

De rechtsfilosofie van Ronald Dworkin

Een kritische synthese

Het werk van de Amerikaanse rechtsfilosoof Ronald Dworkin is in Europa al lang niet meer onbekend. Deze succesvolle auteur dankt zijn terechte naam en faam aan een aantal artikelen en boeken waarin hij zich, samenvattend uitgedrukt, scherp opstelt tegen iedere vorm van positivisme dat tegelijk een waardenrelativisme zou incorporeren. Zie daar de sleutel van zijn succes. In tijden waarin relativistische tendensen opgeld maken, bij gebrek aan beter, levert Dworkin precies die stramien die het mogelijk maken het hedendaagse relativisme enigszins te overstijgen.

Ter gelegenheid van Dworkins komst naar Brussel, waar hij gedurende het derde Erasmusseminarie over rechtstheorie de leerstoel «Generale Bank» zal bekleden, lijkt het nuttig om een korte synthese van zijn werk voor te stellen.

Het werk van Dworkin kan in een drietal periodes opgedeeld worden. De eerste periode, de jonge Dworkin als het ware, strekt zich uit van het begin van zijn carrière aan de Yale Law School tot de publikatie van *Taking Rights Seriously* in 1977. Dit boek bevat een dertiental artikelen waarvan twee de inhoudelijke hoofdmoot van het boek uitmaken. We komen daarop hierna terug.

De tweede periode loopt van 1977 tot 1986, het jaar waarin het voorlopig laatste boek *Law's Empire* het daglicht zag. We kunnen hier gewagen van de rijpe Dworkin. In dezelfde periode publiceerde Dworkin ook nog een bundel artikelen onder de titel *As a Matter of Principle*, maar deze artikelen kunnen we gerust tot de minder belangrijke rekenen. Ze handelen hoofdzakelijk over interpretatie en voegen eigenlijk weinig toe aan de basisstellingen die voordien in *Taking Rights Seriously* werden uiteengezet.

Het valt te voorzien dat *Law's Empire* waarschijnlijk Dworkins laatste grote werk zal zijn. Dit kan worden afgeleid uit het feit dat het boek een geweldig succes is geworden. Tal van wetenschappelijke publikaties zijn er reeds aan gewijd, en de stroom groeit steeds maar aan. Of de auteur erin zal slagen dat succes te overtreffen in een nieuw boek, valt te betwijfelen.

Anderzijds heeft hij zich nu iets minder analytisch opgesteld met een boek dat binnenkort zal verschijnen over abortus. We kunnen aldus stellen dat Dworkin allicht in *Law's Empire* het beste van zichzelf heeft gegeven, en zich nu eerder aan meer losse bespiegelingen over diverse onderwerpen overgeeft in plaats van aan strikt analytische argumentaties. Allicht is hier de kwalificatie gepast van de «uitbolende» Dworkin.

Na die korte situering van het werk van Dworkin in het algemeen willen we in deze bijdrage kort kritisch ingaan op de basisstellingen die van Dworkin een zo succesvol filosoof hebben gemaakt. Vervolgens zullen we in het kort een aantal bijkomende kritische bedenkingen formuleren.

Zoals hierboven reeds is vermeld, zijn de basisstellingen van Dworkins denken verspreid over een drietal artikelen, waarvan twee zijn opgenomen in de bundel *Taking Rights Seriously*. Een derde onder de titel «No Right Answer» verscheen in de feestbundel die aan de Engelse rechtsfilosoof

Hart werd opgedragen in 1977, maar het dateert eigenlijk uit 1975¹. In het volgende zullen we trachten de belangrijkste elementen van Dworkins theorie te vatten, via een analyse van deze publikaties. Zij dekken met andere woorden wat we hierboven noemden, de eerste en de tweede periode.

I. In «The Model of Rules I»² betoogt Dworkin, op een haast triviale wijze kan men zeggen, dat een rechtssysteem niet alleen bestaat uit «regels», maar ook beginselen bevat die aan die regels ten grondslag liggen als onuitgedrukte steunpilaren. Hun vaak impliciete karakter heeft tot gevolg dat ze niet steeds worden opgemerkt, en ze komen eigenlijk maar aan het licht in wat Dworkin een «hard case» noemt. Omschrijvend vertaald betekent een «hard case» een casus waarvoor in de rechtsorde geen (duidelijk) antwoord te vinden is. Continentale juristen zouden daarom van een lacune gewagen.

Dworkin stelt nu dat er in geval van een lacune of in een «hard case» steeds een aan principes gebonden antwoord bestaat. Het komt erop aan het principe te ontdekken, te thematiseren en toe te passen. Dit is een eerste belangrijke stelling. Het kan verwonderlijk lijken dat er zoveel belang aan gehecht wordt, vooral nu bv. in de Belgische rechtsorde het bestaan van algemene rechtsbeginselen reeds lang door de Raad van State en door het Hof van Cassatie is bevestigd³. Maar voor Angelsaksische juristen is dit minder verwonderlijk. In de literatuur ter zake⁴ vindt men niet zelden de omgekeerde stelling verdedigd. In algemene termen verloopt de redenering als volgt. Wanneer een rechter een lacune vaststelt in de rechtsorde, wanneer met andere woorden een «hard case» aan de orde is, bestaan er geen precedents waarop hij zich kan beroepen om de zaak te beslechten en zijn beslissing te motiveren. In zulk een geval dient de rechter op zoek te gaan naar beginselen die algemener zijn dan de regels van de betrokken rechtsorde, en waaruit een nieuwe regel kan worden gepuurd zonder dat de rechter daarbij discretionair te werk gaat.

Dat is het grote verschilpunt tussen Dworkin en degenen die hij kritiseert. Dworkin stelt dat er steeds een principieel, dat is aan principes gebonden, antwoord mogelijk is, terwijl zijn tegenstanders beweren dat, in een «hard case», de rechter discretionair of willekeurig kan beslissen. Een voorbeeld kan dit allicht verduidelijken. Dworkin bespreekt in de ge-

¹ «No Right Answer?» in *Law, Morality and Society. Essays in Honour of H.L.A. Hart*, HACKER, P.M.S. en RAZ, J. (eds.), Oxford, Clarendon Press, 1977, 58-84.

² In *Taking Rights Seriously*, Cambridge (MA), Harvard Univ. Press, 1978 (2), 14-45.

³ Men zie bv. Cass., 10 september 1971, *R.W.*, 1971-72, 321 e.v. (beginsel van het verbod van rechtsmisbruik inzake eigendomsrecht). Men zie verder de bijdragen in de bundel *Algemene Rechtsbeginselen*, VAN HOECKE, M. (red.), Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1991.

⁴ DWORKIN viseert hier in het bijzonder het boek van H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1980 (11).

noemde tekst een arrest van een rechtbank in de staat New York. De zaak betrof een erfgenaam die zijn rijke grootvader, erflater, had vermoord⁵. De reden voor de moord was dat de moordenaar als enige erfgenaam van een aanzienlijk fortuin aangewezen was bij testament. Tussen het opmaken van het testament en het overlijden hertrouwde de grootvader echter, waaruit de betrokken erfgenaam de (allicht terecht) conclusie trok dat de kans groot was dat het testament herroepen zou worden ten voordele van de echtgenote, in welk geval hij zijn erfenis (gedeeltelijk) zou verliezen. Door de grootvader te vermoorden kreeg het testament onmiddellijk uitwerking, en zou de erfgenaam zonder problemen tot de erfenis komen. Maar moord is strafbaar. Derhalve werd de erfgenaam gestraft met een gevangenisstraf, waarna hij zijn erfenisrechten wenste te doen gelden. De wetgeving van de staat New York bevatte echter geen regeling voor dergelijke gevallen. Aan de ene kant werd geargumenteed dat, aangezien de erfgenaam reeds gestraft was, het niet valideren van zijn erfenisrechten een schending van het beginsel «non bis in idem» impliceerde. Aan de andere kant werd gesteld dat het geheel van regels van de staat New York het mogelijk maakte een principe te formuleren dat niemand profijt mag halen uit zijn eigen fout («no one can profit of his own wrong»). Een dergelijk beginsel is werkzaam in de rechtsorde, zij het impliciet. Een rechter die er zich op beroept, past met andere woorden het bestaande recht toe. Hij valideert bestaande rechten en bezondigt zich niet aan retroactieve rechtscreatie, wat steeds het geval is wanneer rechters wetgevend optreden.

Dergelijke beginselen worden door Dworkin onderscheiden van «policies» of beleidsmatige overwegingen⁶. Beginselen slaan op vereisten van rechtvaardigheid, «fairness» of een andere dimensie van moraal⁷. Beginselen onderscheiden zich van regels omdat deze laatste kunnen worden toegepast op een «alles-of-niets»-manier. Dit is niet het geval met beginselen die, door hun algemeenheid, vager zijn, en bijgevolg minder gemakkelijk toepasbaar op een eenduidige wijze zoals dat met regels het geval is. Naar onze mening is dit een betwistbare stelling. Het beginsel dat niemand profijt kan halen uit zijn eigen onrechtmatig handelen leent zich gemakkelijker tot een «alles-of-niets»-interpretatie dan de regel dat wagens in een publiek park verboden zijn⁸. De duidelijkheid van het beginsel, en bijgevolg de toepassing ervan, is groter dan de duidelijkheid van de genoemde regel aangezien bijvoorbeeld niet duidelijk uit de regel volgt of ook speelgoedwagentjes verboden zijn. Vallen ook ziekenwagens onder dit verbod ingeval zij een persoon die een hartaanval gekregen heeft, in het park dienen op te halen⁹? Het prima

facie duidelijke conceptuele onderscheid tussen regels en beginselen zoals het uit dit voorbeeld volgt, vervaagt daardoor enigszins. Bovendien, zo kan men stellen, zijn sommige beginselen steeds duidelijker dan een regel, zoals het geval is met «fraus omnia corrumpit». Een tweede onderscheid tussen beginselen en regels is volgens Dworkin dat aan beginselen een soort «gewicht» kan worden toegekend dat buiten verband staat met regels. Wegens hun «alles-of-niets»-toepassing hebben alle regels een gelijk gewicht, terwijl beginselen soms een onderlinge afweging vereisen, waarbij het gewicht van elk ervan moet worden ingeschat. Ook hier dient men kritisch tegenover te staan. Het is naar onze mening niet juist te stellen dat slechts aan beginselen een bepaald gewicht toekomt. Ook regels kunnen een verschillend gewicht hebben. Zo zal bv. aan een regel Amerikaans grondwettelijke recht een groter gewicht worden toegekend dan aan een gewone wettelijke regel aangezien regels die strijdig zijn met de grondwet door het Hoog Gerechtshof kunnen worden vernietigd.

Vanuit het aldus gemaakte onderscheid tussen beginselen en regels trekt Dworkin nu de redenering door naar het rechtsbegrip dat hij wil verdedigen. Hier zijn twee mogelijkheden. Ofwel kan men het rechtsbegrip begrijpen met inbegrip van beginselen die van de rechter even dwingend zijn als regels. Ofwel kan men stellen dat de rechter aan beginselen vrijelijk rechtskracht kan toekennen ofwel dit te weigeren. In het eerste geval maken beginselen wel deel uit van de rechtsorde, in het tweede geval duidelijk niet. De vraag komt nu opnieuw aan de orde welke van de twee rechtsbegrippen het best verdedigbaar is. Zijn we met andere woorden beter gediend met een rechtsbegrip dat beginselen insluit en zo de rechterlijke vrijheid aan de banden van die beginselen koppelt? Of zijn we beter af met een rechtsbegrip dat willekeur vooropstelt ingeval een duidelijk antwoord ontbreekt. Uit het voorgaande zal duidelijk geworden zijn dat Dworkin het eerste spoor zal volgen. De tegenstanders – in het algemeen gekwalificeerd als «positivisten» – beweren volgens Dworkin het volgende.

(i) Beginselen zijn niet bindend of hebben geen verplichtend karakter. Dworkin repliceert hierop dat er geen enkele logische reden gevonden kan worden waarom principes niet even bindend zouden zijn als regels zelf.

(ii) Zelfs wanneer sommige beginselen bindend zouden zijn, kunnen zij nooit het resultaat op een eenduidige wijze bepalen. Dat is juist, aldus Dworkin, maar dat steunt op een verkeerde opvatting over beginselen. Beginselen tenderen naar, of oriënteren in de richting van, een bepaalde beslissing. Ook wanneer ze in een bepaald geval niet worden gevolgd, blijven ze intact als beginsel.

(iii) Ten slotte beweren positivisten, aldus Dworkin, dat beginselen niet bindend zijn wegens hun controversiële aard. Wat controversieel is, i.e. onduidelijk, kan daarom geen recht zijn. Ook dit berust op een verkeerde opvatting over beginselen, aangezien beginselen eerder sturen in de richting van redelijkheid van een beslissing, en redelijkheid als zodanig is niet vatbaar voor bewijs in de strikte zin van het woord. Bovendien argumenteert Dworkin dat, als beginselen niet bindend zouden zijn, er erg weinig regels zijn die

⁵ Riggs v. Palmer, 115 N.Y., 506, 22 N.E. 188 (1889).

⁶ «I call a policy that kind of standard that sets out a goal to be reached, generally an improvement in some economic, political, or social feature of the community», *Taking Rights Seriously*, 22.

⁷ «I call a 'principle' a standard that is to be observed, not because it will advance or secure an economic, political, or social situation deemed desirable, but because it is a requirement of justice or fairness or some other dimension of morality», *Taking Rights Seriously*, 22.

⁸ Wat verdedigbaar zou zijn op grond van de overweging dat de regel als doel heeft de rust in het park te verzekeren.

⁹ In dit geval kan men argumenteren dat de rust in het park het moet afleggen tegen het helpen van een persoon in nood.

wel bindend zijn, aangezien wetsgetrouwe toepassing van regels ook een beginsel is ¹⁰.

Bovendien kritiseert Dworkin de miskenning van de stelling, die voortvloeit uit de aard van beginselen, nl. dat ze vager zijn dan regels en gewogen kunnen worden in vergelijking met andere beginselen. De regel dat niemand voordeel kan halen uit zijn eigen onrechtmatige daad, vindt zijn tegenwicht in het beginsel van de bescherming van het bezit («possession vaut titre»). Positivisten beweren om die reden dat beginselen slechts «would be»-regels zouden zijn. Daarom zouden ze (nog) geen bindend recht zijn.

Wat positivisten moeilijk valt, is aan te nemen dat er in een rechtsorde «beginselen» aan het werk zijn die niet zijn uitgevaardigd door een bepaalde autoriteit, maar die hun gezag te danken hebben aan wat Dworkin noemt hun manier van geëigend zijn volgens een bepaalde opvatting onder juristen en onder het publiek over een langere periode ¹¹. Immers, positivisten nemen aan dat er een unieke test bestaat om uit te maken of een regel deel uitmaakt van een rechtsorde of niet. Het gelden van een regel is, net als de toepassing ervan zoals Dworkin deze opvat, een kwestie van «alles of niets». Iets dergelijks beweren van een beginsel zou een miskenning inhouden van het feit dat ze een bepaald «gewicht» hebben en dus niet zo eenduidig vaststaan als positivisten beweren dat regels moeten zijn om regel te zijn.

II. De bovenstaande eerste benadering van Dworkins theorie kan nu worden aangevuld met een verdere exploratie die wordt geboden in «Hard Cases» ¹². Ook hierin wordt getracht aan het positivisme een fatale slag toe te brengen. De argumentatie is gericht op het formuleren van een beslissingstheorie die juiste antwoorden geeft op rechtsvragen en een verklaring biedt voor de verplichting van de rechter om in zg. «hard cases» een beslissing te nemen ¹³.

Bovendien, zo stelt Dworkin, verwijst een dergelijke beslissingstheorie tevens naar essentiële normen van moraal, wat hij beschouwt als een fataal argument tegen een positivistische rechtstheorie. De argumentatie ten voordele van zijn rechtsbegrip verloopt als volgt.

Een casus komt voor een rechter die zal moeten beslissen in het voordeel van de eiser (beslissing E) of in het voordeel van de verweerder (V). Bij het uitwerken van zijn beslissing stoot de rechter op een uitgebreid bestand normen en beslissingen, de zg. «body of settled law». Dworkin beweert eerst dat er een theorie bestaat die het mogelijk maakt uit dit vooraf gegeven normenbestand «verkeerde» beslissingen te elimineren. Zodra alle verkeerde beslissingen uit de rechtsorde verwijderd zijn, kan de rechter beginnen aan een systematisering van die rechtsorde op grond van enkele algemene beginselen.

Die systematisering levert een theorie op die de best mogelijke verklaring biedt voor een bestaande rechtsorde («soundest theory of law»). Is die theorie eenmaal uitgewerkt, dan kan de vraag beantwoord worden of er een beslissing V of E moet vallen. Indien geen van beide logisch uit de opgestelde theorie volgt, zouden positivisten beweren dat de rechter discretionair of willekeurig te werk kan gaan.

Volgens Dworkin echter, en dit is een vernieuwend geluid in de rechtsfilosofie, dient de rechter zich af te vragen welke beslissing het best bij het bestaande recht zou aansluiten. In die zin is er steeds één van beide die gelijk kan en dus ook dient te krijgen. Er is met andere woorden steeds een juist antwoord op iedere rechtsvraag voor zover men het begrip «juist» opvat als «het meest coherent of het meest in overeenstemming met het bestaande geheel van regels en normen». De theorie die de best mogelijke verklaring biedt voor een bestaand geheel van normen en regels, biedt tegelijk ook een verantwoording daarvan. Hier treedt met andere woorden de moraal op de voorgrond, en voor zover er inderdaad een noodzakelijk verband tussen recht en moraal kan worden aangetoond, zou Dworkins theorie kunnen worden opgevat als een natuurrechtelijke theorie. Hier duikt evenwel een probleem op waarvan Dworkin zich blijkbaar geen rekenschap geeft. Als de «soundest theory of law» tegelijk een verklaring en een verantwoording geeft voor het bestaande recht, dient men aan te nemen dat moreel slecht recht niet verantwoordbaar is, en daarom geen recht kan zijn. Maar Dworkin stelt net het omgekeerde. Hij beweert nl. dat slecht recht ook recht is. Aldus zal zijn theorie slechts een verklaring kunnen bieden voor het bestaande recht, en vervalt de mogelijkheid dat moreel slecht recht moreel verantwoord zou kunnen worden.

Hier gaan Dworkins argumentatie enigszins uit de bocht en mist zij haar doel, omdat er geen noodzakelijk verband tussen recht en moraal kan worden aangetoond, iets wat noodzakelijk is om het positivisme van weerwoord te dienen. De reden van de mislukking ligt o.i. in het feit dat de gevonden beginselen geen absolute, transcendente verantwoording geven voor het recht.

Dworkin vermijdt zorgvuldig iedere verwijzing naar metafysica of transcendente verklaring. Dit dwingt hem er anderszits toe te erkennen dat de morele beginselen die in het rechtsdenken opduiken, slechts een relatief, steeds voorlopige, «beste» systematisering bieden van het bestaande, door mensen geconstrueerde, recht. De morele beginselen behoren met andere woorden niet tot de kritische moraal, maar tot de positieve, in de maatschappij aangetroffen doch niet noodzakelijk tegen normatieve kritiek bestand zijnde moraal.

III. Dat er steeds een antwoord gegeven kan worden op rechtsvragen, is ook het centrale thema in het essay met de enigszins provocerende titel «No Right Answer?» ¹⁴ al kunnen we stellen dat de argumentatie hier wat meer doelgericht en scherper gesteld is. Dworkin viseert zijn positivistische tegenstanders hier zeer gericht. Immers, zoals hierboven reeds is gesteld, beweren laatstgenoemden dat, ingeval de rechtsorde geen duidelijk antwoord biedt op een

¹⁰ Men zie hiervoor WINTGENS, L., *Wetspositivisme en rechtspositivisme. Een rechtsfilosofische en rechtstheoretische analyse*, Brussel, Story-Scientia, 1991, nrs. 496 e.v. (ter perse).

¹¹ «The origin of these as legal principles lies not in a particular decision of some legislature or court, but in a sense of appropriateness developed in the profession and the public over time», *Taking Rights Seriously*, 40.

¹² In *Taking Rights Seriously*, 81-130.

¹³ Men dient voor ogen te houden dat het Amerikaanse rechtssysteem veel minder aandacht schenkt dan een continentaal systeem aan de idee van «rechtswegering».

¹⁴ Zie noot 1.

rechtsvraag, de rechter willekeurig of discretionair te werk kan gaan.

Opnieuw tracht Dworkin hun een halt toe te roepen en poogt hij de argumenten te weerleggen die traditioneel in de literatuur worden aangereikt om tot een discretionaire bevoegdheid van de rechter, en dus tot een positivistische opvatting van het recht, te komen. Dworkin verdeelt de argumentatie over twee versies van de hypothese dat er geen juist antwoord zou zijn op een rechtsvraag. De eerste versie houdt in dat men miskent dat er een logische ruimte bestaat tussen een propositie en haar ontkenning. Daardoor wordt het antwoord op de vraag «is Tom jong of oud» in bepaalde gevallen onbeslisbaar (omdat beide onwaar kunnen zijn) om de eenvoudige reden dat men «jong» als ontkenning van «oud» beschouwt en bijgevolg een derde mogelijkheid, nl. dat Tom van middelbare leeftijd zou zijn, buiten beschouwing laat. Het zou volgens Dworkin dan ook fout zijn zich op de eerste versie te baseren en als volgt te argumenteren. Als een contract geldig is, heeft de rechter de verplichting het af te dwingen. In het tegengestelde geval niet. Indien er een logische ruimte bestaat tussen «een verplichting hebben» en «geen verplichting hebben», kan die ruimte opgevuld worden door «willekeur», duidelijk een antwoord van positivistische makelij. Een dergelijke redenering houdt in dat het begrip «geldig» wordt gekoppeld aan «een verplichting hebben om af te dwingen» en «ongeldig» als de negatie daarvan. Maar dit is nu juist niet het geval, aldus Dworkin. Begrippen als «geldig» laten ruimte open voor een derde mogelijkheid naast het «waar» of «onwaar» zijn van een propositie waarin ze fungeren. Het zijn «dispositieve» begrippen die, door de derde mogelijkheid naast «waar» of «onwaar», ruimte openlaten voor begrippen als «begin van geldigheid»¹⁵.

In de tweede versie van de hypothese dat sommige rechtsvragen geen juist antwoord hebben, worden in het algemeen drie argumenten aangehaald. Het eerste gaat uit van de onvermijdelijke vaagheid van sommige begrippen waardoor onmogelijk gesteld kan worden dat een bewering of waar of onwaar is. Een daarbij aansluitend argument is dat van antwoorden die inherent controversieel zijn, niet gezegd kan worden dat ze waar of onwaar zijn.

Een derde argument, dat in het latere werk van Dworkin meermaals aan de orde komt, stelt een vergelijking voor om uit te monden in een analogie, tussen recht en literatuur. Beginnen we met het derde argument. Dworkin stelt dat beweringen over David Copperfield, een van de literaire verzinsels van Charles Dickens, steeds waar of onwaar zijn, omdat ze als het ware hiërarchisch gerangschikt kunnen worden in die zin dat wanneer een dergelijke hiërarchie ontstaat, er steeds een antwoord is op een vraag in die zin dat van een bewering gezegd kan worden dat de bewering zelf (of de ontkenning daarvan) «beter past» in het geheel van de beweringen die Dickens zelf over Copperfield gedaan

heeft of gedaan zou hebben. Het waarheidscriterium wordt met andere woorden niet «het in overeenstemming zijn met een stand van zaken in de werkelijkheid» (correspondentie-theorie van waarheid), maar «het in overeenstemming zijn met een geheel van beweringen die bekend zijn» (coherentietheorie van waarheid). Er is dus steeds een antwoord dat op een gegeven moment het meest in overeenstemming is met wat we al weten, en dus «waar» is. Hetzelfde geldt nu voor rechtsvragen. Een antwoord op een rechtsvraag is waar wanneer het het meest in overeenstemming is met het bestaande geheel van regels en normen op een bepaald moment in de tijd¹⁶. Iedere rechtsvraag heeft dus steeds een als juist te karakteriseren antwoord.

Het tweede argument, en de weerlegging daarvan, verloopt als volgt. Wanneer wordt gesteld dat beweringen (als antwoord op een vraag bv.) controversieel zijn, kunnen ze onmogelijk als «waar» of «onwaar» worden betiteld. Een dergelijke hypothese berust volgens Dworkin, terecht, op een empiristische metafysica volgens welke iets slechts «waar» is wanneer het bewezen kan worden met harde feiten uit de werkelijkheid. Dworkin verzet zich, om begrijpelijke redenen als men zich het voorgaande argument herinnert, tegen een dergelijke benadering. Hij hanteert een andere opvatting van waarheid, nl. een coherentietheoretische opvatting. Op grond van deze opvatting van waarheid wordt als «waar» gekenmerkt, niet datgene wat door harde feiten kan worden «bewezen», maar datgene dat op de meest voldoende wijze aansluiting vindt bij een bepaald geheel van beweringen dat reeds voorhanden is, daarbij. Dworkin gewaagt hier van «narratieve consistentie» in de literatuur, een begrip dat tot «normatieve coherentie» wordt omgevormd in het recht.

Ten slotte tracht Dworkin het eerste argument als volgt te kelderen. Sommigen beweren dat vage termen het niet mogelijk maken een bepaalde beslissing te nemen. Vandaar dat sommige rechtsvragen geen juist antwoord zouden hebben. Dworkin stelt dat hier een verwarring bestaat tussen begrippen die «vaag» zijn (bv. «middelbare leeftijd») en begrippen die meerdere opvattingen toelaten (bv. «rechtvaardigheid» als «iedereen gelijk» of «aan iedereen volgens zijn verdienste»). Welnu, stelt Dworkin, ook hier kan een hiërarchie worden aangebracht tussen verschillende «opvattingen», en kan diegene eruit gelicht worden die het best de basisbeginselen en beleidsopties weerspiegelt, die de beste politieke verantwoording geeft voor een regel of norm op het moment dat de regel of norm werd geponeerd, of op een later tijdstip (afhankelijk van welke interpretatietheorie men voor ogen heeft). Men bemerkt dat de basisstellingen die Dworkin in de verschillende bijdragen levert, niet echt wezenlijk van elkaar verschillen, maar veeleer verschillende thematiseringen of uitwerkingen zijn van een zelfde basisgedachte: het aan de hand van beginselen aan banden leggen van een (te) grote rechterlijke vrijheid die volgens

¹⁵ Of zoals in het Belgische bewijsrecht, het begrip «begin van geschreven bewijs» (art. 1347, tweede lid B.W.). Als het niet waar is dat een document een (volledig) bewijs zou zijn, is het evenmin noodzakelijk onwaar dat het dat niet zou zijn. Door een wettelijke regeling wordt het dispositieve karakter van het begrip «geldig bewijs» enigszins versluierd, maar men kan zich indenken dat een gelijksoortige regeling zou kunnen worden erkend bij ontstentenis aan een wettelijke regeling.

¹⁶ Men zal terecht opmerken dat het gehanteerde waarheidscriterium geen «absolute» waarheden oplevert, maar slechts relatieve. Het is dus best mogelijk dat een antwoord, dat als «waar» werd gekarakteriseerd op een bepaald moment in de tijd (t1) omdat het op moment t1 het meest in overeenstemming was met het bestaande corpus van regels en normen, maar later (t2) als onwaar wordt beschouwd. Er is geen contradictie tussen de bewering dat een propositie waar was op t1 en onwaar op een later moment t2.

Dworkin het gevolg zou zijn van een positivistische rechtsopvatting die willekeur of discretionair machtsgebruik toelaat. Nu, de taak die Dworkin aan de rechter oplegt, doet vrezen dat normale stervelingen zich daar slechts op een minimale wijze van zullen kunnen kwijten. Ze veronderstelt een volgestrekte transparantie van het bestaande geheel van regels en normen, een volmaakt inzicht daarin en de noodzakelijke intelligentie om daaruit het juiste antwoord te puren. Het is dan ook niet verwonderlijk dat Dworkin een soort rechterlijke held opvoert, Hercules genaamd, die over dergelijke gaven beschikt. Men kan zich de vraag stellen of het invoeren van een Hercules geen vertekend beeld geeft van de werkelijkheid, aangezien gewone rechters niet over dergelijke gaven geschikken en de rechtsorde zelf niet de vereiste transparantie vertoont.

Daarop kan geantwoord worden dat het Dworkin te doen is om een normatieve theorie, en niet slechts om een beschrijving van het juridisch gebeuren. Iedere vorm van normativiteit heeft een ideale dimensie omdat volledige normopvolging als het ware het bestaan van de regel zelf zou doen verdwijnen. De uitzondering (nl. de normovertreding) bevestigt met andere woorden, op conceptueel niveau, het bestaan van een regel. Overigens als we Dworkin goed begrijpen, levert zijn theorie slechts een decoderingssysteem op dat het mogelijk maakt bepaalde vragen te decoderen, zonder echt tot concrete en praktische oplossingen te komen. Oplossingen in de betekenis die Dworkin voor ogen heeft, kunnen alleen maar gevonden worden door Hercules, die over een aantal bovenmenselijke gaven beschikt, nl. om de rechtsorde te zuiveren van zg. «foute» oplossingen, om de rechtsorde volledig te structureren op grond van een coherente set van beginselen. Dworkin maakt ons, met andere woorden, bewust van het bestaan van bepaalde problemen die gedecodeerd of gethematiseerd kunnen worden. Voor een eindoplossing echter dient een beroep te worden gedaan op een mythische, resp. mystieke figuur die in staat is de aldus gedecodeerde problemen ook op te lossen. Dit geeft aan Dworkin's theorie een idealistische dimensie die aangeeft dat de rechter zo goed mogelijk het werk van Hercules dient uit te voeren, zonder enige hoop daar ook volledig in te slagen. Dit is een benadering die ook bij de latere Dworkin kan worden aangetroffen, iets waarop we nog zullen terugkomen.

Laten we nu overgaan tot het (voorlopig) laatste werk van Dworkin. Het betreft *Law's Empire*. Het boek vertoont dit verschil met de eerder aangehaalde werken, dat het hier om een boek in de eigenlijke zin gaat, en niet om een geheel van artikelen rond een zelfde thema die worden samengebracht in boekvorm. Het voordeel dat *Law's Empire* vertoont is dat het makkelijker in één stuk leesbaar is, aangezien het ook als één geheel is opgevat en geschreven. Het is minder technisch en breedvoeriger geargumenteed.

Juristen kunnen, aldus Dworkin, op verschillende manieren van mening verschillen. Allereerst kan hun meningsverschil feiten betreffen. Vervolgens kan hun meningsverschil gaan over de morele en/of politieke wenselijkheid van een bepaalde rechtsregel. Ten slotte kan het een conflict betref-

fen omtrent wat recht is ¹⁷. Terwijl de twee eerste problemen opgevat kunnen worden als empirische kwesties, gaat het in het laatste geval om een ernstig theoretisch probleem dat verwijst naar de criteria van wat recht is. Iedere twist daarover verwikkelt ons in serieuze filosofische omzwervingen. Nu bestaat er een neiging onder juristen om, aldus Dworkin, die meningsverschillen onder de tafel te laten verdwijnen, en te doen alsof ze slechts slaan op een schermutseling aan de grens van de regel, zonder betrekking te hebben op de grond van het recht zelf. Dit verbergen van de ware aard van het conflict is te wijten aan de dominante theorie in het recht, die Dworkin noemt de «plain-fact view». Volgens deze theorie bestaat er geen mogelijkheid van een theoretisch meningsverschil over de gronden van het recht, aangezien het bestaan van recht en zijn grondslag een voldoende duidelijk feit zijn. Wie zorgvuldig in het wetboek kijkt of de archieven van de rechtbanken doorneemt, zal een antwoord vinden op iedere rechtsvraag. Dit houdt eigenlijk in dat een ernstig theoretisch conflict over wat recht is, dadelijk wordt omgebouwd tot vragen omtrent wat rechtens behoort te zijn, een vraag van morele of ideologische, maar niet van theoretische aard. Er is met andere woorden geen theorie die een bevredigende conflictsomschrijving en -oplossing biedt. Het gegeven antwoord op conflictuele vragen wordt steeds ingebouwd in een taalkundig meningsverschil. Dergelijke theorieën noemt Dworkin «semantische theorieën». Ze veronderstellen dat we bepaalde criteria delen, zonder deze evenwel bewust te kunnen thematiseren (32). «Positivism» is een dergelijke semantische theorie. Volgens deze theorie is het voldoende om te weten wat recht is, om terug te gaan in het verleden, alwaar we een feit kunnen aantreffen dat van een bestaande bewering een rechtsgeldige regel kan maken (bv. regel x is «uitgevaardigd door het Parlement», dus is regel x een geldige rechtsregel). Verschillen tussen positivistische theorieën liggen in het feit dat ze verschillende soorten feiten aangeven als criterium van recht. Deze stelling sluit aan bij wat we hierboven schreven over het al dan niet bestaan van een juist antwoord op iedere rechtsvraag. We stelden dat volgens Dworkin het eerste het geval is. Hier wordt dezelfde stelling ten tonele gevoerd, maar in een ander kostuum. Onenigheden tussen juristen slaan, volgens deze herklede stelling, op wat recht is en niet op wat beslist dient te worden wanneer er geen rechtsregel voorhanden is. Zeer duidelijk schuilt hierachter de idee dat iedere rechtsvraag een antwoord heeft, iets wat verdoezeld wordt door de zg. «semantische rechtstheorieën».

Om dit te staven haalt Dworkin opnieuw de zaak van de moord door de erfgenaam op de erfflater boven, aangevuld met andere voorbeelden van «hard cases». De afwezigheid van regels ter oplossing van dergelijke problemen en de discussies die ermee gepaard gaan, tonen duidelijk aan dat er meer aan de hand is dan een terminologische grensschermseling. De vraag is namelijk welke de gronden van het recht zijn, op welke gronden een «hard case» kan worden berecht. De miskennis van die vraag, en dus de bewering dat alle discussies in het recht slechts empirische vragen zijn

¹⁷ *Law's Empire*, Cambridge (MA), Harvard Univ. Press, 1986, 3. Verwijzingen naar dit boek zullen verderop tussen haakjes vermeld worden in de tekst.

naar de betekenis van woorden, miskent de ware aard van de problemen.

Wanneer men discussies in het recht immers daartoe verengt, zijn we volgens Dworkin het slachtoffer van een valstrik. Hij noemt het de «semantic sting» (45-46). Ter oplossing van dit probleem, en om duidelijk te maken dat er wel degelijk theoretische discussies zijn omtrent wat recht is, doet Dworkin een beroep op interpretatieve begrippen («interpretive concepts»). Een voorbeeld van dergelijke begrippen is «hoffelijkheid». Dit begrip verwijst in zijn kern naar «respect», zonder dat daarmee is aangegeven hoe deze kern het best wordt gerealiseerd. Hier treedt het interpretatieve karakter van het begrip naar voren. Bij de interpretatie daarvan komt het er niet zozeer op aan de bedoeling van de normgever na te gaan – wie zou overigens de normgever zijn van een traditioneel gegroeid instituut van hoffelijkheid. Bij interpretatie gaat het er veeleer om «hoffelijkheid» zo te interpreteren dat er een bepaalde betekenis aan wordt gegeven die het in zijn beste licht plaatst gegeven de huidige stand van zaken, en het vanuit die betekenis te reconstrueren. Ook hier valt weer op dat het Dworkin eigenlijk om niets anders te doen is dan een bepaalde praktijk zo te interpreteren dat vragen als «Wat behoort er te gebeuren op dat we hoffelijk zouden zijn?» steeds het – op een bepaald moment in de tijd – beste, en daarom juiste, antwoord kunnen krijgen. Dworkin illustreert dit aan de hand van literaire interpretatie. Duidelijker nochtans lijkt het ons te verwijzen naar muzikale interpretatie. De huidige trend die bestaat om klassieke muziek op authentieke instrumenten te spelen, zou er ons toe kunnen brengen te denken dat we dan die muziek horen zoals ze werkelijk moet hebben geklonken. Daarbij vergeet men echter dat onze manier van horen wezenlijk verschilt van hoe er enkele eeuwen geleden werd gehoord. Mozarts dissonantenkwartet is daar een voorbeeld van. Bij de creatie ervan werd gevonden dat de aanzet van het kwartet dissonant en niet harmonieus klonk. Dit is het echter niet meer voor het horen van onze tijd. Bijgevolg is de bewering: «Deze muziek klinkt nu zoals ze toen geklonken moet hebben» niet verifieerbaar. Een interpretatieve houding kan er ons echter toe brengen de muziek op een dergelijke creatieve wijze te interpreteren en te spelen dat ze, gegeven een bepaald geheel van bestaande en bekende interpretaties, in haar best mogelijke licht komt te staan. Daarbij dient niet te worden uitgegaan van de intentie van de auteur, maar van het doel dat de interpretator daaraan geeft om het te maken tot de best mogelijke interpretatie die we daarvan nu mogelijk achten. Niet de intentie van de auteur speelt daarbij de doorslaggevende rol, maar wel de overtuigingen die men hem kan toeschrijven. Dergelijke overtuigingen kunnen expliciet in het werk aanwezig zijn, maar kunnen even goed geconstrueerd worden door de interpretator. We zullen op dit laatste terugkomen, wanneer we zullen analyseren hoe Dworkin zijn theorie op wetsinterpretatie toepast. Ook daar zal het de bedoeling zijn «overtuigingen» aan de auteur toe te schrijven, met het oog op de best mogelijke reconstructie nu van het te interpreteren object. Dworkin haakt met deze interpretatieve visie opnieuw in op iets wat voordien al aan de orde kwam, nl. het onderscheid tussen «begrip» en «opvattingen». Een begrip leent zich tot interpretaties die hun neerslag vinden in verschillende opvattingen. Het komt er dan in een interpretatieve houding op aan de best mogelijke opvatting te iso-

leren en te thematiseren. Dat is waar het bij interpretatie over gaat. Recht, zo zullen we zien, deelt alle eigenschappen van een interpretatief begrip. De kerngedachte bij dergelijke begrippen kan nu iets nader in het licht worden gesteld. Dworkin is de mening toegedaan dat er in een maatschappij een aantal praktijken bestaan die alle een «point» of een minimale betekenis hebben waarover alle participanten het eens zijn. Vanuit die consensus nu groeien die praktijken – zoals «hoffelijkheid», «rechtvaardigheid», enz. – verder. Aanvankelijk opgevat als een ongerefecteerde, evoluerende levensvorm zullen de oorspronkelijke gedragingen die aan die praktijk ten grondslag liggen, worden uitgediept op een dergelijke wijze dat «goede» en «slechte» interpretaties daarvan kunnen worden geïsoleerd en worden behouden of verworpen. Over het algemeen onderkent Dworkin drie theorieën die de bestaande praktijken thematiseren en trachten te verantwoorden. Deze zijn: het conventionalisme, het pragmatisme en ten slotte Dworkins eigen theorie, nl. een sociale praktijk als integriteit. Het zal niet verwonderlijk zijn dat de argumentatie erop gericht zal zijn de twee andere theorieën te diskwalificeren, om uiteindelijk te komen tot een uitdieping van de laatste theorie.

(a) Ten aanzien van het conventionalisme stelt Dworkin dat het erom te doen is rechterlijke beslissingen te nemen op grond van wettelijke en rechterlijke beslissingen uit het verleden die gelden als conventie omtrent wat recht is. Rechters dienen die beslissingen uit het verleden te «volgen», een begrip dat, zoals dadelijk zal blijken, nuancering behoeft. De gebruikte interpretatietechnieken zijn ook conventioneel van aard. Hieruit volgt dat rechters andermaal een beroep moeten doen op willekeur wanneer er geen conventie bestaat en ook geen bruikbare interpretatietechniek voorhanden is (116). Dit is zo omdat er in een conventionalistische rechtsopvatting geen beginselen bestaan en, meer in het algemeen, er geen recht boven het conventioneel erkende recht bestaat. Conventionalisme heeft wel het voordeel dat het een maximale garantie biedt ten aanzien van de rechtszekerheid, aangezien rechtssubjecten hun activiteiten met vrij grote zekerheid kunnen plannen. Ze zijn met andere woorden vooraf op de hoogte van hun rechten en plichten, en dat is volgens Dworkin een zaak van «fairness» (140). Een ander voordeel van conventionalisme is dat het de mogelijkheid tot coördinatie tussen de rechtsonderhorigen maximaliseert, met als nadeel echter dat het rechtssysteem veel minder flexibel wordt (144). De geboden zekerheid wordt echter op de helling gezet zodra een «hard case» aan de orde is, aangezien daar geen rechtsregels voorhanden zijn. Hier wordt de zekerheid omtrent een bepaalde beslissing opnieuw ingeruild voor rechterlijke willekeur (129 en 142). Tegenover het voordeel van de rechtszekerheid staan echter wel verschillende nadelen, die Dworkin er uiteindelijk toe zullen brengen het conventionalisme te verwerpen. Allereerst zijn conventies, in tegenstelling tot de gangbare mening, niet rechtstreeks toepasbaar, maar dienen ze ook te worden geïnterpreteerd. Bovendien leidt strikt conventionalisme, de vorm van conventionalisme die slechts expliciete conventies erkent, tot een betekenisopvatting die sterk doet denken aan «één woord, één betekenis», en een dergelijke interpretatieopvatting is van weinig of geen nut wanneer er een «hard case» voorligt (124 en 128). Strikt conventionalisme wijst bovendien iedere vorm van consistentie af die gebonden zou zijn aan beginselen. Dit is logisch, omdat deze

opvatting geen ander recht kent dan expliciete conventies. Een belangrijk tegenargument dat Dworkin aanvoert tegen het conventionalisme – ons inziens terecht – is dat een dergelijke opvatting geen rekenschap kan geven van veranderingen van het recht door de tijd heen. Dit gebrek aan soepelheid is een gebrek in het verklaringsvermogen van die opvatting. Aangezien er in de werkelijkheid van de rechtspraak wel degelijk veranderingen aan te wijzen zijn, die onmogelijk verklaarbaar zijn vanuit conventionalistische hoek, acht Dworkin dit een beslissend argument tegen deze opvatting. We kunnen de auteur in die stelling bijvallen, te meer daar Dworkin tevens een andere, meer gematigde, vorm van conventionalisme onderscheidt, die wel rekening houdt met impliciete vormen van conventie. Zo men deze vorm van conventionalisme ernstig neemt, zijn er redenen om aan te nemen dat dit zelf een uitdaging vormt voor het strikte conventionalisme, en meer en meer afdrijft naar de derde opvatting van recht, nl. recht als integriteit (zie *infra*). Impliciete conventies lijken immers sterk op onderliggende beginselen van het rechtssysteem. Dit houdt in dat Dworkins opvatting, die hieronder verder aan bod komt, in feite meer aanleunt tegen het gematigde conventionalisme dan hijzelf zou willen toegeven. Alvorens over te gaan tot een beschrijving van zijn eigen opvatting, recht als integriteit, beschrijft en kritiseert Dworkin een tweede theorie, het pragmatisme. Volgens een dergelijke theorie heeft een rechtsonderhorige geen rechten op grond van een bestaande politieke beslissing uit het verleden. Beslissingen op grond van een dergelijke theorie worden genomen volgens wat het beste wordt geacht voor de gemeenschap in haar geheel. Los van de argumenten die Dworkin levert als kritiek op het pragmatisme, kunnen we reeds stellen dat het pragmatisme, zoals Dworkin dit weergeeft, sterk doet denken aan utilitaristische opvattingen, volgens welke «het grootste geluk voor het grootste aantal individuen» («the greatest happiness for the greatest number») het basiscriterium voor beslissingen moet zijn. De grootste groep kan allicht slechter af zijn met een beslissing in het voordeel van de eiser dan wel van de verweerder. De rechter zal dus bestaande rechten eventueel opzij schuiven, indien dit ten goede komt aan de maatschappij in haar geheel.

(b) De tweede theorie die Dworkin kritisch onder de loupe neemt is, als reeds gezegd, het pragmatisme. Een dergelijke opvatting is wel soepeler dan de besproken vormen van conventionalisme, maar er zijn andere nadelen die we nu even kort in het licht willen stellen. Op grond van een pragmatische theorie is consistentie van beslissingen met vroegere beslissingen niet belangrijk (151, 161 en 162), dit in tegenstelling tot het conventionalisme. Er bestaan met andere woorden geen rechten op grond van vroegere politieke beslissingen indien het afdwingen van die rechten voor de maatschappij in haar geheel nadeliger zou zijn. Wanneer hij het heeft over pragmatisme, wekt Dworkin de indruk dat hij vooral de school van het Amerikaanse realisme en de «law and economics»-beweging op het oog heeft¹⁸. Ook in deze

richtingen van het juridische denken wordt haast geen aandacht geschonken aan de intentie van de normgever, maar enkel aan het resultaat. Pragmatisch georiënteerde rechters nemen beslissingen waarvan zij overtuigd zijn dat ze de gemeenschap beter dienen dan andere beslissingen. De afdwingbaarheid van rechten hangt met andere woorden af van de mogelijkheid om de toekomst beter te maken dan het heden. Een dergelijke visie leidt tot retroactieve wetgeving. Als rechters (al dan niet vermeende) bestaande rechten miskennen volgens hun eigen opvattingen omtrent hoe de toekomstige maatschappij beter gediend kan worden, is hun regelgeving, zoals iedere rechterlijke rechtsvinding in de plaats van de wetgever, hoe dan ook retroactief. Dat pragmatische theorieën last hebben met de bindende waarde van wetten en precedënten, hoeft allicht weinig betoog. Deze theorieën zijn wezenlijk toekomstgericht, en niet, zoals het conventionalisme, op beslissingen uit het verleden aangewezen. Tegenover conventionalisme en pragmatisme plaatst Dworkin nu zijn eigen visie, nl. integriteit. Integriteit houdt het midden tussen «fairness» en «rechtvaardigheid» (78), en is erop uit te redeneren vanuit een coherente set van beginselen. Integriteit speelt een rol zowel in de wetgeving als in de toepassing van het recht in de rechtspraak, zij het dat Dworkin zich beperkt tot de laatste invalshoek. Wat integriteit nu precies is, en hoe het bereikt kan worden, is een vraag waarop we geen duidelijk antwoord krijgen, en eigenlijk ook niet kunnen krijgen. «Integriteit is onze Neptunus», zo schrijft Dworkin (83), hiermee doelend op het feit dat de planeet Neptunus, alvorens zij aan astronomen bekend was, als het ware gepostuleerd werd samen met een aantal kenmerken, zonder dat er echter van ervaringskennis van deze planeet sprake was. Met integriteit is er iets soortgelijks aan de hand. Integriteit wordt gepostuleerd als ideale eigenschap van een rechtssysteem, dat gedragen wordt door de beginselen van een maatschappij in haar geheel, en niet enkel als conglomeraat van de beginselen van de som van alle individuen. Integriteit heeft volgens Dworkin het meest te maken met wat hij «broederlijkheid» noemt. Wordt dit ideaal aanvaard, dan volgt daaruit dat integriteit een fusie tot stand brengt van het morele en politieke leven van alle burgers. De hamvraag blijft natuurlijk in welke mate integriteit als beginsel tegelijk een voldoende legitimatie van het politiek systeem kan garanderen. Dworkin verzet zich tegen legitimiteitsopvattingen die zich o.m. baseren op een sociaal contract. Zijn opvatting over legitimiteit van het recht zoals dit op grond van de integriteitsidee aan het licht treedt, is dat een maatschappij gebaseerd is op associatieve verplichtingen. Het begrip van dergelijke verplichtingen is ook interpretatief, wat inhoudt dat men dient uit te gaan van een gemeenschappelijke kern van betekenis, die dan verder geïnterpreteerd kan worden. Associatieve verplichtingen berusten in eerste instantie op wederkerigheid. Zij moeten bovendien specifiek op de groep gericht zijn en bovendien persoonlijk zijn in de zin dat ze direct betrekking hebben op relaties tussen personen onderling. Verder dienen deze verplichtingen te berusten op een vorm van bezorgdheid voor het welzijn van de andere leden van de groep, en dient die bezorgdheid gelijk te zijn ten aanzien van alle groepsleden.

¹⁸ Een typevoorbeeld hiervan is de overgang die de Amerikaanse rechtstheoreticus en grondlegger van de «law and economics»-beweging, POSNER, maakt van een economische analyse van het recht naar een pragmatische rechtsopvatting. Men zie hiervoor zijn laat-

ste boek *The problems of Jurisprudence*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1990, 485 pp.

Wordt aan die voorwaarden voldaan, dan kan een maatschappij gekwalificeerd worden als een gemeenschap gebaseerd op beginselen. Het eigene van een dergelijke maatschappij is dat een ieders rechten en plichten niet uitputtend omschreven worden in termen van vroegere politieke beslissingen (conventionalisme), noch afhankelijk zijn van de actuele overtuigingen van de beslissers omtrent een goede maatschappij (pragmatisme). Slechts integriteit toont sociale praktijken in hun beste licht, en vraagt van beslissers, c.q. rechters, de sociale praktijk «recht» zo te zien dat het uitgaat van een coherente set van beginselen die de maatschappij en het hele rechtssysteem dat er deel van uitmaakt, beheersen. Men zou op grond van het voorgaande kunnen vermoeden dat een rechtssysteem dat integriteit als uitgangspunt neemt, lineair evolueert naar steeds meer coherentie en steeds meer consistentie of contradictieloosheid in de richting van een volledig harmonieus geheel. Dit laatste nu is niet het geval. Dworkin kwalificeerde integriteit immers als een Neptunus, een onbereikbaar ideaal. Het gevolg daarvan is dat binnen een rechtssysteem steeds keuzes moeten worden gemaakt, die eventueel het vermijden van contradicties kunnen opofferen ten voordele van het accentueren van een of ander beginsel (29 e.v.). Integriteit kan nu ook meer concreet toegepast worden op het recht. Dit brengt Dworkin tot de volgende overwegingen. Wanneer Dworkin het heeft over integriteit in het recht, kunnen zijn gedachten het best als volgt worden weergegeven. De interpretatiepraktijk zoals die volgt uit «recht als integriteit», beoogt niet een weergave te zijn van de doelstellingen en idealen die een historische wetgever voor ogen stonden. Wat van belang is, is integendeel de betrachting om een interpretatie te construeren die het recht toont in een «overall story worth telling now» (227). Daardoor onmaskert Dworkin het onderscheid tussen rechtsvinding en rechtsschepping als een vals onderscheid, aangezien beide door elkaar lopen. Interpretatie legt immers een doel op aan de tekst, waardoor de activiteit van auteur en interpretator uiteindelijk slechts twee aspecten zijn van een zelfde activiteit. We kunnen ons bij deze mening aansluiten, in zoverre ze beoogt te beweren dat zowel wetgeving als rechterlijke normzetting normen creëren die deel uitmaken van de rechtsorde. Recht als integriteit nu is een interpretatiepraktijk die twee dimensies vertoont. Ten eerste komt het erop aan interpretaties te vinden die aansluiten bij de bestaande rechtsorde. Dworkin noemt dit de «dimension of fit» (230). Vervolgens komt het erop aan die interpretatie uit te kiezen die de bestaande rechtsorde in haar beste licht toont (23). Dat de interpretatievrijheid van de interpretator daardoor fors verruimd wordt, hoeft weinig betoog. Dat de interpretatiearbeid, die loopt van de «dimension of fit» naar de best mogelijke interpretatie, opnieuw leidt tot een idealistische, welhaast niet mogelijke dimensie in de interpretatie, noopt Dworkin ertoe nogmaals een beroep te doen op de figuur van de bovenmenselijke rechter «Hercules» (239). Hercules treedt hier op als de figuur die in staat is (a) om alle mogelijke interpretaties op een rij te zetten («dimension of fit») en (b) er de best mogelijke uit te kiezen (de interpretatie die de rechtsorde in haar beste licht toont).

Opnieuw komt het erop aan het rechtssysteem zo veel mogelijk te beschouwen als gestructureerd door een coherent geheel van beginselen. Iedere interpretatiearbeid omvat bijgevolg twee stappen: in de eerste plaats wordt een kader ge-

construeerd dat de beginselen aanlevert waarbinnen dient te worden beslist, en in de tweede plaats dient de genomen beslissing te worden getoetst aan het vooropgestelde kader (245). Dworkin maakt zich sterk dat, wanneer rechters volgens zijn methode te werk gaan, de rechtsorde op de duur volledig harmonieus en coherent zal worden. Het zoeken naar structurerende beginselen leidt, aldus Dworkin, tot het overstijgen van bestaande rechtstakken, omdat zijn opvatting over «recht als integriteit» uiteindelijk iedere mechanistische vorm van rechtsvinding veroordeelt, en rechters ertoe brengt op een creatieve wijze het onderscheid tussen rechtstakken te overstijgen in hun zoektocht naar beginselen die gemeenschappelijk zijn aan alle rechtstakken. Hier toont Dworkin zich vrij ambitieus in zijn opvatting dat «recht als integriteit» uiteindelijk het onderscheid tussen rechtstakken zal laten verdwijnen. Dit kan evenwel betwijfeld worden, zij het meer in het kader van het continentale rechtsdenken dan in het Anglo-Amerikaanse, waarin aan de rechter toch een grotere interpretatievrijheid toekomt. Overigens komt de auteur hier terug op een stelling die we eerder reeds tegenkwamen, nl. dat er steeds een juist antwoord bestaat op iedere rechtsvraag. De stelling die in «Hard Cases» werd verdedigd, krijgt nu de benaming «recht als integriteit» en ligt dus volledig in de lijn van Dworkins vroegere denken. Deze stelling wordt meer uitgediept dan in het genoemde artikel, en toegepast op (a) common law, (b) Amerikaans grondwettelijk recht en (c) wettenrecht. Aangezien we ervan uitgaan dat de laatste toepassing het meest aansluit bij wat continentale juristen interesseert, stellen we voor de discussie te beperken tot dit laatste punt. Het is overigens naar onze mening precies op het gebied van de interpretatie van de wet dat Dworkins positie van «recht als integriteit» de meeste originaliteit vertoont. Iedere interpretator van een wettekst, aldus Dworkin, beschouwt de auteur daarvan enkel als een voorganger in een lange ketting van co-auteurs waarvan hij de voorlopig laatste is. Door deze stellingname wendt Dworkin zich definitief af van wat men zou kunnen noemen de «intentionalistische» benadering van interpretatie. Volgens deze benadering dient men bij interpretatie steeds de bedoeling na te gaan van de auteur die de tekst heeft geconstrueerd. Zeer pertinent is de vraag die Dworkin zich stelt, en waaraan een vroeger boek, *A Matter of Principle*, grotendeels is gewijd, nl. welke intentie precies dient te worden gezocht. Een dergelijke vraag is belangrijk, omdat de verschillende antwoorden die erop kunnen worden gegeven, tot verschillende interpretaties leiden. Het kan nl. zijn dat men de historische wetgever voor ogen heeft, met de bedoeling die deze had op het moment dat hij de tekst van de wet goedkeurde. Het kan evenwel zijn dat men eerder denkt aan een bedoeling die de wetgever zou hebben gehad, mocht hij een bepaald probleem op dat moment onderkend hebben. Overigens kritiseert Dworkin terecht het gebruik van de term «de wetgever», aangezien hier blijkbaar wordt verwezen naar een actueel bestaande of verleden persoon, die echter in werkelijkheid slechts een samenraapsel is van verschillende individuele personen. Het achterhalen van de intentie of bedoeling van een dergelijk fictief persoon is uiteraard moeilijk, indien niet onmogelijk ¹⁹.

¹⁹ Men zie voor deze problematiek VAN HOECKE, M., *De interpretatievrijheid van de rechter*, Antwerpen, Kluwer, 1979, pp. 60-64 en 197-233.

Dworkins theorie sluit nog het best aan bij wat in het continentale rechtsdenken als «systematische interpretatie» wordt gekwalificeerd. Een dergelijke interpretatiemethode tracht de betekenis van een wettekst te vatten in het licht van andere relevante teksten die van een zelfde regelsysteem deel uitmaken. De betekenis wordt bijgevolg aan een wettekst opgelegd, in het kader van de regelcontext waarin hij op de beste manier kan worden geplaatst. Indien er al sprake is van een intentie of bedoeling van een auteur, dan heeft deze een zeer specifieke betekenis in het werk van Dworkin. Hij heeft nl. deze opvatting op het oog volgens welke de interpretator aan de auteur een systematisch geheel van overtuigingen toeschrijft, van waaruit zijn gedrag, en meer bepaald de wettekst die hij goedkeurde, kan worden verklaard. Dit is een betekenisopvatting die verder gaat dan een zuiver psychologische benadering van betekenis als een mentale staat van een auteur, of die geënt is op wat deze laatste hoopt, verlangt of verwacht dat er in de toekomst zal gaan gebeuren. Een interpretator zal zich dus in laatste instantie dienen te baseren op zijn eigen oordeel omtrent hoe een wettekst dient te worden gelezen. In het recht met name dient hij een theorie op te bouwen die het mogelijk maakt wetgeving te zien tegen een achtergrond van een politieke moraal die als basisschema dient voor de interpretatie en de verantwoording van een wettekst. Dit laatste punt kan als aanleiding dienen om een aantal kritische bedenkingen te formuleren.

Ten eerste kan een vraagteken geplaatst worden bij de objectiviteit van een rechterlijk oordeel dat in belangrijke mate gebaseerd is op het eigen inzicht van een rechter. Toegegeven, absolute objectiviteit is nergens bereikbaar. Maar het is wel merkwaardig dat Dworkin zijn tegenstanders verwijt dat zij discretionair te werk gaan in geval van een «hard case», terwijl hij de rechter zelf een zeer ruime marge van beoordelingsvrijheid toekent. Bovendien, zoals werd opgemerkt, incorporeert de theorie die Dworkin voorstelt ter oplossing van een «hard case», de figuur van Hercules, een rechter met bovenmenselijke gaven. Normale rechters kunnen dergelijke inzichten niet bereiken, aangezien zij per definitie beperkter zijn in vermogens dan Hercules. De kans dat er fouten worden gemaakt waarbij de rechter, zich al-

licht niet bewust van zijn vergissing, in wezen toch discretionair te werk gaat, wordt daardoor groter, en dreigt zich te keren tegen Dworkins theorie zelf. Aan de andere kant, indien rechters zich naar behoren kunnen kwijten van de taak die Dworkin hen oplegt, is het onmiskenbaar zo dat hij een nieuwe wind laat waaien in de interpretatietheorieën, en wel door een ruimere interpretatievrijheid toe te kennen dan bv. op grond van het conventionalisme mogelijk zou zijn.

Binnen het kader van de mogelijke kritiek die men kan hebben op een té ruime interpretatievrijheid, is dit een toe te juichen vernieuwing, en het zal allicht in dank aanvaard worden vanuit de hoek van de rechterlijke macht.

Een tweede en afrondende bemerking betreft het statuut van Dworkins theorie zelf. Door verschillende auteurs wordt hij beschouwd als een vertegenwoordiger van het natuurrecht. Deze stelling kan echter worden betwijfeld, en wel om de volgende reden. Wat in de opvatting «recht als integriteit» wordt gesystematiseerd, is een geheel van *bestaand* recht. Er is hierboven op gewezen dat recht bestaat uit regels en onderliggende beginselen, die evenwel geen transcendente oorsprong hebben, maar integendeel menselijke constructies zijn. Dworkin stelt, zoals hierboven is aangegeven, dat moreel slecht recht ook recht kan zijn. Daardoor komt de kwalificatie van zijn theorie als «natuurrechtelijk» wel in een eigenaardig daglicht te staan. Immers, het recht tijdens de nationaalsocialistische overheersing in Duitsland baseerde zich ook op een natuurrechtelijke stellingname, al kan moeilijk betwijfeld worden dat dit rechtssysteem op vele punten moreel absoluut verwerpelijk was. Zonder Dworkins theorie daarmee te willen vergelijken, willen we enkel stellen dat een natuurrechtelijke benadering van het recht meer eisen stelt dan alleen maar het incorporeren van bepaalde morele beginselen die, zoals reeds werd gesteld, niet noodzakelijk bestand zijn tegen een meer fundamentele kritiek vanuit een kritische moraal. De betrokken beginselen zijn eenvoudigweg *daar* in het rechtssysteem, maar dit is uiteindelijk nog geen bewijs dat ze finaal ook onweerlegbaar moreel goed zijn.

Dr. Luc J. WINTGENS
UFSAL Brussel

RECHTSPRAAK

BENELUX-GERECHTSHOF

21 DECEMBER 1990

Voorzitter: de h. Hess

Openbaar ministerie: de h. Ten Kate

Advocaten: mrs. Braun en Crul

1. Merk – Houder van een depot – Bescherming – Aanvang – 2. Tekeningen en modellen – Vorderingen – Niet gedeponeerd model – Vordering op grond van ongeoorloofde mededinging

1. Aan de houder van een depot als bedoeld in art. 6 onder A BMW komt de door art. 13 geboden bescherming toe vanaf het tijdstip van het depot, ook als nog geen handhavingsverklaring als bedoeld in art. 6 onder B, tweede lid, tweede zin, is afgelegd.

2.a. Het bepaalde in art. 14, lid 5 BTMW geldt ook ten aanzien van een model dat niet is gedeponeerd onder de BTMW, indien op dat model de overgangsbepaling van art. 25 niet van toepassing is.

b. Een op nationaal recht inzake ongeoorloofde mededinging gegronde vordering waaraan uitsluitend handelingen ten gronslag zijn gelegd die naar hun aard, op de voet van het in

lid 1 van art. 14 bepaalde, vallen aan te merken als «inbreuk op een tekening of model», komt niet voor toewijzing in aanmerking.

c. Indien aan een vordering als onder b bedoeld, behalve handelingen als daar omschreven, mede andere gedragingen ten grondslag zijn gelegd, kan zij alleen dan voor toewijzing in aanmerking komen indien het feitenbestand, ook indien de als inbreuk aan te merken handelingen buiten beschouwing worden gelaten, naar het toepasselijke nationale recht ongeoorloofde mededinging oplevert.

d. In een geval als onder c bedoeld, staat art. 14, lid 5, enkel dan niet in de weg aan het uitspreken van een verbod van, of toewijzing van schadevergoeding ter zake van, een als inbreuk aan te merken handeling indien zulk een verbod of schadevergoeding onder de gegeven omstandigheden de enige passende wijze van redres van de ongeoorloofde mededinging vormt.

P. t/ Van R.
Zaak 89/6

Conclusie van de eerste advocaat-generaal Th. B. ten Kate

1. De Hoge Raad der Nederlanden heeft in het in cassatie voor deze Raad hangende kort geding tussen P. (eiser tot cassatie) en Van R. (verweerster in cassatie) bij arrest van 30 juni 1989, nr. 13.582, *N.J.*, 1989, 733, *I.E.R.*, 1989, 43, p. 73, vragen van uitleg aan Uw Hof gesteld, met betrekking tot enerzijds de artt. 6, 12 en 13 BMW en anderzijds art. 14, lid 5 BTMW.

2. Uw Hof is met betrekking tot beantwoording van deze vragen bevoegd, nu het Benelux-Verdrag inzake de Warenmerken van 19 maart 1962 (zie art. 10) en dat inzake de bescherming van tekeningen of modellen van 25 oktober 1966 (zie art. 10), elk met als bijlage de bijbehorende Eenvormige Beneluxwet, ter uitvoering van art. 1, lid 2, Statuut van Uw Hof van 31 maart 1965 als desbetreffende gemeenschappelijke rechtsregels voor de toepassing van Hoofdstuk III van dat Statuut zijn aangewezen in art. 1 onder A sub 13° respectievelijk 18° van het op 1 januari 1974 in werking getreden Eerste Protocol van 29 april 1969.

3. De vragen van uitleg van de BMW zijn de volgende:
«(1) Komt aan de houder van een depot als bedoeld in art. 6 onder A BMW, ter zake waarvan nog geen handhavingsverklaring als bedoeld in art. 6 onder B, tweede lid, tweede zin, is afgelegd en dat derhalve nog geen 'rechtskracht' heeft, de door de artt. 12 en 13 BMW geboden bescherming toe vanaf het tijdstip van het depot of eerst vanaf enig later tijdstip?

(2) Indien vraag 1 aldus moet worden beantwoord, dat de bescherming vanaf het tijdstip dat het depot 'rechtskracht' heeft, kan worden ingeroepen, heeft die bescherming dan in zoverre terugwerkende kracht dat zij ook kan worden ingeroepen ter zake van feiten die zich hebben voorgedaan na het depot, maar vóórdat dit 'rechtskracht' heeft verkregen?»

4. Voor de feiten, die aan deze vragen ten grondslag liggen, mag ik verwijzen naar het arrest van de Hoge Raad en de daaraan voorafgaande conclusie van de advocaat-generaal mr. Franx. Kortheidshalve releveer ik hier slechts de volgende processuele feiten.

5. De president van de Rechtbank te Rotterdam had op vordering van P. bij dagvaarding van 18 september 1986, voor zoveel mogelijk uitvoerbaar bij voorraad, onder meer Van R. verboden ten aanzien van sportartikelen gebruik te maken van de hoofdletter P, zoals voorkomend in het door haar overgelegde logo en in haar kleurenbrochure van september 1986 of anderszins overeenstemmend met het door P. onder nummer 56383 gedeponeerde individuele merk P; onverschillig of de P gevolgd wordt door de kleine letters «ro»; een en ander op straffe van verbeurte van een dwangsom.

6. In het vervolgens in cassatie bestreden arrest van het Hof te 's-Gravenhage van 10 september 1987, (*I.E.R.*, 1987, 112, besproken door Wichers Hoeth in *I.E.R.*, 1988, 66) handhaafde het Hof dit verbod, zij het blijkens de rechtsoverwegingen 10-14 (het arrest is gehecht aan het arrest van de Hoge Raad) niet met onmiddellijke ingang — zoals dit verbod door de president was gegeven —, doch, in verband met het feit dat het depot van het merk van P. ten tijde van de het geding inleidende dagvaarding nog niet was ingeschreven, eerst met ingang van de dag waarop dit een feit zou zijn. Het Hof leidde dit af uit zijn oordeel, dat het depot volgens art. 6B, lid 2, tweede alinea, BMW op dat ogenblik naar de Nederlandse tekst «rechtskracht» krijgt.

7. De bestrijding van dit oordeel in cassatie leidde tot de onder 3 hierboven door de Hoge Raad gestelde vragen.

8. Ik meen dat het antwoord op de eerste van deze vragen moet luiden dat de houder van een depot als bedoeld in art. 6 onder A BMW de door de artt. 12 en 13 BMW geboden bescherming toekomt vanaf het tijdstip van het depot, ook in het geval dat de handhavingsverklaring bedoeld in art. 6 onder B, lid 2, tweede alinea, BMW nog niet is afgelegd.

9. De tweede vraag komt bij dit antwoord niet meer aan de orde.

10. In het stelsel van de BMW staat — afgezien van de internationale inschrijving — centraal dat het uitsluitend recht op een merk ontstaat door het eerste depot te goeder trouw. Dit centrale beginsel is neergelegd in art. 3 BMW.

11. Het destijds geldende nationale recht in de drie Beneluxlanden kende dit uitgangspunt niet. In de Toelichting aan de Raadgevende Interparlementaire Beneluxraad bij het ontwerp-verdrag van de drie Regeringen (15-1, p. 6, 7: Benelux-basisteksten V, 1, p. 33 onder 3) werd dit nationale recht als volgt samengevat: «Volgens de Belgische wet ontstaat het uitsluitend recht in beginsel uit het eerste kennelijk gebruik, maar het depot van het merk is voorwaarde voor de uitoefening van dat recht. De Luxemburgse wet kent het uitsluitend recht toe aan de eerste gebruiker, maar geeft de voorkeur aan de eerste deposant te goeder trouw, indien de eerste feitelijke gebruiker het merk niet binnen vijf jaar heeft gedeponneerd. In Nederland tenslotte doet het eerste gebruik het merkrecht ontstaan en schept de inschrijving slechts een vermoeden van eerste gebruik»

12. Zoals de Toelichting even verder doet blijken, heeft de rechtszekerheid die aan de eis van depot is verbonden, de doorslag gegeven boven de destijds geldende stelsels, die zo'n zekerheid niet konden brengen. Vgl. in dezelfde zin: Voorlopige Verslag van de Bijzondere Commissie van 31 maart 1960, 15-2, p. 3 l.k. onderaan; en Aanvullend Verslag 9 juni 1961 (15-4, p. 15 onder 2).

13. Een tweede uitgangspunt bij de BMW is, dat het in de vereiste vorm verrichte depot onvoorwaardelijke inschrij-

ving met zich meebrengt (zie Toelichting 15-1, p. 7/8; Basisteksten V, 1, p. 35 onder b).

14. Voorafgaand onderzoek naar de inhoud van het depot of naar eerdere inschrijvingen, op grond waarvan de inschrijving door het Benelux-Bureau zou kunnen worden geweigerd (zoals destijds in Nederland het geval was; in België en Luxemburg vond geen voorafgaand onderzoek plaats), werd in de Eenvormige Wet, zoals onder meer t.a.p. gemotiveerd, van de hand gewezen. Zie artt. 8 en 6 onder C BMW naast de hier geen uitzondering toelattende tekst van art. 3 BMW.

15. Het komt dus geheel aan op het depot. Intussen, en ik neem hier weer op de Toelichting bij het ontwerp van de Eenvormige Wet onder Algemeen, punt 4 (15-1, p. 8; Basisteksten V, I, p. 35):

«Het ontwerp geeft echter het in het onderzoek gelegen voordeel niet geheel prijs, want het geeft de deposant de bevoegdheid het werkelijke bestaan van het uitsluitend recht, waarop hij aanspraak maakt, vast te stellen: zo schept art. 10 (thans art. 9 BMW; t.K.) de figuur van een facultatief door het Benelux-Bureau in te stellen onderzoek».

b. «Uitgaande van dezelfde gedachte bepaalt art. 7 (thans art. 6 BMW; t.K.), dat dit onderzoek verplicht zal kunnen worden gesteld, wanneer de noodzakelijkheid daarvan zich doet gevoelen, *evenwel zonder dat daaraan rechtsgevolgen verbonden zullen zijn* (ik cursiveer; t.K.)». Vgl. hierbij ook de Toelichting bij art. 7 (6) op p. 16 (15-1; Basis-teksten V, 1, p. 48/49).

16. Blijkens het Voorlopig Verslag van 31 maart 1960 (15-2, p. 10 l.k.) achtte de Bijzondere Commissie het onaanvaardbaar dat dit laatste (15 onder b) als facultatief werd beschouwd en niet in de wet zelf maar in een uitvoeringsreglement zou moeten worden voorzien. Het onderzoek zou ook nodeloze verwarring van het Benelux-register voorkomen.

17. In het Verslag van 21 november 1960 (15-3, p. 10) wordt het antwoord hierop van de drie Regeringen, dat het huidige art. 6 onder B BMW betreft, als volgt weergegeven:

a. «De drie Regeringen merken op dat het materieel zeer moeilijk zou zijn om, dadelijk bij het in werking treden van de wet, het onderzoek naar eerdere inschrijvingen te organiseren. Want gedurende het eerste jaar na de inwerkingtreding zal het Bureau uiteraard nog niet over een volledige documentatie beschikken. Tijdens deze periode moeten immers al de nationale merken van de drie landen, zelfs de niet gedeponeerde, in gedeponeerde Benelux-merken worden omgezet.»

b. «De wet heeft aan een uitvoeringsreglement de zorg overgelaten het onderzoek naar eerdere inschrijvingen verplicht te stellen. Wel zou het mogelijk zijn het principe in de wet zelf op te nemen en de organisatie van het onderzoek aan het uitvoeringsreglement over te laten. Op te merken valt echter dat dit onderzoek toch altijd *een louter informatief karakter* zal hebben en *nooit aanleiding zal zijn om de inschrijving te weigeren* (ik bracht de cursiveringen aan; t.K.)».

18. Vgl. hierbij nog het Aanvullend Verslag van 9 juni 1961 (15-4, p. 15 onder 1).

19. De op straffe van niet-ontvankelijkheid in acht te nemen verplichting, bedoeld in art. 6 onder B BMW, is ingegaan op 1 januari 1976 op grond van het ter uitvoering van art. 35 van het Uitvoeringsreglement genomen desbetreffende besluit van de Raad van Bestuur van het Benelux-Mer-

kenbureau van 13 november 1975. Door dat besluit trad art. 2 onder a van het overigens toen reeds geldende uitvoeringsreglement (Sch. en J 47 van 1987, p. 187; Benelux-Basisteksten V, 1, p. 5 e.v.) in werking. Zie *Tb.*, 1975, 159. Voor dienstmerken geldt hetzelfde sedert 1 januari 1989. Zie *Tb.*, 1988, 156. De uitkomst van het onderzoek verplicht de deposant tot niets; hij mag handhaven, ook al was de uitkomst negatief. Gezien art. 20 van het Uitvoeringsreglement is de uitkomst van het onderzoek ook niet ter beschikking van het publiek. Vgl. Mak/Vankaam-Molijn, «Merkenbescherming in de Benelux (1989), p. 45-47.

20. Zoals in de voorafgaande jaren, is gezien dit stelsel en deze strekking van de wet, deze geschiedenis en met name de gegeven toelichting, het depot beslissend gebleven voor het ontstaan van het recht.

21. Dienovereenkomstig is aan het slot van art. 6 onder B, lid 2, tweede alinea bepaald, dat de datum van het depot beslissend blijft.

22. Daaraan voorafgaand houdt dit tweede lid ook niet in (in de Nederlandse tekst), dat de akte van depot «*eerst*» rechtskracht krijgt enz., doch dat dit «*slechts*» het geval is. De rechtskracht van het depot wordt naar de tekst aldus door de handavingsverklaring vervuld (het verliest zijn voorlopig karakter) of zoals in de Franse tekst staat «*définif*». Vgl. Wichers Hoeth, *I.E.R.*, 1988, 67 onder 9-11.

23. Daarbij sluit aan dat in art. 12 onder A BMW de niet-ontvankelijkheid om bescherming in te roepen voor een teken (merk), dat niet op regelmatige wijze is gedeponeerde, zonder meer wordt opgeheven «door depot... tijdens het geding».

24. Het zou ook weinig aanvaardbaar zijn in een stelsel, waarin het depot beslissend is en preventief onderzoek met goed resultaat door het Bureau met nadruk van de hand is gewezen, de door het depot in beginsel rechthebbende op het merk niettemin rechtens niet tegen merkinbreuk zou kunnen optreden, zolang het onderzoek van het Bureau (vgl. voor het karakter daarvan het geciteerde onder 15 en 17b en het aangetekende onder 19) nog gaande is en de recht-hebbende daardoor niet met zijn handavingsverklaring kan komen.

25. Wel kan het feit, dat het depot zich nog in deze fase van de administratieve afwerking bij het Bureau bevindt, aanleiding zijn dat de rechter bij een eventuele veroordeling dit verdisconteert, hetzij op de grond dat een desbetreffende ontbindende voorwaarde door de eiser reeds aan zijn petitum verbonden was dan wel op de grond dat de verweerder een zodanig verweer heeft gevoerd. Men bedenke hierbij overigens dat in het stelsel zonder preventief toezicht het steeds mogelijk is dat een ingeroepen depot blijkt te moeten wijken, ook als het eenmaal definitief ingeschreven is. Wat hiervan zij, deze uitwerking is een kwestie van het nationale procesrecht, dat niet onder de vragen van uitleg is begrepen. In het hier meestal te pas komende kort geding – zoals ook het onderhavige geding – zal dit ook nauwelijks een probleem behoeven op te leveren. Vgl. H.R., 16 november 1984, *N.J.*, 1985, 547 (WHH en LWH).

26. Tot dezelfde uitkomst komt Wichers Hoeth, *I.E.R.*, 1988, 66, 67, die onder 4 in zijn artikel rechtspraak en literatuur in verschillende richting noemt. Zo ook Van Nieuwenhoven Helbach-Huydecoper-Van Nispen in Dorhout Mees, *Nederlands handels- en faillissementsrecht*, II (1989), nr. 911, p. 368, 369, waarbij noot 1 van v.N.H. onder Hof

te 's-Gravenhage 29 oktober 1986, *B.I.E.*, 1987, nr. 61, p. 253; Braun, *Précis des marques* (1987), nrs. 271, 272, p. 210; Verkade in de Haardt bundel *Een goede praesorde* (1983), 309, nr. 21. Arkenbout, *Handelsnamen en dienstmerken* (1987) komt, naar het mij toeschijnt, op p. 83 tot een variant.

27. In de processtukken is reeds tot uitdrukking gebracht dat in de Beneluxlanden in de feitelijke instanties uitspraken in verschillende richting zijn gedaan.

28. De vragen van uitleg van de BTMW zijn de volgende :

(1) Geldt het bepaalde in art. 14, lid 5, BTMW ('kan geen vordering worden ingesteld op grond van de wettelijke bepalingen inzake de bestrijding van de oneerlijke mededinging') ook ten aanzien van een (van na 1 januari 1975 'daterend') model dat niet is gedeponeerd onder de BTMW?

(2) Hebben de woorden 'feiten die alleen inbreuk op een (...)model inhouden' in art. 14, lid 5, uitsluitend betrekking op de opsomming van verboden handelingen in art. 14, lid 1?

(3) Indien vraag 2 ontkennend moet worden beantwoord, verzet het bepaalde in art. 14, lid 5, zich dan tegen een in die bepaling bedoelde vordering in geval zich inbreukmakende feiten voordoen welke samengaan met — een of meer of alle — omstandigheden welke blijken het hiervoren weergegevene in 4 onder (vi) door P. zijn aangevoerd?

29. Voor de feiten, die aan deze vragen ten grondslag liggen, mag ik verwijzen naar het arrest van de Hoge Raad en de daaraan voorafgaande conclusie van de advocaat-generaal mr. Franx.

30. De vragen zijn gerezen naar aanleiding van de bestrijding in cassatie van de beslissing van het Hof te 's-Gravenhage van 10 september 1987 (*I.E.R.*, 1987, 112), zoals deze is weergegeven door de Hoge Raad in de tweede alinea onder 3.3 van zijn arrest. Het bij dat oordeel vernietigde dictum van het vonnis van de president van de Rechtbank te Rotterdam d.d. 19 september 1986 luidde onder 3 :

«Verbiedt gedaagde (Van R.; t.K.) in Nederland ten verkoop aan te bieden en in het verkeer te brengen :

a. de in haar kleurenbrochure d.d. september 1986 afgebeelde tennisrackets met de type-aanduidingen Magnesium of Magnesium Pro (nummers 11 en 12), Graphite (nummers 4, 5 en 7) en Boron (nummer 3), en

b. in het algemeen tennisrackets die een rechtens ontoelaatbare nabootsing vormen van die van P.»

31. De onder 28 hierboven weergegeven eerste vraag dient bevestigend te worden beantwoord.

32. Dit volgt reeds uit de opbouw van de BTMW.

33. Nadat in art. 1 vooropgesteld is dat als tekening of model *kan* worden beschermd het nieuwe uiterlijk van een voortbrengsel dat een gebruiksfunctie heeft, volgen in art. 3 de bepaling dat — afgezien van het internationaal depot — het recht op een tekening of model wordt verkregen door het eerste depot verricht binnen het Beneluxgebied, en in art. 12 de bepaling dat de daardoor verkregen inschrijving 5 jaren geldig is en aansluitend slechts tweemaal voor een periode van 5 jaren kan worden verlengd.

34. Blijkens de Toelichting van de drie Regeringen bij het ontwerp-verdrag aan de Raadgevende Interparlementaire Beneluxraad (46-1, p. 6 onder 2; Benelux-Basisteksten V, 1, p. 27) wordt «tekening» («dessin») hier gebruikt in de zin van «patroon van een weefsel, stof of behangspapier, enz.» Wanneer ik hierna enkel over «model» spreek, betreft dit mede dit begrip tekening.

35. Aan deze bepalingen is in art. 14, leden 1-4, van de Eenvormige Wet nader toegevoegd, welke vorderingen in-gevolge eerder bedoeld uitsluitend recht de depot-houder kan instellen.

36. Deze regeling wordt ten slotte afgesloten door art. 14, lid 5, BTMW : «5. Voor feiten die alleen inbreuk op een tekening of model inhouden ('faits qui ne constitueraient qu'une contrefaçon de dessin ou modèle' in de Franse tekst ; t.K.) kan geen vordering worden ingesteld op grond van de wettelijke bepalingen inzake de bestrijding van de oneerlijke mededinging.»

37. Dit komt, kort samengevat, hierop neer dat nadat in art. 1 BTMW is gezegd wat *kan* worden beschermd, in art. 3 bepaald is hoe deze bescherming kan worden verkregen, en in art. 12 voor hoelang, en in art. 14, leden 1-4, waartoe deze bescherming leidt. In art. 14, lid 5, BTMW wordt ten faveure van deze regeling zodanige bescherming langs de daar bedoelde andere weg afgesneden. Verkade, *Bescherming van het uiterlijk van produkten* (1985), nr. 44, p. 65 (zie ook p. 67 en p. 183) zegt het zo : «Die keerzijde is dat datgene, wat als model beschermbaar is of *had kunnen zijn* daarmee door art. 14, lid 5 BTMW uitgesloten is van vervangende bescherming door het gemene recht.»

38. Samenloop met auteursrecht (artt. 21 e.v. BTMW) en mogelijk met octrooi is thans niet aan de orde. Vragen in dat verband mag ik laten rusten.

39. Blijkens de geschiedenis van het verdrag was dit ook onmiskenbaar de bedoeling.

40. In de reeds onder 34 hierboven vermelde Toelichting is in punt 3 onder «Algemeen» (46-1, p. 7; Basisteksten V, 1, p. 28) tegen de achtergrond van het destijds geldende recht de doelstelling van de BTMW in het kader van de beoordeling van het vrije economische verkeer in de drie landen als volgt omschreven :

«... Derhalve kan men in de drie landen alle bestaande uitsluitende rechten slechts uit de praktijk van het dagelijks leven leren kennen. (Voor een overzicht van het destijds geldende recht in ieder van de drie landen zie men onder meer het Verslag namens de verenigde commissies van 8 september 1964, 46-2, p. 3 e.v. onder I, ook op p. 26; de rapporteur Hermans bij de beraadslaging, N.51 en 52, p. 9, 10). Moge dit voor duidelijk kunstzinnige modellen geen overwegend bezwaar zijn, voor het merendeel der modellen, welke dit karakter missen, is dit een zeer ernstig bezwaar, te meer omdat volgens de eenvormige wet de langste beschermingsduur voor laatstgenoemde modellen (voor eerstgenoemde modellen zie men de artt. 21 en 24 BTMW; t.K.) beperkt is tot ten hoogste 15 jaren en het nadien een ieder vrij zal staan het model na te maken. Het publiek heeft daarom recht zich er van op de hoogte te kunnen stellen welke modellen volgens de eenvormige wet beschermd zijn...»

41. In punt 6 van deze Toelichting (46-1, p. 10; Basisteksten V, 1, p. 32) wordt dan ook uitdrukkelijk gezegd, dat een vordering op grond van oneerlijke mededinging wanneer een derde handelingen als bedoeld in art. 14, lid 1, BTMW heeft verricht ten opzichte van een voortbrengsel waarvan het uiterlijk door het model wordt bepaald terwijl dit model *niet* is gedeponeerd, niet kan worden ingesteld. «Het doel van het ontwerp is voor de modellen een afdoende bescherming te verzekeren, terwijl een zo volledig mogelijke documentatie verschaft wordt, waardoor iedereen zich kan overtuigen, dat een model bescherming geniet. Deze laatste

doelstelling zou geenszins worden bereikt indien het mogelijk was gebruik te maken van de bepalingen inzake de bestrijding van de oneerlijke mededinging, in afwezigheid van de bescherming op grond van deze wet hetzij omdat deze bescherming niet werd gevraagd dan wel dat deze is verstreken.» Over het belang van de publikatie als «model» ook het Verslag (genoemd onder 40 hierboven), 46-2, p. 13, p. 14, p. 18, p. 29; Beraadslaging, N51 en 52, p. 10, p. 21, 22, p. 24, 25, p. 27.

42. Zelfs bij slaafse namaak, aldus deze Toelichting ten slotte, is het niet toegestaan het gemene recht in te roepen, afgezien van het feit of er een depot is geweest.

43. In het onder 40 hierboven genoemde Verslag, 46-2, p. 11 wordt dit nog eens onderstreept, alsmede dat de bescherming van de Eenvormige Wet tot een maximum van 15 jaar beperkt is. Het belang dat aan dit laatste wordt gehecht, komt ook tot uitdrukking in het Verslag, 46-2, p. 7, p. 17, 18 en op p. 26: «... Overigens zou een rechterlijke uitspraak, waarbij bescherming aan een bepaald model verleend wordt, een monopolie van onbeperkte duur in het leven roepen. Immers rechterlijke uitspraken verjaren niet. Daarom bepaalt art. 14-5° van de eenvormige wet dat voor feiten die alleen namaak op een tekening of model inhouden geen vordering op grond van de wettelijke bepalingen inzake oneerlijke mededinging kan worden ingesteld. Wel te verstaan, de gemeenrechtelijke actie blijft bestaan indien de inbreuk met doleuze handelingen gepaard is gegaan...» Blijkens p. 41 waren echter niet alle leden overtuigd. Vgl. Beraadslaging N51 en 52, p. 10, p. 16, p. 22.

44. Is er wel gedeponereerd, dan zal met inachtneming van de regels van de BTMW moeten worden geprocedeerd; ook dan kan men deze niet ontwijken door enkel op basis van het gemene recht te ageren. Aldus wederom de meer gemelde Toelichting t.a.p.

45. De conclusie aldaar luidt: «... Een vordering (naar ik aanneem: *enkel*; t.K.) op grond van oneerlijke mededinging zal dus niet-ontvankelijk moeten worden verklaard, indien blijkt, dat het noodzakelijk is, alvorens een uitspraak te doen, te onderzoeken of het model wordt beschermd of voor bescherming in aanmerking komt.»

46. De onder 41, 42, 44 en 45 weergegeven uiteenzettingen worden in de Toelichting (46-1, p. 20; Benelux-Basisteksten V, 1, p. 45, 46) nog eens herhaald en onderstreept bij de toelichting op art. 14 van de Eenvormige Wet:

a. «Onder 1 (lid 1 van art. 14; t.K.) wordt een uitputtende opsomming van de inbreukmakende handelingen gegeven.»

b. «De onder 1 genoemde handelingen kunnen slechts uit hoofde van deze wet worden vervolgd. Zoals opgemerkt onder punt 6 van de algemene beschouwingen, is het niet mogelijk voor feiten, die slechts inbreukmakende handelingen vormen, een vordering in te stellen op grond van de bepalingen inzake de bestrijding van de oneerlijke mededinging, zelfs niet indien dit uitsluiting van elke bescherming tot gevolg zou hebben omdat het model niet of niet meer beschermd is krachtens de bepalingen van deze wet.»

c. «Het zou een ander geval zijn, indien de inbreuk vergezeld zou gaan van andere handelingen die in strijd zijn met goed koopmansgebruik, bijvoorbeeld afbreukmakende kritiek op de voortbrengselen van een concurrent.»

47. Zoals onder 31 reeds gezegd, zal de eerste onder 28 weergegeven vraag van de Hoge Raad bevestigend moeten worden beantwoord. Aldus ook de bovendienzende mening

in de literatuur. Men zie Verkade, aangehaald onder 37 hierboven, in *Ongeoorloofde Mededinging* (1986), p. 79, *W.P.N.R.*, (1975) 5289, p. 6, 7, nrs. 21, 22 en *B.I.E.*, 1979, 195/196; Van Nieuwenhoven Helbach-Huydecoper-Van Nispen, in Dorhout Mees, *Nederlands handels- en faillissementsrecht*, II (1989), nr. 545, p. 213; Wichers Hoeth, *T.V.V.S.*, 1987, 207 l.k. en in Drucker-Bodenhausen-Wichers Hoeth (1984), p. 62, p. 68; Cohen Jehoram, *N.J.B.*, 1974, p. 1182; Haardt, *N.J.B.*, 1974, 1174, onder 2; A. van Oven, *Handelsrecht* (1981), p. 393; Van den Bergh, *Rechtskundig Weekblad*, 1979, 1747-1749 onder 3, 4; De Gryse, *Liber Amicorum Dumon*, II (1983), p. 1101, 1102 onder 11 en 12; Braun-Evrard, *Droit des dessins et modèles au Benelux* (1975), nr. 333; p. 257; Greffe, *Taité des dessins et des modèles* (1988), p. 799/800, p. 812; Stuyck-Van Gerven, *Handels en economisch recht*, XIII (1985), p. 34. Anders: Keyser, *N.J.B.*, 1974, 1321/1322, besproken door Verkade op de onder 37 hierboven aangehaalde plaats, p. 183, noot 24, en door Martens in Kluwers losbladige *Onrechtmatige Daad*, VI, nr. 117 onder 3, p. 120a (nr. 122 onder 5, p. 130/130a), waarbij ook diens algemene overzicht in nr. 16a onder 4, p. 12c. Van Dijk, *Modellenrecht in de Beneluxlanden* (1975), p. 57-66 (besproken door Verkade op de onder 37 hierboven aangehaalde plaats, p. 67) is gezien het door hem op p. 65 aangetekende op dit punt niet geheel duidelijk.

48. Met het voorafgaande is tevens ingeleid de beantwoording van de onderling samenhangende vragen onder 2 en 3 van de Hoge Raad, weergegeven onder 28 hierboven.

49. Uit het systeem van de Eenvormige Wet en de geschiedenis daarvan, zoals hierboven weergegeven, volgt dat men uitsluitend het uiterlijk van een voortbrengsel dat een gebruiksfunctie heeft — zoals dit in art. 1 BTMW tot uitdrukking is gebracht — als tekening of model heeft willen beschermen, indien aan de voorwaarden, in deze wet neergelegd, is voldaan.

50. De iets verder gaande mogelijkheid van bescherming dan in de rechtsstelsels voordien in de drie landen mogelijk was, heeft men aanvaardbaar geacht, gelet op de eisen van publiciteit (het depot) en op de beperkte duur van de bescherming, die de wet voorschrijft.

51. Ook al zou er sprake zijn van «slaafse navolging», een verdere of anders dan in de wet gefundeerde inbreuk op de vrije concurrentie en het vrije economische verkeer heeft men hier niet gewild. In het onder 40 hierboven bedoelde Verslag, 46-2, p. 20, kwam dit nog eens tot uitdrukking: «Sommige leden van de verenigde Commissies waren van oordeel, dat de modellenbescherming niet te extensief mag zijn, teneinde de normale concurrentiemogelijkheden te belemmeren» of in de Franse tekst zuiverder gezegd: «Sous peine de trop paralyser les conditions normales de la concurrence».

52. Om dit resultaat te bereiken is enerzijds in art. 14, lid 1, BTMW uitputtend (zie 46 onder a hierboven) omschreven tegen welke daden van inbreuk de wet bescherming geeft; een opsomming die zoveel omvattend is uitgevallen, dat — ik citeer nu Van Nieuwenhoven Helbach-Huydecoper-Van Nispen (1989), nr. 586, p. 228/229 (zie 47 hierboven) — «in het algemeen op dit punt aan aanvulling door het gemene recht geen behoefte bestaat». Zoals reeds gezegd, in de wet is ook beoogd deze aanvulling uit te sluiten. De opsomming behoeft overigens niet beperkt te worden uitgelegd.

53. Anderzijds is deze uitsluiting ook met zoveel woorden in art. 14, lid 5, BTMW neergelegd.

54. Hiermede is niet gezegd dat elke vordering waarbij navolging door een ander van het uiterlijk aan een voortbrengsel als in art. 1 BTMW bedoeld van belang is of kan zijn, is uitgesloten wanneer deze op niets anders dan oneerlijke mededinging is gegrond.

55. Het gaat erom dat bescherming van een zodanig uiterlijk op gelijke of overeenkomstige wijze als model langs andere weg niet – ook niet ingeval de ernst van de feiten door bijkomende omstandigheden wordt vergroot – kan worden gegeven, hetzij op een zelfstandig daartoe strekkende vordering hetzij als één van de vorderingen, gekeerd tegen een groter samenhangend geheel van gedragingen van oneerlijke concurrentie.

56. Telkens wanneer aan een bepaald petitum ten grondslag ligt dat een gegeven uiterlijk van een voortbrengsel dat een gebruiksfunctie heeft, niet op enigerlei wijze mag worden gebezigd als in art. 14, lid 1, BTMW omschreven dan wel dat schadevergoeding wordt gevorderd wegens een zodanig gebruik door de concurrent, zal moeten worden onderzocht of dit petitum op feiten berust die in het kader van de BTMW (nog) relevant zijn en in dat kader tot toewijzing kunnen leiden. Vgl. het citaat onder 45 hierboven. Het gaat in deze gevallen naar de aard van de te beslissen vraag dan telkens om feiten die «alleen» inbreuk op een tekening of model inhouden of «faits qui ne constitueraient qu'une contrefaçon de le dessin ou modèle». De ernst van de feiten en omstandigheden doet daaraan niet af.

57. Weliswaar is in het hierboven onder 43 geciteerde verslag gezegd dat de gemeenrechtelijke actie blijft bestaan, indien de inbreuk met doleuze handelingen gepaard is gegaan, maar ik neem aan dat bij deze uitlating gedacht is aan het geval, genoemd in de Toelichting, hierboven onder 46c geciteerd. Slaagse navolging rechtvaardigt bijv. niet toepassing van het gemene recht met voorbijgaan aan de regels van de BTMW. Zie 42 hierboven.

58. Van het bedoelde voorbeeld in de Toelichting is te zeggen dat afbrekende kritiek op voortbrengsels van een concurrent op zichzelf genomen geen «modelinbreuk» oplevert en ook geen petitum, als hierboven onder 56 bedoeld. Van Nieuwenhoven Helbach-Huydecoper-Van Nispen (1989) nr. 545, p. 213, acht dit dan ook terecht geen gelukkig voorbeeld. Het voorbeeld geeft slechts aan dat met betrekking tot andere petita op een andere grondslag de BTMW geen beperking brengt, ook al zou daarbij slaafse navolging van «modellen» mede een rol spelen. Hetzelfde valt te zeggen over een onzorgvuldige wijze van produktvergelijking, genoemd door Verkade, *W.P.N.R.* (1975) 5289, p. 7 onder 22, en in «Bescherming» (zie 37 hierboven), nr. 143, p. 184-186.

59. Een zodanige bijkomende omstandigheid kan ook moeilijk een «modelbescherming» buiten de BTMW om – en dus bijv. zonder de daaraan verbonden duurbepijking – rechtvaardigen. «Modelbescherming» heeft nu eenmaal de Benelux-wetgever uitsluitend op de voorwaarden van de BTMW gewild.

60. Dit wordt niet anders, wanneer de nabootser meer «modellen» namaakt, de naam van de fabrikant gebruikt, overeenkomstige merk- en typeaanduiding aanbrengt of een materiaal aanduiding bezigt ofschoon het produkt dat materiaal niet bevat. Dit alles kan mogelijk op zichzelf op grond

van algemene regels van het nationale recht verboden worden, en tot schadevergoeding aanleiding zijn (vgl. bijv. Verkade op de onder 37 hierboven aangehaalde plaats, nr. 143, p. 185, 186; De Gryse op de onder 47 hierboven aangehaalde plaats, p. 1102, en Van den Bergh, *R.W.*, 1978-79, 1751, 1752), maar vergt niet dat ook nabootsing van slechts het (niet gedeponeerde) model wordt verboden buiten de daarvoor geldende regels van de BTMW om. Braun schrijft in zijn observations in *Jurisprudence Commerciale de Belgique/Belgische Rechtspraak in Handelszaken*, 1978, III-599: «On a voulu ainsi contraindre tout titulaire d'un nouveau dessin ou modèle à procéder à un dépôt, sous peine de se trouver sans protection, sauf si le dessin ou modèle présente un caractère artistique marqué (art. 21 BTMW; zie 38 hierboven; t.K.)». Hij ziet hier evenwel grenzen; zie 63 en 64 hieronder.

61. Naar ik meen, dient hiervan wel te worden onderscheiden het geval dat de inzet van het geding de reeds vervaardigde produkten als geheel betreft en het (blijven) in de handel brengen van die produkten niet wegens «model of tekening» onrechtmatig is tegenover de eerdere producent daarvan maar doordat op die produkten en hun verpakking aanduidingen, beeltenissen, mededelingen e.d. zijn aangebracht, die te samen – ook afgezien van hetgeen in abstracto als model beschermbaar geweest zou zijn – uit een oogpunt van ongeoorloofdheid wegens oneerlijke concurrentie het oordeel rechtvaardigen dat hier jegens de eerdere producent onrechtmatig wordt gehandeld. Een verbod om deze produkten aldus samengesteld – niet *alleen* het «model» – in de handel te brengen (dus ongeschoond van bovenbedoelde aanduidingen enz.) of een veroordeling tot schadevergoeding, omdat dit reeds is geschied, vindt dan niet haar grond in een soort modellenbescherming maar in het oordeel dat sprake was van grensoverschrijdende, oneerlijke concurrentie, die een dergelijke beslissing rechtvaardigt.

62. Pogingen aan de – overigens bewust gekozen – stringente regeling van art. 14, lid 5, BTMW te ontkomen vinden veelal hun grond daarin, dat in de praktijk niet tijdig genoeg aan het depot wordt gedacht dan wel tegen de administratieve belasting of de kosten daarvan wordt opgezien en dat daarna de weg tot depot is geblokkeerd, omdat door het voorgebruik door de producent zelf – naar gangbare opvatting; de grenzen zijn echter niet zo duidelijk; vgl. Verkade t.a.p. (zie 37 hierboven), nr. 38, p. 55 – Intussen niet meer aan de nieuwigheidseis (artt. 1 en 4, lid 1, BTMW) wordt voldaan. Vgl. bijv. Steinhauser, *B.I.E.*, 1985, 249; Verkade t.a.p. (zie 37 hierboven), nr. 68, p. 54-56, nr. 141, p. 183, nr. 144, p. 187/188; nrs. 144-150 en in *Ongeoorloofde mededinging* (1986), nr. 26, p. 79-91.

63. De onbillijkheid van dan ontbrekende bescherming wordt aangedrongen, wanneer men – overigens in de regel – kan stellen dat degeen die imiteert, een ongerechtvaardigd voordeel trekt (van het succes profiteert) in de concurrentieverhouding tot de ander wiens «model» hij namaakt, omdat hij zich niet de kosten en inspanningen heeft behoeven te getroosten die de ander heeft gemaakt om tot het nieuwe uiterlijk van zijn produkt en het succes daarvan te komen. Vgl. bijv. in die zin ten aanzien van slaafse navolging in dit verband Braun-Evrard t.a.p. (zie 47 hierboven) nr. 336, p. 259/260, die daarop doen volgen: «Généralement, cette circonstance se retrouvera dans le cadre d'agissements parasitaires, lorsque l'imitateur suit son concurrent dans toutes

ses initiatives et copie, par exemple, des collections d'objets anciens que ce dernier a eu l'idée de réunir.»

64. Onder nr. 335 noemen deze schrijvers een andere grens, die buiten de BTMW om zou gelden, kort samengevat: «... la liberté de copier prend fin ou le risque de confusion commence». Reeds in zijn onder 60 hierboven aangehaalde «observations» noemde Braun deze beide aan oneerlijke mededinging ontleende grenzen: «... si la ressemblance entre les deux objets est telle qu'il y a risque de confusion quant à leur provenance, ou encore en cas de concurrence parasitaire». Verkade t.a.p. (zie 37 hierboven) nrs. 145 en 146 acht «verwarring» niet genoeg, doch zou bij «misleiding» als bijkomende omstandigheid bescherming buiten de BTMW om willen geven, waarbij wellicht nog een rol kan spelen een onderscheid tussen het geval dat (tijdig) depot verzuimd is, en het geval dat de beschermingsduur geëxpireerd is (nr. 144, slot, p. 188). Men zie hierbij de eerdere kritiek van Verkade in *B.I.E.*, 1979, 195, 196, op de erkenning als relevante bijkomende omstandigheid door Braun-Evrard t.a.p. van profiteren van andermans inspanningen en verwarringsgevaar. De Gryse t.a.p. (zie 47 hierboven), p. 1103-1105 lijkt in de door Braun-Evrard bedoelde gevallen nog bijzonder bijkomende omstandigheden te eisen, maar is niet geheel duidelijk.

65. Gelet op het belang dat aan publiciteit (het depot) is gehecht alsmede op het feit dat men modellenbescherming in het kader van een zo vrij mogelijke concurrentie in ieder geval niet voor een langere tijd dan vijftien jaren wilde verlenen, zal — als hier inderdaad via de rechter soelaas moet worden gezocht (vgl. in dit verband Wichers Hoeth, *T.V.V.S.*, 1987, 207 l.k.) — niet een oplossing in de richting van de onder 62 hierboven bedoelde pogingen gezocht moeten worden, omdat deze ertoe leidt wederom althans voor een deel vrij baan te geven aan de algemene nationale regelingen van de drie landen, die deze beide waarborgen niet bieden, met bovendien de onzekerheden (vgl. bijv. onder 64 hierboven) en verschillen van dien. Het komt ook in strijd met de uitdrukkelijke bedoeling van de wet en de strekking van art. 14, lid 5, BTMW, een en ander zoals hierboven weergegeven. Vgl. Van Nieuwenhoven Helbach-Huydecoper-Van Nispen t.a.p. (zie 47 hierboven), nrs. (536), 545 en 584; Haardt, *NJB* 1974, p. 1174 onder 2. Drucker-Bodenhäusen-Wichers Hoeth (1984), p. 68 is hier niet geheel duidelijk.

66. Zie voor een algemeen overzicht over de onderhavige kwestie: Martens in Kluwers *Onrechtmatige Daad*, VI, nr. 16a onder 2-4, nr. 117 onder 3, p. 120a-120c, nr. 122 onder 5, p. 130, 130a.

67. Ik herhaal bij het voorgaande zekerheidshalve, dat het geval bedoeld onder 61 hierboven daarvan wel onderscheiden moet worden.

68. Ik kom samenvattend tot de conclusie, dat de onder 28 hierboven weergegeven tweede vraag van de Hoge Raad bevestigend moet worden beantwoord en dat deze beantwoording voor het concrete geding — waarnaar met deze vraag uiteraard ook gevraagd is — de betekenis heeft als hierboven onder 56 omschreven.

69. Deze bevestigende beantwoording brengt mee dat de derde vraag van de Hoge Raad niet meer aan de orde komt.

De conclusie strekt tot beantwoording van de aan Uw Hof door de Hoge Raad der Nederlanden gestelde vragen, ver-

meld onder 3 en 28, in de zin als hierboven onder 8 (25) en 9 respectievelijk 32 (47), 68 (56) en 69 aangegeven.

Arrest

1. Gelet op het op 30 juni 1989 door de Hoge Raad der Nederlanden gewezen arrest (...);

Ten aanzien van de feiten

2. Overwegende dat op grond van rechtsoverweging 4 van het arrest van de Hoge Raad de relevante feiten als volgt kunnen worden omschreven:

(i) P. is fabrikant van een serie bij haar ontworpen tennisrackets onder de typeaanduidingen Pro, Magnesium Pro, Graphite en Boron en van andere sportartikelen, waaronder sporttassen en tennissnaren. De tennisrackets en artikelen brengt zij in het verkeer onder het merk P. en het merk P (enigszins schuin geschreven). Zij is houdster van de inschrijving van een Benelux-depot voor het woordmerk P. (reg. nr. 385925) voor onder meer sportartikelen. Ten tijde van de inleidende dagvaarding — 18 september 1986 — had voorts depot plaatsgevonden voor het merk P, schuin geschreven, (depotnr. 56383) voor onder meer sportartikelen, doch dit depot was toen nog niet ingeschreven. Wel is gedurende het geding in hoger beroep «opdracht gegeven het depot in te schrijven, daar het ambtshalve onderzoek geen conflicterende registraties heeft opgeleverd» (Gerechtshof, rechtsoverweging 11).

(ii) De tennisrackets, welke «dateren» van na 1 januari 1975, zijn niet als model gedeponeerd in het kader van de BTMW.

(iii) Stellende dat Van R. in Nederland eveneens tennisrackets, sporttassen en tennissnaren in het verkeer heeft gebracht, die volgens P. naar vormgeving, lay-out, type-aanduiding, gebruikte merken en verpakking, imitaties zijn van de artikelen van P., heeft P. in kort geding gevorderd Van R. te verbieden inbreuk te maken op haar auteurs- en merk-rechten en deze ook overigens te verbieden onrechtmatig jegens P. te handelen door het ten verkoop aanbieden en in het verkeer brengen van tennisrackets, tennissnaren en sporttassen die een ontoelaatbare nabootsing vormen van de artikelen van P.

(iv) De vorderingen van P. zijn door de President afgewezen voor zover zij zijn gegrond op auteursrechten.

Omdat Van R. in Nederland rackets en sporttassen in het verkeer heeft gebracht met de letters Pro waarvan de letter P door haar grootte, vorm en schuine schrijfwijze in vergaande mate gelijkt op het P-merk van P., heeft de President met onmiddellijke ingang een verbod tot merkinbreuk op het door P. onder nr. 56383 gedeponeerde merk P gegeven.

De op grond van ontoelaatbare nabootsing op artikel 1401 Nederlands B.W. gegronde verbodsvordering om sportartikelen ten verkoop aan te bieden en in het verkeer te brengen heeft de President voor wat betreft de sporttassen en tennissnaren afgewezen, maar voor wat betreft de tennisrackets toegewezen.

(v) Op het beroep van Van R. heeft het Gerechtshof geoordeeld dat het P-merk van P. voldoende onderscheiden-de kracht heeft om de in het depot genoemde waren te kunnen onderscheiden van soortgelijke waren van anderen en heeft het zich ook overigens verenigd met het oordeel van de President dat het door Van R. gebezigde teken inbreuk

oplevert op het merkrecht van P. Het Gerechtshof heeft evenwel overwogen dat het verbod tot merkinbreuk ten onrechte door de President is gegeven met onmiddellijke ingang, omdat het depot ten tijde van de inleidende dagvaarding nog niet was ingeschreven; een verbod ter zake van gebruik van het (overeenstemmende) teken kan volgens het Gerechtshof slechts worden gegeven «na het ogenblik waarop de akte van depot 'rechtskracht' verkrijgt» in de zin van artikel 6 onder B, tweede lid, tweede zin, BMW.

(vi) Van R. heeft voorts in hoger beroep in haar derde appelgerief betoogd dat de President in strijd met artikel 14, lid 5, BTMW het door P. met betrekking tot de tenniserackets van Van R. gevorderde heeft getoetst aan artikel 1401 Nederlands B.W.

P. heeft zich hiertegen verweerd met het betoog dat artikel 14, lid 5, BTMW te dezen toepassing mist, «omdat er sprake is van gekwalificeerde, stelselmatige nabootsing». Zij heeft in hoger beroep een aantal omstandigheden aangevoerd, waardoor naar haar oordeel de reputatie van de P.-rackets werd aangetast, omdat (hetgeen door het Gerechtshof in het midden is gelaten zodat, naar Nederlands recht, daarvan met het oog op de te stellen vragen mag worden uitgegaan) «teleurgestelde kopers van door Van R. in het verkeer gebrachte rackets, bij wie het racket snel kapot ging, kwamen klagen bij de distributeur in Nederland van P., denkende dat het om een P.-racket ging». Deze omstandigheden hielden in de formulering van het Gerechtshof volgens P. in:

- a. Van R. verkocht niet één maar drie modellen die een minutieuze nabootsing van P.-rackets vormden;
- b. Ook de types en de type-aanduidingen waren overgenomen;
- c. Ook het lettertype van P. was overgenomen;
- d. Prijzen werden gehanteerd die vele honderden guldens onder die van P. lagen, zoals P. Boron ruim f 1.000 en Van R. Boron f 375;
- e. Daardoor kan worden getwijfeld aan de kwaliteit van een Van R. Boron racket. Zit er Boron in? (misleiding);
- f. De Van R.-rackets werden als P.-rackets «van een bijzondere partij» verkocht (misleiding) door tennisleraren;
- g. Na de toezegging door Van R. «het niet meer te doen» kwam er een nieuwe nauwelijks veranderde serie op de markt;
- h. Er werd tevens inbreuk gemaakt op de merkrechten van P.;
- i. De lay-out van de P. snaarverpakking werd overgenomen;
- j. Ook met de sporttassen van Van R. is inbreuk gemaakt op het merk van P.

Het Gerechtshof is in rechtsoverweging 17 verondersteltenderwijs uitgegaan van deze onder a tot en met j vermelde omstandigheden en heeft geoordeeld dat ook bij dat uitgangspunt artikel 14, lid 5, BTMW aan de toewijzing van het door P. gevorderde verbod in de weg staat;

Ten aanzien van het verloop van het geding

3. Overwegende dat de Hoge Raad de volgende vragen van uitleg heeft gesteld:

Vragen van uitleg van de BMW

«(1) Komt aan de houder van een depot als bedoeld in artikel 6 onder A BMW, ter zake waarvan nog geen handhavingsverklaring als bedoeld in artikel 6 onder B, tweede

lid, tweede zin, is afgelegd en dat derhalve nog geen 'rechtskracht' heeft, de door de artikelen 12 en 13 BMW geboden bescherming toe vanaf het tijdstip van het depot of eerst vanaf enig later tijdstip?

(2) Indien vraag 1 aldus moet worden beantwoord, dat de bescherming vanaf het tijdstip dat het depot 'rechtskracht' heeft, kan worden ingeroepen, heeft die bescherming dan in zoverre terugwerkende kracht dat zij ook kan worden ingeroepen ter zake van feiten die zich hebben voorgedaan na het depot, maar vóórdat dit «rechtskracht» heeft verkregen?»

Vragen van uitleg van de BTMW

«(1) Geldt het bepaalde in artikel 14, lid 5, BTMW ('kan geen vordering worden ingesteld op grond van de wettelijke bepalingen inzake de bestrijding van de oneerlijke mededinging') ook ten aanzien van een (van na 1 januari 1975 'daterend') model dat niet is gedeponereerd onder de BTMW?

(2) Hebben de woorden 'feiten die alleen inbreuk op een (...) model inhouden' in artikel 14, lid 5, uitsluitend betrekking op de opsomming van verboden handelingen in artikel 14, lid 1?

(3) Indien vraag 2 ontkennend moet worden beantwoord, verzet het bepaalde in artikel 14, lid 5, zich dan tegen een in die bepaling bedoelde vordering ingeval zich inbreukmakende feiten voordoen welke samengaan met — een of meer of alle — omstandigheden welke blijkens het hiervoor weergegevene in 4 onder (vi) door P. zijn aangevoerd?»

...

Ten aanzien van het recht

A. Vragen van uitleg van de BMW

8. Overwegende dat, zoals blijkt uit het Gemeenschappelijk Commentaar van de Regeringen, bij het tot stand brengen van de BMW is gekozen voor een regeling die in afwijking van de tevoren in de drie Beneluxlanden bestaande rechtssystemen het uitsluitend recht op een merk doet ontstaan uit het (te goeder trouw) in de vereiste vorm verrichte eerste depot, waarbij als uitgangspunt gold dat inschrijving van zulk een depot niet zou kunnen worden geweigerd, zodat het in de vereiste vorm verrichte depot «onvoorwaardelijke inschrijving» met zich mee brengt (Gemeenschappelijk Commentaar, Algemeen onder 3, a en b);

9. dat deze regeling — die overigens de rechten voortvloeiende uit een internationale inschrijving onverlet laat — is neergelegd in artikel 3 BMW en het aldus verkregen uitsluitend recht op een merk in artikel 13 de grondslag vormt voor de aan de merkhouders geboden bescherming;

10. dat deze regeling geen wijziging heeft ondergaan als gevolg van het in werking treden per 1 januari 1976 van artikel 2a van het Uitvoeringsreglement, waardoor de ontvankelijkheid van het depot thans ingevolge het bepaalde in artikel 6 onder B afhankelijk is gesteld (voor zover hier van belang) van het indienen van een verzoek tot onderzoek naar eerdere inschrijvingen;

11. dat immers, zoals blijkt uit het Gemeenschappelijk Commentaar (Algemeen onder 4, alsmede op artikel 6 onder B), reeds bij het ontwerpen van de regeling mede rekening is gehouden met de mogelijkheid te eniger tijd een (nieuwheids-)onderzoek door het Benelux-Bureau verplicht te stellen, en men hierbij klaarblijkelijk juist daarom ervan is uitgegaan dat zulk een — uitsluitend in het belang van de deposant te verrichten — onderzoek de regeling onverlet

laat omdat een dergelijk onderzoek «geen enkel rechtsgevolg» heeft en met name niet afdoet aan het beginsel dat het depot onvoorwaardelijke inschrijving met zich meebrengt;

12. dat met al het vorenstaande niet valt te rijmen dat de deposant gedurende de periode welke noodzakelijkerwijs verloopt tussen het depot en het afleggen van de handhavingsverklaring bedoeld in artikel 6 onder B, tweede lid, tweede zin, zou zijn verstoken van bescherming tegen inbreuk op het door hem gedeponeerde merk;

13. dat integendeel in het hiervoor geschetste stelsel ligt besloten dat de deposant ook in die periode tegen merkinbreuk kan optreden, hetgeen bevestiging vindt in de bewoordingen van artikel 12A waar zonder meer sprake is van «heeft gedeponeerd» en «depot (...) tijdens het geding»;

14. dat aan het tweede lid van artikel 6 onder B geen argument voor een tegengestelde opvatting valt te ontleen, omdat deze bepaling – zoals duidelijker blijkt uit de Franse tekst – enkel ziet op de akte van depot welke, in het daar bedoelde geval, slechts voorlopig wordt opgemaakt en pas definitief wordt nadat de deposant te kennen heeft gegeven het depot te willen handhaven, waarmee de bepaling tot uitdrukking brengt dat de deposant na ontvangst van de resultaten van het onderzoek het nog in zijn macht heeft de aan het depot verbonden rechtsgevolgen ongedaan te maken door het niet afleggen van de handhavingsverklaring;

15. dat uit het voorgaande voortvloeit dat de eerste vraag aldus moet worden beantwoord dat aan de houder van een depot als bedoeld in artikel 6 onder A BMW de door artikel 13 BMW geboden bescherming toekomt vanaf de datum van het depot, ook als nog geen handhavingsverklaring als bedoeld in artikel 6 onder B, tweede lid, tweede zin, is afgelegd;

16. dat daaruit volgt dat de tweede vraag geen beantwoording meer behoeft;

B. Vragen van uitleg van de BTMW

17. Overwegende dat de vragen van uitleg van de BTMW betrekking hebben op de betekenis van artikel 14, lid 5, van die wet;

18. Overwegende dat, zoals blijkt uit de gemeenschappelijke Memorie van Toelichting bij de BTMW, met name het Algemeen deel onder 6, men bij het tot stand brengen van de BTMW enerzijds, voor wat betreft niet gedeponeerde modellen, heeft aanvaard dat de doelstellingen van deze wet – «voor de modellen een afdoende bescherming te verzekeren» van beperkte duur en tevens «een zo volledig mogelijke documentatie te verschaffen, waardoor iedereen zich kan overtuigen, dat een model bescherming geniet» – alleen kunnen worden verwezenlijkt indien de wet de mogelijkheid uitsluit gebruik te maken van de bepalingen inzake de bestrijding van oneerlijke mededinging in die gevallen waarin de BTMW bescherming zou hebben geboden, ware het niet dat «deze bescherming niet werd gevraagd dan wel (...) deze is verstreken», en anderzijds, voor wat betreft gedeponeerde modellen, ervan is uitgegaan dat het voorhanden zijn van de bijzondere bepalingen van de eerste leden van artikel 14 een beroep op het gemene recht uitsluit;

19. dat de laatste alinea van de Toelichting onder 6 dan ook als samenvattende conclusie vaststelt dat «wanneer het gaat om namaak, zelfs slaafse namaak, van een model in de zin van artikel 1», het niet is toegestaan het gemene recht

in te roepen «afgezien van het feit of er een depot is geweest»;

20. dat hieruit volgt dat het bepaalde in artikel 14, lid 5, geldt voor alle modellen waarvoor de bescherming uit hoofde van de BTMW had kunnen worden ingeroepen, ongeacht of zij in feite als model zijn gedeponeerd of niet en dat derhalve – aangenomen dat met een «van na 1 januari 1975 'daterend' model» wordt bedoeld een model waarop de overgangsbepaling van artikel 25 niet van toepassing is en dat krachtens de BTMW gedeponeerd had kunnen worden – de eerste vraag van uitleg van de BTMW bevestigend moet worden beantwoord;

21. Overwegende dat de Hoge Raad met zijn tweede en derde vraag wenst te vernemen hoe artikel 14, lid 5, moet worden uitgelegd met het oog op gevallen waarin mede andere dan in lid 1 van artikel 14 omschreven handelingen aan een vordering op grond van ongeoorloofde mededinging ten grondslag zijn gelegd;

22. Overwegende dat bij de beantwoording van deze vraag vooreerst moet worden verwezen naar het hiervoor onder 18 overwogene;

23. dat reeds daaruit volgt, maar bovendien zowel uit de tekst van artikel 14 als uit de Toelichting (Algemeen deel onder 6 en ook die op artikel 14) duidelijk blijkt dat waar in artikel 14, lid 5, sprake is van «feiten die (...) inbreuk op een tekening of model inhouden» wordt bedoeld op de opsomming van handelingen waartegen de houder zich, ingevolge lid 1, op grond van zijn uitsluitend recht op een tekening of model kan verzetten;

24. dat dit nog wordt geïllustreerd door de opmerking uit de Toelichting (Algemeen deel onder 6) dat een vordering op grond van ongeoorloofde mededinging wél mogelijk zal zijn «wanneer derden, met betrekking tot een model – al dan niet beschermd door deze wethandelingen hebben verricht die niet in artikel 14 onder 1 worden opgesomd, maar die niettemin als handelingen van oneerlijke mededinging moeten worden beschouwd»;

25. dat het aannemelijk voorkomt dat de laatste alinea van de Toelichting op artikel 14 beoogt dezelfde afgrenzing onder woorden te brengen, waar – na de waarschuwing dat het niet mogelijk zal zijn voor feiten die slechts inbreukmakende handelingen vormen, een vordering op grond van de bepalingen inzake de bestrijding van ongeoorloofde mededinging in te stellen – wordt opgemerkt: «Het zou een ander geval zijn indien de inbreuk vergezeld zou gaan van andere handelingen die in strijd zijn met goed koopmansgebruik (...)»;

26. Overwegende dat uit het voorgaande allereerst moet worden afgeleid dat niet voor toewijzing in aanmerking komt een op nationaal recht inzake ongeoorloofde mededinging gegronde vordering waaraan uitsluitend handelingen ten grondslag zijn gelegd die naar hun aard, op de voet van het in lid 1 van artikel 14 bepaalde, vallen aan te merken als «inbreuk op een tekening of model»;

27. dat uit het voorgaande voorts moet worden afgeleid dat indien aan een vordering als onder 26 bedoeld, behalve handelingen als daar omschreven, mede andere gedragingen ten grondslag zijn gelegd, zij alleen dan voor toewijzing in aanmerking kan komen indien het feitenbestand, ook indien de als inbreuk aan te merken handelingen buiten beschouwing worden gelaten, naar het toepasselijke nationale recht, ongeoorloofde mededinging oplevert;

29. dat uit het voorgaande ten slotte moet worden afgeleid dat in een geval als onder 27 bedoeld, artikel 14, lid 5, enkel dan niet in de weg staat aan het uitspreken van een verbod van, of het toewijzen van schadevergoeding terzake van, een als inbreuk aan te merken handeling, wanneer zulk een verbod of schadevergoeding onder de gegeven omstandigheden de enig passende wijze van redres van de ongeoorloofde mededinging vormt;

...

Verklaart voor recht

34. Aan de houder van een depot als bedoeld in artikel 6 onder A BMW komt de door artikel 13 BMW geboden bescherming toe vanaf het tijdstip van het depot, ook als nog geen handhavingsverklaring als bedoeld in artikel 6 onder B, tweede lid, tweede zin, is afgelegd;

35. Het bepaalde in artikel 14, lid 5, BTMW geldt ook ten aanzien van een model dat niet is gedeponereerd onder de BTMW, indien op dat model de overgangsbepaling van artikel 25 niet van toepassing is;

36. Een op nationaal recht inzake ongeoorloofde mededinging gegronde vordering waaraan uitsluitend handelingen ten grondslag zijn gelegd die naar hun aard, op de voet van het in lid 1 van artikel 14 bepaalde, vallen aan te merken als «inbreuk op een tekening of model» komt niet voor toewijzing in aanmerking;

37. Indien aan een vordering als onder 36 bedoeld, behalve handelingen als daar omschreven, mede andere gedragingen ten grondslag zijn gelegd, kan zij alleen dan voor toewijzing in aanmerking komen indien het feitenbestand, ook indien de als inbreuk aan te merken handelingen buiten beschouwing worden gelaten, naar het toepasselijke nationale recht, ongeoorloofde mededinging oplevert;

38. In een geval als onder 37 bedoeld, staat artikel 14, lid 5, enkel dan niet in de weg aan het uitspreken van een verbod van, of toewijzing van schadevergoeding ter zake van, een als inbreuk aan te merken handeling indien zulk een verbod of schadevergoeding onder de gegeven omstandigheden de enig passende wijze van redres van de ongeoorloofde mededinging vormt.

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER – 15 OKTOBER 1990

Voorzitter: de h. Soetaert, eerste voorzitter

Rapporteur: mevr. Baeté-Swinnen

Openbaar ministerie: de h. Lenaerts

Advocaten: mrs. Houtekier en Verbist

Arbeidsongeval – Vergoeding – Dodelijk ongeval – Arbeidsongevallenrente – Natuurlijk kind – Gevolg

De wet van 31 maart 1987 tot wijziging van een aantal bepalingen betreffende de afstamming heeft in art. 13 van de Arbeidsongevallenwet de woorden «wettelijke» en «wettige» geschrapt en de bepalingen betreffende de natuurlijke kinderen opgeheven.

Het natuurlijk kind van de echtgenote van een door een dodelijk arbeidsongeval getroffenene dat vóór diens overlijden niet

is erkend, heeft sedert de inwerkingtreding van de wet van 31 maart 1987 recht op arbeidsongevallenrente.

N.V. De V. t/ C.

Conclusie van de advocaat-generaal Lenaerts

De wet van 31 maart 1987 tot wijziging van een aantal bepalingen betreffende de afstamming beoogt «de toekenning van gelijke rechten aan alle kinderen, ongeacht de wijze waarop hun afstamming vastgesteld wordt». Zij schraapt daarom het onderscheid tussen wettige en natuurlijke kinderen. Met dit doel wijzigt de wet ook een aantal regels «in materies die de vaststelling en de gevolgen van de afstamming slechts onrechtstreeks raken»¹.

De wetgever heeft gemeend dat deze opzet werd bereikt wanneer hij het Burgerlijk Wetboek grondig wijzigde en voorts enkele aanpassingen aanbracht in het Gerechtelijk Wetboek en het Strafwetboek, evenals in enkele aanvullende wetsbepalingen van burgerlijk recht. Kennelijk heeft hij er zich geen rekenschap van gegeven dat de nieuwe afstammingswetgeving ook haar weerslag heeft op andere gebieden van het recht, o.m. op het sociaal recht.

Om «rechtsgelijkheid voor alle kinderen»² te bereiken is natuurlijk zeer belangrijk «de opheffing van het minderwaardig statuut waarin inzake erfrecht de natuurlijke kinderen worden gehouden»³. Maar voor de minstbedeelden, die niets te erven hebben, is het wellicht nog belangrijker een gelijk recht op sociale uitkeringen te hebben.

Tot die sociale uitkeringen behoren de arbeidsongevallenrenten voor wezen. Artikel 13, § 1, van de Arbeidsongevallenwet maakt onderscheid tussen wettige kinderen en natuurlijke kinderen. Deze laatsten hebben, luidens het 3° van deze paragraaf, maar recht op rente zo zij «door de getroffenene of zijn echtgenoot vóór zijn overlijden erkend» zijn.

Vraag is dan of dat onderscheid sedert de inwerkingtreding van de wet van 31 maart 1987 nog bestaanbaar is.

In de onderhavige zaak hangt van het antwoord op deze vraag af of artikel 107, tweede lid, van die wet toepassing kan vinden. Volgens deze bepaling kan de geldigheid van de handelingen «die zijn verricht vóór de inwerkingtreding van deze wet en die een buitenechtelijk kind meer rechten hebben toegekend dan die welke het bij de door deze wet opgeheven bepalingen had gekregen», niet worden betwist.

Doel van deze bepaling is «de rechtshandelingen die reeds in de geest van de nieuwe wet gesteld zijn, te valideren»⁴. De wetgever wilde weliswaar geen terugwerkende kracht aan de wet geven tot 13 juni 1979, de datum van het Marckx-arrest van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens. Maar hij wilde toch niet terugkomen op de beslissingen van degenen die meenden uit dit arrest te moeten afleiden dat de natuurlijke kinderen ook zonder wetswijziging reeds dezelfde rechten hadden⁵.

Zulks is in deze zaak het geval. De dochter van verweester is een natuurlijk kind en werd door haar moeder pas

¹ Memorie van toelichting, Kamer, 1977-78, *Gedr. St.*, nr. 305/1, blz. 4.

² *Ibid.*, blz. 3.

³ *Ibid.*, blz. 4.

⁴ Kamer, 1985-86, *Gedr. St.*, nr. 378/16, blz. 82.

⁵ *Ibid.*, blz. 79-82.

erkend nadat de man van haar moeder als gevolg van een arbeidsongeval overleden was. Zij had dus geen aanspraak op arbeidsongevallenrente met toepassing van artikel 13, § 1, 3°, van de Arbeidsongevallenwet. Bij overeenkomst, die volgens de toen geldende wetgeving⁶ door de arbeidsrechtbank werd gehomologeerd op 21 september 1984, dus vóór de inwerkingtreding van de wet van 31 maart 1987, werd haar niettemin een rente toegekend op grond, volgens het arbeidshof, dat haar afstamming van moederszijde sedert haar geboorte vaststond en zij derhalve als wettig kind aanspraak op rente had met toepassing van het 1° van artikel 13, § 1. Die overeenkomst kende aan het natuurlijk kind van verweerster dus meer rechten toe dan die waarop zij krachtens het 3° van dit artikel aanspraak had.

Kan nu dit 3° worden geacht te zijn opgeheven door de wet van 31 maart 1987, dan kan de geldigheid van de gehomologeerde overeenkomst niet meer worden betwist en kan eiseres niet slagen in haar vordering tot terugbetaling van de door die overeenkomst toegekende renten.

Zoals reeds werd gezegd, heeft de wetgever er in 1987 niet aan gedacht de sociale wetgeving aan de nieuwe afstammingsregeling aan te passen. Niettemin kan het niet anders dan dat alle bepalingen die betrekking hebben op natuurlijke kinderen en gewag maken van wettige of «wettelijke» kinderen, zoals artikel 13, § 1, van de Arbeidsongevallenwet doet, impliciet gewijzigd zijn.

Naar Belgisch recht hebben de begrippen «wettig kind» en «natuurlijk kind» elke inhoud verloren, bestaan ze juridisch niet meer. Waar in de wet nog sprake is van wettig of wettelijk kind, wordt ingevolge de wet van 31 maart 1987 gewoon elk kind bedoeld, wiens afstamming vaststaat. Bevat de wet nog een bijzondere regeling voor natuurlijke kinderen, dan moet deze als niet bestaande worden beschouwd, aangezien er geen natuurlijke kinderen meer zijn. In zoverre zij bij de inwerkingtreding van de wet van 31 maart 1987 nog in leven waren, zijn zij, met toepassing van artikel 107, eerste lid, sedert hun geboorte met wettige kinderen gelijkgesteld, behalve ten aanzien van rechten in voordien opgevallen erfenissen.

Artikel 13, § 1, 3°, van de Arbeidsongevallenwet, dat het recht op arbeidsongevallenrente van het natuurlijk kind beperkend regelt, is dus impliciet opgeheven door de wet van 31 maart 1987. Het natuurlijk kind heeft aanspraak op rente met toepassing van het 1° van dit artikel, waarin het woord «wettelijk» moet worden geacht te zijn geschrapt en dat als enige voorwaarde stelt dat het kind vóór het overlijden van de getroffen is geboren of verwekt.

Ik maan niet dat de toepassing van artikel 107, tweede lid, van de wet van 31 maart 1987 moet worden beperkt tot de wetsbepalingen die expliciet door die wet zijn opgeheven. Die beperking valt in de tekst van het artikel niet te lezen. Zij volgt evenmin uit de opzet van de wet. Integendeel. Zo men geen rekening houdt met de impliciete opheffingen, mist de wet haar doel. Want dan wordt de beoogde rechtsgelijkheid van alle kinderen ongeacht hun afstamming niet bereikt. De onderhavige zaak is daarvan een duidelijk voorbeeld. Toepassing van een wetsbepaling op een geval waarvan de wetgever bij het opstellen ervan niet heeft gedacht,

is toelaatbaar, wanneer zij niet strijdig is met de tekst en past in de opzet van de regeling.

Artikel 13, § 1, 3°, van de Arbeidsongevallenwet is een «door deze wet opgeheven bepaling» in de zin van artikel 107, tweede lid, van de wet van 31 maart 1987. Derhalve kan de geldigheid van de gehomologeerde overeenkomst niet worden betwist. Terecht beslist het arbeidshof dat in die overeenkomst geen wijziging dient te worden aangebracht.

Tevergeefs voert eiseres in het eerste onderdeel van het middel aan dat de nietigheid van de overeenkomst niet wordt gedekt door artikel 107, tweede lid. En aangezien de bestreden beslissing op die grond naar recht verantwoord is, kan het middel voor het overige niet tot cassatie leiden en is het niet ontvankelijk.

Conclusie : verwerping.

Arrest

Gelet op het bestreden arrest, op 3 november 1988 door het Arbeidshof te Antwerpen gewezen ;

Over het middel : schending van de artikelen 2, 312, § 1, en 334 van het Burgerlijk Wetboek, gewijzigd bij de wet van 31 maart 1987, 107 van de wet van 31 maart 1987 tot wijziging van een aantal bepalingen betreffende de afstamming, 6, § 2, 13, § 1, 1° en 3°, 27bis, laatste lid, en 27ter van de Arbeidsongevallenwet van 10 april 1971, ingevoegd bij het koninklijk besluit nr. 530 van 31 maart 1987, 5, 6, 8 en 11 van het koninklijk besluit van 10 december 1987 betreffende de bijslagen verleend in het kader van de Arbeidsongevallenwet van 10 april 1971,

doordat het arrest de vordering van eiseres om te doen zeggen voor recht dat ten onrechte bij overeenkomst gehomologeerd door de Arbeidsrechtbank te Antwerpen op 21 september 1984 een jaarlijkse rente ten voordele van T.C. werd bepaald ten belope van 109.704 fr., waarbij nadien ten onrechte bepaald werd dat een vierde, zijnde 27.426 fr., om de drie maanden door eiseres zou dienen te worden betaald, en om te doen zeggen voor recht dat de overeenkomst op dit punt geen enkele uitwerking zal hebben en verweerster te doen veroordelen om alle inmiddels op basis van deze overeenkomst uitbetaalde bedragen terug te betalen, ongegrond verklaart, op grond : dat uit de geboorteakte opgesteld op 19 september 1970 door de schepenen van de gemeente M., behoorlijk afgevaardigde ambtenaar van de burgerlijke stand, blijkt dat T.C. geboren werd op 18 september 1970 als dochter van L. C.; dat in de rand van deze akte vermeld staat dat T.C. door L.C. werd erkend bij akte verleden voor de ambtenaar van de Burgerlijke Stand van A. op 13 november 1985 ; dat derhalve in het wettelijk stelsel vóór de wet van 31 maart 1987 T.C. een natuurlijk kind was dat pas na het overlijden van W.B. werd erkend ; dat nu dient nagegaan te worden of de wettelijke toestand van T.C. werd gewijzigd ingevolge voormelde wet van 31 maart 1987 ; dat deze nieuwe wet tot doel heeft de principiële gelijkstelling van alle kinderen en de volwaardige afstamming losgekoppeld van het huwelijk ; dat het nieuw artikel 312, § 1, van het Burgerlijk Wetboek bepaalt dat het kind als moeder heeft de persoon die als zodanig in de akte van geboorte is vermeld ; dat ten slotte artikel 107, eerste lid, van de wet van 31 maart 1987 bepaalt dat deze wet van toepassing is op de kinderen geboren vóór haar inwerkingtreding en die nog in leven zijn op dat ogenblik, zonder dat daaruit evenwel enig recht in

⁶ Art. 65 van de Arbeidsongevallenwet voordat het werd gewijzigd bij K.B. nr. 530 van 31 maart 1987.

de voordien opengevallen erfenissen kan volgen; dat ter zake T.C. vermeld staat in de geboorteakte van 19 september 1970 als zijnde de dochter van L.C., verweerster; dat derhalve met toepassing van artikel 312, § 1, van het Burgerlijk Wetboek de wettige afstamming van T.C. ten aanzien van L.C. vaststaat, met als gevolg de wederzijdse rechten en verplichtingen zoals bepaald in artikel 334 van het Burgerlijk Wetboek; dat, met toepassing van de retroactiviteit als bepaald in voormeld artikel 107, deze wettelijke afstamming bestaat vanaf de datum van de geboorte; dat, daar sedert de geboorte de afstamming ten aanzien van de moeder wettelijk vaststaat, het statuut van T.C. overeenstemt met dat van een wettelijk kind, zoals dit vóór de wet van 31 maart 1987 bestond en als dusdanig in de wetteksten was geregeld en meer bepaald in artikel 13, § 1, 1°, van de Arbeidsongevallenwet van 10 april 1971; dat de wet van 31 maart 1987 geen termen als wettelijk kind of natuurlijk kind meer gebruikt, aangezien het onderscheid onder hen niet meer wordt gemaakt; dat T.C., die geboren werd vóór het overlijden van de getroffene, derhalve als «wettelijk kind» in de zin van artikel 13, § 1, 1°, van de Arbeidsongevallenwet dient te worden beschouwd en dan ook gerechtigd is op de door dat artikel toegekende rente; dat dientengevolge, door de retroactieve kracht van het wettelijk statuut van T.C., geen wijziging gebracht dient te worden in de gehomologeerde overeenkomst, aangezien de rechten die daarin werden vastgelegd, met de wettelijke bepalingen van artikel 13, § 1, 1°, van de Arbeidsongevallenwet overeenstemmen,

...

Overwegende dat, krachtens artikel 13, § 1, van de Arbeidsongevallenwet, wanneer de getroffene ten gevolge van het arbeidsongeval overlijdt, de kinderen die wees zijn van vader of moeder, een rente ontvangen «zo zij: 1° wettelijke kinderen zijn, geboren of verwekt vóór het overlijden van de getroffene; (...) 3° natuurlijke kinderen zijn door de getroffene of zijn echtgenoot vóór zijn overlijden erkend»;

Overwegende dat artikel 107, eerste lid, van de wet van 31 maart 1987 bepaalt dat deze wet van toepassing is op de kinderen geboren vóór haar inwerkingtreding en die nog in leven zijn op dat ogenblik, zonder dat daaruit evenwel enig recht in de voordien opengevallen erfenissen kan volgen;

Dat, luidens het tweede lid van voormeld artikel, evenwel niet kan worden betwist «de geldigheid van de handelingen en verdelingen die zijn verricht vóór de inwerkingtreding van deze wet en die een buitenechtelijk kind meer rechten hebben toegekend dan die welke het bij de door deze wet opgeheven bepalingen had gekregen»;

Overwegende dat de begrippen «wettig kind» en «natuurlijk kind» ingevolge de wet van 31 maart 1987 naar Belgisch recht onbestaanbaar zijn;

Dat die wet derhalve in artikel 13 van de Arbeidsongevallenwet de woorden «wettelijke» en «wettige» heeft geschrapt en de bepalingen betreffende de natuurlijke kinderen, inzonderheid § 1, 3°, impliciet heeft opgeheven; dat deze bepalingen dus «door deze wet opgeheven bepalingen» zijn in de zin van artikel 107, tweede lid, van de wet van 31 maart 1987;

Overwegende dat het arbeidshof vaststelt dat de vóór de inwerkingtreding van de wet van 31 maart 1987 gehomologeerde overeenkomst een arbeidsongevallenrente heeft toegekend aan de dochter van verweerster, hoewel zij een

natuurlijk kind was dat pas na het overlijden van de getroffene was erkend; dat zij dus geen aanspraak op rente had met toepassing van artikel 13, § 1, 3°, van de Arbeidsongevallenwet;

Dat het arbeidshof eveneens vaststelt dat de overeenkomst aan de dochter, wier afstamming van moederszijde, overeenkomstig de wet van 31 maart 1987, sedert haar geboorte wettig vaststaat, een rente toekent die, met toepassing van artikel 13, § 1, 1°, van de Arbeidsongevallenwet, aan de «wettelijke kinderen» wordt verleend;

Overwegende dat uit deze vaststellingen volgt dat de gehomologeerde overeenkomst aan het buitenechtelijk kind van verweerster meer rechten heeft toegekend dan die welke het bij de door de wet van 31 maart 1987 opgeheven bepalingen van artikel 13, § 1, 3°, van de Arbeidsongevallenwet had gekregen;

Dat, krachtens artikel 107, tweede lid, van de wet van 31 maart 1987, de geldigheid van deze overeenkomst niet wegens het toekennen van meer rechten kan worden betwist;

Dat, in zoverre eiseres aanvoert dat de nietigheid van de overeenkomst niet wordt gedekt door artikel 107, tweede lid, van de wet van 31 maart 1987, het middel faalt naar recht;

Overwegende, voor het overige, dat de beslissing van het arbeidshof dat «er geen wijziging gebracht dient te worden in de gehomologeerde overeenkomst», op grond van de laatstgenoemde wetsbepaling, waarop de beslissing niet steunt, naar recht verantwoord is;

...

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 18 OKTOBER 1990

Voorzitter: de h. Sace

Rapporteur: de h. Verheyden

Openbaar ministerie: de h. Piret

Geneeskunde – Apotheker – Wachtdienst – Regels van de plichtenleer

Hoewel hij niet heeft ingestemd met de door een beroepsgroepering goedgekeurde overeenkomst over een wachtdienst, de sluitingsuren van de officina's en de vakantieperiodes, kan een apotheker de regels van de plichtenleer overtreden wanneer hij, zonder wettige reden of met misbruik van zijn recht om zijn beroep vrij uit te oefenen, de toepassing van zodanige overeenkomst bemoeilijkt door zich systematisch te onthouden van de noodzakelijke confraternele samenwerking.

D. t/ Orde van Apothekers

Gelet op de bestreden beslissing, op 13 april 1989 gewezen door de raad van beroep van de Orde van Apothekers, met het Frans als voertaal;

Over het eerste middel: schending van de artikelen 9, § 1, van het koninklijk besluit nr. 78 van 10 november 1967 betreffende de geneeskunst, de uitoefening van de daaraan verbonden beroepen en de geneeskundige commissies, 6, 2°, 13, eerste lid, van het koninklijk besluit nr. 80 van 10 november 1967 betreffende de Orde van Apothekers, 1319, 1320, 1322 en 1165 van het Burgerlijk Wetboek,

doordat de raad van beroep oordeelt dat de overeenkomstig artikel 9, § 1, van het koninklijk besluit nr. 78 gesloten overeenkomsten» noodzakelijk zijn om regelingen in verband met de wachtdienst voor de week-ends en voor de jaarlijkse vakantie te treffen tussen de apothekers die hun beroep in een zelfde streek of gewest uitoefenen met als gevolg dat zij alle voorschriften van de regeling voor de wachtdienst strikt naleven; dat zij dus voor alle betrokken apothekers geldt, als een belangrijke meerderheid die wachtdiensten heeft geregeld; dat zulks te dezen het geval is; dat het beginsel van de relativiteit van de overeenkomsten dus te dezen niet is miskend; dat dit beginsel niet kan worden toegepast; dat de beslissingen van de betrokken apothekers in werkelijkheid regelingen zijn van groeperingen van apothekers die overeenkomstig artikel 9 van voormeld koninklijk besluit nr. 78 zijn ingesteld en geen overeenkomsten in de betekenis van het Burgerlijk Wetboek; dat de apotheker D., door de uit die regelingen voortvloeiende verplichtingen niet te willen naleven, grovelijk de plichtenleer van de apothekers geschonden heeft, enerzijds, doordat hij wederrechtelijk in Q. een officina heeft opengehouden die gesloten diende te zijn van 27 juli tot 8 augustus 1987, en, anderzijds, doordat hij zijn officina in H. niet heeft gesloten, hoewel zij in 1987 gedurende drie weken tijdens de jaarlijkse vakantie gesloten had moeten zijn».

terwijl, eerste onderdeel, de wachtdiensten en -rollen die de representatieve beroepsverenigingen van apothekers en de groeperingen van apothekers volgens artikel 9, § 1, van het koninklijk besluit nr. 78 mogen instellen, tot doel hebben een regelmatige en behoorlijke toediening van de gezondheidszorg te waarborgen en die groeperingen op grond daarvan de apothekers, die hun officina wensen open te houden, niet kunnen verplichten ze te sluiten (schending van artikel 9, § 1, van het koninklijk besluit nr. 78);

...

Wat het eerste onderdeel betreft:

Overwegende dat, overeenkomstig artikel 9, § 1, van het koninklijk besluit nr. 78 van 10 november 1967, de representatieve verenigingen van de in de artikelen 2, 3 en 4 van hetzelfde besluit bedoelde beoefenaars of de te dien einde opgerichte groeperingen, het recht hebben om, teneinde aan de bevolking een regelmatige en behoorlijke toediening van de gezondheidszorgen te waarborgen, overeenkomsten goed te keuren tot regeling van de wachtdienst, de sluitingsuren en de vakantieperiodes;

Overwegende dat de apotheker, hoewel hij niet heeft ingestemd met de door een beroepsgroepering goedgekeurde overeenkomst over een wachtdienst, de sluitingsuren van de officina en de vakantieperiodes, de regels van de plichtenleer kan overtreden, wanneer hij zonder wettige reden of met misbruik van zijn recht om zijn beroep vrij uit te oefenen, door zich systematisch te onthouden van de noodzakelijke confraternele medewerking, de toepassing van zodanige overeenkomst heeft bemoeilijkt;

Dat het onderdeel faalt naar recht;

...

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER – 29 OKTOBER 1990

Voorzitter: de h. Rauws

Rapporteur: mevr. Bacté-Swinnen

Openbaar ministerie: de h. Lenaerts

Advocaten: mrs. Dassesse en Geinger

Arbeidsovereenkomst – Einde – Opzegging – Termijn – Berekening – Dienstverband – Dezelfde werkgever – Begrip

De opzeggingstermijn wordt vastgesteld volgens de jaren ononderbroken dienst bij dezelfde werkgever. Het dienstverband met de werkgever wordt niet onderbroken wanneer tijdens de loop van een door de werknemer gedane opzegging een tweede arbeidsovereenkomst wordt aangegaan.

N.V. S. t/ D.

Gelet op het bestreden arrest, op 2 juni 1989 door het Arbeidshof te Antwerpen gewezen;

...

Overwegende dat de opzeggingstermijn wordt vastgesteld volgens de jaren ononderbroken dienst bij dezelfde werkgever op het ogenblik dat de opzegging ingaat;

Dat, wanneer partijen achtereenvolgens door twee arbeidsovereenkomsten zijn gebonden, het dienstverband niet wordt onderbroken door de omstandigheid dat de eerste arbeidsovereenkomst door de bediende werd opgezegd en dat tijdens de lopende opzeggingstermijn een tweede arbeidsovereenkomst werd aangegaan;

...

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER – 29 OKTOBER 1990

Voorzitter-rapporteur: de h. Rauws

Openbaar ministerie: de h. Lenaerts

Advocaten: mrs. Delahaye en Nelissen Grade

1. Verjaring – Stuiting – Recht van de schuldeiser – Geding – Stilzwijgende erkenning – Duur – 2. Sociaal statuut zelfstandigen – Bijdragen – Bedrijfsinkomsten – Refertejaar – Inkomsten vóór onderwerping

1. De feitenrechter stelt, in beginsel, op onaantastbare wijze vast dat een handeling van een schuldenaar de stilzwijgende erkenning inhoudt van het recht van de schuldeiser tegen wie de verjaring loopt.

Uit de aard van de schulderkenning en de omstandigheden waarin ze gebeurt, kan volgen dat het stuitend effect ervan zich over een bepaalde tijdsspanne uitstrekt.

2. De krachtens art. 11, §§ 1 en 2, Sociale-Zekerheidswet Zelfstandigen door een bijdrageplichtige voor een bepaald jaar verschuldigde bijdragen worden uitgedrukt in een percentage van de bedrijfsinkomsten die hij als zelfstandige heeft verkregen en die betrekking hebben op het refertejaar omschreven in § 2,

tweede lid. De aldus vastgestelde bedrijfsinkomsten uit een zelfstandige beroepsbezigheid komen ook in aanmerking wanneer de betrokken zelfstandige of helper-zelfstandige niet onder de Sociale-Zekerheidswet Zelfstandigen viel op het tijdstip dat hij de inkomsten verkreeg.

V. t/ V.Z.W. De Nationale Sociale Verzekeringskas voor Middenstand en Beroepen

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

Over het eerste middel (...)

Overwegende dat de feitenrechter op onaantastbare wijze vaststelt dat een handeling van een schuldenaar de stilzwijgende erkenning inhoudt van het recht van de schuldeiser tegen wie de verjaring loopt, voor zover hij het rechtsbegrip stilzwijgende erkenning niet miskent;

Overwegende dat het arrest uit de vaststelling dat eiser in zijn verzoekschrift van 21 oktober 1981 voor de arbeidsrechtbank niet betwistte dat hij regularisatiebijdragen verschuldigd was maar enkel een andere berekeningswijze vooropstelde, wettig heeft kunnen afleiden dat eiser aldus het recht van verweerster op bijdragen stilzwijgend erkende;

...

Overwegende dat, wanneer de loop van de verjaring wordt gestuit doordat de schuldenaar het recht van de schuldeiser stilzwijgend erkent, de verjaringstermijn in de regel opnieuw aanvangt de dag na de erkenning; dat evenwel uit de aard van de erkenning en de omstandigheden waarin ze gebeurt, kan volgen dat het stuitend effect ervan zich over een bepaalde tijdsspanne uitstrekt;

Overwegende dat het arrest vaststelt dat eiser in het door hem ingestelde geding stilzwijgend het recht van verweerster op bijdragen voor het sociaal statuut der zelfstandigen heeft erkend; dat het arrest daaruit wettig heeft kunnen afleiden dat de stuiting van de verjaring van verweersters vordering van verschuldigde bijdragen heeft geduurd totdat de arbeidsrechtbank bij vonnis van 2 mei 1983 uitspraak in het geding heeft gedaan;

Over het tweede middel (...)

Overwegende dat het arrest aanneemt dat eiser vóór 1 januari 1978 de beroepsbezigheid van helper-zelfstandige uitoefende en dat hij in de loop van 1978 twintig jaar werd; dat het oordeelt dat eiser, ingevolge artikel 7, 2°, van de Sociale-Zekerheidswet Zelfstandigen, vanaf 1 januari 1978 onder die wet viel en bijdrageplichtig was;

Dat het arrest, met toepassing van artikel 11, § 4, van voormelde wet, de verschuldigde bijdragen vaststelt overeenkomstig het bepaalde in artikel 41, § 2, van het koninklijk besluit van 19 december 1967, genomen ter uitvoering van de bedoelde sociale-zekerheidswet, op grond dat het ten aanzien van eiser onmogelijk is de verschuldigde bijdragen te berekenen op basis van de bedrijfsinkomsten van de in § 2 van artikel 11 van de Sociale-Zekerheidswet Zelfstandigen bedoelde referentiejaren, omdat, volgens die bepaling, die referentiejaren alleen in aanmerking mogen worden genomen voor zover de bedrijfsinkomsten die erop betrekking hebben, verkregen werden op een tijdstip dat de belangheb-

bende reeds aan de bedoelde sociale-zekerheidswet onderworpen was;

Overwegende dat de te dezen toepasselijke tekst van artikel 11, § 1 en § 2, eerste en tweede lid, van de Sociale-Zekerheidswet Zelfstandigen luidt: «§ 1. De bijdragen van de onderworpenen worden uitgedrukt in een percentage van de bedrijfsinkomsten. — § 2 (eerste lid) Onder bedrijfsinkomsten in de zin van § 1 dient verstaan de brutobedrijfsinkomsten, verminderd met de bedrijfsuitgaven en- lasten en, eventueel, met de bedrijfsverliezen, vastgesteld overeenkomstig de wetgeving betreffende de inkomstenbelasting, die de onderworpenen als zelfstandige heeft genoten. — (tweede lid) De berekening van de voor een bepaald jaar verschuldigde bijdragen geschiedt op basis van de bedrijfsinkomsten in de zin van het vorig lid, die betrekking hebben op het aanslagjaar waarvan het jaartal verwijst naar het tweede kalenderjaar dat onmiddellijk datgene voorafgaat waarvoor de bijdragen verschuldigd zijn»;

Dat § 4 van hetzelfde wetsartikel bepaalt: «De Koning bepaalt hoe de bijdragen worden berekend wanneer het, ingevolge aanvang of hervatting van beroepsbezigheid, onmogelijk is deze te berekenen op basis van de inkomsten van het in § 2 bedoeld referentejaar. — (tweede lid) Met dit doel bepaalt hij nader wat, in de zin van deze paragraaf, dient verstaan onder aanvang of hervatting van beroepsbezigheid»;

Overwegende dat, krachtens artikel 11, §§ 1 en 2, van de Sociale-Zekerheidswet Zelfstandigen, de bijdragen, die de bijdrageplichtige voor een bepaald jaar verschuldigd is, worden uitgedrukt in een percentage van de bedrijfsinkomsten die hij als zelfstandige heeft verkregen en die betrekking hebben op het referentejaar omschreven in § 2, tweede lid, van die wetsbepaling; dat artikel 11 niet bepaalt dat de aldus vastgestelde bedrijfsinkomsten uit een zelfstandige beroepsbezigheid alleen maar in aanmerking komen voor zover de betrokken zelfstandige of helper-zelfstandige onder de Sociale-Zekerheidswet Zelfstandigen viel op het tijdstip dat hij de inkomsten verkreeg;

...

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER — 21 DECEMBER 1990

Voorzitter: de h. Caenepeel

Rapporteur: de h. Rauws

Openbaar ministerie: de h. D'Hoore

Advocaat: mr. Vandebergh

Inkomstenbelastingen — Internationale Verdragen — Nederlands-Belgische Overeenkomst van 19 oktober 1970, art. 3, § 2 — Draagwijdte

Art. 3, § 2, van de Nederlands-Belgische Overeenkomst van 19 oktober 1970 tot het vermijden van dubbele belasting laat de bevoegdheid van de verdragsstaten om het object van de belastingheffing te bepalen of te wijzigen onverkort.

Belgische Staat t/ F.

Conclusie van de advocaat-generaal G. D'Hoore

Verweerder, die Nederlands rijksinwoner is, ontving in het jaar 1979, als werkend vennoot van een in België gevestigde personenvennootschap, een bezoldiging die door de Belgische fiscale administratie werd belast als inkomsten die door een niet-verblijfhouder op het Belgisch grondgebied werden genoten.

Zijn bezwaarschrift tegen die aanslag werd door de directeur der directe belastingen afgewezen. Verweerders voorziening bij het Hof van Beroep te Brussel werd evenwel, bij het hier bestreden arrest, ontvankelijk en gegrond verklaard. Dat arrest beslist dat de Belgische fiscale administratie ter zake geen heffingsbevoegdheid heeft.

Die heffingsbevoegdheid wordt geregeld door de Overeenkomst tussen de Regering van het Koninkrijk België en de Regering van het Koninkrijk der Nederlanden tot het vermijden van dubbele belasting, ondertekend te Brussel op 19 oktober 1970, en bekrachtigd, wat het Koninkrijk België betreft, door de wet van 16 augustus 1971 die op 1 oktober 1971 in werking is getreden (*B.S.*, 25 september 1971, blz. 11096).

De Belgische fiscale administratie beriep zich op artikel 7 van de Overeenkomst dat, in zoverre te dezen van belang, luidt als volgt: «Ondernemingswinst. § 1. Voordelen van een onderneming van een van de Staten zijn slechts in die Staat belastbaar, tenzij de onderneming in de andere Staat haar bedrijf uitoefent met behulp van een aldaar gevestigde vaste inrichting. Indien de onderneming aldus haar bedrijf uitoefent, mogen de voordelen van de onderneming in de andere Staat worden belast, maar slechts in zoverre als zij aan de vaste inrichting kunnen worden toegerekend.»

Het hof van beroep oordeelde dat verweerder niet als een onderneming in de zin van de voormelde bepaling kon worden beschouwd en dat zijn bezoldiging evenmin kon worden aangemerkt als behorend tot de daarin bedoelde voordelen van een onderneming van België.

Het middel gaat ervan uit dat het geschil inderdaad betrekking heeft op de winsten of voordelen, aanslagjaar 1980, van een vennootschap die in de zin van voormeld artikel als een onderneming van België aan te merken is. Het brengt evenwel tegen het bestreden arrest in dat aan de begrippen ondernemingswinsten en voordelen van een onderneming de betekenis dient te worden gegeven die ze hadden in het Belgische belastingrecht ten tijde van de inwerkingtreding van de Overeenkomst en dat toen de inkomsten van werken- de vennoten nog als ondernemingswinsten of voordelen van een onderneming werden aangemerkt.

De eerste en voornaamste bron van het conventioneel fiscaal recht is in de Overeenkomsten zelf te vinden.

De overeenkomsten regelen echter niet alles. De verdragen tot voorkoming van de internationale dubbele belasting beperken er zich over het algemeen toe de heffingsbevoegdheid toe te wijzen aan een of aan beide verdragsluitende Staten.

De uitdrukkingen «ondernemingswinst» en «voordelen van een onderneming» worden in artikel 7 niet nader omschreven. Ze komen ook niet voor in het aan de begripsbepalingen gewijde Hoofdstuk II van de Overeenkomst. Derhalve geldt de regel neergelegd in artikel 3, § 2, volgens welke voor de toepassing van de Overeenkomst door elk van de

Staten, tenzij het zinsverband anders vereist, elke niet anders omschreven uitdrukking de betekenis heeft welke die uitdrukking heeft volgens de wetten van die Staat met betrekking tot de belastingen die het onderwerp van de Overeenkomst uitmaken.

Ontbreekt in de Overeenkomst een begripsomschrijving, dan wordt derhalve aan het begrip de betekenis toegekend welke het heeft volgens het nationale recht van de desbetreffende verdragsstaat. Alleen indien de aldus gevonden betekenis in strijd is met de context waarin de uitdrukking in het verdrag wordt gebruikt, prevaleert de uit die context voortvloeiende betekenis (zie Van Raad C., «Belastingverdragen: effect en uitlegging, in het bijzonder wat betreft personen met dubbele vestigingsplaats», *Gentse Geschriften over fiscaal recht en fiscaliteit*, 1989, (red.) S. Van Crombrugge en P. Beghin, blz. 46).

Als bestanddelen van die context gelden o.m. het officiële O.E.S.O.-Commentaar en de doelstelling van het verdrag zoals die uit titel en preambule van het verdrag blijkt.

Artikel 3, § 2, van de Overeenkomst doet evenwel geen afbreuk aan de vrijheid van de verdragsstaten om hun nationale wetgeving en diens gevolg ook de erin voorkomende kwalificaties, waarnaar verwezen wordt, te wijzigen.

Dat aan die vrijheid in het kader van de Overeenkomst niet te twijfelen valt, blijkt met name uit artikel 2, § 4, luidens hetwelk de Overeenkomst ook van toepassing is op alle gelijke of in wezen gelijksoortige belastingen die in de toekomst naast of in de plaats van de bestaande belastingen worden geheven en de bevoegde autoriteiten van de Staten elkaar alle wettelijke wijzigingen die in hun onderscheiden belastingwetten zijn aangebracht, mededelen.

Het is trouwens een kenmerk van het conventioneel fiscaal recht dat de overeenkomsten geen invloed hebben op de kwalificatie die door de nationale wetgever aan de inkomsten wordt toegekend (Claeys-Bouuaert I., «Verdragen tot voorkoming van de internationale dubbele belasting: hoofd-trekken en leemten», *Liber Amicorum Frédéric Dumon*, Kluwer, II, blz. 1014; Lagae J.P., «Noties van internationaal fiscaal recht in verband met personen en ondernemingen», *T.P.R.*, 1982, 190; Vogel K., «La clause de renvoi de l'article 3, § 2, Modèle de Convention de l'O.C.D.E.», *Réflexions offertes à Paul Sibille*, Brussel, Bruylant, 1981, blz. 963).

Daar het niet de Overeenkomst is die de belastbaarheid invoert, maar deze uit de interne wetgeving moet blijken, kan het niet anders dan dat de belastbaarheid van de bedoelde inkomsten moet worden beoordeeld overeenkomstig de ten tijde van het genieten dezer naar intern recht in acht te nemen kwalificatie.

Op grond van die kwalificatie van de nationale wet is het dat de belastingplicht wordt bepaald. Alvorens tot de heffing kan worden besloten, dient dan nog te worden nagegaan of de Overeenkomst aan de toepassing van de nationale regels niet in de weg staat, doordat ze met name omtrent het desbetreffend inkomstenbestanddeel een eigen regel zou bevatten.

De vraag of de door verweerder als werkend vennoot van een onderneming van België genoten maandelijks vergoedingen kunnen worden gerangschikt onder de uitdrukkingen «ondernemingswinst» en «voordelen van een onderneming» dient hoe dan ook beantwoord te worden in het licht van de op het ogenblik dat die inkomsten werden genoten van kracht zijnde nationale wetgeving.

Dat daarbij, zoals door het middel gesteld, de kwalificatie zou moeten worden gehanteerd die van kracht was ten tijde van de inwerkingtreding van de Overeenkomst, berust m.i. op een onjuiste rechtsopvatting.

Conclusie: Verwerping.

Arrest

Gelet op het bestreden arrest, op 12 september 1989 door het Hof van Beroep te Brussel gewezen;

Over het middel: schending van de artikelen 3, § 2, 7 en 22 van de Overeenkomst tussen de Regering van het Koninkrijk België en de Regering van het Koninkrijk der Nederlanden tot het vermijden van dubbele belasting op het gebied van belastingen naar het inkomen en naar het vermogen en tot het vaststellen van enige regelen verband houdende met de belastingheffing en van het Protocol ondertekend te Brussel op 19 oktober 1970, bekrachtigd, wat het Koninkrijk België betreft, door de wet van 16 augustus 1971 en in werking getreden op 1 oktober 1971,

doordat het arrest beslist: dat artikel 7 van bewust verdrag evenwel betrekking heeft op «ondernemingswinst», zijnde de voordelen die een ondernemer, natuurlijke of rechtspersoon, uit zijn onderneming verkrijgt; dat in casu de ondernemer de afzonderlijke rechtspersoon is, te weten de P.V.B.A. waarvan verzoeker werkende vennoot is; dat geen steun vindt in de tekst van de Overeenkomst de stelling van de administratie, die «bij ontstentenis van specifieke verdragsbepalingen ter zake», stelt dat de werkende vennoot een ondernemer is in de zin van het dubbelbelastingverdrag, en meer bepaald dat een in Nederland woonachtige werkende vennoot van een Belgische rechtspersoon een Nederlandse ondernemer is, die in België zijn bedrijf uitoefent met behulp van een vaste inrichting, evenmin trouwens als de stelling dat de bezoldiging van werkende vennoten in ieder geval te beschouwen is als «voordelen die het resultaat zijn van de werkzaamheden van een onderneming, ongeacht de persoon ten name van wie de voordelen op grond van de interne Belgische wetgeving worden belast» en derhalve op grond van hetzelfde artikel 7 D.B.V. in België mogen worden belast als «voordelen van een onderneming die haar bedrijf in België uitoefent en in Nederland niet beschikt over een vaste inrichting voor de uitoefening van haar bedrijf aldaar»; dat de ontstentenis van specifieke verdragsbepalingen ter zake (de toepasselijkheid van artikel 16 D.B.V. wordt niet aangevoerd, noch het vervuld zijn van de voorwaarde daartoe aangetoond), geenszins «het principe van de toewijzing van het recht van belastingheffing aan één van beide overeenkomstsluitende Staten» in de weg staat, aangezien artikel 22 van het verdrag in een dergelijk geval heffingsbevoegdheid verleent aan de Staat waar de genietter van dergelijke, niet door specifieke verdragsbepalingen geviseerde inkomsten woont,

terwijl de draagwijdte van de onderscheiden artikelen van de overeenkomst tussen België en Nederland, en inzonderheid van de heffingsbevoegdheid waarvan sprake is in artikel 7 van die overeenkomst, moet worden geïnterpreteerd in het kader van de wil die de verdragsluitende partijen hadden op het ogenblik dat de overeenkomst gesloten werd, en uit de wil van de beide partijen uitgedrukt in artikel 7, geïnterpreteerd krachtens artikel 3, § 2, van de overeenkomst en van de toenmalige tekst van artikel 20, 1°, W.I.B., duidelijk blijkt

dat de beide partijen destijds de heffingsbevoegdheid met betrekking tot de ondernemingswinst uitgekeerd aan de deelgenoten wegens hun persoonlijke arbeid in de schoot van de vennootschap in het beoogde geval aan België hadden toegewezen, zodat zonder een wijziging van de Overeenkomst geen afbreuk kan worden gedaan aan de bevoegdheidstoewijzing die destijds in artikel 7 van de overeenkomst werd vastgelegd, zelfs niet in het geval dat door artikel 15 van de wet van 5 januari 1976 houdende budgettaire voorstellen aan de bezoldigingen van werkende vennoten een nieuwe rangschikking in het kader van artikel 20 W.I.B. is toegewezen; zodat het arrest, door te beslissen dat er in de overeenkomst geen specifieke bepalingen met betrekking tot de inkomsten van werkende vennoten voorkomen, artikel 7 van die overeenkomst, geïnterpreteerd overeenkomstig artikel 3, § 2, van dezelfde overeenkomst, over het hoofd ziet en dan ook ten onrechte beslist dat de inkomsten onder het bepaalde vielen van artikel 22 van dezelfde overeenkomst (schending van de artikelen 3, § 2, 7 en 22 van het dubbelbelastingverdrag tussen België en Nederland):

Overwegende dat het arrest vaststelt dat eiser heeft aangevoerd dat het geschil betreft de winsten of voordelen, aanslagjaar 1980, van een onderneming die, in de zin van het Belgisch-Nederlands belastingverdrag van 19 oktober 1970 als een onderneming van België is aan te merken;

Overwegende dat, onder de titel «Ondernemingswinst», artikel 7, § 1, van bedoeld verdrag, voor zover hier van belang, bepaalt: «Voordelen van een onderneming van een van de Staten zijn slechts in die Staat belastbaar»;

Overwegende dat het verdrag de betekenis van de uitdrukkingen «ondernemingswinst» en «voordelen van een onderneming» niet omschrijft, en uit het zinsverband waarin ze worden gebruikt, geen bepaalde betekenis valt af te leiden;

Dat de bedoelde uitdrukkingen derhalve, ingevolge het bepaalde in artikel 3, § 2, van het verdrag, de betekenis hebben die ze hebben in de Staat van de onderneming, te dezen België;

Overwegende dat de bepalingen van de artikelen 2, inzonderheid § 4, 7, § 1, en 3, § 2, van het Belgisch-Nederlands belastingverdrag aantonen dat, volgens de wil van de verdragsluitende partijen, de omschrijving van het begrip winsten van ondernemingen van België tot de uitsluitende bevoegdheid van de Belgische nationale wetgever behoort; dat het verdrag aldus de bevoegdheid van de Belgische wetgever om ter zake het object van de belastingheffing te bepalen of te wijzigen onverkort laat, met dien verstande dat daardoor geen afbreuk wordt gedaan aan de bepalingen in andere artikelen van het belastingverdrag waarin inkomstenbestanddelen afzonderlijk worden behandeld;

Dat het middel, dat berust op de stelling dat de Belgische wetgever, ingevolge de artikelen 3, § 2, en 7 van het verdrag, vorenbedoelde bevoegdheid niet heeft behouden, faalt naar recht;

...

RAAD VAN STATE

4e KAMER — 8 NOVEMBER 1988

Voorzitter : de h. Baeteman

Staatsraden : de hh. Borret en De Brabandere (rapporteur)

Auditeur : de h. Vandendriessche

Raad van State — Onwettige afwezigheid van een ambtenaar — Inhouding van wedde — Geen tuchtsanctie — Hoorplicht

Indien een ambtenaar onwettig afwezig is, kan een deel van zijn wedde worden ingehouden. Deze maatregel is geen tuchtsanctie, zodat de tuchtrechtelijke rechten van verdediging niet moeten worden gerespecteerd, maar de betrokkene moet wel de gelegenheid worden geboden om ter zake zijn standpunt naar voren te brengen.

V. t/ Gemeente D.
Arrest nr. 31.296

Gezien het verzoekschrift dat V. op 10 juli 1984 heeft ingediend om de vernietiging te vorderen van de beslissing van het college van burgemeester en schepenen van de gemeente D., waarbij het beroofd wordt van zijn wedde voor een periode van vijftien werkdagen, en om de betaling te bevelen van de hem onthouden wedde :

...

Over de bevoegdheid van de Raad van State

2. Overwegende dat verzoeker een beslissing van het college van burgemeester en schepenen aanvecht waarbij wordt vastgesteld dat verzoeker een aantal dagen zijn dienst niet heeft volbracht en daaraan de gevolgtrekking wordt verbonden dat hem voor die dagen geen wedde verschuldigd is ; dat die beslissing het oordeel inhoudt dat voor de vastgestelde afwezigheden geen geldige reden was, welk oordeel, onder voorbehoud van wettigheidstoetsing, aan de administratieve overheden toekomt ; dat die beslissing eveneens geacht moet worden verzoeker voor de bewuste dagen in de stand non-activiteit te hebben geplaatst, daar de gemeenteraad van de vroegere gemeente Wakken destijds haar personeel onderworpen had aan de verlofregeling geldende voor het rijkspersoneel, luidens welke een ambtenaar die zonder toestemming afwezig is van rechtswege in de stand non-activiteit wordt geplaatst ; dat het geschil derhalve geen betrekking heeft op de erkenning van een subjectief recht op wedde, zodat de Raad van State bevoegd is om kennis te nemen van de hoofdvordering ; dat hij echter niet bevoegd is om het bestuur te bevelen de aan verzoeker onthouden wedde uit te betalen ;

Over de gegrondheid van het beroep

3.1. Overwegende dat verzoeker in een eerste middel aanvoert dat de bestreden beslissing een verkapte tuchtsanctie uitmaakt en tot staving daarvan betoogt :

«A. Ik werd niet opgeroepen om terzake gehoord te worden.

B. Ik kreeg nooit inzage van het dossier.

C. Deze beslissing werd me nooit betekend (G.W. Tollenaere, boek I, blz. 762).

D. Er is geen enkele onwettige afwezigheid geweest.

E. Er wordt me verhinderd dit te bewijzen, aangezien burgemeester en secretaris weigeren kopie of inzage te verlenen van de dagelijkse aanwezigheidslijsten over deze periode.

F. Met mijn schrijven van 22.10.1983 heb ik tussenkomst gevraagd van de gouverneur om me deze stukken te bezorgen ; dit bleef echter zonder enig gevolg.

G. Ingeval er ongewettigde afwezigheid zou geweest zijn van totaal 15 werkdagen in 1983, kon dit verrekend worden op mijn verlofkrediet 1983. Ik heb echter mijn saldo verlof einde 1983 opgenomen, aangezien ik er volgens het schrijven van de gouverneur dd. 3.11.1983 (1.3 A.S.) wél recht op heb.

H. Het gaat niet op dat, wanneer de zitdagen in kwestie reeds maandenlang iedere week gehouden worden, deze plots met terugwerkende kracht allemaal onwettige afwezigheden zijn, zonder enige voorafgaande bemerking of schriftelijke aanmaning.

I. Attesten van notoire personen, welke tevens op de genoemde zitdagen aanwezig waren, staven de werkelijkheid van de feiten.

J. De beslissing van het schepencollege van 20.1.1984, waarop zou gebaseerd worden om weddeafhoudingen uit te voeren, vertoont vormgebreken. Het volledig beslissend gedeelte vermeldt inderdaad alleenlijk letterlijk het volgende : 'Beslist, die beslissing van 16 december niet aldus toe te passen, maar de procedure te volgen welke door de heer provinciegouverneur is voorgeschreven in zijn voormelde brief.'

Deze beslissing houdt dus alleen in dat :

— het college zijn beslissing van 16.12.1983 (betreffende mijn weddeberoving ?) intrekt, en dat dit college nu een nieuwe procedure zal volgen, volgens regels door de gouverneur voorgesteld.

— voor het toepassen van een 'sanktie' dient er dus een nieuwe beslissing genomen te worden, hetgeen niet gebeurd is.

K. Ik krijg geen inzage van de stukken van het dossier.

L. De beroving van wedde mag niet aan gemeenteambtenaren opgelegd worden, tenzij als gevolg van een schorsing (De Tollenaere, boek I, blz. 737 en 781)»

3.2. Overwegende dat geen der door verzoeker aangebrachte argumenten op zichzelf volstaat om aan te tonen dat de verwerende partij de bedoeling had aan verzoeker een tuchtsanctie op te leggen ;

3.2.1. Overwegende dat het horen van de ambtenaar en het ter inzage leggen van het dossier substantiële formaliteiten zijn welke bij het instellen van een tuchtvordering moeten worden nageleefd, doch dat uiteraard uit hun naleving niet noodzakelijk volgt dat de overheid het voornemen heeft een tuchtsanctie op te leggen ; dat zulks evenmin volgt uit de omstandigheid dat de beweerdde tuchtsanctie een andere beslissing introk zonder er — zoals verzoeker beweert — iets anders voor in de plaats te stellen ; dat het gebrek aan betekening van de bestreden handeling wel van belang is ten aanzien van het ingaan van de termijn om bij de Raad van State een beroep in te stellen, doch geen invloed heeft op de regelmatigheid van de handeling zelf ; dat, zelfs indien het bestaan van de feiten welke tot de bestreden beslissing geleid hebben niet naar genoegen van recht bewezen was, of indien die feiten geen onregelmatig karakter vertoonden, of nog indien zij verjaard waren, daaruit nog niet

volgt dat de verwerende partij, doordat zij zich bij het beoordelen van de feiten vergist heeft, noodzakelijk geacht moet worden een tuchtstraf te hebben opgelegd in een aangelegenheid waar het haar vrijstond een andere maatregel te nemen; dat immers op dat laatste argument van verzoeker moet worden geantwoord dat het bestuur steeds vermog de ambtenaar die onwettig afwezig is een inhouding van wedde op te leggen welke geen tuchtstraf is, zelfs indien geen bepaling uit het betreffende personeelsstatuut haar dat zou toelaten, daar volgens een algemeen rechtsbeginsel een ambtenaar slechts recht heeft op wedde als hij zijn dienst volbrengt;

3.2.2. Overwegende dat, wijl een verkapte tuchtsanctie in feite een vorm van machtsafwendings is, zij, zoals haar naam het trouwens aangeeft, in de regel vermomd wordt als een ander soort van rechtshandeling; dat het bestaan van het oogmerk om een tuchtsanctie op te leggen derhalve uit andere, ogenschijnlijk niet rechtstreeks met de bestreden handeling verband houdende gegevens moet worden afgeleid en meer bepaald uit de onderlinge samenhang van die gegevens; dat verzoekers argumenten ook uit dat oogpunt moeten worden onderzocht;

3.2.3. Overwegende dat, zoals uit de gegevens van de zaak kan worden afgeleid, de oorsprong van de hele betwisting te vinden is in het feit dat verzoeker een voltijdse betrekking met een deeltijdse betrekking cumuleerde, dermate dat het hem onmogelijk of toch zeer moeilijk was beide betrekkingen naar behoren waar te nemen; dat het gemeentebestuur aanvankelijk gedoogde dat verzoeker een gedeelte van de uren welke hij normaal aan zijn hoofdfunctie moest besteden aan zijn nevenfunctie wijdde, tot de provinciegouverneur het aanmaande om verzoeker tot voltijds presteren te verplichten; dat het na de gemeenteraadsverkiezing van 1982 aantredende schepencollege aan die wens van de gouverneur heeft voldaan en maatregelen in die zin nam; dat het, door een uurregeling voor het gemeentepersoneel in te stellen en het een aanwezigheidslijst te laten ondertekenen, eerst de mogelijkheden schiep om te kunnen vaststellen of verzoeker zijn hoofdfunctie naar behoren vervulde; dat, nadat het na verloop van een zekere tijdsspanne had kunnen vaststellen dat verzoeker meermaals afwezig was, het schepencollege eerst twee maatregelen nam die, door de gouverneur als onregelmatig beschouwd, moesten worden ingetrokken en deze daarna verving door de thans bestreden maatregel van inhouding van wedde, die hem omzeggens door de provinciegouverneur gedictieerd werd; dat, gezien de leidende rol welke de gouverneur bij dit alles gespeeld heeft en mede in aanmerking genomen dat het gemeentebestuur zeer goed moest weten welke de eigenlijke reden was van verzoekers afwezigheden, in dat alles moeilijk het bewijs kan worden gevonden van het al dan niet verborgen gehouden opzet om verzoeker een tuchtsanctie op te leggen; dat inzonderheid moeilijk kan worden beweerd dat het schepencollege met verdachte geheimdoenerij te werk gegaan is, aangezien verzoeker niet onwetend kan zijn geweest van de reden waarom een uurregeling werd ingesteld en het ondertekenen van aanwezigheidslijsten werd opgelegd, hij ter rechtvaardiging van zijn afwezigheden een attest van de voorzitter van de raad voor maatschappelijk welzijn voorlegde, hij zelf wel wist op welke dagen hij afwezig was en, als er fouten begaan werden, deze veeleer aan het improviserenden optreden van het schepencollege dan aan kwaad opzet moeten worden gewe-

ten; dat, wat de afwezigheden zelf betreft, onder meer om het al dan niet periodiek en regelmatig karakter ervan te kunnen nagaan, zodat het niet was na ze maandenlang zonder meer genoteerd te hebben dat ze plotseling als onwettig werden beschouwd; dat het middel niet gegrond is;

4.1. Overwegende dat verzoeker als tweede middel, subsidiair, indien de bestreden beslissing niet als een tuchtmaatregel zou worden beschouwd, verklaart dat hij ook in die hypothese de ter staving van het eerste middel aangevoerde grieven handhaaft, met bijzondere nadruk op de weigering hem kennis te geven van het dossier, voornamelijk van de aanwezigheidslijsten;

4.2.1. Overwegende dat de maatregel van inhouding van wedde welke tegen verzoeker genomen werd, hem nadeel heeft berokkend en hij genomen werd op grond van een gegeven dat hem als een tekortkoming werd aangerekend, namelijk zijn onwettig geachte afwezigheden; dat, vooraleer die maatregel genomen werd, in beginsel aan verzoeker de gelegenheid moest worden gegeven om zijn standpunt ter zake naar voren te brengen; dat verzoeker van die mogelijkheid gebruik heeft kunnen maken, doordat hij op de betreffende aanwezigheidslijsten de redenen welke naar zijn oordeel zijn afwezigheid rechtvaardigden heeft kunnen noteren; dat weliswaar op één van de voorgelegde aanwezigheidslijsten geen uitleg over de afwezigheid van verzoeker voorkomt, doch dat, zelfs indien daaruit zou moeten worden afgeleid dat verzoeker die aanwezigheidslijst niet heeft gezien, hij moest weten dat hij over iedere afwezigheid uitleg kon verstrekken;

4.2.2. Overwegende dat, wijl hierboven uitgemaakt is dat de bestreden maatregel geen tuchtsanctie inhield, de eigenlijke rechten van verdediging geldende in tuchtzaken niet moesten worden gewaarborgd — het volstond zoals zoëven gezegd dat verzoeker zijn standpunt naar voren kon brengen — zodat verzoeker vóórleer de bestreden beslissing genomen werd niet speciaal moest worden opgeroepen om gehoord te worden en hem met het oog daarop ook geen inzage van het dossier moest worden verleend; dat, wat verzoekers grieven aangaande de kennisgeving van de bestreden beslissing, het plots als ongewettigd beschouwen van de gemaakte afwezigheden en het inhouden van wedde zonder tuchtsanctie betreft, dezelfde redenen gelden als die welke in verband met het eerste middel werden uiteengezet; dat, in tegenstelling tot wat verzoeker betoogt, de bestreden beslissing wel iets in de plaats stelt van de beslissing welke zij intrekt, daar uit haar bewoordingen zonder twijfel kan worden opgemaakt dat zij betrekking heeft op de effectieve inhouding van verzoekers wedde, doch ditmaal overeenkomstig de modaliteiten vastgesteld door de provinciegouverneur; dat verzoeker niet aantoonde dat die werkwijze, waarbij de afwezigheden niet verrekend werden met de verlofdagen, doch de wedde werd ingehouden, verkeerd was, te meer daar, zoals hiervoren reeds aangestipt, de regeling geldende voor het rijkspersoneel ter zake van toepassing was;

...

NOOT — *Tuchtrechtelijke en administratieve gevolgen van een onwettige afwezigheid*

Het beginsel van de continuïteit van de openbare dienst impliceert dat de ambtenaren de uitoefening van hun ambt niet mogen onderbreken zonder voorafgaande toestem-

ming. Een onwettige afwezigheid is dan ook een tuchtfout, zodat hiervoor een tuchtsanctie kan worden opgelegd¹. Voorbeelden van een onwettige afwezigheid zijn:

- de afwezigheid wegens ziekte die niet wordt gedekt door een medisch attest²;
- het niet-hervatten van het ambt na het verstrijken van een periode van tuchtrechtelijke schorsing³;
- het aanwenden van een vrijstelling van dienst voor andere doeleinden dan die waarvoor de vrijstelling is verleend⁴;
- het niet-hervatten van het werk na een periode van arbeidsongeschiktheid en na daartoe het bevel te hebben gekregen⁵.

Naast de tuchtstraf, kan echter ook de wedde worden ingehouden voor de periode van de onwettige afwezigheid⁶. Vaak wordt hiertegen dan een beroep ingesteld bij de Raad van State, met als argument dat het hier een om een tweede, verkapte tuchtstraf gaat in strijd met het beginsel «non bis in idem». Ten onrechte: uit het gepubliceerde arrest blijkt duidelijk dat de inhouding van wedde een *louter administratief gevolg* is van de afwezigheid en gebaseerd is op het algemeen rechtsbeginsel dat een ambtenaar slechts recht heeft op wedde als hij zijn dienst volbrengt. Deze inhouding van wedde is bijgevolg ook mogelijk bij afwezigheid van bepalingen in het toepasselijk personeelsstatuut die deze maatregel zouden toelaten. Daar de inhouding van wedde geen tuchtstraf is, doch enkel een administratief gevolg van de afwezigheid, kan een onwettige afwezigheid leiden tot een tuchtstraf én een inhouding van wedde, zonder dat dit een schending uitmaakt van het «non bis in idem»-beginsel⁷. Dit beginsel impliceert immers alleen maar dat een zelfde feit geen tweemaal of meer mag worden gesanctioneerd met sancties van dezelfde orde. Het belet niet dat maatregelen of sancties van verschillende aard worden opgelegd n.a.v. dezelfde feiten⁸.

Een inhouding van wedde wegens een onwettige afwezigheid is een maatregel die een nadeel berokkent en die wordt genomen op basis van een gegeven dat als een tekortkoming wordt aangerekend, nl. een onwettige afwezigheid. Het gaat hier m.a.w. om een maatregel die onder het toepassingsgebied van de hoorplicht valt, zodat aan de betrokkene de gelegenheid moet worden geboden om zijn standpunt ter zake naar voren te brengen. Aangezien het geen tuchtsanctie betreft, moet het recht van verdediging, dat geldt in tuchtzaken, niet worden gewaarborgd. Vereist is enkel dat de betrokkene *op nuttige wijze zijn standpunt naar voren kan brengen*.

In dit arrest oordeelt de Raad van State dat de betrokkene hiertoe voldoende de gelegenheid heeft gehad wanneer hij op de aanwezigheidslijsten de redenen heeft kunnen noteren die naar zijn oordeel zijn afwezigheid rechtvaardigden. De betrokkene moest volgens de Raad van State dan ook niet speciaal worden opgeroepen om gehoord te worden en er moest geen inzage van het dossier worden verleend. In andere arresten m.b.t. de hoorplicht was de Raad van State heel wat strenger i.v.m. de vereisten waaraan de hoorplicht moet voldoen, zelfs in die mate dat het onderscheid met het recht van verdediging vervaagt⁹. Aan welke vereisten voldaan moet zijn opdat de betrokkene de kans heeft om op nuttige wijze zijn standpunt naar voren te brengen, moet dus blijkbare in concreto worden beoordeeld.

Ingrid Opdebeek
Assistent Universiteit
Antwerpen (U.I.A.)

HOF VAN BEROEP TE BRUSSEL

1e KAMER – 8 NOVEMBER 1989

Voorzitter: de h. Verdoodt

Raadsheren: de h. Bellemans en mevr. Pauwels

Advocaten: mrs. Van Bever, Daniels loco Maertens en Denys

Stedebouw – Gewestplan vernietigd door Raad van State – Gevolgen – Onrechtmatige daad – Schade – Planschade

Nadat de eigenaar van een grond, aan wie een stedebouwkundig attest 2 was afgegeven, de Staat tot vergoeding had gedagvaard, werd het gewestplan door de Raad van State vernietigd om een andere reden dan de fout die de eigenaar tegen de Staat aanvoerde.

De op art. 1382 B.W. gebaseerde vordering is ongegrond, nu de eigenaar niet bewijst dat zijn perceel als bouwgrond kon worden aangemerkt, en hij derhalve geen schade bewijst (zie nader het arrest).

Daar het gewestplan vernietigd is, kan de vordering niet meer op art. 37 Stedebouwwet worden gegrond.

De Belgische Staat en het Vlaamse Gewest t/ L. en L.

Gezien de akte van hervatting van geding, neergelegd ter griffie van het hof op 5 februari 1986, waarbij appellanten verklaren het geding in hun naam te hervatten in hun hoedanigheid van enige erfgenamen van de oorspronkelijke appellante, overleden op 21 augustus 1984, tegen welke hervatting van geding geen bezwaar wordt geopperd noch bestaat;

Overwegende dat luidens de gedinginleidende dagvaarding van 28 augustus 1979, betekend ten verzoeken van wijlen S.K. en ten laste van de Belgische Staat, de oorspronkelijke vordering tot vergoeding wegens planschade strekt;

⁹ Zie bijvoorbeeld R.v.St., Willems, nr. 26.721, 25 juni 1986; R.v.St., Geeraerts, nr. 28.986, 9 december 1987; Opdebeek, I., «De preventieve schorsing in de lokale besturen», *T.Gem.*, 1989, (112), 114.

¹ R.v.St., Despiegeleer, nr. 19.682, 6 juni 1979; R.v.St., Wuilmart, nr. 29.548, 11 maart 1988; R.v.St., Donnay, 31.842, 25 januari 1989, *T.B.P.*, 1989, 725, en *T.Gem.*, 1990, 60.

² R.v.St., Koene, nr. 27.947, 15 mei 1987.

³ R.v.St., Fumière, nr. 7.179, 26 juni 1959, *Mouv.Comm.*, 1959, 481-585.

⁴ R.v.St., Despiegeleer, nr. 19.682, 6 juni 1979.

⁵ R.v.St., Claes, nr. 29.097, 5 januari 1988.

⁶ Supra, voetnoot 1.

⁷ Supra, voetnoot 1.

⁸ R.v.St., Van Crieckingen, nr. 11.389, 8 juli 1965; R.v.St., Bougard, nr. 29.347, 17 februari 1988; R.v.St., Dulier, nr. 32.276, 22 maart 1989 (impliciet); R.v.St., Donnay, nr. 31.842, 25 januari 1989, *T.B.P.*, 1989, 725, en *T.Gem.*, 1990, 60; R.v.St., Vits, nr. 32.961, 6 september 1989; R.v.St., Stuljens, nr. 33.465, 28 november 1989.

Dat wijlen S.K. eigenares was van gronden gelegen te Groot-Bijgaarden die — naar werd en wordt beweerd — «de objectieve aard van bouwgrond hebben daar zij gelegen zijn aan uitgeruste verkeerswegen, objectief voor bebouwing in aanmerking komen en gelegen zijn in de nabijheid van woonkernen»;

Dat deze aard ook nog zou blijken «uit een overeenkomst van ruil- en herverkaveling van 29 december 1964 afgesloten met de gemeente Groot-Bijgaarden, en een verkoopovereenkomst van 5 mei 1965 waarbij dezelfde gemeente met het oog op openbaar nut een perceel van 70 m² heeft verworven tegen 600 fr./m²»;

Dat «deze gronden in het ontwerp gewestplan Halle-Vilvoorde-Asse werden opgenomen als woonzone (effen rood), maar daarna door het definitieve gewestplan in een parkgebied werden ondergebracht met het gevolg dat op 4 september 1978 en 24 december 1984 een negatief stedenbouwkundig attest 2 werd afgegeven»;

Overwegende dat wijlen de eigenares zich in eerste aanleg o.a. beriep op welbepaalde door de Belgische Staat begane fouten bij de totstandkoming van het gewestplan Halle-Vilvoorde-Asse, goedgekeurd bij K.B. van 7 maart 1977 en het stedenbouwkundig statuut van gronden in kwestie betreffend;

Overwegende dat bij een eerste vonnis van 3 juni 1981, waartegen geen hoger beroep, de rechtbank alvorens recht te doen de heropening der debatten beval ten einde het Vlaams Gewest toe te laten in de zaak op te treden en ook de oorspronkelijke eiseres in de mogelijkheid te stellen tegen het gewest te concluderen;

Overwegende dat, na hervatting van het geding door het Vlaamse Gewest, de eerste rechters bij het vonnis a quo van 17 juni 1981 o.a.:

- de thesis van wijlen S.K. in verband met de door haar ten laste van de Staat ingeroepen fouten verwierpen;

- haar oorspronkelijke vordering toelaatbaar verklaarden;

- die eis ongegrond oordeelden in zoverre gebaseerd op de artikelen 1382 en volgende B.W. en op de artikelen 6 en 11 der Grondwet, 544 B.W. en 1 van het eerste protocol bij het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden;

- en, alvorens verder uitspraak te doen nopens de gegrondheid van de vordering in zoverre gebaseerd op artikel 37 van de wet van 29 maart 1962 houdende organisatie van de ruimtelijke ordening en van de stedenbouw, dhr. Paul Verwacht als deskundige aanstelden met opdracht de rechtbank advies te verlenen nopens het bedrag der schade door wijlen S.K. geleden ingevolge de litigieuze stedenbouwkundige klassering, en dit overeenkomstig de beginselen vervat in artikel 37 van laatstgenoemde wet en het K.B. van 24 oktober 1978 hetwelk er de uitvoering van regelt;

Overwegende dat evenwel, na de uitspraak van het aangevochten vonnis en bepaaldelijk bij arrest van 26 juni 1984, de Raad van State het K.B. van 7 maart 1977 houdende vaststelling van voormeld gewestplan heeft vernietigd in zoverre het betrekking heeft op de grond, zulks nochtans om een heel ander motief dan diegene die wijlen S.K. destijds voor de eerste rechters had ingeroepen, namelijk omdat er — volgens de Raad van State — een kennelijke tegenstrijdigheid was tussen de redengeving van het bestreden besluit waarin

er sprake is van «bufferzone» en de inhoud ervan die de bestemming «parkgebied» aan bewuste eigendom toekent;

Dat er, bijgevolg, wegens die nietigverklaring geen aanleiding meer toe bestaat om in te gaan op het verzoek in de door wijlen S.K. op 8 december 1982 neergelegde conclusie «de overlegging te bevelen van alle originele stukken van het gewestplan Halle-Vilvoorde-Asse voor zover zij betrekking hebben op de gronden», welke overlegging precies gevorderd werd met de hoop daardoor de nietigverklaring van het gewestplan te krijgen, en waarop geïntimeerden trouwens in hun tweede conclusie verklaren niet meer aan te dringen;

Overwegende dat, alvorens fout en oorzakelijk verband te onderzoeken, het er allereerst op aankomt na te gaan of geïntimeerden wel degelijk schade hebben geleden ten gevolge van het feit dat hun goed door het gewestplan als parkgebied werd aangemerkt terwijl het h.i. bouwgrond is, met het gevolg dat de destijds door hun rechtsvoorgangster ingediende aanvraag — en ook de hunne nadien — voor de bouw van een residentieel complex van 250 woningen diende te worden afgewezen;

Overwegende dat, opdat van schade kan worden gewaagd, geïntimeerden moeten aantonen dat het hier werkelijk om bouwgrond gaat, wat geenszins het geval is;

Overwegende dat weliswaar, voortgaande op een door de Belgische Staat toentertijd bij vergissing gedane toegeving als zouden de gronden, vóór de inwerkingtreding van het plan, bestemd geweest zijn om bebouwd te worden, de eerste rechters hieruit automatisch en vanzelfsprekend hebben afgeleid — zonder die kwestie verder uit te diepen, hetgeen toen immers overbodig was — dat de tot schadeloosstelling vereiste voorwaarden overeenkomstig bovenvermeld artikel 37 vervuld waren;

Dat echter de huidige raadsman van de Belgische Staat in zijn gemeenschappelijk met het Vlaamse Gewest genomen hoofdconclusie, neergelegd ter griffie van het hof op 18 april 1983, staande houdt — en terecht — dat in feite de grond, technisch gesproken, niet voor bebouwing vatbaar was «o.m. wegens de drassigheid ervan (zie de beschrijving van de deskundige, blz. 25-26)», een situatie waarvan wijlen S.K. zich overigens zeer bewust was aangezien zij op een onwettige wijze heeft gepoogd haar grond fysisch geschikt voor bebouwing te maken «daar zij, zonder daartoe over de noodzakelijke vergunning te beschikken, is overgegaan tot het uitvoeren van ophogingswerken om de gronden bouwrijp te maken», een onrechtmatige handelwijze die het voorwerp uitmaakt van een P.V. nr. 2/79 van 12 maart 1979 en waaraan de overheid terecht een einde heeft gemaakt, zodat wijlen S.K. zich niet kon beroepen — evenmin als geïntimeerden — op een voordeel of een hoedanigheid die ze — trouwens vruchteloos — gepoogd heeft door een onrechtmatige handeling te verwerven;

Dat — volgens expert Verwacht — het perceel in feite een kuip vormt en «dat de aan te aarden dikte 0 tot maximum 1,40 m, dus gemiddeld 70 cm belooft» terwijl «± 6 maanden na aflevering van het negatief stedenbouwkundig attest (4/9/78), gronden gestort werden op de weide, hoger dan voorzien op de ingediende plannen...»;

Dat, bovendien, dit deskundig verslag gewaagt van «braakgrond» en «weiland» en daarbij ook aanstipt o.a. dat het goed eertijds laag weiland uitmaakte gelegen langs de Molenbeek en, bij de aflevering van het stedenbouwkundig

attest nr. 2 op 4 september 1978, het uitzicht had van een lage weide, een situatie die trouwens wordt bevestigd door :

- de aankoopakte van 20 november 1954 blijkt welk de grond in pacht was gegeven, daar er sprake in is van «fer-mages» en door wijlen S.K. en haar broer werd aangekocht voor de zeer lage prijs van 1.275.000 frank, waarin dan nog die van een ander perceeltje met 35 a 23 ca oppervlakte was begrepen ;

- het attest van 15 april 1977 waarin de ontvanger der registratie hoofdzakelijk gewaagt van bouw- en weiland en hoegenaamd niet van bouwgrond ;

- de aangifte van 18 januari 1962 in de nalatenschap van de vader van wijlen S.K., waarin de grond is vermeld als «ter-rain» zonder meer, met een algehele waarde van amper 973.000 fr. voor 2 ha 35 a 48 ca, terwijl geïntimeerden het aandurven thans 48.577.275 fr. te vorderen, dus meer dan 2.000 fr. per vierkante meter ;

- de aangifte in de nalatenschap van de broer van wijlen S.K., in december 1958, waarin de grond op 1.275.000 fr. wordt geschat, dus iets meer dan 54 fr.m², of de toenmalige prijs van weiland zoals in de voorgaande aangifte ;

- de door geïntimeerden niet uitdrukkelijk betwiste taxatie van hun grond als weiland ;

Overwegende dat, hoewel het juist is dat de gemeente Groot-Bijgaarden in 1965 in der minne een klein perceeltje van het goed, amper 70 m², tegen 600 fr. per vierkante meter heeft moeten aankopen van wijlen K., zulks echter noodgedwongen gebeurde, nl. ten einde de aanleg van een riool in de Brusselstraat mogelijk te maken, zodat die overeenkomst bezwaarlijk als criterium van de waarde kan dienen ;

Dat in de conclusie van geïntimeerden – evenmin trouwens als in die van eerste aanleg – met geen woord wordt gerept van de overeenkomst van ruil- en herverkaveling van 29 december 1964, die nochtans in de gedinginleidende dagvaarding als argument wordt aangehaald, maar waarvan noch wordt uitgelegd noch ingezien waarom dit contract – zoals nochtans in gezegd exploit werd vermeld – de aard van bouwgrond zou aantonen ;

Overwegende dat de ligging van de grond aan uitgeruste verkeerswegen – slechts ten dele trouwens, daar hij langs het noordwesten begrensd is door een sloot en door de berm van de spoorweglijn Brussel-Denderleeuw (desk. verslag blz. 7) – en in de nabijheid van woonkernen, op zichzelf tegen voormelde elementen en attesten niet opweegt ;

Dat, wat meer is, de grond zelfs volstrekt niet ligt aan «uitgeruste» verkeerswegen daar – volgens de expert – «de uitrustingen in de straat liggen aan de kant van de gemeente Sint-Agatha-Berchem» en er integendeel «niets ligt» op het grondgebied der gemeente Groot-Bijgaarden, waar nochtans de grond zich bevindt (desk. versl. p. 8) ;

Overwegende dat trouwens niet de eigenaar maar de gemeenschap beslist – bij monde van de daartoe door de organieke wet ingestelde organen – of een grond die manifest zoals de litigieuze een groene zone is, als dusdanig in het algemeen belang dient te worden behouden, een beslissing van uitsluitend politieke aard waarbij het particulier voor het algemeen belang moet zwichten ;

Overwegende dat geïntimeerden in die omstandigheden hoegenaamd niet bewijzen schade te hebben geleden waarvan ze vergoeding zouden kunnen eisen ;

Overwegende dat vervolgens – en ten overvloede – de vraag kan worden gesteld zelfs ingeval schade bewezen ware

– quod non – of de vorenaangehaalde vergissing vanwege de Staat in verband met de gebruikte uitdrukkingen «bufferzone» en «parkgebied» en die aanleiding heeft gegeven tot de nietigverklaring van het K.B. van 7 maart 1977, een fout is die in oorzakelijk verband zou staan met de schade die geïntimeerden beweren te hebben geleden ;

Dat hierop ontkennend moet worden geantwoord, daar zoals expert Verwacht in zijn verslag (blz. 25) opmerkt, «bufferzones» in hun bestaande toestand dienen te worden «bewaard, of als groene ruimte ingericht», terwijl – volgens de toelichting bij het gewestplan, artikel 14 – «de parkgebieden in hun staat bewaard» moeten worden of bestemd zijn «om zodanig ingericht te worden dat ze, in de al dan niet verstedelijkte gebieden, hun sociale functie kunnen vervullen» (desk. versl. p. 22) ;

Dat derhalve, zelfs indien door de uitvoerende macht bij vergissing de ene uitdrukking voor de andere werd gebruikt, zulks echter niet de minste impact zou hebben op het bouwverbod, dat immers bestaat in beide hypothesen – bufferzone of parkgebied – het verbod waarop de oorspronkelijke eis precies is gebaseerd ;

Overwegende dat de eerste rechters, bijgevolg, deze laatste in zoverre gegrond op de artikelen 1382 e.v. terecht ongegrond hebben verklaard ;

Overwegende dat ze zulks even oordeelkundig deden in zoverre die vordering gebaseerd is op zogenaamde materiële of quasi-onteigening met toepassing van de artikelen 6 en 11 van de Grondwet, 544 B.W., en artikel 1 van het eerste protocol waarvan hierboven al sprake, zulks om pertinente motieven die het hof tot de zijne maakt ;

Dat er in het onderhavige geval geen sprake van ongelijkheid voor de wet of enige discriminatie kan zijn, aangezien niet wordt aangetoond dat de overheid ter plaatse al de werkelijk voor bebouwing vatbare – of ongeschikte – gronden niet als dusdanig zou hebben erkend ;

Dat, geïntimeerden voorts geenszins van hun eigendom werden ontzet en vooralsnog het recht behouden op de meest volstreekte wijze het genot van hun weide te hebben en daarover te beschikken, terwijl – zoals artikel 1 van bedoeld protocol aanstipt – te dezen enkel het algemeen belang geldt ;

Overwegende dat, uiteindelijk, de oorspronkelijke vordering niet meer kan gebaseerd worden op artikel 37 van de organieke wet van 29 maart 1962 voornoemd ;

Dat immers, ten opzichte van het goed in kwestie, sedert het arrest van 26 juni 1982 van de Raad van State, geen schadevergoeding aan geïntimeerden verschuldigd kan zijn, aangezien het ingeroepen bouwverbod niet meer volgt uit een plan «dat bindende kracht heeft verkregen», bindende kracht die immers ongedaan werd gemaakt ingevolge de door de Raad van State uitgesproken vernietiging, zulks op eigen verzoek trouwens van de rechtsvoorgangster van geïntimeerden ;

Dat, hoewel de administratie deze leemte nog niet blijkt te hebben aangevuld en «de overheid sindsdien niets heeft ondernomen om haar onwettigheden te herstellen», die kwestie echter uitsluitend tot de bevoegdheid en het soeverein appreciatievermogen der uitvoerende macht behoort, terwijl geïntimeerden overigens geen gewag van enige door de Staat na te leven termijn maken ;

Dat daarenboven, schuldige nalatigheid of niet van de Staat, alleszins de tweede door artikel 37 gestelde voorwaar-

de — aanwezigheid van een bouwverbod dat een einde maakt aan het «gebruik waarvoor een goed dient of normaal bestemd is» — in genen delen is vervuld, zoals hierboven reeds is aangetoond, zodat de subsidiair door geïntimeerden gevraagde expertise hieromtrent geenszins aangewezen is;

...

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

5e KAMER — 8 MEI 1990

Voorzitter: de h. Janssens

Raadsheren: de hh. Bresseleers en L. Van Gelder

Openbaar ministerie: de h. Van Ingelgem

Advocaten: mrs. Pauwels en Cuypers

Faillissement — Pauliaanse vordering — Verlenen van statuut van bediende aan arbeider

De rechten van de schuldeisers worden benadeeld door het feit dat een arbeider in het bedrijf van de gefailleerde het statuut van bediende gekregen heeft. Het is abnormaal dat, in een periode waarin het bedrijf zware verliezen lijdt, aan een arbeider die zeventien jaar als zodanig in het bedrijf gewerkt heeft, plotseling zonder enige aanwijsbare reden het statuut van bediende verleend wordt. Nu te dezen de arbeider in zulke abnormale omstandigheden enkele maanden vóór de verdachte periode betreffende de wijziging van zijn statuut samen met de bedrijfsleiding gehandeld heeft met de wetenschap dat de schuldeisers zouden worden benadeeld bij het op komst zijnde faillissement, vordert de curator terecht dat toepassing gemaakt wordt van art. 448 Fw. op de statuutswijziging.

Faillissement N.V. T. t/ R.

Het bestreden vonnis van de Rechtbank van Koophandel te Hasselt van 5 november 1987 verklaart de vordering van appellanten — de vernietiging beogend met toepassing van art. 448 Fw. van de toekenning van het bediendenstatuut aan geïntimeerde door de gefailleerde op 1 augustus 1983 — ongrond.

De curators betwistten de door geïntimeerde in het faillissement ingediende vordering die gebaseerd is op het bediendencontract van 1 augustus 1983 (achterstallig loon, oudejaarspremie, vakantiegeld en opzegvergoeding).

De eerste rechter verwees de zaak naar de Arbeidsrechtbank te Hasselt, die bij vonnis van 14 oktober 1985 de curators machtigde om door alle middelen rechtens (getuigen inclusief) te bewijzen dat het werk van geïntimeerde hoofdzakelijk handenarbeid was in de functie van heftruckchauffeur.

Geïntimeerde stelde hiertegen hoger beroep in en bij arrest van het Arbeidshof te Antwerpen (afd. Hasselt) van 21 oktober 1986 werd voormelde onderzoeksmaatregel niet bevestigd, werd beslist dat geïntimeerde in beginsel de voordelen van het bediendenstatuut mag opeisen en werd de betwisting verwezen naar de Rechtbank van Koophandel te Hasselt om te oordelen over de vraag of het door geïntimeerde op 1 augustus 1983 verkregen bediendencontract nietig is overeenkomstig art. 448 Fw.

In het thans bestreden vonnis beantwoordt de eerste rechter voorgaande vraag negatief, vaststellend dat de begunstiging van een werknemer (zoals in casu de toekenning van het bediendenstatuut aan een handarbeider) niet in strijd is met wettelijke voorschriften en dat de curators op 13 april 1984 geïntimeerde in dienst hebben genomen voor het uitvoeren van zijn vroegere taak en in hoedanigheid van bediende-lader en oordelend dat bedrieglijk oogmerk niet is bewezen.

In hun hoger beroep blijven de curators van mening dat de voorwaarden voor de toepassing van art. 448 Fw. in casu vervuld zijn (benadeling van de rechten van de schuldeisers en bedrieglijk oogmerk).

Geïntimeerde streeft de bevestiging na van het bestreden vonnis.

Overwegende dat partijen geen contracten voorbrengen betreffende de werkzaamheden van geïntimeerde bij de gefailleerde, doch niet betwist blijkt te zijn dat geïntimeerde sinds 23 maart 1966 als arbeider (heftruckchauffeur) bij de gefailleerde werkzaam was en dat op 1 augustus 1983 de bestaande arbeidsovereenkomst voor arbeiders met geïntimeerde werd omgezet in een arbeidsovereenkomst voor bedienden;

Overwegende dat niet meer betwistbaar is — gelet op het supra aangehaald arrest van het Arbeidshof van 21 oktober 1986 — dat deze wijziging rechtsgeldig is geweest in de arbeidsrechtelijke verhoudingen tussen partijen (geïntimeerde en de N.V. T.); dat derhalve de beschouwingen van geïntimeerde betreffende het «toegestaan» karakter van de toekenning van een gunstiger statuut en betreffende «de bedoeling van de partijen» (en het ter illustratie van die beschouwingen voorgebracht arrest van het Arbeidshof te Hasselt van 15 oktober 1985) irrelevant zijn in de huidige stand van de betwisting;

Overwegende dat thans moet worden onderzocht of voormelde wijziging aanvaardbaar is in het licht van art. 448 Fw.;

Overwegende dat de benadeling van de rechten van de schuldeisers niet ernstig kan worden betwist aangezien de aan geïntimeerde toekomende bevoorrechte vergoedingen geringer of aanzienlijker zullen zijn naargelang hij op de datum van het faillissement met de gefailleerde verbonden was met een arbeidsovereenkomst voor arbeiders of voor bedienden; dat geïntimeerde trouwens het door de appellanten ingeroepen feit van de benadeling in zijn conclusie niet betwist;

Overwegende dat uit het door appellanten voorgebracht expertiseverslag Van A. — waarvan niet betwist wordt dat het werd opgesteld in maart 1984 in opdracht van de gefailleerde — blijkt dat «het boekjaar 1983 (voor de N.V. T.) een exploitatieverlies meegebracht heeft van 43.933.000 frs., waarbij de vorige jaren gelden voor ongeveer 26.000.000 fr., zodat het specifiek verlies voor 1983 mag worden gesteld op ruim 17.000.000 fr.»; dat in dit verslag nog wordt bevestigd dat «het opmerkelijk is dat er zelfs een bedrijfsverlies is van ongeveer 2,5 miljoen...» en dat «dit inhoudt dat in 1983 de verkoopprijzen niet bedrijfskostendekkend waren»;

Overwegende dat geïntimeerde wel opwerpt dat op 1 augustus 1983 «de exploitatieverliezen voor 1983 nog niet bekend waren...», doch niet ernstig zou kunnen worden beweerd (en ook niet bewezen wordt) dat de bedrijfsleiding (en inzonderheid de vader van geïntimeerde, gedelegeerd bestuurder van de N.V. T.) niet wist dat de financiële toe-

stand van het bedrijf op 1 augustus 1983 uiterst slecht was; dat dienaangaande trouwens de vaststelling in de voorgaande alinea «... waarbij de vorige jaren gelden voor ongeveer 26.000.000 fr.» — slechts benadrukt worden;

Overwegende dat het in die omstandigheden van de kant van de bedrijfsleiding abnormaal is om aan een arbeider (heftruckchauffeur) die reeds 17,5 jaar als dusdanig (met een arbeidsovereenkomst voor arbeiders) in het bedrijf werkzaam is, plots zonder enige aanwijsbare reden of aanleiding een gunstiger arbeidsrechtelijk statuut (arbeidsovereenkomst voor bedienden) te verlenen;

Overwegende dat geïntimeerde slechts benadrukt «dat het toegestaan is een werknemer een gunstiger statuut te bezorgen»; dat echter door niets aangetoond wordt — ten aanzien van het bestaande personeelsbestand (3 bestuurders, 5 bedienden en 29 arbeiders in maart 1984 blijkens het verslag Van A.) — dat er enige aanvaardbare of normale reden was om tot de omzetting over te gaan gelet op de desastreuze financiële toestand van het bedrijf;

Overwegende dat de statuutswijziging ten voordele van geïntimeerde — enkele maanden vóór de aanvang van de verdachte periode — in de hierboven beschreven omstandigheden abnormaal was en dat geïntimeerde samen met de bedrijfsleiding gehandeld heeft met de wetenschap dat de schuldeisers zouden worden benadeeld bij het op komst zijnde faillissement;

Overwegende dat ten onrechte wordt ingeroepen dat appellanten op 13 april 1984 met geïntimeerde een bediendencontract hebben aangegaan; dat immers van de curators bezwaarlijk kan worden verwacht dat ze de eerste dag na het faillissement reeds klaar zagen in de precieze toestand van geïntimeerde en zij hem blijkbaar (slechts) voor «7 kalenderdagen» hebben aangeworven als «bediende-lader» omdat zij hem in die juridische toestand werkzaam vonden bij de gefailleerde; dat hierin geen motief ten voordele van geïntimeerde in de onderhavige betwisting kan worden gevonden;

Overwegende dat appellanten terecht de toepassing vragen van art. 448 Fw. op de statuutswijziging van geïntimeerde bij de gefailleerde op 1 augustus 1983;

...

BURGERLIJKE RECHTBANK TE ANTWERPEN

9e KAMER — 29 JUNI 1990

Voorzitter: de h. Peeters

Advocaten: mrs. Nauwelaerts, Van den Hole en Lecoutre

Onderwijs — Universitair onderwijs — Door vreemdeling betaald bijkomend inschrijvingsgeld — Vordering tegen RUCA — Niet-ontvankelijkheid — Tegen de Vlaamse Gemeenschap — Rechtsopvolger van de Belgische Staat

Eiser, student in de geneeskunde, vordert terugbetaling van het inschrijvingsgeld dat hij als Nederlander boven het gewone inschrijvingsgeld heeft moeten betalen voor de jaren 1980-81 en 1981-82.

In zoverre de vordering gericht is tegen het Rijksuniversitair Centrum Antwerpen, is ze niet ontvankelijk, daar ze geen betrekking heeft op het eigen vermogen van de verweerder.

Ingeleid bij dagvaarding van 7 juni 1989, d.w.z. na de bevoegdheidsoverdracht inzake onderwijs door de grondwetsherziening van 15 juli 1988, meer bepaald art. 59bis, § 2, 2°, en na de bijzondere wet betreffende de financiering van Gemeenschappen en Gewesten van 16 januari 1989, is de vordering wel toelaatbaar in zoverre ze gericht is tegen de Vlaamse Gemeenschap, die ter zake de rechtsopvolger is van de Belgische Staat.

L. t/ RUCA en de Vlaamse Gemeenschap

Overwegende dat blijkt dat aanlegger tijdens de academiejaren 1980-81 en 1981-82 was ingeschreven als student geneeskunde aan het RUCA en hiervoor een inschrijvingsgeld betaalde van 260.000 frank in het totaal;

dat het gewone inschrijvingsgeld op dat ogenblik 10.350 frank bedroeg en aanlegger het saldo betaalde als aanvullend inschrijvingsgeld wegens zijn hoedanigheid van buitenlandse student;

dat de eis van aanlegger de terugvordering van dit aanvullend inschrijvingsgeld op het oog heeft;

Overwegende dat eerste verweerder opwerpt dat de vordering van aanlegger te zijnen opzichte onontvankelijk is daar hij de aanvullende inschrijvingsgelden niet in eigen naam en voor eigen rekening heeft geïnd doch voor rekening van de Belgische Staat, aan wie hij deze gelden heeft doorgestort;

dat eerste verweerder op basis van de wet van 5 juli 1920 rechtspersoonlijkheid geniet, doch enkel wat betreft het eigen vermogen (Cass., 24 januari 1983, *R.W.*, 1983-84, 236);

dat eerste verweerder stelt dat aanvullende inschrijvingsgelden buiten zijn eigen vermogen vallen en hij de inning ervan slechts gedaan heeft voor de Staat;

dat de aanvullende inschrijvingsgelden bestemd zijn om bij te dragen tot de werkingskosten (art. 27, § 4, derde lid van de financieringswet van 27 juli 1971) en deze alzo bevat zijn in de bijdrage die de Staat jaarlijks levert bij de financiering van de werkingsuitgaven van o.a. eerste verweerder;

dat de jaarlijkse begroting van de gewone uitgaven en de middelen om hierin te voorzien niet alleen door de bevoegde minister worden goedgekeurd maar tevens worden gevoegd bij de begroting van het Ministerie van Nationale Opvoeding om alzo deel uit te maken van de rijksbegroting (art. 43, § 1, van de wet van 27 juli 1971);

dat de vordering van aanlegger derhalve geen betrekking heeft op het eigen vermogen van eerste verweerder;

dat aanlegger de argumentatie van eerste verweerder niet verwerpt doch stelt dat eerste verweerder hem heeft misleid door ook het aanvullend inschrijvingsgeld te doen storten op zijn «eigen vermogen»-rekening;

dat eerste verweerder door aldus te handelen slechts toepassing heeft gemaakt van art. 27, § 4, eerste lid, van de wet van 27 juli 1971, waarbij hij gemachtigd werd het aanvullend inschrijvingsgeld te vorderen;

dat eerste verweerder aldus handelde overeenkomstig de wet, en hierin geen fout wordt bevonden;

dat aanlegger ten opzichte van eerste verweerder dan ook niet de hoedanigheid heeft om de onderhavige vordering te stellen, waardoor zijn vordering met toepassing van art. 17 Ger. W. niet toelaatbaar is;

dat ingevolge de niet-toelaatbaarheid van de vordering er geen grond aanwezig is waarop eerste verweerder, in acht

genomen art. 1017 Ger. W., tot de gedingkosten gehouden zou kunnen zijn;

Overwegende dat ook tweede verweerster de onontvankelijkheid van de vordering van aanlegger ten hare opzichte opwerpt;

dat niet betwist wordt dat de destijds betaalde aanvullen- de inschrijvingsgelden terecht zijn gekomen in de rekenin- gen van de Belgische Staat, Ministerie van Nationale Op- voeding;

dat aanlegger echter stelt dat tweede verweerster ingevol- ge de staatshervorming als rechtsopvolgster van de Belgi- sche Staat moet worden beschouwd en derhalve thans in rechte gehouden is tot hetgeen waartoe de Belgische Staat gehouden was;

dat tweede verweerster de rechtsopvolging met betrek- king tot het voorwerp van het geding betwist;

dat het geschil aanhangig werd gemaakt bij dagvaarding van 7 juni 1989, d.w.z. na de bevoegdheidsoverdracht inzake onderwijs door de grondwetsherziening van 15 juli 1988, meer bepaald art. 59bis, § 2, 2°, en na de bijzondere wet be- treffende de financiering van Gemeenschappen en Gewes- ten van 16 januari 1989;

dat aanlegger precies art. 61 van deze financieringswet in- roept om te besluiten tot de rechtsopvolging, terwijl tweede verweerster stelt dat de rechtsopvolging, voorzien door voor- meld art. 61 van de financieringswet, beperkt is tot de be- voegdheidsmateries, overgedragen door de wet van 8 augus- tus 1988 tot wijziging van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen;

dat met tweede verweerster vastgesteld wordt dat de on- derwijsbevoegdheid haar toekomt ingevolge art. 59bis, § 2, 2°, van de Grondwet, terwijl de letterlijke tekst van art. 61 van de bijzondere financieringswet slechts verwijst naar de bevoegdheden, die werden overgedragen ingevolge de wet van 8 augustus 1988;

dat tweede verweerster ter staving van haar stelling ver- wijst naar een coördinatievergadering van 31 mei 1989 van de commissie inzake Onderwijs, doch niet aantoon- dat het verslag van deze vergadering een reglementair of aan- legger tegenwerpbaar of voor hem bindend karakter zou hebben;

dat uit de tekst van art. 61, § 1, eerste lid, van de bijzon- dere financieringswet van 16 januari 1989, en meer bepaald uit de woorden: «Tenzij in deze wet anders bepaald wordt...», blijkt dat de wetgever het algemeen beginsel van rechtsopvolging heeft willen stellen. Hierbij werden de opeenvolgende fasen van de staatshervorming gerespec- teerd door enerzijds de lasten van het verleden van vóór of in 1980 overgedragen bevoegdheden onder de toepassing te laten van de wet van 5 maart 1984, en, anderzijds, een re- geling uit te werken voor de bevoegdheden overgedragen tij- dens deze fase van de staatshervorming in 1988;

dat de financieringswet van 16 januari 1989, o.a. door re- geling van de rechtsopvolging, precies het operationeel ma- ken van de staatshervorming beoogde en nergens blijkt dat de wetgever de bevoegdheden inzake onderwijs, wezenlijk domein van deze fase van de staatshervorming, hiervan heeft willen uitsluiten (Berckx, P., «De rechtsopvolging en de las- ten van het verleden», *T.B.P.*, 1990, 67; Alen A., «De rechts- opvolging van de staat door de gemeenschappen en de ge- westen», *T.B.P.*, 1989, 103, nrs. 30-34);

dat de financieringswet van 16 januari 1989 trouwens op sommige deelterreinen van de onderwijsbegroting een spe- cifieke regeling voor de rechtsopvolging heeft uitgewerkt (art. 73, § 1);

dat art. 61, § 1, eerste lid, van de financieringswet van 16 januari 1989 precies bepaalt dat de Gemeenschappen en de Gewesten de rechten en verplichtingen van de Staat over- nemen (...) met inbegrip van de rechten en verplichtingen die voortkomen uit hangende en toekomstige gerechtelijke procedures;

dat zich dan ook een wettelijke schuldvernieuwing door verandering van schuldenaar heeft voorgedaan;

dat tweede verweerster trouwens geen gebruik heeft ge- maakt van de mogelijkheid om ingevolge art. 61, § 1, achtste lid, van voormelde financieringswet de Staat in het geding te betrekken;

dat aanlegger zijn vordering dan ook terecht richt tegen de nieuwe schuldenaar, te weten tweede verweerster;

dat de eis van aanlegger ten opzichte van tweede verwee- ster toelaatbaar is;

Overwegende dat aanlegger ten gronde stelt dat de inning van de aanvullende inschrijvingsgelden door de Belgische Staat, rechtsvoorgangster van tweede verweerster, in strijd was met art. 7 van het E.E.G.-Verdrag;

dat aanlegger hierbij verwijst naar het arrest van het Euro- pees Hof van Justitie van 13 februari 1985 in zake Gravier vs. Stad Luik, Belgische Staat en Franse Gemeenschap;

dat aanlegger eveneens stelt dat de principes van voor- meld arrest ook van toepassing zijn op aanvullend inschrij- vingsgeld, zoals door hem betaald voor universitair onder- wijs, dit ondanks het bepaalde in de wet van 21 juni 1985 in verband met de retroactiviteit van het terugvorderings- recht;

dat aanlegger hierbij verwijst naar het arrest van het Euro- pees Hof van Justitie van 2 februari 1988 in zake Blaizot V. vs. Universiteit van Luik, UCL, ULB en de Fac. Un. Notre Dame de la Paix;

dat aanlegger er de nadruk oplegt dat hij zijn ingebreke- stellingen verzond op 6 mei 1985 en 18 juni 1988;

dat tweede verweerster hierover ten gronde niet heeft ge- concludeerd en voorbehoud vraagt dit alsnog te mogen doen;

dat de betwisting ten gronde niet in staat van wijzen is;

...

BURGERLIJKE RECHTBANK TE MECHELEN

KORT GEDING – 11 OKTOBER 1990

Voorzitter: de h. Wauters

Advocaten: mrs. Gonthier en Verheyleweghen

Burgerlijke rechtspleging – Kort geding – Voorzitter rechtbank van eerste aanleg – Bevoegdheid – Geschil zie- kenhuis R.I.Z.I.V. – Forfaitaire honoraria – Vaststelling – Verantwoordingsdocumenten – Inzagerecht

De voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg, zitting hou- dende in kort geding, is bevoegd om, wanneer een overheids- beslissing wordt betwist, maatregelen te nemen ten aanzien van de overheid die weigert aan de geadministreerde de inlichtingen

te verschaffen die nodig zijn opdat deze zijn rechten kan onderzoeken en doen gelden.

De belanghebbende bezit het recht op inzage van de verantwoordingsdocumenten op grond waarvan het R.I.Z.I.V. de forfaitaire verzekeringstegemoetkoming voor een ziekenhuis bepaalt.

1. V.Z.W. I. en 2. V., M., en M. t/ R.I.Z.I.V.

Gezien de inleidende dagvaarding (...) ertoe strekkende:

- Gedaagde zich te horen veroordelen om aan de verzoekers te verschaffen de inlichtingen vermeld in de brieven uitgaande van eerste verzoekster en gericht aan de hiernagedaagde en gedagtekend op 24 april 1990 en 9 mei 1990;
- Te zeggen voor recht dat de gedaagde gehouden zal zijn deze inlichtingen te verschaffen binnen een termijn van 15 dagen te rekenen vanaf de datum van betekening van de te wijzen beschikking; (...)

I. De feiten

In het K.B. van 22 januari 1990 (B.S., 30 januari 1990) wordt de regeling bepaald van de wijze waarop de forfaitaire honoraria voor klinische biologie per verpleegdag worden vastgesteld voor de verstrekkingen van klinische biologie verleend aan opgenomen rechthebbenden.

In de bijlagen 1 en 2 van voormeld K.B. worden de parameters bepaald welke dienstig zijn om de berekeningen uit te voeren;

Krachtens art. 7 van voormeld K.B. wordt de Dienst voor Geneeskundige Verzorging van verweerder ermee belast het forfaitair honorarium per verpleegdag voor ieder afzonderlijk ziekenhuis vast te stellen. Vanaf de datum van kennisgeving van deze beslissing beschikken de ziekenhuizen over 45 dagen om eventueel hun bemerkingen ter zake te formuleren bij de dienst.

Bij schrijven van 23 maart 1990 werd eiseres in kennis gesteld van de berekening van de forfaitaire honoraria per verpleegdag.

Op 25 april 1990 maakte eiseres aan verweerder bepaalde bemerkingen over en vroeg ten spoedigste mee te delen: 1) de samenstellende elementen voor de groep van diensten D1 en D2 van het ziekenhuis; 2) de gegevens die ten grondslag liggen van de gehanteerde vergelijkingen (regressiewaarde - mediaannorm).

In zijn antwoord van 4 mei 1990 stelde verweerder o.m. dat het dossier van eiseres zal worden overgelegd «aan de verzoeningscommissie die werd opgericht om de problemen in verband met de interpretatie en de toepassing» van het K.B. van 22 januari 1990 op te lossen «met bijvoeging van twee bijlagen omvattende vijf pagina's».

Bij brief van 9 mei 1990 antwoordde eiseres o.m. dat «de referentiegroepen - welke toch belangrijk zijn in de berekening - per instelling verschillen en wij kunnen geen enkele verantwoordingsbasis over de samenstelling achterhalen».

II. In recht

A. Bevoegdheid

Verweerder stelt dat, krachtens artikel 580 Ger. W., de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg onbevoegd is en de zaak dient te worden verwezen naar de voorzitter van de arbeidsrechtbank.

De vordering van eisers betreft *in casu* geen geschil dat voortvloeit uit de toepassing van de wetgeving inzake de verplichte ziekte- en invaliditeitsverzekering maar uitsluitend een betwisting, nl. afgifte van documenten, waarvoor de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg overeenkomstig artikel 584 Ger. W. bevoegd is.

B. Belang

a) Verweerder stelt dat de vordering van de eisers sub 2 niet toelaatbaar is, wegens gemis aan belang, aangezien het forfaitaire honorarium toegekend wordt aan het betrokken ziekenhuis zelf.

Dit standpunt is volledig in strijd met artikel 15 van het K.B. nr. 78 van 10 november 1967, hetwelk uitdrukkelijk bepaalt dat, met eerbiediging van de regelen van de plichtenleer, de geneesheren recht hebben op honoraria of forfaitaire bezoldigingen voor de door hen geleverde prestaties.

De omstandigheid dat de geneesheren zelf het bedrag niet innen, doet geen afbreuk aan hun eigendomsrecht.

b) Verweerder beweert eveneens dat partijen geen belang hebben, aangezien de eisers niet aantonen welk nadeel zij ondergaan.

Dit standpunt van verweerder kan geenszins aanvaard worden.

C. Urgentie

Verweerder stelt dat de vordering niet dringend is.

Aangezien, overeenkomstig art. 7 van het K.B. van 22 januari 1990, eiseres haar bemerkingen dient te bezorgen binnen 45 dagen, terwijl verweerder zelf stelt dat het dossier zal worden overgelegd aan de verzoeningscommissie, is het onbetwistbaar dat de eisers zo spoedig mogelijk over de nodige documenten moeten kunnen beschikken teneinde gefundeerde bemerkingen over te zenden en zich eventueel met kennis van zaken te kunnen verdedigen.

III. Ten gronde

Verweerder is gehouden tot «fairplay». Dit duidt op eerlijk spel. De overheid betoont een gemis aan fairplay wanneer zij in haar relatie met de burger tracht «hem door minder eerbare middelen in de verkrijging van zijn recht te bemoeilijken. Dit kan o.m. geschieden door het achterhouden van gegevens, door vertragingen, door overdreven spoed» (L.P. Suetens, «Algemene beginselen van behoorlijk bestuur in de rechtspraak van de Raad van State», *T.B.P.*, 1981, 85).

De overheid heeft immers een informatieplicht die essentieel is voor behoorlijk bestuur (J. Delva, «Overheidsaansprakelijkheid en legaliteitstoezicht», *T.B.P.*, 1975, 234; Stassen, J., «La responsabilité de l'Etat du chef de renseignements erronés fournis par ses services», noot onder Cass., 4 jan. 1973, *R.C.J.B.*, 1974, 346; W. Lambrechts, *Geschillen van bestuur*, Kluwer, blz. 126).

De redenen voor de weigering van informatieverstrekking ingeroepen door verweerder, schending van de privacy van andere ziekenhuizen, de materiële onmogelijkheid «om het volledig pakket (ongeveer 20 cm dik)» te bezorgen, kunnen niet worden aanvaard, aangezien ze hun oorsprong vinden in de regeling zelf van de wijze waarop de forfaitaire honoraria voor de klinische biologie worden vastgesteld.

Het is onbetwistbaar een fundamenteel en essentieel recht van de eisers, en derhalve een corresponderende verplichting voor verweerder, om over alle nodige gegevens te beschikken teneinde de door verweerder voorgestelde berekeningen te kunnen controleren.

Veroordeelt verweerder om binnen vijftien dagen, te rekenen vanaf de betekening van deze beschikking, aan de eisers al de noodzakelijke en nuttige gegevens te verschaffen teneinde hen toe te laten de hun toegewezen forfaits volledig te controleren.

Veroordeelt verweerder tot betaling aan eisers van een dwangsom van tienduizend frank (20.000 F) per dag vertraging, te rekenen vanaf het verstrijken van voornoemde termijn.

Verklaart de huidige beschikking uitvoerbaar bij voorraad.

Houdt de kosten aan.

BOEKEN

M. LUYTEN en D. PYCK (red.), **Daderhulp, fictie of noodzaak ? Hulpverlening aan daders van seksueel geweld**, Gent, C.G.S.O., 1990, 92 pp.

Het besproken werk bevat teksten die aan bod kwamen tijdens een symposium in 1989 gehouden door de Centra voor Geboorteregeling en Seksuele Opvoeding.

Seksueel geweld, en vooral incest, komt thans uit de taboesfeer. Ook de hulpverlening komt op gang. Deze laatste is begrijpelijkerwijze echter vooral gericht op de slachtoffers. Niettemin kan het onderzoek naar de daders, met een beter inzicht en meer gegevens leiden tot een betere preventie.

Als seksueel geweld wordt in het boek beschouwd elke gedwongen interactie. Aldus stellen de auteurs dat in België 15% der vrouwen geconfronteerd wordt met seksueel geweld, en 22% met een combinatie van fysiek en seksueel geweld.

Therapeutische interesse voor de daders is recent. Een belangrijke vaststelling is dat de daders van dergelijk geweld bijna allemaal zelf ooit mishandeld blijken te zijn.

Bij de behandeling dient een bepaalde methodiek in acht genomen te worden. Volgens de auteurs zou de behandeling bij voorkeur in een justitieel kader moeten plaatsvinden. Belangrijk is in elk geval de motiveerbaarheid van de dader, met als doel het veranderen van zijn (on)bewuste opvattingen over seksualiteit. Onder meer aan het vergroten van het inlevingsvermogen in de persoon van het slachtoffer en het verhelderen van de misbruiksituatie dient bijzondere aandacht verleend te worden. Typisch voor seksueel misbruik van anderen lijkt de ontkenning van en de dissociatie tussen de morele waarden en de seksuele verlangens te zijn. Er is dus sprake van een slachtofferontkenning en van een daderschapsontkenning door de dader. De hulpverlening zal trachten de dader de verantwoordelijkheid voor de gepleegde feiten geïntegreerd te doen aanvaarden.

De auteurs wijzen ook op de plaats van de daderhulp binnen de welzijnssector en op het belang van zowel de primaire preventie van seksueel geweld (met name ten opzichte van potentiële daders) als van de secundaire preventie (met name ten opzichte van feitelijke daders, om herhaling te voorkomen).

Men kan besluiten dat de eerste stadia van de daderhulp thans doorlopen worden. Het besproken werk kan hiertoe een bijdrage leveren.

Dirk Merckx

DIRECTIE CRIMINALITEITSPREVENTIE, **Woninginbraak in Nederland. Een analyse van het inbraakrisico op landelijk, regionaal en lokaal niveau in 1988**, 's-Gravenhage, Ministerie van Justitie, 1990, 55 pp.

Door de Directie Criminaliteitspreventie van het Nederlandse Ministerie van Justitie werd een verzameling statistieken opgesteld en gepubliceerd betreffende de diefstal in woningen, met een korte commentaar.

Dat deze vorm van criminaliteit belangrijk is, blijkt onmiddellijk uit de cijfers. Volgens de politiestatistiek gaat het in 1988 om 112.033 gevallen.

Een interessante berekeningswijze in verband met de woninginbraak vormt de berekening van het inbraakrisico. Hiertoe wordt het aantal (vastgestelde) inbraken in relatie gebracht met het bestaande aantal woningen. Aldus kan gemakkelijker en nauwkeuriger de situatie in verschillende gemeenten vergeleken worden.

Het landelijk inbraakniveau is 2,06, met andere woorden in Nederland werd in 1988 in ongeveer twee woningen op honderd ingebroken. Deze cijfers worden verder onderverdeeld naar de provincies en de politieregio's toe en in verband gebracht met de urbanisatiegraad.

In de bijlagen van het werk wordt in tabellen het inbraakrisico in 669 gemeenten weergegeven, zowel alfabetisch gerangschikt als gerangschikt volgens de politieregio.

Dirk Merckx

DIRECTIE CRIMINALITEITSPREVENTIE, **Wegwijzer 1990**, 's-Gravenhage, Ministerie van Justitie, 1990, 19 pp.

In de publikatie *Wegwijzer 1990* stelt de Directie Criminaliteitspreventie van het Nederlandse Ministerie van Justitie zichzelf voor. Naast een beschrijving van het oude systeem, worden de doelstellingen en de structuur van de nieuwe dienst uiteengezet.

Tot de doelstellingen behoren het bevorderen van het nemen van overheidsmaatregelen, van maatregelen die door particulieren kunnen worden getroffen, van coördinatie en van hulpverlening aan slachtoffers.

Organisatorisch bestaat de Directie uit een hoofd van de directie, een hoofdafdeling maatschappelijke criminaliteitspreventie, een hoofdafdeling politieke criminaliteitspreventie en een stafafdeling informatievoorziening.

Een lijst van de personen die de diverse functies bekleden, met omschrijving van hun taak, en een lijst van adressen en centrale telefoonnummers vervolledigen deze publikatie.

Dirk Merckx

PETER H. BANDA, **Administratief procesrecht in vergelijkend perspectief. Een rechtsvergelijkende studie naar de invloed van de functie van het beroep op de rechter bij de regeling van het administratieve procesrecht**, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1989, XV + 213 blz., 45 fl.

Dit boek is de handelseditie van het proefschrift waarop de auteur aan de Katholieke Universiteit Brabant, Tilburg, promoveerde tot doctor.

Blijkens het voorwoord is aan dit boek «afgezien van enkele onderbrekingen ... ongeveer zeven jaar» gewerkt.

Men kan niet eraan denken: als dat zo is, dan is de spoeling toch maar dun uitgevallen, zowel wat omvang als inhoud betreft.

De tekst telt, naast een «Zusammenfassung» van 20 bladzijden – waarom alleen in het Duits? –, een zakenregister, een register op persoonsnamen, een jurisprudentieregister en een lijst van aangehaalde literatuur, 174 bladzijden. Gemiddeld dus 25 bladzijden per jaar.

Nu is conciesheid meer dan welkom in een tijd waarin vele doctorandi, respectievelijk doctorandae, met behulp van de informatica en xerocopy-apparatuur, hun proefschrift opblazen tot vele honderden, ja zelfs enkele duizenden bladzijden, wat onwettig aan de herinnering oproept aan de fabel van Jean de La Fontaine, «La grenouille qui se veut faire aussi grosse que le boeuf».

Maar conciesheid stelt hoge eisen aan de auteur; het weinige dat hij schrijft, moet zeer goed zijn. In *casu* lijkt dat slechts marginaal verwezenlijkt.

Zoals reeds uit de ondertitel van het proefschrift blijkt, bestaat de kerngedachte van de auteur hierin, dat de functie die aan het beroep op de administratieve rechter wordt toegekend, doorwerkt in de regeling van het procesrecht. Eenvoudiger gezegd: de procesregels verschillen naargelang de rechter optreedt in het raam van het objectieve contentieux – de directe aanvechting van een be-

stuurshandeling — of van het subjectieve contentieux — de bescherming van de rechten van de burger.

Eigenlijk hoeft dit geen betoog. Procesregels zijn geen doel op zichzelf; zij zijn slechts een middel om het beroep op de rechter op een vlotte wijze te laten verlopen. Zij zijn dan ook uiteraard (mede)afhankelijk van de functie die aan dat beroep op de rechter wordt toegekend.

In België bestaan de twee types van contentieux naast elkaar: het objectief contentieux bij de Raad van State; het subjectief contentieux bij de (gewone) rechter van de rechterlijke orde. Tussen het bestuursprocesrecht en het gerechtelijk privaatrecht bestaat een duidelijke differentiatie.

De toegangseisen tot het geding — belang tegenover subjectief recht —, de beslissingsmacht van de rechter — vernietiging zonder meer tegenover volledig rechtsherstel —, de procesregeling zelf — inquisitoire procedure tegenover althans een zekere lijdzaamheid van de rechter —, en nog andere aspecten verschillen volgens het door het beroep op de rechter nagestreefde doel: vernietiging van een bestuurshandeling, enerzijds, het verkrijgen van zijn rechten, anderzijds. Al is een toenadering tussen het bestuursprocesrecht en het gerechtelijk privaatrecht voorzeker wenselijk — bv. met betrekking tot de toegankelijkheid van milieuverenigingen, de rol van de rechter tijdens het procesverloop en de dwangsom —, meer nog, al is een reorganisatie van de rechterlijke macht in de zin van integratie (samenvoeging van de gewone en de administratieve rechterlijke macht) allicht best te verdedigen, toch zullen onvermijdelijk verschilpunten blijven bestaan tussen de formele regeling van de administratieve rechtspraak en de gewone rechtspraak.

Wat er ook van zij, Banda bouwt zijn betoog uit in vijf hoofdstukken.

In het eerste hoofdstuk wordt de probleemstelling en de (rechtsvergelijkende) methode geschetst.

De hoofdstukken 2 en 3 bevatten een vrij accurate maar niet steeds diepgaande beschrijving van de belangrijkste aspecten van het Franse en het Duitse stelsel van beslechting van bestuursrechtelijke geschillen. Een soortgelijke beschrijving werd in Nederland reeds eerder uitgewerkt door A.J. Bok, in zijn vlot leesbaar boek *Rechtsbescherming in Frankrijk en Duitsland* (Deventer, 1986), waarvan Banda het bestaan volkomen blijkt te ignoreren.

Hoofdstuk 4 biedt een overzichtelijke beschrijving van het Nederlandse administratieve procesrecht. Evenzeer als ten onzent, ontbreekt in Nederland zowel een duidelijke systematiek als een gedegen juridisch-begripsmatige onderbouw. Pionierswerk is in dit verband verricht door de hoogleraren Ten Berge en Tak, in hun tweedelig handboek *Nederlands administratief procesrecht* (Zwolle, 1983).

Na die vier hoofdstukken is de lezer aangeland op p. 142 van het boek, zonder iets te hebben gelezen wat niet eerder reeds op ten minste gelijkwaardige wijze in vroegere Nederlandse publikaties beschreven is, laat staan, wat het Franse en Duitse recht betreft, in buitenlandse rechtsliteratuur.

Blijft nog hoofdstuk 5 (het laatste): Vergelijking en Conclusies. De hoofdpunten van de drie vorige hoofdstukken worden eerst herhaald en netjes op een rij gezet: de competentieregeling en organisatie van de rechtspraak; de strekking van het beroep en kwalitatieve toegangsvereisten; de wijze van behandeling; de uitspraak; de rechtsmiddelen; de voorlopige bescherming.

Banda kan niet nalaten daarbij stoer uit te halen tegen het basiswerk van Ten Berge en Tak, dat volgens hem blijkbaar niet gespeend is van: «... niet erg duidelijke argument(en)...» (p. 154), «... (soms onderling tegenstrijdige) consequenties...» (p. 164); kortom: «... de gebrekkige ontwikkeling van het Nederlandse administratieve recht...» (p. 164). Of: de pot verwijft de ketel dat hij zwart ziet.

Het zal wel aan de argeloosheid van uw recensent liggen dat hij het laatste hoofdstuk tweemaal heeft moeten herlezen om te vatten wat de conclusie(s) is (zijn). Indien ik het goed begrepen heb, dan ziet Banda objectieve rechtmatigheidscontrole en individuele rechtsbescherming als twee mogelijke uitgangspunten; in een sterk gecentraliseerde bestuursstructuur, zoals de Franse, valt voor het objectieve contentieux wel iets te zeggen, maar in een gedecentraliseerde staatsopbouw, zoals in Duitsland en in Nederland, volstaat de individuele rechtsbescherming en «ligt het niet voor de hand terug te keren naar een stelsel van recours objectifs» (p. 166).

Als dit werkelijk de kernconclusie is, dan kan ik het daarmee niet eens zijn.

Ongeacht het al dan niet gecentraliseerd karakter van de bestuursorganisatie, is objectieve rechtmatigheidscontrole — de directe aanvechting en vernietiging *erga omnes* van overheidsbeslissingen door een ieder die (slechts) van een (onbepaald) belang laat blijken — een der pijlers van de bescherming van de burger tegen overheidsop treden in de Beneluxlanden, Frankrijk, Italië, Griekenland, e.a. Die pijler kan niet worden onderuit genomen onder het mom van een behoorlijke parlementaire controle (!) en van (echte of vermeende) decentralisatie, of omwille van de integratie van de rechterlijke macht, die ook mogelijk is zonder uitsluiting van het objectieve contentieux. In dezelfde zin: A.J. Bok, boekbespreking in *Ned. Tijdschr. vr. Bestuursrecht*, 1990, 73.

Andere conclusies zijn minder betwistbaar, soms zelfs het intrappen van open deuren. Aldus, bv.:

- de opsplitsing van de rechterlijke bevoegdheid inzake bestuursrechtelijke geschillen over een relatief groot aantal administratiefrechtelijke colleges en de gewone rechter is onwenselijk (p. 167);

- de beslechting van geschillen over subjectieve rechten door een bindende uitspraak moet aan een «independent and impartial tribunal» worden opgedragen (p. 169);

- aan de hoedanigheid van potentiële klager mogen geen andere eisen worden gesteld dan dat hij over een rechtens beschermd belang moet beschikken (p. 171).

Achteraan op de omslag van het boek staat te lezen: «Door de algemene benadering van het onderwerp levert deze publikatie een belangrijke bijdrage aan de begripsvorming op het gebied van het administratieve procesrecht en kan ze een nuttige rol spelen bij de ontwikkeling van voorstellen voor een uniforme regeling daarvan». *Wishful thinking?*

Prof. dr. L.P. Suetens

RAF VERSTRAETEN, *De burgerlijke partij en het gerechtelijk onderzoek — Het slachtoffer in het strafproces*, Maklu Uitgevers, Antwerpen-Apeldoorn, 1990, 535 pp.

Het boek is de enigszins bijgewerkte versie van het proefschrift op 24 april 1989 verdedigd tot het behalen van de graad van doctor in de rechten.

De auteur, Raf Verstraeten, is benevens doctor in de rechten (K.U.Leuven 1989) ook houder van een D.E.A. in strafrecht (Université de Paris, II, 1985). Hij doceert strafvordering aan de K.U.Leuven en is advocaat.

Het werk is opgebouwd in twee delen. Het eerste deel bevat een gedetailleerde studie van de intrede en de positie van de burgerlijke partij in het gerechtelijk onderzoek. Het tweede deel behandelt de rol van de burgerlijke partij in het strafproces.

Traditioneel werd door het strafrechtelijk apparaat uitsluitend de relatie tussen dader en maatschappij op de voorgrond gezet. De jaren tachtig brachten hierin een kentering door in toenemende mate aandacht te besteden aan de bescherming en vergoeding van de slachtoffers van misdrijven en inzonderheid van opzettelijke gewelddaden.

Het veilig stellen van de belangen van het slachtoffer gebeurt nog steeds op basis van het Wetboek van Strafvordering van 1808. De auteur beoogt dan ook met deze publikatie dit eerbiedwaardig doch oud materieel op zijn degelijkheid te toetsen.

Uitgangspunt is het optierecht van de benadeelde om de burgerlijke vordering aanhangig te maken voor de burgerlijke rechter of voor de strafrechtbank (art. 4 V.T.Sv.). Na een kort historisch overzicht van de evolutie in de verhouding tussen de publieke en de burgerlijke vordering stelt de auteur vast dat de bepalingen van het E.V.R.M. geen invloed hebben op de burgerlijke-partijstelling voor de strafrechter. Het staat de lidstaten vrij in hun interne recht een burgerlijke-partijstelling voor de strafrechter gewoon uit te sluiten of, zoals in België het geval is, haar actiemogelijkheden te beperken.

Voor alle duidelijkheid wordt de nadruk gelegd op het graduele onderscheid tussen aangifte, klacht en burgerlijke-partijstelling. Elke klacht houdt noodzakelijk een aangifte in, en elke burgerlijke-partijstelling noodzakelijk een klacht, maar een aangever kan zich nooit burgerlijke partij stellen.

De burgerlijke-partijstelling voor de onderzoeksrechter is alleen geldig mits voldaan wordt aan zekere grond- en vormvoorwaarden.

In het principiearrest van 16 januari 1939 geeft het Hof van Cassatie twee preciseringen aan, nl. dat de aangevoerde schade «zeker» moet zijn en het gekrenkte belang rechtmatig.

Over de grondslag van de noodzaak van een rechtmatig belang bestaat geen eensgezindheid.

Allereerst zijn er de algemene voorwaarden van de rechtsvordering: hoedanigheid, rechtmatig belang en het bestaan van de schade.

Belangrijke grondvoorwaarde voor de burgerlijke-partijstelling bij de onderzoeksrechter is dat men benadeeld is door een misdaad of wanbedrijf (art. 63 Sv.). Hoewel een burgerlijke-partijstelling in personam tegen een minderjarige onontvankelijk zou kunnen verklaard worden (art. 47 Jeugdbeschermingswet) is de toestand anders indien de burgerlijke-partijstelling gericht is tegen een onbekende waarbij naderhand blijkt dat de dader een minderjarige is of tegen een minderjarige en een meerderjarige samen.

Als de minderjarige geen militair is, blijft de rechtstreekse dagvaarding aan de benadeelde ontzegd. In een arrest van 1 juni 1966 besliste het Hof van Cassatie dat geen rechtstreekse dagvaarding van de benadeelde mogelijk is voor de militaire gerechten (p. 48).

Inzake wanbedrijven die aan de politierechtbank zijn toevertrouwd, kan de benadeelde rechtstreeks dagvaarden (art. 138 Sv.).

Een burgerlijke partijstelling buiten het initiatief van het openbaar ministerie is eveneens uitgesloten inzake voorrecht van rechtsmacht. Art. 479 Sv. heeft de inwerkingstelling van de strafvordering uitsluitend voorbehouden aan de procureur-generaal bij het hof van beroep. Het feit dat de benadeelde afhankelijk is van de beleidsbeslissing van het openbaar ministerie, is niet zonder kritiek.

Voor ministers en parlementairen gelden bijzondere procedure-regels. Een burgerlijke-partijstelling is mogelijk voor misdrijven gepleegd door parlementairen en ontdekt op heterdaad, alsook na voorafgaande toelating van de kamer waarvan de betrokken parlementair deel uitmaakt.

Bijzondere wetgevingen hebben het recht om de strafvordering op gang te brengen en uit te oefenen voorbehouden aan bepaalde besturen (bv. douane- en accijnzen, boswetboek).

Een burgerlijke-partijstelling om de strafvordering op gang te brengen is onontvankelijk voor misdaden en wanbedrijven gepleegd door een Belg tegen een vreemdeling buiten het grondgebied van het Rijk en in een land waarin dit feit eveneens strafbaar is gesteld (art. 7 2 V.T.Sv.).

Het recht om over de burgerlijke vordering te oordelen is afhankelijk van de ontvankelijkheid van de strafvordering. Bij verjaring van de strafvordering is nog uitspraak mogelijk over de burgerlijke vordering mits deze tijdig is ingesteld, d.i. vóór de verjaring van de strafvordering, en de verjaring van de strafvordering niet was ingetreden vóór het aanhangig maken van de zaak bij het vonnisgerecht.

Het arrest van het Hof van Cassatie van 27 mei 1943 besliste dat het adagium «electa una via non datur recursus ad alteram» als dusdanig niet behoorde tot het Belgisch positief recht. Allereerst kwam vast te staan dat het slachtoffer van een misdrijf zijn eis tot schadevergoeding kon splitsen in een gedeelte kon vorderen voor de strafrechter en een ander gedeelte voor de burgerlijke rechter.

Het is onmogelijk om zich voor de onderzoeksrechter burgerlijke partij te stellen uit hoofde van een bepaald feit wanneer dit zelfde feit reeds het voorwerp uitmaakt van een rechtstreekse dagvaarding voor de strafrechtbank.

Evenmin is een burgerlijke-partijstelling voor de onderzoeksrechter nog mogelijk wanneer voor het betreffende feit reeds een verwijzing is uitgesproken door het onderzoeksgerecht naar het vonnisgerecht.

De bewering benadeeld te zijn volstaat (art. 63 Sv.), de schade moet reëel en persoonlijk zijn. Deze laatste noodzaak wordt geproblematiseerd naar aanleiding van het optreden van verenigingen in rechte ter verdediging van collectieve belangen. Belangwekkend in dit verband is het arrest van het Hof van Cassatie van 24 november 1982 alsook het Eykendaellarrest en Neerpede-Blijft-arrest, respectievelijk van 19 november 1982 en 25 oktober 1985.

De schade moet vanzelfsprekend steunen op het vervolgde misdrijf.

De strafrechter is bevoegd om schadevergoeding toe te kennen. Uitzondering hierop is het geval van art. 46 van de Arbeidsongevallenwet van 10 april 1971 waardoor voor de werkgever, zijn lasthebber en aangestelde een zekere «burgerlijke immuniteit» werd gecreëerd.

De benadeelde moet laten blijken dat hij schadevergoeding wenst. De burgerlijke-partijstelling behelst een vraag tot schadevergoeding.

Inzake de vormvoorwaarden voor de burgerlijke-partijstelling voor de onderzoeksrechter dient te worden benadrukt dat de burgerlijke-partijstelling in geen geval vermoed wordt en een wilsverklaring vereist. Bij de onderzoeksrechter volstaat geen verzoekschrift of gewone brief en wordt een akte of proces-verbaal opgesteld. Voor rechtspersonen zal de onderzoeksrechter aan de persoon die zich aanmeldt, de verantwoordingsstukken vragen waaruit blijkt dat hij gemachtigd is om de rechtspersoon te vertegenwoordigen.

Behoudens wettelijke uitzonderingen dient de burgerlijke partij op grond van artikel 108 van het Algemeen Reglement op de gerechtskosten in strafzaken een som te deponeren ter griffie die vermoedelijk nodig is voor de kosten van de rechtspleging. Afwezigheid van consignatie impliceert niet dat de procedurele gevolgen van de burgerlijke-partijstelling ipso facto niet bestaande zijn.

De burgerlijke partij kiest woonplaats in het gerechtelijk arrondissement. Er bestaat een controverse over de mogelijkheid om keuze van woonplaats te doen op het parket van de procureur des Konings. De sanctie bij gebrek aan keuze van woonplaats bestaat erin dat de burgerlijke partij het verzuim van de betekening niet kan inroepen tegen de akten die haar luidens de wet moesten worden betekend. De auteur beschouwt de huidige regeling inzake de verplichting van keuze van woonplaats als achterhaald.

Een regelmatige klacht met burgerlijke-partijstelling in handen van de onderzoeksrechter stelt de strafvordering in werking en verplicht de onderzoeksrechter te onderzoeken. De onderzoeksrechter is niet gebonden door de kwalificatie door de benadeelde gegeven en kan ook onderzoeken tegen onbekenden.

De verplichting om na regelmatige klacht met burgerlijke-partijstelling te onderzoeken heeft geen absoluut karakter. De uitzonderingen zijn velerlei (art. 462 Sw., verjaring, militairen enz.). Wanneer de opgeworpen onontvankelijkheidsgrond tot gevolg heeft dat de strafvordering is vervallen, neemt de raadkamer een beslissing van buitenvervolginstelling. De burgerlijke partij beschikt over wettelijke rechtsmiddelen om op te komen tegen de beslissing van de raadkamer door verzet aan te tekenen bij de kamer van inbeschuldigingstelling. Zij kan ook, ingeval zij is afgewezen op beschouwingen die verband houden met de ontvankelijkheid van de burgerlijke vordering, cassatieberoep instellen.

De burgerlijke-partijstelling voor de onderzoeksrechter heeft tot gevolg dat de benadeelde partij wordt in het strafproces (art. 66 Sv.).

De benadeelde kan zich ook manifesteren als procespartij bij wijze van voeging (art. 67 Sv.). Zulks kan zowel gebeuren voor de onderzoeksrechter als voor de onderzoeksgerechten. De burgerlijke-partijstelling zal dienen te gebeuren in de taal van het onderzoek en heeft alleen tot gevolg dat de benadeelde partij wordt in het strafproces.

De «klassieke» uitgangspunten leidden tot de zienswijze dat de verdachte en de burgerlijke partij over geen enkel rechtsmiddel beschikken in de loop van het onderzoek, en zich beperkt zien tot het plegen van suggesties of het formuleren van verzoeken aan de onderzoeksrechter die met betrekking tot deze suggesties of verzoeken evenwel een onaantastbaar beoordelingsrecht bezit. Het openbaar ministerie beschikt over een appelrecht tegen het zgn. «strijdig bevel» van de onderzoeksrechter. De vraag of ook privé-personen over een controlemogelijkheid beschikken, is controversieel. De auteur kan zich verenigen met de oplossing van het hoogste rechtscollege waarbij onder bepaalde voorwaarden het optreden van de rechter in kort geding geen inmenging uitmaakt in de bevoegdheid van de strafrechter.

Het appelrecht van privé-personen bij de kamer van inbeschuldigingstelling is beperkt en geeft aanleiding tot controversen. De auteur is van mening dat het instellen van een rechtsmiddel tegen de beslissing van de onderzoeksrechter die belast is met de leiding van het onderzoek, ontegenzeggelijk een inmenging vormt in de uitoefening van de strafvordering die niet door de wet is bepaald en evenmin uit de wet kan worden afgeleid (p. 212). Beslissingen van de onderzoeksrechter met betrekking tot de bevoegdheid kunnen door de burgerlijke partij worden aangevochten. Er werden diverse voorstellen geformuleerd om hoger beroep open te stellen voor privé-partijen in bepaalde materies zoals het horen van getuigen of het deskundigenonderzoek.

Bij het onderzoek van de rechtspositie van de burgerlijke partij bij het afsluiten van het gerechtelijk onderzoek geeft de auteur achtereenvolgens voor de raadkamer en voor de kamer van inbesluidigingstelling een overzicht van de concrete beslissingen die door deze gerechten kunnen worden getroffen met telkenmale het gevolg voor de burgerlijke partij. Vervolgens wordt de procedure voor de raadkamer en de kamer van inbesluidigingstelling beschreven, en wordt ten slotte onderzocht welke procedurale mogelijkheden de burgerlijke partij nog heeft na de respectieve beslissingen van deze gerechten.

De burgerlijke partij kan bij lacunes in de inverdenkingstelling bij gemotiveerde conclusie de raadkamer ertoe uitnodigen vooralsnog geen uitspraak te doen (p. 232). Het is duidelijk dat de burgerlijke partij wier aanstelling onregelmatig wordt bevonden, in het ongelijk wordt gesteld, zodat zij overeenkomstig de artt. 162 en 194 Sv. in de kosten moet worden veroordeeld.

In geval van buitenvervolginstelling, ongeacht de motieven, kan de benadeelde een rechtsmiddel inleiden tegen de beschikking van de raadkamer, hetzij een vordering inleiden voor de burgerlijke rechtbank.

De vraag of de burgerlijke partij nog na een verwijzing een rechtstreekse dagvaarding kan uitbrengen, die dan op dezelfde manier als die van het openbaar ministerie als dagstelling zou gelden, wordt uiteenlopend beantwoord (p. 237). Een cassatiearrest van 18 juni 1974 lijkt dit uit te sluiten doch wordt gekritiseerd door de rechtsleer. Ook een veralgemeende veroordeling in de kosten aan de burgerlijke partij bij ontslag van onderzoek wordt niet unaniem aangevaard in de rechtsleer.

Een beslissing tot internering genomen door de raadkamer is een eindbeslissing. De bevoegdheid van de raadkamer om te statueren over de vordering tot schadevergoeding is definitief vastgelegd. Bij de beoordeling zal de rechter zich laten leiden door de omstandigheden en de toestand van de partijen (art. 138bis B.W.).

Wanneer de onderzoeksgerechten de opschorting van de veroordeling gelasten met toepassing van artikel 6, derde lid, van de wet van 29 juni 1964, zijn zij tevens bevoegd om uitspraak te doen over de bij hen aanhangig gemaakte burgerlijke vordering.

De aanwezigheid van de burgerlijke partij voor de raadkamer is in principe slechts toegelaten wanneer de raadkamer geroepen is om uitspraak te doen over de regeling van de rechtspleging of wanneer zij uitspraak doet als vonnisgerecht.

De auteur besteedt uitvoerig aandacht aan artikel 135 Sv. Door aan de burgerlijke partij een rechtsmiddel toe te kennen dat het haar mogelijk maakt het verval van de strafvordering te verhinderen, wordt een uitzondering gecreëerd op het principe van de scheiding en de onafhankelijkheid van de publieke en de civiele vordering, en op de basisregel van de strafrechtspleging dat de strafvordering uitsluitend door het openbaar ministerie mag worden uitgeoefend.

Gedurende geruime tijd werd aan de burgerlijke partij het recht ontzegd om cassatieberoep in te stellen tegen een arrest van buitenvervolginstelling. Met de arresten Galle en Schollen, respectievelijk van 7 november 1979 en 10 december 1980, heeft het Hof van Cassatie aan de burgerlijke partij een volwaardig cassatieberoep toegekend, dat volledig gelijkwaardig is aan dat van het openbaar ministerie, zodat deze beide partijen ook op dit niveau, in navolging van wat op grond van art. 135 Sv. in beginsel het geval is voor het verzet tegen de beschikkingen van de raadkamer, op gelijke voet worden geplaatst (p. 392).

Wanneer de voorziening van de burgerlijke partij wordt aangenomen en het arrest van de kamer van inbesluidigingstelling wordt vernietigd, geldt dit zowel voor de beslissing over de strafvordering als over de burgerlijke vordering.

Het E.V.R.M. vereist niet dat degene die beweert door een misdrijf benadeeld te zijn, het recht moet hebben om een strafvervolguit te lokken tegen de beweerde dader van een misdrijf. De nationale wetgever heeft bijgevolg de mogelijkheid en de vrijheid behouden om de uitoefening van een burgerlijke vordering uit een misdrijf naar believen te reglementeren.

De auteur geeft dan ook enkele rechtsvergelijkende beschouwingen bij de procespositie van de benadeelde partij in Nederland en Frankrijk.

Mr. Verstraeten geeft ook toelichting bij twee initiatieven op supranationaal niveau in verband met de positie van de benadeelde in het strafproces, namelijk de aanbeveling nr. R (85) 11 van de

Raad van Europa en het Benelux voorontwerp verdrag «Het slachtoffer in het strafproces».

De schrijver pleit voor de toelating van de benadeelde tot het strafproces omdat het feit dat aanleiding geeft enerzijds tot de publieke vordering en anderzijds tot de burgerlijke vordering, hetzelfde is. Ook steunt hij op de beschouwing dat de burgerlijke partij bijdraagt tot de vaststelling van de draagwijdte en de betekenis van het strafbaar feit en de toerekening ervan. Deze «wederzijdse hulpverlening» belandt ook de openbare orde aan. Ook de schadevergoeding van de slachtoffers maakt deel uit van de adequate sanctionering van het misdrijf. Op basis van praktische overwegingen opteert de auteur voor het behoud van het instituut van de burgerlijke-partijstelling.

In verband met de rol en de positie van de burgerlijke partij in het strafproces stelt de auteur zich de vraag of de benadeelde afhankelijk moet zijn van het openbaar ministerie. Hij merkt hierbij op dat het particulier initiatief niet risicoloos is en een aantasting kan inhouden van het prerogatief van het openbaar ministerie. De benadeelde zou kunnen uitgroeien tot een pseudo-procureur en een rivaal van het openbaar ministerie.

De auteur is voorstander van een beperkte definiëring van de beleidsruimte van het openbaar ministerie bij misdrijven waarbij individuele schade is veroorzaakt. Het recht tot burgerlijke-partijstelling is een belangrijk tegenwicht voor de macht van het parket. Mr. Verstraeten pleit voor een maximalisering van de mogelijkheden tot afdoening van strafbare feiten buiten het strafproces, indien indicaties bestaan met betrekking tot de wenselijkheid hiervan. In een slachtoffergeoriënteerde procedure dient de regeling van de burgerlijke belangen van het slachtoffer dat hierom verzoekt, een prealabele voorwaarde te zijn.

De kritiek van de auteur op artikel 135 Sv. is voornamelijk dat het artikel aan de burgerlijke partij in enkele specifieke gevallen een buitenmaatse macht verleent die volkomen in strijd lijkt met de geest van het Wetboek van Strafvordering. Zulks doet echter geen afbreuk aan het feit dat het uitzonderingskarakter van de burgerlijke vordering voor de strafrechter gehandhaafd moet blijven en versterkt worden. Schrijver pleit hier voor een minimalistische opvatting met betrekking tot de personen die in het strafproces kunnen optreden en voor het uitsluiten van elk optreden dat niet thuishoort in het raam van de verdediging van de burgerlijke belangen.

Mr. Verstraeten is voorstander van de in Frankrijk aangenomen opvatting dat alleen zij die zelf «l'impact de l'infraction» hebben ondergaan in het strafproces kunnen optreden en niet de rechtsopvolgers die niet rechtstreeks bij het misdrijf betrokken zijn. Hij ziet ook geen rol weggelegd voor de rechtspersonen die optreden ter verdediging van collectieve belangen. Ook het onderzoeksgerecht moet controle kunnen hebben op de ontvankelijkheid van de burgerlijke-partijstelling. Ten slotte opteert de auteur ook voor een betere bescherming van de burgerlijke vordering in het strafproces, o.m. door de mogelijkheid tot tegenspraak op een deskundigenverslag te vervroegen, de mogelijkheid tot tegenspraak op de afwijzing van een verzoek tot opheffing van het beslag en het toekennen aan de burgerlijke partij van een zeker initiatiefrecht bij het opduiken van nieuwe bezwaren na een buitenvervolginstelling.

Het werk van Raf Verstraeten is een belangrijke aanwinst voor de Vlaamse rechtsbibliotheek. In de inleiding schreef de auteur, in alle bescheidenheid, dat zijn boek niet bedoeld was als het derde luik van een trilogie na het *Manuel de la partie civile* van Van Roye, dat een herwerking was van de *Vademecum de la partie civile*. De beperkte en andere benadering van de burgerlijke-partijstelling betekent echter niet dat dit werk in de schaduw staat van zijn voorlopers.

De meer dan 466 verwijzingen en annotaties in voetnoot, de systematische wijze waarop het geheel is opgebouwd en het zeer goed gestructureerd betoog maken van dit, als proefschrift geconcipeerde, rechtswerk een betrouwbare handleiding en een werkelijk vademecum voor de praktijkjurist.

Een uitvoerige bibliografie en zaakregister bevorderen de toegankelijkheid bij de raadpleging. De stof werd bijgehouden tot oktober 1989.

J. Luyckx

IN MEMORIAM

Fernand Collin

Op 11 december 1990 overleed een prominent Vlaming. Als lid van de balie te Antwerpen, ijverde **Fernand Collin** in het begin van de dertiger jaren voor de vernederlandsing van het rechtsleven. Met zijn strijdmakkers kreeg hij voldoening door de wet van 15 juni 1935. In die tijd was hij een der stichters van het *Rechtskundig Weekblad*, met René Victor als vaandeldrager.

Te Leuven was hij bestemd om de penalist van de nederlandse Rechtswetenschap te zijn. Hij doceerde het strafrecht en de strafrechtpleging. De penitentiaire wetenschap was zijn specialiteit. Hij bezocht een groot aantal gevangenissen in Europa en in Amerika. Hij publiceerde een handboek voor strafrecht en talrijke annotaties voor rechterlijke uitspraken.

Het jaar 1938 bracht een keerpunt in zijn loopbaan. De leiding van de Kredietbank voor Handel en Nijverheid werd hem toevertrouwd. Als bankier heeft hij baanbrekend werk verricht. Op Vlaamse leest geschoeid groeide zijn instelling tot grootbank uit. Met een haast ongelooflijke hardnekkigheid spande hij zich in om het Nederlands in de bankwereld te doen binnendringen.

Vóór en na de tweede wereldoorlog waren de hogere financiële kringen volkomen verfranst. **Collin** bracht daarin verandering. Nadat hij tot voorzitter van de Belgische Vereniging der Banken was aangesteld, sprak hij zijn collega's uitsluitend in het Nederlands aan.

Hij was niet alleen een practicus van de bankbedrijvigheid. Als wetenschapper diepte hij de problemen uit. Op tweeëntachtigjarige leeftijd publiceerde hij een boek over monetaire aangelegenheden. Over financiële en economische onderwerpen gaf hij talloze voordrachten in binnen- en buitenland. Als referent trof men hem aan in Bombay, in Boston en in München. Hij was trouwens een grote reiziger die, gedurende vijftig jaar, minstens eenmaal per jaar de verplaatsing naar de Verenigde Staten deed.

Collin was een kunstminnaar. Voor zijn personeel, in de bank, nam hij tal van culturele initiatieven. Met vooraanstaande personaliteiten uit de kunstwereld onderhield hij vriendschappelijke betrekkingen.

Hij was ook een sportliefhebber. Tot op zeer gevorderde leeftijd, reed hij te paard. Gedurende tientallen jaren is hij de voorzitter van de «Royal Antwerp F.C.» geweest. Hij verliet zijn Club toen hij geleidelijk tot de bevinning kwam dat voetbal geen middel meer was voor de fysieke vorming van de jeugd, maar een financiële aangelegenheid was geworden.

Hij hield van humor. In de gang van zijn buitenverblijf te Braschaat, prijkte een opschrift met het volgende libellé: «Bezoek is altijd aangenaam, zoniet bij 't komen, dan toch bij het gaan». Tijd had **Collin** niet genoeg.

Zijn merites werden erkend door tal van onderscheidingen. Hij was lid van de Koninklijke Academie voor Wetenschappen, Letteren en Schone Kunsten. In 1972 reikte de Westfaalse Wilhelms-universiteit te Münster hem de «Joost van den Vondel»-prijs uit.

Prof. em. R. Vandeputte

MEDEDELINGEN

CBR – Studiemiddag: De nieuwe wet inzake de voorlopige hechtenis (UIA – 18 januari 1991)

Door het Centrum voor Beroepsvervolmaking in de Rechten (C.B.R.) werd op 18 januari jl. een studiemiddag gehouden over de nieuwe wet inzake de voorlopige hechtenis, die in werking trad op 1 december 1990. De voornaamste innovaties in het stelsel van de voorlopige hechtenis en hun repercussies voor de praktijk werden toegelicht door F. Erdman, senator en advocaat aan de balie te Antwerpen, C. Van den Wyngaert, docent strafrecht U.I.A., en I. Menes, onderzoeksrechter te Antwerpen.

Verbetering van de rechtspositie van de verdachte. – Mr. Erdman belichtte in eerste instantie de drie krachtlijnen van de nieuwe wet, beperking van de toepassing van de voorlopige hechtenis, invoering van alternatieve maatregelen, en verbetering van de rechten van de verdediging.

Vanuit het oogpunt van de verdediging kunnen enkele opvallende nieuwe waarborgen gesignaleerd worden. Allereerst draagt de wet er zorg voor dat de *verdachte beter geïnformeerd* wordt. Zo bepaalt de wet uitdrukkelijk dat de politie de verdachte ervan moet verwittigen dat hij wordt gearresteerd; de onderzoeksrechter die de verdachte ondervraagt alvorens een aanhoudingsbevel uit te vaardigen, moet de verdachte meedelen dat hij onder aanhoudingsbevel kan worden geplaatst. Bij de betekening van het aanhoudingsbevel heeft de verdachte recht op een afschrift van de processen-verbaal van alle verhoren die van hem zijn afgenomen, zowel door politie en parket als door de onderzoeksrechter, en dit vanaf het begin van de vrijheidsberoving. Vanaf de eerste verschijning voor de raadkamer hebben zowel de verdachte als zijn raadsman recht op inzage van het volledige strafdossier. Deze maatregelen leiden a.h.w. tot een zekere bevoordeling van de voorlopig gehechte t.a.v. de in vrijheid gelaten verdachte: deze laatste krijgt immers slechts toegang tot het strafdossier bij de afsluiting van het vooronderzoek, nl. bij de regeling der rechtspleging.

De *contacten tussen de verdachte en zijn raadsman* worden eveneens verbeterd. Hoewel het verhoor van de verdachte niet geschiedt in het bijzijn van de raadsman, is de onderzoeksrechter thans wel verplicht aan de verdachte mee te delen dat hij het recht heeft een advocaat te kiezen. Kiest hij geen advocaat, dan zal de onderzoeksrechter de balie waarschuwen met het oog op de eventuele aanstelling van een advocaat pro deo. Hoewel men dus niet geopteerd heeft voor een ambtshalve aanstelling, is daarentegen wel een uitdrukkelijke vraag vereist.

De afschaffing van het verbod van vrij verkeer met de advocaat moet waarborgen dat de verdachte zijn raadsman kan zien vóór de eerste verschijning voor de raadkamer. Over de vraag of de verdachte zijn advocaat kan raadplegen in de periode tussen de ondervraging door de politie en de voorleiding voor de onderzoeksrechter, bestaat vooralsnog geen duidelijkheid: de wet bepaalt enkel dat de verdachte onmiddellijk na het eerste verhoor (door de onderzoeksrechter) vrij verkeer kan hebben met zijn advocaat. Nieuw is ook de mogelijkheid voor de verdachte om zich op de zitting van de raadkamer door zijn advocaat te laten vertegenwoordigen, indien hij zelf in de onmogelijkheid verkeert om aanwezig te zijn.

Door de *opname van bepaalde elementen van de strafrechtspleging op tegenspraak* is een belangrijke stap gezet in de richting van een grotere «gelijkheid van wapens» tussen verdachte en openbaar ministerie. De nieuwe wet voert met het zgn. specifiek verhoor door de onderzoeksrechter een debat in vóór de aflevering van het aanhoudingsbevel: de verdachte heeft immers het recht opmerkingen te formuleren m.b.t. de hem ten laste gelegde feiten en m.b.t. zijn mogelijke aanhouding (weliswaar zonder de bijstand van een advocaat).

Binnen vijf dagen na de aanhouding, en vóór de eerste verschijning voor de raadkamer, is met het oog op de eventuele opheffing van het aanhoudingsbevel, waarover de onderzoeksrechter thans autonoom beslist, opnieuw een contradictoir debat mogelijk. Vóór iedere nieuwe handhaving van de voorlopige hechtenis door de raadkamer kan de onderzoeksrechter op verzoek van de verdediging een samenvattend verhoor verrichten. De advocaat van de verdachte en de procureur des Konings kunnen dit verhoor, dat opgevat is als een overlegprocedure (d.w.z. geen zitting, geen conclusies, geen pleidooien), bijwonen. Ten slotte verloopt de procedure voor de raadkamer meer contradictoir dan voorheen: de verdediging heeft van de aanvang af inzage in het strafdossier, de raadkamer is verplicht te antwoorden op de conclusies van de partijen waarin ze de motivering van het aanhoudingsbevel betwisten, en bij langdurige vrijheidsbenemingen kan de verdachte vragen om in openbare terechtzitting te verschijnen (d.i. de zgn. «alarmprocedure»).

Deze nieuwe rechtswaarborgen voor de verdediging, zo waarshuwde mr. Erdman terloops, zullen slechts het verhoopte effect sorteren, wanneer de leden van de balie de nodige intellectuele zelftucht aan de dag leggen: zij moeten in hun rol van verdediging namelijk elk misbruik vermijden dat de wetgever ertoe zou kunnen brengen de huidige wet opnieuw aan te passen.

Professor Van den Wyngaert gaf vervolgens een kritische lezing van de nieuwe bepalingen i.v.m. arrestatie door politie en parket enerzijds, en i.v.m. de mogelijke alternatieven voor de voorlopige hechtenis anderzijds.

Wettelijke regeling van de politierrestatie. — De arrestatie door politie en parket is voortaan wettelijk geregeld. Hiermee komt de wetgever tegemoet aan de door het E.V.R.M. gestelde eisen: art. 5, lid 1, E.V.R.M. vereist immers dat elke vrijheidsberoving op een wettelijke basis berust. De politie kan haar arrestatiebevoegdheid nog slechts uitoefenen bij betrapting op heterdaad; buiten heterdaad kan enkel de procureur des Konings besluiten de verdachte te arresteren, op voorwaarde dat er ernstige schuld aanwijzingen bestaan. Ook de door art. 7 van de Grondwet voorgeschreven *termijn van 24 uur* is thans wettelijk geregeld. Hij vangt aan op het ogenblik dat de verdachte effectief van zijn vrijheid wordt beroofd en dus niet meer beschikt over de vrijheid van komen en gaan. Om een verdachte langer dan 24 uur van zijn vrijheid te beroven, is een rechterlijk bevel vereist, hetzij een medebrengingsbevel, hetzij een aanhoudingsbevel.

Hoewel deze nieuwe regeling ongetwijfeld moet worden toegejuicht, blijven toch bepaalde lacunes en onzekerheden bestaan. Enerzijds bepaalt de wet niet uitdrukkelijk dat de mogelijkheid tot arrestatie beperkt is tot de gevallen waarin voorlopige hechtenis mogelijk is (nl. feiten waarop een straf van minstens een jaar staat). Anderzijds blijven een aantal vragen i.v.m. de *arrestatiebevoegdheid van particulieren* onbeantwoord (m.n. in verband met de drempelstraf van een jaar, de interpretatie van het begrip heterdaad, en het aanvangspunt van de termijn van 24 uur). Bovendien heeft de nieuwe wet het probleem van de *ongrondwettigheid* van de arrestatie door politie en parket buiten het geval van betrapting op heterdaad niet opgelost: art. 7 van de Grondwet bepaalt immers dat een aanhouding in dit geval slechts mogelijk is «krachtens een met redenen omkleed bevel van de rechter», waaruit kan worden afgeleid dat de Grondwet een voorafgaand rechterlijk bevel vereist.

Invoering van alternatieven voor de voorlopige hechtenis. — Terwijl de onderzoeksrechter voorheen slechts de keuze had tussen radicale vrijheidsberoving of onvoorwaardelijke vrijheid, beschikt hij nu over een tussenmaatregel, nl. de *vrijheid of invrijheidstelling onder voorwaarden*. Deze maatregel zou er eveneens toe moeten bijdragen dat het aantal voorlopige hechtenissen daalt.

Opnieuw een lovenswaardig initiatief, dat echter tegelijkertijd een aantal vragen oproept. De nieuwe maatregel is onderworpen aan dezelfde algemene voorwaarden die gelden voor het uitvaardigen van een aanhoudingsbevel. Is het evenwel niet paradoxaal enerzijds vast te stellen dat de aanhouding van de verdachte volstrekt noodzakelijk is voor de openbare veiligheid (wegens het gevaar voor recidive, ontvluchting, verduistering van bewijsmateriaal, of collusie), en anderzijds deze verdachte toch vrij te laten, zij het onder oplegging van een of meer voorwaarden? Het gevaar voor «*netwidening*» is immers niet denkbeeldig: zal de rechter niet geneigd zijn deze maatregel ook en vooral op te leggen in twijfelgevallen waarin hij voordien niet tot een aanhoudingsbevel zou hebben besloten?

De wet omschrijft niet welke *voorwaarden* kunnen worden opgelegd. Uit de voorbereidende werkzaamheden blijkt evenwel dat bepaalde beperkingen gelden: zo is huisarrest uitgesloten en mag het recht op privacy niet worden geschonden. Aangezien de grondslag van deze beperkingen niet geheel duidelijk is (zij lijken in ieder geval niet door het E.V.R.M. te zijn voorgeschreven), zou het verkieslijk geweest zijn de alternatieve maatregelen uitdrukkelijk in de wet op te sommen.

Het toezicht op de naleving van deze voorwaarden, dat door de wet aan de politie en de sociale diensten bij de rechtbanken wordt toevertrouwd, stelt eveneens problemen. Wanneer de wetgever hiervoor niet de nodige infrastructuur ter beschikking stelt, is de kans groot dat de toepassing en de effectiviteit van de alternatieve maatregelen reeds bij de aanvang worden gehypothecerd.

Bij *niet-naleving van de voorwaarden* kan de onderzoeksrechter of het vonnisgerecht, al naar gelang van het geval, een aanhoudingsbevel uitvaardigen. In verband met de bevoegdheid van het vonnisgerecht kunnen er echter, gelet op de rechtspraak van het Hof van Straatsburg m.b.t. de objectieve onpartijdigheid van de rechter (art. 6, lid 1, E.V.R.M.), problemen rijzen: dezelfde rechtbank zou immers eerst over de voorlopige hechtenis en nadien over de grond van de zaak uitspraak moeten doen. Hier heeft de wetgever een te-

rechte waarschuwing in die zin van de Raad van State naast zich neergelegd.

Ten aanzien van de *vrijheid of invrijheidstelling tegen betaling van een borgsom*, die door de nieuwe wet opgevat is als een van de mogelijke alternatieven, geldt dezelfde paradox: deze maatregel is slechts mogelijk in die gevallen waarin ook voorlopige hechtenis mogelijk is. Dit heeft ook tot gevolg dat het toepassingsgebied van deze maatregel — in vergelijking met de vroegere voorlopige invrijheidstelling met zekerheidstelling — ernstig beperkt wordt. Nieuw is wel dat de onderzoeksrechter deze maatregel reeds bij de aanvang en dus in de plaats van een aanhoudingsbevel kan opleggen. Tegen de beslissingen inzake alternatieve maatregelen staan dezelfde rechtsmiddelen open als tegen de beslissingen inzake voorlopige hechtenis: dit impliceert dat de beslissingen van de onderzoeksrechter niet vatbaar zijn voor beroep, terwijl tegen de beslissingen van de onderzoeksrechter zowel beroep als cassatie mogelijk is, zelfs wanneer de verdachte inmiddels in vrijheid gesteld is na betaling van de opgelegde borgsom. Een oude controverse in rechtspraak en rechtsleer is hiermee door de wetgever opgelost. Voor het probleem van de terugbetaling van de borgsom biedt de nieuwe wet daarentegen geen oplossing: teruggave is slechts mogelijk indien de verdachte bij alle proceshandelingen, alsook ter tenuitvoerlegging van het vonnis, verschenen is. De wet voorziet niet in een tussentijdse teruggave van de borgsom.

Grotere autonomie voor de onderzoeksrechter. — Onderzoeksrechter Mennes behandelde als laatste spreker de invloed van de nieuwe wet op de taak van de onderzoeksrechter (en de griffier) alsmede de innovaties die zijn aangebracht in de procedure voor de onderzoeksgerechten.

De nieuwe wet vergroot de *autonomie van de onderzoeksrechter* en vermindert de inspraak van het openbaar ministerie op verschillende terreinen. Het verplicht aanhoudingsbevel voor feiten strafbaar met minstens vijftien jaar dwangarbeid wordt afgeschaft. De wet bepaalt uitdrukkelijk dat geen rechtsmiddelen openstaan tegen het zgn. strijdig bevel van de onderzoeksrechter. Ook cassatieberoep door het openbaar ministerie is voortaan uitgesloten. Niet alleen over het uitvaardigen van het aanhoudingsbevel beslist de onderzoeksrechter vrij, hij blijft autonoom gedurende de eerste vijf dagen vóór de verschijning voor de raadkamer: hij kan het aanhoudingsbevel opheffen zonder dat het advies van het parket moet worden ingewonnen. Het parket kan zich evenmin tegen deze beschikking verzetten. Bovendien is de keuzemogelijkheid voor de onderzoeksrechter vergroot: hij kan in plaats van voorlopige hechtenis alternatieve maatregelen opleggen.

Deze verruimde autonomie gaat echter gepaard met een *uitbreiding van de verplichtingen van de onderzoeksrechter* (en de griffier) en betekent dus evenzeer een grotere werklust.

De termijn voor de afgifte van het aanhoudingsbevel wordt ingekort: wordt het aanhoudingsbevel voorafgegaan door een medebrengingsbevel, dan moet uiterlijk binnen 24 uur na de betekening van het medebrengingsbevel tot aanhouding worden overgegaan. De tijd nodig voor de overbrenging van de verdachte wordt dus niet meer in rekening gebracht. Het aanhoudingsbevel moet uiterlijk binnen 48 uur na de effectieve vrijheidsberoving worden uitgevaardigd.

Nieuwe verplichtingen voor de onderzoeksrechter zijn o.m. het specifiek verhoor vóór de aanhouding van de verdachte en het samenvattend verhoor vóór iedere nieuwe handhaving van de voorlopige hechtenis door de raadkamer. Ook de motiveringsplicht van de onderzoeksrechter is verscherpt: een aanhoudingsbevel kan nog slechts worden uitgevaardigd indien de voorlopige hechtenis volstrekt noodzakelijk is voor de openbare veiligheid. Gaat het om feiten strafbaar met maximaal vijftien jaar dwangarbeid, dan is tevens vereist dat er ernstige redenen bestaan om te vrezen voor recidive, ontvluchting, verduistering van bewijsmateriaal, of collusie. Net zoals voorheen moet de onderzoeksrechter het aanhoudingsbevel in concreto motiveren.

Voor de *griffier* brengt de invoering van een aantal formalismen, die weliswaar bedoeld zijn ter bescherming van het recht van verdediging, eveneens een grotere werklust met zich mee.

Voor de betekening van het aanhoudingsbevel volstaat niet langer de mondelinge mededeling door de onderzoeksrechter. Deze mondelinge mededeling moet steeds gepaard gaan met een afgifte van een volledig afschrift van de akte, en dit binnen de wettelijk voorgeschreven termijn van 24 uur. Tegelijkertijd moet aan de ver-

dachte een afschrift worden overhandigd van de processen-verbaal van alle verhoren die zijn afgenomen tussen het tijdstip van zijn vrijheidsbeneming en zijn aanhouding. Nieuw is ook dat in het proces-verbaal van verhoor door de onderzoeksrechter de opmerkingen van de verdachte moeten worden opgenomen, en dat in elk proces-verbaal het begin- en einduur van de ondervraging moet worden vermeld.

Ook het verruimde inzagerecht voor de verdediging betekent een extra-belasting voor de griffies. Het aanleggen van dubbele dossiers zou dit probleem gedeeltelijk kunnen opvangen, maar een degelijke uitrusting van de griffies lijkt onontbeerlijk voor een adequate toepassing van de wet in de praktijk.

Innovaties in de procedure voor de onderzoeksgerechten. — Reeds vermeld is dat de procedure voor de raadkamer meer contradictoir wordt, o.m. door verbeteringen op het vlak van het inzagerecht, door de mogelijkheid van een voorafgaand samenvattend verhoor en van vertegenwoordiging op de terechtzitting, en door de invoering van de zgn. «alarmbelprocedure».

Net zoals voor de onderzoeksrechter is ook voor de onderzoeksgerechten de motiveringsplicht verscherpt. Zij zijn bovendien verplicht te antwoorden op de conclusies van de partijen en moeten de opportuniteit van de vrijheidsberoving beoordelen op het ogenblik van de uitspraak.

Wanneer de raadkamer bij de regeling der rechtspleging besluit de voorlopige hechtenis te handhaven, moet zij hierover bij afzonderlijke en gemotiveerde beschikking uitspraak doen. De vroegere regeling wordt hierdoor diametraal omgekeerd. Tegen de invrijheidstelling van de verdachte kan nog enkel door de procureur des Konings hoger beroep worden ingesteld, niet meer door de burgerlijke partij.

Ten slotte beoogt de wet door de invoering van een snelle casatieprocedure definitief een einde te maken aan het probleem van de parallelle procedures.

De nieuwe wet brengt ontegenzeggelijk talloze verbeteringen aan in het stelsel van de voorlopige hechtenis. Of deze wijzigingen ook in de praktijk het verhoopte effect zullen sorteren, zal de toekomst moeten uitwijzen. Op deze studiedag werd alvast duidelijk dat de wetgever voorlopig nog niet op zijn lauweren mag rusten.

Greet Smaers
Assistente Strafrecht U.I.A.

De wet van 26 juni 1990 betreffende de bescherming van de persoon van de geesteszieke

De Koninklijke Vrederechtersbond en de Stichting Julie Renson organiseren op 9 maart 1991 in de V.U.B. (Aula Q - Auditorium C) Pleinlaan 2 te Brussel een studiedag met als thema «De wet van 26 juni 1990 betreffende de bescherming van de persoon van de geesteszieke».

Programma :

- 9u15 Verwelcoming door prof. M. Magits, decaan van de Faculteit Rechtsgeleerdheid V.U.B.
- 9u30 Geschiedenis van de totstandkoming van de wet van 26 juni 1990 door de heer P. Cooreman, ministerie van Justitie.
- 10u00 De bescherming van de geesteszieke door mevrouw M. Verrycken, vrederechter
- 10u45 Toepassingsgebied van de wet : definitie van de geesteszieke door dr. F. Goffioul, ondervoorzitter van de Nationale Koninklijke Fabiola Stichting voor de Geestelijke Gezondheid.
- 11u00 De procedures door prof. J. Laenens, U.I.A.
- 14u15 De bescherming van de patrimoniale belangen van de geesteszieke door de heer G. Benoit, vrederechter.
- 15u30 Slottoespraak door de heer L. Lousberg, voorzitter van de Koninklijke Vrederechtersbond en dr. H. Ronse, voorzitter van de Julie Renson Stichting.

Inlichtingen : Julie Renson Stichting, Bosstraat 12, 1050 Brussel (tel. 02/649.56.65).

Arbeidsongevallenrecht in beweging

De Vereniging voor Arbeidsrecht organiseert in samenwerking met de Belgische Vereniging van Verzekeringsraadsgeneesheren,

de Vlaamse Wetenschappelijke Vereniging voor Arbeidsgeneeskunde en de Wetenschappelijke Vereniging voor Verzekeringsgeneeskunde een studienamiddag op 22 maart 1991 in de Aula van de U.I.A. te Wilrijk.

Programma :

- 14u00 Inleiding door de heer M. Loos, eerste voorzitter van het Arbeidshof te Antwerpen.
 - 14u05 Toepassingsgebied van de arbeidsongevallenwet ratione personae en ratione temporis ; begrip en bewijs door mr. C. Persyn.
 - 14u40 Schadevergoeding en aansprakelijkheid door prof. dr. R. Janvier (U.I.A.)
 - 15u15 Procedurale aspecten en verzekering door prof. dr. W. Van Eeckhoutte (R.U.G.)
 - 16u00 Pannelsprek m.m.v. prof. dr. J. Van Steenberge (U.I.A.), mr. C. Persyn, prof. dr. R. Janvier (U.I.A.), prof. dr. W. Van Eeckhoutte (R.U.G.), de heer E. Marcelis (kamervoorzitter in het Arbeidshof te Antwerpen), dr. J. Dusesoi (verzekeringsraadsgeneesheer), dr. M. Vandeweerdt (hoofdgeneesheer Fonds voor Arbeidsongevallen) en dr. M. Van Sprundel (afdeling epidemiologie en sociale geneeskunde U.I.A.).
- Inlichtingen : C. Monteyne, U.I.A., Universiteitsplein 1, 2610 Wilrijk (tel. 03/820.29.25).

Recente ontwikkelingen inzake aansprakelijkheid voor milieuschade

Deze studiedag, georganiseerd door het Onderzoekscentrum voor Milieurecht — Ecojura, vindt plaats op woensdag 17 april 1991 in het Condor Hotel, Wiemesmeerstraat-Spiegelveen te Genk.

Programma :

- 9u15 Inleiding door de voorzitter van Ecojura, prof. dr. H. Bocken.
- 9u30 Aansprakelijkheid bij de overdracht van gronden voor schade door bodemverontreiniging door de heer L. De Jager (milieu-adviesbureau Esher).
- 11u10 Leefmilieu-aspecten in vennootschapstransacties (fusie, splitsing, overname) door mr. Chr. Smets.
- 14u30 Het ontwerp van Europese richtlijn inzake de vergoeding van schade door afval in het licht van andere recente Belgische en internationale ontwikkelingen inzake de vergoeding van milieuschade door prof. dr. H. Bocken.
- 16u10 Produktenaansprakelijkheid en aansprakelijkheid voor milieuschade door prof. dr. H. Cousy (K.U.Leuven).

Inlichtingen : mevr. A. Maris, Elsevier Seminars, P.B. 22, 1932 Zaventem (tel. 02/720.90.90).

Association Européenne du droit de la publicité (AEDP)

Op 19 juni 1990 werd te Parijs de «Association Européenne du droit de la publicité» opgericht.

De vereniging is gevestigd te 75116 Paris, 22 rue Lalo, en heeft een kantoor te 1160 Brussel aan de Barbeellaan 28.

Zuidelijke pleitwedstrijden te Breda

Op zaterdag 2 maart 1991 vinden in het Gerechtsgebouw aan de Sluissingel 2 te Breda vanaf 14u00 de zuidelijke pleitwedstrijden plaats, waar door pleiters uit Middelburg, 's-Hertogenbosch, Roermond, Maastricht, Antwerpen, Brussel, Turnhout, Gent en Leuven zal worden gestreden voor de felbegeerde Schellenbachtrofee. De pleitwedstrijden worden gevolgd door een borrel met diner en afgesloten met een groots feest.

Belangstellenden zijn van harte welkom. Geïnteresseerden in deelname aan diner en feest worden verzocht vooraf contact op te nemen met mr. Astrid Juch, Vereniging de Jonge Balie, Breda (tel. 076-225.260).