dat aan het Ministerie van Buitenlandse Zaken van de ontvangende staat mededeling wordt gedaan van de aankomst en het definitieve vertrek van een persoon die tot het gezin van een lid van de zending behoort en, in daarvoor in aanmerking komende gevallen, het feit dat een persoon gezinslid wordt van een lid van de zending of ophoudt gezinslid te zijn; wanneer zich een geschil voordoet over de overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst van een in het Staatsblad bekendgemaakte wet, dat geschil moet worden beslecht overeenkomstig de wil van de wetgever;

Overwegende dat de middelen, in zoverre zij een schending aanvoeren van artikel 97 van de Grondwet, dat niet van toepassing is op de beslissingen van de onderzoeksgerechten inzake voorlopige hechtenis, falen naar recht;

Overwegende dat het eerste middel, in zoverre het een schending van artikel 1 van het Protocol aanvoert, erop neerkomt de nationale rechter de bevoegdheid te betwisten om het Verdrag van Wenen van 18 april 1961 inzake diplomatiek verkeer uit te leggen en toe te passen; dat te dezen geen geschil tussen Staten over de uitlegging van het verdrag moet worden beslecht, maar dat uitspraak moet worden gedaan over een geschil betreffende de toepassing van een bepaling van dat verdrag;

Overwegende dat, wat het overige van de middelen betreft, artikel 37, lid 1, van het Verdrag van Wenen van 18 april 1961 inzake diplomatiek verkeer bepaalt dat «de inwonende gezinsleden van een diplomatieke ambtenaar, indien zij geen onderdaan zijn van de ontvangende staat, de in de

artikelen 29 tot 36 omschreven voorrechten en immuniteiten genieten»;

Overwegende dat de termen «inwonende gezinsleden» zowel slaan op de echtgenote als op de overige gezinsleden van de diplomatieke ambtenaar;

Overwegende dat de uitdrukking «inwonende gezinsleden» weliswaar niet uitsluitend als «samenwonen» kan worden uitgelegd; dat zij echter wel het bestaan van een huiselijk samenleven van de betrokkenen impliceert;

Overwegende dat het arrest vermeldt dat «verdachte blijkbaar noch ten tijde van de feiten noch op het ogenblik van de uitvaardiging van het bevel tot aanhouding noch heden ten dage een inwonend gezinslid van haar echtgenoot was door met hem samen te wonen; dat zij daarentegen al een jaar op een ander adres en op een ververwijderde plaats in concubinaat bleek te leven; dat zij trouwens haar verblijfplaats niet eens lijkt te kennen: dat bovendien een echtscheidingsprocedure blijkt te zijn ingesteld die bijna beëindigd is; dat uit die vaststellingen blijkt dat, ook al bestaan er tussen de verdachte en haar echtgenoot nog familiale en juridische banden, de contacten tussen hen blijkbaar niet bestaande zijn»;

Overwegende dat het arrest door die vaststellingen en beschouwingen de beslissing volgens welke eiseres geen inwonend gezinslid was van de diplomatieke ambtenaar in de zin van artikel 37.1 van het Verdrag van Wenen naar recht verantwoordt;

Overwegende dat de enkele mededeling als bedoeld in artikel 10.1.b van het Verdrag geen voorrechten of immuniteiten toekent aan de persoon op wie de mededeling betrekking heeft;

Dat de middelen in zoverre niet kunnen worden aangenomen;

...

NOOT – De conclusie van de advocaat-generaal B. Janssens de Bisthoven zal te zijner tijd in de *Pasicrisie* worden gepubliceerd.

HOF VAN BEROEP TE BRUSSEL

5e KAMER – 23 JUNI 1988

Voorzitter: de h. Wynant

Raadsheren: mevr. Lamberty-Schandevel en de h. Delvoie
Advocaten: mrs. Bosmans, Hubrechts en Siffert

Onrechtmatige daad – Aansprakelijkheid – Gebrekkige zaken – Draaimolen in speeltuin – Aanhechtingen doorgeroest – Bewaarder – Exploitant van speeltuin – Gebruikers – Nazien van eventuele gebreken

Een draaimolen in een speeltuin vertoont een gebrek in de zin van artikel 1384, eerste lid, B.W., wanneer de aanhechtingen op het wiel van sommige van de zeven cirkelvormige buizen niet aaneensluitend want doorgeroest zijn, zodat zij scherpe kanten vertonen.

De exploitant van de speeltuin is bewaarder van de toestellen die zich in de speeltuin bevinden, en niet de school of de leerkrachten onder wier toezicht leerlingen de speeltuin bezoeken.

De gebruikers van een speeltuin hebben niet de verplichting de toestellen in een speeltuin op eventuele gebreken na te zien, daar zij erop mogen vertrouwen dat de tuigen in een speeltuin die open is gesteld voor kinderen, voldoende veilig zijn.

V.Z.W. V. K. t/ R. en P., N.V. A. e.a.

Overwegende dat de oorspronkelijke vordering, ingeleid door de geïntimeerden sub 1 in persoonlijke naam en *qualitate qua* strekt tot vergoeding van de schade geleden ten gevolge van een ongeval dat plaats had op 17 juni 1982 ter gelegenheid van een «bosklas» georganiseerd door derde geïntimeerde, de V.Z.W. S., onder toezicht van twee van haar leerkrachten, vierde en vijfde geïntimeerde, M. en M. en twee begeleiders in een centrum met speeltuin geëxploiteerd door appellante;

Dat de verzekeraar van R., tweede geïntimeerde, de N.V. A., vrijwillig in het geding is tussengekomen teneinde de terugbetaling te vorderen van de door haar uitgekeerde vergoedingen;

Over de feiten

Overwegende dat uit de overgelegde stukken blijkt dat, terwijl de leerkrachten en begeleiders met een deel van de leerlingen een glasblazer bezochten en andere leerlingen zich klaarmaakten voor een gezelschapsavond, sommige kinderen, waaronder de zoon van de geïntimeerden sub 1, geboren op 17 juni 1972, dus net tien jaar, zich vermaakten in de speeltuin;

Dat de omstandigheden waarin een vinger van dit kind zwaar werd verminkt weliswaar niet worden toegelicht door de verklaringen van de leerkrachten en de begeleiders, daar dezen niet aanwezig waren op het ogenblik van het ongeval; dat er evenmin een strafvooronderzoek was;

Dat wel een aangifte in aanmerking kan worden genomen aan de N.V. A., tevens verzekeraar van de school die een onderzoek instelde en een verslag maakte;

Dat in dit verslag een verklaring is opgenomen van Nico R. die de feiten als volgt beschrijft: «Wij deden wat wij wilden. Wij sprongen op en af de molen, hingen eraan en duwden hem verder. Ik ben ook van de molen gesprongen, heb hem verder geduwd, en toen ik erop wou springen, ben ik uitgeschoven en gevallen. Ik moet dan ergens achter blijven hangen zijn»;

Dat appellante aan haar verzekeraar V. op 5 februari 1983 de volgende aangifte deed: «Het kind zat op een molen die men in gang duwt; op een bepaald moment heeft het kind met een stok het speeltuig willen blokkeren en is zo aan de kwetsuren geraakt; er is reeds toezicht van de school en het speeltuig was niet onveilig»;

Dat vaststaat dat een deel van het slachtoffer moest worden geamputeerd;

Dat deze molen, die bestaat uit acht holle aaneengesloten buizen, op een onderstel, door de gebruikers zelf op gang moet worden geduwd;

Dat uit de overgelegde foto's blijkt dat de aanhechtingen op het wiel van sommige van de zeven cirkelvormige buizen gebrekkig waren, namelijk niet aaneensluitend want doorgeroest, zodat zij scherpe kanten vertoonden;

Over de aansprakelijkheid

Overwegende dat de eerste rechter terecht heeft geoordeeld dat door deze laatste foto's, als dusdanig niet betwist door appellante, naar genoegen van recht het gebrek wordt

bewezen waarvan het causaal verband met de schade vaststaat, terwijl integendeel geen vreemde oorzaak, zoals een fout van het slachtoffer, wordt aangetoond;

Dat het hof dan ook verwijst naar de juiste redenen van het vonnis a quo, niet weerlegt door appellante;

Dat deze namelijk tevergeefs betoogt, allereerst dat geen vinger kon worden afgerukt door een zogenaamd doorge-roeste buis wanneer deze in dezelfde richting draait als de molen;

Dat dit feit immers zonder pertinentie is ingeval een kind tracht op de molen te springen maar er weer afvalt;

Overwegende vervolgens dat appellante evenmin voor het hof een fout van het slachtoffer of een vreemde oorzaak bewijst;

Overwegende verder dat appellante zelf aan haar verzekeraar verklaarde dat het ongeval op een draaimolen geschiedde, zodat zij thans niet ernstig kan beweren dat het werd veroorzaakt door andere gevaarlijke voorwerpen en evenmin dat het wellicht geschiedde op een andere draaimolen dan die afgebeeld op de foto's en die het aangeklaagde gebrek vertoont, nu zij zelf geen foto's voorlegt die de valsheid van de overgelegde foto's zouden aantonen;

Overwegende ten slotte dat zijzelf de toestellen in de speeltuin onder haar bewaking had, en niet de school of de leerkrachten; dat het gebrek weliswaar zichtbaar was maar dat de ontdekking ervan een naziën van elk tuig in de speeltuin zou veronderstellen door de gebruikers, een verplichting die dezen niet hebben daar zij er onder meer op mogen vertrouwen dat de tuigen in een speeltuin die open is gesteld voor kinderen, voldoende veilig zijn;

Overwegende, wat de andere rechtsgronden betreft, dat niet wordt aangetoond dat een fout zou zijn gepleegd door de S.-school of door haar aangestelden, of door de twee laatste geïntimeerden persoonlijk, zodat het hoger beroep, ingesteld door de oorspronkelijke eisers en de eisers op vrijwillige tussenkomst ongegrond is, voor zover het betrekking heeft op de aansprakelijkheid;

...

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

8e KAMER – 22 DECEMBER 1989

Voorzitter: de h. Vandeplas

Raadsheren: de hh. Luyckx (rapporteur) en Renaers

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

Advocaat: mr. Bastaens

Belediging en smaad – Aangifte van fictief ongeval – Opzet

De aangifte van een fictief ongeval of van een verdichte gebeurtenis aan de politie of de rijkswacht kan slechts worden beschouwd als smaad wanneer de aangever het oogmerk heeft de verbalisanten belachelijk te maken, hen te kwetsen of hen in hun eergevoel te krenken.

L.

Overwegende dat bij nieuw onderzoek voor het Hof de feiten omschreven sub A van de telastlegging als volgt kunnen worden samengevat:

1. dat blijkens een op 4 november 1986 opgesteld aanrijdingsformulier een ongeval plaats had te Aartselaar, Boomsesteenweg, waarbij beklagde en de verwezene Dirk B. betrokken waren;

dat beide partijen een eensluidende versie geven over het ongeval waarbij B. verklaart dat hij met zijn personenwagen Fiat Panda te vroeg en te kort insorteerde voor het voertuig Mercedes 300 SE bestuurd door L. en deze alzo de weg afsneed;

dat L. zijnerzijds verklaart dat hij ten gevolge van het manoeuvreren van B. diende af te remmen waardoor hij, mede door de gladheid van het wegdek, met de rechtervoorzijde van zijn voertuig tegen een boordsteen van een vluchtheuvel terecht kwam;

dat ondanks de beweerde ernstige beschadiging aan het voertuig van L. geen politie werd bijgeroepen;

Overwegende dat beklagde en B. in een relatie staan van werkgever en werknemer, hoewel zulks aanvankelijk en bij herhaling ontkend werd door L.;

Overwegende immers dat L. zaakvoerder is van I. en de gewezen politieagent B. vermeld stond als gelegenhedschauffeur, en dus in dienstverband, in de verzekeringspolis afgesloten door I. bij de N.V. B.;

dat B. trouwens zelf op 30 juni 1986 betrokken was in een verkeersongeval als bestuurder van een voertuig Mercedes 280 van I. waarbij hij de schade met eigen penningen betaalde;

dat de band tussen beide partijen inderdaad laat vermoeden dat B. vrijwillig zijn medewerking verleende aan het simuleren van een ongeval daar L. in augustus 1986 de schade gedragen had die B. veroorzaakte aan een voertuig Mercedes 280 eigendom van L. zodat hij zich verplicht achtte tot wederdienst aan zijn werkgever;

dat ook de toevallige getuige, Lothar G., korte tijd voor het beweerde ongeval in het gezelschap was van beklagde in de herberg B.;

dat de verklaringen van voornoemde getuige dan ook dienen te worden beoordeeld in het licht van zijn relatie tot beklagde;

2. Overwegende dat B. verklaarde dat door zijn onverwacht manoeuvreren de Mercedes van L. in aanrijding kwam met de vluchtheuvel;

dat beide partijen, wegens de plaatselijke vestiging van I., echter perfect op de hoogte waren van de plaatsstoestand zodat B. geen onvoorzien manoeuvreren diende uit te voeren;

Overwegende dat het door B. te volgen traject van de herberg B. naar zijn woonplaats geenszins overeenstemt met de beoogde richting op het tijdstip van het ongeval;

dat zijn versie over het ongeval dan ook ongeloofwaardig is;

3. Overwegende dat de door beklagde opgegeven schade ter hoogte van de motorkap van zijn voertuig geenszins overeenstemt met de versie zoals weergegeven op het aanrijdingsformulier;

dat immers de opgegeven beschadiging het mogelijk maakt te veronderstellen dat ook het verkeerslicht A 22 beschadigd zou zijn wat echter, blijkens inlichtingen ingewonnen bij de Regie der Wegen te Ruisbroek, niet het geval was;

dat B., geconfronteerd met de foto's van het beschadigde voertuig, verklaarde nooit het voertuig in een dergelijke toestand te hebben gezien (stuk 83 A);

dat ook de getuige Lothar G. geen melding maakt van enige schade en zelfs verklaarde gezien te hebben «dat er niets was gebeurd»;

Overwegende dat de betrokken personenwagen Mercedes 300 SE bestuurd door L., die een nieuwwaarde had van 1.199.000 fr. exclusief B.T.W., op 15 oktober 1986 door I. werd aangekocht voor 37.472,20 DM; omgerekend 770.000 fr.;

dat zulks betekent dat het voertuig op minder dan acht maanden tijd een minderwaarde had van 429.000 fr.;

dat blijkens inlichtingen verstrekt door de verkoper, de garage H. te Kevelaer, het voertuig een ongeval had op 26 augustus 1986 met een schade van 12.803,54 DM en onhersteld werd doorverkocht aan I.;

dat hieruit moet worden afgeleid dat het voertuig op het ogenblik van de aankoop zwaar beschadigd was;

Overwegende dat een vergelijking van de foto's genomen van het beschadigde voertuig bij de garage H. in Kevelaer op 29 augustus 1986 met die genomen bij de garage F. in België op 8 januari 1987, dus na het beweerde ongeval te Aartselaar, aantoonde dat de schade in grote mate identiek is;

4. dat ook de schaderaming in Duitsland (12.803,54 DM) om zo te zeggen overeenstemt met het bedrag van de herstelling in België die door de carrosserie F. gefactureerd werd op 297.264 fr.;

dat op de factuur nr. 145 van 4 februari 1987, uitgaande van de carrosserie F., de oorspronkelijke vermelding Mercedes 280 gewijzigd werd in Mercedes 300 SE zodat dit stuk klaarblijkelijk betrekking heeft op een ander voertuig;

dat ook de beschrijving van de schade zoals ze is weergegeven in de verslagen van de Duitse expert R. uit Mulheim, het verslag van het expertisebureau S. te Wilrijk en het bestek opgemaakt door garage F. op 2 december 1986 nagenoeg identiek is;

Overwegende dat de bewering van beklaagde als zou hij de personenwagen na enkele kleine herstellingen van Kevelaer naar Aartselaar hebben gereden, ongeloofwaardig is nu, zoals gebleken is, de in België uitgevoerde herstellingen geraamd werden op ongeveer 300.000 fr. en beklaagde geen bewijs kan bijbrengen van herstellingen uitgevoerd in Duitsland;

dat, gelet op het zeer omstandig bestek van de expert R., moet worden aangenomen dat het voertuig niet rijvaardig was;

5. Overwegende dat het opmerkelijk is dat, blijkens de bevindingen van de verbalisanten, het tweede en niet gedaateerde bestek, opgesteld door carrosserie F. betreffende een Mercedes 300 SE, bij deze garage werd aangetroffen geklasseerd tussen de bestekken opgemaakt tussen 6 en 21 oktober 1986;

dat dit tweede bestek vele punten van overeenkomst vertoont met het eerste bestek;

dat ook op de werkkaart van 23 december 1986 de oorspronkelijke vermelding Mercedes 280 overschreven werd en gewijzigd in 300 SE met toevoeging van het woord «blauw»;

dat al deze elementen erop wijzen dat een onderschuiving van voertuigen heeft plaatsgevonden;

Overwegende ten slotte dat de houding van beklaagde, na kennisneming van het opsporingsonderzoek, onlogisch voorkomt nu hij, als ernstig benadeelde en zonder de tussen-

komst van de verzekeringsmaatschappij van de tegenpartij af te wachten, op 13 november 1987 klachtafstand deed beweerende dat een onderlinge regeling werd getroffen;

dat al deze elementen in hun onderlinge samenhang en met name de relatie tussen partijen, de omstandigheden van het ongeval, de toegebrachte schade, de uitgevoerde herstelling en de bevindingen van de verbalisanten voldoende nauwkeurig en overeenstemmend zijn om het bewijs te leveren dat de beweerde aanrijding en de schadelijke eraan verbonden gevolgen, niet hebben plaatsgehad;

dat het aanrijdingsformulier van 4 november 1986 diens tengevolge niet overeenstemt met de werkelijkheid, de ware toedracht van de feiten bedrieglijk verbergt, en dus als vals moet worden bestempeld;

dat deze valsheid gepleegd werd met het bedrieglijk opzet of met het oogmerk om te schaden in casu om beklaagde in staat te stellen de herstellingskosten van een verongelukte personenwagen Mercedes 300 SE, gekocht in Duitsland, te verhalen op de verzekeringsmaatschappij N.V. B., verzekeraar van B.;

Overwegende dat een aangifte van een fictief ongeval of van een verdichte gebeurtenis aan de politie of rijkszwacht slechts dan kan worden beschouwd als smaad wanneer de aangever het oogmerk heeft de verbalisanten belachelijk te maken, hen te kwetsen of hen in hun eergevoel te krenken; dat deze beweegredenen bij de beklaagde blijkbaar niet aanwezig waren, zodat de feiten van smaad dan ook niet bewezen zijn;

Overwegende dat het verzekeringswezen een typisch product is van een geordende samenleving en dat een fraude in deze sector dan ook streng moet worden bestraft; dat bij toepassing van de strafmaat ook rekening moet gehouden worden met het feit dat beklaagde reeds vroeger een veroordeling opliep wegens valsheid in geschriften en oplichting;

...

Veroordeelt Louis L. uit hoofde van de feiten van de testlegging sub A tot een hoofdgevangenisstraf van zeven maanden en een geldboete van 1500 frank vermeerderd met 590 opdecimen en alzo gebracht op 90.000 frank, of een vervangende gevangenisstraf van drie maanden;

En aangezien beklaagde de wettelijke voorwaarden vervult om uitstel van uitvoering te genieten en dat in deze omstandigheden een gratiemaatregel van dien aard is dat hij de verbetering van beklaagde kan doen verhoppen, gelast dat de tenuitvoerlegging van de hoofdgevangenisstraf gedurende een termijn van vijf jaar te rekenen vanaf heden zal worden uitgesteld;

Beveelt de doorhaling van het vervalste stuk neergelegd ter griffie van de correctionele rechtbank te Antwerpen onder nr. 7521 van de overtuigingsstukken;

Verklaart Louis L. niet schuldig aan de feiten van de testlegging sub B; spreekt hem hiervan vrij en ontslaat hem van rechtsvervolgung uit hoofde van deze feiten;

...

NOOT –Aangifte van een fictief misdrijf en smaad

1. In het besproken arrest oordeelt het hof dat de aangifte van een fictieve gebeurtenis slechts als smaad kan worden beschouwd wanneer er bij de dader een oogmerk be-

staat om de agenten van het openbaar gezag belachelijk te maken, te kwetsen of hen in hun eergevoel te krenken.

«La gendarmerie est une institution qui s'impose à tout gouvernement régulier (...) parce que le maintien de l'ordre est une nécessité sociale. Il est donc indispensable de tenir la main à ce que personne ne s'écarte du respect qu'elle a coutume d'inspirer, et il importe que les tribunaux répriment sévèrement les délits d'outrages commis envers elle, qui leur sont déferés par le ministère public», schreef L.-C. B. in 1875 («Gendarmerie, outrage, déclaration d'un délit supposé, arrestation préventive», *Journal du Ministère Public*, 1875, 78).

De problematiek van de verhouding tussen de aangifte van imaginaire feiten en het misdrijf van smaad geeft reeds sinds lange tijd aanleiding tot discussies in rechtspraak en rechtsleer.

2. In tegenstelling tot bepaalde buitenlandse wetgevingen waar sommige inbreuken op de uitoefening van het openbaar gezag strafbaar gesteld zijn als misdrijven sui generis, bevat ons Strafwetboek geen afzonderlijke regels ter zake.

De bepalingen van de artikelen 445 en volgende Strafwetboek inzake de lasterlijke aangifte zijn in casu niet toepasbaar, daar het gaat om niet-bestaande misdadigers of feiten (cf. Schultz, H., «Falsche Anschuldigung und falsches Zeugnis», *Z.f.Schw.St.*, 1958, 228; Vitu, A., V°, «Outrages», in *Juris Classeur Pénal*, artt. 222-225, 12, nr. 53). Dientengevolge heeft men gepoogd het misdrijf van smaad terzake toe te passen.

3. Het besproken probleem is het eerst aan bod gekomen in Frankrijk. Er dient hierbij vooraf opgemerkt te worden dat de Franse wet van 13 augustus 1863, en latere wijzigingen, een andere tekst inzake smaad invoerden dan het Belgische Strafwetboek van 1867, dat de termen van de Code pénal van 1810 niet als dusdanig overnam. De nodige voorzichtigheid bij de interpretatie van de Franse rechtspraak en doctrine ten opzichte van de huidige Belgische tekst is dus vereist.

4. Blanche, A. (*Etudes pratiques sur le Code pénal*, IV, nr. 109) en Chauveau-Hélie (*Théorie du Code pénal*, 6e ed., 1887-1908, III, 146, nr. 978) zijn van oordeel dat de aangifte van een niet-bestaand misdrijf geen smaad kan uitmaken. Ook Garraud is dezelfde mening toegedaan en hij vraagt zich zelfs af hoe er sprake kan zijn van smaad indien de aangifte hoegenaamd niet in smadelijke termen is opgesteld of geformuleerd (Garraud, R., *Traité théorique et pratique de droit pénal français*, 3e ed., IV, 562, nr. 1644).

5. Ook de oudere Franse rechtspraak paste de strafbepalingen inzake smaad slechts op restrictieve wijze toe.

Zo oordeelde het Hof van Beroep te Colmar dat het aangeven van een fictieve diefstal waarvan men zogezegd het slachtoffer is geworden, geen smaad uitmaakt, en zeker niet als de aangifte op zich geen enkele beledigende bewoording inhoudt en bedoeld is om het medelijden van de schuldeisers op te wekken (Colmar, 31 maart 1857, *D.*, 1858, II, 67).

6. Het Hof te Douai hanteerde een ietwat extensievere interpretatie, waarbij de toepassing van het misdrijf smaad niet zo principieel werd afgewezen.

Het aanvaarde de smaad indien de dader van de aangifte, die onbetwistbaar handelde met een wraakbedoeling tegen een andere persoon, wist dat zijn handelwijze nutteloze en doelloze opsporingen vanwege de rijkswacht zou

meebrengen (Douai, 29 april 1874, *D.*, 1875, II, 3, noot, *Journal du Ministère Public*, 1875, 25, noot).

Het nutteloos laten verrichten van opsporingen, die tot gevolg hebben de rijkswacht belachelijk te maken of aan de openbare spot bloot te stellen en haar wettig gezag aan te tasten, dient beschouwd te worden als smaad, maar slechts als de dader de bedoeling had de openbare macht te smaden. In dit geval kan de verdachte trouwens moeilijk onwetend zijn betreffende het resultaat van zijn handelingen.

Algemeen kan men stellen dat het duidelijk vaststaan en bewezen zijn van de animus iniuriandi dus vereist was, wat zowel kon blijken uit de verklaringen van de beklaagde als uit de feiten zelf. Deze stelling werd door een groot deel van de Franse rechtspraak uiteindelijk aangenomen (cf. onder andere Poitiers, 1 juli 1883, *D.*, 1883, II, 177, noot; Limoges, 17 januari 1889, *Journ. Parquets*, 1889, 139; Corr. Marseille, 6 november 1875, *J.M.P.*, 1876, 139; Corr. Bressuire, 5 augustus 1878, *J.M.P.*, 1878, 210; Corr. Cholet, 3 maart 1887, *Journ. Parquets*, 1887, 48; cf. ook Denis, J.-B., *La distinction du droit pénal général et du droit pénal spécial*, Parijs, 1977, 189).

De bedoeling een derde schade te berokkenen is hierbij irrelevant voor de beoordeling of er al dan niet sprake is van smaad (cf. bijvoorbeeld benadeling van de verhuurder: Besançon, 31 mei 1871, *D.*, 1873, II, 53).

Het Hof te Parijs oordeelde hierbij dat zelfs schijnbaar neutrale of beleefde bewoordingen smaad kunnen inhouden, indien uit de externe omstandigheden een beledigend of lasterlijk karakter blijkt (Parijs, 2 januari 1891, *D.*, 1892, II, 105, noot, *J.M.P.*, 1891, 40, noot; cf. tevens Cass. fr., 8 mei 1891, *J.M.P.*, 1891, 113, noot).

7. De hierboven uiteengezette stelling van de rechtspraak werd niet alleen toegepast ingeval het ging om smaad door woorden. Het nutteloos laten verrichten van opsporingen kan immers ook geschieden ten gevolge van handelingen, zodat er sprake kan zijn van smaad door gebaren. De Correctionele Rechtbank te Tours aanvaardde de smaad in een vonnis van 7 juli 1892, inzake een situatie waarbij de dader's nachts een stuk vuurwerk had laten ontploffen, aldus een dynamietexplosie imiterend, om te laten geloven in een criminele aanslag (*J.M.P.*, 1892, 212; cf. in dezelfde zin Chassan, N., *Traité des délits et contraventions de la parole, de l'écriture et de la presse*, 2e ed., I, 450).

8. Het Franse Hof van Cassatie heeft echter in een reeks arresten geoordeeld dat elke aangifte van niet-bestaande feiten smaad inhoudt (cf. betreffende deze rechtspraak onder andere Garçon, E., *Code Pénal annoté*, 2e ed., I, 799, nr. 45).

Voor al de twee arresten van 13 mei 1971 (*Rev. Sc. Crim.*, 1971, 933) zeggen duidelijk dat de spontane aangifte aan overheidsagenten, die de wetenschap inhoudt het gezag aan te tasten en nutteloze opsporingen te laten verrichten, in se het vereiste bedrieglijk opzet uitmaakt.

Er zij hierbij opgemerkt dat volgens Vitu (*o.c.*, 12, nr. 57) de cassatierechtspraak betekent dat er inzake smaad geen specifiek bedrieglijk opzet vereist is, zodat het bijgevolg ook niet noodzakelijk is te gaan zoeken naar de werkelijke bedoeling van de dader (*contra*: Doll, *Gaz. Pal.*, 1971, 532; cf. tevens noot onder Douai, 29 april 1874, *Journal du Ministère Public*, 1875, 27).

9. Men aanvaardt met andere woorden gemakkelijker de animus iniuriandi, daar deze als impliciet verbonden aan de

klacht wordt beschouwd. De beklagde kan en mag veronderstellen dat de politie zal reageren op zijn klacht. Het feit dat hij, ondanks deze kennis, toch een aangifte doet, impliceert de animus iniuriandi.

Dit betekent echter niet dat de smaad afgeleid kan worden uit de verrichte opsporingen. Het feit dat de politiediensten al dan niet opsporingen uitvoeren, hangt niet van de klager af. Indien er dus geen onderzoek is verricht, houdt dit natuurlijk niet in dat er dan geen smaad zou kunnen zijn. De aangifte blijft vanzelfsprekend bestaan.

De enige voorwaarde die het Hof van Cassatie nog stelt, bestaat erin dat de dader zelf en spontaan geageerd heeft.

Indien met name een persoon door de politie ondervraagd wordt en valse verklaringen aflegt, zal er geen sprake zijn van smaad.

Ook indien niet diegene die het niet-bestaande misdrijf heeft bedacht, maar een ander persoon, zoals familieleden of een buur, de aangifte gaat verrichten, zal het misdrijf van smaad niet toepasselijk zijn.

10. Wat betreft het Belgische standpunt ter zake, kan allereerst Limelette aangehaald worden. Deze auteur is van mening dat de aangifte van een misdrijf waarvan men weet dat het absoluut niet-bestaande is, smaad uitmaakt. Een dergelijke aangifte is immers een aantasting en een bespottening ten opzichte van personen belast met het uitoefenen van een openbare dienst. Volgens Limelette houdt zulks in zich reeds de animus iniuriandi in (Limelette, L., *Le Code pénal belge appliqué*, 152, nr. 4, en *Supplément*, 1881, 52, nrs. 42 en 43).

11. De oude Belgische rechtspraak volgde in feite het standpunt van de oude Franse rechtspraak van de hoven van beroep. De eerste rechterlijke beslissing wordt gevormd door het arrest van het Hof van Beroep te Gent van 16 december 1879 (*B.J.*, 1880, 255, noot; cf. *R.P.D.B.*, V° «Outrage», nr. 17).

Volgens het hof wordt het feit op leugenachtige wijze aan een rijkswachter mee te delen dat de burgemeester van een naburige gemeente hem dringend ontbood, waardoor deze rijkswachter een vruchteloze en doelloze reis maakte, bestraft door art. 276 Strafwetboek als smaad. Het arrest bepaalt dat een dergelijke handeling een daad is van spot tegen een agent van de openbare macht in de uitoefening van zijn ambt.

Het Hof van Beroep te Luik oordeelde in dezelfde zin in een arrest van 30 juli 1881 dat het afleggen van leugenachtige verklaringen aan de burgemeester en aan de rijkswacht alsmede het overhandigen van anonieme brieven met belasteringen ten opzichte van deze ambtenaren, smaad uitmaakt (*Pas.*, 1881, II, 351).

12. Nypels en Servais en Beltjens steunen op de Franse rechtspraak en zijn van oordeel dat het aangeven van een fictief misdrijf smadend kan zijn indien de animus iniuriandi aanwezig is (*Code pénal belge interprété*, 2e ed., II, 216, nr. 3; *Encyclopédie du droit criminel belge. Code Pénal*).

13. De basis van de Belgische rechtspraak wordt evenwel gevormd door het arrest van het Hof van Cassatie van 23 april 1934 (*Pas.*, 1934, I, 252). Het Hof besliste hierin dat het misdrijf van smaad een bijzonder opzet vereist, namelijk een kwaadwillige bedoeling of de animus iniuriandi.

De bedoeling een openbaar ambtenaar te bespotten of te beledigen is niet noodzakelijk aanwezig bij diegene die een fictief misdrijf aangeeft. De aangifte impliceert met andere

woorden niet automatisch de animus iniuriandi en dus de smaad.

14. De rechtspraak van het Hof van Cassatie werd gevolgd door het Hof van Beroep te Gent in een arrest van 21 maart 1958, waarbij beslist werd dat er smaad aanwezig is, wanneer het de bedoeling was de agenten van de openbare macht belachelijk te maken of te kort te schieten in de hun verschuldigde eerbied (*R.W.*, 1958-59, 1505; cf. in de Luxemburgse rechtspraak Luxemburg, 4 februari 1950, gecit. in Kaufmann, J., «La dénonciation d'un fait imaginaire», *Rev. internat. Pol. Crim.*, 1952, nr. 54, 13; Corr. Diekirch, 31 oktober 1967, *Pas. Lux.*, 1966-68, 489).

De feitenrechter oordeelt hierbij op onaantastbare wijze of de animus iniuriandi aanwezig is. Het Hof van Cassatie had zulks reeds eerder beslist (*Cass.*, 6 mei 1940, *Pas.*, 1940, I, 140).

15. De rechtsleer volgde grotendeels de stelling van het Hof van Cassatie.

Rigaux en Trousse stellen aldus dat de aangifte van een verzonnen misdrijf smaad kan uitmaken indien de aangifte tot doel had nutteloze opsporingen uit te lokken, die de aan de openbare macht verschuldigde eerbied konden aantasten (Rigaux, M. en Trousse, P.E., *Les crimes et les délits du code pénal*, IV, 451).

Hier en daar worden door bepaalde auteurs enkele nuances of preciseringen aangebracht. Zo hanteren Marchal en Jaspar een meer algemene formulering en ze stellen dat de aangifte van een niet-bestaand delict smaad kan uitmaken in de zin van de artikelen 275 en volgende Strafwetboek, indien ook de andere bestanddelen van het misdrijf van smaad aanwezig zijn. Voornoemde auteurs nemen het bestaan van smaad aldus aan in het geval dat de bedoeling was door doelloze onderzoeken en verplaatsingen de agenten aan spot bloot te stellen (Marchal, A. en Jaspar, J.P., *Traité théorique et pratique du droit criminel*, 3e ed., II, 50, nr. 1552). Zij wijzen er evenwel op dat de smaad niet in alle gevallen van een dergelijke aangifte aanwezig zal zijn, en dat men soms slechts met laster, eerroof of lasterlijke aangifte te maken zal hebben (*o.c.*, 50, nr. 1553).

Goedseels maakt een strikt onderscheid tussen smaad door daden, gebaren en woorden. Volgens deze auteur kan de smaad door woorden onmogelijk ook de smaad door geschriften inhouden (*Commentaire du code pénal belge*, 2e ed., I, 489, nrs. 1710 e.v.). Hij kan zich dan ook enkel met het arrest van het Hof van Cassatie akkoord verklaren indien de smadende aangifte beschouwd kan worden hetzij als een smaad door middel van daden, hetzij als smaad door middel van gebaren. De Nauw schrijft dienaangaande dat de aangifte van een niet-bestaand feit met een animus iniuriandi onder de smaad door middel van daden gerangschikt kan worden (*Initiation au droit pénal spécial*, 107, nr. 228; cf. dienaangaande ook Schuind, G., *Traité pratique de droit criminel*, 4e ed., I, 297).

16. In een arrest van 10 maart 1977 gebruikte het Hof van Beroep te Antwerpen een ietwat andere formulering. Hoewel de beklagden de bedoeling hadden de verzekeringsmaatschappij op te lichten door te pogen een schadevergoeding te verkrijgen door middel van de aangifte van een ingebeeld feit, oordeelde het hof dat door het willens en wetens uitlokken van een onderzoek een tekort aan de eerbied verschuldigd aan de politieambtenaren vaststond. Als dus-

danig blijkt uit dergelijke praktijken volgens het hof de animus iniuriandi (*Limb. Rechtsl.*, 1977, 215).

17. In het besproken arrest oordeelt het hof in een andere zin. De smaad wordt in casu niet aanvaard, daar de animus iniuriandi niet kan worden aangewezen, nu het alleen maar de bedoeling was een bedrag van de verzekeringsmaatschappij te innen. Hieruit blijkt wel het duidelijk verschil met het arrest van 1977, waar de feitelijke situatie dezelfde is, maar waar het hof meent dat door het aangeven zelf de dader niet onwetend kon zijn met betrekking tot de gevolgen en daardoor het bestaan van smaad wordt aanvaard. Het arrest van 22 december 1989 past dus de stelling van het Hof van Cassatie vastgelegd in het arrest van 23 april 1934 strikt toe.

De bedoeling tot smaden dient dus werkelijk aanwezig te zijn, afgezien van de eigenlijke bedoeling van de aangever. In dezelfde zin schreef Kaufmann dat smaad steeds de aanwezigheid veronderstelt en vereist van de vrije en bewuste wil tot smaden, en dat zulks een beperking van het toepassingsgebied van dit misdrijf meebrengt (Kaufmann, J., *o.c.*, l.c.).

Dirk Merckx

ARBEIDSHOF TE GENT AFDELING BRUGGE

4e KAMER – 9 JANUARI 1990

Voorzitter: de h. Ampe

Raadsheer: de h. Decraeye

Raadsheer in sociale zaken: de h. Feys

Openbaar ministerie: de h. Bricout, substituut-generaal

Advocaten: mrs. Weyts, Lammens en Batsleer

Sociaal statuut zelfstandigen – Onderwerping – Bijdrageplicht – 1. Openbare orde – 2. Rechtsvordering tot bijdragebetaling – Langdurig stilliggen der procedure – Rechtsverwerking

1. De bepalingen betreffende de onderwerping aan het sociaal statuut der zelfstandigen raken de openbare orde.

2. De rechtsvordering tot betaling van sociale-zekerheidsbijdragen voor zelfstandigen gaat bij langdurig stilliggen van de procedure niet teniet door rechtsverwerking.

V.Z.W. I. t/ V. e.a.

Bij verzoekschrift van 26 april 1971 vorderde appellante van V. betaling van 17.435 frank voor bijdragen en bijkomende kosten verschuldigd krachtens het sociaal statuut van de zelfstandigen, voor de periode van het eerste kwartaal van 1969 tot en met het vierde kwartaal van 1969.

Bij dagvaarding betekend op 18 december 1972 werd van V. betaling gevorderd van 11.784 frank als bijdragen en kosten verschuldigd krachtens het sociaal statuut der zelfstandigen, voor het tweede, derde en vierde kwartaal van 1968 en het derde en vierde kwartaal van 1971.

In beide zaken werden de geïntimeerden gedagvaard tot hervatting van het geding als rechtsoptvolgers van wijlen V., die op 8 mei 1976 overleden was.

De eerste rechter heeft bij vonnis van 20 maart 1989 beide zaken gevoegd; hij verklaarde de eisen ontvankelijk, doch ongegrond en veroordeelde appellante tot alle gedingskosten. Hij was van oordeel dat geïntimeerden *qualitate qua* zich terecht beriepen op rechtsverwerking, en dat zij, meer dan elf jaar na het overlijden van hun echtgenoot en vader, moesten aannemen dat appellante geen beroep meer zou doen op haar recht en dat zij erop mochten vertrouwen dat appellante dat recht had prijsgegeven.

(...)

Bij verzoekschrift van 13 april 1989 stelde appellante hoger beroep in.

Zij acht zich gegriefd door het bestreden vonnis, op grond dat de langdurigheid van een procedure geen grond tot afwijzing mag zijn.

In een verdere conclusie, neergelegd op 13 oktober 1989, wijst ze erop dat de rechtsverwerking alleen in het Nederlands recht bestaat niet in de Belgische wetgeving, waarin enkel de rechtsfiguur van de verjaring bestaat.

Bij conclusie neergelegd op 17 april 1989 vorderen geïntimeerden hunnerzijds de bevestiging van het bestreden vonnis zich beroepende op het lang stilzitten van appellante gedurende veertien jaar, waaruit kan worden aangenomen dat haar eventuele rechten door rechtsverwerking teniet zijn gegaan.

...

De eerste rechter heeft ten onrechte geoordeeld dat geïntimeerden erop mochten vertrouwen dat appellante haar recht had prijsgegeven (rechtsverwerking).

De figuur van rechtsverwerking kan niet worden aangewend in een materie die de openbare orde raakt.

Aangezien de wettelijke bepalingen inzake de berekening van de bijdragen van de zelfstandigen van openbare orde zijn (Cass., 9 oktober 1979, *J.T.T.*, 1980, 172, waarbij het hof zich aansluit), kan daaruit afgeleid worden dat de bijdrageplicht – waarvan de berekening slechts een uitvoeringsmodaliteit is – en bijgevolg de onderwerping aan het sociaal statuut der zelfstandigen van openbare orde zijn, en kan de opdracht van appellante van haar aangeslotene bijdragen te innen als omschreven in artikel 20, § 1, vierde lid, a, van het koninklijk besluit nr. 38 niet tenietgaan door rechtsverwerking.

...

BURGERLIJKE RECHTBANK TE ANTWERPEN

17e KAMER – 4 MAART 1988

Rechter: de h. Moyersoen

Advocaten: mrs. Brewaëys loco Dewit en Dinot

1. Wading – Daad van beschikking – Ouders van minderjarig kind – Homologatie door de rechtbank – Handelingsonbevoegdheid van de ouders – Gevolg – 2. Overeenkomst – Praecontractuele verhoudingen – Aanbod – Informatieverplichting van de aanbieder – Verzekeraar – Dading over schadevergoeding wegens een onrechtmatige daad

1. Het aangaan van een dading waarbij een einde wordt gemaakt aan een betwisting uit een buitencontractuele verbintenis, is een daad van beschikking.

Een dergelijke dading, door de ouders gesloten in hun hoedanigheid van wettelijke bestuurders over de persoon en de goederen van hun minderjarige zoon, is slechts geldig voor zover zij werd gehomologeerd door de rechtbank van eerste aanleg, de procureur des Konings gehoord (art. 378 B.W.). Deze bepaling is van openbare orde en beoogt de bescherming van het belang van de minderjarige. Het gebrek aan handelingsbevoegdheid van de ouders heeft tot gevolg dat deze dading niet kan worden tegengeworpen aan hun minderjarige zoon.

2. Iedere contracterende partij heeft de verplichting haar medecontractant aan wie zij een aanbod doet, op een open en eerlijke wijze in te lichten over de draagwijdte van de substantiële elementen van de overeenkomst.

Wanneer het gaat om het sluiten van een dading tussen een verzekeringsmaatschappij en personen die mogelijk lichtgelovig zijn en worden beïnvloed door het vooruitzicht meteen vrij belangrijke geldsommen te ontvangen, moet de verzekeringsmaatschappij bijzonder kies optreden.

Aangezien een verzekeringsmaatschappij weet en behoort te weten dat de ouders van een minderjarige niet bevoegd zijn om in naam van hun kind een dading aan te gaan, dient zij die ouders erop te wijzen dat dezen de verplichting hebben die overeenkomst van dading te laten homologeren door de rechtbank van eerste aanleg. Door dit niet te doen, schoot de verzekeringsmaatschappij te kort in haar informatieverplichting. Bovendien beging zij nog een veel ernstiger fout door te contracteren met onbevoegden, de schadevergoeding uit te betalen zonder dat er een dading was, en de ouders van de minderjarige in de waan te laten dat zij geldig contracteerden.

M. t/ N.V. P.

Op 27 juni 1975 werd eiser, die toen elf jaar oud was, terwijl hij op vakantie was in Zwitserland met de Brabantse Beroepsmutualiteiten, getroffen door een denneappel die door een van zijn kameraadjes werd geworpen. Door dit ongeval verloor eiser het zicht van het rechteroog. In 1980 sloten de ouders van eiser een overeenkomst met verweerster waarbij een bedrag van 1.450.000 fr. werd uitbetaald.

Eiser, die nu meerderjarig is, vordert (...) nietigverklaring van de «akte van dading», gesloten tussen zijn ouders *qualitate qua* en verweerster (artt. 2045 en 467 B.W.) en veroordeling van verweerster tot een schadevergoeding van 2.500.000 fr. (art. 1382 B.W.).

In haar mondelinge conclusie roept verweerster de verjaring in op grond van de verzekeringswet.

Daar de vordering gebaseerd is op een vermeende fout van de verzekeringsmaatschappij is de termijn van drie jaar niet van toepassing. De vordering is derhalve niet verjaard.

I. De overeenkomst van 26 juni 1980

«De dading» waarvan eiser de nietigverklaring vordert werd opgenomen in een «akte van dading» die niet gedaan is maar waarvan verweerster stelt dat ze werd opge maakt op 26 juni 1980.

De rechtbank dient de haar overgelegde stukken in rechte te omschrijven en de draagwijdte ervan te bepalen.

Het overgelegde stuk is een voorgedrukt document van de verzekeringsmaatschappij met als titel «akte van dading».

De essentieelste en ter zake dienende bestanddelen van de in deze akte vervatte overeenkomst zijn de volgende :

– De overeenkomst werd aangegaan tussen beide ouders van eiser en verweerster. Ze werd door de contractanten ondertekend. De ouders van eiser handelden «in eigen naam en in naam van hun minderjarige zoon Johan».

– De overeenkomst werd aangegaan «ingevolge het ongeval van 27 juli 1975». Ze had tot bedoeling «na bespreking en na met kennis van zaken wederzijdse toegevingen te hebben gedaan, een einde te maken aan iedere bestaande of latere betwisting.»

– Artikel 1 : «De Maatschappij betaalt aan de ondertekenaar anderzijds de som van 1.450.000 fr. Door het ondertekenen van de onderhavige overeenkomst geeft hij aan de ondertekenaar enerzijds geldige kwijting voor dit bedrag.»

Het aangaan van een dading waarbij een einde wordt gemaakt aan een betwisting uit een buitencontractuele verbintenis is een daad van beschikking.

Een dergelijke dading, gesloten in 1980, door ouders in hun hoedanigheid van wettelijke bestuurders over de persoon en de goederen van hun minderjarige zoon, is slechts geldig voor zover zij werd gehomologeerd door de rechtbank van eerste aanleg, de procureur gehoord (art. 378 B.W.).

Deze bepaling is van openbare orde. Ze beoogt de bescherming van het belang van de minderjarige.

De betwiste overeenkomst werd niet gehomologeerd.

De ouders van eiser waren niet bevoegd om in hun hoedanigheid van bestuurder over de persoon en de goederen van eiser, een dading aan te gaan.

Het gebrek aan handelingsbevoegdheid heeft tot gevolg dat de overeenkomst niet tegenwerpelijk is aan de persoon in wiens naam men beweerde te handelen (H. Dr Page en H. Dekkers, *Traité*, V, nr. 492, 488).

De overeenkomst van 26 juni 1980 is aan eiser volkomen vreemd. Hij kan de nietigheid ervan niet vorderen o.m. wegens gebrek aan belang.

II. De aansprakelijkheid van verweerster

Op het tijdstip dat verweerster met de ouders van eiser onderhandelde, beoogden zij een einde te maken aan de verbintenis die was ontstaan uit hoofde van het ongeval van 27 juni 1975.

Verweerster kwam tussen als verzekeraar en deed in die hoedanigheid, optredend namens de aansprakelijke partij een aanbod aan de ouders van eiser.

Zij erkende daardoor dat het risico door haar gedekt werd en zij tot de integrale vergoeding van de schade gehouden was.

Bij het sluiten van de overeenkomst met de ouders van eiser heeft verweerster zeer ernstige fouten begaan, de beginselen van de goede trouw met voeten getreden en de medecontractanten en door hen eiser, grovelijk misleid.

Iedere contracterende partij heeft de verplichting haar medecontractant aan wie zij een aanbod doet, op een open en eerlijke wijze in te lichten over de draagwijdte van de substantiële elementen van de overeenkomst.

Wanneer het gaat om het sluiten van een dading tussen een verzekeringsmaatschappij en personen die mogelijk lichtgelovig zijn en worden beïnvloed door het vooruitzicht meteen vrij belangrijke geldsommen te ontvangen, moet de verzekeringsmaatschappij bijzonder kies op treden.

Klaarblijkelijk heeft verweerster integendeel misbruik gemaakt van de goedgelovigheid van de ouders van eiser, zoals blijkt uit de volgende feiten :

– De toegekende vergoeding kan in geen geval de resultante zijn van wederzijdse tegemoetkomingen. Deze tegemoetkoming bestaat kennelijk niet aan de zijde van de verzekeringsmaatschappij aangezien de vergoeding de geleden schade in equivalent zelf niet benadert (25% B.A.O., verlies één oog; herhaalde hospitalisaties; via T.A.O.).

– Het toegekende bedrag werd niet opgesplitst. Ook nu legt verweerster geen detailrekening voor. Eiser blijft zodoende ook nu nog in het ongewisse over de opslitsing van het bedrag in wat aan zijn ouders toekomt en wat zijn eigen schade zou vergoeden.

– De medische gegevens waarop de vergoeding steunt, zijn niet vermeld.

– De dading is, wat eiser betreft, ongeldig.

Verweerster stelt dienaangaande dat zij niet de verplichting had eisers erover in te lichten dat zij de overeenkomst moesten laten homologeren.

Niets is minder waar. Als verzekeringsmaatschappij wist zij en diende zij te weten dat de ouders van een minderjarige niet bevoegd zijn om een dading in naam van hun kind te sluiten.

Zij had dus niet alleen de plicht de ouders van eiser hierop te wijzen maar beging een veel ernstiger fout door te contracteren met onbevoegden, uit te betalen zonder dat er dading was, en de ouders van eiser, in haar belang, in de waan te laten dat zij geldig contracteerden.

Op die wijze voorkwam zij dat het buitengewone voordeel dat zij had bedongen, onderworpen werd aan de controle van de rechtbank.

Verweerster gaf de voorkeur aan het aangaan van een voor haar bijzonder goedkope maar weliswaar ongeldige dading, boven het toekennen van een ernstige en verantwoorde schadevergoeding die dan wel kans zou hebben gemaakt op een homologatie door de rechtbank.

Indien verweerster, de ouders van eiser niet had misleid en ernstige voorstellen had gedaan, zou er een dading tot stand gekomen zijn, die tegenwerpelijk was aan eiser, en waardoor eiser rechtmatig vergoed zou zijn voor de door hem geleden schade.

Het feit dat eiser niet werd vergoed, is te wijten aan de fout van verweerster.

Verweerster dient de schade die eiser daardoor heeft geleden, te herstellen.

III. De omvang van de schade

Verweerster beging een fout op het ogenblik dat zij beweerde eiser integraal te vergoeden voor de door hem ten gevolge van het ongeval geleden schade.

Ten gevolge van deze fout werd eiser niet vergoed, minstens onvoldoende vergoed.

De schade van eiser geleden ten gevolge van de fout van verweerster is dan ook gelijk te stellen met de schadevergoeding die hij diende te ontvangen uit het ongeval van 27 juni 1975, te verminderen met de eventueel reeds uitbetaalde vergoedingen. Dienaangaande zullen partijen te bekwaamere tijd een standpunt moeten innemen.

Om deze schade te bepalen is het gelet op het voorgaande gepast een deskundig onderzoek te bevelen.

...

NOOT – Zie Cass., 14 januari 1981, *Arr. Cass.*, 1980-81, 517, *Pas.*, 1981, I, 508, *R.G.A.R.*, 1982, nr. 10.484.

ARBEIDSRECHTBANK TE BRUSSEL

2e KAMER – 29 FEBRUARI 1988

Voorzitter: de h. Declerck

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

Advocaten: mrs. Smedts en Matthys loco D'Hoe

Verjaring – Burgerlijke zaken – Stuiting – Dagvaarding – Nietigheid

De afwijzing van de vordering, om welke reden ook (in casu de ontoelaatbaarheid van de vordering wegens de nietigheid van de dagvaarding), maakt de stuiting van de verjaring ongedaan.

B. t/ N.V. N.

Wat de feiten betreft

Overwegende dat eiser sedert 1 juni 1984 in het raam van de Arbeidsovereenkomstenwet van 3 juli 1978 (W.A.O.) als «verkoper» in dienst was van verweerster en dat hij op 3 juni 1986 op basis van artikel 35 W.A.O. op staande werd afgedankt.

Wat de geldigheid van de eerste dagvaarding betreft

Verweerster werpt terecht in haar tweede conclusie op dat de eerste dagvaarding haar op 30 september 1986 werd betekend om op 7 oktober 1986 te verschijnen voor de arbeidsrechtbank; dat deze dagvaarding om te verschijnen op de zevende dag na de betekening van het exploit artikel 707 Ger. W. miskent krachtens welke de gewone termijn van dagvaarding acht dagen is.

De Rechtbank stelt vast dat, luidens artikel 710 Ger. W., de dagvaardingstermijnen op straffe van nietigheid zijn voorgeschreven en dat artikel 862, § 1, 1°, uitdrukkelijk bepaalt dat de regel van artikel 861 (dat zegt dat de rechter alleen dan een proceshandeling nietig kan verklaren indien het aangeklaagde verzuim of de aangeklaagde onregelmatigheid de belangen schaadt van de partij die de exceptie opwerpt) niet van toepassing is betreffende de termijnen op straffe van verval of nietigheid voorgeschreven.

Hierbij kan verwezen worden naar de stelling van Koninklijk Commissaris Van Reepingen (*Parl. St., Senaat*, 1963-64, nr. 60, p. 179): «De dagvaardingstermijnen zijn bepaald op straffe van nietigheid. Deze regel dringt zich logischerwijze op indien men doeltreffend de rechten van de verdediging wil waarborgen.»

De Rechtbank verklaart dan ook voornoemde dagvaarding nietig en de vordering ter zake ontoelaatbaar.

Wat de tweede dagvaarding betreft

Verweerster stelt dat deze vordering verjaard is omdat ze is ingeleid meer dan één jaar na het einde van de arbeidsovereenkomst.

Ten onrechte voerde eiser aan dat de eerste dagvaarding de verjaring heeft gestuit.

De Rechtbank stelt ter zake vast:

– dat artikel 2247 B.W. bepaalt: «Indien de dagvaarding nietig is uit hoofde van een gebrek in de vorm, indien de eiser afstand doet van zijn eis, of indien zijn eis wordt afgevozen, wordt de stuiting voor niet bestaande gehouden».

— dat volgens het Frans Hof van Cassatie «de bepaling van artikel 2247 B.W. betreffende de afwijzing van de eis absoluut is en geen onderscheid maakt tussen het geval waarin de eis definitief verworpen werd en dat waarin hij afgewezen wordt hetzij wegens een vormgebrek, hetzij wegens een middel van niet-ontvankelijkheid die het recht om een vordering in te stellen laat bestaan: in beide gevallen houdt de dagvaarding op een stuitende uitwerking te hebben» (16 febr. 1954, *Dalloz*, 1954, *Somm.*, 56).

Ook de afwijzing van de vordering, om welke reden ook, maakt de stuiting van de verjaring ongedaan...» (cf. Van Oevelen, «Algemeen overzicht van de bevrijdende verjaring en de vervalttermijnen in het Belgisch Privaatrecht» in *Tijdschrift voor Privaatrecht*, 1987, 1811, waarin ook wordt verwezen naar De Page en Dekkers, VII, 1070, nr. 1182; Cass., 14 februari. 1952, *Arr. Verbr.*, 1952, 302; Cass., 9 maart 1961, *Pas.*, 1961, I, 741, *J.T.*, 1961, 444); «De afwijzing van de vordering dient wel te impliceren dat de vordering nog kan worden hernomen, want anders zou het probleem van de verjaring niet meer rijzen. De afwijzing zal te wijten moeten zijn aan bv. een gebrek aan machtiging of vertegenwoordiging van de eiser of aan een door de rechter aangenomen exceptie van nietigheid of onbevoegdheid», Laurent, XX XII, 113, nr. 101» (idem).

Aangezien de vordering vervat in de dagvaarding betekend op 30 september 1986 hierboven ontoelaatbaar is verklaard wegens nietigheid van de dagvaarding, dient de ingeroepen stuiting als niet bestaande beschouwd te worden.

De tweede dagvaarding betekend op 21 september 1987, meer dan één jaar na de verbreking van de arbeidsovereenkomst die plaatshad op 3 juni 1986, is derhalve verjaard op voet van artikel 15 W.A.O.

Ten overvloede kan nog worden vastgesteld dat voor geen enkele van de onderdelen van de eis wordt beweerd dat de vijfjarige verjaringstermijn van artikel 26 van de wet van 17 april 1978 houdende de voorafgaande titel van het Wetboek van Strafvordering toegepast zou kunnen worden. «Het niet onmiddellijk uitbetalen van opzeggingsvergoeding en uitwinningsvergoeding is geen overtreding van art. 9 en 11 van de loonbeschermingswet.» (Cass., 5 december 1977, *J.T.T.*, 1978, 69).

VREDEGERECHT TE SINT-NIKLAAS

1e KANTON – 13 JUNI 1988

Rechter: de h. Van Gysel

Advocaten: mrs. Heynderickx en Verwilghen

Handelshuur – 1. Huurhernieuwing – Vorm – Dwingend recht – 2. Driejaarlijkse herziening van de huurprijs – Bij huur van onbepaalde duur

1. De door de huurder in acht te nemen formaliteiten om de hernieuwing van een handelshuur te verkrijgen, zijn van dwingend recht en strekken tot bescherming van de verhuurder.

2. Als de handelshuur van onbepaalde duur is geworden ingevolge een stilzwijgende wederverhuring (art. 14, derde lid, *Handelshuurwet*), is iedere aanvraag tot herziening van de huurprijs op grond van art. 6, *Handelshuurwet* uitgesloten en dient de rechter die aanvraag als niet-ontvankelijk af te wijzen.

Van D. t/ T. en De N.

1. De eiser is huurder van een handelspand te Sint-Niklaas, eigendom van de verweerders, die het aankochten van de heer en mevrouw André S.-Joanna B., ingevolge notariële akte van 21 maart 1984. De verhuring is ingegaan op 15 april 1964 en wanneer de verweerders eigenaar werden, had deze huurovereenkomst vaste datum door het overlijden van de heer André S.

De verweerders zijn op 15 februari 1985 een procedure begonnen tegen de eiser (en diens echtgenote) strekkende tot herziening van de huurprijs op grond van art. 6 van de wet op de handelshuur en bovendien werden nog indexaanpassingen gevorderd. Nopens die indexaanpassingen zal gestatueerd worden bij vonnis van heden;

De hoofdzakelijke betwisting was dus een prijsaanpassing op grond van art. 6. Deze betwisting heeft zijn beslag gekregen in ons vonnis van 23 maart 1987; de partijen hebben dit vonnis aanvaard (A.R. 6209/85);

2. Nu hebben de verweerders met aangetekende brief van 6 november 1987 aan de eiser laten weten dat een opzegging van 18 maanden wordt gedaan, zodat de eiser het pand zou moeten ontruimen tegen 31 mei 1989. Volgens de verweerders bevindt de eiser zich immers in een huurperiode van onbepaalde duur en kunnen zij gebruik maken van art. 14 *Handelshuurwet*;

De datum van 6 november 1987 dient als juist beschouwd te worden, gelet op het voorgebrachte bewijs van aangetekende zending. Overigens heeft die precieze datum minder belang, omdat niet is betwist dat de eiser daarop binnen een maand en wel op 18 november 1987 subsidiair huurhernieuwing heeft aangevraagd; die nieuwe huurperiode zou dan ingaan op 1 juni 1989; daarop hebben de verweerders met aangetekende brieven van 27 november 1987 aan de eiser (en zijn echtgenote) laten weten, de huur in elk geval op te zeggen, op grond van art. 16, I, 1°. De bij de wet voorziene uitwinningsvergoeding wordt ter beschikking gesteld.

3. Het zijn dan niet de verweerders die het initiatief nemen om de geldigverklaring van hun opzegging te vragen, met uitdrijving van de eiser tegen 31 mei 1989. Het is integendeel de eiser, die met een gezegd en geboekt exploit van 10 december 1987 vraagt: «a) te horen zeggen voor recht dat de opzegging zoals bij niet gedagtekend schrijven door gedaagden aan verzoeker werd betekend tegen 1 juni 1989 nietig is en ongegrond, daar de handelshuurovereenkomst tussen partijen zich bevindt in een periode van bepaalde duur; b) te zeggen voor recht dat de weigering de handelshuurhernieuwing toe te staan ongegrond is, zelfs al is de opzegging rechtsgeldig; dientengevolge te zeggen voor recht dat de tussen verzoeker en gedaagden bestaande handelshuurovereenkomst rechtsgeldig voor een eerste maal zal worden hernieuwd voor een termijn van negen jaar ingaande op 1 juni 1989, op de thans van kracht zijnde voorwaarden, zowel qua huishuur, indexatieclausule, onderhoudsverplichtingen enz.»

...

4. Vraag tot samenvoeging van deze zaak met de zaak bekend onder A.R. 6209/85.

Het is de eiser die de samenvoeging vraagt van deze zaak met die bekend onder nummer 6209/85.

Wat betreft de procedure 6209/85 werd de hoofdzaak afgehandeld bij vonnis van 23 maart 1987, nl. de vraag tot herziening van de huurprijs op grond van art. 6 van de wet op de handelshuur. Thans is alleen nog in beraad de kwestie van de indexeringen van de huurprijs en de verdeling van de gerechtskosten; de zaak zal haar beslag krijgen bij vonnis van heden. Er is geen reden om thans nog de samenvoeging te vragen; een goede rechtsbedeling vereist geen samenvoeging.

Dit wil natuurlijk niet zeggen dat de gevoerde procedure en ons vonnis van 23 maart 1987 zonder enig belang zijn voor de oplossing van de thans gestelde vordering en voor een goed begrip wordt een kort overzicht gegeven van de gevoerde procedure, die geleid heeft tot ons vonnis van 23 maart 1987:

- de verweerders hebben gedagvaard op 15 februari 1985, om behoudens indexaanpassingen, een verhoging van de huurprijs te verkrijgen op grond van art. 6. Zij stellen in die dagvaarding: «Indien alle huurhernieuwingen regelmatig zijn gebeurd, verstrijkt de eerste driejarige huurtermijn van de tweede hernieuwing per 31 maart 1985 of per 15 april 1985»;

- daarop hebben wij een tussenvonnis gewezen op 15 april 1985, houdende de aanstelling van een deskundige;

- na nederlegging van het verslag, hebben wij op 10 november 1986 de deskundige belast met een bijkomende opdracht: «de deskundige moet precies aanduiden welke de normale huurwaarde is op 15 april 1982 en deze vergelijken met de normale huurwaarde op 15 april 1985, zijnde de aanvangsdatum waarop eventueel herziening van de huurprijs kan worden verkregen volgens de wettelijke normen.»

Tevens werd beslist: «De eerste periode van negen jaar is ingegaan op 15 april 1964 om dus te eindigen op 14 april 1973; een tweede periode van negen jaar is dus ingegaan op 15 april 1973 om te eindigen op 14 april 1982; de derde periode is dus ingegaan op 15 april 1982 om te eindigen op 14 april 1991.»

De deskundige heeft die bijkomende opdracht uitgevoerd en daarna volgde onze beschikking van 23 maart 1987, in kracht van gewijsde gegaan.

De vraag tot herziening werd ontvankelijk verklaard, doch ten gronde afgewezen.

...

5. Ten gronde.

A. De verweerders hebben gelijk, waar zij stellen dat de formaliteiten, opgelegd aan de huurder, om huurhernieuwing te vorderen, strekken tot bescherming van de verhuurder (Cass., 12 juni 1953, *R.W.*, 1953/54, 794, *J.T.*, 1953, 584; Vred. Ach. Pauwels, «Regels betreffende de handelshuur in het bijzonder», *B.W.*, art. 14-10: «De wetsbepaling van artikel 14, eerste lid, van de wet van 30 april 1951 naar luid waarvan de huurder die het recht op hernieuwing verlangt uit te oefenen, zulks op straffe van verval binnen de bij vermeld artikel gestelde termijn ter kennis van de verhuurder moet brengen is gebiedend, doch niet van openbare orde. Zij werd ter bescherming van de verhuurder ingevoerd. Deze nietigheid is van betrekkelijke aard in die zin dat de beschermde partij ze kan bevestigen; uit de bevestiging van een door nietigheid aangetaste verbintenis volgt een afstand van het recht zich op deze nietigheid te beroepen.»

Het is ook juist dat bij gebreke van regelmatige huurhernieuwing op 15 april 1982 een huur van onbepaalde duur tot stand zou zijn gekomen, nu de eiser na 15 april 1982 zonder verzet van de verweerders in het pand is gebleven (Cass., 18 december 1982, *R.W.*, 1984-85, 623; La Haye-Van Kerckhove, *Les baux commerciaux*, 1984, nr. 1771, blz. 217; Ach. Pauwels, «Regels betreffende handelshuur in het bijzonder», *B.W.*, art. 14-10, nr. 21; J. Van Kerckhove, «Baux à loyer – Baux commerciaux», *J.T.*, 1988, blz. 355, nr. 73).

Het is echter niet juist dat, wanneer de huur zich in een onbepaalde periode zou bevinden, zoals de verweerders nu beweren, zij niettemin een vraag tot herziening van de huurprijs hadden kunnen doen gelden, die in elk geval ontvankelijk verklaard zou moeten worden door de rechter, omdat de rechter niet ambtshalve zou mogen opwerpen, dat de huur zich in een onbepaalde periode bevindt.

Dit standpunt kan niet worden gevolgd. Indien de huur zich in een onbepaalde periode bevindt, is iedere aanvraag in herziening van de prijs op grond van art. 6 uitgesloten en dient de rechter die aanvraag als niet-ontvankelijk af te wijzen (La Haye-Van Kerckhove, *o.c.*, 1634, blz. 128: «Il n'est pas possible non plus de faire reviser le prix, pendant le cours du bail à durée indéterminée, qui naît, par tacite reconduction, quand le preneur reste en possession des lieux sans opposition, après avoir omis de solliciter régulièrement le renouvellement.» Ach. Pauwels, *o.c.*, *B.W.* 14-14: «En vermits de herziening van strikt bepaalde voorwaarden afhangt, die op straf van nietigheid in acht genomen moeten worden, kan zij niet rechtsgeldig aangevraagd worden.»

De verweerders hebben wel gelijk dat de rechter zich niet moet bekommeren om een onregelmatige aanvraag in herziening, als tenminste de huur zich in een bepaalde periode bevindt: «La nullité relative ne peut être couverte que par une attitude non équivoque de celui qui peut s'en prévaloir» (La Haye-Van Kerckhove, *o.c.*, nr. 1641, blz. 133).

B. Maar indien de huur zich op 15 februari 1985 in een periode van onbepaalde duur had bevonden, hadden wij de vraag als niet-ontvankelijk moeten afwijzen; terecht gebeurde die ambtshalve afwijzing niet omdat op 15 februari 1985, de huur zich in een bepaalde periode bevond en de aanvraag tot herziening gebeurde in de laatste drie maanden voorafgaand aan het einde van de eerste driejarige periode.

Nu beweert de eiser niet dat hij in een nuttige periode huurhernieuwing heeft aangevraagd.

Hij zou dit moeten doen hebben in de periode 15 november - december 1980 - 15 januari 1981 en dus hadden de verweerders of hun voorgangers de mogelijkheid een einde aan de huur te maken (art. 14).

Maar de eiser heeft wel brieven geschreven, buiten de achttiende tot de vijftiende maand voor 15 april 1982, vragend de huur te hernieuwen en feit is dat mevrouw S. heeft geantwoord: «In antwoord op uw schrijven van december heb ik het genoeg u mee te delen dat wij akkoord gaan met het verlengen van het huurcontract».

Ook de naleving van deze voorwaarden strekkend tot huurhernieuwing, zijn zoals de voorwaarden strekkend tot herziening, wat betreft vorm en termijnen gebiedend recht, maar niet van openbare orde. De vraag tot hernieuwing was niet geschied volgens de gebiedende voorschriften, maar dit was voor ons geen reden om dit ambtshalve op te werpen. Handelingsbekwame mensen handelen ter zake, zoals zij zelf willen in die zin dat zij de gebiedende bepalingen van

art. 6 (herziening) art. 14 (hernieuwing) niet hoeven na te leven, om toch herziening, respectievelijk hernieuwing te verkrijgen.

Het is dus niet zo dat de verhuurder geen nieuwe huur zou mogen toestaan omdat zijn huurder de nodige formaliteiten niet heeft nageleefd (La Haye-Van Kerckhove, o.c., nr. 1770, blz. 216; J.T., «Baux commerciaux», 1988, nr. 69, J. Van Kerckhove).

Op 15 april 1982 is een nieuwe huur tot stand gekomen, zonder de naleving van de gebiedende bepalingen. In casu heeft mevrouw S. huurhernieuwing toegestaan zonder voorbehoud, zodat een nieuwe huur tot stand kwam, waarop nadien niet meer kan worden teruggekomen.

Weliswaar willen de verweerders aan die brief van mevrouw S. een andere betekenis geven; die brief zou enkel bedoeld hebben dat, na overlijden van haar man, de huur gewoon verder gaat.

Om dit doel te bereiken was geen brief noodzakelijk en had het ook geen zin te verwijzen naar de brief die de eiser geschreven had om huurhernieuwing te verkrijgen en bovendien is de inhoud van de brief duidelijker; er wordt huurhernieuwing toegestaan mits met een verhoging van de huur met 6% en de huurprijs werd aangepast en zonder voorbehoud ontvangen.

C. Een goed bewijs voor het bestaan van de overeenkomst van huurhernieuwing, is de uitvoering ervan; door op 15 februari 1985 op grond van art. 6 huurherziening te vragen, hebben de verweerders ondubbelzinnig te kennen gegeven, dat huurhernieuwing tot stand was gekomen en dat de huur op 15 februari 1985 zich in een bepaalde periode bevond; indien de verweerders het anders hadden begrepen, hadden zij geen huurherziening kunnen vragen en, gesteld dat de huur zich in een onbepaalde periode bevond, hadden wij ambtshalve de niet-ontvankelijkheid van die vraag, gebaseerd op art. 6 moeten opwerpen; zoals uit ons vonnis van 23 maart 1987 blijkt, is dit niet gebeurd, maar werden de verschillende periodes duidelijk omlijnd; overigens tot tevredenheid van de verweerders, die in dat vonnis hebben berust.

De vraag van de eiser is derhalve ontvankelijk en gegrond. Op 15 april 1982 is een nieuwe huur voor negen jaar tot stand gekomen, zodat de subsidiaire vraag van de eiser om, ingeval zou worden geoordeeld dat de huur zich toch in een onbepaalde periode bevindt, huurhernieuwing te verkrijgen, zonder voorwerp is.

Uiteraard dient ook de vraag van de verweerders tot beëindiging van de huur tegen 30 mei 1989 te worden afgewezen en kan ook geen opzegging worden gegeven, met aanbidding van uitwinningsvergoeding.

NOOT – Het vonnis van dezelfde rechter van 23 maart 1987, waarnaar in bovenstaande uitspraak wordt verwezen, werd gepubliceerd in R.W., 1989-90, 1435.

RECHTSPRAAK IN KORT BESTEK

Hof van Cassatie (1e Kamer), 7 september 1989

Burgerlijke rechtspleging – Samenstelling van het rechtscollege – Arrest dat een vordering op grond van art. 1382 B.W. principieel gegrond verklaart en een expertise beveelt – Later arrest dat uitspraak doet over de omvang van de schade

Bij arrest van 23 juni 1981 werden de hogere beroepen van de partijen ontvankelijk verklaard en de heropening van het debat bevolen om de partijen te laten concluderen over de nietigheid van een aannemingsovereenkomst. Bij arrest van 5 november 1981, «recht doende in voortzetting», werd de overeenkomst nietig verklaard, de vordering van verweerder, gebaseerd op de artt. 1382 e.v. B.W., principieel gegrond verklaard en een expertise bevolen met opdracht advies uit te brengen over de schade die door de fouten van eiseres aan verweerders gebouw veroorzaakt zijn. Ten slotte veroordeelt het bestreden arrest (Hof Brussel, 25 november 1987), «recht doende in voortzetting», na neerlegging van het verslag eiseres tot betaling van schadevergoeding. Eiseres verwijt dit laatste arrest dat het niet uitgesproken is door de raadsheren die de twee vorige arresten hebben gewezen.

«Overwegende dat artikel 779, eerste lid, van het Gerechtelijk Wetboek niet vereist dat het arrest, waarbij een vordering op grond van de artikelen 1382 en volgende van het Burgerlijk Wetboek ontvankelijk en principieel gegrond wordt verklaard en, alvorens over de omvang van de schade te beslissen, een deskundigenonderzoek wordt bevolen, en het latere arrest, waarbij na de uitvoering van die onderzoeksmaatregel over het bedrag van de schadevergoeding uitspraak wordt gedaan, door dezelfde raadsheren worden gewezen.»

(Voorzitter: de h. Janssens – Rapporteur: de h. Matthijs – Openbaar ministerie: de h. Lenaerts – Advocaten: mrs. Bützler en Houtekier – In de zaak: P.V.B.A. R. t/ W.)

NOOT – Zie Cass., 14 oktober 1988 en 17 november 1988, Arr. Cass., 1988-89, nrs. 87 en 161.

Hof van Cassatie (1e Kamer), 21 september 1989

Burgerlijke rechtspleging – Vordering tot terugbetaling van B.T.W. – Behoudens bij de vrederechter mededeling aan het openbaar ministerie en vermelding van het advies vereist – Regels toepasselijk in eerste aanleg en in hoger beroep

Het bestreden arrest (Hof Brussel, 23 maart 1988) wordt om de volgende redenen vernietigd:

«Overwegende dat het arrest gegrond verklaart de vordering van verweerder om te horen zeggen voor recht dat het tarief van de belasting over de toegevoegde waarde waaraan het door haar in België ingevoerde produkt onderworpen is, 6% bedraagt en niet 19%, zoals de administratie beweert;

«Overwegende dat, krachtens artikel 764, 10°, van het Gerechtelijk Wetboek, de vorderingen inzake belastingen, uit-

genomen voor de vrederechter, aan het openbaar ministerie worden meegedeeld; dat zulks op straffe van nietigheid voorgescreven is;

«Overwegende dat, krachtens artikel 780, 4°, van hetzelfde wetboek het vonnis op straffe van nietigheid de vermelding van het advies van het openbaar ministerie bevat;

«Overwegende dat de vordering, waarin onder andere het bedrag van de beweerdelijk ten onrechte geïnde B.T.W. geheel of ten dele wordt teruggevorderd, een 'vordering inzake belastingen' is; dat de evengenoemde wetsbepalingen op zodanige vordering toepasselijk zijn;

«Overwegende dat het arrest geen melding maakt van het advies van het openbaar ministerie; dat uit geen enkel stuk waarop het Hof vermag acht te slaan, blijkt dat het openbaar ministerie advies heeft uitgebracht;

Dat het arrest derhalve de in het middel aangewezen wetsbepalingen schendt.»

(Voorzitter: de h. Sace – Rapporteur: de h. Poupart – Openbaar ministerie: de h. Velu, eerste advocaat-generaal – Advocaat: mr. De Bruyn – In de zaak: Belgische Staat t/ N.V. B.)

NOOT – Zie Cass., 14 december 1987, *R.W.*, 1987-88, 1380.

BOEKEN

Telecommunications Satellites and International Law – Les satellites de télécommunication et le droit international, Collection de droit international nr. 24, Brussel, Editions Bruylant & Editions de l'Université de Bruxelles, 1989, 141 pp.

Deze referatenbundel is het resultaat van een internationaal colloquium dat op 8 november 1988 aan de VUB gehouden werd door het Belgisch Genootschap voor Internationaal Recht. Het is een interessante introductie in de juridische problemen m.b.t. telecommunicatie.

In het eerste deel komen algemene problemen aan bod: de plaats van het ruimterecht in het internationaal recht, de International Telecommunication Union, de voordelen van geostationaire satellieten, internationaalrechtelijke problemen i.v.m. direct broadcasting satellieten, het gebruik van stoorzenders, enz.

Deel II behandelt de internationale reglementering en praktijk van de satellietverbindingen. Het recht m.b.t. communicatiesatellieten valt uiteen in twee grote onderdelen: het klassieke internationaal ruimterecht (de rechten en plichten van de staten die satellieten lanceren, de status van ruimteobjecten...) en het ruimterecht van de tweede generatie dat zich op «aardse» activiteiten i.v.m. de ruimte richt (vragen over een nieuwe informatieorde, de eis van de ontwikkelingslanden om de ruimte boven hun grondgebied als hun natuurlijke rijkdom te beschouwen enz.)

In het derde deel worden auteursrechtelijke problemen aangesneden. De meeste aandacht gaat uit naar de vraag welk recht van toepassing is: ofwel cumulatief alle auteurswetten die binnen de footprint van de satelliet liggen, ofwel het auteursrecht van het land van waaruit uitgezonden wordt. Hierbij moet rekening gehouden worden met de verschillende soorten satellieten.

Het laatste deel stelt de initiatieven die de EEG en de Raad van Europa op het gebied van de grensoverschrijdende televisie en de promotie van een eigen Europese audiovisuele industrie hebben genomen, in het licht. De wijze waarop in Canada en Quebec de culturele identiteit van het land beschermd wordt tegen de vloedgolf van T.V.-producties uit de Verenigde Staten kan eventueel model staan voor soortgelijke maatregelen op Europees niveau.

Michiel Elst

G.M. WEIJER, e.a., **Commercial Agency and Distribution Agreements: Law and Practice in the Member States of the European Community**

De Internationale Vereniging voor Jonge Advocaten (Association Internationale des Jeunes Avocats), wellicht beter bekend onder haar afgekorte benaming A.I.J.A., heeft een in het Engels geschreven boek over de wetgeving en de praktijk in de lidstaten van de Europese Gemeenschap inzake agentuur, distributie en franchising gepubliceerd.

Guy-Martial Weijer, voorzitter van de A.I.J.A.-commissie voor Europees recht, fungeerde als hoofdredacteur voor dit gemeenschappelijk werk, waarvan de uitgave verzorgd werd door Graham & Trotman Publishers.

Zoals kan worden verwacht van elk werk dat op de internationale praktijk gericht is, vinden wij naast nationale rapporten tevens een hoofdstuk over het Europees mededingingsrecht en de praktische toepassing ervan op de besproken vakgebieden agentuur, distributie en franchising.

In een bijlage wordt de tekst bezorgd van de Richtlijn van de Raad van Europa voor handelsagenten en van de Verordeningen die vrijstelling verlenen van de toepassing van artikel 85, lid 1, van het Verdrag van Rome voor bepaalde groepen van overeenkomsten (exclusieve distributieovereenkomsten, exclusieve aankoopovereenkomsten, franchise-overeenkomsten).

Vele voetnoten maken verdere lectuur mogelijk dank zij verwijzingen naar wetgeving en rechtspraak.

De nationale wetgevingen zijn alle vertaald in het Engels, wat uiteraard aan dit werk voor de praktijk van Angelsaksische afkomst een extra dimensie verleent.

Ieder onderwerp volgt een zelfde structuur zodat een eerste vergelijking tussen de verschillende rechtsstelsels makkelijk wordt.

De bedoeling is duidelijk zowel juristen als ondernemers aan te spreken.

De zakenman zal dit werk gebruiken als een gids bij de voorbereiding en tijdens onderhandelingen met partners uit andere lidstaten en wellicht zelfs in een dispuut om te begrijpen waarom zijn handelspartner vanuit een andere achtergrond onderhandelt.

De jurist vindt materie voor rechtsvergelijking en wellicht inspiratie bij het formuleren van de verhoudingen tussen contractspartijen.

De Belgische bijdrage, die tot stand kwam onder de algemene coördinatie van mr. Olivier Vaes uit Antwerpen, werd geschreven door drie leden van de Brusselse Balie: Geert Bogaert voor de distributieovereenkomsten, Christine De Keersmaecker voor de agentuurovereenkomsten en Nicole Van Ranst voor de franchise-overeenkomsten

Louis Lafili

L. NEELS, D. VOORHOOF en H. MAERTENS, **Medialex. Bronnenverzameling van de media- en informatiewetgeving**, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1990, 688 pp.

Het mediarecht heeft de laatste jaren een explosieve uitbreiding genomen: de technologische ontwikkelingen en de europeanisering en internationalisering van het medialandschap vereisen een voortdurend ingrijpen van de wetgever. Of beter: de wetgevers, want de Belgische staatshervorming laat ook haar sporen na in het mediarecht. Ook al moet men nog wachten op het eerste degelijke handboek in deze materie, *Medialex* biedt toch reeds een eerste houvast voor de jurist, journalist of student die een overzicht wil krijgen van het recht dat de media beheerst.

Dit thematisch wetboek is zeer ruim opgevat, niet alleen wat de bronnen betreft (gaande van verdragen tot ministeriële circulaire, maar ook C.A.O.'s en deontologische regels), maar ook qua inhoud. Het bestaat uit zeven delen: algemene bronnen; openheid, toegankelijkheid, beslotenheid; communicatiemediën; mediawerkers; media-inhoud; rechtsbescherming; varia. Internationale verdragen en decreten van de Franstalige en Duitstalige gemeenschappen worden in Nederlandse vertaling weergegeven, en dus niet in hun authentieke versie. De wetteksten worden integraal of bij uittreksel gepubliceerd. Van een aantal teksten wordt slechts de verwijzing gegeven.

Twee wetten i.v.m. het auteursrecht ontbreken o.i. ten onrechte in *Medialex*: de wet van 25 juni 1921 tot verlenging wegens de oorlog van de duur der werken van letterkundig of artistiek eigendom, en de wet van 27 juli 1953 betreffende de toepassing op de Belgen van zekere bepalingen der internationale overeenkomst van 26 juni 1948 voor de bescherming van kunst- en letterkundige werken. Verwijzingen naar art. 79 van het Eerste Aanvullende Protocol bij de Conventies van Genève van 1949 (bescherming van journalisten in gewapende conflicten) en naar de Helsinki-akkoorden zouden dit wetboek eventueel kunnen vervolledigen.

De stof is in deze eerste uitgave bijgewerkt tot 1 mei 1989. Het mediarecht staat evenwel niet stil. Omdat deze bronnenverzameling niet te snel verouderd zou geraken, heeft de uitgever een flexibel systeem uitgedacht. Er werd gekozen voor een pocketeditie (dus niet voor een duur losbladig werk) die door nieuwsbrieven up-to-date gehouden zal worden. Deze nieuwsbrieven kunnen in de achterflap opgeborgen worden en zijn cumulatief, d.w.z. de laatste nieuwsbrief vervangt de vorige.

Michiel Elst

F. THOMAS en B. CUVELIER, **Inleiding tot het humanitair recht**, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1990, 192 pp.

Art. 15, lid 1, E.V.R.M. geeft de Verdragsluitende Partijen de mogelijkheid om in geval van oorlog of algemene noodtoestand af te wijken van hun verplichtingen inzake de bescherming van de mensenrechten, mits aan het proportionaliteitsvereiste voldaan wordt, en deze afwijkingen niet in strijd zijn met andere verplichtingen welke voortvloeien uit het internationale recht. Met die «andere verplichtingen» wordt o.m. de naleving bedoeld van de vier Conventies van Genève van 1949 en de twee Aanvullende Protocollen van 1977 (de zgn. Rode-Kruisverdragen), die alle door België bekrachtigd zijn.

Terwijl de verdediging van de mensenrechten op het internationale forum en in de media een vaste plaats verworven heeft, kan dit niet gezegd worden van het humanitair oorlogsrecht. Een verklaring hiervoor is allicht in de benaming van de rechtstak zelf te vinden die door de publieke opinie als contradictorisch aangevoeld wordt. Hoe kunnen oorlog en recht samengaan? Hoe kan het recht de oorlog een «humaan» gezicht geven? Legitimeert het recht op die manier gewapende conflicten? Het antwoord op die vragen kan alleen maar negatief zijn. Het uitgangspunt van het humanitair oorlogsrecht is evenwel pragmatisch en minder ideologisch gekleurd. Het gaat uit van het eenvoudige gegeven dat mensen nu eenmaal oorlog voeren. Het doel van het humanitair recht is dan het leed dat onvermijdelijk door dergelijke gewapende conflicten veroorzaakt wordt, zoveel mogelijk te lenigen en te beperken. Dit gebeurt zowel door de bescherming van de slachtoffers van een conflict (het zgn. recht van Genève) als door het verbod van bepaalde oorlogsmethodes (het recht van Den Haag).

De onwetendheid van de pers in verband met het humanitair recht is ongetwijfeld een hinderpaal voor de verdere verspreiding ervan. Deze *Inleiding tot het humanitair recht* zou zeker niet misstaan in de documentatie van een redacteur buitenland van een krant. Dit vlot leesbare boek verdient inderdaad een ruimer afzetgebied dan de door de auteurs vooropgestelde doelgroep, namelijk de officieren-leerlingen van de Koninklijke Militaire School. Het is een uitstekende introductie in deze materie, en een uitgebreid kritisch apparaat en een bibliografie wijzen de weg naar een grondige studie. Enkele praktische voorbeelden zouden het boek wellicht toch meer kleur gegeven hebben.

Het werk bestaat uit acht onderdelen: de bronnen en de grondslagen van het recht der gewapende conflicten, de leiding van de operaties, combattanten en krijgsgevangenen, de bescherming van de burgerbevolking, de beschermde plaatsen en goederen, de niet-internationale gewapende conflicten, de aansprakelijkheid voor de naleving van het humanitair oorlogsrecht en ten slotte de inbreuken op het humanitair oorlogsrecht. In bijlage worden uittreksels van de belangrijkste verdragen gepubliceerd.

M.E.

AANGEKONDIGD

Ch. PERELMAN, *Ethique et droit*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 826 p.

DE BRAUW BLACKSTONE WESTBROEK, *Europa 1992 in juridisch perspectief*, Zwolle, Tjeenk Willink, 166 p., 28,50 fl.

G.H.J. HOMBURG, P.H. RENOY, E. VAN STRATEN, *Profijt van de criminaliteit. Fietsendiefstal en heling in de horeca in Amsterdam*, Arnhem, Gouda Quint, 94 p., 28,50 fl.

Rechterlijke macht en Nieuw B.W. — B.W.-krant jaarboek 1990, Arnhem, Gouda Quint, 164 p., 18,50 fl.

Recht van de Islam 7. Teksten van het op 2 juni 1989 te Leiden gehouden 7e Rimo-Symposium, Maastricht, Rimo, 143 p.

J. DALCO, P. VAN DEN EYNDE, *Tout savoir sur la filiation et l'adoption*, Brussel, Story-Scientia, 186 p., 550 fr.

J. DE GROOF, *Le pacte scolaire coordination et annotations*, Brussel, Story-Scientia, 100 p., 850 fr.

R.R.M. DE MOOR, *Artikel 6 E.V.R.M. en de dagelijkse rechtspraak. Verslag van de vijfde themamiddag van de Juristenvereniging voor Afgestudeerden in Tilburg*, Juvat, op 24 november 1989, Zwolle, Tjeenk Willink, 168 p., 27,50 fl.

C. KELK, *Afgeschreven. L'homme perdu*, Arnhem, Gouda Quint, 84 p., 25 fl.

Kunstenaarszakboekje, Antwerpen, Kluwer, 440 p., 1.090 fr. (abonnees 872 fr.).

Strafvetboek (9e druk, opnieuw bewerkt en samengesteld door A. Vandeplas), Antwerpen/Apeldoorn, Maklu, 308 p., 595 fr.

M. DEVROEY, *De anti-koppelbaasmaatregelen in de programmawet* (Serie Bouwteken aktueel, nr. 1), Hoeilaart, M. Devroey, 126 p., 1.367 fr.

J. PARDON, *La loi applicable aux contrats bancaires dans l'espace financier européen de 1993*, Brussel, Belgische Vereniging van Banken, 50 p., 500 fr.

Guide des citations, références et abréviations juridiques, Brussel, Story-Scientia/Bruylant, 116 p.

Kroniek van het privaatrecht over 1989 (Serie Molengraaff Instituut voor Privaatrecht, nr. 15), Zwolle, Tjeenk Willink, 114 p., 24,50 fl.

G.L. COOLEN, *Militair en recht* (Studiepockets staats- en bestuursrecht, nr. 17), Zwolle, Tjeenk Willink, 226 p., 49,50 fl.

J.H. WANSINK, *Acceptatie en naselectie bij verzekering. Vrijheid in gebondenheid*, Zwolle, Tjeenk Willink, 46 p., 17,50 fl.

SOCIALE DIENST V.E.V. (ed.), *Sociaal praktijkboek 1990-91*, Antwerpen, Kluwer, 384 p.

B. HUBEAU, E. LANCKSWEERDT, J. VANDE LANOTTE, *De tijdelijke huurwet 1990*, Antwerpen, Kluwer, 110 p.

B. DE GRAEVE, P. HUMBLET, M. TRIEST, E. VOGEL-POLSKY, H. WILLEKENS, *Positieve actie, positieve discriminatie, voorrangbehandeling voor vrouwen* (Tegenspraak cahier 8), Antwerpen, Kluwer, 132 p.

C. ELIAERTS, E. ENHUS, R. SENDEN, *Politie in beweging. Bijdrage tot de discussie over de politie van morgen*, (Interuniversitaire reeks criminologie en strafwetenschappen nr. 21), Antwerpen, Kluwer / Arnhem, Gouda Quint, 452 p.

H. VANDEBERGH, *Aftrekbare bedrijfslasten in het W.I.B.*, (Fiscale Praktijkstudies nr. 11), Antwerpen, Kluwer, 162 p.

F. DANGEARD, *Le droit financier américain*, Brussel, Story-Scientia, 218 p.

M. FONTAINE, *Droit des contrats internationaux. Analyse et rédaction de clauses*, Brussel, Story-Scientia, 370 p.

F. GOTZEN (ed.), *Chip protection*, Brussel, Story-Scientia, 224 p.

KANTTEKENING

Randbemerkingen inzake de nota van de procureurs-generaal emeriti bij het Hof van Cassatie

De opmerkelijke "nota" van de procureurs-generaal emeriti (R.W., 1990-91, 16) laat alleen enkele randbemerkingen toe betreffende sommige onvolkomenheden van het Ger. W. dat inzake rech-

terlijke organisatie het sluitstuk van de interne gerechtelijke controle over eigen werking niet heeft overgenomen.

De oudere wetgeving behelsde enkele positieve gegevens die niet uitdrukkelijk werden overgenomen:

1) art. 7 van de wet van 20 april 1810 bepaalde dat de hoven van beroep *soverein* recht spreken, wat impliciet door de Grondwet werd bevestigd in art. 92 inzake *exclusieve* rechtsmacht;

2) art. 42 van het décret impérial van 6 juli 1810 bepaalde dat alle functies van het Openbaar Ministerie "specialement et personnellement" toevertrouwd werden aan de procureurs-generaal.

3) een bepaling werd niet opgenomen die juist in een interne controle door de hoven van beroep voorzag. Art. 11 van de wet van 20 april 1810 bepaalde dat de hoven van beroep de procureurs-generaal mochten ontbieden en hun "opleggen" (enjoindre) vervolgelingen in te stellen nopens misdaden en wanbedrijven waarvan ze intern kennis hadden, of om de procureur-generaal te horen in zijn verantwoording of zijn verklaring in geval van ingestelde vervolgingen.

Die belangrijke wetbepaling vormde de tegenhanger van de exclusieve toebedelings van rechtsmacht aan de procureur-generaal en bevestigde de soevereine rechtsbedeling door de hoven van beroep.

Grondwettelijk volgt hieruit dat de gerechtelijke macht in eigen schoot de volledige rechtsbedeling moet vrijwaren en zulks als soevereine macht.

Een parlementair onderzoek sluit in zich geen recht van berechting van het voorwerp ervan, en laat alleen ruimte aan een legislatief initiatief binnen het kader der Grondwet.

Hieruit volgt dat het recht zich aan een parlementair onderzoek te onttrekken enkel gezagdragers van een andere soevereine staatsmacht betreft.

Een beroepsgeheim onverantwoord verklaren komt neer op een schending van de ethiek die ten grondslag ligt van het recht.

Stellen dat de volksvertegenwoordiging de hoogste en ultieme hoedster is van de Grondwet, is een grove dwaling gelet op de gelijkheid van de soevereine staatsmachten.

Het initiatief gaat uit van legisten en niet van juristen die bij de instelling van de arbeidsrechtbanken, gezien hun bezetting, in meerderheid, van niet-leden van de rechterlijke macht, vergeten zijn dat art. 105 van de Grondwet bestaat die daarom speciaal de instelling van rechtbanken van koophandel of "buitengewone" rechtskolleges toeliet, evenwel niet in hoger beroep. Dit zal een brandend geschilpunt worden.

Prof. em. R. van Lennep

BALIE

Conferentie van de jonge balie te Ieper – Samenstelling van het Bestuur

Voorzitter: mr. Hendrik Camerlynck; ondervoorzitter: mr. Patrick Geelhand de Merxem; penningmeester: mr. Hilde Esprit; secretaris: mr. Stefaan De Rouck; bestuurslid: mr. Herman Baron; vertegenwoordiger der stagiairs: mr. Luc Billiet.

Samenstelling van de Raad der Orde van Advocaten te Hasselt

Stafhouder: mr. Arne Van der Graesen.

Leden: mrs. Guy Klok, Jan Kranzen, Frans Vereecken, Renaat Broekmans, Anita Van den Wouwer, Karel Peeters, Cyriel Coomans, Guido Fissette, Hubert Berghs, Xavier Byvoet, Leon Truyers, Xavier Gielen, André Weyens en Pierre Carlier.

Conferentie van de Jonge Balie te Mechelen – Plechtige openingszitting

De plechtige openingszitting van de Conferentie van de Jonge Balie te Mechelen vindt plaats op zaterdag 6 oktober 1990 om 16u00 in de Raadzaal van het Stadhuis, Grote Markt te Mechelen.

De heer E. Krings, procureur-generaal bij het Hof van Cassatie, houdt de openingsrede: «Het gerechtelijk ambt en de buitenwereld».

MEDEDELINGEN

Colloquium «Milieu en Antarctica: welke toekomst?»

Het Département de Droit International van de Université Catholique de Louvain organiseert in samenwerking met het Center for International Environment Law, Kings College, London, op 9 en 10 oktober 1990 in het Egmont Paleis te Brussel, een colloquium met als thema: «Milieu en Antarctica: welke toekomst?»

Inlichtingen: mevr. Dickenstein, Université Catholique de Louvain, Place Montesquieu 2, 1348 Louvain-la-Neuve (tel. 010/47.47.78; fax: 010/47.46.01).

TIJDSCHRIFTEN

Journal des tribunaux de travail, 1989

nr. 431, 10 maart

nr. 432, 20 maart

Gerard, Ph. E., Les décisions de refus, de limitation ou de suspension du droit aux allocations de chômage et le principe général du respect des droits de la défense.

nr. 433, 31 maart

Wantiez, La résolution judiciaire du contrat de travail: quelques précisions.

Jura Falconis, 1988-89 (jg. 25)

nr. 2, winter '89

Verhoeven, A., De juridische grondslag van kwalitatieve rechten en plichten; Morris, G., Het Europees Verdrag van Rome van 19 juni 1980 betreffende het toepasselijk recht op verbintenissen uit overeenkomst (slot); Verstrepen, W., Het bewarend beslag op zee- en binnenschepen (slot); Dejonghe, P., De bevoegdheid van de burgerlijke rechter in kort geding in de marge van strafzaken.

De Naamloze Vennootschap

nr. 67/1, januari

Maeijer, J.M.M., 25 jaren belangenconflict in de Naamloze Vennootschap; Timmerman, L., 1992 en de medezeggenschap van werknemers; Vas Nunes, P.C., Goed geregeld: het reglement met wijzigings-clausule.

nr. 67/2, februari

Meeles, D.A.M., De nevendoeleinden van de belastingheffing; Mulder, W.F., Wetsvoorstel Invorderingswet 1989 onevenwichtig; Huizink, J.B., Alleen doorhaling of ook statutenwijziging?; Van der Grinten, W.C.L., De Sociaal Economische Raad en het enquête-recht.

nr. 67/3, maart

Hartog, F., Een jaar Economische Zaken; Van Solinge, A.G., Aanpassing van het fondsenreglement m.b.t. beschermingsconstructies; Breedveld, C. en Lempers, F.B., Uitgangspunten voor het budgettaire beleid in de komende jaren.