

DE BEPERKTE TOETSING VAN HET GELIJKHEIDSBEGINSEL DOOR HET ARBITRAGEHOF

I. INLEIDING

De Bijzondere Wet op het Arbitragehof van 6 januari 1989 heeft de bevoegdheden van het Arbitragehof uitgebreid¹. Wetten, decreten en ordonnances kunnen door het Arbitragehof aan de artikelen 6, *6bis* en 17 van de Grondwet getoetst worden. Terwijl de wetgever voorheen geacht werd steeds het gelijkheidsbeginsel van artikel 6 Gw. toe te passen, krijgen de burgers nu een effectief instrument in handen om de werkelijke naleving van dit beginsel door de wetgever te toetsen².

Hoe moet het Arbitragehof nagaan of het discriminatieverbod al dan niet is geschonden? De wetgever heeft zich hierover niet uitgesproken omdat hij niet wil ingrijpen in de

onafhankelijkheid van de rechterlijke macht. Het Arbitragehof moet zelf uitmaken hoe het dit non-discriminatiebeginsel zal interpreteren en toetsen. Het Hof kan hiervoor o.a. te rade gaan bij het Europees Hof voor de Rechten van de Mens en bij het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschap. Beide hoven hebben reeds een uitgebreide jurisprudentie inzake het discriminatieverbod opgebouwd³. De criteria die het Arbitragehof moet hanteren, zijn de vergelijkbaarheidstoets en de rechtvaardigingstoets. Bovendien kan de toetsing van de objectieve rechtvaardiging van de verschillende behandeling marginaal of volledig geschieden⁴.

¹ Bijzondere Wet op het Arbitragehof, *B.S.*, 7 januari 1989, p. 315. Voor een grondige bespreking van deze wet zie ALEN, A. en MEERSSCHAUT, F., «Het Arbitragehof, (nog steeds) een grondwettelijk hof in wording. Een commentaar op de bijzondere Wet van 6 januari 1989», *T.B.P.*, 1989, 211-232.

² Het Arbitragehof heeft reeds een aantal arresten gewezen i.v.m. het gelijkheidsbeginsel: arrest nr. 9/89 van 27 april 1989, m.b.t. de vordering tot schorsing van de wet van 23 maart 1989 betreffende de verkiezing van het Europees Parlement (verworpen), *T.B.P.*, 1989, 663; arrest nr. 21/89 van 13 juli 1989, m.b.t. de vordering tot schorsing van bepaalde artikelen van de programmawet van 30 december 1988 (schorsing van de artt. 17 en 24 van de programmawet), *B.S.*, 21 juli 1989, p. 12781; arrest nr. 23/89 van 13 oktober 1989, m.b.t. beroep tot vernietiging van bepaalde artikelen van de programmawet van 30 december 1988 (vernietiging van de artt. 17 en 24 van de programmawet), *B.S.*, 8 november 1989, p. 18397 (voor de bespreking van dit arrest zie LAGASSE, D., «La loi programme du 30 décembre 1988 imposait-elle aux laboratoires non hospitaliers de biologie chimique des conditions d'exploitation discriminatoires par rapport aux laboratoires hospitaliers?», *J.T.*, 1990, 7-10; VELAERS, J., «Discriminatie in de sector van de klinische biologie: De zaak Biorim voor het Arbitragehof», *T.B.P.*, 1990, 454-463); arrest van 11 januari 1990, m.b.t. het beroep tot vernietiging van de artt. 17 en 24 tot 29 van de programmawet van 30 december 1988 (gedeeltelijk zonder voorwerp en voor het overige verworpen), *B.S.*, 6 februari 1990, p. 1928; arrest nr. 6/90 van 25 januari 1990, m.b.t. het beroep tot vernietiging van de artt. 17 tot 28 en inzonderheid van de artt. 26 en 27 van de programmawet van 30 december 1988 (verworpen), *B.S.*, 10 februari 1990, p. 2560; arrest nr. 8/90 van 7 februari 1990, m.b.t. het onttrekken aan de Duitstalige Gemeenschap van de bevoegdheid en de middelen inzake bescherming van monumenten en landschappen en het overhevelen ervan naar het Waals Gewest (niet-ontvankelijk); arrest nr. 9/90 van 7 februari 1990, m.b.t. een prejudiciële vraag of art. 1 van de wet van 2 februari 1982 tot toekenning van bepaalde bijzondere machten aan de Koning, en inzonderheid de punten 5°, 7° en 8° van die bepaling, de artikelen 6, *6bis* en 17 van de Grondwet schendt (geen schending), *B.S.*, 19 april 1990, p. 7364; arrest nr. 26/90 van 14 juli 1990, m.b.t. de beroepen tot gehele of gedeeltelijke vernietiging van de wet van 23 maart 1989 betreffende de verkiezing van het Europees Parlement (enkel vernietiging van art. 21, § 1, van de wet).

³ Het Internationaal Gerechtshof en zijn voorloper, het Permanent Internationaal Gerechtshof, hebben in enkele arresten het gelijkheidsbeginsel aangehaald, voornamelijk in verband met de bescherming van minderheidsgroepen (*Droit des minorités en Haute-Silésie (écoles minoritaires)*, 26 april 1928, *C.P.J.I.*, Série A, nr. 15, p. 165; *Traitement des nationaux polonais et des autres personnes d'origine ou de langue polonaise dans le territoire de Dantzig (avis consultatif)*, 4 februari 1932, *C.P.J.I.*, Série A/B, nr. 44, p. 4; *Ecoles minoritaires en Albanie (avis consultatif)*, 6 april 1935, *C.P.J.I.*, Série A/B, nr. 64, p. 4; Oscar Chinn, 12 december 1934, *C.P.J.I.*, Série A/B, nr. 63, p. 65).

Enkel in de zaak *Oscar Chinn* is het Permanent Internationaal Gerechtshof dieper ingegaan op het gelijkheidsbeginsel. Het Hof besliste dat een verschillende behandeling op grond van nationaliteit een verboden discriminatie uitmaakt. Het Hof concludeerde dat, hoewel er een verschillende behandeling was, er geen sprake kon zijn van een gelijksoortige situatie en bijgevolg het non-discriminatiebeginsel niet was geschonden.

Het Internationaal Gerechtshof kreeg in 1966 in de zaak *Zuid-Oost Afrika (I.C.J. Reports, 1966, 6)* een unieke kans om zich, inzake mensenrechten, uit te laten over het begrip discriminatie. Het Internationaal Gerechtshof verklaarde zich echter onbevoegd. We zullen dan ook verder geen aandacht meer besteden aan de jurisprudentie van het Internationaal Gerechtshof.

⁴ De marginale toetsing is een rechtsbegrip dat uit Nederland is overgewaaid. Over de inhoud van het begrip en de mogelijke toepassingsfeiten zie o.a. BORST, P., «Enige beschouwingen over marginale toetsing in publiek- en privaatrecht», *W.P.N.R.*, 1962, 377-379, 389-392 en 401-403; BORST, P., «Problemen en perspectieven van de marginale toetsing», *W.P.N.R.*, 1969, 25-28, 37-40, 49-54 en 61-65; PRAKKE, L., «Algemene beginselen van behoorlijk bestuur en marginale toetsing», *Ars Aequi*, 1966, 278-288; VAN DER GRINTEN, W., «Marginale toetsing», in *Op de grenzen van komend recht. Opstellen aangeboden aan Prof. Mr. J. Beekhuis*, Deventer, Kluwer, 1969, pp. 109-123; WIARDA, G., «De rechter tegenover vage rechtsnormen», *R.W.*, 1973-74, 177-190.

In België: BOES, M., «Rechter en bestuur, redelijkheid, zorgvuldigheid en marginale toetsing», in *Liber Amicorum Jan Ronse*, Brussel, Story Scientia, 1986, pp. 1-10; LENAERTS, K., *Le juge et la constitution aux Etats-Unis d'Amérique et dans l'ordre juridique européen*, Brussel, Bruylant, 1988, 817 p.; RONSE, J., «Marginale toetsing in het privaatrecht», *T.P.R.*, 1977, 207-221; SOETAERT, R., «Rechtsbeginselen en marginale toetsing in cassatie», in *Liber Amicorum Jan Ronse*, Brussel, Story Scientia, 1986, pp. 58-61; VAN HOUTTE, H., «Gerechterlijke controle over tuchtmaatregelen van verenigingen», *R.W.*,

De analyse van de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens en van het Hof van Justitie van de E.G. zal aantonen hoe beide hoven de vergelijkbaarheids-toets en de rechtvaardigingstoets toepassen. Aan de hand van deze gegevens wordt telkens de rechtspraak van het Arbitragehof doorgelicht. Hieruit zal blijken dat het Arbitragehof geen vergelijkbaarheidstoets toepast. Bovendien geschiedt de motivering bij de rechtvaardigingstoets minder expliciet dan bij het Europees Hof voor de Rechten van de Mens. Het Arbitragehof oefent enkel een marginale controle uit inzake de objectieve rechtvaardiging⁵.

II. VERGELIJKBAARHEIDSTOETS

1. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Artikel 14 van het Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens en de fundamentele Vrijheden bepaalt: «Het genot van de rechten en vrijheden, welke in dit Verdrag zijn vermeld, is verzekerd zonder enig onderscheid op welke grond ook, zoals geslacht, ras, kleur, taal, godsdienst, politieke of andere overtuiging, nationale of maatschappelijke afkomst, het behoren tot een nationale minderheid, vermogen, geboorte of andere status⁶.»

Het discriminatieverbod, zoals het is neergelegd in het Verdrag, heeft een beperkte draagwijdte⁷. Het verbod geldt

1971-72, 1593; VAN GERVEN, W., «Beginnelen van behoorlijk handelen», *R.W.*, 1982-83, 961.

⁵ De rechter is onbevoegd om de opportuniteit van de door de administratie genomen beslissingen te beoordelen (zie Cass., 26 april 1963, *R.C.J.B.*, 1963, 116-129, met noot J. DABIN; zie ook Cass., 23 april 1971, *R.W.*, 1970-71, 1795, met conclusie advocaat-generaal Dumon; Cass., 19 september 1979, *Pas.*, 1980, I, 67; Cass., 20 september 1982, *Pas.*, 1983, I, 91, in fine). De redelijkheid vormt echter de grens van de beleidsvrijheid van de overheid. Daarom zal de rechter wel optreden indien de onredelijkheid of de onbillijkheid van de beslissing zo duidelijk is dat over de onjuistheid van het overheidsoptreden geen twijfel bestaat. Zie hierover *R.v.St.*, V.Z.W. Onthaalcentrum voor gastarbeiders van Brussel, nr. 28.895, 24 november 1987; *R.v.St.*, Grevesse, nr. 27.378, 14 januari 1987, *J.T.*, 1987, 156, met noot D. LAGASSE; SOETAERT, R., «Rechtsbeginselen en marginale toetsing in cassatie», in *Liber Amicorum Jan Ronse*, Brussel, Story Scientia, 1986, pp. 58-61; STIJNS, S., «Abus mais de quel(s) droit(s)? Réflexions sur l'exécution de bonne foi des contrats et l'abus de droits contractuels», *J.T.*, 1990, 41-43.

⁶ Deze opsomming is niet limitatief. Zie: Enige aspecten van de taalregeling van het Belgisch onderwijs, *Arrêts et décisions*, Série A, vol. 6; James e.a., *Arrêts et décisions*, Série A, vol. 98, § 74; BOSSUYT, M., *L'interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'homme*, Brussel, Bruylant, 1976, pp. 56-59; COHEN-JONATHAN, G., *La Convention européenne des Droits de l'Homme*, Parijs, Economica, 1989, p. 540.

⁷ Art. 14 heeft geen onafhankelijke betekenis. Hieruit volgt dat het discriminatieverbod slechts samen met een ander artikel van het Verdrag of Protocol kan ingeroepen worden (zie: Enige aspecten van de taalregeling in het Belgisch onderwijs, *Arrêts et décisions*, Série A, vol. 6; Zweeds Syndicaat van Treinbestuurders, *Arrêts et décisions*, Série A, vol. 20, § 45; Abdulaziz, Cabales en Balkandali, *Arrêts et décisions*, Série A, vol. 94, § 71-83; C. tegen België, 8701-79, *D.R.*, vol. 18, p. 252). Ondanks deze beperking heeft het discriminatieverbod wel een autonome betekenis. Dit betekent dat, hoewel het hoofdartikel niet geschonden is, het non-discriminatiebeginsel van art. 14 toch geschonden kan zijn. Voor een duidelijke illustratie

enkel voor de in het Verdrag en in de Protocolen neergelegde rechten en vrijheden⁸.

Het discriminatieverbod, of in positieve zin het gelijkheidsbeginsel, houdt in dat wat gelijk is, op een gelijke wijze en wat verschillend is, op een verschillende wijze moet worden behandeld⁹. Om van gelijke situaties te kunnen spreken is echter niet vereist dat het gaat om identieke situaties¹⁰. Immers twee volledig identieke situaties zal een rechter eerder zelden ter behandeling voorgelegd krijgen¹¹.

Hoe stelt het Europees Hof voor de Rechten van de Mens vast of bepaalde situaties al dan niet analoog zijn? Slechts in een beperkt aantal zaken onderzoekt het Hof de vergelijkbaarheid van de situaties. Het Hof eigent zich hierbij een discretionaire macht toe. Het Hof oordeelt naar eigen goeddunken over de vergelijkbaarheid van bepaalde situaties zonder dat het hiervoor enig criterium ter verduidelijking van zijn redenering geeft. Het Hof steunt op de feiten en controleert deze aan de werkelijkheid. Het arrest *Johnston* geeft hiervan een duidelijke illustratie. Deze zaak betreft de echtscheiding in Ierland. In principe is in Ierland geen echtscheiding mogelijk. Een echtscheiding in het buitenland kan daarentegen in Ierland erkend worden op voorwaarde dat de betrokkenen in het buitenland waren gedomicilieerd. Volgens verzoeker maakt dit een discriminerende behandeling uit. In de ogen van het Hof echter zijn personen die in het buitenland zijn gedomicilieerd en personen die in Ierland zijn gedomicilieerd, niet in een vergelijkbare situatie¹². Het Hof geeft evenwel geen leidraad hoe men moet bepalen of de desbetreffende situaties al dan niet analoog zijn¹³.

van het onderscheid tussen de onafhankelijke en de autonome betekenis van artikel 14 zie het arrest inzake Enige aspecten van de taalregeling in het Belgisch onderwijs, *Arrêts et décisions*, Série A, vol. 6.

⁸ BOSSUYT, M., *L'interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'homme*, Brussel, Bruylant, 1976, pp. 133-165; BOSSUYT, M., «Het discriminatieverbod van de Europese Conventie van de Rechten van de Mens in de rechtspraak van de Commissie», *R.B.D.I.*, 1972, 515 en 527; COHEN-JONATHAN, G., *La Convention européenne des Droits de l'Homme*, Paris, Economica, 1989, p. 538; McKEAN, W., *Equality and Discrimination under International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1985, pp. 216-220; VAN DIJK, P., *De Europese Conventie in theorie en praktijk*, Nijmegen, Ars Aequi libri, 1982, pp. 446-453.

⁹ Enige aspecten van de taalregeling in het Belgisch onderwijs, *Arrêts et décisions*, Série A, vol. 6, § 10; Nationaal Syndicaat van de Belgische politie, *Arrêts et décisions*, Série A, vol. 19, § 44; Kjeldsen, Busk Madsen en Pedersen, *Arrêts et décisions*, Série A, vol. 23, § 56; Sunday Times, *Arrêts et décisions*, Série A, vol. 30, § 70; Marckx, *Arrêts et décisions*, Série A, vol. 31, § 32; (VAN DER MUSSELE, *Arrêts et décisions*, Série A, vol. 70, § 46; Rasmussen, *Arrêts et décisions*, Série A, vol. 87, § 35; Abdulaziz, Cabales en Balkandali, *Arrêts et décisions*, Série A, vol. 94, § 71; Lithgow, *Arrêts et décisions*, Série A, vol. 102, § 177; Johnston e.a., *Arrêts et décisions*, Série A, vol. 112, § 60; Inze, *Arrêts et décisions*, Série A, vol. 126, § 36.)

¹⁰ COHEN-JONATHAN, G., *La Convention européenne des Droits de l'Homme*, Parijs, Economica, 1989, p. 544.

¹¹ BOSSUYT, M., *L'interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'homme*, Brussel, Bruylant, 1976, p. 38.

¹² Johnston e.a., *Arrêts et décisions*, Série A, vol. 112, § 60.

¹³ Zie ook: Sunday Times, *Arrêts et décisions*, Série A, vol. 30, § 72; De Jong, Baljet en Van den Brink, *Arrêts et décisions*, Série A, vol. 77, § 62.

In het arrest *Kjeldsen, Busk Madsen en Pedersen* beslist het Hof zonder uitgebreide motivering dat het godsdienstonderwijs en de onderrichting in seksuele opvoeding verschillend van aard zijn. Het godsdienstonderwijs verspreidt noodzakelijkerwijze doctrines en niet een eenvoudige kennis, hetgeen van seksuele opvoeding niet kan worden gesteld, aldus het Hof¹⁴. Van vergelijkbare situaties is bijgevolg geen sprake.

Zodra het Hof vaststelt dat het geen analoge situaties zijn die verschillend behandeld worden, zal het Hof zijn onderzoek staken. Van discriminatie is er dan geen sprake. In het arrest *Engel* besloot het Hof dat het aangevochten onderscheid tussen militairen en burgers geen analoge situatie betrof daar de voorwaarden en vereisten van het militaire leven vanwege hun aard verschillen van die van het burgerleven. Bijgevolg beëindigde het Hof hier reeds het onderzoek naar een eventuele discriminatie¹⁵.

In de zaak *Van der Mussele* ten slotte besliste het Hof dat advocaten, geneesheren, veeartsen, apothekers en tandartsen zich niet in een gelijke situatie bevinden. Elk van deze vrije beroepen wordt gekenmerkt door een eigen geheel van rechten en plichten zodat het kunstmatig zou overkomen om er slechts een enkel aspect uit te halen¹⁶. Eiser had geargumenteed dat de Belgische advocaten in het betrokken domein een minder gunstige behandeling kregen dan de leden van een aantal andere vrije beroepen, hetgeen een discriminatie zou uitmaken. Geneesheren, veeartsen, apothekers en tandartsen moeten immers hun diensten niet gratis aan de minstbesteden aanbieden. Aangezien het niet om gelijke situaties gaat, stopte het Hof zijn onderzoek naar een eventuele discriminatie dan ook na de vergelijkbaarheidstoets.

Het is echter bedenkelijk dat het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in de meeste arresten de vergelijkbaarheidstoets niet doorvoert¹⁷. Daar waar deze toets een eerste en soms zelfs de laatste stap is naar de vaststelling van een beweerde discriminatie, spreekt het Hof vaak niet over de vergelijkbaarheid van de betrokken situaties (het betreft meestal wel duidelijk analoge situaties). Het Hof onderzoekt in deze zaken onmiddellijk of het ingevoerde onderscheid een objectief legitiem doel nastreeft en of er een redelijke proportionaliteitsverhouding bestaat tussen het beoogde doel en de aangewende middelen. In de zaak *Rasmussen* gaat het Hof ter zake wel erg ver. Het Hof acht het niet nodig om de vergelijkbaarheidstoets effectief door te voeren. Het Hof zal immers van het standpunt uitgaan dat de personen zich in analoge situaties bevinden om aldus onmiddellijk de rechtvaardigingstoets te hanteren¹⁸.

¹⁴ *Kjeldsen, Busk Madsen en Pedersen, Arrêts et décisions, Série A*, vol. 23, § 56.

¹⁵ *Engel e.a., Arrêts et décisions, Série A*, vol. 22.

¹⁶ *Van der Mussele, Arrêts et décisions, Série A*, vol. 70, § 46.

¹⁷ Zie o.a.: Enige aspecten van de taalregeling in het Belgisch onderwijs, *Arrêts et décisions, Série A*, vol. 6; Nationaal Syndicaat van de Belgische politie, *Arrêts et décisions, Série A*, vol. 19; Zweeds Syndicaat van Treinbestuurders, *Arrêts et décisions, Série A*, vol. 20; Schmidt en Dahlström, *Arrêts et décisions, Série A*, vol. 21; Ierland t/ Verenigd Koninkrijk, *Arrêts et décisions, Série A*, vol. 25; Marckx, *Arrêts et décisions, Série A*, vol. 31; De Jong, Baljet en Van den Brink, *Arrêts et décisions, Série A*, vol. 77; Abdulaziz, Cabales en Balkandali, *Arrêts et décisions, Série A*, vol. 94; James e.a., *Arrêts et décisions, Série A*, vol. 98; Gillow, *Arrêts et décisions, Série A*, vol. 109.

¹⁸ *Rasmussen, Arrêts et décisions, Série A*, vol. 87, § 37.

2. Het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen

Artikel 7 van het E.E.G.-Verdrag bevat het algemeen discriminatieverbod. Dit artikel bepaalt dat elke discriminatie op grond van nationaliteit verboden is. Het toepassingsgebied van dit verbod is beperkt tot de werkingssfeer van het Verdrag¹⁹. Het Hof geeft aan dit artikel een ruime interpretatie. Niet alleen zichtbare discriminatie op grond van nationaliteit is verboden maar ook alle vormen van verkapte discriminatie, die door toepassing van andere onderscheidingscriteria in feite tot hetzelfde resultaat leiden, zijn verboden²⁰. Daarnaast is ook het verbod van discriminatie in het goederenverkeer (art. 34²¹ en art. 36²²) relevant voor de ontleding van de werkwijze van het Hof van Justitie bij de toetsing van het discriminatieverbod.

Het Hof van Justitie omschrijft het non-discriminatieverbod als een beginsel krachtens hetwelk gelijke gevallen niet verschillend mogen behandeld worden tenzij dit verschil objectief kan worden gerechtvaardigd²³.

¹⁹ Het Hof kreeg met deze beperking o.a. te maken in de zaak *Gravier*. De Belgische overheid had een wet uitgevaardigd waardoor vanaf het jaar 1976-1977 het «inschrijvingsgeld voor vreemdelingen» werd ingevoerd (tussen de 80.000 en 250.000 fr. voor het universitair onderwijs). Dit betekende dat aan buitenlandse studenten, waarvan de ouders niet in België verbleven, een bijkomend inschrijvingsgeld kon worden opgelegd. Het bijkomend inschrijvingsgeld vormde een duidelijke discriminatie op grond van nationaliteit. De vraag was echter of de toegang tot en het volgen van onderwijs en opleiding binnen het toepassingsgebied van het Gemeenschapsrecht vielen. Het Hof beantwoordde deze vraag bevestigend (*H.v.J., Gravier t/ Stad Luik*, 293/83, *Jur.*, 1985, 613, r.o. 26). In het arrest *Blaizot* besliste het Hof dat ook het universitair onderwijs onder het toepassingsgebied van het Verdrag valt (*H.v.J., Blaizot t/ Université de Liège, U.C.L., U.L.B. et Les Facultés Universitaires Notre-Dame de la Paix à Namur*, 24/86, *Jur.*, 1988, 405, r.o. 24). Zie ook *H.v.J., Morson en Jhanjan*, 35/82, *Jur.*, 1982, 3723, waar het Hof oordeelde dat het niet binnen de werkingssfeer van het Verdrag viel.

²⁰ *H.v.J., G.M. Sotgiu t/ Deutsche Bundespost*, 152/73, *Jur.*, 1974, 153; *H.v.J., Commissie t/ Ierland*, 61/77, *Jur.*, 1978, p. 417; *H.v.J., Boussac Saint-Frères SA t/ Birgitte Gerstenmeier*, 22/80, *Jur.*, 1980, p. 3427; *H.v.J., Stanton e.a. t/ Institut national d'Assurances Sociales pour Travailleurs Indépendants*, 143/87, *C.M.L.R.*, 1989, vol. 56, p. 761; *H.v.J., Rijksinstituut voor de Sociale Verzekering der Zelfstandigen t/ Wolf e.a.*, 154 en 155/87, *Jur.*, 1988, 3911-3912, r.o. 9 (in fine).

²¹ Artikel 34 wordt thans door het Hof uitsluitend als een discriminatieverbod ten nadele van de uitvoer beschouwd, behalve indien het om landbouwprodukten gaat waarvoor een gemeenschappelijke marktordening bestaat. Zie *H.v.J., Procureur de la République te Besançon t/ Claude Bouhelier e.a.*, 53/76, *Jur.*, 1977, 197; *H.v.J., P.B. Groenveld BV Haarlem t/ Produktschap voor Vee en Vlees, Rijswijk*, 15/79, *Jur.*, 1979, 3409; *H.v.J., Strafzaak tegen Sergius Oebel*, 155/80, *Jur.*, 1981, 1993; *H.v.J., Jongeneel Kaas BV t/ Nederlandse Staat en COZ*, 237/82, *Jur.*, 1984, 483; *H.v.J., Duphar BV t/ Minister van Volksgezondheid en Milieuhygiëne*, 238/82, *Jur.*, 1984, 523; *H.v.J., E. Haug-Adrian t/ Frankfurter Versicherungs-AG*, 251/83, *Jur.*, 1984, 4277.

²² Artikel 36, § 2, bepaalt dat de verboden en beperkingen van art. 36, § 1, geen middel tot *willekeurige discriminatie* noch een verkapte beperking van de handel tussen de lidstaten mogen vormen.

²³ *H.v.J., Albert Tuckdeschel & Co e.a. t/ Hauptzollamt Hamburg-St Annen en Hauptzollamt Itzehoe («Quellmehl»)*, 117/76 en 16/77, *Jur.*, 1977, 1769; *H.v.J., Royal Scholten-Honig (Holdings) Ltd. t/ Intervention Board for Agricultural Produce; Tunnel Refi-*

Het eerste deel van deze omschrijving houdt een onderzoek in naar de vergelijkbaarheid van de situaties die verschillend worden behandeld²⁴. Net als het Europees Hof voor de Rechten van de Mens geeft het Hof van Justitie geen criteria om zijn besluit te ondersteunen. Bij zijn beslissing inzake de vergelijkbaarheidstoets laat het Hof zich leiden door de feitelijke gegevens en de realiteit. Soms gebruikt het Hof hiervoor ook juridische elementen zoals verordeningen²⁵.

In het Koelkastenarrest van 1963 moest het Hof zich uitspreken over een beroep tot nietigverklaring van de beschikking van 17 januari 1963 waardoor de Franse regering gemachtigd werd vrijwaringsmaatregelen te nemen tegen de invoer van elektrische huishoudkoelkasten uit Italië. Volgens de Italiaanse regering was hier duidelijk sprake van discriminatie op grond van nationaliteit. De Commissie argumenteerde dat die verschillende behandeling gerechtvaardigd was. Zij had haar keuze van deze maatregel gebaseerd op het gegeven dat de invoer van koelkasten uit derde landen in Frankrijk niet op abnormale wijze was toegenomen. Er was enkel een enorme toevloed van Italiaanse koelkasten. Bijgevolg ging het om ongelijke situaties en was de verschillende behandeling geoorloofd. Het Hof volgde de redenering van de Commissie. De gelijke behandeling van ongelijke situaties zou immers pas een echte discriminatie uitmaken²⁶.

In de zaak met betrekking tot de Ierse souvenirs oordeelde het Hof dat er van vergelijkbare situaties sprake was tussen de in Ierland vervaardigde en de vanuit andere lidstaten ingevoerde souvenirs. De wezenlijke eigenschap van een souvenir is immers door het afgebeelde een herinnering aan de bezochte plaats te zijn. Hieruit volgt, aldus het Hof, dat een souvenir niet noodzakelijkerwijze in het land van herkomst vervaardigd hoeft te zijn²⁷. Van onderscheiden situaties was bijgevolg geen sprake.

Het is echter ook bij het Hof van Justitie een vaststelling dat de vergelijkbaarheidstoets vaak achterwege wordt gelaten. Het onderzoek naar een beweerde discriminatie blijft

beperkt tot het nagaan of de verschillende behandeling objectief gerechtvaardigd is²⁸.

Opgemerkt dient te worden dat in landbouwarresten het Hof veel vaker de vergelijkbaarheidstoets doorvoert. Aldus beperkte het Hof zich in de zaak *Koninklijke Scholten-Honig* en in de zaak *Überschär* tot een onderzoek naar de vergelijkbaarheid van de ongelijk behandelde situaties. Het Hof besloot dat de situaties niet vergelijkbaar waren en dat bijgevolg het discriminatieverbod niet geschonden was²⁹. Het Hof steunde hiervoor op de feitelijke realiteit.

In de arresten *Royal Scholten-Honig* en *Ruckdeschel* voerde het Hof eveneens eerst de vergelijkbaarheidstoets door. Hier was echter wel van vergelijkbaarheid sprake en het Hof ging dan ook verder met het onderzoek naar de rechtvaardiging van het onderscheid in behandeling³⁰.

3. Het Arbitragehof

Het is een eigenaardige vaststelling dat het Arbitragehof in geen enkel arrest gewag maakt van de vergelijkbaarheidstoets. In de zaak *Biorim* moet het Hof nagaan of sommige bepalingen van de programmawet van 30 december 1988 discriminatoir zijn. De laboratoria voor klinische biologie die niet aan een ziekenhuis verbonden zijn, en de ziekenhuislaboratoria worden verschillend behandeld. Nergens onderzoekt het Hof in het arrest *Biorim* of het inderdaad wel om vergelijkbare situaties gaat, hetgeen nochtans de eerste stap is in het onderzoek naar een mogelijke schending van het gelijkheidsbeginsel. Het Hof begint onmiddellijk met het onderzoek naar een objectieve rechtvaardiging van de verschillende behandeling³¹. Dezelfde werkwijze hanteert het Arbitragehof in haar arrest over de *zetelverdeling voor het Europees Parlement*³².

neries Ltd. t/ Intervention Board for Agricultural Produce, 103, 145/77, *Jur.*, 1978, 2074; H.v.J., H. Ferweda BV t/ Produktschap voor Vee en Vlees, 265/78, *Jur.*, 1980, 628; H.v.J., Italiaanse Administratie van de Staatsfinanciën t/ Srl. Meridionale Industria Salumi e.a., 66, 127 en 128/79, *Jur.*, 1980, 1262; H.v.J., Koninklijke Scholten-Honig NV en De Verenigde Zetmeelbedrijven «De Bijenkorf BV» t/ Hoofdproduktschap voor Akkerbouwprodukten, 125/77, *Jur.*, 1978, 2004; H.v.J., Peter Überschär t/ Bundesversicherungsanstalt für Angestellte, 810/79, *Jur.*, 1980, 2765; H.v.J., René Hochstrass t/ Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen, 141/79, *Jur.*, 1980, 3019.

²⁴ Immers als de situaties niet als gelijk beschouwd kunnen worden, dan maakt de verschillende behandeling geen discriminatie uit doch een geoorloofde differentiatie. Zie TIMMERMANS, C., «Verboden discriminatie of (geboden) differentiatie», *S.E.W.*, 1982, 426-460.

²⁵ H.v.J., Royal Scholten-Honig(Holdings) Limited t/ Intervention Board for Agricultural Produce; Tunnel Refineries Limited t/ Intervention Board for Agricultural Produce, 103 en 145/77, *Jur.*, 1978, 2080.

²⁶ H.v.J., Regering van de Italiaanse Republiek t/ Commissie, 13/63, *Jur.*, 1963, 355.

²⁷ H.v.J., Commissie t/ Ierland, 113/80, *Jur.*, 1981, 1640-1641, r.o. 15.

²⁸ Zie o.a. H.v.J., Congate t/ HM Customs & Excise, 121/85, *Jur.*, 1986, 1017; H.v.J., E. Haug-Adrion t/ Frankfurter Versicherungs-AG, 251/83, *Jur.*, 1984, 4277; H.v.J., Sermide SpA t/ Cassa Conguaglio Zuccherio e.a., 106/83, *Jur.*, 1984, 4209; Boussac Saint-Frères SA t/ Brigitte Gerstenmeier, 22/80, *Jur.*, 1980, 3427 in fine; TIMMERMANS, C., «Verboden discriminatie of (geboden) differentiatie», *S.E.W.*, 1982, 426-460.

²⁹ H.v.J., Peter Überschär t/ Bundesversicherungsanstalt für Angestellte, 810/79, *Jur.*, 1980, 2765; H.v.J., Koninklijke Scholten-Honig NV en de Verenigde Zetmeelbedrijven «De Bijenkorf» BV t/ Hoofdproduktschap voor Akkerbouwprodukten, 127/77, *Jur.*, 1978, 2004.

³⁰ H.v.J., Royal Scholten-Honig(Holdings) Limited t/ Intervention Board for Agricultural Produce; Tunnel Refineries Limited t/ Intervention Board for Agricultural Produce, 103 en 145/77, *Jur.*, 1978, 2080; H.v.J., Albert Ruckdeschel & Co. en Hansa-Lagerhaus Ströh & Co. t/ Hauptzollamt, Hamburg-St. Annen; Diamalt AG t/ Hauptzollamt Itzehoe, 117/76 en 16/77, *Jur.*, 1977, 1770.

³¹ Arrest nr. 23/89 van 13 oktober 1989, m.b.t. beroep tot vernietiging van bepaalde artikels van de programmawet van 30 december 1988, *B.S.*, 8 november 1989, p. 18397. Zie ook arrest van 11 januari 1990, m.b.t. het beroep tot vernietiging van de artt. 17 en 24 tot 29 van de programmawet van 30 december 1988, *B.S.*, 6 februari 1990, p. 1928.

³² Arrest nr. 26/90 van 14 juli 1990, m.b.t. de beroepen tot gehele of gedeeltelijke vernietiging van de wet van 23 maart 1989 betreffende de verkiezing van het Europees Parlement.

4. Besluit

Uit de analyse van de rechtspraak zowel van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens als van het Hof van Justitie blijkt dat zij geen vast criterium hebben m.b.t. de vergelijkbaarheidstoets. Zij treden discretionair op. In zoverre de vergelijkbaarheidstoets daadwerkelijk wordt doorgevoerd, eigenen de hoven zich een volledige toetsingsbevoegdheid toe. Er is helemaal geen sprake van een marginale toetsing. Het is echter betreurenswaardig te moeten vaststellen dat het Arbitragehof deze eerste en essentiële stap in het onderzoek naar een eventuele schending van het gelijkheidsbeginsel volledig overslaat. Het Hof zou dit, in het belang van de rechtszekerheid, kunnen verhelpen.

III. RECHTVAARDIGINGSTOETS

1. Het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen

Na de vergelijkbaarheidstoets onderzoekt het Hof van Justitie of het verschillend behandelen van gelijke situaties objectief te rechtvaardigen valt.

a. Artikelen 30-36 van het E.E.G.-Verdrag

Bij het bepalen of de aangevochten regeling een willekeurige discriminatie inzake het goederenverkeer uitmaakt, gaat het Hof van Justitie na of de regeling zowel op de vreemde als op de eigen produkten van toepassing is. Indien dit daadwerkelijk het geval is, zal het Hof besluiten dat er geen willekeurige discriminatie is.

Bij de rechtvaardigingstoets voert het Hof geen marginale controle uit maar eigent zich een volledige toetsingsbevoegdheid toe. De lidstaten beschikken immers niet over een discretionaire bevoegdheid inzake goederenverkeer. De lidstaten hebben het grootste deel van hun bevoegdheden aan de supranationale instelling, zijnde de Europese Gemeenschap, afgestaan.

In de zaak *Rewe-Zentralfinanz* moest het Hof zich uitspreken over de verenigbaarheid met het Verdrag van fytosanitaire keuringen van ingevoerde appels. Deze keuringen werden ingevoerd om de verspreiding van de San José-schildluis tegen te gaan. De vraag die zich opdroeg, was of het hier niet ging om een willekeurige discriminatie (art. 36, § 2) aangezien er geen overeenstemmende keuring was voor de binnenlandse appels. Het Hof beantwoordde deze vraag ontkennend. Een verschillende behandeling van ingevoerde en nationale produkten kon niet worden geacht een willekeurige discriminatie te zijn, wanneer er effectieve maatregelen worden genomen om te verhinderen dat besmette nationale produkten in het verkeer worden gebracht. Immers op grond van de opgedane ervaring moest worden aangenomen dat er zonder invoercontroles gevaar bestond voor de verspreiding van het schadelijke organisme³³. Het Hof gaat hier enkel na of het onderscheid in behandeling objectief kan worden gerechtvaardigd. Dit is inderdaad het geval en bijgevolg is er geen sprake van een arbitraire discriminatie.

³³ H.v.J., *Rewe-Zentralfinanz eGmbH t/ Landwirtschaftskammer*, 4/75, *Jur.*, 1975, 859, r.o. 8.

In het arrest *Conegate* kwam het Hof daarentegen wel tot de conclusie dat de regeling een willekeurige discriminatie inhield aangezien de verschillende behandeling niet objectief kon worden gerechtvaardigd³⁴. De Britse douane had een aantal opblaasbare poppen en andere erotische voorwerpen in beslag genomen. Zij beschouwde deze goederen als «aanstotelijke of ontuchtige» voorwerpen, waarvan de invoer in het Verenigd Koninkrijk verboden is. De beperking van het vrij verkeer van goederen, die de regeling invoert, kan in principe geoorloofd zijn met het oog op de bescherming van de openbare zedelijkheid. De maatregel mag weliswaar geen willekeurige discriminatie inhouden. Het Hof stelde echter vast dat de wetgeving van het Verenigd Koninkrijk de vervaardiging of het in de handel brengen van dezelfde goederen niet verbiedt. Bijgevolg was er een verschillende behandeling van de ingevoerde en de eigen nationale produkten, ook al werden deze laatsten in het Verenigd Koninkrijk niet vervaardigd. Het Hof oordeelde dan ook dat men zich niet kon beroepen op de openbare zedelijkheid ter rechtvaardiging van de verschillende behandeling³⁵ en er bijgevolg sprake was van een arbitraire discriminatie.

De problematiek van marginale toetsing komt wel tot uiting wanneer het de Commissie is i.p.v. een lidstaat die een maatregel uitvaardigt. De Commissie beschikt in een aantal materies over een discretionaire bevoegdheid. Het reeds hierboven geciteerde *Koelkastenarrest* kan ter illustratie worden aangehaald. De Commissie kon in de overgangperiode bij de oprichting van de gemeenschappelijke markt machtigingen verlenen tot het nemen van vrijwaringsmaatregelen. De Commissie is hierbij gerechtigd niet te onderscheiden naar de ondernemingen van de gemeenschappelijke markt maar wel naar de verschillende lidstaten, indien dit onderscheid op zakelijke gronden vereist is. Het Hof oordeelde dat uit de gegevens die het ter kennis had gekregen, niet voortvloeide dat het oordeel van de Commissie niet *kennelijk onjuist* was³⁶. Door de termen «kennelijk onjuist» te gebruiken beperkt het Hof zich tot een marginale toetsing van de aangevochten machtiging aan het discriminatieverbod.

De evenredigheidstoets wordt slechts af en toe doorgevoerd³⁷. In de zaak *Société pour l'exportation des sucres t/ Belgische Dienst voor Bedrijfsleven en Landbouw* besliste het Hof van Justitie dat, om te kunnen vaststellen of een bepaling van het gemeenschapsrecht (of een nationale regeling) overeenkomt met het evenredigheidsbeginsel, «moet worden nagegaan of de middelen die zij aanwendt, geschikt zijn om het gestelde doel te bereiken en of zij niet verder

³⁴ In het arrest *Henn en Darby* kwam het Hof tot de omgekeerde conclusie. De Britse douane had verscheidene dozen ontuchtige films en tijdschriften in beslag genomen. Het Hof stelde echter vast dat, ondanks de verschillen in de wetgeving van de onderscheiden delen van het Verenigd Koninkrijk, er geen geoorloofde handel in dergelijke goederen bestond (H.v.J., *Strafgeding tegen Maurice Donald Henn en John Frederick Ernest Darby*, 34/79, *Jur.*, 1979; 3815, r.o. 22).

³⁵ H.v.J., *Congate t/ HM Customs & Excise*, 121/85, *Jur.*, 1986, 1023, r.o. 16.

³⁶ H.v.J., *Regering van de Italiaanse Republiek t/ Commissie*, 13/63, *Jur.*, 1963, 355.

³⁷ Zie ook H.v.J., *Commissie t/ Ierland*, 113/80, *Jur.*, 1981, 1625; TIMMERMANS, C., «Verboden discriminatie of (geboden) differentiatie», *S.E.W.*, 1982, 426-460.

gaan dan noodzakelijk is om het te bereiken»³⁸. M.a.w. wanneer het doel met minder stringente maatregelen kan worden bereikt, dan zal het evenredigheidsbeginsel geschonden zijn. Om dit te onderzoeken stelt het Hof zich in de plaats van de nationale overheid. Het Hof van Justitie voert bijgevolg een volledige controle uit op de naleving van het evenredigheidsbeginsel.

b. Artikel 7 van het E.E.G.-Verdrag

Artikel 7 van het Verdrag verbiedt elke discriminatie op grond van nationaliteit. Aanvankelijk werd dit artikel uitgelegd als zou elke verschillende behandeling van gelijke situaties op grond van nationaliteit ipso facto verboden zijn. De lidstaat kon geen rechtvaardiging inroepen voor het ingevoerde onderscheid. Recent kan men in de rechtspraak van het Hof echter een nieuwe tendens waarnemen inzake de uitlegging van het algemeen discriminatieverbod³⁹. Een verschillende behandeling op grond van nationaliteit kan in overeenstemming zijn met art. 7 als het onderscheid objectief gerechtvaardigd is⁴⁰.

Het Hof beperkt zich niet tot een marginale toetsing bij de controle van een eventuele schending van art. 7 maar onderwerpt de aangevochten regeling aan een strenge controle. Toch moet ook hier weer het onderscheid gemaakt worden indien de Commissie is opgetreden. In het arrest *Sermide* besliste het Hof dat er «geen discriminatie is zolang de betrokken handeling het kader van de ruime discretionaire bevoegdheden waarover de communautaire wetgever te dezen beschikt, niet te buiten gaat»⁴¹. Het Hof zal bijgevolg slechts een marginale toetsing uitoefenen, indien de Commissie een discretionaire bevoegdheid heeft. Indien daarentegen een maatregel van een lidstaat wordt aangevochten, zal het Hof zich een volledige toetsingsbevoegdheid toeëigenen. Zo besliste het Hof in de zaak *Gravier* dat het eisen van een bijkomend inschrijvingsgeld van vreemdelingen doch niet van de Belgische studenten discriminatoir was. Het Hof aanvaardde het argument van de Belgische regering, nl. budgettaire redenen, niet. Het Hof aarzelde hierbij niet om zich in de plaats van de Belgische overheid te stellen en aldus geen enkele appreciatiemarge aan de lidstaat toe te kennen⁴².

c. Besluit

Het Hof van Justitie toetst het discriminatieverbod van de artt. 7, 34 en 36 volledig wanneer de aangevochten maatre-

gel uitgaat van een lidstaat. Bij de beoordeling van de betrokken maatregel stelt het Hof zich als het ware in de plaats van de lidstaat. Het gaat na of het onderscheid in behandeling objectief gerechtvaardigd kan worden en of het beoogde doel niet met minder stringente maatregelen kon worden bereikt. Enkel indien de aangevochten regeling uitgaat van de Commissie van de Europese Gemeenschappen zal het Hof enige terughoudendheid in acht nemen en de maatregelen slechts marginaal aan het discriminatieverbod toetsen.

2. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens leidt uit de principes, voortkomende uit de juridische praktijk van een groot aantal democratische landen, af wanneer een verschillende behandeling discriminatoir is⁴³. Het gelijkheidsbeginsel is, aldus het Hof, geschonden indien het onderscheid niet op objectieve en redelijke maatstaven berust⁴⁴. De rechtvaardiging van het onderscheid moet worden beoordeeld in het licht van het doel en de gevolgen van de betrokken maatregel. Tevens moet rekening gehouden worden met de beginselen die algemeen gelden in een democratische samenleving⁴⁵. Het is echter niet voldoende dat de verschillende behandeling een legitiem doel nastreeft. Art. 14 is eveneens geschonden wanneer duidelijk is vastgesteld dat er geen redelijke verhouding bestaat tussen de gebruikte middelen en het beoogde doel⁴⁶.

⁴³ Enige aspecten van de taalregeling in het Belgisch onderwijs, *Arrêts et décisions*, Série A, vol. 6, § 10; BOSSUYT, M., *L'interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'homme*, Brussel, Bruylant, 1976, p. 115; HERDEGEN, M., «The Relation between the Principles of Equality and Proportionality», *C.M.L.Rev.*, 1985, 693.

⁴⁴ Enige aspecten van de taalregeling in het Belgisch onderwijs, *Arrêts et décisions*, Série A, vol. 6, § 10; Nationaal Syndicaat van de Belgische politie, *Arrêts et décisions*, Série A, vol. 19, § 46; Zweeds Syndicaat van Treinbestuurders, *Arrêts et décisions*, Série A, vol. 20, § 45; Schmidt en Dahlström, *Arrêts et décisions*, Série A, vol. 21, § 39; Marckx, *Arrêts et décisions*, Série A, vol. 31, § 33; Rasmussen, *Arrêts et décisions*, Série A, vol. 87, § 29; Abdulaziz, Cabales en Balkandali, *Arrêts et décisions*, Série A, vol. 94, § 71; James e.a., *Arrêts et décisions*, Série A, vol. 98, § 75; Lithgow e.a., *Arrêts et décisions*, Série A, vol. 102, §§ 116 en 177; Gillow, *Arrêts et décisions*, Série A, vol. 109, §§ 64 en 183; Monnell en Morris, *Arrêts et décisions*, Série A, vol. 115, § 73; Inze, *Arrêts et décisions*, Série A, vol. 126, § 41; Bouamar, *Arrêts et décisions*, Série A, vol. 129, § 67; Arrow-smith, *D.R.*, nr. 19, § 103, p. 25; X t/ Verenigd Koninkrijk, *D.R.*, nr. 19, § 161, p. 79; Grandrath, *Ann.*, vol. 10, p. 685; COHEN-JONATHAN, G., *La Convention européenne des Droits de l'homme*, Parijs, Economica, 1989, p. 541; VAN DIJK, P., *De Europese Conventie in theorie en praktijk*, Nijmegen, Ars aequi libri, 1982, p. 456.

⁴⁵ BOSSUYT, M., *L'interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'homme*, Brussel, Bruylant, 1976, p. 231; MCKEAN, W., *Equality and Discrimination under International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1985, p. 221; SUX, E., «Het arrest van Straatsburg over de taalregeling in het Belgisch onderwijs», *T.B.P.*, 1969, 243.

⁴⁶ COHEN-JONATHAN, G., *La Convention européenne des Droits de l'Homme*, Parijs, Economica, 1989, p. 542; FAWCETT, J., *The Application of the European Convention on Human Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1987, p. 302.

³⁸ H.v.J., *Société pour l'exportation des sucres t/ Belgische Dienst voor Bedrijfsleven en Landbouw*, 56/86, *Jur.*, 1987, 1449, r.o. 28.

³⁹ Dit is echter nog niet systematisch het geval. Zie H.v.J., *Sylvie Lair t/ Universität Hannover*, 39/86, *Jur.*, 1988, 3190.

⁴⁰ H.v.J., *Sermide SpA t/ Cassa Conguaglio Zuccheri e.a.*, 106/83, *Jur.*, 1984, 4233, r.o. 28; *Boussac Saint-Frères SA t/ Brigitte Gerstenmeier*, 22/80, *Jur.*, 1980, 3437, r.o. 13 in fine; H.v.J., *E. Haug-Adrion t/ Frankfurter Versicherungs-AG*, 251/83, *Jur.*, 1984, 4288, r.o. 16.

⁴¹ H.v.J., *Sermide SpA t/ Cassa Conguaglio Zuccheri e.a.*, 106/83, *Jur.*, 1984, 4233, r.o. 33.

⁴² H.v.J., *Gravier t/ Stad Luik*, 293/83, *Jur.*, 1985, 610-611, r.o. 14 en 15.

a. Objectief legitiem doel

Wanneer het Hof onderzoekt of een onderscheid arbitrair is, d.w.z. niet op objectieve en redelijke maatstaven steunt, moet het rekening houden met zowel de juridische als de feitelijke gegevens die de samenleving van de Staat kenmerken⁴⁷. Hierbij mag het Hof zich echter niet in de plaats stellen van de bevoegde nationale overheid. Dit zou immers indruisen tegen het subsidiaire karakter van het Europees Hof. De nationale overheid blijft volledig vrij om de nodige maatregelen te treffen die zij geschikt acht in de werkingssfeer van het Verdrag. Het Hof controleert enkel de conformiteit van de maatregelen met de eisen van het Verdrag en mag zich niet uitspreken over de beleidsopties van de overheid⁴⁸.

De Staten beschikken bijgevolg over een zekere «appreciatiemarge» wanneer het Hof onderzoekt of verschillen, in analoge situaties, een juridisch verschillende behandeling rechtvaardigen⁴⁹. De draagwijdte van deze «appreciatiemarge» varieert naar gelang van de omstandigheden, het domein en de context⁵⁰. Het bestaan of het ontbreken van een grootste gemene deler uit de rechtssystemen van de verdragsstaten kan de marge die de overheid heeft, beïnvloeden⁵¹. Door het erkennen van deze appreciatiemarge beperkt het Hof zijn controlebevoegdheid. De toetsing aan het objectief legitiem doel zal bijgevolg slechts marginaal geschieden.

Zo besliste het Hof voor de Rechten van de Mens in zijn arrest *Abdulaziz, Cabales en Balkandali* dat het beperken van de werkloosheid op zich een legitiem doel is. Het Verenigd Koninkrijk verleende bij echtparen van verschillende nationaliteit veel gemakkelijker een verblijfsvergunning aan

vreemde echtgenotes dan aan vreemde echtgenoten. Deze maatregel wilde de werkloosheid in het Verenigd Koninkrijk beperken. De Britse overheid was immers overtuigd dat mannen eerder werk zouden zoeken dan vrouwen. Het door de overheid ingevoerde onderscheid in behandeling geschiedt aldus op basis van het geslacht. Het Hof onderzoekt de beleidsoptie van de Britse overheid echter niet en erkent expliciet de appreciatiemarge van de overheid⁵². Zij voert bijgevolg slechts een marginale controle uit bij het toetsen van het legitiem doel.

Het arrest inzake het *Nationaal Syndicaat van de Belgische politie* en het arrest inzake het *Zweeds Syndicaat van treinbestuurders* behandelen beide de uitsluiting door de overheid van een vakbond bij de onderhandelingen over een C.A.O. Zowel de Belgische als de Zweedse overheid verantwoordt de verschillende behandeling doordat zij enkel met de meest representatieve vakbondsorganisaties wensten te onderhandelen bij het sluiten van C.A.O.'s. Aldus werd het aantal gesprekspartners beperkt en kon sneller een concreet resultaat bereikt worden. Het Hof oordeelde in beide gevallen dat het doel op zich legitiem was en er geen enkele reden was om te geloven dat de overheid andere en onrechtmatige doeleinden nastreefde⁵³.

In beide arresten aanvaardt het Hof dat het nagestreefde doel op zich legitiem is. Het Hof gaat niet over tot het daadwerkelijk onderzoek van het beweerdelijk nagestreefde doel. Het kent de Staten een marge toe bij het bepalen van hun beleidsopties en beperkt aldus zelf zijn controlebevoegdheid. Deze beperkte controlebevoegdheid wordt trouwens door het Hof expliciet erkend in de zaak van *Ierland tegen het Verenigd Koninkrijk*⁵⁴.

In het *Marckx*-arrest wekt het Hof de indruk zijn beperkte controlebevoegdheid te willen doorbreken. De Belgische overheid begunstigt in het B.W. de traditionele familie. Zij rechtvaardigt de verschillende behandeling van huwelijkse en natuurlijke kinderen door redenen van moraal en openbare orde. Het Hof oordeelt dat het aanmoedigen van een traditionele familie op zich legitiem en zelfs verdienstelijk is. Maar dit wil nog niet zeggen dat men daarom maatregelen moet nemen die in dit geval de «natuurlijke» familie schaden⁵⁵. Het Hof schijnt geen vrede te nemen met het ob-

⁴⁷ Enige aspecten van de taalregeling in het Belgisch onderwijs, *Arrêts et décisions*, Série A, vol. 6, § 10; Nationaal Syndicaat van de Belgische politie, *Arrêts et décisions*, Série A, vol. 19, § 47; Zweeds Syndicaat van Treinbestuurders, *Arrêts et décisions*, Série A, vol. 20, § 45; Schmidt en Dahlström, *Arrêts et décisions*, Série A, vol. 21, § 39; Marckx, *Arrêts et décisions*, Série A, vol. 31, § 41 in fine; Abdulaziz, Cabales en Balkandali, *Arrêts et décisions*, Série A, vol. 94, § 78 in fine; FAWCETT, J., *The Application of the European Convention on Human Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1987, p. 302.

⁴⁸ Enige aspecten van de taalregeling in het Belgisch onderwijs, *Arrêts et décisions*, Série A, vol. 6, § 10; Nationaal Syndicaat van de Belgische politie, *Arrêts et décisions*, Série A, vol. 19, § 47; Zweeds Syndicaat van Treinbestuurders, *Arrêts et décisions*, Série A, vol. 20, § 45; Schmidt en Dahlström, *Arrêts et décisions*, Série A, vol. 21, § 39; McKean, W., *Equality and Discrimination under International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1985, p. 222.

⁴⁹ Enige aspecten van de taalregeling in het Belgisch onderwijs, *Arrêts et décisions*, Série A, vol. 6, § 10; Nationaal Syndicaat van de Belgische politie, *Arrêts et décisions*, Série A, vol. 19, § 47 en 49; Zweeds Syndicaat van Treinbestuurders, *Arrêts et décisions*, Série A, vol. 20, § 47; Engel e.a., *Arrêts et décisions*, Série A, vol. 22, § 72; Ierland t/ Verenigd Koninkrijk, *Arrêts et décisions*, vol. 25, § 229; Abdulaziz, Cabales en Balkandali, *Arrêts et décisions*, Série A, vol. 94, § 78; James e.a., *Arrêts et décisions*, Série A, vol. 98, § 76; Lithgow e.a., *Arrêts et décisions*, Série A, vol. 102, § 177; Gillow, *Arrêts et décisions*, Série A, vol. 109, § 66; Inze, *Arrêts et décisions*, Série A, vol. 126, § 41; COHEN-JONATHAN, G., *La Convention européenne des Droits de l'Homme*, Parijs, Economica, 1989, pp. 542 en 544.

⁵⁰ Rasmussen, *Arrêts et décisions*, Série A, vol. 87, § 40.

⁵¹ Rasmussen, *Arrêts et décisions*, Série A, vol. 87, § 40; mutatis mutandis Sunday Times, *Arrêts et décisions*, Série A, vol. 30, § 59.

⁵² Abdulaziz, Cabales en Balkandali, *Arrêts et décisions*, Série A, vol. 94, § 75 en § 78; COHEN-JONATHAN, G., *La Convention européenne des Droits de l'Homme*, Parijs, Economica, 1989, pp. 542-543.

⁵³ Nationaal Syndicaat van de Belgische politie, *Arrêts et décisions*, Série A, vol. 19, § 48; SPERDUTTI, G., «Le principe de non-discrimination dans la jouissance des droits de l'homme: A propos de l'affaire Syndicat national de la police belge», *R.D.H.*, 1976, 71-80; Zweeds Syndicaat van Treinbestuurders, *Arrêts et décisions*, Série A, vol. 20, § 46; Zie eveneens: Schmidt en Dahlström, *Arrêts et décisions*, Série A, vol. 21, § 40.

⁵⁴ Ierland t/ Verenigd Koninkrijk, *Arrêts et décisions*, Série A, vol. 25, § 228; Het Verenigd Koninkrijk richtte in de periode van 1971-73 enkel zijn aandacht op de bestrijding van de I.R.A. en niet op de bestrijding van andere terroristische groepen. Gezien het feit dat voornamelijk de I.R.A. actief was in die periode en andere groeperingen pas daarna actief werden, aanvaardde het Hof de twijfel van de Britse overheid m.b.t. de te volgen strategie. Het gevoerde onderscheid was, rekening houdend met de beleidsopties van de Britse overheid die objectief legitiem waren, alzo niet discriminatoir.

⁵⁵ Marckx, *Arrêts et décisions*, Série A, vol. 31, § 40.

jectief legitiem doel. Niettemin laat het Hof zich niet in met de beleidsopties van de Belgische overheid. Het Hof aanvaardt deze zonder ze aan een diepgaand onderzoek te onderwerpen en oefent slechts een marginale controle uit.

Bijgevolg blijft de zaak betreffende *Enige aspecten van de taalregeling in het Belgisch onderwijs* van 23 juli 1968 nog steeds het basisarrest van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens m.b.t. art. 14 van het Verdrag⁵⁶. Het Hof besliste in deze zaak dat het bewerkstelligen door de wetgever van de taaleenheid binnen de twee grote gebieden van het land een legitiem doel is. De Belgische overheid heeft een aantal maatregelen getroffen met betrekking tot de taal waarin het onderwijs verschaft moet worden, waaronder de taalwetgeving⁵⁷. Volgens het Hof steunt de betrokken maatregel op een objectief criterium, nl. de streek (gewest). Daarenboven is de maatregel ingegeven door het algemeen belang. Het doel is immers «het zeker te stellen dat alle schoolinstellingen die van de Staat afhankelijk zijn en zich in een eentalig gebied bevinden, hun onderwijs geven in de taal die uitgesproken die van de streek is». Het betreft bijgevolg een beleidsoptie van de Belgische overheid en het Hof moet zich beperken tot een marginale controle van dit beleid.

b. Proportionaliteitsverhouding

Bij het uitvoeren van de proportionaliteitstoets onderzoekt het Hof de verhouding tussen de aangewende middelen en het beoogde doel. Indien deze verhouding «kennelijk» onevenredig is, zal het Hof de aangevochten maatregel als discriminatoir beschouwen. Door de term «kennelijk» te hanteren wijst het Hof op een beperking van zijn toetsingsbevoegdheid. Het Hof zal enkel optreden indien de onredelijkheid of de onbillijkheid van de beslissing zo duidelijk is dat over de onjuistheid van het overheidsoptreden geen twijfel bestaat. Het Hof zal eveneens bij de proportionaliteitstoets slechts een marginale controle uitoefenen.

In de arresten het *Nationaal Syndicaat van de Belgische politie* en het *Zweeds Syndicaat van treinbestuurders* stelt het Hof vast dat de betrokkenen nadeel van de maatregel ondervinden en dat zij verschillend worden behandeld. Maar volgens het Hof is er geen kennelijke onevenredigheid tussen de gebruikte middelen en het nagestreefde doel⁵⁸. Het Hof stelt zich bij dit onderzoek niet in de plaats van de natio-

nale overheid. Aangezien het Hof zich niet mag uitspreken over de opportuniteit van de betrokken maatregel, kan het evenmin onderzoeken of het doel met minder stringente middelen kan worden bereikt. Bijgevolg toetst het Hof de genomen maatregelen aan het discriminatieverbod van art. 14 slechts marginaal⁵⁹.

Een analoge redenering wordt teruggevonden in het arrest m.b.t. *Enige aspecten van de taalregeling in het Belgisch onderwijs*. Het Hof was van oordeel dat het middel om het doel te verwezenlijken, nl. de oprichting en de subsidiëring van uitsluitend Nederlandstalige scholen in Vlaanderen, niet «dermate» onevenredig was met de vereisten van het algemeen belang⁶⁰. Het Hof besliste bovendien dat het niet de bevoegdheid heeft om na te gaan of het doel op een andere manier kan worden bereikt⁶¹.

Ten opzichte van één rechtsvraag in deze zaak was het Hof daarentegen wel van oordeel dat het ingevoerde onderscheid arbitrair was. De kinderen van Franstalige ouders, wonende in het Vlaamse landsgedeelte, mochten hun kinderen niet naar Franstalige scholen in de zes randgemeenten sturen. Deze regel was echter niet van toepassing op Nederlandstalige scholen. Het Hof oordeelde dat het vereiste van woonplaats niet in het belang van de schoolinstellingen om administratieve of financiële redenen was opgelegd. Het was enkel ingevoerd uit overwegingen betreffende de taal. De aangewende middelen waren bijgevolg niet geheel evenredig aan het beoogde doel⁶².

Ook een «te groot nadeel» kan aanleiding geven tot een kennelijke onevenredigheid. Zo besloot het Hof in de zaak *Marckx* dat het ingevoerde onderscheid een «te groot» nadeel toebracht aan de «natuurlijke» familie en dat er bijgevolg een «kennelijke» onevenredigheid was tussen de gebruikte middelen en het beoogde doel (in fine). De verschillende behandeling is aldus discriminatoir⁶³.

In de zaak *Abdulaziz, Cabales en Balkandali* ten slotte vindt het Hof het door de overheid aangehaalde cijfermateriaal m.b.t. het aantal mannelijke en vrouwelijke werzoekenden niet overtuigend⁶⁴. Het Hof besluit dat er een kennelijke onevenredigheid bestaat tussen de aangewende middelen (het gemakkelijker toekennen van een verblijfsvergunning aan vreemde echtgenotes dan aan vreemde echtgenoten) en het nagestreefde doel, zijnde het beperken van de werkloosheid. Bijgevolg zijn de aangevochten maatregelen discriminatoir.

⁵⁶ Enige aspecten van de taalregeling in het Belgisch onderwijs, *Arrêts et décisions*, Série A, vol. 6; BOSSUYT, M., *L'interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'homme*, Brussel, Bruylant, 1976, pp. 113-122; BOSSUYT, M., «Het discriminatieverbod van de Europese Conventie van de Rechten van de Mens in de rechtspraak van de Commissie», *R.B.D.I.*, 1972, 503-528; SUY, E., «Het arrest van Straatsburg over de taalregeling in het Belgisch onderwijs», *T.B.P.*, 1969, 240-247.

⁵⁷ Enige aspecten van de taalregeling in het Belgisch onderwijs, *Arrêts et décisions*, Série A, vol. 6; SUY, E., «Het arrest van Straatsburg over de taalregeling in het Belgisch onderwijs», *T.B.P.*, 1969, 243.

⁵⁸ Nationaal Syndicaat van de Belgische politie, *Arrêts et décisions*, Série A, vol. 19, § 49; Zweeds Syndicaat van treinbestuurders, *Arrêts et décisions*, Série A, vol. 20, § 48; zie eveneens: Schmidt en Dahlström, *Arrêts et décisions*, Série A, vol. 21, § 42; Ierland t/ Verenigd Koninkrijk, *Arrêts et décisions*, Série A, vol. 25, § 230.

⁵⁹ VAN DIJCK, P., *De Europese Conventie in theorie en praktijk*, Nijmegen, Ars aequi libris, 1982, pp. 457-458.

⁶⁰ Enige aspecten van de taalregeling in het Belgisch onderwijs, *Arrêts et décisions*, Série A, vol. 6, § 8, p. 44.

⁶¹ Enige aspecten van de taalregeling in het Belgisch onderwijs, *Arrêts et décisions*, Série A, vol. 6, § 13, p. 50.

⁶² Enige aspecten van de taalregeling in het Belgisch onderwijs, *Arrêts et décisions*, Série A, vol. 6, § 32, p. 70; SUY, E., «Het arrest van Straatsburg over de taalregeling in het Belgisch onderwijs», *T.B.P.*, 1969, 244.

⁶³ Marckx, *Arrêts et décisions*, Série A, vol. 31, § 43.

⁶⁴ Abdulaziz, Cabales en Balkandali, *Arrêts et décisions*, Série A, vol. 94, § 79.

c. Besluit

Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens legt in zijn onderzoek naar een schending van artikel 14 van het Verdrag steeds de klemtoon op de legitimiteit van het doel en de proportionaliteit tussen de aangewende middelen en het beoogde doel. Het Hof toetst de aangevochten maatregelen slechts marginaal aan het discriminatieverbod van artikel 14. Het Hof onderzoekt of het doel op zich legitiem is zonder zich uit te spreken over de beleidsopties van de overheid. Dit laatste zou het Hof trouwens brengen op het interne politieke vlak van de verdragsstaten, waar het geacht wordt niet tussenbeide te komen⁶⁵. De analyse van de proportionaliteitsverhouding wordt evenmin ten gronde uitgevoerd. Het Hof gaat niet na of hetzelfde doel met minder stringente maatregelen kan worden bereikt. Enkel indien de verhouding tussen de aangewende middelen en het beoogde doel «kennelijk» onevenredig is, besluit het Hof dat aan de proportionaliteitsverhouding niet is voldaan en dat de maatregel bijgevolg discriminatoir is⁶⁶.

3. Arbitragehof

Voor het toepassen van de rechtvaardigingstoets had het Hof de keuze tussen een marginale (E.H.R.M.) of een volledige (H.v.J.) toetsingsbevoegdheid. Het Hof heeft ondubbelzinnig de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens gevolgd. In zijn arrest van 13 oktober 1989 inzake het beroep tot vernietiging van bepaalde arti-

kelen van de programmawet van 30 december 1988 besliste het Hof⁶⁷:

«De grondwettelijke regels van de gelijkheid der Belgen voor de wet en van de niet-discriminatie sluiten niet uit dat een verschil in behandeling volgens bepaalde categorieën van personen zou worden ingesteld, voor zover voor het criterium van onderscheid een objectieve en redelijke verantwoording bestaat. Het bestaan van een dergelijke verantwoording moet worden beoordeeld met betrekking tot het doel en de gevolgen van de ter beoordeling staande norm; het gelijkheidsbeginsel is geschonden wanneer vaststaat dat de aangewende middelen *redelijkerwijze* niet evenredig zijn met het beoogde doel⁶⁸.»

Het Arbitragehof gaat bijgevolg het discriminatieverbod slechts marginaal toetsen. Deze marginale controle blijkt duidelijk uit de door het Hof gebruikte terminologie. Enkel indien er een «redelijkerwijze» onevenredigheid bestaat tussen de aangewende middelen en het beoogde doel, is er sprake van discriminatie en van een schending van art. 6 van de Grondwet⁶⁹. Het Hof laat zich dus leiden door het beginsel van de scheiding der machten. De rechter mag immers geen plaats nemen in de zetel van de wetgever. Het Arbitragehof is zich daar ook terdege van bewust. Het Hof zegt dan ook uitdrukkelijk⁷⁰:

«Het komt het Hof niet toe te oordelen of een door de wet voorgeschreven maatregel opportuun of wenselijk is. Het staat aan de wetgever de maatregelen vast te stellen die nodig zijn om het beoogde doel te bereiken.»

Het Arbitragehof vervolgt dat het het Hof niet toekomt om na te gaan of het door de bevoegde wetgever nagestreefde doel ook nog door andere wettelijke maatregelen zou kunnen worden bereikt. Het Arbitragehof distantieert zich hier volledig van de rechtspraak van het Europees Hof van Justitie inzake het evenredigheidsbeginsel⁷¹. Het Arbitragehof moet de discretionaire bevoegdheid van de wetgever respecteren. Het Hof onthoudt zich dan ook terecht van een controle naar eventueel minder stringente maatregelen om het doel te bereiken bij het onderzoek naar een eventuele schending van het discriminatieverbod.

⁶⁵ Dissenting opinion van rechter Terje Wold (Noorwegen), Enige aspecten van de taalregeling van het Belgisch onderwijs, *Arrêts et décisions*, Série A, vol. 6, p. 106.

⁶⁶ Ook het Hof van Cassatie en de Raad van State hanteren een analoge redenering bij de interpretatie en de toepassing van artikel 14 van het Verdrag. Dit artikel kan enkel ingeroepen worden in samenhang met een van de in het Verdrag erkende rechten en vrijheden (zie Cass., 6 februari 1984, *Arr. Cass.*, 1983-84, 689; Cass., 16 november 1983, *Arr. Cass.*, 1983-84, 310; Cass., 29 maart 1977, *Arr. Cass.*, 1977, 826; R.v.St., De Rouck, nr. 22.931, 11 februari 1983, *Arr. en Adv. R.v.St.*, 1983, 319). Een verschillende behandeling is mogelijk als het onderscheid op een objectieve en redelijke wijze kan worden gerechtvaardigd (zie Cass., 19 oktober 1984, *Arr. Cass.*, 1984-85, 297; Cass., 3 oktober 1983, *Arr. Cass.*, 1983-84, 118, met conclusie procureur-generaal E. KRINGS; Cass., 7 december 1982, *Arr. Cass.*, 1982-83, 486-487; Cass., 7 oktober 1981, *Arr. Cass.*, 1981-82, 195; R.v.St., E.B., Inter. c. Bottichio, nr. 26.605, 4 juni 1986, *Administration publique*, 1986-87, 82 in fine; R.v.St., Drabs en Coulon, nr. 25.916, 27 november 1985, *Administration publique*, 1985, 150 in fine; R.v.St., Yaakoubi, nr. 22.867, 20 januari 1983, *Arr. en Adv. R.v.St.*, 1983, 161 in fine; R.v.St., Kouvas, nr. 13.680, 7 augustus 1969, *Arr. en Adv. R.v.St.*, 1969, 831). Tevens moet er een «redelijk verband» bestaan tussen de gebruikte middelen en het nagestreefde doel (zie Cass., 3 oktober 1983, *Arr. Cass.*, 1983-84, 121, met conclusie procureur-generaal E. Krings; Cass., 7 oktober 1981, *Arr. Cass.*, 1981-82, 195). De Belgische rechter zal dus eveneens slechts een marginaal toezicht uitoefenen op de argumentatie van de overheid inzake de rechtvaardiging van het ingevoerde onderscheid (LEMMENS, P., «Homoseksualiteit, privé-leven en discriminatieverbod», noot onder Cass., 7 december 1982, *R.W.*, 1982-83, 1912-1913).

⁶⁷ Arrest nr. 23/89 van 13 oktober 1989, m.b.t. beroep tot vernietiging van bepaalde artikelen van de programmawet van 30 december 1988, *B.S.*, 8 november 1989, p. 18397. Zie ook arrest van 11 januari 1990, m.b.t. het beroep tot vernietiging van de artt. 17 en 24 tot 29 van de programmawet van 30 december 1988, *B.S.*, 6 februari 1990, p. 1928; arrest nr. 9/90 van 7 februari 1990, m.b.t. een prejudiciële vraag of art. 1 van de wet van 2 februari 1982 tot toekenning van bepaalde bijzondere machten aan de Koning, en inzonderheid de punten 5°, 7° en 8° van die bepaling, de artt. 6, *6bis* en 17 van de Grondwet schendt, *B.S.*, 19 april 1990, p. 7364; arrest nr. 26/90 van 14 juli 1990, m.b.t. de beroepen tot gehele of gedeeltelijke vernietiging van de wet van 23 maart 1989 betreffende de verkiezing van het Europees Parlement, par. § 6.6.

⁶⁸ Vgl. Enige aspecten van de taalregeling in het Belgisch onderwijs, *Arrêts et décisions*, Série A, vol. 6, § 10.

⁶⁹ Zie arrest van 11 januari 1990, m.b.t. het beroep tot vernietiging van de artt. 17 en 24 tot 29 van de programmawet van 30 december 1988, *B.S.*, 6 februari 1990, p. 1928.

⁷⁰ Arrest nr. 23/89 van 13 oktober 1989, m.b.t. beroep tot vernietiging van bepaalde artikelen van de programmawet van 30 december 1988, *B.S.*, 8 november 1989, p. 18397.

⁷¹ H.v.J., Société pour l'exportation des sucres t/ Belgische Dienst voor Bedrijfsleven en Landbouw, 56/86, *Jur.*, 1987, 1442.

In vergelijking met het Europees Hof voor de Rechten van de Mens blijft het Arbitragehof echter in gebreke bij de motivering van de objectieve rechtvaardiging voor de verschillende behandeling van gelijke situaties.

Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens splitst zijn onderzoek naar een objectieve rechtvaardiging in twee delen. Eerst onderzoekt het Hof of het doel dat de nationale overheid nastreeft, een objectief legitiem doel is. Vervolgens gaat het Hof na of de verhouding tussen het nagestreefde doel en de aangewende middelen niet kennelijk onevenredig is. Het Arbitragehof heeft letterlijk de tekst van het arrest *Belgische Taalzaken* overgenomen inzake de toetsing van het discriminatieverbod. Het Arbitragehof onderzoekt echter helemaal niet of de wetgever een objectief legitiem doel nastreeft. In zijn arrest van 13 oktober 1989 zegt het Hof dat de middelen die worden aangewend, geen lasten aan de bedoelde laboratoria opleggen die onevenredig zijn met het bereiken van dit op zich legitiem doel. Verkeerdelijk wekt het Hof hier de indruk dat het een onderzoek naar de legitimiteit van het doel doorvoert. De wetgever had in art. 17 van de programmawet van 30 december 1988 bepaald dat de laboratoria voor klinische biologie die door een privaatrechtelijke vennootschap worden geëxploiteerd, verplicht zijn de vorm van een burgerlijke vennootschap aan te nemen. Deze bepaling is echter niet van toepassing op andere categorieën van laboratoria, zoals laboratoria geëxploiteerd door ziekenhuizen, universitaire instellingen en openbare besturen. Het doel dat de wetgever nastreeft, is, in het kader van de strijd tegen de overconsumptie, de transparantie van de sector en de controle van de identiteit van de vennoten en van de interne structuur van de laboratoria die aanspraak maken op tegemoetkoming van de ziekteverzekering. Het Hof zegt vervolgens dat de gebruikte middelen evenredig zijn met het beoogde wettig doel⁷². Van een effectief onderzoek naar de legitimiteit van het doel is echter geen sprake.

Dit ontbreken van een onderzoek naar een objectief legitiem doel komt nog duidelijker tot uiting wanneer het Arbitragehof in datzelfde arrest art. 25 van de programmawet behandelt. Het Hof zegt dat het de bedoeling van de wetgever is de medische overconsumptie te bestrijden. Het Hof onderzoekt helemaal niet of het een objectief legitiem doel betreft⁷³. In zijn arrest van 11 januari 1990 spreekt het Hof zich evenmin uit over het legitiem karakter van het beoogde doel. Ook in deze zaak moest het Hof zich uitspreken over het discriminatoir karakter van art. 25 van de programmawet van 30 december 1988⁷⁴. In het arrest over de *zetelverdeling voor het Europees Parlement* ten slotte vermeldt het Arbitragehof zelfs niet welk doel de wetgever met deze wet na-

streeft. Het Hof schuift het onderzoek naar het objectief legitiem doel volledig terzijde⁷⁵.

De proportionaliteitstoets voert het Hof daarentegen correct uit. Het Hof oefent een marginale controle uit op de verhouding tussen de aangewende middelen en het beoogde doel. In het *Biorium*-arrest van 13 oktober 1989 argumenteerden de verzoekende partijen dat het door de wetgever beoogde doel m.b.t. art. 17 van de programmawet ook met minder stringente maatregelen kon worden bereikt. Het Arbitragehof besliste terecht dat het het Hof niet toekomt te oordelen of een door de wet voorgeschreven maatregel opportuun of wenselijk is. De wetgever moet zelf vaststellen welke maatregelen nodig zijn om het beoogde doel te bereiken. Hierbij kan het Hof niet nagaan of het door de wetgever nagestreefde doel ook nog door andere wettelijke maatregelen zou kunnen worden bereikt⁷⁶.

Inzake de wet betreffende de verkiezing voor het Europees Parlement zegt het Arbitragehof dat de beslissing van de wetgever niet onredelijk is. Het Hof aanvaardt de beperkte draagwijdte van zijn toetsingsbevoegdheid en stelt zich niet in de plaats van de wetgever. Immers, aldus het Arbitragehof, het is aanvaardbaar dat de wetgever heeft geoordeeld dat de sedert tien jaar bestaande zetelverdeling niet moest worden gewijzigd, gelet op de omstandigheden (Staatshervorming) en de aard van de wet (gelegenheidswet)⁷⁷. Bijgevolg is de verhouding tussen het beoogde doel en de aangewende middelen niet kennelijk onevenredig en is er van discriminatie geen sprake.

IV. ALGEMEEN BESLUIT

Het Arbitragehof moest zelf uitmaken hoe het wetten, decreten en ordonnanties aan de artt. 6 en *6bis* van de Grondwet zou toetsen. Het Hof inspireerde zich hiervoor op de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens maar lijkt een slechte leerling. De eerste stap in het onderzoek naar een mogelijke discriminatie is de vergelijkbaarheidstoets. Dit onderzoek wordt door het Hof volledig overgeslagen.

Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens onderzoekt de rechtvaardigingsgrond op twee elementen, het objectief legitiem doel en de proportionaliteit tussen doel en middelen. Het Arbitragehof daarentegen onderzoekt enkel of de gebruikte middelen niet kennelijk onevenredig zijn met het beoogde doel. Aan het onderzoek of de wetgever wel degelijk een objectief legitiem doel nastreeft, wordt helemaal geen aandacht besteed. Het is jammer te moeten vaststellen dat het Arbitragehof twee essentiële stappen bij het toetsen van het discriminatieverbod overslaat en zich beperkt tot een controle van de verhouding tussen aangewende middelen en beoogd doel. Het onderzoek naar een mogelijke discriminatie houdt immers meer in dan enkel deze

⁷² Arrest nr. 23/89 van 13 oktober 1989, m.b.t. beroep tot vernietiging van bepaalde artikels van de programmawet van 30 december 1988, § B.2.6, *B.S.*, 8 november 1989, p. 18397.

⁷³ Arrest nr. 23/89 van 13 oktober 1989, m.b.t. beroep tot vernietiging van bepaalde artikels van de programmawet van 30 december 1988, § B.4.3, *B.S.*, 8 november 1989, p. 18407.

⁷⁴ Arrest van 11 januari 1990, m.b.t. het beroep tot vernietiging van de artt. 17 en 24 tot 29 van de programmawet van 30 december 1988, § B.3.6, *B.S.*, 6 februari 1990, p. 1932.

⁷⁵ Arrest nr. 26/90 van 14 juli 1990, m.b.t. de beroepen tot gehele of gedeeltelijke vernietiging van de wet van 23 maart 1989 betreffende de verkiezing van het Europees Parlement.

⁷⁶ Arrest nr. 23/89 van 13 oktober 1989, m.b.t. vernietiging van bepaalde artikels van de programmawet van 30 december 1988, § B.2.7, *B.S.*, 8 november 1989, p. 18405.

⁷⁷ Arrest nr. 26/90 van 14 juli 1990, m.b.t. de beroepen tot gehele of gedeeltelijke vernietiging van de wet van 23 maart 1989 betreffende de verkiezing van het Europees Parlement, §§ B.6.7 en B.6.8.

laatste fase. Het Arbitragehof staat aan het prille begin van zijn jurisprudentie inzake het gelijkheidsbeginsel. Voor een juiste toetsing van het discriminatieverbod moet het Hof zo snel mogelijk deze tekortkomingen in zijn toetsing wegwerken en zowel de vergelijkbaarheidstoets, het objectief legi-

tiem doel als de proportionaliteitstoets klaar en duidelijk onderzoeken.

Patrick DE RIDDER
Assistent Internationaal Recht K.U.Leuven

DE BIJZONDERE VERBEURDVERKLARING VAN DE VERMOGENSVOORDELEN UIT MISDRIJVEN

1. De wet van 17 juli 1990 heeft de artikelen 42, 43 en 505 van het Strafwetboek gewijzigd en een artikel 43bis in datzelfde wetboek ingevoegd (*B.S.*, 15 augustus 1990). De nieuwe bepalingen zijn in werking getreden op 25 augustus 1990 en beheersen, krachtens artikel 2 Strafwetboek, de misdrijven die na deze datum zijn gepleegd (C.J. Vanhoudt en W. Calewaert, *Belgisch Strafrecht*, I, nr. 334; *Gedr. St., Senaat*, 1989-90, verslag namens de commissie voor de Justitie, 890-2, 48). Deze bijdrage zal zich beperken tot een korte bespreking van de nieuwe categorieën van zaken waarop de straf van de bijzondere verbeurdverklaring van toepassing wordt, met name de uit het plegen van misdrijven verkregen vermogensvoordelen.

2. De wet van 17 juli 1990 beoogt het Belgisch recht in overeenstemming te brengen met internationale akten door uitbreiding van de middelen ter beteugeling van bepaalde vormen van criminaliteit die, al dan niet georganiseerd, tot doel hebben winsten op te leveren (*Gedr. St., Senaat*, 1989-90, verslag, 890-2, 14). Luidens de memorie van toelichting kan hiertegen het best worden gestreden door enerzijds de verbeurdverklaring van de uit de misdrijven behaalde winsten en anderzijds door tot misdrijf te maken alle handelingen die de omschakeling en het beheer van die onrechtmatige winsten tot doel hebben (*Gedr. St., Kamer*, 1989-90, memorie van toelichting, 987/1, 1).

3. De wet is bovendien tot stand gekomen omdat naar Belgisch recht de straf van de bijzondere verbeurdverklaring overeenkomstig artikel 42 Strafwetboek tot dan toe enkel kon worden toegepast: a) op de zaken die het voorwerp van het misdrijf uitmaken (de vervalste akte bv.) en op die welke gediend hebben of bestemd waren tot het plegen van het misdrijf (de instrumenten van het delict), op voorwaarde dat zij eigendom van de veroordeelde zijn; b) op de zaken die uit het misdrijf voortkomen (de produkten van het misdrijf zoals vals geld, met uitsluiting van de eigenlijke opbrengsten) (C.J. Vanhoudt en W. Calewaert, *o.c.*, III, nrs. 1816 e.v.).

Verbeurdverklaring was aldus niet mogelijk van gestolen voorwerpen (Cass., 8 oktober 1962, *Pas.*, 1963, I, 167), noch van bedragen die het belang vertegenwoordigen bij het in artikel 245 Strafwetboek bedoelde misdrijf (Cass., 27 mei 1963, *Pas.*, 1963, I, 1029). Geldsommen, afkomstig uit de verkoop van gestolen goederen konden uiteraard evenmin verbeurdverklaard worden (G. Schuind, *Droit criminel*, I, 130 N). Hetzelfde gold voor zaken die met gestolen geld waren aangekocht (A. De Geest, *Verbeurdverklaring*, A.P.R., nr. 70) of voor winsten uit wettelijke activiteiten maar gefinancierd door geld uit misdrijven afkomstig (*Gedr. St., Senaat*, 1989-90, verslag, 890-2, 11).

Deze beperkingen vormden vanzelfsprekend een hinderpaal voor een passende bestraffing van vele delikten (J. Vervaele, «Witwassen: betekent strafbaar ook bestraffing?», *Panopticon*, 1990, 365).

Weliswaar besliste het Hof van Cassatie onlangs dat geldbedragen die voortkomen uit drughandel als zaken die het voorwerp van het misdrijf uitmaken, kunnen worden verbeurdverklaard, omdat de wet van 24 februari 1921 op de verdovende middelen geen eigendomsvereiste meer voorschrijft in afwijking van het gemene recht (Cass., 4 juli 1986, *Arr. Cass.*, 1985-86, nr. 685). Die rechtspraak bleef echter beperkt qua toepassing tot de handel in drugs en qua voorwerp tot de geldsommen als rechtstreeks voorwerp van het misdrijf (W. Brosens, «Enkele recente evoluties in verschillende domeinen van het strafrecht», *R.W.*, 1988-89, 313).

4. Artikel 42 Strafwetboek is thans aangevuld met de mogelijkheid de bijzondere verbeurdverklaring toe te passen op: a) de vermogensvoordelen die rechtstreeks uit het misdrijf zijn verkregen; b) de goederen en waarden die in de plaats ervan zijn gesteld; c) de inkomsten uit de belegde voordelen.

De primaire voordelen (a) omvatten alle goederen en waarden die de delinquent heeft verkregen bij het plegen van het misdrijf en die zich nog in natura in zijn vermogen bevinden. Dit kan zowel de prijs van de misdaad of van het contract zijn, als de tegenwaarde van de transactie of de onrechtmatige winsten (*Gedr. St., Kamer*, 1989-90, memorie van toelichting, 987/1, 3). Deze voorbeelden missen wat duidelijkheid; ze kunnen worden uitgebreid tot de gestolen goederen (*Gedr. St., Kamer*, 1989-90, verslag namens de commissie voor de Justitie, 987/4, 5), alsmede bv. tot het bedrag van de levensverzekering die de dader van een doodslag door die misdaad heeft verkregen (*Gedr. St., Senaat*, 1989-90, verslag, 890-2, 21).

De vervangingsgoederen (b) behelzen die zaken die in de plaats van de primaire voordelen komen, zoals goederen die met het gestolen geld worden aangekocht (*Gedr. St., Kamer*, 1989-90, verslag, 987/4, 5). De oorspronkelijke goederen en waarden worden immers vaak zo vlug mogelijk door de delinquent omgeruild, vervangen of verdeeld, ten einde ieder spoor van het misdrijf te doen verdwijnen (*Gedr. St., Kamer*, 1989-90, memorie van toelichting, 987/1, 4).

Onder de inkomsten (c) uit de sub a en b belegde voordelen worden verstaan de bankrenten, dividenden en opbrengsten van allerlei aard die voortvloeien uit de totstandkoming van het misdrijf en die dus niet kunnen worden beschouwd als rechtmatige winsten (*Gedr. St., Kamer*, 1989-90, memorie van toelichting, 987/1, 4).

5. De aard van de te verbeuren goederen is onverschillig. Deze kunnen zowel roerend als onroerend, lichamelijk of onlichamelijk zijn (*Gedr. St., Kamer*, 1989-90, memorie van toelichting, 987/1, 3).

Nu konden tot aan de wet van 17 juli 1990 principieel alleen roerende goederen het voorwerp uitmaken van bijzondere verbeurdverklaring (L. Dupont en R. Verstraeten, *Belgisch strafrecht*, nr. 687). De enkele reeds bestaande uitzonderingen op dit beginsel (A. De Geest, *o.c.*, nrs. 3 e.v.) worden derhalve thans aanzienlijk uitgebreid. Bij de toepassing hiervan zal de rechter nochtans artikel 12 Grondwet, dat de invoering van de algemene verbeurdverklaring der goederen verbiedt, niet uit het oog mogen verliezen (A. Mast, *Grondwettelijk recht*, 1983, nr. 527). In het uiterste geval dat het hele vermogen van de veroordeelde uit misdrijf is verkregen (men denke aan een drugbaron) is het tot stand komen van een spanningsveld tussen de grondwettelijke bepaling en de strafwet niet zo denkbeeldig.

6. De in de wet van 17 juli 1990 bepaalde verbeurdverklaringen blijven in wezen zo veel mogelijk verbonden aan het misdrijf waarop ze betrekking hebben. Toch kunnen ze ook worden toegepast ingeval de goederen of de waarden die met het misdrijf verband houden, door de dader zijn weggemaakt (*Gedr. St., Senaat*, 1989-90, verslag, 890-2, 8).

Alzo lezen we in het nieuwe artikel 43bis Strafwetboek dat, indien de zaken niet kunnen worden teruggevonden in het vermogen van de veroordeelde, de rechter de geldwaarde ervan raamt, en de verbeurdverklaring dan betrekking heeft op een daarmee overeenstemmend bedrag, ongeacht de aard van de in artikel 42, 3°, Strafwetboek bedoelde zaak.

Deze raming dient gebaseerd te zijn op alle beschikbare gegevens inzake de door de delinquent uit het misdrijf verkregen voordelen, zoals de omvang van de verhandelde drugs, waarbij enkel rekening moet worden gehouden met de brutowinst; een deskundige kan de rechter in zijn taak bijstaan (*Gedr. St., Kamer*, 1989-90, memorie van toelichting, 987/1, 5).

Er zij aangestipt dat voorheen reeds geoordeeld was dat, bij vermenging van de verbeurdverklarde zaken met gelijksoortige goederen (nl. geldsommen), de verbeurdverklaring ook op laatstgenoemde kon worden uitgevoerd (Cass., 6 maart 1950, *Arr. Verbr.*, 1950, 444; Cass., 20 februari 1980, *Arr. Cass.*, 1979-80, 733).

Onder de nieuwe wetgeving is de rechter soeverein bevoegd om te oordelen over het verband, hoe subtiel ook, tussen het gepleegde misdrijf en het daaruit ontstane vermogensvoordeel of de vervangingsgoederen hiervan (*Gedr. St., Senaat*, 1989-90, verslag, 890-2, 36). Verbeurdverklaring zal derhalve steeds kunnen worden uitgesproken indien uit het misdrijf winsten zijn verkregen, ongeacht de houding en handelingen van de delinquent na het plegen van het misdrijf: de justitie blijft een volgrecht behouden.

Cruciaal hierbij zal waarschijnlijk de problematiek van de bewijsvoering worden inzake de relatie tussen het misdrijf en de hieruit voortvloeiende voordelen. Overigens zal dit gegeven bij de strafonderzoeken in de toekomst een nieuw element voor opsporingen opleveren waaraan inzonderheid bij de inbeslagneming bijzondere aandacht zal dienen te worden besteed.

De praktijk zal leren in welke mate deze nieuwe regels de rechtsplegingen in duur en bijkomende betwistingen zullen beïnvloeden, gelet op de verplichting dat verbeurdverklaring moet worden bevolen bij de uitspraak over de straf-

vordering (Cass., 3 november 1987, *R.W.*, 1987-88, 1054, met noot A. Vandeplas).

7. De wet bepaalt niet nader of de vermogensvoordelen in artikel 42, 3°, Strafwetboek eigendom van de veroordeelde moeten zijn. De memorie van toelichting noch de overige parlementaire werkzaamheden spreken zich hierover uitdrukkelijk uit.

Daar echter de te verbeurdverklaren vermogensvoordelen of hun tegenwaarde rechtstreeks of onrechtstreeks uit een misdrijf worden verkregen en het nieuwe artikel 43bis Strafwetboek in de vrijwaring van de rechten van de oorspronkelijke eigenaar-benadeelde voorziet, lijkt het eigendomsver-eiste dan ook ter zake irrelevant.

Wel zal de rechter zoals voorheen steeds zijn beslissing van verbeurdverklaring naar recht moeten motiveren door uitdrukkelijk vast te stellen dat de wettelijke voorwaarden hiertoe verenigd zijn (Cass., 18 september 1985, *Arr. Cass.*, 1985-86, nr. 35) en zal hij tevens tot specificatie van de verbeurdverklarde zaken moeten overgaan (Cass., 15 januari 1990, *R.W.*, 1990-91, 261, met noot M. De Swaef).

Bovendien zal hij ingevolge de wet van 27 april 1987 op de motivering van de straftoemeting, de redenen moeten aanduiden waarom hij deze straf uitspreekt (L. Dupont, «De motivering van de straftoemeting», in *Actuele problemen van strafrecht*, 505, nr. 18).

Immers, hoewel de verbeurdverklaring van de vermogensvoordelen voor alle misdrijven kan worden bevolen (*Gedr. St., Kamer*, 1989-90, verslag 987/4, 6), blijft deze sanctie, in tegenstelling tot de andere gevallen van artikel 42 Strafwetboek, steeds facultatief (*Gedr. St., Kamer*, 1989-90, verslag, 987/4, 2).

De rechter beschikt meteen over een ruime beoordelingsvrijheid om mogelijke nadelige gevolgen van een verbeurdverklaring te voorkomen (*Gedr. St., Kamer*, 1989-90, memorie van toelichting, 987/1, 2). Hij dient niet zonder onderscheid bestraffend te handelen (*Gedr. St., Senaat*, 1989-90, verslag, 890-2, 12). Zo zou hij een herbelegging geheel dan wel gedeeltelijk kunnen verbeurdverklaren en zou hij bij het bepalen van de strafmaat rekening kunnen houden met de eventuele geldboete en vergoedingen, verschuldigd aan de burgerlijke partijen uit de rest van het vermogen van de veroordeelde (*Gedr. St., Kamer*, 1989-90, verslag, 987/4, 6).

8. De bijkomende bezorgdheid van de wetgever voor de belangen van slachtoffers en andere derden bij misdrijven blijkt overigens ook uit het in het Strafwetboek ingevoegde artikel 43bis. De thans uitgebreide mogelijkheid tot verbeurdverklaring mag namelijk geen schade berokkenen aan het recht van het slachtoffer om teruggave te krijgen van wat hem onrechtmatig is ontnomen. De verbeurdverklarde zaken kunnen aldus bestemd worden voor de schadeloosstelling van het slachtoffer, zelfs indien ze het vervangmiddel of het equivalent vormen van de goederen die hem door het misdrijf zijn ontnomen (*Gedr. St., Kamer*, 1989-90, memorie van toelichting, 987/1, 6).

De wet bepaalt immers dat de verbeurdverklarde zaken, ingeval ze aan de burgerlijke partij toebehoren, aan haar zullen worden teruggegeven. De verbeurdverklarde zaken zullen haar eveneens worden toegewezen ingeval de rechter de verbeurdverklaring uitgesproken heeft wegens het feit dat zij goederen en waarden vormen die door de veroordeelde in de plaats gesteld zijn van de zaken die toebehoren aan de burgerlijke partij of omdat zij het equivalent vormen van zulke zaken. Hierdoor krijgt deze vorm van verbeurdverkla-

ring een gemengd karakter : enerzijds een sanctie en anderzijds een wijze van herstel van de schade (L. Dupont en R. Verstraeten, *o.c.*, nr. 696).

Tegelijk wordt hiermee afgeweken van de algemene regel dat verbeurdverklaarde goederen eigendom worden van de Staat (A. De Geest, *o.c.*, nr. 154). Inspiratiebron hierbij was mogelijk artikel 12, Wet 1 april 1879 op de fabrieks- en handelsmerken, dat eveneens voorschrijft dat de verbeurdverklaarde produkten, werktuigen en gereedschappen kunnen worden toegekend aan de klager die zich burgerlijke partij heeft gesteld en dit in mindering of tot het bedrag van zijn schadevergoeding (C.J. Vanhoudt en W. Calewaert, *o.c.*, III, nr. 1826).

Het zal aan de rechtspraak toekomen in te vullen welke plaats de verbeurdverklaring met toewijzing aan de burgerlijke partij inneemt t.o.v. de teruggave die ingevolge artikel 44 Strafwetboek en 370 Wetboek van Strafvordering door de strafrechter ambtshalve kan worden uitgesproken (R. Verstraeten, *De burgerlijke partij en het gerechtelijk onderzoek*, nr. 28 ; L. Dupont en R. Verstraeten, *o.c.*, nr. 1573 e.v.). Verder zal dienen te worden nagegaan of iedere benadeelde zich burgerlijke partij zal moeten stellen om teruggave te krijgen van die goederen die ook het voorwerp kunnen uitmaken van bijzondere verbeurdverklaring, en of die toewijzing de enige eis van een burgerlijke-partijstelling zal mogen uitmaken.

9. Artikel 43bis in fine Strafwetboek vrijwaart daarnaast op meer algemene wijze de rechten van derden t.a.v. de verbeurdverklaarde zaak. De modaliteiten voor de uitoefening van deze rechten zullen evenwel later bij koninklijk besluit worden geregeld.

Dit in de wet van 17 juli 1990 aangekondigde uitvoeringsbesluit zal tot doel hebben te vermijden dat een maatregel van tenuitvoerlegging van de verbeurdverklaring wordt genomen zolang derden op de verbeurdverklaarde goederen binnen een bepaalde termijn een recht kunnen laten gelden (*Gedr. St., Senaat*, 1989-90, verslag, 890-2, 22). Het zal vergelijkbaar zijn met het koninklijk besluit nr. 260 van 24 maart 1936 op de bewaring ter griffie en de procedure tot teruggave van de in strafzaken in beslag genomen zaken (*Gedr. St., Senaat*, 1989-90, verslag, 890/2, 22).

Tot op heden werd aangenomen dat, indien een strafgeving betrekking heeft op een voorwerp dat vatbaar is voor verbeurdverklaring maar dat eigendom is van een derde, deze laatste dan gerechtigd is tussen te komen (Cass., 24

maart 1947, *Pas.*, 1947, I, 123 ; Cass., 21 augustus 1958, *Pas.*, 1958, I, 1243). Het is hem tevens mogelijk hoger beroep in te stellen, zelfs indien hij tijdens de procedure in eerste aanleg niet is tussengekomen (Cass., 12 mei 1947, *R.D.P.*, 1946-47, 963). Wanneer de beslissing van de strafrechter eenmaal in kracht van gewijsde is gegaan zonder dat de derde ter zake is tussengekomen, kan hij zijn rechten nog steeds voor de burgerlijke rechtbank doen gelden (A. De Geest, *o.c.*, nr. 147). Overigens hebben ook de bepalingen van artikel 1122 Gerechtelijk Wetboek betreffende het derdenverzet geldingskracht in strafzaken, voor zover de rechter uitspraak doet over burgerlijke belangen (Cass., 9 februari 1988, *R.W.*, 1988-89, 155, met noot R. Verstraeten).

10. Indien ten slotte de delinquent zijn eigen onvermogen ten voordele van anderen organiseert, kan geen verbeurdverklaring worden uitgesproken t.a.v. de derde-bezitter. Deze zal nochtans eventueel strafbaar zijn op grond van het door de wet van 17 juli 1990 gewijzigde artikel 505 Strafwetboek, dat thans naast de eigenlijke heling ook het witwassen van zaken van onwettige oorsprong bestraft.

De geheelde of witgewassen zaken maken, aldus artikel 505 Strafwetboek, het voorwerp uit van het misdrijf in de zin van artikel 42, 1°, Strafwetboek en ze moeten verplicht worden verbeurdverklaard, zelfs indien zij geen eigendom zijn van de veroordeelde en ook al heeft de dader van het misdrijf daaruit geen vermogensvoordeel verkregen (*Gedr. St., Kamer*, 1989-90, memorie van toelichting, 987/1, 7).

Deze verbeurdverklaring mag nochtans de rechten van derden op deze goederen niet schaden. Artikel 2279 Burgerlijk Wetboek behoudt zijn volle draagwijdte ; artikel 2280 Burgerlijk Wetboek daarentegen kan niet worden ingeroepen bij veroordeling uit hoofde van overtreding van artikel 505 Strafwetboek zoals het gewijzigd is, omdat beide bepalingen elkaar uitsluiten : men kan niet gelijktijdig te goeder trouw zijn op burgerlijk gebied en te kwader trouw op het strafrechtelijk vlak (*Gedr. St., Senaat*, 1989-90, verslag, 890-2, 27).

Derhalve zal, indien de wet van 17 juli 1990 te velde hard kan worden gemaakt, het plegen van misdrijven in de toekomst beduidend minder lonend zijn dan wat tot op heden het geval was.

M. DE SWAEF

RECHTSPRAAK

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 24 NOVEMBER 1989

Voorzitter : de h. Soetaert

Rapporteur : de h. Caenepeel

Openbaar ministerie : de h. Velu, eerste advocaat-generaal

Advocaten : mrs. De Gryse en Bützler

Bewaargeving – Sekwester – Taak

De gerechtelijke sekwester mag alleen bewarende handelingen verrichten.

De maatregelen die door de rechter worden bevolen met het oog op de uitvoering van de taak van de sekwester als sekwester, zijn niet meer van bewarende aard als ze ertoe strekken dat de sekwester de zaken en de gegevens die hem ter bewaring zijn toevertrouwd, uit handen moet geven.

R. t/ N.V. G. e.a.

Gelet op het bestreden arrest, op 17 maart 1988 door het Hof van Beroep te Gent gewezen ;

(...)

Over het eerste middel: schending van de artikelen 1915, 1916, 1956, 1963 van het Burgerlijk Wetboek en 97 van de Grondwet,

...

Overwegende dat de gerechtelijke sekwester alleen maar bewarende handelingen mag verrichten;

Overwegende dat het arrest de beschikking van de eerste rechter bevestigt; dat aan de sekwester opdracht werd gegeven «zich toegang te verschaffen tot de lokalen en aangelanden, eigendom van (eiser), en er zich de onder I, II en III van het rekest opgesomde documenten, waardepapieren, gelden en andere zaken die aan (verweerster) toebehoren, te laten overhandigen; daarbij alle op diskettes opgeslagen gegevens betreffende de cliënteel en de vervaldagen en deel uitmakend van de werking van het agentschap, op de computer van (eiser) te laten uitprinten en op hun volledigheid en juistheid te controleren»; dat dit laatste werd aangevuld met de opdracht «de op diskettes opgeslagen gegevens toebehorende aan (verweerster) op de computer die (eiser) onder zich houdt te laten uitprinten»;

Dat voorts aan de sekwester opdracht werd gegeven «alle voor de werking en continuïteit van de bankwerkzaamheden noodzakelijke documenten, lijsten, waardepapieren, kaste- goeden, kasbons e.d. te laten overbrengen naar het nieuwe agentschap dat gevestigd wordt te (...), na voorafgaande inventarisatie van deze stukken door de sekwester die tevens alle andere zaken die uit het thans bestaande agentschap worden meegenomen, vooraf zal inventariseren»; dat, met betrekking tot de gegevens die volgens de aanvulling van de opdracht moesten worden uitgeprint, bevolen werd «dat de aldus verkregen gegevens ter beschikking zullen worden gesteld van (verweerster) en dat (eiser) daarna onmiddellijk terug in het bezit zal worden gesteld van de computer en de diskettes»;

Overwegende dat eiser het arrest slechts aanvecht in zoverre het de benoemde sekwester opdracht geeft de stukken die het vermeldt, te laten overbrengen naar het nieuwe agentschap van verweerster, en beveelt de uitgeprinte gegevens ter beschikking van verweerster te stellen;

Overwegende dat die maatregelen, welke het arrest beveelt met het oog op de uitvoering van de taak van de sekwester als sekwester, niet meer van bewarende aard zijn, daar ze ertoe strekken dat de sekwester de zaken en de gegevens die hem ter bewaring zijn toevertrouwd, uit handen moet geven; dat het arrest, door die maatregelen te bevelen, artikel 1956 van het Burgerlijk Wetboek schendt;

...

NOOT – Zie in dezelfde zin Cass., 11 oktober 1951, *Arr. Verbr.*, 1952, 58, *Pas.*, 1952, I, 63, *J.T.*, 1951, 614; De Page, H. en Dekkers, R., *Traité élémentaire de droit civil belge*, Brussel, Bruylant, 1975, p. 273, nr. 285; Van Cauwelaert, W., *Be-waargaving en sekwester*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1982, pp. 118-119, nrs. 314-318.

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER – 15 JANUARI 1990

Voorzitter: de h. Caenepeel

Rapporteur: mevr. Baeté-Swinnen

Openbaar ministerie: de h. Lenaerts

Advocaten: mrs. Van Ommeslaghe en De Gryse

Burgerlijke rechtspleging – Behandeling en berechting van de vordering – Vonnis als op tegenspraak – Kwalificatie – Verzet

Het vonnis dat bij verstek is gewezen, verliest die aard niet doordat de rechtbank verklaart op tegenspraak of als op tegenspraak uitspraak te doen.

De mogelijkheid verzet aan te tekenen wordt niet aangetast door de verkeerde kwalificatie.

H. t/ N.V. V.

Over het middel: schending van artikel 751 van het Gerechtelijk Wetboek, meer in het bijzonder artikel 751, 1°, van dit wetboek,

doordat het arrest, dat ten opzichte van eiser werd gewezen met toepassing van artikel 751 van het Gerechtelijk Wetboek, het beroepen vonnis, dat eveneens ten opzichte van eiser werd gewezen met toepassing van dit artikel, eiser veroordeelt tot betaling van een bedrag van 393.331 frank, vermeerderd met interesten sedert 15 april 1971, en tot betaling van de procedurekosten in eerste aanleg, bevestigt,

terwijl uit het dossier van de rechtspleging niet blijkt dat in eerste aanleg een gerechtsbrief naar eiser werd verstuurd met toepassing van artikel 751, 1°, van het Gerechtelijk Wetboek, voor de zitting waarop verweerder toepassing van dit artikel vorderde; de eerste rechter derhalve ten onrechte heeft beslist dat de pleegvormen bepaald door artikel 751 van het Gerechtelijk Wetboek te dezen vervuld zijn; het arrest derhalve het beroepen vonnis had dienen te vernietigen wegens schending van artikel 751 van het Gerechtelijk Wetboek, meer in het bijzonder 751, 1°, van dit wetboek, dat van openbare orde is; zodat het arrest, door dit niet te doen, doch integendeel het beroepen vonnis te bevestigen, de nietigheid van dit vonnis overneemt en aldus artikel 751 van het Gerechtelijk Wetboek schendt, meer in het bijzonder artikel 751, 1°, van dit wetboek;

Overwegende dat een vonnis dat bij verstek wordt gewezen, die aard niet verliest doordat de rechtbank verklaart op tegenspraak of als op tegenspraak uit te spreken; dat de mogelijkheid verzet aan te tekenen niet wordt aangetast door de verkeerde kwalificatie, die mitsdien eiser niet kon benadelen;

Dat het middel derhalve bij gebrek aan belang niet ontvankelijk is;

...

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER – 31 JANUARI 1990

Voorzitter: de h. Stranard

Raadsheer-rapporteur: de h. Willems

Openbaar ministerie: de h. Janssens de Bisthoven

Advocaat: mr. De Bruyn

Alcohol – Drankslijterijen – Overname

Uit de artt. 28 en 29 van de wetbepalingen inzake slijterijen van gegiste dranken, gecoördineerd bij K.B. van 3 april 1953, blijkt dat de nieuwe slijter slechts aanspraak kan maken op de bij art. 15 bepaalde vermindering van de openingsbelasting, wanneer hij de schriftelijke aangifte van afstand van de laatste exploitant overlegt bij de aangifte van exploitatie, dat is vóór de opening van de nieuwe drankgelegheid.

Belgische Staat t/ L.

Gelet op het bestreden arrest, op 5 juni 1989 door het Hof van Beroep te Brussel gewezen;

...

B. In zoverre de voorziening gericht is tegen de beslissing op de rechtsvordering van eiser die ertoe strekt verweerster te doen veroordelen tot betaling van de ontdoken openingsbelasting:

Over het middel: schending van de artikelen 15, 19, 2°, 20, § 1, 4°, 23, § 1, 28 en 29 van het koninklijk besluit van 3 april 1953 tot coördinatie van de wetbepalingen inzake de slijterijen van gegiste dranken,

...

Overwegende dat uit de artikelen 28 en 29 van de wetbepalingen inzake de slijterijen van gegiste dranken, gecoördineerd bij koninklijk besluit van 3 april 1953 blijkt dat de nieuwe slijter slechts aanspraak kan maken op de bij artikel 15 van de gecoördineerde wetten bepaalde vermindering van de openingsbelasting, wanneer hij de schriftelijke aangifte van afstand van de laatste exploitant overlegt bij de aangifte van exploitatie, dat is vóór de opening van de nieuwe drankgelegheid;

Dat het arrest, nu het beslist dat verweerster, die de nieuwe slijtster is, enkel het derde van de belasting verschuldigd is, op grond dat de verkrijging van de verlaging niet onderworpen is aan de verplichting om de aangifte van afstand van de laatste exploitant voor te leggen op het ogenblik van de aangifte van exploitatie en de betaling van de belasting, de in het middel vermelde wetbepalingen schendt;

...

NOOT – Betreffende de openingsbelasting

De schriftelijke aangifte van de afstand van de laatste exploitant is niet altijd vereist. De vorige slijter kan namelijk overleden zijn en ook in dat geval kan toepassing worden gemaakt van de vermindering van de openingsbelasting bedoeld in art. 15 van het K.B. van 3 april 1953.

Waarom het Hof van Cassatie dan het overleggen van deze schriftelijke aangifte als een *conditio sine qua non* be-

schouwt, is niet erg duidelijk. Evenmin trouwens als de verplichting zelf, die weliswaar uit de artikelen 28 en 29 van het betrokken K.B. wordt afgeleid, maar allesbehalve vanzelfsprekend is.

Le leggi oscure sono le riserve di caccia del fisco...

A. Vandeplas

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 8 MAART 1990

Voorzitter-rapporteur: de h. Sace

Openbaar ministerie: de h. Piret

Advocaten: mrs. Bützler en De Bruyn

Inkomstenbelastingen – Bezwaar – Derdenbeslag door de Staat

Het indienen van een bezwaar vormt geen hinderpaal voor een derdenbeslag op verzoek van de Staat, om de invordering te waarborgen van het algehele bedrag van de betwiste belasting, als dat beslag alleen maar een bewarende maatregel is.

C. t/ Belgische Staat

Gelet op het bestreden arrest, op 3 februari 1988 door het Hof van Beroep te Brussel gewezen;

Over het middel: schending van de artikelen 300 en 301 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen (als vastgesteld bij het koninklijk besluit tot coördinatie van 26 februari 1964, met dien verstande dat de artikelen 300 en 301 gewijzigd zijn bij de wet van 30 mei 1972 – artikelen 20 en 21 – en artikel 301 later gewijzigd is bij artikel 2 van de wet van 24 december 1976), en voor zoveel nodig van de artikelen 1415 en 1494 van het Gerechtelijk Wetboek,

doordat het arrest oordeelt dat eiser «de administratie ten onrechte verwijt dat zij het uitvoerend derdenbeslag doet ontaarden door het niet als een middel tot tenuitvoerlegging te hanteren maar als een maatregel om de invordering te waarborgen van het bedrag van de betwiste belasting, waarvan zij trouwens heeft afgezien», vervolgens zegt: «dat artikel 300 W.I.B. bepaalt dat het indienen van bezwaar of van beroep geen hinderpaal vormt voor het beslag, niettegenstaande het bepaalde in artikel 1494 van het Gerechtelijk Wetboek, noch voor de overige maatregelen, welke ertoe strekken de invordering te waarborgen van het algehele bedrag van de betwiste belasting in hoofdsom, opcentiemen en verhogingen, van de interesten en de kosten», en beslist dat eiser «terecht opwerpt dat het litigieuze derdenbeslag geen middel tot tenuitvoerlegging kan zijn; dat artikel 301 W.I.B. immers bepaalt dat de belasting alleen beschouwd wordt als een zekere en vaststaande schuld en door alle middelen tot tenuitvoerlegging kan worden ingevorderd, voor zover zij overeenstemt met het bedrag van de aangegeven inkomsten of, wanneer zij amtsshalve werd gevestigd bij niet-aangifte, voor zover zij niet meer bedraagt dan de laatste belasting welke, voor een vorig aanslagjaar, definitief gevestigd werd ten laste van de belastingschuldige, wat te dezen niet is aangetoond», en, tenslotte, «dat de betwiste maatregel gegrond is voor zover hij een louter bewarend karakter heeft...»,

terwijl, eerste onderdeel, artikel 300 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen bepaalt dat het indienen van bezwaar of van beroep geen hinderpaal vormt voor het beslag niettegenstaande het bepaalde in artikel 1494 van het Gerechtelijk Wetboek, noch voor de overige maatregelen, welke ertoe strekken de invordering te waarborgen van het algehele bedrag van de betwiste belasting in hoofdsom, opcentiemen en verhogingen, van de interesten en de kosten; artikel 1494 van het Gerechtelijk Wetboek, dat behoort tot de algemene bepalingen inzake gedwongen tenuitvoerlegging, bepaalt dat geen uitvoerend beslag op roerend of onroerend goed mag worden gelegd dan krachtens een uitvoerbare titel en wegens vaststaande en zekere zaken; artikel 300 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen derhalve belet dat, bij bezwaar van de belastingplichtige, bewarend beslag wordt gelegd, omdat daarin alleen naar artikel 1494 van het Gerechtelijk Wetboek wordt verwezen;

tweede onderdeel, bovendien, artikel 301 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen bepaalt dat de administratie, zonder de beslissing over de betwisting af te wachten, alleen een middel tot tenuitvoerlegging kan hanteren op het bedrag dat dit artikel zelf vaststelt, en niet op het algehele bedrag van de belasting; dat bedrag, zoals het arrest vaststelt, te dezen op nul frank was bepaald; te dezen dus geen uitvoerend derdenbeslag kon worden gelegd omdat het in artikel 301 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen bedoelde bedrag op nul frank was bepaald; er bovendien geen bewarend beslag kon worden gelegd op het algehele bedrag van de gevorderde belasting, nu artikel 300 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen alleen verwijst naar de regels die van toepassing zijn bij uitvoerend beslag; daaruit volgt dat het hof van beroep, nu het oordeelt dat het beslag op het algehele bedrag van de betwiste belasting gegrond is in zoverre het alleen een louter bewarend karakter heeft, inzonderheid de draagwijdte van de artikelen 300 en 301 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen miskent en, bijgevolg, de in het middel aangewezen wettelijke bepalingen schendt;

Wat het eerste onderdeel betreft:

Overwegende dat artikel 300 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen bepaalt dat het indienen van bezwaar of van beroep geen hinderpaal vormt voor het beslag, niettegenstaande het bepaalde in artikel 1494 van het Gerechtelijk Wetboek, noch voor de overige maatregelen, welke ertoe strekken de invordering te waarborgen van het algehele bedrag van de betwiste belasting;

Dat daaruit volgt dat dit artikel 300 enerzijds het uitvoerend beslag beoogt dat, krachtens die tekst, kan worden gelegd niettegenstaande het indienen van bezwaar of van beroep en niettegenstaande het bepaalde in artikel 1494 van het Gerechtelijk Wetboek, en anderzijds de bewarende maatregelen welke ertoe strekken de invordering van de belasting te waarborgen en waarop voornoemd artikel 1494 niet van toepassing is;

Dat het hof van beroep derhalve, nu het vaststelt, zoals uit de vermeldingen van het arrest blijkt, dat het beslag op verzoek van de Belgische Staat alleen maar een bewarende maatregel is, zonder schending van artikel 300 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen naar recht beslist dat de vordering tot opheffing van dat beslag niet gegrond is;

Dat dit onderdeel naar recht faalt;

Wat het tweede onderdeel betreft:

Overwegende dat dit onderdeel alleen is afgeleid uit de schending van artikel 301 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen dat, daar het de middelen tot tenuitvoerlegging betreft, met het geschil niets uitstaande heeft; dat het derhalve niet ontvankelijk is;

...

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER 12 MAART 1990

Voorzitter-rapporteur: de h. Caenepeel

Openbaar ministerie: de h. Lenaerts

Advocaat: mr. Bützler

Arbeidsovereenkomst – Binnenschipper – 1. Verplichtingen – Gehoorzaamheidsverplichting – Bevel schip te verlaten – 2. Aansprakelijkheid – Vervoerde goederen

1. Noch de omstandigheid dat de binnenschipper niet op willekeurige wijze heeft geweigerd uit te varen, noch de omstandigheid dat hij tot het verstrijken van een gegeven opzeggingstermijn in dienst bleef, wettigt het besluit dat hij, in strijd met de bepaling van art. 13, tweede lid, 1°, W.A.O.-Binnenschepen, het recht had te weigeren het schip te verlaten.

2. Uit art. 273, eerste lid, Zeewet volgt dat art. 59 van die wet, dat de aansprakelijkheid van de kapitein voor de vervoerde goederen bepaalt, niet toepasselijk is op de binnenvaart.

P.V.B.A. R.G.T. t/ C. en C.

Gelet op het bestreden arrest, op 14 oktober 1988 door het Arbeidshof te Gent gewezen;

Over het eerste middel: schending van de artikelen 97 van de Grondwet en 13, inzonderheid tweede lid, 1°, van de wet van 1 april 1936 op de arbeidsovereenkomst wegens dienst op binnenschepen,

doordat het arbeidshof, met betrekking tot de eis inzake vergoeding voor de onbeschikbaarheid van het schip tussen 10 en 14 december 1982, na te hebben vastgesteld dat de verweerders bij aangetekend schrijven van 6 december 1982 hun ontslag hadden aangeboden met een opzeggingstermijn van 6 december tot 23 december 1982, dat het schip vanaf 10 december 1982 volledig gereinigd was, dat de verweerders vervolgens op 10 december 1982 gesteld hebben dat, vooraleer het schip werd beladen en ermee werd uitgevaren, eerst de veiligheid ervan moest worden nagegaan en zij intussen weigerden het schip te verlaten, dat op 10 december 1982 een inspectie werd uitgevoerd door een vertegenwoordiger van de Lloyd's Register of Shipping, dat de verweerders op 11 december 1982 de boordpapieren afgaven aan mevrouw Van D., dat zij op 11 december 1982 het schip verlieten terwijl W.V. van wacht bleef, en zij terug aan boord kwamen op 13 december 1982, dat de verweerders op 13 december 1982 ontslagen werden wegens grove fout en dat zij na dagvaarding in kort geding op 14 december 1982 het schip hebben verlaten, oordeelt: «Er dient dus te worden nagegaan of de houding van (de verweerders) inderdaad zo willekeurig was als wordt beweerd door (eiseres) en of op grond van deze houding (eiseres) inderdaad schade heeft geleden

en, zo ja, of (de verweerders) voor die schade aansprakelijk zijn. Artikel 16, 1°, van de wet op de arbeidsovereenkomsten wegens dienst op de binnenschepen bepaalt dat de reder verplicht is voor de degelijkheid van het binnenschip te waken en te dien einde alle nodige maatregelen te treffen. Uit deze gegevens dient besloten te worden dat (verweerders) op vrijdag 10 december 1982 zo maar niet plots op een willekeurige wijze hebben gesteld dat, vooraleer het schip werd beladen en ermee uitgevaren werd, eerst de veiligheid ervan moest worden nagegaan. Hun vraag om vooraf de nodige officiële vaststellingen te laten uitvoeren over de vaarveiligheid van het schip was dus gegrond. De reder heeft overeenkomstig het hierboven vermelde artikel 16 van de wet van 1 april 1936 ook de plicht te waken over de deugdelijkheid van het schip en moet te dien einde alle nodige maatregelen treffen. De (verweerders) hebben hier terecht het schip niet willen verlaten zonder dat eerst de nodige officiële vaststellingen werden gedaan over de vaarveiligheid ervan. Zij zijn hierbij binnen de normale uitoefening van hun rechten gebleven. Zij hebben het schip niet bezet maar zijn enkel aanwezig willen blijven en verder blijven werken tot het verstrijken van hun opzeggingstermijn. De partijen waren nog steeds verbonden door hun arbeidsovereenkomsten. De (verweerders) waren op dat ogenblik nog niet ontslagen wegens dringende reden. Er kan (de verweerders) geen willekeurige noch foutieve gedraging verweten worden. Zij kunnen aldus in rechte niet verantwoordelijk worden gesteld voor het stilleggen van het schip van 10 tot 14 december 1982. (Eiseres) is zelf verantwoordelijk voor de eventuele schade die zij tijdens deze periode zou hebben ondergaan. De vordering tot betaling door de (verweerders) van een schadevergoeding voor verlies wegens verlet ten bedrage van 127.831 frank is dus ongegrond»,

terwijl (...)

tweede onderdeel, in zoverre de beslissing dient te worden gelezen als zouden de feitenrechtters geoordeeld hebben dat, ondanks de bevelen van eiseres, de verweerders het recht hadden het schip niet te verlaten, het arrest een schending inhoudt van de bij artikel 13, inzonderheid tweede lid, 1°, van de wet van 1 april 1936 gevestigde gehoorzaamheidsverplichting van de schipper ten aanzien van de reder of diens vertegenwoordiger (schending van artikel 13, tweede lid, 1°, van de wet van 1 april 1936):

Wat het tweede onderdeel betreft :

Overwegende dat eiseres haar vordering tot schadeloosstelling niet alleen baseerde op de ongerechtvaardigde weigering van de verweerder uit te varen, maar ook op de stelling dat, zelfs indien die weigering terecht was, zulks de verweerders niet het recht gaf te weigeren het schip te verlaten ;

Overwegende dat het arrest met betrekking tot de eerste grond van de vordering oordeelt dat de verweerders niet zo maar plots op een willekeurige wijze hebben gesteld, dat, vooraleer het schip werd beladen en ermee uitgevaren werd, eerst de veiligheid ervan moest worden nagegaan, en dat hun vraag om vooraf de nodige vaststellingen te laten uitvoeren over de vaarveiligheid van het schip dus gegrond was ;

Overwegende dat het arrest vaststelt dat de verweerders weigerden het schip te verlaten ; dat het ten aanzien van de desbetreffende stelling van eiseres beslist : «De (verweerders) hebben hier terecht het schip niet willen verlaten zon-

der dat eerst de nodige officiële vaststellingen werden gedaan over de vaarveiligheid ervan. Zij zijn hierbij binnen de normale uitoefening van hun rechten gebleven. Zij hebben het schip niet bezet maar enkel aanwezig willen blijven en verder blijven werken tot het verstrijken van hun opzeggingstermijn»;

Overwegende dat, met betrekking tot de verplichtingen van de aangeworven binnenschipper, artikel 13, tweede lid, van de wet van 1 april 1936 inzonderheid bepaalt : «Hij is onder meer gehouden : 1° Te allen tijde te gehoorzamen aan de bevelen van de reder of diens vertegenwoordiger»;

Overwegende dat noch de omstandigheid dat de verweerders niet op willekeurige wijze hebben geweigerd uit te varen, noch de omstandigheid dat zij tot het verstrijken van de opzeggingstermijn in dienst bleven, de gevolgtrekking wettigen dat de verweerders, in strijd met de bepaling van artikel 13, tweede lid, 1°, van de wet van 1 april 1936, het recht hadden te weigeren het schip te verlaten ;

Dat het arrest met de redenen die het geeft, de afwijzing van de vordering van eiseres voor zover ze gegrond was op de weigering het schip te verlaten, niet naar recht verantwoordt ;

Dat het onderdeel gegrond is ;

Over het tweede middel : schending van de artikelen 97 van de Grondwet en 59 van de bij wet van 21 augustus 1879 ingevoegde titel II van boek II van het Wetboek van Koophandel (eigenaars van schepen en scheepsvolk),

doordat het arbeidshof in de bestreden beslissing de eis tot schadeloosstelling wegens tekorten bij levering van petroleum afwijst onder aanvoering dat «in verband met het tekort bij levering, geen fout van (eerste verweerder) wordt bewezen» en dat «(de eerste verweerder) bij de lading van zijn schip protest heeft aangetekend op het beladingsdocument (en) zijn reisrapport van 27 november 1982 tot 30 november 1982 onder de rubriek 'bemerkingen' vermeldt : 'niet juist bevonden lading onder protest getekend'»,

terwijl, (...)

tweede onderdeel, overeenkomstig artikel 59, eerste lid, van de bij wet van 21 augustus 1879 ingevoegde titel II van boek II van het Wetboek van Koophandel, elke kapitein die als gezagvoerder belast is met het besturen van een schip aansprakelijk is voor de goederen waarvan hij het vervoer op zich neemt ; de omstandigheid dat geen fout zou zijn bewezen ten laste van eerste verweerder in verband met het tekort bij levering, niet wegneemt dat deze laatste aansprakelijk blijft voor de lading die, eenmaal geleverd, door het schip, waarvan hij kapitein is, wordt vervoerd ; de aanwijzing van een verschil in de lading tussen het ogenblik van de levering (inscheping) en het ogenblik van de aankomst ter bestemming (het lossen) derhalve volstaat om, behoudens overmacht of tegenbewijs, de aansprakelijkheid van de kapitein in het gedrang te brengen ; het arbeidshof derhalve niet zonder miskenning van de wettelijk gestelde aansprakelijkheidsregel inzake bij binnenschip vervoerde koopwaar, de vordering van eiseres kon afwijzen op de enkele grond dat geen fout werd bewezen ten laste van de kapitein (schending van artikel 59 van de bij wet van 21 augustus 1879 ingevoegde titel II van boek II van het Wetboek van Koophandel):

...

Wat het tweede onderdeel betreft :

Overwegende dat uit artikel 273, eerste lid, van de Zeewet volgt dat artikel 59 van dezelfde wet niet van toepassing is op de binnenvaart ;

Dat het onderdeel faalt naar recht ;

...

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER – 12 MAART 1990

Voorzitter : de h. Caenepeel

Rapporteur : de h. Marchal

Openbaar ministerie : de h. Lenaerts

Advocaat : mr. Bützler

Werkloosheid – Recht op uitkeringen – Pensioen – Cumulatie – Verbod te arbeiden – Pensioen ingegaan vóór 1 juli 1982

De beslissing die het recht op werkloosheidsuitkeringen ontzegt op grond dat het recht op pensioen afhankelijk is van het verbod nog te arbeiden, is niet naar recht verantwoord, nu dat pensioen vóór 1 juli 1982 is ingegaan en de cumulatiebepaling waarbij het recht op pensioen afhankelijk wordt gesteld van het verbod te arbeiden, slechts van toepassing is op pensioenen die vanaf 1 juli 1982 zijn ingegaan.

H. t. R.V.A.

Gelet op het bestreden arrest, op 12 januari 1989 door het Arbeidshof te Gent, afdeling Brugge, gewezen ;

Over het middel : schending van de artikelen 133, vierde lid, 144 (als tijdelijk gewijzigd bij koninklijk besluit van 7 augustus 1984), 145, 146, inzonderheid § 2, eerste lid, en § 1 (deze laatste als gewijzigd bij koninklijke besluiten van 24 oktober 1967 en 1 december 1967) van het koninklijk besluit van 20 december 1963 betreffende arbeidsvoorziening en werkloosheid, 38, 42, 43 van de wet van 5 augustus 1978 houdende economische en budgettaire hervormingen (artikel 43 als gewijzigd bij koninklijk besluit nr. 30 van 30 maart 1982), 1 van het koninklijk besluit van 13 april 1982 tot uitvoering van artikel 5 van het koninklijk besluit nr. 30 van 30 maart 1982, en 97 van de Grondwet,

doordat het arbeidshof eerst vaststelt dat ter zake toepassing diende te worden gemaakt van de werkloosheidsreglementering, en inzonderheid van de artikelen 144, 145 en 146, en voorts oordeelt dat overeenkomstig deze artikelen «er geen recht op werkloosheidsuitkering meer (is) vanaf de leeftijd van 60 of van 65 jaar, ingevolge het artikel 144 van genoemd besluit», dat «in regel ook de werkloosheidsuitkeringen geweigerd (worden) aan diegenen die vóór deze ouderdom reeds op pensioen gaan, maar artikel 146, § 1, van het besluit bij uitzondering op die regel (stelt) dat degenen die de wettelijke pensioenleeftijd nog niet hebben bereikt een aanvullende werkloosheidsuitkering kunnen krijgen wanneer de pensioenuitkering een bepaald bedrag niet bereikt, dat «de ter zake bedoelde pensioenregelingen alle regelingen (zijn) toegekend door een Belgische, Kongolese of vreemde wetgeving, zoals is bepaald in artikel 145, § 2/1, b, van het besluit (wat) het geval is voor het pensioen van een Belgische Rijkswachter», dat «op al die bepalingen echter

het artikel 133, vierde lid, van het koninklijk besluit van 20 december 1963 van toepassing (blijft), namelijk dat de werkloze beschikbaar moet blijven voor de algemene arbeidsmarkt», dat «dat niet het geval (is) voor de werknemers die ingevolge de regeling krachtens welke zij een pensioen genieten nog alleen maar in beperkte mate mogen arbeiden», dat «het derde lid van artikel 146, § 1, van genoemd koninklijk besluit dat in feite over(neemt) en stelt dat de beperkte cumulatie van pensioenuitkeringen met werkloosheidsuitkeringen niet van toepassing is op werknemers wier recht op pensioen afhankelijk wordt gesteld van het verbod nog te arbeiden tenzij in beperkte mate (...)» en dat «aangezien nu de bepaling inzake het weduwenpensioen van een rijkswachter, dat (eiseres) geniet vanaf 1973 een beperking inzake beroepsactiviteit is, ingevoerd door artikel 42 van de wet van 5 augustus 1978, namelijk een activiteit die maximaal drie vierde van de wedde van een secretaris-generaal oplevert en vanaf het koninklijk besluit nr. 30 van 30 maart 1983 dezelfde beperkingen worden ingevoerd als inzake toegelaten activiteit voor de pensioenregeling der werknemers, deze regels (gelden)»; het arbeidshof beslist dat «er dus in casu een activiteitsbeperking (is) vanaf 1 januari 1979, zodat in principe (eiseres) vanaf 1 januari 1979 uitgesloten kan worden, doch gezien de toepassing van artikel 4 van de wet van 11 maart 1977 de terugvordering (kan) worden beperkt tot een periode van drie jaar vóór de dag waarop voor het laatst werkloosheidsuitkering is ontvangen en dat is volgens het dossier tot 31 januari 1986 zodat de terugvordering moet worden beperkt tot 31 januari 1983», aldus het hoger beroep afwijzend als ongegrond,

...

Overwegende dat artikel 42 van de wet van 5 augustus 1978 de cumulatie regelt van de in artikel 38 van die wet bedoelde overlevingspensioenen met bepaalde wedden, bezoldigingen of vergoedingen ;

Dat artikel 43, § 2, van die wet, vervangen bij koninklijk besluit nr. 30 van 30 maart 1982, de cumulatie regelt vanaf 1 juli 1982 van de op die datum lopende overlevingspensioenen, bedoeld in artikel 38 van de wet, met een beroepsactiviteit of met bepaalde uitkeringen, vergoedingen of voordelen ;

Dat geen van die bepalingen het recht op de in artikel 38 van de wet van 5 augustus 1978 bedoelde overlevingspensioenen afhankelijk stelt van het verbod te arbeiden, als bedoeld in artikel 146, § 1, derde lid, van het koninklijk besluit van 20 december 1963 ;

Overwegende weliswaar dat artikel 43, § 1, van de wet van 5 augustus 1978, vervangen bij koninklijk besluit nr. 30 van 30 maart 1982, de in artikel 38 bedoelde overlevingspensioenen die vanaf 1 juli 1982 gecumuleerd worden met een beroepsactiviteit, ongeacht de leeftijd van de begunstigden, onderwerpt aan dezelfde regels van schorsing als die welke in geval van cumulatie met een beroepsactiviteit, van toepassing zijn op de in artikel 38 bedoelde rustpensioenen die ingaan vanaf 1 juli 1982 en waarvan de begunstigden minstens 65 jaar oud zijn ;

Dat ingevolge de hiervoren bedoelde regels van schorsing, vermeld in artikel 141 van de wet van 5 januari 1976 betreffende de budgettaire voorstellen 1975-1976, het verrichten van arbeid die in de regeling voor werknemerspensioenen de schorsing van het rustpensioen tot gevolg heeft, de schor-

sing van de in artikel 38 van de wet van 5 augustus 1978 bedoelde overlevingspensioenen meebrengt ;

Dat de regeling van voormeld artikel 43, § 1, evenwel blijkens die bepaling alleen van toepassing is op de overlevingspensioenen die vanaf 1 juli 1982 zijn ingegaan ;

Overwegende dat uit de vermeldingen van het arrest blijkt dat eiseres een overlevingspensioen als bedoeld in artikel 38 van de wet van 5 augustus 1978 geniet en dat dit pensioen vóór 1 juli 1982 is ingegaan ;

Dat het arrest oordeelt dat eiseres dientengevolge geen recht heeft op werkloosheidsuitkering, nu haar recht op pensioen afhankelijk is gesteld van het verbod nog te arbeiden ; dat het arrest, door dit oordeel te gronden op artikel 42 van de wet van 5 augustus 1978 en op het koninklijk besluit nr. 30 van 30 maart 1982, de beslissing niet naar recht verantwoordt ;

...

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 16 MAART 1990

Voorzitter : de h. Caenepeel

Rapporteur : de h. Rauws

Advocaat-generaal : de h. Declercq

Advocaten : mrs. van Hecke, Bützler en Bayart

Eigendom – Beperking van het eigendomsrecht in het algemeen belang – Vergoeding

Uit de vestiging van een door of krachtens een wet of decreet opgelegde erfdienstbaarheid tot algemeen nut of van een beperking van het eigendomsrecht in het algemeen belang vloeit voor de eigenaar van het bezwaarde onroerend goed geen recht op vergoeding voort, tenzij de wet of het decreet anders bepaalt.

N.V. S. e.a. t/ Vlaamse Gemeenschap

Gelet op het bestreden arrest, op 10 juni 1987 door het Hof van Beroep te Brussel gewezen ;

Over het middel : miskenning van het algemeen rechtsbeginsel ter zake van de gelijkheid van de burgers ten aanzien van de openbare lasten, en schending van de artikelen 6, 11 van de Grondwet en 544 van het Burgerlijk Wetboek,

doordat het arrest, na vastgesteld te hebben dat voorheen reeds verschillende appartementsgebouwen op de Coupure waren opgetrokken, dat slechts een korte tijdsspanne is verlopen tussen het verlenen van het gunstig stedenbouwkundig advies en het inzetten van de beschermingsprocedure en dat er bijgevolg uit de beschermingsmaatregel een ongelijkheid voortvloeit, desondanks de door eisers op grond van het algemeen rechtsbeginsel van de gelijkheid van de burgers ten aanzien van de openbare lasten ingestelde vordering ongegrond verklaart, op grond dat een dergelijk algemeen rechtsbeginsel niet bestaat,

terwijl, wanneer door rechtmatig overheidsoptreden aan bepaalde burgers een schade wordt toegebracht die uitzonderlijk en bijzonder is, die de normale lasten en nadelen van het leven in een maatschappij overschrijdt, de daardoor benadeelde burgers een recht op vergoeding hebben :

...

Overwegende dat uit de vaststellingen van het arrest blijkt : dat de eiseressen van verweerster vergoeding vorderen voor de klassering als beschermd stadsgezicht van hun voormalige eigendommen gelegen aan de Coupure te Gent, zodat het geplande bouwproject aldaar geen doorgang kon vinden, hoewel zij een bouwvergunning hadden verkregen ; dat de klassering gebeurde op grond van het decreet van 3 maart 1976 tot bescherming van monumenten en stads- en dorpsgezichten ;

Overwegende dat uit de vestiging van een door of krachtens een wet of decreet opgelegde erfdienstbaarheid tot algemeen nut of van een beperking van het eigendomsrecht in het algemeen belang, voor de eigenaar van het bezwaarde onroerend goed geen recht op vergoeding voortvloeit, tenzij de wet of het decreet anders bepaalt ;

Dat het arrest overeenkomstig die regel oordeelt en aldus de beslissing dat uit het volgens de eiseressen geldende algemeen rechtsbeginsel te dezen voor hen geen recht op vergoeding voortvloeit, naar recht verantwoordt en de artikelen 6 en 11 van de Grondwet en 544 van het Burgerlijk Wetboek niet schendt ;

...

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

8e KAMER – 2 DECEMBER 1988

Voorzitter-rapporteur : de h. Raymaekers

Raadsheren : de hh. Vandeplas en Van de Velde

Openbaar ministerie : de h. De Swaef

Advocaat : mr. Vercraey

Strafvordering – Hoger beroep – Maatregel van inwendige orde – Splitsing

Als de splitsing voor afzonderlijke behandeling van een bepaalde zaak geen enkel geschil van feitelijke of juridische aard heeft beslecht, zodat ze geen onmiddellijk nadeel kan berokkenen aan een van de partijen, is ze een beslissing of maatregel van inwendige orde als bedoeld in art. 1046 Ger. W. en is ze niet vatbaar voor verzet of hoger beroep.

Von den B.

Gelet op het hogere beroep ingesteld op 4 mei 1988 tegen de beschikking voorkomende op het proces-verbaal van de openbare terechtzitting van 19 april 1988 van de 25e kamer bis, in correctionele zaken van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Antwerpen, waar de rechtbank, inzake notitie-nummer F 1017/83 de telastleggingen G en H, afsplitst voor verdere behandeling met een andere samenstelling en waar de rechtbank de verdere zaak heeft aangevat ;

...

Overwegende dat het verzet, regelmatig naar vorm en termijn, ontvankelijk is ;

Overwegende dat de argumenten van de verzetdoende partij om te bewijzen dat zij wel partij was in eerste aanleg en de afsplitsing geen maatregel van inwendige orde zou zijn, niet opgaan ;

Overwegende dat de afsplitsing voor afzonderlijke behandeling door de eerste rechter slechts de feiten G en H van de in de dagvaarding geformuleerde telastleggingen betreft, waarvoor enkel Charles W. naar de rechtbank verwezen werd en gedagvaard; dat Paule Von den B., aan wie volgens deze telastleggingen opzettelijke slagen toegebracht zouden zijn en tegen wie bedreigingen onder bevel of voorwaarde geuit zouden zijn, mogelijk een belang bij deze telastlegging zou kunnen hebben; dat ze zich tijdens het vooronderzoek ook burgerlijke partij had kunnen stellen en dit nog steeds kan doen bij de behandeling ten laste van Charles W.; dat ze dit echter niet gedaan heeft en derhalve geen partij is met betrekking tot de telastleggingen waarvoor alleen Charles W. vervolgd wordt;

Overwegende dat bovendien niet blijkt dat haar belangen kunnen worden geschaad door de afsplitsing, nu ze kennis heeft van het dossier en alle voor haar gunstige elementen hieruit bij de behandeling van haar eigen telastleggingen ter sprake kan brengen;

Overwegende dat de afsplitsing geen enkel geschil van feitelijke of juridische aard beslecht heeft of niet reeds een beslissing daarover wijst, zodat ze geen onmiddellijk nadeel kan berokkenen aan een van de partijen, en derhalve een beslissing of maatregel van inwendige aard is als bedoeld in artikel 1046 van het Gerechtelijk Wetboek, die niet vatbaar is voor verzet of hoger beroep; dat het daarbij niet ter zake dienend is dat de beslissing in openbare zitting genomen werd;

Overwegende ten slotte dat, nu het hoger beroep niet ontvankelijk is, het Hof onbevoegd is om, wat door de verzetdoende partij gevraagd wordt, aan een andere rechter te bevelen dat de behandeling van de twee telastleggingen G en H zal geschieden vóór de behandeling van de hele zaak ten gronde;

...

NOOT – Zie ook Hof Brussel, 9 maart 1973, *Pas.*, 1973, II, 149; Cass., 25 juni 1973, *Pas.*, 1973, I, 997.

Het Hof van Cassatie heeft bij arrest van 11 april 1989 (niet gepubliceerd) het cassatieberoep van de beklaagde als niet ontvankelijk verworpen op grond dat de bestreden beslissing geen eindbeslissing is in de zin van art. 416 Sv. en geen uitspraak doet over een geschil inzake bevoegdheid.

HOF VAN BEROEP TE BRUSSEL

8e KAMER – 13 SEPTEMBER 1989

Voorzitter: de h. Londers

Openbaar ministerie: de h. Huenens

Advocaten: mrs. Ickx, Van Waeg, Foulon, Depuydt en Daem

1. Faillissement – a) Dagvaarding curator «in zijn hoedanigheid van curator» – Interpretatie – Gevolgen – b) Curator – Beheer – Persoonlijke aansprakelijkheid – c) Aansprakelijkheid curator voor expert-bewaarder – Grondslag – 2. Handelspraktijken – Mogelijke misleiding van het publiek – 3. Onrechtmatige daad – Schade en schadeloosstelling – Aantasting van goede naam en faam van onderneming – Rechtstreeks schadeherstel

1.a) Wanneer een bepaalde persoon wordt gedagvaard of in rechte verschijnt «in zijn hoedanigheid van curator van het faillissement...», betekent dit nog niet dat hij optreedt als vertegenwoordiger van het faillissement en dat de gevolgen van de hem verweten fout, mocht zij bewezen zijn, zouden moeten worden gedragen door de gefailleerde vennootschap.

b) Curators zijn gerechtelijke mandatarissen die de belangen van het faillissement, die hun krachtens de wet worden toevertrouwd, luidens art. 470 Fw., dienen te beheren als een goed huisvader.

Wanneer een gerechtelijke mandataris binnen de uitoefening van zijn mandaat – in casu de tegeldemaking van het actief – een onrechtmatige daad begaat, waardoor een derde schade lijdt, is hij persoonlijk gehouden tot het vergoeden van deze schade, tenzij de onrechtmatige daad is begaan op bevel van de lastgever of ingevolge diens initiële fout, of tenzij de lasthebber tevens de aangestelde is van de lastgever.

c) De curator is krachtens art. 1384, derde lid, B.W. aansprakelijk voor de expert-bewaarnemer die hij heeft aangesteld.

2. Voor de toepassing van art. 20, 1°, W.H.P. is het voldoende dat er een gevaar bestaat voor misleiding.

Door in handelspubliciteit de nadruk te leggen op de merknaam van de eisers – terwijl de publiciteit bedoeld was om ingevolge het faillissement (niet van appellanten, maar van een andere vennootschap) een beperkt aantal meubelen van de eisers op een versnelde en bijgevolg goedkopere wijze van de hand te doen –, hebben de verweerders art. 20, 1°, W.H.P. geschonden, in het bijzonder door de mogelijke misleiding van het publiek omtrent de oorsprong van de produkten en de voorwaarden waaronder zij konden worden gekocht.

3. De krenking van de goede naam en faam van een onderneming kan in natura worden hersteld door de publikatie van een rechtzetting als gevolg van een vordering voor de stakingsrechter.

N.V. I. t/ Faillissement N.V. D.

Overwegende dat appellanten op 25 februari 1986 bij verzoekschrift dat behoorlijk ter kennis is gebracht van geïntimeerden, tijdig en regelmatig hoger beroep hebben ingesteld tegen een vonnis dat op 3 december 1985 werd uitgesproken door de Rechtbank van Koophandel te Brussel;

Overwegende dat de eerste rechter te oordelen had over de volgende vorderingen:

1) een op 15 juli 1982 door appellanten tegen A. ingestelde hoofdvordering, met als voorwerp: betaling van een provisioneel bedrag van 2.000.000 fr. als vergoeding van de schade die appellanten hebben geleden toen hun goede naam en faam in het gedrang werden gebracht en toen de verkoopmarkt van I.-meubelen ernstig werd verstoord, en met als oorzaak: dat geïntimeerde A. «in zijn hoedanigheid van curator van het faillissement N.V. D., was overgegaan tot de uitverkoop van de voorradige meubelen waaronder een groot aantal van de van (appellanten) afkomstige kwaliteitsmeubelen» en «daartoe met de wet op de handelspraktijken strijdige handelspubliciteit voerde door met name de meubelen van (appellanten) met 50% korting aan te bieden terwijl de advertenties zelfs de indruk wekten als zouden het (appellanten) zijn die failliet zijn»;

2) een door partij A. op 18 augustus 1982 tegen partij B. ingestelde tussenvordering met als voorwerp: a) tussenkomst in de hoofdvordering, b) buitenzaakstelling van partij

A. en c) subsidiair, vrijwaring; dat deze vordering als oorzaak had, het feit dat partij B. als expert van het faillissement, de publiciteit had opgesteld waarvan sprake in de hoofdvordering;

3) een door appellanten bij conclusie van 18 juli 1984, doch slechts subsidiair tegen partij B. ingestelde tussenvordering met hetzelfde voorwerp en dezelfde oorzaak als de hoofdvordering;

dat de eerste rechter al deze vorderingen ontvankelijk verklaarde, de aangevochten publiciteit strijdig verklaarde met de wet op de handelspraktijken, beide geïntimeerden aansprakelijk achtte voor de misleidende publiciteit, om vervolgens vast te stellen dat er geen schade bewezen was aan de kant van appellanten en de ingestelde vorderingen ongegrond te verklaren;

Overwegende dat de geïntimeerden in de respectieve conclusies van 6 december 1988 en 5 juni 1986, althans volgens de motivering van deze akten, niet louter de bevestiging vorderen van het vonnis a quo, maar stellen dat de gevoerde publiciteit niet strijdig was met de wet op de handelspraktijken;

dat partij A. verder nog beweert dat, indien er enige fout zou bestaan, deze gepleegd werd door partij B. en dat partij A. voor deze fout niet instaat;

dat geïntimeerden aldus impliciet incidenteel beroep hebben ingesteld tegen het vonnis a quo;

dat ook deze rechtsmiddelen ontvankelijk zijn;

Overwegende dat de eerste rechter een uitvoerige en exacte uiteenzetting heeft gegeven van de feiten en procedures die aan het onderhavige geding zijn voorafgegaan en het hof naar deze uiteenzetting verwijst;

I. Over het begrip «hoedanigheid»

Overwegende dat mr. A. in de onderhavige zaak werd gedagvaard en steeds is opgetreden «in zijn hoedanigheid van curator van het faillissement N.V. D., failliet verklaard bij vonnis der Rechtbank van Koophandel te Brussel op 2 april 1982»;

Overwegende dat mr. A. in zijn conclusie in hoger beroep – zoals ook in eerste aanleg schrijft: «dat anderzijds de overweging dat de curator de enige vertegenwoordiger in rechte is van het faillissement, en dat daarom de eis tegen hem wordt ingeleid, een ongegronde sprong in de redenering inhoudt, namelijk deze dat, mocht de expert een fout begaan hebben, deze automatisch moet worden gedragen door het faillissement (vertegenwoordigd door de curator) en niet door de expert persoonlijk»;

dat dit onderdeel in de verdediging van mr. A. het hof er toe gebracht heeft om ter zitting van 14 juni 1989 aan de partijen te vragen of zij ervan uitgingen dat mr. A. in de onderhavige procedure betrokken werd en optrad als vertegenwoordiger van de genoemde failliete vennootschap;

dat partijen de gelegenheid hebben gehad om hieromtrent een standpunt in te nemen;

Overwegende dat het begrip «hoedanigheid» in de rechtstaal verschillende betekenissen kan hebben (vergelijk met het Franse equivalent «qualité» in Cornu, *Vocabulaire juridique*, Parijs, 1987, p. 638);

dat het begrip hoedanigheid in de eerste plaats een criterium is dat het mogelijk maakt een zaak en zelfs een persoon te rangschikken op een bepaalde waardenschaal: iets is van betere hoedanigheid of van mindere hoedanigheid;

dat het vervolgens ook een element kan zijn dat iets zegt over de staat van een persoon of over zijn burgerlijke of politieke status: iemand is meerderjarig, gehuwd, vader, advocaat, curator van een faillissement, enz.;

dat de hoedanigheid ten slotte ook een vereiste is voor de toelaatbaarheid van de rechtsvordering (art. 17 Ger. W.); dat deze procesrechtelijke betekenis van het begrip «hoedanigheid» slechts voldoende duidelijk en gemakkelijk te onderscheiden is van het begrip «belang», daar waar de rechtsvordering niet uitgeoefend wordt door de houder van het recht, en, in het bijzonder, telkens wanneer de houder van het recht vertegenwoordigd moet worden in het proces (cf. Van Reepinghen, *Verslag, Pasinom.*, 1967, 321-322; Solus en Perrot, *Droit judiciaire privé*, Parijs, 1961, p. 244, nr. 263; Fettweis, *Eléments de la procédure civile*, I, 1983, p. 27, nrs. 36 e.v.);

Overwegende dat uit dit alles blijkt dat, wanneer een bepaalde persoon wordt gedagvaard of in rechte verschijnt «in zijn hoedanigheid van curator van het faillissement...», dit nog niet betekent dat hij optreedt als vertegenwoordiger van het faillissement;

dat deze uitdrukking evenzeer de wil kan vertolken om iemand aan te spreken uitsluitend in één bepaalde hoedanigheid – in de tweede hierboven vermelde betekenis van het woord hoedanigheid – nl. ter zake in die van curator van een faillissement;

Overwegende dat de curators gerechtelijke lasthebbers zijn die de belangen van het faillissement, die hun krachtens de wet worden toevertrouwd, luidens artikel 470 van het Wetboek van Koophandel, dienen te beheren als een goed huisvader (Cass., 24 februari 1984, *R.W.*, 1984-85, 969; zie ook Verougstraete, I., «Knelpunten van het faillissementsrecht», *T.P.R.*, 1986, 596, nrs. 37 e.v. en recent Merchiers, J., «La réalisation du gage sur fonds de commerce du failli», noot onder Luik, 9 januari 1987, *R.C.J.B.*, 1989, 273, nrs. 2 e.v.);

dat, een gerechtelijke lasthebber, wanneer hij binnen de uitoefening van zijn mandaat – in casu het realiseren van het actief van het faillissement – een misdrijf of een oneigenlijk misdrijf begaat, waardoor een derde schade lijdt, persoonlijk gehouden is tot het vergoeden van deze schade, tenzij het misdrijf of oneigenlijk misdrijf is begaan op bevel van de lastgever of ingevolge diens initiële fout, of tenzij de lasthebber tevens de aangestelde is van de lastgever – uitzonderingen die zich ter zake niet voordoen (cf. Paulus en Boes, «Lastgeving», *T.P.R.*, 1978, 135, nr. 238; vergelijk ook met Verougstraete, *op. cit.*, p. 600, nr. 41; zie ook Fredericq, *Handboek*, IV, Brussel, 1981, nr. 2264, pp. 198-199);

Overwegende dat blijkt uit de procedurestukken, en in het bijzonder uit de inleidende dagvaarding, dat aan mr. A. verweten wordt dat hij, toen hij als curator van het genoemde faillissement overging tot de tegeldemaking van het actief, een met de wet op de handelspraktijken strijdige publiciteit heeft gevoerd die schade heeft veroorzaakt aan appellanten;

Overwegende dat blijkt uit de betekenissen van het begrip «hoedanigheid», uit de rechtsregels die verband houden met het beheer van het faillissement, met de lastgeving en met de buitencontractuele aansprakelijkheid, evenals uit de wijze waarop de onderhavige procedure is gevoerd, dat mr. A. ter zake niet optreedt als vertegenwoordiger van de N.V. D., thans failliet, noch van iemand anders, maar wel in eigen

naam, weliswaar in verband met de schade die aan appellanten zou zijn veroorzaakt toen hij, in zijn hoedanigheid van curator van het genoemde faillissement, overging tot de tegeldemaking van het actief;

dat bijgevolg de omstandigheid dat mr. A. gedagvaard werd in zijn hoedanigheid van curator van het faillissement, niet impliceert dat de gevolgen van de hem verweten fout, mocht zij bewezen zijn, zouden moeten worden gedragen door de gefailleerde vennootschap;

II. Over de misleidende reclame

Overwegende dat uit de vermelding in de conclusie van appellanten van 4 februari 1986 dat de misleidende publiciteit erin bestond dat «niet enkel de meubelen met 50% korting werden aangeboden doch tevens o.m. de indruk werd gewekt als zou I. failliet zijn», niét kan worden afgeleid dat appellanten hun vordering tot schadevergoeding baseeren op de aanbieding met 50% korting;

Overwegende dat de eerste rechter heeft geoordeeld dat de aangevochten reclame strijdig was met de wet op de handelspraktijken:

1) omdat uit de advertentietekst zelf blijkt dat bij de normale gebruiker de indruk gewekt wordt als zou I. zelf failliet zijn, waarbij het vonnis a quo verder nog overweegt dat het voor de toepassing van art. 20, 1°, van de wet op de handelspraktijken voldoende is dat het gevaar van misleiding bestaat;

2) omdat mr. A. zich wel degelijk bewust was van dit gevaar van misleiding daar hij zich onmiddellijk akkoord verklaard heeft om een rechtzetting te laten publiceren in de verschillende kranten die de ongelukkige advertentie hadden gepubliceerd;

Overwegende dat blijkt uit de overgelegde stukken dat mr. A. en appellanten voor de stakingsrechter, enkel en alleen ter beëindiging van het stakingsgeschil, het eens zijn geworden over de wenselijkheid van de publikatie van een rechtzetting, onder voorbehoud van de rechten van alle partijen in de vordering tot schadevergoeding en zonder erkenning van aansprakelijkheid;

dat zij in deze rechtzetting overwegen «dat het woord faillissement, onmiddellijk volgend op het woord I., ten onrechte bij de minder aandachtige lezer de indruk heeft kunnen wekken van enige moeilijkheden bij de firma I. of van enige band met de failliete vennootschap»;

Overwegende dat de eerste rechter uit deze overeenkomst en de uitvoering ervan geenszins de gegrondheid van de vordering tot schadevergoeding afleidt, doch enkel het feit dat mr. A., door de wenselijkheid te erkennen van de rechtzetting, zich bewust geweest moet zijn van het gevaar voor misleiding dat van de gewraakte publiciteit uitging;

Overwegende dat het ook slechts dit aspect is van de inbreuk op de wet op de handelspraktijken dat door geïntimeerden in aanleg van hoger beroep ter sprake wordt gebracht, nl. de omstandigheid dat de eerste rechter het misleidend karakter van de publiciteit heeft aanvaard stellende dat het gevaar van misleiding volstond en bewezen was;

dat bv. niet betwist wordt het feit dat de eerste rechter de verweten gedraging kwalificeerde als een inbreuk op art. 20, 1°, W.H.P.;

Overwegende dat als handelspubliciteit wordt beschouwd elke informatie die wordt verspreid met de directe of indirecte «bedoeling» de verkoop van een produkt of een dienst

bij het publiek te bevorderen, ongeacht de plaats of het gebruikte communicatiemedium (art. 19 W.H.P.);

dat evenwel verboden is elke handelspubliciteit die gegevens bevat waardoor het publiek misleid «zou kunnen worden» aangaande de identiteit, de aard, enz. van een produkt (art. 20, 1°, W.H.P.);

dat uit deze teksten volgt dat, voor de toepassing van art. 20, 1°, W.H.P. voldoende is dat er een gevaar bestaat voor misleiding;

dat deze minieme toepassingsvoorwaarde voor art. 20, 1°, W.H.P. in verband moet worden gebracht met het feit dat art. 20 W.H.P. een rechtstreekse toegang geeft tot de stakingsrechter (art. 55 W.H.P.), wiens optreden een in eerste orde preventief karakter heeft (cf. Stuyck en Van Gerven, «Handels- en Economisch recht», in *Beginnelsen van Belgisch Privaatrecht*, XIII, deel 2, Mededingingsrecht, A. Handelspraktijken, Gent, 1985, p. 21, nrs. 23 e.v.);

Overwegende dat het precies hier is dat het verschil ligt tussen een vordering tot staking en een vordering tot schadevergoeding, beide nochtans gebaseerd op art. 20, 1°, W.H.P. (raadpleeg hier de noot E.K. onder Cass., 27 mei 1977, *A.C.*, 1976-77, 1001, alsmede de talrijke commentaren waartoe dit arrest aanleiding heeft gegeven, waaronder Stuyck en Van Gerven, *op. cit.*, p. 90, nrs. 99 e.v.; zie ook Van de Walle de Ghelcke, B., «Onrechtmatige daad en oneerlijke mededinging, preadvies voor het XXXIIIe rechtscongres van de Vlaamse Juristenvereniging», *R.W.*, 1987-88, 1258, alsmede het verslag over dit congres door De Wit, R., *R.W.*, 1987-88, 1539);

III. Over de vordering tot schadevergoeding

Overwegende dat appellanten hun hoofdvordering hebben gebaseerd op de artt. 1382 e.v. B.W.;

Overwegende dat elke daad van de mens, ja zelfs iedere nalatigheid of onvoorzichtigheid van zijn kant, waardoor aan een ander schade wordt veroorzaakt, de verplichting oplegt aan degene door wiens schuld de schade is ontstaan, deze te vergoeden (artt. 1382-1383 B.W.);

dat, behalve een fout, bijgevolg ook vereist wordt dat daardoor effectief schade is ontstaan, zodat het niet voldoende is dat er schade «zou kunnen ontstaan» en zeker niet dat het publiek zou kunnen worden misleid;

Overwegende dat de schade, bedoeld in de artt. 1382-1383 B.W. bestaat in de krenking van een recht – burgerlijk of politiek – ja zelfs van een louter belang, op voorwaarde dat de aangevoerde schade voldoende zeker is en het niet gaat om het verlies van een onrechtmatig voordeel (cf. Dirix, E., *Het begrip schade*, Brussel, 1984, p. 22, nrs. 12 e.v.; zie ook de conclusie van de procureur-generaal Dumon voor Cass., 23 april 1971, *A.C.*, 1970-71, 788, noot 1);

dat, wanneer eenmaal de omvang van de krenking is vastgesteld, zal moeten worden nagezien hoe deze schade hersteld kan worden: in natura of door een equivalent vergoeding, en, indien dit laatste moet gebeuren, hoe groot de vergoeding zal zijn;

Overwegende nochtans dat geïntimeerden, wanneer zij stellen dat de betrokken aankondiging niet strijdig was met de wet op de handelspraktijken en dat de eerste rechter ten onrechte oordeelde dat er ter zake gevaar bestond om bij de normale gebruiker de indruk te wekken als zou I. zelf failliet zijn, tevens de fout betwisten die vereist wordt voor de toepassing van de artt. 1382-1383 B.W.);

IV. Over de fout

Overwegende dat uit de overgelegde stukken blijkt dat, met het oog op de tegeldemaking van het actief van het faillissement, er allereerst aankondigingen waren geweest van een verkoop van de roerende goederen, waarvan de tekst begon met een verwijzing naar het faillissement van D. en waarin, met kleine letters, werd vermeld dat de te verkopen voorraad bestond uit meubelen van verschillende merken, waaronder ook I. werd genoemd;

dat enkele dagen later vervolgens een nieuwe advertentie werd geplaatst in verschillende kranten, die volgens de overgelegde stukken, kan worden beschreven als volgt:

- de tekst staat onder de kop I.;
- behalve in de tekst die gepubliceerd werd in La Meuse, springen twee regels in het oog: de genoemde aanhef «I.», en een paar regels verder «50% korting»;
- tussen deze beide regels staat de tekst: «faillissement van de N.V. D.» met het woord «faillissement» onmiddellijk onder en na «I.»;

Overwegende dat uit deze vergelijking van de niet gewraakte publiciteit met die welke het voorwerp uitmaakt van het onderhavige geschil duidelijk blijkt dat, terwijl eerstgenoemde onder de gewone kop stond van het faillissement, in de tweede reeks advertenties de merknaam van appellanten aan het hoofd werd geplaatst;

dat, in de gewraakte advertenties, deze merknaam vervolgens werd geassocieerd met 50% korting, hoewel deze verminderde prijs niet zijn oorzaak vond in de merknaam van appellanten, maar wel in het faillissement;

dat ten slotte de kop «I.» gevolgd werd door de vermelding van het faillissement, hoewel dit laatste niets te maken had met de vennootschap van appellanten;

Overwegende dat, bij een zeer aandachtige lezing van de advertentie en voor iemand die weet dat een onderscheid moet worden gemaakt tussen I. enerzijds en de N.V. D. anderzijds, het wel verstaanbaar was dat niet I. failliet was en dat de 50% korting niet gold voor alle meubelen van dat merk waar dan ook;

dat handelspubliciteit zoals deze, mede door het gekozen medium, nl. de dagbladers, evenwel bestemd is voor een zeer gedifferentieerd publiek, waarvan het gedeelte dat op de hoogte is van het onderscheid tussen I. en de failliete vennootschap en dat bovendien de advertentie ook nog met de vereiste aandacht leest, zeker niet het merendeel zal uitmaken van de bereikte groep personen;

dat de auteur(s) van de gewraakte publiciteit dan ook hadden moeten weten dat, door aldus de nadruk te leggen op de merknaam I. — terwijl de publiciteit bedoeld was om ingevolge het faillissement (niet van I. maar van een andere vennootschap) een beperkt aantal I.-meubelen op een versnelde en bijgevolg goedkopere wijze van de hand te doen — de merknaam I. en de vennootschappen van appellanten konden worden geschaad, in het bijzonder door de mogelijke misleiding van het publiek omtrent de oorsprong van de produkten en de voorwaarden waaronder zij konden worden gekocht (art. 20, 1°, W.H.P.);

dat deze publiciteit dan ook foutief is in de zin van de artt. 1382-1383 B.W.;

V. Over de schade

Overwegende dat blijkt uit de overgelegde briefwisseling, uitgaande van verschillende dealers, dat de foutieve publi-

citeit in elk geval de goede naam en faam van appellanten heeft gekrenkt bij het publiek;

dat op dit punt de vordering dan ook gegrond is;

Overwegende dat appellanten beweren dat zij eveneens inkomstenverlies hebben geleden, en daarvoor verwijzen naar dezelfde briefwisseling van de dealers alsmede naar statistieken over de omzet;

Overwegende dat uit de overgelegde briefwisseling, waarin de dealers enkele dagen na de foutieve publiciteit hun schade ramen op verschillende honderdduizenden franken, niet met zekerheid kan worden afgeleid dat een inkomstenschade werd geleden;

dat deze ramingen overigens nadien niet werden bevestigd door meer precieze gegevens van de kant van deze dealers en o.m. niet doordat werd aangetoond of zelfs maar bevestigd dat bepaalde klanten hun contracten inderdaad zouden hebben verbroken;

Overwegende dat appellanten hun vordering wegens inkomstenschade vooral baseren op de omzetcijfers voor het jaar 1982;

dat deze cijfers leveringsaantallen zijn waarbij telkens de vermindering of de vermeerdering t.o.v. dezelfde periode van vorig jaar wordt vermeld;

Overwegende dat uit de omstandigheid dat er bv. in de maand september minder is geleverd dan in de maanden ervoor, nog niet kan worden afgeleid dat deze vermindering haar oorzaak vond in een reclamecampagne van einde juni;

dat om te besluiten tot een vermindering van de verkoop in september ten gevolge van de publiciteit op het einde van juni, minstens zou moeten worden bewezen dat de curve van het omzetcijfer tijdens het jaar 1982 in de maand september een bijzondere daling vertoont in vergelijking met de curven van de omzetcijfers der voorgaande jaren in dezelfde maand;

dat de handel, ook van meubelen, immers in zekere mate seizoengebonden is: misschien wordt tijdens de vakantie minder gekocht door het publiek of misschien wordt dan minder geleverd? Misschien merken bedrijven op het einde van hun boekjaar dat zij nog een overschot hebben op hun budget en investeren zij nog snel in een aankoop van meubelen? enz.;

dat het aldus niet de verkoopcijfers van de verschillende maanden van 1982 zijn die interessant zijn voor het bewijs van de inkomstenschade van appellanten, maar hun verhouding tot de omzetcijfers van de vorige jaren;

dat de genoemde seizoengebonden factoren, waaronder o.m. de vakantie of de budgettaire toestand van de bedrijven, bovendien een streekgebonden invloed kunnen hebben, waarbij vastgesteld moet worden dat de regio van Brussel, als hoofdstad van het land en van de EEG, een bijzondere plaats inneemt t.o.v. de overige gebieden van België;

Overwegende dat, volgens de voorgelegde cijfers, het jaar 1982 voor het hele land een minder goed jaar was dan het vorige jaar: er werd 21% minder geleverd;

dat, bij een vergelijking met de Brusselse dealers, moet worden vastgesteld dat Van Baudeloo voor juli 1982 geen goederen heeft geleverd gekregen, en nadien slechts in zeer kleine hoeveelheid;

dat de andere winkels in Brussel — S., A. en In. — in plaats van 21% minder te verkopen, respectievelijk 4% meer hebben verkocht (S.), of dezelfde hoeveelheid (A.), of slechts 9% minder (In.);

dat S., die het jaar 1982 zeer slecht was begonnen tegenover het vorige jaar (in maart: 50% minder), precies in de maanden vanaf juni 1982 haar verlies is beginnen herstellen om het jaar te eindigen met een meerverkoop van 4%;

dat A., die in februari 41% minder had verkocht dan het jaar voordien, vervolgens in maart en april 16 à 17% meer had verkocht, in mei en juni slechts 2 à 3% meer, maar de volgende maanden, nl. juli, augustus en september respectievelijk 15, 21 en 32% meer;

dat In., die het jaar 1982 zeer goed was begonnen tegenover de vorige jaren (247, 68 en 62% meer), vervolgens is teruggevallen tot 8% minder in juli 1982, maar nadien in augustus en september zoveel meer heeft verkocht dat het totaal opnieuw 13 en 14% hoger was dan in 1981;

Overwegende dat uit deze gegevens niet kan worden afgeleid dat de leveringen bij de Brusselse dealers in de maanden na juni 1982 zodanig zijn teruggelopen tegenover dezelfde periode van 1981 dat zou moeten worden gedacht aan een invloed van de foutieve reclame op de eventueel verminderde inkomsten van appellanten;

dat op dit punt de vordering van appellanten dan ook ongegrond is;

VI. Over het herstel van de geleden schade

Overwegende dat de krenking van de goede naam en faam van appellanten reeds in natura werd hersteld door de gepubliceerde rechtzetting als gevolg van de vordering voor de stakingsrechter;

dat dit herstel in natura evenwel slechts achteraf is gebeurd en er ondertussen reeds een zekere schade was die door de rechtzetting, en in het bijzonder wat het verleden betreft, niet volledig kon worden tenietgedaan;

dat, bij gebreke van concrete gegevens om deze overblijvende schade te ramen, de vergoeding bij equivalent ex aequo et bono kan worden bepaald op 1 fr.;

VII. Over de vordering, ingesteld tegen mr. A.

Overwegende dat de door appellanten op 15 juli 1982 ingestelde hoofdvordering oorspronkelijk gericht was tegen mr. A. en gebaseerd op de artt. 1382 e.v. B.W.;

dat uit een brief van geïntimeerde B. van 16 juli 1982 aan zijn verzekeringsmakelaar evenwel blijkt dat hij alleen de ontwerper was van de publiciteit, zonder enige tussenkomst van de curator;

dat nadien de betwisting tussen appellanten en mr. A. zich dan ook hoofdzakelijk heeft beperkt tot de vraag of geïntimeerde B. de aangestelde was van mr. A. (cf. de conclusie van mr. A. van 24 april 1984 evenals de conclusie van 18 juni 1984 van In., hoewel in deze conclusie aan mr. A. ook een afzonderlijke fout wordt verweten, nl. een gebrek aan toezicht);

Overwegende dat de wijze van benoeming van geïntimeerde B. het voorwerp is geweest van bijzondere vragen aan de partijen ter zitting van 14 juni 1989;

dat zij het erover eens waren dat het openbaar ministerie een afschrift van het vonnis van faillietverklaring van 2 april 1982 van de N.V. D. bij het dossier van de rechtspleging zou voegen;

dat uit dit afschrift blijkt dat het faillissement werd uitgesproken op bekentenis en dat mr. A. als curator werd benoemd;

dat er geen sprake is van de benoeming van geïntimeerde B.;

Overwegende dat er ook geen afschrift wordt neergelegd dat de machtiging zou bewijzen, bedoeld in art. 488, tweede lid, W.Kh.;

dat mr. A. in zijn conclusie beweert dat geïntimeerde B. «volgens een beurtrol op een lijst van de rechtbank wordt aangeduid»;

dat uit de debatten ter zitting van 14 juni 1989 is gebleken dat hiermee bedoeld wordt de handelwijze die o.m. werd beschreven in de openingsrede van 1 september 1986 van de procureur-generaal E. Krings (*R.W.*, 1986-87, 377, nr. 22; zie ook Verougstraete, I., *Manuel du curateur de faillite*, Brussel, 1987, p. 76, nr. 83; Dumon en Windey, «Questions spéciales de la faillite», in *L'entreprise en difficulté*, Brussel, 1981, pp. 205-207);

dat hierbij moet worden vastgesteld dat, zelfs indien mr. A. de door art. 488 W.Kh. vereiste machtiging zou hebben gekregen van de rechter-commissaris, het de curator is die zich laat bijstaan, dit is: dat hij alleen beslist over de aanwijzing van die helper, die door hem wordt bezoldigd en die alleen aan hem rekenschap verschuldigd is; anders gezegd: de curator is volledig aansprakelijk voor het optreden van de persoon die hij aldus heeft aangewezen; de rechtbank heeft met die aanwijzing niets te maken en kan zich noch rechtstreeks noch zijdelings daarmee bemoeien; «ik wens te beklemtonen dat dezelfde verplichting geldt voor de leden van de griffies van de rechtbanken van koophandel» (cf. Krings, *ibidem*);

Overwegende dat uit de debatten aldus gebleken is dat mr. A. de aansteller is van geïntimeerde B. in de zin van art. 1384, derde lid, B.W.;

dat, nu niet betwist wordt dat geïntimeerde B. de sub IV hierboven beschreven fout heeft gepleegd in de bediening van expert-bewaarder, nl. de bediening waartoe hij door mr. A. werd gebruikt, deze laatste dan ook moet instaan voor het hierboven sub V en VI beschreven herstel van de door appellanten geleden schade;

VIII. Over de vordering van appellanten tegen partij B.:

Overwegende dat appellanten hun tussenvordering tegen partij B. hebben ingesteld bij conclusie van 18 juni 1984, doch slechts «subsidiar»;

Overwegende dat de aansteller, die in solidum aansprakelijk is met zijn aangestelde voor de schade die door deze laatste aan derden is veroorzaakt, in principe een regresvordering voor het geheel bezit tegen zijn aangestelde (cf. Cass., 15 september 1988, *J.T.*, 1988, 687, en *Bull.*, 1989, 49; voor een kritische bespreking van deze regel, cf. Cornelis, L., «L'obligation 'in solidum' et le recours entre coobligés», noot onder Cass., 17 juni 1982, *R.C.J.B.*, 1986, 680);

Overwegende dat de vordering tot vrijwaring gebaseerd was op het feit dat geïntimeerde B. de aansprakelijke was, op grond van de artt. 1382-1383 B.W., van de foutieve reclame, hetgeen nog niet wil zeggen dat mr. A. zijn vordering tot vrijwaring uitsluitend baseert op de art. 1382-1383 B.W. en niet op art. 1251, 3° B.W.;

dat partij B. in elk geval niet beweert dat mr. A. zelf enige fout zou hebben begaan;

Overwegende dat de vordering tot vrijwaring dan ook kan worden toegekend voor het geheel van de tegen mr. A. uitgesproken veroordelingen;

...

NOOT – *De persoonlijke aansprakelijkheid van de curator voor het voeren van misleidende handelspubliciteit n.a.v. de tegeldemaking van de activa van het faillissement*

1.I. *Ontstaan en loop van het geding.* Zoals men weet, is in Brussel sinds verscheidene jaren een praktijk ontstaan, waarbij de curator zich voor het beheer en de afwikkeling van het faillissement laat bijstaan door een zgn. «expert-gardiën». Deze personen worden vooral ingeschakeld voor het opmaken van de boedelbeschrijving en de bewaring van de beschreven goederen, maar meer en meer ook voor de tegeldemaking van de activa van het faillissement (Cloquet, A., *Faillites et concordats*, in *Les Nouvelles, Droit Commercial*, IV, Brussel, Larcier, 1985, nr. 2175; Verougstraete, I., *Manuel du curateur de la faillite*, Brussel, Swinnen, 1987, nr. 63). In het geannoteerde arrest had zulk een expert-bewaarnemer, in opdracht van de curator, met het oog op een versnelde tegeldemaking van een aantal activa, oorspronkelijk afkomstig van appellanten, een advertentie opgesteld, waarin, tussen de woorden «faillissement» en «50% korting», opvallend sterk de nadruk werd gelegd op de merknaam van appellanten.

2. Het hof oordeelde dat door deze handelwijze de merknaam en de vennootschappen van appellanten konden worden geschaad, in het bijzonder door de mogelijke associatie van de vennootschappen van appellanten met het faillissement (i.e. misleiding omtrent de oorsprong van de producten) en/of met de door verweerder aangeboden prijskortingen van 50% (i.e. misleiding omtrent de voorwaarden waaronder de producten konden worden gekocht). De curator werd, op grond van art. 1384, derde lid, B.W., als aansteller *in solidum* aansprakelijk gesteld met de expert-bewaarnemer voor de fout gepleegd door deze laatste in de bediening waartoe hij door de curator werd gebezigd. Bij hetzelfde arrest werd de expert-bewaarnemer veroordeeld tot vrijwaring van de curator voor alle ten laste van laatstgenoemde uitgesproken veroordelingen.

3.II. *Vordering tegen de curator «in zijn hoedanigheid van curator».* De vraag rijst wie als procespartij moet worden beschouwd wanneer een dagvaarding wordt uitgebracht tegen een curator «in zijn hoedanigheid van curator over het faillissement...» Drie mogelijkheden staan open: de gefailleerde onderneming, de curator persoonlijk of beide. Dat hieromtrent onduidelijkheid en zelfs verwarring bestaat, moge onder meer blijken uit het geannoteerde arrest. Daarin werd door de curator opgeworpen dat, gelet op de term «in zijn hoedanigheid van», niet hijzelf maar wel de gefailleerde onderneming partij was in het geding.

4. Na een analyse van de diverse betekenissen die het begrip «hoedanigheid» kan hebben, besloot het hof dat de uitdrukking «in zijn hoedanigheid van curator» nog niet betekent dat de curator optreedt «als vertegenwoordiger van het faillissement». De uitdrukking «in zijn hoedanigheid van curator» kan volgens het hof m.a.w. zowel de curator persoonlijk als de gefailleerde onderneming viseren. Het arrest zegt evenwel niet dat een vordering tegen de curator persoonlijk noodzakelijkerwijze moet gebeuren d.m.v. de uitdrukking «in zijn hoedanigheid van» (vgl. Rb. 's-Gravenhage, 25 januari 1917, *N.J.*, 1917, 334: «gesteld dat juist ware dat de faillissementscurator in privé aansprakelijk zou zijn wegens onrechtmatige handelingen door hem in zijn hoedanigheid gepleegd, die aanspraken zouden toch niet anders geldend

kunnen worden gemaakt dan door een actie tegen hem in zijn kwaliteit»).

5. Hoewel de gevolgde redenering in casu alle goedkeuring verdient, geeft zij toch aanleiding tot verscheidene moeilijkheden. Ten eerste omdat men telkens externe elementen (zie het geannoteerde arrest: de motivering van de dagvaarding, de conclusies van de partijen) moet nagaan om uit te maken in welke hoedanigheid de curator ter zake procespartij is. Aangezien dit in een aantal gevallen – al dan niet gewild – onduidelijk zal zijn, bevordert de redenering van het hof de rechtszekerheid niet. Ten tweede omdat zij geen oplossing biedt voor diegenen die de curator én *qualitatie qua* én persoonlijk dagvaarden.

6. Men kan zich afvragen of men de zaken niet eenvoudiger kan voorstellen door, naast de uitdrukking «in zijn hoedanigheid van curator» uitdrukkelijk de termen «*qualitatie qua*» en/of «persoonlijk» in de dagvaarding te vermelden. Impliciet wordt hiermee aanvaard dat een vordering tegen de curator persoonlijk het best gebeurt door een dagvaarding tegen hem «in zijn hoedanigheid van» (vgl. Rb. 's-Gravenhage, 25 januari 1917, *N.J.*, 1917, 334). In dit verband kan nog worden gewezen op een niet-gepubliceerd vonnis van 25 september 1989 van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Dendermonde (N.V. M.I. Kluwer t/ Van Kerkhove, onuitgeg., A.R. nr. 46.013). De rechtbank diende uitspraak te doen over een vordering ingesteld tegen verweerster, «zowel in persoonlijke naam als ten titel van vereffenaarster van de P.V.B.A....» Hieruit moge blijken dat in de rechtspraktijk verscheidene formules gebruikt en aanvaard worden om een professionele mandataris rechtens in privé aan te spreken.

7.III. *Persoonlijke aansprakelijkheid van de curator voor onrechtmatige daden begaan in de uitoefening of n.a.v. van zijn opdracht.* Over het algemeen wordt aangenomen dat de curator een gerechtelijk «lasthebber» is (zie Cass., 24 februari 1984, *R.W.*, 1984-85, 969; Verougstraete, I., *o.c.*, nr. 49; *idem* in Frankrijk: zie Argenson, J., en Touyas, G., *Règlement judiciaire, liquidations des biens et faillite*, Parijs, Librairie Technique, 4e druk, 1973, I, nr. 241), én van de gefailleerde én van de gezamenlijke schuldeisers (vgl. met Frankrijk, waar «le syndic» enkel de mandataris van de gezamenlijke schuldeisers is: zie Argenson, J. en Touyas, G., *o.c.*, nr. 241).

8. Samen met Van Gerven dient te worden opgemerkt dat deze meerderheidsopvatting vatbaar is voor ernstige kritiek. Een curator is niet een «lasthebber», maar wel een gerechtelijk (*vereffenings*)bewindsvoerder. Een bewindsopdracht impliceert naast het verrichten van rechtshandelingen ook het nemen van beslissingen en het verrichten van louter materiële handelingen. Het is een complexe instelling waarin elementen van verschillende overeenkomsten (o.a. lastgeving, aanneming, bewaargeving, sekwestering) vervat zitten (Van Gerven, W., *Bewindsbevoegdheid. Rechtsvergelijkinge bijdrage tot een algemene theorie van bewind over anderenmans vermogen*, Brussel, Bruylant, 1962, nrs. 34, 55 en 62). Ook Verougstraete merkte reeds op dat de opdracht van de curator in feite zeer weinig met lastgeving te maken heeft (Verougstraete, I., «La responsabilité du curateur de faillite», in *La responsabilité professionnelle des gens de justice et des fonctionnaires*, gestencild referaat van de studiedag georganiseerd door de Conferentie van de Jonge Balie te Bergen

op 28 april 1989, nr. 2). Zo kan bezwaarlijk van een toestemming van de kant van de gefailleerde evenmin als van de gezamenlijke schuldeisers worden gesproken. Een zgn. «massa van deze laatsten bestaat zelfs nog niet op het ogenblik dat het faillissement wordt uitgesproken en de curator wordt benoemd. Bovendien heeft de «massa» van de gezamenlijke schuldeisers naar Belgisch recht geen rechtspersoonlijkheid, zodat zij ook niet de bevoegdheid heeft om een «vertegenwoordiger» aan te stellen (Verougstraete, I., «Knelpunten van het faillissementsrecht», *T.P.R.*, 1986, (573), p. 596, nr. 37; zie ook Discart, A., «Het mandaat van de curator van een faillissement», *R.W.*, 1964-65, 899).

9. Volgens Verougstraete oefent de curator een opdracht *sui generis* uit. De «vertegenwoordiging» van de gefailleerde is een louter mechanische en passieve vertegenwoordiging, die ertoe leidt dat daden gesteld door de curator in de uitoefening van zijn functie, aan de gefailleerde toerekenbaar zijn. Ook de «vertegenwoordiging» van de gezamenlijke schuldeisers is niet echt, in die zin dat de curator niet bij machte is door zijn handelingen de schuldeisers te verbinden. Wel kunnen zijn handelingen de vermogensrechten van deze schuldeisers beïnvloeden (Verougstraete, I., *o.c.*, *T.P.R.*, 1986, 596, nr. 37). Nog steeds volgens Verougstraete kan de rechtvaardiging voor deze bijzondere vorm van «vertegenwoordiging» gezocht worden in de gedachte dat de curator zijn opdracht vervult in het belang van alle schuldeisers (Verougstraete, I., *o.c.*, 1989, nr. 2). Voor zover niet uit het oog wordt verloren dat de bewindsopdracht van de curator meer omvat dan het verrichten van zuivere rechtshandelingen, verdient de redenering van Verougstraete alle goedkeuring.

10. Een belangrijk gevolg van het *sui generis*-karakter van de opdracht van de curator is dat diens aansprakelijkheid niet alleen moet worden beoordeeld aan de hand van de regels van het B.W., maar evenzeer en zelfs vooral met behulp van het faillissementsrecht. De curator kan aansprakelijk zijn tegenover de gefailleerde en de gezamenlijke schuldeisers, alsmede tegenover derden (dit kan ook een schuldeiser van de boedel zijn, op voorwaarde dat diens vordering rechten betreft die niet gemeen zijn aan alle schuldeisers).

11. Ten opzichte van de gefailleerde alsmede tegenover de schuldeisers kan de curator zowel contractueel – of juist nog quasi-contractueel, gelet op het feit dat er geen echt contract bestaat met de gefailleerde noch met de gezamenlijke schuldeisers – als (quasi)-delictueel aansprakelijk zijn (Verougstraete, I., *o.c.*, 1989, nr. 4). Gelet op het principiële verbod van samenloop van contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid (Cass., 7 dec. 1973, *R.W.*, 1973-74, 1597) zal het meestal diens contractuele aansprakelijkheid, d.w.z. die wegens beheersfouten zijn, die in het gedrang zal komen (voor talrijke voorbeelden, zie Cloquet, A., *o.c.*, nrs. 2186-2187). Als beoordelingscriterium geldt het beheer van een gemiddeld diligente en aandachtige curator (zie art. 470 Fw.; zie ook Verougstraete, I., *o.c.*, 1989, nr. 11).

12. Van aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad kan enkel sprake zijn wanneer zowel de ingeroepen fout als de schade zoals deze zich concreet heeft voorgedaan, volledig vreemd zijn aan de functie van de curator, bv. wanneer de curator n.a.v. het bezoek ter plaatse de privé-wagen van de bestuurder van de gefailleerde vennootschap zou aanrijden (over hoe ver de aansprakelijkheid – uit onrechtmatige daad – van de curator kan gaan, zie in Nederland: Mi-

chiels, I.P., «Speciale aansprakelijkheden. Faillissementscurator en bewindvoerder in surséance van betaling», in *Onrechtmatige daad*, Amsterdam, Kluwer, 1973 (losbladig), VIII, nr. 134-135: wanneer de curator met onnodige hardheid tegenover de gefailleerde optreedt; wanneer de curator nalaat de schuldeiser te wijzen op een preferente aanspraak). Bij de aansprakelijkheid van de curator t.o.v. de gefailleerde en de schuldeisers zij nog opgemerkt dat in de Faillissementswet een aantal mechanismen ingebouwd zijn waardoor de gefailleerde en de schuldeisers eerder machteloos zijn tijdens de duur van de faillissementsprocedure. Hun rechten worden beperkend opgesomd in de Faillissementswet. Uiteraard betreffen deze beperkingen enkel de eventuele contractuele aansprakelijkheid van de curator en niet zijn aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad.

13. Heel anders is het gesteld met de aansprakelijkheid van de curator tegenover derden. Voor dit onderdeel van zijn opdracht dienen het optreden en de aansprakelijkheid van de curator te worden beoordeeld zoals die van een lasthebber. Overeenkomstig de gewone regels van de lastgeving is de curator niet persoonlijk verbonden t.o.v. derden, wanneer hij binnen de perken van zijn opdracht is gebleven (Paulus, C., en Boes, R., *Lastgeving*, A.P.R., Gent, Story, 1978, nrs. 228-233). De derde heeft enkel verhaal op de boedel. Of de curator binnen de perken van zijn opdracht is gebleven, wordt door de feitenrechter op onaantastbare wijze beoordeeld (Cass., 4 december 1890, *Pas.*, 1891, I, 22). Handelt de curator daarentegen buiten de perken van zijn opdracht, zij het contractueel, zij het buitencontractueel, dan verbindt hij niet de boedel maar enkel zichzelf. De derde heeft alsdan enkel verhaal op de curator persoonlijk en niet op de boedel.

14. Voor onrechtmatige daden begaan in de uitoefening van zijn functie of n.a. hiervan, is de curator steeds persoonlijk gehouden. Volgens de heersende rechtsleer en rechtspraak kunnen deze daden immers nooit het voorwerp uitmaken van enige «lastgeving» (Paulus, C., en Boes, R., *o.c.*, nr. 238, en de verwijzingen aldaar). Voor deze daden kan de curator zijn opdrachtgevers dan ook niet vertegenwoordigd hebben. In het geannoteerde arrest neemt het hof aan dat op het principe van de persoonlijke aansprakelijkheid van de curator drie uitzonderingen mogelijk zijn, waardoor zijn aansprakelijkheid opnieuw wordt verschoven naar zijn opdrachtgevers, namelijk de lasthebber die tevens aangestelde van de lastgever is, het bevel van de lastgever en de initiële fout van de lastgever (zie ook Paulus, C., en Boes; R., *o.c.*, nr. 238).

15. Samen met Verougstraete dient erop te worden gewezen dat de curator nooit de aangestelde van de gefailleerde is, evenmin als die van de gezamenlijke schuldeisers (Verougstraete, I., *o.c.*, 1989, nr. 3). Deze laatsten kunnen dus ook nooit krachtens art. 1384, derde lid, B.W. aansprakelijk zijn voor enige onrechtmatige daad door de curator gepleegd in of n.a.v. zijn functie.

16. Het is evenmin denkbaar dat de curator van de gefailleerde of van de gezamenlijke schuldeisers een «bevel» tot het verrichten van enige rechtshandeling zou krijgen. Behalve in het geval van art. 529 Fw., waarin de schuldeisers toelating kunnen geven – indien de curator erom vraagt – tot het (voorlopig) voortzetten van de handelsactiviteit, hebben de schuldeisers noch de gefailleerde het recht zich op actieve wijze te bemoeien met het beheer en de afwikkeling

van het faillissement door de curator. Zolang de faillissementsafwikkeling duurt, beperken de rechten van de schuldeisers net zoals die van de gefailleerde zich in hoofdzaak tot het maken van opmerkingen en het akte laten nemen van voorbehouden.

17. Ten slotte is ook de derde uitzondering, namelijk dat de curator zich van zijn aansprakelijkheid zou kunnen ontdoen door te wijzen op een initiële fout (bv. gebrek aan toezicht) van de kant van zijn opdrachtgevers, zowel juridisch als praktisch ondenkbaar. Juridisch ondenkbaar omdat het niet de taak van de gefailleerde noch die van de schuldeisers, maar wel die van de rechter-commissaris – en indirect eveneens van de rechtbank van koophandel – is om toezicht uit te oefenen op het beheer van de curator, zodat aan eerstgenoemden op dit vlak zeker geen initiële fout kan worden verweten. En zelfs dan nog wordt aangenomen dat de curator zich niet kan verschuilen achter een uitdrukkelijk «fiat» van de rechter-commissaris en zelfs niet van de rechtbank (Verougstraete, I., o.c., *Manuel du curateur*, nr. 55). Praktisch onmogelijk, minstens van de zijde der schuldeisers, omdat de «massa» van de gezamenlijke schuldeisers een rechtsfictie is, die geen daden kan stellen en dus ook geen fouten kan begaan. Maar ook de gefailleerde wordt vanaf het eerste uur van het vonnis van faillietverklaring ontzet uit het beheer van zijn vermogen, zodat hij minstens van dan af geen initiële fout meer kan hebben begaan.

18. In een aantal gevallen kan de derde zowel de buitencontractuele aansprakelijkheid van de curator als de contractuele aansprakelijkheid van de gezamenlijke schuldeisers inroepen, namelijk wanneer de gepleegde tekortkoming zowel een contractuele fout (waarvoor de gezamenlijke schuldeisers aansprakelijk zijn maar waarvoor dezen regres kunnen uitoefenen op de curator) als een onrechtmatige daad (waarvoor hij persoonlijk aansprakelijk is) van de curator uitmaakt. Enkele voorbeelden:

- wanneer hij gevaarlijke producten verkoopt die niet naar behoren geëtiketteerd zijn;
- wanneer hij goederen, die aan derden toebehoren en die hij in de boedel aantreft, ten bate van de boedel verkoopt;
- wanneer hij een recht dat de gefailleerde slechts te zamen met een derde kon uitoefenen, zonder medewerking van die derde ten behoeve van de boedel uitoefent.

19. Indien het echter gaat om een louter onrechtmatige daad, zonder dat van een contract sprake is – zoals *in casu* –, neemt men over het algemeen aan dat enkel verhaal op de curator en niet op de boedel mogelijk is (Verougstraete, I., o.c., 1989, nr. 7 e.v.; *contra*: H.R., 26 mei 1933, *N.J.*, 870: «Een curator is slechts dan tegen persoonlijke aansprakelijkheid gevrijwaard, wanneer hij de hem toevertrouwde belangen naar behoren heeft waargenomen»).

20.IV. *Schade aan goede naam en faam door misleidende reclame en schadeloosstelling.* In het geannoteerde arrest wordt terecht aangenomen dat verweerder door het voeren van de litigieuze reclame art. 20, 1°, W.H.P. overtreden had. Luidens dit artikel is verboden: «elke handelspubliciteit die gegevens bevat waardoor het publiek misleid zou kunnen worden aangaande de identiteit, de aard, de samenstelling, de oorsprong, de kwantiteit of de kenmerken van een produkt». Uit de uitdrukking «misleid zou kunnen worden» volgt dat het risico van misleiding volstaat. Het is niet nodig dat alle consumenten misleid kunnen worden. Voldoende is

dat voor een (klein) deel van het publiek dit gevaar bestaat, zoals ook het geannoteerde arrest terecht aanneemt (zie De Vroede, P. en Ballon, G.L., *Handelspraktijken*, Antwerpen, Kluwer, 1987, nr. 448, en de verwijzingen aldaar; zie ook De Vroede, P., «Overzicht van rechtspraak. Wet op de Handelspraktijken (1983-88)», *T.P.R.*, 1989, 241, nr. 49). Evenmin vereist is dat de auteur van een reclame die onder toepassing valt van art. 20, 1°, W.H.P. een handelaar of ambachtsman is (De Vroede, P. en Ballon, G.L., o.c., nr. 454, en de verwijzingen aldaar). Terecht neemt het hof aan dat ook een curator in de uitoefening van zijn opdracht de regels van art. 20, 1°, W.H.P. moet naleven. Bijkomend kan nog worden opgemerkt dat, indien appellanten hun merknaam d.m.v. een depot hadden beschermd, zij m.i. eveneens een schending van art. 13, A, sub 2, van de Benelux-Merkenwet hadden kunnen inroepen (Braun, A., *Précis des marques de produits et de service*, Brussel, Larcier, 1987, nr. 412 e.v.). Luidens dit artikel is immers verboden: «... elk ander gebruik, dat zonder geldige reden in het economisch verkeer van het merk of van een overeenstemmend teken wordt gemaakt onder zodanige omstandigheden, dat aan de houder van het merk schade kan worden toegebracht».

21. De hier georganiseerde misleidende reclame vertoont, naast het feit dat zij uitgaat van een curator, nog meer bijzondere aspecten. Terwijl de meeste gevallen van misleidende reclame worden georganiseerd door «levende» ondernemingen die zich op deze wijze een voorsprong op de concurrentie trachten te verzekeren, betreft het geannoteerde arrest een «stervende» onderneming, die, bij wijze van laatste stuiptrekking, (on)bewust een risico van verwarring schept tussen haarzelf en de onderneming, wier merkartikelen het voorwerp van de te realiseren verkoop uitmaken, en die zodoende het publiek misleidt omtrent de oorsprong van de producten en de voorwaarden waaronder zij kunnen worden aangekocht.

22. Ten tweede gaat de vordering niet uit van een concurrent, zoals meestal het geval is, wiens schadeclaim bestaat in het (potentieel) verlies aan clientèle dat zich heeft of zou kunnen laten misleiden door de bedoelde reclame. De vordering gaat daarentegen uit van de vennootschappen die de merkproducten produceren en/of verhandelen die in het raam van de tegeldemaking van de activa van het faillissement van verweerder werden verkocht, en wier schade bestaat in de aantasting van hun standing en reputatie, m.a.w. van hun goodwill bij de clientèle en bij het publiek in het algemeen, dit door de mogelijke verwarring van de vennootschappen van appellanten met het faillissement van verweerder, minstens met de door verweerder aangeboden abnormaal hoge prijskortingen (zie over het recht op standing en reputatie vanwege rechtspersonen: Ballon, G.L., «De persoonlijkheidsrechten van de rechtspersoon», in *Liber Amicorum Jan Ronse*, Gent, Story, 1986, 140 e.v., nrs. 13 e.v.).

23. Bij wijze van slot dient nog te worden geattendeerd op de – aanbevelingswaardige – uitvoerige motivering van het geannoteerde arrest in verband met het (on)bewezen karakter van de geclaimde schadeposten en de keuze van het schadeherstel. Voor het eerste punt volstaat een verwijzing naar het arrest zelf. In verband met het tweede punt, namelijk de gekozen wijze van schadeloosstelling, is het interessant op te merken dat het hof *in casu* de meest passende vorm van schadeherstel – *in natura* – meent te kunnen te-

rugvinden in de publikatie van een rechtzetting, evenwel reeds bevolen in een voorheen gevoerde stakingsprocedure (zie ook Brussel, 29 mei 1968, *Pas.*, 1968, II, 238). Deze zienswijze van het hof verdient alle goedkeuring. Vooral inzake aantasting van eer en goede naam, waar niet alleen het begroten maar ook het herstellen van de schade een moeilijk probleem vormt, is het van groot belang dat de partijen en de rechter op zoek gaan naar de meest aangepaste vorm van schadeherstel, d.w.z. bij voorkeur *in natura* en rekening houdend met de aard van de schade (zie hieromtrent o.m. Nuytinck, J., «Een broze waarde: de eer en de goede naam», *R.W.*, 1961-62, 627; Vandenbergh, H., *Preadvies over de eer en de goede naam in het Belgisch privaatrecht*, Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, Zwolle, Tjeenk Willink, 1972, p. 19, nr. 17; Van Oevelen, A., «Schade en schadeloosstelling bij de schending van grondrechten door private personen», in *De toepasselijkheid van de grondrechten in private verhoudingen*, Antwerpen, Kluwer, 1982, p. 436-437, nr. 17).

Veronique Thielman
Assistente UFSIA

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

VAKANTIEKAMER – 10 AUGUSTUS 1990

Voorzitter: de h. Vandeplas

Raadsheren: de hh. Vertessen (rapporteur) en Renaers

Openbaar ministerie: mevr. Dekkers

Advocaat: mr. Scheers

Minderjarigheid – Verdovende middelen – Verzwaren- de omstandigheid

De wet van 19 januari 1990 tot verlaging van de burgerlijke meerderjarigheid tot achttien jaar, die in werking is getreden op 1 mei 1990, heeft ook uitwerking op strafrechtelijk gebied zodat de verzwarende omstandigheid van minderjarigheid niet meer van toepassing is op de misdrijven bedoeld in de artikelen 1, 2bis, 4 en 6 van de wet van 24 februari 1921 betreffende de verdovende middelen, als de minderjarige op het ogenblik der feiten méér dan achttien jaar oud was.

T.

Telastlegging: G. Met overtreding van de artt. 1, 2, 11 en 28 van het K.B. van 31 december 1930 omtrent de handel in slaap- en verdovende middelen, zoals onder meer gewijzigd door de K.B.'s van 8 oktober 1963, 10 april 1964, 22 juli 1966, 5 juli 1971, 31 juli 1974 genomen ter uitvoering van art. 1 en strafbaar gesteld bij de artt. 2bis, 4, 6 van de wet van 24 februari 1921 gewijzigd bij de wetten van 11 maart 1958 en 9 juli 1975 betreffende het verhandelen van de giftstoffen, slaap- en verdovende middelen ontsmettingsstoffen en antiseptica, geneesheer noch apotheker zijnde die een apotheek voor het publiek openhoudt, noch veearts, zonder voorafgaande vergunning van de minister van Binnenlandse Zaken en Volksgezondheid, de hiernavermelde verdovingsmiddelen, onder bezwarende titel of om niet vervaardigd, in bezit gehad, verkocht of te koop gesteld, afgeleverd of aangeschaft te hebben, en dit buiten elke aankoop of bezit

krachtens geneeskundig voorschrift, nl. de hiernavermelde verdovingsmiddelen het misdrijf gepleegd zijnde ten aanzien van een minderjarige *boven* de leeftijd van zestien jaar, nl. de hiernavermelde minderjarigen (...)

H. (...)

Overwegende dat de feiten, omschreven onder de telastleggingen G III a, b 1, b 2, en H gepleegd werden zonder de verzwarende omstandigheid dat de slachtoffers minderjarig waren *boven* de leeftijd van zestien jaar;

Overwegende dat de wet van 19 januari 1990 tot verlaging van de burgerlijke meerderjarigheid tot achttien jaar in werking is getreden op 1 mei 1990;

Overwegende dat, in de gevallen waarin de minderjarigheid van het slachtoffer een verzwarende omstandigheid uitmaakt, er aanleiding bestaat om toepassing te maken van artikel 2, tweede lid, van het Strafwetboek;

Overwegende bijgevolg dat de verzwarende omstandigheid van minderjarigheid, vermeld in de telastleggingen G III a t.a.v. Rolanda de N., b 2 t.a.v. Nancy G., H t.a.v. Alain B., Gaetan D., Nancy G., Nancy de N. en Nancy O., allen minderjarig op het ogenblik der feiten, doch méér dan achttien jaar, niet meer van toepassing is, daar de wet van 19 januari 1990 eveneens uitwerking heeft op strafrechtelijk gebied;

Overwegende dat het wegvallen van die verzwarende omstandigheid van minderjarigheid de voormelde feiten in casu niet straffeloos maakt, maar dat deze feiten bewezen zijn zonder verzwarende omstandigheden (...)

ARBEIDSHOF TE ANTWERPEN

2e KAMER – 14 JUNI 1990

Voorzitter: de h. Boes

Raadsheren in sociale zaken: de hh. Boeykens en Van den Broucke

Advocaten: mr. Buysens loco mr. Dyck

Arbeidsovereenkomsten – Gewaarborgd loon – Verloren arbeidsdag – Bomalarm – Glijdende werktijd

De werknemer die ten gevolge van bomalarm slechts met vertraging kan beginnen arbeiden wanneer hij op het bedrijf van de werkgever aankomt, terwijl de arbeid nog valt binnen de grenzen van de «glijdende werktijd», en de werknemer zijn volledig maandloon ontvangt, kan geen aanspraak maken op het gewaarborgd dagloon bedoeld in artikel 27, 1°, W.A.O.

H. t/ N.V. B.

1. Feiten

Overwegende dat appellant als bediende in dienst was van geïntimeerde in een stelsel van «glijdende werktijd», zoals dit bij geïntimeerde werd ingevoerd overeenkomstig de C.A.O. van 7 september 1978;

Overwegende dat appellant stelt dat hij zich op 9 december 1985 op het werk aangeboden heeft om 7.25 u. maar de arbeid aldaar niet kon aanvatten, omdat de toegang tot het bedrijf bij politimaatregel verboden was wegens bomalarm; dat hij slechts tot het werk toegelaten werd om 8.30 u. en gearbeid heeft tot 16.15 u.

2. Niet-toepasselijkheid van artikel 27 van de Arbeidsovereenkomstenwet

Overwegende dat het Hof eerst dient te verduidelijken dat niet artikel 27, 2°, van de Arbeidsovereenkomstenwet op de voormelde feitelijke situatie van toepassing kan zijn, als aan de andere vereisten van dit artikel zou zijn voldaan, maar wel artikel 27, 1°; dat appellant immers later op de plaats van het werk is gekomen omdat verbod was gegeven door de politie het bedrijfsgebouw te betreden en de toegang daartoe langs verschillende straten was afgesloten, en zelfs particuliere woningen waren ontruimd, zoals uit overgelegde stukken blijkt;

Overwegende dat uit de termen van voormeld artikel 27 blijkt dat het recht op loon dat de werknemer zou zijn toegekomen indien hij zijn dagtaak normaal had kunnen volbrengen slechts gewaarborgd is aan de werknemer die, wegens nader in dat artikel vermelde redenen, onafhankelijk van zijn wil zijn dagtaak niet normaal heeft kunnen volbrengen en hierdoor loonverlies lijdt;

Overwegende dat uit de overgelegde loondocumenten blijkt dat aan appellant voor de maand december 1985 hetzelfde volledige brutomaandloon van 82.000 fr. is toegekend als in de voorgaande maanden oktober en november 1985 en in de latere maanden januari, februari en maart 1986; dat appellant derhalve door voormelde feiten geen loonverlies geleden heeft en diens gevolg niet gerechtigd is op gewaarborgd loon;

Overwegende dat appellant overigens door het systeem van glijdende werkuren, daar hij zijn werk op 9 december 1985 aangevat heeft in de voormiddag (tussen 7.30 u. en 9 u.), zijn dagtaak normaal had kunnen volbrengen, aangezien hij zijn werk vrij kon beëindigen in de namiddag (tussen 16 u. tot 17.30 u.); dat appellant uit vrije wil zijn dagtaak beëindigd heeft om 16.15 u.; dat, nu de toepassing van voormeld artikel 27 vereist dat de dagtaak door omstandigheden onafhankelijk van de wil van de werknemer niet normaal kan worden volbracht, appellant dan ook ten onrechte de toepassing vordert van dat artikel;

Overwegende dat de eerste rechter dan ook terecht de oorspronkelijke vordering van appellant afgewezen heeft als niet gegrond;

...

BURGERLIJKE RECHTBANK TE BRUGGE

1e KAMER – 17 JUNI 1987

Voorzitter: de h. Vandorpe

Advocaten: mrs. Verbeke, Micholt en Sabbe

Onrechtmatige daad – Aansprakelijkheid – Instorting van gebouw – Havendam – Aansprakelijkheid van de eigenaar-concessieverlener

Een havendam moet worden beschouwd als een gebouw in de zin van artikel 1386 B.W.

Ook al had de Staat, ingevolge het verlenen van een concessie, geen rechtstreeks toezicht meer op de havendam in kwestie toch blijft hij als eigenaar aansprakelijk tegenover de benadeelde.

P. t/ N.V. Maatschappij voor Brugse Zeevaartinrichtingen en Belgische Staat

De vordering strekt tot de solidaire veroordeling, minstens in solidum, of de ene bij gebreke van de andere, van eerste en tweede verweerster tot het betalen aan eiser van een bedrag van 201.013 frank, te vermeerderen met de vergoedende interesten vanaf 31 januari 1983, de gerechtelijke interesten en de gedingkosten.

Voormeld bedrag vertegenwoordigt de schade die eiser heeft geleden door het verlies van zijn personenwagen op 31 januari 1983 toen deze bij een grondverzakking op de Oude Westelijke Havendam te Zeebrugge in een put terecht kwam en verdween. De vordering is gebaseerd op de artikelen 1382, 1383 en 1384, eerste lid, B.W. ten opzichte van eerste verweerster en op artikel 1386 B.W. ten opzichte van tweede verweerster

(...)

B. Beoordeling

I. Met betrekking tot de hoofdvordering

1. Te dezen zijn alle voorwaarden voor de toepassing van artikel 1386 B.W. aanwezig. De havendam moet als een gebouw in de zin van voormeld wetsartikel worden beschouwd (De Page, II, nr. 998; *R.P.D.B.*, V°, «Responsabilité», nrs. 976 e.v.; *Dalcq*, I, nr. 2249).

Onmiskenbaar is er op 31 januari 1983 een instorting (zie foto in dossier eiser) geweest, namelijk een verzakking van de materialen die de havendam vormden, minstens van het gedeelte waar het voertuig van eiser geparkeerd stond. Deze instorting is kennelijk het gevolg van een gebrek en/of een verzuim aan onderhoud. Overmacht moet in casu worden uitgesloten en overigens beroept tweede verweerster zich hier niet op. Ook al had tweede verweerster ingevolge het verlenen van de concessie geen rechtstreeks toezicht meer op de havendam in kwestie, toch blijft zij als eigenares ten opzichte van eiser aansprakelijk. («Overzicht van rechtspraak. Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad», *T.P.R.*, 1980, 1276, nr. 114).

2. Aan eiser kunnen geen fouten ten laste worden gelegd waardoor zijn aansprakelijkheid geheel of gedeeltelijk betrokken zou zijn. Gewis mocht eiser als kapitein van een aan de kaai afgemeerde sleepboot aldaar zijn voertuig stallen (zie artikel 48 van de Verordening Haven van Zeebrugge; goedgekeurd bij K.B. van 28 januari 1937).

Opdat tweede verweerster zich overigens van haar aansprakelijkheid kan ontheffen, moet een eventuele fout van eiser in oorzakelijk verband staan met ongeval, hetgeen hier niet het geval is geweest.

3. Over het bedrag van de door eiser opgelopen schade bestaat kennelijk geen betwisting. Het door eiser gevorderde bedrag van 201.013 fr. in hoofdsom kan derhalve worden toegekend.

4. Aangezien eiser primair de toepassing van artikel 1386 B.W. inroept en uit het voorgaande blijkt dat tweede verweerster als eigenares aansprakelijk is, hoeft niet verder te worden onderzocht of en in hoeverre de vordering van eiser subsidiair jegens eerste verweerster en gebaseerd op de artikelen 1381, 1382 en 1384 B.W. gegrond is.

II. Met betrekking tot de tussenvorderingen

1. Daar de hoofdvordering uitsluitend gegrond is ten opzichte van tweede verweerster, is de tussenvordering van eerste verweerster tot vrijwaring zonder voorwerp.

2. Daarentegen is de tussenvordering van tweede verweerster tot vrijwaring door eerste verweerster toelaatbaar en moet door de Rechtbank worden nagegaan of en in hoeverre zij gegrond is. Immers, eerste verweerster heeft als concessiehouder een aantal verbintenissen op zich genomen in verband met het onderhoud van de haveninstallaties (zie artikel 46 e.v. van de 'cahier des charges' die werd gevoegd bij de «Convention -loi» van 1 juni 1894 - 11 september 1895.

...

6. Partijen zijn gehouden om op loyale wijze aan de procesgang mee te werken. In de gegeven omstandigheden beschikt de Rechtbank over onvoldoende gegevens om de gegrondheid van de tussenvordering van tweede verweerster te kunnen beoordelen. Het is derhalve aangewezen om uitsluitend wat de «tussenvordering» betreft, de heropening der debatten te bevelen.

...

BURGERLIJKE RECHTBANK TE MECHELEN

2e KAMER - 31 MEI 1990

Rechter: de h. de Forche

Openbaar ministerie: mevr. Van Bauwel

Advocaat: mr. Van Reempts

Burgerlijke stand - Transseksualiteit - Wijziging van de vermelding van het geslacht in de geboorteakte

Een transseksueel kan wijziging van de vermelding van zijn geslacht in de geboorteakte verkrijgen via een niet door de wet voorziene vordering van staat, op grond van een rechtmatig verkregen bezit van staat.

V.

Overwegende dat de vordering ertoe strekt bij vonnis te beschikken dat de bedoelde akte van geboorte opgemaakt door de ambtenaar van de Burgerlijke Stand van de gemeente Lier op 2 april 1935 en ingeschreven in de registers van de akten van geboorten van genoemde gemeente over het jaar 1935 onder nummer 146 wordt verbeterd in dezer voege dat de vermelding van de voornamen van verzoeker «L.H.» wordt vervangen door «V.B.», dat de vermelding van de bewoordingen «de zoon van» wordt vervangen door «de dochter van» en dat de vermelding van de bewoordingen «van het mannelijk geslacht» wordt vervangen door «van het vrouwelijk geslacht»;

...

1) Overwegende dat het geslacht een rechtsfeit is, dat in oorsprong door de wetgever bewezen wordt door het vertonen van het kind kort na de geboorte of door een medische verklaring (cf. oud art. 55 B.W., gewijzigd bij wet van 30 maart 1984: het kind wordt vertoond; huidig art. 56, § 4,

B.W.: verklaring van de geneesheer c.q. de ambtenaar vergewist zich persoonlijk ter plaatse);

Dat derhalve uitsluitend het morfologisch criterium in aanmerking wordt genomen;

Dat echter de vaststelling volgens dit beperkte criterium tot gevolg heeft dat van een feit akte wordt genomen in een authentieke akte die vanaf dan onweerlegbare bewijskracht heeft;

Dat het hier echter over een relatieve onweerlegbaarheid gaat, aangezien de inhoud van de akte kan worden aangevochten hetzij wegens betichting van valsheid (art. 1319) ofwel in geval van materiële vergissing, begaan zonder bedrieglijk inzicht (cf. *Pandectes belges*, «Acte de l'état civil», nr. 527);

Overwegende dat de medische en menswetenschappen thans echter een aantal andere criteria tot geslachtsbepaling kennen, zo o.m. genetisch, gonadisch, hormonaal, psychologisch enz. (cf. Rb. Mechelen, 17 juni 1975, *R.W.*, 1975-76, 870, met noot J.M. Pauwels; prof. Pauwels, *Beginselen van personen- en van familierecht*, Alco, tweede druk, 1986, p. 104);

Overwegende dat naast de medische criteria ook een sociaal-economische maatstaf in acht kan worden genomen en dat zeer recent ook het begrip «geslachtsidentiteit» juridische erkenning heeft gekregen (cf. resolutie aangenomen in plenaire zitting van het Europees Parlement op 12 september 1989);

Overwegende dat enerzijds de diagnose van het ziektebeeld genderdysforie onder de autonome immuniteit van de geneeskunde valt en dat het leven volgens een nieuwe geslachtsidentiteit het logische gevolg is van het medisch ingrijpen;

Dat inderdaad de medische wetenschap in oplossingen voorziet ingeval er een onverzoenlijke tegenstelling ontstaat is tussen de verschillende geslachtscriteria;

Dat aldus de geslachtsregistratie, zoals deze blijkt uit de geboorteakte, niet meer overeenstemt met de werkelijkheid en dat het in het belang van de openbare orde is dat deze akte wordt aangepast;

Dat in casu noch sprake is van valsheid, noch een reden bestaat van een materiële vergissing ten tijde van het opstellen van de geboorteakte;

Dat aldus verzoeker de verandering van zijn staat vordert op grond van de ingetreden verandering en het blijvend en onomkeerbaar bezit van de nieuwe staat;

2) Overwegende dat de Belgische wetgeving niet in een bijzondere rechtspleging voorziet, waardoor de geslachtsverandering van personen wordt geregeld, zulks in tegenstelling tot de meeste Europese landen, namelijk: Nederland: art. 29a B.W., ingevoegd bij wet van 24 april 1985; Duitse Bondsrepubliek: Transsexuellen Gesetz van 10 september 1990, *Bundesgesetzblatt*, 1980, I, 1654; Italië: Legge 14 aprile 1982, N 164, norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso, *Gazzetta Ufficiale*, 19 april 1982; Zweden: wet van 21 april 1972, *Svensk Författningssamling*, 9 mei 1972, N 119;

Overwegende dat de overige Europese landen, Ierland uitgezonderd, voorzien in een jurisprudentiële oplossing van de problematiek van geslachtsverandering;

Dat aldus naast de bekende en in de wet voorziene procedure tot verbetering van de akte van burgerlijke stand (art. 1383 Ger. W.) in België zich recentelijk een rechtspraak

heeft ontwikkeld waardoor de vordering van staat, waarin niet in de wet is voorzien, ontvankelijk en gegrond werd verklaard (Rb. Brussel, 16 april 1986, *J.P.*, 27 juni 1986, 29 e.v., *T.B.B.R./R.G.D.C.*, 89/1, 47; Hof Antwerpen, 27 april 1988, *R.W.*, 1988-89, 614);

3) Overwegende dat met de oplossing van de rechtspraak, noodzakelijk gezien de leemte in de wet, ingestemd kan worden door «Resolutie over de Discriminatie van Transseksuelen», die werd goedgekeurd in de plenaire zitting van het Europees Parlement op 12 september 1989;

Dat deze resolutie o.m. zegt: «Het Europees Parlement,.../... (I) is ervan overtuigd dat de menselijke waardigheid en het recht op persoonlijkheid impliceren dat overeenkomstig de geslachtsidentiteit kan worden geleefd»;

Overwegende dat de voorwaarden tot het instellen van deze vordering moeten worden gezocht in het rechtmatig verkregen bezit van staat;

Overwegende dat verzoeker de nieuwe staat verkregen heeft op een rechtmatige wijze, namelijk dat zulks voortspuit uit het therapeutisch doel van de medische behandelingen die werden toegepast;

Dat de behandeling overeenstemt met de voorschriften die daartoe door Belgische artsen dienen te worden nageleefd, met name het volgen van een rigoureuze behandelingsprogramma, waarin de nodige wachttijden zijn voorgeschreven;

Dat door het feit dat deze ingreep een medisch verantwoordde responsie was van de gestelde diagnose, vaststaat dat de geslachtsverandering onafhankelijk was van de vrije wil van verzoeker en dus niet werd uitgevoerd ten gevolge van een gril of van willekeur;

Dat bovendien het begrip zelfdiagnose niet mag worden verward met vrije keuze; dat immers bij iedere ziekte een zekere zelfdiagnose aanwezig is en dat men derhalve de vrijheid heeft zich te onderwerpen aan de gevolgen van het medisch contract;

Overwegende dat bovendien uit de aard van de medische ingreep tegelijk de onomkeerbaarheid van de verandering blijkt;

4) Overwegende dat verzoeker tot slot stelt dat hij, tot staving van zijn eenzijdig verzoek, conform art. 870 Ger. W., gehouden is ook eenzijdig aan de bewijslast te voldoen en derhalve medische verslagen en attesten overlegt:

1. medisch getuigschrift, dr. V. te Antwerpen van 1 april 1989;
2. medisch getuigschrift, dr. M.V., psychiater-psychoterapeut te Antwerpen, van 30 april 1987;
3. medisch getuigschrift, dr. A., professor-internist te Antwerpen, van 7 november 1988;
4. medisch verslag, dr. A., professor-internist te Antwerpen, van 10 februari 1987;
5. medisch verslag, dr. G., professor te Leuven, van 19 oktober 1988;
6. medische verklaring, dr. N., psychiater te Leuven, van 2 maart 1989;
7. psychologisch verslag, dr. B., klinisch psycholoog te Antwerpen, van 10 april 1987;
8. medische verklaring, dr. V., geneesheer te Antwerpen, van 17 november 1987;
9. kopij van de eensluidende uitgifte van het K.B. van 19 december 1987, houdende machtiging aan de heer V. tot het vervangen van zijn voornamen «L.H.» in «V.B.»;

Overwegende dat verzoeker reeds jaren in behandeling is (psychiatrisch, psychologisch, hormonaal) en psychologisch

tot het vrouwelijk geslacht behoort (zie bovenvermelde attesten);

Overwegende dat verzoeker zich sociaal als vrouw heeft kunnen integreren en zich maatschappelijk als vrouw gedraagt (attest dr. V.);

Overwegende dat de correctieve ingreep ter verduidelijking van het geslacht werd uitgevoerd (zie attest dr. V.);

Overwegende dat er geen redenen bestaan om aan de waarde en de oprechtheid van de inhoud van die overgelegde medische bescheiden te twijfelen;

Overwegende dat door verzoeker op voldoende wijze wordt aangetoond dat het juridische geslacht, waaronder hij op de burgerlijke stand ingeschreven staat, niet of niet meer overeenstemt met het feitelijk geslacht waaronder hij zich thans in de maatschappij vertoont en sociaal geïntegreerd is; hij werd trouwens bij K.B. van 19 december 1987 gemachtigd de vrouwelijke voornamen «V.B.» te dragen;

Overwegende dat uit het voorgaande tevens blijkt dat de ondergane medische behandeling en de heelkundige ingreep niet gebeurden ingevolge een willekeurige beslissing of een gril, maar gedreven is door een aan zijn diepste persoonlijkheid en psychische constitutie onderliggende en onweerstaanbare macht, volkomen onafhankelijk van de wil van verzoeker;

Overwegende dat er overigens geen nieuwe gegevens aan het licht zouden kunnen worden gebracht door welke bijkomende gerechtelijke medische expertise dan ook (vgl. Trib. de Grande Instance de Nanterre, 21 april 1983, *Gaz. Pal.*, 1983, 605-606, noot G. Sutton);

Overwegende dat verzoeker dan ook terecht de staat inroept die hij sedert enkele jaren bezit, nl. dat hij thans van het vrouwelijk geslacht is;

Om die redenen,

De Rechtbank,

Overeenkomstig het schriftelijk advies verleend door mevrouw B. Van Bauwel, substituut-procureur des Konings, ter terechtzitting van 17 mei 1990;

Verklaart het verzoekschrift ontvankelijk en als volgt gegrond:

Zegt voor recht dat te rekenen vanaf de datum van dit vonnis, verzoeker van het vrouwelijk geslacht is in plaats van het mannelijk geslacht;

dat van dan af de verzoeker de staat van vrouw bezit en dat van deze wijziging kantmelding dient te worden gemaakt op zijn geboorteakte nr. 146, opgesteld door de ambtenaar van de burgerlijke stand der stad Lier op 2 april 1935;

Zegt voor recht dat de bewoording «de zoon van» voortaan dient te worden gelezen als «de dochter van» en de bewoording «van het mannelijk geslacht» dient te worden gelezen als «van het vrouwelijk geslacht»;

Beveelt dat het beschikkend gedeelte van dit vonnis zal worden overgeschreven in de registers van de burgerlijke stand, van het lopende jaar, van de stad Lier en dat er melding van zal gemaakt worden op de kant van de bewuste geboorteakte, zulks op beide exemplaren, evenals in de jaarlijkse en tienjaarlijkse tabellen;

Legt verbod op aan de bewaarders van de bewuste akte om voortaan nog afschriften of uittreksels van deze akte af te leveren zonder de bevolen wijziging te vermelden;

Legt de kosten ten laste van de verzoekende partij.

NOOT – *Transseksualiteit, wetgevende tussenkomst overbodig?*

1. De hier besproken beschikking van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Mechelen vormt een bevestiging van het feit dat de recente rechtspraak zich steeds gunstiger opstelt t.a.v. verzoeken van transseksuelen tot wijziging/verbetering van de vermelding van hun geslacht en/of naam in hun geboorteakte (voor een overzicht van de – omvangrijke – rechtspraak i.v.m. deze problematiek, zie Baeteman, G. en Gerlo, J., «Overzicht van rechtspraak (1975-1980). Personen- en familierecht», *T.P.R.*, 1981, 769-771, nr. 20; Baeteman, G., Gerlo, J., Guldix, E., De Mulder, W. en De Wit, R., «Overzicht van rechtspraak. Personen- en familierecht 1981-1987», *T.P.R.*, 1988, 435-348, nrs. 28-31; Vieujean, E., «Examen de jurisprudence (1976 à 1982). Personnes», *R.C.J.B.*, 1985, 488-507, nrs. 12-15; Meulders-Klein, M.T., «La vérité et le sexe. A propos du transsexualisme», *T.B.B.R.*, 1989, 5-20).

2. De volgende ontwikkeling is in de rechtspraak waar te nemen.

In een eerste stadium werden de verzoeken afgewezen

– omdat op het ogenblik van de geboorte (noodzakelijkerwijs) alleen rekening wordt gehouden met het morfologisch geslachts criterium;

– omdat het geslacht, als element van de staat van personen, onveranderlijk en onbeschikbaar is: noch een vordering tot verbetering van de geboorteakte (bij gebrek aan bewijs van vergissing bij het opmaken van de geboorteakte), noch een vordering tot wijziging van staat (niet voorzien door de wet) zou mogelijk zijn.

In een volgend stadium werden sommige verzoeken ingewilligd omdat er geen sprake zou zijn van geslachtsverandering, maar van geslachtsverduidelijking: de betrokkene zou geen loutere tegenstelling tussen fysiologische en psychologische geslachtskenmerken vertonen, maar daarenboven vanaf de geboorte een tegenstelling tussen de fysiologische kenmerken onderling (morfologisch en genetisch of hormonaal criterium): al of niet bewust worden transseksualiteit en interseksualiteit op gelijke voet gesteld.

In een laatste stadium wordt de geslachtswijziging toegelaten, ook al gaat de transseksualiteit niet gepaard met – vanaf de geboorte bewezen – fysieke interseksualiteit (zie in dezelfde zin als het besproken vonnis: Rb. Neufchâteau, 14 januari 1987, *Rev. Liège*, 1987, 354, *Rev. Rég. Dr.*, 1987, 147, noot Dijon, X.; Luik, 15 juni 1987, *Rev. Liège*, 1987, 994; Rb. Brussel, 16 april 1986, *T.B.B.R.*, 1989, 47; Rb. Dendermonde, 1 december 1989, *T.B.B.R.*, 1990, 163; Rb. Tongeren, 2 oktober 1989, *T.B.B.R.*, 1990, 165).

3. Terecht wordt de vordering geconstrueerd als een vordering van staat; de bestaande vordering tot verbetering (met terugwerkende kracht) van de geboorteakte dient voorbehouden te worden voor de gevallen waarvoor ze voorzien werd, nl. materiële vergissingen.

In ons recht wordt een onderscheid gemaakt tussen vorderingen tot vaststelling van staat en vorderingen tot wijziging van staat; de eerste geven aanleiding tot een declaratief vonnis, met terugwerkende kracht, de laatste tot een constitutief vonnis, zonder terugwerkende kracht.

De vordering van de transseksueel is moeilijk in een van beide categorieën onder te brengen (zie Meulders-Klein, M.T., o.c., 15-16 en 18-19), maar er schijnt een vrij grote consensus over te bestaan dat de rectificatie van de geslachts-

toekenning geen terugwerkende kracht heeft en pas uitwerking heeft vanaf de datum van het vonnis (zie het besproken vonnis) of vanaf de overschrijving daarvan in de registers van de burgerlijke stand en de kantmelding in de geboorteakte (vgl. art. 29d Ned. B.W., § 10-12 Duitse wet; art. 4 Italiaanse wet).

4. Deze niet door de Belgische wet voorziene vordering tot wijziging of rectificatie van staat wordt met verschillende argumenten verantwoord:

– de wijziging van staat is het gevolg van een onweersaanbare drang, onafhankelijk van de vrije wil van de verzoeker, en niet het gevolg van gril of willekeur, zodat het beginsel van de onbeschikbaarheid van de staat niet in het gedrang komt;

– de nieuwe staat werd verkregen op een rechtmatige wijze, gelet op het therapeutisch doel van de medische behandelingen die werden toegepast;

– de geslachtsregistratie, zoals deze blijkt uit de geboorteakte, stemt niet of niet meer overeen met het feitelijk geslacht waaronder verzoeker zich in de maatschappij vertoont; het sociaal beleefde geslacht moet de doorslag geven, het belang van verzoeker én maatschappij, ja de openbare orde vereist dat de akte wordt aangepast.

Zoals het besproken vonnis kernachtig zegt: het blijvend en onomkeerbaar *bezit van de nieuwe staat* is de grondslag van de vordering.

5. Ook al zou kunnen worden aangenomen dat alle vorderingen van staat niet expliciet door de wetgever geregeld moeten worden, toch lijkt een wetgevende tussenkomst wenselijk, om voor een aantal bijkomende problemen duidelijke oplossingen te verstrekken.

6.a. *De rechtmatigheid van een geslachtsoperatie.* In de recente rechtsleer en rechtspraak wordt de medische immunititeit gegrond op de *toelating van de wet*, die een vermoeden stelt van rechtvaardiging t.o.v. het optreden van de geneesheer-chirurg.

Dit vermoeden kan echter worden tenietgedaan door de bewijsoverlevering door de patiënt (in burgerlijke zaken) of door het openbaar ministerie (in strafzaken) van het misbruik van de wettelijke toelating (afwezigheid van therapeutisch doel) of van de afwezigheid van vrije en voorgelichte toestemming van de patiënt (Corr. Brussel, 27 september 1969, *J.T.*, 1969, 635, *Pas.*, 1969, III, 115 (i.v.m. een mislukte geslachtsoperatie); Nijs, H., «Eigendom in het medisch recht», *R.W.*, 1983-84, 2362-2367, en de vele verwijzingen aldaar).

Het therapeutisch doel van een geslachtsoperatie bij een transseksueel wordt in de huidige stand van de geneeskunde vrij algemeen aanvaard.

De vraag kan worden gesteld of, gelet op de verregaande gevolgen van de ingreep, deze niet aan bijzondere toelatings- of toestemmingsregels moet worden onderworpen.

In Zweden en Italië is een geslachtsoperatie onderworpen aan een voorafgaande administratieve (§§ 4 en 5 Zweedse wet) of gerechtelijke (artt. 3, 6 en 7 Italiaanse wet) toelating.

De Nederlandse en Duitse wet stellen een dergelijke voorwaarde niet.

Is een voorafgaande administratieve of gerechtelijke toelating een ietwat omslachtige procedure, een uitdrukkelijke, *schriftelijke* toestemming van de patiënt, in aanwezigheid van een meerderjarige getuige, lijkt hier wel op zijn plaats (vgl. artt. 5, 8 en 9 W. 13 juni 1986 betreffende het wegnemen en transplanteren van organen).

7.b. *De noodzaak van een voorafgaand operatief ingrijpen.* In Duitsland kan een transseksueel — die zich sinds minstens drie jaar onweerstaanbaar als behorend tot het andere geslacht voelt en gedraagt — slechts wijziging krijgen van de vermelding van zijn geslacht in de geboorteakte als hij een gelukte geslachtsveranderende operatie heeft ondergaan («große Lösung»); zonder geslachtsoperatie kan alleen verandering verkregen worden van de vermelding van de voor naam in de geboorteakte («kleine Lösung»).

In Nederland kan een transseksueel wijziging van de vermelding van de kunne in de geboorteakte krijgen indien hij overtuigd is tot de andere kunne te behoren dan is vermeld in de geboorteakte en indien hij lichamelijk aan het verlangde geslacht is aangepast voor zover dit uit medisch of psychologisch oogpunt mogelijk en verantwoord is.

De soepeler Nederlandse oplossing verdient de voorkeur, al kan de vraag gesteld worden of het vereiste van een voorafgaand operatief ingrijpen uit het oogpunt van het recht op privacy aanvaardbaar is (vgl. de Zweedse en Italiaanse wet, waar alles wordt overgelaten aan het oordeel van de administratieve overheid of rechtbank).

8.c. *De familierechtelijke gevolgen van de geslachtsverandering.* (1) *Huwelijk.* Zowel de Nederlandse, de Zweedse als de Duitse wet stellen als bijkomende voorwaarde dat degene die een verzoek tot geslachtswijziging indient, ongehuwd moet zijn.

De voorwaarde van het ongehuwd (niet meer gehuwd) zijn lijkt ons niet onmisbaar, voor zover een wettelijke regel bepaalt dat het vonnis tot rectificatie van de geslachts-toekenning automatisch de ontbinding ex nunc van het huwelijk tot gevolg heeft (vgl. art. 4 Italiaanse wet). De gewezen echtgenoot moet dan de rechtspositie krijgen van de «onschuldige» echtgenoot na echtscheiding, met eventuele onderhouds- en pensioenaanspraken.

9. Na de rectificatie van de geslachts-toekenning staat niets een (nieuw) huwelijk van de transseksueel met een persoon behorend tot zijn «vroegere» geslacht in de weg.

Natuurlijk is echtscheiding mogelijk op grond van grove beledigingen indien de echtgenoot niet werd ingelicht over de ondergane geslachtsoperatie.

10.(2) *Kinderen.* Een kind heeft er geen belang bij zijn vader/moeder eerst als man/vrouw en nadien als vrouw/man te kennen en in plaats van een vader én een moeder twee vaders of twee moeders te hebben.

Uitgaande van die gedachtengang stelde wijlen prof. J. Pauwels voor de mogelijkheid van een fysieke en juridische geslachtsverandering voor te behouden voor kinderloze transseksuelen: het ouderschap zou definitief het geslacht van de ouders vaststellen («Verandering van de geslachtsaanduiding bij transseksuelen», noot bij Rb. Mechelen, 17 juni 1975, *R.W.*, 1975-76, 887).

Geen enkele Europese wetgeving maakt echter een dergelijk voorbehoud, allicht gelet op het recht op privacy van de transseksueel.

Aangenomen moet dan wel worden dat de bestaande familierechtelijke betrekkingen en de daaruit voortvloeiende rechten en verplichtingen van ouders en kinderen onverlet gelaten worden door de geslachtswijziging (vgl. art. 29d Ned. B.W.).

Zo kan ook niet belet worden dat eventueel een vordering tot betwisting van vaderschap tegen een vrouw geworden transseksueel wordt ingeleid!

11. Verschillende bestaande wetgevingen stellen wel als voorwaarde voor de geslachtswijziging dat de betrokkene niet meer tot voortplanting in staat is.

Artikel 29a Ned. B.W. eist dat de betrokkene «als mannelijk in de akte van geboorte vermeld staande, nimmer meer in staat zal zijn kinderen te verwekken, dan wel als vrouwelijk in de akte van geboorte vermeld staande, nimmer meer in staat zal zijn kinderen te baren» (vgl. § 7 Duitse wet; volgens de Zweedse wet volstaat sterilisatie).

In geval van geslachtsoperatie is deze voorwaarde normaliter vervuld.

12.(3) *Voornaam.* Een aantal recente beschikkingen laten wel de wijziging van de vermelding van het geslacht in de geboorteakte toe, maar weigeren de wijziging van de voor naam toe te staan: de betrokkene kan en moet daarvoor de administratieve procedure van voornamswijziging volgen (Rb. Neufchâteau, 14 januari 1987, *gecit.*; Rb. Brussel, 16 april 1986, *gecit.*).

Deze beschikkingen getuigen van een overdreven formalisme. Als de rechter bevoegd is het geslacht te wijzigen, is hij ook bevoegd de voornaam, die onmiskenbaar met het geslacht samenhangt, te wijzigen (in die zin: Luik, 15 juni 1987, *gecit.*, dat Rb. Neufchâteau, 14 januari 1987, op dit punt wijzigd).

13. *Besluit.* De vooruitgang van de medische wetenschap stelt een aantal delicate morele en juridische vragen (vgl. de problematiek i.v.m. kunstmatige-inseminatietechnieken).

Waar op internationaal vlak slechts algemene richtlijnen worden geformuleerd (zie de «Resolutie over de Discriminatie van Transseksuelen» goedgekeurd door het Europees parlement op 12 september 1989), is het de taak van de nationale wetgever deze concreet uit te werken.

14. Teneinde tot meer rechtszekerheid te komen lijkt inlassing van een hoofdstuk VII «Wijziging van de geslachts-toekenning» in titel II Akten van de burgerlijke stand van het Burgerlijk Wetboek aangewezen.

In een minimalistische visie zou de volgende bepaling daarin plaats kunnen vinden:

«Een ongehuwde en kinderloos meerderjarige persoon kan een verzoek tot rectificatie van zijn geslachts-toestand indienen bij de rechtbank van eerste aanleg van zijn woonplaats zo hij bewijst (een geslachtsoperatie is geen grondvereiste maar een belangrijk bewijselement) dat het in zijn geboorteakte vermelde geslacht sinds geruime tijd (of: sinds drie jaren) niet of niet meer overeenstemt met zijn huidige geslacht.

Het vonnis tot rectificatie van de geslachts-toekenning heeft uitwerking vanaf de overschrijving in de registers van de burgerlijke stand en de kantmelding in de geboorteakte.»

In een maximalistische visie kunnen de woorden «ongehuwd en kinderloos» weggelaten worden, maar dan moet het volgende toegevoegd worden:

«De wijziging van de geslachts-toekenning heeft de ontbinding van het huwelijk tot gevolg.

De wijziging doet geen afbreuk aan de verworven rechten van de gewezen echtgenoot(ote) van de betrokkene.

Zij laat de bestaande familiebanden en ouderlijke rechten en verplichtingen onverlet. De jeugdrechtbank doet verplichtend, op verwijzing van de burgerlijke rechtbank, uitspraak over hoede- en bezoekrecht over de kinderen.»

VREDEGERECHT TE HAMME

21 NOVEMBER 1989

Rechter: de h. Van Remoortel

Advocaten: mrs. Van Wauwe en Janssens

Huur – Ongehuwd samenwonenden die beiden de huurovereenkomst ondertekenden – Verstoorde verstandhouding – Gevolgen

Wanneer twee ongehuwd samenwonenden een huurovereenkomst sluiten, brengt de billijkheid mee dat wanneer de verstandhouding zodanig is verstoord dat het samenleven niet langer houdbaar is, één van hen het recht op genot exclusief zal mogen uitoefenen.

E. t/ R.

2. Partijen woonden sedert een vijftal jaar en tot voor kort ongehuwd samen en dit sedert 1 april 1988 in de door hen gehuurde woning te (...).

Eiseres op hoofdeis voert in de dagvaarding aan dat de verstandhouding tussen de partijen totaal zoek is geraakt en zij door haar partner aan de deur werd gezet. Zij vordert bij hoofdeis dat wordt gezegd voor recht dat zij het rustig genot mag hebben van haar vroegere verblijfplaats te (...) en dat verweerder voormeld pand betreft zonder recht noch titel, en dat hij dientengevolge wordt veroordeeld om het pand te verlaten en ter vrije beschikking van eiseres op hoofdeis te stellen, met machtiging van deze laatste om eventueel over te gaan tot uitdrijving.

Bij tegeneis vordert eiser op tegeneis dat aan Erica E. verbod wordt opgelegd hem te komen storen op zijn adres te (...), op straffe van uitdrijving; tevens wordt gevorderd dat verweerder op tegeneis wordt veroordeeld tot afgifte van de in haar bezit zijnde sleutel van de door partijen gehuurde woning.

...

4. Verweerder op hoofdeis stelt verder dat de vordering niet ontvankelijk is omdat «de vordering ofwel betrekking heeft op huur en dan dient te worden gericht tegen de eigenares van het pand, ofwel op voorlopige en dringende maatregelen en dan dient te worden ingeleid bij verzoekschrift en niet bij dagvaarding».

Ook hier gaat de redenering van verweerder op hoofdeis niet op. De vordering m.b.t. huur dient niet noodzakelijk gericht te worden tegen de eigenaar of uit te gaan van de eigenaar. De houder van het zakelijk recht dient niet noodzakelijk in de zaak te worden betrokken. Eiseres op hoofdeis kan verweerder op hoofdeis perfect aanspreken met betrekking tot het genot van het onroerend goed op basis van een beweerd contractueel recht (zie J. Herbots, «Ontruimingsgeschil tussen medebewoners onderling van een huurwoning», noot onder Vred. St.-Niklaas, 15 april 1985, *R.W.*, 1985-86, 1091 e.v.).

5. Wat de grond van de zaak betreft, kan onmiddellijk worden vastgesteld dat in de persoon van verweerder op hoofdeis geen sprake is van bezetting zonder recht noch titel. De huurovereenkomst werd gesloten tussen de eigenaar van het pand en de beide partijen (die zich in de huurovereenkomst overigens «echtgenoten» laten noemen).

Eiseres op hoofdeis heeft dit trouwens in de loop van de procedure beseft en heeft, gebruik makend van de mogelijkheid voortvloeiend uit art. 807 Ger. W., de juridische omschrijving van haar vordering gewijzigd. Bij conclusie baseert zij haar vordering hoofdzakelijk op de vereisten van «redelijkheid en billijkheid» en subsidiair op een toepassing bij analogie van de artt. 215, 2°, B.W. en 223 B.W.

6. Om bij analogie toepassing te vragen van de artt. 215 en 223 B.W. verwijst eiseres op hoofdeis naar het artikel «Civielrechtelijke aansprakelijkheid van gezinnen zonder huwelijk» van A. Heyvaert in *Het familierecht geactualiseerd*, 1985, p. 36, nr. 28).

De specifieke regels die voor het huwelijk gelden, bij analogie gaan toepassen gaat niet op, zij het uiteraard zo dat het om andere redenen vaak verantwoord kan zijn een zelfde oplossing te geven aan het geschil tussen ongehuwd samenwonenden als die welke geldt voor het geval dat het geschil bestaat tussen gehuwden.

7. Terecht gaan beide partijen er niettemin vanuit dat de rechtbank een beslissing kan nemen met betrekking tot de uitoefening van het thans concurrerend recht op genot van het pand. Inderdaad is het zo dat niet alleen eiseres op hoofdeis een beslissing van de rechtbank vraagt waarbij zij exclusief de huurdersrechten zou uitoefenen, maar ook verweerder op hoofdeis vraagt dit en hij formuleert een tegeneis. Allereerst wordt terecht een beroep gedaan op de goede trouw om de tussenkomst van de rechter te vragen bij het gerezen geschil. De bij uitvoering van een overeenkomst vereiste goede trouw verzet er zich immers tegen dat samenwonenden die beiden huurder zijn van hetzelfde pand, staan op het verder samen betrekken op het pand niettegenstaande de totaal verstoorde verstandhouding en dat één van de partijen die een einde wenst te maken aan het samenwonen de andere zomaar het genot van de huurdersrechten zou kunnen ontnemen.

Bovendien is een beroep op de rechter om een regeling te treffen m.b.t. de uitoefening van de huurdersrechten verantwoord gelet op de billijkheid. Art. 1135 B.W. bepaalt dat overeenkomsten verbinden niet alleen tot hetgeen uitdrukkelijk is bepaald maar ook tot alle gevolgen die er onder meer door de billijkheid aan worden toegekend. Welnu, wanneer twee ongehuwd samenwonenden een huurovereenkomst sluiten, dan brengt de billijkheid mee dat een van de gevolgen hiervan is dat, wanneer de verstandhouding zodanig is verstoord dat het samenleven niet langer houdbaar is, één van hen uiteindelijk het recht op genot exclusief zal mogen uitoefenen.

8. Blijft nu de vraag wie van de twee huurders de voorkeur dient te krijgen.

Partijen beschuldigen elkaar wederzijds van «ontrouw». De directe aanleiding tot de beëindiging van het samenwonen schijnt toch te zijn het feit dat verweerder op hoofdeis een andere vriendin heeft. Eiseres op hoofdeis wil het samenleven hervatten. Dat zij niet oprecht zou zijn bij het formuleren van deze wens, blijkt geenszins. Het is dan ook billijk dat de man in de eerste instantie de gevolgen draagt van

zijn keuze. Daarbij komt nog dat de betrokken woning zich bevindt in dezelfde straat zeer dicht bij de woning van de ouders van eiseres op hoofdeis, hetgeen al te zeer de mogelijkheden op pijnlijke confrontaties vergroot.

Om die redenen,

Zeggen voor recht dat de wederzijdse rechten die partijen bezitten m.b.t. het pand te (...), exclusief door eiseres op hoofdeis mogen worden uitgeoefend; veroordelen verweerder op hoofdeis voormeld onroerend goed te (...) te verlaten en ter vrije beschikking van eiseres op hoofdeis te stellen tegen uiterlijk 15 december 1989.

...

NOOT – *Vordering tot uitzetting tussen ongehuwd samenwonende medehuurlers onderling*

1. De woonsituatie van de ongehuwde partner van een huurder is in de literatuur en in de gepubliceerde rechtspraak reeds uitvoerig aan bod gekomen. Althans de positie van de partner die de huurovereenkomst met de verhuurder zelf *niet* ondertekend heeft. Vrij algemeen wordt aangenomen dat de ongehuwd inwonende partner van een huurder niet van rechtswege medehuurler wordt t.a.v. de eigenaar. De regeling van art. 215, § 2, B.W. ter bescherming van de voornaamste gezinswoning van gehuwden kan niet zonder meer worden uitgebreid tot de ongehuwd samenwonenden. In beginsel kan degene die het huurcontract alleen heeft ondertekend, de ander te allen tijde de verdere toegang tot de huurwoning ontzeggen. Zulk een uitzetting kan nochtans niet zomaar van de ene dag op de andere geschieden; een, alle omstandigheden in acht genomen, redelijke termijn om de woning te verlaten moet toegestaan worden (zie hierover Vred. Waremmes, 16 april 1987, *Rev. Liège*, 1987, 1577; Vred. Sint-Jans-Molenbeek, 10 mei 1988, *R.W.*, 1988-89, 1274, noot; Herbots, J., «Ontruimingsgeschil tussen medebewoners onderling van een huurwoning» (noot onder Vred. Sint-Niklaas, 15 april 1985), *R.W.*, 1985-86, 1097; Senaev, P., «Overeenkomsten tussen en met samenlevende personen andere dan echtgenoten», in *De overeenkomst vandaag en morgen (XVIe Postuniversitaire Cyclus W. Delva)*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1990, (415), nr. 46-48, p. 435-437). Enkele auteurs gaan een stap verder en zijn, o.i. ten onrechte, van oordeel dat de bescherming van art. 215, § 2, B.W. tot de ongehuwd samenwonenden kan worden uitgebreid (Heyvaert, A., «Civielrechtelijke aspecten van gezinnen zonder huwelijk», *T.P.R.*, 1985, 36-37, nr. 28, en 50, nr. 51; Willekens, H., «De werking van grondrechten in de verhoudingen tussen samenwonende seksuele partners», in *De toepasselijkheid van de grondrechten in private verhoudingen*, Rimanque, K. (red.), Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1982, (341), 388).

2. Minder aandacht ging tot nu toe naar het conflict tussen twee ongehuwd samenwonende huurders die effectief *beiden* het huurcontract hebben ondertekend en die derhalve als *contractuele medehuurlers* moeten worden aangemerkt.

In de enkele hierover reeds gepubliceerde vonnissen kwam de vrederechter telkens tot het besluit dat hem geen middel bekend was om, bij beëindiging van de onderlinge relatie, de uitdrijving van een van de medehuurlers te bevelen (Vred. Sint-Niklaas, 15 april 1985, *R.W.*, 1985-86, 1088, noot Herbots, J.; Vred. Kortrijk (2e kanton), 9 februari

1988, *T. Vred.*, 1989, 50). In laatstgeciteerd vonnis van de Kortrijkse vrederechter wordt bv. uitdrukkelijk verwezen naar het recht op eerbiediging van het gezinsleven zoals beschermd door het E.V.R.M., dat een bevel tot uitdrijving wegens het enkele feit van de verstoorde verstandhouding tussen de samenwonende huurders in de weg zou staan.

Het geannoteerde vonnis van de vrederechter van Hamme laat daartegenover een nieuw geluid horen: de vrederechter werd wel degelijk bereid gevonden om de knoop door te hakken in het voordeel van een van de medehuurlers en de uitdrijving van een van de (ex-)partners te bevelen. Als grondslag werd hiervoor een beroep gedaan op beginselen van *billijkheid* en *goede trouw*. Kern van de redenering van de vrederechter waren de overwegingen dat «de bij uitvoering van een overeenkomst vereiste goede trouw (er zich tegen verzet) dat samenwonenden die beiden huurder zijn van hetzelfde pand, staan op het verder samen betrekken van het pand niettegenstaande de totaal verstoorde verstandhouding» en dat «wanneer twee ongehuwd samenwonenden een huurovereenkomst sluiten, de billijkheid (meebrengt) dat een van de gevolgen hiervan is dat, wanneer de verstandhouding zodanig is verstoord dat het samenleven niet langer houdbaar is, één van hen uiteindelijk het recht op genot exclusief zal mogen uitoefenen». Zulk een verwijzing naar de redelijkheid en de billijkheid ter beoordeling van het woonrecht van de betrokkenen troffen we reeds terloops aan bij J. Herbots, «Ontruimingsgeschil tussen medebewoners onderling van een huurwoning» (noot onder Vred. Sint-Niklaas, 15 april 1985), *R.W.*, 1985-86, 1093, nr. 6.

Zonder de voorliggende problematiek in het bestek van deze noot uitputtend te willen behandelen, de volgende opmerkingen ter oriëntatie (voor een alomvattende benadering, zie de reeds geciteerde bijdrage van P. Senaev voor de *XVIe Postuniversitaire Cyclus W. Delva*).

3. Degenen die samen als medehuurlers een huurovereenkomst ondertekenen, krijgen vanwege de verhuurder elk een volledig en gelijkwaardig genotsrecht op het gehuurde goed. Behoudens andersluidende contractuele afspraken maakt de huurovereenkomst als zodanig het niet mogelijk het genotsrecht van één van de huurders voorrang te geven boven dat van de andere (Senaev, P., *l.c.*, nr. 39).

Het ontruimingsgeschil betreft echter niet de relatie huurders/verhuurder, maar de verhouding tussen de medehuurlers *onderling*. De oplossing van het conflict moet dan ook niet zozeer in de huurovereenkomst met de eigenaar, maar in de onderlinge relatie tussen de samenwonende medehuurlers gezocht worden.

De medehuurler, d.i. de huur van een zelfde goed door meerdere huurders samen, veronderstelt nl. niet alleen een overeenkomst tussen huurders en verhuurder, maar vloeit tevens voort uit een (minstens stilzwijgend) akkoord tussen de medehuurlers onderling om: 1° het huurcontract samen te ondertekenen; 2° het genot van het gehuurde goed – eventueel volgens nauwkeurige afspraken – te delen; 3° hetgeen meteen ook de onderlinge verbintenis zou impliceren om elkaars rustig genot te respecteren. In het licht van deze onderlinge overeenkomst moet de verstoring door één medehuurler van het rustig genot van de ander (bv. door pesterijen, al dan niet naar aanleiding van het stukspringen van de relatie) ongetwijfeld gesanctioneerd kunnen worden.

Wanneer men, zoals de vrederechter van Hamme in het geannoteerde vonnis, de uitdrijving van één der medehuurlers

ders wegens het enkele feit van de beëindiging van de onderlinge relatie wil laten steunen op de goede trouw bij de uitvoering van overeenkomsten (art. 1134, derde lid, B.W.) en/of op de gevolgen die door de billijkheid aan de overeenkomst moeten worden toegekend, dan gaat het welteverstaan om de onderlinge verbintenissen van de medehuurlers, en niet om de huurovereenkomst met de eigenaar, die als zodanig vreemd blijft aan het geschil tussen zijn huurders.

4. In beginsel verandert het al dan niet vrijwillig vertrek van één der medehuurlers niets aan diens juridische relatie met de verhuurder. De huurovereenkomst blijft bij alle betrokken partijen haar gevolgen behouden; de uitgezette medehuurler blijft verder gehouden tot zijn huurdersverplichtingen, in het bijzonder tot betaling van de huurprijs. Wil hij van deze verbintenissen bevrijd zijn, dan zal hij de huur – wat hem betreft – moeten opzeggen of, wanneer zulks niet mogelijk is, in onderling akkoord met de verhuurder beëindigen, om aldus ontheffing van zijn verbintenissen te krijgen. Deze beëindiging aan de zijde van de uitgezette medehuurler doet geenszins afbreuk aan de positie van de andere huurder die het goed verder blijft bewonen (zie Vred. Etterbeek, 24 juni 1986, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1986, 441, noot Jeanmart, N., *T. Vred.*, 1986, 220; Merchiers, Y., «Le bail en général», in *Répertoire notarial*, Brussel, Larcier, 1989, nrs. 69-70, pp. 107-108 en nr. 407, p. 229; Senaeve, P., *l.c.*, nr. 36; vgl. Vred. Soignies, 12 mei 1987, *Rev. Liège*, 1987, 1150).

5. Wat de procedurele kant van de zaak betreft, heeft de vrederechter van Hamme, in overeenstemming met de meerderheidsopvatting, geweigerd om bij analogie een toepassing te maken van de procedure van dringende voorlopige maatregelen van art. 223 B.W., zoals die kan worden gevolgd door gehuwden (Senaeve, P., *l.c.*, nrs. 40-41; vgl. Vred. Sint-Niklaas, 15 april 1985, *R.W.*, 1985-86, 1088, noot Herbots, J.; Heyvaert, A., *o.c.*, *T.P.R.*, 1985, (21), 87; Willekens, H., *l.c.*, 389 en 398).

In geval van urgentie kan wel via een *procedure in kort geding* voor de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg een uitspraak bij voorraad worden uitgelokt (Senaeve, P., *l.c.*, nr. 42).

6. De verbintenis tot *betaling van de huurprijs* door de ongetrouwd samenwonende medehuurlers, vóór en na de beëindiging van de relatie, is een ander interessant – en omstreden – punt, dat in het geannoteerde vonnis evenwel niet aan de orde was. Bij ontstentenis van een beding van hoofdelijkheid of ondeelbaarheid in de huurovereenkomst, is de betaling van de huurprijs voor de medehuurlers een *gezamenlijke* verbintenis; elk is gehouden voor zijn deel en kan weigeren aan de verhuurder de totaliteit van de huurprijs te betalen. De ontheffing door de verhuurder van één medehuurler die het goed al dan niet vrijwillig verlaten heeft, kan geen automatische verzwaring van de verbintenissen van de «blijver» met zich brengen (Jeanmart, N., noot onder Vred. Etterbeek, 24 juni 1986, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1986, 443; Senaeve, P., *l.c.*, nr. 37).

Volgens sommigen zouden ongetrouwd samenwonenden daarentegen *hoofdelijk* of *ondeelbaar* gehouden zijn tot betaling van de totale huurprijs, al dan niet krachtens art. 222 B.W. (zie bv. Vred. Merksem, 5 maart 1981, *R.W.*, 1981-82, 49, noot Pauwels, J.; Vred. Etterbeek, 24 juni 1986, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1986, 441, noot Jeanmart, N.; Heyvaert, A.,

o.c., *T.P.R.*, 1985, nr. 51, p. 50; Merchiers, Y., *l.c.*, nr. 69, p. 107, en nr. 252, p. 173; Willekens, H., *l.c.*, 388, vgl. Vred. Namen, 14 oktober 1977, *Rev. Rég. Dr.*, 1978, 495, noot Cereixe, E.).

Wanneer de samenwonende huurders zich, zoals *in casu*, steeds als gehuwden hebben voorgedaan tegenover de verhuurder, zou men op grond van de *vertrouwensleer* inderdaad tot dit resultaat kunnen komen (Herbots, J., *o.c.*, *R.W.*, 1985-86, 1095; Pauwels, J., «Concubinaat: hoofdelijke aansprakelijkheid voor gezinsschulden?» (noot onder Vred. Merksem, 5 maart 1981), *R.W.*, 1981-82, 52; Senaeve, P., *l.c.*, nr. 33; zie ook Rémon, C., «Chronique de jurisprudence (1976-1981). Le concubinage», *Rev. Not. B.*, 1982, (494), nr. 51, pp. 522-523).

Chris Pauwels
Instituut voor Contractenrecht
K.U.Leuven

KANTTEKENINGEN

Recente wijzigingen in de reglementering op de natuurrampen

1. De wet van 12 juli 1976 betreffende het herstel van zekere schade veroorzaakt aan private goederen door natuurrampen (verder aangeduid als natuurrampenwet) voorziet in de mogelijkheid van een financiële staatstegemoetkoming voor burgers die schade lijden ten gevolge van een bij koninklijk besluit erkende algemene ramp. Enkel de rechtstreekse, materiële en zekere schade, op het Belgische grondgebied, aan private lichamelijke goederen, zowel roerende als onroerende, die vermeld worden in artikel 3 van de wet, kan aanleiding geven tot een dergelijke financiële tussenkomst. Zij kan de vorm aannemen van een herstelvergoeding of bestaat in het verlenen van de staatswaarborg en het ten laste nemen door de overheid van interesten en kosten betreffende de herstell kredieten tegen verlaagde rentevoet die voor de geteisterden worden geopend, als aanvulling van de herstelvergoeding (artt. 9 tot 11). De gelden voor deze schadeloosstelling worden uitgekeerd door de in artikel 35 van de wet genoemde Nationale Kas voor Rampenschade.

2. Het hevige stormweer dat begin 1990 ons land teisterde, werd erkend bij koninklijk besluit van 2 februari 1990 (*B.S.*, 15 februari 1990, gewijzigd door de K.B.'s van 14 februari 1990, *B.S.*, 28 februari 1990, en 14 maart 1990, *B.S.*, 10 april 1990). Uit een antwoord van de bevoegde staatssecretaris aan kamerlid Peeters blijkt dat 13 à 14.000 aanvragen tot tussenkomst werden ingediend op de provinciebesturen (*Parl. Vr. en Antw., Kamer*, 1990, 21 augustus 1990, 10622). Wellicht heeft dit groot aantal schadegevallen er de regering toe aangezet recent een aantal uitvoeringsbesluiten op de wet van 12 juli 1976 bij te sturen.

3. Zo werd bij koninklijk besluit van 9 april 1990 (*B.S.*, 16 juni 1990) artikel 5, § 1, van het K.B. van 18 augustus 1976 tot vaststelling van de vorm en de termijn van indiening der aanvragen tot financiële tegemoetkoming wegens schade aan private goederen veroorzaakt door natuurrampen (algemene rampen of landbouwrampen), in die zin veranderd dat de geteisterden hun aanvraag tot staatstussenkomst, op straffe van uitsluiting, moeten indienen voor het verstrijken van de derde maand volgend op de maand waarin het K.B. houdende erkenning van een algemene ramp in het Belgisch Staatsblad is bekendgemaakt (voor de stormwinden waarvan hierboven sprake is: 31 juli 1990). Voordien beschikten de slachtoffers van een natuurramp over een tijdspanne van zes maanden om een dossier bij de territoriaal bevoegde provinciegouverneur in te leiden.

Een koninklijk besluit van dezelfde datum (eveneens gepubliceerd in *B.S.*, 16 juni 1990) past de schijven aan in de tabel van de schijven en coëfficiënten, die voorkomt in artikel 10, § 1, 3°, van de natuurrampenwet. Ingevolge deze wijziging wordt geen enkele

vergoeding toegekend voor het bedrag der schade dat de 20.000 frank niet overschrijdt (voorheen 10.000 frank), wordt het netto-schadebedrag tussen de 20.000 en de 200.000 frank maar vergoed ten belope van 80 procent, enz.

4. De lijsten I, II en III, die gevoegd waren bij het koninklijk besluit van 20 augustus 1976 betreffende de vergoeding der schade aangericht aan roerende goederen van dagelijks of huiselijk gebruik door natuurrampen (algemene rampen), worden in een koninklijk besluit van 6 juni 1990 vervangen door nieuwe tabellen (*B.S.*, 16 oktober 1990; dit besluit was reeds een eerste keer bekendgemaakt in het Belgisch Staatsblad van 14 juli 1990, maar men had toen vergeten de tabellen erbij te voegen). Deze «huwelijkslijst» voor rampen, zoals een journalist van *De Standaard* haar niet zonder humor betitelde (*D.S.*, 19 oktober 1990), preciseert welke (alook het maximaantal in verhouding tot de samenstelling van het gezin) roerende goederen van dagelijks of huiselijk gebruik voor een financiële tegemoetkoming in aanmerking komen, en stelt forfaitair het schadebedrag per eenheid vast (uitvoering van de artt. 3, A, 4°, 8, § 2, en 10, § 1, 1°, natuurrampenwet).

5. Volledigheidshalve vermelden wij nog dat, ingevolge een koninklijk besluit van 7 maart 1990, de gemeenteambtenaren die voor de diensten van de provinciegouverneur tijdelijk taken verrichten in het kader van de natuurrampenwet, niet langer een vaste maandelijks toelage voor bijzondere opdracht kunnen genieten (K.B. tot wijziging van het K.B. 21 oktober 1982, *B.S.*, 14 april 1990). Een koninklijk besluit van 16 maart 1990 bepaalt dat ook de toelagen, toegekend aan de gemeenten voor het verrichten van expertises door hun personeelsleden, werkingskosten zijn die ten laste genomen en betaald worden door de Nationale Kas voor Rampenschade. Het bedrag van deze toelagen wordt evenwel forfaitair vastgesteld op 1.500 frank per expertise (K.B. tot wijziging van het K.B., 9 december 1982, *B.S.*, 14 april 1990; zie ook circulaire 16 maart 1990, *B.S.*, 14 april 1990). En een koninklijk besluit van 6 juni 1990 voorziet in de mogelijkheid van toekenning van voorschotten aan de in artikel 42 van de natuurrampenwet opgesomde overheidslichamen die ten gevolge van een natuurramp schade oplopen aan *openbare* domeingoeederen (K.B. tot wijziging van het K.B. 14 september 1984, *B.S.*, 14 juli 1990). Deze besturen dienen hun aanvraag rechtstreeks in bij de minister van Openbare Werken (voor vorm en termijn, zie M.B. 14 november 1984, *B.S.*, 29 november 1984).

Alain Coppens

BOEKEN

B. JADOT, J.-P. HANNEQUART en E. ORBAN DE XIVRY, *Le droit de l'environnement. Aspects juridiques de la lutte contre les pollutions et la protection de la nature*, Brussel, De Boeck, 1988, 420 pp.

Enkele jaren nadat in Vlaanderen reeds het *Milieuzakboekje* was verschenen (eerste uitgave in 1985) en het *Handboek Milieurecht* van W. Lambrechts (eerste druk 1985) verscheen thans ook een handboek over het milieurecht dat toepasselijk is in het Waalse en het Brusselse gewest. In de inleiding wordt erop gewezen dat de keuze voor de beperking van het werk tot het Waalse en Brusselse milieurecht mede ingegeven was door het taalprobleem (p. 9, nr. 6), hetgeen niet goed begrijpelijk lijkt, daar zelfs de laatste eentalige Franse jurist toch over de mogelijkheid beschikt om van de Vlaamse milieudecreten kennis te nemen, aangezien daarvan steeds vertalingen in de Franse taal worden opgenomen in het Belgisch Staatsblad. Toch is er wel iets voor te zeggen om een dergelijk handboek te beperken tot de regulering die toepasselijk is in het Brusselse en het Waalse gewest, aangezien het boek wellicht het meeste gebruikt zal worden door de praktijkjuristen in die streken, die natuurlijk in de eerste plaats met die wetgeving geconfronteerd zullen worden. Overigens hebben ook de auteurs van het *Milieuzakboekje* ervoor geopteerd om de milieuregulering van het Waalse gewest niet te bespreken. Lambrechts verwijst in zijn handboek wel naar de Waalse milieuregulering, maar inhoudelijk wordt het meest ingegaan op de Belgische en Vlaamse milieuregulering.

Meteen is hiermee ook het belang van het besproken boek geschetst: In Wallonië bestond geen ander handboek dat een volledig overzicht geeft van de in Wallonië en Brussel toepasselijke milieuregulering. Voor de praktijkjurist die in die streken met het milieurecht te maken heeft, is dit boek dan ook onmisbaar. De Vlaamse praktijkjurist zal in het boek voor hem wellicht minder relevante informatie vinden, hoewel natuurlijk ook nationale wetgeving wordt besproken (bijvoorbeeld de wet op de giftige afval van 22 juli 1974), die ook in Vlaanderen toepasselijk is. Maar een bespreking van deze nationale wetten vindt men natuurlijk ook reeds in het *Milieuzakboekje* en het *Handboek Milieurecht* van Lambrechts. *Le droit de l'environnement* zal vermoedelijk voornamelijk geraadpleegd worden door de praktijkjuristen die in Wallonië of Brussel met het milieurecht te maken hebben, of door de Vlaamse juristen die uit wetenschappelijke interesse ook meer informatie willen verkrijgen over het Waalse milieurecht.

Uit een aankondiging vooraan in het boek blijkt dat enkele hoofdstukken door Hannequart en Orban de Xivry zijn geschreven, maar dat Benoît Jadot, een goede bekende in het milieurecht, het grootste gedeelte van het werk voor zijn rekening heeft genomen. Blijkbaar wilden de auteurs (of de uitgever?) er zeker van zijn dat de lezer zijn weg in het boek goed zou vinden, want aan het begin is een sommaire (pp. 11-18) opgenomen met een inhoudsopgave van het boek en achteraan treft men zowel een table analytique (pp. 387-405) als een table des matières (pp. 407-420) aan, hoewel de drie inhoudelijk in grote lijnen overeenkomen.

Het boek behandelt zeer omvangrijk de belangrijkste problemen van het milieurecht. Titel I begint met een overzicht van het internationaal recht met betrekking tot het leefmilieu. Daarin wordt zowel kort ingegaan op bepaalde volkenrechtelijke aspecten als op het recht van de Europese gemeenschappen inzake leefmilieu. Elke titel of elk afzonderlijk hoofdstuk begint met een korte bibliografie met de voornaamste literatuur over het onderwerp. Verder vindt men in de tekst dan verwijzingen naar deze literatuur. Voetnoten ontbreken. Titel II gaat uitgebreid in op de grondwettelijke bevoegdheidsverdeling betreffende het milieubeleid. Titel III bespreekt de vergunningsprocedures en besteedt uitgebreid aandacht aan de exploitatievergunning. De omvangrijkste titel handelt over de verschillende bijzondere vormen van milieuhinder (Titel IV, *La lutte contre des nuisances spécifiques*, pp. 99-222). Daarin wordt een accuraat overzicht gegeven van de bescherming van de afzonderlijke milieumedia (lucht, bodem, water) tegen verontreiniging. Het spreekt voor zich dat men in een dergelijk overzicht niet veel meer kan verwachten dan een samenvatting van de in Wallonië toepasselijke wetgeving, hetgeen door Jadot op een overzichtelijke wijze wordt verstrekt. In enkele volgende titels komen de natuurbescherming en de bescherming van monumenten en landschappen aan de orde.

Een afzonderlijke titel (IX) behandelt de civielrechtelijke aansprakelijkheid voor milieuschade. Dit deel is bijzonder bondig en heeft voor de lezer die op de hoogte is van de Nederlandstalige publicaties ter zake (bijvoorbeeld die van de hand van Bocken) weinig nieuws te bieden. Het boek wijdt geen afzonderlijk hoofdstuk aan het milieustrafrecht, maar de strafbepalingen worden doorgaans weergegeven bij de bespreking van de afzonderlijke milieuwetten.

In de laatste drie bladzijden breken de auteurs bij wijze van slot-bedenking en toekomstbeeld een lans voor een recht op een schoon leefmilieu, en dit voor elk levend wezen. De bedenkingen hebben evenwel een nogal pamflettair karakter en er wordt niet vermeld hoe dit recht op een schoon leefmilieu dan juridisch zou moeten worden geëffectueerd.

Samenvattend is *Le droit de l'environnement* een praktisch handboek dat vooral voor het Waalse landsgedeelte een unicum is: het vult daar een gat in de markt, omdat nog geen handboek voorhanden was dat een overzicht bood van het Waalse milieurecht, dat wil zeggen de nationale milieuwetgeving en de Waalse milieudecreten. Door de Vlaamse jurist die in het milieurecht geïnteresseerd is, zal het boek wellicht niet zo vlug geconsulteerd worden, aangezien hier in Vlaanderen betere alternatieven op de markt beschikbaar zijn, waarin bepaalde problemen zoals de civiele aansprakelijkheid voor milieuschade diepgaander besproken worden en waarin ook aandacht wordt besteed aan de Vlaamse milieudecreten.

M. Faure

H. RINGELING en Th. DRUPSTEEN, **Juridische en bestuurlijke consequenties van het Nationaal Milieubeleidsplan**, Zwolle, Tjeenk Wilink, 1990, 32 pp

Dit boekje vormt het verslag van de 23e ledenvergadering van de Nederlandse Vereniging voor Milieurecht, die op 19 september 1990 te Utrecht werd gehouden. Centraal staan de juridische en bestuurlijke consequenties van het Nationaal Milieubeleidsplan. Deze worden eerst toegelicht in een inleiding van prof. dr. A.B. Ringeling, «Plannen en organiseren: het Nationaal Milieubeleidsplan» (pp. 3-11). Ringeling meent dat bij de totstandkoming van plannen een grotere participatie van burgers en specifieke doelgroepen vereist is. Ook argumenteert hij dat het raadzaam lijkt om de komende jaren minder de nadruk te leggen op de handhaving van het milieubeleid. Hij schijnt over de mogelijkheden van een strafrechtelijke handhaving van het milieurecht zeer sceptisch te zijn, zoals blijkt uit de volgende passage: «Bovendien zou de organisatie en kennis van het Openbaar Ministerie zeer drastisch dienen te verbeteren, wil van het sluitstuk van de handhaving, de vervolging, ook maar iets terecht komen».

In de inleiding van prof. mr. Th. G. Drupsteen, «Juridische bestuurlijke consequenties van het Nationaal Milieubeleidsplan» (pp. 12-22), worden enkele kritische kanttekeningen gemaakt bij het Nationaal Milieubeleidsplan en wordt geschetst welke juridische maatregelen genomen zouden moeten worden om aan dit plan uitvoering te geven.

Het boekje eindigt met een weergave van de discussie op de ledenvergadering (pp. 23-32).

M. Faure

J. MOENS, en P. VERLYNDE, **Maatregelen ten aanzien van de minderjarigen. Maatregelen ten aanzien van de ouders**, Brussel, Bruylant, 1988, 374 pp.

De publikatie van een nieuw boek over jeugdbeschermingsrecht verdient, zeker in de huidige context, bijzondere aandacht. Hoewel het recht de laatste jaren op een steeds nadrukkelijker wijze aanwezig is in het domein van de jeugdbescherming of jeugdbijstand, is de belangstelling in de rechtsleer ervoor niet op evenredige wijze toegenomen. De behoefte bij de practici naar informatie is nochtans erg groot, zodat een boek over het domein meer dan welkom is.

Het besproken boek handelt enkel over de gerechtelijke jeugdbescherming. Het heeft vooral een praktische opzet en bevat een beknopte tweetalige commentaar over een aantal leerstukken uit de gerechtelijke jeugdbescherming en een weergave van vele onuitgegeven vonnissen en arresten, in de oorspronkelijke taal.

De auteurs hebben geen rekening meer kunnen houden met de bijzondere wet van 8 augustus 1988 tot wijziging van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen, waardoor de bevoegdheidsverdeling tussen de Staat en de Gemeenschappen inzake jeugdbescherming werd herschreven, gedeeltelijk in verband met het arrest van het Arbitragehof van 30 juni 1988. Dit heeft evenwel tot gevolg dat het boek op bepaalde gedeelten achterhaald is of dreigt te worden. Tevens verliezen de auteurs uit het oog dat ook reeds de staatshervorming van 1980 bepaalde gevolgen had in het domein van de gerechtelijke jeugdbescherming. Het boek dient dus met de nodige omzichtigheid te worden gehanteerd.

Het boek bestaat uit drie delen: een inleidend deel over «algemene beginselen», een deel over de jeugdbeschermingsmaatregelen die kunnen worden genomen ten aanzien van de minderjarigen en ten slotte een deel over de jeugdbeschermingsmaatregelen die kunnen worden genomen ten aanzien van de ouders.

Het deel over de «algemene beginselen» was evenwel beter achteraan in het boek opgenomen onder de titel «varia»: buiten een inleiding waar inderdaad, en dan nog op een vrij disparate wijze, een aantal algemene beginselen worden behandeld, wordt in dit deel een summier commentaar gegeven bij de meest diverse onderwerpen, meestal op het gebied van de rechtspleging, maar ook over andere onderwerpen zoals het toezicht op de instellingen waar geplaatste minderjarigen worden opgenomen, de wet van 15 juli 1960 op de zedelijke bescherming van de jeugd en de gewone jeugdbeschermingsmaatregelen die ten aanzien van minderjarigen kunnen

worden genomen. Deze onderwerpen worden naast elkaar en zonder logische volgorde behandeld.

Na het inleidende deel volgt het deel over de maatregelen die krachtens de wet van 8 april 1965 betreffende de jeugdbescherming kunnen worden genomen ten aanzien van de minderjarigen. Het eerste onderdeel handelt over de gewone maatregelen (art. 37 W.Jb.).

In een commentaarstuk wordt allereerst een summier overzicht gegeven van de vorderingsgronden uit de wet van 8 april 1965. Daarna worden de verschillende gewone maatregelen die genomen kunnen worden ten aanzien van minderjarigen, besproken en worden tot slot enkele beschouwingen omtrent de rijksinrichtingen (momenteel gemeenschapsinrichtingen) gegeven.

Daarna volgt een overzicht en samenvatting van de in de «Documentatie inzake jeugdbescherming» opgenomen rechtspraak, waarna een hele reeks tot nu toe onuitgegeven vonnissen en arresten worden gepubliceerd. Deze rechtspraak heeft, naast op de maatregelen die ten aanzien van minderjarigen kunnen worden genomen, ook betrekking op onderwerpen die in het inleidende deel worden behandeld en zelfs op onderwerpen waarover in het geheel geen commentaar wordt gegeven, wat de overzichtelijkheid niet bevordert. Daarbij komt nog dat deze rechtspraak niet altijd in logische volgorde wordt voorgesteld.

Het tweede onderdeel van het deel over de maatregelen ten aanzien van de minderjarigen handelt over twee buitengewone maatregelen: de terbeschikkingstelling van de regering (die sindsdien door nationale of decretale wetgeving is opgeheven of waarvan de opheffing nadert) en de uithandengeving (die evenwel geen maatregel in strikte zin is). Ook hier wordt eerst een korte commentaar gegeven, gevolgd door een overzicht van de in de «Documentatie inzake jeugdbescherming» gepubliceerde rechtspraak (hier evenwel louter door verwijzing) en een aantal voorheen nog niet gepubliceerde vonnissen en arresten. Ten gevolge van de opkomst zijnde opheffing van de maatregel van terbeschikkingstelling van de Regering, die overigens in strijd lijkt te zijn met artikel 6 E.V.R.M., is de weergegeven rechtspraak hierover minder relevant. De weergegeven rechtspraak over de uithandengeving kan daarentegen voor menig practicus belangwekkend zijn.

Het tweede hoofddeel van het boek handelt over de maatregelen die ten aanzien van de ouders kunnen worden genomen. Ook hier wordt eerst een korte commentaar gegeven, waarna weer een aantal voorheen ongepubliceerde vonnissen en arresten worden gepubliceerd. Een overzicht van de in de «Documentatie inzake jeugdbescherming» uitgegeven rechtspraak ontbreekt hier evenwel. Een afzonderlijk onderdeel werd gewijd aan de provoogdij, waarin een aantal interessante, tot op heden onuitgegeven, rechterlijke beslissingen worden weergegeven.

Ook hier dient erop gewezen te worden dat het besproken boek op een aantal punten onder invloed van de staatshervorming achterhaald is of dreigt te worden.

Het deel over de maatregelen die kunnen worden genomen ten aanzien van de ouders, eindigt met een korte commentaar en met de weergave van rechtspraak over de bijdrage van de ouders en minderjarigen in de onderhouds-, opvoedings- en behandelingskosten en over het spaarboekje van geplaatste minderjarigen. De vraag rijst waarom dit onderdeel is opgenomen in het deel betreffende de maatregelen die ten aanzien van de ouders kunnen worden genomen, terwijl de erin behandelde onderwerpen toch ook en zelfs in de eerste plaats betrekking hebben op de maatregelen die ten aanzien van de minderjarigen zelf genomen kunnen worden.

De waarde van het besproken boek ligt in de publikatie van talrijke tot nu toe onuitgegeven vonnissen en arresten over vele domeinen van het jeugdbeschermingsrecht.

Dit positieve aspect weegt evenwel niet op tegen de vele tekortkomingen en zelfs ronduit negatieve punten.

Dat de auteurs geheel voorbijgingen aan de invloed van de staatshervorming, is wellicht nog verschoonbaar gelet op de uiterste complexiteit van de problematiek en op het feit dat wijzigingen op het zuiver bevoegdheidsrechtelijk vlak veelal slechts na een bepaalde tijd in de praktijk voelbaar zijn.

Minder begrip kan men reeds hebben voor het grotendeels negeren van de recentere en ook van de Nederlandstalige rechtsleer in het commentaargedeelte, dat overigens weinig samenhangend en gestructureerd is. Dit gebrek aan samenhang en structuur is over-

igens kenmerkend voor geheel het boek, wat de toegankelijkheid en praktische bruikbaarheid ervan niet bevordert.

Wat geheel niet door de beugel kan, is het uiterst gebrekkige Nederlands waarin de commentaargedeelten zijn geschreven. Gallicismen en (zware) taal- en constructiefouten ontsieren haast op elke bladzijde het boek. Dat het gaat om een vertaling van de Franse tekst, is hiervoor uiteraard geen verontschuldiging. Men kan zich terecht afvragen of zulks nog kan anno 1990.

J. Smets

A.W. HERINGA, **Sociale grondrechten**, Zwolle, Tjeenk Willink, 1989, 406 pp., 59 fl.

In het eerste hoofdstuk benadert Heringa de sociale grondrechten in een historisch perspectief, o.a. aan de hand van de ontwikkeling van de Nederlandse Grondwet, en geeft hij de ideeën weer van de literatuur over de sociale grondrechten, o.a. in de nationale grondwetten, het Europees Sociaal Handvest, het UNO-Pact inzake economische, sociale en culturele rechten.

Interessanter is de studie van de diverse verschijningsvormen van de sociale grondrechten (hoofdstuk II). Met zijn analyse van de in de preambule van de Franse Grondwet opgenomen sociale grondrechten doorprijkt de auteur het vaak naar voren geschoven argument dat algemene sociale grondrechten te vaag zijn, geen tastbare subjectieve rechten in het leven roepen, kortom nutteloos zijn. Heringa toont aan dat zowel de Conseil d'Etat als de Conseil constitutionnel wel concrete aanspraken hebben afgeleid uit algemeen geformuleerde sociale grondrechten.

Vervolgens gaat de auteur in op de kenmerken van sociale grondrechten. O.a. komen aan bod de eigenschap van de sociale grondrechten om steeds op een hoger peil te worden gebracht, het conflict tussen sociale grondrechten en politieke grondrechten zoals het recht op privacy, en de rol van de overheid bij de realisatie van sociale grondrechten.

Het boek van Heringa, dat ook als proefschrift is verschenen, draagt als ondertitel: «De plaats van de sociale grondrechten in de gereedheidskist van de rechter», waarmee de auteur beklemtoont dat hij zich wenst te concentreren op de praktische bruikbaarheid van de sociale grondrechten. Dit komt tot uiting vanaf hoofdstuk IV wanneer de auteur concreet de rechtspraak inzake sociale grondrechten onderzoekt m.n. in Duitsland en Nederland.

Belangwekkend acht ik de analyse van de rechtspraak van het Bundesverfassungsgericht inzake het Sozialstaatsprinzip in de Duitse Grondwet en de praktische consequenties. Zelfs het algemene beginsel van de sociale staat blijkt niet betekenisloos te zijn. Betreurd mag worden dat Heringa het bedoelde Sozialstaatsprinzip niet vergeleken heeft met het parallelle artikel 2 van de Franse Grondwet.

In het vijfde hoofdstuk staat de vraag centraal hoe de rechter omgaat met de grondrechten en met sociale grondrechten. In de marge van dit onderwerp onderzoekt Heringa o.a. of inbreuken op het gerechtigheidsbeginsel op positieve wijze kunnen worden gesanctioneerd, meer bepaald of het voordeel of het recht ook kan worden toegekend aan de gediscrimineerde. Volgens Heringa is dit meestal mogelijk.

Belangrijk is de reikwijdte van de toetsing van de rechter te onderzoeken, waarbij Heringa, zich o.a. beroepend op het E.H.R.M., 26 april 1979, Sunday-Times-zaak, argumenteert dat zowel een controle in abstracto van de betwiste norm als een controle van de concrete toepassing van die nationale bepaling noodzakelijk is.

T.a.v. de Nederlandse rechtspraak inzake sociale grondrechten in verdragen stelt Heringa vast dat de rechter meestal de rechtstreekse werking van het verdrag verwerpt. Heringa bepleit op interessante wijze de rechtstreekse werking als afzonderlijke voorvraag of kwestie af te schaffen door ze te doen opgaan in de hoofdvraag, te weten of de nationale norm inhoudelijk verenigbaar is met de verdragsbepaling. Heringa stelt trouwens vast dat de Nederlandse rechters via de interpretatie van algemene rechtsbegrippen aan de hand van internationale normen zonder rechtstreekse werking een reflexwerking verlenen aan sociale grondrechten, bv. aan art. 6 Europees Sociaal Handvest inzake het stakingsrecht. Heringa noteert dat rechtbanken af en toe sociale grondrechten indirect afdwingen via politieke grondrechten zoals het recht op persoonlijke

levenssfeer, het recht op gelijke behandeling, het recht op een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak door de rechter (bv. het recht op rechtshulp, E.H.R.M., 9 oktober 1979, zaak Airey).

Enkele algemene beschouwingen, de bibliografie en een Engelse samenvatting besluiten het boek.

Globaal evalueer ik het gerecenseerde werk beslist positief en als bestemd voor een ruim lezerspubliek, o.a. geïnteresseerden in volkenrecht, internationaal sociaal recht, vergelijkend grondwettelijk recht, en algemeen voor een ieder die mensenrechten belangrijk acht. Als schaduwzijden kunnen worden aangestipt dat geen doorgedreven en systematisch onderzoek werd verricht t.a.v. het E.S.H. en het ECOSOC-verdrag. Wellicht had Heringa wat meer aandacht kunnen besteden aan andere grondwetten dan de Duitse die eveneens sociale-grondrechtsbepalingen omvatten (bv. de artt. 32 en 64 in respectievelijk de Italiaanse en de Portugese Grondwet: recht op gezondheid; de artt. 47, 65 en 21 in respectievelijk de Italiaanse, de Portugese en de Griekse Grondwet: recht op wonen; de artt. 11 en 22 in respectievelijk de Luxemburgse en de Griekse Grondwet: recht op arbeid). Heringa besteedt geen aandacht aan de beperkte Belgische rechtsleer inzake sociale grondrechten. In sommige delen zijn de principes moeilijk te achterhalen in een te casuïstische benadering van de sociale grondrechten. Maar het boek van Heringa, universitair hoofddocent aan de Rijksuniversiteit Limburg, vormt beslist een belangrijke schakel in het aan diepgang winnende debat nepens sociale grondrechten.

W. Rauws

Sociaal praktijkboek 1990-91, Sociale Dienst V.E.V. (red.), Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1990, 374 pp.

De sociale dienst van het V.E.V. verzorgde een zeer degelijke op de praktijk gerichte uitgave rond veel voorkomende thema's die nog gecompliceerd worden door recente (wets)wijzigingen, m.n. alternatieve beloningsvormen, de vakantierechten van jeugdige werknemers, de organisatie van sociale verkiezingen, de tewerkstelling van studenten, de vermindering van sociale-zekerheidsbijdragen voor een eerste of bijkomende aanwerving, de moederschapsbescherming en -verzekering, internationale arbeidsovereenkomsten, de toegelaten arbeid voor gepensioneerden en economische werkloosheid. De problematiek wordt verduidelijkt door voorbeelden. De teksten zijn niet bezwaard door een notenapparaat, maar telkens geeft het V.E.V. enkele essentiële bibliografische tips voor verdere studie.

W.R.

AANGEKONDIGD

J.J. DE GRAEFF, H.H. LUIGIES, *Vrijwillige of willekeurige sanering van (bedrijfs)terreinen?* (Vereniging voor Milieurecht 1990-2), Zwolle, Tjeenk Willink, 38 p., 17,50 fl.

R.H.C. JONGENEEL, *Koop en consumentenkoop* (tweede druk), Zwolle, Tjeenk Willink, 202 p., 39,50 fl.

G.P. HOEFNAGELS, *Samen trouwen, samen scheiden* (tweede herziene druk), Zwolle, Tjeenk Willink, 166 p., 48,50 fl.

Herziening van het Gerechtelijk Vooronderzoek (Een rapport van de Commissie Herijking Wetboek van Strafvordering), Arnhem, Gouda Quint, 316 p., 49 fl.

J.B.J.M. TEN BERGE, A.Q.C. TAK, *Hoofdlijnen van het Nederlands administratief procesrecht* (tweede druk), Zwolle, Tjeenk Willink, 314 p., 58 fl.

A.V. VAN DEN BERG, J.H. HANS, *Grensoverschrijdende milieuwetgeving. Europeesrechtelijke, internationaalrechtelijke en nationaalrechtelijke aspecten* (Vereniging voor Milieurecht 1989-3), Zwolle, Tjeenk Willink, 144 p., 35 fl.

A. KOHL, *L'appel en droit judiciaire privé*, Brussel, Swinnen, 284 p., 1.595 fr.

J. REMMELINK, *Over leven en dood*, Arnhem, Gouda Quint, 16 p., 10 fl.

M.S. GROENHUIJSEN, J.A.F. PETERS, *Rechtsontwikkeling door wetgeving*, Zwolle, Tjeenk Willink, 86 p., 19,75 fl.

M. MAGREZ, *Tout savoir sur le droit de la sécurité sociale*, Brussel, Story-Scientia, 160 p., 500 fr.

J. LAFFINEUR (ed.), *De dienstverlening en de consument* (Collection droit et consommation nr. 24), Brussel, Story-Scientia, 236 p., 1.800 fr.

J. HANSENNE, *Introduction au droit privé*, Brussel, Story-Scientia, 338 p., 2.050 fr.

MEDEDELINGEN

Lichtere verkeersovertredingen in Nederland buiten strafrecht

Zo'n 60 pct. van alle verkeersovertredingen in het arrondissement Utrecht vallen voortaan niet langer onder het strafrecht, maar worden administratiefrechtelijk afgedaan. Op 1 september is daartoe de Wet administratiefrechtelijke handhaving verkeersvoorschriften (ook wel de Wet Mulder genoemd) in werking getreden (Staatsblad 1990, 434).

In 1992 zal de Wet Mulder, na een stapsgewijze invoering elders, in het hele land van kracht zijn. Het doel is, met behoud van een goede rechtsbescherming, de wat lichtere verkeersovertredingen eenvoudiger af te doen. Verwacht wordt dat daarmee de werklast van politie en rechterlijke macht zal worden teruggedrongen. Het gaat om overtredingen zoals zonder licht rijden, fout parkeren of door rood licht rijden. In vrijwel alle gevallen is de kentekenhouder hiervoor aansprakelijk.

Het systeem komt er op neer dat weggebruikers die zich schuldig maken aan dit soort verkeersovertredingen, in het vervolg geen politie-transactie meer krijgen aangeboden, maar een zgn. beschikking van het Centraal Justitieel Incassobureau. Deze nieuwe dienst gaat voor de inning van de sancties zorgen.

Bij niet betalen staat justitie een aantal dwangmiddelen ter beschikking: beslag via de deurwaarder op bezittingen, beslag op loon, uitkering of rekeningen, beslag (voor maximaal één maand) op auto of rijbewijs en tenslotte gijzeling voor maximaal één week. De gehele afhandeling zal binnen enkele maanden afgerond moeten zijn.

Wanneer de betrokkene het met de boete («sanctie» volgens de wet) niet eens is, moet hij zelf actie ondernemen. Men kan binnen zes weken in beroep gaan bij de officier van justitie en vervolgens bij de kantonrechter. In dat laatste geval moet wel eerst het bedrag van de sanctie als zekerheid zijn betaald. Tenslotte staat nog casatieberoep open bij de Hoge Raad.

Pensioenen voor personeel uit lokale besturen

Het Departement Rechten van de Universitaire Instelling Antwerpen organiseert op 11 december 1990 in het Auditorium A 1 van de Aula Major, Universiteitsplein 1 te Wilrijk, een studiedag met als thema: «Pensioenen voor personeel uit lokale besturen».

Programma:

- 9u30 Verwelkoming door prof. W. Lambrechts
- 9u40 Het stelsel van de gemeentelijke pensioenen door de heer J. Gysen, administrateur-generaal R.S.Z.P.P.O.
- 10u00 Is er nog ruimte voor een gemeenschappelijk pensioenbeleid? door de heer Cardoen, voorzitter Vlaamse afdeling V.B.S.G.
- 10u20 Flexibele tewerkstellingsvormen, nieuwe bezoldigingselementen en hun weerslag op het pensioen door de heer L. Van den Bossche, gemeenschapsminister Binnenlandse Aangelegenheden
- 11u30 Pensioenen voor personeel uit lokale besturen (korte weergave van de studie) door Mevr. C. Veris
- 12u00 De aanvraag: de sleutel tot een goed pensioendossier door de heer F. Thevelein
- 12u30 Vraagstelling door de heren P. Van Doorselaere, erestadssecretaris van Lokeren en R. Duval, secretaris A.C.O.D./L.R.B. Antwerpen

14u00 Vragen en discussie o.l.v. prof. J. Van Steenberge

16u30 Pensioenen en overheidsbeleid door mevr. L. Detiège, staatssecretaris voor Pensioenen.

Inlichtingen: mevr. Chr. Monteyne, U.I.A., Universiteitsplein I, 2610 Wilrijk (tel. 03/820.29.25).

Colloquium: «La loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive»

Dit colloquium, georganiseerd door de Université Catholique de Louvain, vindt plaats op 1 februari 1991.

Beknopt programma:

- 9u15 Onthaal door prof. F. Delpérée, decaan van de Rechtsfaculteit
- 9u30 L'arrestation door de heer B. Dejemeppe, procureur des Koninkrijken te Brussel
- 10u00 Le mandat d'arrêt door Prof. A. De Nauw (V.U.B.)
- 11u00 Le maintien de la détention préventive et mise en liberté door prof. H. Bosly (U.C.L.)
- 11u30 Les alternatives à la mise en détention door prof. P. Couvrat (Université de Poitiers)
- 14u30 Ronde tafelgesprek onder het voorzitterschap van de heer J. du Jardin, advocaat-generaal in het Hof van Cassatie
- 17u30 Afsluiting door prof. M. Franchimont (Un. Lge)

Inlichtingen: Université Catholique de Louvain, Collège Thomas More, Place Montesquieu 2, 1348 Louvain-La-Neuve (tel. 010/47.46.00).

Seminarie: «Big bang» sur le marché du droit

Het centrum voor Rechtssociologie organiseert dit seminarie op maandag 17 december 1990 van 10u00 tot 12u30 in de gebouwen van de U.F.S.I.A., Rodestraat 14 te Antwerpen.

Spreeker is prof. Y. Dezalay (CNRS, Vaucresson). Na de voordracht volgt een debat met als discussianten mrs. J. Steenbergen en J. Van den Heuvel

De uitdaging van de advocatuur in de nieuwe Europese constellatie

De Generale Bank organiseert in samenwerking met de Vlaamse Conferentie bij de Balie te Antwerpen een debatavond rond het thema: «De uitdaging van de advocatuur in de nieuwe Europese constellatie», op woensdag 12 december 1990 om 20u00 in het Auditorium Hélène Fourment van de Generale Bank, Meir 48 te Antwerpen.

Spreekers zijn: mevr. Chr. Kirschbaum, administrateur bij de Commissie van de Europese Gemeenschappen, mr. C. Bevernage, stafhouder van de Nederlandse Orde van Advocaten bij de Balie te Brussel en mr. J. Van den Heuvel, gewezen stafhouder van de Balie te Antwerpen. Moderator is mr. J. Dierckx, voorzitter van de Vlaamse Conferentie bij de Balie te Antwerpen.

Verzekeringsrecht in beweging

Het Postuniversitair Centrum West-Vlaanderen organiseert een studieavond op dinsdag 18 december 1990 om 18u15 in de Campus Kortrijk van de K.U.Leuven, E. Sabbelaan, 8500 Kortrijk, met als thema: «Verzekeringsrecht in beweging».

De professoren H. Cousy (K.U.Leuven) en L. Schuermans (U.I.A.) zullen o.m. spreken over: de reglementering inzake de verzekering B.A. privé leven, brandverzekering (eenvoudige risico's) en rechtsbijstandverzekering; de nieuwe W.A.M.-wet; het ontwerp van nieuwe verzekeringswet, de geplande wijziging van de controlewet en van het reglement leven en de plannen voor een gewijzigde W.A.M.-polis.

Inlichtingen: Postuniversitair Centrum West-Vlaanderen, Ontvangersstraat 3, 8000 Brugge (tel. 050/33.94.16; fax: 050/34.23.70), of bij de K.U.Leuven, Campus Kortrijk, Universitaire Campus, 8500 Kortrijk (tel.: 056/21.79.31; fax: 056/22.89.20).