

DE VOORZITTER IN KORT GEDING: SPORTRECHTER BIJ UITSTEK?

Bayer, Bosman en De Bie, drie topsporters die voorlopig het einde van de tunnel weer zagen door toedoen van een beslissing van de voorzitter in kort geding. Tussen de uitspraak in de zaak Bosman op 9 november 1990 en Bayer op 6 februari 1991, verliep amper een periode van drie maanden. Dit verwekte dan ook de indruk dat de sportbonden geen voet meer hadden om op te staan en dat men maar naar de voorzitter in kort geding diende te stappen om een beslissing van een sportbond ongedaan te maken. In sommige krant artikelen kon men zelfs lezen: «De Bie is op juridisch gebied een pionier.»¹ Het beroep van de sportman op de voorzitter in kort geding is echter niets nieuws. Reeds in 1971 diende de voorzitter van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel zich ervan te vergewissen of de Belgische Wielrijdersbond op grond van de reglementen van de Internationale Wielunie, bevoegd was om een Frans renner wegens doping te bestraffen².

Het beroep op de rechter

Het recht van toegang tot de rechter wordt op dit ogenblik in werkelijkheid door alle sportbonden aanvaard. Er zijn echter nog enkele bonden waar het verbod om zich tot de rechter te wenden nog steeds in de statuten ingeschreven staat. Een voorbeeld hiervan is artikel 1 van de sportreglementen van de Koninklijke Belgische Wielrijdersbond (KBWB): «Iedereen wordt verondersteld deze reglementen te kennen en gaat de verbintenis aan zich aan de beslissingen van de bevoegde instanties van de KBWB te onderwerpen. Door de huidige reglementen te aanvaarden ontzeggen zij zich het recht om in verband hiermede een rechtsvordering in te stellen.» Artikel 70 van het nationaal sportreglement van de Koninklijke Belgische Automobielfclub vermeldt hierover: «Piloten, deelnemers, inrichters en officiële mogen ter beslechting van hun geschil op het sportief vlak of van een geschil dat zijn oorzaak vindt in een sportkwestie, zich in geen enkel geval tot de strafrechtelijke, burgerlijke of handelsrechtsmacht wenden.»

Op dit ogenblik kan dit in procedures niet meer ernstig worden opgeworpen ten aanzien van de beslissing van het Hof van Cassatie dat «het recht van een ieder om zich in rechten te verdedigen de openbare orde aanbelangt»³. Dit recht is expliciet vermeld in artikel 6, eerste lid van het Europees Verdrag over de Rechten van de Mens. Zoals het Europees Hof over de Rechten van de Mens (E.H.R.M.) heeft overwogen, houdt dit recht o.m. in dat een ieder die een inmenging in zijn burgerlijke rechten onwettig acht, het recht heeft om die inmenging te betwisten voor een rechterlijke instantie, die beantwoordt aan de vereisten van artikel 6, eerste lid, E.V.R.M.

«Het bedoeld recht houdt echter niet in dat de beslissing over burgerlijke rechten en verplichtingen uitsluitend door een rechterlijke instantie, in de zin van voormelde verdragsbepaling, zou mogen worden genomen. Integendeel, geen bepaling verzet zich ertegen dat een dergelijke beslissing wordt genomen door een orgaan dat zelf niet beantwoordt aan de vereisten van artikel 6, lid 1, op voorwaarde dat tegen de beslissing van dat orgaan beroep bij de rechter openstaat»⁴.

— Praktisch alle sportverenigingen en sportbonden hebben de V.Z.W. als rechtspersoon. Artikel 18 van de wet van 27 juni 1921 op de V.Z.W.'s bepaalt dat de burgerlijke rechtbank desbetreffende verenigingen kan ontbinden indien deze haar statuten, de wet of de openbare orde schenden⁵.

— Het decreet van 25 februari 1975 tot vaststelling van het statuut van de niet-betaalde sportbeoefenaar, bepaalt in artikel 10 dat elke clause waarin bepaald wordt dat een lid zich niet tot de rechtbank kan wenden, nietig is.

— Terloops moet toch opgemerkt worden dat men zo'n bepaling niet terugvindt in de wet van 24 februari 1978 betreffende de arbeidsovereenkomst voor betaalde sportbeoefenaars.

De ontvankelijkheid van de vordering

1. *De mogelijkheid tot beroep binnen de sportbonden moet volledig aangewend zijn, tenzij de beslissing geen schorsende werking heeft.*

Alvorens men zich tot de rechter kan wenden, moet men eerst nagaan of men in de federatie of vereniging geen rechtsmiddelen meer heeft om de genomen beslissing aan te vechten. Slechts wanneer men geen rechtsmiddelen meer heeft in de vereniging, kan men zich tot de rechter wenden⁶.

Indien de rechtsmiddelen schorsende werking hebben, zodat de betrokkene reeds onmiddellijk nadeel ondervindt van de in eerste aanleg genomen beslissing, kan men zich eveneens tot de rechter in kort geding wenden.

Deze principes worden geïllustreerd door volgende beslissing van de voorzitter in kort geding.

Een jockey-trainer was door de V.Z.W. Belgische Draf-federatie geschorst voor een periode van zes maanden na een positief dopingonderzoek uitgevoerd op zijn paard. De jockey-trainer tekende tegelijkertijd beroep aan tegen de beslissing van de tuchtcommissie en tevens onderwierp hij de zaak aan de voorzitter in kort geding. De voorzitter motiveerde als volgt: «Hij toont nochtans niet aan dat hij een onherstelbaar nadeel zou lijden bij het afwachten van de uitspraak van het tuchtorgaan in beroep. Het staat aan hem

⁴ LEMMENS, P., «Het beroep op de rechter in sportzaken», in *Sport en Recht*, DE BECKER, A. (red.), Antwerpen, Kluwer, 1986, 85.

⁵ Zie VAN BEYLEN, K., «De sportbeoefenaar en het verbod om beroep te doen op de rechtbank», *Jura Falc.*, 1981-82, 557.

⁶ VAN HOUTTE, H., «Gerechtigde controle over tuchtmaatregelen van verenigingen», *R.W.*, 1971-72, 1963-64.

¹ DE KEYSER, P., *Het Nieuwsblad*, 29 januari 1991, C1.

² Kort ged. Rb. Brussel, 18 juni 1971 (P. t. ASBL. Ligue Vélo-cipédique Belge), *A.R.*, 3.587, onuitg.

³ Cass., 29 september 1967, *Arr. Cass.*, 1968, 141.

voor een spoedige behandeling aan zijn zaak voor het tuchtorgaan van beroep te zorgen. De urgentie ter zake staat trouwens des te minder vast daar noch uit de overgelegde stukken, noch uit de debatten met zekerheid gebleken is dat de op 13 februari 1985 aan eiser opgelegde sancties uitvoerbaar zijn, niettegenstaande beroep.» Uit de tekst van artikel 94, III, van de Code der Draverijen van verweerster blijkt dat de beslissingen uitvoerbaar mogen worden verklaard. Ter zake schijnt dit niet gebeurd te zijn, zodat er geen enkele urgentie bestond ⁷.

Naar aanleiding van een verzoek van twee basketbalspelers die hun toewijzing vorderden van de Belgische Basketbalfederatie bij een andere club dan die waar ze bij hoorden, vonniste de voorzitter in kort geding van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel: «Dat eisers, door hun aansluiting bij de Koninklijke Belgische Basketbalbond zich verbonden hebben om de statuten en het Organisch Reglement van de federatie na te leven; dat deze statuten niet alleen een procedure voor heraansluiting bepalen maar eveneens de leden van de federatie verplichten de bevoegde bondsinstanties op de hoogte te stellen van de gerezen betwisting en deze aan zijn bevoegdheid te onderwerpen, *alvorens zich tot de rechtbank te wenden*; dat het niet aan de rechter in kort geding toekomt zich in de plaats te stellen van het Centraal Comité van de Koninklijke Belgische Basketbalbond en over de opportuniteit van de beslissingen van het Centraal Comité te oordelen ⁸.»

2. *Hoedanigheid en belang*. «De partij die een vordering instelt moet daartoe de hoedanigheid hebben en van een belang doen blijken (art. 17 Ger. W.).

In dit verband moet onderzocht worden in hoever een sponsor of een club kan optreden tegen een beslissing die in wezen gericht is tegen een sportbeoefenaar, verbonden met de sponsor of het lid van de club. De kwestie is van belang omdat de sportbeoefenaar, uit vrees voor sancties, zou kunnen verkiezen niet zelf in rechte te treden ⁹.

Motorcrosser J. Van Velthoven die door de B.M.B. voor zes maanden geschorst was, trachtte deze beslissing ongedaan te maken door zich te wenden tot de voorzitter in kort geding. De vordering werd echter aanhangig gemaakt op verzoek van de motorfabriek K.T.M. uit Oostenrijk, in wier dienst hij op dat ogenblik reed. De voorzitter in kort geding besliste ter zake het volgende: «De tuchtmaatregel in kwestie werd getroffen ten opzichte van de heer J. Van Velthoven, die daartegen beroep heeft aangetekend bij de tuchtrechtelijke overheid en die het zelf niet nodig acht om zich bij de onderhavige vordering aan te sluiten. Eiseres laat inderdaad niet blijken dat zij mag optreden als wettelijke vertegenwoordiger van de heer J. Van Velthoven noch dat zij een persoonlijk of eigen belang heeft bij de inwilliging van de vordering. Deze is derhalve niet toelaatbaar. Het is dan

ook overbodig de andere middelen van niet-toelaatbaarheid te onderzoeken ^{9bis}.

Naar aanleiding van een derdenverzet tegen een beslissing van de voorzitter in kort geding te Brussel, werd hetzelfde principe gehanteerd. Bij beschikking van 27 maart 1987 had de volleybalclub Rembert Torhout en haar speler Grozer, in een procedure tegen de V.Z.W. Vlaamse Interprofessionele Volleybalbond en de V.Z.W. Belgische Volleybal Verbond, van de voorzitter in kort geding de machtiging gekregen dat speler Grozer zijn aansluitingskaart en spelerskaart niet hoefde in te leveren en dat Rembert Torhout de finale van de Beker van België Volleybal en de play-off's mocht betwisten ¹⁰. Tegen deze beslissing werd derdenverzet aangetekend bij de voorzitter in kort geding door een aantal volleybalclubs van eerste nationale. Overeenkomstig artikel 1122 van het Ger. W. dient het derdenverzet aan twee ontvankelijkheidsvoorwaarden te beantwoorden: «1. Eisers werden in de zaak niet behoorlijk opgeroepen of zijn in de zaak niet tussengekomen. 2. De voorlopige beslissing uitgesproken door een burgerlijk gerecht kan hun rechten benadelen.» De rechter zegt in zijn beslissing dat de volleybalclubs lid zijn van de V.Z.W. V.I.V. en de V.Z.W. B.V.B.V. en ze dan ook reeds vertegenwoordigd waren in de eerste procedure: «Dat het feit dat eiseressen op derdenverzet en in vrijwillige tussenkomst niet tevreden zouden zijn over de manier waarop hun belangen behartigd en verdedigd werden, niet wegneemt dat zij en de andere leden die geen derdenverzet ingesteld hebben, rechtsgeldig vertegenwoordigd waren.»

Het standpunt van de rechter is niet zo vanzelfsprekend. De belangen van de sportclubs als lid van de federatie zijn niet altijd dezelfde als de belangen van de federatie. Daarenboven zijn de belangen van sommige clubs niet altijd gelijk aan de belangen van andere clubs in dezelfde federatie.

De rechter oordeelde eveneens dat hun rechten door de voorlopig uitgesproken beslissing niet benadeeld waren. In de eerste plaats stelde de rechter vast dat de clubs zich vooral beriepen op de belangen van de sponsors en publiciteitsfirma's: «Dat wij de noodzakelijke tussenkomst van deze steungroepen in de sportwereld geenszins onderschatten maar dat wij er geen rekening mee kunnen houden omdat het niet aan de sportclubs staat deze belangen te verdedigen; dat wij, in rechte, enkel dienen vast te stellen dat deze steungroepen geen partij zijn in de zaak».

Daarnaast oordeelde de rechter dat het feit dat Grozer en Volleybalclub Rembert Torhout verder mochten deelnemen aan de competitie, de belangen van de andere clubs niet schaadde: «Dat het feit dat Grozer en Volleybalclub Rembert Torhout verder mogen deelnemen aan de wedstrijden de kansen van andere partijen om te winnen vermindert, het gevolg is van een probabiliteitsregel enerzijds en van de sportprestaties van de spelers anderzijds; dat onze beoordeling in rechte en bij voorraad van de betwisting tussen ver-

⁷ Kort ged. Rb. Brussel, 27 februari 1985 (R.D. t. VZW Belgische Draffederatie), *Sport en Recreatie, IV, Rechtspraak, V-A*, Die Keure, Brugge, 1982, 9.

⁸ Rb. Brussel, 26 augustus 1990 (J.P. V. en W.S. en P.V. t. V.Z.W. KBBB en J.H.), *A.R.*, 48.887, onuitg.

⁹ LEMMENS, P., *l.c.*, 94.

^{9bis} Kort ged. Rb. Brussel, 27 maart 1985 (K.T.M. t. V.Z.W. B.M.B.), *A.R.*, 34.263, onuitg.

¹⁰ Kort ged. Rb. Brussel, 27 maart 1987 (V.Z.W. Rembert Torhout en Grozer t. V.Z.W. V.I.V. en V.Z.W. B.V.B.V.), *Sport en Recreatie, IV, Rechtspraak, V-A*, Die Keure, Brugge, 1982, 5.

weerders op derdenverzet volledig vreemd is aan de berekening van kansen om te winnen ¹¹.

De toetsingsmacht van de rechter

In de procedures die aanhangig gemaakt worden voor de voorzitter in kort geding tegen de sportbonden vinden wij twee categorieën terug. Enerzijds de procedures die opschorting van de tuchtsancties op het oog hebben en anderzijds de procedures die erop gericht zijn een voorlopige aansluiting bij de federatie of bij één of andere club, die lid is van de federatie, te verkrijgen.

Men kan dan ook de vraag stellen in hoeverre de rechter hierin kan optreden, aangezien de sportfederaties zich uiteraard beroepen op het principe van de vrijheid van vereniging.

A. Algemeen principe

Volgens professor Silance kunnen de bondscolleges, tenzij het recht van verdediging is miskend, in de toe te passen procedure een oordeel vellen in geschillen en tuchtmaatregelen uitspreken. De gewone rechtbanken, die de Belgische rechtsorde vertegenwoordigen en handhaven, hebben enkel de mogelijkheid op te treden indien de Belgische openbare orde is geschonden of indien de bond zijn eigen reglement niet heeft nageleefd. «Een marginale toetsing blijft bestaan wanneer de sportbond straffen uitspreekt die klaarblijkelijk in onevenwicht zijn met de gepleegde feiten. Deze marginale toetsing kan worden vergeleken met de bevoegdheid van de Raad van State om uitspraak te doen inzake administratieve sancties ¹². Professor Silance wordt hierin bijgevallen door professor Lemmens die eveneens stelt dat naar Belgisch recht het toetsingsrecht van de rechter over handelingen van privaatrechterlijke rechtspersonen beperkt is tot een wettigheidstoezicht: «Die beperkte toetsing, van de inhoud van een beslissing wordt marginale toetsing genoemd ¹³.

B. Rechtspraak

Dit standpunt wordt door de rechtspraak overgenomen.

Naar aanleiding van de procedure in de zaak Bosman oordeelde de voorzitter in kort geding te Luik het volgende: «Si les règlements fédéraux peuvent s'y insérer par réception dans le cadre conventionnel, ou à titre d'usages professionnels, encore faut-il qu'ils n'entrent pas en conflit avec les règles relatives aux contrats de travail, (article 6) et d'ordre public (v.p. ex., art. 16 à 19 de la loi du 8 avril 1965 instituant les règlements de travail, concernant les pénalités, loi du 12

avril 1965 concernant la protection de la rémunération des travailleurs, loi du 16 mars 1971 sur le travail, etc.) ^{13bis}.

In een vonnis van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Antwerpen wordt in principe, naar aanleiding van de uitsluiting van een lid, beslist: «Volgens verweerders kan de uitsluiting niet aan de beoordeling van de rechtbank worden voorgelegd omdat in het reeds vermelde aansluitingsformulier in artikel 3 wordt bepaald dat het bestuur zich het recht voorbehoudt om indien nodig en zulks zonder motivering, het lidmaatschap te weigeren of niet te vernieuwen. Een dergelijke clause kan evenwel niet de gerechtelijke controle op het uitsluiten van leden verhinderen. Wel dient de gerechtelijke inmenging in dergelijke sport- en vrijetijdsverenigingen met terughoudendheid te gebeuren. De toetsing kan slechts marginaal zijn op gevaar af de autonomie van deze vereniging te schenden. Als uitgangspunt moet immers gelden dat de geschillen binnen de vereniging zelf moeten worden opgelost (cf. Brussel, 29 december 1827, *Pas.*, 1827, 357: 'Les différends qui s'élèvent entre les membres d'une société qui a pour objet l'agrément doivent être vidés dans la société même'.»

Een grotere inmenging zou nochtans noodzakelijk kunnen zijn wanneer: 1. fundamentele rechten zoals de vrijheid van vereniging of het recht van verdediging worden geschonden; 2. het lidmaatschap voor de betrokkene economische betekenis heeft gekregen, zodat bijvoorbeeld de uitsluiting zou neerkomen op broodroof; 3. de uitgesloten leden hun sport niet meer zouden kunnen beoefenen omdat de vereniging een feitelijke monopolie geniet waardoor er geen uitwijkmogelijkheden bestaan ¹⁴.

De voorzitter in kort geding van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel formuleerde het als volgt: «Aangaande het vereiste van 'uitspraak bij voorraad' doet zich het probleem voor van de draagwijdte van de rechterlijke controle op de tuchtmaatregelen van verenigingen tegenover hun leden. De rechtbank kan niet de rol vervullen van een rechter in hoger beroep. Ze kan geen opportuiniteitscontrole uitoefenen en dient enkel de aangevochten beslissing aan een legaliteitstoezicht te onderwerpen. In kort geding kan zulks slechts 'bij voorraad' zonder nadeel toe te brengen aan de zaak zelf ¹⁵.»

In de dopingszaak van de zwemster Landmeters tegen de V.Z.W. Vlaamse Zwemliga en de V.Z.W. Koninklijke Belgische Zwem- en Reddingsbond stelde de voorzitter duidelijk dat, als de federatie de rechten van de atleet eerbiedigt, de atleet geen enkel beroep heeft: «Overwegende dat de stelregels en reglementen in het kader van de V.Z.W. Vlaamse Zwemliga en de V.Z.W. Koninklijke Belgische Zwem- en Reddingsbond vrij worden bepaald en opge maakt; dat de atlete deze reglementen heeft onderschreven; dat eiseres in gebreke blijft te bewijzen dat haar rech-

¹¹ Kort ged. Rb. Brussel, 9 april 1987 (V.Z.W. V.I.V., V.Z.W. O.L.V., V.Z.W. V.N.W., V.Z.W. V.K. en V.Z.W. V.K.Z. t. V.Z.W. R.T.V. en G. en V.Z.W. V.I.V. en V.Z.W. B.V.B.V.), *A.R.*, 39.658, onuitg.

¹² SILANCE, L., «Sancties en geschillen: algemene begrippen over procesrecht», in *Sportgids*, B. IV.1, 2, VAN PELT, H. (red.), Antwerpen, Kluwer, 1982, 18.

¹³ LEMMENS, P., *l.c.*, 96.

^{13bis} Kort ged. Rb. Luik, 9 november 1990 (J.N.B., t. N.V. Voetbalclub Luik en V.Z.W. K.B.V.B.) *A.R.*, 33.034/0, onuitg.

¹⁴ Rb. Antwerpen, 29 december 1986, *R.W.*, 1986-87, 2046.

¹⁵ Kort ged. Rb. Brussel, 27 februari 1985 (R.D. t. V.Z.W. Belgische Draffederatie, *Sport en Recreatie*, IV, *Rechtspraak*, V-A, Die Keure, Brugge, 1982, 9.

ten in het kader van deze stelregels en reglementen over het hoofd werden gezien; ¹⁶»

Het Hof van Beroep onderstreept in zijn arrest in de zaak Bayer dit principe nogmaals duidelijk waar het stelt: «Overwegende dat de rechtbanken en de hoven niet vermogen zich in de plaats te stellen van de beleidspersonen in een vereniging wanneer deze hun discretionaire bevoegdheid uitoefenen; dat zij op deze beleidsbeslissingen slechts een marginale controle kunnen uitoefenen; dat de beslissing van het Centraal Comité van de Bond om, overeenkomstig de statuten, de aanvraag van Bayer te weigeren, derhalve marginaal kan worden getoetst; dat de Bond zijn bevoegdheid om de toetreding van leden te aanvaarden of te weigeren wel discretionair maar niet willekeurig kan uitoefenen ¹⁷.»

C. Toetsingsmogelijkheden in kort geding

De recente uitspraken inzake Bosman, Bayer en De Bie hebben aangetoond dat de voorzitter in kort geding zeer ingrijpend kan optreden in de beslissingen van de sportbonden. De beslissingen zijn weliswaar maar voorlopig, maar zij zijn dikwijls van die aard dat partijen gedwongen worden oplossingen te zoeken naar aanleiding van een uitspraak in kort geding, oplossingen die in de meeste gevallen de behandeling van de zaak ten gronde overbodig maken.

«De toetsingsmacht van de rechter in kort geding is niet noodzakelijk beperkter dan die van de rechter over de grond van de zaak. Ook al zal de rechter in kort geding slechts zelden tot een uitvoerig onderzoek van al de gegevens van de zaak kunnen komen, toch belet dit niet dat hij kan nagaan of de bestreden beslissing op het eerste gezicht de wet of de statuten schendt, of met algemene rechtsbeginselen in strijd is. In zeker opzicht heeft de rechter in kort geding zelfs méér armslag dan de bodemrechter, omdat hij reeds bij een 'schijn' van onwilligheid kan optreden hetgeen in tegenstelling staat tot de 'marginale' controle van de bodemrechter ¹⁸.

Gerechtigde controle over tuchtprocedures

Het feit dat het tuchtrecht in sportbonden strikt genomen louter op privaatrechtelijke procedures betrekking heeft, betekent niet dat er geen procesregeling in acht genomen moet worden die een objectieve behandeling moet garanderen. «Sport en rechtspraak hebben gemeen dat aan beide het ongeschreven rechtsbeginsel van de fair-play ten grondslag ligt ¹⁹.»

Van Houtte gebruikt in dit verband het begrip «minimum procedurale waarborgen». Hij omschrijft dit als volgt: «De 'minimum procedurale waarborg' voor tuchtmaatregelen immers is eerder analoog met de verplichting voor arbiters

om een faire procedure te volgen, ook al werd daarover niets in de arbitrageovereenkomst vermeld ²⁰.»

Mollekens stelt dat de juridische grondslag voor de toepassing van de minimum procedurale waarborgen haar oorsprong vindt in de algemene rechtsbeginselen: «Algemene rechtsbeginselen zijn principes die behoren tot het positieve recht waarin op algemene wijze een bepaalde rechtswaarde of belang wordt geformuleerd onafhankelijk van de eventuele gedeeltelijke normering ervan in geschreven bronnen van recht. Zij worden niet door de rechtspraak in het leven geroepen, doch wel door de rechter erkend en toegepast; hun schending kan worden ingeroepen door de rechter, ook bij een voorziening in cassatie. Zij behoren noch tot het publiekrecht, noch tot het privaatrecht ²¹.»

Het bestaan van dergelijke minimum procedurale waarborgen werd reeds aanvaard in de rechtspraak.

De voorzitter in kort geding te Brussel vonniste op 27 februari 1985: «Uit het onderzoek van de overgelegde stukken en uit de debatten vloeit voort dat verweerster de statutaire, noch de minimum procedurale waarborgen van eiser geschonden heeft; zij heeft geenszins de drie door eiser voorgewende inbreuken op haar reglement begaan, zodat er geen ernstige en klaarblijkelijke schending van de rechten van eiser heeft plaatsgehad. De grenzen van de procedurale zorgvuldigheid werden blijkbaar door verweerster niet overtreden, zodat het weinig waarschijnlijk is dat de tegen eiser genomen tuchtmaatregelen door het tuchtorgaan in beroep gewijzigd zullen worden ²².»

De vraag kan gesteld worden welke deze procedurele waarborgen zijn. Deze kunnen onder de noemer van twee algemene rechtsbeginselen ondergebracht worden, nl. de onpartijdigheid en onafhankelijkheid van de rechter en het recht van verdediging.

Onpartijdigheid en onafhankelijkheid van het tuchtrechtsprekend orgaan.

Tuchtrechtspraak moet onafhankelijk en onpartijdig zijn.

In een procedure voor de voorzitter in kort geding te Brussel naar aanleiding van een tennisspeler die voor zes maanden geschorst werd, stelde de verdediging van de tennisser: «Attendu que le demandeur fait en outre référence à l'article 6-1° de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, qui dicte que toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue par un tribunal indépendant et impartial.» De tennisspeler stelde dat een van de leden van de tuchtraad onmiddellijk na de feiten publiekelijk had verklaard dat de speler zes maanden zou worden geschorst. Hij zei ook dat een ander lid van de tuchtraad in beroep aanwezig was bij die verklaring en op zijn beurt zou hebben gezegd dat het er zou gaan stuiven. De voorzitter in kort geding vonniste daarop: «Qu'il apparaît d'autre part que les griefs formulés dans le cadre de l'application de l'article 6-1° de la Convention des Droits de l'Homme paraissent suffissa-

¹⁶ Kort ged. Rb. Brussel, 24 december 1990 (A.L. t. V.Z.W. V.Z.L. en V.Z.W. K.B.Z.R.), A.R., 49.980, onuitg.

¹⁷ Kort ged. Brussel, 6 februari 1991 (Bayer en V.Z.W. Sunair B.C.O., Basketballclub Sunair Oostende t. V.Z.W. K.B.B.B. en V.Z.W. Racing Maes Pils Mechelen en Basketballclub Racing Maes Pils Mechelen), A.R., 572/90, onuitg.

¹⁸ LEMMENS, P., l.c., 104.

¹⁹ KOLLEN, F.C., «Tuchtrechtspleging in de sport, fair play?», in *Tuchtrecht en fairplay*, Ned. Ver. Procesrecht (red.), Zwolle, 1984, 215.

²⁰ VAN HOUTTE, H., l.c., 1965.

²¹ MOLLEKENS, K., «De tuchtrechtspleging binnen de sportbonden», in *Sport en Recht*, DE BECKER, A. (red.), Antwerpen, Kluwer, 1986, 73-74.

²² Kort ged. Rb. Brussel, 27 februari 1985 (R.D. t. V.Z.W. Belgische Draffederatie), *Sport en Recreatie*, IV, *Rechtspraak*, V-A, Die Keure, Brugge, 1982, 9.

ment précis pour être soumis à l'attention du juge du fond ; Attendu qu'il n'appartient pas au juge des référés de se prononcer sur l'existence réelle de la prétendue violation de ses droits ; que le juge des référés ne peut que constater qu'il existe en la présente cause des indices graves de violation des droits du demandeur ²³.»

Het recht van verdediging

«Desaangaande leert de administratieve rechtspraak dat de betrokkenen vooraf de gelegenheid moet worden geboden tot het voorbrengen van hun standpunt ter zake, niet enkel bij disciplinaire maatregelen, maar in alle gevallen waarin iemand bedreigd wordt met een maatregel die hem nadeel berokkent dan wel door hem als kwetsend wordt ervaren, althans voor zover die maatregel gebaseerd is op gegevens die de betrokkene als een tekortkoming worden aangerekend. De toepasselijkheid van het algemeen beginsel betreffende het recht van verdediging is geenszins beperkt tot publiekrechtelijke administratieve procedures. Dat beginsel dient integendeel geëerbiedigd te worden telkens een beslissing wordt genomen, ook in de privaatrechtelijke sfeer, die beantwoordt aan de hiervoor aangehaalde criteria. Het gaat inderdaad om een fundamenteel recht, dat verbonden is aan de menselijke persoon ²⁴.»

Het is duidelijk dat, wanneer er verschillende jurisdicties zijn, die rechten in elke instantie moeten worden gewaarborgd. Men kan nu de vraag stellen aan welke voorwaarde de procedure moet voldoen opdat men een eerlijk en fair proces kan krijgen en opdat het recht van de verdediging maximaal gewaarborgd zij. Onzes inziens moeten de volgende waarborgen verleend worden :

- Diegene die in een tuchtprocedure dient te verschijnen, moet tijdig en persoonlijk gewaarschuwd worden dat een procedure tegen hem aanhangig is gemaakt. Een aangetekende brief met daarin de vermelding van de aanklacht lijkt een minimum.
- Hij moet de gelegenheid hebben het dossier vooraf in te zien.
- Hij moet gehoord worden in de taal die hij spreekt. Diegenen die hem beoordelen, moeten daarenboven de taal, die hij spreekt, begrijpen.
- De betrokkene moet de gelegenheid krijgen om gehoord te worden en om zijn standpunt uiteen te zetten.
- Hij moet zich kunnen laten bijstaan door een raadsman.
- De behandeling van de zaak en de uitspraak zouden openbaar moeten zijn, tenzij de betrokkene er uitdrukkelijk van wenst af te zien.
- De uitgesproken sanctie moet in overeenstemming zijn met die welke voorkomt in de statuten of het huishoudelijk reglement.
- De sanctie moet in verhouding staan met de tenlastelegging.
- De genomen beslissing moet ook aan de betrokkene persoonlijk en schriftelijk meegedeeld worden en gemotiveerd zijn. Dit om het de betrokkene mogelijk te maken na

te gaan of men met zijn argumentatie rekening heeft gehouden en/of hij de mogelijkheid heeft beroep aan te tekenen, ofwel binnen de federatie, ofwel bij de gewone rechter.

– Er zou in de federatie minstens één beroepsmogelijkheid moeten bestaan.

– De betrokkene moet de gelegenheid hebben zijn standpunt door alle middelen rechtens (o.m. getuigen en deskundigen) te bewijzen.

Wanneer één van deze rechten niet gegarandeerd wordt, zou men onzes inziens beroep kunnen doen op de voorzitter in kort geding om van hem te verkrijgen dat de federatie opnieuw zou oordelen, rekening houdend met deze procedurele waarborgen, en de sanctie zou in afwachting opgeheven worden. Uit de door ons onderzochte rechtspraak blijkt dat de voorzitters in kort geding reeds verschillende van de hierboven opgesomde principes hebben toegepast.

Wij stellen vast dat de wetgever in het decreet Weckx inzake medisch verantwoorde sportbeoefening een aantal minimale procedurele waarborgen heeft ingelast in de procedure die de op te zetten disciplinaire commissie dient te volgen.

Art. 32 van het decreet bepaalt onder meer :

§ 2. De sportbeoefenaar wordt ten minste veertien dagen voor de zitting bij aangetekend schrijven opgeroepen om te verschijnen op plaats, dag en uur die door de voorzitter wordt bepaald.

§ 3. De oproepingsbrief vermeldt de overtredingen waarvoor de sportbeoefenaar zich dient te verantwoorden en de plaats waar hij en zijn raadsman het dossier kunnen inzien en er afschrift van nemen.

Art. 33 – § 1. De zittingen van de disciplinaire commissie zijn openbaar tenzij de openbaarheid een gevaar oplevert voor de openbare orde en de goede zeden. Op vraag van de sportbeoefenaar kan de disciplinaire commissie beslissen de zitting achter gesloten deuren te laten verlopen.

§ 2. De behandeling geschiedt op tegenspraak. Indien de sportbeoefenaar niet verschijnt op dag en uur bepaald in de oproepingsbrief wordt de zaak bij verstek behandeld.

§ 3. De sportbeoefenaar heeft het recht : 1° zich te laten bijstaan of indien de disciplinaire commissie het toelaat, zich te laten vertegenwoordigen door één of meer raadslieden van zijn keuze ; 2° zich te laten bijstaan door een tolk, indien hij de Nederlandse taal niet verstaat of niet spreekt.

§ 4. 2° De sportbeoefenaar wordt gehoord en heeft het recht aanvullende onderzoeksmaatregelen (onder meer het horen van getuigen en deskundigen) te vragen.

Art. 34 – § 2. De beslissing moet met redenen omkleed zijn.

Art. 35 voorziet in de mogelijkheid van verzet. De artt. 36, 37 en 38 voorzien in een mogelijkheid van beroep ^{24bis}.

Het toepassen van een niet gestelde sanctie

De Vlaamse Atletiekfederatie had een atleet een schorsing opgelegd, zodat hij niet kon deelnemen aan een buitenlandse wedstrijd. De atletiekfederatie had deze sanctie omschreven als een administratieve sanctie. Tegen een admi-

²³ Kort ged. Rb. Brussel, 21 februari 1985 (E.B. t. A.S.B.L. F.R.B.T.), A.R., 33.759, onuitg.

²⁴ LEMMENS, P., l.c., 99.

^{24bis} Vlaamse Raad, *Beknopt Verslag*, 19 maart 1991. Ontwerp van decreet, *Parl. St.*, Vlaamse Raad, 1990-91, nr. 498, goedgekeurd door de Vlaamse Raad op 19 maart 1991.

nistratieve sanctie is echter geen beroep mogelijk in het kader van de Vlaamse Atletiekliga. De atleet had dus geen enkel beroep tegen deze beslissing.

De voorzitter in kort geding overwoog dienaangaande: «dat, wat de genomen administratieve maatregel betreft, blijkt dat de grondslag waarop deze genomen werd, dezelfde is als die van de tuchtstraf, namelijk 'weigering van de selectie', een weigering die betwist wordt door eiser, zodanig dat een dergelijke administratieve maatregel gebaseerd op de beweerde weigering pas genomen zou kunnen worden zo de beroepsinstantie 'de weigering' als dusdanig als verbodgrond zal hebben aanvaard.» De voorzitter in kort geding legde dan ook de Vlaamse Atletiekfederatie verbod op om enige sanctie uit te vaardigen tegen de atleet, zolang de beroepsinstantie zich niet had uitgesproken²⁵.

Horen van de betrokkene al of niet met bijstand van een advocaat

De wielrenner De Bie spande in kort geding een procedure aan tegen de Belgische Wielerbond omdat hij tot een schorsing van zes maanden veroordeeld werd zonder dat de Bond hem gehoord had. De rechter vonniste: «Overwegende dat voor ons de taak niet weggelegd is uitspraak te doen nopens de feiten die ten grondslag liggen aan de onderhavige problematiek; dat wij de rechtspositie van partijen dienen te toetsen, en in de eerste plaats de door eiser aangevoerde schending van artikel 6 van het Europees Verdrag van de Rechten van de Mens, erin bestaande dat hij niet opgeroepen was door het sanctionerend orgaan van verweerder, alvorens tot beslissing werd overgegaan; dat het Verdrag rechtstreeks gevolgen heeft in onze interne rechtsorde (zie o.m. Hof Brussel, 29 juni 1989 en 27 juli 1989, *J.L.M.B.*, 1989, 1057 en 1062), eveneens op het gebied van het disciplinaire recht (zie Lambert, «La convention européenne des droits de l'homme et le droit disciplinaire», *J.T.*, 1988, 53 en volgende); dat het recht zichzelf te verdedigen, al of niet met bijstand van een advocaat, gegarandeerd wordt door artikel 6, lid 3, van het verdrag, en dit blijkbaar zowel in eerste aanleg als in hoger beroep (G. Cohen - Jonathan, «Jurisprudence Cour européenne des droits de l'homme, chronique 1985-86-87», *Cahiers de droit européen*, 1988, 461); dat de hoorplicht, gestoeld hetzij op voormeld artikel 6, hetzij op het principe van het recht van de verdediging, een steeds ruimer toepassingsveld kent; dat te dezen onder meer verwezen mag worden naar de evolutie van de rechtspraak van de Raad van State in disciplinaire geschillen binnen het openbaar ambt (zie o.m. Verstegen, «Rechtsbescherming in onderwijsverband», *R.W.*, 1988-89, 1209 en volgende; arresten Rochet, 18.207 en Roelen, 22.527 en 22.528); dat de mogelijkheid die eiser geboden wordt in het kader van de beroepsprocedure tegen de aangevochten beslissing, verhoord te worden en zijn middelen te laten gelden, ons niet van die aard schijnt te zijn dat ze zijn rechten beveiligt, des te meer dat wanneer de zaak voor de Beroepscommissie zal worden behandeld, het wereldkampioenschap van 3 februari 1991

zal hebben plaatsgehad, aangezien de convocatietermijn alleen reeds vier weken bedraagt²⁶.

Uit de motivering van dit vonnis blijkt duidelijk dat het recht gehoord te worden, al of niet met bijstand van een advocaat, een verworven recht is dat gegarandeerd moet worden door de sportbonden.

Verzoek tot aansluiting of tot aflevering van een rijvergunning, machtiging tot spelen

De voorzitter in kort geding wordt de laatste tijd vaak geconfronteerd met verzoeken tot aansluiting van een lid of een club bij een federatie of tot aflevering van een vergunning. Het is duidelijk dat wij hier zitten met de discussie tussen enerzijds de vrijheid van vereniging waarop de sportbonden zich beroepen, en anderzijds het misbruik van hun monopoliepositie waarop de sportbeoefenaars zich beroepen.

a) Lidmaatschap in het algemeen

Kan het lidmaatschap afgedwongen worden voor de voorzitter in kort geding? In een procedure ingesteld door een bowlingspeler tegen de Belgische Bowlingsportfederatie besliste de voorzitter van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel: «dat enkel de vordering subsidiair toelaatbaar is in kort geding, voor zover op eerste gezicht en na overzichtelijk onderzoek van de feiten ter zake gebleken zou zijn dat de beslissing van 29 augustus 1985 van de raad van beheer van verweester haar eigen statuten of de wetsebepaling ter zake op klaarblijkelijke wijze geschonden heeft; dat dit ter zake niet klaarblijkelijk en voor de hand liggend is; dat hierover geen uitspraak bij voorraad kan worden gedaan zonder nadeel toe te brengen aan het bodemgeschil; dat er dan ook geen aanleiding kan zijn tot kort geding²⁷.»

Hetzelfde principe werd gevolgd door de voorzitter van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel naar aanleiding van een nieuw opgerichte atletiekvereniging wier aansluiting bij de V.Z.W. Vlaamse Atletiekfederatie geweigerd werd. De voorzitter motiveerde zijn beslissing als volgt: «dat het toestaan van de door eiseres gevorderde dringende en voorlopige maatregel een onherstelbare schending van de vrijheid van een vereniging om een bepaalde vereniging al dan niet op te nemen onder haar leden tot gevolg zou kunnen hebben; dat daarentegen het uitblijven van een gevorderde maatregel eiseres geen schade zal berokkenen welke eventueel niet bij wijze van schadevergoeding wegens rechtsmisbruik hersteld kan worden; dat de gevorderde maatregel dan ook voorzichtigheidshalve niet wordt toegestaan²⁸.»

Wij menen te mogen stellen dat een uitspraak in verband met het lidmaatschap niet onder de bevoegdheid van de voorzitter in kort geding valt. De voorzitter mag immers geen uitspraak doen bij voorraad die nadeel zou kunnen toebrengen aan het bodemgeschil. Uitspraak in verband met

²⁶ Kort ged. Rb. Brussel, 28 januari 1991 (D.D. t. V.Z.W. K.B.W.B.), *A.R.*, 50.889, onuitg.

²⁷ Kort ged. Rb. Brussel, 28 november 1985 (L. t. V.Z.W. B.B.F.), onuitg.

²⁸ Kort ged. Rb. Brussel, 6 mei 1987 (V.Z.W. R.R. t. V.Z.W. V.A.L.), *A.R.*, 39.317, onuitg.

²⁵ Kort ged. Rb. Brussel, 17 april 1987 (E.H. t. V.Z.W. V.A.L. en V.Z.W. K.B.A.B.), *A.R.*, 39.780, onuitg.

het lidmaatschap van de sportbond zou een dergelijke beslissing uitmaken.

b) Aflevering van een rijvergunning

Terwijl de voorzitter in kort geding nogal afwijzend staat in verband met het lidmaatschap, moet men daarentegen wel vaststellen dat hij nogal vlug geneigd is om in te gaan op het verzoek tot uitoefening van de sport en zeker indien het beroepssporters betreft.

Ter gelegenheid van een verzoek ingesteld door een beroepswielrenner aan wie de Belgische Wielerbond geen rijvergunning wenste af te leveren omdat er nog betwistingen hangende waren naar aanleiding van de contracten gesloten met verschillende wielerploegen en het nog niet uitgemaakt was voor welke wielerploeg de beroepswielrenner in de loop van de volgende competitie zou uitkomen, besliste de voorzitter in kort geding: «Dat eiser, die noodzakelijkerwijze moet beschikken over een vergunning van beroepswielrenner op naam van een werkgever om te mogen rijden en bijgevolg om zijn bestaansmiddelen te waarborgen, dringend een dergelijke vergunning ter hand moet worden gesteld; (...) dat verweerster ten onrechte eist van de voorzitter in kort geding te bepalen wie als 'effectieve werkgever' van eiser te beschouwen valt; dat deze aanwijzing geschiedt door de arbeidsrechtbank; dat de voorzitter in kort geding alleen te bepalen heeft wie 'voorlopig' als werkgever van eiser zal optreden; (...) dat, aangezien eiser voldoet aan de voorwaarden om over een rijvergunning te beschikken, dan ook door verweerster de vergunning afgeleverd dient te worden op naam van de huidige werkgever²⁹».

In een gelijksoortige betwisting in verband met de beroepswielrenner Vanderaerden besliste de voorzitter in kort geding te Brussel: «dat Vanderaerden, door het onderbreken gedurende een seizoen van de beoefening van zijn wielersport die ook zijn broodwinning is, een onherstelbare schade kan ondergaan; dat de maatregelen die tot onze bevoegdheid in kort geding behoren, tot doel hebben deze schade te vermijden, minstens te beperken; dat wij in het geschil tussen Vanderaerden en zijn sportgroep Aernoudt niet mogen tussenbeide komen en hem er dan ook niet toe kunnen dwingen de overeenkomst, die hij betwist of die volgens hem een einde genomen heeft, verder uit te voeren; (...) dat er dan ook aanleiding is, gelet op de urgentie en voorlopig, de B.W.B., verweerder in hoofdvordering, te veroordelen aan de renner Vanderaerden, verweerder in gedwongen tussenkomst, binnen 48 uur na de betekening van deze beschikking, de rijvergunning af te geven ten name van Panasonic-Raleigh en dit zolang er geen definitieve uitspraak is in het geschil tussen renner Vanderaerden en de P.V.B.A. Tapijten Jacky Aernoudt, (...) voor de arbeidsrechtbank»³⁰.

Men zal vaststellen dat de voorzitter in dergelijke gevallen steeds in de belangenafweging tussen de partijen zal kiezen voor de wielrenner. Het belang van de wielerploeg enerzijds die wenst te beschikken over een bekwaame wielrenner om de ploeg uit te bouwen, weegt niet op tegen het belang van de wielrenner die zijn levensbestaan zou verliezen indien hij

niet kan deelnemen aan wedstrijden. De voorzitter wijst in deze gevallen de wielrenner steeds voorlopig toe aan een wielerploeg in afwachting van de uitspraak ten gronde door de arbeidsrechtbank.

c) Niet-naleving van het Decreet van 25 februari 1975 betreffende het Statuut van de niet betaalde sportbeoefenaar

Het decreet betreffende het statuut van de niet betaalde sportbeoefenaar bepaalt in artikel 5 dat de ontslagnemende sportbeoefenaar normaal de mogelijkheid moet hebben om zijn sportactiviteiten voort te zetten. Er wordt wel bepaald dat hij in hetzelfde seizoen niet voor twee clubs kan optreden.

Naar aanleiding van het artikel 5 van dit decreet kreeg de basketbalspeler Vermeersch zijn transfer via de verzoeingscommissie. De Koninklijke Belgische Basketbalbond, bekommerd om zijn transferreglement, dat goedgekeurd was door haar clubs, tekende verzet aan tegen deze beslissing. De voorzitter in kort geding besliste het volgende: «dat het nuttig voorkomt eiseres om verzet erop te wijzen dat, hoewel het decreet geen melding maakt van de verplichting om een bepaalde persoon als lid van haar vereniging te aanvaarden, artikel 1 duidelijk de beginselen van het decreet, die trouwens de bevestiging inhouden van de door de Grondwet gewaarborgde rechten toepasselijk maakt op 'de verenigingen of privaatrechtelijke personen die bij overeenkomst of krachtens een statuut bevoegd zijn om de sportbedrijvigheid te regelen', en dat ingevolge artikel 8 van het decreet van rechtswege nietig is elke bepaling van het statuut of van de overeenkomst voor zover ze in strijd met het decreet ertoe zou strekken de rechten van de sportbeoefenaar aan te passen of hun zwaardere verplichtingen op te leggen.» De voorzitter in kort geding oordeelde bijgevolg dat het verzet ongegrond was³¹.

De meeste kleinere sportbonden, de zgn. gesplitste sportbonden, die vooral omwille van financiële voordelen het decreet volgen, hebben hun transferreglementen ondertussen aangepast aan het decreet. Voor zover deze sportbonden de jaarlijkse overgang van sportbeoefenaars niet in acht nemen, zullen de sportbeoefenaars zich steeds kunnen beroepen op de voorzitter in kort geding. De grotere sportbonden hebben echter een middel gevonden door rechtstreekse aansluiting van hun leden bij de sportfederatie en toewijzing aan de clubs om de vrije jaarlijkse overgang tegen te gaan. In dit geval moet de voorzitter zich bij betwistingen uitspreken over het lidmaatschap en zal hij dit overlaten aan de rechter ten gronde (zie supra).

d) Niet-naleving van de wet van 24 februari 1978 betreffende de arbeidsovereenkomst van betaalde sportbeoefenaar

Bij verbreking zonder dringende redenen en vóór het verstrijken van de termijn van een overeenkomst die voor een bepaalde tijd is afgesloten, heeft luidens artikel 4, vierde lid, van de wet van 24 februari 1978 betreffende de arbeidsover-

²⁹ Kort ged. Rb. Brussel, 26 januari 1986 (J.C. t. V.Z.W. B.W.B.), A.R., 42.153, onuitg.

³⁰ Kort ged. Rb. Brussel, 21 februari 1984, R.W., 1985-86, 2353.

³¹ Kort ged. Rb. Antwerpen, 12 januari 1979 (VZW K.B.B.B. t. H.V. e.a.), *Sport en Recreatie, IV, Rechtspraak, VI-B*, Die Keure, Brugge, 1982, 7.

eenkomst van betaalde sportbeoefenaars, de benadeelde partij recht op een vergoeding gelijk aan het bedrag van het tot het verstrijken van die termijn verschuldigde loon (wet 24 februari 1978, *B.S.*, 9 maart 1978).

Volgens artikel 6 zijn alle met deze bepaling strijdige bedingen van rechtswege nietig voor zover zij ertoe strekken de rechten van de sportbeoefenaar in te krimpen of zijn verplichtingen te verzwaren. Volgens artikel 8 van dezelfde wet wordt elk concurrentiebeding als niet bestaande beschouwd. Wanneer een einde gemaakt wordt aan de overeenkomst, hetzij door de werkgever om dringende redenen, hetzij door de sportbeoefenaar zonder dringende redenen, mag de sportbeoefenaar niet meer deelnemen aan een betaalde sportcompetitie of sportexhibitie in dezelfde sportbond tijdens het lopende seizoen. Dit komt hierop neer dat een sportbeoefenaar die onder de voorwaarden van de wet van 24 februari 1978 valt, indien hij in de loop van het seizoen nog niet aan de competitie heeft deelgenomen en indien hij een profcontract bezit, zich steeds tot de rechter in kort geding zal moeten wenden indien een andere club of de sportfederatie zich tegen zijn deelneming aan de competitie verzet. De sportbeoefenaar heeft immers het recht deel te nemen. Een procedure ten gronde zal echter zoveel tijd in beslag nemen dat de lopende competitie waarschijnlijk reeds afgesloten zal zijn vooraleer er een uitspraak komt. De enige oplossing voor de zich verongelijkt voelende sportbeoefenaar is dan ook de voorzitter in kort geding.

In de zaak Bayer wordt dit standpunt door het Hof van Beroep als volgt ingenomen: «dat uit deze bepalingen blijkt dat de sportbeoefenaar die zonder dringende redenen de relatie verbreekt, enkel kan worden gesanctioneerd door het betalen van schadevergoeding en door de niet-activiteit gedurende het lopende seizoen; (...) dat V.Z.W. Racing en Club Racing eveneens zonder goede grond aanvoeren dat, zo Bayer in het gelijk wordt gesteld, ieder speler voortaan zonder meer zijn contract zou kunnen verbreken en overstappen naar een andere club; dat een dergelijke contractbreuk op dwingend beperkte wijze wordt gesanctioneerd door de artikelen 4, 6 en 8 van de wet van 24 februari 1978; dat het de Bond vrij staat de medeplichtigheid aan zulk een contractbreuk door de clubs reglementair te beteugelen³².

De wet van 24 februari 1978 en recente rechtspraak betekenen niet dat er geen transfer- of opleidingsvergoeding betaald zou kunnen worden tussen de sportclubs. Overeenkomstig rechtsleer en rechtspraak kan men een sportbeoefenaar niet verhinderen zijn sport uit te oefenen. Hoe dit tussen de clubs geregeld wordt, is een zaak die losstaat van de sportbeoefenaar. Het is wettelijk zeer goed mogelijk dat de sportfederaties een reglement opstellen, waarbij de overgang van een lid van de ene club naar de andere club en de financiële consequenties hiervan door de clubs geregeld worden, en dat de sportfederaties de clubs sanctioneren wanneer zij deze regeling niet nakomen. De sportbeoefenaars zelf dienen echter buiten deze transactie gehouden te worden.

Alle sportbeoefenaars die een minimumjaarinkomen hebben van 442.272 fr. vallen onder toepassing van de wet van 24 februari 1978^{32bis}.

Spoeeisend karakter

De voorzitter van de Rechtbank van Eerste Aanleg doet, in gevallen die hij spoedeisend acht, bij voorraad uitspraak in alle zaken, behalve die welke de wet aan de rechterlijke macht onttrekt (art. 584, eerste lid, Ger. W.).

De basketbalclub voor minder-validen die met de hulp van de voorzitter in kort geding een aansluiting wenste te krijgen bij de Vlaamse Federatie voor Gehandicapten Sport zag haar eis afgewezen bij gebrek aan urgentie. De voorzitter zet in zijn bevelschrift uitvoerig zijn principe in verband met het spoedeisend karakter uiteen: «Hoewel de kort-gedingrechter over een ruime feitelijke beoordelingsmacht beschikt, en binnen de juiste maat over de grootste vrijheid, blijft toch de spoedeisendheid het essentiële vereiste om een beschikking in kort geding toe te staan. Het spoedeisend karakter behoort overeenkomstig artikel 584 van het gerechtelijk wetboek, tot de soevereine beoordelingsmacht van de kort-gedingrechter. Deze beoordeelt wat spoed vergt en wat niet, aangezien de wetgever geen definitie opgaf van wat als spoedeisend voorkomt³³.»

Omdat het spoedeisend karakter bepalend is voor de bevoegdheid vindt men zowel in rechtsleer als rechtspraak verschillende pogingen tot omschrijving van het begrip «spoedeisend».

D. Lindemans komt na het overlopen van een aantal theorieën in rechtsleer en rechtspraak tot het volgende besluit: «Daar de voorzitter bij de appreciatie van het spoedeisend karakter op onaantastbare wijze optreedt kan bezwaarlijk een pertinente en steeds geldende maatstaf naar voren worden geschoven, tenzij 'de omstandigheden'. De loutere feitelijke gegevens van de zaak maken dat er dringend iets moet geschieden of niet³⁴.»

Het spreekt vanzelf dat in bijna elke voor de voorzitter aanhangig gemaakte procedure in sportzaken, het begrip «spoedeisend» te berde komt. Hoewel sportzaken dikwijls zo spoedeisend zijn dat een beroep op de rechter in kort geding in feite de enige oplossing kan bieden voor de zich verongelijkt voelende sportbeoefenaar, betekent dit nog niet dat alle sportzaken spoedeisend zijn.

Als maatstaf voor het spoedeisend karakter wordt onder meer genomen «... dat de oplossing van het geschil spoedeisend is, om reden dat een beslissing van de rechter ten gronde op korte termijn niet verwacht kan worden en inmiddels eiseres geen erkende wedstrijden kan organiseren en haar leden geen vergunning kunnen krijgen³⁵.

Een andere maatstaf die gehanteerd wordt, is het afwegen of er een onherstelbaar nadeel wordt toegebracht: «Hij toont nochtans niet aan dat hij een onherstelbaar nadeel zou

^{32bis} K.B. van 18 januari 1991, *B.S.*, 13 februari 1991.

³³ Kort ged. Rb. Brugge, 10 oktober 1991 (J.P. e.a. t. V.L.G.), *A.R.*, 17.056, onuitg.

³⁴ LINDEMANS, D., *Kortgeding*, Kluwer, Antwerpen, 1985, 77.

³⁵ Kort ged. Rb. Brussel, 6 mei 1987 (V.Z.W. R.R. t. V.Z.W. V.A.L.), *A.R.*, 39.817, onuitg.

³² Kort ged. Brussel, 6 februari 1991 (R.B. en V.Z.W. Sunair B.C.O. en Basketballclub Sunair Oostende t. V.Z.W. K.B.B.B. en V.Z.W. Racing Maes Pils Mechelen en Basketballclub Racing Maes Pils Mechelen), *A.R.*, 572/90, onuitg.

lijden bij het afwachten van de uitspraak van het tuchtorgaan in beroep ³⁶».

Indien de betwisting een beroepssporter betreft, is men nogal vlug geneigd dit spoedeisend karakter te erkennen. Men verwijst in deze gevallen telkens naar de beperkte duur van een sportcarrière: «dat Bayer een beroepsbasketballspeler is; dat hij deze beroepsactiviteit slechts gedurende een zeer beperkte tijd kan uitoefenen; dat iedere onderbreking van deze activiteit dan ook zware gevolgen heeft en een onherroepelijk verlies meebrengt, des te meer daar de onderbreking hem tevens in grote mate de mogelijkheid ontnemt zijn conditie te onderhouden; dat derhalve de vordering spoedeisend is ³⁷».

Dezelfde redenering vindt men terug in het bevelschrift waarbij een beroepswielrenner de aflevering van zijn vergunning opeiste: «Dat eiser, die noodzakelijkerwijze moet beschikken over een vergunning van beroepswielrenner op naam van een werkgever om te mogen rijden en bijgevolg om zijn bestaansmiddelen te waarborgen, dringend een dergelijke vergunning ter hand moet worden gesteld ³⁸».

De voorzitter in kort geding onderstreept de urgentie ook wel eens door de aanleggende partij te verplichten binnen een bepaalde periode ten gronde te dagvaarden: «Zeggen voor recht dat de V.Z.W. Belgische Wielrijdersbond (...) de heer Wellens Leo moet toelaten aan al de wedstrijden deel te nemen in dit land, totdat de rechtbank ten gronde, waartoe eiser zich dient te wenden binnen acht dagen na deze beschikking, er anders over zal beslissen ³⁹».

Typend is de motivering in een beschikking van de voorzitter van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel waarbij hij een onderscheid maakt in verband met het spoedeisend karakter naargelang het om een individuele sportbeoefenaar gaat of een sportclub: «De recente opvatting in rechtsleer en rechtspraak dat in sportzaken nagenoeg steeds urgentie aanwezig is, en haast kan vermoed worden, kan echter alleenlijk worden aanvaard wanneer het geschil beperkingen betreft die worden opgelegd aan de individuele vrijheid van de atleten; immers is het zo dat dergelijke feiten op onbetwistbare wijze onmiddellijk en onherroepelijk gevolgen hebben op de prestatiekansen van de sportbeoefenaar in kwestie. Voor eiseres als club manifesteren deze prestatiekansen zich echter in de vorm van een klassement. Daarom (...) dient de spoed van het geschil dat onze bevoegdheid bepaalt, in casu getoetst aan de kansen van eiseres als play-off kandidaat in de lopende volleybalcompetitie ⁴⁰».

Het spoedeisend karakter kan tevens door de feiten achterhaald zijn. «Daarmee staat en valt ook de spoed en, vol-

gens sommige rechters, het belang. De rechtspraak en rechtsleer nemen aan dat in zulk een geval de maatregel niet meer kan worden bevolen, nu eens omdat het spoedeisend karakter is weggevallen (...) ofwel omdat de vordering in die omstandigheden ongegrond is ⁴¹».

De voorzitter in kort geding te Brussel oordeelde ook in die zin in een zaak tussen Volleybalteam IJsboerke en de Vlaamse Interprovinciale Volleybalbond. De zaak werd gepleit in de loop van de week. De beschikking werd uitgesproken in het begin van de volgende week. De voorzitter hield rekening in zijn beschikking met de uitslagen van de wedstrijden die gespeeld werden tussen de sluiting der debatten en het ogenblik van de uitspraak: «Nu tijdens het beraad ook de competitieresultaten bekend zijn van het weekend van 23 april 1988, komt het ons voor dat wij gehouden zijn de kansberekening van eiseres op dit punt te corrigeren, te meer daar het spoedvereiste inzake kort geding ook aanwezig moet blijven op het ogenblik waarop uitspraak wordt gedaan (*Kort geding*, D. Lindemans, nr. 120, blz. 87). Het zou immers getuigen van een gebrek aan zin voor realiteit hiermee geen rekening te houden ⁴²».

Voor het standpunt ingenomen door de voorzitter dat men rekening moet houden met het ogenblik van de uitspraak, valt zeker iets te zeggen. Het gevaar is echter dat men, door de traagheid van het gerecht, of door het al of niet bewust uitstellen van de uitspraak, tot een andere uitspraak kan komen. Dit is zeker tegen de bedoeling van de wetgever die juist het kort geding heeft voorzien om snel te kunnen optreden. Daarenboven rijst de vraag of de voorzitter in bovenvermelde beschikking geen heropening der debatten had moeten bevelen om de uitslagen van de wedstrijden van het weekend van 23 april 1988 bij te brengen.

De verhouding tussen de rechter in kort geding en de bodemrechter

«Het onderscheid in de bevoegdheid tussen de rechter in kort geding en de bodemrechter ligt in het feit dat aan de rechter in kort geding gevraagd wordt om, op grond van de omstandigheden, een voorlopige maatregel te nemen om het geschil tussen partijen (dat normalerwijze, maar niet noodzakelijk, ten gronde zal worden beslecht) voorlopig te regelen ⁴³».

A. Fettweis stelt daaromtrent het volgende: «Het is de rechter in kort geding verboden de zaak ten principale te beoordelen. Het beginsel mag niet te strikt worden toegepast, want dat zou ertoe leiden de bevoegdheid van de voorzitter tot weinig te herleiden. Het is immers tamelijk zeldzaam dat het hem mogelijk is een beslissing te nemen zonder het geschil in zijn geheel in aanmerking te nemen. Is het hem verboden over het bodemgeschil te oordelen, redelijkerwijs moet hem het recht toegekend worden er kennis van te nemen. De voorzitter kan inlichtingen inwinnen, rechten en titels van de partijen nagaan. Liggen die voor de hand, dan

³⁶ Kort ged. Rb. Brussel, 27 februari 1985 (R.D. t. V.Z.W. Belgische Draffederatie), *Sport en Recreatie*, IV, *Rechtspraak*, V-A, Die Keure, Brugge, 1982, 9.

³⁷ Kort ged. Brussel, 6 februari 1991 (R.B. en V.Z.W. Sunair B.C.O. en Basketballclub Sunair Oostende t. V.Z.W. K.B.B.B. en V.Z.W. Racing Maes Pils Mechelen en Basketballclub Racing Maes Pils Mechelen), *A.R.*, 572/90, onuitg.

³⁸ Kort ged. Rb. Brussel, 26 januari 1986 (J.C. t. V.Z.W. B.W.B.), *A.R.*, 42.153, onuitg.

³⁹ Kort ged. Rb. Hasselt, 3 oktober 1985 (L.W. t. V.Z.W. B.W.B.), *A.R.*, 85.KB.353.

⁴⁰ Kort ged. Rb. Brussel, 28 april 1988 (V.Z.W. V.T.I. t. V.Z.W. V.I.V. en V.Z.W. B.V.B.V.), *A.R.*, 42.971, onuitg.

⁴¹ LINDEMANS, D., *o.c.*, 85.

⁴² Kort ged. Rb. Brussel, 28 april 1988 (V.Z.W. V.T.I. t. V.Z.W. V.I.V. en V.Z.W. B.V.B.V.), *A.R.*, 42.971, onuitg.

⁴³ Zie LINDEMANS, D., *o.c.*, 54.

kan hij er rekening mee houden om uitspraak te doen over het verzoek dat bij hem aanhangig is ⁴⁴»

Dat de uitspraken in kort geding slechts «voorlopig» zijn en het bodemgeschil niet mogen beïnvloeden, blijkt uit artikel 1039 Ger. W. Maar hierin is toch een duidelijke ontwikkeling merkbaar. De voorzitter van de Rechtbank van Koophandel te Brussel drukte het herhaaldelijk kernachtig uit: «Overwegende dat de voorzitter, recht doende in kort geding, uitspraak doet bij voorraad; dat zijn beschikking geen nadeel over de zaak zelf mag brengen (artikelen 584 en 1039 van het Gerechtelijk Wetboek); dat dit de kort-gedingrechter geenszins verbiedt primair te onderzoeken of er een 'fumus boni juris' is (zie Verougstraete, I., *T.P.R.*, blz. 269, nr. 18 in fine); dat de kort-gedingrechter een bevel kan opleggen dat in de lijn ligt van de vermoedelijke rechten van partijen. Om dit bevel op te leggen is het fataal dat hij de grond van de zaak moet raken. Het enige wat hem ten stelligste verboden is, is dat hij zich in zijn dictum moet onthouden van een beslissing over de rechtspositie van partijen, de bodemrechter in geen enkel opzicht gehouden zijnde door wat de kort gedingrechter beslist heeft ⁴⁵». M.a.w. een beslissing in kort geding kan nooit gezag van gewijsde krijgen t.o.v. de bodemrechter.

De ontwikkeling in de richting van een absolute vrijheid van de voorzitter in kort geding, die meer en meer impact op de rechtsbedeling schijnt te krijgen, wordt o.m. bevestigd in een recent arrest van het Hof van Cassatie, waarin beslist wordt: «Men kan zijn toevlucht nemen tot het kort geding wanneer de gewone rechtspleging niet bij machte is het geschil tijdig op te lossen, wat maakt dat de rechter in kort geding over een ruime feitelijke beoordelingsmacht beschikt en binnen de juiste maat over de grootste vrijheid ⁴⁶».

Ook in sportzaken gaat de voorzitter in het geding ervan uit dat hij niet bevoegd is om zich uit te spreken over het bodemgeschil of om hierop vooruit te lopen.

In de zaak Vanderaerden motiveert de voorzitter dit als volgt: «Overwegende dat wij niet bevoegd zijn om ons uit te spreken over het bodemgeschil of om hierop vooruit te lopen; dat wij dit echter wel dienen te onderzoeken om de opportuniteit van de gevorderde maatregel te beoordelen ⁴⁷».

Bij de studie van de beschikkingen waarbij de voorzitter in kort geding in sportzaken uitspraak doet, zijn ons twee zaken opgevallen. Enerzijds het feit dat, in tegenstelling met de indruk die men de laatste tijd schijnt te hebben, in de meeste gevallen de ingestelde vordering als ongegrond werd afgewezen. Dat echter in gevallen waarin de voorzitter de sportbeoefenaar gelijk gaf, de impact van de beslissing van de voorzitter van die aard was dat het nooit meer tot een procedure ten gronde gekomen is. De feiten — zoals o.m. het deelnemen aan een wedstrijd, het krijgen van een vergunning, e.d. — waren immers achterhaald, vooraleer er een

uitspraak ten gronde kon komen, waardoor zo'n uitspraak geen zin meer zou hebben. De voorzitters in kort geding zijn zich hiervan bewust. Dit blijkt duidelijk uit de motiveringen van hun beschikkingen.

Naar aanleiding van een geding waarbij een wielclub opwierp dat artikelen 1 en 2 van de administratieve voorschriften van de Koninklijk Belgische Wielerbond strijdig zouden zijn met de openbare orde, motiveerde de voorzitter als volgt: «Overwegende echter dat, indien recht wordt gedaan over het gevraagde, dit zou inhouden dat de rechter, zitting houdend in kort geding, in feite ten gronde uitspraak zou moeten doen over de al dan niet geldigheid van art. 1 voormeld, en de genomen beslissing van schorsing, wat klaarblijkelijk valt buiten het kader van de voorlopige maatregelen van het kort geding ('Le juge des référés ne peut prendre de décision sur le principal même provisoirement' (rapport Van Reepinghen, p. 139); en nog: 'il y a préjudice au principal chaque fois que l'ordonnance préjuge le fond' (Brussel, 21 november 1969, *Pas.*, 1970, II, 39), chaque fois qu'elle suggère ou indique la solution que le tribunal devra adopter lorsqu'il se prononcera à son tour (*Précis de droit judiciaire*, tome II, *La Compétence*, A. Fettweis, nr. 472, in fine p. 270) ⁴⁸».

In een betwisting naar aanleiding van de vraag of de statuten en het huishoudelijk reglement nageleefd waren, betreffende de weigering tot aansluiting van een club, oordeelde de voorzitter: «dat het niet aan ons is, maar aan de rechter ten gronde zal toekomen op deze vragen (...) te antwoorden; dat wij enkel vaststellen dat het door eiseres beweerde 'flagrante rechtsmisbruik' door verweerster op ernstige wijze wordt betwist; dat immers bezwaarlijk zou kunnen worden beweerd dat de rechter ten gronde zonder de minste twijfel de vordering van eiseres gegrond zal verklaren ⁴⁹».

Anderzijds stelde de voorzitter dat, indien er een redelijke kans bestaat dat de rechter ten gronde ook positief zal reageren op het ingestelde verzoek, hij reeds een maatregel kon nemen.

In de zaak Bayer motiveerde de appelrechter dit als volgt: «Overwegende dat het dan ook in de lijn der verwachtingen ligt dat de bodemrechter zal oordelen dat de Bond zich kennelijk onredelijk heeft gedragen door, om de naleving van het contract af te dwingen, een sanctie op te leggen die de wet op dwingende wijze aan de contractpartij zelf ontzegt en die zo drastisch is dat zij de speler verplicht zijn reeds zo korte beroeps carrière te onderbreken indien hij aan deze dwang niet toegeeft ⁵⁰».

In de zaak De Bie motiveerde de voorzitter in kort geding zijn beslissing als volgt: «Overwegende dat de rechtspositie van eiser redelijke kansen biedt om ten gronde weerhouden te worden ⁵¹».

⁴⁸ Kort ged. Rb. Brussel, 22 februari 1980 (V.Z.W. K.S.L. t. V.Z.W. K.B.W.B.), *A.R.*, 20.938, onuitg.

⁴⁹ Kort ged. Rb. Brussel, 6 mei 1987 (V.Z.W. R.R. t. V.Z.W. V.A.L.), *A.R.*, 39.817, onuitg.

⁵⁰ Kort ged. Brussel, 6 februari 1991 (R.B. en V.Z.W. Sunair B.C.O. en Basketballclub Sunair Oostende t. V.Z.W. K.B.B.B. en V.Z.W. Racing Maes Pils Mechelen en Basketballclub Racing Maes Pils Mechelen), *A.R.*, 572/90, onuitg.

⁵¹ Kort ged. Rb. Brussel, 28 januari 1991 (D.D. t. V.Z.W. K.B.W.B.), *A.R.*, 50.889, onuitg.

⁴⁴ FETTWEIS, A., «Bevoegdheid», in *Handboek voor Gerechtelijk Recht*, FETTWEIS, A., GUTT, E., KRINGS, E., LE PAIGE, A., STORME, M. (red.), Standaard, Antwerpen, 1971, 260-261).

⁴⁵ Zie Kort ged. Kh. Brussel, 29 maart 1983 aangehaald door VANDEURZEN, A., «Enkele beschouwingen rond 'het kort geding', *Limb. Rechtsl.*, 1985, 106).

⁴⁶ Cass., 21 mei 1987, *R.W.*, 1987-88, 1426.

⁴⁷ Kort ged. Rb. Brussel, 21 februari 1984 (S.C.B.N. t. V.Z.W. B.W.B. e.a.), *R.W.*, 1985-86, 2353.

Territoriale bevoegdheid

Praktisch alle zaken waarbij de sportbonden gedagvaard werden voor de voorzitter in kort geding, worden ingeleid in Brussel omdat de maatschappelijke zetel van praktisch alle sportbonden in Brussel gevestigd is. Dit is nochtans niet zo evident. «In beginsel moet in kort geding gedagvaard worden voor de voorzitter van de rechtbank die territoriaal bevoegd is om kennis te nemen van het bodemgeschil. Maar de dringende noodzaak verantwoordt afwijkingen op dit beginsel: nood breekt wet, of, zachter uitgedrukt, er wordt stilzwijgend afgeweken van de gewone regelen. Daarom kan de vordering in kort geding ook voorgelegd worden aan de rechter van de plaats waar de maatregel moet worden uitgevoerd of waar de spoedeisende omstandigheden zich voordoen, zelfs al is een buitenlandse rechter ten gronde bevoegd⁵².» Deze stelling wordt bevestigd door het Hof van Cassatie in een arrest van 22 december 1983^{52bis}.

In de zaak Vermeersch t/ K.B.B.B. wierpen de raadsleden van de Koninklijk Belgische Basketbalbond de onbevoegdheid van de voorzitter in kort geding te Antwerpen op, op grond dat de zetel van de K.B.B.B. in Brussel gevestigd was. De voorzitter besliste daarop: «Overwegende nochtans dat het in casu niet gaat om de beoordeling van de uitvoering van een verbintenis, maar wel om de appreciatie van aangevoerde feitelijkeheden die overwegend in ons rechtsgebied zouden zijn gepleegd; dat de procedure van kort geding werd ingevoerd om aan spoedeisende toestanden het hoofd te bieden op de plaats waar dringende noodzakelijke voorzieningen moeten worden gelast (Fettweis, *Handboek*, II, nr. 600, blz. 330), zodat wij territoriaal bevoegd zijn⁵³.»

Wie dagvaarden?

Het decreet van 25 februari 1975 tot vaststelling van het statuut van de niet betaalde sportbeoefenaar (*B.S.*, 5 augustus 1975) bevat geen sancties tegen de sportbonden of de clubs die het decreet niet toepassen.

In het decreet van 2 maart 1977 houdende regeling van de erkenning en subsidiëring van de landelijk georganiseerde sportvereniging is in artikel 3,8 bepaald dat de statuten en het huishoudelijk reglement van de landelijk georganiseerde sportvereniging in overeenstemming moeten zijn met het decreet van 25 februari 1975 tot vaststelling van het statuut van de niet betaalde sportbeoefenaar. De landelijk georganiseerde sportverenigingen, die bv. inzake de overgang van niet betaalde sportbeoefenaars naar een andere club of inzake tuchtregeling (recht van verdediging bv.), het decreet van 25 februari 1975 niet respecteren, lopen dan het risico niet, of niet langer meer, erkend te worden en hierdoor uitgesloten te worden van subsidie. Tengevolge van dit laatste decreet worden wij nu geconfronteerd met twee soorten sportbonden. Enerzijds de unitaire sportbonden en anderzijds de gesplitste sportbonden. De meeste kleinere

sportbonden behoren tot de gesplitste bonden omdat zij om financiële redenen zich verplicht voelen het decreet te volgen. De gesplitste sportbonden hebben een Vlaamse vleugel en een Waalse vleugel, maar hebben daarboven nog een koepel, samengesteld uit een afvaardiging van de Vlaamse en de Waalse vleugels. De internationale federaties en het Internationaal Olympisch Comité erkennen immers enkel unitaire sportbonden. Voor de atletiekfederatie heeft men zo de Koninklijke Belgische Atletiekbond (K.B.A.B.) die als gesprekspartner optreedt voor het I.O.C. en het I.A.A.F. en die opgesplitst is in twee federaties nl. de Vlaamse Atletiekliga (V.A.L.) en de Franstalige Atletiekliga (L.B.F.A.). In deze federatie worden de nationale competitie en de deelneming aan internationale meetings georganiseerd door de koepelorganisatie, terwijl de clubs en atleten aangesloten zijn bij de Vlaamse of de Waalse vleugel. Om problemen te vermijden is het dan ook aangewezen dat men, indien men tegenover een zgn. gesplitste bond staat, zowel de koepelorganisatie als de Vlaamse of de Waalse vleugel dagvaardt.

Rembert Torhout dagvaardde zowel de V.Z.W. Vlaamse Interprovinciale Volleybalbond (V.I.V.) als de V.Z.W. Belgische Volleybalbond (B.V.B.V.), toen zij gedaan wenste te krijgen dat enerzijds de speler Grozer zijn spelerskaart zou terugkrijgen van de V.I.V. en anderzijds Torhout de machtiging zou krijgen van de B.V.B.V. om de finale van de Beker van België Volleybal te betwisten⁵⁴.

De dwangsom: de ideale sanctie

Zoals in de aanhef van dit artikel reeds is gesteld, is de interventie van de rechter in een geschil tussen een lid van een sportfederatie en de sportfederatie zelf geen nieuw gegeven.

Begin van de jaren 1970 werd een secretaris van een provinciale voetbalclub door de K.B.V.B. geschrapt wegens een omkoopaffaire. De secretaris diende klacht in bij het parket. Na een onderzoek bleek dat de secretaris vrijuit ging. Hij vroeg zijn rehabilitatie bij de bond. Dit werd hem geweigerd. De Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel veroordeelde daarom de K.B.V.B. tot betaling aan de secretaris van de voetbalclub tot een frank morele schadevergoeding⁵⁵.

Dit vonnis dateert van vóór de wet op de dwangsom. Een principiële veroordeling van een frank was een maximum dat men toen kon krijgen. Door de wet op de dwangsom heeft de rechter en in casu de voorzitter in kort geding een zeer grote macht gekregen. Bij iedere uitspraak in kort geding ten nadele van de sportfederaties wordt de dwangsom toegepast.

De dwangsom heeft in sportzaken haar doel als pressiemiddel zeker niet gemist. «Dit dwangmiddel heeft een indirecte werking, het beoogt de schuldenaar te treffen op een terrein waar hij zeer gevoelig is voor belangen aantasting, namelijk in zijn vermogen⁵⁶.»

⁵² LINDEMANS, D., o.c., 93.

^{52bis} Cass., 22 december 1989, met concl. proc.-gen. E. KRINGS, *R.W.*, 1989-90, 1089.

⁵³ Kort ged. Rb. Antwerpen, 12 januari 1979 (V.Z.W. K.B.B.B. t. H.V. e.a.), *Sport en Recreatie*, IV, *Rechtspraak*, VI-B, Die Keure, Brugge, 1982, 6.

⁵⁴ Kort ged. Rb. Brussel, 27 maart 1987, (V.Z.W. Rembert Torhout en Grozer t. V.Z.W. V.I.V. en V.Z.W. B.V.B.V.), *Sport en Recreatie*, IV, *Rechtspraak*, V-A, Die Keure, Brugge, 1982, 5.

⁵⁵ Kort ged. Rb. Brussel, 28 maart 1977 (F.T. t. V.Z.W. K.B.V.B.), *A.R.*, 28.625, onuitg.

⁵⁶ BALLON, G.L., *Dwangsom*, A.P.R., Story-Scientia, Leuven, 1980, 23.

De voorzitters aarzelen niet om enorme bedragen als dwangsom uit te spreken. Wij citeren even : inzake Bayer : «... en zulks onder verbeurte van een dwangsom van 100.000 frank per dag vertraging;» inzake De Bie : «... onder verbeurte van een dwangsom van 25 miljoen...»

Men kan nu de vraag stellen of de sportbeoefenaars die zich beroepen op de wet van 24 februari 1978 betreffende de arbeidsovereenkomst voor betaalde sportbeoefenaars eveneens een beroep kunnen doen op een dwangsom. Artikel 1385bis Ger. W. bepaalt immers dat een dwangsom niet opgelegd kan worden ten aanzien van de vorderingen ter zake van de nakoming van arbeidsovereenkomsten.

Bernard Nyssen besluit zijn studie over de dwangsom en het sociale recht als volgt : «Nous partageons ainsi l'opinion de M. Jamouille, ou de I. Moreau-Margrève pour qu'il convient d'écarter l'astreinte chaque fois que l'action intentée l'est par un employeur à l'égard d'un travailleur qui lui est ou a été subordonné (ou inversement) et que cette action est en rapport avec le contrat de travail qui les lie ou les a liés ⁵⁷.»

De verhouding waarin de sportbeoefenaar staat ten opzichte van de sportfederatie, is echter geen verhouding werknemer/werkgever. De werkgever is immers steeds de club of de wielerploeg. Het lijkt m.i. dan ook mogelijk om de dwangsom te gebruiken als pressiemiddel ten opzichte van de sportbonden.

De voorzitter in kort geding : sportrechter bij uitstek ?

In de zaak Vermeersch motiveerde de voorzitter van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Antwerpen zijn bevoegdheid om als kort-gedingrechter uitspraak te doen over het geschil als volgt : «Overwegende immers dat het kort geding door de wetgever precies werd ingesteld omdat hij steeds vertrouwen kon stellen in het gezond oordeel van de magistraten die ermee belast zijn, om deze uitzonderlijke bevoegdheid met voorzichtigheid doch zonder aarzeling te hanteren, teneinde concrete oplossingen te vinden die de verdelende rechtvaardigheid voorlopig het dichtst benaderen ⁵⁸.»

Het feit dat de meeste sportzaken na een uitspraak door de voorzitter in werkelijkheid ook geregeld werden zonder dat de rechter ten gronde diende te beslissen, hetzij om de maatregel ongedaan te maken, hetzij om een schadevergoeding te vorderen van de partij die gelijk haalde bij de voorzitter, bevestigt alleen maar de theorie van de voorzitter.

Het nadeel van de procedure in kort geding blijft echter dat men het bodemgeschil niet kan onderzoeken. Hoogstwaarschijnlijk zouden een aantal zaken anders beslecht zijn, indien de rechter zich volledig op het bodemgeschil had kunnen concentreren.

Naar aanleiding van de recente uitspraken door de voorzitters in kort geding inzake Bayer, Bosman, De Bie, zijn er

nu heel wat vooraanstaande sportleiders voorstander geworden van een arbitrage.

Mr. Meulemans, ondervoorzitter van het Belgisch Olympisch en Interfederaal Comité en lid van het Uitvoerend Comité van de Voetbalbond, stelde het volgende : «Elke atleet, die ongelijk krijgt in zijn federatie, loopt tegenwoordig naar de rechtbank – denk maar aan Landmeters (zwemmen), Bosman (voetbal), Bayer (basket).»

Ik vraag mij af of wij niet tot een soort arbitrage moeten komen, waar atleten en federaties naartoe kunnen en waarin mensen zitten die iets van sport kennen. Zoals nu kan het immers niet verder ⁵⁹. Het B.O.I.C. riep dan ook op 25 maart 1991 alle voorzitters en secretarissen van de sportfederatie samen om een voorstel tot het oprichten van een arbitragekamer toe te lichten.

Persoonlijk menen wij echter dat de arbitrage niet de gewenste oplossing zal brengen in de gevallen waarin de partijen frontaal tegenover elkaar staan.

Allereerst heeft arbitrage het nadeel dat geen dwangsom kan worden opgelegd om de uitvoering van de uitspraak te garanderen. Alle rechtscolleges worden bevoegd geacht om een veroordeling tot een dwangsom uit te spreken, met uitzondering van de scheidsrechterlijke colleges. Een veroordeling tot een dwangsom kan bovendien ook niet in gevallen van minnelijke schikking. Zelfs in de aanvraag tot uitvoerbaarverklaring (exequatur) van scheidsrechterlijke uitspraken kan geen dwangsom worden opgelegd. «Zij is immers krachtens artikel 1710 Ger. W. een daad van willige rechtspreek ⁶⁰.»

Aangezien de dwangsom in vele gevallen het adequate middel is om een genomen beslissing te doen naleven, vormt de onmogelijkheid om een dwangsom op te leggen bij een scheidsrechterlijke uitspraak, zeker een nadeel. Verder verhinderen artikel 1678 al. 2 en artikel 1700 van het Ger. W. in twee gevallen dat partijen, voor het ontstaan van het geschil, kunnen overeenkomen om de beslechting van dit geschil aan scheidslieden te onderwerpen.

Ten eerste kunnen krachtens artikel 1700 van het Ger. W. partijen geen arbitrageovereenkomst sluiten vóór het ontstaan van het geschil, wanneer zij aan de scheidslieden de mogelijkheid willen bieden om het hun voorgelegde geschil niet uitsluitend via de strikte rechtsregels op te lossen, doch meer algemeen in billijkheid, in welk geval de scheidsrechterlijke uitspraak kan afwijken van de terzake strikt geldende rechtsregels. Vanzelfsprekend zullen de scheidslieden nooit de bevoegdheid hebben om regels van openbare orde naast zich neer te leggen, doch de toepassing van artikel 1700 van het Ger. W. geeft hen de mogelijkheid om het geschil te beslechten volgens andere bepalingen dan de regels van aanvullend recht, ook indien deze regels niet uitdrukkelijk uit de overeenkomst zijn gesloten ⁶¹.

Ten tweede bepaalt artikel 1678 al. 2 van het Ger. W. uitdrukkelijk dat «onder voorbehoud van de bij de wet bepaalde uitzonderingen, van rechtswege nietig is, iedere overeenkomst tot arbitrage, gesloten vóór het ontstaan van een ge-

⁵⁷ NYSSSEN, B., «L'astreinte et le droit social», in *Tien jaar toepassing van de dwangsom*, V.Z.W. I.T.O.A.U., Servais-Editions Créatif, Brussel, 1991, 209.

⁵⁸ Kort ged. Rb. Antwerpen, 12 januari 1979 (V.Z.W. K.B.B.B. t. H.V. e.a.), *Sport en Recreatie*, IV, *Rechtspraak*, VI-B, Die Keure, Brugge, 1982, 6.

⁵⁹ MEULEMANS, F., *Het Nieuwsblad*, 29 januari 1991, C1.

⁶⁰ BALLON, G.L., o.c., 35.

⁶¹ Zie MATRAY, L., «L'amiable composition dans l'arbitrage interne et dans l'arbitrage international», in *L'arbitrage-Het scheidsrecht*, Editions du Jeune Barreau, Brussel, 1983, 41 e.v.

schil, waarvan de arbeidsrechtbank kennis moet nemen krachtens de artikelen 578 en 583 van het Ger. W.»

Wanneer aldus krachtens een reglement van een sportbond de verplichting tot arbitrage wordt opgelegd voor geschillen die betreffende een arbeidsovereenkomst kunnen ontstaan tussen een sportbeoefenaar en zijn club en/of de sportbond, houdt deze reglementering geen enkele verplichting in zich aan die arbitrage te onderwerpen, aangezien krachtens artikel 1678 al. 2 van het Ger. W. dergelijke overeenkomst tot arbitrage niet vóór het ontstaan van het geschil mag worden aangegaan. Op basis van artikel 1678 al. 2 van het Ger. W. zal de overeenkomst tot arbitrage dan ook nietig zijn ⁶².

Betreffende de vraag of in sportzaken een overeenkomst tot arbitrage vóór het ontstaan van het geschil kan worden gesloten, bepaalt artikel 9 van de wet betreffende de arbeidsovereenkomst voor betaalde sportbeoefenaars, dat betaalde sportbeoefenaars en hun werkgever zich niet bij voorbaat mogen verbinden om de geschillen die uit de toepassing van deze wet ontstaan, aan scheidsrechters voor te leggen. Artikel 9 van het decreet tot vaststelling van het statuut van de niet-betalde sportbeoefenaars bepaalt eveneens dat partijen zich niet bij voorbaat mogen verbinden in geschillen waartoe de toepassing van dit decreet aanleiding kan geven om die geschillen aan scheidsrechters voor te leggen. Wij vrezen dan ook dat de raadslieden van de sportbeoefenaars, wanneer het tot een conflictsituatie komt, eerder geneigd zullen zijn zich tot de voorzitter in kort geding te wenden, dan de beslissing in handen te geven van een arbitragecomité. Dikwijls is een voorlopige oplossing in kort geding voor de sportbeoefenaars immers voldoende. Aangezien een sportrechtbank nog niet voor morgen zal zijn, zal de voorzitter in kort geding voorlopig zeker de belangrijkste rechter in sportzaken blijven. De onmogelijkheid om een dwangsom in een scheidsrechterlijke uitspraak op te leggen, en de on-

mogelijkheid om in de hierboven vermelde gevallen een overeenkomst tot arbitrage vóór het ontstaan van het geschil af te sluiten, heeft de belangrijkheid van de voorzitter in kort geding in sportzaken doen toenemen.

De voorzitter heeft zelfs nog meer mogelijkheden. In de zaak Bosman stelde hij de volgende prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschap: «Invitons en application de l'article 177 du traité du 25 mars 1957 la Cour de Justice de la Communauté européenne à dire si les articles 3c et 48 du traité, sous-tendus par le principe de la liberté du travail qui se dégage notamment des Déclarations de Versailles et Philadelphie et de la convention n° 96 de l'O.I.T., tolèrent que l'accès à l'emploi communautaire de travailleurs libres de toute relation de travail actuelle soit subordonné par une réglementation privée, en dehors de toute autorisation légale et extérieurement à tout système public, au paiement de quelque rétribution, affranchissement ou rachat de licence que ce soit ⁶³».

Door de interventies in het verleden van de rechters in kort geding hebben de sportfederaties reeds heel wat aanpassingen gemaakt in hun statuten en huishoudelijke reglementen, waardoor de sportbeoefenaars langzaam maar zeker het genot kunnen hebben van de minimum-procedurele waarborgen.

Wanneer door toedoen van de voorzitter in kort geding ook nog een oplossing zou worden gevonden voor het vrije verkeer van de sportbeoefenaars met eerbiediging van de principiële arbeids- en contractuele verhouding en met behoud van de eigenheid van de sportclubs en sportfederaties, dan heeft de voorzitter in kort geding bereikt wat de wetgever reeds jaren nagelaten heeft te doen.

C. COOMANS

⁶² Arbh. Brussel, 8 maart 1982, *J.T.T.*, 1982, 268.

⁶³ Kort ged. Rb. Luik, 9 november 1990 (*J.N.B. t. N.V. Voetbalclub Luik en V.Z.W. K.B.V.B.) A.R.*, 33.034/0, onuitg.

RECHTSPRAAK

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER – 5 NOVEMBER 1990

Voorzitter: de h. Marchal

Rapporteur: de h. Rappe

Openbaar ministerie: de h. Leclercq

Advocaten: mrs. Draps en De Bruyn

Sociale zekerheid werknemers – Recht op sociale zekerheid – Subjectief recht – Werknemer – Rechtsvordering tegen R.S.Z.

Wanneer de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid oordeelt dat de S.Z.-wet op een werknemer niet van toepassing is, beschikt de werknemer over een rechtsvordering tegen die instelling ten

einde het geschil te doen beslechten over het subjectieve recht dat hij krachtens die wet meent te hebben.

L. t/ R.S.Z. en D.

Gelet op het bestreden arrest, op 1 februari 1989 door het Arbeidshof te Luik, afdeling Namen, gewezen;

Over het door de eerste verweerder tegen de voorziening opgeworpen middel van niet-ontvankelijkheid;

Overwegende dat het arrest vaststelt dat eiseres en D. de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid hebben gedagvaard tot behoud van eiseres «in het sociaal statuut van de loontrekken» en tot veroordeling van die instelling om eiseres te vergoeden voor de schade die zij heeft geleden omdat dit statuut haar werd ontnomen; dat het arrest het beroepen

vonnis bevestigt dat de vordering van eiseres niet-ontvankelijk heeft verklaard en de rechtsvordering van D. ontvankelijk maar niet gegrond;

Overwegende dat de eerste verweerder betoogt dat de beslissing, gewezen op de vordering van D., ten aanzien van eiseres onsplitsbaar is en dat deze, nu zij haar voorziening niet tegen die beslissing heeft gericht, er geen belang bij heeft en derhalve ook niet ontvankelijk is, alleen de beslissing te kritiseren waarbij haar rechtsvordering tegen de eerste verweerder niet ontvankelijk is verklaard, aangezien de verwerping van haar rechtsvordering is verantwoord door de niet bekritiseerde overweging dat er tussen haar en D. geen gezagsverhouding bestond;

Overwegende dat het arbeidshof beslist dat de rechtsvordering van eiseres niet ontvankelijk is, op grond dat er tussen haar en de verwerende instelling geen enkele rechtsverhouding bestond;

Overwegende dat het gezag van gewijsde zich enkel uitstrekt tot hetgeen de rechter over een geschilpunt heeft beslist en tot hetgeen, gelet op het geschil dat voor de rechter is gebracht en waarover de partijen tegenspraak hebben kunnen voeren, zij het impliciet, de noodzakelijke grondslag van zijn beslissing vormt;

Overwegende dat, nu het arrest eiseres uit het debat inzake de betwisting van D. en de grondslag van de beslissing over dat betwiste punt heeft gesloten, het gezag van gewijsde van die beslissing haar niet kan worden tegengeworpen, zelfs al was het geschil onsplitsbaar;

Dat het middel van niet-ontvankelijkheid niet kan worden aangenomen;

Over het middel: schending van de artikelen 16, 17, 18, 580, 2°, van het Gerechtelijk Wetboek, 1, § 1, van de wet van 27 juni 1969 tot herziening van de besluitwet van 28 december 1944 betreffende de maatschappelijke zekerheid der arbeiders, 1 van de Arbeidsongevallenwet van 10 april 1971, 3, eerste lid, 51, eerste lid, a, van de wetten betreffende de kindertoelagen voor loonarbeiders, gecoördineerd bij koninklijk besluit van 19 december 1939, 21, eerste lid, 1°, 45, § 1, 1°, a, van de wet van 9 augustus 1963 tot instelling en organisatie van een regeling voor verplichte ziekte- en invaliditeitsverzekering, 118, 121, § 1, van het koninklijk besluit van 20 december 1963 betreffende arbeidsvoorziening en werkloosheid en 1, eerste lid, 1°, van het koninklijk besluit nr. 50 van 24 oktober 1967 betreffende het rust- en overlevingspensioen voor werknemers,

doordat het arrest, met bevestiging van het beroepen vonnis, zegt dat de door eiseres ingestelde rechtsvordering niet ontvankelijk is, op grond: «dat er tussen (eiseres), werknemer, en de (eerste verweerder) geen enkele rechtsverhouding bestaat; dat de meerderheid van de rechtspraak van oordeel is dat de wettelijke bepalingen inzake sociale zekerheid niets uitstaande hebben met de contractuele verhoudingen tussen werkgever en loontrekkende, zodat een loontrekkende geen rechtstreekse vordering tegen de R.S.Z. kan instellen»;

terwijl, enerzijds, artikel 1, eerste lid, van de wet van 27 juni 1969 betreffende de maatschappelijke zekerheid der werknemers, bepaalt dat zij toepassing vindt op de werknemers en de werkgevers die door een arbeidsovereenkomst zijn verbonden; het toepassingsveld van die wet omvat voor de werknemer ook het recht op de uitkeringen in de verschillende sectoren van de sociale zekerheid en zulks ingevolge

artikel 1, 1°, van de wet van 10 april 1971, van de artikelen 3 en 51, § 1, a, van de bij koninklijk besluit van 19 december 1939 gecoördineerde wetten, van de artikelen 21, 1°, en 45, § 1, 1°, a, van de wet van 9 augustus 1963, van de artikelen 118 en 121, § 1, van het koninklijk besluit van 20 december 1963, van artikel 1, eerste lid, 1°, van het koninklijk besluit nr. 50 van 24 oktober 1967; derhalve, aangezien de R.S.Z. kan beslissen over de toepassing van de wet van 27 juni 1969 op een werknemer, en bijgevolg kan vaststellen of de bepalingen inzake toekenning van de uitkeringen van de sociale zekerheid aan werknemers op hem van toepassing zijn, die persoon, naar luid van de artikelen 16 tot 18 van het Gerechtelijk Wetboek, er belang bij heeft en bevoegd is om ten aanzien van de R.S.Z. zijn, ernstig bedreigd, subjectief recht op het statuut van werknemer en op de daaruit voortvloeiende uitkeringen te laten erkennen; naar luid van artikel 580, 2°, van het Gerechtelijk Wetboek, de arbeidsrechtbank kennis neemt van geschillen betreffende de rechten en verplichtingen van werknemers, welke voortvloeien uit de wetten en verordeningen inzake sociale zekerheid; daaruit volgt dat het arrest dat, om te beslissen dat de rechtsvordering van eiseres niet ontvankelijk is, overweegt dat laatstgenoemde, als sociaal verzekerde, geen enkel subjectief recht kan laten gelden jegens de eerste verweerder, niet naar recht is verantwoord (schending van alle in het middel aangewezen wettelijke bepalingen):

...

Overwegende dat artikel 1, § 1, eerste lid, van de wet van 27 juni 1969 tot herziening van de besluitwet van 28 december 1944 betreffende de maatschappelijke zekerheid der arbeiders bepaalt dat zij toepassing vindt op de werkgevers en de werknemers die door een arbeidsovereenkomst zijn verbonden; dat uit de regeling die in de wet is uitgewerkt, en inzonderheid uit de artikelen 5 en 2, § 2, ervan, blijkt dat de werknemers in beginsel onder toepassing van die wet moeten vallen om het genot te kunnen hebben van de stelsels die zij door hun bijdragen mede financieren;

Overwegende dat de werknemer, wanneer de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid, die met de inning van die bijdragen is belast, oordeelt dat die wet op hem niet van toepassing is, tegen die instelling over een rechtsvordering beschikt teneinde het geschil te doen beslechten over het subjectieve recht dat hij krachtens die wet meent te hebben;

Dat het arrest, door te zeggen dat de rechtsvordering van eiseres niet ontvankelijk is, op grond dat zij ten aanzien van de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid geen enkel subjectief recht kan laten gelden, zijn beslissing niet naar recht verantwoordt;

Dat het middel gegrond is;

Overwegende dat de vernietiging van de beslissing op de rechtsvordering van eiseres tot vernietiging van de beslissing op de rechtsvordering van D. leidt, aangezien het geschil tussen de partijen onsplitsbaar is;

...

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 14 DECEMBER 1990

Voorzitter : de h. Caenepeel

Rapporteur : mevr. Baeté-Swinnen

Openbaar ministerie : mevr. Liekendael

Advocaten : mrs. Houtekier en De Gryse

Echtscheiding – Uitkering na echtscheiding – Gezag van gewijsde – Vordering tot opheffing – Onverschuldigde betaling – Veroordeling tot terugbetaling vanaf de ingetreden wijziging – Wettigheid

Wanneer in 1986 bij de echtscheiding aan de vrouw een uitkering was toegekend, de man in september 1988 een verzoek tot opheffing heeft ingediend, en de rechter, oordelend dat er in juli 1988 een ingrijpende wijziging is ingetreden zodat de uitkering niet meer gerechtvaardigd is, de vrouw veroordeelt tot terugbetaling van de sedert juli 1988 ontvangen bedragen, beslist de rechter niet dat in de regel de met toepassing van art. 301, § 3, tweede lid, B.W. gevorderde opheffing van de uitkering met terugwerkende kracht kan worden toegekend, schendt hij de artt. 23 tot 26 Ger. W. niet en verantwoordt hij zijn beslissing naar recht.

D. t/ G.

Gelet op het bestreden vonnis, op 26 oktober 1989 door de Rechtbank van Eerste Aanleg te Kortrijk in hoger beroep gewezen ;

Over het middel: schending van de artikelen 97 van de Grondwet, 2, 301, § 1 en § 3, 1235, 1376 en 1377 van het Burgerlijk Wetboek, gewijzigd bij de wet van 9 juli 1975, 23, 24, 25 en 26 van het Gerechtelijk Wetboek ;

doordat het bestreden vonnis de opheffing beveelt van de onderhoudsbijdrage voor eiseres vanaf juli 1988 en eiseres veroordeelt tot terugbetaling van de som van 244.404 frank, zijnde het totaal van de door haar ontvangen onderhoudsbijdragen over de periode juli 1988 tot en met juli 1989, op de volgende gronden : Uit artikel 301, § 3, tweede lid, van het Burgerlijk Wetboek volgt dat de rechtbank de uitkering kan verminderen of opheffen indien de toestand van de uitkeringsgerechtigde een ingrijpende wijziging heeft ondergaan, zodat het bedrag van de uitkering niet meer verantwoord is, bij voorbeeld ten gevolge van nieuwe beroepsinkomsten, een nieuw huwelijk, concubinaat of erfenis. Er wordt niet betwist tussen partijen dat de echtscheiding, ingevolge vonnis van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Kortrijk van 14 februari 1986 werd toegestaan ten nadele van verweerder, dat dit vonnis werd bevestigd bij arrest van 13 november 1986 door het Hof van Beroep te Gent, en dat de echtscheiding op grond van feiten definitief is geworden tussen partijen. Door eiseres kan niet worden ontkend dat zij op 20 juli 1988 in het huwelijk is getreden met Edmond V., en dat zij op 27 oktober 1988, toen haar huwelijk met Edmond V. sedert iets meer dan drie maanden voltrokken was, voor de eerste rechter tijdens de persoonlijke verschijning verklaarde : «Ik woon (niet) samen met de heer V. als man en vrouw. Ik doe gewoon voor hem het huishouden.» Bij het beroepen vonnis wordt door de eerste rechter geoordeeld dat er geen ingrijpende wijziging is van de toestand van ei-

seres als onderhoudsgerechtigde. Zij woont in bij Edmond V. volgens de inschrijving in de bevolkingsregisters sedert 1 juli 1987. Ook is de eerste rechter van oordeel dat de feitelijke toestand kennelijk dezelfde is als reeds beschreven op 16 april 1986 in het strafrechterlijk dossier not. nr. 991005/16/86 en besproken in het arrest van het Hof van Beroep te Gent van 13 november 1986. Ter zake is het nu duidelijk bewezen dat ingevolge het nieuw huwelijk van eiseres op 20 juli 1988 met Edmond V. er wel een ingrijpende wijziging is van haar toestand als onderhoudsgerechtigde ten opzichte van verweerder. Het is bovendien niet aanvaardbaar dat eiseres zou mogen profiteren uit, wat men noemt, «eten uit twee walletjes»... Eiseres is niet ernstig geweest door voor de eerste rechter tijdens de persoonlijke verschijning van 27 oktober 1988 te verzwijgen dat zij sedert 20 juli 1988 een nieuw huwelijk heeft gesloten. Zij handelde eerder te kwader trouw, zodat verweerder gerechtigd is de terugbetaling te vorderen van de niet verschuldigde bedragen, zijnde het totaal van de onderhoudsbijdragen over de periode juli 1988 tot en met juli 1989, in totaal 244.404 frank. Het is niet vereist dat verweerder bij vergissing betaalde omdat hij niet wist dat eiseres een nieuw huwelijk heeft gesloten. Artikel 1235 van het Burgerlijk Wetboek stelt dat vereiste niet : hetgeen betaald is zonder verschuldigd te zijn, kan worden teruggevorderd en de betaling opgelegd door een vonnis of een arrest heeft geen karakter van vrijgevigheid ;

terwijl, eerste onderdeel, eiseres in haar appelconclusie uitdrukkelijk staande hield dat haar toestand geen ingrijpende wijziging heeft ondergaan ingevolge haar huwelijk met Edmond V. aangezien het pensioen van Edmond V. 40.000 frank per maand bedraagt, waarvan hij 9.000 frank huur en lasten moet betalen voor zijn appartement ; dat Edmond V. ingevolge een zware hartoperatie in 1985 bovendien een hersentrombose opliep waardoor hij volledig verlamd, mentaal gestoord en volledig blind werd en dat die toestand slechts geleidelijk en gedeeltelijk verbeterde en hij thans bestendig over een zuurstofapparaat moet beschikken, zware medicatie moet nemen, iedere dag thuis dient te worden bezocht door een verpleegster en in sommige periodes tweemaal per dag door een geneesheer en dat de rest van zijn pensioen volledig opgebruikt wordt door de omvangrijke kosten voor die medische behandelingen, kliniekkosten en zeer dure medicamenten, hetgeen door eiseres onder meer gestaafd werd met attesten van dokter Van W. en apotheker M., zodanig dat de financiële toestand van eiseres sedert haar tweede huwelijk in werkelijkheid hetzelfde gebleven is als vóór dit huwelijk ; het bestreden vonnis niet voldoende antwoordt op dit gemotiveerd verweer door eenvoudig te beslissen dat het nu duidelijk bewezen is dat ingevolge het nieuwe huwelijk van eiseres op 20 juli 1988 er wel een ingrijpende wijziging is van haar toestand als onderhoudsgerechtigde ten opzichte van verweerder (schending van artikel 97 van de Grondwet) ; het bestreden vonnis bovendien door de uitkering van eiseres op te heffen louter wegens haar nieuw huwelijk op 20 juli 1988, zonder vast te stellen dat eiseres door dat nieuwe huwelijk en de mogelijkheden van de nieuwe echtgenoot in haar bestaan zou kunnen voorzien op een gelijkwaardige wijze als tijdens het samenleven met verweerder, zijn beslissing niet wettelijk verantwoordt (schending van artikel 301, §§ 1 en 3, van het Burgerlijk Wetboek) ;

tweede onderdeel, verweerder, die pas met verzoekschrift neergelegd op 28 september 1988 de opheffing van de uitkering van eiseres gevorderd had, niet met retroactieve kracht, namelijk vanaf juli 1988 die opheffing kon verkrijgen; de uitkering na echtscheiding immers pas kan worden opgeheven vanaf het ogenblik waarop de vordering tot opheffing wordt ingesteld (schending van de artikelen 2, 301, §§ 1 en 3, van het Burgerlijk Wetboek); de uitkeringen die verweerder vóór het instellen van die vordering aan eiseres betaald had, derhalve verschuldigd bleven ingevolge het vonnis van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Kortrijk van 14 februari 1986 en ingevolge het arrest van het Hof van Beroep te Gent van 13 november 1986, waarin verweerder tot die uitkeringen veroordeeld was; het bestreden vonnis derhalve ten onrechte beslist dat die uitkeringen konden worden teruggevorderd als zijnde betaald zonder verschuldigd te zijn (schending van de artikelen 1235, 1376 en 1377 van het Burgerlijk Wetboek) en het bestreden vonnis daardoor het gezag van gewijsde schendt van het vonnis van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Kortrijk van 14 februari 1986 en van het arrest van het Hof van Beroep te Gent van 13 november 1986 (schending van de artikelen 23, 24, 25 en 26 van het Gerechtelijk Wetboek):

Wat het eerste onderdeel betreft:

Overwegende dat het vonnis de in het onderdeel bedoelde aanvoeringen van eiseres beantwoordt door, na te hebben vastgesteld dat eiseres niet kan ontkennen dat zij op 20 juli 1988 in het huwelijk trad met E.V. en dat zij op 27 oktober 1988 toen haar huwelijk iets meer dan drie maanden voltrokken was, voor de eerste rechter nog verklaarde: «Ik woon niet samen met de heer V. als man en vrouw. Ik doe gewoon voor hem het huishouden», te oordelen dat «ter zake nu duidelijk bewezen (is) dat ingevolge het nieuw huwelijk van (eiseres) op 20 juli 1988 met (E.V.) er wel een ingrijpende wijziging is van haar toestand als onderhoudsgerechtigde ten opzichte van (verweerder)»;

Dat uit het voorgaande blijkt dat het vonnis zijn beslissing de uitkering tot onderhoud op te heffen niet baseert op het «louter» feit van het nieuwe huwelijk van eiseres, maar op de vaststelling dat haar toestand een zodanige ingrijpende wijziging heeft ondergaan dat het bedrag van de uitkering niet meer verantwoord is;

Dat het onderdeel feitelijke grondslag mist;

Wat het tweede onderdeel betreft:

Overwegende dat het vonnis vaststelt dat eiseres, door tijdens de persoonlijke verschijning voor de eerste rechter op 27 oktober 1988 te verzwijgen dat zij sedert 20 juli 1988 een nieuw huwelijk aanging, eerder te kwader trouw handelde; dat het op grond van die vaststelling oordeelt dat eiser gerechtigd is terugbetaling te vorderen van de niet verschuldigde bedragen, zijnde de onderhoudsbijdragen over de periode juli 1988 tot en met juli 1989, in totaal 244.404 frank; dat het eiseres veroordeelt, met toepassing van artikel 1235 van het Burgerlijk Wetboek, tot terugbetaling van voormeld bedrag;

Overwegende dat aldus blijkt dat het vonnis niet oordeelt dat, in de regel, de met toepassing van artikel 301, § 3, tweede lid, van het Burgerlijk Wetboek gevorderde opheffing van de uitkering met terugwerkende kracht kan worden toegekend, de artikelen 23, 24, 25 en 26 van het Gerechtelijk Wet-

boek niet schendt en zijn beslissing naar recht verantwoordt;

Dat het onderdeel niet kan worden aangenomen;

...

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 11 JANUARI 1991

Voorzitter-rapporteur: de h. Caenepeel

Openbaar ministerie: de h. du Jardin

Advocaten: mrs. Bützler, Dasselste en De Gryse

Zeerecht – Cognossement – 1. Art. 91, A, § 1, Zeewet – Vervoerder – Bevrachter – 2. Derde houder – Rechten – Belang

1. Als de charterpartij bepaalt dat de kapitein de cognossementen ondertekent namens de bevrachter, kan de houder van een cognossement dat door de kapitein is ondertekend, doen gelden dat de bevrachter als vervoerder wordt aangewezen in het cognossement.

2. De cognossementhouder heeft door het feit alleen dat hij derde houder is, het recht en daardoor het belang om de aan het cognossement verbonden rechten uit te oefenen.

GmbH R. en Ombh. S. t/ Vennootschap So.

Gelet op het bestreden arrest, op 12 oktober 1988 door het Hof van Beroep te Gent gewezen;

I. Op de voorziening van de GmbH. R.:

Over het middel: schending van (...) de artikelen 1121, 1134, 1165 van het Burgerlijk Wetboek, 87 en 91, A, § 1, a en b, van de gecoördineerde wetten op de zee- en binnenvaart, die titel II van boek II van het Wetboek van Koophandel vormen,

doordat het hof van beroep eiseres veroordeelt tot betaling aan verweerster van 696.982 frank, vermeerderd met de interesten en de kosten, na onder meer te hebben vastgesteld dat de GmbH. S. haar schip «Herm J.» voor drie maanden aan eiseres heeft verhuurd bij charterpartij van 11 december 1981 en dat de firma V. de door haar aan verweerster verkochte stalen buizen in voormeld schip liet inladen, «waarna te Gent op 24 december 1981 een cognossement (werd) opgesteld», op de volgende gronden: «De derde houder van het cognossement kan zijn vordering tot vergoeding van de schade aan de vervoerde goederen instellen tegen de 'vervoerder'. Overeenkomstig artikel 91, A, § 1, a, van de Zeewet wordt onder vervoerder verstaan de eigenaar van het schip of de bevrachter die een vervoerovereenkomst aangaat met een inlader. (Eiseres) stelt dat (verweerster) haar niet kan aanspreken omdat zij geen eigenaar is van het schip en omdat het cognossement door de kapitein is getekend. Dat (eiseres) geen eigenaar is van het schip is juist. Het is ook juist dat het cognossement door de kapitein is ondertekend. Uit artikel 9 van de tijdsbevrachtingsovereenkomst volgt evenwel dat de kapitein, hoewel aangesteld door de rederij, cognossementen ondertekent namens de bevrachter. Op grond van de aldus tussen (eiseres) en de firma

V. gesloten vervoerovereenkomst is derhalve ook (eiseres) als 'vervoerder' aan te merken»,
terwijl, (...)

tweede onderdeel, hoewel luidens artikel 87 van de Zee- en Binnenvaartwet het cognossement rechtsgeldig is tussen alle bij de lading betrokken partijen, uit artikel 91, A, § 1, b, blijkt dat de rechten en verplichtingen in de betrekkingen tussen de vervoerder en de derde-cognossementhouder en onder meer de rechten van laatstgenoemde tegenover de vervoerder uitsluitend en zelfstandig geregeld worden door de bepalingen van het cognossement zelf; de derde-cognossementhouder bijgevolg zijn rechten uitsluitend put uit dit cognossement en een tijdbvrachter slechts tot schadevergoeding wegens averij kan aanspreken in zoverre de bepalingen van het cognossement hem de hoedanigheid van «vervoerder» verlenen, doch geenszins om de enkele reden dat uit een beding van de tijdbvrachtingsovereenkomst, waarbij de derde-cognossementhouder geen partij was, blijkt «dat de kapitein cognossementen ondertekent namens de bevrachter»; zodat het hof van beroep, door het tegendeel te beslissen en zonder vast te stellen dat voormelde overeenkomst een beding ten voordele van een derde bevat (schending van de artikelen 1121, 1134 en 1165 van het Burgerlijk Wetboek), zijn beslissing niet naar recht verantwoordt (schending van de artikelen 87 en 91, A, § 1, a en b, van de Zee- en Binnenvaartwet):

...

Wat het tweede onderdeel betreft:

Overwegende dat, luidens artikel 91, A, § 1, a, van de Zee- wet, «'vervoerder' omvat de eigenaar van het schip of de bevrachter die partij is bij een vervoerovereenkomst met een afzender»;

Overwegende dat die bepaling meebrengt dat voor het bepalen van de rechten die de derde-cognossementhouder uit het cognossement put, dient te worden nagegaan wie als bevrachter het cognossement heeft uitgegeven en tegen wie de cognossementhouder derhalve zijn aanspraken kan richten; dat aan de regel dat de cognossementhouder zijn rechten uit het cognossement put, dan ook geen afbreuk wordt gedaan doordat wordt vastgesteld wie het cognossement heeft uitgegeven; dat, als de charterpartij bepaalt dat de kapitein de cognossementen ondertekent namens de bevrachter, de houder van een cognossement dat door de kapitein is ondertekend, kan doen gelden dat de bevrachter als vervoerder wordt aangewezen in het cognossement;

Dat het onderdeel faalt naar recht;

II. Op de voorziening van de GmbH S.:

Over het middel: schending van de artikelen 17, 18 van het Gerechtelijk Wetboek, 89, 91 der gecoördineerde wetten op de zee- en binnenvaart, vormend titel II van boek II van het Wetboek van Koophandel, en 1984 en volgende van het Burgerlijk Wetboek,

doordat het Hof van Beroep te Gent — na te hebben aangenomen dat de vennootschap So. derde houdster was van het cognossement, waardoor de aan haar door de firma V. verkochte koopwaar werd gedekt, en zij uit dien hoofde gerechtigd was een vordering in te stellen tegen de zeevervoerder, en verder te hebben vastgesteld: «Dat de schade wegens de averij uiteindelijk niet ten laste van de derde houder

van het cognossement maar ten laste van een andere persoon komt, belet de derde houder van het cognossement niet de rechtsvordering in schadevergoeding uit te oefenen. Men heeft immers altijd het recht en belang betaling te bekomen van hetgeen waarvan men schuldeiser is, zelfs als men de opbrengst van die betaling aan een ander zou moeten overmaken. Ter zake heeft (verweerster) als derde houdster van het cognossement derhalve wel degelijk niet alleen de hoedanigheid maar ook belang om de rechtsvordering tot schadevergoeding uit te oefenen en overeenkomstig de bepalingen van artikel 91 van de Zeewet te laten beoordelen, ook al zou ze bij haar betalingen aan de verkoper de geleden schade in mindering hebben gebracht. Dat de verzekeringsmaatschappij C. na de inleiding van dit geding (verweerster) heeft vergoed en dat (verweerster) bij deze betaling deze verzekeringsmaatschappij rechtsgeldig heeft gesubrogeerd in haar rechten en haar rechtsvorderingen, zoals blijkt uit voormeld stuk 54, laat deze verzekeringsmaatschappij toe om dit geding ten name van (verweerster) voort te zetten op grond van een stilzwijgende conventie van naamgeving — eiseres, samen met de partij thans opgeroepen tot bindendverklaring van het te wijzen arrest, veroordeelt tot betaling aan verweerster van de som van 696.982 frank, als vergoeding voor de door laatstgenoemde geleden schade ingevolge averij aan een lading, vervoerd vanuit Gent naar Bizerte, waarvoor eiseres als scheepseigenaar aansprakelijk is overeenkomstig artikel 91, A, § 1, a, van de Zeewet,

terwijl, eerste onderdeel, hoewel de derde houder van een cognossement weliswaar recht heeft op de aflevering van de goederen, zoals deze zijn bepaald in het cognossement, en tevens over de vereiste hoedanigheid beschikt om tegen de kapitein in rechte op te treden ten einde herstel te krijgen van de door de goederen tijdens het vervoer opgelopen schade, deze niettemin het bestaan van een eigen belang bij de vordering dient te bewijzen; bedoeld belang bij de derde houder van het cognossement niet langer bestaat wanneer deze reeds vergoeding heeft gekregen voor de schade aan de goederen toegebracht tijdens het vervoer; het arrest, door te beslissen dat verweerster So. haar belang bij de ingestelde vordering bewaarde zelfs zo zij het bedrag van de door haar geleden schade zou hebben aangerekend op de factuur van de verkoper, zijnde de firma V., en zij daarnaast vergoeding zou hebben gekregen van de verzekeringsmaatschappij C., die in haar rechten zou zijn gesubrogeerd, de artikelen 17 en 18 van het Gerechtelijk Wetboek schendt, alsmede tot staving van voormelde beslissing ten onrechte aanneemt dat uitsluitend de derde houder van het cognossement schadevergoeding kan vorderen van de zeevervoerder (schending van de artikelen 89 en 91 van de wetten betreffende de zee- en binnenvaart);

...

Wat het eerste onderdeel betreft:

Overwegende dat het arrest beslist: «Dat de schade wegens de averij uiteindelijk niet ten laste van de derde houder van het cognossement maar ten laste van een andere persoon komt, belet de derde houder van het cognossement niet de rechtsvordering tot schadevergoeding uit te oefenen»;

Overwegende dat het arrest aldus terecht de door verweerster opgeworpen betwisting van het ontbreken van belang verworpt; dat de functie die het verhandelbaar cognossement in het rechtsverkeer heeft, meebrengt dat de cognos-

sementhouder door het feit alleen dat hij derde houder is, het recht en daardoor het belang heeft om de aan het cognossement verbonden rechten uit te oefenen; dat dit inzonderheid geldt als de houder van het cognossement houder is als lasthebber;

Dat het onderdeel in zoverre niet kan worden aangenomen;

Overwegende dat het arrest voorts niet beslist dat uitsluitend de derde-cognossementhouder schadevergoeding kan vorderen van de zeevervoerder;

Dat het onderdeel in zoverre feitelijke grondslag mist;

...

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER – 14 JANUARI 1991

Voorzitter: de h. Marchal

Rapporteur: de h. Rappe

Openbaar ministerie: de h. Leclercq

Advocaten: mrs. De Bruyn en Bützler

Vakbondsafvaardiging – P.C. Banken – Plaatsvervangend lid – Statuut – Ontslag – Bescherming

Krachtens art. 20 C.A.O. 6 juli 1972, gesloten in het P.C. van de Banken, geniet het plaatsvervangend lid van de vakbondsafvaardiging dezelfde bescherming tegen ontslag als een lid van die afvaardiging.

D. t/ N.V. C.

Gelet op het bestreden arrest, op 22 december 1989 door het Arbeidshof te Brussel gewezen;

...

Overwegende dat de collectieve arbeidsovereenkomst van 6 juli 1972 gesloten in het Nationaal Paritair Comité voor de Banken betreffende het statuut van de syndicale afvaardigingen, goedgekeurd bij koninklijk besluit van 26 oktober 1972, in artikel 20 bepaalt dat de gewone en plaatsvervangende leden van de vakbondsafvaardiging niet mogen worden ontslagen om redenen die eigen zijn aan de uitoefening van hun mandaat; dat dit artikel 20 behoort tot hoofdstuk V van de collectieve overeenkomst, met als titel «Statuut van de afgevaardigden»;

Dat daaruit volgt dat het plaatsvervangende lid van de vakbondsafvaardiging beschouwd moet worden als een met een mandaat belaste persoon, dat hij de hoedanigheid van vakbondsafgevaardigde bezit en als plaatsvervangend lid de bescherming geniet die door de genoemde collectieve overeenkomst wordt geboden;

Overwegende dat artikel 22, eerste lid, 3°, van de collectieve overeenkomst bepaalt dat een forfaitaire vergoeding door de werkgever verschuldigd is indien hij een afgevaardigde heeft ontslagen wegens dringende redenen en de arbeidsrechtbank het ontslag ongegrond heeft verklaard;

Dat het arrest, door te beslissen dat die vergoeding geen betrekking heeft op de plaatsvervangende afgevaardigde, artikel 22 van de collectieve arbeidsovereenkomst van 6 juli 1972 schendt;

...

NOOT – Vergelijk met art. 18 N.A.R.-C.A.O. 24 mei 1971.

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 25 JANUARI 1991

Voorzitter: de h. Caenepeel

Rapporteur: de h. Rauws

Openbaar ministerie: de h. Tillekaerts

Advocaten: mrs. Delafontaine en Claeys Bouuaert

Inkomstenbelastingen – Meerwaarde bij stopzetting van bedrijf – Exploitatie voortgezet door echtgenoot – Tijdelijke vrijstelling

Voor de toepassing van de in art. 40, § 1, 1°, W.I.B. bedoelde tijdelijke vrijstelling is de toestemming niet vereist van de persoon die de exploitatie van het bedrijf of de uitoefening van de bedrijfsactiviteit voortzet.

M. t/ Belgische Staat

Gelet op het bestreden arrest, op 21 juni 1988 door het Hof van Beroep te Gent gewezen;

Overwegende dat het geschil betrekking heeft op de vastgestelde aanslag betreffende het aanslagjaar 1974;

...

Over het vierde middel: schending van de artikelen 20, 4°, 31, 1°, 40, § 1, 1°, 40, § 2, 259 en 264 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen,

doordat het arrest oordeelt «dat uit de bepalingen van artikel 40 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen blijkt dat de vrijstelling kan worden gevraagd door degene die de bedrijfsactiviteit staakt; dat niet vereist is dat degene die de activiteit voortzet, zijn toestemming betuigt, ook al brengt de vrijstelling voor de eerste, fiscale gevolgen mee voor de tweede»,

terwijl de vrijstelling van de meerwaarden moet worden beschouwd als een faculteit en, waar het gaat om een faculteit, de twee betrokken partijen daaromtrent moeten overeenkomen, aangezien de ene geen beslissing kan nemen ten nadele van de andere, het fiscaal recht op dit punt (privé-verhoudingen) neutraal zijnde, en deze beslissing genomen moet zijn vóór het verstrijken van de aanslagtermijn, daar anders wordt belast krachtens de artikelen 20, 4°, en 31, 1°, van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen; het arrest derhalve ten onrechte oordeelt dat uit de bepalingen van artikel 40 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen blijkt dat de vrijstelling eenzijdig en zonder akkoord van diegene die er de gevolgen van moet dragen, wat betreft de afschrijvingen, mag worden gevraagd en toegekend, en aldus bedoeld artikel 40 schendt;

Overwegende dat artikel 40, § 1, 1°, van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen als regel stelt dat de uit hoofde of ter gelegenheid van de stopzetting, door een belastingplichtige, van de exploitatie van zijn bedrijf of van de uitoefening

van zijn bedrijfsactiviteit gebleken of behaalde meerwaarden van activa, volledig maar tijdelijk van belasting op bedrijfsinkomsten worden vrijgesteld, voor zover de exploitatie, de bedrijfsactiviteit of een of meer takken van het bedrijf worden voortgezet door de echtgenoot van de belastingplichtige of door een of meer van zijn erfgenamen of erfgerechtigden in de rechte linie ;

Dat voor de toepassing van die regel niet de toestemming is vereist van de in artikel 40, § 1, 1°, genoemde personen die de exploitatie van het bedrijf of bedrijfstakken of de uitoefening van de bedrijfsactiviteit voorzetten ;

Dat het middel faalt naar recht ;

...

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER – 4 FEBRUARI 1991

Voorzitter : de h. Rauws

Rapporteur : de h. Verougstraete

Openbaar ministerie : de h. Lenaerts, procureur-generaal

Advocaten : mrs. De Gryse en Bützler

Arbeidsovereenkomst – Einde – Wanprestatie

Een tekortkoming van een partij aan haar verplichtingen doet op zichzelf de arbeidsovereenkomst niet eindigen.

N.V. B. t/ D.

Gelet op het bestreden arrest, op 19 februari 1990 door het Arbeidshof te Gent, afdeling Brugge, gewezen ;

...

Overwegende dat het arbeidshof oordeelt dat eiseres de arbeidsovereenkomst eenzijdig heeft beëindigd, op grond dat zij «met een kwaadaardig opzet heeft geageerd om (verweerder), zoniet het werken, dan toch de uitoefening van zijn vakbondsopdracht te beletten»; dat het in dat verband vaststelt dat «de verwijdering van (verweerder) uit de onderneming» alleen werd aangewend als middel om verweerder te verhinderen zijn opdracht als vakbondsafgevaardigde uit te oefenen ; dat uit het arrest niet blijkt dat eiseres verweerder heeft belet op 8 oktober 1984 het werk normaal te beginnen om een einde aan de arbeidsovereenkomst te maken ;

Dat het arbeidshof de eenzijdige beëindiging door eiseres van de arbeidsovereenkomst uitsluitend grondt op het niet-nakomen door eiseres van haar verplichtingen, inzonderheid die welke haar worden opgelegd door artikel 2 van de collectieve arbeidsovereenkomst van 30 juni 1980, algemeen verbindend verklaard bij koninklijk besluit van 6 oktober 1980, en van artikel 20, 2°, van de Arbeidsovereenkomstenwet ;

Overwegende dat, op zichzelf, een tekortkoming van een partij aan haar verplichtingen de arbeidsovereenkomst niet doet eindigen ;

Dat het arbeidshof zijn beslissing op grond van de voormelde redenen derhalve niet naar recht verantwoordt ;

NOOT – Vaste rechtspraak van het Hof. Zie o.a. Cass., 27 oktober 1986, *R.W.*, 1986-87, met noot ; Cass., 14 augustus 1980, *R.W.*, 1980-81, 979, met conclusie O.M.

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER – 18 MAART 1991

Voorzitter : de h. Rauws

Rapporteur : de h. Verougstraete

Openbaar ministerie : de h. Lenaerts, procureur-generaal

Advocaat : mr. Delahaye

Arbeidsovereenkomst – Beëindiging – Dringende reden – Getuigenbewijs – Recht van bewijslevering

De partij die om een dringende reden de arbeidsovereenkomst wil beëindigen, moet van die reden het bewijs leveren. De wet verbiedt ter zake het bewijs door getuigen niet. Hoewel de rechter op onaantastbare wijze in feite oordeelt of een getuigenbewijs dienstig kan worden geleverd, mag hij het principieel recht om zodanig bewijs te leveren niet miskennen.

N.V. B. t/ B.

Gelet op het bestreden arrest, op 22 december 1989 door het Arbeidshof te Antwerpen gewezen ;

...

Overwegende dat de partij die een dringende reden inroept, hiervan het bewijs dient te leveren ; dat geen wet het bewijs door getuigen verbiedt ;

Overwegende dat de rechter, wanneer de wet die vorm van bewijsvoering niet verbiedt, op onaantastbare wijze in feite oordeelt of een getuigenbewijs dienstig kan worden geleverd, mits hij het principieel recht om zodanig bewijs te leveren niet miskent ;

Overwegende dat eiseres in haar appelconclusie aangeboden heeft door getuigen te bewijzen dat de bestelbon in kwestie vervalst was ; dat het arrest het aanbod van bewijs verwierpt op grond dat «(de vervalsing) ten stelligste ontkend werd en niet bewezen is dat deze bestelbon vervalst zou zijn door (verweerder), door het aanbrengen van een handtekening van een klant (...), zodat ook alle verder bewijsaanbod met getuigen als niet ter zake dienend moet worden afgevoerd» ;

Dat het arrest zodoende het recht van eiseres om het bewijs door getuigen te leveren miskent ;

...

HOF VAN BEROEP TE GENT

JEUGDKAMER – 29 JUNI 1990

Voorzitter : de h. Castermans

Openbaar ministerie : de h. Maes

Advocaten : mrs. Snoek en De Brabander

Jeugdbescherming – Artt. 37, tweede lid, 2° tot 4°, en 37bis, § 2, Jeugdbeschermingswet – Meerderjarige

De jeugdrechter kan gedurende drie maanden vóór het bereiken van de meerderjarigheid op basis van artikel 37bis, § 2, van de Jeugdbeschermingswet een maatregel bedoeld in artikel 37, tweede lid, 2° tot 4°, van deze wet opleggen die kan doorlopen na de meerderjarigheid, zonder dat een tweede verschijning tot handhaving of wijziging van deze maatregel noodzakelijk is.

Hoewel de handhaving of toepassing van een jeugdbeschermingsmaatregel voor een termijn die zich uitstrekt tot na de meerderjarigheid in principe slechts bij vonnis kan worden beslist, dient, gelet op de bedoeling van de wetgever om noch de straffeloosheid van jeugdige delinquenten in de hand te werken, noch de uithandengeving te bevorderen, te worden aangenomen dat de jeugdrechter ook toepassing kan maken van artikel 37bis Jeugdbeschermingswet bij wijze van voorlopige maatregel, in afwachting dat de zaak met bekwame spoed door de jeugdrechtbank ten gronde wordt beoordeeld.

X, Y en Z

De eerste gedaagde is geboren op 9 mei 1972. Op 7 mei 1990 was zij betrokken in een vechtpartij waarbij zij onder meer een messteek aan een van de vechtende jongeren toebrengde.

...

Het wordt niet betwist dat de jeugdrechter op 7 mei 1990 een voorlopige maatregel van bewaring en van toezicht kon bevelen. De vraag rijst of die maatregel kon of nog kan worden behouden vanaf 9 mei 1990, dag waarop de eerste gedaagde 18 jaar oud werd en derhalve meerderjarig was geworden.

Als principe geldt dat de maatregelen genomen in het kader van de wet betreffende de jeugdbescherming een einde nemen bij de meerderjarigheid van de betrokkene (artikel 37, laatste lid, van de wet). Het nieuwe artikel 37bis, § 2, van de wet (artikel 45 van de wet van 19 januari 1990 tot verlaging van de leeftijd van de burgerlijke meerderjarigheid tot 18 jaar) bepaalt dat, wanneer de minderjarige 17 jaar oud is en een als misdaad of wanbedrijf omschreven feit heeft gepleegd, de jeugdrechtbank, wanneer zij een van de in artikel 37, tweede lid, 2°, 3° of 4°, bepaalde maatregelen neemt, kan beslissen dat de zaak haar opnieuw zal worden voorgelegd binnen een termijn van drie maanden vóór de meerderjarigheid met het oog op de handhaving of de toepassing van een van de maatregelen voor een termijn die zich niet verder mag uitstrekken dan de dag waarop de betrokkene de leeftijd van 20 jaar bereikt.

Uit de parlementaire werkzaamheden blijkt duidelijk dat de jeugdrechter die minder dan drie maanden vóór de meerderjarigheid verzocht wordt maatregelen te nemen, ontslagen wordt van het bepalen van een tweede verschijning tot handhaving of wijziging van een van de in artikel 37, tweede lid, 2°, 3° of 4° van de wet bedoelde maatregelen.

Het wordt niet betwist dat voor de handhaving of de toepassing van een van de maatregelen voor een termijn die zich uitstrekt tot na de meerderjarigheid van de betrokkene, in principe slechts bij vonnis wordt beslist.

Het feitelijk behoud van de strafrechtelijke meerderjarigheid op 18 jaar vereist dat de jeugdrechter over de mogelijkheid moet beschikken de nodige maatregelen op te leggen

die kunnen doorlopen nadat de betrokkene de leeftijd van 18 jaar heeft bereikt.

Hoewel er bij de parlementaire besprekingen duidelijk aandacht werd gevraagd voor een meer genuanceerde omschrijving van artikel 37bis, § 2, en, onder meer uitdrukkelijk gewezen werd op de problemen die zich kunnen voordoen in de gevallen waarin een minderjarige kort voor zijn meerderjarigheid een misdaad of wanbedrijf zou plegen, werd de tekst van het wetsontwerp niet aangepast en werd door de minister van Justitie gesteld dat het nieuw artikel 37bis gewijzigd zou kunnen worden bij de algemene herziening van de wet van 8 april 1965, zodat de voorgestelde tekst als een «voorlopige maatregel» beschouwd kan worden (*Parl. St.*, S. 634/2, 1988-89, 14, 15, 17 en 18).

Het is zeker de bedoeling van de wetgever niet geweest de straffeloosheid van de jeugdige delinquenten kort voor hun meerderjarigheid in de hand te werken en evenmin de toepassing van artikel 38 van de wet (het uit handen geven van de zaak) te bevorderen. Wanneer, zoals in het onderhavige geval, er volgens de na te leven procedure voorschriften (o.m. de opgelegde dagvaardingstermijn) onvoldoende tijd is om de minderjarige en zijn ouders nog vóór de meerderjarigheid voor de jeugdrechtbank op te roepen om over de zaak te horen beslissen, dan dient aangenomen te worden dat ook de jeugdrechter de maatregel van artikel 37bis, § 2, bij voorlopige maatregel kan bevelen in afwachting dat de zaak met bekwame spoed door de jeugdrechtbank wordt beoordeeld, zodat de belangen van de betrokkene en zijn recht van verdediging niet worden geschonden.

De eerste gedaagde stelt ten onrechte dat de beslissing van de jeugdrechter willekeur of ongelijkheid van behandeling van de minderjarigen in het leven roept. De strafrechtelijke meerderjarigheid is vastgesteld op 18 jaar. Beneden die leeftijdsgrens valt een ieder onder de Jeugdbeschermingswet, ongeacht of de strafbare feiten lang voor of kort voor de meerderjarigheid worden gepleegd. Oordelen dat geen maatregel meer t.a.v. de eerste gedaagde kan worden uitgesproken zou haar een bevoorrechte positie geven die de wetgever haar niet heeft willen geven. De verwijzing naar het voordeel van de overgangsmaatregel van de wet in het voordeel van verlaten of sociaal verwaarloosde jongeren is ter zake irrelevant.

NOOT – Zie verder in dit nummer het arrest van de Jeugdkamer van het Hof van Beroep te Antwerpen van 5 februari 1991 en de noot van J. Smets.

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

JEUGDKAMER – 5 FEBRUARI 1991

Voorzitter : de h. Van Craen

Openbaar ministerie : de h. Rigaux

Advocaat : mr. Anthonis

Jeugdbescherming – Voorlopige maatregel – Meerderjarige

De jeugdrechtbank is onbevoegd om een voorlopige maatregel op te leggen ten aanzien van een meerderjarige ook al was die op het ogenblik van de feiten minderjarig.

X

Gelet op het hoger beroep ingesteld door de genaamde X op 30 januari 1991 tegen de maatregel tot voorlopige bewaring uitgesproken door de Jeugdrechtbank te Antwerpen op 27 januari 1991, waarbij bevolen wordt dat X toevertrouwd wordt aan de Gemeenschapsinstelling Bijzondere Jeugdbijstand De Markt;

...

Overwegende dat de maatregel, genomen door de eerste rechter t.a.v. de genaamde X nietig is aangezien de eerste rechter wegens de meerderjarigheid van X onbevoegd was;

dat trouwens op het ogenblik dat de vordering door het openbaar ministerie werd genomen, X reeds meerderjarig was;

(Volgt vernietiging van de bestreden beschikking en vaststelling van onbevoegdheid van de jeugdrechter).

NOOT – *Perikelen rond artikel 37bis van de Jeugdbeschermingswet*

1. De hierboven gepubliceerde arresten illustreren op treffende wijze het bestaan van ernstige lacunes in artikel 37bis, § 2, van de wet van 8 april 1965 betreffende de jeugdbescherming. Artikel 37bis van de wet van 8 april 1965, in de Jeugdbeschermingswet ingevoegd door artikel 45 van de wet van 19 januari 1990 (*B.S.*, 30 januari 1990), beoogt de gevolgen op te vangen van de verlaging van de meerderjarigheidsleeftijd op de jeugdbeschermingsmaatregelen die ten aanzien van minderjarigen die een als misdrijf omschreven feit hebben gepleegd, kunnen worden genomen. Paragraaf twee van dit artikel luidt als volgt:

«§ 2. Indien de minderjarige zeventien jaar oud is en een als misdrijf omschreven feit heeft gepleegd, kan de jeugdrechtbank wanneer zij een van de in artikel 37, tweede lid, 2°, 3° of 4°, bepaalde maatregelen neemt, beslissen dat de zaak haar opnieuw moet worden voorgelegd binnen een termijn van drie maanden voor de meerderjarigheid, met het oog op de handhaving of de toepassing van één van die maatregelen voor een termijn die zich niet verder mag uitstrekken dan de dag waarop de betrokkene de leeftijd van twintig jaar bereikt.»

2. Allereerst dient te worden opgemerkt dat de Vlaamse Executieve bij het Arbitragehof een beroep tot vernietiging van artikel 37bis van de wet van 8 april 1965 heeft ingediend (*B.S.*, 22 augustus 1990, 16162). In deze noot wordt op geen enkele wijze op de bevoegdheidsproblematiek betreffende dit artikel ingegaan. De enige bedoeling is de aandacht te vestigen op een aantal problemen die de huidige tekst doet rijzen en waarmee bij het ontwerpen van een nieuwe tekst, door welke wetgever dan ook en al dan niet ten gevolge van een eventuele vernietiging, rekening zou kunnen worden gehouden.

3. In beide geannoteerde arresten ging het om jongeren die kort voor het bereiken van de meerderjarigheid als misdrijf omschreven feiten hadden gepleegd en op grond daarvan voor de jeugdrechtbank werden gebracht met het oog op het verrichten van navorsingen en het opleggen van een voorlopige maatregel. In de zaak die werd beslecht door het Hof van Beroep te Antwerpen was de betrokkene op het ogenblik van de vordering van het openbaar ministerie reeds

meerderjarig geworden, terwijl dit net nog niet het geval was in de zaak die door het Hof van Beroep te Gent werd beslecht. In beide gevallen had de jeugdrechter op basis van artikel 37bis, § 2, van de wet van 8 april 1965 een voorlopige maatregel opgelegd die na de meerderjarigheid zou worden of blijven toegepast.

4. De Jeugdkamer van het Hof van Beroep te Antwerpen vernietigde terecht de bestreden beschikking waarbij een voorlopige maatregel werd opgelegd ten aanzien van een meerderjarige, zelfs al was hij op het ogenblik van de feiten minderjarig. Noch artikel 52 van de wet van 8 april 1965, dat verwijst naar artikel 37, tweede lid, 2° tot 4°, van die wet, noch artikel 37bis van die wet laten toe dat een maatregel wordt opgelegd ten aanzien van een persoon die op het ogenblik van de beslissing meerderjarig is. (P. Rans komt tot dezelfde conclusie op basis van het bepaalde in artikel 37, eerste lid, W.Jb. (Rans, P., «Dispositions de la loi modifiant la loi du 8 avril 1965 relative à la protection de la jeunesse vues par un magistrat de parquet», in *La majorité civile à 18 ans*, Mottard, J., e.a., Nijvel, Conférence du Jeune Barreau, 1990, 10-11)). Artikel 52 heeft het over «de minderjarige» en krachtens artikel 37, laatste lid, lopen de maatregelen bedoeld in artikel 37, tweede lid, 2° tot 4°, ten einde bij het bereiken van de meerderjarigheid. Artikel 37bis heeft allereerst geen betrekking op de voorlopige maatregelen (cf. *infra*, nr. 7) en onderstelt bovendien dat de betrokken jongere op het ogenblik van de beslissing minderjarig is: het bepaalt immers dat de jeugdrechtbank kan beslissen dat, wanneer ze een van de in artikel 37, tweede lid, 2° tot 4°, van de wet van 8 april 1965 bedoelde maatregelen neemt, kan beslissen dat de zaak haar opnieuw moet worden voorgelegd *binnen een termijn van drie maanden vóór de meerderjarigheid*. Hoe extensief men deze bepaling ook moge interpreteren, het is in ieder geval onmogelijk ze nog toe te passen wanneer de betrokkene op het ogenblik van zijn verschijnen voor de jeugdrechter meerderjarig is.

5. Het geannoteerde arrest van de Jeugdkamer van het Hof van Beroep te Gent doet uitspraak over een enigszins ander geval: de jeugdrechter had twee dagen voordat de betrokkene de meerderjarigheid bereikte, een voorlopige maatregel opgelegd, niet alleen met toepassing van artikel 52 van de wet van 8 april 1965, maar ook met toepassing van artikel 37bis, § 2, van die wet, wat impliceert dat de jeugdrechter de voorlopige maatregel ook na het bereiken van de meerderjarigheid door de betrokkene verder wilde laten lopen.

De Jeugdkamer van het Hof van Beroep te Gent besliste dat deze handelwijze wettig is. Het Hof is allereerst van oordeel dat artikel 37bis van de wet van 8 april 1965, hoewel het in principe slechts betrekking heeft op maatregelen ten gronde – die dus bij vonnis worden opgelegd –, toch ook kan worden aangewend om een voorlopige maatregel na het bereiken van de meerderjarigheid te laten doorlopen. Ten tweede is het hof van oordeel dat een maatregel die minder dan drie maanden vóór het bereiken van de meerderjarigheid kan worden verlengd, zonder dat hiervoor een nieuwe verschijning voor de jeugdrechtbank noodzakelijk is. In de volgende twee nummers wordt nader ingegaan op deze twee problemen.

6. *Kan een maatregel onmiddellijk, zonder nieuwe verschijning voor de jeugdrechtbank, tot na het bereiken van de meerderjarigheid worden verlengd?*

Op het eerste gezicht dient negatief op deze vraag te worden geantwoord. Luidens artikel 37, § 2, van de wet van 8 april 1965 kan de jeugdrechtbank, wanneer ze een van de in artikel 37, tweede lid, 2° tot 4°, bedoelde maatregelen neemt, beslissen dat de zaak haar opnieuw wordt voorgelegd binnen een termijn van drie maanden vóór het bereiken van de meerderjarigheid. De wettekst onderstelt duidelijk twee onderscheiden beslissingen. Niettemin verklaarde de minister van Justitie, bijgevallen door sommige senatoren, tijdens de parlementaire voorbereiding dat de jeugdrechter, wanneer hij voor het eerst uitspraak doet in de loop van de laatste drie maanden van de minderjarigheid, geen tweede beslissing tot verlenging dient te nemen maar hij onmiddellijk kan beslissen dat de maatregel ook na de meerderjarigheid zal doorlopen voor een termijn die hij bepaalt, maximaal tot dat de betrokkene twintig jaar oud is (verslag Pataer, *Gedr. St., Senaat*, 1988-89, nr. 634/2, 18-19; *Parl. Hand., Senaat*, 1989-90, 9 januari 1990, 1287, 1291, 1294, 1296 en 1304). Hoewel het duidelijk gaat om een correctie op een inadequaat geformuleerde tekst, is die interpretatie conform de geest van artikel 37bis van de wet van 8 april 1965 (circ. proc.-gen. te Brussel, nr. 11/90, 20 april 1990, *J.Dr.Jeun.*, 1990, afl. 6, (27), 28; zie evenwel De Loof, P., «De Jeugdbescherming», in *Meerderjarig op achttien*, Wylleman, A., e.a., Brugge, Die Keure, 1990, (43), 58). De tweede verschijning voor de jeugdrechtbank heeft immers tot doel kort voor het bereiken van de meerderjarigheid, volgens de meest recente gegevens omtrent de toestand van de minderjarige op dat ogenblik, te evalueren of een voortduren van de maatregel na het bereiken van de meerderjarigheid aangewezen is. Aan deze bezorgdheid wordt ook tegemoet gekomen wanneer de eerste maal kort voor de meerderjarigheid over het opleggen van een maatregel wordt beslist. Daarom kan, evenwel op de uiterste grens van wat de interpretatie toelaat, aanvaard worden dat een maatregel die voor het eerst wordt opgelegd gedurende drie maanden vóór het bereiken van de meerderjarigheid, op basis van artikel 37bis van de wet van 8 april 1965, binnen de grenzen vervat in dit artikel, ook na het bereiken van de meerderjarigheid kan blijven voortduren.

Toch blijven er ook dan nog problemen. De tekst van artikel 37bis blijft inadequaat gesteld en in ieder geval zullen maatregelen die kort vóór de periode van drie maanden vóór het bereiken van de meerderjarigheid, nog eens verlengd dienen te worden, wat uiteraard ook weinig zin heeft (Peeters, J., «De verlaging van de burgerrechtelijke meerderjarigheid tot achttien jaar», *R.W.*, 1989-90, (788), 789; Smets, J., Uyttendaele, R. en Wylleman, A., «Burgerrechtelijke meerderjarigheid op achttien jaar (slot)», *R.W.*, 1989-90, (1416), 1421).

7. *Kan een voorlopige maatregel op basis van artikel 37bis van de wet van 8 april 1965 verlengd worden?*

In het geannoteerde arrest van het Hof van Beroep te Gent besliste de jeugdrechter in hoger beroep dat ook een voorlopige maatregel op basis van artikel 37bis van de wet van 8 april 1965 kan worden verlengd tot na het bereiken van de meerderjarigheid, en dat zulks bij beschikking kan gebeuren.

Het hof motiveert deze oplossing door erop te wijzen dat de wetgever de bedoeling niet kan hebben gehad de strafeloosheid van minderjarige delinquenten kort voor hun meerderjarigheid in de hand te werken of de toepassing van

artikel 38 van de wet van 8 april 1986 (uithandengeving) in de hand te werken.

Bij deze redenering zijn er heel wat bedenkingen te maken. Ten eerste wordt in artikel 52 van de wet van 8 april 1965, waar gehandeld wordt over de voorlopige maatregelen, enkel verwezen naar artikel 37 van die wet en niet naar artikel 37bis (Tulkens, Fr. en Moreau, T., «La majorité civile à dix-huit ans et le droit de protection de la jeunesse», *J.T.*, 1991, (53), 60), terwijl andersom in artikel 37bis van de wet van 8 april 1965 niet wordt verwezen naar artikel 52 van deze wet (Bartholome, «Majorité civile à 18 ans», *J.Dr. Jeun.*, 1989, afl. 4-5, (5), 6).

Verder lijkt het vereiste dat de rechter een termijn zou bepalen waarbinnen de maatregel na het bereiken van de meerderjarigheid blijft gelden, erop te wijzen dat enkel de verlenging van maatregelen ten gronde werd beoogd; het heeft immers geen zin om op voorhand de duur van voorlopige maatregelen te bepalen daar die in verband staat met de duur van de voorbereidende rechtspleging.

Ten derde heeft het verlengen van een voorlopige maatregel slechts zin wanneer ook een maatregel ten gronde kan worden opgelegd, wat in de hier besproken onderstelling niet het geval is: enerzijds eindigen de maatregelen bedoeld in artikel 37, tweede lid, 2° tot 4°, van de wet van 8 april 1965 bij de meerderjarigheid (art. 37, laatste lid, W.Jb.) zodat ze niet meer voor het eerst na het bereiken van de meerderjarigheid kunnen worden opgelegd (circ. proc.-gen. te Brussel, nr. 11/90, 20 april 1990, *l.c.*, 29), terwijl anderzijds ook de berisping wegens aard (het gaat om een jeugdbeschermingsmaatregel, cf. ook artikel 37, eerste lid, W.Jb.) en inhoud (de maatregel omvat ook het «laten bij of teruggeven aan diegenen die de minderjarigen onder hun bewaring hebben en in voorkomend geval een aanmaning tot deze personen om beter toezicht op hen te houden) enkel op minderjarigen toepasbaar lijkt te zijn (zie Brussel, Jk., 6 december 1973, *D.Jb.*, III-66 (impliciet) en Jeugdrb. Doornik, 7 februari 1973, *D.Jb.*, III-59bis en IV-106, anders: Brussel, Jk., 23 mei 1989, *J.L.M.B.*, 1989, 1474; Rans, P., *l.c.*, 10 en circ. proc.-gen. te Brussel, nr. 11/90, 20 april 1990, *l.c.*, 29). (Volledigheidshalve dient ook vermeld te worden dat er twijfel bestaat of de jeugdrechtbank nog de uithandengeving kan uitspreken (die als dusdanig geen jeugdbeschermingsmaatregel is zodat het antwoord op deze vraag geen invloed heeft op het hier gehouden betoog) (kamerlid Merckx-Van Loey, *Parl. Hand., Kamer*, 1988-89, 20 maart 1989; 2159; De Loof, P., *l.c.*, 56; Smets, J., «De verlaging van de meerderjarigheid», *Panopticon*, 1989, (378), 381-382; Tulkens, Fr. en Moreau, T., *l.c.*, 60; Smets, J., Uyttendaele, R. en Wylleman, A., *l.c.*, 1421; zie evenwel Brussel, Jk., 23 mei 1989, *J.L.M.B.*, 1989, 1474; Rans, P., *l.c.*, 10 en circ. proc.-gen. te Brussel, nr. 11/90, 20 april 1990, *l.c.*, 29)). Het opleggen en a fortiori verlengen van een voorlopige maatregel zonder over de mogelijkheid te beschikken de mogelijkheid om de hulpverlening in de vorm van een maatregel ten gronde voort te zetten, komt erop neer de voorlopige maatregel af te wenden van zijn doel.

Zeker gelet op deze laatste overweging is het bijgevolg zeer twijfelachtig of een voorlopige maatregel wel voor verlenging in aanmerking kan komen louter op basis van een op vrij algemene en vage wijze uitgedrukte bedoeling van de wetgever, die er zich bovendien nog bewust van was dat de tekst die hij aannam ernstige lacunes bevatte (*Parl. Hand.*,

Senaat, 1989-90, 9 januari 1990, 1285 en 1291). Het is overigens opmerkenswaardig dat in het besproken Gentse arrest wordt toegegeven dat «het niet betwist wordt dat voor de handhaving of toepassing van een van de maatregelen voor een termijn die zich uitstrekt tot na de meerderjarigheid van de betrokkene, in principe slechts bij vonnis wordt beslist», waarna naar een van de juist vernoemde passages uit de parlementaire voorbereiding wordt verwezen.

8. Al kan men er begrip voor opbrengen dat de rechtspraktijk door middel van jurisprudentiële constructies de meest ongewenste gevolgen van een lacunaire wettekst poogt op te vangen, mag men toch niet uit het oog verliezen dat het gaat om maatregelen die vrijheidsbeperking of vrijheidsberoving tot gevolg kunnen hebben. Het hoeft geen betoog – en het is trouwens verdragsrechtelijk en grondwettelijk vereist – dat zulke maatregelen enkel kunnen worden toegepast of toegepast blijven op basis van een duidelijke wettekst en niet op basis van jurisprudentiële constructies.

Het lijkt dan ook aangewezen te zijn dat er zo vlug mogelijk een nieuwe tekst over de besproken materie tot stand zou komen.

J. Smets

BURGERLIJKE RECHTBANK TE BRUSSEL

21e KAMER – 21 APRIL 1989

Rechter: de h. Winderickx

Advocaten: mrs. Roobaert loco Van Landuyt en De Myttenaere loco Denève

Onrechtmatige daad – 1. Schade en schadeloosstelling – Schade van N.M.B.S. bij spoorwegongeval – Algemene onkosten – Sleepkosten – Gebruiksderving – Treinvertragingen – 2. Oorzakelijk verband – Verplichting van de N.M.B.S. om steeds over voldoende reservematerieel te beschikken

1. Voor de herstelling van door een ongeval veroorzaakte schade dient de N.M.B.S. een omvangrijker infrastructuur ter beschikking te houden dan die welke nodig is om haar normale exploitatie te verzekeren. De daaruit voortvloeiende bijkomende kosten maken een supplementaire indirecte schade uit die door de aansprakelijke voor het spoorwegongeval moet worden vergoed.

De kosten voor het wegslepen van een beschadigde locomotief vormen een uitzonderlijke autonome vervoerprestatie, die dient te worden vergoed overeenkomstig de volledige prijs die de aansprakelijke normaal voor een dergelijke prestatie had moeten betalen. Deze normale marktprijs is precies die van het wettelijk verplichte handelstarief van de N.M.B.S.

De schade bestaande in de gebruiksderving van een locomotief houdt geen verband met de ouderdom van het herstelde tractiematerieel en dient te worden vastgesteld volgens de aard en de gebruikswaarde van het beschadigde toestel zoals dit vóór het ongeval bestond.

Niet ingehaalde of niet inhaalbare treinvertragingen houden niet op een werkelijke en vergoedbare schade te zijn, omdat deze schade niet alleen de bijkomende energie- en sleetkosten omvat,

maar ook het verlies aan produktiviteit van materieel en personeel.

2. De omstandigheid dat de N.M.B.S., voor de verzekering van de continuïteit van haar diensten, steeds over voldoende reservematerieel moet beschikken, verbreekt niet het oorzakelijk verband tussen de onbeschikbaarheid van het beschadigde materieel en het spoorwegongeval.

N.M.B.S. t/ N.V. A.

De eis strekt tot betaling van 139.144 fr. met de interesten, zijnde het saldo van een schadevergoeding aan eiseres verschuldigd wegens een verkeersongeval dat zich op 14 mei 1986 omstreeks 6.55 uur voordeed aan de spoorwegoverweg van de lijn Sifferdok-Gent-Zeehaven te Zelzate. De verantwoordelijkheid van autobestuurder Eddy L., verzekerde van verweerster, die een rood signaal negeerde en daardoor in aanrijding kwam met een rangeerlocomotief, wordt niet betwist. Verweerster betaalde reeds een voorschot van 106.873 fr. als vergoeding van de niet betwiste schadeposten. Het thans gevorderd saldo dekt de schadeposten waarvan verweerster hetzij de berekeningswijze hetzij het oorzakelijk verband met het ongeval betwist.

I. De algemene onkosten

Aan de hand van het verslag van haar technisch raadsman betwist verweerster de door de N.M.B.S. toegepaste verhogingspercentages op uurlonen en grondstoffen op grond dat deze percentages voor een deel althans betrekking hebben op de delgings- en financiële lasten op terreinen, gebouwen, uitrusting en onderhoud, en dat er voor dit gedeelte geen oorzakelijk verband bestaat met het ongeval omdat, ook indien er geen ongeval zou zijn gebeurd, de N.M.B.S. in ieder geval dit gedeelte van de vaste kosten zou hebben moeten uitgeven en dragen.

Verweerster betwist dus niet het beginsel van de toepassing van een verhogingspercentage doch het bedrag van het toegepaste percentage wordt om de hierboven samengevatte redenen betwist.

De door verweerster ingeroepen argumentatie is in feite en in rechte niet gegrond. Immers:

a) Voor de herstelling van door ongeval veroorzaakte schade dient de N.M.B.S. een omvangrijker infrastructuur ter beschikking te houden dan die welke nodig is om haar normale exploitatie te verzekeren.

De daaruit voortvloeiende bijkomende lasten maken een supplementaire indirecte schade uit die eveneens vergoedbaar is.

De integratie van de herstelling van de door ongevallen veroorzaakte schade in de eigen werkplaatsen en in het raam van de algemene exploitatiewerkzaamheden van de N.M.B.S. is een kostenbesparende factor en de daaruit voortvloeiende bijkomende kosten maken een onderdeel uit van de reële schade en zijn derhalve op de schadeverwekker verhaalbaar.

De omstandigheid dat de thans gevorderde verhogingspercentages worden berekend op grond van boekhoudkundige gegevens van 1976, betekent geenszins dat de gevorderde schadebedragen niet aan de werkelijkheid beantwoorden, aangezien men redelijkerwijze moet aannemen dat op grond van meer recente boekhoudkundige gegevens en gelet op de algemene evolutie der prijzen, de toe te passen verhogingspercentages zeker hoger zouden liggen.

Bovendien dient te worden opgemerkt dat de door de N.M.B.S. gevorderde sommen geenszins overdreven zijn en dat in vergelijking met de uurlonen van toepassing in vergelijkbare nutsbedrijven — die door de verzekeringssector over het algemeen worden aanvaard — de door de N.M.B.S. in rekening gebrachte uurlonen en verhogingspercentages zeker niet hoger liggen dan de gemiddelde loonkosten.

b) De verplichting van de N.M.B.S. om de continuïteit van haar diensten te verzekeren en daartoe de nodige infrastructuur in stand te houden om ook de door derden veroorzaakte schade te herstellen, is secundair ten opzichte van de op de schadeverwekker rustende herstelverplichting, zodat het oorzakelijk verband tussen de fout van de verzekerde van verweerster en de door eiseres N.M.B.S. in rekening gebrachte schade niet door een vreemde juridische oorzaak wordt verbroken (Cass., 13 april 1988, *R.W.*, 1988-89, 1126).

Verweerster is derhalve tot herstel van de volledige schade gehouden, daarin begrepen de door de N.M.B.S. op oordeelkundige en verantwoorde wijze berekende en toegepaste verhogingspercentages.

II. De vervoerkosten (sleeptkosten)

Deze kosten hebben betrekking enerzijds op het wegslepen van de beschadigde locomotief ter vrijmaking van het spoor en het slepen naar de werkplaatsen voor definitieve herstelling.

Deze kosten werden door de N.M.B.S. berekend op basis van haar commercieel tarief (totaal bedrag 88.275 fr.) terwijl verweerster beweert dat de reële kostprijs dient te worden berekend a rato van 2 fr. per ton-km, d.w.z. in totaal 2.592 fr.

De berekeningen van verweerster en haar technisch raadsman resulteren in een kostprijs die lager ligt dan die voor het slepen van een personenwagen hetgeen uiteraard niet mogelijk is.

Verweerster berekent de kostprijs van deze schadepost naar analogie van de onkosten voor treinvertragingen en treinomleidingen waarbij alleen meerkosten boven een normaal vervoer in rekening worden gebracht en waarin de kosten voor het normaal vervoer aan het wettelijk tarief niet worden bijgerekend.

Het gaat *in casu* evenwel om een uitzonderlijke autonome vervoerprestatie die dient te worden vergoed overeenkomstig de volledige prijs die verweerster normaal voor een dergelijke prestatie had moeten betalen.

Deze normale marktprijs is precies die van het (wettelijk verplichte) handelstarief van de N.M.B.S.

Het is niet omdat de schadelijder het slepen van de beschadigde locomotief heeft verzekerd (en klaarblijkelijk de enige is die een dergelijk transport kan uitvoeren), dat zij deze prestatie dient uit te voeren voor een prijs die beneden haar gebruikelijke handelstarief is gelegen.

Overigens zijn de winstmarges voor het goederentransport in die mate beperkt of niet bestaande dat dient te worden aangenomen dat voor dit soort (abnormaal) vervoer en voor deze schadepost de werkelijke kostprijs gelijk is aan het commercieel tarief.

De omvang van deze schadepost dient te worden berekend volgens het commercieel tarief van de N.M.B.S. en het door deze laatste gevorderde schadebedrag van 88.275 fr. dient integraal te worden toegekend.

III. De gebruiksderiving

1. In de eerste plaats dient te worden opgemerkt dat de conventie B.V.V.O./N.M.B.S. waarbij onder meer in art. 4

werd bedongen dat geen vergoeding is verschuldigd voor de gebruiksderiving van het rollend materieel, niet meer van toepassing is zodat eiseres niet langer conventioneel verplicht is van deze schadepost af te zien.

2. Deze schadepost wordt door de N.M.B.S. als volgt berekend: 3 dagen gebruiksderiving van een locomotief à rato van 9.320 fr. per dag = 27.960 fr.

Het bedrag van de schadevergoeding verschilt naar gelang van de aard en de reeks van het tractiematerieel en wordt berekend als een annuïteit voor de wedersamenstelling van de vervangingswaarde en rekening houdende met de technische levensduur van het betrokken materieel, zonder daarin de algemene onkosten te verrekenen.

Deze berekeningswijze wordt ten onrechte door verweerster verworpen omdat, in tegenstelling met wat verweerster stelt, de technische levensduur van de locomotief door de herstelling niet wordt verlengd en de algemene onkosten niet in de berekening van de N.M.B.S. zijn opgenomen.

Overigens blijft de ouderdom van het herstelde tractiematerieel zonder invloed op de schadevergoeding wegens gebruiksderiving.

Deze schadevergoeding dient te worden vastgesteld volgens de aard en de gebruikswaarde van het beschadigde toestel zoals dit vóór het ongeval bestond.

Het door eiseres (N.M.B.S.) voorgestelde bedrag beantwoordt aan de werkelijke schade wegens gebruiksderiving en dient integraal in aanmerking te worden genomen.

3. De omstandigheid dat de N.M.B.S. voor de verzekering van de continuïteit van haar diensten steeds over voldoende reservematerieel moet beschikken, kan het oorzakelijk verband tussen de onbeschikbaarheid van het beschadigde materieel en het ongeval niet verbreken, noch de gebruiksderiving als een niet reële schade doen beschouwen.

Men dient immers aan te nemen dat de omvang van het reservematerieel wordt bepaald in verband met de algemene onbeschikbaarheid waarvan een gedeelte (volgens verweerster 8%) aan door derden veroorzaakte ongevallen is toe te schrijven.

De aanwezigheid van supplementair vervangingsmaterieel (naast de hoeveelheid materieel die vereist is voor het opvangen van de normale exploitatierisico's), is geen reden om de gebruiksderiving als een niet reële schadepost te beschouwen noch om de schadeverwekker van zijn vergoedingsverplichting te ontslaan.

De aanwezigheid van dit supplementair reservematerieel berust namelijk niet op een wettelijke verplichting, en de verplichting van de N.M.B.S. om (wegens commerciële redenen) steeds in staat te zijn om de continuïteit van de haar toevertrouwde diensten te verzekeren is secundair ten opzichte van de vergoedingsverplichting van de aansprakelijke derde en ontslaat deze laatste derhalve niet van zijn verplichting tot vergoeding van de gehele schade (Cass., 13 april 1988, hierboven geciteerd; Gent, 20 februari 1970, *R.W.*, 1969-70, 1796; Brussel, 4 september 1973, *R.G.A.R.*, 9154).

IV. Treinvertragingen

Deze vergoeding (13.110 fr.) is berekend op basis van de kosten voor de terugwinning van de vertraging teneinde naleving van de oorspronkelijke uurregeling te bewerkstelligen.

Dit vergoedingssysteem wordt in de rechtspraak algemeen aanvaard en werd steeds toegepast in het raam van de conventie B.V.V.O. / N.M.B.S.

Hier volstaat het op te merken dat de niet ingehaalde of niet inhaalbare vertraging niet ophoudt een werkelijke en vergoedbare schade te zijn omdat deze schade niet alleen de bijkomende energie- en sleetkosten omvat, ook het verlies aan produktiviteit van materieel en personeel.

Door de door de N.M.B.S. voorgestelde berekeningsmethode wordt de omvang van deze schadepost op oordeelkundige en adequate wijze geraamd.

BURGERLIJKE RECHTBANK TE BRUSSEL

KORT GEDING – 14 MAART 1991

Voorzitter: mevr. Halsberghe, ondervoorzitter

Advocaten: mrs. Deben, De Winter en Ceulemans

Bevoegdheid – Kort geding – Kennelijke onwettigheid van gemeentereglement

Een intercommunale die is opgericht met als statutair doel de ophaling, verwijdering en verwerking van afval en vuilnis, dient haar handelwijze binnen de perken van dit doel te houden. De statutaire bepaling volgens welke de vennootschap de mogelijkheid heeft op economische wijze alle prestaties uit te voeren die binnen het raam van haar doelstellingen vallen, doelt op de wijze waarop de intercommunale haar beheer «binnen het kader van haar doelstelling» leidt.

De verplichting door de intercommunale opgelegd om het huisvuil op te bergen in zakken die zij tegen 10 fr. ter beschikking stelt, kan een vermomde belasting uitmaken, die niet kan worden opgelegd.

De voorzitter in kort geding kan de intercommunale, of bij gebreke daarvan de gemeente verplichten het huisvuil op te halen onder verbeurte van een dwangsom.

J. t/ Stad V. en C.V. I.

Overwegende dat de eis, gebaseerd op artikel 584 van het Gerechtelijk Wetboek, ertoe strekt verweerster zich solidair en in solidum te horen veroordelen en de ene bij gebreke aan de andere om de zakken die zich voor de woning van eiser bevinden, binnen 24 uren na de betekening van de te geven beschikking, op te halen op verbeurte van een dwangsom van 10.000 frank per zak en per dag vertraging, en tevens te horen bevelen dat elke zak in de toekomst moet worden opgehaald indien hij op de gewone plaats en de gewone tijd wordt neergezet door eiser, dit eveneens onder verbeurte van een dwangsom van 10.000 frank per zak en per dag vertraging;

De feiten

Overwegende dat eiser, inwoner van de gemeente V., stelt:

- dat de intercommunale Incovo, belast met het verwijderen van het huisvuil, weigert de huisvuilzakken die hij met het oog op de ophaling op de gestelde uren en dagen voor zijn woning zet, nog op te halen, om reden dat het vuil niet is geplaatst in I-zakken, die tegen 10 frank per stuk verkocht worden;

- dat dit huisvuil gedurende een tijd door de gemeente V. zelf is opgehaald;

- dat hij dientengevolge vervolgd werd wegens: «op een openbaar domein (straten, wegen, pleinen, parken) of op braakgronden, vuilnis, aarde, gruis, afvalstoffen en alle andere voorwerpen van aard om het wegverkeer te belemmeren of die nadelig zijn voor de openbare reinheid, gezondheid en veiligheid, gestort te hebben, neergelegd of weggegooid te hebben»; dat hij evenwel bij vonnis van 29 oktober 1990 werd vrijgesproken;

- dat niettegenstaande deze vrijspraak, de intercommunale I. verder weigert het huisvuil op te halen; dat de gemeente V. het ophalen van het vuil heeft stopgezet, zodanig dat de huisvuilzakken zich nu voor zijn deur opstapelen; dat hij regelmatig de belasting op het huisvuil betaalt;

Over de urgentie en de bevoegdheid

Overwegende dat de verwerende partijen onze bevoegdheid, gebaseerd op de dringendheid, betwisten; dat zij opwerpen dat eiser sedert meerdere maanden de verplichting I.-zakken te gebruiken, betwist; dat hij daarbij sedert maanden de I.-zakken niet gebruikt; dat eiser nochtans het nooit nodig geacht heeft zich tot de rechtbank in kort geding te wenden;

Overwegende dat eiser verklaart dat er twee periodes in de betwisting zijn: de ene die loopt tot zijn vrijspraak op 29 oktober 1990; dat vóór de vrijspraak de gemeente V. de huisvuilzakken die I. weigerde op te halen, heeft opgehaald, zodanig dat er zich geen opstapeling van huisvuil voordeed;

Dat sedert zijn vrijspraak, zoals hierboven reeds gezegd, niet alleen I. de zakken niet ophaalt, maar ook de gemeente het vuil niet ophaalt, hoewel dit onder andere een wettelijke verplichting is die op de gemeente V. rust; dat het opstapelen van huisvuil gevaar oplevert;

Dat het ons voorkomt dat urgentie, gestoeld op artikel 584 van het Gerechtelijk Wetboek, voorhanden is;

Dat de eis dan ook ontvankelijk moet worden verklaard;

Overwegende dat verwerende partijen daarbij stellen dat de rechter in kort geding de bevoegdheid niet heeft zich uit te spreken over een beweerd onwettigheid van de genomen reglementen; dat de rechter in kort geding dit alleen vermag bij kennelijke onwettigheid na afwegen van de respectieve belangen van partijen; dat er in casu geen kennelijke onwettigheid bestaat;

Dat de stelling van eiser en die van verwerende partijen hierna zullen onderzocht worden;

Over de wetten en reglementen toepasselijk in de zaak

Overwegende dat vaststaat:

- dat op iedere gemeente de wettelijke verplichting rust te zorgen voor de volksgezondheid, de openbare veiligheid en de rust;

- dat deze wettelijke verplichting terug te vinden is in de Napoleonistische decreten van 14 december 1784 en 24 april 1790, overgenomen in de nieuwe gemeentewet;

- dat artikel 1 van het K.B. van 31 december 1960 bepaalt: «De weghaling van het huisvuil in de bebouwde kom van de gemeente moet verzekerd worden door de gemeentendiensten ongeacht de omstandigheden»;

- dat artikel 28 van het decreet van de Vlaamse Raad van 2 juli 1981 betreffende de behandeling van de afvalverordening: «Onverminderd de bevoegdheid van de Vlaamse Executieve om de algemene regels vast te leggen, wordt de verwijdering van het huishoudelijk afval geregeld door het

gemeentereglement. Dit gemeentereglement treedt in werking indien de Vlaamse Executieve geen beslissing heeft genomen binnen de veertig dagen nadat het dienaangaande gevat werd»;

- dat de gemeenten zich kunnen verenigen in een intercommunale om gemeenschappelijk de ophaling van huisvuil te organiseren;

- dat in het onderhavige geval op 10 oktober 1978 de intercommunale vereniging voor verwijdering van afvalstoffen van V. en omliggende I., coöperatieve vennootschap, werd opgericht; dat het doel van I. in artikel 3 van de statuten werd bepaald:

«De vennootschap heeft tot doel de ophaling, de verwijdering en de verwerking van alle afval en vuilnis op het grondgebied van de aangesloten gemeenten, in eigen bedrijf of op enige andere wijze waarover de raad van bestuur kan besluiten. Zij mag alle verrichtingen uitvoeren die rechtstreeks of onrechtstreeks met het doel van de vennootschap verband houden»;

- dat artikel 10 van de statuten bepaalt met welke gelden I. zal te werken hebben: «Elke aangesloten gemeente ontzegt zich het recht in eigen bedrijf of aan een andere private of openbare instelling de bedrijvigheid toe te vertrouwen voor dewelke zij tot de vennootschap toegetreden is. Desgevallend verplicht zij er zich derhalve toe binnen de kortst mogelijke tijd, een einde te stellen aan alle door haar afgesloten contracten, die voor haar rekening en op haar grondgebied dezelfde bedrijvigheid toelaten als deze uitoefend door de vennootschap. Zij zal zich schikken naar de richtlijnen van de vennootschap wat betreft aard van het vuil, de verpakking, de ophalingen en de afleveringen. De vennootschap zal op economische wijze alle prestaties die vallen in het raam van haar doelstellingen, uitvoeren»;

Overwegende dat de gemeenteraad op 20 december 1989 in het kader van zijn reglement betreffende de belasting op het ophalen en verwerken van vuilnis, in zijn besluit art. 4 had bepaald: «Per ophaalbeurt mogen maximum 4 toegelaten I.-vuilniszakken waarvan het gewicht beperkt is tot 25 kg per eenheid meegegeven worden»;

Dat de gemeenteraad op 5 maart 1990 in zijn reglement betreffende de belasting op het ophalen en verwerken van vuilnis het woord I. heeft weggelaten;

Dat de gemeenteraad eveneens op 5 maart 1990 in zijn reglement «Algemeen politiereglement van de fusiegemeente V.», achtste wijziging volgend besluit, de volgende bewoordingen heeft ingewerkt: «De werklieden van de Intercommunale I. zullen op vastgestelde dagen het huisvuil ophalen dat de bewoners daartoe in de door de Intercommunale I. voorgeschreven recipiënten of voorgeschreven zakken op de boord van het voetpad voor hun woning zullen plaatsen»;

Overwegende dat er onmiddellijk dient aan toegevoegd te worden dat eiser staande houdt dat het gemeentereglement van V. van 5 maart 1990 nog niet wettelijk van kracht is; dat dit reglement niet werd toegezonden aan de Vlaamse Executieve; dat verwerende partijen integendeel verklaren dat dit reglement wettelijk van kracht is; dat zij steunen op een brief gericht door de gemeenschapsminister van Leefmilieu, Natuurbehoud en Landinrichting; dat eiser daarop als antwoord geeft dat deze laatste minister optreedt als verantwoordelijk voor het toezicht op de Openbare Afvalstoffenmaatschappij van het Vlaams Gewest – OVAM – hetgeen

niet te verwarren valt met een voogdijbeslissing van goedkeuring door de Vlaamse Executieve; dat deze redenering moet worden onderschreven;

Overwegende dat eiser zich op de volgende rechtsgronden beroept: het onwettelijk karakter van de geëiste 10 fr. per I.-zak; dat eiser dit bedrag bestempelt als een «vermomde belasting»; dat eiser eraan toevoegt dat een belasting opleggen in de bevoegdheid van de gemeente ligt die deze bevoegdheid niet vermag aan een intercommunale over te hevelen;

Overwegende dat I. in een lange conclusie haar stelling over de noodzakelijkheid en de doelstelling van het verplicht gebruik van I.-zakken uiteenzet; dat zij de prijs van 10 fr. voor een I.-zak poogt te wettigen; dat zij verwijst naar de in haar statuten geboden mogelijkheid «economische prestaties» uit te voeren;

Dat het betoog van deze partij buiten de eigenlijke betwisting valt; dat deze partij haar werk en handelwijze dient te houden binnen de perken van het doel waarvoor zij werd opgericht, namelijk «de ophaling, de verwijdering en verwerking van alle afval en vuilnis», niets minder maar ook niets meer;

Dat de mogelijkheid economische prestaties uit te voeren ons inziens doelt op de wijze waarop I. het beheer «binnen het kader van haar doelstelling» leidt;

Dat artikel 10 van de statuten van I. duidelijk bepaalt welke geldelijke tegenprestatie haar voor het geleverde werk toekomt; dat deze geldelijke tegenprestatie in de vorm van bijdragen van de gemeentevennoten, berekend wordt aan de hand van het resultaat van de exploitatiekosten van het voorgaande boekjaar, bijdragen die dienen «tot dekking van alle kosten voor de diensten bewezen door de vennootschap aan alle vennoten» met andere woorden: in de vooraf bepaalde bijdragen zijn alle kosten inbegrepen;

Overwegende dat het ons ook terecht lijkt dat het eisen van een I.-zak tegen de prijs van 10 frank een vermomde belasting kan uitmaken, des te meer daar een gedeelte van deze 10 frank luidens de stelling van I. zelf besteed wordt aan «milieuvriendelijke projecten», projecten die klaarblijkelijk vallen buiten het kader van de doelstelling van de intercommunale I.;

Overwegende dat uit hetgeen hierboven aangehaald is, uiterlijk voortvloeit dat eiser de verplichting niet kan worden opgelegd het huisvuil in «I.-zakken», die heden tegen de prijs van 10 frank per zak worden verkocht, op te bergen; dat eiser zich alleen te houden heeft aan de verplichting per ophaalbeurt maximaal vier toegebonden vuilniszakken te gebruiken, aan welke verplichting eiser klaarblijkelijk voldoet;

Overwegende dat op eerste verweerster de verplichting rust «in alle omstandigheden» te zorgen voor de ophaling van het huisvuil, indien I. in gebreke blijft dit te doen;

Om die redenen,

...

Veroordelen tweede verweerster om binnen 24 uren na de betekening van dit bevelschrift alle huisvuilzakken, zonder onderscheid, die sedert weken door eiser gedeponneerd worden op het trottoir van zijn woning, weg te halen, evenals alle huisvuilzakken zonder onderscheid, die in de toekomst door eiser op zijn trottoir zullen worden buitengezet, op te

halen, op straffe van een dwangsom van 1.000 frank per zak en per dag vertraging;

Veroordelen bij gebreke van tweede verweerster dit bevelschrift uit te voeren, eerste verweerster om binnen 24 uren na de betekening van dit bevelschrift alle huisvuilzakken, zonder onderscheid, die sedert weken door eiser gedeponereerd worden op het trottoir van zijn woning weg te halen, evenals alle huisvuilzakken zonder onderscheid, die in de toekomst door eiser op zijn trottoir zullen worden buitengezet, op te halen, op straffe van de dwangsom van 1.000 frank per zak en per dag vertraging.

RECHTBANK VAN KOOPHANDEL TE BRUGGE AFDELING OOSTENDE

3e KAMER – 21 MAART 1991

Voorzitter: de h. Van Ooteghem

Advocaten: mrs. Flamme en Vandervennet

Taalgebruik – In gerechtszaken – Overtuigingsstukken in vreemde taal – Vertaling

De vertaling van overtuigingsstukken die gesteld zijn in een andere taal dan die van de rechtspleging, is slechts vereist wanneer de partij tegen wie de stukken worden aangevoerd, of de rechters die het geschil moeten beslissen, de andere taal onvoldoende machtig zijn.

Vennootschap naar Maleisisch recht T. t/ B.V.B.A.

Houthandel L.

De vordering van eiseres ingesteld bij dagvaarding betekend op 9 november 1990 en aangepast bij conclusie strekt tot veroordeling van verweerster tot betaling van de tegenwaarde in Belgische frank van (...)

De gevorderde facturen betreffen de verkoop door eiseres aan verweerster van partijen hout die in het voorjaar van 1990 per schip van Maleisië naar de haven van Antwerpen werden overgebracht.

Verweerster eist de schorsing van de rechtspleging zolang de in de Engelse taal gestelde stukken waarvan eiseres gebruik maakt niet in het Nederlands zijn vertaald.

...

De rechtspleging hoeft niet geschorst te worden tot na de vertaling van de in het Engels gestelde stukken gebruikt door eiseres. De vertaling van overtuigingsstukken gesteld in een andere taal dan de taal van de rechtspleging is slechts vereist wanneer de partij tegen wie de stukken ingeroepen worden of de rechters die het geschil moeten beslechten de andere taal onvoldoende machtig zijn (Fredericq, *Handboek*, deel I, uitgave 1976, nr. 18).

Partijen blijken zich in hun handelsrelaties steeds bediend te hebben van de Engelse taal en verweerster legt zelf ook stukken in het Engels zonder vertaling voor. Er moet dus aangenomen worden dat verweerster voldoende Engels kent om de stukken van eiseres te verstaan en dat zij enkel met dilatoire bedoelingen de vertaling ervan eist.

Ook de rechtbank verstaat voldoende de eenvoudige stukken (facturen, cognossementen, aanmaningen tot betaling e.d.) voorgelegd door partijen.

...

VREDEGERECHT TE WOLVERTEM

7 FEBRUARI 1991

Rechter: de h. De Greef

Advocaten: mrs. Verhavert en Lepaffe

Taalgebruik – In gerechtszaken – In faciliteitengemeente woonachtige verweerder – Taalwijziging in de kantons Kraainem, Sint-Genesius-Rode en Wolvertem

Een in een Brusselse faciliteitengemeente gedomicileerde verweerder die gedagvaard is voor een van de vrederechten Kraainem, Sint-Genesius-Rode en Wolvertem, kan op grond van art. 7bis Taalwet Gerechtszaken vragen dat de rechtspleging in het Frans wordt voortgezet, ook al woont hij niet in het kanton van de geadieerde vrederechter.

B.V.B.A. De S. t/ V.

Overwegende dat, op overlegging van een met de hand geschreven verklaring waarbij de verweerder stelt nederlands-onkundig te zijn, door verweerder om taalwijziging wordt verzocht, met toepassing van artikel 7bis van de wet op het gebruik van talen in gerechtszaken;

Overwegende dat aanlegster zich tegen taalwijziging voor verdere behandeling van de zaak verzet, en tot staving aanvoert dat de stelregel van artikel 7bis van de wet van 15 juni 1935 enkel van toepassing is zo een nederlands-onkundige inwoner uit een faciliteitengemeente gedagvaard wordt voor zijn eigen vrederechter, d.w.z. die van zijn woonplaats, en de vrederechter van Wolvertem geen taalwijziging kan toestaan aan een inwoner van Kraainem (woonplaats van de verweerder) daar deze gemeente buiten zijn rechtsgebied valt;

A. Overwegende dat volgens art. 7bis van de wet van 15 juni 1935 «voor de vrederechten van Kraainem, Sint-Genesius-Rode en Wolvertem de verweerder, gedomicileerd in Drogenbos, Kraainem, Linkebeek, Sint Genesius Rode, Wemmel, Wezembeek-Oppem, mag vragen dat de rechtspleging worde voortgezet in de Franse taal, vóór elk verweer en elke exceptie, zelfs van onbevoegdheid».

Dat «in se» deze tekstformulering duidelijk is, doch, ingebouwd binnen de principes van de wet van 15 juni 1935, niet wegneemt een anomalistisch karakter te hebben, omdat de hierin gestelde afwijking aan een algemene rechtsregel tot zekere tegenstrijdigheid leidt (zie A. Fontigny, «De quelques anomalies de la loi du 9 août 1963», *J.T.*, 1966, 85 en 86);

Overwegende dat niet kan worden betwist dat, bij de instelling van het «faciliteitenregime» voor de in artikel 7bis genoemde onderscheidene zes randgemeenten, de wetgever een bijzonder gunstregime voor Franstalige minderheden binnen deze Nederlandstalige gemeenten heeft ontworpen;

Dat zulks ten overvloede blijkt uit de inlassing, bij artikel 4, van een § 3, waarbij uitdrukkelijk aan de verweerders bin-

nen de voornoemde gemeenten de taalwijzigingsmogelijkheid wordt toegestaan voor de gerechten van eerste aanleg binnen het arrondissement Brussel, hoewel zulks voor alle verweerders zonder onderscheid, die taalkundig zijn in de taal van de gedingleidende akte, door de wet is voorzien;

Dat dit gunstregime – maar dan ook uitzonderingsregime – eveneens blijkt uit de omstandigheid dat een afzonderlijk artikel 7bis in de wet van 15 juni 1935 werd ingelast, tegenover een eventuele inlassing van een § 3 in artikel 7 van die wet, welk artikel de techniek bepaalt bij taalwijziging voor gerechten van verschillend taalregime;

Dat, wijl precies het uitzonderingsregime de anomalie kan uitleggen, niettemin de tekst van artikel 7bis van de wet van 15 juni 1935 duidelijk is en met toepassing hiervan dient te worden gesteld dat in een vordering ingeleid voor de Vrederechter van het kanton Wolvertem een verweerder, woonachtig in Kraainem, de taalwijziging en voortzetting van de rechtspleging voor de voornoemde vrederechter mag vorderen;

B. Overwegende dat, indien binnen het in artikel 7bis geïmpliceerde gunstregime de wetgever het karakter van correlaire gebondenheid tussen de geadieerde vrederechter en de in zijn kanton gelegen «faciliteiten»-gemeente had willen bewaren, de tekstformulering van artikel 7bis dit correlaat had onderstreept;

Dat echter, door bepaaldelijk zowel in de lijst der betrokken vrederechten als in de lijst der betrokken randgemeenten een louter alfabetische volgorde te vermelden, de wetgever een algemeenheid van toepassing – zonder correlaten – heeft ingesteld;

Dat derhalve, vanuit deze grammatische exegese, als wijze van benadering van de intentie van de auteur, dient te worden besloten dat de wetgever een multifunctioneel middel aan de Franstalige minderheden binnen de zes randgemeenten ter hand heeft gesteld, van welk middel elk van hen dan ook wetmatig en derhalve rechtmatig gebruik mag maken;

Dat hieruit volgt dat verweerder terecht taalwijziging en voortzetting van de rechtspleging voor de vrederechter van Wolvertem vordert;

...

NOOT – Anders : L. Lindemans, *Taalgebruik in gerechtszaken*, A.P.R., tweede druk, nr. 146.

RECHTSPRAAK IN KORT BESTEK

Hof van Cassatie (1e Kamer), 25 oktober 1990

Burgerlijke rechtspleging – Hof van beroep – Kamers met één of drie raadsheren – Toewijzing van een zaak – Betwisting – Rechtspleging en beslissing

Tegen het bestreden arrest (Hof Brussel, 7 december 1990), dat door een kamer met drie raadsheren is gewezen, voert eiseres aan dat het door een kamer met één raadshere diende te worden gewezen.

«Overwegende dat de wet van 19 juli 1985 tot instelling van kamers met één raadshere in de hoven van beroep, die

op 1 december 1985 in werking is getreden en die betrekking heeft op de rechterlijke organisatie, krachtens artikel 3 van het Gerechtelijk Wetboek van toepassing is op de hangende rechtsgedingen en derhalve op de rechtspleging tussen partijen;

«Overwegende dat, overeenkomstig artikel 109, tweede lid, van voornoemd wetboek, ingeval van moeilijkheden in verband met de verdeling van de zaken onder de kamers van eenzelfde hof van beroep, artikel 88, § 2, van hetzelfde wetboek toepassing vindt;

«Dat, ingevolge die bepaling, incidenten in verband met de verdeling onder de kamers van eenzelfde hof van beroep, vóór ieder ander middel door een van de partijen of bij de opening van de debatten ambtshalve moeten zijn opgeworpen en door de kamer of de raadshere aan de eerste voorzitter ter beslissing voorgelegd, en de beschikking van de eerste voorzitter de kamer of raadshere naar wie de zaak is verwezen bindt, behoudens voorziening in cassatie van de procureur-generaal voor het Hof van Cassatie;

«Dat daaruit blijkt dat het incident niet voor het eerst voor het Hof kan worden opgeworpen;

«Dat de partijen conclusie hebben genomen zonder aan te voeren dat de zaak door een kamer met slechts een raadshere diende te worden berecht, zodat het middel dat evenmin ambtshalve is opgeworpen, niet ontvankelijk is.»

(Voorzitter : de h. Sace – Rapporteur : mevr. Charlier – Openbaar ministerie : mevr. Liekendaal – Advocaat : mr. Delahaye – In de zaak : V.Z.W. A. t/ P.)

NOOT – Zie Cass., 1 juni 1990, *R.W.*, 1990-91, 634, met conclusie van advocaat-generaal R. Declercq; 22 juni 1990, *R.W.*, 1990-91, 1087.

Hof van Cassatie (3e Kamer), 4 maart 1991

Tuchtrecht – Rechtspleging – Wraking en verschoning – Regels toepasselijk op tuchtrechtelijk college – Onthouding van een lid – Gevolg – Kennisneming van de zaak niet meer geoorloofd – Miskennis van die regel – Cassatiemiddel

Bij de behandeling van de zaak van eiser voor de Provinciale Raad van Antwerpen van de Orde van Geneesheren had een lid van de raad verklaard zich terug te trekken. De beslissing werd niettemin genomen in aanwezigheid van dat lid. In hoger beroep (Raad van Beroep van de Orde van Geneesheren, 29 januari 1990) werd, met overneming van de motivering van de beroepen beslissing, een tuchtstraf opgelegd. Eiser voert aan dat deze beslissing nietig is omdat ze de nietigheid van de beroepen beslissing overneemt. Het middel wordt om de volgende redenen niet ontvankelijk verklaard:

«Overwegende dat uit het voorschrift van artikel 831 van het Gerechtelijk Wetboek volgt dat de verklaring van een rechter dat hij zich van een zaak onthoudt, wettelijk het vermoeden oplevert dat tegen hem een reden van wraking bestaat; dat dit inhoudt dat hij daarna van de zaak geen kennis meer mag nemen;

«Dat die regels ook gelden ten aanzien van de leden van een tuchtrechtelijk college;

«Overwegende dat het middel gebaseerd op de omstandigheid dat een rechter, die verklaard heeft zich van een zaak te onthouden, nadien toch aan de beslissing van die zaak heeft deelgenomen, niet voor het eerst voor het Hof kan worden aangevoerd, tenzij de reden van onthouding een essentiële regel van de rechtsbedeling raakte;

«Overwegende dat dokter E. ter zitting van de Provinciale Raad van de Orde van Geneesheren van Antwerpen van 3 juni 1987 heeft verklaard zich van de tuchtzaak tegen eiser te onthouden; dat genoemde dokter niettemin aan de beslissing over de zaak heeft deelgenomen;

«Overwegende dat uit de stukken waarop het Hof vermag acht te slaan niet blijkt dat de reden waarom dokter E. zich op 3 juni 1987 heeft verschoond, een essentiële regel van de rechtsbedeling betrof; dat uit die verschooning op zichzelf niet volgt dat dokter E. niet de nodige waarborgen van onpartijdigheid bood om over eisers zaak te beslissen;

«Dat het middel derhalve niet ontvankelijk is, zoals verweerster opwerpt, aangezien het onderzoek ervan het Hof zou nopen tot een onderzoek van feiten waarvoor het niet bevoegd is.»

(Voorzitter-rapporteur: de h. Rauws – Openbaar ministerie: de h. Lenaerts, procureur-generaal – Advocaten: mrs. Nelissen Grade en Bützler – In de zaak: T. t/ Orde van Geneesheren)

Hof van Cassatie (1e Kamer), 8 maart 1991

Overheidsopdrachten – Herziening – Contractueel recht – Normale risico's van de aanneming

Tegen het bestreden arrest (Hof Brussel, 5 april 1989) voeren de eisers (het Vlaamse Gewest en het Wegenfonds) aan dat de herziening niet strekt tot schadeloosstelling door volledige vergoeding van het nadeel dat de aannemer door onvoorzienbare omstandigheden heeft geleden, maar alleen tot aanpassing van de overeenkomst, met dien verstande dat het normale niet-belangrijke nadeel ten laste van de aannemer moet blijven, terwijl het bestuur het nadeel dat deze drempel van de belangrijkheid overschrijdt, moet dragen. Dit laatste wordt als volgt verworpen:

«Overwegende dat artikel 16, B, van het ministerieel besluit van 14 oktober 1964 aangaande de administratieve en technische contractuele bepalingen die het algemeen lastenkohier van de overeenkomsten van de Staat uitmaken, waarvan in het arrest toepassing wordt gemaakt, aan de aannemer die een belangrijk nadeel heeft geleden, het recht toekent om herziening van de overeenkomst te vragen, indien hij omstandigheden kan doen gelden die hij redelijkerwijs niet kon voorzien bij het indienen van de inschrijving of het sluiten van de overeenkomst, die hij niet kon ontwijken en waarvan hij de gevolgen niet kon verhelpen hoewel hij al het nodige hiervoor heeft gedaan; dat die bepaling aan de aannemer een contractueel recht toekent dat overeenstemt met de verbintenis voor het bestuur, niet om het door de aannemer geleden nadeel te vergoeden, maar wel om de overeenkomst te herzien naar gelang van de gevolgen van die omstandigheden op het verloop en de kosten van de aanneming;

«Dat de aannemer, in geval van betwisting, het recht heeft zijn vordering tot herziening over te laten aan het oordeel van de rechter die dan zal vaststellen met welk bedrag het evenwicht en de opdracht zal worden hersteld; dat het niet aan de rechter staat om, bij de vaststelling van dat bedrag, een bepaald percentage waardoor de normale risico's van de aanneming forfaitair kunnen worden vergoed, uit te sluiten;

«Overwegende dat het hof van beroep oordeelt dat 'zodra voldaan is aan de voorwaarden, namelijk het bestaan van onvoorziene omstandigheden en het optreden dientengevolge van een ernstig nadeel, de aannemer recht heeft op herziening, zonder dat de tekst van artikel 16 B deze herziening aan enige beperking onderwerpt'; dat, door op die grond te oordelen dat het bedrag dat aan de aannemer toekomt tengevolge van de herziening, niet moet worden verminderd met een bepaald deel dat beantwoordt aan de voorzienbare risico's van de aanneming, het arrest geen van de in het middel aangewezen wetsbepalingen schendt.»

(Voorzitter: de h. Caenepeel – Rapporteur: de h. Verougstraete – Openbaar ministerie: de h. Lenaerts, procureur-generaal – In de zaak: Het Vlaamse Gewest e.a. t/ B.V. De M. e.a.)

NOOT – Betreffende een ander gevolg van de contractuele aard van de herziening, te weten welke vergoeding wegens vertraging moet worden toegekend: Cass., 28 september 1989, R.W., 1989-90, 816.

RECHTEN VAN DE MENS

Het gebruik van «voorlopige maatregelen» door de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens

Het arrest van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens van 20 maart 1991 in de zaak Cruz Varas (Serie A, nr. 201) brengt het gebruik van voorlopige maatregelen door de Straatsburgse instellingen onder de aandacht.

Aanleiding

Cruz Varas, een vluchteling uit Chili, werd door Zweden het statuut van politiek vluchteling geweigerd en liep het risico uit het land te worden gezet naar Chili. Hij richt een verzoekschrift aan de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens (hierna de Commissie), waarin hij verwijst naar de situatie op het gebied van de mensenrechten in Chili. Een uitzetting onder die omstandigheden zou een schending van de artikelen 3 en 8 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (hierna E.V.R.M.) betekenen. De Commissie heeft Zweden aanbevolen dat de voorgenomen uitlevering best zou worden uitgesteld totdat zij een onderzoek ten gronde kon uitvoeren. Niettemin werd Cruz onmiddellijk naar Chili uitgezonden.

Verblijf van vreemdelingen: E.V.R.M. soms toepasselijk

Het E.V.R.M. bevat in beginsel geen rechten voor vreemdelingen om op het grondgebied van een verdragsluitende staat te verblijven of die hen behoeven voor uitlevering of uitzetting.

Toch kan een vreemdeling het E.V.R.M. invoeren tegen een beslissing van een verdragsluitende staat om hem uit te leveren of het land uit te zetten, indien namelijk de vreemdeling daardoor een risico loopt onderworpen te worden aan een behandeling in het «ontvangende» land, die strijdig is met de artikelen 2 (recht op leven), 3 (vrijwaring van foltering of onmenselijke of vernederende behandeling) of 8 (eerbiediging van privé- en gezinsleven) van het Verdrag.

Recente voorbeelden hiervan zijn:

- de zaak Soering (arrest van 7 juli 1989, Serie A, nr. 161), waarbij artikel 3 E.V.R.M. van toepassing was en het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna het Hof) oordeelde dat de uitlevering van de verzoeker aan de Verenigde Staten een schending betekende van art. 3 doordat de betrokkene in de USA een reëel risico liep de doodstraf te krijgen, en zo blootgesteld zou worden aan het zgn. «dodenrij-fenomeen»;
- de zaak Mostaquin (arrest van 18 februari 1991, serie A, nr. 193), waarbij een jeugddelinquent van Marokkaanse nationaliteit met succes artikel 8 E.V.R.M. inriep om de uitzetting uit België te verhinderen op grond van het recht op eerbiediging van zijn (in België gesitueerd) gezinsleven.

De verplichtingen van de verdragsluitende partijen ten opzichte van «een ieder die onder (hun) rechtsmacht ressorteert» (artikel 1 E.V.R.M.), worden blijkens het eerste voorbeeld vrij ruim geïnterpreteerd, aangezien een staat ook onrechtstreeks (wegens de uitlevering of de uitwijzing) verantwoordelijk moet afleggen voor eventuele handelingen van een andere Staat.

Uitzonderlijk gebruik van voorlopige maatregelen

De commissie werd reeds snel geconfronteerd met verzoekschriften waarbij de uitvoering van een deportatiemaatregel of een uitlevering een ernstig en onherstelbaar nadeel kon berokkenen aan de betrokkene. Om hiervoor een oplossing te bieden groeide een praktijk die uiteindelijk in 1974 werd gecodificeerd in artikel 36 van het huishoudelijk reglement van de Commissie. Volgens deze bepaling kan de Commissie, of buiten zitting haar voorzitter, aan de betrokken partijen de voorlopige maatregelen aanduiden waarvan de naleving wenselijk is in het belang van de partijen of in het belang van de procedure voor de Commissie («The Commission, or where it is not in session, the President may indicate to the parties any interim measure the adoption of which seems desirable in the interest of the parties or the proper conduct of the proceedings before it»). Deze voorlopige maatregelen (ook «interimmaatregelen» genoemd) komen vooral van pas in zeer dringende gevallen, met name wanneer verzoekers het gevaar lopen uitgewezen te worden vooraleer de Commissie hun verzoekschrift kan afhandelen (De Commissie behandelt de zaken in beginsel in de volgorde van hun registratie. Zij kan hiervan echter afwijken en bepaalde verzoekschriften bij voorrang behandelen. Dat is steeds het geval indien voorlopige maatregelen worden overwogen.).

In de praktijk van de Commissie werden de voorlopige maatregelen geformuleerd in de vorm van aanbevelingen. Soms verloopt de procedure zelfs nog minder formeel en worden met het betrokken land telefonische afspraken gemaakt om een uitwijzing voorlopig niet uit te voeren, zonder dat de Commissie of de voorzitter uitdrukkelijk artikel 36 van het Reglement inroept (Deze werkwijze werd ook gevolgd vooraleer artikel 36 van het huishoudelijk reglement bestond.) Zoals blijkt uit de historische schets van Nørgaard en Krüger (c.a. Nørgaard en H.C. Krüger, «Interim measures and conservatory measures under the European System of protection of human rights», in *Fortschritt im Bewußtsein der Grund- und Menschenrechte, Festschrift für Felix Ermacora*, M. Nowak, D. Steurer, H. Tretter (red.), Engel Verlag, Kehl, 1988, 107-117) geeft de Commissie een enge interpretatie aan artikel 36 van het huishoudelijk reglement en formuleert zij slechts in uiterst uitzonderlijke gevallen een aanbeveling. Mede hierdoor nemen de verdragsstaten deze aanbeveling ook zeer ernstig op.

Voorwaarden

Volgens Nørgaard en Krüger moet aan drie criteria voldaan zijn wil de Commissie een voorlopige maatregel suggereren; deze drie criteria zijn:

- het onherstelbaar nadeel is het resultaat van de dreigende uitvoering van de bestreden maatregel;
- een verdragsschending is waarschijnlijk;
- alle interne rechtsmiddelen met schorsend effect zijn aangevend.

Bovendien weegt een klacht onder artikel 8 E.V.R.M. merkkelijk lichter dan een klacht onder artikel 3 E.V.R.M. en weigert de Commissie in ieder geval artikel 36 van het reglement toe te passen indien de tegenpartij eveneens een verdragsluitende partij is die het individueel klachtrecht heeft aanvaard.

De verklaring voor deze bijzonder informele en beperkte procedure dient te worden gezocht in het feit dat een verzoekschrift op grond van het E.V.R.M. geen schorsend effect heeft en het E.V.R.M. bovendien geen enkele bepaling bevat die de Commissie of het Hof machtigt een vorm van schorsingsmaatregelen op te leggen. De aanbeveling is derhalve geen verdragsverplichting. Weliswaar zochten sommigen een juridische grond voor artikel 36 van het reglement in artikel 25, § 1, E.V.R.M. betreffende het individueel verzoekrecht en voornamelijk in de laatste zin van deze paragraaf («De Hoge Verdragsluitende Partijen die een dergelijke verklaring hebben afgelegd, verbinden zich door geen enkele maatregel de doeltreffende uitoefening van dat recht te belemmeren» (Artikel 25, § 1, E.V.R.M. biedt een voldoende juridische basis «in bepaalde gevallen» volgens P. Van Dijk en G.J.H. Van Hoof, *De Europese Conventie in theorie en praktijk*, Ars Aequi Libri, Nijmegen, 1990, derde druk, 73. Een nog voorzichtiger voorstander toont zich ook G. Cohen-Jonathan, *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Economica, Parijs, 1989, 37)).

Rapport van de Commissie: schending van art. 25, § 1, E.V.R.M.

De Commissie, die voorheen geen uitspraak had gedaan over de rechtsgrond van de voorlopige maatregelen, greep de zaak Cruz Varas aan om een standpunt te bepalen (Rapport van de Commissie, Cruz Varas t/ Zweden, nr. 15576/89, 7 juni 1990), zodat kan vermoed worden dat zij van «Cruz» een test-case over de voorlopige maatregelen heeft willen maken.

De Commissie besloot met 12 stemmen tegen 1 tot een schending van artikel 25, § 1, E.V.R.M. Geïnspireerd door enkele (unanieme) overwegingen van het Hof in het hierboven geciteerde Soering-arrest oordeelde de Commissie dat een verzoeker op grond van artikel 25, § 1, E.V.R.M. aanspraak kan maken op de «doeltreffende uitoefening» van zijn verzoekrecht. Door de aanbeveling, gegeven in toepassing van artikel 36 van het reglement, te miskennen, maakte Zweden het verzoekrecht van Cruz Varas onwerkzaam en onttrok dit land zich aan een verdragsverplichting.

Arrest van het Hof: géén schending

De zienswijze van de Commissie is nu tegengesproken door het Europees Hof in zijn arrest van 20 maart 1991. Na de afwezigheid te hebben vastgesteld van een uitdrukkelijke verdragsbepaling over schorsende maatregelen, weigert het voltallige Hof met de kleinste mogelijke meerderheid (tien stemmen tegen negen) om de Commissie in haar ruime interpretatie van artikel 25, § 1, E.V.R.M. te volgen.

Volgens het Hof kan de in artikel 36 van het Reglement vastgelegde en nagenoeg unaniem nageleefde praktijk noch als een «evolutieve interpretatie» van bestaande verplichtingen worden beschouwd (het zou immers een nieuwe verplichting zijn) noch als een regel van gewoonterecht in het leven worden geroepen (er is immers geen *opinio iuris*).

Betekenis voor de toekomst

Wat betekent dit arrest voor de toekomst? Behoudens een uitdrukkelijke verdragswijziging zal de praktijk als een vorm van «samenwerking in goede trouw» tussen de Commissie en de verdragsluitende staten, blijven bestaan. Het uitzonderlijk karakter van de voorlopige maatregelen (zie de criteria hierboven) en de bijzonder kleine marge waarmee het Hof heeft geoordeeld zal — hopelijk — de verdragsluitende staten blijven motiveren om dezelfde bereidwilligheid te tonen om de uitvoering van een beslissing zonnig te schorsen.

Voor verzoekers (of hun raadslieden) tegen wie een bevel om het grondgebied te verlaten, een beslissing tot uitzetting of een uitleveringsbesluit wordt getroffen en die hierdoor vrezen in een situatie terecht te komen die strijdig is met het E.V.R.M., blijft het dan ook raadzaam een (zeer goed gestoffeerd) verzoek te richten aan de Commissie, tegelijk met het verzoekschrift ten gronde, opdat de Commissie de nodige aanbevelingen kan formuleren.

Geert van Haegendoren

BENELUXRECHT

Verslag van de jaarvergadering van de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht in België en Nederland

De Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland vergaderde in Den Haag op 23 en 24 november 1990.

Naar jaarlijkse traditie werd na een korte plenumvergadering in de afzonderlijke afdelingen van gedachten gewisseld over de drie volgende thema's: de ontwikkelingen in de beslechting van bestuurlijke geschillen, faillissement, surséance van betaling en continuïteit van onderneming en de anonieme getuige. Na toelichting van de rapporten door de respectieve preadviseurs bespraken de aanwezigen uitvoerig de onderwerpen.

Tijdens de slotzitting werd over de werkzaamheden van de afzonderlijke afdelingen verslag uitgebracht door de respectieve secretarissen. Deze verslagen worden hierna gepubliceerd.

De Belgische sectie ging ook over tot de verkiezing van een nieuw lid in de sectie Strafrecht ter vervanging van prof. R. Declercq, aan wie het erelidmaatschap werd aangeboden. De heer J.M. Berkvens, procureur des Konings te Brugge, werd als dusdanig gecoöpteerd.

De volgende vergadering van de Vereniging is gepland te Brussel op 22 en 23 november 1991 en zal gewijd zijn aan volgende onderwerpen: rechterlijke toetsing van de formele wet aan de Grondwet, het kort geding en de criminele organisaties. Als Belgische preadviseurs zullen alsdan optreden: de heer J. Smets en mevr. R. Leysen, prof. E. Krings en de heer J.M. Berkvens.

A. De Nauw

Afdeling Publiekrecht

Ontwikkelingen in de beslechting van bestuursrechtelijke geschillen

Preadviseurs waren prof. dr. P. van Orshoven voor België en mr. drs. Th.G.M. Simons voor Nederland. De preadviezen zijn uitgegeven door W.E.J. Tjeenk Willink te Zwolle.

1. Een geïntegreerde rechterlijke macht of afzonderlijke administratieve rechtspraak?

De algemene conclusie van de beide preadviezen is dat gestreefd moet worden naar een integratie van de administratieve gerechten in de gewone rechterlijke macht. De meningen hierover liepen sterk uiteen, zowel onder de Belgische als onder de Nederlandse deelnemers.

Als argument voor integratie werd onder meer gewezen op de onoverzichtelijkheid die de huidige competentieverdeling voor de burger met zich meebrengt. Zo moet bijvoorbeeld in België bij vergoeding van buitengewone schade de administratieve rechter benaderd worden, indien de schade niet is te wijten aan een «fout» van het bestuur, maar dient, indien er wel sprake is van een «fout», de gewone rechter geadeerd te worden. De burger zou, wat betreft de vraag naar de bevoegde rechter, niet met dergelijke juridische puzzels,

overlappingsen en lacunes moeten worden geconfronteerd.

Andere aanwezigen verdedigden integratie als een logisch sluitstuk van een reeds lang ingezet proces: het materiële privaatrecht en bestuursrecht zijn steeds meer naar elkaar toegroeid en ook het procesrecht vertoont meer en meer gelijkheid. Moet deze toenadering van materieel en procesrecht ook niet een vervolg vinden in een organisatorische eenwording van gewone en administratieve rechtspraak?, zo was de vraag.

Ten slotte werd als argument pro integratie nog gewezen op de voordelen uit een oogpunt van rechtseenheid, die het toepassen van privaatrecht, strafrecht en bestuursrecht door dezelfde rechterlijke colleges en het bestaan van één hoogste gerecht met zich mee zouden brengen.

De voorstanders van een afzonderlijke administratieve rechtspraak bleken intussen niet overtuigd. Tegen integratie pleit volgens deze aanwezigen dat de gespecialiseerde deskundigheid van de administratieve rechter — die in België en in Nederland in grote mate heeft bijgedragen aan de ontwikkeling van het bestuursrecht — een wezenlijke integratie in de weg staat. Dat er, ook in geïntegreerde stelsels, behoefte is aan specialisatie, laat bijvoorbeeld het Engelse rechtssysteem zien: hoewel aldaar geschillen met het bestuur door de gewone rechter worden beslecht, bestaan er op lager niveau toch tal van gespecialiseerde administratieve gerechten.

Ook bij integratie zullen er verschillen blijven optreden in de toepassing van het materiële recht en in de procedureregels: zo zal een procedure bij de administratieve kamer bij wijze van beroepsschrift, zonder verplichte procesvertegenwoordiging, kunnen worden aangespannen, terwijl de procedure bij de aanpalende civiele kamer dikwijls via een dagvaarding en een procureur zal moeten worden opgestart. Gelet op deze materieel- en procesrechtelijke verschillen — ook binnen een geïntegreerde rechterlijke macht — zou een integratie op niet veel meer dan een organisatorische «façade» neerkomen.

De preadviseurs benadrukten dat integratie niet noodzakelijk tot een monolithisch geheel hoeft te leiden. Wezenlijk voor de integratie is dat rechtsvragen die gemeenschappelijk zijn aan het privaatrecht, strafrecht en bestuursrecht, gelijkluidend beantwoord moeten worden. Differentiatie en specialisatie moeten intussen mogelijk blijven. Interne specialisatie binnen de administratiefrechtelijke geleiding van de rechterlijke macht zou mogelijk gemaakt kunnen worden door bepaalde categorieën van geschillen te concentreren bij speciaal daartoe aangewezen rechtbanken of hoven. Ten slotte beaamden de preadviseurs het algemene gevoel van de vergadering dat niet schoonheid, maar doelmatigheid het richtsnoer moet zijn bij de integratie.

2. Rechtseenheid door één cassatierechter?

In het verlengde van de discussie omtrent de integratie van de rechterlijke macht kwam aan de orde de vraag of de rechtseenheid niet bevorderd dient te worden door één hoogste gerecht. Aldus, zo luidde het argument van de voorstanders, kan worden voorkomen, dat verschillende hoogste rechters, die niet aan elkaars uitspraken gebonden zijn, verschillend oordelen over dezelfde rechtsvragen.

Andere aanwezigen brachten hiertegen in dat het probleem van uiteenlopende rechterlijke opvattingen in de praktijk vrijwel niet speelt. In de meeste gevallen zien de verschillende rechters erop toe dat hun jurisprudentie onderling spoort. Ook via onderlinge contacten of het over en weer deelnemen aan de werkzaamheden van de verschillende colleges zou de onderlinge samenhang verbeterd kunnen worden.

Gesproken werd nog over beperking van de toegang tot de cassatierechter, waardoor wordt bewerkstelligd dat deze zich alleen met belangrijke rechtsvragen moet bezig houden. Als alternatief voor het cassatieberoep, althans voor zover het de rechtseenheid en de rechtsontwikkeling betreft, werd ten slotte genoemd een systeem van prejudiciële vragen aan de hoogste rechter.

3. *Procesrechtelijke verbeteringen in verband met overbelasting en achterstand*

Overbelasting en achterstand van de administratieve rechtspraak is een probleem dat in gelijke mate in België en in Nederland speelt. Verschillende mogelijkheden om aan dit probleem tegemoet te komen werden besproken.

Sinds november 1990 zijn in de Belgische wetten op de Raad van State op het overschrijden van de termijn voor het inzenden van memories verscherpte sancties gesteld. Indien het bestuur te laat is met het indienen van stukken, worden de door de verzoeker gestelde feiten bewezen geacht, tenzij van kennelijke onjuistheid blijkt. De burger die zijn memories te laat inzendt, wordt geacht zijn belang te hebben verloren, zodat het beroep niet-ontvankelijk wordt verklaard. De Belgische deelnemers wezen er overigens op dat door de nieuwe bepalingen niet alle knelpunten worden opgeheven; zo is het soms lang wachten op het verslag van het auditoraat van de Raad van State zelf.

Ook in Nederland is een van de oorzaken van de lange procedures voor de administratieve rechter de omstandigheid dat partijen veelal traag hun stukken inzenden. Een bewijsvermoeden, zoals thans in de Belgische wetten op de Raad van State is vervat, wezen de Nederlandse deelnemers echter af. Wel werd gewezen op de bevoegdheid van de voorzitter van de Nederlandse Afdeling rechtspraak om aan het bestuur dat te laat is met zijn stukken, geen nieuwe termijn te gunnen; het bestuur moet dan ter zitting maar zijn verweer naar voren brengen. Deze mogelijkheid — die in het verleden sporadisch is gebruikt — zou meer toegepast kunnen worden.

Omtrent de vraag of de feitelijke administratiefrechtelijke procedure in één of twee instanties moet worden gevoerd, liepen de meningen uiteen. Twee procedures kosten meer tijd dan één, maar daartegenover is het zo dat in de eerste instantie reeds een aantal zaken «uitgefilterd» kan worden, hetgeen weer tot ontlasting leidt.

Dezelfde filterfunctie heeft overigens een voorafgaande bezwaarschriftprocedure bij het bestuur; de vraag werd gesteld of niet volstaan kan worden met een bezwaarschriftprocedure, gevolgd door een rechterlijke beoordeling in één instantie. De preadviseurs hadden daartegen principiële bezwaren: een bestuurlijke voorprocedure kan niet worden uitgewisseld tegen een rechterlijke procedure.

Kritisch stond de vergadering ten opzichte van de opvatting van de preadviseurs, dat art. 14, lid 5, I.V.B.P.R. — dat

in strafzaken een behandeling in twee instanties voorschrijft — ook van toepassing zou zijn op administratiefrechtelijke sancties, voor zover deze het karakter hebben van een straf. De strekking van art. 6 E.V.R.M. achtten vele aanwezigen hier niet beslissend.

Uitvoerig werd stilgestaan bij de schorsingsprocedure. In België bestaat sinds 1989 een beperkte mogelijkheid om bij de Afdeling administratie van de Raad van State om schorsing te verzoeken, nl. in geschillen waarin het gelijkheidsbeginsel en de vrijheid van onderwijs in de zin van de artt. 6, *6bis* en 17 van de Grondwet in het geding zijn. Belgische appellanten blijken zeer inventief om hun geschil op de noemer van een van de vermelde grondwetsartikelen te brengen, zodat een toenemend aantal zaken thans vergezeld gaat van een schorsingsverzoek. De daarmee optredende werklast brengt de behandeling van de hoofdzaken in de knel, mede omdat het schorsingsverzoek niet, zoals in Nederland, behandeld wordt door de (wnd.) voorzitter, maar door een voltallige kamer van drie staatsraden.

In de Nederlandse Wet op de Raad van State is sinds enige jaren voorzien in de mogelijkheid om, tegelijk met de beslissing omtrent schorsing, reeds uitspraak te doen in de hoofzaak, zulks op verzoek van partijen, of ambtshalve bij kennelijke niet-ontvankelijkheid, gegrondheid of ongegrondheid. Verder werd erop gewezen dat een schorsingsprocedure veelal plaatsvindt, terwijl de bezwaarschriftprocedure nog loopt; na schorsing kan het bestuur in deze bezwaarschriftprocedure de zaak nog eens opnieuw bezien, mede gelet op het voorlopig oordeel van de voorzitter van de Afdeling rechtspraak en diens eventuele aanwijzingen. De gedachte van een verzelfstandiging van de schorsingsprocedure leidde niet tot ogenblikkelijk enthousiasme van de aanwezigen.

Als middelen om de procedure te bespoedigen werden ten slotte genoemd het, waar mogelijk, meer toepassen van versnelde behandeling (behandeling zonder schriftelijke instructie), en voortgangsbewaking van de procedure met moderne computerfaciliteiten.

4. *Verplichte bestuurlijke voorprocedures*

Zowel in België als in Nederland wordt in een aantal gevallen een procedure bij de administratieve rechter voorafgegaan door een heroverwegingsprocedure bij het bestuur. In België geschiedt dit soms op facultatieve basis (het willig, resp. hiërarchisch beroep), soms ook is de voorprocedure verplicht (het georganiseerd beroep). In Nederland is de bezwaarschriftprocedure op ruimere schaal verplicht gesteld, terwijl in de komende Algemene wet bestuursrecht is voorzien in een verplichte bezwaarschriftprocedure over de hele linie.

Het waren vooral de Nederlandse deelnemers, die de voordelen van een voorafgaande bezwaarschriftprocedure naar voren brachten. In de eerste plaats blijkt een bezwaarschriftprocedure een niet geringe «filterfunctie» te vervullen: zestig procent — en soms zelfs meer — van de zaken blijkt, na de bezwaarschriftprocedure, niet meer aan de rechter voorgelegd te worden. De zaken die wél aan de rechter worden voorgelegd, zijn anderzijds meer rijp voor behandeling. Daarnaast gaat van de bezwaarschriftprocedures een «leereffect» uit voor het bestuur: aan de hand van incidenten

tele bezwaarschriften kan het beleid meer in het algemeen bijgesteld en verbeterd worden.

Vraag was, of de burger in de bezwaarschriftprocedure altijd moet worden gehoord. De Wet-Arob bevat thans de mogelijkheid om af te zien van het horen bij kennelijke niet-ontvankelijkheid van het bezwaarschrift; de Algemene wet bestuursrecht biedt ruimere mogelijkheden om het horen achterwege te laten. Algemeen was de opvatting dat het niet horen uitzondering zou moeten blijven: het contradictoire karakter is een van de wezenskenmerken van de bezwaarschriftprocedure; de rechter zou op het horen dan ook gedegen moeten toezien. Gelet op een en ander werd het betreurd dat de Algemene wet bestuursrecht met betrekking tot het horen een minder stringent regime dan het huidige hanteert.

5. Varia

Ten slotte kwamen nog enkele verspreide punten aan de orde. Soms treft men de opvatting aan dat de rechtsprekende functie van de (Belgische en de Nederlandse) Raad van State niet verenigbaar is met de adviserende taak met betrekking tot wetgeving: men kan in een geschil voor de vraag naar de verbindendheid van een regeling komen te staan, terwijl men zich eerder als adviseur al omtrent deze regeling heeft uitgesproken. De vergadering meende intussen dat hier sprake is van een nauwelijks bestaand probleem. Van de Belgische Raad van State kan in ieder geval worden gemeld dat de advisering over wetgeving en de rechtspraak door verschillende afdelingen worden uitgeoefend. Voor het overige werd gewezen op het verschil tussen de algemeen adviserende taak inzake wetgeving en de concreet gerichte rechterlijke werkzaamheden.

Het verkrijgen van rechtsherstel (nakoming van rechterlijke uitspraken door het bestuur) en het opleggen van een dwangsom aan de administratie bleken vooral in België problemen op te leveren. Rechtsherstel is naar de opvatting van het Hof van Cassatie, gelet op art. 92 Grondwet, een taak die is voorbehouden aan de burgerlijke rechter. Weliswaar bestaat sinds kort voor de Afdeling administratie van de Raad van State de mogelijkheid om bij het geen gevolg geven aan een vernietiging een dwangsom op te leggen, maar deze dwangsom komt niet ten goede aan de appellerende burger, doch wordt gestort in een fonds voor «de modernisering en organisatie van de administratieve rechtspraak»! Deze regeling werd met enig ongeloof ontvangen, en zulks niet alleen door de Nederlandse deelnemers.

Ten slotte kwam nog de kwestie van deelname van leken aan de rechtspraak aan de orde. Uitgangspunt diende volgens de vergadering te zijn: rechtspraak door professionele rechters. Daarbij werd erop gewezen dat het onderscheid: professionele rechter/toegevoegd deskundige niet per definitie hoeft samen te vallen met het onderscheid jurist/niet-jurist.

A.J. Bok

Afdeling Privaatrecht

Faillissement, surséance van betaling en continuïteit van de onderneming

Preadviseurs waren mr. I. Verougstraete en mr. C. Van Buggenhout voor het Belgische recht (*T.P.R.*, 1990, 1731-1779) en mr. R.J. Schimmelpenninck voor het Nederlands recht (*T.P.R.*, 1990, 1685-1729).

Het eerste vraagpunt betrof de vraag of er ruimte is voor een beleid van de rechter in het voorkomen van faillissementen en bij de faillietverklaring.

Het behoud van de continuïteit van een onderneming vereist dat tijdig voordat de situatie van «opgehouden hebben te betalen» is ontstaan in de gang van zaken van de onderneming wordt ingegrepen. Ter sprake kwam:

1. de in België bestaande mogelijkheid dat iedere belanghebbende aan de rechtbank van koophandel schorsing van bestuurders en/of benoeming van voorlopige bestuurders verzoekt, welk verzoek binnen enkele dagen wordt behandeld. Deze mogelijkheid verdient overweging in Nederland;
2. de actieve rol van de Belgische rechtbank van koophandel bij het opsporen en begeleiden van ondernemingen met financiële problemen. De Nederlandse leden meenden dat de rechter niet een dergelijke actieve rol behoort te hebben;
3. de benoeming van een stille bewindvoerder, welke in Nederland mogelijk is bij kredietinstellingen. De vergadering achtte uitbreiding van deze mogelijkheid tot andere ondernemingen niet aan te bevelen in verband met het probleem van de status van vorderingen die tijdens de stille surséance ontstaan.

Ten aanzien van de vraag of de rechter een appreciatievrijheid heeft bij de beoordeling van de faillissementsaanvraag of -toestand, concludeerden de preadviseurs dat de Belgische rechter een ruimere bevoegdheid heeft om vast te stellen of de debiteur heeft opgehouden te betalen, terwijl de Nederlandse rechter alleen onderzoekt of de vordering van de aanvrager niet is betaald en of er een steunvordering is. De vergadering had een zekere huiver voor een dergelijke vrijheid van de rechter, maar had geen behoefte aan vaste regels om de situatie van niet betalen vast te stellen, bv. de regel dat er een faillissement is indien de debiteur gedurende één jaar zijn belasting niet heeft betaald.

Uit de vergadering kwam naar voren dat het openbaar ministerie een rol moet kunnen vervullen bij de faillietverklaring. In Nederland moet de mogelijkheid blijven bestaan dat het openbaar ministerie in bepaalde gevallen het faillissement aanvraagt van een onderneming. In België zou het openbaar ministerie een grotere rol moeten vervullen door de bestaande adviesplicht te verruimen tot een recht het faillissement aan te vragen.

Het eerste vraagpunt werd afgesloten met de conclusie van de Belgische preadviseurs dat de voorwaarden in het Belgische recht voor een gerechtelijk akkoord of uitstel van betaling zouden moeten worden verruimd.

Vraagpunt 2 betrof allereerst de vraag of de schuldeisers de praktische mogelijkheid hebben inlichtingen in te winnen nopens de toestand van de debiteur. Schimmelpenninck zette uiteen dat banken, grootaandeelhouders, kredietverzekeraars en de fiscus veelal goede mogelijkheden hebben daartoe. Concurrente schuldeisers hebben dat niet, maar zij nemen bij het geven van krediet bewust een risico dat ze kunnen verzekeren.

Schimmelpenninck achtte het een bezwaar dat kleine aandeelhouders weinig mogelijkheden hebben om inlichtingen in te winnen. Hij stelde voor om in Nederland – parallel aan de «commissaris-revisor» in het Belgische recht – de register-accountant te verplichten de aandeelhouders en de ondernemingsraad in te lichten indien het bestuur dat na-laait. Uit de vergadering kwamen nogal wat bezwaren tegen dit voorstel.

Een volgende vraag was in hoeverre concurrente schuldeisers effectief kunnen ageren om de debiteur te dwingen tot een beleid uitsluitend in het belang van de vennootschap. De Belgische figuur van de voorlopige bestuurder, wiens aanstelling gevraagd kan worden door minderheidsaandeelhouders en werknemers, is een goed middel. In België bestaat een ontwikkeling waarbij schuldeisers steeds meer overgaan tot het creëren van zekerheden in hun overeenkomsten, waardoor het gelijkheidsbeginsel steeds meer doorbroken wordt. Verougerde deze ontwikkeling. De vergadering meende dat het aantal voorrechten in België (± 150) dient te worden verminderd.

Vraagpunt 3 ving aan met de door Schimmelpenninck gestelde vraag, of er in Nederland – gelijk in België – een wettelijke verplichting zou moeten komen tot aangifte van het faillissement met daaraan gekoppeld de sanctie van aansprakelijkheid van de bestuurders voor een vermindering van het actief na het moment dat een behoorlijk handelend bestuurder faillissement zou hebben aangevraagd. De vergadering concludeerde dat de Nederlandse wetgeving hiervoor niet zou hoeven te worden aangepast. Door toepassing van het leerstuk van de onrechtmatige daad kan reeds hetzelfde resultaat bereikt worden.

Het volgende vraagpunt luidde of het denkbaar is ten behoeve van de concurrente schuldeisers andere patrimonialia aan te spreken die toelaten het actief aan te vullen. De artt. 62 en 63ter van de Belgische Vennootschapswet en art. 2:138 van het Nederlands Burgerlijk Wetboek, die de aansprakelijkheid van formele en «feitelijke» bestuurders regelen, zijn bijna gelijklopend. De vergadering meende dat bestuurders scherper aansprakelijk gesteld zouden moeten worden dan thans het geval is. Met name in België zouden aandeelhouders die als feitelijk bestuurder zijn opgetreden, aansprakelijk gesteld moeten kunnen worden.

Een volgend onderwerp betrof de voortzetting van de activiteiten van de onderneming na faillissement. De Belgische leden waren van oordeel dat overwogen zou moeten worden de in Nederland bestaande mogelijkheid voor concurrente schuldeisers om via art. 67 Fw. op te komen tegen de beschikking van de rechter-commissaris krachtens art. 98 Fw. de curator te machtigen het bedrijf van de gefailleerde voort te zetten, over te nemen in het Belgische recht. Een andere mogelijkheid zou zijn in de wet op te nemen dat individuele schuldeisers aanstelling van een «curator ad hoc» kunnen vragen, die kan opkomen tegen een voorgenomen voortzetting of verkoop van de onderneming.

Vervolgens stond centraal het voorstel van de Commissie Mijnsen om in Nederland surséance met moratoriumwerking in te voeren. Daarbij kan de rechter bepalen dat de uitoefening van alle rechten door de schuldeisers wordt opgeschort en dat de bank voort dient te gaan met kredietverschaffing. Er bestonden bedenkingen tegen dit voorstel, omdat op deze wijze in feite de contractsvrijheid wordt beperkt. De vergadering concludeerde dat surséance met moratorium-

werking gedurende een korte termijn, bijvoorbeeld een maand, aanvaardbaar is, mits zij met omzichtigheid door de rechter gehanteerd wordt. Binnen die korte termijn kan bekeken worden of een oplossing haalbaar is en de bank te overtuigen dat verder financieren zinvol is. Moratoriumwerking gedurende zes maanden, zoals voorgesteld door de Commissie Mijnsen, ging de meerderheid van de vergadering te ver.

Een volgend onderwerp was de invloed van het lot van lopende overeenkomsten op de mogelijkheden de continuïteit te verzekeren. In België bestaat het probleem dat werknemers ook bij faillissement van hun werkgever veelal beschermd worden en soms zelfs aanspraak kunnen maken op een dubbele vergoeding. Ook in België zou moeten worden ingevoerd het systeem waarbij de curator zonder ontslagvergunning de arbeidsovereenkomsten met een opzegtermijn van maximaal zes weken kan beëindigen.

Aan de orde kwam de vraag of de rechtbank – in geval van overdracht van de onderneming als geheel – sociale criteria, zoals bv. werkgelegenheid, een rol mag laten spelen bij het evalueren van de biedingen. De preadviseurs meenden dat deze criteria niet mogen meespelen indien zij tot gevolg hebben dat de curator voor een lager bedrag verkoopt. Wel kan rekening gehouden worden met het feit dat overgenomen personeel niet meer ten laste komt van de boedel.

Een tweede vraag in dit verband was of er controle mogelijk is op de naleving van de verkoopvoorwaarden, bijvoorbeeld een eventuele verplichting van de koper om overgenomen werknemers gedurende een bepaalde tijd in dienst te houden. De vergadering zag hiervoor twee mogelijkheden. Allereerst zou de curator het faillissement gedurende die tijd kunnen laten voortduren. Ten tweede dacht de vergadering aan de mogelijkheid van een derdenbeding.

Het laatste vraagpunt betrof de vraag of het aanbeveling verdient, dat een stelsel van algemene décharge zou worden uitgedacht dat aan de debiteur toelaat na vereffening van de activa een nieuwe activiteit te starten zonder zijn «oude» schulden te moeten betalen. De vergadering oordeelde dat deze vraag zich in Nederland voor de vennootschap niet stelt, omdat de vennootschap van rechtswege ontbonden wordt door insolventie, nadat zij in staat van faillissement is verklaard of door opheffing van het faillissement wegens de toestand van de boedel. In België zou een stelsel van décharge wel mogelijk zijn voor de vennootschap, omdat zij naar Belgisch recht niet van rechtswege ontbonden wordt. De vergadering stond niet afwijzend tegenover een stelsel van algemene décharge, althans voor natuurlijke personen. De vraag of verlening van décharge automatisch zou moeten gebeuren of tot de bevoegdheid van de rechter zou moeten behoren, beantwoordde de vergadering unaniem in laatstgenoemde zin.

H. Van Wijk

Afdeling Strafrecht De anonieme getuige

1. Over dit onderwerp hebben mr. L. De Wilde, eerste advocaat-generaal bij het Hof van Beroep te Gent, en prof. mr. J.W. Fokkema, advocaat-generaal bij de Hoge Raad en hoogleraar aan de VU te Amsterdam, preadviezen geschreven. Aan de hand van discussiepunten werd ter vergadering op de materie ingegaan.

2. Vooropgesteld werd dat de discussie niet beperkt moest worden tot de anonieme getuige in formele zin. In wezen gaat het om *anonieme bewijsvoering* en de vraag of verdedigingsbelangen hierdoor op ontoelaatbare wijze zijn geschaad in het licht van art. 6 E.V.R.M. (zie het arrest inz. Kostovski).

3. De vraag die in dit kader allereerst beantwoording behoeft, is deze: In welke gevallen mag een getuige anoniem gehoord worden? En hierop aansluitend: Wat zijn acceptabele gronden voor anonimiteit? Sommige leden wilden de mogelijkheid van anonieme verklaringen reserveren voor bepaalde ernstige en in de wet genoemde delicten. Voordeel hiervan is dat de politie dan beter weet waar ze aan toe is. Anderen voelden echter als bezwaar dat de overheid zich dan ter zake van de minder ernstige delicten door de aanstichters van het kwaad, de bedreigers, zou laten dicteren of zij voor de strafvordering kan beschikken over een relevante getuigenverklaring.

Een aantal leden vond de aard van het misdrijf geen goed criterium. Van belang zou slechts zijn de aard van de bedreiging. Algemeen gevoelen was dat wel enigerwijze getoetst moet worden of de door een getuige geuite vrees voor bedreiging wel een *gerechtvaardigde* vrees is. Deze toetsing dient reeds in een vroeg stadium plaats te vinden, derhalve al voordat de politie gaat ondervragen. Zo kan wellicht worden voorkomen dat te lichtvaardig tot anoniem horen wordt besloten.

Men was het er niet over eens of naast bedreiging ook de belangen van opsporing een grond voor anonimiteit kunnen vormen. Als die belangen wel een rol mogen spelen, dan dient de infiltratie – waarbij dit probleem zich in feite voordoet – bij wet geregeld te worden.

4. Voorts is de vraag gerezen of het voor het bewijs verschil maakt of de anonieme verklaring tegen de politie dan wel tegen een onderzoeksrechter/R.C. is afgelegd. In België maakt dit geen verschil: in beide gevallen kan de feitenrechter in beginsel deze «inlichtingen» voor het bewijs gebruiken. Indien echter de verdediging de inlichtingen betwist en stelt dat de anonimiteit opgeheven moet worden, zal de feitenrechter soms niets anders resten dan vrijspraak. En wel in die gevallen waarin anonimiteit volgens het O.M. gehandhaafd moet blijven, terwijl de anonieme verklaring van overwegende betekenis is voor de overtuiging van de rechter.

In Nederland is een en ander nog niet uitgekristalliseerd. Naar aanleiding van het arrest inz. Kostovski is hier vooral de discussie of anonieme verklaringen a) doorslaggevend bewijs kunnen vormen indien aan bepaalde voorwaarden is voldaan (bv. er is op enige wijze een mogelijkheid tot vragen stellen geweest) of dat zij b) nooit doorslaggevend bewijs vormen.

5. De volgende vraag was of het horen van een anonieme getuige ter terechtzitting in aanwezigheid van de raadsman, maar buiten aanwezigheid van de verdachte een voldoende mogelijkheid biedt tot ondervraging van de getuige. De vergadering concludeerde dat deze gang van zaken ongewenst is, omdat men de raadsman moeilijk kan verplichten informatie over de identiteit van de getuige te verzwijgen tegenover zijn cliënt. En als dat niet kan, is de anonimiteit niet meer gewaarborgd.

6. Wordt het recht op tegenspraak voldoende gewaarborgd bij een ter terechtzitting wel aanwezige, doch onherkenbaar gemaakte getuige? Algemene opinie was dat dit

van geval tot geval verschilt. Relevant is of de verdediging belang kan hebben bij kennisneming van de identiteit. In dit verband werd gewezen op de vicieuze cirkel hierin bestaande dat vaak pas nadat de identiteit onthuld is, kan blijken of de verdediging belang bij die onthulling heeft. Men denke aan de situatie waarin op grond van het strafrechtelijk verleden van een getuige ernstig getwijfeld moet worden aan zijn betrouwbaarheid, terwijl dit strafrechtelijk verleden pas zal blijken als de identiteit bekend is.

Bij politiemensen die onder code proces-verbaal opmaken, zal overigens het recht op tegenspraak vaak al voldoende gewaarborgd zijn als de vermomde agent ter zitting verschijnt.

6. Ten slotte kwam de vraag aan de orde of een politieambtenaar tegen de feitenrechter mag zwijgen over de identiteit van zijn informant. In Nederland hebben verbaalisanen geen verschoningsrecht. Wel kan de rechter beletten dat bepaalde vragen – bv. over de identiteit van informanten – worden beantwoord (art. 288 Sv.). In België kent men een dergelijke bepaling niet, maar volgens de rechtspraak hebben opsporingsambtenaren wel bedoeld zwijgrecht, al verschilt men van mening over de grondslag hiervan (beroepsgeheim of ambtsgeheim?). De Belgische leden vonden dat een en ander wettelijk geregeld zou moeten worden.

Een aanverwant probleem in Nederland is of de O.v.J. aan een getuige moet kunnen garanderen dat hij anoniem zal blijven. Het O.M. moet in beginsel beslissingen van de rechter tot het oproepen van getuigen uitvoeren. Maar wat, als anonimiteit «gegarandeerd» is? De Nederlandse leden waren het er *grosso modo* over eens dat de O.v.J. dan – mits het om een *bedreigde* getuige gaat – wettelijk de mogelijkheid moet krijgen zo'n rechterlijk bevel niet uit te voeren.

J. Nieuwenhuys

KANTTEKENINGEN

De identiteitskaarten: de Grondwet een vodge papier?

Het is bekend dat ik van de auditeur van de Raad van State een gunstig verslag heb gekregen inzake mijn annulatieberoep bij de Raad van State tegen de viertalige identiteitskaart. Vanwege minister Tobback kreeg ik enkele lieflijkheden naar het hoofd geslingerd, zoals: «gecomplexeerde muggezifter», «auteur van kinderachtigheden» enz.... En hij dreigde ermee in de Senaat de namen van de senatoren aan het publiek ter kennis te brengen als ze hem niet zouden volgen. Want indien ik gelijk zou halen, zou hij zich verplicht zien de wet aan te passen ofwel een nieuwe kaart in het leven te roepen. Wat hij echter niet zei in de senaatsvergadering van 29 november 1990, was dat hij reeds bezig was met een dergelijk ontwerp bij de Ministerraad, die hem de toelating gaf het advies van de Raad van State in te winnen. En dat deed hij reeds op 13 augustus 1990 en op 11 december 1990 diende hij zijn ontwerp bij de Senaat in. Op dit ogenblik is het in bespreking in de bevoegde commissie van de Senaat. Nadien gaat het naar de openbare vergadering van de Senaat en vervolgens naar de bevoegde commissie van de Kamer en de openbare vergadering van de Kamer van Volksvertegenwoordigers.

1. Inhoud

1. In de memorie van toelichting zegt de minister dat hij de uitgereikte identiteitskaarten wil legaliseren en wat Brussel-Hoofdstad, de randgemeenten en de taalgrensgemeenten betreft, wordt

de kaart afgeleverd volgens de taal van de keuze. De rubrieken worden eveneens in die taal afgeleverd, gevolgd door het Engels.

2. De vermeldingen «België» en «Identiteitskaart» worden in de drie landstalen vermeld, met voorrang zoals vermeld sub 1, gevolgd door het Engels.

3. Kortom, de vroegere viertalige kaart voor de aanduidingen «België» en «Identiteitskaart» evenals de tweetalige kaart wat de rubrieken betreft (taal van voorrang, gevolgd door het Engels), wordt gelegaliseerd.

II. Bespreking

1. De minister verliest uit het oog dat art. 3bis van de Grondwet de taal van het taalgebied tot officiële taal verheft, wat het toekennen van faciliteiten niet uitsluit. Wat hij in zijn ontwerp doet, is de drie landstalen, zelfs gevolgd door het Engels, tot officiële taal over het hele grondgebied verheffen wat «België» en «Identiteitskaart» betreft en de voorrangtaal wat de rubrieken betreft eveneens gevolgd door het Engels. Hij leze het arrest Germis, Verheyden, Bautmans e.a. De Raad van State doet in het arrest Germis geen beroep op de parlementaire voorbereiding, omdat zulks overbodig is, daar de lijn die door de taalwetgeving loopt, evident naar art. 3bis van de Grondwet leidt. Vervolgens geeft de parlementaire voorbereiding geen andere bepaling van taalgebied, omdat zulks op een bepaald ogenblik overbodig werd geacht. De minister leze de parlementaire documenten van de Senaat (doc. 371 - 1, B.Z. 1988 en vooral het advies van de Raad van State, blz. 41 en volgende). Ook de Franstalige kamers wetgeving deelden de mening omtrent art. 3bis van de Grondwet. De minister wijkt van die stelling van de Raad van State af die stelt dat art. 3bis van de Grondwet in een bepaald taalgebied de taal van dat gebied «moet» worden en eveneens door de overheid gebruikt «moet» worden. Die taal heeft de status van «officiële taal», niet van voorrangtaal, waaraan nog andere talen worden toegevoegd. Alleen Brussel-Hoofdstad is hierop een uitzondering. De minister gaat in zijn wetsontwerp tegen de betekenis van art. 3bis van de Grondwet in en miskent er de betekenis van.

Indien de parlementariërs deze wet goedkeuren, nemen zij dus een ongrondwettige wet aan.

2. Het enige wat geoorloofd is, is dat de inwoners van de gemeenten bepaald in de artt. 6, 7 en 8 mogen kiezen in welke taal de identiteitskaart wordt afgeleverd, doch dan exclusief in die taal en niet viertalig en tweetalig. Gebeurt dit wel, dan is dit een schending van art. 3bis van de Grondwet. Dat de Franstalige kamers de vroegere eensgezinde stelling van de Raad van State hebben verlaten, waarschijnlijk onder de druk van de politici, verandert niets aan de stand van zaken.

Bovendien dient § 1 van art. 6 evenals de laatste twee leden van § 2 van datzelfde art. 6 voorgelegd te worden aan de homogene taal-kamers van de Raad van State (afdeling wetgeving), die homogenen taal-gebieden. En wat art. 6, § 2, met uitzondering van de laatste twee leden betreft, moet de vraag gesteld en opgelost worden of, gelet op de blokkering van de faciliteiten van de inwoners van de gemeenten of groepen van gemeenten palend aan een ander taalgebied en waar het gebruik van een andere taal dan die van het gebied, waarin zij gelegen zijn, voorschrijft of toelaat, art. 6, § 2 niet moet worden aangenomen met een gekwalificeerde meerderheid (art. 59bis van de Grondwet, § 4, eerste lid).

Vervolgens kan de vraag gesteld worden, waarom alleen de Franstalige kamer werd geconsulteerd. Dit is een aangelegenheid waar de consultatie van de verenigde kamers van de Raad van State op haar plaats zou zijn.

3. Ten slotte zijn wij de mening toegedaan dat het hier niet gaat om faciliteiten, maar wel om een algemene regeling, waarbij in het hele land art. 14 van de gecoördineerde wetten op het taalgebruik in bestuurszaken gewijzigd wordt in de zin dat voor sommige getuigschriften (de identiteitskaarten zijn een getuigschrift volgens de taalwet, aangezien zij het bewijs zijn van de inschrijving in de bevolkingsregisters) de meerderheid wordt voorgeschreven, terwijl art. 3bis van de Grondwet het exclusieve gebruik van één taal voorschrijft door de overheid, en een regeling in de plaats stelt die strijdig is met art. 14 van de taalwet.

III. Besluit

De minister van Binnenlandse Zaken stelt met zijn ontwerp 1150 - 1 op de identiteitskaarten voor een wet goed te keuren die ongrondwettig is, daar ze strijdig zou zijn met art. 3bis van de Grond-

wet en met het gezag van gewijsde. Het gezag van gewijsde moet immers gehecht worden aan de uitgesproken arresten en ook aan die arresten die op het punt staan uitgesproken te worden.

«De driemachtenleer is», zo zegt prof. A. Mast, «naar de opvatting van de Belgische Grondwetgever in de eerste plaats bedoeld als middel om de onafhankelijkheid van Hoven en Rechtbanken te waarborgen. Vooral met betrekking tot de verhoudingen tussen de rechterlijke en de uitvoerende macht heeft het principe een wel bepaalde positiefrechtelijke betekenis. In werkelijkheid bestaat de behoefte aan een strikt doorgetrokken scheiding tussen de staatsfuncties vooral op het plan van de verhoudingen tussen de wetgever en de regering enerzijds en de jurisdictionele macht anderzijds. Het is proefondervindelijk bewezen dat de onafhankelijkheid van met een jurisdictionele opdracht belaste organen de 'conditio sine qua non' is van de rechtsbescherming tegen de willekeur van de gezagsdragers» (prof. A. Mast, *Overzicht van het Belgisch grondwettelijk recht*, Story - Scientia, 1981, blz. 66).

R. Vandezande
Eresenator
Erequaestor
Ere-Advocaat

Werving en opleiding van magistraten

De werving en opleiding van magistraten zal de openbare opinie wel minder beroeren dan bv. de Golfoorlog die pas voorbij is, en andere actualiteiten. Toch is een goede werking van het gerecht, zoals die van de wetgevende en de uitvoerende macht, voor alle burgers belangrijk, ook al beseffen ze dit misschien maar op het ogenblik dat ze het oordeel moeten ondergaan van een of meer rechters, dus andere mensen, die uitspraak moeten doen in een zaak die voor hen belangrijk is.

Er zijn veel goede magistraten in ons land. Mensen die de zaken onderzoeken met aandacht en met kennis van het recht, maar ook met gezond verstand, met maatschappelijk inzicht en met verbeelding, zonder hun zin voor evenwicht te verliezen. Mensen die geen intellectueel vluchtmisdrijf plegen en ook niet vallen in de bekoring van die andere «wet», nl. die van de minste krachtsinspanning.

Er zijn helaas ook minder goede magistraten, en hier verwijst men onmiddellijk naar het probleem van de zg. politieke benoemingen. Hierover zijn al allerlei voorstellen gedaan en ook de regering heeft in de Senaat een wetsontwerp (974/1) ingediend, dat intussen - na verschillende wijzigingen - door de Senaat is aangenomen. In de memorie van toelichting wordt gezegd dat ons land wordt beschouwd als een staat waarin bij de benoeming van magistraten in de eerste plaats politieke overwegingen gelden, en dat de regering het diepe wantrouwen wil wegnemen dat daaruit kan ontstaan.

Deze memorie van toelichting zegt ook dat voorrang verleend moet worden aan morele kwaliteiten, werkkraft en intellectuele aanleg, en verwijst naar de besluiten van een in 1974 ingestelde werkgroep, nl. dat het grondvereiste dat bij de keuze moet doorwegen, de waarde is van de kandidaat, zowel op menselijk en zedelijk gebied, d.w.z. zijn karakteristieke eigenschappen, als op gebied van zijn intellectuele aanleg, bekwaamheid en arbeidsvermogen. Ook wordt gezegd dat een maximum aan inlichtingen moet worden ingewonnen over bekwaamheid en kwaliteiten van de kandidaat, zodat de politieke keuze pas daarna kan plaatsvinden tussen kandidaten van nagenoeg gelijke waarde.

Iedereen zal wel akkoord kunnen gaan met dergelijke doelstellingen. Het spijt ons echter nu te moeten vaststellen dat een aantal van de voorgestelde maatregelen, en eigenlijk de voornaamste, helemaal niet van die aard zijn dat ze die doelstellingen verwezenlijken.

Terwijl bv. enerzijds wordt voorgesteld de leeftijd om tot vrederechter benoemd te worden op te trekken van 30 tot 40 jaar, wil men anderzijds de minimumleeftijd van 30 jaar om rechter te worden in de rechtbank van eerste aanleg, in de arbeidsrechtbank en in de rechtbank van koophandel, gewoon afschaffen. Het gaat hier nochtans om het grootste aantal benoemingen, en dergelijke zeer jonge rechters zullen dan bv. zitting kunnen nemen om het hoger beroep te behandelen tegen een vonnis van de vrederechter...

Dit alles is een gevolg van de eigenlijk meest belangrijke hervorming die men wil invoeren, nl. het organiseren van een gerechtelijke

stage, zoals geregeld in het voorgestelde nieuw art. 427^{quater} van het Gerechtelijk Wetboek.

Kandidaten die geslaagd zijn voor een vergelijkend examen dat jaarlijks wordt georganiseerd, zullen volgens die tekst 3 jaar stage volgen, nl. 15 maanden in een parket, 15 maanden in een rechtbank (van eerste aanleg, van koophandel, enz.) waarvan 1 maand in een griffie, en 6 maanden in een strafinrichting of een politiedienst, kantoor van notaris of gerechtsdeurwaarder, juridische dienst enz.

Het wegvallen van deze minimumleeftijd heeft blijkbaar te maken met de vaststelling dat het meestal pas afgestudeerden zullen zijn die kandidaat zijn voor deze stage, zoals dit ook het geval is voor de stage die nu reeds bestond – zonder vergelijkend examen – voor parketmagistraten, en waarvan nu ook de afschaffing wordt voorgesteld. De in het ontwerp voorgestelde maandelijkse vergoeding bedraagt 27.500 fr.

Ook wordt de oprichting geregeld van adviescomités per rechtsgebied van een hof van beroep of een arbeidshof, bestaande uit 4 of 5 magistraten en de stafhouder en 3 leden van de raad der orde, om de minister advies te geven bij benoemingen. Er moet echter onmiddellijk worden opgemerkt dat het voorgestelde art. 427^{quater} bepaalde dat elk jaar voor de benoemingen voor openstaande plaatsen van rechters en substituten niet minder dan 80% voorbehouden was voor de gerechtelijke stagiairs.!

De Senaat heeft dit in feite verminderd tot 66%, daar de tekst nu bepaalt dat het jaarlijks open verklaarde plaatsen stagiari niet hoger mag zijn dan 2/3 van het aantal magistraten die de leeftijds-grens zullen bereiken tijdens het vierde jaar dat volgt op die bekendmaking.

Dit betekent echter nog altijd dat die comités voor een zeer groot aantal van de belangrijkste benoemingen nl. de eerste, praktisch geen vinger in de pap hebben en dat de selectie in feite zal gebeuren bij de aanwerving van die stagiairs. Er is inderdaad bepaald dat de stage kan worden verlengd wanneer de stagiair bij het einde van de stage niet onmiddellijk kan worden benoemd.

Art. 100 van de Grondwet bepaalt om begrijpelijke redenen dat een rechter benoemd wordt voor het leven, verstaan zijnde dat de pensioenleeftijd bij wet wordt geregeld. Alleen al daarom moet elke verkeerde benoeming stellig vermeden worden.

Het valt daarbij dan ook onmiddellijk op dat die voorgenomen mogelijkheid van die veel te jonge benoeming – na slechts 3 jaar stage, waarvan de waarde overigens nog bewezen moet worden – sterk in tegenstrijd is met de nu voorgestelde verhoging tot 40 jaar als minimumleeftijd voor de vrederechters en met het voorgestelde vereiste van o.m. 12 jaar werkzaamheid aan de balie voor de 33% kandidaat-rechters die deze gerechtelijke stage niet gevolgd hebben. Hier heeft men dan wel begrepen dat het uitkiezen van mensen die anderen moeten beoordelen, zeer voorzichtig en niet te vlug mag gebeuren.

Denkt men nu werkelijk dat – en dit bij een benoeming voor het leven – de in de memorie van toelichting zo noodzakelijk geachte waarde van de kandidaten op menselijk en zedelijk gebied, dat die karakteristieke eigenschappen, bekwaamheid enz. ernstig kunnen worden beoordeeld na slechts 3 jaar stage... en in feite klaarblijkelijk van het begin af van die stage als men (om budgettaire redenen...) slechts ongeveer genoeg kandidaten aanvaardt om de vastgestelde 66% te bereiken en met het niet denkbeeldig gevaar dat er bij de overblijvenden een mentaliteit van «uitverkorenen» ontstaat?

Daarvoor is uiteraard een langere tijd nodig – zoals trouwens bepaald voor de andere benoemingen – wanneer men het in de memorie van toelichting bepaalde maximum aan inlichtingen wil krijgen over de bekwaamheid en de kwaliteiten van de kandidaten. Zo is het evenmin een oplossing, zoals door de Senaat werd bijgevoegd, te bepalen dat de stagiair vooraf reeds één jaar stage bij de balie moet hebben doorgemaakt.

Het is duidelijk dat een dergelijke remedie van slechts 3 of 4 jaar stage erger zou zijn dan de kwaal van de politieke benoemingen die men nu zou willen bestrijden. Bovendien kan niet beweerd worden dat er geen alternatieven bestaan om bv. een eerste selectie te doen. De meeste van de goede magistraten die we nu kennen, waren gedurende vele jaren ook goede advocaten, en meestal ook plaatsvervangend rechter.

Wanneer men een maximum aan inlichtingen wil krijgen van mensen die dergelijke kandidaten goed kennen, zou als mogelijkheid bv. kunnen worden ingevoerd een nog ruimer advies, nl. dat

van alle rechters en parketmagistraten en tevens van alle advocaten met bv. 15 jaar balie van het rechtsgebied van de kandidaat, een advies dat in een soort geheime stemming bv. drie aanbevelingen zou kunnen inhouden zoals «sterk aanbevelen», «aanbevelen» en «nog niet aanbevelen».

Daar art. 99 van de Grondwet bepaalt dat (onder)voorzitters van de rechtbank van eerste aanleg, raadsheren van het hof van beroep en van het Hof van Cassatie maar benoemd kunnen worden op voorwaarde voorgedragen te zijn door de hoven zelf en de provincieraad of de Senaat (en bij deze laatste politieke instellingen de meeste kandidaten uiteraard minder goed bekend zullen zijn), kan men hiertegen of tegen een gelijksoortig voorstel geen ernstig bezwaar hebben.

Op die wijze krijgt men een objectieve informatie uit een echt brede kring van personen die werkelijk bevoegd zijn om een oordeel te vellen over mensen die zoveel anderen zullen moeten beoordelen. Een dergelijk advies op brede basis, dat nog helemaal geen verkiezing van rechters betekent, of een gelijksoortig initiatief, moet dan ook gegeven worden na een voldoende lange periode tijdens welke de ter zake reeds herhaaldelijk ingeroepen zo noodzakelijke algemeen menselijke kwaliteiten «getest» kunnen worden, en niet alleen de louter verstandelijke vermogens zoals bij een vergelijkend examen, dat samen met slechts 3 of 4 jaar stage nooit voldoende informatie kan bezorgen voor deze toch belangrijke benoemingen.

Zelfs wanneer men toch nog, om redenen van politieke aard, niet zou opleggen dat een al dan niet sterke aanbeveling nodig zou zijn om benoemd te kunnen worden, zal men toch heel wat meer van die zo noodzakelijk geachte nuttige inlichtingen hebben over de waarde van de kandidaat, en bovendien iemand die «nog niet aanbevelen» is wel niet durven benoemen.

Voldoende ervaring als advocaat is nog altijd de beste voorbereiding voor de toekomstige rechter, omdat men aldus een objectief inzicht kan krijgen over de toepassing van de wet in de meest uiteenlopende gevallen, nl. nu eens als raadsman van de eiser of de burgerlijke partij, dan weer aan de andere kant van de balie. Daarbij is inzet nodig en begrip, zowel voor juridische als voor menselijke problemen. Op die wijze leert men de zaken objectief beoordelen, leidt hetgeen niet lukt dikwijls tot de nodige zelfkritiek, en heeft men ook echt contact met de rechtzoekende, wat niet het geval zal zijn via de nu voorgestelde stage.

Er kan ook niet ernstig beweerd worden dat een langere wachttijd voor een benoeming als rechter als noodzakelijk gevolg zou hebben de minder begoeiden uit te sluiten. Sedert enkele jaren worden de stagedoende advocaten inderdaad weliswaar nog te weinig vergoed voor de zaken hun toevertrouwd door het bureau van consultatie en verdediging (zg. «pro deo»-zaken). Die vergoedingen kan men tot een redelijk peil aanpassen met het budget dat nu voorzien wordt voor werving en stage van magistraten.

De jongere confraters met inzet en bekwaamheid kunnen dan na 3 jaar een inkomen hebben van eigen zaken en/of als medewerker bij andere advocaten, zodat de balie niet zo vroeg verlaten wordt, zeker niet door jongeren met juridische én menselijke kwaliteiten.

Er is trouwens nu reeds aan de balie een groot aantal mogelijke kandidaten voor een benoeming als rechter en het zou dus eerder logisch zijn dat de regering in die omstandigheden zou voorstellen de minimumleeftijd voor elke benoeming nog te verhogen in plaats van dit nu enkel te doen voor een zeer beperkt aantal gevallen.

Daarbij moet worden opgemerkt dat alle balies zelf ingevolge een beslissing van de nationale orde – zoals de memorie van toelichting trouwens aanstipt – nu voor alle jonge advocaten een uitgebreide en grondige opleiding regelen en opleggen, die uiteraard minstens voor het grootste deel overeenkomst met wat als opleiding voor magistraten kan gelden.

Zoals in het verleden kan de balie dus het voornaamste wervingsgebied blijven voor de magistratuur en er zijn zeker voldoende objectieve maatstaven om verkeerde benoemingen te vermijden. Ook zij die niet (meer) tot de balie behoren, kunnen goede rechters worden, maar hier zal het evenzeer van belang zijn (en dikwijls moeilijker) om zoveel mogelijk gegevens over de waarde van de kandidaat te krijgen.

Uit onze contacten met advocaten van Europese balies weten we dat er veel klachten zijn over de waarde van de magistratuur waar te jonge benoemingen mogelijk zijn, en bv. veel meer waardering voor de Engelse rechters die slechts op latere leeftijd benoemd worden.

Typisch is ook dat praktisch alle balies voor de toepassing van art. 451 van het Gerechtelijk Wetboek, dat toestaat de regels te bepalen voor de verkiezing tot lid van de raad van de orde – die ook rechter is in tuchtzaken – 7 tot 10 jaar balie als voorwaarde stellen en dikwijls ook bepalen dat de kandidaat vooraf door een bepaald aantal confraters moet worden voorgedragen. En dan gaat het nog om een verkiezing die maar voor één jaar geldig is...

Onze leeftijd laat ons niet toe nog een benoeming als rechter te verwachten. Wij pleiten dus niet voor onszelf, maar wel voor een betere rechtsbedeling in het algemeen, en menen dan ook stellig te mogen zeggen dat het huidig ontwerp werkelijk onaanvaardbaar is wat de meest belangrijke punten betreft.

Hervé Nelissen Grade, ereleden van de Naionale Orde van Advocaten, Louis Gielen, oud-voorzitter van het Verbond der Belgische Advocaten, Guillaume Reynders, oud-senator, Els Ruebens, Paul Vertessen, Jacques Vermeersch, Jos Pelgrims, Hugues Carnoy, Armand Mombaerts, Walter Bosmans, oud-stafhouders, balie Leuven

BOEKEN

F. DIGNEFFE, J. GILLARDIN, F., TULKENS en M. VAN DE KERKCHOVE, (red.), *Le placement des mineurs en institution psychiatrique*, Publ. Fac. univ. St-Louis, Brussel, 1990, 158 pp.

1. «Le droit et la psychiatrie ne font pas toujours bon ménage et leurs rapports demeurent assurément problématiques»... Met deze woorden van advocaat J. Gillardin vangt dit boek aan. Dit heeft niet belet dat op 27 en 28 april 1989 universiteitsprofessoren, criminologen, advocaten, pedo-psychiaters en psychologen (maar geen jeugdrechters) rond de tafel zijn gaan zitten om het probleem van de plaatsing van minderjarigen in psychiatrische inrichtingen te bespreken, met als resultaat een 19e publikatie in de reeks «Travaux et recherches» van de Facultés universitaires Saint-Louis.

2. In de eerste bijdrage schetsen G. Cappelaere en E. Verhellen de verschillende juridische wegen die de plaatsing van een minderjarige in een open of gesloten psychiatrische inrichting toelaten.

Uitgangspunt is artikel 43 Wet Jeugdbescherming: «Wanneer een minderjarige wegens zijn geestestoestand in een psychiatrische inrichting moet verblijven, kan de jeugdrechtbank, na een psychiatrische expertise en bij een met redenen omklede beslissing, zijn plaatsing bevelen.»

Deze bepaling is weliswaar nog alleen van toepassing op minderjarigen die een misdrijf hebben gepleegd, maar artikel 23, § 1, 13°, van de op 4 april 1990 gecoördineerde Vlaamse decreten inzake bijzondere jeugdbijstand staat de jeugdrechtbank toe in problematische opvoedingssituaties een minderjarige voor ten hoogste één jaar aan een psychiatrische inrichting toe te vertrouwen, wanneer dit na een psychiatrische expertise noodzakelijk blijkt. De jeugdrechtbank wordt geadieerd door het openbaar ministerie, normaal na doorverwijzing door de bemiddelingscommissie, maar indien de integriteit van de persoon van de minderjarige gevaar loopt, ook ambts-halve.

Maar niet alleen in het kader van de gerechtelijke jeugdbescherming kan een minderjarige in een psychiatrische inrichting geplaatst worden, ook in het kader van de (vrijwillig aanvaarde) sociale jeugdbijstand (via het Comité voor Bijzondere Jeugdzorg of de Bemiddelingscommissie), of op grond van de wet van 26 juni 1990 tot bescherming van de persoon van de geesteszieke (via een beslissing van de vrederechter).

Ten slotte kan een minderjarige ook uit vrije wil (van zijn ouders of zijn voogd!) opgenomen worden.

3. In de tweede reeks bijdragen, van de hand van M. van de Kerckhove, J. Kinable, D. Charlier en P. Henry, worden de rol van de psychiater, de psycholoog en de advocaat en hun verhouding tot de rechter besproken.

Over de concrete werking van de instellingen wordt in het derde deel geschreven door A. Jadoul en P. Kinoo.

Het vierde en laatste deel van het boek toetst de plaatsing – en in het bijzonder de plaatsing van een minderjarige – in een psy-

chiatrische inrichting aan de rechten van de mens en bevat o.m. een goed gedocumenteerde bijdrage van J. Gillardin.

J. Gerlo

J. VERSTRAETEN, *De Werkgids*, Roularta Books in samenwerking met Interlabor Interim, Brussel, 1990, 320 pp.

Het boek heeft als ondertitel «De sociale wegwijzer voor elke werknemer». Het omvat een bespreking van de meest uiteenlopende sociaalrechtelijke problemen waarmee arbeiders en bedienden tijdens hun loopbaan in de particuliere sector geconfronteerd kunnen worden, gaande van de sollicitatie tot het ontslag.

Met zijn publikatie wilde de heer Johan Verstraeten, administrateur-generaal bij de Rijksdienst voor Kinderbijslag voor Werknemers, een nuttige en praktijkgerichte handleiding ter beschikking stellen van al wie op de arbeidsmarkt actief is. In die opzet is hij heel zeker geslaagd. Dank zij de vele concrete informatie, aan de hand van o.a. modellen, uitgewerkte voorbeelden, statistieken en adressen, komen het arbeidsrecht en het sociale-zekerheidsrecht in *De Werkgids* als het ware tot leven. De auteur gebruikt bovendien een eenvoudige taal en zijn commentaar is helder en overzichtelijk.

Uitgevers en auteur nemen zich voor om van deze publikatie elk jaar een bijgewerkte editie op de markt te brengen. Aldus zal *De Werkgids* nog lange tijd actueel blijven en door talloze belangstellenden met vrucht kunnen worden geraadpleegd.

A. Coppens

Wilfried Wilms, *Dagvaarding en verjaring*, Antwerpen, Maklu uitgeverij, 1990, 113 pp.

Dit boek handelt over de oorzaken die de verjaring stuiten. Het onderzoekt op diepgaande wijze hoe de dagvaarding de verjaring beïnvloedt. De artikelen 2244 t.e.m. 2250 van het Burgerlijk Wetboek maken derhalve het studieobject uit van deze monografie. Het basisartikel is artikel 2244 B.W., dat luidt: «Een dagvaarding voor het gerecht, het bevel tot betaling, of een beslag, betekend aan hem die men wil beletten de verjaring te verkrijgen, vormen burgerlijke stuiting.»

Het boek is opgesplitst in vier delen. In het eerste deel worden de dagvaarding en aanverwante handelingen bestudeerd. Zo blijkt het begrip «dagvaarding» in artikel 2244 B.W. niet alleen de klassieke dagvaarding te dekken die bij deurwaardersexploot wordt betekend, maar elke akte waarbij een persoon voor een rechtbank wordt gedaagd, met het oog op een uitspraak over een tegen hem gericht vordering. Daaruit volgt dat een proces-verbaal van vrijwillige verschijning, een verzoekschrift en eventueel zelfs een oproeping tot minnelijke schikking als dagvaardingen in de zin van artikel 2244 B.W. moeten worden begrepen. Over de stuitende werking van een dagvaarding in kort geding bestaat daarentegen onenigheid (pp. 24-26). Lezenswaardig zijn eveneens de korte beschouwingen gewijd aan het stuitend karakter van de arbitrage (pp. 26-27). Uit dat eerste deel onthouden wij dat de strekking van de akte essentieel is. Indien bestemd om een geding in te leiden, mag een akte als een dagvaarding in de zin van artikel 2244 B.W. worden aangemerkt. Deze bevinding ondersteunt de eerste stelling van de auteur (zie *infra*), die hiermee afstand neemt van de klassieke «wilttheorie» krachtens welke de stuitende werking van de dagvaarding verklaard wordt door de wil van de schuldeiser om daarmee de verjaring te onderbreken.

De opsomming van de stuitingsdaden in artikel 2244 B.W. vertoont in beginsel een limitatief karakter. Het gemeenschappelijk kenmerk van de akten of handelingen in deze opsomming begrepen is het uitvoerbaar karakter. Behoudens andersluidende conventionele of wettelijke regeling (bv. art. 10 WAM-wet), missen onderhandelingen derhalve elk stuitend effect. Hetzelfde geldt met betrekking tot de ingebrekestelling. Dit is de huidige positiefrechtelijke regeling, hoe bezwaarlijk die ook kan zijn in de praktijk.

In het tweede deel, «De dagvaarding als stuitingsdaad», onderzoekt de auteur welke de gevolgen zijn van de stuitingsdaad op de aard van de verjaring die na de stuiting loopt (pp. 33 e.v.). Zijn besluit is dat vanaf het ogenblik dat de dagvaarding op een vonnis uit-

loopt, een nieuw verjaringsregime in werking treedt, namelijk het op vonnissen toepasselijk dertigjarige verjaringsregime (p. 54).

Vervolgens wordt nagegaan op welk precies ogenblik de stuiting ingaat naargelang de inleiding van de zaak bij dagvaarding, conclusie, verzoekschrift of ingevolge een vrijwillige verschijning gebeurt. De stuiting duurt voort tijdens de hele duur van het geding, appel en cassatieprocedure inbegrepen (p. 49). Het is echter niet altijd eenvoudig het tijdstip aan te wijzen waarop het geding een einde neemt. Daarom besteedt de auteur enige aandacht aan de volgende bijzondere gevallen : vonnis van onbevoegdheid, verzoeningsprocedure, verzetprocedure, faillissementsprocedure, cassatieprocedure (pp. 49-52).

Onbeantwoord blijft de vraag of de nieuwe verjaring begint te lopen vanaf het tijdstip dat de gerechtelijke beslissing in kracht van gewijsde is gegaan of te rekenen van de dag volgend op die waarop de beslissing is gegeven. Dit is van belang wanneer geen rechtsmiddelen worden aangewend.

In het derde deel, «De afwijzing van de eis», wordt de werkelijke draagwijdte van artikel 2247 B.W. nagegaan, naar luid waarvan niet elke dagvaarding de verjaring stuit. Inderdaad, de stuiting wordt voor niet-bestaande gehouden, indien de dagvaarding nietig is uit hoofde van een gebrek in de vorm, indien de eiser afstand doet van zijn eis, of indien zijn eis wordt afgewezen (pp. 57 e.v.). Inspiratie zoekend in de Franse rechtsleer leidt de auteur uit deze wettelijke bepaling af dat de grondslag van de stuiting niet zozeer ligt in de dagvaarding, als wel in het vonnis dat een eindpunt zet achter het proces. «De dagvaarding is niet meer dan een voorspel» (p. 76). Dit is de tweede stelling die de auteur in het boek uitwerkt.

In het vierde en laatste deel van het boek onderzoekt de auteur de draagwijdte van de stuiting. In privaatrechtelijke aangelegenheden geldt in beginsel de stuiting enkel en alleen voor de vordering die met de akte van rechtsingang wordt ingeleid. De stuiting geldt daarenboven alleen maar *inter partes*. Voor een andere vordering die tussen dezelfde partijen wordt ingeleid, kan bijgevolg de stuiting die de eerste dagvaarding teweegbracht, niet in aanmerking komen. Vandaar de essentiële vraag : wanneer staat men voor een andere vordering ? Een vordering wordt gekenmerkt door drie criteria : het voorwerp, de oorzaak en de partijen. Op het eerste gezicht lijkt het gemakkelijk om uit te maken of men al dan niet met een nieuwe vordering te doen heeft. In de praktijk is dat niet zo eenvoudig. De auteur toont dit aan en schrijft dat toe aan het dynamisch gebeuren dat het geding is (pp. 81 e.v.).

Dat boek leest als een roman. De schrijfstijl is nauwkeurig en de auteur hanteert een klare en duidelijke taal. Op de kaft staat vermeld dat het boek in de eerste plaats bedoeld is voor de praktijkjurist. We willen er graag aan toevoegen dat het niet alleen aanbevelenswaardig is voor elke praktijkjurist, maar ook voor allen die deze belangrijke materie op grondige en kritische wijze wensen te bestuderen. De auteur is erin geslaagd binnen het bestek van een klein honderdtal bladzijden twee stellingen te ontwikkelen. In een eerste stelling verdedigt hij de opvatting dat het niet de wil is van de schuldeiser, maar het geding en meer bepaald de inleiding van het proces is, die aan de oorsprong ligt van de stuiting. Deze stellingname is van groter belang dan men op het eerste gezicht zou denken. Ze verklaart meteen op afdoende wijze waarom bv. onderhandelingen en ingebrekestellingen geen stuitend effect hebben. Zijn tweede stelling, die wellicht als een uitvloeisel van de eerste kan worden gezien, is dat de stuiting haar grondslag vindt in het vonnis dat een eindpunt zet achter het proces veeleer dan in de inleidende dagvaarding.

Ten slotte dient vermeld te worden dat het boek zeer rijk gedocumenteerd is. Het bevat talrijke en bijzonder goed gestoffeerde verwijzingen. Kortom, een boek zoals er meer zouden moeten verschijnen : inhoudelijk van hoogstaande kwaliteit, vlot leesbaar en niet te lang !

Philippe Colle

NOTARIAAT

Samenstelling van de Kamer van Notarissen van het arrondissement Antwerpen

Voorzitter : mr. Rik Vandekerckhove ; eerste syndicus : mr. Eric Deckers ; tweede syndicus : mr. Hélène Casman ; verslaggever : mr. Baudouin Cols ; secretaris : mr. Paul Hellemans ; penningmeester : mr. Pierre De Deken ; leden : mrs. Jos De Roeck, Paul Janssens en Ludo Verhoeven.

Samenstelling van de Kamer van Notarissen van het arrondissement Ieper

Voorzitter : mr. Jean-Marie Lahaye ; syndicus : mr. Albert Van Eecke ; verslaggever : mr. Luc Ghesquiere ; penningmeester : mr. Georges Vandenameele ; secretaris : mr. Henry De Cock ; leden : mrs. André Verschoore en Ludo Debucquoy.

Samenstelling van de Kamer van Notarissen van het Arrondissement Kortrijk

Voorzitter : mr. Yves Ameye ; syndicus : mr. Frans Demeulemeester ; verslaggever : mr. Marc Callens ; penningmeester : mr. Thérèse Dufaux ; secretaris : mr. Joseph Thiery ; leden : mrs. Yves Guillemin, Paul Lambrecht en Dirk Van Haesebrouck.

Samenstelling van de Kamer van Notarissen van het Arrondissement Leuven

Voorzitter : mr. Karel Lacquet ; syndicus : mr. Paul Bosmans ; verslaggever : mr. Jean Corthouts ; penningmeester : mr. Godfried Van Kerckhoven ; secretaris : mr. Marc Duriau ; leden : mrs. Claude Hollanders de Ouderaen en Luc Van Campenhout ; deken : mr. Paul Van Dievoet.

ERRATUM

Overdracht van schuldvordering

In de samenvatting, zevende regel, van Hof Gent, 22 januari 1991, R.W., 1990-91, 1339 moet het woord *schuldvordering* vervangen worden door het woord *schuldeiser*.

MEDEDELINGEN

Inkomstenbelastingen – Invordering ten laste van de niet in het kohier vermelde feitelijk gescheiden echtgenoot

Hierna volgt de tekst van de vraag nr. 135 van senator Erdman van 27 februari 1991 en van het antwoord van de minister (*Vragen en Antwoorden, Senaat*, 9 april 1991, pp. 1135-1136):

Bij circulaire nummer Ci. RH.873/414.626 van 26 november 1990 werd de invordering van belasting ten laste van de niet in het kohier vermelde gescheiden echtgenoot geregeld. Tevens werden nieuwe richtlijnen voor de ontvangers vastgelegd door het opstellen van een nieuw bericht (nr. 295.1) over het bestaan van de schuld enerzijds en het opstellen van een verzoek tot betalen voor de vervolging (nieuw formulier 295.1bis) anderzijds. Daarenboven werd het onderzoek van verzoeken om vrijstelling van nalatigheidsintresten door de gewestelijke directeur, nader omschreven.

In de bedoelde tekst wordt uitgegaan van de stelling dat de feitelijke scheiding wel invloed heeft op de zetting van de belasting op naam van de echtgenoten, maar dat zij zonder enig juridisch gevolg blijft ten aanzien van de schuldeisers, waaronder de Schatkist, wier rechten bepaald worden door het gemeen karakter, naargelang van het eigen of het gemeenschappelijk karakter van de schulden ten aanzien van de verplichting tot betalen van de echtgenoten.

Wel wordt onderstreept dat het feit dat de aanslag op naam van een enkele echtgenoot is ingekohierd, niets verandert aan de aard van de schuld, maar dat, vermits de titel slechts op naam van één persoon is opgemaakt, de vervolgingen in de eerste plaats tegen die persoon worden gericht. Verder wordt ook bepaald dat, ongeacht het gebruik van de nieuwe drukwerken 295.1 en 295.1bis, de niet in het kohier vermelde echtgenoot geen recht verkrijgt tot het indienen van bezwaar (zie *Commentaar op het Wetboek van de inkomstenbelastingen* 267/1, derde lid).

Kan de geachte minister nauwkeuriger omschrijven welke de rechten zijn van de niet in het kohier vermelde echtgenoot? Er kan inderdaad gevreesd worden dat bij feitelijke scheiding, rekening houdend met de onderliggende verhoudingen tussen de feitelijk gescheiden echtgenoten, de aanslag op naam van één bepaalde echtgenoot wordt ingekohierd tengevolge van uitdrukkelijke nalatigheid van die bepaalde echtgenoot (ambtshalve aanslag wegens het niet-indienen van een regelmatige aangifte).

Staan er aan de niet in het kohier vermelde echtgenoot geen mogelijkheden open, andere dan die van het bezwaar, om zich te verzetten tegen het invorderen te zijnen laste van de ingekohierde belastingen ten laste van de andere echtgenoot? Kan hij deze invordering eventueel beperken door aan te tonen dat de ingekohierde belasting, althans wat uitsluitend hem betreft, het gevolg is van niet met de werkelijkheid overeenstemmende elementen? Met andere woorden, kan de niet in het kohier vermelde echtgenoot een eigen verdediging uitbouwen die onafhankelijk staat van de door de fiscale procedure voorgeschreven wegen van bezwaar?

Welke instructies werden gegeven aan de administratie opdat «de vervolgingen in de eerste plaats tegen de echtgenoot op naam van wie de aanslag is ingekohierd» zouden worden gericht? Kan de andere echtgenoot die aangesproken wordt, eisen dat de administratie vooreerst tegen de eerstgenoemde zou uitvoeren, en eventueel, kan de op die basis ontwikkelde argumentatie een beletsel zijn voor of een schorsing van uitvoering te zijnen laste meebrengen? Werden ter zake nauwkeurige instructies aan de administratie overgemaakt?

Indien de gewestelijke directeurs de opdracht werd gegeven vragen om vrijstelling van nalatigheidsintresten die ingediend werden door de niet in het kohier vermelde echtgenoot met ruim begrip te onderzoeken, is de behandeling van soortgelijke vragen dan factueel en aan de bijzondere omstandigheden van iedere zaak gebonden of kunnen ter zake geen algemene richtlijnen worden gegeven, waar automatisch vrijstelling ten overstaan van die bedoelde persoon zou verleend worden, behoudens tegenbewijs door de administratie van mogelijke collusie en/of eigen verantwoordelijkheid?

Onverminderd de bescherming van de rechten van de Schatkist in deze materie, dient ook rekening te worden gehouden met de onwetendheid van de betrokkene en zijn praktische beperking om *ab initio* in deze procedure een actieve rol te vervullen. Zullen eventueel uitvoeringsmaatregelen, genomen ten laste van de in het kohier vermelde echtgenoot, die geen resultaat hebben opgeleverd, verdere nalatigheidsintresten ten laste van de andere echtgenoot doen lopen of beschikt deze over andere middelen dan het betalen van de aanslag om verdere nalatigheidsintresten te zijnen laste te vermijden?

Antwoord: In de huidige stand van de wetgeving is het inderdaad niet mogelijk aan de niet in het kohier opgenomen feitelijk gescheiden echtgenoot bezwaarrecht toe te kennen met betrekking tot de aanslag op naam van de andere echtgenoot. Het beroepsgeheim, ingeschreven in artikel 244 van het Wetboek van de inkomstenbelastingen en in artikel 1253*quinquies* van het Gerechtelijk Wetboek, vormt onder meer een hinderpaal.

Ik laat momenteel onderzoeken of deze toestand niet door middel van een wetgevend initiatief moet worden verholpen.

Naast de fiscale bezwaarprocedure bestaan er geen andere mogelijkheden om ten kohiere gebrachte aanslagen te betwisten. Een gevestigde rechtspraak aanvaardt dat de hoven en rechtbanken niet

bevoegd zijn om zich uit te spreken over de geldigheid en de grootte van belastingaanslagen. Daaruit volgt dan ook dat er geen gronden voorhanden zijn om in gegeven omstandigheden de invordering op te schorten van aanslagen die in een uitvoerbaar verklaard kohier zijn opgenomen.

Vermits het kohier de wettelijke titel vormt om eventueel tot tenuitvoerlegging over te gaan, geldt binnen de administratie der Directe Belastingen de algemene regel dat, zo nodig, eerst wordt opgetreden tegen de in het kohier opgenomen belastingschuldige(n) alvorens de rechten van de Schatkist uit te oefenen tegen personen die niet in de uitvoerbare titel zijn vermeld maar tot betaling kunnen worden gedwongen bij toepassing van wettelijke bepalingen uit het gemeen recht of uit het fiscaal recht.

Evenwel mag niet uit het oog worden verloren dat de belastingsschuld een schuld is die krachtens de bepalingen van artikel 295 van het Wetboek van de inkomstenbelastingen, ongeacht het aangenomen huwelijksvermogenstelsel, mag worden vervolgd op al de eigen goederen van beide echtgenoten alsook op de gemeenschappelijke goederen. Geen enkele wettelijke bepaling gebiedt de schuldeiser, *in casu* de ontvanger der directe belastingen, ter zake een welbepaalde volgorde na te leven. Evenwel, indien de feitelijk gescheiden echtgenoten gehuwd zijn onder het stelsel van zuivere scheiding van goederen, kan de belasting van de in het kohier opgenomen echtgenoot slechts op de goederen van de andere echtgenoot worden vervolgd wanneer deze laatste er niet in slaagt aan te tonen dat bedoelde goederen onder de uitzonderingen vallen waarin voormeld artikel 295 voorziet. Er bestaat dus geen wettelijke grond waarop de vervolgde, niet in het kohier opgenomen feitelijk gescheiden echtgenoot kan steunen om te eisen dat de dwangmaatregelen eerst tegen de andere echtgenoot zouden worden ingesteld. De ontvanger der belastingen beslist, als aansprakelijke rekenplichtige van de Staat, autonoom en binnen het ter zake vigerende wettelijk kader, omtrent de in te stellen vervolgingen.

Fiscale wetten in het algemeen en meer bepaald artikel 305 van het Wetboek van de inkomstenbelastingen in verband met het verschuldigd zijn van nalatigheidsinteressen, zijn van openbare orde. Dit vormt een hinderpaal voor het nemen van algemene en automatisch toepasbare afwijkingen ten gunste van bepaalde categorieën van belastingschuldigen. Op grond van artikel 307 van voormeld wetboek kan de gewestelijke directeur der directe belastingen enkel in individuele gevallen onder de door hem te stellen voorwaarden gehele of gedeeltelijke vrijstelling van nalatigheidsinterest verlenen.

Vermits krachtens hogergenoemde bepalingen van artikel 295 van het Wetboek van de inkomstenbelastingen beide feitelijk gescheiden echtgenoten weliswaar afzonderlijk, doch voor het geheel van de fiscale schuld gebonden zijn, doet de eisbaarheid van de vordering ten opzichte van de ene echtgenoot de nalatigheidsinterest ook lopen ten aanzien van de andere echtgenoot.

Studiecentrum voor het Financiewezen – Voordracht te Antwerpen

Het Studiecentrum voor het Financiewezen, Regionaal Comité Antwerpen, organiseert een voordracht op maandag 17 juni 1991 om 17u30 in de conferentiezaal van de Nationale Bank van België, Leopoldplaats 8 te Antwerpen.

Spreeker is de heer Jacques de Groote (Internationaal Monetair Fonds) over “De economische overgang in Oost-Europa”.

Belgische Vereniging van Juridische Bibliothecarissen en Documentalisten

Op 15 januari 1991 werd de v.z.w. Belgische Vereniging van Juridische Bibliothecarissen en Documentalisten (J.B.D.J.) opgericht, met als eerste voorzitter prof. Jos Dumortier (K.U.Leuven).

De vereniging heeft tot doel de belangen van het juridische bibliotheek- en documentatiewezen te bevorderen en is gevestigd aan de Tiensestraat 41 te 3000 Leuven.