

DE CESSIE-RETROCESSIETRANSACTIE (WET VAN 2 JANUARI 1991): EEN WETTELIJKE REGELING INZAKE FIDUCIAIRE EIGENDOMSOVERDRACHT ALS ZEKERHEIDSTELLING

I. Inleiding

1. De wet van 2 januari 1991 betreffende de markt van de effecten van de overheidsschuld en het monetaire beleidsinstrumentarium¹ heeft in de eerste plaats tot doel de markt van de schatkistcertificaten te hervormen in het kader van het gewijzigd monetair beleid². Toch wordt in deze wet ook een transactie geregeld die niet beperkt is tot overheids-effecten, en dit onder de benaming «cessie-retrocessie»³; het betreft een tussen dezelfde partijen gesloten eenmalige overeenkomst met het oog op een contante verkoop van effecten, onlosmakelijk verbonden met een terugkoop op termijn van effecten met dezelfde kenmerken⁴.

2. Kenmerkend voor deze transactie is het feit dat de wetgever het nodig heeft geacht de bepalingen met betrekking tot het pand niet toepasselijk te verklaren, en tevens de verkoper op termijn te beschermen tegen de gevolgen van een faillissement van zijn tegenpartij of, meer algemeen, van elk geval van samenloop⁵ van de schuldeisers van de koper op termijn. Deze voorzorgsmaatregelen waren, aldus de memorie van toelichting, noodzakelijk om te vermijden dat er betwistingen zouden rijzen omtrent de rechtsgeldigheid van de cessies-retrocessies, aangezien deze transacties het karakter aannemen van een fiduciaire eigendomsoverdracht als zekerheidstelling: de transactie heeft immers hoofdzakelijk tot doel de terugbetaling van de overeengekomen tegenwaarde van de betrokken effecten te garanderen⁶.

3. De voorzichtigheid waarmee de wetgever bij het regelen van de cessie-retrocessietransactie te werk is gegaan, toont duidelijk aan dat er zich inzake de erkenning van de rechtsfiguur van de fiduciaire eigendomsoverdracht als zekerheidstelling (hierna «zekerheidsoverdracht» te noemen) in ons land problemen stellen. Het lijkt dan ook aangewezen om, alvorens de cessie-retrocessie te bespreken, eerst het begrip «zekerheidsoverdracht» nader te analyseren. Daarna wordt aandacht besteed aan de belangrijkste bezwaren die tegen de rechtsgeldigheid van deze rechtsfiguur worden op-

geworpen. Tot slot zal dan de cessie-retrocessie in het licht van de voorafgaande bedenkingen nader ontleed worden.

II. Het begrip «zekerheidsoverdracht»

4. De fiduciaire eigendom (fiducia) wordt enerzijds gekenmerkt door een eigendomsoverdracht ten voordele van de fiduciaire eigenaar, anderzijds door een conventionele beperking van de uitoefening van dit eigendomsrecht in het licht van de doelstelling die aan de overdracht ten grondslag ligt⁷.

5. Naar gelang van het doel van de fiduciaire eigendom kan men twee hoofdcategorieën ervan onderscheiden:

- de eigendomsoverdracht tot beheer (fiducia cum amico), waarbij eigendom wordt overgedragen aan een vertrouwenspersoon, opdat deze de overgedragen zaken bestuurt ten bate van de fiduciant om ze bij het einde van de opdracht terug over te dragen aan de oorspronkelijke eigenaar⁸;
- de eigendomsoverdracht tot zekerheid (fiducia cum creditore), waarbij eigendom wordt overgedragen tot zekerheid van terugbetaling van een schuld.

In deze bijdrage wordt verder enkel aan laatstgenoemde vorm van fiduciaire eigendom aandacht besteed.

6. Bij een zekerheidsoverdracht⁹ wordt eigendom overgedragen aan een fiduciarius (in casu de schuldeiser) tot zekerheid van de terugbetaling door de fiduciant (in casu de

⁷ Vgl. VAN OMMESLAGHE, P., «Rapport de synthèse», in *Les opérations fiduciaires*, Colloque Feduci, 1984, 461; WITZ, Cl., «Un texte exemplaire: le règlement grand-ducal du 19 juillet 1983 relatif aux contrats fiduciaires des établissements de crédit», *D.P.C.I.*, 1984, 140.

⁸ VAN GERVEN, W., *Beginselen van Belgisch privaatrecht*, deel I, *Algemeen deel*, 466; vgl. VAN OMMESLAGHE, P., *o.c.*, 461.

⁹ Het object van de overdracht kan een roerende lichamelijke zaak, een vordering of een onroerende zaak zijn, hoewel aan zekerheidsoverdracht van een onroerende zaak in de praktijk weinig behoefte zal bestaan; er is immers het bezitloze zekerheidsrecht hypotheek, voorzien van een hoge rang en van een vereenvoudigde wijze van uitwinning: VAN MIERLO, A.I.M., *Fiduciaire zekerheid, vuistloos en stil pand*, Kluwer, Deventer, 1988, 128, voetnoot nr. 128. De Behoeftte aan zekerheidsoverdrachten van roerende lichamelijke zaken en schuldvorderingen daarentegen kan worden verklaard doordat een dergelijke overdracht de kans biedt (in principe althans: zie verder) te ontsnappen aan de als hinderlijk gevoelde voorschriften betreffende het pand, met name de voorwaarde van buitenbezitstelling, het verbod van uitdrukkelijk ontbindende bedingen en de verplichte rechterlijke tussenkomst: DIRIX, E. en DE CORTE, R., *Zekerheidsrechten*, Kluwer rechtswetenschappen, Antwerpen, 1989, 225 e.v.

¹ B.S., 25 januari 1991, 1542.

² *Gedr. St., Senaat*, 1101-1 (1990-91), 1-6; 1101-2, 5-6.

³ Zie de artt. 23 t.e.m. 25, titel I; zie over deze transactie: SWENNEN, H., «Hervorming van de financiële markten: de wet van 4 december 1990», *R.W.*, 1990-91, 866.

⁴ *Gedr. St., Senaat*, 1101-1 (1990-91), 22.

⁵ Zowel in de wet als in de memorie van toelichting wordt de term «gelijkgerechtigd opkomen» gebruikt.

⁶ *Gedr. St., Senaat*, 1101-1 (1990-91), 22 en 23.

schuldenaar) van zijn schuld, met dien verstande dat het eigendomsrecht van de fiduciaris gebonden is aan, en daarom beperkt is door, de doelstelling van de overdracht, namelijk het verschaffen van zekerheid: deze beperking van zijn eigendomsrecht is echter geen zakelijke, maar enkel een obligatoire beperking¹⁰.

Hierna worden eerst de eigendomsoverdracht zelf, nadien de conventionele beperking van dit eigendomsrecht nader ontleed. Tot slot wordt stilgestaan bij de vorm waarin de zekerheidsoverdracht gegoten kan worden.

A. Eigendomsoverdracht

7. Voor de duur van de overdracht is de fiduciaire eigenaar volledig eigenaar in de zakenrechtelijke zin van het woord¹¹; hij heeft dan ook, luidens art. 544 B.W., het recht om op de meest volstrekte wijze van de overgedragen zaken het genot te hebben en erover te beschikken, mits hij van dit recht geen gebruik maakt dat strijdig is met de wetten of verordeningen.

8. Dit volledige eigendomsrecht houdt allereerst in dat er geen sprake is van een opsplitsing van het zakelijk recht «eigendom»¹², dit in tegenstelling tot bijvoorbeeld het Anglo-Amerikaanse trustrecht. In dit geval is er wel degelijk sprake van een tweehoofdig zakenrechtelijk eigendomsrecht («dual ownership») door het toekennen van een «legal ownership» aan de trustee (zijnde de tegenhanger van de fiduciaris) enerzijds, en het toekennen van een «equitable, beneficial ownership» aan de begunstigde (zijnde de tegenhanger van de fiduciant) anderzijds¹³. Het bezwaar, als zou de zekerheidsoverdracht in feite neerkomen op het creëren van een zakenrechtelijk recht waarin niet door de wet wordt voorzien (inbreuk op het «numerus clausus»-principe inzake zakelijke rechten) moet dan ook van de hand worden gewezen¹⁴. Ook het hierbij aansluitende bezwaar, gebaseerd op de regel «geen voorrecht zonder wettekst» (volgens welke het principe van de gelijkheid der schuldeisers enkel die uitzonderingen duldt waarin bij de wet is voorzien) kan niet opgaan: de zekerheidsoverdracht creëert immers geen voorrecht buiten de wet om, daar ze gebaseerd is op het aanwenden van het eigendomsrecht zelf¹⁵.

¹⁰ VAN GERVEN, W., o.c., 465.

¹¹ «Les biens composant le patrimoine fiduciaire sont la pleine propriété du fiduciaire. Aucune hésitation n'est permise sur ce point»; WITZ, Cl., o.c., 141.

¹² «La fiducie se caractérise par un transfert de la propriété au profit du fiduciaire, sans démembrement de celle-ci»; VAN OMME-SLAGHE, P., o.c., 461.

¹³ Vgl. VAN GERVEN, W., o.c., 458 e.v.; VAN OMME-SLAGHE, P., o.c., 463.

¹⁴ FORIERS, P.A., «La fiducie en droit belge», in *Les opérations fiduciaires*, o.c., 289; VAN OMME-SLAGHE, P., o.c., 480; DIRIX, E. en DE CORTE, R., o.c., 228, met betrekking tot de zekerheidsoverdracht van schuldvordering. Indien roerende lichamelijke zaken tot zekerheid worden overgedragen en tussen partijen wordt afgesproken dat de zaken verder in het bezit blijven van de debiteur, spreken deze auteurs, naar analogie van de Engelse trust, over een splitsing van het eigendomsrecht in juridische en economische eigendom: DIRIX, E. en DE CORTE, R., o.c., 226.

¹⁵ FORIERS, P.A., o.c., 290; VAN OMME-SLAGHE, P., o.c., 480; betreft het een zekerheidsoverdracht van roerende lichamelijke zaken waarbij de overgedragen zaken verder in het bezit blijven van de

9. Kenmerkend voor het volledig eigendomsrecht is tevens dat de overgedragen zaken, in overeenstemming met het in België gehanteerde principe van de eenheid van vermogen, vermengd worden met de andere vermogensbestanddelen van de fiduciaire eigenaar¹⁶: er wordt dus geen afgescheiden fiduciair vermogen gevormd. Dit heeft tot gevolg dat op de overgedragen zaken beslag kan worden gelegd door de schuldeisers van de fiduciaris, of nog dat deze zaken bij faillissement met deze laatste in de failliete boedel zullen vallen¹⁷, zonder enige mogelijkheid voor de schuldenaar om de overgedragen zaken te revindiceren. Deze kan enkel persoonlijke vorderingsrechten laten gelden¹⁸.

10. Ten slotte zal de fiduciaire eigenaar op grond van zijn volledig eigendomsrecht zijn vordering op de schuldenaar kunnen verhalen op de tot zekerheid overgedragen vermogensbestanddelen indien deze laatste zijn verbintenis tot terugbetaling van zijn schuld niet nakomt¹⁹, en zal hij in geval van samenloop zich op zijn eigendomsrecht kunnen beroepen om die vermogensbestanddelen in en buiten faillissement exclusief voor zich op te eisen²⁰. De schuldeisers van

debiteur, dan kunnen er twijfels rijzen omtrent de tegenwerpelijke aan concurrerende schuldeisers, gezien het nauwe verband tussen een dergelijke zekerheidsoverdracht en de verkoop met eigendomsvoorbehoud: zie verder, nrs. 24 e.v.

¹⁶ FORIERS, P.A., o.c., 293.

¹⁷ VAN OMME-SLAGHE, P., o.c., 469.

¹⁸ FORIERS, P.A., o.c., 294; in de reeds besproken trustfiguur daarentegen (zie boven, nr. 8) vormen de trustgoederen een afgescheiden vermogen, dat in geval van faillissement van de trustee niet in diens failliete boedel valt, en dat, buiten het geval van schulden aangaan in het kader van het bestuur van de trust, onttrokken is aan de schuldeisers van de trustee én de schuldeisers van de begunstigde: VAN GERVEN, W., o.c., 461; zie m.b.t. de mogelijkheid tot «individualisering» van het fiduciair vermogen tevens: VAN OMME-SLAGHE, P., o.c., 469. Opmerkelijk is wel het feit dat de Luxemburgse regeling inzake fiduciaire eigendom het «numerus clausus»-principe ongemoeid laat (m.a.w. de fiduciaris is volledig eigenaar: zie voetnoot 11), maar wel expliciet afwijkt van het principe van de eenheid van vermogen: WITZ, Cl., o.c., 142; het Franse wetsontwerp strekkende tot invoering van de fiduciaire eigendom in de Franse rechtsorde opteert voor dezelfde oplossing: zie «La fiducie, une révolution dans notre droit», in *Banque et droit*, nr. 14, november-december, 1990, 239 e.v. (1ère partie) en *Banque et droit*, nr. 15, januari-februari, 1991, 3 e.v. (2ème partie); «The fiduciary contract or the French version of the trust: a draft bill», in *International business lawyer*, januari 1991, 4 e.v.

¹⁹ VAN MIERLO, A.I.M., o.c., 11; zie nochtans de Luxemburgse regeling inzake fiduciaire eigendom, die aan de fiduciaris bij het einde van de overeenkomst een voorrecht (waarvan de rang niet wordt gepreciseerd) en een retentierecht toekent, een regeling waarvan Witz het nut in twijfel trekt: «Le fiduciaire ne bénéficie-t-il pas, en tant que propriétaire du patrimoine fiduciaire, de garanties suffisantes qui dépassent en intensité celles découlant d'un privilège et d'un droit de rétention? Il aurait été préférable de laisser libre cours aux prévisions des parties qui stipuleront utilement que le transfert des biens au fiduciant, à l'issue du contrat, sera subordonné au paiement de l'intégralité des dettes du fiduciant à l'égard du fiduciaire et qu'il appartiendra à celui-ci de réaliser, après un délai déterminé et selon des modalités à convenir, tout ou partie de l'actif pour obtenir le paiement de ce qui lui est dû», WITZ, Cl., o.c., 143.

²⁰ DIRIX, E. en DE CORTE, R., o.c., 220, met citaat van J. Stoufflet: «Comparée au gage ou à l'hypothèque, la propriété fait figure de reine de sûretés, d'arme absolue entre les mains du créancier»;

de schuldenaar hebben dan ook geen enkele rechtstreekse verhaalbaarheid op de overgedragen zaken ²¹.

B. Conventionele beperking van de uitoefening van het eigendomsrecht

11. Zoals reeds werk beklemtoond ²², is de beperking van het eigendomsrecht van de schuldeiser geen zakelijke, slechts een obligatoire beperking: zolang de overdracht duurt, beschikt de aanvankelijke eigenaar (de schuldenaar) slechts over vorderingsrechten met betrekking tot de overgedragen zaak, niet over een zakelijk recht ²³. De in de overeenkomst opgenomen beperkingen scheppen dan ook enkel persoonlijke verplichtingen van de schuldeiser, maar doen geen verplichtingen ontstaan voor derden, dus ook geen verplichtingen iets niet te doen ²⁴. Het lijkt dan ook, zeker in het licht van mogelijke verarring met de «legal ownership» en «beneficial ownership» van het trustrecht, niet aangewezen de termen «juridische eigendom» en «economische eigendom» te bezigen in het kader van de fiduciaire eigendom ²⁵.

12. Op basis van de wilsautonomie zullen de partijen vrij kunnen bepalen welke beperkingen de fiduciaire eigenaar op zich neemt met betrekking tot de uitoefening van zijn eigendomsrecht op de overgedragen zaken. Deze beperkingen

revindicatie zal echter problematisch zijn, indien deze vervangbare zaken tot voorwerp heeft: zie verder, nr. 30.

²¹ Wel zouden ze kunnen overgaan tot het leggen van derdenbeslag in handen van de fiduciaire eigenaar ten einde betaling te krijgen op de vordering die de schuldenaar zal kunnen uitoefenen bij het einde van de overeenkomst: VAN OMMESLAGHE, P., o.c., 468; FORIERS, P.A., o.c., 293.

²² Zie boven, nr. 6 en voetnoot 10; nr. 9 en voetnoot 18.

²³ Van Gerven spreekt m.b.t. de fiduciaire eigendomsoverdracht dan ook van een bovenmatige toedeling van rechten aan één partij (de schuldeiser) ten koste van de andere partij (de schuldenaar); aan de schuldenaar wordt de beste bescherming tegen eventuele wanprestatie van de schuldeiser, namelijk het eigendomsrecht en de eraan verbonden revindicatiemogelijkheid, zonder voldoende reden onttrokken; obligatoire vorderingen worden hem daarvoor in de plaats gegeven: VAN GERVEN, W., o.c., 467; deze scheef getrokken verhouding wordt grotendeels recht getrokken in de reeds besproken trustfiguur. Door aan de begunstigde een zakelijk recht toe te kennen («equitable ownership»; zie boven, nr. 8) krijgt deze tevens een volgrecht, zij het binnen bepaalde perken: in geval van onregelmatige vervreemding om niet, of uit baat aan een derde te kwader trouw, kan hij de vervreemde goederen terugvorderen, zoniet dan draagt zijn recht op de door de trustee verworven tegenwaarde: VAN GERVEN, W., o.c., 461; op het beschermend effect dat bereikt wordt doordat de trustgoederen een afgescheiden vermogen vormen werd reeds gewezen: zie boven, voetnoot 18.

²⁴ Wel zal de schuldenaar een derde als derde medeplichtige aan contractbreuk kunnen aanspreken, indien deze het bestaan van het contract kent of behoort te kennen en niettemin zijn medewerking verleent aan de schending — door de schuldeiser — van zijn verplichtingen: Cass., 22 april 1983, *R.W.*, 1983-84, 427; vgl. VAN OMMESLAGHE, P., o.c., 466.

²⁵ Foriers merkt in dat verband op dat het op zijn minst eigenaardig is te spreken over economische «eigendom» (zijnde een zakelijk recht) die enkel tegenwerpelij is tussen partijen en dus de facto neerkomt op een vorderingsrecht, terwijl het essentiële kenmerk van eigendom (zoals elk zakelijk recht) juist de tegenwerpelijheid erga omnes is: FORIERS, P.A., o.c., 281.

zullen steeds aangepast zijn aan het doel dat aan de overdracht ten grondslag ligt, zijnde het verschaffen van zekerheid.

13. In het licht van deze doelstelling kunnen partijen alereerst overeenkomen dat de eigenaar de opbrengsten van de overgedragen zaak zal innen, maar deze zal toerekenen op de schuld. Van Ommeslaghe neemt als voorbeeld een zekerheidsoverdracht van een schuldvordering: de fiduciaire eigenaar zal de betalingen door de gecedeerde schuldenaar innen en deze toerekenen op de schuld die aan de zekerheidsoverdracht ten grondslag ligt, en dit tot hij volledig betaald is; blijft er nadien nog een saldo verschuldigd door de gecedeerde derde, dan zal de schuldvordering opnieuw aan de oorspronkelijke eigenaar worden overgedragen.²⁶

14. Tevens kunnen de partijen overeenkomen dat de fiduciarius van zijn eigendomsrecht (en meer bepaald zijn recht tot vervreemding) slechts gebruik zal maken wanneer de schuldenaar zijn verbintenis tot terugbetaling van zijn schuld niet nakomt. Aangezien een dergelijke afspraak enkel obligatoire werking heeft, zal het niet nakomen ervan (met andere woorden vervreemding zonder verzuim van de schuldenaar) wanprestatie van de fiduciarius opleveren; de afspraak verhindert echter niet dat de fiduciarius de zaak rechtsgeldig kan vervreemden ²⁷.

15. Met betrekking tot de verplichting van de schuldeiser de overgedragen zaken terug over te dragen aan de schuldenaar zodra de schuld volledig is terugbetaald, is een genuanceerde benadering gewenst. Volgens Van Gerven is ook dit recht op wederoverdracht bij afbetaling van de schuld een louter vorderingsrecht ²⁸; dit impliceert dat na de algehele voldoening van de schuld de fiduciarius nog steeds eigenaar is van de overgedragen zaak, maar dat er op dat ogenblik voor hem een persoonlijke verplichting ontstaat de zaak terug over te dragen: retro-overdracht van de zaak door de fiduciarius is in dat geval dan ook vereist ²⁹. Dit hoeft toch niet noodzakelijk het geval te zijn: volgens de «voorwaardelijk recht»-opvatting ³⁰ gebeurt de zekerheidsoverdracht onder een aan de overdracht zelf verbonden ontbindende voorwaarde, welke vervuld wordt door de algehele

²⁶ VAN OMMESLAGHE, P., o.c., 474; in deze regeling wordt trouwens uitdrukkelijk voorzien door art. 3 van de wet op het pand in handelszaken van 5 mei 1872, waarbij echter niet uit het oog verloren mag worden dat tussen pand en zekerheidsoverdracht een essentieel verschil bestaat; bij pand is er, in tegenstelling tot zekerheidsoverdracht, geen sprake van eigendomsoverdracht.

²⁷ VAN MIERLO, A.I.M., o.c., 13, voetnoot 7; op de mogelijkheid van derde-medeplichtigheid aan contractbreuk werd reeds gewezen: zie boven, voetnoot 24; beschouwt men de fiduciarius als voorwaardelijke eigenaar (zie verder, nr. 15), dan vindt deze beperking van de vervreemdingsbevoegdheid haar reden in de aard van de vervreemdingsbevoegdheid zelf; immers, zolang de schuldenaar niet in verzuim is, kan de fiduciarius niet meer dan zijn voorwaardelijk recht overdragen; een derde verkrijger wordt derhalve eveneens voorwaardelijk eigenaar; zijn recht neemt dan ook een einde op het ogenblik van de gehele voldoening van de schuld door de schuldenaar aan de fiduciair, waardoor de fiduciaire zaak nauwelijks verkoopbaar is: VAN MIERLO, A.I.M., o.c., 19.

²⁸ VAN GERVEN, W., o.c., 465.

²⁹ Zie over deze «onvoorwaardelijk recht»-opvatting: VAN MIERLO, A.I.M., o.c., 12 e.v.

³⁰ Zie over deze «voorwaardelijk recht»-opvatting: VAN MIERLO, A.I.M., o.c., 17 e.v.; 24 e.v.

voldoening van de schuld; de vervulling van die voorwaarde heeft dan tot gevolg dat het eigendomsrecht van de schuldeiser tenietgaat, en dat de eigendom van rechtswege terugkeert bij de schuldenaar: retro-overdracht van de zaak door de schuldeiser is in dat geval dan ook niet vereist³¹.

16. Partijen kunnen ten slotte overeenkomen dat de schuldenaar de overgedragen zaken verder zal mogen gebruiken: in tegenstelling tot de regels inzake pand wordt het vereiste van machtonttrekking immers niet gesteld bij eigendomsoverdracht³². Niets belet dan ook de schuldeiser om aan de schuldenaar de gebruiksbevoegdheid met betrekking tot de overgedragen zaken te verlenen, door het sluiten van een bruikleenovereenkomst of een bewaargeving: de overgedragen zaken verblijven dan verder onder de ex-eigenaar, die er houder van blijft voor de fiduciaire eigenaar³³.

C. Vorm van de zekerheidsoverdracht

17. Behoudens specifieke regelingen zoals de hierna te bespreken cessie-retrocessietransactie, komt de rechtsfiguur van de fiduciaire eigendomsoverdracht als zekerheidstelling formeel niet in de Belgische rechtsorde voor. Wanneer partijen zonder meer overeenkomen dat eigendom wordt overgedragen tot zekerheid van de terugbetaling van een schuld, dan is dit ontegenzeggelijk een onbenoemd contract. Gelet op het principe van de wilsautonomie levert deze vaststelling op zichzelf echter geen bezwaar op; wel zou de Belgische rechter, geconfronteerd met het in ons rechtstelsel weinig bekende concept «fiduciaire eigendomsoverdracht», de onbenoemde overeenkomst tot een benoemd contract kunnen herkwalficeren, namelijk een inpandgeving³⁴. De rechter zou dit kunnen doen op grond van een analyse van de werkelijke wil der partijen, waarbij hij zich laat leiden door de beperkingen die aan het eigendomsrecht van de fiduciair worden aangebracht, en door het doel dat aan de overeenkomst ten grondslag ligt (het verschaffen van zekerheid). De mening van Van Ommeslaghe over een dergelijke herkwalficatie laat evenwel aan duidelijkheid niets te wensen over: «... nous croyons personnellement que, ce faisant, le juge méconnaîtrait l'intention réelle des parties et violerait ainsi l'article 1156 du Code civil»³⁵.

³¹ In een beschikking van 3 oktober 1980 heeft de Nederlandse Hoge Raad als standpunt ingenomen dat de zekerheidsoverdracht aan de fiduciair een eigendomsrecht onder ontbindende voorwaarde verschaft, tenzij door partijen anders wordt overeengekomen: H.R., 3 oktober 1980, *N.J.*, 1981, 60; zie de bespreking van deze beschikking bij VAN MIERLO, A.I.M., *o.c.*, 20 e.v.

³² «... l'effet de sûreté résulte en l'espèce d'une institution complètement différente de celle du gage, à savoir le transfert de propriété, pour lequel la condition de dépossession n'est pas prévue par le droit positif»: VAN OMMEFLAGHE, P., *o.c.*, 482.

³³ Zie over de bevoegdheid van de schuldenaar tot het gebruik van de tot zekerheid overgedragen zaken: VAN MIERLO, A.I.M., *o.c.*, 38 e.v.; voor een analyse van de vraag of een dergelijke zekerheidsoverdracht tegenwerpelijk is aan concurrerende schuldeisers: zie verder, nrs. 24 e.v.

³⁴ FORIERS, P.A., *o.c.*, 282; VAN OMMEFLAGHE, P., *o.c.*, 478.

³⁵ VAN OMMEFLAGHE, P., *o.c.*, 478; cf. FORIERS, P. A., *o.c.*, 280: «La volonté réelle des parties est si bien de transmettre la propriété au fiduciaire que c'est le but de l'opération, et que la fiducie ne pourrait utilement fonctionner si le fiduciaire n'était pas réellement propriétaire»; zie nochtans DE PAGE, H., IV, nr. 374bis, die met be-

18. Partijen kunnen de zekerheidsoverdracht echter ook gieten in de vorm van een benoemd contract, zoals een koopovereenkomst met recht van wederinkoop: de kredietnemer verkoopt de zaken aan de kredietgever met voorbehoud van het recht van wederinkoop; de betaalde koopprijs vervult de rol van het geleende geld; de terugbetaling daarvan geschiedt door de gebruikmaking van het recht van wederinkoop³⁶.

19. Ten slotte zullen de partijen, ongeacht de vorm die aan de overeenkomst is gegeven, in voorkomend geval de formaliteiten inzake publiciteit moeten naleven, willen zij de eigendomsoverdracht tegenwerpelijk maken aan derden: overschrijving van de overdrachtsakte in het register van het hypotheekkantoor in geval van zekerheidsoverdracht van een onroerende zaak (art. 1, tweede lid, Hyp. Wet); betekening van de overdracht in geval van zekerheidsoverdracht van een schuldvordering (art. 1690 B.W.); inschrijving in het register der aandelen op naam in geval van zekerheidsoverdracht van aandelen op naam (art. 42 Venn. Wet)³⁷.

III. Bezwaren tegen de rechtsgeldigheid van de zekerheidsoverdracht

20. Bij de bespreking van de rechtsfiguur «zekerheidsoverdracht» werden reeds enkele bezwaren tegen de rechtsgeldigheid van deze rechtsfiguur onderzocht: inbreuk op het «numerus clausus»-principe inzake zakelijke rechten en op de regel «geen voorrecht zonder wettekst»³⁸; inbreuk op het principe van de eenheid van vermogen³⁹; noodzaak tot herkwalficering van de onbenoemde overeenkomst in een inpandgeving⁴⁰. Hierna wordt aandacht besteed aan drie andere bezwaren die met betrekking tot de zekerheidsoverdracht worden opgeworpen: veinzing, de niet-tegenwerpelijkheid aan derden indien de debiteur de overgedragen zaken verder kan gebruiken, en het ongeoorloofd omzeilen van de dwingende voorschriften inzake pand (wetsontduiking).

A. Veinzing

21. Veinzing sluit gedeeltelijk aan bij herkwalficatie: zowel de vaststelling van veinzing als het mechanisme van herkwalficatie zijn immers gebaseerd op een analyse van de werkelijke bedoeling der partijen, een analyse die resulteert in de vaststelling van een discrepantie tussen de werkelijke en de uitgedrukte wil. Bij veinzing is de discrepantie tussen werkelijke en uitgedrukte wil echter bewust gewild door de partijen, terwijl deze discrepantie bij herkwalficatie slechts berust op een misverstand.

trekking tot de zekerheidsoverdracht van schuldvordering stelt: «... on ne se trouve plus alors en présence d'une cession de créance, mais d'un gage, la créance étant, dans l'intention des parties, non pas cédée, mais donnée en nantissement».

³⁶ VAN MIERLO, A.I.M., *o.c.*, 6, die in dat verband terecht spreekt over een gekunstelde constructie; de koop met recht van wederinkoop mag niet worden verward met de «dubbele koop»: zie verder, nr. 31.

³⁷ FORIERS, P.A., *o.c.*, 295; VAN OMMEFLAGHE, P., *o.c.*, 465.

³⁸ Zie supra, nr. 8.

³⁹ Zie supra, nr. 9.

⁴⁰ Zie supra, nr. 17.

22. Volgens De Page ⁴¹ is er sprake van veinzing, «... lorsque les parties font un acte apparent dont elles conviennent de modifier ou de détruire les effets par une autre convention demeurée secrète. La simulation suppose donc deux conventions, contemporaines l'une de l'autre, mais dont l'une n'est destinée qu'à donner le change. Il n'existe au fond qu'une seule convention réelle, la convention secrète».

23. Aangezien er bij zekerheidsoverdracht geen sprake is van een tweede, geheime overeenkomst (de zgn. «tegenbrief» van art. 1321 B.W.), ontbreekt volgens Foriers en Van Ommeslaghe een van de essentiële elementen om veinzing in te roepen ⁴²; het feit alleen dat de fiduciaris een aantal conventionele beperkingen met betrekking tot zijn eigendomsrecht aanvaardt, is onvoldoende om tot veinzing te besluiten ⁴³.

B. De niet-tegenwerpelijheid aan derden, ingeval de overgedragen zaken verder verblijven onder de ex-eigenaar

24. Bij zekerheidsoverdracht verkrijgt de fiduciaris ⁴⁴ de volledige eigendom over de overgedragen zaken. Ook al komt daardoor aan de fiduciaris in beginsel de gebruiksbevoegdheid toe van de tot zekerheid overgedragen zaken, dan nog belet niets de partijen overeen te komen dat de schuldenaar de overgedragen zaken verder zal mogen gebruiken ⁴⁵; de fiduciaris streeft immers niet zozeer het gebruik van de overgedragen zaken na, maar wenst zijn vordering bij voorrang, boven andere schuldeisers van de schuldenaar, te verhalen op de hem tot zekerheid overgedragen zaken. De schuldenaar daarentegen zal streven naar de mogelijkheid gebruik te kunnen maken van de tot zekerheid overgedragen zaken, hetzij omdat hij deze moeilijk kan missen voor zijn bedrijfsvoering, hetzij om een andere reden. Aan deze wens kan probleemloos worden voldaan langs obligatoire weg, bijvoorbeeld door het sluiten van een bruikleenovereenkomst ⁴⁶, waarbij de eigenaar zich het recht voorbehoudt de zaken terug te vorderen ingeval de schuldenaar zijn verplichtingen niet nakomt of in geval van onvermogen van deze laatste. In hoeverre is een dergelijke zekerheidsoverdracht tegenwerpelij bij samenloop van schuldeisers?

25. De tegenwerpelijheid aan derden kan op het eerste gezicht problematisch zijn, gezien het nauwe verband tussen een dergelijke zekerheidsoverdracht en het beding van

eigendomsvoorbehoud ⁴⁷: de fiduciaire overdracht geschiedt onder de ontbindende voorwaarde van het tenietgaan van de schuld ⁴⁸, tot zekerheid waarvan de zaken worden overgedragen en de zaken verder verblijven onder de ex-eigenaar, die er houder van blijft voor de fiduciaire eigenaar; de levering onder eigendomsvoorbehoud vindt plaats onder de opschortende termijnbepaling ⁴⁹ van het volledig betalen van de koopprijs door de koper, die in afwachting van het intreden van deze termijn alsnog slechts houder is van de zaken die de eigenaar al uit handen heeft gegeven ⁵⁰. Aangezien het eigendomsvoorbehoud van de onbetaalde verkoper volgens het reeds geciteerde cassatiearrest van 9 februari 1933 niet tegenwerpelij is aan de boedel, zou de vraag naar de tegenwerpelijheid aan derden met betrekking tot de zekerheidsoverdracht op dezelfde wijze beantwoord moeten worden ⁵¹.

26. Het cassatiearrest van 1933 steunt in essentie op de volgende overweging: bij samenloop van schuldeisers wordt de (zeer beperkte) revindicatiemogelijkheid van de onbetaalde verkoper op dwingende wijze geregeld ⁵². Ieder met de beperking van deze artikelen strijdig beding is niet tegenwerpelij aan derden, dus ook het beding van eigendomsvoorbehoud, dat in feite neerkomt op het toekennen van een verlengde revindicatiemogelijkheid ten voordele van de verkoper. De verkoper kan met andere woorden bij samenloop van schuldeisers niet meer als eigenaar optreden ten opzichte van derden, ook al heeft hij zich dat recht contractueel voorbehouden; de koper is dan ook slechts «houder» inter partes, maar niet ten opzichte van de concurrerende schuldeisers.

27. Deze zienswijze kan echter niet zonder meer getransponeerd worden op de situatie van de fiduciaire eigenaar, en dit om een zeer eenvoudige reden: de fiduciaire eigendom wordt gekenmerkt door een eigendomsoverdracht *ten voordele van de fiduciaris*: de partijrelatie bij verkoop met beding van eigendomsvoorbehoud is dan ook essentieel verschillend van die bij zekerheidsoverdracht ⁵³. De fiduciaire eigenaar is immers geen «onbetaalde verkoper», aangezien hij – althans tot de volledige terugbetaling van de schuld

⁴⁷ Zie m.b.t. het beding van eigendomsvoorbehoud: Cass., 9 februari 1933, *Pas.*, 1933, I, 103; SCHRANS, G., «Het beding van eigendomsvoorbehoud en zijn externe werking tegenover de schuldeisers van de koper van een zaak», *T.P.R.*, 1982, 145 e.v., met de daarin opgenomen verwijzingen; DIRIX, E., DE CORTE, R., *o.c.*, 221 e.v.

⁴⁸ Hetgeen echter niet noodzakelijk het geval hoeft te zijn: zie de «onvoorwaardelijk recht»-opvatting, *supra*, nr. 15.

⁴⁹ En niet onder opschortende voorwaarde: Cass., 9 februari 1933, *o.c.*, 103.

⁵⁰ DIRIX, R. en DE CORTE, R., *o.c.*, 227.

⁵¹ *Ibid.*, 227; bij hun bespreking van het eigendomsvoorbehoud wijzen zij echter op het feit dat een verhuurder of bewaargever wél hun eigendom kunnen terugvorderen, *o.c.*, 223.

⁵² Zie de artt. 546 en 568 Faill.W. in geval van faillissement; art. 20 Hyp.W. in de overige gevallen.

⁵³ «Ni la vente avec réserve de propriété, ni le leasing ne sauraient être assimilés à des mécanismes fiduciaires: la fiducie implique en effet une aliénation par le fiduciant au fiduciaire, ce qui n'est pas le cas dans ces opérations»; FORIERS, P.A., *o.c.*, 275; indien partijen hun zekerheidsoverdracht gieten in de vorm van een dubbele verkoop zal het hier besproken cassatiearrest echter wél toepasselijk zijn: zie verder, nr. 33.

⁴¹ DE PAGE, H., II, nr. 618 e.v.

⁴² «Il ne fait pas de doute que le transfert de propriété fiduciaire n'est nullement simulé, aucune contre-lettre ne venant l'annihiler»: FORIERS, P.A., *o.c.*, 280; vgl. VAN OMMESLAGHE, P., *o.c.*, 477, 478.

⁴³ «Les clauses restreignant le droit de fructus, d'usus ou même d'abus d'un propriétaire sont nombreuses et banales, et elles n'ont jamais été considérées comme impliquant une simulation de l'acte par lequel la propriété est acquise»: VAN OMMESLAGHE, P., *o.c.*, 478; vgl. FORIERS, P.A., *o.c.*, 281.

⁴⁴ Al dan niet onder ontbindende voorwaarde; zie boven, nr. 15.

⁴⁵ Zie boven, nr. 16.

⁴⁶ Zie voor een bespreking van de diverse andere mogelijkheden zoals huur of bewaargeving: VAN MIERLO, A.I.M., *o.c.*, 40 e.v., die ook de mogelijkheid langs zakenrechtelijke weg (nl. door het vestigen van een recht van vruchtgebruik) niet uitsluit: VAN MIERLO, A.I.M., *o.c.*, 42.

– «koper» is van de overgedragen zaken. In geval van samenloop zal hij dan ook niet optreden op grond van een contractueel bedongen eigendomsvoorbehoud, maar wel op grond van een vordering tot teruggave krachtens een bruikleen- of bewaargevingsovereenkomst.

28. De consequenties van deze vaststelling komen duidelijk tot uiting in een vonnis van de Rechtbank van Koophandel te Kortrijk van 7 juni 1977⁵⁴: huur, bewaargeving e.d. vallen bij samenloop van schuldeisers buiten de werksfeer van de dwingende wetsbepalingen met betrekking tot de revindicatie van de verkoper en de daaraan verbonden niet-tegenwerpelijke. In dergelijke gevallen gaat het om een persoonlijke vordering tot teruggave krachtens een tegenwerpelijke overeenkomst, op voorwaarde dat het eigendomsrecht van de eiser vaststaat op het ogenblik van de samenloop der schuldeisers. De eiser heeft dan ook volgens deze tegenwerpelijke overeenkomst recht op teruggave van de in bewaring gegeven zaken, aangezien deze niet behoren tot de failliete boedel; de vordering van de bewaargever tot teruggave van de toevertrouwde zaak vloeit hierbij voort uit de rechtsfiguur van de bewaargeving zelf: de bewaarnemer verkrijgt niet het bezit, slechts de detentie van de hem toevertrouwde zaak⁵⁵.

29. De vraag naar de tegenwerpelijke aan derden van een zekerheidsoverdracht, waarbij de overgedragen zaken verder verblijven onder de ex-eigenaar, lijkt dan ook op de volgende wijze te kunnen worden beantwoord: de clause waarbij de «verkoper» (in casu de schuldenaar) slechts de hoedanigheid van houder verwerft tot volledige betaling van de schuld kan worden tegengeworpen aan derden in geval van samenloop, mits partijen dit «houderschap» voorzien in een rechtsgeldige titel zoals huur, bewaargeving of bruikleen⁵⁶. Toch moeten hierbij twee belangrijke nuanceringen worden aangebracht.

⁵⁴ Kh. Kortrijk, 7 juni 1977, *R.W.*, 1979-80, 2073, met noot van BRAECKMANS, H., «Is tegenwerpelijkmaking van eigendomsvoorbehoud op grond van bewaargeving mogelijk?»; vgl. Cass., 2 mei 1964, *Pas.*, 1964, I, 932.

⁵⁵ BRAECKMANS, H., *o.c.*, 2076; hetzelfde kan gezegd worden m.b.t. huur of bruikleen; het onderscheid tussen detentie en bezit wordt trouwens uitdrukkelijk gesteld in een noot onder aan het casatfeerrest van 1933: «Le détenteur et le possesseur ont avec la chose le même rapport extérieur, qu'on appelle parfois rapport possessorie; dans le cas où la protection possessorie est accordée par la loi, on dit alors qu'il y a possession; quand elle n'est pas accordée, on dire qu'il y a détention. C'est la loi qui détermine quand la protection possessorie existe;... la loi a considéré que sont détenteurs ceux qui, en vertu de leur titre, tiennent la chose non pour eux-mêmes mais pour un tiers qui est considéré comme le véritable possesseur quoiqu'il n'ait pas de rapport direct avec la chose;... l'acheteur... achète en vue de posséder pour lui-même; l'obligation du vendeur est de transférer la propriété et de délivrer la chose; la délivrance est la mise en possession. S'il retenait et la propriété et la possession, il n'y aurait pas de vente. S'il y a vente, nécessairement l'acheteur auquel la chose a été livrée est en sa possession; il ne la tient pas, en effet, en vertu d'un titre qui est tel que la loi ravale sa possession à la détention»; Cass., 9 februari 1933, *o.c.*, 117.

⁵⁶ Vgl. VAN OMMESLAGHE, P., *o.c.*, 465, voetnoot 35: «Il faut un titre juridique au maintien de la possession dans le chef de l'aliénateur: prêt ou dépôt le plus souvent»; zie met betrekking tot deze problematiek tevens HERBOTS, J., «Bezit en bewijs», *R.W.*, 1973-74, 1033.

30. Een eerste nuancering betreft de aard van de tot zekerheid overgedragen zaken. Opdat een zaak die niet aan de gefailleerde schuldenaar toebehoort, door de schuldeiser ervan teruggevorderd kan worden, is niet alleen vereist dat deze ten aanzien van de boedel zijn eigendomsrecht op die zaak kan bewijzen, maar zal de schuldeiser tevens moeten aantonen dat het voorwerp dat de gefailleerde bezit, gelijk is aan het voorwerp dat door hem wordt opgevorderd⁵⁷. De door de bewaargever ingestelde vordering tot teruggave zal dan ook slechts succes hebben, indien hij erin slaagt de opgeëiste zaken in de failliete boedel als de zijne te identificeren; een dergelijke identificatie of individualisering zal echter problematisch zijn indien de terugvordering vervangbare zaken (soortzaken) tot voorwerp heeft⁵⁸.

31. Een tweede nuancering betreft de vorm waarin de partijen hun overeenkomst hebben gegoten. Zoals reeds vermeld⁵⁹ kan de overeenkomst de vorm aannemen van een koopovereenkomst met recht van wederinkoop⁶⁰, waarbij aan de verkoper de *mogelijkheid* geboden wordt om de overgedragen zaken terug te kopen; heeft de verkoper zijn recht van wederinkoop niet uitgeoefend binnen de voorgeschreven tijd, dan blijft (dus niet: «dan wordt») de koper onherroepelijk eigenaar⁶¹. Deze constructie mag niet worden gelijkgesteld aan de zgn. «dubbele verkoop», zijnde een verkoop contant en een verkoop op termijn, terzelfder tijd gesloten tussen dezelfde partijen: in tegenstelling tot de verkoop met *recht* van wederinkoop verplicht de verkoper contant zich hier immers om de overgedragen zaken op termijn terug te kopen.

32. Aangezien overeenkomstig art. 1583 B.W. bij verkoop van welbepaalde zaken de koop tussen partijen voltrokken is zodra er overeenkomst is betreffende de zaak en de prijs, geschiedt de overdracht van eigendom op dat tijdstip, zelfs vóór enige betaling of levering⁶². Met andere woorden: bij een dubbele verkoop (en dus ook bij een zekerheidsoverdracht die in de vorm is gegoten van een dubbele verkoop)

⁵⁷ Antwerpen, 20 augustus 1990, *T.R.V.*, 1990, 538; voor verdere verwijzingen: HUYGHE, E., «Bewaargeving-revindicatie van vervangbaar gestelde aandelen», noot onder Antwerpen, 20 augustus 1990, *o.c.*, 542.

⁵⁸ HUYGHE, E., *o.c.*, 545; het aangehaalde arrest en de bijhorende noot behandelen de problematiek van bewaargeving van aandelen en obligaties. Werden in de bewaargevingsovereenkomst de nummers van de effecten aangeduid, dan zal de individualisering geen problemen opleveren. De aangehaalde teksten bevatten tevens een interessante analyse van het K.B. nr. 62 van 10 november 1967 (*B.S.*, 14 november 1967): dit K.B. voorziet ter bevordering van de omloop van de effecten in een stelsel waarbij de effecten principieel vervangbaar worden gesteld, met het gevolg dat ze bij gebrek aan nummeraanduiding hun individualiteit verliezen. Het K.B. nr. 62 diende dan ook te voorzien in een aangepaste regeling inzake terugvordering (art. 10); een soortgelijke regeling vindt men trouwens terug in art. 8 van de wet van 2 januari 1991, met betrekking tot de terugvordering van het bedrag aan gedematerialiseerde effecten van de staatsschuld. Art. 1 van dezelfde wet bepaalt immers dat de staatsschuld belichaamd kan zijn in gedematerialiseerde effecten die uitsluitend op rekeningen zijn geboekt.

⁵⁹ Zie boven, nr. 18.

⁶⁰ Artt. 1659 e.v. B.W.

⁶¹ Art. 1662 B.W.

⁶² SCHRANS, G., *o.c.*, 147; dit is evenwel niet het geval bij verkoop van soortzaken: zie verder, nr. 46.

gaat eigendom over van verkoper contant (fiduciant) naar koper contant (fiduciaris), maar gaat deze eigendom op hetzelfde ogenblik opnieuw over van de verkoper op termijn (fiduciaris) naar de koper op termijn (fiduciant).

33. Welke gevolgen heeft dit in geval van samenloop? Zijn de zaken in het bezit gesteld van de fiduciaris, dan zal deze, op basis van zijn retentierecht, kunnen weigeren de zaken aan de curator af te geven⁶³. Hierbij dient nog te worden opgemerkt dat, indien de partijen een beding van eigendomsvoorbehoud hebben gemaakt, dit beding wel degelijk aan de curator kan worden tegengeworpen: daar de zaken nog niet zijn geleverd, kan er immers geen gevaar bestaan voor misleiding van de andere schuldeisers⁶⁴. Zijn de zaken echter in het bezit van de schuldenaar gebleven, dan zal de fiduciaire eigenaar bij samenloop van schuldeisers wel degelijk optreden in de hoedanigheid van «onbetaalde verkoper», en zal hij, overeenkomstig het cassatiearrest van 9 februari 1933, de zaken niet kunnen revindiceren.

C. *Het ongeoorloofd omzeilen van de dwingende voorschriften inzake pand (wetsontduiking)*

34. Zowel bij inpandgeving als bij zekerheidsoverdracht wordt hetzelfde doel nagestreefd, namelijk het verschaffen van zekerheid. Toch vertonen deze rechtsfiguren twee essentiële verschillen: in tegenstelling tot de zekerheidsoverdracht wordt bij het pand de voorwaarde van de buitenbezitstelling opgelegd, en blijft de pandgever eigenaar van de in pand gegeven zaken. Deze verschillen kunnen door beide partijen als hinderlijk worden beschouwd: door de schuldenaar, omdat hij de zaken die tot zekerheid strekken verder wenst te gebruiken; door de schuldeiser, omdat hij (geen eigenaar zijnde) bij niet-nakoming door de schuldenaar van zijn verbintenissen niet over het pand mag beschikken, maar zich vooraf tot de rechter dient te wenden. Art. 2078 B.W. bepaalt in dat verband uitdrukkelijk dat elk beding waarbij de schuldeiser gemachtigd zou worden zich het pand toe te eigenen of erover te beschikken, nietig is.

35. Zoals reeds is aangetoond bij de algemene bespreking van de zekerheidsoverdracht kan men, door het eigendomsrecht zelf tot zekerheid aan te wenden, via deze rechtsfiguur de hinderlijk geachte voorschriften inzake pand omzeilen. Aangezien eigendomsoverdracht de werkelijke bedoeling van partijen is, kan van een discrepantie tussen werkelijke en uitgedrukte wil bezwaarlijk gesproken worden: noch herkwalficatie⁶⁵ noch veinzing⁶⁶lijken dan ook een aanvaardbare grondslag om de regels inzake pand alsnog toepasselijk te verklaren.

36. Moeilijker te weerleggen echter is de stelling, als zou de figuur van de zekerheidsoverdracht enkel en alleen gekozen zijn met de bedoeling de dwingende voorschriften inzake pand buiten werking te stellen. In een dergelijk geval zou het doel zelf van de zekerheidsoverdracht aangetast zijn

door onwettigheid, daar de partijen zich schuldig maken aan wetsontduiking: door het aanwenden van een op zichzelf geldige rechtsfiguur (eigendomsoverdracht) wordt een rechtstoestand geschapen die praktisch gesproken volkomen gelijk is aan die welke door de dwingende regels inzake pand verboden wordt (verbod van pand zonder buitenbezitstelling; verbod van uitdrukkelijk ontbindend beding).

37. Niettemin kan men zich de vraag stellen, of de niet-toepasselijkheid van de theorie van wetsontduiking met betrekking tot de zekerheidsoverdracht niet kan worden afgeleid uit een cassatiearrest van 26 juli 1872⁶⁷. In dat arrest diende het Hof zich uit te spreken over de vraag of een verkoop «contant» van obligaties, gekoppeld aan de wederzijdse verbintenis van de koper (respectievelijk verkoper) om diezelfde obligaties opnieuw over te dragen (respectievelijk over te nemen) kan worden tegengeworpen aan de failliete boedel van de verkoper «contant». De curator wierp onder meer op dat de transactie tot doel had de terugbetaling van de aan de verkoper «contant» verstrekte geldsom te waarborgen, waardoor het hier in feite ging om een verkapte inpandgeving. Het Hof nam ter zake het volgende standpunt in: «*considérant que le débiteur ne perd pas la propriété des choses qu'il remet en gage au créancier; qu'au contraire, le défendeur est devenu propriétaire des obligations livrées par Daele (de verkoper 'contant'); que les conditions du nantissement ne se recontrent donc pas dans l'espèce; que l'opération, eût-elle eu pour but de donner des sûretés à Tibbaut (de verkoper op termijn), a conservé son caractère d'aliénation et ne peut dès lors être soumise aux formalités particulières au contrat de nantissement*»⁶⁸. De samenvatting boven het arrest stelt dan ook: «*Il n'y a pas de nantissement là où il y a transmission de propriété par le débiteur au profit de son créancier (Code civil, art. 2071)*»⁶⁹.

38. In de geraadpleegde literatuur wordt naar dit arrest enkel verwezen wanneer het de overhandiging van een geldsom tot zekerheid betreft⁷⁰; toch kan nergens uit de bewoordingen van het arrest afgeleid worden dat de toepasselijkheid ervan tot dergelijke transacties moet worden beperkt: de regel «geen pand in geval van eigendomsoverdracht» is derhalve op elke zekerheidsoverdracht van toepassing.

39. Deze regel kan als volgt geïnterpreteerd worden. Zekerheidsoverdracht en pand streven beide dezelfde economische doelstelling na (namelijk het verschaffen van zekerheid), maar zijn van elkaar onafhankelijke rechtsfiguren, ieder met hun eigen juridische karakteristieken. Neemt men het «sui generis»-karakter van de zekerheidsoverdracht aan,

⁶⁷ Cass., 26 juli 1872, *Pas.*, 1872, I, 452.

⁶⁸ *Ibid.*, 459.

⁶⁹ *Ibid.*, 452.

⁷⁰ DIRIX, E. en DE CORTE, R., *o.c.*, 221; VAN RIJN J. en HEENEN, J., IV (1965), 185 e.v.; FREDERICO, II, 575 e.v., die als voorbeeld neemt de transactie waarbij een cliënt een bepaalde som in handen geeft van de bank teneinde zekere verrichtingen te waarborgen, en waarbij de bank de verplichting aangaat een gelijk bedrag terug te geven wanneer de schuldenaar zijn verplichtingen heeft nageleefd; wordt de schuldenaar failliet verklaard, dan zal de bank de tot waarborg gestorte sommen mogen behouden in de mate van haar nog bestaande schuldvordering, omdat volgens het contract, dat aan de boedel tegenwerpelij is en dat vóór het faillissement werd gesloten, de terugbetaling door de bank ondergeschikt werd gemaakt aan een voorwaarde die niet werd vervuld.

⁶³ Art. 570 Faill.W.; de curator kan wel, met machtiging van de rechter-commissaris, de levering eisen tegen betaling van de prijs die tussen verkoper en gefailleerde bedongen is: art. 571 Faill.W.

⁶⁴ SCHRANS, G., *o.c.*, 150; DIRIX, E. en DE CORTE, R., *o.c.*, 224; in dat geval beroept de fiduciaris zich niet op een retentierecht, maar wel op zijn eigendomsrecht.

⁶⁵ Zie boven, nr. 17.

⁶⁶ Zie boven, nrs. 21 e.v.

dan staat het partijen vrij om in onderling overleg de ene rechtsfiguur boven de andere te verkiezen, na afweging van de voor- en nadelen die aan ieder van die rechtsfiguren verbonden zijn. Kiest men voor zekerheidsoverdracht, dan is het noodzakelijk maar voldoende dat over de «waarachtigheid» van de eigendomsoverdracht geen twijfel bestaat, opdat de regels inzake pand geen toepassing vinden. Immers, «il n'y a pas de nantissement là où il y a transmission de propriété par le débiteur au profit de son créancier». Bij toepassing van de theorie van de wetsontduiking wordt deze keuzemogelijkheid, aangenomen in het cassatiearrest van 1872, echter onmogelijk gemaakt, tenzij men er niet *a priori* van uitgaat dat het in de bedoeling van partijen lag de dwingende regels inzake pand te vermijden. Op welke criteria gaat men zich dan echter baseren om dit intentioneel element al dan niet aanwezig te achten?

40. Daarenboven dient nog te worden opgemerkt dat het begrip «wetsontduiking» zelf het voorwerp van controverse uitmaakt binnen de Belgische rechtsleer: volgens sommige auteurs, waaronder Van Ommeslaghe en Dieux, gaat het hier om een begrip dat tegelijkertijd wazig, overbodig en gevaarlijk is, en dat derhalve geen deel uitmaakt van het Belgisch positief recht⁷¹. De discussie aangaande de rechtsgeldigheid van de zekerheidsoverdracht wordt aldus verlegd naar de discussie aangaande de aanvaardbaarheid van de theorie van de wetsontduiking⁷².

41. Wat er ook van zij, volgens de meerderheidsopvatting in België kan de geldigheid van de zekerheidsoverdracht wegens ongeoorloofde wetsontduiking, voorsnog niet worden aanvaard⁷³. De wetgever kan dit verhelpen door ofwel, in navolging van het Luxemburgse voorbeeld⁷⁴, een algemene regeling inzake zekerheidsoverdracht in te voeren, ofwel druppelsgewijs, geval per geval, uitzonderingen op de regel te introduceren: de hierna te bespreken cessie-retrocessie-transactie is hiervan een voorbeeld.

IV. De cessie-retrocessietransactie (wet van 2 januari 1991)

42. Zoals reeds in de inleiding is vermeld, wordt de cessie-retrocessietransactie geregeld in titel I, hoofdstuk III, art. 23 t.e.m. 25 van de wet van 2 januari 1991 betreffende de markt van de effecten van de overheidsschuld en het monetair beleidsinstrumentarium.

43. In art. 23 wordt de cessie-retrocessie gedefinieerd als «de contante verkoop van effecten die tussen dezelfde partijen wordt gesloten met gelijktijdige terugkoop op termijn van effecten met dezelfde kenmerken en voor hetzelfde bedrag, ongeacht de overeengekomen prijs- of looptijdvoor-

waarden». Ook al gaat het, juridisch beschouwd, om een gelijktijdig tussen dezelfde partijen gesloten contante verkoop met terugkoop op termijn, toch erkent de memorie van toelichting uitdrukkelijk dat achter deze constructie een fiduciaire eigendomsoverdracht tot zekerheid schuilt⁷⁵.

44. Teneinde betwistingen omtrent de rechtsgeldigheid van een dergelijke zekerheidsoverdracht te vermijden, wordt in art. 23 de toepassing van de regels inzake inpandgeving in burgerlijke zaken of in zaken van koophandel uitdrukkelijk uitgesloten. De reden hiertoe vindt men in art. 24, luidens hetwelk de verkoper op termijn, behoudens andersluidende overeenkomst, bij niet-betaling op de vervaldag van de prijs van terugkoop op termijn verplicht wordt om de effecten zo spoedig mogelijk te gelde te maken⁷⁶: het betreft hier immers een uitdrukkelijk ontbindend beding, dat bij inpandgeving op straffe van nietigheid verboden wordt⁷⁷. Wel bepaalt art. 24 dat de opbrengst van de verkoop in mindering wordt gebracht van de vordering in hoofdsom, interesten en kosten van de verkoper op termijn, en dat het eventuele overschot van de opbrengst van deze tegeldemaking toe- komt aan de koper op termijn.

45. Art. 25 bepaalt ten slotte dat de uitoefening van de rechten, krachtens de voorgaande artikelen toegekend aan de verkoper op termijn, niet geschorst wordt ten gevolge van het faillissement van zijn tegenpartij of van het gelijkgerechtigd opkomen van de schuldeisers van deze partij. Luidens de memorie van toelichting heeft dit artikel tot doel de onbetaalde verkoper op termijn in staat te stellen om onverwijld, uitsluitend in zijn eigen belang, de effecten die hij in zijn bezit heeft, te gelde te maken zonder het risico te lopen dat tegen hem de regels van faillissementsrecht kunnen worden ingebracht inzake de opschorting van individuele vervolgingen en de gedwongen tenuitvoerlegging, het stelsel van de verdachte periode en de aangifte en onderzoek van schuldvordering⁷⁸.

⁷⁵ «Uit economisch oogpunt vertoont de transactie meer verwantschap met een lening op onderpand, waarbij een partij aan een andere partij een som geld leent tegen afgifte van de beleende effecten, die op de overeengekomen vervaldag worden teruggegeven tegen terugbetaling van de lening in hoofdsom en rente. De cessie-retrocessie kan juridisch evenwel niet als een gedekte lening worden aangemerkt, want de koper à contant wordt werkelijk eigenaar van de effecten die hij in ontvangst neemt, met alle aan deze hoedanigheid verbonden consequenties. Het betreft echter een *fiduciaire eigendomsoverdracht als zekerheidsstelling*, die hoofdzakelijk tot doel heeft de terugbetaling van de overeengekomen tegenwaarde van de betrokken effecten te garanderen»: *Gedr. St., Senaat*, 1101-1 (1990-91), 22.

⁷⁶ Art. 24 bepaalt wel dat deze tegeldemaking dient te gebeuren overeenkomstig de artikelen 3 en 73 van de wet van 4 december 1990 op de financiële transacties en de financiële markten, dus via een professionele tussenpersoon; zie voor een bespreking van deze wet het in voetnoot 3 vermelde artikel van Swennen, H.

⁷⁷ Zie boven, nr. 34; wat betreft het verbod van pand zonder buitenbezitstelling rijst met betrekking tot de cessie-retrocessie geen probleem: luidens het in voetnoot 67 opgenomen citaat uit de memorie van toelichting neemt de koper à contant immers de effecten *in ontvangst*; zie ook *Gedr. St., Senaat*, 1101-1 (1990-91), 24: «Behoudens andersluidende overeenkomst, moet de verkoper op termijn dus onverwijld de effecten *in zijn bezit* te gelde maken».

⁷⁸ *Gedr. St., Senaat*, 1101-1 (1990-91), 25.

⁷¹ VAN OMMEFLAGHE, P., o.c., 479 en de in voetnoot 93 opgenomen verwijzingen; zie voor een bespreking van deze stelling tevens: FORIERS, P.A., o.c., 282 e.v., die evenwel een andere mening is toegedaan.

⁷² FORIERS, P.A., o.c., 285.

⁷³ DIRIX, E. en DE CORTE, R., o.c., 228 en hun verwijzingen in voetnoot 41.

⁷⁴ Zie boven, voetnoten 7, 18 en 19 hierbij dient wel te worden opgemerkt dat deze regeling eerder gericht is op de eigendomsoverdracht tot beheer, hoewel ze volgens Witz voldoende ruim is om ook de eigendomsoverdracht tot zekerheid te omvatten: WITZ, Cl., o.c., 141.

46. De memorie van toelichting merkt terecht op dat het mechanisme van de cessies-retrocessies analoog is aan de bij de Belgische beurzen bekende techniek van de prolongatie⁷⁹: deze techniek wordt immers ook als financieringswijze toegepast wanneer een houder van effecten tijdelijk wenst te beschikken over de tegenwaarde van een effect waarvan hij zich niet definitief wil ontdoen⁸⁰. Daarenboven vertonen zowel de beursrepo als de cessie-retrocessie dezelfde juridische kenmerken: het betreft hier geen verkoop met recht van wederinkoop, aangezien de verkoper zowel bij cessie-retrocessie⁸¹ als bij beursrepo⁸² zich tot wederinkoop verplicht, maar wel een *dubbele* verkoop (de ene contant, de andere op termijn), *ter zelfder tijd* gesloten tussen dezelfde partijen, zij het met betrekking tot gelijksoortige effecten⁸³.

De vaststelling dat de contante verkoop en de verkoop op termijn niet slaan op dezelfde effecten is van wezenlijk belang: immers, bij verkoop van soortzaken heeft eigendoms-overdracht slechts plaats bij individualisatie van de zaak. Aangezien art. 23 de cessie-retrocessie beperkt tot transacties aangaande «effecten met dezelfde kenmerken», betreft het hier uitsluitend effecten die niet geïndividualiseerd zijn door hun nummer, met andere woorden: soortzaken. In tegenstelling tot een dubbele verkoop van welbepaalde zaken⁸⁴ gaat de eigendom dan ook niet op hetzelfde ogenblik opnieuw over van de verkoper op termijn (fiduciarius) naar de koper op termijn (fiduciant).

47. Tot slot nog een woord over de doelstelling die de wetgever met de cessie-retrocessie nastreeft: ook hieromtrent levert de memorie van toelichting uitgebreide informatie. Allereerst is de cessie-retrocessie van belang voor de Belgische financiële markten in het algemeen: teneinde het

hoofd te kunnen bieden aan de nieuwe eisen die inzake concurrentievermogen en dynamisme worden gesteld als gevolg van de openstelling van de financiële markten van de Europese Gemeenschap, is het luidens de memorie van toelichting noodzakelijk dat op de Belgische financiële markten een zo groot mogelijke waaier van financieringstechnieken wordt aangeboden; de cessie-retrocessie (ook genoemd «repurchase agreement», «repo», «opération de pension») is een van die technieken⁸⁵.

48. Tevens wordt het belang van de cessie-retrocessie onderstreept voor de geldmarkt en de monetarie politiek: deze techniek zal luidens de memorie van toelichting het instrument bij uitstek worden van de Nationale Bank voor haar directe interventies in de geldmarkt, in het kader van haar toekomstig openmarktbeleid; via de aankoop van effecten met gelijktijdige verkoop op termijn zal de Nationale Bank immers op een soepele manier aan de financiële instellingen aanvullende kredieten kunnen verlenen; omgekeerd, via de verkoop van effecten met gelijktijdige terugkoop op termijn, zal de Bank de kasmiddelen van de financiële instellingen kunnen verkrappen om ze ertoe aan te zetten in grotere mate deel te nemen aan de door haar georganiseerde periodieke toewijzingen van kredieten⁸⁶.

49. Ook voor andere marktpartijen dan de centrale bank ten slotte zijn de cessies-retrocessies van belang, daar ze een belangrijk instrument van liquiditeitsbeheer vormen: voor de economische agenten met een liquiditeitsoverschot vormt de cessie-retrocessietransactie een belegging, meestal op zeer korte termijn, zonder dat hierbij het kredietrisico op de tegenpartij wordt gelopen dat eigen is aan een gebruikelijk deposito; voor de instellingen met een liquiditeitstekort biedt de transactie financieringsmogelijkheden op een ruime en liquide markt, tegen de laagst mogelijke interest en voor termijnen die meestal overeenstemmen met de voorziene duur van de financieringsbehoefte⁸⁷.

Henri COLIN
Assistent R.U.G.

⁷⁹ Deze techniek biedt een speculant de mogelijkheid zijn haussepositie of baissepositie te continueren, als bij afloop van de termijn de koers van het effect hem niet gunstig lijkt; zie in dat verband VAN RIJN, J. en HEENEN, J., IV (ed. 1988), 197 e.v.

⁸⁰ Zie over deze beursrepo's VAN RIJN, J. en HEENEN, J., o.c., 203 e.v.

⁸¹ «Het is een overeenkomst waarbij een partij een effect contant verkoopt aan een andere partij, en gelijktijdig de *verplichting* aangaat een gelijksoortig effect of termijn terug te kopen»: *Gedr. St., Senaat*, 1101-1 (1990-91), 21.

⁸² VAN RIJN, J. en HEENEN, J., o.c., 206, nr. 289.

⁸³ M.b.t. de beursrepo: o.c., nr. 284, 289, 290; m.b.t. de cessie-retrocessie: zie artikel 23: «effecten met dezelfde kenmerken en voor hetzelfde bedrag».

⁸⁴ Zie boven, nr. 32.

⁸⁵ *Gedr. St., Senaat*, 1101-1 (1990-91), 21; men kan zich hierbij de vraag stellen of in het licht van deze doelstelling een algehele regeling van de fiduciaire eigendomsoverdracht tot zekerheid niet wenselijker zou zijn.

⁸⁶ *Gedr. St., Senaat*, 1101-1 (1990-91), 22 en 23.

⁸⁷ *Ibid.*, 23.

DE WET VAN 11 FEBRUARI 1991 TOT INVOEGING VAN EEN ARTIKEL 88BIS IN HET WETBOEK VAN STRAFVORDERING BETREFFENDE HET OPSPOREN VAN TELEFONISCHE MEDEDELINGEN

1. In het Belgisch Staatsblad van 16 maart 1991 verscheen de wet van 11 februari 1991 tot invoeging van een artikel 88bis Sv., waardoor de registratie van telefonische mededelingen mogelijk wordt gemaakt. Dit artikel werd ingevoegd in de opsomming van de ambtsverrichtingen van de onderzoeksrechter tijdens het gerechtelijk onderzoek¹. Daarmee werd aan de jurisprudentiële controverse betreffende deze onderzoeksmaatregel een (voorlopig?) einde gemaakt.

2. Het is wellicht niet overbodig deze rechtspraak op bondige wijze in herinnering te brengen. Dit gebeurt in het kader van het eerste hoofdstuk van deze commentaar, dat aan de ontstaansgeschiedenis van het nieuwe artikel is gewijd. In het tweede hoofdstuk zal de tekst van art. 88bis Sv. voornamelijk aan de hand van de parlementaire werkzaamheden toegelicht worden. Ten slotte wordt in het derde hoofdstuk de verenigbaarheid van art. 88bis Sv. met art. 8 E.V.R.M. onderzocht, op welk artikel zich, zoals bekend, de hele discussie omtrent de registratie van telefonische mededelingen heeft toegespitst.

3. Vooraf zij nog benadrukt dat de hierna bestudeerde regeling zich beperkt tot de registratie van de *telefoonnummers* van de uitgaande of de binnenkomende telefonische mededelingen. De registratie van de *inhoud* van deze telefonische mededelingen wordt door art. 88bis Sv. geenszins mogelijk gemaakt. Het af luisteren van telefoongesprekken maakt integendeel het voorwerp uit van een afzonderlijk wetsontwerp².

¹ Meer bepaald in boek I, hoofdstuk VI, afdeling II, onderafdeling II, § 4, Sv., welke paragraaf als volgt werd aangevuld: «Schriftelijke bewijzen, overtuigingsstukken en opsporen van telefonische mededelingen». Aanvankelijk was het de bedoeling, een vijfde paragraaf in te voegen met als opschrift «Het opsporen van telefoongesprekken» en bestaande uit een art. 90bis (zie de tekst van het wetsontwerp, door minister van Justitie J. Gol., ingediend in de Kamer van Volksvertegenwoordigers op 5 juni 1985, *Parl. St., Kamer*, 1984-85, nr. 1234-1, 5). Tijdens de behandeling in de senaatscommissie voor Justitie, meer dan vijf jaren later, werd hiervan «om redenen van wetgevingstechniek» (*Parl. St., Senaat*, 1990-91, nr. 1118-2, 4 en 12) afgezien. Inderdaad werd door art. 44 van de wet van 20 juli 1990 betreffende de voorlopige hechtenis (*B.S.*, 14 augustus 1990) de regeling van het onderzoek aan het lichaam, die voorkwam in art. 25 van de vroegere wet op de voorlopige hechtenis van 20 april 1874, opgenomen in precies § 5, «Onderzoek aan het lichaam», bevattende een artikel 90bis.

² Namelijk het wetsontwerp «op de bescherming van de persoonlijke levenssfeer tegen het onwettig af luisteren en bespieden en tegen de kwaadwillige telefoonoproepen», zoals het op aanraden van de Raad van State (*Parl. St., Senaat*, 1985-86, nr. 298-1, 79) werd af-

I. Ontstaansgeschiedenis

4. De mogelijkheid tot registratie van telefonische mededelingen werd tot vóór de wet van 11 februari 1991 geregeld in een ministeriële circulaire van 17 augustus 1923³. Daarin werd bepaald dat de onderzoekende magistraat, na schriftelijke⁴ vordering, van de R.T.T. inlichtingen kan krijgen betreffende het aantal gesprekken, het uur en de duur ervan, alsmede het nummer van zowel degenen die een bepaald nummer oproepen als diegenen die vanuit dat bepaald nummer worden opgeroepen. Deze gegevens kunnen worden geregistreerd met behulp van het zogenaamde «Zoller»- of «Malicieux»-apparaat.

5. De toelaatbaarheid van deze onderzoeksmaatregel werd nooit betwist tot het arrest van het Hof van Beroep te Luik van 21 januari 1985⁵. Dit belangwekkende arrest gaf een antwoord op twee wezenlijke vragen. Allereerst werd, met verwijzing naar het arrest Malone van het E.H.R.M. van 2 augustus 1984⁶, beslist dat het registreren van telefonische mededelingen wel degelijk een inbreuk uitmaakt op het recht op eerbiediging van het privé-leven, als bepaald in art. 8, lid 1, E.V.R.M.⁷ Vervolgens werd onderzocht of aan de vereisten, die in art. 8, lid 2, E.V.R.M. worden gesteld aan een dergelijke inbreuk – namelijk dat de inbreuk bij wet voorzien is en in een democratische samenleving noodzakelijk is in het licht van een aantal in lid 2 opgesomde, te beschermen rechtsgoederen –, in het Belgische recht wordt

gesplitst van het overkoepelende wetsontwerp «houdende verscheidene maatregelen ter verhoging van de veiligheid van de burger», dat op 4 juni 1986 in de Senaat werd ingediend (*Parl. St., Senaat*, 1985-86, nr. 298-1).

³ Verzameling van circulaires van het Ministerie van Justitie, 1923, 279.

⁴ In 1977 werd de circulaire van 1923 in deze zin aangevuld dat in uiterst dringende omstandigheden met een mondelinge vordering kan worden volstaan, zo zij maar binnen 24 uren wordt gevolgd door een schriftelijke vordering (zie de memorie van toelichting bij het wetsontwerp van 5 juni 1985, *Parl. St., Kamer*, nr. 1234-1, 1-2).

⁵ *J.L.*, 1985, 165.

⁶ *Publ. Cour*, Sér. A, nr. 82. Voor een bespreking van dit arrest zie LEMMENS, P., «Het af luisteren van telefoongesprekken en het registreren van uitgaande en binnenkomende oproepen», *R.W.*, 1984-85, 1735 e.v.

⁷ Contra, althans vóór het arrest Malone van het E.H.R.M.: DE NAUW, A., «Het af luisteren van telefoongesprekken op bevel van de onderzoeksrechter», *R.W.*, 1982-83, 2380. Deze auteur heeft dit standpunt echter in het licht van het arrest Malone herzien: «Recente tendenzen in het onderzoek in strafzaken», *Panopticon*, 1988, 237.

tegemoetgekomen. Het Luikse Hof van Beroep oordeelde, dat geen enkele bestaande tekst, dus ook niet de ministeriële circulaire van 1923, kan worden beschouwd als een wet in de betekenis als door het Europese Hof van de Rechten van de Mens omschreven⁸.

6. Dit arrest leidde ertoe dat de toenmalige minister van Justitie J. Gol op 5 juni 1985 in de Kamer een wetsontwerp⁹ indiende dat het creëren van een wettelijke grondslag voor de registratie van telefonische mededelingen, dit in overeenstemming met de voorschriften van het E.V.R.M., beoogde¹⁰. Dit wetsontwerp werd door de Kamer aangenomen tijdens de vergadering van 4 juli 1985¹¹ en op dezelfde dag overgezonden naar de Senaat¹². Daar bleef het meer dan vijf jaar liggen, volgens minister van Justitie M. Wathelet «ten einde het te kunnen toevoegen aan het ontwerp betreffende de veiligheid van de burger»¹³.

7. Het Luikse arrest van 21 januari 1985 kreeg evenwel geen navolging. Zo besliste het Hof van Beroep te Brussel bij arrest van 30 april 1986 «que le répérage de numéros de téléphone à l'aide d'un appareil Zoller n'est en rien attentatoire au respect de la vie privée, comme le sont les écoutes téléphoniques»; ten overvloede – want er is dus volgens het hof geen inbreuk op art. 8, lid 1, E.V.R.M. – wordt daar nog aan toegevoegd, dat de ministeriële omzendbrief van 1923 beantwoordt aan de vereisten van art. 8, lid 2, E.V.R.M.¹⁴. Op 8 januari 1990 wijst het Hof van Beroep te Bergen een arrest in dezelfde zin¹⁵. In de voorziening in cassatie tegen dit arrest werd enerzijds opgeworpen dat het registreren van telefonische mededelingen een inbreuk uitmaakt op het recht op eerbiediging van het privé-leven, als bepaald in art. 8, lid 1, E.V.R.M., anderzijds dat de ministeriële circulaire van 1923 niet beantwoordt aan de vereisten van art. 8, lid 2, E.V.R.M. Zoals bekend heeft het Hof van Cassatie in het arrest van 2 mei 1990¹⁶ deze zienswijzen onderschreven.

8. Met dit arrest van 2 mei 1990 plaatste het hoogste rechtscollege de wetgever voor een uitdaging¹⁷. Minister van Justitie M. Wathelet nam de handschoen op¹⁸. Na een uitvoerige bespreking van de door de Kamer aangenomen tekst in de senaatscommissie voor Justitie, die – zoals zal blijken – de tekst in belangrijke mate heeft gewijzigd en

aangevuld¹⁹, werd art. 88bis Sv. tijdens de vergadering van 6 december 1990 door de Senaat aangenomen²⁰. Op 7 december 1990 werd de tekst overgezonden naar de Kamer²¹. Noch in de kamercommissie voor Justitie, noch in de plenaire vergadering van de Kamer werden verdere amendementen ingediend. Op 31 januari 1991 keurde de Kamer bij unanimité de door de Senaat gewijzigde tekst van art. 88bis Sv. goed²².

II. De wettelijke regeling van het opsporen van telefonische mededelingen in art. 88bis Sv.

A. Voorwerp van de registratie

9. Luidens art. 88bis, eerste lid, Sv. kan de onderzoeksrechter de nummers van de telefoontoestellen van waaruit mededelingen worden of werden gedaan naar een bepaald telefoontoestel, alsmede de nummers van telefoontoestellen die vanuit dat bepaald telefoontoestel worden of werden opgeroepen, doen opsporen. Het is de Raad van State die in zijn advies bij het oorspronkelijk regeringsontwerp beide mogelijkheden van zowel uitgaande als binnenkomende telefoonoproepen heeft onderscheiden²³.

10. Door de specificatie «worden of werden opgeroepen», die in de senaatscommissie voor Justitie werd ingevoerd, wordt duidelijk gemaakt, dat ook telefonische oproepen die in het verleden werden gedaan opgespoord mogen worden²⁴.

11. In de ontwerp tekst was sprake van het opsporen van «telefoongesprekken»²⁵. Dit werd in de senaatscommissie voor Justitie vervangen door het begrip «telefonische mededelingen» met het oog op een betere overeenkomst met de Franse tekst, die het over «communications téléphoniques» heeft²⁶. Bij deze gelegenheid benadrukte de minister van Justitie evenwel dat het begrip «mededelingen» ook gefaxte teksten inhoudt: «Het doel van de maatregel is het opgeroepen nummer op te sporen, dus ook het telefoonnummer via hetwelk een faxbericht wordt verstuurd»²⁷.

12. Art. 88bis, tweede lid, Sv. legt de verplichting op om voor elke opsporing de dag, het uur en de duur van de mededeling vast te stellen. In het oorspronkelijke ontwerp was er geen sprake van een verplichting, maar van een facultatieve mogelijkheid²⁸. Volgens de toenmalige minister van Justitie J. Gol werd voor deze minder dwingende tekst gekozen om het de onderzoeksrechter die niet alle, maar slechts bepaalde inlichtingen nodig heeft, mogelijk te maken de inbreuk op het privé-leven te beperken. Deze argumentatie werd in de kamercommissie voor Justitie tegengeworpen dat in een latere fase van de procedure zou kunnen blij-

⁸ Op de Straatsburgse interpretatie van de voorwaarde «bij wet voorzien» wordt uitvoerig ingegaan in het derde hoofdstuk van deze bijdrage.

⁹ *Parl.st., Kamer*, 1984-85, nr. 1234-1.

¹⁰ Memorie van toelichting bij het wetsontwerp, *Parl.st., Kamer*, 1984-85, nr. 1234-1, 2.

¹¹ *Parl.Hand., Kamer*, 1984-85, 4 juli 1985, 3153.

¹² *Parl.St., Senaat*, 1984-85, nr. 926-1.

¹³ *Parl.St., Senaat*, 1990-91, nr. 1118-2, 2. Zie dienaangaande voetnoot 2.

¹⁴ *J.L.*, 1986, 666. In een noot, die op de publikatie van dit arrest volgt, wordt vermeld dat de voorziening in cassatie op 4 juli 1986 werd verworpen.

¹⁵ Zie het uittreksel uit dit arrest, opgenomen in het arrest van het Hof van Cassatie van 2 mei 1990, *J.T.*, 1990, 469, noot J.M., *Journal des Procès*, 21 september 1990, nr. 178, 31, noot J. MILQUET.

¹⁶ Zie de vorige voetnoot.

¹⁷ LAMBERT, P., «Les écoutes téléphoniques», *J.T.*, 1990, 749; MILQUET, J., «Quand sonne le glas du Zoller?» (noot onder Cass., 2 mei 1990), *Journal des Procès*, 21 september 1990, nr. 178, 35.

¹⁸ *Parl. St., Senaat*, 1990-91, nr. 1118-2, 5.

¹⁹ Zie daarover het verslag COLLIGNON, *Parl.St., Senaat*, 1990-91, nr. 1118-2.

²⁰ *Parl.Hand., Senaat*, 1990-91, 6 december 1990, 717.

²¹ *Parl.St., Kamer*, 1990-91, nr. 1389/1.

²² *Parl.Hand., Kamer*, 1990-91, 31 januari 1991, 1952.

²³ Advies van de Raad van State, *Parl.St., Kamer*, 1984-85, nr. 1234-1, 4.

²⁴ *Parl.St., Senaat*, 1990-91, nr. 1118-2, 11-12.

²⁵ *Parl.St., Kamer*, 1984-85, nr. 1234-1, 5.

²⁶ *Parl.St., Senaat*, 1990-91, nr. 1118-2, 12.

²⁷ *Parl.St., Senaat*, 1990-91, nr. 1118-2, 13.

²⁸ *Parl.St., Kamer*, 1984-85, nr. 1234-1, 5.

ken dat toch alle mogelijke inlichtingen noodzakelijk zijn; bovendien kunnen de bijkomende inlichtingen van belang zijn voor de verdediging. Derhalve vormde de commissie de mogelijkheid tot vaststelling van de dag, het uur en de duur van de telefoonoproepen om tot een verplichting ²⁹.

B. Noodzakelijke tussenkomst van de onderzoeksrechter

13. Alleen de onderzoeksrechter kan de registratie van telefonische mededelingen doen verrichten, zo nodig door daartoe de technische medewerking van de Regie van Telegrafie en Telefonie te vorderen (art. 88bis, eerste lid, Sv.). Dit betekent dat een dergelijke maatregel enkel mogelijk is in het kader van een gerechtelijk onderzoek. Net zoals bij de huiszoeking of het aanhoudingsbevel ³⁰ moet ook hier het openbaar ministerie, zo het de opsporingsmaatregel van art. 88bis Sv. noodzakelijk acht, een onderzoeksrechter daartoe vorderen. Op te merken valt dat de huidige wettekst op dit punt beperkter is dan de ministeriële circulaire van 1923 ³¹.

14. In de verplichte tussenkomst van de onderzoeksrechter ziet de Raad van State «een fundamentele waarborg» ³². In dit verband dient gewezen te worden op een incident dat in de kamercommissie voor Justitie heel wat stof deed opwaaien. De minister van Verkeerswezen en P.T.T. had immers verklaard, dat de inlichtingen betreffende de telefonische mededelingen «volgens zijn diensten (...) ook aan de belastingcontroleurs die moeilijkheden ondervinden om bepaalde bewijzen voor te leggen, met name in gevallen van fiscale fraude, (worden verstrekt)», waarbij hij eraan herinnerde, dat de R.T.T. overeenkomstig art. 235, § 1, W.I.B. verplicht is met de belastingdiensten samen te werken ³³. Deze interpretatie werd door verschillende leden van de commissie, daarin bijgevallen door de minister van Justitie, gekwalificeerd als een rechtsmisbruik ³⁴. In een poging de brokken te lijmen, herriep de minister van Verkeerswezen en P.T.T. in een brief aan de voorzitter van de kamercommissie voor Justitie de betwiste verklaring, de vergissing uitleggend door het feit dat de technische adviseur «niet de passende stukken bij de hand had» ³⁵. Veiligheidshalve werd door de commissie benadrukt «dat alleen de onderzoeksrechter, met uitsluiting van elke andere persoon of elk ander bestuur, gemachtigd is om de (...) bedoelde inlichtingen te vragen» ³⁶. Tijdens de bespreking in de senaatscommissie voor Justitie werd daar nog aan toegevoegd dat de mededeling van deze inlichtingen aan de belastingadministratie enkel mogelijk is krachtens art. 125 van het K.B. van 28 december 1950 betreffende het tarief in strafzaken ³⁷, namelijk

wanneer de procureur-generaal zijn toestemming geeft ³⁸.

15. De zinsnede «zo nodig door daartoe de technische medewerking van de Regie van Telegrafie en Telefonie te vorderen» werd zowel tijdens de behandeling in de Kamer als in de Senaat ter discussie gesteld. Tijdens de plenaire vergadering van de Kamer stelde volksvertegenwoordiger Deleuze een amendement voor dat ertoe strekte de R.T.T. het monopolie te geven voor de registratie van telefonische mededelingen ³⁹. In zijn tussenkomst stelde de toenmalige minister van Justitie J. Gol, dat, hoewel in de meerderheid van de gevallen de registratie door de diensten van de R.T.T. zal geschieden, het in uitzonderlijke gevallen toch kan gebeuren dat een officier van gerechtelijke politie tot de registratie overgaat ⁴⁰. Het amendement van de heer Deleuze werd door de Kamer verworpen ⁴¹. In de senaatscommissie voor Justitie preciseerde minister van Justitie M. Wathelet dat de uitdrukking «zo nodig» inhoudt, dat eventuele nieuwe technieken niet uitgesloten worden van de toepassing van de wet ⁴².

16. Vanzelfsprekend kan een persoon instemmen met de plaatsing, door hemzelf of door de politiediensten, van een apparaat dat de nummers opspoort van telefoontoestellen van waaruit getelefoneerd wordt. In zo'n geval van «registratie met toestemming», dat voornamelijk bij feiten van treitertelefontjes denkbaar is, is het optreden van de onderzoeksrechter niet vereist ⁴³.

C. Materiële vereisten

17. Slechts wanneer de onderzoeksrechter van oordeel is dat er omstandigheden zijn die het doen opsporen van telefonische mededelingen noodzakelijk maken, kan hij tot registratie doen overgaan (art. 88bis, eerste lid, Sv.). In het oorspronkelijk ontwerp volstond de mogelijkheid dat het opsporen van telefonische mededelingen zou bijdragen tot het aan het licht brengen van de waarheid ⁴⁴. Reeds tijdens de behandeling in de Kamer van 3 juli 1985 betwijfelde volksvertegenwoordiger Delahaye de precisie van een dergelijke bepaling en bepleitte hij de koppeling aan de eis van de noodzakelijkheid van de maatregel ⁴⁵. Deze eis werd evenwel slechts door toedoen van de senaatscommissie voor Justitie in art. 88bis Sv. ingeschreven, waarbij werd opgemerkt dat dit vereiste tevens het uitzonderlijk karakter van de maatregel onderstreept ⁴⁶.

18. Het bestaan van omstandigheden die het doen opsporen van telefonische mededelingen noodzakelijk maken, is een noodzakelijke maar tevens voldoende voorwaarde. Bijgevolg is de registratie van telefoonoproepen principieel voor alle misdrijven mogelijk. In de kamercommissie voor Justitie stelde de verslaggever, de heer Henrion, voor de maatregel te beperken tot misdrijven boven een bepaalde

²⁹ *Parl. St., Kamer*, 1984-85, nr. 1234-2, 5.

³⁰ Verklaring J. GOL in de kamercommissie voor Justitie, *Parl. St., Kamer*, 1984-85, nr. 1234-2, 4.

³¹ Deze circulaire verleende de bevoegdheid tot registratie van telefonische mededelingen inderdaad aan alle onderzoekende magistraten. Voor een opsomming, zie de verklaring van J. GOL in de kamercommissie voor Justitie, *Parl. St., Kamer*, 1984-85, nr. 1234-2, 3-4.

³² *Parl. St., Kamer*, 1984-85, nr. 1234-1, 4.

³³ *Parl. St., Kamer*, 1984-85, nr. 1234-2, 4.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ *Parl. St., Kamer*, 1984-85, nr. 1234-2, 7.

³⁶ *Parl. St., Kamer*, 1984-85, nr. 1234-2, 5.

³⁷ *B.S.*, 30 december 1950.

³⁸ *Parl. St., Senaat*, 1990-91, nr. 1118-2, 10.

³⁹ Amendement DELEUZE, *Parl. St., Kamer*, 1984-85, nr. 1234-3.

⁴⁰ *Parl. Hand., Kamer*, 1984-85, 3 juli 1985, 3115.

⁴¹ *Parl. Hand., Kamer*, 1984-85, 4 juli 1985, 3152.

⁴² *Parl. St., Senaat*, 1990-91, nr. 1118-2, 9.

⁴³ Verklaring M. WATHELET in de senaatscommissie voor Justitie, *Parl. St., Senaat*, 1990-91, nr. 1118-2, 6.

⁴⁴ *Parl. St., Kamer*, 1984-85, nr. 1234-1, 5.

⁴⁵ *Parl. Hand., Kamer*, 1984-85, 3 juli 1985, 3115.

⁴⁶ *Parl. St., Senaat*, 1990-91, nr. 1118-2, 11-12.

strafmaat : «Het ware niet verantwoord, dergelijke procédés toe te laten voor kleine misdrijven»⁴⁷. De toenmalige minister van Justitie J. Gol bracht daartegen in dat het nuttig gebruik van de in te voeren opsporingsmaatregel afhangt van de aard van het misdrijf, en niet van de omvang van de strafmaat : «Het procédé kan bijvoorbeeld toepasbaar zijn bij een ontvoering, maar niet voor slagen en verwondingen»⁴⁸. Deze kwestie zal weer aan de orde komen bij de bespreking, in het derde hoofdstuk van deze bijdrage, van de Straatsburgse jurisprudentie nopens het vereiste «bij de wet voorzien».

D. Formele vereisten

19. De onderzoeksrechter dient tot de registratie van telefonische mededelingen te doen overgaan «in een met redenen omkleed bevelschrift» (art. 88bis, derde lid, Sv.). Reeds in de kamercommissie voor Justitie werd gesteld dat de onderzoeksrechter zijn nieuwe bevoegdheid «zuinig en met omzichtigheid» zal moeten uitoefenen⁴⁹. Dit zuinigheidsbeginsel werd evenwel slechts in een motiveringsplicht vertaald tijdens de behandeling in de senaatscommissie voor Justitie⁵⁰. Daarbij werd opgemerkt dat aldus ook de verdediging kan weten waarom de maatregel wordt toegepast⁵¹. Blijft de motivering uit, dan kan de feitenrechter beslissen de verkregen inlichtingen uit de debatten te weren⁵².

20. De motiveringsplicht slaat enerzijds op de vermelding van de feitelijke omstandigheden van de zaak die de maatregel wettigen (art. 88bis, derde lid, Sv.), anderzijds op het aangeven van de duur van de maatregel (art. 88bis, vierde lid, Sv.; zie dienaangaande infra, sub E). Deze precisering van de inhoud van de motiveringsplicht werd eveneens tijdens de behandeling in de senaatscommissie voor Justitie toegevoegd⁵³.

21. Het bevelschrift moet bovendien worden meegedeeld aan de procureur des Konings (art. 88bis, derde lid, Sv.). In de senaatscommissie voor Justitie, waar deze verplichting werd verwoord⁵⁴, werd door een commissielid de vraag geopperd of het parket werkelijk toezicht zal uitoefenen. In zijn antwoord gaf de minister van Justitie enkel zijn voorstellen te kennen, «de parketten te vragen verslag uit te brengen over het aantal gevraagde en aanvaarde procedures ter opsporing van telefoonnummers; die verslagen kunnen eventueel worden meegedeeld aan het Parlement»⁵⁵.

E. De duur van de maatregel

22. De maatregel heeft een maximale gelding van twee maanden, te rekenen van het bevelschrift, onverminderd een hernieuwing (art. 88bis, vierde lid, Sv.). Ook deze bepaling is aan de senaatscommissie voor Justitie toe te schrijven

ven⁵⁶. Er kunnen verschillende hernieuwingen worden toegestaan, doch steeds via een gemotiveerd bevelschrift van de onderzoeksrechter⁵⁷. De wet vereist voor de volgende bevelschriften geen strengere motivering.

Verenigbaarheid met art. 8 E.V.R.M.

23. Zowel het arrest van het Hof van Beroep te Luik van 21 januari 1985, dat de toenmalige minister van Justitie J. Gol ertoe aanzette zijn wetsontwerp in te dienen, als ook het arrest van het Hof van Cassatie van 2 mei 1990, dat de huidige minister van Justitie M. Wathelet dit ontwerp weer deed opvissen, veroordeelden het vroeger vigerende recht op basis van art. 8 E.V.R.M. en de desbetreffende rechtspraak van het E.H.R.M. Het ligt dan ook voor de hand te onderzoeken of de nieuwe wettekst de Straatsburgse verwachtingen weet in te lossen.

24. Dat het opsporen van telefonische mededelingen, dus trouwens a fortiori het af luisteren van telefoongesprekken, een inbreuk uitmaakt op het recht op eerbiediging van het privé-leven als bepaald in art. 8, lid 1, E.V.R.M., staat sinds de arresten Klass⁵⁸ en Malone⁵⁹ van het E.H.R.M. niet meer ter discussie⁶⁰. Het komt er dus op aan na te gaan of art. 88bis Sv. aan de voorwaarden van art. 8, lid 2, E.V.R.M. voldoet. Deze bepaling eist dat de inbreuk bij wet is voorzien en noodzakelijk is in een democratische samenleving in het belang van 's lands veiligheid, de openbare veiligheid of het economisch welzijn van het land, de bescherming van de openbare orde en het voorkomen van strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden, of de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.

In hetgeen volgt wordt enkel ingegaan op de voorwaarde dat de inbreuk bij de wet moet worden voorzien. Wat de voorwaarde van de noodzakelijkheid van de inbreuk in een democratische samenleving betreft, moge worden verwezen naar de reeds geciteerde studie van P. Lemmens⁶¹.

25. Dat de inbreuk bij de wet moet worden voorzien, betekent voor het Europese Hof enerzijds dat er een wettelijke basis voor de inbreuk moet *bestaan*, terwijl anderzijds moet worden tegemoetgekomen aan zekere eisen van *kwaliteit*, met name de *toegankelijkheid* alsmede de *voorzienbaarheid*⁶² of *preciesheid*⁶³ van de wet, hetgeen inhoudt dat de bewoordingen ervan voldoende duidelijk zijn, opdat de burger zijn gedrag op de wet kan afstemmen⁶⁴.

⁵⁶ *Parl.St., Senaat*, 1990-91, nr. 1118-2, 11 en 13.

⁵⁷ *Parl.St., Senaat*, 1990-91, nr. 1118-2, 13. In het aanvankelijk amendement was het vereiste van de nieuwe gemotiveerde beslissing van de onderzoeksrechter trouwens opgenomen (*ibidem*, 11), doch wegens de vanzelfsprekendheid ervan werd dit later geschrapt (*ibidem*, 12).

⁵⁸ Arrest Klass van 6 september 1978, *Publ. Cour, Sér. A*, nr. 28, § 41.

⁵⁹ Arrest Malone van 2 augustus 1984, *Publ. Cour, Sér. A*, nr. 82, § 64.

⁶⁰ LEMMENS, P., o.c., 1736.

⁶¹ LEMMENS, P., o.c., 1739.

⁶² PRADEL, J., noot bij C.E.D.H., 24 april 1990, *Recueil Dalloz Sirey*, 1990, Jurisprudence, 358 («la prévisibilité»).

⁶³ LEMMENS, P., o.c., 1736.

⁶⁴ Arrest Kruslin van 24 april 1990, *Publ. Cour, Sér. A*, nr. 176-A, § 27; arrest Huvig van 24 april 1990, *Publ. Cour, Sér. A*; nr. 176-B,

⁴⁷ *Parl.St., Kamer*, 1984-85, nr. 1234-2, 5.

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ *Parl.St., Kamer*, 1984-85, nr. 1234-2, 5.

⁵⁰ *Parl.St., Senaat*, 1990-91, nr. 1118-2, 11 en 13.

⁵¹ *Parl.St., Senaat*, 1990-91, nr. 1118-2, 7.

⁵² *Parl.St., Senaat*, 1990-91, nr. 1118-2, 10.

⁵³ *Parl.St., Senaat*, 1990-91, nr. 1118-2, 11 en 13.

⁵⁴ *Parl.St., Senaat*, 1990-91, nr. 1118-2, 11 en 13.

⁵⁵ *Parl.St., Senaat*, 1990-91, nr. 1118-2, 13.

26. Betreffende het bestaan van de wet houdt het Europese Hof er reeds lang een materieel wetsbegrip op na. Dit betekent dat het niet noodzakelijk hoeft te gaan om een wet die op formele wijze door een vertegenwoordigend orgaan is goedgekeurd. Zelfs ongeschreven recht kan in aanmerking komen ⁶⁵, zolang de inbreuk maar een rechtsgrond heeft in het interne recht ⁶⁶. Het behoeft geen betoog dat art. 88bis Sv., als ingevoerd door de wet van 11 februari 1991, aan deze voorwaarde ruimschoots tegemoet komt.

27. Ook betreffende de eerste kwaliteitstoets, namelijk de toegankelijkheid van de wet, rijst geen enkel probleem, daar art. 88bis Sv. net zoals het hele Wetboek van Strafvordering door elke burger kan worden geraadpleegd.

28. De kwaliteitstoets van de voorzienbaarheid of de precisie kan daarentegen niet zo categoriek worden afgedaan, zeker niet nu de desbetreffende voorwaarden, zoals opgesomd in het arrest Malone, nog zijn verscherpt – of wellicht beter : geëxpliciteerd ⁶⁷ – in de arresten Kruslin en Huvig.

A. Het arrest Malone van het E.H.R.M. van 2 augustus 1984

29. In dit arrest werd beslist dat de voorzienbaarheid of precisie van de wet veronderstelt dat de wet «doit user de termes assez clairs pour indiquer à tous de manière suffisante en quelles circonstances et sous quelles conditions elle habilite la puissance publique à opérer (une) atteinte (...) au droit au respect de la vie privée» en dat ze derhalve «doit définir l'étendue et les modalités d'exercice d'un tel pouvoir avec une netteté suffisante» ⁶⁸.

30. Vanaf de neerlegging van het wetsontwerp werd met deze voorwaarden rekening gehouden ⁶⁹. De Raad van State is daarbij de mening toegedaan dat a.h.w. in één klap aan de voorwaarden van het Europese Hof wordt voldaan : «Doordat de ontworpen wet de bevoegdheid waarin zij voorziet uitsluitend aan de onderzoeksrechter opdraagt, bepaalt zij immers meteen ook op indirecte doch op reële wijze (onze cursivering) in welke gevallen de bevoegdheid zal kunnen worden uitgeoefend en de wijze waarop dat zal geschieden : die bevoegdheid zal slechts kunnen worden aangewend naar aanleiding van een gerechtelijk onderzoek en dus volgens de regels die daarop van toepassing zijn» ⁷⁰.

31. Het lijkt ons verdedigbaar te stellen, dat de beperking van de opsporingsmaatregel van art. 88bis Sv. tot de gevallen waarin een gerechtelijk onderzoek wordt gevorderd, meteen verduidelijkt in welke omstandigheden en onder welke voorwaarden tot de opsporing van telefonische mededelingen kan worden overgegaan. Dit geldt des te meer, daar de wet dienaangaande verdere specificaties bevat (supra, II, sub C en D). Of daarentegen meteen ook de draagwijdte en de uitvoeringsmodaliteiten van de maatregel «avec une netteté suffisante» vaststaan, is, vooral nu in de arresten Kruslin en Huvig van het E.H.R.M. ter zake verdere eisen worden gesteld, niet zo evident als de Raad van State doet vermoeden.

B. De arresten Kruslin en Huvig van het E.H.R.M. van 24 april 1990

32. Het betreft twee op dezelfde dag en door een identiek samengesteld Hof gewezen zaken, waarin Frankrijk werd veroordeeld wegens het negatief uitvallen van de voorzienbaarheids- of precisie-toets op het Franse recht betreffende het af luisteren van telefoongesprekken ⁷¹. Het Europese Hof overwoog daarbij *onder meer* («par exemple»), dat niet werd bepaald op welke personen de maatregel van toepassing is, noch voor welke misdrijven hij in aanmerking komt ; dat de duur van de maatregel niet wordt beperkt ; dat geen enkele voorwaarde wordt gesteld aan het P.V. dat de afgesluisterde gesprekken weergeeft ; dat geen enkele voorzorg wordt genomen voor een integrale en ongeschonden terbeschikkingstelling van de gesprekken aan de rechter en aan de verdediging ; ten slotte, dat niets wordt voorzien betreffende de uitwisseling of de vernietiging van de gegevens, i.h.b. in geval van buitenvervolginstelling of vrijspraak ⁷². De Nederlandse auteur Ties Prakken leidt uit de zgn. «complimentjes» die de Franse regering van het E.H.R.M. kreeg, als verdere voorwaarden af dat de maatregel moet worden bevolen door een rechter die ook toezicht houdt op het handelen van de politie ter zake, dat de beslissing van de rechter onderworpen moet zijn aan hoger beroep en/of cassatie, dat er verbod moet zijn op trucage, misleidingen en provocaties en dat het vertrouwelijk telefoonverkeer tussen verdachte en raadsman moet worden gerespecteerd ⁷³.

33. Het is in eerste instantie de vraag of de uitkomst van deze arresten betreffende het af luisteren van telefoongesprekken onverkort mag worden toegepast op de gevallen van registratie van telefonische mededelingen. Vooral de laatste drie door het Europese Hof verwoorde voorwaarden geven de indruk op de specifieke situatie van het af luisteren te zijn toegespitst, hoewel de toepassing ervan – mutatis mutandis – op een reeks van geregistreerde telefoonnummers met de dag, het uur en de duur van de gesprekken, geenszins uit te sluiten is.

34. De eerste drie voorwaarden daarentegen lijken zonder meer betrekking te hebben op het telefoonverkeer als dusdanig, als omschreven in de arresten Klass en Malone ⁷⁴. De duur van de maatregel stelt op het eerste gezicht weinig

§ 26. Zie dienaangaande TIES PRAKKEN, «De arresten Kruslin en Huvig van het EHRM», *N.J.B.*, 1991, 732 e.v.

⁶⁵ Arrest Sunday Times van 26 april 1979, *Publ. Cour.*, Sér. A, nr. 30, § 47. In de reeds geciteerde arresten Kruslin (§ 29) en Huvig (§ 28) wordt gepreciseerd dat dit niet alleen geldt voor de landen van het common law, maar ook voor de landen die een continentaal rechtstelsel kennen.

⁶⁶ Arrest Silver van 25 maart 1983, *Publ. Cour.*, Sér. A, nr. 61, § 86.

⁶⁷ LAMBERT, P., o.c., 750.

⁶⁸ Arrest MALONE, gecit., resp. § 67 en § 68. Deze voorwaarden werden herhaald in de arresten Kruslin (gecit., § 30) en Huvig (gecit., § 29).

⁶⁹ Zie de memorie van toelichting bij het wetsontwerp, *Parl.St.*, Kamer, 1984-85, nr. 1234-1, 2.

⁷⁰ Advies van de Raad van State, *Parl.St.*, Kamer, 1984-85, nr. 1234-1, 4.

⁷¹ Zie voor een algemene bespreking de reeds geciteerde studies van J. PRADEL en TIES PRAKKEN

⁷² Arrest Kruslin, gecit., § 35 ; Arrest Huvig, gecit., § 34.

⁷³ TIES PRAKKEN, o.c., 734.

⁷⁴ Arrest Klass, gecit., § 41 ; arrest Malone, gecit., § 64.

problemen, daar art. 88bis, vierde lid, Sv. deze beperkt tot twee maanden. Het is evenwel niet ondenkbaar dat de principiële onbeperkte van het aantal hernieuwingen onvermijdelijk zou worden geacht met de eis de duur van de maatregel te beperken. Of bovendien de beperking van de maatregel van opsporing van telefonische mededelingen tot de gevallen waarin een gerechtelijk onderzoek is bevolen, volstaat ter aanduiding van de personen t.a.v. wie de maatregel kan worden bevolen, alsmede van de misdrijven waarvoor de maatregel in aanmerking komt⁷⁵, lijkt evenzeer betwistbaar⁷⁶. Wij durven er, gezien de op strenge en objectieve

maatstaven gestoelde rechtspraak van het Straatsburgse Hof, onze hand niet voor in het vuur te steken. Dat de toekomst het laaghartige of het wijze van de fluwelen voorzichtigheid die het einde van deze commentaar kenmerkt, uitwijze.

Filiep DERUYCK
Assistent Strafrecht en Strafprocesrecht
V.U.B.

⁷⁵ Zie in dat verband de opmerking van de verslaggever van de kamercommissie voor Justitie, de heer HENRION, *Parl.St., Kamer*, 1984-85, nr. 1234-2, 5.

⁷⁶ In dezelfde zin MILQUET, J., o.c., 36.

RECHTSPRAAK

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 15 FEBRUARI 1991

Voorzitter: de h. Soetaert, eerste voorzitter

Rapporteur: de h. Rauws

Openbaar ministerie: de h. D'Hoore

Advocaten: mrs. Geinger, van Hecke en Houtekier

Rechten van de mens – Eerlijke behandeling van de zaak – Gezag van het strafrechterlijk gewijsde – Verkeersongeval – Vrijspraak – Civiel geding tegen derde – Feitelijke vaststellingen van de strafrechter

Wanneer een beklaagde in verband met een verkeersongeval door de strafrechter is vrijgesproken, brengt het bij art. 6, lid 1, E.V.R.M. gewaarborgde recht van een ieder op een eerlijke behandeling van zijn zaak mee dat aan een derde die geen partij was in het strafgeding, in een later geding betreffende zijn burgerlijke rechten en verplichtingen, ten opzichte van zijn wederpartijen niet op grond dat aan een door hen aangevoerd feitelijk gegeven het gezag van het rechterlijk gewijsde erga omnes verbonden is, het tegenbewijs van dat feitelijk gegeven ontzegd kan worden.

S. t/ L., Van D., N.V. S.M. en P.

Conclusie van advocaat-generaal G. D'Hoore

1. Ronald P., de vierde verweerder, werd voor de strafrechter vervolgd ter zake van, bij een verkeersongeval te Maaseik op 28 november 1983, onopzettelijk slagen of verwondingen te hebben toegebracht aan Maryse Van D., de tweede verweester, echtgenote Peter L., eerste verweerder; tevens werd hem overtreding van de artt. 19.3, 3°, en 12.4 van het Wegverkeersreglement ten laste gelegd.

Nadat hij in eerste aanleg was veroordeeld, werd Ronald P. in hoger beroep vrijgesproken; ingevolge die vrijspraak werd de vordering tot schadevergoeding van de burgerlijke

partijen, de echtgenoten Peter L.-Maryse Van D., afgewezen.

De vrijspraak berust op de vaststellingen:

1) dat de beklaagde Ronald P. zich met zijn bromfiets op de door hem te volgen voorsorteerstrook voor links afslaand verkeer bevond, toen hij er werd aangereden door het tegenliggend voertuig bestuurd door Willy S.;

2) dat de plaats zeer goed verlicht was en Willy S. de bromfietser had moeten zien;

3) dat Willy S., bij de aanrijding, niet rechts van de weg, gezien in zijn rijrichting, reed.

De benadeelden spraken vervolgens, ditmaal voor de burgerlijke rechter, Willy S. aan en deze werd door de eerste rechter en door de appelrechter tot schadevergoeding veroordeeld.

Die uitspraak in hoger beroep is het die door eiser voor het Hof wordt bestreden.

De appelrechter gaf er zich rekenschap van dat de eerder gewezen vrijspraak van Ronald P. gegrond was op de door de strafrechter gedane vaststelling «dat het ongeval tussen de bromfietser P. en de autobestuurder S. op de voorsorteerstrook om links af te slaan naar de Oude Baan gebeurde».

Hij achtte zich, krachtens het gezag van het strafrechtelijk gewijsde, gebonden én door die vrijspraak én «door het voormeld motief omtrent de plaats van aanrijding».

Het bestreden arrest zegt voorts dat: «blijkens het voorgebracht strafdossier (eiser) de richting Maaseik-Centrum beoogde en derhalve, krachtens artikel 9.3 van het Wegverkeersreglement, verplicht was zo dicht mogelijk bij de rechterrand van de Weertersteenweg en de daaropvolgende Acht Meilaan te blijven; nu vaststaat dat de eerste aanrijding tussen (eiser) en (de vierde verweerder) op de voorsorteerstrook gebeurde, (eiser) minstens naar links op de door hem gevolgde rechter rijstrook is uitgeweken; (eiser) mogelijkerwijze ingevolge een eigen verkeerde beoordeling doch zonder aantoonbare fout van een andere weggebruiker zonder noodzaak naar links is uitgeweken en alzo de twee

daaropvolgende aanrijdingen heeft veroorzaakt; (eiser) dan ook aansprakelijk is voor de schadelijke gevolgen».

Daartegen wordt in het middel door eiser ingebracht dat het arrest art. 6, lid 1, E.V.R.M. alsmede het algemeen rechtsbeginsel van het recht van verdediging miskent «door eiser het recht te ontzeggen zijn middelen te laten gelden met betrekking tot de juiste plaats van het ongeval welke bepalend was voor het al dan niet foutief karakter van zijn rijgedrag».

2. Het gezag erga omnes van het strafrechterlijk gewijsde is een algemeen rechtsbeginsel dat afgeleid is uit verschillende bepalingen van ons Wetboek van Strafvordering en in het bijzonder uit art. 4 van de voorafgaande titel van dat wetboek. Het raakt de openbare orde en moet derhalve door de rechter ambtshalve opgeworpen worden. Dat gezag is verbonden aan elke onherroepelijke rechterlijke eindbeslissing over de strafvordering. Het levert niet alleen een exceptie van verval van de strafvordering op, het brengt tevens mee dat de rechter die in een later burgerlijk geding uitspraak doet, de bindende kracht van de beslissing van de strafrechter moet erkennen.

Het strafrechtelijk gewijsde is bindend voor de burgerlijke rechter, niet alleen wanneer die uitspraak doet over een afzonderlijk voor hem ingestelde burgerlijke vordering die voortvloeit uit een door de strafrechter betoogd misdrijf, maar ook wanneer hij kennis neemt van andere burgerlijke vorderingen die verband houden met feiten waarover de strafrechter definitief uitspraak heeft gedaan.

Meer bepaald is gezag van strafrechterlijk gewijsde verbonden aan al hetgeen de strafrechter zeker en noodzakelijk heeft beslist, met inbegrip van de redenen die de onmisbare steun van zijn beslissing ten aanzien van het bestaan van de ten laste van de beklaagde gelegde strafbare feiten opleveren¹.

Het strafrechterlijk gewijsde omvat derhalve ook de materiële vaststellingen waarop de strafrechter zijn beslissing zeker en noodzakelijk heeft laten steunen. Daartoe behoren te dezen de vaststellingen van de strafrechter aangaande de plaats van het ongeval en aangaande de gesteldheid van die plaats.

Dienaangaande kan naar enkele recente arresten van het Hof worden verwezen.

In de zaak van uw arrest van 20 september 1973 had het Militair Gerechtshof een beklaagde vrijgesproken op grond dat het ongeval op een wel bepaalde plaats gebeurd was, waaruit volgde dat de plaats van de aanrijding door de strafrechter definitief erga omnes was vastgesteld.

De burgerlijke rechter, die nadien een vordering afwees op grond «dat uit de verstreckte inlichtingen vooral enige onzekerheid bleek met betrekking tot de juiste plaats van het

ongeval die niet kan worden vastgesteld», miskende het gezag van het strafrechterlijke gewijsde².

Ik moge in dit verband ook het volgende geval aanhalen:

De strafrechter spreekt twee weggebruikers die op een kruispunt in aanrijding komen vrij op grond «dat de plaatsgesteldheid de betrokken bestuurders niet kon laten vermoeden dat zij op het punt stonden een kruispunt op te rijden, dat dergelijk kruispunt waarvan het bestaan vanuit een wagen eerst kon opgemerkt worden op het ogenblik dat het opgereden wordt, niet tot de normale risico's behoort die een weggebruiker moet verwachten, dat een snelheid van 30 kilometer per uur, door de bestuurder ontwikkeld, in de gegeven omstandigheden als normaal te beschouwen is».

In het kader van het aansprakelijkheidsproces ingesteld tegen de gemeente op wier grondgebied voormeld kruispunt zich bevindt, oordeelt de burgerlijke rechter dat de gemeente «niet beperkt is in haar verweer en steunen kan op 'argumenten' die strijdig zijn met de zienswijze van de strafrechter».

Met zijn arrest van 10 oktober 1975 vernietigt het Hof die beslissing op grond «dat de motieven (ervan) niet te verzoenen zijn met de redenen van de strafrechter welke de onmisbare steun waren van zijn beslissing van vrijspraak en die derhalve, erga omnes, gelden»³.

Zo hebt U ook beslist dat, wanneer de strafrechter zijn beslissing grondt op het feit dat er in de nabijheid van de aanrijding twee kruispunten bestaan, de burgerlijke rechter later niet meer kan aannemen dat er ter plaatse slechts één kruispunt is⁴.

Laat de strafrechter de vrijspraak van een autobestuurder steunen op de aanwezigheid, op de plaats van het ongeval, van een niet gesignaleerde plas water van 4 tot 5 cm diepte en een lengte van 35 meter aan de rechterzijde van de rijbaan, dan kan de materialiteit van de aldus vastgestelde feiten niet meer worden betwist, zelfs niet door derden in het kader van een later ingestelde burgerlijke vordering⁵.

Een verdere reikwijdte kan aan het aldus uitgewerkte strafrechterlijk gewijsde niet toegekend worden.

Of het tot in die extreme gevallen bestand is tegen de in het middel erop gerichte aanval, blijft verder te onderzoeken.

3. Het recht van verdediging is een algemeen rechtsbeginsel dat onafscheidelijk verbonden is met elke jurisdictionele handeling.

Eerbiediging van dit recht, o.m. in een burgerlijk geding, vereist dat de mogelijkheid tot tegenspraak in de loop van het proces daadwerkelijk aanwezig is⁶.

² Cass., 20 sept. 1973, *A.C.*, 1974, 66.

³ Cass., 10 okt. 1975, *A.C.*, 1976, 181, *R.W.*, 1975-76, 1935.

⁴ Cass., 23 jan. 1976, *A.C.*, 1976, 612.

⁵ Cass., 18 sept. 1986, *A.C.*, 1986-87, nr. 34; 13 nov. 1986, *ibid.*, nr. 159.

⁶ W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, «Le droit de la défense, principe général de droit. Réflexions sur des arrêts récents», *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, Brussel, Bruylant, 1963, II, pp. 569-614; «Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit», rede uitgesproken door procureur-generaal GANSHOF VAN DER MEERSCH op 1 september 1970, *J.T.*, 1970, 537-573 en 581-596; Ph. CLAEYS-BOUÛAERT, «Algemene rechtsbeginselen van het recht; vijftien jaar rechtspraak van het Hof van Cassatie», *R.W.*, 1986-87, 927.

¹ Ph. CLAEYS-BOUÛAERT, «Algemene beginselen van het recht, vijftien jaar rechtspraak van het Hof van Cassatie», *R.W.*, 1986-87, 922; A. WYLLEMAN, «Het gezag van gewijsde: uitdrukking van het rechterlijk gezag», *T.P.R.*, 1988, 33 e.v.; J. RUTSAERT, «L'autorité de la chose jugée au criminel sur le civil», in *Mélanges Jean Dabin*, II, p. 910; P. TROUSSE, «L'autorité de la chose jugée au répressif sur le procès civil ultérieur», *R.D.P.*, 1966-67, 697-698, 1-3, en de er geciteerde rechtspraak; Ph. BOSSARD, «L'autorité de la chose jugée au criminel sur le procès ultérieur», *Rev.Dr.Pén.Crim.*, 1986, 3.

4. Het beginsel van het recht van verdediging heeft in het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden een uitdrukkelijke bevestiging gekregen. Het in art. 6, lid 1, gestelde vereiste van een eerlijke behandeling van de zaak, toepasselijk niet alleen bij het bepalen van de gegrondheid van een ingestelde strafvordering maar tevens bij het vaststellen van burgerlijke rechten en verplichtingen, impliceert dat iedere partij over voldoende, gelijkwaardige en adequate middelen beschikt om stelling te nemen aangaande de rechtskwesties en de feitelijke gegevens die in het geding zijn, dat daarbij geen partij benadeeld is ten opzichte van de andere en dat het proces gevoerd wordt met gelijke wapens⁷.

De bepaling van art. 6, lid 1, raakt de openbare orde⁸.

Het vereiste van een eerlijke behandeling brengt zo bepaalde eisen mee ten aanzien van de bewijsvoering. Elke partij moet gelijke kansen hebben om het door de andere partij aangedragen bewijs te weerleggen.

De mogelijkheid van tegenspraak is een wezenlijk element van een eerlijk proces in de zin van artikel 6 van het Verdrag⁹.

In de zaak *Feldbrugge*, besloten met een arrest van 29 mei 1986, oordeelde het Europees Hof van Justitie dat art. 6, lid 1, van het Verdrag was geschonden in zoverre die bepaling het contradictoir karakter van de rechtspleging waarborgt, doordat de verzoekster of haar vertegenwoordiger de gelegenheid niet kreeg de verslagen waarop de beslissing gebaseerd was, te raadplegen en te bekritisieren¹⁰.

5. Het gezag van het strafrechterlijk gewijsde stelt beperkingen aan de uitoefening van de burgerlijke rechtsvordering en aan de beoordeling ervan door de burgerlijke rechter. Het heeft tevens voor de partijen een bewijsrechtelijke betekenis.

In de regel hoeft een procespartij de door haar aangevoerde feiten slechts te bewijzen voor zover de tegenpartij ze betwist. Feiten die door de wederpartij erkend worden of die algemeen bekend zijn, hoeven niet te worden bewezen. De aanvoering ervan volstaat.

Welnu, de aanwending van het te dezen besproken beginsel van het gezag van gewijsde in strafzaken brengt mee dat de enkele aanvoering ook volstaat wanneer het aangevoerde feit bekleed is met dit gezag; dan is aan de wederpartij het recht ontzegd het bewijs van het tegendeel te leveren. Aldus wordt in de bewijsslevering aan een procespartij een gegeven opgedrongen met een bewijswaarde die slechts toekomt aan een vermoeden juris et de jure.

Een procespartij kan daarmee vrede nemen. Ze kan dit ook onvereenigbaar achten met de manier waarop ze haar verweer opvat: de strafrechter is niet onfeilbaar; het bedoelde materieel feit kan bezwaarlijk losgemaakt worden

van de context van gebeurtenissen en handelingen waardoor het een in rechte relevant feit of rechtsfeit wordt.

6. De uitoefening van het recht van verdediging komt per definitie toe aan de partij die er belang bij heeft zich erop te beroepen.

Wanneer ze dit doet en zich, zoals eiser te dezen, krachtens dat recht verzet tegen het aanwenden op de voormelde manier van het gezag van het strafrechterlijk gewijsde, dient dit laatste voor dat verweer te wijken; dit brengt mee dat die partij dan tot het leveren van het tegenbewijs moet worden toegelaten.

Het is immers strijdig met het principe van het recht op tegenspraak, als neergelegd in artikel 6 E.V.R.M., dat een procespartij in haar verweer tegen een eis met betrekking tot haar «burgerlijke rechten en verplichtingen» op de voormelde wijze voor een onweerlegbaar bewezen geacht feit zou worden geplaatst¹¹.

De verdragsbepaling, die een directe werking heeft, moet voorrang hebben op de nationale rechtsregels¹².

7. Dat het gezag van gewijsde in strafzaken in bepaalde gevallen wijkt voor het recht van verdediging blijkt uit onze rechtspraak.

Vooraf moge worden opgemerkt dat het gezag van het strafrechterlijk gewijsde geen rol kan spelen voor de strafrechter zelf. In de veronderstelling dat eiser voor de strafrechter zou zijn vervolgd bij rechtstreekse dagvaarding door de verweerders of door het openbaar ministerie, zou hij in zijn verdediging niet beperkt geweest zijn.

Het is ook zo dat het gezag van gewijsde van wat ten aanzien van één van de daders van een misdrijf door de strafrechter is beslist, zich niet uitstrekt tot de afzonderlijk vervolgte mededaders en medeplichtigen die aan dat misdrijf hebben deelgenomen¹³.

Eveneens, wanneer verschillende personen tussen wie geen band van deelneming bestaat, wegens hetzelfde feit achtereenvolgens vervolgd worden, kan ten aanzien van de laatst vervolgte het gezag van gewijsde van de beslissing op de strafvordering ten aanzien van de eerst vervolgte niet worden ingeroepen.

Het beginsel moet uiteraard ook wijken voor de gevolgen van de devolutieve werking van het hoger beroep waarvan de omvang bepaald wordt naar gelang van de partijen die het rechtsmiddel aanwenden.

Klassiek zijn de gevallen waarin de verdachte in eerste aanleg wordt vrijgesproken en hoger beroep wordt ingesteld, hetzij door het openbaar ministerie alleen, hetzij door een of meer burgerlijke partijen alleen.

Die gevallen kunnen leiden tot tegenstrijdige gerechtelijke uitspraken in dezelfde zaak, aangezien de rechtsbetrekkingen tussen die partijen die geen hoger beroep hebben ingesteld, verder beheerst blijven door het vonnis van de eerste rechter.

⁷ Commiss. déc. du 16 juillet 1968, n° 2804/66, *Ann. Conv.*, vol. XI, p. 381; A. KOHL, «Implication de l'article 6, alinéa 1er, de la Convention européenne des droits de l'homme en procédure civile», *J.T.*, 1987, 641, nr. 11.

⁸ Cass., 29 jan. 1981, *A.C.*, 1980-81, 603.

⁹ A. FETTSWEIS, *Manuel de procédure civile*, Luik, 1987, 2e uitgave, 14, nr. 9, A.

¹⁰ Arrest E.H.R.M. van 29 mei 1986, serie A, nr. 99, § 42-44; J. VELU en R. ERGEC, «Convention Européenne des droits de l'homme», *R.P.D.B.*, Complément VII, nrs. 474 tot 477 en 489.

¹¹ F. RIGAUX, «Autorité de la chose jugée et principe du contradictoire», noot bij Cass., 18 september 1986, *R.C.J.B.*, 1988, 201.

¹² Cass., 27 mei 1971, *A.C.*, 1971, 959; met concl. proc.-gen. GANSHOF VAN DER MEERSCH, *Pas.*, 1971, I, 888; 4 april 1984, *A.C.*, 1983-84, 1029, met concl. adv.-gen. VELU, *Pas.*, 1984, I, 920.

¹³ Cass., 18 jan. 1972, *A.C.*, 1972, 483, met noot P.M.; Cass., 21 dec. 1976, *A.C.*, 1977, 449.

Dezelfde mogelijkheid van tegenstrijdigheid bestaat wanneer enkel de burgerrechtelijk aansprakelijke partij hoger beroep instelt tegen de beslissing die de beklaagde op strafrechtelijk en op civielrechtelijk gebied veroordeelt.

Hetzelfde geldt voor de verzekeraar van de burgerlijke aansprakelijkheid van de beklaagde die voor de strafrechter is tussengekomen en alleen hoger beroep heeft ingesteld tegen de beslissing waardoor zijn verzekerde werd veroordeeld.

Met al die mogelijkheden van tegenstrijdigheid zijn we vertrouwd geraakt; we nemen er geen aanstoot aan omdat ze inherent zijn aan de regels van de strafrechtspleging.

8. Het beginsel van het gezag van het strafrechterlijk gewijsde wordt in de ons omringende landen niet, althans niet in dezelfde mate gehuldigd als bij ons. Dat is in aanzienlijke mate het gevolg van de opvatting die in die landen heerst met betrekking tot het verband tussen de strafrechtelijke schuld en de burgerrechtelijke schuld.

Het Zwitsers recht met name aanvaardt de dualiteit van de strafrechtelijke en de civielrechtelijke schuld. Het federaal Strafwetboek bepaalt immers dat «l'imprévoyance est coupable quand l'auteur de l'acte n'a pas usé des précautions commandées par les circonstances et par sa situation personnelle» (art. 18 in fine). Daarnaast is in artikel 53 van het Zwitsers wetboek betreffende de verbintenissen de vrijheid van de burgerlijke rechter ten aanzien van het strafrechtelijke vonnis opgenomen.

Ook in Duitsland en in de Angelsaksische landen is het beginsel van het gezag van het strafrechterlijk gewijsde onbekend.

In Nederland heeft de veroordelende strafrechtelijke beslissing de waarde van een voor tegenbewijs vatbaar vermoeden. Artikel 195 van het Nederlands Burgerlijk Wetboek bepaalt: «Een arrest of vonnis in kracht van gewijsde gegaan, waarbij iemand wegens enig feit tot straf is verwezen, zal in een burgerlijk geschil als een bewijs van dat feit worden aangenomen behoudens tegenbewijs.» Een vrijspraak kan evenwel niet voor de burgerlijke rechter worden ingeroepen om een eis tot schadevergoeding af te weren (art. 1956).

Het Franse Hof van Cassatie heeft de eenheid van de strafrechtelijke en de civielrechtelijke schuld aangenomen sedert zijn arrest van 18 december 1912¹⁴.

Het heeft ook het hier besproken rechtsbeginsel van het gezag van het strafrechterlijk gewijsde als dusdanig erkend. De Franse rechtspraak oordeelt evenwel dat het beginsel niet van openbare orde is, waardoor het effect ervan geringer is dan bij ons. De toepassing ervan riep daarenboven een casuïstiek in het leven waarvan de subtiliteiten het beginsel in aanzienlijke mate uithouden en de rechtszekerheid in het gedrang brachten¹⁵.

Het kwam dan ook onder het vuur van de rechtsleer te liggen.

Prof. G. Stefani besluit zijn analyse ervan als volgt: «En d'autres termes, l'intérêt de la justice civile commande que l'on fasse disparaître le caractère obligatoire de l'autorité de la chose jugée au criminel sur le civil, et qu'à l'exemple de

certaines législations étrangères (art. 1955 du Code civil néerlandais; art. 2504 du Code civil portugais), on accorde aux constatations d'une décision pénale la valeur d'une présomption susceptible de preuve contraire. C'est dans cette mesure qu'il convient de rendre au procès civil son indépendance par rapport au procès pénal»¹⁶.

9. Een gelijklopende stellingname vinden we terug in onze hedendaagse Belgische rechtsleer.

Prof. Franchimont drukt zich desaangaande uit als volgt: «Comme le relève Monsieur Rutsaert, les systèmes néerlandais et portugais devraient retenir notre attention: la décision répressive n'y a pas d'autorité absolue de chose jugée. Mais la loi accorde aux constatations d'une décision pénale la valeur d'une présomption susceptible de preuve contraire. Le principe du 'criminel tient le civil en état' se justifie dans ce système, non plus pour éviter la contradiction mais dans l'optique d'une recherche de la vérité: le juge civil doit pouvoir profiter des lumières du procès pénal»¹⁷.

10. In ons land huldigt de rechtspraak de sedert de arresten van het Hof van 5 oktober 1893 aangenomen eenheid van de strafrechtelijke en de civielrechtelijke schuld¹⁸.

De voorstanders van die rechtspraak in de Commissie voor de Herziening van het Strafwetboek bleken echter ook bereid te zijn om aan te nemen dat het behoud van «de identiteit van de civielrechtelijke en de strafrechtelijke schuld» zou samengaan met «de dualiteit van hun gevolgen».

Ter illustratie wordt als voorbeeld gegeven: «Wanneer het slachtoffer om de een of andere reden niet aan het strafproces deelgenomen heeft, zal de eventuele vrijspraak de beslissing van de burgerlijke rechter geenszins beïnvloeden of, anders gezegd, het absolute gezag van het strafrechterlijk gewijsde zal ten aanzien van de burgerlijke vordering worden opgeheven»¹⁹.

11. Het wil me voorkomen dat ook aan eiser, die niet aan het strafproces deelnam, op grond van de door hem voor de feitenrechters ingeroepen en in het middel aangevoerde regels van intern en conventioneel recht, niet de mogelijkheid had mogen worden ontzegd om het door de strafrechter vastgestelde feitelijk gegeven waardoor zijn aansprakelijkheid in het gedrang kwam, te weerleggen en hij derhalve tot het door hem aangeboden tegenbewijs had moeten worden toegelaten.

Conclusie: vernietiging.

Arrest

Gelet op het bestreden arrest, op 19 december 1988 door het Hof van Beroep te Antwerpen gewezen.

Over het middel, gesteld als volgt: schending van artikel 6, lid 1, van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, ondertekend te Rome op 4 november 1950, en van het algemeen rechtsbe-

¹⁶ G. STEFANI, «Les effets du procès pénal sur le procès engagé devant le tribunal civil», *Rev.Int.Dr. Pén.*, 1955, 49.

¹⁷ M. FRANCHIMONT, *Manuel de procédure pénale*, p. 945; zie tevens Ph. BOSSARD, «L'autorité de la chose jugée au criminel sur le procès civil ultérieur», *R.D.P.*, 1986, 3; «Des limites de l'autorité 'Erga omnes' de la chose jugée au pénal», *R.G.A.R.*, 1976, 9552.

¹⁸ *Pas.*, 1893, I, 321 en 328.

¹⁹ Commissie voor de herziening van het Strafwetboek, *Verslag over de grondslagen voor de hervorming*, p. 85.

¹⁴ *Dalloz*, 1915, I, 17.

¹⁵ *Répertoire de droit civil, Jurisprudence générale, Dalloz*, «Chose jugée», Parijs, tweede druk, t. II.

ginsel dat de eerbiediging van het recht van verdediging voorschrijft,

doordat het arrest het door eiser ingesteld hoger beroep als ongegrond afwijst, dientengevolge besluit tot bevestiging van het vonnis a quo met deze wijziging dat de som van 411.720 frank provisioneel aan verweerder (sub 3) wordt toegekend, en eiser derhalve veroordeelt tot betaling aan verweerder (sub 1) van een bedrag van 175.826 frank, aan verweerder (sub 2) van een provisioneel bedrag van 10.000 frank, aan verweerder (sub 4) van een provisioneel bedrag van 50.000 frank, al deze bedragen te verhogen met de vergoedende interesten sedert 28 november 1983 en de gerechtelijke interesten, alsook aan verweerder (sub 3) van een provisioneel bedrag van 411.720 frank, met de vergoedende interesten sedert de datum van uitgave en gerechtelijke interesten, en een deskundige aanstelt met het oog op het onderzoek van tweede en vierde verweerder, op grond: «dat de burgerlijke rechter slechts gebonden is door wat de strafrechter bij zijn uitspraak over de strafvordering zeker, noodzakelijk en hoofdzakelijk heeft beslist; dat 'noodzakelijk' betrekking heeft op de juridische draagwijdte van de strafrechtelijke beslissing en alle vaststellingen omvat die de strafrechter krachtens de wet gehouden is te maken; dat de burgerlijke rechter derhalve niet gebonden is door wat de strafrechter te dezen over de eventuele fout van S., die zelfs niet in het strafgeding was betrokken, in de volgende bewoordingen ten overvloede opmerkte: 'Overwegende dat derhalve hieruit duidelijk moet worden afgeleid dat S. op het ogenblik der aanrijding niet rechts van de weg, gezien in zijn rijrichting, reed'; dat (eiser) evenwel als noodzakelijk motief dat aan de vrijspraak van (verweerder sub 4) ten grondslag lag, de volgende overweging miskent: 'Overwegende dat er derhalve enkele ogenblikken verlopen zijn tussen deze aanrijding, zodat de beklaagde P. zeer zeker reeds op de voorsorteerstrook moest geweest zijn toen S. hem aanreed'; dat er volgens het P.V. der rijksmacht ter plaatse een zeer goede verlichting is, en dat S. de beklaagde P. — die op een toegelaten strook (voorsorteerstrook om links af te slaan naar de Oude Baan) diende te zien; dat de vrijspraak gegrond was op de overweging dat het ongeval tussen de bromfietser P. en de autobestuurder S. op de voorsorteerstrook om links af te slaan naar de Oude Baan gebeurde; dat de burgerlijke rechter derhalve gebonden is door voormelde vrijspraak alsmede door voormeld motief omtrent de plaats van aanrijding; dat te dezen moet onderzocht worden of (eiser) een fout in causaal verband met het verkeersongeval beging; dat hierbij geen rekening kan worden gehouden met het door (eiser) voorgebracht eenzijdig verslag van deskundige V., gedateerd 3 april 1986; dat dit verslag niet kan worden tegengeworpen aan (verweerders) en in strijd met het gezag van gewijsde van voormeld vonnis van 27 juni 1985 vermeldt dat de door de strafrechter aangeduide plaats van de eerste aanrijding niet steekhoudend is en subsidiair opmerkt dat, zelfs indien het voertuig S. niet volledig op zijn rechterstrook was, zijn maneuver een gevolg geweest kan zijn van een reactie op een ondoordacht en verwarring scheppend rijgedrag van P.; dat, blijkens het voorgebrachte strafdossier, (eiser) de richting Maaseik-Centrum beoogde en derhalve, krachtens artikel 9.3 van het Wegverkeersreglement, verplicht was zo dicht mogelijk bij de rechterrand van de Weertersteenweg en de daaropvolgende Acht Meilaan te blijven; dat, nu vaststaat dat de eerste aanrijding tussen (eiser) en (verweerder

sub 4) op de voorsorteerstreek gebeurde, (eiser) minstens naar links op de door hem gevolgde rechterrijstrook is uitgeweken»,

terwyl, luidens artikel 6 van het Europees Verdrag van de rechten van de mens, bij het vaststellen van zijn burgerlijke rechten en verplichtingen een ieder recht heeft op een eerlijke behandeling van zijn zaak; voormeld beginsel evenwel wordt geschonden, zo wordt aangenomen dat aan deze persoon bepaalde gegevens, andere dan een vrijspraak, kunnen worden tegengeworpen, die, ingevolge een in kracht van gewijsde gegaan vonnis, gewezen in strafzaken, waarbij hij geen partij was, niet meer zouden kunnen worden betwist; het recht op een eerlijk proces integendeel impliceert dat de derde zich omtrent deze materiële feiten, die bepalend kunnen zijn voor zijn aansprakelijkheid, kan verdedigen; te dezen aan eiser, betrokken bij een verkeersongeval te Maaseik op 28 november 1983, een vonnis van de Correctionele Rechtbank te Tongeren werd tegengeworpen, waarbij, in zijn afwezigheid, de plaats der aanrijding dusdanig werd bepaald dat deze vaststelling het foutief karakter van zijn rijgedrag nagenoeg impliceerde, nu werd vastgesteld dat het ongeval zich voordeed op de voorsorteerstrook in het midden van de rijbaan, hetgeen in afwezigheid van fout van de tegenliggende bromfietser, die links wenste af te slaan, inhield dat eiser onvoldoende rechts hield, en de vrije appreciatiebevoegdheid van de burgerlijke rechter dusdanig beperkte dat eisers recht van verdediging volledig werd uitgehold; zodat, door eiser het recht te ontzeggen zijn middelen te laten gelden met betrekking tot de juiste plaats van het ongeval, welke bepalend was voor het al dan niet foutief karakter van zijn rijgedrag, het arrest artikel 6, lid 1, van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, ondertekend te Rome op 4 november 1950, miskent evenals het algemeen rechtsbeginsel dat de eerbiediging van het recht van verdediging voorschrijft:

Overwegende, enerzijds, dat artikel 6, lid 1, van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden — hierna te noemen het Verdrag — een ieder het recht geeft op een eerlijke behandeling van zijn zaak, bij het vaststellen van zijn burgerlijke rechten en verplichtingen; dat zulks onder meer inhoudt dat de partijen in een burgerlijk geding gelijke kansen moeten hebben om de door de andere partijen aangedragen bewijzen te weerleggen;

Overwegende, anderzijds, dat uit het internrechtelijk algemeen rechtsbeginsel van het gezag erga omnes van het strafrechtelijk gewijsde onder meer volgt dat de feiten waarvan de strafrechter, in het kader van zijn beslissing op de strafvordering, ten aanzien van de beklaagde het bestaan zeker en noodzakelijk heeft aangenomen, door derden in een later civiel geding niet meer kunnen worden betwist;

Overwegende dat, indien die toepassing van het bedoelde algemeen rechtsbeginsel in strijd komt met de toepassing van artikel 6, lid 1, van het Verdrag, het voorschrift van het Verdrag, dat rechtstreekse werking bezit, voorrang heeft;

Overwegende dat uit de vaststellingen van het arrest blijkt dat Ronald P., thans verweerder, bij vonnis van 27 juni 1985 van de Correctionele Rechtbank te Tongeren, werd vrijgesproken ter zake van de hem ten laste gelegde overtreding van de artikelen 418 tot 420 van het Strafwetboek en 19.3, 3°, en 12.4 van het Wegverkeersreglement, en dat zijn ou-

ders, de echtgenoten P.-B., als burgerrechtelijk aansprakelijken buiten de zaak werden gesteld, met betrekking tot een verkeersongeval van 28 november 1983, waarin eiser, die geen partij was in het strafgeding, betrokken was en waarbij hij met zijn voertuig in aanrijding was gekomen met de uit de tegenovergestelde richting komende bromfietser Ronald P., waardoor hij vervolgens tegen het voertuig van Peter L., bestuurd door Maryse V., botste;

Dat de echtgenoten L.-V. en het Nationaal Verbond van Socialistische Mutualiteiten, thans verweerders, eiser op 5 september 1985 hebben gedagvaard tot vergoeding van de door het vorenbedoelde verkeersongeval veroorzaakte schade, en de echtgenoten P.-B., q.q. voor Ronald P., met hetzelfde doel tussenkwamen in het geding; dat Ronald P. daarna als meerderjarige het geding voortzette;

Overwegende dat het arrest eiser jegens de verweerders aansprakelijk verklaart voor de door het ongeval van 28 november 1983 veroorzaakte schade; dat het die beslissing laat berusten op het door de strafrechter vastgestelde maar thans door eiser betwiste feit dat Ronald P. zich op het ogenblik van de aanrijding op de voor hem bestemde voorsorteerstrook bevond; dat het hof van beroep geoordeeld heeft dat het door die vaststelling van de strafrechter gebonden was, en eiser niet heeft toegestaan van dat feitelijk gegeven het tegenbewijs te leveren;

Overwegende dat het arrest aldus, op grond van het beginsel van het gezag erga omnes van het strafrechtelijk gewijsde, eiser, in een geding betreffende zijn burgerlijke rechten en verplichtingen, ten opzichte van de andere gedingpartijen geen gelijke kans geeft om het door dezen aangedragen bewijs betreffende een feitelijk gegeven te weerleggen;

Dat het arrest aldus artikel 6, lid 1, van het Verdrag, door eiser voor de feitenrechter ingeroepen, schendt;

Dat het middel in zoverre gegrond is;

...

NOOT—Het arrest is in voltallige terechtzitting van de eerste kamer gewezen.

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER — 4 MAART 1991

Voorzitter-rapporteur: de h. Rauws

Openbaar ministerie: de h. Lenaerts, procureur-generaal

Advocaat: mr. Simont

Werkloosheid — Recht op uitkeringen — Werkloos wegens omstandigheden onafhankelijk van zijn wil

De werknemer heeft alleen aanspraak op werkloosheidsuitkeringen wanneer hij werkloos zonder loon wordt wegens omstandigheden onafhankelijk van zijn wil.

Om aanspraak op werkloosheidsuitkering te ontzeggen is niet vereist dat de werknemer die door eigen schuld of toedoen werkloos is geworden, daarbij de wil heeft gehad werkloos te worden.

R.V.A. t/ A.

Gelet op het bestreden arrest, op 13 april 1989 door het Arbeidshof te Gent, afdeling Brugge, gewezen;

Overwegende dat het arrest, met toepassing van artikel 134 van het Werkloosheidsbesluit, oordeelt dat verweerster werkloos was geworden door eigen schuld of toedoen;

Overwegende dat, krachtens artikel 126, eerste lid, 1° van het Werkloosheidsbesluit, alleen aanspraak op werkloosheidsuitkering heeft de werknemer die werkloos zonder loon wordt wegens omstandigheden onafhankelijk van zijn wil;

Dat, om aanspraak op werkloosheidsuitkering te ontzeggen, die bepaling niet vereist dat de werknemer die door eigen schuld of toedoen werkloos is geworden, daarbij de wil heeft gehad om werkloos te worden;

...

RAAD VAN STATE

4e KAMER — 2 OKTOBER 1990

Voorzitter: de h. Baeteman

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

Auditeur: de h. De Buel (andersluidend advies)

Advocaten: mrs. Bervoets en Wuyts

1. Personeel van intercommunale verenigingen — Statuair of contractuele aard van de dienstverbintenis — 2. Raad van State — Rechtspleging — Vordering bij onbevoegde rechter — Voorwaarden voor de stuiting van de beroepstermijn

1. Een intercommunale vereniging is een overheidsinstelling, belast met een opdracht van algemeen belang. Het personeel van zulk een instelling bevindt zich in de regel in een publiekrechtelijke verhouding tot die instelling, behalve indien ondubbelzinnig blijkt dat die verhouding van contractuele aard is.

2. Art. 2246 B.W. waarbij bepaald wordt dat de dagvaarding voor een onbevoegde rechter de verjaring stuit, brengt een algemeen beginsel tot uitdrukking dat van toepassing is in alle gevallen waarin iemands burgerlijke rechten, zoals deze onder meer worden beschermd door art. 6, lid 1, E.V.R.M., in het geding zijn.

De vordering ingesteld bij een onbevoegde rechter stuit de termijn om een beroep bij de Raad van State in te stellen op voorwaarde dat zij werd ingesteld bij een rechter die niet kennelijk onbevoegd was, m.a.w. dat een redelijke twijfel kon bestaan nopens de vraag of de Raad van State dan wel het ander rechtscollege ter zake bevoegd was, dat de vordering bij de onbevoegde rechter werd ingesteld binnen de wettelijk bepaalde termijn die openstaat om de vordering waarvoor hij ogenschijnlijk bevoegd was in te stellen, en dat, wanneer de termijn van beroep bij de Raad van State aldus gestuit is, het annulatieberoep wordt ingesteld binnen zestig dagen na de betekening van het vonnis of arrest waarin de vordering wegens onbevoegdheid wordt afgewezen.

B. t/ N.V. Intercommunale Vennootschap A.W.W.
Arrest nr. 35.619

Gezien het verzoekschrift dat Florent B. op 26 januari 1987 heeft ingediend om de vernietiging te vorderen van de beslissing genomen op 6 juli 1977 door het directiecomité van de N.V. Intercommunale Vennootschap Antwerpse Waterwerken (A.W.W.), waarbij hij met ingang van 11 juli 1977 wordt ontslagen ;

...

Over de gegevens van de zaak

Overwegende dat de gegevens van de zaak kunnen worden samengevat als volgt :

Bij brief van 22 juli 1970 wordt verzoeker door de N.V. Intercommunale Vennootschap Antwerpse Waterwerken (hierna genoemd A.W.W.), met een proeftijd van drie maanden «als grondwerker-continudienst derde reeks» in dienst genomen vanaf 3 augustus 1970.

Op 26 oktober 1970 neemt het directiecomité van de A.W.W. akte van het feit dat verzoeker zijn proeftijd van drie maanden, eindigend op 3 november 1970, doormaakt met de melding «geeft voldoening».

Luidens een medisch attest van 4 juli 1977 mag verzoeker, «om medische redenen, gedurende zes maanden geen ploegwerk doen en geen zwaar fysiek werk in een vochtig milieu».

Op 6 juli 1977 besluit het directiecomité «gelet op het feit dat (verzoeker) blijk heeft gegeven niet geschikt te zijn om de taken uit te voeren waarvoor hij werd aangeworven bij A.W.W., het arbeidscontract met betrokkene op te zeggen met ingang van 11 juli 1977 volgens de wettelijke voorschriften. De opzegvergoeding zal uitbetaald worden en betrokkene moet tijdens de opzegperiode niet meer komen werken». Voornoemde beslissing wordt door de raad van bestuur van de A.W.W. op 22 september 1977 goedgekeurd.

Bij een op 7 juli 1977 ter post aangetekend verzonden brief schrijft ir. J.D. directeur-generaal van de A.W.W., aan verzoeker :

«Gelet op het feit dat U blijkbaar niet geschikt bent om de taken uit te voeren waarvoor U werd aangeworven, heeft het directiecomité der vennootschap, in zitting van 6.7.1977, besloten een einde te maken aan de arbeidsovereenkomst, welke haar met U verbindt.

U gelieve de onderhavige brief dan ook te beschouwen als een geldige opzegging van deze arbeidsovereenkomst.

De opzegtermijn vangt aan op maandag, 11.7.1977 en bedraagt achtentwintig dagen. Tijdens deze periode hoeft U geen prestaties meer te leveren.

Daar de kennisgeving van het bovenstaande U op heden, 7.7.1977, op het kantoor van onze personeelsdienst werd aangeboden, doch U geweigerd hebt haar in ontvangst te nemen, doen wij ze U per aangetekende brief geworden.

Uw afrekening is te uwer beschikking op de zetel der vennootschap».

Verzoeker dient op 22 december 1977 bij de Arbeidsrechtbank te Antwerpen een eis tot schadevergoeding in. Bij tussenvonnissen van 23 november 1979 worden de debatten heropend teneinde eiser te laten bepalen of de schadevergoeding gevorderd wordt op basis van de verbreking van een arbeidsovereenkomst of van een statuut. Aangezien verzoeker daarop zijn eis tot schadevergoeding baseert op de verbre-

king van het statutair verband tussen hem en de A.W.W. verwijst de arbeidsrechtbank, bij vonnis van 5 februari 1982, de zaak naar de arrondissementsrechtbank.

De arrondissementsrechtbank te Antwerpen verwijst op 30 maart 1982 de zaak terug naar de arbeidsrechtbank.

Het Arbeidshof te Antwerpen wijst op 28 november 1986 een door de Rijksdienst voor Maatschappelijke Zekerheid (R.M.Z.) ingesteld beroep af tegen het vonnis van de Arbeidsrechtbank te Antwerpen van 3 juni 1985, waarbij de door de R.M.Z. tegen de A.W.W. ingestelde vorderingen tot betaling van (achterstallige) R.M.Z.-bijdragen wordt afgewezen.

In voormeld arrest overweegt het arbeidshof :

«Overwegende dat de partijen zelf – werkgever en werknemers – blijkens de ingediende stukken, hun rechtsverhouding beschouwen als bepaald door de voorziene staten ; dat dit aansluit bij het ‘quod plerumque fit’ dat de tewerkstelling bij een openbare instelling of een instelling van openbaar nut, moet worden geacht te geschieden onder statutair verband. Dit vermoeden wordt in casu expressis verbis bekrachtigd door de formele gegevens, en zeker niet weerlegd.

Overwegende dat met deze statutaire toestand aansluiten de gegevens : a) van de vastheid van de betrekking zoals dit blijkt uit het hoger vermelde feitenrelaas namelijk het Reglement in de Onderzoeksraad bovenvermeld, dat geen opzegmogelijkheden, doch enkel tuchtmaatregelen voorziet, en b) de wijze van benoeming, zijnde een eenzijdige daad van de raad van beheer ;

Overwegende dat de A.W.W. na de stageperiode van een jaar ofwel opzegt (en daarmee een einde maakt aan de arbeidsovereenkomst) ofwel eenzijdig besluit de werknemer naar een statutaire toestand over te hevelen ; dat geen enkele wetsbepaling door deze twee regelingen wordt overtreden ; dat de tweede regeling losstaat van de voorafgaande arbeidsovereenkomst die reglementair wordt beëindigd.

Overwegende dat, daar aldus zowel de statutaire toestand als de benoeming in vast verband vaststaan, artikel 10, § 1, tweede lid, toepassing vindt, zodat de wettelijke verplichting beperkt wordt tot de verplichte ziekte- en invaliditeitsverzekeringsector geneeskundige verzorging ; en de vorderingen van appellant ongegrond zijn».

Luidens de bewoordingen van zijn annulatieberoep zet voornoemd arrest van het Arbeidshof te Antwerpen verzoeker ertoe aan op 26 januari 1987 – dit is minder dan zestig dagen na dit arrest – een beroep in te stellen bij de Raad van State tegen zijn ontslag als ambtenaar bij de A.W.W.

De Arbeidsrechtbank te Antwerpen verklaart zich op 10 december 1987 onbevoegd om kennis te nemen van het geschil tussen verzoeker en de A.W.W. In het vonnis wordt overwogen :

«In genoemd arrest (nl. voormeld arrest van 28 november 1986) werd vastgesteld dat de werknemers van verwerende partij door een statuut met deze laatste verbonden zijn.

In een schrijven aan eiser de dato 30 maart 1987 bevestigde de auditeur bij de Raad van State dat eiser een verzoekschrift de dato 26 januari 1987 heeft ingediend bij de Raad van State tot vernietiging van de beëindiging van zijn tewerkstelling door verweerder.

Bijgevolg dient vastgesteld te worden dat eiser niet verbonden was met verwerende partij door een arbeidsovereenkomst.

Derhalve is de arbeidsrechtbank onbevoegd om kennis te nemen van dit geschil».

Over de bevoegdheid van de Raad van State

Overwegende dat de verwerende partij een overheidsinstelling is, belast met een opdracht van algemeen belang; dat het personeel van zulk een instelling zich in de regel in een publiekrechtelijke verhouding tot die instelling bevindt, behalve indien ondubbelzinnig blijkt dat die verhouding van contractuele aard is; dat in het onderhavige geval zulk een ander bewijs niet werd geleverd; dat integendeel moet worden opgemerkt dat verzoeker in 1970 bij eenzijdige beslissing van de verwerende partij blijkt te zijn aangeworven voor een proeftijd van drie maanden, welke termijn ongebruikelijk is in geval van arbeidsovereenkomst; dat de verwerende partij er ook eenzijdig akte van genomen blijkt te hebben dat verzoeker zijn stage heeft doorgemaakt met de melding «geeft voldoening»; dat zij nooit sociale afhoudingen heeft gedaan op het loon van verzoeker om ze door te storten aan de R.M.Z., reden waarom aan verzoeker na het bestreden ontslag geen werkloosheidsvergoeding kon worden uitgekeerd; dat de rechtsverhouding tussen verzoeker en de verwerende partij dus van statutaire aard was; dat daaruit volgt dat de Raad van State bevoegd is om van het geschil kennis te nemen;

Over de ontvankelijkheid ratione temporis van het beroep

Overwegende dat de verwerende partij opwerpt dat het beroep buiten de beroepstermijn werd ingesteld, aangezien de bestreden beslissing ter kennis van verzoeker werd gebracht op 7 juli 1977 en verzoeker zijn annulatieberoep pas op 11 februari 1987 heeft ingesteld;

Overwegende dat het beroep inderdaad werd ingesteld meer dan zestig dagen nadat de bestreden beslissing aan verzoeker werd betekend; dat, alvorens te besluiten dat het beroep daardoor niet ontvankelijk is, echter moet worden onderzocht of de vordering welke verzoeker op 22 december 1977 bij de Arbeidsrechtbank te Antwerpen heeft ingesteld, de termijn om bij de Raad van State een annulatieberoep in te stellen niet heeft gestuit;

Overwegende dat, luidens artikel 2246 van het Burgerlijk Wetboek, de dagvaarding voor een onbevoegde rechter de verjaring stuit; dat, daargelaten de vraag of die bepaling rechtstreeks op de Raad van State van toepassing is, moet worden aangenomen dat zij een algemeen beginsel tot uitdrukking brengt hetwelk van toepassing is in alle gevallen waarin iemands burgerlijke rechten, zoals deze onder meer worden beschermd door artikel 6, lid 1 (en 13) van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (E.V.R.M.), in het geding zijn; dat het recht om slechts overeenkomstig de wettelijk en reglementair vastgestelde regelen te worden ontslagen uit een betrekking die, tot de overheidsdienst behorende, toch geen deelname aan het openbaar gezag zelf impliceert, zoals verzoekers betrekking van arbeider bij een waterdistributiemaatschappij, zulk een burgerlijk recht is;

Overwegende dat, opdat de vordering ingesteld bij een onbevoegde rechter de termijn om een beroep bij de Raad van State in te stellen stuit, vereist is dat zij is ingesteld bij een rechter die niet kennelijk onbevoegd was, m.a.w. een redelijke twijfel kon bestaan nopens de vraag of de Raad van State dan wel het andere rechtscollege ter zake bevoegd

was; dat de vordering bij de onbevoegde rechter ook moet worden ingesteld binnen de wettelijk bepaalde termijn die openstaat om de vordering waarvoor hij ogenschijnlijk bevoegd was in te stellen; dat, wanneer de termijn van beroep bij de Raad van State aldus gestuit is, het annulatieberoep moet worden ingesteld binnen zestig dagen na de betekening van het vonnis of arrest waarin de vordering wegens onbevoegdheid wordt afgewezen;

Overwegende dat verzoeker zijn vordering bij de arbeidsrechtbank heeft ingesteld binnen de termijn van één jaar nadat hem zijn ontslag ter kennis werd gebracht, zijnde de termijn van verjaring van de rechtsvorderingen ontstaan uit een arbeidsovereenkomst, als vastgesteld door het toenmalige artikel 6 van de wet van 10 maart 1900 op de arbeidsovereenkomsten; dat de verwerende partij, door verzoekers afanking voor te stellen als het beëindigen van een arbeidsovereenkomst, verzoeker in de waan gebracht heeft dat de arbeidsrechtbank bevoegd was en dus een meer dan redelijke twijfel aangaande de bevoegdheid van de Raad van State heeft doen ontstaan; dat de arbeidsrechtbank zich op 10 december 1987 onbevoegd verklaard heeft; dat verzoeker zijn beroep bij de Raad van State reeds vóór die datum heeft ingesteld; dat dit beroep bijgevolg ontvankelijk is ratione temporis; dat de exceptie moet worden verworpen;

...

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

8e KAMER – 1 FEBRUARI 1991

Voorzitter-rapporteur: de h. Vandeplas
Raadsheren: de hh. Luyckx en Renaers
Openbaar ministerie: de h. De Swaef
Advocaat: mr. Bocken

Wapens – Verboden wapen – 1. Springmes – 2. Gummiknuppel – 3. Vernietiging

1. Een springmes waarvan het heft een lengte heeft van 18 cm en waarvan het lemmet door middel van een druk op de drukpal uit het heft springt en zich onwrikbaar vastzet zodat het mes geschikt is om te steken, te stoten of te doorboren en dat slechts kan worden gedeblokkeerd door het indrukken van een drukknop, is een verboden wapen.

2. Een zwarte rubberen knuppel van 35 cm lang en 2,2 cm doorsnede voorzien van een polsbandje is een gummiknuppel, een wapen dat krachtens het K.B. van 14 juli 1933 gelijkgesteld wordt met de verweerwapens en dat niet mag worden gedragen zonder wettige reden en zonder machtiging van de procureur des Konings.

3. De rechter mag de verbeurdverklaring van de gummiknuppel uitspreken, maar hij mag de vernietiging van dit wapen niet bevelen daar de vernietiging slechts kan worden bevolen in geval van overtreding van art. 4, eerste lid, van de wet van 3 januari 1933. De verbeurdverklaring van het verweerwapen mag trouwens slechts worden bevolen als de voorwaarden vermeld in art. 42 Sw. vervuld zijn.

N.

Overwegende dat de beklaagde wordt vervolgd wegens het dragen van een springmes waarvan het heft een lengte heeft van 18 cm en waarvan het lemmet, dat 15,3 cm lang is, door middel van een druk op de drukpal uit het heft springt en zich onwrikbaar vastzet zodat het mes geschikt is om te steken, te stoten of te doorboren; dat het lemmet slechts kan worden gedeblokkeerd door het indrukken van een drukknop; dat hieruit dient te worden afgeleid dat het gaat om een verboden wapen;

Overwegende dat de beklaagde bovendien een gummiknuppel droeg; dat het gaat om een zwarte rubberen knuppel van 35 cm lang en 2,2 cm doorsnede die voorzien is van een polsbandje; dat het gaat om een wapen dat krachtens het koninklijk besluit van 14 juli 1933 gelijkgesteld wordt met de verweerwapens en dat niet mag worden gedragen zonder wettige reden en zonder machtiging van de procureur des Konings;

Overwegende dat de beklaagde heeft toegegeven dat hij deze wapens heeft gedragen tijdens het incident dat hij op 30 oktober 1988 had te Laakdal;

Overwegende dat de beklaagde ook opzettelijk slagen heeft toegebracht aan Patrick M. en aan Gerry V. en dat hij bovendien Patrick M. heeft bedreigd met het springmes;

Overwegende dat bij de straftoemeting rekening werd gehouden met het opvliegend karakter van de beklaagde en met zijn gerechtelijk verleden, daar hij reeds eerder wegens opzettelijke slagen en bedreigingen werd veroordeeld, maar dat anderzijds ook rekening werd gehouden met zijn oprechte spijt en de verandering die in zijn levenswijze is gekomen sedert zijn huwelijk; dat de hiernavolgende straf dan ook beter is aangepast aan deze gewijzigde toestand;

Overwegende dat de eerste rechter een onwettige straf heeft opgelegd door een geldboete van 300 fr. uit te spreken wegens opzettelijke slagen en verwondingen, hoewel de geldboete maximaal 100 fr. mag bedragen;

Overwegende dat de eerste rechter de verbeurdverklaring van de gummiknuppel mocht uitspreken, maar dat hij een onwettige beslissing heeft genomen door de vernietiging van dit wapen te bevelen, daar de vernietiging slechts kan worden bevolen in geval van overtreding op artikel 4, eerste lid, van de wet van 3 januari 1933;

Overwegende dat de eerste rechter bovendien een onwettige beslissing heeft genomen door de verbeurdverklaring van het verweerwapen te bevelen zonder vast te stellen dat de voorwaarden vermeld in artikel 42 van het Strafwetboek vervuld waren;

Overwegende dat zowel het springmes als de gummiknuppel eigendom waren van de beklaagde en dat deze wapens niet alleen werden gedragen, maar dat ze zelfs hebben gediend om o.m. Patrick M. te bedreigen;

...

NOOT—De classificatie en de verbeurdverklaring van springmessen en gummiknuppels

1. In het hier besproken arrest zijn twee onderwerpen inzake de Wapenwet (wet van 3 januari 1933 op de vervaardiging van, de handel in en het dragen van wapens en op de handel in munitie, *B.S.*, 22 juni 1933 en *F.B.W.*, V.8) aan de orde. Allereerst bepaalt het hof de juiste categorie waar-

toe een springmes en een gummiknuppel behoren. Vervolgens verstrekt het een antwoord op een aantal problemen inzake de verbeurdverklaring van deze wapens. Een en ander maakt het voorwerp uit van deze noot.

Over de vaststelling dat de straf opgelegd wegens slagen en verwondingen het wettelijk maximum overschrijdt, wordt niet uitgeweid: men hoeft slechts art. 398, eerste lid, Sw. te lezen.

2. Bepaalde messen worden door de wet uitdrukkelijk als verboden wapens omschreven. Dit is het geval voor dolken en dolkessen (art. 3, eerste lid, Wapenwet), werpmessen (K.B. 30 januari 1961 tot rangschikking van de werpmessen in de categorie van de verboden wapens, *B.S.*, 6 februari 1961) en de shuriken (K.B. 17 april 1989 tot indeling van de werpsterven bij de categorie verboden wapens, *B.S.*, 28 april 1989). Jachtmessen daarentegen zijn geen verboden wapens maar jachtwapens (art. 3, eerste lid, Wapenwet; zie Verstraeten, R., «Verboden wapens» in *Commentaar Strafrecht en Strafvordering*, Antwerpen, Kluwer, 1984, 2). Het in bovenstaand arrest onderzochte springmes komt als dusdanig niet voor in de gegeven opsomming. Bedoeld mes moet echter worden beschouwd als een dolkmes in de zin van art. 3 van de Wapenwet indien het lemmet ervan vastzit of kan worden vastgezet en indien het geschikt is om te steken, te stoten of te doorboren (Antwerpen, 8 mei 1985, *R.W.*, 1985-86, 537; Antwerpen, 26 juni 1985, *R.W.*, 1985-86, 1283, noot R. Verstraeten; Antwerpen, 27 januari 1989, *R.W.*, 1988-89, 1090, noot; Corr. Neufchâteau, 11 februari 1969, *Pas.*, 1969, III, 83; cf. De Buck, D., *Wapens*, A.P.R., Brussel, Larcier, 1964, p. 57, nr. 119; Verstraeten, R., «Verboden wapens», 2; zie ook Constant, J., «Le régime des armes et des munitions», *R.D.P.*, 1936, 385). De feitenrechter oordeelt op onaantastbare wijze of een bepaald wapen aan de voormelde maatstaf voldoet (Cass., 31 januari 1989, *Arr. Cass.*, 1988-89, 652, *Pas.*, 1989, I, 580, noot; Verstraeten, R., «Over dolken en andere messen» (noot onder Antwerpen, 26 juni 1985), *R.W.*, 1985-86, 1284), wat te dezen het geval was.

Niet alleen is het dragen van een dergelijk springmes steeds verboden (art. 4, eerste lid, Wapenwet) maar ook het vervoeren ervan in bijvoorbeeld het handschoenkastje van een wagen (Cass., 22 september 1987, *Arr. Cass.*, 1987-88, 96, *Pas.*, 1988, I, 88) of in een zak door de beklaagde gebruikt voor het vervoer van andere voorwerpen (Cass., 4 maart 1974, *Arr. Cass.*, 1974, 731, *Pas.*, 1974, I, 685).

3. De gummiknuppel of «matrak» is een verweerwapen (K.B. 14 juni 1933 houdende rangschikking der matraken onder de verweerwapenen, *B.S.*, 19 juli 1933). De wetgever heeft evenmin omschreven wat hij onder een «matrak» begrijpt. Vereist is dat het voorwerp, naar vorm en bestemming, een gelijkenis heeft met de wapenstok (Debersaques, G., «Over knotsen en geheime of verdoken aanvalswapens» (noot onder Antwerpen, 3 november 1988), *R.W.*, 1988-89, 1237; Hesse, M., *Armes et munitions*, Luik, Ed. Jeune Barreau, 1988, 27). Een belangrijk kenmerk van een dergelijk slagwapen is dat het voorzien is van een handgreep, handbeschermer, lederen riem of polsbandje (cf. Corr. Gent, 30 december 1933, *R.W.*, 1933-34, 794; Constant, J., *l.c.*, 396). Om die reden is geen gummiknuppel een rubberen telefoon- of elektriciteitskabel van ongeveer 50 cm lengte en 11,5 cm doormeter, binnenin voorzien van staaldraad, maar niet voorzien van een handgreep of handbeschermer (Antwerpen, 8 februari 1989, *R.W.*, 1989-90, 623, noot). Ook hier

oordeelt de feitenrechter op onaantastbare wijze of het betrokken slagwapen in de categorie van de verweerwapens wordt gerangschikt (Corr. Gent, 30 december 1933, *R.W.*, 1933-34, 793, noot), wat in casu het geval was.

Hoewel een dergelijk wapen vrij kan worden aangekocht, mag het niet worden gedragen zonder wettige reden en zonder machtiging van de procureur des Konings (art. 7, eerste lid, Wapenwet). In het onlangs door beide Kamers goedgekeurde ontwerp van wet tot wijziging van de Wapenwet wordt, zoals trouwens voor alle verweerwapens, een vergunning tot het dragen vereist die voor een duur van ten hoogste drie jaren wordt verleend door de gouverneur van de provincie van de woonplaats van de verzoeker na advies van de procureur des Konings van het arrondissement van de woonplaats van de verzoeker (art. 7 (nieuw): *Gedr.St., Kamer*, 1989-90, nr. 978/1, 7; *Senaat*, 1989-90, nr. 972/1, 5).

4. De Wapenwet kent twee stelsels van verbeurdverklaringen: enerzijds de verbeurdverklaring ex art. 4, tweede lid, Wapenwet en anderzijds die van art. 17, derde lid, Wapenwet. Het voormelde ontwerp van wet tot wijziging van de Wapenwet brengt hierin geen wijziging.

Art. 4, tweede lid, Wapenwet regelt de verbeurdverklaring inzake verboden wapens. Luidens deze bepaling moeten zij bij een overtreding van de regeling inzake de verboden wapens, in beslag worden genomen en verbeurdverklaard, zelfs indien zij niet aan de veroordeelde toebehoren. Deze verbeurdverklaring heeft dus het karakter van een beveiligingsmaatregel (De Buck, D., *o.c.*, p. 128, nr. 412; Dupont, L. en Verstraeten, R., *Handboek Belgisch Strafrecht*, Leuven, Acco, 1990, 379; Verstraeten, R., «Verboden wapens», 10). De artt. 42 e.v. Sw. zijn dus niet van toepassing. Bovendien wordt de Staat geen eigenaar van de verbeurdverklarde wapens, aangezien art. 4, tweede lid, Wapenwet de vernietiging ervan beveelt. Art. 4 Wapenwet is van strikte interpretatie en enkel toepasselijk op verboden wapens. Aldus kunnen jachtpatronen waarmee een verboden wapen is geladen, niet op grond van deze bepaling worden verbeurdverklaard (Debersaques, G., «Over het dragen van een jachtwapen zonder jachtverlof en over de aard van een jachtgeweer met afgezaagde loop» (noot onder Antwerpen, 7 juni 1990), *R.W.*, 1990-91, 713). Evenwel is de afwezigheid van inbeslagneming geen beletsel voor verbeurdverklaring, hoewel de inbeslagneming van het verboden wapen overeenkomstig art. 4 Wapenwet verplicht is (Constant, J., *l.c.*, 774; De Buck, D., *o.c.*, p. 128, nr. 415; cf. De Geest, *Verbeurdverklaring*, A.P.R., Brussel, Larcier, 1971, 24).

Betreft het een andere overtreding van de Wapenwet dan de regeling inzake verboden wapens, dan is art. 17, derde lid, Wapenwet toepasselijk (De Buck, D., *o.c.*, p. 129, nr. 416). Deze bijzondere verbeurdverklaring is een bijkomende straf, toepasselijk overeenkomstig art. 42 Sw. (Cass., 9 mei 1949, *Arr. Cass.*, 1949, 309, *Pas.*, 1949, I, 346; Constant, J., *l.c.*, 774). In de regel is zij verplicht (De Buck, D., *o.c.*, p. 129, nr. 417). Art. 17, derde lid in fine, Wapenwet voorziet evenwel in een afwijking van art. 43 Sw.

5. Het hof sluit zich aan bij de unanieme rechtspraak dat de rechter die welke verbeurdverklaring ook beveelt, moet vaststellen dat de wettelijke voorwaarden ter zake vervuld zijn, op straffe dat hij zijn beslissing niet motiveert (zie de overvloedige verwijzingen aangehaald door De Geest, A., *o.c.*, p. 64, nr. 140; adde o.m. Cass., 4 december 1979, *Arr. Cass.*, 1979-80, 415, *Pas.*, 1980, I, 415; Cass., 24 september

1980, *Arr. Cass.*, 1980-81, 87, *Pas.*, 1981, I, 87; Cass., 18 september 1985, *Arr. Cass.*, 1985-86, 63, *Pas.*, 1986, I, 51; Cass., 18 december 1985, *Arr. Cass.*, 1985-86, 580, *Pas.*, 1986, I, 503; Cass., 21 maart 1989, *Arr. Cass.*, 1989-90, 850, *Pas.*, 1990, I, 762, *R.W.*, 1989-90, 881, noot M. De Swaef; De Buck, D., *o.c.*, p. 129, nr. 420; Constant, J., *l.c.*, 775; De Geest, A., «Verbeurdverklaring», *R.W.*, 1969-70, 148; Dupont, L. en Verstraeten, R., *o.c.*, p. 374, nr. 684).

6. In de regel wordt de Staat eigenaar van de verbeurdverklarde zaken (De Geest, A., *o.c.*, p. 70, nr. 154) die er naar goedgehouden over beschikt (Dupont, L. en Verstraeten, R., *o.c.*, p. 723, nr. 1341). De rechter die in zijn beslissing niettemin de bestemming van de verbeurdverklarde goederen bepaalt, pleegt machtsoverschrijding (Cass., 22 juni 1925, *Pas.*, 1925, I, 289; De Geest, A., *o.c.*, p. 75, nr. 165).

Anders is het wanneer de wetgever zelf de bestemming van de verbeurdverklarde goederen regelt en inzonderheid de vernietiging, onbruikbaarmaking of denaturatie voorschrijft (De Geest, A., *o.c.*, p. 74, nr. 164; Dupont, L. en Verstraeten, R., *o.c.*, p. 724, nr. 1342). Dit is het geval voor de verbeurdverklarde verboden wapens (art. 4, tweede lid, Wapenwet), maar niet voor de andere verbeurdverklarde wapens die onderworpen zijn aan de voorwaarden van art. 17 Wapenwet juncto art. 42 e.v. Sw. Het hof overwoog dan ook terecht dat de eerste rechter de vernietiging van de gumknuppel niet mocht opleggen.

Geert Debersaques

ARBEIDSHOF TE ANTWERPEN

2e KAMER – 8 MAART 1991

Voorzitter: de h. Duys

Raadsheren in sociale zaken: de hh. Van Dyck en Bemong
Advocaten: mrs. Van Der Mussele en Huyghe

Arbeidsovereenkomst – Tijdelijke O.C.M.W.-secretaris – Ambtswaarneming – Aard – Statutaire toestand

De persoon die geen personeelslid is van het O.C.M.W. en die wordt aangesteld om tijdelijk het ambt van O.C.M.W.-secretaris waar te nemen, is niet door een arbeidsovereenkomst verbonden. Zijn toestand is van statutaire aard.

De S. t/ O.C.M.W. R.

Overwegende dat de secretaris van het O.C.M.W. in principe een statutaire functie is; dat bij afwezigheid van de titularis een tijdelijk of waarnemend secretaris kan worden aangesteld; dat deze tijdelijke ambtenaar of de ambtenaar die een bepaald ambt tijdelijk waarneemt, in principe onderworpen is aan het publiekrechtelijk statuut, wat echter niet het genot van de vastheid van betrekking impliceert (R.v.St., 22 februari 1989, arrest nr. 32.046); dat de opheffing van de door de ambtenaar tijdelijk beklede betrekking (R.v.St., 11 januari 1980, nr. 20.035) of, naar analogie, het feit dat de titularis de uitoefening van het ambt weer aanvat, dan wel in de opengestelde plaats voorzien wordt door een aanstelling van een nieuwe titularis, een wettelijk aanvaard-

baar motief oplevert om een einde te maken aan het ambt van dat personeelslid;

Overwegende dat onder bepaalde omstandigheden en voor bepaalde functies, het O.C.M.W. personeelsleden mag aanwerven door middel van een arbeidsovereenkomst voor een bepaalde tijd; dat echter zowel voor de functie als voor de duur van deze vervangingsovereenkomsten wettelijke voorschriften gelden;

Overwegende dat art. 56, § 1, O.C.M.W.-wet in afwijken voorziet in die zin, maar limitatief de functies aanduidt waarvoor deze arbeidsovereenkomsten kunnen worden afgesloten; dat de functie van waarnemend, vervangend of tijdelijk O.C.M.W.-secretaris daarbij niet vermeld wordt; dat bovendien dergelijke overeenkomsten schriftelijk dienen te worden opgesteld en beperkt zijn in de tijd, zowel door de O.C.M.W.-wet als door de Arbeidsovereenkomstenwet indien het om een vervangingsovereenkomst gaat (art. 11ter, tweede en derde lid);

Overwegende dat de O.C.M.W.-wet bepaalt dat in principe de secretaris van het O.C.M.W. slechts kan worden vervangen door een personeelslid van het O.C.M.W.; dat niet betwist wordt dat geen andere administratieve personeelsleden bij het O.C.M.W.-R. waren tewerkgesteld op het ogenblik dat in de vervanging van de secretaris diende te worden voorzien; dat derhalve, bij ontstentenis van in aanmerking komend personeel, de raad een beroep diende te doen op een persoon buiten het personeelsbestand; dat, aangezien geen geschreven arbeidsovereenkomst voor een bepaalde tijd of voor een specifieke vervanging werd opgesteld, die aanstelling van een tijdelijk secretaris, zoals zij in casu gebeurde en waarbij zelfs de loonschalen van een voltijdse O.C.M.W.-secretaris werden toegepast na verloop van tijd, een statutair karakter had; dat, wanneer de titularis in rust was gesteld, appellante niet langer de titularis «verving» maar zij als «waarnemend» werd aangesteld, in afwachting dat een nieuwe secretaris zou worden aangesteld; dat met «waarnemend» waarschijnlijk «tijdelijk» bedoeld werd, aangezien de tijdelijke secretaris niet aan de wettelijke aanwervingsvoorwaarden moet voldoen; dat gebleken is dat, toen het ambt uiteindelijk opengesteld werd, appellante niet aan de nieuwe afgekondigde benoemingsvoorwaarden om zelf titularis benoemd te worden voldeed, maar deze vaststelling niet relevant is voor het oordeel of er al of niet een arbeidsovereenkomst gesloten was tussen geïntimeerde en appellante; dat overigens, volgens de limitatieve opsomming bepaald in art. 56, § 1, van de O.C.M.W.-wet, het desbetreffende ambt niet middels een arbeidsovereenkomst van tijdelijke duur bekleed kan worden; dat om bovenvermelde redenen dient vastgesteld te worden dat, zelfs indien bepaalde extra-voordelen zouden zijn toegekend waarop statutair normaal geen aanspraak kan worden gemaakt, de juridische aard van de tewerkstelling niettemin als statutair dient te worden bestempeld; dat de vordering in zoverre ze steunt op een arbeidsovereenkomst aldus ongegrond is en het beroep om die redenen dient te worden afgewezen;

BURGERLIJKE RECHTBANK TE DENDERMONDE

1e KAMER – 8 JUNI 1989

Rechter: mevr. Van de Wiele

Advocaten: mrs. Meyntjens en Aps

Architect – Overeenkomst – Bewijs – Vereiste van schriftelijke overeenkomst volgens het reglement van de beroepsplichten

De architectenovereenkomst heeft een burgerlijk karakter en valt bijgevolg onder toepassing van de regels van het Burgerlijk Wetboek, ook wat de bewijsvoering betreft.

Op sanctie van onwettigheid mag bij koninklijk besluit van deze regels niet worden afgeweken, zodat een beperkte draagkracht dient te worden toegekend aan art. 20 van het reglement der beroepsplichten van de architecten, bekrachtigd bij K.B. van 18 april 1985, waarin wordt bepaald dat voor iedere opdracht een schriftelijke overeenkomst moet worden opgesteld. De niet-naleving van deze bepaling blijft zonder doorwerking op de rechtsverhouding tussen de opdrachtgever en de architect, maar laatstgenoemde stelt zich wel bloot aan tuchtmaatregelen.

M. t/ B. en B.

De vordering strekt tot veroordeling van verweerders in betaling van het bedrag van 64.350 frank, met de moratoire rente vanaf 26 maart 1987, de gerechtelijke rente en de kosten van het geding, wegens door aanlegger geleverde prestaties in zijn hoedanigheid van architect.

Verweerders ontkennen het bestaan van een architectenovereenkomst; zij zouden enkel een voorafgaande overeenkomst hebben gesloten met aanlegger tot het uitwerken van een plan met het oog op het verkrijgen van een bouwvergunning.

Uit de afwezigheid van een geschreven architectenovereenkomst oordelen verweerders te moeten besluiten tot de onontvankelijkheid van de vordering, aangezien aanlegger zich beroept op het bestaan van een overeenkomst die tot stand gekomen zou zijn met schending van de beroepsregel dat iedere overeenkomst schriftelijk dient te worden vastgelegd.

Verweerders beroepen zich blijkbaar op artikel 20 van het reglement van beroepsplichten der architecten, bekrachtigd bij K.B. van 18 april 1985, waarin wordt bepaald dat voor iedere opdracht een schriftelijke overeenkomst moet worden opgesteld.

De architectenovereenkomst heeft een burgerlijk karakter en valt bijgevolg onder toepassing van de regels van het Burgerlijk Wetboek, ook wat de bewijsvoering betreft.

Op sanctie van onwettigheid mag bij koninklijk besluit van deze regels niet worden afgeweken en aldus dient aan voormeld artikel 20 van het reglement der beroepsplichten een beperkte draagkracht te worden toegeschreven, namelijk dat de niet-naleving ervan zonder incidenties blijft op de rechtsverhouding tussen opdrachtgever en architect, maar laatstgenoemde zich wel blootstelt aan tuchtmaatregelen.

Naar het bepaalde van artikel 1347, § 1, B.W. mag tot het bestaan van de overeenkomst worden besloten bij aanwezigheid van een begin van schriftelijk bewijs.

Eerste verweerder ondertekende het plan en de bouw-aanvraag en betaalde bovendien een provisie ten bedrage van 20.000 frank, waarvan zij bij tegeneis de terugbetaling vragen. Uit al deze elementen blijkt dat inderdaad aanlegger met een architecturale opdracht werd belast door verweerders.

Subsidiair vorderen verweerders de ontbinding der overeenkomst omdat de bouwvergunning werd geweigerd, wat zou aantonen dat de architect te kort geschoten zou zijn in zijn plicht tot voorlichting en raadgeving.

Er dient echter een grondig onderscheid te worden gemaakt tussen de weigering van een bouwvergunning op grond van een onomkeerbare toestand, of een plan dat volkomen onuitvoerbaar blijkt te zijn, en een weigering die slechts gemotiveerd is door een gemakkelijk te verhelpen detail, wat ter zake het geval is. Een te grote breedte der dakkapellen vergt slechts een geringe aanpassing en kan voor de opdrachtgever geen breekpunt worden om zijn bouwplannen op te geven, of de architect zonder meer te ontlasten.

Bij gebrek aan bewijs van een uitgebreidere opdracht heeft aanlegger enkel recht op vergoeding voor de werkelijk geleverde prestaties. Er wordt enkel een plan overgelegd betreffende een gesloten bebouwing van zeer eenvoudige conceptie. Nopens de kostprijs van het gebouw werd geen enkele berekening, zelfs geen ruwe raming opgemaakt.

Het door aanlegger gevorderd salaris komt dan ook overdreven voor. Een bedrag van 50.000 frank is meer aangepast, waarvan in mindering te brengen het reeds ontvangen voorschot van 20.000 frank, blijft 30.000 frank, te vermeerderen met de B.T.W.

RECHTSPRAAK IN KORT BESTEK

Hof van Cassatie (3e Kamer), 14 januari 1991

Burgerlijke rechtspleging – Uitvoerend beslag op onroerend goed – Beslissing over zwaarigheid – Niet voor hoger beroep vatbaar – Betwisting over het bestaan van de schuldvordering – Geen zwaarigheid

Het cassatieberoep tegen het bestreden arrest (Hof Bergen, 13 februari 1989) wordt om de volgende redenen verworpen:

«Overwegende dat de rechter, wanneer hij inzake uitvoerend beslag op onroerend goed beslist over een betwisting betreffende het bestaan van de schuldvordering, hij geen uitspraak doet over zwaarigheden omtrent de tenuitvoerlegging, in de zin van artikel 1624, tweede lid, 2° van het Gerechtelijk Wetboek;

«Overwegende dat het arrest, zonder dienaangaande te worden bekritiseerd, erop wijst dat de 'partijen in hoger beroep (thans verweersters), op grond van een andere uitlegging van de akten van hypotheekvestiging dan van die welke geïntimeerde (thans eiseres) eraan geeft, betogen dat de bedragen tot zekerheid waarvan beslag werd gelegd en waarvan de verleende hypotheek de betaling waarborgde, bij het beslag waren terugbetaald';

«Dat het arrest, door te beslissen 'dat het geschil dus betrekking heeft op het beginsel zelf van de verbintenis en geen zwaarigheid omtrent de tenuitvoerlegging in de beslagprocedure doet rijzen' en dat het hoger beroep tegen de beslissing over dat geschil ontvankelijk is, artikel 1624, tweede lid, 2°, van het Gerechtelijk Wetboek niet schendt.»

(Voorzitter: de h. Soetaert, eerste voorzitter – Rapporteur: de h. Rappe – Openbaar ministerie: de h. Leclercq – Advocaten: mrs. Simont en Draps – In de zaak: N.V. B. t/ L. e.a.)

NOOT – Zie Cass., 6 november 1989, *R.W.*, 1989-90, 929, met conclusie van advocaat-generaal Lenaerts.

Hof van Cassatie (1e Kamer), 25 januari 1991

Inkomstenbelastingen – Voorziening bij het hof van beroep – Niet aangevoerde onwettigheid van de beslissing van de directeur – Geen geval van recht tot aanslag of rechterlijk gewijsde – Hof van beroep niet bevoegd om de onwettigheid ambtshalve ongedaan te maken

Het bestreden arrest (Hof Gent, 11 oktober 1988) stelt vast dat de directeur een door art. 276, tweede lid, W.I.B. verboden compensatie heeft toegepast, maar dat eiser die onwettigheid niet overeenkomstig de artt. 278, tweede lid, en 279, tweede lid, heeft opgeworpen en dat het hof van beroep ze niet ambtshalve mag onderzoeken. Het daartegen aangevoerde middel blijkt te falen naar recht:

«Overwegende dat het middel terecht ervan uitgaat dat de onwettigheid die door de directeur der belastingen zou zijn begaan in zijn beslissing op het ingestelde bezwaar tegen een aanslag, door de belastingplichtige niet met een nieuw bezwaar bij de directeur kan worden bestreden; dat daaruit evenwel niet volgt dat het hof van beroep, geadieerd door een voorziening, in elk geval die eventuele onwettigheid ongedaan moet maken; dat de belastingplichtige immers het voorwerp van zijn beroep tegen de beslissing van de directeur kan beperken, en het hof van beroep, behoudens verval van het recht tot aanslag of rechterlijk gewijsde, enkel vermag uitspraak te doen binnen de perken van het aanhangig gemaakte geschil;

«Overwegende dat het arrest vaststelt dat eiser de in het middel opgeworpen onwettigheid niet tot voorwerp van zijn beroep heeft gemaakt.»

(Voorzitter: de h. Caenepeel – Rapporteur: de h. Rauws – Openbaar ministerie: de h. Tillekaerts – Advocaten: mrs. Delafontaine en Claeys Bouuaert – In de zaak: H. t/ Belgische Staat)

Hof van Cassatie (3e Kamer), 28 januari 1991

Bevoegdheid en aanleg – Arbeidsrechtbank – Ontslag om dringende reden – Werkstaking – Geschil over redevelijkheid van bedoeling om het werk niet te hervatten – Individueel geschil inzake arbeidsovereenkomsten

De voorziening van de eisers tegen Arbh. Brussel, 1 december 1989 wordt om de volgende redenen verworpen:

«Overwegende dat, enerzijds, het arrest niet beslist dat deelneming aan een werkstaking op zichzelf wordt beschouwd als een onrechtmatige daad op grond waarvan de overeenkomst zonder opzegging of vergoeding kan worden beëindigd; dat het integendeel zegt dat 'de tijdelijke stopzetting van de arbeid door een of meer werknemers om hun solidariteit te betuigen met een gestrafte of ontslagen werkgezel op zichzelf de arbeidsverhouding niet doet eindigen';

«Overwegende dat, anderzijds, het arrest aanneemt dat 'volgens de bepalingen van artikel 578 van het Gerechtelijk Wetboek de bevoegdheid van de arbeidshoven en arbeidsrechtbanken beperkt is tot de individuele geschillen inzake arbeidsovereenkomsten; het (arbeids)hof dus niet bevoegd is om te beslissen dat een werkstaking al dan niet wettig en regelmatig is; het enkel moet beslissen of de gedraging van de ontslagen werknemer al dan niet een dringende reden opleverde';

«Dat het arbeidshof, dat oordeelt dat de bedoeling van de eisers om het werk niet te hervatten, niet redelijk was, en op die grond beslist dat zij 'een grove fout hebben begaan die een dringende reden oplevert', zich, zonder enige in het middel aangewezen wetsbepaling te schenden, ertoe beperkt uitspraak te doen over individuele geschillen tussen de eisers en verweerster betreffende de toepassing van artikel 35 van de wet van 3 juli 1978.»

(Voorzitter: de h. Marchal – Rapporteur: mevr. Charlier – Openbaar ministerie: de h. Leclercq – Advocaten: mrs. Draps en Van Ommeslaghe – In de zaak: De P. e.a. t/ N.V. A.)

BOEKEN

J. de RUITER, *Een vat vol tegenstrijdigheden*, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1990, 27 blz.

In zijn hoogstaande rede, uitgesproken bij het aanvaarden van het ambt van bijzonder hoogleraar personen-, familie- en jeugdrecht aan de Rijksuniversiteit te Utrecht op woensdag 17 oktober 1990, geeft prof. mr. J. de Ruiter zijn visie op het familierecht, «een vat vol tegenstrijdigheden»... Gelukkig maar, want – om het met de woorden van de betreurde W. Delva te zeggen – «de familie is de resonantiekast bij uitstek» van het maatschappelijk leven, en een leven zonder diversiteit is geen volwaardig leven.

De «gezagspyramide» is in belangrijke mate «afgeplat en de spelers (vader, moeder en kinderen) spelen hun rol minder vast geregisserd dan voorheen. De rust van het gesloten familierechtelijk systeem heeft plaats gemaakt voor de woelingen van het open *speelveld*».

Wat de relatie man/vrouw betreft is de Ruiter het niet eens met sommige feministische rechtsbeoefenaars die het opheffen van ongelijkheden tussen mannen en vrouwen in het recht als onvoldoende beschouwen en pleiten voor het verlenen van structurele «special rights» aan vrouwen.

Maar hij heeft het vooral over de relatie ouders/kind. Zodra het kind in het geding is, moet het belang van het kind de leidende factor zijn en mag dit kind «geen *speelbal* worden van een strijd tussen de sexen».

De Ruiter is, anders dan de Kinderrechtenbeweging, van oordeel dat het wettelijk regime van de minderjarigheid, in het belang van het kind, primair gekenmerkt moet blijven door de eisen van zorg, hulp en bescherming: «het verlenen aan jeugdigen van rechten en bevoegdheden in plaats van bescherming en hulp kan onbarmhartig paternalistisch zijn en een inbreuk op *het recht om jong te zijn*»;

bovendien kan het een voorwendsel geven aan ouders om zich aan hun verantwoordelijkheid voor hun opgroeiend kind te onttrekken.

Het kind heeft, volgens De Ruiter, geen belang bij een eigen rechtsingang en rechterlijke interventie in geval van meningsverschillen met een of beide ouders in de gezinssituatie; een dergelijke rechtsingang zou bovendien neerkomen op een inbreuk op de privacy van het gezin en art. 8 E.V.R.M. schenden.

Al is het schrijnend dat «het belang van het kind richtsnoer is in situaties, die zelf allerminst in het belang van het kind zijn» (bv. echtscheiding), toch moet het kind het recht hebben om zijn mening kenbaar te maken in procedures die zijn belang betreffen (cf. de Internationale Conventie van de Rechten van het Kind): m.b.t. de hoede of omgang na echtscheiding roept de minderjarige niet eigenmachtig de hulp van de rechter in, maar vraagt hij om toegang in een reeds bestaand geding. Een hoorrecht volstaat niet, maar de minderjarige van twaalf jaar of ouder moet een vormvrije quasi-rechtsingang krijgen, met informeel karakter (een brief, een bezoek op het spreekuur van de kinderrechter, die dan ambtshalve optreedt).

In zijn besluit verwijst de Ruiter nogmaals naar art. 8 E.V.R.M.: binnen een open begrip, nl. het recht op eerbiediging van het gezinsleven – «a whole code of family law» –, moeten alle vaak tegenstrijdige belangen van moeders, vaders en kinderen en van al die anderen die zich op familielevens kunnen beroepen, worden samengebracht, afgewogen en in harmonie gebracht.

Al wringt dat besluit een beetje met zijn twintig bladzijden eerder – o.i. terecht – geformuleerde standpunt «dat terughoudendheid geboden is met dergelijke beginselverklaringen. Zij zeggen gauw te weinig of te veel. De mate van huwelijks- en gezinsvriendelijkheid van een rechtstelsel laat zich ook beter aflezen uit het geheel der daarop betreffende hebbende voorschriften. Daarbij spreken de praktische voorzieningen op het gebied van bijv. kinderbijslag en kinderopvang een duidelijker taal dan een fraaie beginselverklaring».

J. Gerlo

M.T. MEULDERS-KLEIN (red.), *Adoption et formes alternatives d'accueil. Droit belge et droit comparé*, E. Story-Scientia, 1990, 331 pp.

Dit boek kan beschouwd worden als de franstalige tegenhanger van «Adoptie. Verlatenverklaring van minderjarige» onder redactie van P. Senaave (zie bespreking, *R.W.*, 1990-91, 415).

Het betreft eigenlijk het verslagboek van de studiedagen door het «Centre de Droit de la Famille» van de U.C.L. georganiseerd op 2 en 3 oktober 1987 (!), al werden de verwijzingen bijgewerkt tot 1 januari 1990.

Het nieuwe Belgische adoptierecht wordt er niet alleen kritisch besproken maar ook geconfronteerd met de adoptiewetgevingen van andere Westeuropese landen. Terecht schrijft prof. M.T. Meulders-Klein in haar voorwoord: «L'originalité même de l'ouvrage réside dans cette approche à la fois critique et comparative des solutions législatives apportées à des problèmes communs à tous les pays occidentaux en matière d'adoption et, complémentarément, de formes alternatives d'accueil.»

Het eerste deel van het boek is gewijd aan het Belgische intern recht en internationaal privaatrecht, met uitstekende bijdragen van J. Dalcq, B. Maingain, V. Pouleau, M.T. Meulders-Klein, I. Mammerant, M. Verwilghen en C. Debroux.

Het is onbegonnen werk al deze bijdragen inhoudelijk te bespreken (zie mijn bespreking van het bovenvermelde boek onder redactie van P. Senaave). Opvallend is wel het verschil in benadering tussen de twee boeken: de op de praktijk gerichte benadering van de K.U.L. aan de ene kant, de kritische, zich bezinnende benadering van de U.C.L. aan de andere kant, met nadruk op de onvolmaakt-heden en lacunes van de nieuwe wetgeving.

Bijzondere aandacht wordt in het boek besteed aan de mogelijke alternatieven voor een adoptie; een eventueel juridisch statuut voor pleegouders en, in een ruimer kader, de juridische erkenning van gezinsplaatsing, zijn hierbij aan de orde, in de bijdragen van F. Tulkens en M.F. Lambert (*Le placement familial: problèmes socio-juridiques*) en van J. Sosson (*Les aspects juridiques du droit belge en matière de formes alternatives d'accueil*).

Zij zijn het erover eens dat noch de datieve voogdij, noch de pleegvoogdij, noch de provogdij, noch de administratieve voogdij, noch de verlatenverklaring van een minderjarige een bevredigende oplossing bieden.

Er wordt gedacht aan een — al dan niet vrijwillige — delegatie van het ouderlijk gezag, naar Frans voorbeeld. Er wordt verwezen naar het Engelse recht — de Children Act van 1975 staat degenen met wie het kind drie jaar samengeleefd heeft toe «custodianship» (recht van materiële én juridische bewaring) te eisen — en naar het Nederlandse recht — Nederland heeft een Pleegkinderenwet en kent de pleegouders na één jaar een «blokkade-recht» toe in artikel 246a Ned. B.W.

Het tweede, rechtsvergelijkende deel van het boek bevat bijdragen van eminente Engelse, Duitse, Franse, Zwitserse en Nederlandse specialisten van het familierecht, namelijk S.M. Cretney, R. Frank, M.P. Champenois-Marmier, J.M. Grossen, M. Rood de Boer en M. van Dijk; zij worden voorafgegaan door een overzichtelijke synthese, in de vorm van vergelijkende tabellen, opgesteld door I. Lammerant (blz. 217-221).

Hieruit blijkt dat in (West en Noord-)Europa de meeste landen enkel de volle adoptie kennen (o.m. Engeland en Nederland), een grote minderheid een pluralistisch systeem (o.m. België en Frankrijk) en een kleine minderheid (Oostenrijk en Griekenland) enkel de gewone adoptie. Maar hieruit blijkt vooral, dat België, met Oostenrijk, het enige land is dat blijft houden aan de, in beginsel, contractuele aard van de adoptie.

Nu de adoptie een culturele revolutie heeft gekend, van instelling ten dienste van volwassenen, tot instelling ten dienste van het kind, is het onaanvaardbaar dat een contract, over het hoofd heen van het kind, gesloten wordt. Tot dit besluit komt zeker M.T. Meulders-Klein, waar zij schrijft (blz. 7): «L'incertitude du maintien de la technique contractuelle, avec les incertitudes qu'elle engendre, apparaît au grand jour».

J. Gerlo

D.S. CLARK (red.), *Comparative and Private International Law. Essays in Honor of John Henry Merryman on his Seventieth Birthday*, Berlijn, Duncker & Humblot, 1990, XXII + 450 pp., 198 DM

Met deze feestbundel eren zesentwintig auteurs professor John Merryman, die rechtsvergelijking doceerde in Stanford en die daarbij uitgroeide tot een van de beste Amerikaanse kenners van de *civil law* met een bijzondere voorliefde voor de studie van het Italiaanse recht.

In het eerste gedeelte wordt het rechtsvergelijkend werk van Merryman gesitueerd. In Clark's bijdrage «The Idea of the Civil Law Tradition» wordt de methodologie van Merryman uiteengezet. Enigszins beïnvloed door de stijlnotie van Zweigert als criterium voor de indeling in rechtsfamilies, stelt Merryman *legal tradition* tegenover *legal system*. In zijn *The Civil Law Tradition* komt hij tot de conclusie dat het Duitse en Franse recht weliswaar een belangrijke bijdrage tot de *civil law*-traditie hadden geleverd, doch dat veel eerder het Italiaanse recht de typische kenmerken van de *civil law* vertoonde. Het Italiaanse recht had beide rechtssystemen gereciperd, terwijl de wederzijdse invloed van het Duitse en Franse recht beperkt waren gebleven. Deze stelling die destijds grote ophef maakte en op de kritiek van David en Kötz stootte, zou als een rode draad het werk van Merryman blijven bepalen.

In het tweede gedeelte zijn een aantal bijdragen te vinden gegroepeerd rond het thema «Comparisons of Legal Systems». In zijn bijdrage over «American and European Models of Constitutional Systems» ontleedt Favoren de ontwikkeling van het grondwettelijk recht dat niet langer zuiver institutioneel recht is. Door de voortschrijdende toetsing van de wet aan de grondwet is dit instrument ook in de *civil law*-landen toepasselijk materieel recht geworden en tendeeft het grondwettelijk recht naar het Amerikaans model. Het vermelden waard zijn nog de bijdragen van Kötz over «Scholarship and the Courts», van Tallon over «The Notion of Contract» en van Thorens over «The Common Law Trust and the Civil Law Lawyer». In deze laatste bijdrage onderzoekt de auteur welke wetswijzigingen nodig zijn om de trust met succes in *civil law*-rechtssystemen te integreren en beveelt hij aan daartoe de rol van de trust in het recht van Louisiana en Quebec te onderzoeken.

Het derde gedeelte groepeerde onderwerpen van Europees recht, in het vierde gedeelte worden een aantal studies over internationaal privaatrecht gebundeld.

W. Pintens

J.E. GOLDSCHMIDT, A.W. HERINGA en F. VAN VLIET (red.), *De zij-kant van het gelijk. Het recht als instrument ter verbetering van de kansen op gelijke posities voor vrouwen*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1991, 177 pp.

Het feminisme is lange tijd een marginaal fenomeen geweest. De laatste jaren is hierin echter verandering gekomen. Sterker nog, het wordt (zelfs voor mannen) bon ton om zich in te spannen voor de verbetering van de maatschappelijke positie van de vrouw. Ook de academische wereld heeft het zwakke (sic) geslacht ontdekt. De vrouw is het object geworden van studies door zowel exacte als humane wetenschappers. Men zou dan ook mogen verwachten dat juristen zich in het debat mengen. Wij moeten evenwel vaststellen dat de Belgische rechtsbeoefenaars zich tot op heden, op enkele uitzonderingen na, niet al te enthousiast hebben getoond. In Nederland daarentegen geniet de juridische studie van de geslachts(on)gelijkheid veel bijval. Bijna elke rechtsfaculteit heeft een vakgroep «vrouwenstudies» en de aficionados van de feministische rechtsbeoefening beschikken zelfs over een eigen vakblad, *Nemesis*, waaraan tientallen gerenommeerde juristen hun medewerking verlenen. Een aantal onder hen heeft referaten gehouden op een op 10 september 1990 door de Emancipatieraad (het homoloog van de Belgische Commissie Vrouwenarbeid) gehouden symposium. De congreteksten, geschreven door zowel (rechts)sociologen als juristen, zijn nu ook voor het grote publiek beschikbaar.

Centraal staat de vraag in hoeverre het recht een instrument kan zijn voor de verbetering van de kansen op gelijke posities voor vrouwen. Is het recht m.a.w. een hefboom voor het emancipatiebeleid? P.F. van der Heijden (pp. 115-125) formuleert in dit verband een aantal principes waaraan wetgeving moet voldoen om gevolgen te sorteren en toetst daarna de Nederlandse wetgeving aan deze principes.

De bundel bevat vooral descriptieve bijdragen. Hiertoe behoren de opstellen van J.E. Goldschmidt (over het gelijkheidsbeginsel; pp. 29-38), A.W. Heringa (over de — beperkte — mogelijkheden van het internationale recht bij de bestrijding van geslachtsdiscriminatie; pp. 47-64), R.A.A. Duk (over de bewijslastverdeling, pp. 129-138) en A.Ph.C.M. Jaspers (over de sancties in geval van geslachtsdiscriminatie, pp. 139-156).

Daarnaast werden nog een aantal meer polemische artikelen opgenomen. Zo wijdt Carien Evenhuis (pp. 39-45) een korte bijdrage aan de «referentiekaders». Deze worden gebruikt om vast te stellen of er al dan niet sprake is van discriminatie, c.q. achteruitstelling, en kunnen eventueel dienen als uitgangspunt om positieve acties te formuleren. Zo kan men het aantal tewerkgestelde vrouwen vergelijken met het aantal potentiële vrouwelijke arbeidskrachten, met de totale bevolking, enz. Al naar gelang van het referentiekader waarvoor men opteert, zal een voorkeursbehandeling al of niet een inbreuk zijn op het gelijkheidsbeginsel. Een werkgever wiens juridische dienst bv. 10% vrouwen telt bij een potentieel van 40%, mag bij aanwerving voorkeur geven aan vrouwen tot de 40% is bereikt, zonder zich schuldig te maken aan discriminatie van mannen. Wanneer de totale bevolking als referentiekader wordt genomen, kan dit cijfer zelfs oplopen tot meer dan 50%. Evenhuis pleit vanuit haar feministische achtergrond uiteraard voor een zo vrouwvriendelijk mogelijk referentiekader.

Ook de bijdrage van R. Holtmaat (pp. 65-114) bevat stof voor discussie. Deze auteur bespreekt «de blinde vlek van het recht ten aanzien van de (inkomens)positie van vrouwen en haar sociale zekerheid» (p. 65). In een zeer lijvig opstel betoogt zij dat het toekennen van dezelfde voordelen uit de sociale zekerheid aan mannen en vrouwen een discriminatie impliceert. Vrouwen lopen immers meer risico's dan mannen: bv. het risico van psychische en fysieke overbelasting ten gevolge van de combinatie van betaalde arbeid en schaduwarbeid, enz. Deze risico's hebben drie oorzaken: (1) het verrichten van onbetaalde verzorgingsarbeid voor derden, (2) het krijgen van kinderen, hun verzorging en opvoeding, (3) sterotiepe opvattingen over rolpatronen. Zolang deze oorzaken blijven be-

staan en vrouwen door extra risicofactoren worden gehinderd, kan van gelijkheid in de sociale zekerheid geen sprake zijn.

Het referaat van Koopmans (pp. 19-27) heeft ons het meest geboeid. Deze wetenschapper heeft zich gebaseerd op uitspraken van de US Supreme Court om voorspellingen te doen omtrent mogelijke ontwikkelingen op het vlak van de bestrijding van de geslachtsdiscriminatie in Nederland. Hierbij wijst hij o.a. op de weerstanden die een desbetreffende wetgeving kan oproepen. Om de mannelijke hegemonie te doorbreken zal z.i. meer nodig zijn dan een pro forma sekseneutraal normenapparaat. Koopmans meent dat de huidige toestand van achteruitstelling alleen kan veranderen wanneer een collectief bewustwordingsproces op gang wordt gebracht. Hierbij kan het recht een belangrijke rol spelen. Rechtszaken kunnen bv. de publieke opinie beïnvloeden. Daarom is het o.a. belangrijk dat class actions i.v.m. geslachtsdiscriminatie mogelijk worden gemaakt.

Op de nabeschuiving na (pp. 173-177) bevat de bundel nog een bijdrage van E.M. Schneider (pp. 157-172). Deze Amerikaanse hoogleraar (Brooklyn Law School) besteedt uiteraard veel aandacht aan de problemen die in de V.S. in het middelpunt van de belangstelling staan: het overschakelen door vrouwen van arbeid in dienstverband naar huisarbeid en de fysieke mishandeling van vrouwen door mannen.

De auteurs hebben zich allen op een voortreffelijke wijze van hun taak gekwet. Alle bijdragen zijn boeiend, vlot geschreven en bevatten veel verwijzingen naar buitenlandse rechtspraak en rechtsleer. Voor radicale feministen geldt wel een waarschuwing. De salonfähigheid van de problematiek van de geslachts(on)gelijkheid heeft als gevolg dat ook een aantal heren hebben meegewerkt. Daar dezen alleen hun initialen hebben vermeld, is dit niet zo meteen duidelijk.

Patrick Humblet

Jehanne Sosson, *Les politiques familiales des Etats membres de la communauté européenne*, deel III. Modèles familiaux et droit civil: la filiation et ses effets, Brussel, COFACE, 1990, 66 p.

De Confederatie van Gezinsorganisaties in de Europese Gemeenschap heeft in 1986 het plan opgevat om vergelijkende studies te ontwikkelen over het gezinsbeleid in de twaalf lidstaten van de Europese Gemeenschap. De studie over de afstamming en haar gevolgen is de derde in de reeks, en werd gemaakt door J. Sosson, assistente aan de U.C.L., met de financiële steun van de Commissie van de E.G. Voor elk van de 12 lidstaten heeft zij een afzonderlijk rapport opgesteld volgens een identiek plan. Het voorliggende rapport herneemt op een systematische wijze de resultaten van de 12 nationale rapporten, die in synoptische tabellen naast elkaar geplaatst worden wat de vergelijking zeer gemakkelijk maakt.

Er wordt achtereenvolgens een vergelijkend overzicht gegeven van de volgende materies: vaststelling van de afstamming langs moederszijde en langs vaderszijde binnen het huwelijk; rechtsoverdracht tot betwisting van het vaderschap binnen het huwelijk; vaststelling van de moederlijke en vaderlijke afstamming buiten het huwelijk; de wettiging; de vaststelling van een overspelige afstamming; het bestaan van discriminaties op het vlak van de vaststelling van de afstamming tussen huwelijkse en buitenhuwelijkse kinderen enerzijds en tussen vader en moeder anderzijds; de naam van het kind, de onderhoudsplicht van de ouders, en het ouderlijk gezag in de verschillende mogelijke familiale situaties m.b.t. de ouders (gehuwd/ongehuwd; samenlevend of niet; afstamming vastgesteld t.a.v. slechts één ouder).

Deze grondige analyse en de originele manier van voorstelling van de resultaten biedt zowel voor de praktijk als voor de wetenschapper een handig en overzichtelijk werkinstrument. Eens te meer blijkt dat er op het vlak van de vaststelling en de gevolgen van de afstamming werkelijk geen enkele materie is waar enige homogeniteit bestaat in de Europese rechtssystemen. Op vele domeinen zijn de oplossingen in de onderscheiden nationale rechtssystemen zelfs extreem uiteenlopend. Nemen we als illustratie de vaststelling van de vaderlijke afstamming buiten het huwelijk, waarover in ons land het Arbitragehof onlangs een arrest gevelde heeft: in de meeste landen moet de vader vrijwillig stappen ondernemen om zijn afstammingsband vastgesteld te zien, maar in sommige landen heeft hij daartoe de toestemming van het kind nodig, in andere de toe-

stemming van de moeder, en in nog andere ofwel die van de moeder, ofwel die van het kind, ofwel die van beide, naargelang de leeftijd van het kind. In weer andere landen is de erkenning een eenzijdige rechtshandeling vanwege de vader. In één rechtssysteem moet de vader zelf helemaal geen stappen ondernemen, maar wordt er automatisch op aangifte van de moeder een administratieve procedure in gang gezet met het oog op de vaststelling van zijn vaderschap. De Angelsaksische rechtssystemen hebben dan weer een heel andere logica in deze materie.

Wij menen echter niet dat deze enorme verscheidenheid de uitdrukking is van de eigen geest van elk volk of van elke nationaliteit. De Europeanen kennen anno 1991 immers een grotendeels gelijklopende levenswijze, hun demografische en familiale problemen zijn thans in belangrijke mate dezelfde, de forse wederzijdse migratie en andere contacten bevorderen deze gelijkgerichtheid nog, en er is bovendien in heel Europa een niet onbelangrijke afzwakking van de wereldbeschouwelijke tegenstellingen te merken. De harmonisering op Europees vlak kan dan ook onmogelijk ophouden op de drempel van het Personen- en Familierecht. Zij dient evenwel niet te gebeuren binnen de E.G., maar wel binnen het daartoe geëigende en veel ruimere kader van de Raad van Europa, die op het besproken domein van het afstammingsrecht trouwens reeds heel wat initiatieven heeft ontwikkeld, o.m. het Verdrag over het juridische statuut van buiten het huwelijk geboren kinderen (1975) dat reeds door 11 landen werd geratificeerd.

De besproken studies kunnen besteld worden bij COFACE, Londenstraat 17, 1050 Brussel. Het syntheserapport en sommige nationale rapporten werden in het Engels vertaald.

Patrick Senaev

H.J. SNIJDERS, *Inleiding Nederlands burgerlijk procesrecht*, Tjeenk Willink, Zwolle, 1990, 140 pp.

De Nederlandse jurastudenten worden inzake de civiele rechtspleging verwend. Prof. H.J. Snijders, hoogleraar burgerlijk procesrecht te Rotterdam, biedt hun immers op zijn beurt een inleiding tot dit rechtsgebied dat – ten onrechte – de naam heeft gortdroog te zijn. De auteur is er alvast in geslaagd in een vlotte taal – met processtukken als bijlagen – toegang te verschaffen tot de warwinkel van regels. Hij behandelt enkel de essentialia, het systeem en de terminologie van het burgerlijk procesrecht. Algemene leerstukken komen echter ook aan bod. Verrijkend is bv. de lectuur van het hoofdstuk over de functies van het procesrecht (blz. 3 e.v.) en over de hoofdbeginselen (blz. 9 e.v.). Waarom vermijdt de auteur echter de studenten te trainen in de oplossing van moeilijke problemen, zoals bv. het gezag van gewijsde waaraan hij slechts enkele regels wijdt (zie blz. 19-20)?

Op te merken valt dat in dit boekje de op 1 januari 1992 in te voeren veranderingen van het burgerlijk procesrecht reeds verwerkt zijn. Dit geldt in het bijzonder wat het nieuwe executie- en beslagrecht betreft. De auteur introduceert trouwens m.b.t. bewarende maatregelen een nog niet ingeburgerde term: het conservatierecht (blz. 82).

Jean Laenens

AANGEKONDIGD

CHR. VAN DEN WYNGAERT, *Strafrecht en strafprocesrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen/Apeldoorn, Maklu, 2 delen, 906 p., 4.950 fr.

W.C.L. VAN DER GRINTEN, *Vertegenwoordiging en rechtspersoon. De rechtspersoon*, (Asser Serie, zevende druk), Zwolle, Tjeenk Willink, 460 p., 98,50 fl.

M. FALLON, F. MANIET (ed.), *Sécurité des produits et mécanismes de contrôle dans la Communauté européenne* (Collection droit et consommation n° 26), Louvain-la-Neuve, Centre de Droit de la Consommation, 356 p.

M.S. GROENHUIJSEN, *Strafbaar misbruik van voorwetenschap en «Chinese walls»* (Nibe-Bankjuridische reeks nr. 9), Amsterdam,

Nederlands Instituut voor het Bank en Effectenbedrijf, 54 p., 23,50 fl.

T.J. VAN DER PLOEG, *Recht in het maatschappelijk middenveld. Een privaatrechtelijke blik op de verhouding overheid-particuliere organisaties*, Zwolle, Tjeenk Willink, 42 p., 17,50 fl.

P. DELNOY, *Les libéralités et les successions*, Liège, Collection Scientifique de la Faculté de Droit de Liège, 298 p., 1.620 fr.

Instituut voor Milieurecht K.U.Leuven, *Het bosdecreet van 13 juni 1990. Een nieuw bosbeleid voor Vlaanderen* (Referatenboek van de studiedag van 15 februari 1991), 148 p., 600 fr.

C.C.A. VOSKUIL, J.A. WADE, *International obligations. Choice of law. Provisional measures in arbitration* (T.M.C. Asser Instituut, Colloquium Hague-Zagreb-Ghent), Antwerpen / Apeldoorn, Maklu, 234 p., 2.600 fr.

P.A.M. MEIJNECHT, *Kennismaking met het burgerlijk procesrecht* (8e druk), Zwolle, Tjeenk Willink, 104 p., 27 fl.

Verslag van de op 8 juni 1990 te Utrecht gehouden algemene vergadering over: Artikel 8 E.V.R.M. (handelingen Nederlandse Juristen-Vereeniging, 120e jaargang / 1990 II), Zwolle, Tjeenk Willink.

Harmonisatie van procesrecht bij integratie van rechtspraak (preadviezen, Handelingen Nederlandse Juristen-Vereeniging, 121e jaargang / 1991 I), Zwolle, Tjeenk Willink.

J. VANDE LANOTTE, *Het schorsingsrecht van de Raad van State* (dossier, Tijdschrift voor Gemeenterecht), Brussel, Story-Scientia, 150 p., 1.080 fr.

V. VILLA, *La science du droit*, Brussel, Story-Scientia, 210 p., 1260 fr.

H. BOCKEN, I. TRAEST (ed.), *Milieubeleidsvereenkomsten* (verslag van het colloquium gehouden te Brussel op 14 september 1989), Brussel, Story-Scientia, 182 p., 1.600 fr.

Guide de la réglementation sociale pour les entreprises, Brussel, Story-Scientia, 484 p., 1.950 fr.

J.P. SCHOUPPE, *Le droit canonique. Introduction générale et droit matrimonial*, Brussel, Story-Scientia, 260 p., 1.150 fr.

houdt, Pierre De Bisschop, Willy Platteeuw, Eric Nieuwdorp, Christine Van de Velde, Pieter Smedts, Geertrui Leysen, Luc Laporte, Edgar Boydens, Christine De Keersmaecker en Johan Scheers.

Samenstelling van de Raad van de Orde van Advocaten te Ieper

Stafhouder: mr. Luc Vanryckeghem.

Leden: mrs. Henri d'Udekem d'Acoz, Ivan Snick, René Delobel, Herman De Ponthière, Marnix Muylle, Marc Decramer, Filiep Desmet en Johan Houtman.

Samenstelling van de Raad van de Orde van Advocaten te Kortrijk

Stafhouder: mr. Charles Leysen.

Leden: mrs. Arnold Van Tyghem, Bruno Van Dorpe, Eddy Debusschere, Christiane Kestens, Christian Deleu, Rik Honoré, Chris Declerck, Johan Colpaert, Marc Daenen, Veerle Dewuldt, Jozef Lievens, Marc Bottelier, Luc Lambert en Lieven Decaluwé.

Samenstelling van de Raad van de Orde van Advocaten te Mechelen

Stafhouder: mr. Jan Ryckeboer.

Leden: mrs. Luc Van den Eede, Herman Van den Berghen, Wilfried Neefs, Jan Vrijdaghs, Jozef De Ridder, Karl Lens, Remi Coel, Renée Lacourt, Rudy Feremans, Philip Verreydt, Luc Charlier, Marc Joris, Ludo Kools en Etienne De Ridder.

Samenstelling van de Raad van de Orde van Advocaten te Oude-naarde

Stafhouder: mr. Herman Van Driessche.

Leden: mrs. Jacques Piessevaux, Cyriel Heerman, Herman De Vleeschouwer, Bernard Van den Daele, Margaretha Broeckaert, Marie-Hélène Vanhonsenbrouck, Marc Van den Berghe, Freddy De Smet, Gilbert Callens, Edwin De Maesschalk, Jacques Vander Schelden, Luc Blockeel, Paule Vanden Broecke en Marie-Paule Gremontprez.

Samenstelling van de Raad van de Orde van Advocaten te Tongeren

Stafhouder: mr. Michel Vanbuul.

Leden: mrs. Pierre Stas, Emiel Smets, Theo Maesen, Jean Smets, Justin Orij, Lies Remans, Jo Smeets, Guido Verschueren, Paul Cox, Georges Alofs, Philippe Noelmans, Luc Vanderputte, Bernard Mailleux en Jan Vandeborne.

Samenstelling van de Raad van de Orde van Advocaten te Turnhout

Stafhouder: mr. Wim Van Roy.

Leden: mrs. R. Van Rompaey, J. Belmans, J. Van Rooy, J. De Meester, R. Beckers, X. Boes, A. Luyten, M. Debonnaire, M. De Backer, P. Ballon, V. Mercelis, J. Van Looy, J. Peeters en L. Sol.

MEDEDELINGEN

Openbare terechtzitting van het Hof van Cassatie – Rede van de procureur-generaal

Op maandag 2 september 1991 is het Hof van Cassatie overeenkomstig art. 351 Ger. W. in openbare en plechtige terechtzitting bijeengekomen.

De procureur-generaal koos als onderwerp voor zijn redevoering: «Cassatierechtspraak vandaag».

BALIE

Samenstelling van de Raad der Orde van Advocaten bij het Hof van Cassatie

Stafhouder: mr. Ludovic De Gryse.

Leden: mrs. Jean Dassel, René Bützler, Lucien Simont en Pierre Van Ommeslaghe.

Samenstelling van de Raad van de Orde van Advocaten te Antwerpen

Stafhouder: mr. Herman Dierckxsen.

Leden: mrs. Willy Hendrickx, Jozef Van den Heuvel, Jaak Deprez, Luc Nelis, Jo Stevens, Jan Verstraete, Wim Van Bosstraeten, André Buysse, Leo Bouteligier, Marc Stommels, Dirk Grootjans, Marleen Vyncke, Jacques Dierckx, Jan De Man, Jan Lebeer en Paul Quirijnen.

Samenstelling van de Raad van de Orde van Advocaten te Brugge

Stafhouder: mr. Hugo Vandeputte.

Leden: mrs. Jacques Van der Ghote, Walter Vanbeylen, Robert Volckaert, Thierry Goegebeur, Guido Dhoest, Roger Vanhalemeesch, Guido Pyck, Boudewijn Van Hove, Paul Brondel, Erwin Priem, Luc Delacourt, Jan Behey, Lino Verbele en Krista Claeys.

Samenstelling van de Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten te Brussel

Stafhouder: mr. Carl Bevernage.

Leden: mrs. Eric Carré, August De Ridder, Jean-Pierre Walravens, Lieve Grolig-Bulckens, Benoît Humblet, Marc Van Eeck-

Universitair nieuws – Doctoraat Rechten U.I.A.

Mevrouw Ingrid Opdebeek zal op zaterdag 7 september 1991 te 10u00 in de Promotiezaal (Aulagebouw) van de Universitaire Instelling Antwerpen haar proefschrift tot het behalen van de graad van doctor in de rechten openbaar verdedigen.

Het proefschrift handelt over «Rechtsbescherming tegen het stilstaan van het bestuur».

Promotor is prof. dr. W. Lambrechts.

Studiedag «Risico-aansprakelijkheid voor milieuschade».

De Belgische Vereniging voor Milieurecht organiseert in samenwerking met de Nederlandse Vereniging voor Milieurecht op 13 september 1991 in het Auditorium van de Kredietbank te Antwerpen, een studiedag met als thema «Risico-aansprakelijkheid voor milieuschade».

Spreekers zijn: prof. dr. A. Van Oevelen (U.I.A.), die de Belgische ontwikkelingen rond de risico-aansprakelijkheid zal behandelen, mr. Th. Braams over de Nederlandse situatie en mr. W.W. Sturms die zal ingaan op de internationale ontwikkelingen, met name op het gebied van het E.G.-recht.

Inlichtingen: Seminarie voor Milieurecht, Universiteitstraat 4, 9000 Gent (tel. 091/64.69.27; fax: 091/64.69.99).

«Zorgen van heden» – Symposium over milieustrafrecht te Leiden

Naar aanleiding van de publikatie van de bundel «Zorgen van heden. Opstellen over milieustrafrecht in theorie en praktijk» organiseert de Vakgroep strafrechtelijke vakken van de Rijksuniversiteit te Leiden een symposium op 13 en 14 september 1991 in het Academieggebouw (zaal VIII), Rapenburg 73 te Leiden.

De wetenschappelijke leiding van het symposium – waarop sprekers uit Nederland en Duitsland het woord zullen voeren – is in handen van de redacteurs van de bundel, prof. dr. D. Schaffmeister en dr. M.G. Faure.

Inlichtingen: mr. J.C. Oudijk, Rijksuniversiteit Leiden, Vakgroep strafrechtelijke vakken, Hugo de Grootstraat 27, 2311 XK Leiden (tel. 071/27.75.19).

Congres «Kadaster, openbare registers en de rechtspraktijk» te Nijmegen

De Stichting Nijmeegse Notariële Congressen (S.N.N.C.) organiseert op 19 september 1991 in de Aula Major van de K.U. Nijmegen, Comensiuslaan 2, een congres over «Kadaster, openbare registers en de rechtspraktijk».

Programma:

- 9u00 Ontvangst en verwelcoming door mevrouw A.F. Trynes, voorzitter S.N.N.C.
- 10u00 Inleiding door de voorzitter van het congres, prof. mr. M.J.A. van Mourik
- 10u15 De kadasterwet, meer dan een grondwet door mr. J.G. Brouwer
- 11u30 Wordt het negatieve stelsel in de nieuwe regeling van de openbare registers verlaten? door prof. mr. E.A.A. Luijten
- 13u30 De kadasterwet op de grens van publiek- en privaatrecht door prof. mr. P. de Haan
- 14u15 Taak van de notaris in de kadasterwet door prof. mr. A.A. van Velten
- 15u30 Forumdiscussie en sluiting van het congres

Inlichtingen: Vermande Studiedagen, tel. 03200-26334.

Harmonisering van burgerlijk procesrecht in Europa

Mede door het succes van het EEG-executieverdrag en de totstandkoming van het verdrag van Lugano (het zogenaamde Parallelverdrag van 16 september 1988, *Trb.*, 1989, 58, tussen de twaalf EG- en zes EVA-lidstaten), is ook in Nederland de belangstelling voor verdere harmonisering van het burgerlijk procesrecht in Europa groeiende. Beide verdragen bewijzen dat de regeling van de processuele aspecten van de internationale rechtspraktijk zich goed en wellicht eerder dan het materiële privaatrecht leent voor har-

monisering. Onnodige verschillen in het burgerlijk procesrecht (zoals termijnen, de wijze van rechtsingang, de omstandigheden waaronder in geval van verstek een executoriale titel kan worden verkregen, de uitvoerbaarheid van vreemde vonnissen) vormen nog steeds een grote belemmering voor het internationale rechtsverkeer. Met het oog op de interne markt binnen de EEG, en gezien ook de economische en politieke toenadering tussen Middeneuropese en Westeuropese landen, rijst de vraag of de tijd voor verdere harmonisering van het burgerlijk procesrecht binnen Europa rijp is.

Deze vraag stond centraal op het symposium dat de sectie burgerlijk recht van het Molengraaff instituut voor privaatrecht (RU Utrecht) op 20 april j.l. organiseerde. Directe aanleiding was de aanwezigheid in Nederland van de zogeheten Commissie-Storme (naar haar initiatiefnemer prof. dr. M. Storme, RU Gent); vgl. zijn toespraak bij de opening van het VIIIe Wereldcongres voor procesrecht, zoals opgenomen in W. Wedekind (red.), *The Eight World Conference on Procedural Law. Justice and Efficiency; general reports and discussions*, Deventer/Antwerp/Boston 1989, blz. 15, alsook M. Storme, «Pleidooi voor een Europese codificatie: Thibault of Von Savigny», *Kwartalbericht Nieuw BW* 1989, blz. 97 e.v.), welke commissie sinds 1987 doende is een voorstel voor te bereiden voor een Europese richtlijn tot harmonisering van onderdelen van het burgerlijk procesrecht van de twaalf E.G.-lidstaten. Al deze staten zijn in de commissie vertegenwoordigd.

Na een voorbereidende studie werd in 1988 een overeenkomst met de Europese Commissie gesloten, waarbij de Commissie-Storme heeft toegezegd «alle aspecten van het burgerlijk procesrecht van de twaalf lid-Statens te onderzoeken en te evalueren, en op basis van vast te stellen prioriteiten zo mogelijk vóór 1 januari 1993 een ontwerp-voorstel voor een Gemeenschapsrichtlijn voor te bereiden betreffende harmonisering van het procesrecht van de lid-Statens, te baseren op artikel 100a van het EEG-Verdrag».

De commissie is intussen acht maal bijeengewees. De vergaderingen vinden telkens in een ander land plaats. Van 17 t/m 20 april j.l. werd in 's-Gravenhage vergaderd. Daarbij waren twee waarnemers aanwezig, namelijk de Hongaarse hoogleraar Gaspard en zijn Poolse ambtsgeenoot Miaczynski.

In zijn openingsspeech wees dagvoorzitter Meijknecht, het Nederlandse lid van de Commissie, erop dat de taak van de Commissie in die zin een beperkte is dat slechts onderwerpen worden aangevat die geharmoniseerd kunnen worden. Het burgerlijk procesrecht heeft voor een belangrijk deel een technisch en in politiek opzicht neutraal karakter. Er zijn onder meer reeds voorstellen geconcipeerd betreffende het begin van de procedure, het verstek (vgl. P.A.M. Meijknecht, «Verstek in de lid-staten van de Europese Gemeenschappen», in *Molengraaff, Eenvormig en vergelijkend privaatrecht 1990*, Lelystad 1990, blz. 29 e.v.), wraking van de rechter, spoedprocedures en voorlopige voorzieningen.

Gelet op de (soms grote) verschillen tussen de diverse rechtsstelsels is ervoor gekozen om de voorstellen in de vorm van een richtlijn en niet in de vorm van een verordening of verdrag te gieten. Aldus zal het de nationale wetgevers vrijstaan om de voorstellen in te passen in hun nationale systemen, terwijl anderzijds het Hof van Justitie in Luxemburg kan waken over de uniforme interpretatie.

Hierna wees Storme erop dat, als een Nederlandse fabrikant zijn producten weet te slijten in de andere elf lidstaten van de EG en er ontstaan problemen ter zake van de betaling van de geleverde goederen, qua rechtsingang en duur elf verschillende procedures ontstaan. Hebben de procedures in veroordelingen van de diverse wederpartijen van de fabrikant geresulteerd, dan zal blijken dat de tenuitvoerlegging van die uitspraken zeer divers is. Al met al ontstaat voor de fabrikant uit het voorbeeld een onoverzichtelijke situatie en zal hij niet weten waar hij aan toe is. Naar het oordeel van Storme is een complete codificatie van het Europese privaatrecht te ambitieus en tot mislukken gedoemd. Beter is het om tot uniformering te komen van die onderdelen van het privaatrecht waar onder practici – zijnde handelaren in ruime zin en juristen – behoefte aan bestaat: het contracten- en procesrecht. Zou worden afgewacht of in de doctrine en de rechtspraak zich op een bepaald terrein een Europese lijn begint af te tekenen, dan moet nog zeker een eeuw worden afgewacht voordat enig resultaat zichtbaar wordt. Dit betekent dat codificatie noodzakelijk is om het integratieproces te versnellen.

Normand (Reims) en Prütting (Keulen) vroegen aandacht voor respectievelijk «le commencement de la procédure» en «das Mahn-

verfahren». Eerstgenoemde benadrukte het grote belang van een eenvormig begin van gerechtelijke procedures: het inleidend processtuk wordt ter griffie gedeponneerd; hierna wordt een datum bepaald waarop de procedure een aanvang neemt, hetgeen op de wijze als in het nationale recht bepaald aan de wederpartij wordt medegedeeld (vgl. ook art. 104 Nieuw Rv). Laatstgenoemde wees op een paradox. Met de invoering van de nieuwe kantongerechtsprocedure per 1 januari 1992 verdwijnt in Nederland de (apparte) procedure ter verkrijging van een bevel tot betaling. Internationaal bestaat grote behoefte aan eenvoudige procedures ter zake van (kleine) geldvorderingen met simpele bewijsvoering en valt een tendens te onderkennen om dergelijke procedures in te voeren.

Kerameus (Athene) sloeg een brug tussen enerzijds het EEX en het Verdrag van Lugano en anderzijds Oost-Europa. Hij benadrukte het belang van de uitspraken van het EG-Hof van Justitie. Weliswaar heeft het Hof in Luxemburg minder dan honderd uitspraken gedaan die direct betrekking hebben op het EEX, maar het betreft belangrijke en richtinggevende uitspraken, terwijl er door nationale rechters vele duizenden uitspraken zijn geweest die voortborduren op de uitspraken van het EG-Hof. Dat de uitspraken van het Hof in Luxemburg een dusdanig groot gezag genieten, heeft er zijns inziens mede mee te maken dat het Hof ook op zo vele andere terreinen de integratiegedachte heeft vertolkt en knopen heeft doorgehakt ten gunste van de eenvormige uitleg van het EG-recht. Wordt het toepassingsgebied van het EEX vergroot doordat staten uit het oostelijk gedeelte van Europa toetreden, dan zullen deze staten een vertegenwoordiger in het (EG) Hof willen benoemen. Het Hof dient dan ter wille van de acceptatie uitspraak te doen in kamers waarin in ieder geval rechters uit de nieuw toegetreden lidstaten zitting hebben. Worden met deze landen aparte verdragen gesloten, dan dient in overweging te worden genomen een apart gerecht in het leven te roepen.

Miaczynski en Gaspardy gaven aan hoe zij over harmonisering van procesrecht denken. Beider conclusie luidde positief. Eerstgenoemde wees erop dat in het Poolse procesrecht zowel Duitse, Russische en Hongaarse als ook Franse invloeden te onderkennen zijn. Het Poolse parlement is voornemens om ook de wetgeving ter zake van het procesrecht te herzien. Hij vermeldde in dat verband dat een voorgenomen ingrijpende wijziging van het recht niet lang op zich zal laten wachten. Laatstgenoemde gaf te kennen dat ook Hongarije zich voorbereidt op een nieuw wetboek van burgerlijk procesrecht, maar een spoedige verwezenlijking van dat plan mag niet worden verwacht: het Hongaarse parlement dient allereerst te beslissen over zaken van groter belang. Uitstel zal echter geen afstel betekenen. Sterker nog, dat niet op korte termijn een nieuwe regeling tot stand zal komen biedt de mogelijkheid dat rekening te houden met de vernieuwing van het procesrecht in andere Europese landen.

Prof. mr. H.J. Snijders (Rotterdam) wees erop dat de harmonisering van het procesrecht allereerst gericht is op het tot stand brengen van nieuwe, veel omvattende wetgeving. Naar zijn mening vergt het tot stand brengen van een Wetboek van Europees Procesrecht dusdanig veel energie dat uiteindelijk blijkt dat de pogingen daartoe op niets zullen uitlopen. In aanmerking nemende dat alle nationale wetgeving aan veranderingen onderhevig is, kan zijns inziens, zeker op korte termijn, meer resultaat worden verwacht van pogingen om die wetgeving «om te buigen» in Europese richting. Een en ander kan door het werk van de commissie-Storme worden gestimuleerd en versneld.

Door de veelheid van sprekers resteerde helaas te weinig tijd voor discussie. Vragen, zoals welke weg dient te worden ingeslagen, dienen nog te worden beantwoord. Wellicht kan dit op een vervolgsymposium geschieden.

A.W. Jongbloed

«Psychiatrie en recht» — Zevende symposium van de Vlaamse Vereniging voor Gezondheidsrecht

De Vlaamse Vereniging voor Gezondheidsrecht organiseert haar zevende symposium op zaterdag 19 oktober 1991 in het Universitair Ziekenhuis van de Universitaire Instelling Antwerpen.

Programma:

- 9u30 Verwelkoming en inleiding door prof. em. G. Hanegreefs, ondervoorzitter van de Vlaamse Vereniging voor Gezondheidsrecht.
 - 9u45 De nieuwe wet op de bescherming van de persoon van de geesteszieke door de heer A. Arts, senator.
 - 10u30 Commentaar op de nieuwe wet vanuit de medische praktijk door dr. I. Uytendael, directeur van het Psychiatrisch Centrum St. Norbertushuis te Duffel.
 - 14u00 De wetgeving inzake het beheer van de goederen van geesteszieken door mevrouw M. Verrycken, vrederechter.
 - 15u15 De wetgeving betreffende nieuwe voorzieningen voor geesteszieken door prof. A. Prims, voorzitter van de Vlaamse Vereniging voor Gezondheidsrecht.
 - 16u30 Slotbeschouwingen door mevrouw L. Maximus, senator.
- Inlichtingen: Vlaamse Vereniging voor Gezondheidsrecht, Lijstredreef 36, 3210 Linden.

Studienamiddag «Naar een Europees recht van betaalkaarten?» te Brussel

De Europese Vereniging voor Bank- en Financieel Recht (A.E.D.B.F. Belgium) organiseert op 18 september 1991 in de Kredietbank aan de Warmoesberg 24-26 te Brussel, een studienamiddag met als thema: «Naar een Europees recht van betaalkaarten». Inlichtingen: A.E.D.B.F.-Belgium, A. Reyerslaan 103, 1040 Brussel (tel. 02/736.40.57; fax: 02/733.62.13).

Recht van de Oosteuropese Staten

Voor de veertiende maal wordt ook tijdens het academiejaar 1991-1992 onder de auspiciën van het Nationaal Fonds voor Wetenschappelijk Onderzoek het «Derde Cycluseronderwijs in Oosteuropakunde» ingericht met een ruim aanbod van cursussen op het gebied van het recht, de economie, de literatuur en de cultuurgeschiedenis.

Deze leergangen zijn kosteloos, en ofschoon in beginsel bestemd voor afgestudeerden en doctorandi, toegankelijk voor alle belangstellenden. Aan de studenten die ten minste vijf cursussen van telkens 30 uur/jaar gevolgd hebben en met succes hierover examen hebben afgelegd wordt een «M.A.» — diploma in de Oosteuropakunde toegekend; aan de studenten die een geringer aantal cursussen volgen en hierover met succes examen afleggen kan een afzonderlijk getuigschrift worden uitgereikt. Het is ook mogelijk de cursussen die vereist zijn om een «M.A.» — graad te behalen over meerdere academiejaren te spreiden.

De cursussen van de richting recht worden gedoceerd door prof. dr. Katlijn Malfliet, docente aan het Instituut voor Centraal- en Oosteuropese Studies van de K.U.L., en aan de V.U.B. door prof. dr. Frits Gorlé, hoogleraar en directeur van de Centrum voor de Studie van de Oosteuropese Rechtsstelsels en door prof. dr. Erik Franckx, docent.

Tijdens het academiejaar 1991-1992 zal prof. Malfliet tussen half oktober 1991 en einde januari 1992 aan de K.U.L. «Het recht en de instellingen van de Oosteuropese staten» doceren. De cursus «Grondige vraagstukken uit het recht van de Sovjetunie en de overige Oosteuropese staten», Deel II, zal van februari tot half mei 1992 aan de V.U.B. gedoceerd worden door prof. Franckx, specialist op het gebied van het Sovjetrussisch internationaal zee- en milieurecht. De cursus «Juridische terminologie in de slavische talen met oefeningen» zal gedoceerd worden aan de V.U.B. door prof. Gorlé op in overleg met de belangstellenden te bepalen dagen en uren.

Voor algemene inlichtingen betreffende deze cyclus kan men terecht bij prof. dr. H. De Maegd, Seminarie voor Toegepaste Economie van de R.U.G., Hoveniersberg 4 te 9000 Gent, tel. 091/643477. Op aanvraag zal een folder met de vermelding van het volledig programma, het lessenrooster en andere nuttige inlichtingen toegezonden worden. Prof. Malfliet kan bereikt worden via telefoonnummer 016/285340 en de professoren Gorlé en Franckx via het nummer 02/6412606.