

DE BEVOEGDHEIDSVERDELING EN HET RECHT VAN ANTWOORD – KANTTEKINGEN BIJ HET ARREST VAN 28 MEI 1991 VAN HET ARBITRAGEHOF

I. De feiten die tot de prejudiciële vraag aanleiding gaven

De R.T.B.f. verspreide in haar radionieuws van 31 januari 1987 een bericht van haar correspondent in Madrid over «Puerto Crommelynck», een berucht villaproject aan de Spaanse kust opgetrokken door de gelijknamige Belgische promotor. In het bericht wordt gemeld dat deze oplichtingszaak die reeds in 1984 door de gedupeerden werd aangeklaagd, nog steeds het voorwerp uitmaakt van strafrechtelijk onderzoek. Er wordt herinnerd aan een artikel in *La Dernière Heure* van oktober 1984 dat promotor Crommelynck tussen 1961 en 1968 in België veertien maal werd veroordeeld, onder meer voor valsheid in geschriften, bedrieglijk bankroet, oplichting, misbruik van vertrouwen, valse naamsdracht en diefstal.

Bij monde van zijn raadsman eist de heer Crommelynck de uitzending van een rechtzetting nopens die berichtgeving over zijn strafrechtelijk verleden. Uit een getuigschrift van goed gedrag en zeden moet integendeel de afwezigheid blijken van enige strafrechtelijke veroordeling.

De R.T.B.f. weigert op die eis in te gaan en wordt daarop door de heer Crommelynck gedagvaard tot betaling van schadevergoeding.

De vordering tot schadevergoeding steunt zowel op de aantasting van de eer en de goede naam als op een overtreding van de wet van 4 maart 1977 betreffende het recht tot antwoord in de audiovisuele middelen¹. Die wet vulde de wet van 23 juni 1961 betreffende het recht tot antwoord² aan.

Wat de laatstgenoemde rechtsgrond betreft werpt de R.T.B.f. op dat de nationale wetgever door de uitvaardiging van de wet van 4 maart 1977 de bevoegdheidsregels heeft geschonden. De wet van 21 juli 1971 betreffende de bevoegdheid en de werking van de Cultuurraden heeft immers aan de Cultuurraden de algemene bevoegdheid overgedragen inzake radio-omroep en televisie, met uitzondering van de uitzending van regeringsmededelingen en van de handelsreclame. Krachtens artikel 4, 6° van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen werd dezelfde bevoegdheid opgedragen aan de Gemeenschappen en werd die bevoegdheid bij wet van 8 augustus 1988 tot wijziging van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 nog uitgebreid aangezien enkel nog uitzondering wordt gemaakt voor de uitzending van de mededelingen van de nationale regering. Volgens de R.T.B.f. wijst niets erop dat de be-

voegdheid inzake het recht op antwoord aan de nationale wetgever zou zijn voorbehouden.

De Rechtbank is van oordeel dat de beoordeling van de omvang van de geleden schade deels afhangt van de gevolgen van de weigering door de R.T.B.f. van het recht op antwoord. Zij stelt met toepassing van artikel 26, § 1, 1° en § 2, eerste lid, van de bijzondere wet van 6 januari 1990 op het Arbitragehof een prejudiciële vraag nopens de verenigbaarheid van de artikelen 7 tot 14 en, in zoverre ze betrekking hebben op het recht op antwoord in de audiovisuele middelen, van de artikelen 16 tot 18 van de wet van 23 juni 1961 betreffende het recht tot antwoord, zoals in die wet ingevoegd bij wet van 4 maart 1977, met de bevoegdheidsverdelende regels³.

Meteen krijgt het Arbitragehof de gelegenheid om een punt te zetten achter een oude bevoegdheidsdiscussie.

II. Een oude bevoegdheidsdiscussie

De vraag welke wetgever bevoegd is tot regeling van het recht op antwoord in de audio-visuele media werd inderdaad vanaf het eerste regeringsinitiatief tot normering van die materie betwist⁴.

De afdeling wetgeving van de Raad van State was ten aanzien van de bepalingen betreffende de toekenning en de organisatie van een recht op antwoord, opgenomen in het wetsontwerp «houdende de bepalingen betreffende de openbare Radio- en Televisiedienst», van oordeel dat het gaat om «aangelegenheden die noch door een uitdrukkelijke bepaling noch wegens hun aard uitgesloten zijn van de bevoegdheid van de Cultuurraden»⁵.

De Regering was het met die stelling niet eens. Het recht op antwoord zou integendeel een algemeen recht zijn dat als dusdanig door de nationale wetgever moet worden geregeld. Gewezen werd op het gevaar van een ongelijke rechtsbescherming van leden die tot de Nederlandse respec-

³ Het vonnis van 12 januari 1990 van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel werd gepubliceerd in *Jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles*, 1990, 424-429, met noot van François JONGEN: «Le droit de réponse dans l'audiovisuel : en route pour la Cour d'arbitrage».

⁴ Voor een historisch overzicht raadplege men DE GROOF, J., *Rechtsbescherming t.a.v. het optreden der communicatiemedia*, Adm. Lex., Brugge, die Keure, 1979, 73 pp.

⁵ R.v.St., afdeling wetgeving, tweede kamer, 24 maart 1975, inzake het wetsontwerp «houdende bijzondere bepalingen betreffende de openbare radio- en televisiedienst», *Gedr.St., Senaat*, 1974-75, nr. 641/1, 10.

¹ B.S., 15 maart 1977.

² B.S., 8 juli 1961.

tievelijk tot de Franse Cultuurgemeenschap behoren ⁶. Na een gedachtenwisseling in de bevoegde Senaatscommissie wordt vastgesteld dat het recht op antwoord geen rechtstreeks verband houdt met het statuut van de B.R.T. en de R.T.B. en zelfs een ruimer toepassingsgebied heeft dan wat tot het domein behoort van de culturele autonomie. Afgesproken wordt dat het probleem in een breder verband moet worden gesteld. De wetgeving inzake het recht op antwoord zou in een afzonderlijk ontwerp moeten worden uitgebouwd voor het geheel van de communicatiemedia ⁷. De Commissie sluit anderzijds evenwel niet elke bevoegdheid van de Cultuurraden uit: «daar, krachtens de cultuurautonomie, de programmapolitiek en de technische uitvoering van de programma's verschillend kunnen zijn in beide Instituten, is het normaal dat de Cultuurraden de algemene wet op het recht op antwoord verder aanvullen wat betreft de vorm, het technisch karakter en de modaliteiten van de uitoefening ervan» ⁸.

De Regering diende daarop een wetsontwerp in «tot aanvulling van de wet van 23 juni 1961 betreffende het recht tot antwoord», waarbij het recht op antwoord wordt uitgebreid tot alle audiovisuele communicatiemiddelen met periodiek karakter. Naast radio en televisie had men tevens de mogelijkheden op het oog geboden door de kabel, de video-cassette, de videoplaten en eender welk klankvoortbrengend of visueel hulpmiddel ⁹. De Raad van State herneemt merkwaardig genoeg niet, in zijn advies gegeven binnen een termijn van drie dagen, het eerder vermeld bevoegdheidsbezwaaar. De Raad lijkt integendeel overtuigd door de argumentatie dat de regeling een algemene draagwijdte heeft van toepassing op alle audiovisuele communicatiemiddelen met periodiek karakter ¹⁰ en als zodanig buiten de bevoegdheidssfeer van de Cultuurraden valt.

Helemaal gerust was men blijkbaar toch niet. In het Senaatverslag wordt op omstandige wijze de nationale bevoegdheid geargumenteed ¹¹.

Het tegenargument, namelijk dat de betrokken aangelegenheid niet uitdrukkelijk van de bevoegdheid van de Cultuurraden inzake radio-omroep en televisie werd uitgesloten, wordt door de meerderheid van de Commissie van de hand gewezen. Het onderzoek van de parlementaire voorbereiding van artikel 59bis, § 2, 1° van de Grondwet en van artikel 2 van de wet van 21 juli 1971 «betreffende de bevoegdheid en de werking van de Cultuurraden voor de Nederlandse Cultuurgemeenschap en voor de Franse Cultuurgemeenschap» zou uitwijzen dat telkens ten aanzien van de

in de wet genoemde «culturele aangelegenheden» moet worden nagegaan wat behoort tot de bevoegdheid van de Cultuurraden en wat, als nationale aspecten van diezelfde aangelegenheden, tot de bevoegdheid van de nationale wetgever is blijven behoren ¹².

Tegenover de stelling dat «het recht van antwoord inzake informatie via radio en televisie wezenlijk verband houdt met de culturele zaken die over radio en televisie worden uitgezonden», wordt omstandig het standpunt uiteengezet dat het recht van antwoord «veeleer een algemeen beginsel, een grondwettelijk beginsel is (persvrijheid en recht van antwoord) dat geldt voor alle informatie ongeacht of zij verstrekt wordt door de geschreven pers, de radio, de televisie of andere audiovisuele middelen» ¹³. Ook de poging van een commissielid om de vroeger aangebrachte nuance te horen bevestigen dat de Cultuurraden de mogelijkheid zouden behouden om de modaliteiten voor de uitoefening van het recht nader in te vullen rekening houdend met de specifieke kenmerken van het medium radio en televisie, blijft zonder verder gevolg ¹⁴. De minister van Nederlandse Cultuur bevestigt integendeel dat het wetsontwerp «hetzelfde doel (beoogt) als het recht op antwoord in de geschreven pers en rekening (houdt) met de technische bijzonderheden van het audio-visueel uitdrukingsmiddel» ¹⁵.

De beslissing van de nationale wetgever dat het recht van antwoord slechts bij wet kan worden geregeld, werd bekritiseerd in de rechtsleer. Het eerder legistiek argument dat de nieuwe wet als aanvulling op de wet van 21 juli 1961 behoort tot de bevoegdheid van de nationale wetgever, werd terecht gerelativeerd ¹⁶. Daarenboven werd opgemerkt dat de waarborg van het recht van antwoord geenszins een andere uitwerking van het recht en de uitoefening ervan verhindert naargelang van de betrokken Gemeenschap ¹⁷.

In de arresten van 25 januari 1990 en 7 februari 1991 onderstreepte het Arbitragehof nog uitdrukkelijk dat «de aangelegenheid van de radio-omroep en de televisie in haar geheel naar de Gemeenschappen werd overgeheveld, behoudens de door de bijzondere wetgever bepaalde uitzondering» ¹⁸. Het Hof nam afstand van een historische uitlegging van de draagwijdte van het grondwettelijk begrip «culturele aangelegenheden» in het algemeen en van de bevoegdheids-categorie «radio-omroep en televisie» in het bijzonder. Een

⁶ Verslag uitgebracht door de heer Gijs namens de Senaatscommissie voor de culturele zaken en het wetenschapsbeleid, *Gedr.St., Senaat*, 1974-75, nr. 641/2, 8-9.

⁷ *Id.*, *loc.cit.*, 11.

⁸ *Id.*, *loc.cit.*, 11.

⁹ Memorie van toelichting bij het ontwerp van wet tot aanvulling van de wet van 23 juni 1961 betreffende het recht tot antwoord, *Gedr.St., Senaat*, 1975-76, nr. 876/1, 1-2.

¹⁰ R.v.St., afdeling wetgeving, eerste kamer, 20 mei 1976, inzake het ontwerp van wet «tot aanvulling van de wet van 23 juni 1961 betreffende het recht tot antwoord», *Gedr.St., Senaat* 1975-76, nr. 876/1, 8.

¹¹ Verslag uitgebracht door de heer de Stexhe namens de verenigde Senaatscommissies voor de Justitie en de Culturele Zaken en het Wetenschapsbeleid, *Gedr.St., Senaat*, 1975-76, nr. 876/2, 4-8.

¹² Zie hierover in het algemeen en met betrekking tot de arresten nr. 7/90 van 25 januari 1990 en nr. 1/91 van 7 februari 1991 van het Arbitragehof in het bijzonder: PEETERS, P., «De arresten van het Arbitragehof van 25 januari 1990 en 7 februari 1991. Een bevoegdheidsrechtelijke aardverschuiving in het medialandschap», *T.B.P.*, 1991, 410-415.

¹³ Senaatsverslag, *loc.cit.*, 7.

¹⁴ *Id.*, 8.

¹⁵ Verslag uitgebracht door mevr. Steyaert namens de verenigde Kamercommissies voor de Cultuur en voor de Justitie, *Gedr.St., Kamer*, 1975-76, nr. 959/6, 2.

¹⁶ DE GROOF, J., *o.c.*, 48; JONGEN, D., «Les données institutionnelles de la radio-télévision», in «La radio et la télévision face au juge», *Ann.dr.*, 1987/1-2, 35; *id.*, *Le droit de la radio et de la télévision*, Bruxelles, De Boeck, 1989, 188-189.

¹⁷ DE GROOF, J., *o.c.*, 48.

¹⁸ Zie voor een bespreking van die arresten: PEETERS, P., «De arresten van het Arbitragehof van 25 januari 1990 en 7 februari 1991. Een bevoegdheidsrechtelijke aardverschuiving in het medialandschap», *T.B.P.*, 1991, 410-415.

bevestigend antwoord van het Hof op de vraag of de nationale wetgever bij de uitvaardiging van de wet van 4 maart 1971 inzake het recht van antwoord op radio en televisie zijn bevoegdheid had overschreden, kon dus zeker niet a priori worden uitgesloten ¹⁹.

III. Het Arbitragehof bevestigt de stelling van de nationale wetgever

De kern van het bondig verdict van het Hof — de weergave van de betrokken wettelijke bepalingen neemt in het arrest een aanzienlijke plaats in — treft men aan in de overwegingen B.3.2 en B.3.3. Volgens het Arbitragehof is het recht van antwoord een «rechtsinstituut ter bescherming van de persoon dat een noodzakelijk gevolg is van de persvrijheid en de vrije meningsuiting». Hieruit vloeit volgens het Hof voort dat «de normen die de uitoefening van dat recht moeten waarborgen (...) een eigen doelstelling (hebben) die niet verschilt naargelang het om een geluidsmedium, een visueel of een geschreven medium gaat». Weliswaar werden door de wetgever regels uitgevaardigd die naargelang van het medium verschillen. Zulks is, aldus het Hof, nochtans enkel geschied «om de middelen die voor de verwezenlijking van zulk een doelstelling noodzakelijk zijn, aan de bijzondere kenmerken van elk medium aan te passen».

Hierbij onmiddellijk aansluitend wijst het Hof met toepassing van het evenredigheidsbeginsel de uiterste grenzen aan van de uitoefening van die nationale bevoegdheid. De nationale wetgever dient er bij de normering van het recht op antwoord in de onderscheiden media over te waken dat hij de uitoefening van de gemeenschapsbevoegdheid inzake radio-omroep en televisie niet onmogelijk of buitengewoon moeilijk maakt. Na onderzoek van de betrokken wetsbepalingen besluit het Hof dat zulks niet het geval is en dat de wetgever derhalve zijn bevoegdheid niet heeft overschreden. Een aantal bepalingen van de wet dienen overigens beschouwd te worden als de regeling van een grondwettelijk aan de nationale wetgever voorbehouden bevoegdheidsmaterie: de vorm van de vervolging (artikel 16 van de wet), de verjaring van de strafvordering en de burgerlijke vordering (artikel 17 van de wet) en de werkingsmodaliteiten van de hoven en rechtbanken die uitspraak moeten doen over de vorderingen ingesteld overeenkomstig de betrokken wet (artikel 18 van de wet).

De duiding van het recht op antwoord als een rechtsinstituut met een eigen finaliteit, los van de aard van het betrokken medium en als noodzakelijk gevolg van de persvrijheid en de vrije meningsuiting, is in meerder opzicht determinerend voor de oplossing van het gestelde bevoegdheidsprobleem.

De duiding van het recht op antwoord als een rechtsinstituut met eigen finaliteit maakt het op de eerste plaats voor het Hof mogelijk het recht van antwoord te beschouwen als een afzonderlijke bevoegdheidsrechtelijke entiteit. Van de affirmatie door het Hof in vroegere arresten «dat de aan gelegenheid van de radio-omroep en de televisie in haar geheel naar de Gemeenschappen werd overgeheveld, behoudens de door de bijzondere wetgever bepaalde uitzonde-

ring» ²⁰, is in het geannoteerde arrest geen spoor te bekennen. Zowel de R.T.B.f. als de Franse Gemeenschapsexecutieve hadden voor het Hof onder meer geargumenteed dat de normering van het recht op antwoord op radio en televisie besloten ligt in de beginselbevoegdheid van de Gemeenschappen inzake radio-omroep en televisie bij gebreke aan expliciete uitzondering dienaangaande. Blijkbaar als antwoord hierop overweegt het Hof: «dat de bijzondere wetgever de bevoegdheid inzake het recht van antwoord aan de Gemeenschappen heeft willen toewijzen, kan niet worden afgeleid uit het feit dat artikel 4, 6°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen bepaalt dat de radio-omroep en de televisie een bij artikel 59bis, § 2, 1°, van de Grondwet bedoelde culturele aangelegenheid zijn».

Het Arbitragehof specificceert niet de preciese rechtsgrond voor de bevoegdheid van de nationale wetgever. Bij gebreke aan een uitdrukkelijke grondwets- of wetsbepaling mag worden aangenomen dat de bevoegdheid van de nationale wetgever gestoeld wordt op diens algemene residuaire bevoegdheid.

Uit de zinsnede in het arrest dat het recht van antwoord «een noodzakelijk gevolg is van de persvrijheid en de vrije meningsuiting» zou kunnen worden afgeleid dat het recht op antwoord door het Hof bevoegdheidsrechtelijk wordt gekwalificeerd als onderdeel van de vrijheid van meningsuiting en de persvrijheid. De nodige voorzichtigheid is terzake echter geboden. De Grondwetgever heeft immers aan de Gemeenschappen middels de communautarisering van de radio-omroep en de televisie juist in belangrijke mate de waarborging toevertrouwd van het grondrecht van de vrije meningsuiting. Dit impliceert dat de Gemeenschappen niet alleen gebonden zijn door het verbod van preventief optreden. Zij zijn insgelijks bevoegd om middels positieve maatregelen concrete inhoud te geven aan de vrijheid van meningsuiting. Men kan zich dan ook afvragen of er terzake van de vrijheid van meningsuiting in het domein van de radio-omroep en televisie, naast de principiële gemeenschapsbevoegdheid nog wel plaats is voor enige nationale bevoegdheid.

Anderzijds wordt het recht op antwoord veelal geduid als een tegengewicht op misbruiken van de vrijheidsuitoefening, zonder dat het nochtans zelf als een fundamenteel recht kan worden beschouwd ²¹. Het betreft de verplichting de rechten van anderen te eerbiedigen. Daarenboven is er het publiekrechtelijk aspect van het recht op betrouwbare berichtgeving ²².

De stelling van het Hof dat de bevoegdheid tot regeling van het recht op antwoord eveneens de bevoegdheid omvat om de regels uit te vaardigen die de nadere modaliteiten van uitoefening van dit recht op radio en televisie betreffen, lijkt gesteund te zijn op de situering door het Hof van het recht van antwoord in de sfeer van de grondrechten.

²⁰ Arbitragehof, arrest nr. 31, 20 januari 1987; arrest nr. 7/90, 25 januari 1990; arrest nr. 1/91, 7 februari 1991.

²¹ DE GROOF, J., o.c., nr. 9; HANOTIAU, M., *Droit des moyens de communication sociale*, Brussel, Presses universitaires de Bruxelles, 1981-82, 93; NEELS, L., «De media in het geding», *T.B.P.*, 1981, 392; PLATEL, M., *Het recht van antwoord in de communicatiemediën*, Brussel, Elsevier-Sequoia, 1971, 12-13.

²² DE GROOF, J., o.c., nrs. 6-9.

¹⁹ JONGEN, F., «Le droit de réponse dans l'audiovisuel : en route pour la Cour d'arbitrage», *J.L.M.B.*, 1990, 431.

Het verband met de grondrechten laat zich immers aanzien als de enige onderscheidende factor ten aanzien van de rechtspraak waarin het Hof, maar dan buiten de sfeer van de grondrechten, ruimte openlaat voor een gedifferentieerd gemeenschaps- of gewestbeleid binnen het kader van nationale basisnormen, als resultante van een analoge confrontatie tussen «exclusieve» nationale en gemeenschaps- of gewestbevoegdheden. In het arrest van 15 oktober 1987²³ was het Hof bijvoorbeeld van oordeel dat de bevoegdheid voor het bejaardenbeleid vervat in artikel 5, § 1, II, 5° van de bijzondere wet tot hervorming der instellingen alle aspecten omvat van het beleid dat specifiek de bescherming van de bejaarden en de kwaliteit van de bejaardenvoorzieningen beogen, met inbegrip van de specifieke regels betreffende de materiële omkadering van de bejaardenzorg. Daartegenover stelde het Hof de nationale bevoegdheid om basisnormen uit te vaardigen met betrekking tot de brandbeveiliging, namelijk normen die gemeen zijn aan een categorie van constructies zonder dat daarbij de bijzondere bestemming wordt in acht genomen. Daarnaast blijft dus voor de Gemeenschappen ruimte open om in het kader van het bejaardenbeleid specifieke veiligheidsvoorschriften vast te stellen²⁴. Uit de historische situering van de bevoegdheidsdiscussie blijkt dat op een bepaald ogenblik van de parlementaire voorbereiding van de wetgeving op het recht op antwoord, die oplossing eveneens werd overwogen voor de regeling van het recht van antwoord. Uiteindelijk haalde echter de opvatting de overhand van een nationale bevoegdheid voor de gehele materie met uitsluiting van enige gemeenschapsbevoegdheid.

Het verband met de grondrechten als determinerende factor voor de door het Hof gekozen oplossing is nochtans niet evident. Hiervan getuigen bijvoorbeeld, zelfs a fortio-

ri²⁵, de aarzelingen van de Raad van State vooraleer hij, in verenigde kamers, tot een eensgezind standpunt kon komen betreffende de bevoegdheid voor de regeling van de openbaarheid van bestuur²⁶. De affirmatie door de Raad van de nationale bevoegdheid voor het instellen van een algemene motiveringsverplichting van handelingen van de administratieve overheid of voor het verlenen van een inzagerecht in administratieve stukken sluit niet uit dat de onderscheiden wetgevers in de aangelegenheden die tot hun bevoegdheid behoren, de eenvormige (nationale) minimumregels zouden kunnen aanvullen.

IV. Besluit

Besluitend kan worden vastgesteld dat het Arbitragehof blijkbaar het verband van het recht van antwoord met de vrijheid van meningsuiting en van drukpers heeft laten doorwegen om te concluderen tot de bevoegdheid van de nationale wetgever. Omwille van dit verband is het Hof van mening dat het recht van antwoord noodzakelijk uniform moet worden geregeld zonder mogelijkheid van differentiatie tussen de Gemeenschappen.

Getoetst aan de eerdere rechtspraak van het Hof ingeval van confrontatie van een residuaire nationale bevoegdheid met toegewezen gewest- of gemeenschapsbevoegdheden, moet men nochtans de afwezigheid vaststellen van juridische verantwoording door het Hof van de conclusie dat die nationale bevoegdheid tevens de bevoegdheid omvat om de regels uit te vaardigen die ertoe strekken de modaliteiten van de uitoefening van het recht op antwoord aan te passen aan de bijzondere kenmerken van het medium radio-omroep en televisie.

Dr. Patrick Peeters
K.U.Leuven

²³ Arbitragehof, arrest nr. 40, 15 oktober 1987, *B.S.*, 6 november 1987. Zie insgelijks inzake brandbeveiliging: Arbitragehof, arrest nr. 41, 29 oktober 1987, *B.S.*, 21 november 1987; arrest nr. 49, 10 maart 1988, *B.S.*, 29 maart 1988; arrest nr. 66, 30 juni 1988, *B.S.*, 21 juli 1988; arrest nr. 67, 9 november 1988, *B.S.*, 2 december 1988.

²⁴ Voor een bespreking van deze rechtspraak: DEHOUSSE, F., «Le nouveau paysage des compétences», noot onder Arb., arrest nr. 40, 15 oktober 1987, *J.T.*, 1988, 154-155; PEETERS, P., «Enkele algemene problemen van bevoegdheidsverdeling en bevoegdheidsuitlegging na de tweede Belgische Staatshervorming», in ALEN, A., SUETENS, L.P. (red.), *Zeven knelpunten na zeven jaar staatshervorming*, Brussel, Story-Scientia, 1988, 78-79; VANDE LANOTTE, J., «Brandpreventie of conflictpreventie? Commentaar bij het arrest nr. 40 van het Arbitragehof», *R.W.*, 1987-88, 1010-1016.

²⁵ De casuspositie betrof immers de confrontatie van de toegewezen gewest- en gemeenschapsbevoegdheden met de normering van een grondrecht zelf.

²⁶ VANDE LANOTTE, J., «Openbaarheid van bestuur en de staats-hervorming: het einde van de 'exclusieve' bevoegdheden in zicht?», *R.W.*, 1985-86, 363-370; PEETERS, P., *Problemen van bevoegdheidsverdeling en bevoegdheidsuitlegging na de tweede Belgische staatshervorming*, Antwerpen, doctoraal proefschrift, U.I.A., 1988, dl. I, 307 e.v.; THIELEMANS, R., «Grondrechten en de bevoegdheden van Staat, Gemeenschappen en Gewesten. Openbaarheid van bestuur, motivering van bestuurshandelingen en ombudsman», *T.B.P.*, 1990, 838-853.

BEWIJS(LAST) EN GESLACHTSDISCRIMINATIE

1. Ondanks het feit dat de wetgeving m.b.t. geslachtsdiscriminatie ¹ al meer dan tien jaar oud is, wordt de ongelijke beloning of behandeling van vrouwen slechts zelden in rechte betwist. Een van de mogelijke redenen hiervoor is dat de eiseres ² meestal veel moeite heeft om de rechtbank ervan te overtuigen dat ze wordt gediscrimineerd. Ook in het arrest van Arbh. Antwerpen, 2 mei 1991, dat elders in dit nummer is afgedrukt, slaagt geïntimeerde – een kaderlid in een administratieve functie – daar niet in, ondanks de indicieën van een verschillende behandeling. Zo kreeg ze een kleinere bedrijfswagen toegewezen dan haar mannelijke collega's, werd ze nooit uitgenodigd om deel te nemen aan de directielunches en verdiende ze minder dan een werknemer die een lagere positie had in de hiërarchie.

Bewijsregeling en seksdiscriminatie in het nationale recht

2. In een privaatrechtelijk geding moet degene die zich een subjectief recht toegekend wenst te zien, preciseren in het exploit van dagvaarding wat hij wil verkrijgen van de rechter ³. Op de eiser rust m.a.w. de aanvoeringslast ⁴ ofte de stelplicht ⁵. Hij moet alle feitelijke gegevens aanvoeren die aan de basis van het subjectief recht liggen ⁶. Indien hij dit niet doet, zal de rechter de eis als ongegrond ⁷, c.q. als

niet toelaatbaar ⁸ afwijzen. Het aanvoeringsrisico ligt geheel bij de eiser.

In geval van betwisting ⁹ tracht de eiser – met de bewijsmiddelen door de wetgever toegelaten – de rechter ervan te overtuigen dat de aangevoerde feiten correct zijn en dat ze voldoende zijn om een subjectief recht te genereren ¹⁰. Wanneer de rechter, na beide partijen gehoord te hebben, twijfelt, zal de partij die het bewijs moest leveren ¹¹, het risico lopen haar vordering afgewezen te zien ¹².

3. De werknemster die een geslachtsdiscriminatie aan de kaak stelt, hetzij tijdens de duur van de arbeidsovereenkomst, hetzij – zoals in het besproken arrest – na het ontslag ¹³, wordt geconfronteerd met specifieke problemen die liggen op het niveau van het aanvoeringsrisico ¹⁴. Hoe kan bv. een werknemster – behoudens in geval van manifeste discriminatie – voldoende informatie verzamelen om te bewijzen dat ze minder verdient dan haar mannelijke collega's zonder zich schuldig te maken aan diefstal van vertrouwelijke informatie ¹⁵? Dit is alleen maar mogelijk wanneer de verschillende behandeling geïnstitutionaliseerd is, i.e. opgenomen in bepaalde voor de werknemers toegankelijke documenten (bv. functieclassificaties in collectieve arbeidsovereenkomsten, memo's, dienstnota's, enz.). Wanneer de werkgever een bedrijfspolitiek voert waarbij de individuele werknemer méér wordt betaald dan het wettelijk bepaalde, of wanneer de functie niet is opgenomen en een classificatie (bv. kaderleden), is elke vorm van controle evenwel onmogelijk.

¹ Hieronder verstaan we de C.A.O. nr. 25 betreffende de gelijke beloning voor mannelijke en vrouwelijke werknemers van 15 oktober 1975, algemeen verbindend verklaard bij K.B. van 9 december 1975, *B.S.*, 25 december 1975, artikel 116 e.v. van de wet van 4 augustus 1978 tot economische heroriëntering, *B.S.*, 17 augustus 1978 (hierna afgekort als *Wet Gelijke Man-Vrouw*), de desbetreffende uitvoeringsbesluiten (voor een overzicht zie o.a. *Gelijkheid van man en vrouw. Basisdocumentatie 1989*, Brussel, Commissie Vrouwenarbeid, 1989, 124 pp.), alsook het hele E.E.G.-normenapparaat m.b.t. de bestrijding van geslachtsdiscriminatie (zie vooral *Internationaal recht en vrouwen*, VAN MAARSEVEEN, H., PESSERS, D. en GUNNING, M. (red.), II dln., Zwolle, Tjeenk Willink, 481 en 624 pp., en BLANPAIN, R., «Europees arbeidsrecht», in *Arbeidsrecht C.A.D.*, BLANPAIN, R. (red.), Brugge, Die Keure, losbladig, hoofdstuk IV).

² We gaan uit van de vooronderstelling dat de gediscrimineerde een vrouw is, hoewel ook mannen zich soms op de antidiscriminatiewetgeving beroepen (zie bv. *R.v.St.*, De Loof, nr. 28889, 24 december 1987).

³ Art. 702 Ger.W.

⁴ Zie vooral STORME, M., *De bewijslast in het Belgisch privaatrecht*, Gent, Story-Scientia, 1962, 37 e.v.; VAN QUICKENBORNE, M., *Feit & Recht of de rechter en de procespartijen*, Brussel, Swennen, Prolegomena nr. 11, 1987, 9 e.v.; zie ook STORME, M.E., «De goede trouw in het geding? De invloed van de goede trouw in het privaatrecht procesbewijsrecht», *T.P.R.*, 1990, 377.

⁵ Deze term wordt vooral in Nederland gebruikt (STORME, M., o.c., 37).

⁶ MOTULSKY, H., *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, Parijs, Sirey, 1948, 87-88.

⁷ STORME, M.E., l.c., 377 en 496.

⁸ STORME, M., o.c., 38-39; DE CORTE, R. en LAENENS, J., «De verstekprocedure en de taak van de rechter bij verstek», *T.P.R.*, 1980, 491.

⁹ Wanneer de feiten niet worden betwist, is elk verder bewijs door de eiser overbodig (STORME, M., o.c., 45).

¹⁰ MOTULSKY, H., o.c., 131.

¹¹ Dit kan de partij zijn die de bewijslast heeft, maar dit is niet noodzakelijk. Over het onderscheid tussen bewijslast en bewijsrisico zie STORME, M., o.c., 46-52.

¹² MOTULSKY, H., o.c., 130; in dezelfde zin VAN GERVEN, W., *Algemeen deel, in Algemene beginselen van Belgisch privaatrecht*, Brussel, Story-Scientia, 1987, 360; VERHEYDEN-JEANMART, N., «La charge de la preuve», in *La preuve*, Louvain-la-Neuve, Faculté de droit, 1987, 7; MOUGENOT, R., *La preuve, in Répertoire notarial*, deel IV, boek II, Brussel, Larcier, 1990, nr. 27.

¹³ We behandelen hier alleen de situatie waarin een discriminatie wordt gecontesteerd. De hypothese waarin de werknemster wordt ontslagen wegens het formuleren van de klacht en de daarmee samenhangende «aanwijzing van de bewijslast» (zie o.a. VANACHTER, O., «Bewijsregeling», in *ATO*, Antwerpen, Kluwer, losbladig, I-602-40) wordt buiten beschouwing gelaten.

¹⁴ Zie SCHOORDIJK, H.C.F., «Discriminatie en bewijslastverplichting», *N.J.B.*, 1989, 246.

¹⁵ Zie VOGEL POLSKY, E., «Procedures voor beroep inzake inbreuken op gelijke beloning en behandeling», in *Gelijke beloning en behandeling van mannen en vrouwen*, Cahiers van de Commissie Vrouwenarbeid, nr. 8, Brussel, Ministerie van Tewerkstelling en Arbeid/Commissie Vrouwenarbeid, 1986, 28, eveneens gepubliceerd in *Arbbl.*, 1986, 302.

Geïntimeerde heeft *i.c.* dit informatiegebrek trachten op te lossen door het hof (tevergeefs) te verzoeken een deskundige aan te stellen die de administratie van het bedrijf had moeten doorlichten om de discriminatoire praktijken aan het licht te brengen. Deze afwijzing ligt in de lijn van onze juridische cultuur. De rechterlijke macht vermijdt zo veel mogelijk zich te mengen in het ondernemingsgebeuren wanneer de beleidsvrijheid van de werkgever ter discussie staat ¹⁶⁻¹⁷.

4. Wanneer de eiseres voldoende elementen aandraagt om discriminatie te laten vermoeden, voorziet de wet in de mogelijkheid voor de rechter om zich te laten bijstaan door een gespecialiseerde paritaire commissie ¹⁸ welke een niet bindend advies kan geven. In het hier besproken geval had het hof bv. deze commissie kunnen verzoeken om te onderzoeken of het feit dat werkneemster minder verdient dan een mannelijke collega die in de hiërarchie een lagere positie bekleedt, maar een hoger diploma heeft, al of niet discriminatoir is. In de praktijk maken de rechtbanken evenwel weinig of geen gebruik van deze mogelijkheid ¹⁹.

Bewijsregeling in de rechtspraak van het Europese Hof van Justitie

5. Ook in het Europese procesrecht vertrekt men van het uitgangspunt dat de eiser de bewijslast draagt ²⁰. In de zaak Bilka-Kaufhaus ²¹ besliste het Hof evenwel dat, in het geval een ondernemer deeltijdse werknemers uitsluit van een bedrijfspensioenregeling en deze maatregel procentueel méér vrouwen dan mannen treft, de werkgever moet aantonen dat de maatregel gegrond is op objectieve factoren en niet dis-

criminatoir is ²². De bewijslast wordt m.a.w. verschoven. Het Danfoss-arrest ²³ ligt in het verlengde van deze uitspraak.

De firma Danfoss hanteerde bij de bezoldiging van haar werknemers een toeslagsysteem. Aan bepaalde werknemers werd boven het salaris een bonus betaald voor bekwaamheid, zelfstandigheid en verantwoordelijkheid en kwaliteit van het gepresteerd werk. Dit werd gecombineerd met een functieclassificatie waarbij toeslagen werden toegekend op basis van o.a. beroepsopleiding en anciënniteit. De werknemers wisten evenwel niet welke criteria werden gehanteerd. Het Hof hield uitdrukkelijk rekening met het ondoorzichtige karakter van de regeling ²⁴ en verschoof de bewijslast naar de werkgever zodat deze — net zoals in de Bilka-zaak — werd verplicht aan te tonen dat zijn beloningssysteem gebaseerd was op objectieve criteria.

6. Door de eiser, de Deense Bond van Handels- en Kantoorpersoneel, werd bij de bewijsvoering gebruik gemaakt van de statistische methode ²⁵. De loonmassa van een gedeelte van de vrouwelijke werknemers werd vergeleken met een gedeelte van de loonmassa van de mannelijke werknemers. Hieruit bleek dat vrouwen gemiddeld 6,85% minder verdienden dan de mannen, wat voor het Hof voldoende was om discriminatie te vermoeden. Het gebruik van statistieken is echter omstreden ²⁶. De Danfoss-zaak handelde over loondiscriminatie zodat objectieve referentiepunten (loonmassa mannelijk personeel/loonmassa vrouwelijk personeel) niet zo moeilijk te vinden waren. Kan men echter ook statistische methodes gebruiken wanneer vrouwen beweren gediscrimineerd te worden bij promotie? Moet men dan het aantal tewerkgestelde vrouwen in het bedrijf vergelijken met het aantal mannen of met het aantal tewerkgestelde vrouwen in andere bedrijven, sectoren, enz.? Daar het vermoeden van discriminatie mee aan de basis ligt van de verschuiving van de bewijslast, is de keuze van de referentiepunten zeer belangrijk en trekt deze een wissel op het resultaat van het geding ²⁷.

¹⁶ De voorbeelden hiervan zijn legio in het arbeids(overeenkomsten)recht. Men denke hier maar aan de schroom waarmee het al of niet willekeurig karakter van een ontslag wordt getoetst. Zie bv. Arbh. Brussel, 6 februari 1991, *Med.VBO*, 1991, 400: «De werkgever is en blijft de enige die oordeelt over de maatregelen die moeten worden genomen om zijn onderneming te beheren...»; zie ook CUYPERS, D., *Misbruik van ontslagrecht en willekeurig ontslag*, Brugge, Die Keure, 1990, 197 e.v.

¹⁷ In tegenstelling hiermee heeft de rechterlijke macht minder problemen om te interveniëren wanneer de medeëigenaars van de produktiemiddelen tegenover elkaar staan. Zie o.a. HORMANS, G., «Le juge dans la vie des sociétés», in *Les sociétés commerciales*, Brussel, Ed. du jeune barreau, 1985, 389-444.

¹⁸ Zie in dit verband artikel 6 C.A.O. nr. 25, artikel 135 Wet Geïntimeerde Man-Vrouw en K.B. van 17 februari 1981 genomen ter uitvoering van artikel 135 van de wet van 4 augustus 1978 tot economische heroriëntering, B.S., 25 februari 1981.

¹⁹ Zie JACOMAIN, J., *L'égalité juridique entre femmes et hommes dans la Communauté européenne. Recueil de textes nationaux. Droit belge*, Presses universitaires de Louvain, Louvain-la-Neuve, 1989, 96 pp. Het overzicht van rechtspraak opgenomen in deze bundel (p. 43 e.v.) bevat slechts twee zaken waarin de paritaire commissie werd aangezocht, namelijk Arbrb. Antwerpen, 27 maart 1984, onuitg., A.R., nr. 106.250 (p. 50) en Arbrb. Luik, 22 september 1986, onuitg., A.R., nr. 95.936 (p. 52).

²⁰ Zie o.a. USHER, J.A., *European Court Practice*, London, Sweet & Maxwell, 1983, 191-193; BERGERES, M.C., *Contentieux communautaire*, Parijs, P.U.F., 1989, 117 e.v.

²¹ H.v.J., nr. 170/84, Bilka Kaufhaus v. K. Weber von Hartz, 13 mei 1986, *Jurispr.*, 1986, 1607.

²² Zie r.o. 29 e.v.; in dezelfde zin H.v.J., nr. 96/80, Jenkins v. Kingsgate, 31 maart 1981, *Jurispr.*, 1981, 925, r.o. 12.

²³ H.v.J. nr. 109/88, 17 oktober 1989, *J.T.T.*, 1990, 194, met noot DE VOS, D., *Nemesis*, 1990, 81 met noot STEYGER, E., Bespreking van en commentaar op dit arrest in o.a. SHAW, J., «The burden of proof and the legality of supplementary payments in equal pay cases», *European Law Review*, 1990, 260-266; GILLIAMS, H., «Het Hof van Justitie en de gelijke behandeling van man en vrouw 1988-1990», *R.W.*, 1990-91, 1365 e.v.

²⁴ Zie wat het criterium van de ondoorzichtigheid betreft eveneens H.v.J., nr. 318/86, Commissie v. Frankrijk, 30 juni 1988, *Jurispr.*, 1988, 3559.

²⁵ Zie voor een bespreking van de diverse facetten van het gebruik van statistische gegevens bij het aantonen van geslachtsdiscriminatie SJERPS, C.M., «Tellen en tellen is twee», *Sociaal Maandblad Arbeid*, 1985, 362-363.

²⁶ Zie o.a. Wards Cove Packing co. inc. v. Antonio, 109 S.Ct. 2115 (1989) waarin het Amerikaanse Hooggerechtshof alle bezwaren op een rijtje zet.

²⁷ Zie in het verlengde hiervan Evenhuis, C.H.S., «Referentiekaders: meer dan alleen een kwestie van rekenen», in *De zij-kant van het gelijk*, GOLDSCHMIDT, J.E., HERINGA, A.W., en VAN VLIET, F. (red.), Zwolle, Tjeenk Willink, 1991, 39-46.

*Naar een E.E.G.-Richtlijn betreffende de bewijslast in geval van geslachtsdiscriminatie?*²⁸

7. De bijzondere verwarde situatie m.b.t. de bewijsregeling i.v.m. geslachtsdiscriminatie in de verschillende Lid-Statens heeft de Europese Commissie ertoe aangezet om voor de omkering van de bewijslast te ijveren²⁹. Op 27 mei 1988 werd door de Commissie aan de Raad een voorstel gedaan voor een ontwerpverplichting betreffende de bewijslast op het gebied van de gelijke beloning en behandeling van vrouwen en mannen³⁰. De in het Publikatieblad gepubliceerde tekst hiervan heeft ondertussen reeds enkele wijzigingen ondergaan³¹ omdat vooral het Verenigd Koninkrijk fundamentele bezwaren had tegen de formulering van de oorspronkelijke richtlijn³².

Artikel 3 sub 1 van het compromisvoorstel stelt als principe voorop dat, wanneer gegevens worden aangevoerd waaruit kan worden afgeleid dat er waarschijnlijk sprake is van geslachtsdiscriminatie, de gedaagde werkgever moet bewijzen dat objectieve, niet seksegebonden, redenen een verschil in behandeling rechtvaardigen.

Artikel 4 roept de Lid-Statens op³³ om de mogelijkheid te onderzoeken om hun nationale wetgeving zodanig aan te passen dat de bevoegde autoriteiten voldoende maatregelen kunnen bevelen om klachten te onderzoeken. Het Belgische recht is echter waarschijnlijk nu reeds voldoende conform wat deze «verplichting» betreft. De rechter kan immers ambtshalve bepaalde onderzoeksmaatregelen bevelen³⁴. Daarnaast kan hij nog een beroep doen op de reeds vermelde paritaire commissie waarvan de leden beroepsmatig, bijna dagelijks, worden geconfronteerd met de problematiek van de geslachtsdiscriminatie³⁵.

Het ontwerp houdt eveneens rekening met de problemen die een eiser heeft om voldoende gegevens te verzamelen, i.e. met de aanvoeringslast. Artikel 4 sub b bepaalt dat «partijen (moeten) worden voorzien van alle relevante informatie die in het bezit is van elk van hen of die redelijkerwijs door elk van hen kan worden verkregen, die zij nodig hebben om hun rechten geldend te maken», doch dit mag niet tot gevolg hebben dat de belangen van de gedaagde worden ge-

schaad «om andere dan met het betrokken rechtsgeschil verband houdende redenen». De toelichting bij de ontwerpverplichting³⁶ verstrekt te weinig informatie over de mate waarin de verplichting bestaat om gegevens te verstrekken. Is het voldoende dat men de werkgever van discriminatie beschuldigt opdat deze alle mogelijke documenten m.b.t. de beschuldiging moet medelen of moet de eiseres een opgave doen van de informatie die zij wenst³⁷? De laatste interpretatie lijkt ons de meest logische, maar heeft als consequentie dat de werkneemster voldoende kennis moet hebben van de (vindplaats van de) potentiële informatie.

Een medewerkingsverplichting van de werkgever om de aanvoeringslast van de gediscrimineerde te vergemakkelijken zal uiteraard ontwijkingsmanoeuvres tot gevolg hebben. Hij zal geneigd zijn alleen maar datgene ter beschikking te stellen waarover hij volgens de wet moet beschikken (bv. het personeelsregister). Andere interne documenten zoals bv. beoordelingsnota's³⁸ zullen waarschijnlijk, na gebruik snel, «verdwijnen».

Enkele tactische bedenkingen

8. Het Europese Hof van Justitie heeft via het Danfoss-arrest aan de nationale rechter richtlijnen gegeven hoe hij met de verdeling van de bewijslast in discriminatiezaken moet omgaan³⁹. Hij mag «niet méér bewijs verlangen dan hetgeen objectief gezien binnen het bereik ligt, omdat anders de verwezenlijking van het beginsel van gelijke behandeling reeds op procedurele gronden zou stuklopen»⁴⁰. De bewijslast moet m.a.w. naar billijkheid worden verdeeld⁴¹.

Deze jurisprudentiële⁴² verschuiving van de bewijslast kan op dit moment alleen maar worden ingeroepen in gevallen waarin een loondiscriminatie ter discussie staat⁴³. Artikel 119 E.E.G.-Verdrag, dat de gelijke beloning van mannen en vrouwen vooropstelt (en in de voornoemde zaak centraal stond), heeft immers horizontale rechtstreekse wer-

²⁸ Zie voor een uitgebreide bespreking DUK, R.A.A., «Gelijke behandeling in geding: problemen van bewijslastverdeling en van 'fact-finding'», in *De zij-kant van het gelijk*, GOLDSCHMIDT, J.E., HERINGA, A.W. en VAN VLIET, D. (red.), Zwolle, Tjeenk Willink, 1991, 129-138.

²⁹ Zie *Gelijke kansen voor de vrouw. Communautair programma op middellange termijn 1986-1990*, Bull. E.G., suppl. 3/86, 10; zie ook *Gelijke kansen voor mannen en vrouwen. 3e communautair actieprogramma op middellange termijn 1991-95*, COM(90) 449 def. van 6 november 1990.

³⁰ PB nr. C 176/5 van 5 juli 1988. Voor een korte kritische commentaar zie JASPERS, A.Ph.C.M., «Opnieuw een directief uit Brussel», *Sociaal Recht*, 1988, 319-320.

³¹ Opgenomen in het *Advies bewijslast gelijke behandeling vrouwen en mannen*, s'-Gravenhage, SER, 1988, nr. 22, 57 e.v., hierna aangeduid als «het compromisvoorstel».

³² Zie *Advies bewijslast gelijke behandeling vrouwen en mannen*, 9.

³³ In de Ontwerp-Richtlijn werd dienaangaande aan de Lid-Statens een verplichting opgelegd.

³⁴ Zie STORME, M., o.c., 270 e.v.

³⁵ Het K.B. van 17 februari 1981 wijst als gespecialiseerde commissie immers o.a. de Commissie Vrouwenarbeid aan.

³⁶ COM(88) 269 def. van 24 mei 1988. Bij het compromisvoorstel werd geen toelichting gegeven.

³⁷ Zie JASPERS, A.Ph.C.M., l.c., 320.

³⁸ Voor een voorbeeld van een (omstreden) geslaagde vordering wegens geslachtsdiscriminatie inzake een promotieweigering (i.c. weigering van een partnership) waarbij bewijs werd geleverd van seksisme op basis van beoordelingsnota's, zie Price Waterhouse v. Hopkins, 109 S.Ct. 1775 (1989); zie ook de commentaar van SCHOORDIJK, H.C.F., «Discriminatie en bewijslastverdeling», l.c., 1245-1246.

³⁹ STEYGER, E., noot onder H.v.J., nr. 109/88, 17 oktober 1989, *Nemesis*, 1990, 84.

⁴⁰ Conclusie van advocaat-generaal C.O. Lenz, § 35.

⁴¹ STEYGER, E., l.c., 84. Dit is de toepassing van het principe dat de partij die het gemakkelijkst het bewijs kan leveren dit dan ook moet doen (zie PETIT, J., «De rechtspleging voor de arbeidsgerechten», *Arbeidsrecht C.A.D.*, BLANPAIN, R. (red.), Brugge, Die Keure, losbladig, 1-7, nr. 242).

⁴² Merk op dat in de Commissie Gelijke Beloning van de N.A.R. de mogelijkheid van de integratie van deze rechtspraak in het Belgische positieve recht reeds werd besproken (zie N.A.-C.5-D.90-4 van 9 maart 1990 en N.A.-C.5-P.V.90-1). Dit heeft evenwel nog geen enkel parlementair initiatief gegenereerd.

⁴³ GILLIAMS, H., l.c., 1367.

king⁴⁴, in tegenstelling tot de richtlijnen die de gelijke behandeling propageren welke alleen verticale rechtstreekse werking⁴⁵ hebben, zodat een analoge toepassing van de principes vervat in het Danfoss-arrest, in deze stand van de rechtspraak, niet mogelijk is voor werknemers uit de particuliere sector. Maar, zelfs wanneer de nationale wetgeving, al of niet naar aanleiding van een richtlijn, zou worden aangepast aan het in het Danfoss-arrest geponeerde principe, blijft het moeilijk om geslachtsdiscriminatie te bestrijden.

Zoals we aan het begin van dit opstel reeds hebben betoogd, heeft de eiseres problemen op het niveau van de aanvoeringslast. De medewerkingsverplichting van de werkgever, geformuleerd in de ontwerp-richtlijn, komt hieraan slechts gedeeltelijk tegemoet. Door het «afschermen» van bepaalde informatie m.b.t. loon, premies, enz. is het immers mogelijk dat een vrouw gedurende haar hele carrière minder wordt betaald dan een mannelijke collega⁴⁶ zonder dat ze hiervan op de hoogte is. Het doorbreken van deze toestand vereist dat men toert aan bepaalde werkgeversprerogatieven. Men zou a.h.w. de werkgever tot een open(baar)heid

⁴⁴ Zie HUMBLET, P. en JANVIER, R., «Gelijke beloning», in *A.T.O.*, Antwerpen, Kluwer, losbladig, T-203, nr. 1435; GILLIAMS, H., *l.c.*, 1355-1356.

⁴⁵ GILLIAMS, H., *l.c.*, 1356. Algemeen zie CURTIN, D., «The Province of Government: Delimiting the Direct Effect of Directives in the Common Law Context», *European Law Review*, 1990, 195-223.

⁴⁶ In het geval dat er geen enkel onderscheid is in functie, anciënniteit, enz.

van bestuur⁴⁷ moeten verplichten, wat niet realistisch is. De ijveraars voor een gelijkberechtiging van vrouwen en mannen verspillen dan ook hun energie door het probleem uitlopend te benaderen in de optiek van het verbod van discriminatie zolang de individuele rechtzoekende op onoverkomelijke processuele moeilijkheden stuit om de rechter van het bestaan van discriminatie te overtuigen. Men kan o.i. beter de werkgever bepaalde nauwkeurig omschreven *verplichtingen* opleggen (bv. positieve actie in de particuliere sector⁴⁸, organisatie van kinderopvang, enz.)⁴⁹. De aanvoeringslast van de eiseres zal zich in dat geval beperken tot het signaleren van het verzuim. De werkgever daarentegen zal moeten verantwoorden waarom hij de verplichting niet heeft nageleefd. Hierdoor vertrekt *hij* en niet de potentieel gediscrimineerde vanuit een ongunstige procespositie.

P. HUMBLET

⁴⁷ Deze terminologie wordt vooral in het publiek recht gebruikt; zie o.a. SUTENS, L.P., «Hoe belangrijk is openbaarheid van bestuur voor onze hedendaagse samenleving?», in *Kwaliteitszorg in de publieke sector*, I, JANVIER, R. (red.), Brugge, Die Keure, 1990, 5 e.v.

⁴⁸ Over het vrijblijvend karakter van positieve actie in de particuliere sector zie o.a. HUMBLET, P., «Positieve actie voor vrouwen. Het juridische kader naar Belgisch recht», in *Positieve actie. Positieve discriminatie. Voorrangsbehandeling voor vrouwen*, Tegenspraak-cahier nr. 8, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1990, 33-70.

⁴⁹ In dezelfde zin SCHOORDIJK, H.C.F., *l.c.*, 246, randnummer 5.

DE UITDRUKKELIJKE MOTIVERING VAN ADMINISTRATIEVE RECHTSHANDELINGEN

Op 1 januari 1992 treedt de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen¹ in werking, wat vooralsnog onvermoede gevolgen zal hebben. Met deze wet wordt immers de van oudsher bestaande «materiële motiveringsplicht» van het bestuur aangevuld met een «formele motiveringsplicht».

1. Materiële motivering

«Materiële motiveringsplicht» is een beginsel van behoorlijk bestuur, dat betekent dat beslissingen van de uitvoerende macht gedragen moeten worden door motieven die rechtens en feitelijk aanvaardbaar zijn, en die daarom, naar aanleiding van het legaliteitstoezicht, moeten kunnen worden gecontroleerd². Dit heeft drie onlosmakelijk met elkaar ver-

bonden verplichtingen tot gevolg: de motieven van de rechtshandeling moeten kenbaar zijn³, zij moeten beantwoorden aan de realiteit, ten slotte moeten zij «draagkrachtig» zijn, d.i. de beslissing effectief verantwoorden⁴.

De afdeling wetgeving en de afdeling administratie van de Raad van State noemen de materiële motiveringsplicht een niet-geschreven grondrecht, respectievelijk een algemeen rechtsbeginsel⁵. Zij is geen doel op zich, doch slechts een middel om de legaliteit – voornamelijk de naleving van het redelijkheidsbeginsel en van het verbod van willekeur – van bestuurshandelingen na te gaan. De motivering heeft dan ook vooral belang wanneer de overheid een discretionaire

bestuur. Een praktische handleiding, 1982, 45-46; D. LAGASSE, «La motivation. Faut-il rendre obligatoire la motivation des actes administratifs?», *Adm. Publ. (T.)*, 1980-81, 77-87.

³ Wat uit het dossier kan blijken.

⁴ J. IN 'T VELD en N. KOEMAN, *Beginnels van behoorlijk bestuur*, 1985, 38 en 99-100.

⁵ Advies van 15 februari 1984 (*Gedr. St., Senaat*, 1981-82, nr. 33/2); arrest van 18 juni 1985, nr. 25.491, Rammant, *Adm. Publ. (M.)*, 1985, 94. Beide begrippen sluiten elkaar trouwens niet uit.

¹ B.S., 12 september 1991.

² R.v.St., o.a. 13 juni 1974, nr. 16.468, Claeyss, *Arr. R.v.St.*, 1974, 648; 7 maart 1961, nr. 8.477, Gemeente Schoten, *Arr. R.v.St.*, 1961, 256; A. MAST, A. ALEN en J. DUJARDIN, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, 1989, 636-638, met rechtsleer; M.A. FLAMME, *Droit administratif*, 1989, 423-424; W. LAMBRECHTS, *Geschillen van*

bevoegdheid uitoefent, d.i. wanneer zij op grond van haar eigen appreciatie al dan niet kan optreden, of de keuze heeft van de maatregel die het meest geschikt voorkomt om het gestelde doel te bereiken. In geval van gebonden bevoegdheid daarentegen, wanneer de wet de inhoud of het voorwerp van de beslissing bepaalt die het bestuur moet nemen zodra de gestelde voorwaarden zijn vervuld, zodat er van beleidsvrijheid geen sprake is, spelen de motieven slechts een ondergeschikte rol. Het motief van de rechtshandeling ligt dan immers reeds besloten in de toewijzing van de bevoegdheid door de wet. Alléén dient dan (uiteraard) te worden verantwoord dat de feitelijke voorwaarden voor het optreden zijn vervuld.

2. Formele motivering

Vanzelfsprekend is de materiële motiveringsplicht geen kwade zaak, doch zij vertoont vele leemten. Vaak komen de motieven van een beslissing immers pas achteraf aan het licht, wanneer daarover een geschil is gerezen en het bestuur om verantwoording wordt gevraagd. In afwachting daarvan, of zonder een betwisting uit te lokken, heeft de bestuurde doorgaans het raden naar de redenen waarom hij zo en niet anders werd behandeld, zodat hem ongeweten te kort kan worden gedaan of hij verplicht wordt soms overbodige procedures in te leiden om zijn licht op te steken. Een louter materiële motiveringsplicht impliceert tevens de mogelijkheid dat de motieven van de rechtshandeling pas achteraf worden bedacht, wat weliswaar het besluitvormingsproces bespoedigt, doch de kwaliteit van de beslissingen uiteraard niet in de hand werkt.

Daarom werd gaandeweg uitgekeken naar technieken om een behoorlijke materiële motivering te waarborgen. De meest efficiënte is ongetwijfeld wat doorgaans de «formele motiveringsplicht» wordt genoemd, d.i. het uitdrukkelijk opleggen van het weergeven van de redenen waarop een beslissing steunt, zodat de overheid noodzakelijk «bezint eer zij begint»⁶. Precies daarom werd de rechterlijke motiveringsplicht bedacht⁷. Voor administratieve overheden daarentegen bestond er tot op heden géén algemene regel op grond waarvan zij hun beslissingen met redenen moeten omkleden. Slechts occasioneel moeten de motieven in de administratieve rechtshandeling zelf worden vermeld. Door toedoen van de besproken wet, die voortspuit uit een wetsvoorstel van senator Cerexhe⁸, behoort deze toestand voortaan tot het verleden.

3. De wet van 29 juli 1991

De kern van de zaak is terug te vinden in artikel 2 van de wet van 29 juli 1991: «De bestuurshandelingen van de

besturen bedoeld in artikel 1 moeten uitdrukkelijk worden gemotiveerd.» Dit wordt nader toegelicht in artikel 3 van de wet, dat bepaalt: «De opgelegde motivering moet in de akte de juridische en feitelijke overwegingen vermelden die aan de beslissing ten grondslag liggen. Zij moet afdoende zijn.»

Deze nogal algemene bewoordingen van de aangehaalde regels zijn goeddeels door de wetgever zelf van uitleg voorzien, ofwel in de wet, ofwel in de parlementaire voorbereiding. Daaruit mag het volgende worden geput, af en toe voorzien van eigen commentaar.

a. «Besturen»

Onder «bestuur» moet worden verstaan «de administratieve overheden als bedoeld in artikel 14 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State»⁹. Krachtens de rechtspraak van de Raad van State zijn dit alle organen van het nationaal, communautair, gewestelijk, provinciaal of gemeentelijk bestuur die belast zijn met een openbare dienst en die niet behoren tot de wetgevende of de rechterlijke macht. Doorslaggevende positieve criteria zijn het kunnen treffen van eenzijdige, uitvoerbare maatregelen en het behartigen van een taak van algemeen belang¹⁰.

Uit de verwijzing naar artikel 14 R.v.St.-wet mag echter niet worden afgeleid dat de wet van 29 juli 1991 uitsluitend toepasselijk is op beslissingen die door de Raad van State nietig kunnen worden verklaard, zij het dat de wetgever vooral daaraan heeft gedacht. Ook bestuurshandelingen die niet bij de Raad van State kunnen worden bestreden – omdat de Raad van State niet kan worden aangesproken vooraleer de eventueel ter beschikking staande en door de wet ingestelde administratieve beroepen of jurisdictionele beroepen bij een administratief rechtscollege zijn uitgeoefend, en zijn bevoegdheid helemaal uitgesloten is in de gevallen waarin bij een hof of een rechtbank van de rechterlijke macht een beroep met hetzelfde onderwerp openstaat – vallen onder het regime van de wet. Dit werd door de wetgever impliciet toegegeven door het opgeven van het voorbeeld van de gemeentelijke belastingaanslag¹¹, die immers niet bij de Raad van State kan worden aangevochten, wegens de bevoegdheid van de bestendige deputatie, (eventueel) het hof van beroep en het Hof van Cassatie.

b. «Bestuurshandelingen»

Een «bestuurshandeling» in de zin van de besproken wet is «de eenzijdige rechtshandeling met individuele strekking die uitgaat van een bestuur en beoogt rechtsgevolgen te hebben voor één of meer bestuursleden of voor een ander bestuur»¹². Aldus worden gewone feitelijke vaststellingen, maatregelen van orde, eenvoudige materiële handelingen¹³, louter declaratieve handelingen en «in principe ook de cir-

⁶ «De verplichting om te zeggen waarom men iets doet, is het beste middel om aan te zetten tot nadenken over de waarde van hetgeen men gaat doen» (*Gedr.St., Kamer*, 1990-1991, nr. 1397/1, toelichting bij het wetsvoorstel-Lagasse c.s., 4).

⁷ Art. 97 Gw.

⁸ *Gedr.St., Senaat*, B.Z. 1988, nr. 215-1. De senator had reeds eerder pogingen gewaagd, doch zonder succes. In de Kamer was in dezelfde periode een voorstel-Lagasse aanhangig (*Gedr.St., Kamer*, 1990-91, nr. 1397/1), doch het ontwerp overgezonden door de Senaat genoot voorrang.

⁹ Art. 1, tweede streepje, W. 29 juli 1991.

¹⁰ *Gedr.St., Senaat*, B.Z. 1988, nr. 215-3, 30 (nota van de minister van Binnenlandse Zaken over het begrip «administratieve rechtshandeling»).

¹¹ *Ibid.*, commissieverslag, 14.

¹² Art. 1, eerste streepje, W. 29 juli 1991.

¹³ *Gedr.St., Senaat*, B.Z. 1988, nr. 215-3, verslag van de commissie, 11.

culaires»¹⁴ uitgesloten, net zoals meerzijdige rechtshandelingen, zoals contracten¹⁵. Wat overblijft zijn «administratieve rechtshandelingen» (alle rechtshandelingen zijn bewuste daden met het oog op de rechtsgevolgen waarin de wet voorziet) in de traditionele betekenis, dit zijn de beslissingen van een of andere administratieve overheid, die gezagshalve, zonder toestemming van de betrokkene, rechten of verplichtingen scheppen, en derhalve eenzijdig verbindend en uitvoerbaar zijn en het «*privilège du préalable*» genieten.

De woorden «met individuele strekking» beperken de werkingssfeer van de wet tot niet-reglementaire bestuurs-handelingen. Verordeningen hoeven derhalve niet formeel te worden gemotiveerd¹⁶, wat niet wegneemt dat te hunnen opzichte de materiële motiveringsplicht onverminderd geldt. Uit de precieze draagwijdte van de motiveringsplicht, die een motivering «in de akte» oplegt, vloeit tenslotte voort dat uitsluitend schriftelijke bestuurshandelingen in aanmerking komen, meer precies beslissingen die op schrift worden gesteld¹⁷.

Vooral het begrip «bestuurshandelingen met individuele strekking» bakent de werkingssfeer van de wet van 29 juli 1991 af, en staat toe de draagwijdte van de wet in te schatten. Deze is niet gering, zij het dat de wetgever niet aan alle toepassingsmogelijkheden heeft gedacht. Er werd trouwens uitdrukkelijk opgemerkt dat men niet alle consequenties van de wet voor ogen had...¹⁸. «Eenzijdige beslissingen met individuele draagwijdte die rechtsgevolgen beogen te hebben voor één of meer burgers» die bij de totstandkoming van de wet werden vermeld, zijn de inkohiering van een gemeentebelasting¹⁹, de weigering van de aansluiting op een riool²⁰, samenwerkingsakkoorden (zonder algemene strekking) op het niveau van de uitvoerende machten²¹, beslissingen van toezichthoudende overheden²² en, in de gemeentelijke sfeer, beslissingen om te kopen, te verkopen, te verhuren, te onteigenen, de keuze van een overheidsopdrachtenprocedure, de verdeling van subsidies, het in rechte treden, het berusten in een rechterlijke uitspraak, benoemingen, bevorderingen, tuchtsancties, ontslagverleningen, toekenningen van leeropdrachten, (het toestaan of weigeren van) bouw-, verkavelings- en exploitatievergunningen, de schrapping uit de bevolkingsregisters en onbewoonbaarver-

klaringen²³. Daaraan kunnen talrijke andere voorbeelden worden toegevoegd²⁴.

c. «Uitdrukkelijk»

Met het woord «uitdrukkelijk» wordt het formeel karakter van de motiveringsplicht tot uiting gebracht, wat opnieuw in de verf wordt gezet met de woorden «in de akte vermelden» in artikel 3 van de wet. In de Franse tekst staat er dan ook «*motivation formelle*», waarmee eveneens een «expliciete» motivering is bedoeld, zodat een «louter vormelijke» motivering of een motivering «voor de vorm alleen» niet volstaat²⁵, integendeel. Kortom, de redenen van de beslissing moeten worden weergegeven in de beslissing zelf, en moeten met die beslissing aan de betrokkene worden meegedeeld²⁶. De kennisgeving mag dus niet beperkt blijven tot het dictum of «dispositief» van de genomen beslissing, terwijl de motivering bij het bestuur zou achterblijven.

Meteen is gezegd dat met de wet van 29 juli 1991 een vormvoorschrift wordt ingevoerd, dat bovendien substantieel is, aangezien het in het belang van de rechtsonderhorige is voorgeschreven²⁷. Daaruit volgt dat niet of niet-voldoende motiveren zonder meer de illegaliteit van de bestuurshandeling oplevert wegens schending van een substantieel vormvoorschrift²⁸. Dit volstaat voor het niet-toepassen²⁹ of de vernietiging³⁰ van de rechtshandeling, wat niet kan worden voorkomen door in de loop van het geschil weliswaar juiste maar niet-vermelde motieven voor de beslissing in te roepen, laat staan door «substitutie van motieven». Bij de parlementaire voorbereiding werd gezegd: de administratie zal bij een eventuele betwisting alleen nog een beroep kunnen doen op de in de beslissing uitdrukkelijk aangehaal-

²³ *Parl. Hand., Senaat*, 24 april 1991, 2008 en 2011-2012.

²⁴ De schrijver van deze regels heeft de oefening gemaakt op het stuk van de inkomstenbelastingen, en ontdekte het (niet-)toestaan van termijnverlengingen (art. 218 W.I.B.), het niet-naleven van wachttermijnen voor de fiscus indien daartoe aanleiding bestaat (artt. 251 en 256, telkens derde lid, W.I.B.; eventueel zal dit in de aanslag zelf moeten worden gemotiveerd), de vaststelling van het kadastraal inkomen (art. 360 W.I.B.), de wijziging van de aangifte (art. 251 W.I.B.), de aanslag, het opleggen van administratieve sancties (artt. 334-335 W.I.B.) (wat met een aanslag gebeurt), de (weigering van) ambtshalve ontheffing door de directeur (art. 277 W.I.B.), het (niet-)toestaan door de ontvanger van uitstel van betaling of afbetaling van de belasting (art. 10 W. 15 mei 1846), het (niet-)toestaan door de directeur van uitstel van betaling van de «onbetwistbaar verschuldigde belasting» in geval van bezwaar (art. 301, derde lid, W.I.B.), het (niet-)vrijstellen door de directeur van de betaling van nalatigheidsinteressen (307 W.I.B.), de (niet-)kwijtschelding van fiscale boeten door de minister van Financiën of zijn gemachtigde (art. 335, derde lid, W.I.B.) en de beslissing van de directeur tot zekerheids- of borgstelling (art. 310 W.I.B.).

²⁵ *Gedr.St., Senaat*, B.Z. 1988, nr. 215-3, verslag van de commissie, 21.

²⁶ *Ibid.*, 22-25.

²⁷ A. MAST, A. ALEN en J. DUJARDIN, o.c., 634.

²⁸ *Gedr.St., Senaat*, B.Z. 1988, nr. 215-3, verslag van de commissie, 16; *Parl.Hand., Senaat*, 24 april 1991, 2007.

²⁹ Door elke rechter (art. 107 Gw.).

³⁰ Door de Raad van State (art. 14 R.v.St.-wet), door gewone rechters en administratieve rechtscolleges waaraan een of andere bijzonder vernietigingsmacht is opgedragen, eventueel door de toezichthoudende overheid (art. 108 Gw.).

¹⁴ *Ibid.*, 29, nota van de minister van Binnenlandse Zaken over het begrip «administratieve rechtshandeling».

¹⁵ *Ibid.*, verslag van de commissie, 12; *ibid.*, 29 (nota van de minister van Binnenlandse Zaken over het begrip «administratieve rechtshandeling»).

¹⁶ Omdat de totstandkomingsprocedure daarvan reeds voldoende waarborgen zou bieden en de genoegzame motivering van elke bepaling van een reglement tot eindeloze discussies aanleiding zou kunnen geven (*ibid.*, commissieverslag, 15).

¹⁷ *Gedr.St., Kamer*, 1990-91, nr. 1594/4, commissieverslag, 9.

¹⁸ *Parl.Hand., Senaat*, 24 april 1991, 2010.

¹⁹ *Gedr.St., Senaat*, B.Z. 1988, nr. 215-3, verslag van de commissie, 14.

²⁰ *Parl.Hand., Senaat*, 24 april 1991, 2011.

²¹ *Gedr.St., Kamer*, 1990-91, nr. 1594/4, verslag van de commissie, 10.

²² *Gedr.St., Senaat*, B.Z. 1988, nr. 215-3, commissieverslag, 6 en 18.

de motieven ³¹. Met de woorden van de minister van Binnenlandse Zaken: «De motivering kan niet meer blijken uit het dossier waarop de beslissing steunt, maar moet in de beslissing zelf opgenomen worden» ³², wat uiteraard niet wegneemt dat het dossier zijn belang blijft bewaren, al was het maar voor de controle van de juistheid van de motieven.

d. «Motiveren»

Uitdrukkelijk motiveren betekent het opgeven van de redenen van de rechtshandeling, zodat de (bestaande) materiële met een formele motiveringsplicht werd aangevuld. Daaruit vloeit voort wat onder de opgelegde motivering moet worden verstaan: «de juridische en feitelijke overwegingen die aan de beslissing ten grondslag liggen», die ook nog «afdoende» moeten zijn. De driedelige inhoud van de materiële motiveringsplicht behoort dus integraal tot de formele motiveringsplicht: de juiste en draagkrachtige juridische en feitelijke redenen van de beslissing moeten worden vermeld.

In het wetsvoorstel-Cerexhe dat tot de wet van 29 juli 1991 heeft geleid was dit onder woorden gebracht met het «duidelijk, nauwkeurig, volledig en waarheidsgetrouw vermelden van de juridische en feitelijke overwegingen die aan de beslissing ten grondslag liggen». De tekstwijziging, en vooral het gebruik van het woord «afdoende» waren bedoeld om het «evenredigheidsbeginsel» tot uiting te brengen. De wetgever was immers van mening dat de omvang van de motivering aangepast moest zijn aan het belang van de beslissing ³³. Uiteindelijk stelde hij echter – terecht – vast dat met het begrip «afdoende» ook het «draagkracht»-vereiste werd uitgedrukt: de ingeroepen redenen moeten pertinent zijn en de beslissing verantwoorden. Vage, duistere of niet ter zake dienende uitleg ³⁴, onduidelijke, onnauwkeurige, ongeldige of niet-plausibele motivering ³⁵ zijn dus uit den boze, en er werd dan ook herhaaldelijk gewaarschuwd voor stereotiepe ³⁶, geijkte of gestandaardiseerde motiveringen ³⁷. Opnieuw met de woorden van de minister van Binnenlandse Zaken: «Het begrip 'afdoende motivering' betekent dat de beslissing voldoende door de motivering moet gedragen worden. Deze zin is dus de bevestiging van de rechtspraak van de Raad van State» ³⁸.

De motivering moet dus opgevat worden als een resultaat- en niet als een inspanningsverbintenis. Zij moet alle elementen bevatten om de legaliteit van de bestuurshandeling aan te tonen. Indien daartoe achteraf een of ander bijkomend element moet worden aangevoerd, dat niet in de

motivering is opgenomen, is het substantiële vormvereiste geschonden en de beslissing onwettig. En daarbij moet zowel in feite als in rechte worden gemotiveerd... ³⁹

Meteen komen de belangrijke implicaties van de besproken wet aan het licht. Gelukkig oefent het bestuur vaak slechts gebonden bevoegdheden uit, waarvoor het vermelden van de juridische grondslag en de feitelijke toestand die de toepassing van de regel uitlokt allicht volstaat ⁴⁰. Vele andere beslissingen daarentegen worden genomen op grond van een discretionaire bevoegdheid. In die gevallen zal veel meer uitleg moeten worden verschaft, meer precies waarom zo en niet anders wordt beslist, waarmee telkens de wettigheid van de genomen beslissing moet zijn aangetoond.

Zoals gezegd bij de parlementaire voorbereiding kan zulks niet anders dan willekeur tegengaan en leiden tot een nieuwe administratieve cultuur ⁴¹. Daartegen kan geen bezwaar bestaan: gemotiveerde beslissingen zijn betere in ieder geval beter overwogen beslissingen ⁴², die de burger bovendien extra wapenen tegen het bestuur ⁴³. Dit komt trouwens niet alleen de bestuurden ten goed: de kenbaarheid van de motieven voorkomt veel discussie en vermindert derhalve het contentieux ⁴⁴.

Wel zullen onvermijdelijk nieuwsoortige geschillen ontstaan, omtrent weliswaar juiste, en derhalve materieel perfect gemotiveerde beslissingen, doch die niet of niet afdoende formeel zijn gemotiveerd, wat volstaat als (nieuwe) onwettigheid... ⁴⁵. Dit is echter de prijs die betaald moet worden om het bestuur ertoe te brengen zijn verplichting zinvol na te komen. Ook het ongetwijfeld omslachtig karakter van de motiveringsplicht – «administratieve rompslomp en dito formalisme» genoemd ⁴⁶ – weegt niet op tegen de voordelen van het systeem ⁴⁷.

e. Uitzonderingen

Formele redengeving hoeft niet wanneer dit «de uitwendige veiligheid van de Staat in het gedrang kan brengen, de openbare orde kan verstoren, afbreuk kan doen aan de eerbied voor het privé-leven (of) aan de bepalingen inzake de zwijgplicht» (artikel 4), wat bekende uitzonderingen zijn. De wet van 29 juli 1991 is evenmin toepasselijk wanneer strengere bijzondere regels bestaan (artikel 6). Dit betekent dat de wet niet zomaar een «lex generalis» is, die door een «lex specialis» buiten werking wordt gesteld. Een amendement in die zin werd trouwens ingetrokken ⁴⁸. De wet wordt slechts achterhaald door een bijzondere motiveringsver-

³¹ *Gedr.St., Senaat*, B.Z. 1988, nr. 215-3, verslag van de commissie, 21; *Parl. Hand., Senaat*, 24 april 1991, 2009.

³² *Ibid.*, 2015.

³³ *Gedr.St., Senaat*, B.Z. 1988, nr. 215-3, verslag van de commissie, 17; *Parl. Hand., Senaat*, 24 april 1991, 2007, 2009 en 2013-2014; *Gedr.St., Kamer*, 1990-91, nr. 1594/4, verslag van de commissie, 6.

³⁴ *Gedr.St., Senaat*, B.Z. 1988, nr. 215-1, 9 (toelichting van het wetsvoorstel).

³⁵ *Gedr.St., Senaat*, B.Z. 1988, nr. 215-3, verslag van de commissie, 7.

³⁶ *Ibid.*, 15.

³⁷ *Parl.Hand., Senaat*, 24 april 1991, 2006.

³⁸ *Gedr.St., Kamer*, 1990-91, nr. 1594/4, verslag van de commissie, 11.

³⁹ *Gedr.St., Senaat*, B.Z. 1988, nr. 215-3, verslag van de commissie, 18.

⁴⁰ *Ibid.*, 14.

⁴¹ *Parl.Hand., Senaat*, 24 april 1991, 2006.

⁴² «Réfléchir avant d'agir» (*Ibid.*, 2008).

⁴³ *Gedr.St., Senaat*, B.Z. 1988, nr. 215-3, verslag van de commissie, 20.

⁴⁴ *Ibid.*, 3.

⁴⁵ *Gedr.St., Kamer*, 1990-91, nr. 1594/4, verslag van de commissie, 6.

⁴⁶ *Parl.Hand., Senaat*, 24 april 1991, 2009.

⁴⁷ *Gedr.St., Senaat*, B.Z. 1988, nr. 215-1, 1 (toelichting van het wetsvoorstel).

⁴⁸ *Gedr.St., Senaat*, B.Z. 1988, nr. 215-4; *Beknopt verslag, Senaat*, 25 april 1991, 2044.

plichting indien die bijzondere regeling strengere voorschriften bevat ⁴⁹, wat niet vaak voorkomt.

Dringende noodzaak ten slotte biedt géén ontsnappingsmogelijkheid: om uitholling van de regel te vermijden ⁵⁰ werd uitdrukkelijk bepaald dat «dringende noodzakelijkheid» het bestuur niet ontslaat van de plicht zijn handelingen uitdrukkelijk te motiveren (artikel 5).

f. Inwerkingtreding

De wet van 29 juli 1991 treedt in werking «op de eerste dag van de vierde maand volgend op die van haar bekendmaking in het Belgisch Staatsblad» (artikel 7). Aangezien die bekendmaking op 12 september 1991 heeft plaatsgevonden, treedt de wet in werking op 1 januari 1992, zodat de formele motiveringsplicht geldt voor de beslissingen die vanaf die datum worden genomen.

⁴⁹ *Gedr.St., Senaat*, B.Z. 1988, nr. 215-3, verslag van de commissie, 26.

⁵⁰ *Gedr.St., Senaat*, B.Z. 1988, nr. 215-1, 8 (toelichting van het wetsvoorstel).

Het uitstel dat aldus werd toegestaan, was bedoeld om de administratieve overheden in de gelegenheid te stellen zich terdege voor te bereiden op de nieuwe verplichting ⁵¹. Het is zeer de vraag of enkele maanden daartoe zullen hebben volstaan...⁵²

P. VAN ORSHOVEN
K.U. Leuven

⁵¹ *Gedr.St., Kamer*, 1990-91, nr. 1594/4, verslag van de commissie, 2.

⁵² Inmiddels verscheen het Vlaams decreet van 23 oktober 1991 «betreffende de openbaarheid van bestuursdocumenten in de diensten en instellingen van de Vlaamse Executieve» (*B.S.* 27 november 1991). Met artikel 13 van dit decreet wordt de in de bijdrage beschreven uitdrukkelijke motiveringsplicht opgelegd voor alle bestuursbeslissingen met individuele strekking van de administraties van het Ministerie van de Vlaamse Gemeenschap en van de dienstgewijze gedecentraliseerde instellingen die van de Vlaamse Gemeenschap en het Vlaamse Gewest afhangen.

DE PROCESDUUR EN DE GERECHTELIJKE ACHTERSTAND HERBEKEKEN

Een empirisch onderzoek bij de Rechtbank van Koophandel te Brussel

I. Inleiding

1. De geleidelijke toename van het aantal rechtszaken en de in verhouding nog grotere toename van de te berechten zaken stelden de laatste jaren de problematiek van de gerechtelijke achterstand en de procesduur centraal.

In verschillende studies ¹ werd dan ook uitgebreid aandacht besteed aan dit probleem. Voortgaande op de officiële

gerechtelijke statistieken ² en – indien deze niet voorhanden waren – op bij de rechtbank verzamelde data, werd telkens een reële achterstand vastgesteld.

De onrustwekkende toestand bij de meeste rechtscolleges leidt enerzijds tot de vaststelling dat de dienst van het gerecht niet of niet goed verzekerd wordt, hetgeen in een rechtsstaat onaanvaardbaar is, en anderzijds tot het besluit dat het procesrecht zijn doel gedeeltelijk mist bij tekort aan regels die de oplossing van het geschil binnen een redelijke termijn waarborgen of een behoorlijk procesrechtelijk gedrag van de partijen aanmoedigen.

Deze overwegingen hebben als verdienste dat iedereen die bij procesafwikkeling betrokken is – rechtzoekenden, advocaten, rechters, griffiers, beleidsmakers... – zich min of meer verantwoordelijk voelt voor de bij de hoven en rechtbanken opgelopen achterstand.

Het is echter een feit dat de officiële statistieken over de gerechtelijke achterstand het niet mogelijk maken een onderzoek te verrichten naar de respectievelijke invloed van

¹ Dit blijkt onder andere uit een voorgaand onderzoek dat door het Centrum voor Rechtssociologie werd uitgevoerd, namelijk: LANGERWERF, E. en F., VAN LOON, «De rechtbanken in de jaren zeventig: een explosie van zaken?», *R.W.*, 1984-85, 370-386; LANGERWERF, E. en F., VAN LOON, «Het profiel van het arbeidshof te Antwerpen. Evolutie tussen 1976 en 1984», *Arbeidsblad*, juli-augustus, 1987; LANGERWERF, E. en F., VAN LOON, «Het profiel van de arbeidsrechtbank te Antwerpen. Evolutie tussen 1975 en 1984», *Arbeidsblad*, jan.-febr. 1987; LANGERWERF, E., F. VAN LOON en G. SMAERS, «De vrederechter bij de behandeling van incasso's. Een onderzoek bij vier vrederechters in het gerechtelijk arrondissement Antwerpen», *R.W.*, 1988-89, 78-88; LANGERWERF, E., F., VAN LOON en Y., WOUTERS, «De vrederechter bij de behandeling van buitencontractuele schade. Een empirisch onderzoek», *R.W.*, 1988-89, 1078-1085; VAN LOON, F. en E., LANGERWERF, *Burgerlijke Rechtbanken: Wie, wat, hoe?*, Kluwer, Antwerpen, 1987.

² Tabellen van het Nationaal Instituut voor de Statistiek. Deze werden uitvoerig ontleend door de heer Krings, procureur-generaal bij het Hof van Cassatie, in zijn verslag bij het colloquium «Achterstand bij het gerecht» dat het Parlement in samenwerking met de Regering hield op 26 mei 1989.

de verschillende oorzaken op het ontstaan van deze achterstand. De cijfers geven slechts een algemeen beeld van de gerechtelijke achterstand in de *ruime* zin van het woord, dit is het aantal hangende zaken op het einde van elk gerechtelijk jaar, vergeleken met het aantal in dat jaar berechte zaken. Wat de redenen zijn van het uitblijven van een uitspraak over een steeds toenemend aantal zaken, laat men hier in het midden.

2. De vertraging kan ontstaan bij het in staat van wijzen stellen van de rechtszaken. Op deze achterstand heeft het gerecht geen enkele vat. De lange procesduur kan echter ook te wijten zijn aan de moeilijkheid om binnen een redelijke termijn uitspraak te krijgen over zaken die naar het oordeel van de meest gereede partij in staat van wijzen zijn.

Over de gemiddelde duur van beide periodes bestaan er geen gegevens.

Waar de knelpunten liggen, is evenmin bekend. Zo maakt de ontleding van de officiële statistieken het niet mogelijk een zicht te krijgen op de activiteiten van de inleidingskamers. Toch slaan de klachten omtrent het langdurige verloop van het proces alleen op die zaken die op de inleidingszitting naar de algemene rol worden verwezen voor latere vaststelling voor een pleitkamer.

Ten slotte stellen we vast dat men ook inzake de verhouding tussen de hangende zaken en zaken waarvoor een rechtsdagbepaling is aangevraagd of verkregen, in het duister tast. Toch is dit laatste cijfer – na aftrek van het eveneens onbekende aantal zaken dat, hoewel opgeroepen, niet in beraad kan worden genomen omdat de partijen niet opdagen of uitstel vragen – de maatstaf voor de gerechtelijke achterstand in de *enge* zin van het woord.

Zelfs over de omvang en de belangrijkheid van de achterstand in ruime zin bestaan er twijfels. De officiële statistieken zouden onvolledig, onbetrouwbaar en ongenuanceerd zijn³, hetgeen het nemen van doeltreffende maatregelen om de toestand te verhelpen uiteraard niet vergemakkelijkt.

3. Vanuit deze wetenschap leek het ons de moeite waard om een empirisch onderzoek over de procesduur op te zetten dat – zonder het probleem te herleiden tot een schuldvraag – enige opheldering zou kunnen brengen over de oorzaken van de achterstand bij het gerecht.

De analyse heeft uitsluitend betrekking op de Rechtbank van Koophandel te Brussel. De opgemaakte tabellen zijn het resultaat van een zeer tijdrovend onderzoek, dat niet tot zijn goede einde had kunnen komen zonder de inzet van heel wat mensen⁴.

Al hebben de gegevens slechts betrekking op één rechtbank, toch kan de publikatie ervan reeds de noodzaak aantonen van het systematisch verzamelen en verwerken van gedifferentieerde data over het verloop van de gedingen, wil men, met het oog op een snelle rechtsbedeling, doeltreffende maatregelen nemen.

II. Case-studie: de Rechtbank van Koophandel te Brussel

4. Het eerste gedeelte van deze studie heeft betrekking op de achterstand in de ruime zin. Na een toelichting van de officiële cijfers wordt de reële toestand onderzocht op basis van alle zaken, ingeleid over een periode van vijf jaar. Daar de zaken waarvoor slechts korte debatten nodig zijn, behandeld worden door de inleidingskamers, en in de regel dan ook geen vertraging oplopen, geven we dit aantal berechte zaken apart weer.

In het tweede gedeelte belichten we de achterstand in de enge zin van het woord. We steunen hiervoor op een onderzoek naar het lot van alle zaken die werden ingeleid in 1985, 1986, 1987, 1988 en 1989 en dit per 11 mei 1990.

Nadien volgt een analyse van het procesverloop van de door de pleitkamers berechte zaken. Hier baseren we ons op de vonnissen die in 1987, 1988 en 1989 door deze pleitkamers werden uitgesproken.

Opdat de lezer zich een beeld kan vormen van de talrijke vragen tot verdaging van opgeroepen zaken en van de enorme weerslag die deze hebben op de werking van het gerecht, wordt hij ten slotte uitgenodigd zowat 3500 zittingen bij te wonen.

A. De gerechtelijke achterstand in ruime zin

1° De officiële versie

5. Volgens de officiële statistieken voor de Rechtbank van Koophandel te Brussel, ziet de toestand er als volgt uit.

TABEL 1. Achterstand bij de Rechtbank van Koophandel te Brussel – De officiële versie

	1985	1986	1987	1988	1989
hangende zaken alg. rol op 1 januari	14.900	17.200	18.801	20.300	22.580
nieuwe zaken	14.122	14.006	14.966	15.373	16.238
TOTAAL A	29.022	31.206	33.767	35.673	38.818
berechte zaken op 11 mei 1990 ⁽⁵⁾					
TOTAAL B	11.822	12.405	13.467	13.093	13.618
nog niet berechte zaken op 11 mei 1990					
TOTAAL (A-B)	17.200	18.801	20.300	22.580	25.200

³ Zie hierover KRINGS, L., procureur-generaal bij het Hof van Cassatie, *Toestand van de gerechtelijke achterstand in België*, verslag bij het colloquium «Achterstand bij het gerecht» dat het Parlement in samenwerking met de Regering hield op 26 mei 1989, blz. 2-3 en LANGERWERF, E., F., VAN LOON en J., VAN HOUTTE, (Betere) Gerechtelijke statistieken en (efficiënter) beheer van de rechtbank, Kluwer, Antwerpen, 1986, blz. 4-6.

⁴ Wij danken de heer G. Bogaerts, voorzitter van de Rechtbank van Koophandel te Brussel, voor zijn daadwerkelijke belangstelling voor de studie, de heer Delens, voorzitter van de rechters in handelszaken, en zijn collega's voor hun medewerking bij het verzamelen van cijfers, alsmede de leden van de griffie, in het bijzonder de heer Hanssens, hoofdgriffier, en de heer Schruers, griffier, voor het verwerken van de gegevens in tabellen.

⁵ De categorie «berechte zaken» omvat ook alle schrappingen en intrekkingen

TABEL 2. *Reële toestand op 11 mei 1990*
Procesafwikkeling van zaken ingeleid tussen 1
januari 1985 en 31 december 1989

	1985	1988	1989
algemene rol = A	12.215	12798	14.198
berechte zaken:			
- vonnis inl. kamer	6.120	7.122	7.298
- vonnis pleitkamer			
eindvonnis	2.057	1.585	513
tussenvonnis	219	157	236
berechte zaken			
TOTAAL B	8.396	8.864	8.047
niet berechte zaken op			
11 mei 1990			
TOTAAL (A-B)	3.819	3.934	6.151

Ten opzichte van 1985 zou het aantal te berechten zaken per 31 december 1989 – officieel ook gelijkgesteld met de achterstand – met 40% toegenomen zijn. Het aantal ingeleide en berechte zaken ging daarentegen slechts met 15% omhoog.

Een analyse van de wijze waarop het totaal B tot stand komt, heeft evenwel aangetoond dat dit cijfer geenszins overeenstemt met het aantal eindvonnissen. Er wordt immers geen rekening gehouden met die gevallen waarin zaken met verschillende rolnummers samen berecht worden ⁶. Het reële aantal niet berechte zaken ligt dus lager dan het verschil tussen de totalen A en B weergeeft. Aangezien dit verschil telkens naar het volgende kalenderjaar wordt overgeheveld, zal de kloof tussen de officiële cijfers en de werkelijke toestand steeds toenemen.

2° Reële toestand per 11 mei 1990

4. Een rechtzetting en/of aanvulling van de bestaande officiële cijfers bleek slechts mogelijk door dataverzameling in de rechtbank zelf. Dankzij de medewerking van het personeel van de Rechtbank van Koophandel te Brussel verkregen we zeer gedifferentieerde gegevens omtrent alle zaken die in de jaren 1985, 1988 en 1989 werden ingeleid, en dit per 11 mei 1990. Aangezien deze nauwkeurige registratie een omvangrijk werk is, werden er voor de jaren 1986 en 1987 geen exacte cijfers opgezocht. Daar waar deze toch

voorkomen in tabellen of berekeningen, gaat het om louter interpolaties.

Tabel 2 geeft het aantal van deze zaken weer waarvoor op 11 mei 1990 uitspraak was gedaan – bij eindvonnis of bij tussenvonnis – door een inleidingskamer of een pleitkamer.

De som van deze totalen geeft de achterstand weer die de rechtbank per 11 mei 1990 had opgelopen in de zaken ingeleid tussen 1 januari 1985 en 31 december 1989, namelijk 21.656 zaken ⁷.

Teneinde elk misverstand bij de ontleding van deze tabel te voorkomen, willen we er de nadruk op leggen dat het aantal berechte zaken hier niet gelijkstaat met het aantal in het betrokken jaar uitgesproken vonnissen, maar wel met het aantal zaken ingeleid in het betrokken jaar waarover uitspraak werd gedaan vóór 11 mei 1990.

Opvallend is vooral het gegeven dat de verhouding tussen ingeleide zaken en berechte zaken constant blijft voor gedingen die twee jaar of langer aanslepen. Het aantal hangende zaken per 11 mei 1990 bedroeg ongeveer 30%, zowel voor de zaken ingeleid in 1988 als voor de zaken ingeleid in 1985, drie jaar eerder dus. De cijfers voor 1989 tonen aan dat het aantal recente zaken berecht door pleitkamers zeer gering is.

3° Rechtszaken zonder vertraging: over de activiteit van de inleidingskamers

7. Uit tabel 2 kan men reeds afleiden dat meer dan de helft van de zaken behandeld wordt op de inleidende zitting, of op een latere zitting van de inleidingskamer, en derhalve geen vertraging oploopt.

De onderstaande tabel bevestigt die veronderstelling, althans met betrekking tot de zaken ingeschreven op de Nederlandstalige rol van de Rechtbank van Koophandel te Brussel.

Uit tabel 3 blijkt ook dat het «rendement» van de inleidingskamer met 45% is gestegen over een periode van zes jaar. Dit kan echter verklaard worden door het groeiende aantal verstekvonnissen.

TABEL 3. *Zaken behandeld in korte debatten voor de Nederlandstalige inleidingskamer*

	1985	1986	1987	1988	1989	1990
ingeleide zaken A	4.493	4.576	4.603	5.064	5.320	6.089
vonnissen						
- verstek	1.871	1.991	2.031	2.119	2.261	2.678
- tegenspr.	773	801	925	948	1.054	1.176
TOTAAL B	2.644	2.792	2.956	3.067	3.315	3.854
naar andere kamers						
A-B	1.849	1.784	1.647	1.997	2.005	2.235

⁶ Eisen tot tussenkomst krijgen vaak een afzonderlijk rolnummer hoewel ze aan de hoofdeis worden toegevoegd. Bij voeging wegens samenhang krijgt men ook één beslissing over meerdere rechtszaken.

⁷ Voor de jaren 1986 en 1987 maakten we gebruik van interpolaties, namelijk, 1986: 3857 te berechten zaken; 1987: 3895 te berechten zaken.

TABEL 4. Aantal zaken met rechtsdagbepaling op 11 mei 1990

	1980	1985	1986 ⁽⁸⁾	1987	1988	1989
zonder rechtsdagbep.	3.219	3.791	3.737	3.683	3.630	5.327
met rechtsdagbep.	0	28	120	212	304	824
TOTAAL	3.219	3.819	3.857	3.895	3.934	6.151

C. De gerechtelijke achterstand in de enge zin van het woord

8. Aangezien de gerechtelijke achterstand blijkbaar tot stand komt door zaken die niet voor de inleidingskamers worden behandeld, dit is op de inleidende of op een latere zitting van de inleidingskamer, hebben wij onze aandacht gevestigd op de procesduur van die zaken die naar de rol verwezen worden met het oog op een latere vaststelling voor de pleitkamers.

1° Het aantal zaken in staat van wijzen

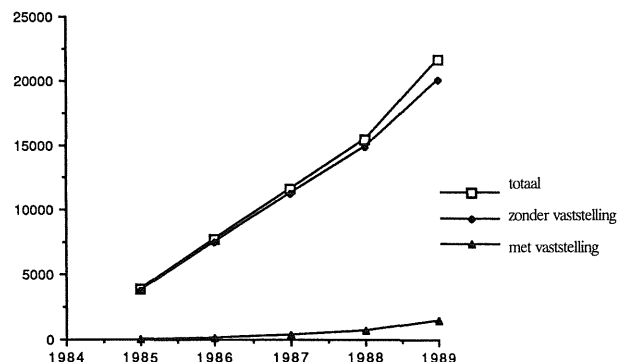
9. De vraag naar de reële omvang van de gerechtelijke achterstand in enge zin bracht ons bij het aantal zaken dat in staat van wijzen zou zijn. Een opsplitsing tussen de zaken mét rechtsdagbepaling en die zonder rechtsdagbepaling op 11 mei 1990 leverde het volgende resultaat op (tabel 4).

10. Een andere benadering van het probleem van de achterstand in enge zin vinden we in de analyse van de procesduur.

Voor een juiste interpretatie van de gerechtelijke achterstand is de vaststelling van de rechtsdag een belangrijke factor. Het aantal nog niet afgehandelde zaken waarvoor reeds een rechtsdag werd vastgesteld op 11 mei 1990, geeft de achterstand bij het gerecht in de enge zin van het woord weer. Alleen voor die zaken rijst immers de vraag of het gerecht binnen een redelijke termijn uitspraak doet.

De cijfers uit tabel 4 wijzen uit dat slechts 1.488 van alle niet afgehandelde zaken ingeleid tussen 1 januari 1985 en 31 december 1989, d.i. 7% van 21.656 zaken, in staat van wijzen waren op 11 mei 1990. Daarbij komt nog het feit dat het aantal zaken met rechtsdagbepaling veel geringer is voor gedingen die al jaren aanslepen. Het is echter niet mogelijk

FIGUUR 1. Verloop van de gerechtelijke achterstand bij de RvK te Brussel – Totale en uitgesplitste situatie



2° Tijdsanalyse voor de pleitkamers

⁸ Voor de jaren 1986 en 1987 gaat het ook hier om interpolaties.

het exacte aantal te bepalen van de zaken die niet meer behandeld zullen worden omdat ze vermoedelijk tussen partijen in der minne zijn geregeld.

Ter afronding geven we nog een grafisch overzicht van de gerechtelijke achterstand (figuur 1).

De volgende tabellen hebben betrekking op de procesduur van de zaken waarover een beslissing werd uitgesproken in 1987, 1988 of 1989, ongeacht de datum van de inleiding.

Globaal kan men stellen dat de procesduur uiteenvalt in drie grote delen. Allereerst is er de termijn die verstrijkt tussen de inleidingszitting en de zitting waarop de zaak door de pleitkamer in beraad is genomen (tabel 5). Een tweede periode beslaat de wachttijd, dit is de tijd die verloopt tussen de aanvraag tot vaststelling en de rechtsdag (tabel 6). Ten slotte werd de gemiddelde duur van het beraad vastgesteld, rekening houdend met de datum van indiening van het ontwerp van vonnis en met de datum van uitspraak (tabel 7).

De onderstaande tabellen geven deze termijnen overzichtelijk weer.

TABEL 5. De procesduur – van inleidingszitting tot beraad – een gemiddelde voor 1987-1988-1989
Cijfers voor de pleitkamers

verstreken termijn tussen inleidingszitting en beraad	gemiddeld aantal zaken
- 1 jaar	5 %
1 tot 2 jaar	33 %
2 tot 3 jaar	34 %
3 tot 4 jaar	14 %
+ 4 jaar	15 %

TABEL 6. Gemiddelde termijn die verstrijkt tussen de aanvraag tot vaststelling en de rechtsdag⁹ in 1989-1990

	verstreken termijn
Franstalige pleitkamers	8 maanden
Nederlandstalige pleitkamers	8,5 maanden
Gemiddeld	8,2 maanden

TABEL 7. Duur van het beraad
Een gemiddelde voor 1987-1988-1989

	ontwerp van vonnis	uitgesproken vonnis
- 1 maand	83 %	65 %
1 tot 2 maanden	15 %	22 %
2 tot 3 maanden	1,4 %	9 %
meer dan 3 maanden	0,6 %	4 %

⁹ We hebben hier, aan de hand van een steekproef, een gemiddelde berekend van de wachttijd voor de Franstalige en Nederlandstalige pleitkamers.

Uit de voorgaande tabellen kan men gemakkelijk de tijdsanalyse aflezen. Volgens procureur-generaal Krings kan men spreken van een achterstand te wijten aan het gerecht, wanneer de termijn waarbinnen een zaak kan worden opgeroepen — na aanvraag van een rechtsdag — meer dan vier maanden bedraagt. Als we die definitie aanhouden, moeten we spreken van een achterstand van vier maanden.

Indien we hier echter de cijfers uit tabel 5 naast leggen, dan stellen we vast dat de verstreken termijn tussen de inleidende zitting en de vraag naar een rechtsdag voor een pleitkamer de duur van de wachttijd sterk overtreft. Anderzijds blijkt dat slechts een zeer klein percentage van de behandelde zaken langer dan drie maanden in beraad wordt gehouden. Waar het de werking van het gerecht betreft, kunnen we dus niet spreken van een zorgwekkende achterstand.

3° De kloof tussen het aantal zaken dat in staat van wijzen is en het aantal zaken met rechtsdagbepaling: een blik op het verloop van de zittingen.

11. Om het beeld van de procesduur en de gerechtelijke achterstand te vervolledigen, moet ook enige aandacht besteed worden aan het niet onaanzienlijke aantal rechtszaken waarvoor wel een rechtsdag is aangevraagd, maar die niet op de vastgestelde dag in beraad worden genomen.

De onderstaande tabel geeft de cijfers weer voor de periode 1987-1988-1989.

TABEL 8. *Overzicht van het aantal vastgestelde en het aantal gepleite zaken*

	1987	1988	1989	1990
aantal zittingen	844	877	871	909
vastgestelde zaken	4.485	5.695	5.342	5.295
gepleite ⁽¹⁰⁾ zaken	2.471	3.137	2.991	2.966
vastgesteld per zitting	5,3	6,5	6,1	5,8
gepleit per zitting	2,9	3,6	3,4	3,2
% gepleite zaken	55%	55%	56%	56%
% uitgestelde zaken	45%	45%	44%	44%

We merken op dat het aantal verdaagde zaken zeer hoog ligt. Met betrekking tot 1990 werden de volgende uitgesplitste gegevens verzameld.

TABEL 9. *Vastgestelde zaken — Redenen van verdaging*

in voortzetting	212
uitgesteld op vaste datum op verzoek der partijen	856
naar de rol verwezen op verzoek der partijen	768
ambtshalve naar de rol verwezen (partijen dagen niet op)	369
ambtshalve uitgesteld wegens overbelasting van de zitting	80
verhoor der partijen	43

Het aantal zaken dat op verzoek der partijen of wegens het niet verschijnen van de conflicterenden verdaagd wordt, bedraagt ongeveer 38% van de opgeroepen zaken.

Het hoeft geen betoog dat het bestrijden van deze praktijk een aanzienlijke verkorting van de wachttijd tot gevolg kan hebben, alsmede een verlichting van het werk van de griffie ¹¹.

III. Bij wijze van conclusie

12. Het ontwerp van wet tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek inzake de inleiding en de behandeling van de vorderingen in eerste aanleg en in hoger beroep bevat een reeks maatregelen die tot doel hebben de achterstand bij het gerecht te bestrijden. In het kader van deze studie worden de voorgestelde wetswijzigingen niet nader ontleed.

Alleen kan de vraag gesteld worden of de voorgestelde en ingrijpende hervorming niet enigszins voorbarig is gelet op de ontstentenis van precieze en gediversifieerde gegevens over de omvang en de oorzaken van wat men, terecht of ten onrechte, de achterstand bij het gerecht noemt. De invloed van de voorgenomen maatregelen op deze achterstand zal in elk geval niet kunnen worden gemeten indien er geen eenvoudige en nauwkeurige registratie van het procesverloop plaatsvindt. Het uitbouwen van zulk een uitgebreid databestand wordt slechts mogelijk als de administratie van de rechtbanken op een degelijke manier wordt geïnformatiseerd.

Voorlopig blijft het nog wachten op de resultaten van de eerste stappen in deze richting.

Christine SCHURMANS
Rechter

Els DELANOEIJE en
Francis VAN LOON

Centrum voor Rechtssociologie
UFSLA

¹⁰ Gepleite zaken, inclusief doorhalingen en afstand van geding.

¹¹ Hier moeten wij aan toevoegen dat in de Rechtbank van Koophandel te Brussel voor elke zitting zaken worden vastgesteld ten belope van vier uren pleidooi. Men doet dit, gelet op het grote aantal verdaagde zaken, om blanco zittingen te vermijden.

RECHTSpraak

ARBITRAGEHOF

28 MEI 1991

Voorzitter : mevr. Petry

Rapporteurs : de hh. François en Boel

Advocaten : mrs. Verdussen loco Lambert en Legros

Radio en televisie – Recht van antwoord – Bevoegdheid van de Staat

De regels die door of krachtens de Grondwet zijn vastgesteld voor het bepalen van de onderscheiden bevoegdheid van de Staat, de Gemeenschappen en de Gewesten, worden niet geschonden door de artt. 7 tot 14, 16 en 18, alsmede 17 van de wet van 23 juni 1961 betreffende het recht van antwoord, in zoverre ze betrekking hebben op het recht van antwoord in de audiovisuele middelen.

C. t/ R.T.B.F.
Arrest nr. 14/91

I. Onderwerp

Bij vonnis van 12 januari 1990 heeft de vierde kamer van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel, in een zaak tussen de heer Herman C. en de «Radio-Télévision belge de la Communauté française» (afgekort R.T.B.F.), een beslissing gewezen waarmee ze de uitspraak opschort tot het Arbitragehof op de volgende prejudiciële vraag zal hebben geantwoord : «Schenden de artikelen 7 tot 14 en, in zoverre zij betrekking hebben op het recht tot antwoord in de audiovisuele middelen, de artikelen 16 tot 18 van de wet van 23 juni 1961 betreffende het recht tot antwoord, zoals ze in die wet zijn ingevoegd door de wet van 4 maart 1977, de regels die door of krachtens de Grondwet zijn vastgesteld voor het bepalen van de onderscheiden bevoegdheid van de Staat, de Gemeenschappen en de Gewesten?»

II. De feiten en de voorafgaande rechtspleging

Tijdens een televisienieuws op 31 januari 1987, verspreidde de R.T.B.F. een tekst in bewoordingen die de heer C. als lasterlijk voor hem beschouwde ; hij zond naar het instituut een recht van antwoord dat zonder gevolg bleef ; vervolgens vroeg hij aan de feitenrechter de vergoeding van de schade die hem zou zijn berokkend zowel door de verspreiding en de herhaling van die woorden als door de weigering om het recht van antwoord te publiceren ; hij vroeg ook de publicatie in de pers en de lezing over de radio van het te wijzen vonnis.

Ten aanzien van het recht van antwoord baseert de verzoeker zich op de schending, door de R.T.B.F., van de wet van 4 maart 1977 betreffende het recht tot antwoord in de audiovisuele middelen (wet tot aanvulling van de wet van 23 juni 1961 betreffende het recht tot antwoord), met name artikel 7, eerste lid. Door die wet aan te nemen heeft de wetgever, volgens de R.T.B.F., de regels geschonden die door of krachtens de Grondwet zijn vastgesteld voor het bepalen

van de onderscheiden bevoegdheid van de Staat, de Gemeenschappen en de Gewesten, inzonderheid artikel 2, eerste lid, 6°, van de wet van 21 juli 1971 betreffende de bevoegdheid en de werking van de cultuurraden die in 1977 van «de radio-omroep en de televisie, het uitzenden van mededelingen van de nationale Regering en van handelspubliciteit uitgezonderd», een culturele aangelegenheid maakte. Thans rangschikt de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen, gewijzigd op 8 augustus 1988, bij de culturele aangelegenheden nog «de radio-omroep en de televisie, het uitzenden van mededelingen van de nationale Regering uitgezonderd».

De R.T.B.F. baseert zich op die bepalingen om de nationale wetgever de bevoegdheid te ontzeggen het recht van antwoord in de audiovisuele middelen te regelen en verzoekt daarom de feitenrechter de voormelde prejudiciële vraag te stellen.

...

IV. In rechte

...

Ten aanzien van de bevoegdheid van het Hof

B.2. Naar luid van artikel 59bis, § 2, van de Grondwet, regelen de Gemeenschapsraden, ieder wat hem betreft, bij decreet de culturele aangelegenheden. Artikel 59ter van de Grondwet bepaalt hetzelfde voor de Raad van de Duitstalige Gemeenschap.

De materie «radio-omroep en televisie» is reeds bij de wet van 21 juli 1971 aan de Gemeenschappen – toen nog «Cultuurgemeenschappen» – overgedragen. Bij het aannemen van de bestreden wet op 4 maart 1977 diende de wetgever die bevoegdheidsverdelende regel in acht te nemen. Het Hof is dus bevoegd om zich uit te spreken op basis van artikel 26, § 1, 1°, van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof.

Ten aanzien van het recht op antwoord

B.3.1. De radio-omroep en de televisie werden, behoudens twee uitzonderingen, door de wet van 21 juli 1971 bij de culturele aangelegenheden gerangschikt.

Net als de wet van 21 juli 1971 geeft de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen, als gewijzigd door de bijzondere wet van 8 augustus 1988, in haar artikel 4 een opsomming van de culturele aangelegenheden die in artikel 59bis van de Grondwet worden bedoeld en zij vermeldt daarbij in 6° «de radio-omroep en televisie, het uitzenden van mededelingen van de nationale regering uitgezonderd».

Artikel 4, § 1, van de wet van 31 december 1983 tot hervorming der instellingen bepaalt van zijn kant : «De culturele aangelegenheden bedoeld in artikel 59ter, § 2, 1°, van de Grondwet zijn die vermeld in artikel 4 van de bijzondere wet.»

B.3.2. Het recht van antwoord is een rechtsinstituut ter bescherming van de persoon dat een noodzakelijk gevolg is van de persvrijheid en de vrije meningsuiting. Het is de aan iedere natuurlijke persoon of rechtspersoon verleende be-

voegdheid om te reageren tegen aantastingen van zijn eer en zijn goede naam door enig medium, alsmede om over hem verspreide onthullingen recht te zetten. De normen die de uitoefening van dat recht moeten waarborgen hebben een eigen doelstelling die niet verschilt naargelang het om een geluidsmedium, een visueel of een geschreven medium gaat. De wetgever heeft weliswaar regels uitgevaardigd die naar gelang van het medium verschillen, doch enkel om de middelen die voor de verwezenlijking van zulk een doelstelling noodzakelijk zijn, aan de bijzondere kenmerken van elk medium aan te passen. Dat de bijzondere wetgever de bevoegdheid inzake het recht van antwoord aan de Gemeenschappen heeft willen toewijzen, kan niet worden afgeleid uit het feit dat artikel 4, 6°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen bepaalt dat de radio-omroep en de televisie een bij artikel 59bis, § 2, 1°, van de Grondwet bedoelde culturele aangelegenheid zijn.

B.3.3. De bevoegdheid van de Gemeenschappen inzake radio-omroep en televisie vereist dat de nationale wetgever, wanneer hij het recht op antwoord met betrekking tot die media regelt, zich beperkt tot de regels die noodzakelijk zijn om dit recht te waarborgen. Hij dient er meer bepaald over te waken dat hij de uitoefening van die bevoegdheid niet onmogelijk of buitengewoon moeilijk maakt.

B.4. De betrokken bepalingen van hoofdstuk II van de wet van 23 juni 1961 voldoen aan alle voorwaarden bepaald onder B.3.3.

Die bepalingen hebben immers enkel betrekking op de inhoud en de uitoefeningsvoorwaarden van het recht op antwoord (artikelen 7, partim, 8, 9, 10 en 14), de vaststelling van de personen die gerechtigd zijn er zich op te beroepen (artikel 7, partim), op de modaliteiten van de uitoefening ervan (artikel 11), het beroep op de rechter met het oog op de handhaving van dat recht (artikel 12) en op de verplichting om een opname te bewaren tot na afloop van het geschil (artikel 13). Geen van die bepalingen maakt de uitoefening van de bevoegdheid van de Gemeenschappen inzake radio-omroep en televisie onmogelijk, of buitengewoon moeilijk.

B.5. Wat de bepalingen van hoofdstuk III van de wet van 23 juni 1961 aangaat, betreft de prejudiciële vraag de artikelen 16 tot 18 enkel in zover zij betrekking hebben op het recht van antwoord in de audiovisuele middelen als geregeld in hoofdstuk II. Die bepalingen regelen de vorm van de vervolging (artikel 16), de verjaring van de strafvordering en de burgerlijke vordering (artikel 17) en de werkingsmodaliteiten van de hoven en rechtbanken die uitspraak moeten doen over vorderingen ingesteld overeenkomstig de betrokken wet (artikel 18).

De artikelen 16 en 18 betreffen aangelegenheden die tot de bevoegdheid van de nationale wetgever behoren. Artikel 17 heeft betrekking op de verjaring van de vorderingen betreffende misdrijven die door de nationale wetgever konden worden ingesteld en behoort derhalve eveneens tot diens bevoegdheid.

NOOT – Zie elders in dit nummer het artikel van Patrick Peeters, "De bevoegdheidsverdeling en het recht van antwoord".

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER – 5 JUNI 1990

Voorzitter: de h. Boon

Raadsheer-rapporteur: de h. Holsters

Openbaar ministerie: de h. D'Hoore

Advocaat: mr. De Gryse

Stedebouw – 1. Herstel in de vorige staat – 2. Bouwwerk

1. *Ondanks het burgerlijk karakter van het herstel van de plaats in de vorige staat, moet de strafrechter de vordering van de gemachtigde ambtenaar in voorkomend geval toewijzen «naast de straf die hij oplegt». Zijn beslissing waarbij hij, op die vordering, het herstel van de plaats in de vorige staat beveelt, is verbonden met de strafvordering, aangezien de opzet van de wetgever was het algemeen belang van de gemeenschap, nl. een goede ruimtelijke ordening te beschermen. De wet vereist in zodanig geval dat de rechter, naast de strafrechtelijke veroordeling, de burgerlijke maatregel van herstel van de plaats in de vorige staat beveelt.*

2. *Door vast te stellen dat een marktwagen wegens de aard en het gebruik ervan als niet verplaatsbaar moet worden beschouwd en door eigen gewicht, middels de geblokte wielen, op de grond steun vindt ten behoeve van de stabiliteit, in de zin van art. 44, § 1, 1°, van de Stedebouwwet, verantwoordt de strafrechter de toepassing van de strafwet naar recht.*

Van der A. e.a. t/ Gemeente Brasschaat

Gelet op het bestreden arrest, op 8 juni 1989 door het Hof van Beroep te Antwerpen gewezen;

I. In zoverre de voorzieningen gericht zijn tegen de beslissingen op de door het openbaar ministerie tegen de eisers ingestelde rechtsvorderingen:

Over het eerste middel: schending van de artikelen 7 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, goedgekeurd bij wet van 13 mei 1955, 9 van de Grondwet, 64 en 65 van de wet van 29 maart 1962 inzake stedebouw, en miskenning van het algemeen rechtsbeginsel houdend het legaliteitsbeginsel,

doordat het arrest, met bevestiging van het beroepen vonnis, de aan de eisers ten laste gelegde feiten bewezen verklaart en de eisers op strafgebied elk veroordeelt tot een geldboete van 100 frank, gebracht op 6.000 frank, en de afbraak en het herstel in de vorige staat beveelt binnen een termijn van een jaar,

terwijl overeenkomstig artikel 7 E.V.R.M., en artikel 9 van de Grondwet, houdend het legaliteitsbeginsel, geen misdrijf kan worden bestraft met een straf die niet was bepaald door de wet op het ogenblik van het misdrijf; de herstelmaatregelen bepaald in artikel 65 van de wet van 29 maart 1962 inzake stedebouw, en in het bijzonder het bevel tot afbraak en herstel van de plaats in de vorige toestand, een maatregel is van burgerrechtelijke aard die op burgerlijk gebied kan worden opgelegd op vordering van de administratieve overheid of van een burgerlijke partij; deze maatregel niet ambtshalve door de rechter kan worden uitgesproken en niet als straf aan de dader van een overtreding van de wet op de stedebouw kan worden opgelegd; het arrest derhalve, door de eisers op strafgebied te veroordelen tot afbraak en

herstel van de plaats in de vorige toestand, de in het middel vermelde wetsbepalingen schendt en het legaliteitsbeginsel miskent :

Overwegende dat uit de stukken waarop het Hof vermag acht te slaan, blijkt dat het herstel van de plaats in de vorige staat gevraagd werd door «de gemachtigde ambtenaar» en door de verweerster, de gemeente Brasschaat, als burgerlijke partij ;

Overwegende dat, ondanks het burgerlijk karakter van zodanige maatregel, de strafrechter de vordering van de gemachtigde ambtenaar in voorkomend geval moet toewijzen «naast de straf die hij oplegt» en dat zijn beslissing waarbij hij, op die vordering, het herstel van de plaats in de vorige staat beveelt, verbonden is met de strafvordering, aangezien de opzet van de wetgever was het algemeen belang van de gemeenschap, namelijk een goede ruimtelijke ordening, te beschermen ; dat de wet in zodanig geval vereist dat de rechter, naast de strafrechtelijke veroordeling, de burgerlijke maatregel van herstel van de plaats in de vorige staat beveelt ;

Dat het middel faalt naar recht ;

Over het tweede middel : schending van de artikelen 97 van de Grondwet, 44, § 1, 1°, 44, § 1, 6°, 64 van de wet van 29 maart 1962 inzake stedenbouw, 1319, 1320, 1321 en 1322 van het Burgerlijk Wetboek,

doordat het arrest de aan de eisers ten laste gelegde feiten bewezen verklaart en eiser hiervoor op strafrechtelijk gebied veroordeelt tot een geldboete en op burgerlijk gebied tot herstel van de plaats in de vorige toestand, op grond : (...) *terwyl, (...)*

tweede onderdeel, in zoverre gesteund wordt op de bepaling van artikel 44, § 1, 1°, van de wet van 29 maart 1962, en beslist wordt dat de litigieuze inrichting op de grond steun vindt ten behoeve van de stabiliteit, het arrest steunt op de overwegingen dat de inrichting «op de grond rust», dat zij «inderdaad niet in de grond is verankerd of niet aan de bodem is vastgehecht, maar dat zij op vier wielen rust die op hun beurt door houten scheggen of keilen worden geblokkeerd», en dat «door eigen gewicht (middels de wielen van de marktwagen) (steun) kan worden verkregen»; het arrest vaststelt dat het gaat om een marktwagen op vier wielen waaraan een wagensstel kan worden gekoppeld, en dat de constructie kan worden verplaatst ; uit de enkele overweging dat de marktwagen rust op vier wielen die geblokkeerd worden door houten scheggen, niet kan worden afgeleid dat het gaat om een constructie die in de zin van artikel 44, § 1, 1° op de grond steun vindt ten behoeve van de stabiliteit ; het arrest derhalve, door op grond van de vaststelling dat de marktwagen rust op vier wielen die door houten scheggen geblokkeerd worden, te beslissen dat het gaat om een inrichting die op de grond steun vindt ten behoeve van de stabiliteit, de artikelen 44, § 1, 1°, en 64 van de wet van 29 maart 1962 schendt ;

...

Wat het tweede onderdeel betreft :

Overwegende dat de appelrechters op grond van hun onaanastbare feitelijke vaststellingen hun beslissing dat de kwestieuze marktwagen wegens de aard en het gebruik ervan als niet verplaatsbaar moet worden beschouwd en door

eigen gewicht, middels de geblokkeerde wielen, op de grond steun vindt ten behoeve van de stabiliteit, in de zin van artikel 44, § 1, 1, van de Stedenbouwwet, naar recht verantwoorden ;

...

NOOT – *Over gebouwen, bouwwerken en vaste inrichtingen : de toepasselijkheid van art. 44, § 1, 1° en 6°, Stedenbouwwet*

1. Dit arrest bevestigt een eerder gepubliceerd arrest van het Hof van Beroep te Antwerpen (*R.W.*, 1989-90, 197). Opnieuw wordt hier de brede casuïstiek omtrent begrippen als «bouwwerken», «bouwen», «vaste inrichtingen» aangevuld. Art. 44, § 1, Stedenbouwwet maakt in de eerste plaats het «... bouwen, een grond gebruiken voor het plaatsen van één of meer vaste inrichtingen...» vergunningsplichtig. Wat «bouwen» betekent, staat jammer genoeg niet in de sterren geschreven. De juridische draagwijdte van dit begrip vergt derhalve een voortdurende casuïstische verduidelijking. De noodzaak daartoe is navenant. Niet alleen zijn de bouwtechnieken voortdurend in ontwikkeling. Burgers en bouwmaatschappijen zijn bovendien zeer vindingrijk in het zoeken naar mogelijkheden om aan de vergunningsplicht te ontsnappen. Het bespaart hun niet alleen de administratieve rompslomp. Aan gronden die in plannen van aanleg niet als bouwgronden zijn bestemd of waarvoor sterke beperkingen voor het bouwen gelden, kan via cryptobouwwerken een hogere meerwaarde gegeven worden. De voortdurende uitbreiding en verfijning van jurisprudentiële begrippen zoals «bouwen» en «bouwwerken» zijn te situeren in deze dialectiek tussen rechtsprekende en administratieve organen enerzijds en de naar «ontsnappingsroutes» zoekende bouwlustigen anderzijds. Bovenstaand arrest betreft dus allerm minst academische «spielerei».

Om de context van deze casus omtrent de marktwagen te verduidelijken schetsen we kort de ontwikkeling van de juridische betekenis van «bouwen» en «bouwwerken».

2. Het verhaal begint uiteraard in het civiel recht, meer bepaald bij de interpretatie van het begrip «gebouw» in art. 518 B.W. omtrent de onroerende goederen. De klassieke leer hieromtrent vereiste dat de fundamentelementen in de grond zitten (zie Kluyskens, *Zakenrecht*, nr. 7). In 1904 werd een «pavillon sur pilotis» als een roerende zaak, dus niet als een werkelijk «gebouw» beschouwd (Gent, 28 juli 1904, *Pas.*, 1905, II, 301). Ook het civielrechtelijk begrip «gebouw» onderging evenwel een ontwikkeling. De Page en Dekkers verstaan onder bouwwerk «tout ouvrage d'art fixé au sol, de telle sorte qu'il ne puisse être déplacé ou retiré sans détérioration» (De Page, H. en Dekkers, R., *Traité élémentaire de droit civil belge*, V, nr. 640). Het incorporatievereiste met de grond werd derhalve versoepeld. Funderingen in de grond zijn niet meer noodzakelijk. Voldoende is dat het bouwwerk dermate aan de grond vastzit dat het niet zonder schade kan worden verplaatst.

3. Door de invoering van de stedenbouwwetgeving werd de rechtspraak echter gedwongen niet alleen het begrip «gebouw» als onroerend goed te omschrijven, maar ook het begrip «bouwen», zijnde de activiteit die aan een bouwvergunning onderworpen was. Bovendien het civielrechtelijk begrip «gebouw» heeft zich derhalve een publiekrechtelijk begrip

«bouwen» ontwikkeld. Gelet op de verschillende context van beide begrippen is het aangeraden beide niet te verwarren.

Sinds W.O. II, meer bepaald sinds het regentsbesluit van 2 december 1946, waarin het begrip «bouwen» voorkwam (art. 18), heeft de rechtspraak geleidelijk criteria ontwikkeld omtrent de bouwactiviteit zelf, ten einde de vergunningsplicht nader te bepalen. Hierbij werd het incorporatievereiste met de grond nog meer versoepeld. Een belangrijke stap werd gezet in het cassatiearrest van 15 december 1958, waarbij werd beslist dat bouwen is «de handeling een gebouw of enig werk op te trekken dat in de grond vastgemaakt is of dat op enigerlei wijze aan de grond kleeft» (Cass., 15 december 1958, *Pas.*, 1959, I, 389). Het betrof hier een houten zomerhuisje dat zonder enige fundering rustte op een omranding van op elkaar geplaatste stenen. Dat dergelijke niet-klassieke bouwwerken ook onder het publiekrechtelijk begrip «bouwen» vielen, werd nog eens duidelijk gemaakt in de formule van het arrest van Brussel van 21 november 1962, waarbij als een bouwwerk wordt beschouwd «... het opgericht gebouw... dat door eigen gewicht aan de grond gehecht staat en er mede verbonden is, spijs de afwezigheid van de aangebrachte ondergrondse onderstellen» (Brussel, 21 november 1962, *R.W.*, 1962-63, 1349). Volgens deze formule is het dus voldoende dat de constructie door eigen gewicht stabiel is en ter plaatse kan blijven staan. A contrario besliste het Hof van Beroep te Brussel dat een voor nertsenkeukerij bestemd hok geen bouwwerk is omdat het gemakkelijk door twee personen kan worden verplaatst en aldus niet vast aan de grond gehecht is door zijn eigen gewicht (Brussel, 13 november 1965, *R.W.*, 1966-67, 736).

Deze versoepeling van het incorporatievereiste hield tevens in dat «bouwwerken» niet noodzakelijk een onroerend karakter in de zin van art. 518 B.W. dienden te bezitten. Zo besliste het Hof van Beroep te Brussel dat bouwwerken o.m. zijn «elke vervaardiging die tegen de bodem onbeweeglijk aandrukt al ware er ook geen bestendigheid aan verbonden» en «(dat) er geen aanleiding is tot onderscheid tussen onroerende constructies en niet roerende maaksels die met min of meer gemakkelijke kunnen worden verplaatst of weggenomen» (Brussel, 15 april 1959, *De Gem.*, 1960, 569, met noot Wastiels). Hierdoor wordt het verschil tussen het civielrechtelijk begrip «gebouw» als onroerend goed en de publiekrechtelijke begrippen «bouwwerk» en «bouwen» als vergunningsplichtige handeling scherp gesteld.

3. Deze versoepeling van het incorporatievereiste roept echter een ander probleem op. Theoretisch gezien kan dan het plaatsen van elk voorwerp, dat door eigen gewicht stabiel is, hoe tijdelijk het ook zij, als een bouwwerk beschouwd worden (bv. een tent, een caravan, een woonwagen, zelfs een springpaleis). Om absurditeiten te vermijden werd door de rechtspraak een bijkomend criterium ontwikkeld, nl. de bestemming van het goed om ter plaatse te blijven staan. Let wel dat dit criterium niets uitstaande heeft met de technische kenmerken van het goed of van de gebruikte materialen. Ook constructies die min of meer gemakkelijk kunnen worden gedemonteerd (bv. loodsen) of verplaatst (bv. een stacaravan), maar waaromtrent uit feitelijke gegevens kan worden afgeleid dat zij bestemd zijn om te blijven staan, vielen volgens de rechtspraak onder de begrippen «bouwen» en «bouwwerken» (Cass., 24 januari 1966, *Pas.*, I, 662; Luik, 16 mei 1969, *J.T.*, 1969, 407; Cass., 8 december 1970, *R.W.*, 1970-71, 1373; Cass., 24 september 1974, *Pas.*, 1975, I, 89).

Deze rechtspraak heeft blijkbaar de wijziging van art. 44, § 1, Stedebouwwet, bij wet van 22 december 1970, geïnspireerd (zie senaatsverslag, doc. 525, 9 juni 1990, pp. 23-24).

In het nieuwe artikel worden duidelijk de twee hierboven geschetste jurisprudentiële criteria, nl. steun op de grond ten behoeve van stabiliteit en bestemming om ter plaatse te blijven staan, herhaald. Om discussies over het begrip «bouwwerk» te vermijden wordt in dit artikel ook gesproken over «vaste inrichtingen, zelfs uit niet-duurzame materialen».

4. Sinds 1970 heeft de rechtspraak, hierin gesterkt door het gewijzigde art. 44, § 1, Stedebouwwet, de geschetste lijn doorgetrokken. M. Pâques citeert enkele voorbeelden uit meer recente rechtspraak (M. Pâques, noot bij Luik, 4 augustus 1989, *Aménagement*, Story Scientia, 1989/4). Zo oordeelde de rechtbank te Tongeren dat een frietkraam-caravan, steunend op de grond niet alleen door wielen maar ook door stenen en betonblokken en aangesloten op het elektriciteitsnet, als bouwwerk diende te worden beschouwd (Rb. Tongeren, 15 maart 1982, *R.W.*, 1982-83, 100). Zo oordeelde het Hof van Beroep te Luik dat houten schuilplaatsen van 10 m², die door eigen gewicht op de grond rustten, maar voor het overige gemakkelijk verplaatsbaar waren, bestemd waren om ter plaatse te blijven en derhalve vergunningsplichtig waren (Luik, 25 september 1985, *Jur.Liège*, 1986, noot F. Close).

Terecht merkt M. Pâques op dat de grenslijn zeer moeilijk te trekken valt bij voertuigen, die technisch gezien wel degelijk mobiel zijn. Of zij als vaste inrichting vergunningsplichtig zijn zal hoofdzakelijk moeten afhangen van de appreciatie van allerlei feitelijke elementen, die er al of niet op wijzen of het voertuig een bestemming heeft om te blijven staan.

Het hier besproken arrest betreft een dergelijk grensgeval. Om tot de vergunningsplicht te besluiten hebben de appelrechter en de cassatierechter zich voornamelijk gebaseerd op een negatief en een positief criterium.

Negatief in die zin dat het hof van beroep vaststelt dat de bewuste «marktwagen» niet voldoet aan de wettelijke vereisten om in het verkeer te worden gebracht (afmetingen niet conform aan K.B. 15 maart 1968, geen lichten, geen reflectoren, geen reminrichting, losgekoppelde dissels). De marktwagen is dus geen voertuig en is derhalve min of meer vast.

Positief in die zin dat het hof allerlei feitelijke gegevens vaststelt die erop wijzen dat de «marktwagen» is ingericht met het oog om er te blijven staan en de gebruikers een voortdurend onderdak te verlenen (aansluiting op het elektriciteitsnet, verwarming, ijskast, toilet, blokkering van de wielen).

Met deze beide criteria wordt gevestigde rechtspraak verder doorgetrokken en zelfs iets scherper gesteld.

We merken nog op dat in het arrest van het Hof van Beroep te Antwerpen ook melding gemaakt werd van het feit dat de marktwagen reeds vier jaar geëxploiteerd wordt. Deze vaststelling versterkt ongetwijfeld het vast karakter van de inrichting, maar langdurige plaatsing mag geenszins opgevat worden als een *conditio sine qua non* voor de vergunningsplicht. In een vroegere rechtspraak werd afgezien van het criterium van permanentie (Cass., 28 november 1955; *Pas.*, I, 295; Cass., 17 maart 1958, *Pas.*, 1958, I, 798). Dit is ook logisch. Indien permanentie een voorwaarde was

V.Z.W. P. t/ E.

voor de vergunningsplicht, zou het voldoende zijn de technisch-mobiele inrichting af en toe te verplaatsen om aan de vergunningsplicht te ontsnappen.

5. Een laatste opmerking betreft de toepasselijkheid van art. 44, § 1, 6°, Stedebouwwet op het besproken geval. Deze bepaling maakt verplaatsbare inrichtingen die voor bewoning kunnen worden gebruikt vergunningsplichtig. Kamperen op een terrein, waarvoor een kampeervergunning is verstrekt volgens de wet 30 april 1970, is uiteraard niet aan een bouwvergunning onderworpen. De toepasselijkheid van art. 44, § 1, 6°, Stedebouwwet moet in samenhang gezien worden met art. 44, § 1, 1°. Dit 1° heeft het over bouwwerken en vaste inrichtingen. Om uit te maken of een constructie hieronder valt, moeten criteria zoals de technisch-fysische inrichting en de bestemming om ter plaatse te blijven, de doorslag geven. Voor de toepasselijkheid van 6° speelt het criterium van de technisch-fysische inrichting geen enkele rol. Het kan ook om perfect verplaatsbare constructies (caravans, mobil-homes, autobussen) gaan. De criteria hier zijn eerder de permanentie («het gewoonlijk gebruiken van de grond») en de woonbaarheid. In het arrest van het Hof van Beroep te Antwerpen werden feitelijke elementen, die deze criteria bevestigen weliswaar aangehaald (sinds vier jaar exploitatie, de marktwagen kon door verplaatsing van de ijskast tot slaapgelegenheid omgevormd worden). Zoals in het tweede middel wordt aangegeven, worden de criteria voor de toepasselijkheid van art. 44, § 1, 1° en 6°, door het hof inderdaad door elkaar gehaspeld. Het komt mij juist voor dat inrichting in kwestie op basis van beide leden van art. 44, § 1, vergunningsplichtig was. Het zou echter aanbeveling verdienen indien de rechter meer duidelijkheid aan de dag zou leggen welke feitelijke vaststellingen hem tot de toepasselijkheid van welke wettelijke bepalingen doen besluiten.

Prof. dr. B. Bouckaert
Faculteit Rechtsgeleerdheid
R.U.G.

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER – 25 MAART 1991

Voorzitter: de h. Marchal

Rapporteur: de h. Verheyden

Openbaar ministerie: de h. Leclercq

Advocaten: mrs. Dassesse en Nelissen Grade

Veiligheidscomité – Beschermde werknemer – Ontslag – Vergoeding – Rechtsvordering – Verjaring – Termijn – Aanvang

De rechtsvordering wegens niet-betaling van de bijzondere vergoeding die, in geval van onregelmatig ontslag, toekomt aan de werknemer, lid van het veiligheidscomité, verjaart door verloop van een jaar na de beëindiging van de arbeidsovereenkomst, en niet van een jaar na de afwijzing door het arbeidsgerecht van de dringende reden die de werkgever voor het ontslag heeft aangevoerd.

Gelet op het bestreden arrest, op 5 december 1989 door het Arbeidshof te Bergen gewezen;

Over het middel: schending van de artikelen 15, 32.3°, 35, 39, § 1, van de wet van 3 juli 1978 betreffende de Arbeids-overeenkomsten, *1bis*, § 2, eerste lid, 2 en 8, §§ 5 en 7, van de wet van 10 juni 1952 betreffende de Gezondheid en de Veiligheid van de Werknemers alsmede de Salubriteit van het Werk en van de Werkplaatsen, gewijzigd bij de wet van 16 januari 1967 en bij het koninklijk besluit nr. 4 van 11 oktober 1978,

doordat het arrest de door eiseres opgeworpen exceptie van verjaring verworpt en voor recht verklaart dat de door verweerder op 5 maart 1985 ingediende vordering tot betaling van een beschermingsvergoeding gegrond verklaart, op grond: «dat verweerder als beschermde werknemer in de onderneming alleen maar regelmatig kon worden ontslagen nadat het arbeidsgerecht, op verzoek van (eiseres), heeft beslist of er al dan niet een dringende reden bestond waardoor elke beroepssamenwerking tussen partijen bij de arbeids-overeenkomst voorgoed onmogelijk is; dat het ook zeker is dat van het ogenblik dat de prealabele procedure, ingevolge een definitief geworden rechterlijke beslissing, als onregelmatig wordt aangemerkt, omdat ze verband houdt met het ontslag, dit ontslag van 31 maart 1982 blijft bestaan, maar toch onregelmatig is; dat de werknemer dus, onder meer overeenkomstig artikel *1bis*, §§ 5 en 7, van de wet van 10 juni 1952 betreffende de Gezondheid en de Veiligheid van de Werknemers alsmede de Salubriteit van het Werk en van de Werkplaatsen, in principe recht heeft op een beschermings-vergoeding vanaf het ogenblik dat hij wordt ontslagen, te weten 31 maart 1982; dat luidens die paragraaf 7 de beschermingsvergoeding verschuldigd is wanneer niet wordt ingegaan op een regelmatige aanvraag tot herplaatsing, zoals die van (verweerder), ongeacht of deze al dan niet mogelijk is; dat bijgevolg het recht op de beschermingsvergoeding eerst kon ontstaan op het ogenblik dat de voorafgaande beslissing kracht van gewijsde heeft verkregen; dat men, gelet op de datum van 7 juli 1984, dit is de dag waarop de litigieuze rechterlijke beslissing is gewezen (waarbij de rechtsvordering tot beoordeling van de dringende reden definitief niet ontvankelijk is verklaard), moet vaststellen dat de rechtsvordering van 5 maart 1985 binnen een jaar is ingesteld, wat inhoudt dat niet kan worden ingegaan op de door (eiseres) opgeworpen exceptie van verjaring, die door de eerste rechter ten onrechte is aangenomen; dat alle argumenten in feite of in rechte die (eiseres) daartegen aanvoert niet ter zake dienen; dat enerzijds, ofschoon vaststaat dat het arrest houdende niet-ontvankelijkverklaring van de rechtsvordering, aan het geding een einde heeft gemaakt waardoor de gevolgen ervan ongedaan zijn gemaakt, evenzeer vaststaat dat het eraan voorafgaande ontslag onregelmatig is geworden daar het, volgens de wet, niet vóór de vordering of tegelijk ermee kon worden gegeven; dat anderzijds, de onregelmatigheid van een ontslag dit niet ongedaan maakt, maar recht geeft op een vergoeding als compensatie voor de gevolgen ervan; dat te dezen die vergoeding ingevolge de wet afhangt van een aanvraag tot herplaatsing die regelmatig is ingediend; dat aldus geen nadruk behoeft te worden gelegd op de aard van de oorzaken waardoor de verjaring kan worden gestuit of geschorst, maar gelet op de beginselen op basis waarvan

onderscheid wordt gemaakt tussen het ontstaan en de opeisbaarheid van een recht, moet worden vastgesteld dat (verweerder) zijn vergoedingsvordering rechtsgeldig heeft ingediend»,

...

Overwegende dat, naar luid van artikel 15 van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten, de rechtsvorderingen die uit de overeenkomst ontstaan, verjaren één jaar na het eindigen van deze overeenkomst;

Overwegende dat, enerzijds, het ontslag wegens dringende reden van een beschermde werknemer dat, zoals te dezen, duidelijk en zonder wilsgebrek is gegeven, zonder dat de dringende reden vooraf door het arbeidsgerecht is aangenomen, onwettig is maar onmiddellijk en definitief een einde maakt aan de arbeidsovereenkomst; dat anderzijds, ook al is de bijzondere beschermingsvergoeding alleen verschuldigd wanneer de werknemer niet is ingegaan op de aanvraag tot herplaatsing van de onwettig ontslagen werknemer, die vergoeding niettemin wordt toegekend wegens de onregelmatigheid van het ontslag en zij kan worden gevorderd uiterlijk bij het verstrijken van de termijn tijdens welke de werkgever de aangevraagde herplaatsing had moeten toestaan; dat die termijn niet wordt geschorst of gestuit door een gelijktijdige procedure om de dringende reden te doen erkennen;

Dat het arbeidshof, nu het vaststelt dat verweerder op 31 maart 1982 om een dringende reden was ontslagen en dat hij op 26 april 1982 een aanvraag tot herplaatsing heeft ingediend, waarop de werkgever niet binnen de wettelijke termijn is ingegaan, niet zonder schending van de in het middel aangewezen bepalingen, kon beslissen dat de op 5 maart 1985 bij dagvaarding ingediende aanvraag tot betaling van een beschermingsvergoeding niet was verjaard;

Dat het middel gegrond is;

...

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 18 APRIL 1991

Voorzitter: de h. Sace

Rapporteur: de h. Parmentier

Openbaar ministerie: de h. Piret

Advocaten: mrs. Nelissen Grade, Gérard en De Bruyn

Wegverkeer – Denkbeeldige rand van de rijbaan

Volgens art. 75.2 Wegverkeersreglement mag een brede witte doorlopende streep op de rijbaan worden aangebracht om de denkbeeldige rand ervan aan te duiden en is het aan de andere kant van deze streep gelegen deel van de openbare weg alleen bestemd voor het stilstaan en parkeren. Dat gedeelte van de openbare weg is aan het verkeer van de voertuigen in het algemeen onttrokken.

De T. e.a. t/ Stad Hoei e.a.

Gelet op het bestreden arrest, op 19 januari 1989 door het Hof van Beroep te Luik gewezen;

Over het eerste middel: schending van artikel 75.2 van het koninklijk besluit van 1 december 1975 houdende algemeen reglement op de politie van het wegverkeer,

doordat het arrest beslist dat het ongeval dat H. is overkomen uitsluitend te wijten is aan het niet naleven van de bepalingen van het Wegverkeersreglement, en de bestreden beslissing bevestigt die de rechtsvordering van de eisers afwees op grond: «dat H. geen regelmatige plaats op de rijbaan innam, nu het gedeelte van de openbare weg gelegen aan de andere kant van de doorlopende witte streep voorbehouden is voor het stilstaan en parkeren (artikel 75.2, derde lid, van het Wegverkeersreglement); dat hij op eigen risico naast de rijbaan reed en des te aandachtiger had moeten zijn nu de greppel waarin hij reed niet voor het verkeer in het algemeen was bestemd; dat de getroffene onnodig aan de andere kant reed van de witte streep die de denkbeeldige rand van de rijbaan aanduidt; dat hij, nu hij zich in die verboden omstandigheden verplaatste, zijn snelheid diende te matigen en een verhoogde waakzaamheid en voorzichtigheid aan de dag diende te leggen; dat het ongeval overdag is gebeurd, in een rechte lijn, en terwijl de getroffene, gedurende de 500 meter die hij voor zijn val had afgelegd, ten minste vijf gelijksoortige straatkolken was voorbijgereden; dat de getroffene bijgevolg, gelet op de voormelde wettelijke bepaling, op foutieve wijze reed; dat hij op zijn minst diende te vertragen om afstand te kunnen nemen van D. en om te vermijden dat hij in de afvoergoot buiten de rijbaan zou rijden»,

terwijl artikel 75.2 van het koninklijk besluit van 1 december 1975 bepaalt dat een brede doorlopende witte streep op de rijbaan mag worden aangebracht om de denkbeeldige rand ervan aan te duiden en het aan de andere kant van deze streep gelegen deel van de openbare weg voorbehouden is voor het stilstaan en parkeren, behalve op autosnelwegen en autowegen; het woord «voorbehouden» niet betekent «uitsluitend voorbehouden» noch «onttrokken aan het verkeer»; die voorbehouden plaats, wanneer zij niet wordt gebruikt, niet kan worden beschouwd als een plaats die aan het normale verkeer van de voertuigen is onttrokken, dat wil zeggen verboden voor het verkeer en dus gelegen buiten de eigenlijke rijbaan; daaruit volgt dat het arrest, door te beslissen dat het rijden van H., op het gedeelte van de rijbaan dat gelegen is aan de andere kant van de witte streep die de denkbeeldige rand van de rijbaan aanduidt, foutief was, artikel 75.2 van het koninklijk besluit van 1 december 1975 houdende algemeen reglement op de politie van het wegverkeer schendt:

Overwegende dat, naar luid van artikel 75.2 van het Wegverkeersreglement, een brede witte doorlopende streep op de rijbaan mag worden aangebracht om de denkbeeldige rand ervan aan te duiden en dat het aan de andere kant van deze streep gelegen deel van de openbare weg voorbehouden is voor het stilstaan en parkeren, behalve op autosnelwegen en autowegen;

Dat de wetgever dat gedeelte van de openbare weg, nu hij het heeft voorbehouden voor het stilstaan en parkeren, noodzakelijk aan het verkeer van de voertuigen in het algemeen heeft onttrokken;

Dat het hof van beroep, door te beslissen dat het rijden van Daniël H. op het gedeelte van de openbare weg dat ge-

leggen is aan de andere kant van de witte streep, foutief was, de wet juist toepast;

Dat het middel faalt naar recht;

...

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER – 13 MEI 1991

Voorzitter: de h. Marchal

Rapporteur: de h. Rappe

Openbaar Ministerie: mevr. Liekendaal

Advocaten: mrs. De Bruyn en Draps

Onderwijs – Wetenschappelijk personeel – Statuut – Universitaire instelling van de Staat – Gelijkwaardigheid – Arbeidsovereenkomstenwet – Afwijkingen – Grenzen.

Ingevolge art. 41 W. 27 juli 1971 kan het met dat van de universiteitsinstellingen van de staat gelijkwaardig personeelsstatuut dat de gesubsidieerde universitaire instellingen moeten vaststellen, afwijken van de dwingende bepalingen van de Arbeidsovereenkomstenwet, in zoverre die afwijkingen nodig zijn om de wettelijk vereiste gelijkwaardigheid te bereiken, onverschillig of die afwijkingen al of niet de werknemers ten goede komen.

Faculté Universitaire Catholique de Mons t/ C.

Gelet op het bestreden arrest, op 18 september 1989 door het Arbeidshof te Bergen gewezen;

Over het tweede middel: schending van de artikelen 97 van de Grondwet, 1319, 1320 en 1322 van het Burgerlijk Wetboek, 9, eerste en tweede lid, en 11 van de Arbeidsovereenkomstenwet van 3 juli 1978 en 41 van de wet van 27 juli 1971 op de financiering en de controle van de universitaire instellingen,

doordat het arrest beslist dat «de raad van bestuur (van eiseres) niet is afgeweken, zelfs niet impliciet, van de duidelijke regels van artikel 9, eerste en tweede lid, en van artikel 11 van de wet van 3 juli 1978»,

terwijl (...)

tweede onderdeel, zoals eiseres in haar conclusie voor het arbeidshof terecht beklemtoonde, de vormvereisten bepaald in het eerste en tweede lid van artikel 9 van de wet van 3 juli 1978, «de arbeidsbescherming beogen (waarbij ervan wordt uitgegaan dat, behoudens een bijzonder geschrift, de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is gesloten), dat niet verenigbaar is met de organisatie (die wettelijk aan de conclusienemer is opgelegd omdat het statuut van haar personeel gelijkwaardig moet zijn aan dat van het personeel van de universitaire instellingen van de Staat) van de indienstneming, noodzakelijk voor een bepaalde tijd, van haar wetenschappelijk personeel met de graad van assistent, door opeenvolgende benoemingen voor mandaten voor een bepaalde tijd; het statuut van het personeel van eiseres, met andere woorden, nu het in artikel 12 bepaalt dat het mandaat van een assistent nooit kan worden verlengd eerst voor een periode die langer is dan twee jaar, en later één jaar, en in geen geval meer dan tien jaar «in het totaal» mag bedragen, impliciet de toepassing heeft uitgesloten van de vormvereisten bepaald in voornoemd artikel 9; de assistent

die in dienst werd genomen met toepassing van het statuut van het personeel van eiseres, krachtens dat artikel 12 immers wist dat hij alleen in aanmerking kwam voor een nieuwe indienstneming voor een bepaalde tijd, anders dan de werknemer die krachtens een overeenkomst, zij het voor een bepaalde tijd, is aangenomen en die onder toepassing valt van de wet van 3 juli 1978; daaruit volgt dat het arrest, door te beslissen dat het statuut van het personeel van eiseres niet impliciet afwijkt van de artikelen 9 en 11 van die wet, artikel 12 van dat statuut, dat in duidelijke bewoordingen de mogelijkheid uitsluit van een verlenging van de overeenkomst, tenzij voor een beperkte en bepaalde tijd, uitlegt op een wijze die met de bewoordingen en de inhoud onverenigbaar is, en derhalve de bewijskracht ervan miskent (schending van de artikelen 1319, 1320 en 1322 van het Burgerlijk Wetboek); het arrest bovendien, door de artikelen 9, eerste en tweede lid, en 11 van de wet van 3 juli 1978 toe te passen op de betrekkingen uit overeenkomst tussen de partijen, hoewel die bepalingen onverenigbaar zijn met het statuut waaronder verweerder in dienst was getreden, inzonderheid met artikel 12 van dat statuut, de bindende kracht van de overeenkomst tussen de partijen miskent (schending van de artikelen 1134 en 1135 van het Burgerlijk Wetboek) en de artikelen 9 en 11 van de wet van 3 juli 1978 op onwettige wijze toepast (schending van die bepalingen en van artikel 41 van de voornoemde wet van 27 juli 1971):

Wat het tweede onderdeel betreft:

Overwegende dat artikel 12 van het statuut van het wetenschappelijk personeel van eiseres de verlenging van de indienstneming voor een bepaalde tijd regelt, de toepasselijke vormen en rechtsmiddelen preciseert en een onderscheid maakt naargelang de verlenging na een eerste, tweede of derde termijn van twee jaar gebeurt, nu de indienstneming in het eerste geval voor een periode van twee jaar kan worden verlengd, in een tweede geval voor een nieuwe periode van twee jaar en in het derde geval alleen kan worden verlengd als de kandidaat tot de doctoraatsproef is toegelaten en alleen voor één jaar, dat ten hoogste driemaal kan worden verlengd;

Overwegende dat die statutaire bepaling, die elke mogelijkheid tot indienstneming voor onbepaalde tijd uitsluit, bijgevolg ook de toepassing van de artikelen 9 en 11 van de Arbeidsovereenkomstenwet van 3 juli 1978 uitsluit;

Overwegende dat het arrest, door te oordelen «dat de raad van bestuur van (eiseres) niet expliciet noch impliciet is afgeweken van de duidelijke regels van artikel 9, eerste en tweede lid, en van artikel 11 van de wet van 3 juli 1978», artikel 12 van het statuut van het wetenschappelijk personeel van eiseres uitlegt op een wijze die onverenigbaar is met de bewoordingen ervan en bijgevolg de bewijskracht van de akte waarin het is vervat, miskent;

Dat het onderdeel in zoverre gegrond is;

Over het eerste middel: schending van artikel 41 van de wet van 27 juli 1971 op de financiering en de controle van de universitaire instellingen,

doordat het arrest, nu vaststaat dat de partijen het erover eens waren dat hun toestand inzonderheid werd geregeld door het «statuut van het wetenschappelijk personeel (van de FUCAM) van 29 juni 1977, dat op 1 januari 1972 in werking is getreden», meer bepaald «door de artikelen 11 tot

17, 72 en 73 ervan», dat dit statuut werd opgesteld ter uitvoering van artikel 41 van de wet van 27 juli 1971, en dat het de gelijkwaardigheid verwezenlijkte «met het statuut vastgesteld voor het personeel van de universitaire inrichtingen van de Staat» als vereist bij die bepaling, beslist dat «die bepaling (artikel 41) van dwingend recht is ten voordele van de werknemer en dat het gelijkwaardig statuut dus alleen mag afwijken van de dwingende bepalingen van de Arbeidsovereenkomstenwet van 3 juli 1978 in zoverre die afwijkingen noodzakelijk zijn om – ten gunste van de werknemer – de vereiste gelijkwaardigheid te verwezenlijken»,

terwijl, artikel 41 van de wet van 27 juli 1971 bepaalt: «Bij beslissing van hun raad van beheer stellen de door de Staat gesubsidieerde universitaire instellingen, voor hun personeel, een statuut vast dat gelijkwaardig is aan het statuut vastgesteld door de wetten en reglementen voor het personeel van de universitaire instellingen van de Staat»; die dwingende wetsbepalingen de betrokken universitaire instellingen verplicht een statuut vast te stellen dat – om de vereiste gelijkwaardigheid te bewerkstelligen met het statuut van de universitaire inrichtingen van de Staat – mag afwijken van de dwingende bepalingen van de algemene wet op de arbeidsovereenkomsten; die dwingende bepaling geen dwingende bepaling «ten voordele van de werknemer» is; de geldigheid van de door die bepaling geoorloofde afwijkingen van de Arbeidsovereenkomstenwet niet onderworpen is aan het vereiste dat de opgelegde gelijkwaardigheid «ten voordele van de werknemer» wordt bewerkstelligd; daaruit volgt dat het arrest, dat vaststelt dat het statuut van het wetenschappelijk personeel van eiseres de bij artikel 41 van de wet van 27 juli 1971 voorgeschreven gelijkwaardigheid bewerkstelligde, niet zonder schending van die bepaling kon beslissen dat de geldigheid van dat statuut onderworpen is aan het vereiste dat het alleen afwijkingen op de wet van 3 juli 1978 bevat die gunstig zijn voor de werknemer en dat elke afwijking die niet aan dat vereiste voldoet «zonder voorwerp» is (schending van artikel 41 van de wet van 27 juli 1971):

...

Overwegende dat artikel 41 van de wet van 27 juli 1971 op de financiering en de controle van de universitaire instellingen de door de Staat gesubsidieerde universitaire instellingen verplicht voor hun personeel een statuut vast te stellen dat gelijkwaardig is aan het statuut vastgesteld door de wetten en reglementen voor het personeel van de universitaire inrichtingen van de Staat;

Dat, aangezien die verplichting wordt opgelegd door een bijzondere dwingende wetsbepaling, het gelijkwaardig statuut kan afwijken van de dwingende bepalingen van de algemene wet inzake de arbeidsovereenkomsten, in zoverre die afwijkingen nodig zijn om de wettelijk vereiste gelijkwaardigheid te bereiken, onverschillig of die afwijkingen al of niet de werknemers ten goede komen;

Dat het arrest, nu het de draagwijdte van voornoemd artikel 41 op onwettige wijze beperkt, die wetsbepaling schendt;

...

NOOT – Zie ook Cass., 11 oktober 1982, *R.W.*, 1982-83, 1625, met conclusie van het O.M. en noot.

HOF VAN BEROEP TE GENT

17e KAMER – 20 JUNI 1989

Voorzitter: de h. Lievens

Advocaten: mrs. Bailleul, Veramme en Thomas

Overeenkomst – Pauliaanse vordering – Toepassingsvoorwaarden – Gevolgen

De pauliaanse vordering is een persoonlijke vordering in die zin dat zij alleen tot voordeel strekt van de schuldeiser die haar met succes heeft ingesteld. Alleen t.a.v. die schuldeiser bevinden de vervreemde goederen zich nog in het vermogen van de debiteur.

De pauliaanse vordering kan maar worden ingesteld door een schuldeiser wiens vordering ontstaan is op een tijdstip dat aan de gewraakte handeling voorafgaat.

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

Toedracht van de zaak en stelling van de partijen

Het bestreden vonnis van 10 maart 1988 heeft, recht doende op een actio pauliana (artikel 1167 Burgerlijk Wetboek) ingesteld door de N.V. G., de nietigverklaring uitgesproken van de notariële handelshuurovereenkomst van 20 augustus 1983 betreffende gedeelten van het onroerend goed, gelegen te K., welke handelshuurovereenkomst met een looptijd tot september 2010 werd gesloten tussen R.M. en A.M. enerzijds, en de P.V.B.A. J. anderzijds.

De eerste rechter heeft de retroacten van de zaak op een behoorlijke wijze samengevat, en het Hof verwijst naar dat exposé.

Voor alle duidelijkheid wenst het Hof nog enkele centrale gegevens te beklemtonen:

Punt 1

Bij notariële akte van 6 juli 1979 verleende de N.V. G. een krediet ten belope van 4 miljoen frank aan de P.V.B.A. W. De akte doet er van blijken dat appellanten (de echtgenoten M.-M.) zijn tussengekomen om een hypotheek op hun onroerende eigendom te verlenen. Zij verklaarden uitdrukkelijk dat dit onroerend goed niet het voorwerp uitmaakte van enige verhuring voor een termijn van meer dan negen jaar en zij tekenden het Reglement der Kredietopeningen – dat integraal deel uitmaakt van de notariële kredietakte – voor akkoord.

Onder de titel «Verrichtingen waarvoor het akkoord van de Bank vereist is» bepaalt artikel 25 van het Reglement der Kredietopeningen dat noch de kredietnemer, noch de persoon die persoonlijk de goede afloop van de verbintenissen van de kredietnemer tegenover de Bank waarborgt, hun onroerende goederen in huur mogen geven voor meer dan negen jaar of onder de normale huurprijs verhuren, zonder het schriftelijk akkoord van de Bank.

Punt 2

Voordien reeds, bij afzonderlijke akte borgstelling van 22 maart 1978, hadden appellanten zich hoofdelijk en ondeelbaar borg gesteld voor een bedrag van 15 miljoen frank voor alle schulden die de P.V.B.A. – later N.V. – W. had of zou kunnen hebben tegenover de N.V. G. Ook artikel 9 van deze akte borgstelling bepaalt dat de borgen, zolang hun verbintenis tegenover de Bank blijft bestaan, zonder de ge-

schreven toestemming van de Bank hun onroerende goederen niet mogen verhuren voor meer dan negen jaar of voor een kortere termijn tegen een huurprijs die lager is dan de normale huurprijs.

Punt 3

Bij vonnis van 10 november 1982 werd de N.V. W. failliet verklaard; ten gevolge daarvan werden alle kredieten opgezegd bij aangetekende brief van 15 november 1982, waarvan een kopie werd gestuurd aan de heer en mevrouw M.-M.

Blijkens vermelding in de conclusie is thans nog een bedrag van 11.190.465 frank en 6.344.210 frank verschuldigd.

Punt 4

Aan appellanten werd bevel betekend op 5 september 1985, gevolgd door een akte uitvoerend beslag op onroerend goed op 25 september 1985. Bij beschikking van de beslagrechter te Veurne werd notaris V. aangesteld teneinde het onroerend goed te verkopen; die beschikking dateert van 12 november 1985.

Punt 5

Bij brief van 6 september 1985 liet de gedelegeerd bestuurder van de P.V.B.A. J. aan de N.V. G. weten – blijkbaar als gevolg van het bevel van 5 september 1985 – «dat aan ons een notariële handelshuurovereenkomst werd toegestaan die pas eindigt in september 2010».

Bedoeld wordt de notariële handelshuurovereenkomst van 20 augustus 1983, waaruit blijkt dat de P.V.B.A. J., met maatschappelijke zetel te Waterloo en ingeschreven in het handelsregister te Brussel, voor een huurprijs van 5.000 frank per maand (jaarlijkse huurprijs: 60.000 frank), huurster is van de heer en mevrouw M.-M. van de kelders, garage, kantoor gelijkvloers en eerste plaats rechts van de eerste verdieping in de villa, voor een termijn van 27 jaren, lopende van 1 september 1983 om te eindigen op 1 september 2010;

De openbare verkoping van het onroerend goed waarvan sprake werd op de tweede zitdag van 3 april 1986 ingehouden toen bleek dat het hoogste bod slechts 1.750.000 frank beliep. Notaris V. attesteert «dat 99% der kooplustigen over de huurtoestand zijn gevallen en niet langer geïnteresseerd waren».

Uit de bij de heropening van het debat meegedeelde informatie blijkt dat de maatschappelijke zetel van de P.V.B.A. J. nog steeds is gevestigd te Waterloo, en Oostduinkerke enkel de exploitatiezetel is.

De inschrijving in het handelsregister te Veurne dateert van 19 februari 1985; het formulier 1/B werd ondertekend door zaakvoerder Patrick M., student; hij is geboren op 9 februari 1964.

Ofschoon in de oorspronkelijke statuten nergens sprake was van sportartikelen, omvat – blijkens de Bijlage tot het Belgisch Staatsblad van 2 september 1983 – de huidige handelsbedrijvigheid de verkoop van sportkledij en sportartikelen, en is, na het ontslag van mevrouw D., voornoemde Patrick M. (zoon van appellanten) de enige statutaire zaakvoerder sedert 9 augustus 1983.

In het bestreden vonnis heeft de eerste rechter de nietigverklaring uitgesproken van voornoemde notariële handelshuurovereenkomst, en de verweerders (zijnde M., M. en de P.V.B.A. J.) solidair veroordeeld tot de kosten van het geding.

Beoordeling

1. De «actio pauliana» (art. 1167, eerste lid, B.W.)

De wet bepaalt dat de schuldeisers ook in hun eigen naam kunnen opkomen tegen de handelingen die hun schuldenaar verricht heeft met bedrieglijke benadeling van hun rechten.

Anders dan de zijdelingse vordering (art. 1166 B.W.), die eigenlijk de eis is van de schuldenaar zelf, maar uitgeoefend door de schuldeiser omdat de schuldenaar nalatig of moedeloos is geworden, is de pauliaanse vordering (art. 1167 B.W.) – die sedert de Romeinse oudheid genoemd wordt naar de rechtsgeleerde Paulus (begin 3e eeuw nà Christus) – de rechtsvordering waardoor de schuldeiser, optredend in eigen naam, daden gesteld door zijn schuldenaar (die bedrog pleegt) tot bedrieglijke benadeling van zijn rechten, door de rechter laat herroepen.

De basisgedachte is ongetwijfeld het adagium «Fraus omnia corrumpit» (bedrog maakt alles nietig): het gepleegde bedrog verzet zich tegen de instandhouding van de vermogensverschuiving. Grondgedachte is dus de beteugeling van het bedrog waaraan de schuldenaar zich schuldig heeft gemaakt door zijn vermogen – dat het algemeen onderpand is van zijn schuldeisers – willens en wetens te verminderen op een dergelijke wijze dat hij zijn onvermogen vermeerderd of zich totaal onvermogen maakt.

Beklemtoond moet worden dat de pauliaanse vordering een persoonlijke vordering is, en niet een zakelijke vordering. Alleen de schuldeiser die de pauliaanse vordering instelt en slaagt in zijn vordering, haalt er voordeel uit: hij – en hij alleen – dus niet de andere schuldeisers van die zelfde schuldenaar – mag zijn schuldvordering verhalen op het voorwerp van de herroepen rechtshandeling.

Door de pauliaanse vordering komen de vervreemde goederen terug in het vermogen van de schuldenaar en de optredende schuldeiser mag dan handelen alsof de gewraakte handeling (= het bedrog van de schuldenaar) nooit heeft bestaan.

Met andere woorden, voor de met succes optredende schuldeiser – en voor hem alleen – bevinden de «vervreemde» goederen zich nog steeds waar ze moesten blijven, en waar hij ze zal mogen aanslaan, namelijk in het vermogen van de schuldenaar.

De pauliaanse vordering mag worden ingesteld gedurende dertig jaar vanaf de datum van de door de schuldenaar bedrieglijk verrichte rechtshandeling.

De actio pauliana is dus duidelijk een uitzondering op de principiële regel van de derdenwerking van het bestaan van een overeenkomst: heeft de schuldenaar een contract gesloten tot bedrieglijke benadeling van de rechten van zijn schuldeiser, dan moet de schuldeiser zich dit contract niet laten tegenwerpen.

2. Toepassingsvoorwaarden van de pauliaanse vordering

Rechtsfilosofisch gezien zijn er eigenlijk twee grondelementen, namelijk eensdeels de berokkende schade (eventus damni) en anderdeels de bedoeling om te schaden (concilium fraudis = animus fraudandi), en het zijn die elementen die in artikel 1167 B.W. uitdrukkelijk worden vermeld.

Rechtstechnisch zijn er echter vijf voorwaarden tot instelling van de actio pauliana (met betrekking tot de grond van de zaak):

a) Qua datum van de schuldvordering

De schuldeiser moet schuldeiser zijn van vóór de datum waarop de aangevochten handeling is verricht.

De anterioriteit van de schuldvordering houdt alleen in dat de oorzaak van de schuldvordering («le principe de la créance», zie *R.C.J.B.*, 1975, 693) moet dateren van vóór de bedrieglijke handeling; het is niet noodzakelijk dat de schuldvordering reeds opeisbaar was op het ogenblik van de datum van de bestreden handeling. Voldoende is dat de schuldvordering opeisbaar is op het ogenblik van het instellen van de pauliaanse vordering (cf. Hof Brussel, 6 december 1967, *Pas.*, 1968, II, 114; De Page, III, nrs. 225 tot 229).

In casu is er onbetwistbaar anterioriteit van de titel van de schuldvordering. De betwiste overeenkomst dateert van 20 augustus 1983; de titel van de schuldvordering is de notariële akte-lening van 6 juli 1979 en de onderhandse akteborgstelling van 22 maart 1978. Alle kredieten werden opgezegd en eisbaar gesteld bij aangetekende brief van 15 november 1982. De schuldvordering is dus duidelijk ontstaan vóór de gewraakte handeling.

b) *Qua verarming van de schuldenaar*

De handeling waartegen de schuldeiser opkomt, moet tot een verarming van de schuldenaar hebben geleid, d.w.z. een vermeerdering van zijn onvermogen en een vermindering van zijn betaalkracht.

Dit is bijvoorbeeld het geval bij kwijtschelding van schuld, bij schenking, bij verkoop tegen een te lage prijs, bij verwerping van een erfenis.

Het woord «verarming» heeft – zoals prof. Vandeputte met reden opmerkt (*De Overeenkomst*, Brussel, 1977, 360) – een zeer bijzondere én zeer praktische betekenis: een schuldenaar verarmt zich wanneer hij een goed onttrekt aan de concrete vervolgingsmogelijkheden van zijn schuldeiser, zelfs indien de door hem gestelde daad, economische gezien, geen vermindering van vermogen teweegbrengt.

Dat is precies wat hier is gebeurd: appellanten blijven weliswaar eigenaar van het onroerend goed, maar door een handelshuurovereenkomst (met een looptijd van 27 jaar) aan te gaan, zonder schriftelijke toestemming van de Bank en in strijd met de verbintenis die zij daaromtrent hebben ondertekend, hebben zij een rechtshandeling verricht waardoor zij zich verarmen, dit is hun solvabiliteit verzwakken (= hun insolabiliteit versterken, daar vervolgingsdaden – zie supra punt 5 van de Toedracht van de zaak – in feite vruchteloos worden). Er is dus in casu zonder twijfel verarming van de schuldenaar.

Dat de huurprijs (voor een derde van dat onroerend goed) min of meer normaal is, verandert daar niets aan: appellanten wisten – of moesten weten – dat zij hun villa niet in huur mochten geven voor meer dan negen jaar, zonder schriftelijk akkoord van de Bank: zij hadden zich daartoe contractueel verbonden, precies opdat het vorderingsrecht gerespecteerd zou worden!

c) *Qua nadeel voor de schuldeiser*

De door de schuldenaar verrichte handeling moet schade aan de schuldeiser hebben berokkend.

De schuldeiser moet dus bewijzen dat hij schade lijdt door de verarming van de schuldenaar.

De schade van de schuldeiser, door de gewraakte daad van de schuldenaar, bestaat hier precies in het niet meer volle betaling kunnen krijgen bij niet-herroeping van de bestreden handeling, m.a.w. de gewraakte handeling heeft de feitelijke insolabiliteit van de schuldenaar veroorzaakt of vergroot.

De bovenaangehaalde verklaring van notaris V. is daaromtrent zeer duidelijk: het bestaan van de handelshuurovereenkomst – die nergens bepaalt dat de huurder uit het pand kan worden gezet bij vervreemding van het huurgoed door de verhuurder – legt een al te grote last op het goed opdat het nog op een normale, redelijke manier aan de man gebracht kan worden, zowel uit de hand als bij openbare verkoping.

Er is dus in casu zonder twijfel (groot) nadeel voor de schuldeiser.

d) *Qua medeweten van de derde*

– Heeft de schuldenaar zich eenzijdig verarmd (bv. door vernieling van een kostbaar boek), dan heeft de schuldeiser daar niets tegen in te brengen.

– Heeft de schuldenaar zich verarmd ten gunste van een derde-verkrijger (zoals in casu), dan is er een onderscheid:

1° Voor handelingen om niet (bv. een schenking) is de medeplichtigheid van de derde geen vereiste. Immers, wanneer de schuldenaar zich verarmt om niet, gaat het belang van de schuldeiser boven dat van de begiftigde, ook al is deze te goeder trouw: de schuldeiser wil ontkomen aan een schade (certat de damno vitando), de begiftigde strijdt om zich te verrijken (certat de lucro captando).

2° Tegen handelingen onder bezwarende titel (bv. verkoop, verhuring) kan de schuldeiser slechts opkomen als hij bewijst dat de derde die met de schuldenaar handelde (in casu de P.V.B.A. J.) op de hoogte was van de bedrieglijke benadeling.

Het Hof is echter van oordeel (cf. *T.P.R.*, 1983, 691) dat niet hoeft bewezen te worden dat de derde gehandeld heeft met het oogmerk de schuldenaar te helpen bij het organiseren van diens bedrog (een dergelijk subjectief bewijs kan nagenoeg nooit geleverd worden). Een meer objectieve opvatting van de derde-medeplichtigheid is geraden: voldoende is dat de derde op de hoogte was van het bedrog van de schuldenaar = dat hij op de hoogte was van het abnormaal karakter van de gewraakte rechtshandeling, en het behoren te weten dient met het echte weten te worden gelijkgesteld (cf. Kruitthof, *R.C.J.B.*, 1980, 116-117, noot bij Cass., 21 april 1978).

Aan de goede trouw van de P.V.B.A. J. kan ernstig worden getwijfeld in het licht van de chronologische opvolging van de verschillende gegevens:

– de opzegging van de kredieten, met bericht aan de borgen (dus aan appellanten) dateert van 15 november 1982;

– de Brusselse P.V.B.A. (opgericht in 1978) die – qua statuten – oorspronkelijk niets te maken had met verkoop van sportartikelen, neemt een exploitatiezetel in de villa van appellanten en op 9 augustus 1983 wordt Patrick M. – zoon van appellanten, jonge student – enig zaakvoerder van deze vennootschap;

– de bestreden huurovereenkomst wordt notarieel opgesteld op 20 augustus 1983, terwijl de inschrijving in het handelsregister te Veurne en de statutaire wijziging tot verkoop van sportartikelen eerst dateert van 19 februari 1985: pas dan is de P.V.B.A. J. een vennootschap die – naar buiten toe, in de kuststreek – sportartikelen verkoopt.

De fameuze brief van 6 september 1985 vermeldt letterlijk: «We worden ervan in kennis gesteld dat via deurwaardersexploot er een bevel voorafgaande aan uitvoerend beslag op onroerend goed werd betekend, en dit op onze ex-

pluotatiezetel». Dat exploit van gerechtsdeurwaarder dateert van 5 september 1985!

Nu de P.V.B.A. J. als mede-contractant (met appellanten) een vennootschap is met als enig zaakvoerder een jonge zoon (student) van de schuldenaar-verhuurder is het Hof, met de eerste rechter, van oordeel dat de bundeling van bovenstaande gegevens toestaat aan te nemen dat deze vennootschap in feite op de hoogte was van de zeer precaire situatie waarin de verhuurders (appellanten) zich bevonden.

Er is dus bij de P.V.B.A. J. sprake van medeplichtigheid. Ook de processuele situatie in deze zaak wijst in deze richting; zoals reeds Cicero zei: er is gebrek aan goede trouw wanneer men het ene doet, maar het andere voorwendt (*dolus malus est, cum aliud agitur, aliud simulatur*; Cicero, *Talpica*, 40).

e) *Qua bedrog van de schuldenaar*

De wet spreekt van handelingen door de schuldenaar verricht met bedrieglijke benadeling van de rechten van de schuldeiser.

De inhoud van het begrip «Pauliaans bedrog» (de Franse tekst spreekt van «fraude», niet van «dol») heeft naar het oordeel van het Hof weinig te maken met het klassieke «oogmerk om te schaden» = de uitdrukkelijke bedoeling de schuldeiser te benadelen (de subjectieve gerichtheid).

Het bedrog van de schuldenaar, in de zin van artikel 1167 B.W., is eerder een geestestoestand (cf. Hof Bergen, 12 maart 1980, *Pas.*, 1980, II, 63; zie ook De Page, III, nr. 235); het is zich ervan bewust zijn dat men zijn betaalkracht vermindert (Dekkers, II, nr. 410, p. 233); de door de schuldenaar verrichte handeling met de wetenschap dat hij zijn staat van onvermogen kent en niettemin overgaat tot een daad van verarming (zie E. De Luyck, «Het bedrog vanwege de schuldenaar en de derde medeplichtigheid in de actio pauliana. Een onderzoek van het Belgische en Franse recht», *Jura Falconis*, 1978-79, 621-659).

Er is dus een tendens – en terecht – om het vereiste van bedrog ruim op te vatten: voldoende is dat de schuldenaar weet dat hij zichzelf verarmt: het is het zich ervan bewust zijn, het weten, dat van belang is, eerder dan de eigenlijke subjectieve gerichtheid.

Het criterium daarbij is dat van de «abnormale handeling» (cf. De Page, III, nr. 235; *R.C.J.B.*, 1969, 264). Men moet dus onderzoeken of de gewraakte rechtshandeling uitgelegd kan worden door wettige beweegredenen, dan wel of de omstandigheden die deze handeling omringen, ze als verdacht doen voorkomen. Is dit laatste het geval, dan ontstaat het vermoeden dat de schuldenaar met bedrieglijk opzet heeft gehandeld en dient hij het tegenbewijs te leveren dat hij zich niet willens en wetens heeft verarmd (cf. De Luyck, *art. cit.*, 635-636).

In casu staat vast dat appellanten zich tot tweemaal toe (art. 25 van de kredietakte van 6 juli 1979 en art. 9 van de borgstellingsakte van 22 maart 1978) ertoe verbonden hadden zonder schriftelijk akkoord van de Bank hun onroerend goed niet te verhuren voor langer dan negen jaar of voor een huurprijs lager dan normaal. Toen eerste appellant, R.M. (geboren 5 augustus 1937), in 1979 zaakvoerder was van de P.V.B.A. W., en bereid om een hypotheek te verlenen op zijn onroerend goed, zal hij ongetwijfeld geweten hebben dat contrair handelen de rechten van de schuldeiser inkortte. De pauliaanse vordering is toepasselijk op elke rechtshandeling waardoor het actief van de schuldenaar op een

bedrieglijke wijze wordt verminderd; de langdurige verhuuring voor een geringe prijs is daarvan een typerend voorbeeld (zie Planiolet et Ripert, VII, nr. 943, p. 246; Hof Bergen, 19 september 1978, *Rev.Not.B.*, 1979, 45; Hof Luik, 24 april 1987, *Rev.Not.B.*, 1988, 671).

Ten slotte is het evident dat de pauliaanse vordering niet alleen is ingesteld ten voordele van chirografaire schuldeisers, maar ook ten voordele van geprivilegeerde schuldeisers.

Het Hof is, met de eerste rechter, van oordeel dat appellanten hebben gehandeld «consciis fraudis»; de verwijzing naar artikel 45 in fine van de hypotheekwet – waar sprake is van «verhuringen te goeder trouw toegestaan na de vestiging van de hypotheek» (verhuringen die dan trouwens in huurtijd verminderd worden) – is dan ook niet dienend.

Conclusie: de actio pauliana werd tijdig ingesteld, zij maakt het voorwerp uit van de bij artikel 3 Hypotheekwet voorgeschreven randmelding, en zij voldoet aan alle grondvoorwaarden.

3. *Gevolgen van een geslaagde actio pauliana*

De geslaagde pauliaanse vordering heeft tot gevolg dat de betwiste rechtshandeling niet kan worden tegengeworpen aan de schuldeiser die de vordering instelde.

Derhalve, zo de verhuuring van een onroerend goed met bedrieglijke benadeling van de rechten van de hypotheecaire schuldeiser op grond van artikel 1167 B.W. niet-tegenwerpbaar wordt verklaard aan die schuldeiser, betekent dit dat laatstgenoemde – in casu, eerste geïntimeerde, de N.V. G. – die huurovereenkomst voor niet bestaande mag houden.

Het is in die zin dat de door de eerste rechter uitgesproken nietigverklaring dient te worden begrepen (cf. *R.C.J.B.*, 1988, nr. 221, p. 132), en het is ook in die zin dat eerste geïntimeerde heeft geconcludeerd.

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

1e KAMER – 28 JUNI 1989

Voorzitter: de h. Spaas

Raadsheren: de hh. Frère en De Vel

Openbaar ministerie: de h. Velleman

Advocaten: mrs. Carsau en Graré loco Dyck

Afstamming – Machtiging tot erkenning van een kind verwekt in overspel a matre – Toestemming van de moeder

De machtiging door de rechtbank om een kind verwekt in overspel a matre te erkennen (art. 320 B.W.) ontslaat de erkennner niet van de verplichting om zich ook nog te gedragen naar het voorschrift van art. 319 B.W. i.v.m. het verkrijgen van de toestemming van de moeder en eventueel die van het te erkennen kind.

E. t/ Ambtenaar van de Burgerlijke Stand te Antwerpen

Overwegende dat de oorspronkelijke door de appellant ingestelde eis ertoe strekt «te horen bevelen dat de ambtenaar van de burgerlijke stand te Antwerpen, bevoegd in het distrikt Deurne, dient over te gaan tot het opmaken van de erkenningsakte conform art. 62 B.W. ten verzoeken van ap-

pellant betreffende het kind D., geboren te Deurne, thans Antwerpen, distrikt Deurne, op (...), als dochter van P. en zijn echtgenote C., en dit binnen 24 uren nadat dit vonnis hem ter kennis zal zijn gebracht, en bij gebreke waarvan hij veroordeeld wordt tot het betalen van een dwangsom ten bedrage van 10.000 fr. per dag vertraging, te verbeuren ten gunste van appellant; tevens appellant akte te geven van zijn voorbehoud voor het invorderen van de schade die hij wegens het weigeren van het inschrijven van deze erkenning door geïntimeerde zal oplopen; te zeggen voor recht dat ten gevolge van deze akte van erkenning het betrokken kind de familienaam E. zal dragen, en geïntimeerde te veroordelen in de kosten van de rechtspleging»;

Overwegende dat appellant op 8 juni 1988 een verzoekschrift aan de Rechtbank van Eerste Aanleg te Antwerpen heeft aangeboden teneinde gemachtigd te worden, overeenkomstig art. 320/2 B.W. om de kinderen P.V. en P.D. te erkennen;

Overwegende dat, bij vonnis van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Antwerpen van 20 september 1988, appellant enkel gemachtigd werd om over te gaan tot de erkenning van het kind P.D.;

Overwegende dat het vonnis van 20 september 1988 op verzoek van appellant aan V.C. en aan P.J. werd betekend, en niet blijkt dat het vonnis door enig verhaal werd bestreden, zodat het in kracht van gewijsde is gegaan;

Overwegende dat artikel 320/2 B.W. een regeling bevat ten aanzien van de echtgenoot van de moeder van een te erkennen kind, teneinde te verkrijgen dat het vaderschap over een te erkennen kind, in dezen P.D., niet meer zou vaststaan, zodat de erkenning ervan door een andere man dan door de echtgenoot mogelijk wordt;

Overwegende dat de in het kader van voornoemd artikel van het Burgerlijk Wetboek verkregen machtiging van de rechtbank om een kind te laten erkennen door een andere man dan door de echtgenoot, de vader, die tot de erkenning wenst over te gaan, niet ontslaat van de verplichting om zich ook nog te gedragen naar de voorschriften ten aanzien van de moeder en eventueel ten aanzien van het te erkennen kind en vervat in art. 319 B.W., en bepaaldelijk het verkrijgen van de toestemming van de moeder en eventueel die van het te erkennen kind;

Overwegende dat ten onrechte ingeroepen wordt dat de eerste rechter, in navolging van de ambtenaar van de burgerlijke stand, bij de beoogde erkenning van het kind P.D., appellant verplichtingen heeft opgelegd die niet in de wet terug te vinden zijn;

...

NOOT – *De machtiging tot erkenning van een kind verwekt in overspel a matre en het vereiste van toestemming in de erkenning*

1. Een ongehuwde man wenst een kind te erkennen dat hij verwekt heeft bij een gehuwde vrouw. Normaliter dient de erkenning van zulk een kind (verwekt in overspel a matre) voorafgegaan te worden door een met goed gevolg op grond van art. 318 B.W. ingestelde vordering tot betwisting van het vaderschap van de echtgenoot (Heyvaert, A., *Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer – Personen- en Familierecht*, Artikel 320, 2, nr. 3). Slechts in enkele uitzonderingsgevallen, waarvan *in casu* één

van toepassing, kan de werkelijke vader het kind erkennen zonder dat vooraf het vaderschap van de echtgenoot is betwist (art. 320 B.W.). In deze gevallen is echter steeds een voorafgaande machtiging tot erkenning door de rechtbank van eerste aanleg vereist.

In het onderhavige geval had de betrokken vader zich, na het verkrijgen van de machtiging tot erkenning, gewend tot de bevoegde ambtenaar van de burgerlijke stand in de overtuiging dat deze laatste verplicht was *zonder verdere plichtplegingen* de akte van erkenning te verlijden. De ambtenaar van de burgerlijke stand weigerde echter aan dit verzoek gevolg te geven bij gebreke van bewijs van de toestemming van de moeder tot de erkenning, waarop hij door de betrokkene voor de rechtbank van eerste aanleg gedagvaard werd.

2. De Rechtbank te Antwerpen, daarin gevolgd door het hof van beroep in het hierboven gepubliceerde arrest, oordeelt dat de man door het verkrijgen van de machtiging tot erkenning (art. 320 B.W.) geenszins ontslagen wordt van de verplichting ook de andere wettelijke bepalingen inzake erkenning na te leven. Meer bepaald mag geen afbreuk gedaan worden aan artikel 319 B.W., dat bepaalt dat de moeder en/of het kind in de erkenning moeten toestemmen. Bij gebreke van deze toestemming weigerde de ambtenaar van de burgerlijke stand dan ook terecht de akte van erkenning te verlijden.

3. Dit arrest verdient volledige instemming. De bepalingen van de artikelen 319 en 320 B.W. moeten namelijk cumulatief worden toegepast, eventueel zelfs samen met artikel 319bis B.W., indien het kind ook in overspel a matre verwekt zou zijn (De Page, H. en Masson, J.P., *Traité élémentaire de droit civil belge*, II, Brussel, Bruylant, 1990, nr. 948 jo. nr. 951, en nr. 953; Gerlo, J., «De erkenning, door een man, van een buitenhuwelijks kind», noot onder Rb. Brugge, 26 juni 1990, *R.W.*, 1990-91, 1242; Senaev, P., *Compendium van het Personen- en Familierecht*, boekdeel 2, Leuven, Acco, 1989, nrs. 726 en 721).

4. Het door het Arbitragehof op 21 december 1990 gewezen arrest (*R.W.*, 1990-91, 1231-1232), waarbij in antwoord op een prejudiciële vraag geoordeeld werd dat door de toelaatbaarheid van de vaderlijke erkenning van een niet-ontvoegd minderjarig kind door de man van wie niet betwist wordt dat hij de biologische vader is, afhankelijk te stellen van de voorafgaande toestemming door de moeder, art. 319, § 3, B.W. de artikelen 6 en 6bis van de Grondwet schendt, doet op zich aan deze stelling geen afbreuk. Het arrest heeft immers geen gezag van gewijsde t.a.v. andere gevallen. Over de gevolgen van dit arrest, zie Senaev, P., «De vaderlijke erkenning van een buitenhuwelijks kind en het gelijkheidsbeginsel», *R.W.*, 1990-91, 1216-1217, nrs. 22-27. Op te merken valt dat de nieuwe termijn van zes maanden die voor de Ministerraad en de Gemeenschaps- en Gewestexecutieven openstond voor het instellen van een beroep tot vernietiging overeenkomstig art. 4, 2°, van de wet op het Arbitragehof, intussen verstreken is zonder dat een beroep tot vernietiging werd ingesteld.

5. Sommige rechtbanken, geadieerd in het kader van art. 320 B.W., trachten op een eventueel later opduikende betwisting i.v.m. de toestemming van de moeder tot de erkenning te anticiperen door, wanneer de moeder in de procedure van art. 320 B.W. betrokken werd, in het vonnis waarbij de man gemachtigd wordt het kind te erkennen, akte te verlenen van de door de moeder in de loop van het geding ge-

geven toestemming (in die zin : Rb. Namen, 3 mei 1989, *Rev. Trim.Dr.Fam.*, 1990, 286). De uitgifte van dit vonnis zou dan meteen ook als bewijs van de door de moeder gegeven toestemming in de erkenning gelden.

O.i. is deze praktijk onwettig. De toestemming tot de erkenning moet immers in dezelfde vorm worden gegeven als die welke geldt voor de erkenning zelf, m.a.w. bij authentieke akte (Heyvaert, A., *Comm.Pers.*, Artikel 319, p. 5-6, nr. 7; zie ook de ministeriële circulaire van 22 mei 1987 i.v.m. de toepassing van de wet van 31 maart 1987, *B.S.*, 27 mei 1987, 8325). Het vonnis waarbij de machtiging tot erkenning verleend wordt, komt hiervoor niet in aanmerking. De ambtenaar van de burgerlijke stand doet er bijgevolg goed aan, bij minderjarigheid van het te erkennen kind, de aanwezigheid van de moeder te eisen bij het verlijden van de akte van erkenning. In geval van weigering door de moeder, staat er de aspirant-erkenner niets anders open dan een verzoek in te leiden bij de vrederechter overeenkomstig art. 319, § 3, derde lid, B.W.

Heyvaert (in *Comm. Pers.*, Artikel 320, p. 10, nr. 16) lijkt te suggereren dat een eventuele betwisting over de weigering van de toestemming reeds zou kunnen worden beslecht samen met het onderzoek van de machtiging tot erkenning, waarin volgens deze auteur de moeder en/of het kind mede moeten worden betrokken. Met deze zienswijze kan niet worden ingestemd : niet alleen is deze betwisting bij gebreke van de machtiging tot erkenning voorbarig, op deze wijze zou ook de in art. 319, § 3, derde lid, B.W. vooropgestelde procedure in geval van weigering van de toestemming – bestaande in een verplichte voorafgaande verzoeningsfase voor de vrederechter – omzeild worden.

Jan Mellaerts
Instituut voor Familierecht
K.U.Leuven

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

13e KAMER – 25 MAART 1991

Voorzitter : mevr. Bertrand

Advocaten : mrs. Van Humbreeck en Deckers

Beslag – Uitvoerend beslag – Alimentatie – Schuldvergelijking

Luidens art. 1293, 3°, B.W. is schuldvergelijking uitgesloten voor een schuld uit hoofde van levensonderhoud dat verklaard is niet vatbaar te zijn voor beslag. Dit is niet anders wanneer de schuldenaar zich ten aanzien van een vordering betreffende vervallen uitkeringen beroept op schuldvergelijking met in een vorige periode te veel verrichte uitkeringen.

Van G. t/ V.

Overwegende dat appellant bij dagvaarding de dato 23 februari 1990 verzet deed tegen het uitvoerend beslag onder derden door gerechtsdeurwaarder J. te Antwerpen, betekend op 20 februari 1990 in handen van de C.V. H. op verzoek van geïntimeerde ten laste van appellant teneinde betaling te krijgen van achterstallige onderhoudsgelden voor

de maanden januari en februari 1990, te vermeerderen met de onderhoudsgelden vanaf maart 1990 a rato van 15.448 frank, onder voorbehoud van indexering en de kosten op grond van het arrest, gewezen door het Hof van Beroep te Antwerpen op 27 november 1989, waarbij de bestreden beschikking van de voorzitter van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Hasselt, in kort geding, de dato 17 mei 1988 deels werd gewijzigd ;

Overwegende dat de eerste rechter bij de bestreden beschikking van 23 mei 1990 de eis van appellant toelaatbaar doch ongegrond verklaarde en appellant in de kosten verwees ;

Overwegende dat appellant door wijziging van de bestreden beschikking de gegrondheid van zijn eis nastreeft ;

Overwegende dat appellant aanvoert dat het door hem ingevolge voormelde beschikking van 17 mei 1988 verschuldigde onderhoudsgeld ten belope van 25.000 frank per maand door voormeld arrest van 27 november 1989 werd vermindert tot 15.000 frank per maand, zodat hij voor de periode 1 juni 1988 tot en met december 1989 van de door hem betaalde som van 475.000 frank slechts 285.000 frank verschuldigd was, dat hij derhalve te veel betaalde zodat de onderhoudsgelden waarvoor beslag onder derden werd gelegd, reeds betaald waren en er geen reden tot handhaving van voormeld beslag onder derden zou zijn, en dat te dezen geen sprake van schuldvergelijking zou zijn ;

Overwegende dat geïntimeerde de bevestiging van de bestreden beschikking vraagt ;

Overwegende dat artikel 1494 Gerechtelijk Wetboek aan de beslagrechter een ruime beslissingsmacht verleent bij de beoordeling of de tenuitvoerlegging geschiedt krachtens een uitvoerbare titel en wegens vaste en zekere zaken ;

Overwegende dat voormeld arrest van 27 november 1989, dat deels voormelde beschikking van 17 mei 1988 wijzigend, de uitvoerbare titel is ; dat appellant op grond van deze uitvoerbare titel onder meer gehouden is aan geïntimeerde een onderhoudsgeld van 15.000 frank per maand te betalen, draagbaar en verder vooraf betaalbaar de eerste van elke maand en gekoppeld aan het indexcijfer der consumptieprijzen met jaarlijkse aanpassing ;

Overwegende dat appellant beweert door de te veel betaalde onderhoudsgelden in de periode juni 1988 - december 1989 de onderhoudsgelden met ingang van 1990, waarvoor het onderhavige beslag onder derden werd gelegd, betaald te hebben ;

Overwegende dat de door appellant gedane betalingen slechts betrekking hebben op de onderhoudsgelden voor de periode waarin de betaling werd verricht, en niet op de nog te vervallen onderhoudsgelden met ingang van 1 januari 1990 ;

Overwegende dat beide partijen elkaars schuldenaar zijn : appellant wegens niet betaalde onderhoudsgelden met ingang van 1 januari 1990 en geïntimeerde wegens te veel ontvangen onderhoudsgelden in de periode juni 1988 - december 1989 ;

Overwegende dat met de eerste rechter wordt aangenomen dat appellant beoogt door de schuldvergelijking het tenietgaan van de door geïntimeerde ingeroepen schuldvordering op grond van voormelde uitvoerbare titel na te streven ;

Overwegende dat krachtens artikel 1293, 3°, Burgerlijk Wetboek schuldvergelijking is uitgesloten in geval van een schuld uit hoofde van levensonderhoud dat verklaard is niet

vatbaar voor beslag te zijn (G. de Leval, «Saisies conservatoires et voies d'exécution», *Jur. Liège*, 1978-79, 358, nr. 51); dat een afwijking op die regel niet kan worden toegestaan aan de schuldenaar van het onderhoudsgeld;

...

ARBEIDSHOF TE ANTWERPEN

2e KAMER – 2 MEI 1991

Voorzitter: de h. Romain

Raadsheren in sociale zaken: de hh. Vangheluwe en Van Houtven

Advocaten: mrs. K. Stappers en M. Van Huffelen

Arbeidsovereenkomst – Geslachtsdiscriminatie

De directie van een bedrijf is niet verplicht aan alle kaderleden dezelfde status te verlenen; zij mag de allocaties verrichten, afhankelijk o.m. van het oordeel dat ze heeft over het belang van de functie voor het rendement van de onderneming en de kwalificatie van het personeelslid in die functie. Er is dan ook niet noodzakelijk sprake van geslachtsdiscriminatie wanneer een vrouwelijk kaderlid in een administratieve functie een lagere status heeft dan sommige mannelijke collega's in een commerciële functie. Dezelfde opmerking geldt voor de situatie waarbij zij minder verdient dan een mannelijke ondergeschikte die, in tegenstelling tot haar, een universitaire opleiding heeft genoten.

X t/ Y

...

Tweede geschilpunt tussen partijen is de vordering van geïntimeerde ertoe strekkend appellante te horen veroordelen tot het betalen van een vergoeding ten bedrage van 250.000 fr. wegens ongelijke behandeling als vrouw.

Geïntimeerde brengt het bewijs van haar stelling niet bij. Zij vordert subsidiair de aanstelling van een gerechtsdeskundige met als opdracht, na kennisname van de administratie van het bedrijf, inclusief de loonadministratie, te onderzoeken of geïntimeerde het slachtoffer is geworden van een negatieve discriminatie in de zin van de wet van 4 augustus 1978 tot economische heroriëntering, inzonderheid de artikelen 116 e.v. met betrekking tot de gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden etc. en van de C.A.O. nr. 25, op 15 oktober 1975 in de Nationale Arbeidsraad gesloten, betreffende de gelijke beloning voor mannelijke en vrouwelijke werknemers, en verder advies te geven over de geleden schade. De aldus omschreven opdracht is kennelijk te vaag, en er kan niet op ingegaan worden.

Volledigheidshalve merken wij op dat geïntimeerde het bewijs van een discriminatie niet kan vinden in het enkele feit van een onderscheid in loon, auto, bureau etc. De directie van een bedrijf is niet verplicht aan alle kaderleden dezelfde status te verlenen; zij mag de allocaties verrichten, afhankelijk o.m. van het oordeel dat zij heeft over het belang van de functie voor het rendement van de onderneming en de kwalificatie van het personeelslid in die functie. Zij vermag aldus een hogere status te geven aan kaderleden in een commerciële functie (geïntimeerde had een administratieve

functie) of met een academische graad (de opvolger van geïntimeerde). Appellante brengt de loondocumenten over het jaar 1986 van de personen, die op hetzelfde niveau als geïntimeerde tewerkgesteld waren, bij; het blijkt dat het loon van geïntimeerde niet het hoogste was, en ook niet het laagste, doch ergens tussenin viel. Men kan natuurlijk blijven vragen naar de reden van een of ander onderscheid; een dergelijke discussie is naast de zaak: het enige waarom het gaat is te weten of geïntimeerde vanwege haar kunne gediscrimineerd werd; daaromtrent is geen feit noch aanknopingspunt aangetoond. Nog steeds volledigheidshalve: betrokkene klaagt zich erover dat zij nooit aan de lunch van de directie heeft deelgenomen, maar dit is ook zo voor verschillende mannelijke kaderleden; en geïntimeerde kan geen erkenning van discriminatie afleiden uit het gebruik van het woord «intentioneel» in de volgende passus in de brief van 5 januari 1987 van appellante: «zowel in de wijze van honorering als in de omstandigheden van tewerkstelling en anderszins hebben wij steeds getracht onze waardering te doen blijken zonder hierbij ooit intentioneel een onderscheid te hebben willen maken met de positie van andere kaderleden binnen de onderneming»; de passus in kwestie, die congruent is met de brief in zijn geheel, beoogt niet te erkennen dat appellante een (onopzettelijke) discriminatie zou hebben begaan, maar integendeel te verklaren dat de positie van geïntimeerde, en het eventueel onderscheid met andere kaderleden, niet werd bepaald vanuit een wil om te schaden (doch om objectieve redenen).

Het vonnis a quo heeft deze vordering van geïntimeerde ongegrond verklaard, en moet dus in zoverre bevestigd worden.

NOOT – Zie elders in dit nummer het artikel van Patrick Humblet, «Bewijs(last) en geslachtsdiscriminatie».

CORRECTIONELE RECHTBANK TE LEUVEN

14 MAART 1991

Voorzitter: de h. Debrye

Rechters: de hh. Puissant en Vandebroeck

Advocaten: mrs. Willemyns loco Van Landuyt en Mineur

Wegverkeer – Parkeerverbod – Art. 25.1, 6°, Wegverkeersreglement – Doorgang van spoorvoertuigen belemmeren

Men mag niet eisen dat ieder treinstel op de vier hoeken van een begeleider voorzien is om op alle ogenblikken alle mogelijke hindernissen voor het treinstel op te merken.

Van ieder aandachtig bestuurder moet worden verwacht dat hij rekening houdt met de breedte van een trein, zeker wanneer hij zijn voertuig in een bocht parkeert waar de wagons onvermijdelijk iets uitzwijken naar de buitenkant van de bocht.

N.M.B.S. t/ M.

Overwegende dat beklagde niet betwist dat hij zijn personenwagen geparkeerd had op een plaats waar hij de doorgang van spoorvoertuigen belemmerde; dat het feit vaststaat

op basis van de vaststellingen van de spoorwegpolitie en van het ongeval zelf;

Overwegende dat de niet-betwiste schadevergoeding van de N.M.B.S. het gevolg is van een schade die zich niet op dezelfde wijze zou hebben voorgedaan zonder de fout van beklaagde;

Overwegende dat de goederentrein van de burgerlijke partij begeleid werd door een machinist, die vooraan in de locomotief zat, en door een rangeerder, die achteraan in de trein aan dezelfde zijde als de machinist op de voettrede van de eerste wagon van het treinstel stond, teneinde met elkaar in oogcontact te kunnen blijven om mogelijke gevaren tijdig te kunnen opvangen;

dat de personenwagen van beklaagde aan de andere zijde van het treinstel, ter hoogte van een bocht, geparkeerd stond;

dat het treinstel met de eerste wagon bijna volledig langs de personenwagen gereden was die in elk geval volledig ontrokken was aan het gezicht van de rangeerder en van de machinist, toen hij geraakt en meegetrokken werd door een voettrede;

Overwegende dat de begeleiders van de trein volkomen overeenkomstig hun richtlijnen hebben gehandeld en dat zij geen enkele fout, nalatigheid of onzorgvuldigheid begaan hebben, waardoor de aanrijding werd veroorzaakt;

dat de schade, zoals die zich in concreto heeft voorgedaan, alleen te wijten is aan een fout parkeren van beklaagde;

dat de begeleiders van de trein de nodige voorzichtigheid aan de dag gelegd hebben;

dat het overgrote deel van de eerste wagon probleemloos naast de geparkeerde wagon doorkon, maar dat het uitstekende voettrapje de wagen meesleurde, wat niet gezien kon worden door de rangeerder;

dat men niet mag eisen dat ieder treinstel op de vier hoeken van een begeleider zou voorzien zijn om op alle ogenblikken alle mogelijke hindernissen voor het treinstel op te merken;

dat van ieder aandachtig bestuurder moet worden verwacht dat hij rekening houdt met de breedte van een trein, zeker wanneer hij zijn voertuig in een bocht parkeert waar de wagons onvermijdelijk iets uitzwelen naar de buitenkant van de bocht;

dat het bestreden vonnis zowel op strafgebied als op burgerlijk gebied volledig moet worden bevestigd;

...

BURGERLIJKE RECHTBANK TE DENDERMONDE

27 SEPTEMBER 1991

Voorzitter: de h. Geerinck

Rechters: mevr. Standaert en de h. Van Goethem

Openbaar ministerie: mevr. Bogaerts

Geesteszieken – Opneming ter observatie – Bevoegde vrederechter

Wanneer de procureur des Konings krachtens art. 9 van de wet van 26 juni 1990 in een spoedeisend geval heeft bevolen dat een zieke ter observatie zal worden opgenomen in een psychiatrische dienst, is de bevoegde vrederechter aan wie hij daarvan

kennis moet geven en bij wie hij het in art. 5 bedoelde verzoekschrift moet indienen, de vrederechter van de verblijfplaats van de zieke als ze bekend is, en niet de vrederechter van de instelling waarin de zieke zich bevindt.

Procureur des Konings te Dendermonde

Gehoord het openbaar ministerie in zijn middelen;

Gezien de akte van hoger beroep van het openbaar ministerie, alsook de fotokopie van het op 21 augustus 1991 door de vrederechter van het kanton Beveren gewezen vonnis, waarbij de zaak voor verdere behandeling ten gronde naar het vredegericht van het eerste kanton Sint-Niklaas werd verwezen;

Overwegende dat de procureur des Konings op 21 augustus 1991, overeenkomstig artikel 9 van de wet van 26 juni 1990, een contradictoir verzoekschrift heeft neergelegd ter griffie van het vredegericht van het kanton Beveren, strekkende tot opneming ter observatie in een instelling van X;

Overwegende dat de eerste rechter zich, blijkens het vonnis a quo, territoriaal onbevoegd heeft verklaard om kennis te nemen van voormelde vordering en ingevolge art. 6 van de wet betreffende de bescherming van de persoon van de geesteszieke juncto art. 660 Ger.W., de zaak naar het vredegericht van het eerste kanton Sint-Niklaas heeft verwezen, omdat X., hoewel wettelijk gedomicilieerd te Beveren (Melsele), op het ogenblik van het inleiden van de eis reeds in de psychiatrische instelling Sint-Hiëronymus te Sint-Niklaas, buiten het gerechtelijk kanton Beveren, verbleef, alwaar het de vrederechter van Beveren, krachtens de wet, niet toegelaten is om daden van onderzoek te verrichten;

Overwegende dat de procureur des Konings tegen dit vonnis, waarin nopens de territoriale bevoegdheid uitspraak is gedaan, hoger beroep heeft ingesteld bij verzoekschrift gericht tot de voorzitter van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Dendermonde, neergelegd ter griffie op 27 augustus 1991;

1. Overwegende dat niettemin dit hoger beroep rechtstreeks bij deze kamer met drie rechters aanhangig is gemaakt zonder toewijzing, noch datumbevestiging door de voorzitter van de rechtbank, zoals voorgeschreven door artikel 30 van de wet van 26 juni 1990;

Dat dit verdelingsincident (art. 88, § 2, Ger.W.), gelet op het strikt tijdskader in beroep, niet ambtshalve bij de opening van de debatten is opgeworpen, zodat de toekenning van de zaak aan deze kamer thans definitief is;

2. Overwegende dat verder het hoger beroep tijdig en in regelmatige vorm is ingesteld;

Dat artikel 1046 Ger.W. te dezen namelijk niet van toepassing is, daar de eerste rechter nopens zijn territoriale bevoegdheid in rechte uitspraak heeft gedaan, zodat zijn beslissing tot verzending van het rechtsplegingsdossier te dezen geen zuivere beslissing van inwendige aard is (Kohl, A., *L'appel en matière civile*, Prolegomena, nr. 49, 6°, blz. 36-37);

3. Overwegende dat het openbaar ministerie, blijkens zijn akte van hoger beroep, opkomt tegen de territoriale bevoegdheidsafwijzing van de eerste rechter, omdat deze zijns inziens strijdig is met de graduele bevoegdheidsaanwijzing vervat in artikel 5, § 1, eerste lid, van de wet van 26 juni 1990, alsook met de ratio legis van deze wet;

Dat het openbaar ministerie inzonderheid aanvoert dat de eerste rechter zich ten onrechte territoriaal onbevoegd

heeft verklaard, omdat zowel de woon- en verblijfplaats, als de plaats waar de zieke X werd aangetroffen, binnen het gerechtelijk kanton Beveren is gesitueerd;

Overwegende dat deze grief de rechtbank gegrond voorkomt;

Overwegende dat artikel 9, vijfde lid, van de wet van 26 juni 1990 terdege bepaalt dat de procureur des Konings tot behoud van zijn wegens urgentie bevolen maatregel tot opnemering ter observatie binnen 24 uren na zijn beslissing daarvan kennis moet geven «aan de vrederechter van de verblijfplaats, of bij gebreke daarvan, van de woonplaats, of bij gebreke daarvan nog aan de vrederechter van de plaats waar de zieke zich bevindt» en daartoe een verzoekschrift moet indienen als bedoeld in artikel 5;

Overwegende dat uit deze redactie, inzonderheid uit het gebruik van de woorden «bij gebreke van», inderdaad blijkt dat de wetgever ter bepaling van de territoriaal bevoegde vrederechter zowel in artikel 5 als in artikel 9 een graduele bevoegdheidsaanwijzing heeft opgenomen;

Dat om praktische en proceseconomische redenen de wetgever in de eerste plaats heeft geopteerd voor de «verblijfplaats» van de zieke, en slechts bij gebreke hiervan, toelaat dat de vrederechter van de «woonplaats» van de zieke geadieerd wordt (Laenens, J., «Aspecten van gerechtelijk recht – Wet van 26 juni 1990 betreffende de bescherming van de persoon van de geesteszieke», Referaat Studiedag V.U.B., 9 maart 1991, nr. 6, blz. 7-8; *Parl.St., Senaat*, 1988-89, 733/3-5, blz. 5);

Overwegende dat met het begrip «woon- of verblijfplaats» in voormeld artikel 9 blijkens de parlementaire voorbereiding zonder twijfel de gerechtelijke verblijf- en/of woonplaats is bedoeld, zoals beschreven in art. 36 Ger.W.;

Overwegende dat aldus inzake «woonplaats» enkel een objectief criterium geldt, namelijk de inschrijving van de betrokkene in de bevolkingsregisters als hebbende aldaar zijn hoofdverblijf, terwijl onder het begrip «verblijfplaats» iedere andere permanente vestiging van de zieke verstaan moet worden, mits deze enige bestendigheid vertoont (Fettweis, A., *Manuel de procédure pénale*, 1987, nr. 225, blz. 188-189; Verslag De Baeck, Bruylant, 817);

Overwegende dat aan deze laatste voorwaarde duidelijk niet is voldaan wat betreft het adres van X in het Sint-Hiëronymusinstituut te Sint-Niklaas;

Dat immers, volgens de inlichtingen verstrekt door het openbaar ministerie blijkt dat deze zieke man nog maar sedert korte tijd wegens dringende noodzaak in voormelde instelling gedwongen was opgenomen, derwijze dat van een «verblijfplaats» op dit adres te Sint-Niklaas in de zin van artikel 36 Ger.W. duidelijk geen sprake kan zijn (*Parl.St., Senaat*, 1988-89, 733-2, blz. 25);

Dat de verblijfplaats enige permanentie veronderstelt, wat niet het geval is wanneer de geesteszieke, zoals in casu, nog maar sedert een korte tijd, hooguit één dag (zie akte van hoger beroep) in deze instelling was opgenomen, en a fortiori deze localisatie te Sint-Niklaas te dezen niet als aanknopingspunt mag worden gehanteerd om de territoriaal bevoegde vrederechter aan te wijzen;

Overwegende dat deze aanwijzing te dezen integendeel moet geschieden aan de hand van de meer bestendige verblijfplaats van X, die volgens de toelichtingen verstrekt door het openbaar ministerie, met zijn woonplaats en die van zijn

wettelijk vertegenwoordiger samenvalt en te Beveren (Melsele) te situeren is;

Overwegende dat deze verblijfplaats aldus in het gerechtelijk kanton Beveren geleden is, zodat de eerste rechter zich in strijd met de graduele territoriale bevoegdheidsaanwijzing in artikel 9 van de wet van 26 juni 1990 ter zake ten onrechte onbevoegd heeft verklaard;

...

NOOT – *De bevoegde vrederechter bij opnemering van een geesteszieke ter observatie*

Het vonnis van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Dendermonde kan de twijfel en de onzekerheid doen ophouden omtrent de bevoegdheid «ratione loci» van de vrederechters, voornamelijk wanneer een zieke bij dringende maatregel door de procureur des Konings in een instelling is geplaatst.

De meningen zijn verdeeld. Sommigen zijn de mening toegedaan dat de vrederechter van de plaats van de instelling bevoegd is, terwijl anderen van oordeel zijn dat de vrederechter van de verblijfplaats, d.w.z. de plaats waar de zieke verbleef, alvorens opgenomen te worden, bevoegd blijft om de aangevatte procedure voort te zetten tot aan de beslissing tot «verder verblijf».

De eerste oplossing is kennelijk voornamelijk ingegeven door de omstandigheid dat de vrederechter, ingevolge de voorschriften van het Gerechtelijk Wetboek, niet kan optreden buiten zijn ambtsgebied bij het bezoek dat hij overeenkomstig artikel 7, § 5, dient af te leggen aan de zieke.

De knoop is (definitief ?) doorgehakt. De rechtbank heeft een juiste toepassing gemaakt van de opeenvolgende bevoegdheidsaanwijzing vervat in de artikelen 5, § 1, en 9, vijfde lid, van de wet van 26 juni 1990 betreffende de bescherming van de persoon van de geesteszieke, die een onmiskenbaar onderscheid maakt tussen de verblijfplaats van de geesteszieke en de plaats waar hij zich bevindt. De termijn, die verloopt tussen de door de procureur des Konings bevolen opname van een geesteszieke in een instelling en de indiening bij de vrederechter van het verzoekschrift, kan inderdaad bezwaarlijk aangenomen worden als een bepalend element voor een verblijfplaats. Blijft bovendien de vraag of een verblijf buiten de wil van de zieke ooit als een verblijfplaats in de zin van de wet kan worden aangemerkt.

Dat de wetgever in artikel 35 de «ratione loci» bevoegde vrederechter in het bijzonder aanduidt, kan op die vraag een negatief antwoord rechtvaardigen.

De lectuur van artikel 7, § 5, van de wet van 26 juni 1990, in het licht van het bewuste onderscheid tussen de verblijfplaats van de geesteszieke en de plaats waar hij zich bevindt, mag redelijk doen besluiten dat de wetgever een procedure «sui generis» heeft ingevoerd, die afwijkt van de regelen van het Gerechtelijk Wetboek en die de vrederechter van de verblijfplaats in staat stelt de zieke te bezoeken waar ook hij zich in een instelling bevindt.

Luc Hellin

RECHTSPRAAK IN KORT BESTEK

Arbitragehof, 16 oktober 1991

Grondwet – Grondrechten – Gelijkheid – Naar politierechtbank verwezen wanbedrijf – Opschorting van de uitspraak niet mogelijk – Geen schending van art. 6 Gw.

Art. 4 van de wet van 4 oktober 1867 houdt voor de raadkamer de mogelijkheid in om een wanbedrijf, met vermelding van de verzachtende omstandigheden, te verwijzen naar de politierechtbank. Art. 3 van de wet van 29 juni 1964 staat in zo'n geval de opschorting van de uitspraak niet toe. Antwoordend op door de Politierechtbank te Brussel op 19 maart en 28 maart 1991 gestelde vragen, oordeelt het Arbitragehof:

«B.6. Door de verdachten die naar de correctionele rechtbank zijn verwezen, toe te staan de opschorting van de uitspraak van de veroordelingen te vragen heeft de wetgever diegenen zonder een zwaar strafrechtelijk verleden, die kans maken op beterschap, aan de gevolgen van een veroordeling en een vermelding in hun strafregister en, in voorkomend geval, aan het opzien dat de behandeling op een openbare terechtzitting kan baren, willen onttrekken.

«Zonder het gelijkheidsbeginsel te schenden kan de wetgever van de aanspraak op zulk een maatregel uitsluiten de daders van misdrijven die tot een veroordeling leiden waardoor geen declassering wordt opgelopen of waarbij de reclassering niet in het gedrang komt, alsook de beklaagden die tot een zware straf kunnen worden veroordeeld.

«B.7. Zoals onder B.3 is toegelicht, betreft de vraag uitsluitend de discriminatie waarvan diegene het slachtoffer mocht zijn, aan wie een wanbedrijf is ten laste gelegd dat met toepassing van artikel 4 van de wet van 4 oktober 1867 door de raadkamer is gecontraventionaliseerd.

«B.8. Wie een gecontraventionaliseerd wanbedrijf ten laste gelegd is wordt in ruime mate gelijkgesteld met degene wie een overtreding ten laste gelegd is, en hij geniet dezelfde behandeling als deze laatste: hij verschijnt voor de politierechtbank en niet voor de correctionele rechtbank, hij kan enkel lichte straffen oplopen en hij geniet kortere verjaringstermijnen. Het gelijkheidsbeginsel eist niet dat hij bovendien over de mogelijkheid zou kunnen beschikken om de opschorting van de uitspraak van de veroordeling te vragen, welke mogelijkheid de wet voorbehoudt aan diegenen die voor de correctionele rechtbank verschijnen. Mocht hij die wegens een in een overtreding omgezet wanbedrijf wordt vervolgd, bovendien voor de politierechtbank om de opschorting van de uitspraak van de veroordeling kunnen vragen, dan zou hij onder een gunstiger regeling vallen dan degene die wegens een overtreding wordt vervolgd.

B.9. Doordat de wetgever ervan uitging dat er geen aanleiding is om in geval van lichtere misdrijven opschorting van de uitspraak toe te staan, heeft hij daders van een wanbedrijf en van een overtreding of van een in een overtreding omgezet wanbedrijf aan een verschillende behandeling onderworpen die steunt op een objectief en redelijk onderscheid tussen de twee categorieën van beklaagden.

De aangelegde maatstaf staat niet los van het streefdoel. De door de wetgever genomen regeling is niet onevenredig met die doelstelling.»

Dientengevolge beslist het Arbitragehof dat art. 3 van de wet van 29 juni 1964 art. 6 Gw. niet schendt in zoverre het de politierechtbank niet toestaat de opschorting van de uitspraak te gelasten voor de dader van een of meer misdrijven die met toepassing van art. 4 van de wet van 4 oktober 1867 naar dat gerecht verwezen is.

(Voorzitter: mevr. Petry – Rapporteurs: de hh. Melchior en Blanckaert – Zaak nr. 27/91).

Hof van Cassatie (1e Kamer), 23 mei 1991

Dwangsom – Toegekend bedrag hoger dan het gevraagde – Vraag aan Benelux-Gerechtshof

Tegen het bestreden vonnis (Rb. Brussel, 23 juni 1989) voert eiseres als middel een schending van de artt. 1138, 2°, 1385bis Ger.W. aan. Het Hof overweegt dienaangaande:

«Overwegende dat artikel 1138, 2°, van het Gerechtelijk Wetboek de rechter weliswaar verbiedt meer toe te kennen dan er gevraagd was, maar dat in het precieze geval van de dwangsom, op grond van artikel 1385bis van dat wetboek, de rechter mogelijk toch een hoger bedrag dan het door de eisende partij gevraagde zou kunnen toekennen;

«Overwegende dat de beoordeling van de wettigheid van de veroordeling tot een hogere dwangsom dan de gevraagde noopt tot uitlegging van genoemd artikel 1385bis.»

Op grond daarvan wordt aan het Benelux-Gerechtshof de volgende vraag van uitleg gesteld: «Kan op grond van art. 1, eerste lid, van de eenvormige wet betreffende de dwangsom een veroordeling tot een hogere dwangsom dan de door de eisende partij vastgesteld worden uitgesproken?»

(Voorzitter: de h. Sace – Rapporteur: de h. Verheyden – Openbaar ministerie: mevr. Liekendaal – Advocaten: mrs. De Gryse en De Bruyn – In de zaak: B.V.B.A. A. t/ B.)

Hof van Cassatie (1e Kamer), 20 juni 1991

Verzekering – Motorrijtuigen – Gemeenschappelijk Motorwaarborgfonds – Vergoeding van materiële schade – Toevallig feit – Te beoordelen aan de zijde van de bestuurder van het voertuig dat het ongeval heeft veroorzaakt

Het bestreden arrest (Hof Luik, 16 maart 1990) wordt om de volgende redenen vernietigd:

«Overwegende dat, ingevolge artikel 50, § 1, 1° en 2°, van de wet van 9 juli 1975 betreffende de controle der verzekeringsondernemingen, elke benadeelde van het Gemeenschappelijk Motorwaarborgfonds de vergoeding kan bekomen van de schade voortvloeiende uit lichamelijke letsels die door een motorrijtuig zijn veroorzaakt, wanneer de identiteit van het motorrijtuig dat het ongeval heeft veroorzaakt, niet is vastgesteld of wanneer geen enkele toegelaten verzekeringsonderneming tot die vergoeding verplicht is, hetzij om reden van een toevallig feit waardoor de bestuurder van het voertuig dat het ongeval veroorzaakte, vrijuit gaat; dat, in dit laatste geval, ingevolge artikel 19, § 1, van het koninklijk besluit van 16 december 1981 houdende inwerkingstelling

ling van genoemd artikel 50, het Fonds ook de materiële schade moet vergoeden die door het voertuig is veroorzaakt ;

«Overwegende dat het toevallig feit, bedoeld in artikel 50, § 1, 2°, van die wet, moet worden beoordeeld aan de zijde van de bestuurder van het voertuig dat het ongeval heeft veroorzaakt ;

«Overwegende dat het bestreden arrest vaststelt dat het ongeval te wijten is aan de fout van de bestuurder van een motorrijtuig waarvan de identiteit niet is vastgesteld ; dat het evenwel oordeelt dat het Fonds de door dat voertuig veroorzaakte materiële schade moet vergoeden, op grond dat de fout van de onbekend gebleven derde voor verweerder een toevallig feit heeft uitgemaakt ;

«Dat het arrest aldus de veroordeling van het Gemeenschappelijk Motorwaarborgfonds tot betaling van de materiële schade op grond van de voormelde wettelijke bepalingen, niet naar recht verantwoordt.»

(Voorzitter-rapporteur : de h. Sace — Openbaar ministerie : de h. Janssens de Bisthoven — Advocaten : mrs. Gérard en Simont — In de zaak : Gemeenschappelijk Motorwaarborgfonds t/ P. e.a.)

NOOT— Zie Cass., 2 mei 1989, *R.W.*, 1989-90, 122.

Hof van Cassatie (1e Kamer), 20 juni 1991

Inkomstenbelastingen — Overbelasting — Ontheffing — Art. 277, § 1, W.I.B. — Bij misvatting over het bestaan van materiële gegevens — Niet bij rechtsdwaling

Het bestreden arrest (Hof Luik, 14 maart 1990) wordt om de volgende redenen vernietigd :

«Overwegende dat het arrest vaststelt dat tegen aanslagen in de personenbelasting en de aanvullende gemeentebelasting, die ten name van verweerder over de dienstjaren 1981, 1982 en 1983 waren vastgesteld, te laat bezwaar is ingediend, maar beslist dat dit bezwaar niettemin moet worden aangenomen op grond van artikel 277, § 1, van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen, luidens hetwelk de directeur der belastingen ambtshalve ontlasting verleent van de overbelastingen die voortvloeien uit materiële vergissingen ;

«Dat het hof van beroep oordeelt dat de overbelastingen ten name van verweerder voortvloeiden uit een materiële vergissing en bijgevolg de ontlasting ervan beveelt ;

«Overwegende dat de materiële vergissing, in de zin van artikel 277, § 1, van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen, een feitelijke vergissing is als gevolg van een misvatting omtrent het bestaan van materiële gegevens bij ontstentis waarvan de belasting wettelijke grondslag mist ; dat het feit dat er op het kadastraal inkomen van een woonhuis dat de belastingplichtige niet persoonlijk betreft, als bedoeld in artikel 10, § 2, van dat wetboek, geen forfaitaire aftrek is geschied, toe te schrijven is aan een verkeerde beoordeling van de belastbare grondslag en geen materiële vergissing is ;

«Overwegende dat het arrest, door buiten de gevallen waarin de wet voorziet, ambtshalve ontlasting te bevelen, artikel 277, § 1, van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen schendt.»

(Voorzitter : de h. Sace — Rapporteur : de h. Parmentier — Openbaar ministerie : de h. Velu, eerste advocaat-generaal — Advocaat : de h. Thiry — In de zaak : Belgische Staat t/ A.)

KANTTEKENINGEN

Het toepassingsgebied van de artikelen 1345 en 1371bis van het Gerechtelijk Wetboek m.b.t. de erfdiensbaarheden van uitweg

1. Artikel 1345 Ger.W. verplicht de eisende partij om op straffe van niet-toelaatbaarheid de tegenpartij vooraf ter minnelijke schikking voor de rechter te doen oproepen wanneer zijn rechtsvordering een «recht van uitweg» betreft, terwijl art. 1371bis Ger.W. een speciale procedure bij verzoekschrift voorschrijft voor elke vordering tot toewijzing, afschaffing, of verplaatsing van «een uitweg».

Naar gelang van de wijze van vestiging, dient een onderscheid gemaakt te worden tussen enerzijds de wettelijke erfdiensbaarheid van uitweg, meestal genaamd het (wettelijk) recht van uitweg of noodweg en anderzijds de conventionele erfdiensbaarheid van uitweg, meestal genaamd het (conventioneel) recht van overgang of van doorgang.

De wettelijke erfdiensbaarheid van uitweg of recht van uitweg vindt haar oorsprong in de wet die in de artt. 682 tot 685 B.W. bepaalt dat elk ingesloten erf aanspraak kan maken op een recht van uitweg naar de openbare weg.

De conventionele erfdiensbaarheid van uitweg of recht van overgang daarentegen vindt haar oorsprong in een titel waarin deze erfdiensbaarheid gevestigd wordt, ongeacht of het heersend erf al dan niet ingesloten is (art. 691, eerste lid, B.W.).

Voor elke «uitweg» dient dan ook nagegaan te worden of hij (conventioneel) gevestigd is in een titel dan wel integendeel, bij gebreke van enige titel, zijn oorsprong vindt in de wet of in een rechterlijke beslissing waarbij op grond van de wet aan een ingesloten erf een recht van uitweg naar de openbare weg is verleend.

Dit onderscheid is niet alleen van belang op burgerlijk gebied, maar ook op procedureel gebied.

2. Het Hof van Cassatie heeft in zijn arrest van 2 november 1987 duidelijk beslist dat de verplichte oproeping ter minnelijke schikking van art. 1345 Ger.W. en de speciale verzoekschriftprocedure van art. 1371bis Ger.W. slechts van toepassing zijn op de vorderingen betreffende het recht van uitweg van een ingesloten erf en niet op die betreffende het recht van overgang : «Overwegende dat de artikelen 1345 en 1371bis van het Gerechtelijk Wetboek regels geven voor vorderingen niet betreffende het recht van overgang, maar wel betreffende het recht van uitweg van een ingesloten erf als bedoeld in de wet van 1 maart 1978, welke die regels invoerde» (Cass., 2 november 1987, waarvan een samenvatting werd gepubliceerd in *Arr.Cass.*, 1987-88, 280, en *Pas.*, 1988, I, 265).

Vóór elke procedure dient de eisende partij aldus na te gaan of zijn vordering gebaseerd is op een recht van uitweg, in welk geval de artt. 1345 en 1371bis Ger.W. toegepast die-

nen te worden, dan wel op een recht van overgang, in welk geval het procedurele gemene recht van toepassing is.

3. De rechtspraak van het Hof van Cassatie dient volledig goedgekeurd te worden.

De wet van 1 maart 1978 (*B.S.*, 15 maart 1978), die art. 1345 Ger.W. aangevuld en het art. 1371*bis* Ger.W. ingevoerd heeft, viseert immers zonder de minste twijfel alleen het (wettelijk) recht van uitweg, zoals het geregeld is in de artt. 682 tot 685 B.W.

De bedoeling van deze wet was enkel een wijziging in een aanvulling bij de wetbepalingen m.b.t. het (wettelijk) recht van uitweg in te voeren. Deze wet wijzigt immers uitsluitend de artt. 682 tot 685 B.W. betreffende het recht van uitweg, zoals blijkt uit de inhoud en de titel van de wet («Wet tot wijziging van afdeling V van titel IV van het tweede boek (artikelen 682 tot 685) van het Burgerlijk Wetboek, betreffende het recht van uitweg»).

De parlementaire voorbereiding van deze wet laat er ook niet de minste twijfel over bestaan dat deze wet en aldus het aangepaste art. 1345 Ger.W. en het nieuwe art. 1371*bis* Ger.W. slechts van toepassing zijn op het (wettelijk) recht van uitweg (*Gedr.St.*, *Senaat*, toelichting van senator L. Lindemans bij het «Voorstel van wet tot wijziging van afdeling V van titel IV van het tweede boek (artikelen 682 tot 685) van het Burgerlijk Wetboek, betreffende het recht van uitweg», *B.Z.* 1974, nr. 147/1). Uit de tekst zelf van de wet blijkt eveneens dat de wetgever alleen de vorderingen met betrekking tot het (wettelijk) recht van uitweg bedoeld heeft, daar in het derde lid van art. 1371*bis* Ger.W. uitdrukkelijk sprake is van een ingesloten erf.

De rechtspraak die de verplichte oproeping ter minnelijke schikking en de speciale verzoekschriftprocedure toepast op het recht van overgang, dient afgekeurd te worden en is in strijd met voormeld cassatiearrest (o.a. *Rb. Luik*, 24 november 1983, *Jur.Liège*, 1984, 68, met afkeurende noot van Hubert, M.-F.).

4. Wanneer de vordering gegrond is op een (wettelijk) recht van uitweg zal de eisende partij verplicht zijn de verwerende partij tevoren ter minnelijke schikking te doen oproepen overeenkomstig art. 1345 Ger.W. om vervolgens de vordering in te leiden bij verzoekschrift overeenkomstig art. 1371*bis* Ger.W. waarna een speciale procedure volgt die begint met een verschijning ter plaatse.

Is de vordering echter gegrond op een recht van overgang, dan is geen voorafgaande oproeping ter minnelijke schikking verplicht en wordt de vordering overeenkomstig het gemene recht ingeleid bij dagvaarding.

Dit laatste zal ook het geval zijn wanneer de vordering primair gegrond is op een recht van overgang en slechts subsidiair – voor zover een dergelijk recht van overgang niet zou bestaan – een beroep wordt gedaan op een recht van uitweg.

5. De vordering die gegrond is op een recht van uitweg en niet is voorafgegaan door een oproeping ter minnelijke schikking zal door de rechter niet toelaatbaar verklaard worden, mits de verwerende partij dit middel in limine litis opwerpt (*Cass.*, 16 oktober 1974, *Arr.Cass.*, 1975, 228, *R.W.*, 1974-75, 1403; *Cass.*, 9 maart 1984, *Pas.*, 1984, I, 806, *R.W.*, 1984-85, 1051).

Dat kan niet worden verholpen door een oproeping ter minnelijke schikking in de loop van de procedure (*Cass.*, 20

juni 1979, *Pas.*, 1979, I, 1213, *J.T.*, 1980, 443, *R.W.*, 1979-80, 1632).

Uiteraard staat het voor een eisende partij die een vordering wenst in te leiden op grond van een recht van overgang, vrij om al dan niet vooraf een poging van minnelijke schikking te ondernemen.

Wanneer een vordering, gegrond op een recht van uitweg, niet wordt ingeleid bij verzoekschrift zoals art. 1371*bis* Ger.W. het voorschrijft, maar bij dagvaarding of bij proces-verbaal van vrijwillige verschijning, zal dit niettemin de vordering niet ontoelaatbaar maken.

Art. 1371*bis* Ger.W. schrijft het verzoekschrift immers niet op straffe van nietigheid voor (art. 860 Ger.W.) en de dagvaarding is de gemeenrechtelijke wijze van inleiding (art. 700 Ger.W.), terwijl het proces-verbaal van vrijwillige verschijning de dagvaarding vervangt (art. 706 Ger.W.), zodat er geen sanctie bestaat in geval van inleiding bij dagvaarding of bij proces-verbaal van vrijwillige verschijning.

De procedure dient evenwel genormaliseerd te worden door bij vonnis alvorens recht te doen een plaatsopneming te bevelen, al dan niet met technische bijstand van een deskundige (artt. 1007 en 985 Ger.W.).

Dit kan echter niet gezegd worden van een vordering gegrond op een recht van overgang dat zou ingeleid worden bij verzoekschrift in plaats van bij dagvaarding.

Art. 700 Ger.W. bepaalt immers dat hoofdvorderingen bij dagvaarding voor de rechter worden gebracht, zodat het inleiden bij verzoekschrift slechts mogelijk is in de gevallen waarin bijzondere wetbepalingen het in die procedure voorzien.

Hoewel sommige auteurs van oordeel zijn dat een overtreding van dit algemeen beginsel van ons procesrecht niet gesanctioneerd wordt, omdat art. 700 Ger.W. niet uitdrukkelijk op straffe van nietigheid gesteld is, menen wij toch dat een dergelijke vordering, op grond van de artikelen 43, 702 en 862 Ger.W. niet toelaatbaar is omdat geen ministeriële ambtenaar (gerechtsdeurwaarder) is opgetreden (*contra*: Fettweis, A., *Manuel de procédure civile*, Luik, 1985, p. 151, nr. 172; Hubert, M.-F., noot onder *Rb. Luik*, 24 november 1983, *Jur.Liège*, 1984, 70).

Patrick G. Daenens
Assistent V.U.B.

Het Bigwood-probleem is wel degelijk opgelost

1. Op 26 juni 1990 velde het Hof van Beroep te Brussel een belangwekkend arrest waarbij het tot de conclusie kwam dat het Italiaanse recht een vorm van echtscheiding door onderlinge toestemming kent (*R.W.*, 1990-91, 1129, noot Verbeke, T. Not., 1991, 232, noot Bouckaert). Naar aanleiding van dit arrest verscheen in dit tijdschrift een bijdrage onder de titel: Het Bigwood-probleem opgelost: ook het Italiaans recht kent een vorm van echtscheiding door onderlinge toestemming (Verbeke, *R.W.*, 1990-91, 1116-1120).

Het is mij opgevallen dat sommigen uit dit arrest afleiden dat een Italiaanse echtgenoot, ook buiten het toepassingsgebied van de Wet Rolin, volledig volgens het Belgische recht kan scheiden door onderlinge toestemming. Een dergelijke gevolgtrekking is echter onjuist. Zij verwart de vraag naar de toelaatbaarheid van een bepaalde echtscheidings-

vorm met die naar de grondvoorwaarden van deze echtscheidingsvorm.

2. Het Bigwood-probleem betreft enkel de vraag naar de *toelaatbaarheid* van een bepaald echtscheidingsstype, namelijk de echtscheiding door onderlinge toestemming, in het Italiaanse recht. Uitsluitend dit probleem kwam in het arrest Bigwood van 14 december 1978 aan bod (Cass., 14 december 1978, *R.W.*, 1978-79, 2023, noot Erauw, *Pas.*, 1979, I, 445, *J.T.*, 1979, 356, noot Fallon, *R.C.J.B.*, 1979, 111, noot Rigaux, *Rev.Trim.Dr.Fam.*, 1979, 167, noot Vander Elst).

De toepassing van de negatieve cumulatieregel op grond van artikel 3, derde lid, B.W., zoals voorgeschreven door de arresten Rossi, leidde in het arrest Bigwood tot de conclusie dat vreemde echtgenoten waarvan een de Italiaanse nationaliteit bezat, niet door onderlinge toestemming uit de echt konden scheiden doordat men – ten onrechte – oordeelde dat het Italiaanse recht die echtscheidingsvorm niet kende (Verbeke, *o.c.*, *R.W.*, 1990-91, 1117-1118, nrs. 3-4, en de verwijzingen aldaar).

Het betrokken arrest van het Hof van Beroep te Brussel lost perfect dit (Bigwood-)probleem op, nu het *expressis verbis* beslist dat het Italiaanse recht een vorm van echtscheiding door onderlinge toestemming kent en deze echtscheidingsvorm derhalve *toelaatbaar* is in het Italiaanse recht.

3. Indien vaststaat dat het nationale recht van beide echtgenoten de specifieke echtscheidingsvorm van echtscheiding door onderlinge toestemming toelaat, rijst de vraag welke verwijzingsregel dient te worden gevolgd met betrekking tot de *grondvoorwaarden* voor deze echtscheiding door onderlinge toestemming.

Dit is een andere vraag dan die naar de *toelaatbaarheid* van een bepaalde echtscheidingsvorm, die geheel los staat van het Bigwood-probleem, aangezien zij in het arrest Bigwood niet aan de orde was (De Ceuster, «De echtscheiding en de scheiding van tafel en bed», *Commentaar personen- en familierecht*, Antwerpen, IV, 47, nr. 74). Deze vraag werd evenmin, ook niet impliciet, beantwoord door het arrest van 26 juni 1990 van het Hof van Beroep te Brussel (*contra*: Bouckaert, «Heeft het arrest van het Hof van Beroep te Brussel van 26 juni 1990 het Bigwood-probleem wel volledig opgelost?», *T. Not.*, 1991, 311 in fine). Het middel in hoger beroep betrof immers alleen de *toelaatbaarheid* van de echtscheiding door onderlinge toestemming naar Italiaans recht.

De materieel toepasselijke wet die door de verwijzingsregel betreffende de *toelaatbaarheid* van de echtscheiding door onderlinge toepassing werd aangewezen, dient in beginsel ook de grondvoorwaarden voor de echtscheiding door onderlinge toepassing te beheersen (Erauw, «Overzicht van rechtspraak (1965-1984). Internationaal privaatrecht», *T.P.R.*, 1984, 1378, nr. 71; Lenaerts, «Kroniek van internationaal privaatrecht (1985-1989)», *R.W.*, 1989-90, 915, nr. 22). Slechts de processuele aspecten worden geregeld volgens de *lex fori* (De Ceuster, *o.c.*, 60, nr. 98; zie evenwel p. 47, nr. 74, waar deze auteur erop wijst dat het onvoorspelbaar is «welk collisierechtelijk lot het Hof van Cassatie zal toebedelen aan de gronden van de echtscheiding door onderlinge toestemming»).

Derhalve dient de negatieve cumulatieregel van artikel 3, derde lid, B.W. ook te worden toegepast voor de aanwijzing van het toepasselijke materiële recht inzake de grondvoorwaarden van de echtscheiding door onderlinge toestem-

ming. Aldus zal ook, wat de grondvoorwaarden betreft, de strengste wet dienen te worden toegepast.

4. De echtscheidingsvorm uit het Italiaanse recht die als een echtscheiding door onderlinge toestemming kan worden gekwalificeerd, wordt gekenmerkt door de volgende grondvoorwaarden. De echtgenoten leggen aan de rechtbank een schriftelijk akkoord, dat diverse personele en vermogensrechtelijke aspecten regelt, voor ter homologatie. Deze homologatie van het akkoord vormt een constitutieve voorwaarde. Vanaf de homologatie dienen partijen gescheiden te leven voor een ononderbroken termijn van minstens drie jaar. Na deze periode kan elke echtgenoot de vordering tot echtscheiding instellen (zie Verbeke, *o.c.*, *R.W.*, 1990-91, 1118, nr. 6, en de verwijzingen aldaar).

Dit vóór de aanvang van de termijn van drie jaar feitelijke scheiding door de rechter gehomologeerd akkoord is absoluut noodzakelijk. De feitelijke scheiding zonder medewerking van de rechter geldt immers niet als scheidingsgrond in het Italiaanse recht (Grunsky, *Italianisches Familienrecht*, Frankfurt, 1978, tweede druk, 75). De bekrachtiging van het akkoord tussen de echtgenoten door de rechter is geen louter proceduraal voorschrift, maar een essentiële grondvoorwaarde.

5. Dergelijke door een buitenlandse wet voorgeschreven medewerking van een gerechtelijke overheid kan door de Belgische rechter worden waargenomen, voor zover de rechtbank geen handeling verricht die volledig vreemd is aan zijn normale activiteit (Vanhecke/Lenaerts, *Internationaal privaatrecht*, Brussel, 1989, tweede druk, 58, nrs. 87-88).

Hoewel het toezicht van de rechtbank op de voorafgaande overeenkomsten in het kader van een echtscheiding door onderlinge toestemming naar Belgisch materieel recht uiterst beperkt is (zie Pintens, *Echtscheiding door onderlinge toestemming*, Antwerpen, 1982, 254, nr. 412), en derhalve geringer is dan in het Italiaanse recht (cf. Verbeke, *o.c.*, *R.W.*, 1990-91, 1118, nr. 5), kan worden verdedigd dat de door het Italiaanse recht vereiste bekrachtiging van de overeenkomst tussen echtgenoten door de Belgische rechtbank van eerste aanleg kan worden verleend, waarna de noodzakelijke termijn van drie jaar feitelijke scheiding een aanvang kan nemen.

Alain Verbeke

Instituut voor Familiaal Vermogensrecht, K.U.Leuven

BOEKEN

Burgerlijk Wetboek, bewerkt door MARIJKE BAX, zesde bijgewerkte druk, Apeldoorn, Maklu Uitgevers, 1991, 482 blz.

Onlangs is er weer een nieuwe editie van het Burgerlijk Wetboek in handig pocketformaat bij Maklu verschenen. De bewerking was ook deze keer van de hand van Marijke Bax, rechter in de Rechtbank van Eerste Aanleg te Antwerpen.

De opgenomen teksten zijn bijgewerkt tot en met het Belgisch Staatsblad van 30 april 1991 en bevatten de sinds de vijfde editie uitgevaardigde wetten van 19 januari 1990 «tot verlaging van de leeftijd van burgerlijke meerderjarigheid tot 18 jaar» (*B.S.*, 30 januari 1990) en van 20 februari 1991, reeds gewijzigd door de wet van 1 maart 1991, «houdende wijziging van de bepalingen van het B.W. inzake huishuur» (*B.S.*, 22 februari 1991 en 2 maart 1991).

Samen met de bepalingen inzake afstamming, adoptie en verlatenverklaring van minderjarigen en de nieuwe pachtwet, bevat dit wetboek dus alle recente wijzigingen van het Burgerlijk Wetboek en is het dus weer helemaal *up to date*.

Naast het Burgerlijk Wetboek zelf, zijn er geen bijzondere wetten op het domein van het burgerlijk recht toegevoegd. Wel werden volledigheidshalve in de bijlagen I, II en III respectievelijk opgenomen het overgangsrecht van de wet van 14 juli 1976 betreffende wederzijdse rechten en verplichtingen van echtgenoten en de huwelijksvermogensstelsels (*B.S.*, 18 september 1976) (de teksten die krachtens deze bepalingen nog gelden, staan cursief gedrukt na art. 1474 van het nieuwe stelsel); het overgangsrecht van de wet van 31 maart 1987 tot wijziging van een aantal bepalingen betreffende de afstamming (*B.S.*, 27 mei 1987) en het overgangsrecht van de wet van 7 november 1988 tot wijziging van de wetgeving betreffende de pacht (*B.S.*, 6 december 1988). De overgangsbepalingen van de nieuwe Woninghuurwet zijn in de tekst van het wetboek zelf opgenomen, en artikel 1752bis *B.W.*, dat bij wijze van overgangsmaatregel voor sommige woninghuurovereenkomsten nog van kracht blijft, staat vermeld na art. 1752. Het artikel in kwestie is, net zoals het geval is bij de overgangsbepalingen i.v.m. het huwelijksvermogensrecht, voor alle duidelijkheid cursief gedrukt en van een kleine uitleg voorzien.

Alle aanvullingen, opheffingen of vervangingen van het Burgerlijk Wetboek sedert de invoering van dit wetboek in België in 1830 staan artikelsgewijs in bijlage IV.

Ten slotte bevat bijlage V een alfabetische trefwoordenregister, dat opzoekingen zeer vergemakkelijkt, wat samen met het handige formaat en de heldere bladspiegel zorgt voor een gebruiksvriendelijk wetboek.

Ann Carette
Assistente U.I.A.

C.J. van ZEBEN en T.A.W. STERK, **Arresten Burgerlijk Recht met annotaties, ten behoeve van het onderwijs**, tiende herziene druk, Zwolle, Tjeenk Willink, 1991, 1532 blz.

Zoals uit de titel van deze arrestenbundel blijkt, werd hij opgevat als caseboek voor Nederlandse rechtsstudenten. Dat had zijn invloed, voornamelijk bij het selecteren van de arresten van de Hoge Raad. De samenstellers legden immers de nadruk op verplichte studiestof van ten minste twee rechtsfaculteiten en op uitspraken die relevant zijn voor de interpretatie van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Ook de keuze van de reproductiewijze werd erdoor bepaald: om de kosten te drukken besloot men tot fotografische overname in offset van de teksten uit de *Nederlandse Jurisprudentie (N.J.)*, die ook de meeste annotatoren levert, en in mindere mate *Administratiefrechtelijke Beslissingen (A.B.)* en *Rechtspraak van de Week (R.v.d.W.)*.

Zo'n benadering heeft haar voordelen: de arresten werden overgenomen, samen met de conclusie van, al naar gelang, de procureur-generaal of de advocaat-generaal; ze zijn bovendien meestal geannoteerd, wat een goede hulp is bij het interpreteren van uitspraken, en op een tweetal pagina's voorin staat een korte handleiding om arresten te «leren» lezen en beter te begrijpen. Schaduwzijde is echter dat door de reproductiewijze drukfouten uit het bronnenmateriaal zijn overgenomen en dat het lettertype nogal klein is, wat bij intense lectuur vermoeit.

Opzoekingen in de bundel kunnen op drie wijzen gebeuren: via het publikatiejaar en het arrestnummer toegekend in de bron waaruit ze afkomstig zijn, die de rangschikking van de arresten in dit boek bepalen; vervolgens is er het chronologisch register met datum van uitspraak, vindplaats in het bronnenmateriaal, de roepnaam van de zaak en waar mogelijk de namen van de partijen en de annotator; ten slotte vindt men in het artikelenregister het relevante wetsartikel, datum van het daarover handelende arrest, vindplaats in de bronnen, namen der partijen en in één zin een korte toelichting bij het onderwerp.

Een trefwoordenregister zit er dus niet bij, wat de gebruiker die niet over gegevens van een specifieke uitspraak beschikt en/of die niet vertrouwd is met de indeling van het Nederlandse Burgerlijk Wetboek, voor problemen stelt. Bovendien zijn de arresten niet naar thema ingedeeld (bv. algemene beginselen, personen- en fa-

milieurecht, zakenrecht...), wat evenmin de bruikbaarheid van deze arrestenverzameling bevoordert.

Ondanks deze praktische beperkingen, blijft dit natuurlijk een prima werkinstrument voor zowel Nederlandse als buitenlandse rechtsstudenten en rechtsbeoefenaren die een goed overzicht wensen te krijgen van de leidinggevende arresten van de Hoge Raad in het domein van het burgerlijk recht.

Ann Carette
Assistente U.I.A.

J.P. WOMACK, D.T. JONES en D. ROOS, **The machine that changed the world**, Rawson Associates, New York, 1990, 323 p/ 22,50 USD

De vaststelling dat de Japanse economie in het algemeen, en de auto-industrie in het bijzonder aan een enorme «boom» toe is, is niet nieuw. Reeds verscheidene jaren trachten economen en specialisten in de industriële verhoudingen uit te maken wat de kern van het Japanse succes uitmaakt. Hierbij wordt dan ook de vraag gesteld naar de mogelijkheid om het Japanse systeem te transfereeren naar een andere, lees Europese of Amerikaanse, context.

De vroegere gedachte dat het Japanse succes grotendeels gebaseerd was op de eigenheid van de Japanse cultuur – en bijgevolg niet overdraagbaar was, wordt thans verlaten. (Zie o.a. R. Florida en M. Kenny, «Organisation vs. culture: Japanese automotive transplants in the US», 2 *Industrial Relations Journal*, 1991, 181-196). Meer en meer wordt de nadruk gelegd op de organisatorische kenmerken van de Japanse economie die als een verklaring van het Japanse succes worden aangevoerd.

Het MIT (Massachusetts Institute of Technology) ondernam een vijf miljoen dollar kostende, vijf jaar durende studie van de auto-industrie, een tak van de economie waar het Japanse succes bijzonder groot is. Het hier besproken boek dat naar aanleiding van de studie werd geschreven en waarin de resultaten ervan worden samengevat, begint met een beschrijving van de Amerikaans-Europese «mass production»-auto-industrie. Fordisme – een productieproces ingevoerd door Ford, gebaseerd op een tot het uiterste doorgedreven opsplitsing van de uit te voeren taken – wordt vergeleken met de ondernemingsorganisatie van de meest efficiënt werkende Japanse autoconstructeurs, de «Lean Enterprise». De onderneming moet «lean» zijn, slank, van alle overbodige ballast ontdaan.

Een belangrijk element van de lean enterprise is het teamwerk. Werknemers doen ervaring op in alle taken waarmee het team te maken krijgt. De opsplitsing van de uit te voeren functies tot uiterst simpele en afstompende door een ander werknemer – wordt vermeden. Het hele systeem is gericht op *kaizen*, de steeds verder gaande verbetering van het productieproces. Wanneer bijvoorbeeld in het productieproces iets fout loopt, wordt niet enkel getracht het foutief geproduceerde zo snel mogelijk te herstellen. Alle betrokken werknemers stellen de «five why's». Door de oorzaak van de fout tot in de vijfde graad te achterhalen tracht men permanent het proces te verbeteren. Dit leidt uiteindelijk tot een productie die kwalitatief veel hoger ligt dan die van de Westeuropese en Amerikaanse producenten. Met lagere kosten wordt sneller een beter produkt afgeleverd. Bovendien krijgt ook de taak van de werknemers hierdoor een interessanter karakter.

De «lean enterprise»-organisatie omvat niet alleen het eigenlijke productieproces. Ook de ontwikkeling van nieuwe producten en de toelevering van onderdelen zijn aan een zelfde organisatorische schema onderworpen. Typierend hierbij is ook de permanente communicatie die tussen de verschillende onderdelen van de onderneming (conceptie van het produkt, productie, verkoop, feed-back...) bestaat. Ook wanneer de onderneming met een onafhankelijke leverancier werkt, dan nog blijft deze vorm van permanente communicatie bestaan. «The system replaces a vicious circle of mistrust with a virtuous circle of cooperation» (p. 150). Deze permanente vorm van communicatie is ook nodig voor de «just-in-time production», waarbij dure, interest kostende inventarissen worden vermeden. Een dergelijke vorm van samenwerking stelt de onderneming in staat rationeler keuzes te maken waarbij kosten en middelen kunnen worden bespaard.

De auteurs van de studie tonen duidelijk aan dat «lean» niet gelijkstaat met Japans. Ze illustreren dit met voorbeelden van Japanse

autoconstructeurs die niet competitief produceren, en door verder aan te tonen dat sommige Amerikaanse ondernemingen reeds succesvol zijn overgeschakeld op deze organisatie- en produktievorm. «It should be clear that 'Japaneseness' of the management and the suppliers is not the issue. Rather, it is how well transplant managers and suppliers understand lean production and how deeply they are committed to making it work» (pp. 273-274). Jammer genoeg, zo stellen de auteurs, is de overgrote meerderheid van de managers die de «lean enterprise»-organisatievorm beheersen en die ervoor gewonnen zijn, nog steeds Japans. Zij pleiten voor de wereldwijde invoering van de lean enterprise, omdat dit, naar zij menen, «combines the best features of both craft production and mass production» (p. 277).

Chris Engels
Postdoctoraal onderzoeker
Instituut voor Arbeidsrecht
K.U.Leuven

F. TULKENS en M. VAN DE KERCHOVE, **Introduction au droit pénal. Aspects juridiques et criminologiques**, E. Story-Scientia, 1991, 426 pp.

De auteurs, Françoise Tulkens en Michel Van de Kerchove, zijn beiden hoogleraar strafrecht en respectievelijk verbonden aan de Université Catholique de Louvain en de Facultés Universitaires Saint-Louis.

Met dit handboek, uitgegeven in de reeks «A la rencontre du droit», willen zij een pretentieloze inleiding geven op de algemene beginselen van het strafrecht. De auteurs volgen hierbij in grote lijnen het schema van de klassieke handboeken.

In het eerste hoofdstuk wordt uitvoerig ingegaan op de onderscheidene opvattingen en stromingen die aan de basis liggen van ons strafwetboek: de klassieke school, de positivisten, de sociologische school en de theorie van het sociaal verweer. De onderscheidene strekkingen worden telkens besproken vanuit hun visie op het misdrijf, de dader, de straf en de procedure. De relatief belangrijke plaats die werd ingeruimd voor het historisch overzicht (100 pp.), werd als een noodzaak gevoeld door de auteurs, niet alleen voor een beter begrip van de huidige tendensen in het strafrecht, maar ook omdat beide disciplines, criminologie en strafrecht, in hun ontwikkelingsgeschiedenis tal van raakpunten vertonen.

Op dezelfde grondige en systematische manier wordt de ontwikkelingsgang van het positieve strafrecht geschetst vanaf het einde van het Ancien Régime (1789) tot aan de totstandkoming van het Belgisch Strafwetboek in 1867.

De geschiedenis van het strafrecht in België in de twintigste eeuw moet nog geschreven worden. Hoewel de opvatting van de protagonisten van het positieve sociaal verweer haar plaats heeft gekregen in het penale landschap en deel uitmaakt van het overheersend klimaat op het penale vlak, dan is er volgens de auteurs toch in nationaal verband een mengeling van aansluiting en tegenstand. Wordt enerzijds het bestaan erkend van psycho-somatische aandoeningen die de vrije wil uitschakelen, dan blijft toch het postulaat van de wilsvrijheid onomstotelijk vastgeankerd in het strafrecht. Naar het woord van P.E. Trousse («La contribution de la Revue de droit pénal aux transformations du droit criminel») ziet de Belgische School niet af van de gedachte van de aansprakelijkheid.

Het moreel ideaal en de betrachtning van een humanistisch begrip omtrent de strafrechtspolitik vormen het sluitstuk van de theorie van het modern sociaal verweer. Zonder op enige manier afbreuk te doen aan het strafrecht blijft het doel de reclasserings van de delinquent. In verband met de plannen tot hervorming van het Strafwetboek opteren de auteurs o.m. voor een uitbreiding tot het bijzonder strafrecht, de strafprocedure en het penitentiaal recht. Tussen de algemene beginselen van het strafrecht, de misdrijven, de strafprocedure en de uitvoering van de straf moet de wetgever een zekere samenhang nastreven.

Of een codificatie nog wenselijk is blijft de vraag («... il peut être paradoxal de concentrer ses efforts sur la codification alors qu'on soutient dans le même moment, que l'avenir se situe dans les alternatives et dans l'élaboration d'un droit pénal à contenu minimal» (p. 102).

Achtereenvolgens behandelen de auteurs de structuur en het karakter van het strafrecht, het geheel van elementen die betrekking hebben op het misdrijf, de dader en ten slotte de straf, het specifiek kenmerk van het strafrecht. Volledigheidshalve wordt hierbij telkens waar nodig verwezen naar het Voorontwerp van Strafwetboek van Koninklijk Commissaris Robert Legros. Hoewel het strafrecht wordt ingedeeld bij het publiek recht, noteren de auteurs toch een tendens tot privatisering bij zekere aspecten van het strafrecht (decriminalisering van het overspel in 1987, toenemende aandacht voor vergoeding van de slachtoffers). Bij de bespreking van de verhouding tussen algemeen en bijzonder strafrecht verwijzen de auteurs bij artikel 100 Sw., waarvan de bestaansreden in zijn huidige vorm ter discussie wordt gesteld na enkele uitspraken van het Arbitragehof.

Er wordt tevens een verruiming vastgesteld van het legaliteitsprincipe «Nulla poena sine lege». De nationale wet ondergaat een dubbele erosie: intern en extern. De internationalisering van het strafrecht en de staatshervorming had een vermenigvuldiging van de bronnen van het strafrecht tot gevolg.

Er is ook een tendens merkbaar om het toepassingsgebied van het strafrecht uit te breiden door verruiming m.b.t. de plaats van het misdrijf. Reeds in 1979 besliste het Hof van Cassatie dat bij uitgifte van cheques zonder dekking de Belgische rechter bevoegd is wanneer de rekening gedomicilieerd is in België. Volgens het voorontwerp van Strafwetboek (1985) wordt een strafbaar feit geacht gepleegd te zijn op het grondgebied van het Koninkrijk wanneer een van de bestanddelen geheel of ten dele in België is gepleegd, wanneer het strafbaar feit dat in het buitenland strafbaar is en gepleegd is, geheel of ten dele in België gevolgen heeft of zou kunnen hebben, en wanneer het strafbaar feit dat in het buitenland is gepleegd, samenhangt met het strafbaar feit gepleegd in België (art. 30).

In verband met de interpretatie van de strafwet wordt nogmaals benadrukt dat de bepalingen die gunstig zijn voor de beklaagde ruim geïnterpreteerd mogen worden, maar twijfel over de betekenis van de wet komt niet noodzakelijk ten gunste van de beklaagde.

De bepaling in artikel 68 van het Voorontwerp van Strafwetboek luidens welke de wettige zelfverdediging zou worden uitgebreid tot de verdediging van goederen, achten de auteurs een gevaarlijke ontwikkeling en derhalve niet wenselijk (p. 209).

Volgens een arrest van het Hof van Cassatie van 10 oktober 1989 (*Pas.*, 1990, I, 167) vereist de schuldigheid uit hoofde van een misdrijf de wetenschap dat het misdrijf begaan is zonder dat verduidelijkt wordt dat de afwezigheid van kennis onoverkomelijk moet zijn om het misdrijf op te heffen. De vraag rijst derhalve of hieruit voor de toekomst moet worden afgeleid dat de dader «niet kan worden veroordeeld als zijn onwetendheid het gevolg is van zijn nalatigheid».

De auteurs stellen vast dat het adagium «Societas delinquere non potest» nog steeds gelding heeft in de rechtspraak, maar noteren hierbij dat de wetgever zelf in het verleden bij herhaling is afgeweken van dit principe (p. 256).

De auteurs opteren ook voor een ingrijpen van de wetgever om het stelsel van de strafbare deelneming te herzien en het principe van de persoonlijke aansprakelijkheid van de deelnemers bij misdrijven met verzwarende omstandigheid in het positief recht in te schrijven (p. 273).

Bij de bespreking van de herhaling wordt verwezen naar het Voorontwerp van Strafwetboek waarbij wordt voorgesteld om de strafbare herhaling te beperken tot misdrijven van hetzelfde type van delinquentie (art. 146).

Bij de bespreking van de bepaling en het karakter van de straf noteren de auteurs dat het niet altijd gemakkelijk is de grens te trekken tussen de straf en een niet-penale maatregel, inzonderheid bij de zgn. gemengde sancties zoals de gemengde boeten bij fiscale strafzaken, waarvan traditioneel wordt aangenomen dat zij niet alleen een repressief maar ook een restitutief karakter vertonen. Hetzelfde met de bijzondere verbeurdverklaring die niet alleen het karakter van een straf maar ook dat van een veiligheidsmaatregel heeft. Dit onderscheid werd recent nog bekrachtigd door het Arbitragehof in een arrest van 23 december 1987 (*B.S.*, 27 januari 1988, p. 1204), dat beslist dat alleen de nationale wetgever bevoegd is om de gevallen en voorwaarden te regelen waarin de bijzondere verbeurdverklaring als straf kan worden uitgesproken. De decreetgever is bevoegd wanneer deze maatregel alleen het karakter heeft van een veiligheidsmaatregel (p. 298).

Dat dit handboek zeer actueel is, moge o.m. blijken uit het feit dat de wet van 9 januari 1991 tot wijziging van de probatiewet nog is opgenomen (p. 337).

Het laatste hoofdstuk heeft betrekking op het strafprocesrecht en zijn raakvlakken met het burgerlijk procesrecht en het strafrecht. Het handboek van de professoren Tulkens en Van de Kerchove bevat benevens tal van voetnoten en wetenschappelijke verwijzingen een trefwoordenregister en een zeer uitvoerige bibliografie. Voor de rechtspractici die zich wensen te recyclen in het strafrecht is *Introduction au droit pénal* een elegante en duurzame gids die een plaats verdient in elke rechtsbibliotheek.

J. Luyckx

J. HOLVAST, J.J.C. KABEL (red.), G. OVERKLEEF-VERBURG, J.H. SNEEP, A.M.C.C. TUBBING, en H.A. VAN DER ZANDEN, **Privacybescherming in de particuliere sector**, in Serie Praktijkhandleidingen, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1991, 87 pp

Bij sommigen roept de automatisering het beeld op van een ongrijpbare macht, een «Big Brother» die iedereen en alles op een afstand beheerst en controleert. Om een oplossing aan dit probleem te geven dienen wettelijke maatregelen te worden genomen, maar bij voorkeur tevens andere vormen van techniekbeheersing waarbij het individu zelf een grotere rol kan spelen.

Dit is wat in Nederland inderdaad gebeurde met de inwerking-treding van de Wet Persoonsregistraties (WPR) van 28 december 1988, die, zoals in het voorstel voor een EG-richtlijn van de Raad betreffende de bescherming van personen in verband met de behandeling van persoonsgegevens trouwens wordt aangemoedigd, de hoofdklemtoon legt op zelfregulering en «civielrechtelijke handhaving».

Wegens de aanzienlijke inbreng die verwacht wordt van de rechts-onderhorigen zelf, met name de houders van bestanden, is een praktische toelichting bij de wet ten behoeve van de bedrijfswereld zeker welkom.

Het studiecentrum voor Internationaal Management organiseerde in mei 1990 een studiedag «Privacybescherming in de praktijk van bedrijven en andere niet-overheidsorganisaties», waarvan het boek *Privacybescherming in de particuliere sector* de neerslag vormt.

Een eerste bijdrage van Jan Holvast («Beheersing van privacy-aantasting») schetst op beknopte wijze hoe de privacy-discussie zich ontwikkelde. In tegenstelling tot de Verenigde Staten, waar deze discussie reeds vanaf 1890 op gang kwam, werd in Nederland pas vanaf 1970 aan privacy daadwerkelijk aandacht besteed door de Nederlandse regering. Dit resulteerde eind 1981 uiteindelijk in o.m. het sinds lang verwachte Ontwerp van Wet op de persoonsregistraties. Ter vergelijking: met het wetsvoorstel van minister Vanderpoorten van 8 april 1976 was België na Zweden, het eerste land in Europa dat ooit ter zake een ontwerp van wet heeft ingediend in het Parlement, wat niet verhindert dat België op dit ogenblik een van de weinige Europese landen is die nog geen wetgeving op de privacy heeft.

De Wet op de persoonsregistraties van 28 december 1988 is, samen met een aantal andere maatregelen, volgens Holvast, het duidelijkste voorbeeld van de «naijnde privacy-beheersing», gericht op de bescherming van de belangen van burgers en uitgeoefend door de overheid die aldus op een bepaalde ontwikkeling reageert.

Kabel behandelt in «De stand van zaken op wetgevingsgebied» allereerst de belangrijkste juridische instrumenten waarmee met betrekking tot de informatiele privacy rekening dient te worden gehouden, namelijk het Verdrag van de Raad van Europa van 28 januari 1981 over de bescherming van de persoonlijke levenssfeer ten aanzien van de geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens en het voorstel van EG-richtlijn tot aanpassing van de wetgeving van de lidstaten met betrekking tot de bescherming van individuen inzake hun persoonsgegevens van 24 september 1990. Slechts in zoverre beide relevant zijn voor het goede begrip van de Nederlandse wet worden zij nader toegelicht. Zo wordt het toepassingsgebied van de Nederlandse wet en het voorstel van richtlijn o.m. vergeleken waar beide de non-profitsector, de zgn. gevoelige gegevens, de exploitatie van persoonsgegevens, enz. betreffen. De vastgestelde verschillen en overeenkomsten zijn, naar de toekomst toe, uiteraard belangrijk, daar de Nederlandse wet ten gevolge van de inwerking-

treding van de richtlijn mogelijk zal aangepast dienen te worden, met name op die punten waar het Nederlandse beschermingsniveau lager ligt dan dat van het ontwerp van richtlijn. Een vanuit een praktisch oogpunt interessante bespreking is verder dat deel van Kabels uiteenzetting over de bij de wet ingestelde informatieplichten van de houders van bestanden.

In de bijdrage van Overkleef-Verburg, «De Registratiekamer: taken, activiteiten en beleid», worden de taak en activiteiten van de Registratiekamer op gedetailleerde wijze beschreven. Zowel de jurist als de niet-jurist zal hier een praktische bespreking aantreffen, die nuttig kan zijn voor zowel de houder van een bestand als de geregistreerde zelf.

Het hoofdstukje «Implementatie van de wet in particuliere bedrijven: algemene problemen» van Tubbing geeft in zes fasen aan hoe de wet praktische vorm kan worden gegeven in de organisatie van een onderneming in de particuliere sector.

Dit kan een interessante aanvulling vormen op de bepalingen van de wet, die weinig toegankelijk is voor de ondernemer die plots geconfronteerd wordt met een nog jonge wetgeving die tal van verplichtingen oplegt en, veel meer dan wat het Belgische wetsontwerp biedt, de nadruk legt op zelfregulering via sectoriële gedragscodes en interne reglementen.

Het daarop volgende hoofdstuk van de hand van Sneepe sluit in feite aan bij Tubbing's bijdrage, nu het de «Voorbereiding op en uitvoering van de Wet Persoonsregistraties» betreft. Ook Sneepe geeft een soort van praktische handleiding aan de ondernemer, waarbij niet onnodig uitgebreid wordt over de technisch-juridische aspecten. Zo wordt o.m. een checklist gegeven aan de hand waarvan een bedrijf de inventarisatie van hoeveel en welke persoonsregistraties aanwezig zijn kan uitvoeren, wat zeker een hulp kan zijn bij de organisatie binnen het bedrijf bij een verantwoorde invoering en handhaving van privacybescherming.

In een laatste hoofdstukje komt van der Zanden, personeelsfunctionaris, aan het woord over zijn praktijkervaring inzake de «Organisatie en werkspraken rond een personeelsinformatiesysteem». Hij legt de klemtoon op de samenwerking met de ondernemingsraad, die een niet te onderschatten rol speelt bij het waarborgen van de privacy van de werknemer.

Elke auteur belicht bijgevolg een of meer aspecten van de bescherming van de privacy in zoverre dit relevant is voor een bedrijf uit de particuliere sector. Ook al worden in het boekje wellicht niet alle problemen, waarmee een bedrijf in dezen geconfronteerd kan worden, belicht – wat overigens ook niet de opzet van de auteurs was –, toch mogen we hopen dat naar aanleiding van de inwerking-treding van ons «wetsontwerp Wathélet» een soortgelijk werk op de markt zal komen, waarvoor het hier besproken boek als voorbeeld kan dienen.

Karen Van Brabant

P.J. STOLK, **De nationale ombudsman**, Studiepockets Staats- en Bestuursrecht nr. 18, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 126 blz.

De ombudsman is een onpartijdig en onafhankelijk ambtsdrager die klachten over wanbestuur onderzoekt en daarover verslag uitbrengt en aanbevelingen doet.

In Nederland werd dit «Hoog College van Staat» op 1 januari 1982 ingevoerd door de inwerkingtreding van de Wet Nationale Ombudsman.

Deze vlot geschreven monografie bevat een uitstekende, selectieve beschrijving van het instituut van de Nationale Ombudsman. Na een algemene inleiding worden achtereenvolgens onderzocht de positie, de opdracht, bevoegdheid en onderzoeksmogelijkheden van de ombudsman, het materieel ombudsrecht en andere, aanverwante klachtregelingen (klachten m.b.t. leden van de rechterlijke macht; de commissies voor de verzoekschriften; de lokale ombudsinstanties).

Opvallend is de aandacht die door de ombudsman wordt besteed aan de termijn waarin de overheid een zaak afhandelt, de informatie aan de burgers en, meer in het algemeen, de correcte bejegening van de burger.

De ombudsman is geen panacee; hij biedt slechts een aanvulling op het stelsel van rechtsbescherming, eventueel «plaatsvervangende» rechtsbescherming.

Het boek van mr. Stolk is een gedegen inleiding, die een snelle kennisneming van de werkzaamheden van de ombudsman in Nederland mogelijk maakt.

L.P.S.

AANGEKONDIGD

P.M. VAN SCHIE, W.W. VAN SMEDEN, C.A. DE KAM, *Hoofdlijnen van het Nederlands belastingrecht voor universitair en hoger beroeps-onderwijs* (vijfde herziene druk), Deventer, Kluwer, 338 p., 55 fl.

M. Tj. BOUWES, *De 13e EG-richtlijn: het openbare bod op aandelen*, Amsterdam, Nibe, 66 p.

A.W. HERINGA, T. ZWART, *De Nederlandse grondwet* (derde, herziene druk), Zwolle, Tjeenk Willink, 304 p., 69 fl.

T.G. TAN, J.M.H.F. TEUNISSEN, F.P.C.L. TONNAER, *Het plan van aanpak op Schiphol* (verslag van de 31e ledenvergadering van de Vereniging voor Milieurecht op 6 juni 1991), Zwolle, Tjeenk Willink, 88 p.

HOF VAN JUSTITIE VAN DE EUROPESE GEMEENSCHAPPEN, *Repertorium van de rechtspraak inzake het gemeenschapsrecht* (twee delen, losbladige uitgave), Luxemburg, eigen uitgave.

R. DE LANGE, *Publiekrechtelijke rechtsvinding*, Zwolle, Tjeenk Willink, 280 p., 57 fl.

H. CASMAN, *Notarieel Familierecht*, Gent, Mys & Breesch, 696 p., 4.750 fr.

M. STORME, *Het proces: weldaad of kwaad?* (Openingsles van de Francquileerstoel 1991), Gent, Mys & Breesch, 22 p., 190 fr.

J. LIEVENS, *De nieuwe vennootschapswet (wet van 18 juli 1991)*, Gent, Mys & Breesch, 188 p., 950 fr.

H. SWENNEN, *Financiële wetgeving 1989-1991*, Gent, Mys & Breesch, 190 p., 950 fr.

E. WYMEERSCH, M. TISON, M. VERPLANCKE, *Wetboek vennootschappen - Code des sociétés*, Gent, Mys & Breesch, 290 p., 950 fr.

A.W. KAASSEN, J.W. VAN ZUNDERT, *Contouren ruimtelijk bestuursrecht* (Monografieën Ruimtelijk Bestuursrecht nr. 1), Zwolle, Tjeenk Willink, 86 p., 37,50 fl.

J.A.M. VAN DEN BRAND, A.W. KLAASSEN, *Het gemeentelijk grond-beleid. Instrumenten voor een integrale aanpak* (Monografieën Ruimtelijk Bestuursrecht nr. 2), Zwolle, Tjeenk Willink, 110 p., 37,50 fl.

J. VELAERS, *De beperkingen van de vrijheid van meningsuiting* (twee delen), Antwerpen/Apeldoorn, Maklu, 908 p., 5.495 fr.

Ph. COLLE (ed.), *De nieuwe reglementering inzake rechtsbijstands-verzekering*, Antwerpen / Apeldoorn, Maklu, 98 p., 695 fr.

E.J. ARKENBOUT, *Handelsnamen en merken*, Zwolle, Tjeenk Willink, 330 p., 65 fl.

A.A.M. ORIE, J.G. VAN DER MEIJ, A.M.G. SMIT, *Internationaal strafrecht* (tweede geheel herziene druk), Zwolle, Tjeenk Willink, 202 p., 47,50 fl.

G. COX, M. WEYNS, *Arbeidsovereenkomstengids*, Antwerpen, Kluwer, 432 p., 945 fr.

A.W. HERINGA, A.K. KOEKKOEK, L. MULDER, *Gelijk behandelen. Commentaren op het voorstel Algemene wet gelijke behandeling* (Publicaties van de Staatsrechtkring nr. 2), Zwolle, Tjeenk Willink, 98 p., 37,50 fl.

F.H.A. ARISZ (red.), *Beroepsaansprakelijkheid. Recht op een scheve schaats* (Congresbundel - Jonge Balie congres 1991), Zwolle, Tjeenk Willink, 170 p., 46 fl.

Op de vergadering zullen de preadviezen worden besproken van drs. G. Overkleef-Verburg: "Privacy en persoonsregistratie in Europees perspectief" en van prof. mr. A.H. de Wild: "Juridische databanken, rechtsinformatica en rechtsvergelijking".

Inlichtingen: mr. G.J.W. Steenhoff, Molengraaff Instituut, Nobelstraat 2A, 3512 EN Utrecht (tel. 030-393153).

Symposium «Cross-border consumer complaints» te Utrecht

Het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht organiseert op 15 april 1992 een symposium met als thema «Cross-border consumer complaints».

Inlichtingen: mr. C.A. Joustra, Molengraaff Instituut voor Privaatrecht, Nobelstraat 2A, 3512 EN Utrecht (tel. 30-392685).

Studiedag «De nieuwe politiewetgeving in België»

Het Instituut voor Strafrecht van de K.U.Leuven organiseert op 24 april 1992 in het Auditorium Zeger van Hee, Tiensestraat 41, Leuven, een studiedag over «De nieuwe politiewetgeving in België», met o.m. de volgende bijdragen:

- Een nieuwe wetgeving: een nieuw bestel? door prof. C. Fijnaut (K.U.Leuven).
- De vernieuwing van de wetgeving inzake de rijkswacht door de heer W. Bruggeman (Generale Staf Rijkswacht).
- De vernieuwing van de wetgeving inzake de gemeentepolitie door de heer A. Craen (Politie Genk).
- De vernieuwing van de wetgeving inzake de gerechtelijke politie door de heer Chr. De Vroom (Commissariaat-Generaal voor de Gerechtelijke Politie).
- De regeling van het externe toezicht op de politiediensten: een staatsrechtelijke analyse door prof. L.P. Suetens (K.U.Leuven).
- De regeling van het externe toezicht op de politiediensten in het licht van de regeling en de praktijk te Amsterdam door prof. T. Schalken (V.U.Amsterdam).
- De (komende) wetgeving op het politieambt: naar een autonoom politierecht? door prof. F. Hutsebaut (K.U.Leuven).
- De (vertrouwelijke) regeling van het proactieve gerechtelijke politietoetreden door de heer Chr. De Valkeneer (U.C.L.).
- De regeling van de identiteitscontroles, de fouillering en het zoekingsrecht in het wetsontwerp op het politieambt door de heren L. Arnou en Chr. D'Haese (K.U.Leuven).
- De regeling van de bestuurlijke aanhouding in het wetsontwerp op het politieambt in relatie tot de regeling van de gerechtelijke aanhouding door de heer S. Eeckhout (Politie Kortrijk).
- De regeling op het gebruik van geweld en (vuur)wapens in het wetsontwerp op het politieambt door de heer P. Luybaers (Inspectie-Generaal Rijkswacht).

Inlichtingen: mevr. A. Vereecken, Instituut voor Strafrecht, Hooverplein 10, 3000 Leuven (tel. 016/28.52.11; 016/28.53.27).

Universiteit Gent - Vacature

Bij het Seminarie voor Privaatrechtelijk Procesrecht is een mandaat vacant van wetenschappelijk medewerker (50%) voor een periode van een jaar. Deze licentiaat in de rechten zal instaan voor het aanleggen van documentatie over het gerechtelijk recht. Inzicht in de structuur van het gerechtelijk recht en in informatica zijn daarom wenselijk.

Kandidaten met een goede (passieve) kennis van de Franse taal en zin voor analyse, worden verzocht hun kandidatuur (met handgeschreven C.V.) te richten aan prof. dr. M. Storme, Seminarie voor Privaatrechtelijk Procesrecht, Universiteitstraat 4, 9000 Gent, voor 20 december 1991.

MEDEDELINGEN

Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking - Jaarvergadering

De jaarvergadering van de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking vindt plaats op 19 december 1991 in het Academiegebouw, Domplein 24 te Utrecht.