

NIEUW GELUID – NIEUWE LENTE ?

*Rede uitgesproken op de plechtige openingzitting van het Hof van Beroep te Antwerpen op 2 september 1991
door mevrouw de advocaat-generaal J. Van Leuven*

Artikel 351 van het Gerechtelijk Wetboek, zoals het gewijzigd is door het enig artikel van de wet van 16 juli 1980 ¹, luidt :

«Het Hof van Cassatie en de hoven van beroep komen ieder jaar na de vakantie in algemene en openbare vergadering bijeen. (...)»

De procureur-generaal bij het hof van beroep geeft aan hoe binnen het rechtsgebied recht is gesproken en wijst op de misbruiken die hij heeft vastgesteld. Bovendien kan hij, indien hij zulks nuttig acht, een rede houden over een bij die gelegenheid passend onderwerp. Hij kan één van de advocaten-generaal opdragen deze rede te houden.»

Deze laatste zin verklaart de redenen waarom ik heden voor uw Hof de gelegenheid krijg in algemene en openbare zitting het woord te voeren.

De wet van 16 juli 1980 maakte het houden van de rede voor de Hoven van Beroep facultatief en maakte een einde aan een zeer lange traditie die teruggaat tot het decreet van 6 juli 1810 ².

De memorie van toelichting van voormelde wet wijst er evenwel op dat de taken van de rechterlijke overheid in omvang toenemen en de voorbereiding van de openingsrede bijkomend werk vergt waarvan het nut thans minder vanzelfsprekend blijkt dan in het verleden ³.

De universiteiten beleven immers een opmerkelijke ontwikkeling naar aantal en omvang van de wetenschappelijke studie van belangrijke rechtsproblemen, die een niet onaanzienlijke bijdrage vormt in de ontwikkeling van het recht.

In het verslag namens de commissie voor de Justitie van de Senaat met betrekking tot deze wet uitgebracht door senator R. Lallemand wordt nochtans betreurd dat de (parquet)magistraten, die hoe langer hoe meer taken te vervullen hebben, worden ontheven van hetgeen genoemd wordt die traditionele bezinningsplicht ⁴.

Een strenge censor had die teruggang scherp op de korrel kunnen nemen. Hij had tegen de moedeloosheid bij de magistraten kunnen uitvaren en erop wijzen dat te veel tijd besteed aan administratief werk de lust tot bezinning op fundamentele problemen afstompt.

Indien het een betreurenswaardige realiteit is dat de parquet-magistraat een groot gedeelte van zijn werktijd dient te besteden aan administratief werk, ligt dit aan een onvol-

doende bezetting van het administratief personeel ⁵, waarbij bovendien niet voldoende geijverd wordt voor een aangepaste scholing om onder meer bepaald administratief werk op efficiënte wijze, en daarmee bedoel ik met het gebruik van de moderne technische hulpmiddelen, uit te voeren.

Ongelooflijk maar waar is trouwens dat tot voor kort, toen de computer zijn schuchtere intrede deed in de gerechtelijke administratie, zij het dan nog en tot op heden overwegend voor het gebruik als tekstverwerker of geperfectioneerde schrijfmachine, het enige verschil met de tijd van de zwerige ganzeveer lag in het gebruik van de schrijfmachine, gevolgd door het fotokopieertoestel.

Dit alles in een tijdperk waarin zelfs een kleine onderneming in de particuliere sector haar boekhouding verwerkt heeft in computerbestanden en het gebruik van de computer in de dagelijkse activiteit niet meer weg te denken is.

Kenmerkend is dat, naar aanleiding van de vraag nr. 30 van senator Didden van 17 april 1991, onder meer naar het aantal informatici onder het statutair rijkspersoneel, aan het licht kwam dat het Ministerie van Justitie slechts over zes informatici beschikt ⁶.

Een stap in de goede richting is wel dat vanuit de studiedienst van dit ministerie thans aandacht besteed wordt aan de permanente vorming op het gebied van de informatica en dat op de begroting van 1991 een bescheiden krediet uitgetrokken werd ten behoeve van informaticacursussen.

Inmiddels heeft de wetgever in de wet betreffende de voorlopige hechtenis van 20 juli 1990, artikel 22, de «faxpost» als middel van berichtgeving ontdekt ⁷.

Het gebruik van de faxpost in voormelde wet is een vernieuwing die een bijkomende waarborg inhoudt met betrekking tot de ontvangst van het bericht, daar de datum en het uur van de aankomst aldus wordt genoteerd ⁸.

Als verantwoording werd in de Senaat opgemerkt dat in sommige gevallen het risico bestaat dat een bij aangetekende brief verstuurd bericht de geadresseerde te laat bereikt. Bovendien was het van belang een modern communicatiemiddel dat, buiten het voordeel snel te zijn, het werk van de griffies kan vergemakkelijken, wettelijk te bekrachtigen ⁹.

⁵ DUMON, F., «Quo vadimus», rede uitgesproken op de plechtige openingzitting van het Hof van Cassatie op 1 september 1980, *R.W.*, 1980-81, (1051), 1017-1052.

⁶ *Vr. en Antw., Senaat*, 1990-91, 14 mei 1991, 1338 (Vr. nr. 30 Didden). Thans is het aantal informatici gebracht op zeven ingevolge K.B. 13 mei 1991, *B.S.*, 4 juli 1991.

⁷ Wet 20 juli 1990 betreffende de voorlopige hechtenis, *B.S.*, 14 augustus 1990.

⁸ *Circ. nr. 37/90*, goedgekeurd door het College van de procureurs-generaal, dd. 26 november 1990, nr. 112.

⁹ Ontwerp van wet tot wijziging van de wet van 20 april 1874 betreffende de voorlopige hechtenis, verslag namens de commissie voor de Justitie uitgebracht door de heer G. Arts, *Gedr.St., Senaat*, 1989-90, verslag 683/2, (1988-89), 27.

¹ Wet 16 juli 1980, *B.S.*, 26 juli 1980.

² *Pand. B.*, v° «Mercuriale (Discours)», 686.

³ Wetsontwerp tot wijziging van artikel 351 van het Gerechtelijk Wetboek, memorie van toelichting, *Gedr.St., Kamer*, 1979-80, nr. 382/1.

⁴ Ontwerp van wet tot wijziging van artikel 351 van het Gerechtelijk Wetboek, verslag namens de commissie voor de Justitie, *Gedr.St., Senaat*, 1979-80, nr. 360/2.

Voorlopig zal binnen de parketdiensten de verwerking van de gegevens volgens de moderne technologie afhangen van het initiatief en de inzet van enkele witte raven die moeite noch inspanning sparen om enige tred te kunnen houden met de immer voortschrijdende ontwikkelingen.

Moedeloosheid bij de parketmagistraten, ja voorzeker, en niet alleen wegens het vele administratieve werk maar ook omdat men meestal om budgettaire redenen niet kan inwilligen wat nochtans de gerechtvaardigde eisen van de magistratuur zijn. Moedeloosheid ook van de magistraten en de politionele diensten wegens het – vaak in verband met de penitentiaire bevolking – gevoerde strafuitvoeringsbeleid dat de rechtshandhaving ernstig op de helling kan brengen. Elke kritiek – hoe terecht ook – mag ons nochtans niet doen vergeten dat wij op de vooravond van het jaar 2000 het uitzonderlijk geluk genieten te leven en te kunnen werken in een toch welvarend en vreedzaam land.

Ik ga nu spreken over enkele onderwerpen die niet alleen actueel maar tevens toekomstgericht zijn en die ik als volgt heb gerubriceerd: 1) de verplichting de straf te motiveren; 2) het opsporings- en gerechtelijk onderzoek; 3) voorbeelden van onvolledige en/of onduidelijke wetgeving; 4) ook het recht ontkomt niet aan het fenomeen van de inflatie en eigentijdse technieken; 5) het almaar groeiend hanteren van het recht van genade; 6) vervanging van vrijheidsberoving door alternatieve maatregelen in het kader van de voorlopige hechtenis; 7) de vergoeding voor onwerkzame voorlopige hechtenis; 8) uitbreiding van het begrip «goede zeden» van artikel 383 van het Strafwetboek naar «nodeloos en overdreven geweld»; 9) de gekwalificeerde onthouding; 10) het derdenverzet voor de strafrechtbanken: geen alledaags verschijnsel; 11) het Belgisch Bistel-syndroom.

De verplichting de straf te motiveren

De wet van 27 april 1987 voerde in het Wetboek van Strafvordering voor de rechter in correctionele zaken de verplichting in om nauwkeurig, maar op een wijze die beknopt mag zijn, de keuze van de uitgesproken straf of maatregel te motiveren en bovendien voor elke uitgesproken straf zijn min of meer strenge straftoemeting te rechtvaardigen¹⁰.

Deze wet houdt geen verscherping in van de motiveringsverplichting die aan de rechter is opgelegd met betrekking tot het al dan niet bewezen zijn van het ten laste gelegde feit, noch met betrekking tot de strafbaarheid ervan, noch ten opzichte van de schuld en de strafbaarheid van de dader. Zij komt wel tegemoet aan de wens van diegenen die ernaar streven dat de rechter, nadat hij zijn vonnis wettig en overeenkomstig artikel 97 van de Grondwet gemotiveerd heeft, zijn beslissing vanuit een criminologisch oogpunt nader toe-

licht¹¹. De politierechter, die toch vrij zware gevangenisstraffen en dito geldboeten bij de toepassing van het bijzondere strafrecht kan opleggen, moet alleen wanneer een rijverbod wordt uitgesproken, de keuze en de duur van die bijkomende straf rechtvaardigen¹².

Voordien was reeds vereist dat, om een definitief rijverbod wegens lichamelijke ongeschiktheid op te leggen, moest worden vastgesteld dat de ongeschiktheid blijvend blijkt te zullen zijn¹³.

Het is bij een gelegenheid als deze wellicht niet overbodig de bedoeling van de wetgever, uitgedrukt in de memorie van toelichting van 20 mei 1983, in herinnering te brengen¹⁴. Als uitgangspunt nam men de belangrijkste strekkingen in de hedendaagse hervormingen van het strafrecht, te weten de bevordering van de individualisering van de straf en het zoeken naar vervangingsstraffen omdat de gevangenisstraf door sommige penalisten als een mislukking werd ervaren.

De individualisering van de straf achtte de wetgever niet zonder bezwaren omdat de beoordelingsbevoegdheid van de rechter daardoor zou worden vergroot en dus mogelijk ook het willekeurige gevoel bij de rechtsonderhorigen.

De bijzondere motiveringsplicht is aldus in de bedoeling van de wetgever een middel om het gevaar van willekeur te voorkomen zonder de keuze van de rechter bij de straftoemeting te beperken en om de rechter ertoe te brengen zich in elk bijzonder geval daadwerkelijk te bezinnen over de aanwending van de straf of de maatregel.

De wetgever drukte bovendien de hoop uit dat het vereiste van motivering van korte gevangenisstraffen de rechtbanken ertoe zou aanzetten deze straffen uit te spreken in de zeldzame gevallen waarin ze werkelijk verantwoord zijn.

Het probleem van de korte gevangenisstraffen is niet nieuw. Reeds in de vorige eeuw stond dit probleem op de agenda van internationale congressen en sindsdien werd er regelmatig opnieuw over gediscussieerd¹⁵.

Ook in ons land bleef het probleem van de korte gevangenisstraffen een permanent gegeven, niet alleen in de doctrine¹⁶, maar ook in het concrete strafrechtsbeleid met de systematische niet-uitvoering van korte gevangenisstraffen, de mogelijkheid van weekindarresten en beperkte hechtenis evenals de halve vrijheid.

Op het niveau van de wetgeving kwam die bezorgdheid tot uiting in het stelsel van de voorwaardelijke veroordeling,

¹¹ DE SMET, A., «Heeft ook bij ons het nieuwe strafrecht de wind in de zeilen?», rede uitgesproken op 1 september 1986 voor het Hof van Beroep te Gent, *R.W.*, 1986-87, (705), 733.

¹² DE SWAEF, M., «De motivering van de straftoemeting», *R.W.*, 1990-91, 1200.

¹³ Cass., 20 november 1985, *A.C.*, 1985-86, nr. 403.

¹⁴ Wetsontwerp in verband met de motivering van de straffen, tot wijziging van artikel 195 van het Wetboek van Strafvordering en van artikel 207 van de Rechtspleging bij de Landmacht, memorie van toelichting, *Gedr.St., Kamer*, 1982-83, nr. 668/1.

¹⁵ ELIAERTS, C., en SNACKEN, S., «De toepassing van de korte gevangenisstraf: een straatje zonder eind?», *Panopticon*, 1982, 5-20.

¹⁶ BEKAERT, H., CORNIL, P., e.a., «Les courtes peines de prison», *R.D.P.*, 1939, 358, 462, 568, 674, 891, 927; VAN HONSTÉ, V., «Politique criminelle et sanctions patrimoniales», *R.D.P.*, 1975-76, 407-453.

¹⁰ SACE, J., «La loi belge du 27 avril 1987 sur la motivation des peines», *R.D.P.*, 1987, 961-965; CLOSE, F., «La loi du 27 avril sur la motivation des peines», *J.L.M.B.*, 1987, 1405-1417; DUPONT, L., *Een minicommentaar bij de wet van 27 april 1987 in verband met de motivering van de straffen*, in Interuniversitaire reeks Criminologie en Strafwetenschappen, deel 15, Actuele problemen van strafrecht, XIVe Postuniversitaire Cyclus, Willy Delva, 1987-88, DE NAUW, A., D'HAENENS, J., en STORME, M. (red.), Antwerpen, Kluwer, Arnhem, Gouda Quint, 1988, 506-530; BERKVEN, J.M., «Motivering bij de strafvorming: een (straf)maat voor niets?», *Panopticon*, 1984, 89-92.

later verruimd door de wet op de opschorting, het uitstel en de probatie ¹⁷.

De koninklijke commissaris voor de herziening van het Strafwetboek, R. Legros, stelde in zijn voorontwerp voor een nieuw Strafwetboek voor om gevangenisstraffen tot zes maanden af te schaffen en door alternatieven te vervangen ¹⁸.

Tijdens de bespreking van de wet van 9 januari 1991 betreffende de uitwissing van veroordelingen en het herstel in eer en rechten in strafzaken drukte men de wens uit de gevangenisstraf beneden de zes maanden zonder meer af te schaffen ¹⁹. Uit het straftoemetingsonderzoek dat tussen 1980 en 1983 gezamenlijk door de K.U. Leuven en de V.U. Brussel uitgevoerd werd bij een groep correctionele rechters in het Nederlandstalige landsgedeelte van België, bleek dat de modale rechter nogal afkerig staat tegenover de korte effectieve gevangenisstraf, en ze in de regel slechts zal uitspreken, wanneer het juridisch niet anders kan, wanneer het de delinquent geen kwaad meer kan doen omdat de sanctie reeds in het kader van de voorlopige hechtenis is uitgevoerd, of wanneer hij er een therapeutisch schokeffect van verwacht op de dader. De rechter verzet zich evenwel met klem tegen elke vermindering van zijn vrijheid tot straftoemeting, zoals die welke zou voortvloeien uit officiële richtlijnen voor straftoemeting ²⁰.

Ten slotte meende de wetgever dat de bijzondere motivering van wezenlijk belang is voor de tenuitvoerlegging van de straf. De bestuurlijke overheden van de strafinrichtingen, zo argumenteerde de wetgever, zullen rechtstreeks en uitdrukkelijk kennis hebben van de werkelijke motivering van de straf en de rechter zal zich door het verstrekken van aanwijzingen die hij dienstig acht in verband met de tenuitvoerlegging van de straf, meer betrokken voelen bij dit fundamenteel gedeelte van het strafstelsel ²¹.

Of voorts nog de inhoud van de bijzondere motiveringsplicht werkelijk zo'n invloed heeft op de tenuitvoerlegging van de straffen valt wel te betwijfelen. De tenuitvoerlegging van de straffen verloopt in de praktijk immers over verschillende fasen en wordt overwegend beïnvloed door een verscheidenheid van elementen buiten de gegevens van de strafrechtelijke beslissing.

Dit kan mijns inziens treffend geïllustreerd worden door het stelsel van de voorwaardelijke invrijheidstelling. De voorwaardelijke invrijheidstelling van de gedetineerde is een uitvoeringsmodaliteit van de vrijheidsstraffen, bestaande in het vervroegd vrijlaten van een veroordeelde op voorwaarde dat, gedurende een proeftijd, zijn gedrag niet te wensen zal

overlaten en hij de hem opgelegde voorwaarden zal nakomen.

Sinds haar ontstaan ²² zijn aan de voorwaardelijke invrijheidstelling verschillende ratio's toegeschreven: zij werd en wordt beschouwd als een instrument van gedragsbeïnvloeding in de gevangenis, als een instrument tot individualisering, en als een instrument van resocialisatie.

Het laatste decennium zijn er evenwel stemmen opgegaan om de voorwaardelijke invrijheidstelling, die een gunst is en geen recht, zoveel mogelijk om te zetten in een recht, onverminderd de mogelijkheid om de voorwaardelijke invrijheidstelling – onder rechterlijke controle – uit te stellen op grond van gedragswetenschappelijke tegenindicaties ²³.

In de praktijk worden voorstellen tot voorwaardelijke invrijheidstelling gedaan wanneer de penitentiaire administratie van oordeel is dat een langer verblijf in de inrichting geen zin meer heeft omdat de gedetineerde zich meer bewust geworden is van zijn verantwoordelijkheid en vooral omdat de vooruitzichten op zijn wederaanpassing in de maatschappij (zijn opvang- en huisvestingsmogelijkheden en zijn bestaansmiddelen) gunstig zijn. Ook hier kan de parketmagistraat, die in zijn niet-bindend advies wel zal wijzen op de ernst van de gepleegde feiten en op het veroorzaakte maatschappelijke leed, zich niet van de indruk ontdoen dat weerom het probleem van de penitentiaire overbevolking medebepalend is.

De praktijk van enkele jaren heeft reeds aangetoond dat de bezwaren die tegen de bijzondere motiveringsplicht werden ingebracht, genuanceerd moeten worden benaderd.

De bijzondere motiveringsplicht heeft zeker de gerechtelijke achterstand niet vergroot. Een omzichtige benadering is wel gewenst wat de vrees voor het aanwenden van stereotiepe formules betreft.

Voor vele zaken komt de bijzondere motiveringsplicht neer op een min of meer uitvoerige omschrijving van de al dan niet ernstige aard van de strafbare feiten en de weerslag daarvan op het maatschappelijke leven. Ook de persoonlijkheid van de dader en zijn strafrechtelijk verleden of het ontbreken ervan worden daarbij in aanmerking genomen.

Uw Hof heeft reeds herhaaldelijk in arresten gezegd dat ten onrechte gevonnist werd dat de keuze en de maat van de aan de beklaagde opgelegde straf mede verantwoord wordt door een verwijzing naar de wijze waarop deze zijn onschuld staande heeft gehouden; aan de beklaagde mag immers het recht niet ontzegd worden om zijn verdediging op te bouwen zoals hij zelf oordeelt dit te moeten doen.

Het valt weliswaar niet te ontkennen dat voor bepaalde zaken, wegens hun aard, de bijzondere motiveringsplicht noodzakelijkerwijs enigszins vervalt in een stereotiepe formulering, hetgeen beslist niet inhoudt dat de strafkeuze en de strafmaat lukraak zouden zijn bepaald.

Voorzeker zullen de daders streven naar het ontsnappen aan de straf, minstens naar de reductie ervan tot het mini-

¹⁷ Wet 29 juni 1964, B.S., 17 juli 1964.

¹⁸ Voorontwerp van Strafwetboek, 1986, 164.

¹⁹ Voorstel van wet tot wijziging van de artikelen 619, 626 en 627 Wetboek van Strafvordering betreffende de uitwissing van veroordelingen en het herstel in eer en rechten in strafzaken, verslag namens de commissie voor de Justitie uitgebracht door de heer G. Verhaegen, *Gedr.St., Senaat*, 1990-91, Verslag, 905/2, (1989-90), 4.

²⁰ PEETERS, E., «Een straftoemetingsonderzoek bij de correctionele rechter», *Panopticon*, 1988, 38-62.

²¹ Zie daarover MATTHIJS, J., «Het betrekken van de rechter bij de tenuitvoerlegging van de vrijheidsstraf», rede uitgesproken voor het Hof van Beroep te Gent op 2 september 1974, *R.W.*, 1974-75, 193-244.

²² Wet 31 mei 1888, B.S., 3 juni 1888.

²³ DUPONT, L., en VERSTRAETEN, R., «Handboek Belgisch Strafrecht», Leuven, Acco, 1990, nr. 1107. Zie ook NEYS A., en PETERS, T., «De voorwaardelijke invrijheidstelling gekneld tussen individualisering en rechtspositieregeling», *Panopticon*, 1988, 378-387.

mum. Aan een minutieus omschreven motivering zullen heel wat daders wellicht geen boodschap hebben.

Deze bedenking mag uiteraard niet beletten dat een rechtspraak die op efficiënte wijze het juiste evenwicht nastreeft tussen de bescherming van de maatschappij en de bestraffing van de dader, haar beslissing klaar en duidelijk moet motiveren. De rechter die toelichtingen verstrekt in zijn vonnis en zijn keuze verantwoordt, zal in onze bij uitstek op informatie beluste maatschappij gezag afdwingen.

Sedert enkele jaren zijn het merendeel van de correctionele rechters van het ambtsgebied van uw Hof resoluut afgestapt van de wijze waarop vroeger in correctionele zaken werd gevonnist. Hun vonnissen bevatten een degelijke motivering betreffende het al dan niet bewezen zijn van de feiten alsmede van de juridische aspecten ervan.

De in eerste aanleg eveneens recent ontstane gewoonte van de verdediging om voor de strafrechter conclusie te nemen – een lovenswaardige gewoonte op voorwaarde dat de conclusie duidelijk, bondig en ter zake dienend is – zal daar zeker niet vreemd aan zijn.

Het Hof van Cassatie heeft, zoals hierna zal blijken, het de rechter tot op heden niet al te moeilijk gemaakt. De rechter voldoet aan de bijzondere motiveringsplicht wanneer hij verwijst naar de feitelijke omstandigheden van het misdrijf²⁴. Hij doet dit niet wanneer hij naast de verplichte straf een bijkomende straf oplegt zonder de reden hiervan te vermelden²⁵.

Wanneer de rechter de wettelijke minimumstraf oplegt hoeft hij de reden daarvan niet op te geven²⁶.

Het arrest dat de door de eerste rechter uitgesproken gevangenisstraf verzwart op de nauwkeurig aangegeven gronden dat de opgelegde straf niet zwaar genoeg is, vermeldt daardoor de redenen waarom de appelrechters die straf hebben opgelegd²⁷.

De bijzondere motiveringsplicht van artikel 195 van het Wetboek van Strafvordering heeft geen betrekking op het al dan niet verlenen van uitstel van uitvoering van de straf²⁸.

Als de feiten waaraan de beklaagde schuldig is verklaard, strafbaar zijn gesteld met gevangenisstraf en geldboete of met een van die straffen en de rechter de beklaagde slechts veroordeelt tot een geldboete, heeft hij de voor de beklaagde gunstigste keuze van straf gedaan en dient hij die keuze niet nader te rechtvaardigen²⁹.

De motivering van de straftoemeting is slechts één aspect van de strafrechtelijke beslissing die de resultante is van een complex geheel dat tot stand gekomen is door de vereniging van meerdere factoren³⁰.

Het opsporings- en gerechtelijk onderzoek

Het basisdocument dat de strafrechtelijke besluitvorming schraagt is het onderzoek, namelijk het opsporings- en/of gerechtelijk vooronderzoek.

In het bestek van deze rede is het niet de bedoeling een overzicht te geven van de opbouw van zulk een onderzoek³¹, maar zowel voor de rechter en voor het openbaar ministerie als voor de verdediging het primordiaal belang van een zo volledig en duidelijk mogelijk onderzoek te onderstrepen.

Het lijkt mij in deze context dan ook aangewezen te pleiten voor een degelijkere bijstand van ervaren parketmagistraten aan hun jongere collega's, die meestal belast worden met de zo belangrijke taak van het bijeenbrengen van de gegevens waarop de strafrechter zal moeten oordelen.

Het samenstellen van het strafdossier vergt immers een grondige juridische kennis en een doelmatig doorzicht in de menselijke gedragingen, die pas na jaren praktijk en voortdurende herbronning gestalte kunnen krijgen.

Het openbaar ministerie in eerste aanleg en de onderzoeksrechter, zo hij geadieerd is³², dragen bij het verschaffen van deze gegevens dan ook een beslissende verantwoordelijkheid.

Meer dan ooit dient derhalve aandacht besteed te worden aan de recruteringsisen waaraan die magistraten moeten voldoen. Intelligentie, integriteit, sociale bewogenheid, een gezond en evenwichtig oordeel, zijn kwaliteiten die men niet via een opleiding verwerft, maar die men in de magistratuur verder kan ontplooien³³.

Een verdere stap in het wordingsproces van het strafrechtelijk vonnis is de juridische benadering voor het toepassen van de norm op het feitenmateriaal. De ontplooiing van de diverse sectoren van ons maatschappelijk samenleven en alle wijzigingen die het rechtsleven beïnvloeden, gaan gepaard met een gestadige uitbreiding van de wetgeving.

We mogen dan ook verwachten dat het wetten- en reglementenarsenaal zich in de toekomst nog aanzienlijk zal uitbreiden, nu we tal van wetgevers hebben, te weten Europese, nationale, gewestelijke en communautaire, naast provinciale en gemeentelijke.

Wetten maken, regels stellen vraagt om bezinning en geen overhaasting. Inderhaast klaargestoomde, onduidelijke en onvolledige wetten leveren toepassingsmoeilijkheden op, niet alleen voor de rechtssubjecten, maar ook voor de over-

³¹ OCKERS, J., «Is het onderzoek in strafzaken oorzaak van de overbelasting van de strafrechter?», rede uitgesproken op de plechtige openingszitting van het Hof van Beroep te Gent op 3 september 1990, *R.W.*, 1990-91, 449-463.

³² DE NAUW, A., *Het adieren van de onderzoeksrechter*, in Interuniversitaire reeks Crimonologie en Strafwetenschappen, deel 15, Actuele problemen van strafrecht, XIVe Postuniversitaire Cyclus, Willy Delva, 1987-88, DE NAUW, A., D'HAENENS, J., en STORME, M. (red.), Antwerpen, Kluwer, Arnhem, Gouda Quint, 1988, 2-27.

³³ Ontwerp van wet betreffende de voorlopige hechtenis, *Gedr.St., Senaat*, 1989-90, *Beknopt verslag*, ochtendvergadering van 4 juli 1990, 767; VAN CAMP, R., «Parketmagistraten in de jaren negentig, een niet zo voor de hand liggende opdracht», *Panopticon*, 1991, 7-18; STORME, M., «De rechterlijke macht nog langer onafhankelijk?», in *Liber Amicorum R. Senelle*, Brugge, Die Keure, 1986, 301-310; DELVA, J., «De onafhankelijkheid van de Belgische rechter ten aanzien van de uitvoerende macht», *T.B.P.*, 1988, 175-187, 231-245.

²⁴ Cass., 22 november 1988 en 14 december 1988, *A.C.*, 1988-89, 355 en 466.

²⁵ Cass., 14 december 1988, *A.C.*, 1988-89, 461.

²⁶ Cass., 10 februari 1988, *A.C.*, 1987-88, 748.

²⁷ Cass., 5 oktober 1988, *A.C.*, 1988-89, 140.

²⁸ Cass., 20 februari 1990, *Pas.*, 1990, I, 713.

²⁹ Cass., 6 november 1990, *R.W.*, 1990-91, 1200.

³⁰ DE NAUW, A., «De ruime bevoegdheden van de rechter bij de straffordering», *Panopticon*, 1980, 213-223; De Wilde, L., «Praescribat magistratus recta et utilia et conjuncta cum legibus (Beschouwingen over beleid in het strafproces)», *Panopticon*, 1980, 5-31.

heid, de openbare besturen die over de uitvoering en de naleving ervan moeten waken, en voor de rechters die deze wetten moeten toepassen ³⁴.

Voorbeelden van onvolledige en/of onduidelijke wetgeving

Artikel 2 van de wet van 4 oktober 1867 op de verzachtende omstandigheden is vervangen, wat het eerste lid betreft, door artikel 1 van de wet van 1 februari 1977 en, wat de overige bepalingen betreft, door artikel 1 van de wet van 6 februari 1985 ³⁵.

Door deze wetwijziging wordt de diefstal door middel van geweld of bedreiging, gepleegd met de verzwarende omstandigheden vermeld in artikel 472 van het Strafwetboek en die aanleiding gegeven heeft bij het slachtoffer tot blijvende fysieke of psychische ongeschiktheid, correctionaliseerbaar. Door de correctionalisering van deze misdaden wordt de correctionele straf bepaald in artikel 25 van het Strafwetboek toepasselijk.

Door te verzuimen het eerste lid van artikel 25 van het Strafwetboek aan te passen aan de wijziging van de wet op de verzachtende omstandigheden kwam men tot de paradoxale situatie dat de correctionalisering van een met tijdelijke dwangarbeid strafbare misdaad in een gevangenisstraf van tien jaar kon worden omgezet, terwijl een misdaad die strafbaar is met de doodstraf of levenslange dwangarbeid, slechts een gevangenisstraf van vijf jaar kon opleveren ³⁶. Het eerste lid van artikel 25 van het Strafwetboek werd dan ook vervangen door het enig artikel van de wet van 26 november 1986 ³⁷.

Uw Hof werd trouwens geconfronteerd met de legaliteit van de straf, namelijk het maximum van de correctionele gevangenisstraf van vijf of tien jaar voor dergelijke feiten gepleegd vóór de inwerkingtreding van de wet van 26 november 1986. Uitgaande van de vaststelling dat de wetgever zelf in het wetsontwerp en in het commissieverslag de wet van 26 november 1986 omschreef als een leemte-aanvullende wet, ontleedde uw Hof verder de bedoeling die de wetgever had met de wijzigende wetten van 1 februari 1977 en 6 februari 1985.

Het hoofddoel van de wetgever bestond in het verzekeren van een betere rechtsbedeling door de mogelijkheid te doen ontstaan bepaalde misdrijven te laten berechten door de correctionele rechtbank in plaats van door het hof van assisen. In dit hoofddoel was een bijbedoeling begrepen, namelijk dat voor de beoogde misdrijven de correctionele rechtbank voortaan dezelfde straf zou kunnen uitspreken als die te verwachten zou zijn bij het Hof van assisen, dat eveneens verzachtende omstandigheden kan aannemen.

Om deze doelstellingen te bereiken opteerde de wetgever niet voor een vermindering van de gestelde straffen zodat correctionalisering mogelijk zou worden binnen de bestaande wet op de verzachtende omstandigheden, maar breidde hij de wet op de verzachtende omstandigheden uit tot zwaar-

der strafbaar gestelde misdrijven gecombineerd met de verhoging van het maximum van de correctionele gevangenisstraf van vijf tot tien jaar. Om die reden nam de wetgever van 1 februari 1977 de voorzorg om een gemengde wet uit te vaardigen met een gelijktijdige wijziging én van de bevoegdheid én van artikel 25 van het Strafwetboek, waardoor geen probleem gesteld werd, daar dit coherent geheel uiteindelijk gunstiger uitviel voor de beklaagden.

De wetgever van 6 februari 1985 wou dezelfde doelstellingen via dezelfde techniek bereiken voor nog zwaarder strafbaar gestelde misdrijven, maar verloor uit het oog dat de wettekst van artikel 25 van het Strafwetboek, hoewel reeds substantieel gewijzigd door de wet van 1 februari 1977, toch nog een overeenkomstige aanpassing vergde, hetgeen dan slechts geschiedde bij de wet van 26 november 1986.

Uw Hof besloot dat het duidelijk was dat de wetgever van 6 februari 1985 zeker niet de bedoeling had gehad om een anomalie te doen ontstaan, maar wel een coherent geheel door artikel 25 van het Strafwetboek ook toepasselijk te achten voor de beoogde misdrijven, en het sprak de maximumstraf van tien jaar uit ³⁸.

Een ander voorbeeld van een lacune in de wet levert ons de door sommigen lang verwachte wet van 20 juli 1990 betreffende de voorlopige hechtenis, waar deze «zwijgt» over het geval waarin het Hof van Cassatie het beroep verwerpt ³⁹. Nog juist op de valreep (de wet trad in werking op 1 december 1990), namelijk op 28 november 1990, werd deze leemte opgevuld ⁴⁰.

Een schoolvoorbeeld van een inderhaast genomen wet die bij de uitvoering ervan een onoverzichtelijke berg van moeilijkheden meebracht en nog steeds meebrengt, is de wet van 9 januari 1991 betreffende de uitwissing van veroordelingen en het herstel in eer en rechten in strafzaken ⁴¹.

Een aanvullende ministeriële circulaire met 33 richtlijnen trachtte daarin enige orde te brengen ⁴².

Voordien werd reeds op pertinente wijze opgemerkt dat de nieuwe regelen van uitwissing van sommige veroordelingen na amper drie jaar in mindere of meerdere mate afbreuk kunnen doen aan, onder meer :

- de beginselen met betrekking tot de gewoontemisdadiger (artikel 23 van de wet tot bescherming van de maatschappij tegen abnormalen en de gewoontemisdadigers);
- de vijfjarige bijzondere herhalingstermijnen die voorkomen zowel in het Strafwetboek als in het bijzonder strafrecht;
- de vijfjarige verjaringstermijn van de correctionele straffen (artikel 92 van het Strafwetboek).

Meer dan ooit is een geïntegreerd, duidelijk gestructureerd en niet fragmentarisch debat over de straf en strafuitvoering noodzakelijk, waarbij vanzelfsprekend rekening gehouden moet worden met het feit dat het geheel van het strafrechtelijk systeem groter is dan zijn samenstellende de-

³⁴ KRINGS, E., «Kritische kanttekeningen bij een verjaardag», openingsrede voor het Hof van Cassatie op 1 september 1987, *R.W.*, 1987-88, (169), 170.

³⁵ Wet 6 februari 1985, *B.S.*, 19 februari 1985.

³⁶ VANDEPLAS, A., «De nieuwe wet op de verzachtende omstandigheden», *R.W.*, 1984-85, 2181.

³⁷ Wet 26 november 1986, *B.S.*, 30 december 1986.

³⁸ Antwerpen, 19 juni 1987, onuitg., griffiennr. 1117.

³⁹ Wet 20 juli 1990, *B.S.*, 14 augustus 1990.

⁴⁰ Wet 28 november 1990, *B.S.*, 1 december 1990.

⁴¹ Wet 9 januari 1991, *B.S.*, 5 februari 1991.

⁴² Circ. Ministerie van Justitie van 13 mei 1991 – bestuur burgerlijke en criminele zaken (7/SDP/L/2558/1/1).

len, zodat de wijziging van één element de hele structuur in mindere of meerdere mate kan beïnvloeden ⁴³.

Ook het recht ontkomt niet aan het fenomeen van de inflatie en eigentijdse technieken

De enorme toename van de in rechtsbronnen verschaft informatie — ook de juridische literatuur is sterk in omvang gegroeid ⁴⁴ — doet de vraag rijzen of de rechter nog wel op bevredigende wijze over deze informatie kan beschikken. Is deze grote hoeveelheid nog wel te verwerken? De Duitse hoogleraar S. Simitis sprak al in 1970 van de Informatiekrise des Rechts ⁴⁵.

Ondanks deze sterke toename van informatie blijkt er nog steeds en zelfs in stringenter mate dan voorheen een tekort aan te zijn.

We stuiten hier op een paradox: enerzijds te veel en anderzijds te weinig informatie van dezelfde soort.

Dit tekort wordt in de hand gewerkt door de slechte toegankelijkheid van veel van de tot rechtsbronnen behorende informatie, zowel waar het wetgeving als waar het rechtspraak betreft ⁴⁶.

In tegenstelling tot de parketten waar een documentatiedienst bestaat waarop de parketmagistraat steeds een beroep kan doen, beschikt de rechter meestal in hoofdzaak over de documentatie die hij zelf op persoonlijk initiatief en eigen kosten aanlegt.

Dat de meest elementaire moderne informatietechnologie, namelijk het gebruik van de computer, bij het verzamelen en verwerken van deze informatie een oplossing kan bieden, is inmiddels wel tot vele beoefenaars van het recht doorgedrongen. Het gebruik van de computer als geïntegreerde databank staat bij ons echter nog duidelijk in de kinderschoenen.

Het onderzoek ter zitting met de inbreng van de vordering van het openbaar ministerie, de eventuele eisen van de burgerlijke partij(en) en het pleidooi van de verdediging ⁴⁷ verstrekt op zijn beurt nieuwe gegevens voor de straftoemeting. Het is trouwens ter zitting dat het eerste contact plaatsheeft tussen de rechter en de persoon die berecht moet worden. Bovendien moet de rechter vaak een beroep doen op het vakkundig advies van een of meer deskundigen.

In de praktijk zien we dan ook dat de verwerking van al die factoren, door de persoonlijkheid van elke rechter, de

mogelijkheid inhoudt dat de straftoemeting verschilt van rechter tot rechter ⁴⁸.

Begrippen als rechtszekerheid en rechtsgelijkheid hebben zeker mede aanleiding gegeven tot de in de Nederlandse rechtsliteratuur ontstane wetenschappelijke vraagstelling: «Is straftoemeting per computer wenselijk?» ⁴⁹.

Hierbij moet echter onmiddellijk opgemerkt worden dat een te sterk streven naar rechtsgelijkheid en rechtszekerheid ook starheid met zich meebrengt.

Indien beslissingsmodellen — al dan niet gepubliceerd — in programmatuur worden verwerkt of anderszins op strikte wijze worden gehanteerd, kan dat tot gevolg hebben dat de maatschappelijke veranderingen minder snel hun weerslag in de rechtspraak vinden dan wenselijk is.

In zijn artikel «Straftoemeting per computer, de twijfels van een recidivist», dat handelt over het in Nederland in 1988 op de markt gebrachte programma «Straftoemeting volgens Hulsman» en dat behoort tot de Juricas-programmareeks, concludeert M.A. Zwanenburg als volgt: «Als we iets weten uit de geschiedenis van de automatisering dan is het dat het aanvankelijk een chaotisch proces is waarbij iedereen de wildste dingen uitprobeert. Als er orde in die chaos moet worden geschapen dan is er een strakke leiding nodig en is er sprake van een gerichte verandering van de organisaties. De uitkomst van die verandering is beter voorspelbaar en beheersbaar naarmate de leiding strakker is. Of het straftoemetingsproces zit te wachten op zo'n strakke regulering, waag ik te betwijfelen. Hoe komt het dan dat ik bij mijzelf toch een grotere mate van waardering bespeur voor het gepresteerde Juricas-programma dan ik van te voren had verwacht, gewoon als intellectuele uitdaging?»

Wellicht is er sprake van een tegenstrijdigheid in mijn denken: ik huiver voor de invoering van geautomatiseerde beslissingssystemen die belangrijke beslissingen genereren over het leven van mensen, maar tegelijkertijd vindt de onderzoeker in mij het prachtig om geconfronteerd te worden met dit soort problemen. Misschien ook put ik troost uit Oskamps voorspelling dat de veel verder ontwikkelde expertsystemen wellicht nooit het laboratorium zullen verlaten. Hoe het ook zij, het is deze twijfel die voor velen deze zaak levend zal houden en tot een worthwhile activiteit maken ⁵⁰.

⁴³ DE SWAEF, M., «De wet van 9 januari 1991 tot wijziging van de probatiewet», *R.W.*, 1990-91, 1141.

⁴⁴ MALLIET, Chr., «De Belgische jurist en het boekbedrijf», *Jura Falconis*, 1990-91, 311-330.

⁴⁵ SIMITIS, S., «Informationkrise des Rechts und Datenverarbeitung», Karlsruhe, 1970.

⁴⁶ FRANKEN, H., hoogleraar in de Inleiding tot de Rechtswetenschap aan de Rijksuniversiteit te Leiden, «De Rechter en zijn informatiepand», *Ars Aequi*, 1986, 683-691.

⁴⁷ Zie daarover KONINGSVELD-BEETS, P., «Problemen bij de verdediging in strafzaken», *NJB*, 9 juni 1990, Speciaal, 884-886; PRAKKEN, T., «Verdediging: hoezo equality of arms?», *NJB*, 9 juni 1990, Speciaal, 887-893.

⁴⁸ GANSHOF VAN DER MEERSCH, W., «Réflexions sur l'art de juger et l'exercice de la fonction judiciaire», *J.T.*, 1973, 509-520; GOETHALS, J., «De rechter berecht: straftoemeting en persoonlijkheid», *Panopticon*, 1984, 44-55; PENEN, E., en VAN KERCKVOORDE, J., «Twintig jaar correctionele praktijk», *Panopticon*, 1988, 588-615.

⁴⁹ DE MULDER, R., wetenschappelijk hoofdmedewerker bij de Workshop voor Informatica en Recht van de Erasmus Universiteit Rotterdam, en OSKAMP, A., wetenschappelijk medewerkster bij de sectie Informatica en Recht van de Vrije Universiteit Amsterdam, «Is straftoemeting per computer wenselijk?», *Computerrecht*, 1985/4, 3-9; HENKET, M., docent bij de vakgroep inleiding tot de Rechtswetenschap, juridische faculteit van de Rijksuniversiteit Utrecht, «De Computer als jurist», *NJB*, 1986, 644-647.

⁵⁰ ZWANENBURG, M.A., Juridische programmatuurbesprekingen, «Straftoemeting per computer, de twijfels van een recidivist», *Computerrecht*, 1988/5, 262-266.

Het almaar groeiend hanteren van het recht van genade

Overeenkomstig artikel 73 van de Grondwet heeft de Koning het recht de door de rechter uitgesproken straffen kwijt te schelden of te verminderen.

Het Nationaal Congres heeft hiermee niet bedoeld dat de uitvoerende macht het werk van de rechterlijke macht ongedaan zou kunnen maken door de uitgesproken vonnissen te vernietigen. Dit ware al te zeer in strijd met het beginsel van de scheiding der staatsmachten, waarvan de Grondwet uitgaat. De zin van het recht van genade is slechts dat het gevolg van de rechterlijke uitspraak, de uitvoering van de straf, kwijtscholden of verminderd kan worden.

Het nut van het recht van genade ligt vooral hierin dat het een correctief is tegen de soms onbillijke gevolgen die de toepassing van de als algemene regel geformuleerde wetten in concrete gevallen kan hebben.

Of om het met de woorden – zo oud en toch zo actueel – van mr. De Hoon ⁵¹ uit te drukken: «Het recht van gratie is een der schoonste en nuttigste rechten van de Kroon, indien het doeltreffend wordt aangewend; onjuist begrepen vernietigt het den eerbied van het rechterlijke gewijsde, het ontzag voor de wet en den heilzamen indruk der straf».

Adolphe Prins rechtvaardigde het recht van genade als volgt:

«Wanneer de rechter geoordeeld heeft naar de algemene voorschriften van de wetgeving, is het goed dat, in uitzonderlijke gevallen, er nog een opperste gezag bestaat om de toestand van het individu in aanmerking te nemen en om tegenover hem blijk te geven van menselijkheid.

Vanuit dit standpunt gezien is het recht van genade volledig in overeenstemming met de leer van de moderne school die verlangt dat men meer aandacht geve aan de mens die de daad heeft gesteld dan wel aan de materiële daad van de dader.

Indien sommige daden, die op zichzelf onbeduidend zijn, soms gepleegd worden door zeer gevaarlijke delinquenten, worden er ook daden, die door de wet streng gestraft worden, gepleegd door daders waarvan de persoonlijkheid, in zijn geheel genomen, veel beter is dan de afzonderlijke daad waartoe zij zich hebben laten meeslepen.

Met volmaakte rechters zou men zich voorzeker niet moeten bekommeren om zulke mogelijkheden; zij zouden de goedertierenheid en de gestrengheid verdelen volgens de voorschriften van de absolute rechtvaardigheid. Nochtans zijn de rechters niet altijd bij machte, in alle rechtvaardigheid, de zaak te beoordelen en het recht van genade bij uitzondering toegepast, matigt alsdan de strengheid van de rechterlijke uitspraak ⁵².

De praktijk leert ons dat we mijlenver verwijderd zijn van deze strikte bedoeling. Dagelijks wordt de parketmagistraat geconfronteerd met het maken van adviezen omtrent genadeverzoeken die vaak tot doel hebben in eerste instantie de tenuitvoerlegging van de straffen op te schorten om uit-

eindelijk, zo mogelijk, aan elke tenuitvoerlegging te ontsnappen.

Naast de individuele genadebesluiten geven opmerkelijke gebeurtenissen in het nationale leven aanleiding tot collectieve besluiten van genade waarbij alle personen die aan de voorwaarden voldoen die in deze besluiten worden genoemd, kwijtschelding of vermindering van straffen kunnen krijgen zoals in het genadebesluit bepaald.

Omdat zij het algemeen belang raken, worden collectieve genadebesluiten in het Belgisch Staatsblad gepubliceerd.

Dat ons land de laatste tien jaren heel wat dergelijke collectieve genadebesluiten heeft gekregen, moge blijken uit de navolgende opsomming:

- het besluit van collectieve gratie van 27 juni 1980 ⁵³ ter gelegenheid van de 150e verjaardag van de onafhankelijkheid verleende in hoofdzaak kwijtschelding van zes maanden op de tijdelijke criminele straffen, of correctionele hoofdgevangenisstraffen of militaire gevangenisstraffen aan de veroordeelden die vroeger geen criminele straf noch een correctionele hoofdgevangenisstraf of militaire gevangenisstraf van meer dan zes maanden hadden opgelopen;

- het besluit van 21 september 1984 ⁵⁴ verleende kwijtschelding, onder meer van twee maanden op de correctionele hoofdgevangenisstraffen of militaire gevangenisstraffen;

- ter gelegenheid van het bezoek van Z.H. Paus Johannes Paulus II werd bij besluit van 15 mei 1985 ⁵⁵ kwijtschelding verleend, in hoofdzaak van twee maanden, op de tijdelijke criminele straffen of correctionele hoofdgevangenisstraffen of militaire gevangenisstraffen;

- het daaropvolgend besluit van 18 november 1985 ⁵⁶ gaf in hoofdzaak aanleiding tot kwijtschelding van drie maanden op de tijdelijke criminele straffen of correctionele hoofdgevangenisstraffen of militaire gevangenisstraffen;

- kwijtschelding in hoofdzaak van telkens zes maanden op de tijdelijke criminele tijdstraffen of correctionele hoofdgevangenisstraffen of militaire gevangenisstraffen werd verleend ingevolge de besluiten van 21 november 1988 ⁵⁷ en 7 september 1990 ⁵⁸;

- het besluit van 19 juni 1991 ⁵⁹ verleent kwijtschelding van zes maanden op de tijdelijke criminele straffen of correctionele hoofdgevangenisstraffen of militaire gevangenisstraffen.

Het is inmiddels iedereen bekend dat de voormelde besluiten, evenals de ministeriële onderrichtingen tot vroegere invrijheidstelling met het oog op gratie, de circulaires betreffende de niet-uitvoering van de korte gevangenisstraffen en de herhaalde verzoeken sedert maart 1987 aan de procureurs-generaal om de subsidiaire gevangenisstraf-

⁵³ K.B. 27 juni 1980, *B.S.*, 28 juni 1980.

⁵⁴ K.B. 21 september 1984, *B.S.*, 29 september 1984.

⁵⁵ K.B. 15 mei 1985, *B.S.*, 18 mei 1985.

⁵⁶ K.B. 18 november 1985, *B.S.*, 14 december 1985.

⁵⁷ K.B. 21 november 1988, *B.S.*, 29 november 1988.

⁵⁸ K.B. 7 september 1990, *B.S.*, 8 september 1990.

⁵⁹ K.B. 19 juni 1991, *B.S.*, 16 juli 1991.

⁵¹ DE HOON, Mr., *Grondbeginselen van het Belgisch Strafrecht*, Aalst, De Seyn-Verhougstraete, 1896, nr. 250.

⁵² PRINS, A., aangehaald in Voorwoord van *Het Recht van Genade*, H.P. Mathieu - Y. Nassaux, Brussel, Ministerie van Justitie, 1955.

fen «tijdelijk» niet uit te voeren, overwegend hun oorzaak vinden in de overbevolking van onze gevangenen ⁶⁰.

Zou het niet aangewezen zijn het probleem van de reeds jaren voortdurende overbelasting van de gevangenen te verhelpen – zij het tijdelijk – zoals in Nederland – door het bouwen van geprefabriceerde gevangenen, veeleer dan zijn bedenkelijke toevlucht te moeten nemen tot maatregelen die een niet onaanzienlijke en niet te rechtvaardigen kloof doen ontstaan tussen de door de rechter nauwkeurig gemotiveerde uitgesproken straf en de eventueel uiteindelijk te ondergaane straf ⁶¹.

Het probleem van de penitentiaire overbevolking kwam vanzelfsprekend ter sprake bij het ontwerp van de wet betreffende de voorlopige hechtenis, zoals blijkt uit de memorie van toelichting, waarin gewezen wordt op de niet te onderschatten indirecte gunstige gevolgen van de hervorming van de voorlopige hechtenis op de gevangenispopulatie, aangezien ongeveer een derde van de gedetineerden op hun vonnis wachten. Er werd daarbij onmiddellijk onderstreept dat het ging om een gevolg en niet om een doel op zich van de voorgestelde hervorming ⁶².

De minister van Justitie bevestigde dat het percentage personen die onder bevel tot aanhouding staan of nog niet definitief veroordeeld zijn, inderdaad 31 percent is (gemiddelde voor 1988) ⁶³.

Vervanging van vrijheidsberoving door alternatieve maatregelen in het kader van de voorlopige hechtenis

Een opmerkelijke vernieuwing in het stelsel van de voorlopige hechtenis is de mogelijkheid de vrijheidsbeneming te vervangen door vrijheidsbeperkende maatregelen, alternatieve maatregelen genaamd. De wettelijke regeling ervan vindt men in het laatste hoofdstuk van de wet betreffende de voorlopige hechtenis dat als opschrift draagt «Vrijheid onder voorwaarden en invrijheidstelling onder voorwaarden», meer bepaald de artikelen 35 en volgende.

Deze nieuwe mogelijkheid werd door de commissie voor de Justitie van de Senaat aanvaard omdat het past in het perspectief van zo min mogelijke vrijheidsbeneming in het kader van de voorlopige hechtenis. Er werd opgemerkt ten aanzien van de alternatieve maatregelen dat:

- het niet gaat om bijkomende maar om vervangende maatregelen;
- het niet gaat om vrijheidsbenemende maatregelen.

De minister bevestigde dat aan de verdachte geen verbod mag worden opgelegd om het appartement of de woning

waar hij verblijft, te verlaten want dat zou neerkomen op een echte maatregel van vrijheidsbeneming.

De commissie, die met deze zienswijze instemde, preciseerde dat de maatregelen geen schending van de persoonlijke levenssfeer mogen uitmaken en evenmin een inbreuk mogen uitmaken op de waardigheid van de mens.

De commissie volgde het advies van de werkgroep Declercq om geen – hoe dan ook beperkte – lijst in de wet zelf op te nemen en de rechter, zoals in Nederland, vrij te laten in de keuze van de maatregelen. De memorie van toelichting gaf wel als voorbeeld van maatregelen:

- verbod een bepaald gebied te verlaten;
- verbod bepaalde plaatsen te verlaten zonder algemeen of bijzonder verlof;
- verbod zich naar bepaalde plaatsen te begeven of aldaar te verblijven;
- verbod bepaalde voertuigen te besturen;
- verbod in contact te treden met bepaalde personen;
- verbod een bepaalde beroepsactiviteit uit te oefenen wanneer het misdrijf gepleegd is in of naar aanleiding van de uitoefening van die activiteit;
- verbod bepaalde goederen te vervreemden;
- verplichting de rechter over al zijn verplaatsingen of sommige ervan in te lichten;
- verplichting zich aan te melden bij bepaalde personen, diensten of overheden die de rechter aanwijst ⁶⁴.

De kamer van inbeschuldigingstelling van uw Hof heeft reeds een zestal arresten gewezen waarin voorwaarden werden opgelegd. In vijf gevallen ging het om een opname, voorlopig op drie maanden bepaald, in een door verdachte gekozen instelling teneinde er een drugontwenningbehandeling te ondergaan, waarbij diens verzoek werd ingewilligd op grond van de volgende motieven:

«Overwegende dat het bevel tot aanhouding regelmatig is; dat er nog steeds ernstige aanwijzingen zijn dat verdachte zich schuldig heeft gemaakt aan de feiten zoals omschreven in het aanhoudingsbevel;

Overwegende dat op grond van de redengeving vermeld in het aanhoudingsbevel en overgenomen in de bestreden beschikking van de raadkamer het te vrezen is dat verdachte, mocht hij zonder meer in vrijheid gesteld worden, nieuwe misdaden of wanbedrijven zal plegen; dat, aangezien het aanhoudende recidiveren blijkbaar zijn oorzaak vindt in de zware drugverslaving van verdachte, het aangewezen voorkomt hem de gelegenheid te bieden zich hiervoor te laten behandelen teneinde op die manier het gevaar voor recidive in de toekomst te kunnen neutraliseren.»

Er werd derhalve voldaan aan het vereiste dat de invrijheidstelling onder oplegging van een of meer voorwaarden slechts mogelijk is in de gevallen waarin de voorlopige hechtenis kan worden bevolen of gehandhaafd onder de in artikel 16, § 1, bepaalde voorwaarden, en dat de op te leggen voorwaarden in beginsel in directe relatie staan met het gerechtelijk onderzoek.

Alzo werd tevens voldaan aan de dubbele motiveringsverplichting, in eerste instantie dat de voorlopige hechtenis noodzakelijk is om vervolgens vast te stellen dat in het on-

⁶⁰ SNACKEN, S., «Hoe meer zielen hoe meer vreugd? Over capaciteitsproblemen in de gevangenen», *Panopticon*, 1988, 1-7; LAUWERS, N., «Evolutie van de penitentiaire bevolking», *Panopticon*, 1988, 497-508; PIETERS, F., VANACKER, J., en BOLLEN, P., «Te veel zielen drukt de pret, bespreking van het probleem van de overbevolking in de gevangenen», *Panopticon*, 1988, 574-587.

⁶¹ STEENLANDT, R., «Misdad en boete», rede uitgesproken op de plechtige openingszitting van het Hof van Beroep te Gent op 1 september 1981, *R.W.*, 1981-82, (1377), 1378-1379; EVERS, Fr., «De strafrechter: machteloos of mateloos?», *Panopticon*, 1988, 509-518.

⁶² Ontwerp van wet betreffende de voorlopige hechtenis, memorie van toelichting, *Gedr.St.*, Senaat, 1988-89, nr. 658/1, 2.

⁶³ Ontwerp van wet betreffende de voorlopige hechtenis, *Gedr.St.*, Senaat, 1989-90, verslag Arts, 658/2, (1988-89), 20.

⁶⁴ Ontwerp van wet betreffende de voorlopige hechtenis, *Gedr.St.*, Senaat, 1989-90, verslag Arts, 658/2 (1988-89), 108-110.

derhavige geval kan worden volstaan met het opleggen van een vrijheidsbeperkende maatregel.

Een andere kamer van uw Hof, rechtdoende als vonnisgerecht, heeft in het kader van artikel 27 het verzoek tot voorlopige invrijheidstelling van een beklaagde ingewilligd onder de voorwaarde dat hij zich in de zelf door hem gekozen inrichting ter verpleging zou laten opnemen gedurende een termijn van drie maanden.

Tot op heden is het uiteraard nog te vroeg om een beoordeling te maken omtrent de gevolgen van de alternatieve maatregelen. Wel kan ik mij nu reeds aansluiten bij de bemerkingen geuit door prof. Chr. Van den Wijngaert⁶⁵ of de bestaande infrastructuur volstaat om effectief toezicht op de naleving van de alternatieve maatregelen te verzekeren en dat het nu aan de wetgever is om aan te tonen dat met de wetswijziging niet louter een symbolische verbetering werd nagestreefd: wil men dat het systeem werkt in de praktijk, dan moet tevens voor de nodige infrastructuur worden gezorgd.

De vergoeding voor onwerkzame voorlopige hechtenis

Het probleem van het toekennen van een schadevergoeding ten voordele van diegenen die ten onrechte een voorlopige hechtenis ondergingen is reeds eeuwen oud⁶⁶.

De mogelijkheid tot vergoeding voor onwerkdadige hechtenis werd voor het eerst in 1851 in het parlement besproken en kwam nadien nog meerdere malen ter sprake. Wetsvoorstellen werden ingediend in 1874, 1884, 1895, 1901, 1922⁶⁷.

In 1968 kwam een nieuw parlementair initiatief, gevolgd in 1969 door een wetsontwerp dat uiteindelijk zou leiden tot de wet van 13 maart 1973⁶⁸.

Dat het tot in 1973 aansleepte vooraleer er omtrent deze materie een wet tot stand kwam, ligt aan de ontwikkeling die de juridische denkwereld moest doormaken omtrent de overheidsaansprakelijkheid waarvan het toekennen van een vergoeding wegens ten onrechte ondergane voorlopige

hechtenis een aspect is⁶⁹. De wet van 13 maart 1973 voegde in artikel 27 van de wet van 20 april 1874 een vergoedingsstelsel in voor alle gevallen van vrijheidsberoving die strijdig zouden zijn met de norm vervat in artikel 5 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden. Alsdan bestaat er een recht op vergoeding gebaseerd op de aansprakelijkheid uit hoofde van fout van de Staat. In de in artikel 28, § 1, bedoelde gevallen van de voormelde wet kan er slechts sprake zijn van een foutloze aansprakelijkheid van de Staat. In deze gevallen wordt immers uitgegaan van de onderstelling dat de beslissing tot inhechtenisneming en de handhaving ervan juridisch verantwoord waren en dat de voorlopige hechtenis op rechtmatige wijze werd ondergaan, zonder dat aan de organen van de rechterlijke macht enige fout kan worden aangewreven⁷⁰.

Tijdens de parlementaire voorbereiding van de wet van 20 juli 1990 op de voorlopige hechtenis werd betoond dat men geen gebruik gemaakt had van de kans om de regeling inzake de vergoeding voor onwerkdadige hechtenis te herzien.

De minister van Justitie antwoordde dat bewust besloten werd niet aan de huidige regeling inzake de vergoeding voor onwerkdadige hechtenis te raken.

Op verzoek van de senaatscommissie werden de artikelen over de vergoeding wegens onwerkdadige hechtenis zelfs uit het oorspronkelijk ontwerp gelicht, ten eerste omdat het meer algemene probleem van de aansprakelijkheid van de Staat voor de handelingen van magistraten momenteel wordt onderzocht door een speciale werkgroep en ten tweede omdat de senaatscommissie het bestaande systeem niet wilde bevestigen door aanneming van het te behandelen ontwerp⁷¹.

Artikel 48 van de wet van 20 juli 1990 betreffende de voorlopige hechtenis heeft het opschrift van de wet van 20 april 1874 vervangen door «Wet van 13 maart 1973 betreffende de vergoeding voor onwerkzame voorlopige hechtenis»⁷². In de oude nummering van de artikelen (27, 28 en 29) werd door de wetgever geen wijziging aangebracht.

Uitbreiding van het begrip «goede zeden» van artikel 383 van het Strafwetboek naar «odeloos en overdreven geweld»?

In 1985 werden te Antwerpen videotheekexploitanten vervolgd op grond van artikel 383 van het Strafwetboek wegens het verhuren van videofilms die in hoofdzaak geweldcènes, brutaliteiten en sadistisch geweld allerhande bevatten.

In het vonnis van de negende correctionele kamer te Antwerpen van 10 juni 1985 werd de interpretatie van artikel

⁶⁵ VAN DEN WIJNGAERT, Chr., «De nieuwe wet op de voorlopige hechtenis kritisch doorgelicht», *Panopticon*, 1991, (111), 126.

⁶⁶ MASJUS, Jos., «Y-a-t-il lieu d'accorder une indemnité aux personnes indûment poursuivies?», *B.J.*, 1874, 1041-1049, 1057-1065.

⁶⁷ Zie daarover UGEUX, G.A., «La personne qui a été, à tort, arrêtée préventivement pourrait-elle prétendre à une indemnité de la part de l'autorité publique?», *R.D.P.*, 1953-54, (311), 314-322; BROSENS, W., «Voorlopige hechtenis en evolutie van het recht», in *Recht in beweging. Opstellen aangeboden aan Prof. Mr. Ridder R. Victor*, I, Deurne / Antwerpen, Kluwer, 1973, (43), 50.

⁶⁸ Zie daarover BERNARD-TULKENS, F., en BOSLY, H.D., «La loi du 13 mars 1973 et ma détention préventive», *R.D.P.*, 1973-74, 797-840; DELVOIE, G., «Het vergoedingsstelsel voor onwettelijke en onwerkdadige voorlopige hechtenis in de wet van 13 maart 1973», *R.W.*, 1975-76, 2401-2414; DENYS, Th., «Onwerkdadige hechtenis: vergoeding», in *Commentaar Strafrecht en Strafvordering*, Antwerpen, Kluwer, 1984; ENGELS, J., «De vergoeding voor onwerkdadige voorlopige hechtenis. Effecten van artikel 28 van de wet van 20 april 1874 op de voorlopige hechtenis», *Panopticon*, 1983, 420-442; FAURE, M., «Een toetsing van de Nederlandse en de Belgische wetgeving inzake schadevergoeding na voorlopige hechtenis aan het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden», *R.W.*, 1983-84, 833-846.

⁶⁹ D'HAENENS, J., «De vergoeding voor onrechtmatige vrijheidsbeneming en voor onwerkdadige voorlopige hechtenis», rede uitgesproken op de openingszitting voor het Hof van Beroep te Gent op 3 september 1973, *R.W.*, 1973-74, (225), 234-238.

⁷⁰ VAN OEVELEN, A., *De overheidsaansprakelijkheid voor het optreden van de rechterlijke macht*, 4, Antwerpen - Apeldoorn, Maklu, Brussel, Ced. Samsom, 1987, nr. 328.

⁷¹ Wetsontwerp betreffende de voorlopige hechtenis, verslag namens de commissie voor de Justitie uitgebracht door de heer Laurent, *Gedr.St., Kamer*, 1989-90, verslag, 1255 / 2-89 / 90, 17, 20.

⁷² Wet 13 maart 1973, *B.S.*, 10 april 1973.

383 van het Strafwetboek uitgebreid tot geweld- en gruwelbeelden in het algemeen.

In zijn arrest van 30 april 1986 ⁷³ spreekt uw Hof de verhuurders vrij met de motivering dat het in de videofilms vertoonde geweld niet valt onder de toepassing van het begrip «goede zeden», als bedoeld in de termen van artikel 383 van het Strafwetboek.

Uw Hof beslist dat de strafrechter gehouden is het begrip «goede zeden» te bepalen, maar dat dit alleen dient te gebeuren in het kader van de door de wetgever duidelijk gewilde en thans nog altijd bij algemene consensus aanvaarde betekenis van deze in artikel 383 van het Strafwetboek gebruikte terminologie; dat hieronder verstaan dient te worden hetgeen aanstootgevend is voor de eerbaarheid in de zin van kuisheid en het schaamtegevoel in de uitdrukkelijke seksuele betekenis van deze begrippen. Uit geen gegeven kan afgeleid worden dat de strafrechter gehouden zou zijn de zeden in het algemeen te definiëren en te beoordelen met het oog op het al dan niet toepassen van artikel 383 van het Strafwetboek. Zulks zou het niet denkbeeldig gevaar inhouden dat nog andere uitbreidingen mogelijk zouden zijn zodanig dat de weergave van alle vormen van het menselijk gedrag die normaal laakbaar zouden kunnen zijn buiten het seksuele, aldus ook onderworpen zouden kunnen worden aan een strafrechtelijk oordeel met de mogelijkheid van een veroordeling tot gevolg en zonder dat hiervoor een specifieke wettelijke voorhanden is.

Door deze uitspraak heeft uw Hof zich bewogen binnen de grenzen die de jurisprudentie niet mag overschrijden, nu de jurisprudentie op straffe van miskenning van de scheiding der machten de beslissingen van de andere autoriteiten dan hoven en rechtbanken moet eerbiedigen, waaraan de Natie rechtstreeks of middellijk machten en verantwoordelijkheden heeft toevertrouwd. De hoven en rechtbanken hebben niet de zo goed als absolute vrijheid van de grondwetgever of de relatieve maar zeer ruime vrijheid van de «wetgever» en bovendien wordt de «juridische politiek» niet door hen bepaald ⁷⁴.

Een evolutieve interpretatie vereist immers, ten eerste, de zekerheid omtrent de wil van de wetgever en, ten tweede, de mogelijkheid om de feiten binnen het raam van de wettelijke incriminatie onder te brengen. Ontbreken één of beide van die voorwaarden, dan vervalt men in willekeur en namelijk in de verboden analogische interpretatie; deze is strijdig met het legaliteitsbeginsel en strijdig met het grondwettelijk principe van de scheiding der machten ⁷⁵.

De interpretatie van de strafwet door de rechter kan de wetgever tot wijzigingen aansporen. Het arrest van 30 april 1986 was immers de aanleiding tot het wetsvoorstel tot aanvulling van het derde lid van artikel 383 van het Strafwetboek, ingediend door volksvertegenwoordiger J. Belmans ⁷⁶. In de toelichting werd erop gewezen dat, daar overdreven

geweld en seksualiteit elkaar veelal aanvullen en een vergelijkbaar effect beogen en bereiken, een zelfde betuigeling wenselijk lijkt ⁷⁷.

Het enig artikel luidt: «In artikel 383, derde lid, van het Strafwetboek worden de woorden 'Hij die, met het oog op de handel of verspreiding, liederen, vlugschriften, geschriften, afbeeldingen of prenten, die strijdig zijn met de goede zeden vervaardigt' vervangen door de volgende woorden: 'Hij die, met het oog op de handel of verspreiding, liederen, vlugschriften, geschriften, afbeeldingen of prenten, filmen of videomateriaal, die strijdig zijn met de goede zeden of dieodeloos en overdreven geweld bevatten vervaardigt'». Tot op heden werd deze wetswijziging niet goedgekeurd.

De gekwalificeerde onthouding

In het arrest van 24 februari 1989 veroordeelt uw Hof de moeder van een kind dat door haar bijzit meermaals opzettelijk geslagen werd met blijvende gevolgen, als mededader van die feiten, niettegenstaande de vrouw noch uitvoerder was geweest noch aan de uitvoering ervan rechtstreeks had meegewerkt. Uw Hof motiveert dat de vrouw, als natuurlijke moeder van het kind, krachtens artikel 203 van het Burgerlijk Wetboek de verplichting had haar kind kost, onderhoud en opvoeding te verschaffen en dat elke ouder ingevolge deze natuurlijke en wettelijk bekrachtigde verplichting ervoor moet waken dat de gezondheid, veiligheid en zedelijkheid van zijn kind niet in gevaar wordt gebracht. Wanneer een ouder zijn kind laat mishandelen en de mogelijkheid heeft dit te beletten, wordt de rechtsplicht van artikel 203 van het Burgerlijk Wetboek miskend. Het niet-optreden van de moeder merkt uw Hof aan als het verlenen van een hulp zonder welke de feiten waaraan haar bijzit schuldig werd bevonden, niet gepleegd hadden kunnen worden zoals ze in concreto gepleegd werden, op grond van de volgende overwegingen:

- de vrouw heeft steeds geweten dat op haar kind fysiek geweld werd gepleegd wanneer het door haar bijzit apart genomen werd in de slaap- of kinderkamer;

- om de enkele reden dat zij haar relatie met haar bijzit niet in gevaar wilde brengen, verzuimde zij de mishandelingen te beletten, niettegenstaande zij daartoe in de mogelijkheid verkeerde;

- door opzettelijk niet te handelen, ondanks de wettelijke verplichting van artikel 203 van het Burgerlijk Wetboek, heeft de vrouw niet alleen aan haar bijzit de mogelijkheid geboden haar kind te mishandelen, maar bovendien, zij het stilzwijgend, de door hem gepleegde geweldsdaden goedgekeurd en zelfs aangemoedigd ⁷⁸.

De traditionele rechtspraak en rechtsleer eist een positieve daad van materiële of zedelijke deelneming ⁷⁹. Alleen een voorafgaande of gelijktijdige positieve daad kan de deelneming opleveren, in de zin van artikel 66 van het Strafwetboek. Dat iemand zelfs vrijwillig nalaat te verhinderen dat een derde of zelfs een ondergeschikte een misdaad of een wanbedrijf pleegt, vormt geen hulp of bijstand in de zin van

⁷³ Antwerpen, 30 april 1986, *R.W.*, 1986-87, 1358-1360.

⁷⁴ DUMON, F., «De Rechterlijke Macht, onbekend en miskend», openingsrede voor het Hof van Cassatie op 1 september 1981, *R.W.*, 1981-82, (513), 544.

⁷⁵ VANHOUDT, C.J., en CALEWAERT, W., *Belgisch strafrecht*, E. Story-Scientia, Gent, 1976, eerste deel, nr. 509.

⁷⁶ Wetsvoorstel tot aanvulling van het derde lid van artikel 383 van het Strafwetboek, ingediend door de heer J. Belmans, *Gedr.St., Kamer*, 1985-86, nr. 516/1.

⁷⁷ Zie ook POELMAN, F., «A propos d'insécurité», *J.T.*, 1984, 609.

⁷⁸ Antwerpen, 24 februari 1989, griffiënummer 440, onuitg.

⁷⁹ Cass., 23 oktober 1950, *Pas.*, 1951, I, 91; Cass., 24 september 1951, *A.C.*, 1952, 13.

genoemd artikel. Als dat verzuim echter een goedkeuring of aansporing inhoudt, kan het een positieve daad worden, in de zin van artikel 66 van het Strafwetboek⁸⁰. Er moet derhalve een onderscheid worden gemaakt tussen enerzijds de gewone onthouding, die geen strafbare deelneming kan opleveren, en anderzijds de gekwalificeerde onthouding, die wel strafrechtelijk relevant is. Hieronder kan worden verstaan de positieve aanmoediging tot het plegen van een misdrijf en de schending van de – wettelijke of contractuele – plicht tot handelen, voor zover de wil bestaat een misdrijf te laten plegen en door zijn onthouding hiertoe bij te dragen⁸¹.

Het derdenverzet voor de strafrechtbanken: geen alledaags verschijnsel

In het kader van vervolgingen uit hoofde van onder meer bedrieglijke bankbreuk en bedrieglijk onvermogen beval de Rechtbank van Eerste Aanleg te Antwerpen in haar vonnis van 25 november 1983 de terugkeer tot de failliete boedel van een woonhuis met aanhorigheden, hetgeen door het Hof van Beroep te Antwerpen bij arrest van 28 juni 1984 werd bevestigd⁸².

Op 21 december 1983 was een Nederlands echtpaar op volstrekt regelmatige wijze en te goeder trouw eigenaar geworden van die woning met aanhorigheden. Het Nederlands echtpaar kwam bij wijze van derdenverzet op tegen die uitspraak die gewezen werd buiten hun aanwezigheid en waardoor hun rechten werden geschonden.

Het arrest van uw Hof van 24 juni 1987⁸³ verklaart het derdenverzet ontvankelijk en gegrond in zoverre het strekt tot vernietiging van de beschikking van het arrest van het Hof van 28 juni 1984 waarbij de bekrachtiging werd uitgesproken van het vonnis van de Rechtbank van Antwerpen van 25 november 1983 houdende bevel tot terugkeer in de boedel van de schuldeisers van het woonhuis met aanhorigheden. Het cassatieberoep van de curators tegen dit arrest werd door het arrest van het Hof van Cassatie van 9 februari 1988 verworpen⁸⁴.

In de onderhavige casus betrof het een principaal derdenverzet dat werd ingesteld met een dagvaarding die aan alle partijen werd betekend binnen drie maanden na de betekening overeenkomstig de artikelen 1125, 1129 van het Gerechtelijk Wetboek, en artikel 3 der Hypotheekwet, en gebracht voor de rechter die de bestreden beslissing gewezen had.

De betwisting tussen de partijen wordt in het arrest teruggebracht tot een interpretatie van het begrip «burgerlijke belangen» waarover een strafgerecht uitspraak heeft gedaan. Uw Hof beslist dat de bevolen «terugkeer in de massa van de schuldeisers», hetzij ingevolge het algemeen rechts-

beginsel neergelegd in artikel 44 van het Strafwetboek, hetzij ingevolge artikel 579, 1°, van het Wetboek van Koophandel, een «teruggave» uitmaakt die essentieel van burgerlijke aard is en begrepen is onder de «burgerlijke belangen» van artikel 1122 van het Gerechtelijk Wetboek; dat daaraan niet in de weg staat de omstandigheid dat voormelde teruggave gegrond is op het algemeen belang, met name de noodzaak om de gevolgen van het misdrijf te doen verdwijnen, reden waarom zij ambtshalve uitgesproken dient te worden. Er wordt vervolgens op uitvoerige wijze vastgesteld dat de eisers belang hadden bij de vernietiging van de beschikking waarbij de terugkeer in de failliete boedel bevolen werd van het onroerend goed, dat zij te goeder trouw waren en dat zij niet behoorlijk opgeroepen werden en niet in dezelfde hoedanigheid in de zaak waren tussengekomen.

De behandeling van het derdenverzet voor de strafrechtbanken is zeker geen alledaags verschijnsel.

Vóór de inwerkingtreding van het Gerechtelijk Wetboek was het derdenverzet voor de strafrechtbanken niet eens mogelijk volgens de rechtsleer en rechtspraak⁸⁵.

Artikel 1122 van het Gerechtelijk Wetboek bepaalt dat ieder die niet behoorlijk is opgeroepen of niet in dezelfde hoedanigheid in de zaak is tussengekomen, derdenverzet kan doen tegen een, zij het voorlopige beslissing die zijn rechten benadeelt en die gewezen is door een burgerlijk gerecht, of door een strafgerecht in zover dit over burgerlijke belangen uitspraak heeft gedaan.

Het derdenverzet van artikel 1122 van het Gerechtelijk Wetboek is een buitengewoon rechtsmiddel, alleen bestemd voor derden om een beslissing aan te vechten die hun rechten krenkt, met het doel deze beslissing te doen intrekken voor zover deze hen betreft.

Wat dient men te verstaan onder «burgerlijke belangen», zoals vermeld in artikel 1122 van het Gerechtelijk Wetboek? De wet zelf geeft geen begripsbepaling, de parlementaire voorbereiding besteedt hieraan niet de minste aandacht en de rechtspraak is nog te schaars⁸⁶.

In de noot onder het cassatiearrest van 9 februari 1988 geeft prof. R. Verstraeten de volgende definitie: «Zowel uit de ontstaansgeschiedenis als uit de bewoordingen en de opbouw van artikel 1122 van het Gerechtelijk Wetboek kan worden afgeleid dat de wetgever klaarblijkelijk het derdenverzet heeft willen openstellen in zoverre de strafrechter uitspraak doet die ook door de burgerlijke rechter zou kunnen worden genomen⁸⁷. Deze begripsbepaling vindt mijn inziens steun in het reeds geciteerde cassatiearrest van 9 februari 1988, meer bepaald in de volgende motivering: «Overwegende dat deze vorm van herstel (terugkeer tot de failliete boedel), die, zoals schadevergoeding, ook voor de burgerlijke rechten kan worden gevorderd, van civielrechtelijke aard is, hetgeen onder meer ook blijkt uit de samenlezing van de artikelen 579 en 584 van het Wetboek van Koophandel.»

⁸⁰ KRINGS, E., «Aspecten van de bijdrage van het Hof van Cassatie tot de rechtsvorming», rede uitgesproken op de openingszitting van het Hof van Cassatie op 3 september 1990, *R.W.*, 1990-91, (345), 349.

⁸¹ DUPONT, L., en VERSTRAETEN, R., *Handboek Belgisch Strafrecht*, Leuven, Acco, 1990, nr. 588; SPRIET, B., *Strafrechtspraak*, Leuven, Acco, 1989, nr. 62; Cass., 8 januari 1973, *A.C.*, 1973, 470.

⁸² Antwerpen, 28 juni 1984, griffienummer 925, onuitg.

⁸³ Antwerpen, 24 juni 1987, griffienummer 1146.

⁸⁴ Cass., 9 februari 1988, *R.W.*, 1988-89, 155.

⁸⁵ Pand B., v° «Tierce opposition», nrs. 113-127; *R.P.D.B.*, v° «Tierce opposition», nrs. 22-23.

⁸⁶ BIJL, W., *Derdenverzet en maatregel*, Postuniversitaire seminars, *Strafrecht voor rechtspractici*, K.U.L., 1991.

⁸⁷ VERSTRAETEN, R., noot onder Cass., 9 februari 1988, *R.W.*, 1988-89, 157.

Het cassatiearrest expliciteert dat het bevel tot terugkeer tot de failliete boedel van alle goederen, rechten en rechtsvorderingen, met toepassing van artikel 579 van het Wetboek van Koophandel, geen straf is maar een bijzondere vorm van teruggave die ertoe strekt een einde te maken aan een met de wet strijdige toestand die ontstaan is uit de misdrijven omschreven bij de artikelen 575 en 577 van het Wetboek van Koophandel, namelijk het onttrokken houden van activa die aan de failliete boedel toekomen.

Daar de terugkeer tot de failliete boedel geen straf is, is de beslissing niet vatbaar voor genade en is geen eenparigheid vereist wanneer zij voor het eerst in hoger beroep wordt uitgesproken. De wet van 29 juni 1964 betreffende de opschorting, het uitstel en de probatie is er evenmin op toepasselijk. Inzake verjaring gelden de bepalingen van de artikelen 26 en volgende van voorafgaande titel van het Wetboek van Strafvordering.⁸⁸

Artikel 579 van het Wetboek van Koophandel bepaalt dat de terugkeer tot de failliete boedel in de gevallen van de artikelen 575, 577 en 578 ambtshalve uitgesproken dient te worden, zelfs in geval van vrijspraak.

De teruggave, waarvan de terugkeer tot de failliete boedel een bijzondere vorm is, heeft tot doel in het algemeen de sporen van het misdrijf uit te wissen en te vermijden dat de toestand die gecreëerd wordt door het misdrijf, zou voortduren.

Aldus raakt zij de openbare orde, waaruit volgt dat zij door het openbaar ministerie moet worden gevorderd⁸⁸. Dit optreden van het openbaar ministerie — het gaat om burgerlijke belangen — gebeurt op grond van artikel 138 van het Gerechtelijk Wetboek. Het openbaar ministerie treedt in burgerlijke zaken op telkens als de openbare orde in gevaar wordt gebracht door een toestand die verholpen dient te worden⁸⁹.

Dienaangaande vermeldt het cassatiearrest van 9 februari 1988 dat aan het civielrechtelijk karakter van die maatregel geen afbreuk doet de omstandigheid dat die maatregel door de strafrechter moet worden bevolen en door het openbaar ministerie ter gelegenheid van de uitoefening van de strafvordering moet worden gevorderd, zelfs in geval van vrijspraak.

Het Belgisch Bistel-syndroom

«Het spook in de kraag gevat» is de titel van een noot waarin mr. drs. J.M. Smits het arrest van het Hof van Arnhem van 27 oktober 1983 commentarieert, gewezen in een strafzaak waarbij het ging om het stelen van «ontastbare» computergegevens⁹⁰.

De twee centrale vragen in het Arnhems arrest waren of computergegevens vallen onder het begrip «enig goed» en of kon worden gesproken van «toeëigenen» in de zin van artikel 310 van het Wetboek van Strafrecht.

Het Arnhemse Hof beantwoordde deze vragen positief met de motivering, enerzijds dat de onderhavige computergegevens het karkater dragen van overdraagbaarheid, reproduceerbaarheid en beschikbaarheid, terwijl zij bovendien economisch waardeerbaar zijn, anderzijds dat het overnemen van computergegevens geleid heeft tot vermogensvermeerdering van de betrokkene ten laste van de eigenares en tot het over die overgenomen gegevens als heer en meester kunnen beschikken door hem.

Volgens Smits was het door deze uitspraak waarschijnlijk voorlopig niet nodig dat de wetgever tot actie zou overgaan om het snel om zich heen grijpende computergebruik, en het daarmee parallel lopende misbruik, aan te pakken.

De conclusie van deze auteur was dat de «oude» strafrechtelijke wetgeving goed kon voldoen wanneer het erom ging een van de gevolgen van het computergebruik/misbruik te beheersen. Dit was blijkbaar ook de mening van uw Hof zoals zij tot uiting kwam in het arrest van 13 december 1984⁹¹.

Uw Hof had over een soortgelijke zaak te oordelen: beklaagde, die bestuurder was bij een der burgerlijke partijen, maar ontslagen, werd vervolgd uit hoofde van diefstal, onder meer van drie programmatuuren, gepleegd na zijn ontslag.

Programmatuuren, zo motiveert uw Hof, zijn vatbaar voor reproductie en overdracht en hebben een economische waarde. Ook elke kopie heeft haar eigen economische waarde, die een bestanddeel is van het vermogen van de eigenaar van de oorspronkelijke programmatuur. Door de materiële daad van het kopiëren eigende beklaagde zich kopieën toe die als vermogensbestanddelen toebehoorden aan de eigenaar en die hem onttrokken werden tegen zijn wil.

Deze rechtspraak deed heel wat inkt vloeien⁹².

In zijn duidelijk geconstrueerd betoog onderstreepte R. Verstraeten⁹³ dat deze rechtspraak een originele en moedige stellingname inhoudt die zeker niet zal nalaten enige klassieke geesten te schokken. Hij concludeerde dat, «wanneer het nu door de technologische vooruitgang mogelijk wordt om zich uitsluitend de immateriële zaak toe te eigenen los van de materiële drager en aldus rechtstreeks de economische waarde ervan te vatten, er geen reden bestaat om de toepasselijkheid van artikel 461 van het Strafwetboek een halt toe te roepen». De oplossing van het Hof van Beroep te Antwerpen kan, aldus voornoemd auteur, de gevreesde analogietest doorstaan omdat het hier slechts gaat om het bepalen van het toepassingsgebied van artikel 461 van het Strafwetboek, waarvan de tekst geenszins beperkt is tot materiële of lichamelijke zaken.

In zijn noot met dezelfde betiteling⁹⁴ stelt prof. G. Vandenberghe dat het begrip «zaak» ruim en vaag is en extensieve interpretatie, die ook gegevens en programma's omvat, toelaat. Waar, volgens prof. G. Vandenberghe, de schoen wringt, is bij de interpretatie die het Hof van Beroep te Antwerpen geeft van het begrip «wegnemen», te weten het ge-

⁹¹ Antwerpen, 13 december 1984, *R.W.*, 1985-86, 244.

⁸⁸ DUPONT, L., en VERSTRAETEN, R., *Handboek Belgisch strafrecht*, Leuven, Acco, 1990, nr. 1579.

⁸⁹ Cass., 22 maart 1923, *Pas.*, 1923, I, 243.

⁹⁰ SMITS, J.M., verbonden aan de K.U.Nijmegen, «Stelen van computergegevens voortaan strafbaar. Het spook in de kraag gevat?», *Computerrecht*, 1984/1, 33-38.

⁹² Ook het arrest van 27 oktober 1983 werd in Nederland aan kritiek onderworpen, onder meer door VERKADE, D.W.F., *Softwarebescherming*, Samsom, Alphen aan de Rijn, 1985, 102.

⁹³ VERSTRAETEN, R., «Diefstal van computergegevens: revolutie in het strafrecht?», *R.W.*, 1985-86, 215-230.

⁹⁴ VANDENBERGHE, G., «Diefstal van computergegevens: revolutie in het strafrecht?», *Computerrecht*, 1986/1, 44-45.

lijkstellen van het zich iets toeëigenen met het wegnemen ervan en het gelijkstellen van het zich toeëigenen van het vermogensbestanddeel dat de kopieën voor de eigenaar van het origineel vertegenwoordigen met het wegnemen van de kopieën. Daarmee wordt afgestapt van de klassieke definities van het begrip «wegneming» als materiële verplaatsing of usurpatie van het bezit.

Men kan echter toch moeilijk stellen, vervolgt prof. G. Vandenberghe, dat kopieën die nog niet bestaan, een vermogensbestanddeel uitmaken; hoogstens kan men stellen dat de mogelijkheid om kopieën te maken een economische waarde in een vermogen kunnen vormen: een opportuniteitswaarde. Het enige wat dus misschien gebeurt, is dat een economische waarde wordt aangetast, men eigent zich economische waarde toe, of neemt economische waarde weg.

Dat het Hof te ver gegaan is met de toepassing van het diefstalartikel, waardoor het wettelijkheidsbeginsel in gevaar komt, toont hij verder aan met het voorbeeld van een concurrent die zijn collega bezoekt en op diens bureau een lijst ziet liggen met een overzicht van de grootste klanten, hun omzet en prijzen. Hij memoriseert de lijst en doet de klanten een voordeliger aanbod.

Het arrest van het Hof van Beroep te Antwerpen van 13 december 1984 vond navolging in het arrest van het Hof van Beroep te Brussel van 5 december 1986⁹⁵.

Prof. B. De Schutter bevestigde in een noot bij het arrest van Brussel de stelling die prof. G. Vandenberghe had ingenomen tegenover het arrest van 13 december 1984⁹⁶.

De Bestendige Krijgsraad te Brussel volgde in 1988 weerom deze rechtspraak, maar heromschreef het kopiëren van software als gebruiksdiefstal⁹⁷.

Op 8 november 1990 sprak de Correctionele Rechtbank te Brussel veroordelingen uit in de «Bistel-zaak», waartegen evenwel hoger beroep is ingesteld⁹⁸.

Ook dit vonnis werd door prof. B. De Schutter ervaren als een al te vergaande analogische lezing van duidelijk afgeleide bepalingen in het strafrecht. Hij merkte te dier ge-

legenheid op dat de drang om tot elke prijs een antwoord te vinden op een gedrag dat maatschappelijk onaanvaardbaar is, geleid heeft tot een grote rechtsonzekerheid voor het individu. De roep naar wetgevende duidelijkheid is niet nieuw, maar wordt door de Bistel-uitspraak nog in een scherper daglicht gesteld⁹⁹.

In de Reeks Informatie en Recht, deel 7, gaf Bieke Spruyt onder de titel «Computers op de strafbank» een uitvoerige analyse van het fenomeen informaticacriminaliteit: nationale en internationale perspectieven¹⁰⁰. Onder de categorie «computerspionage» verwees zij naar het hiervoren geciteerde arrest van het Hof van Beroep te Antwerpen om te overwegen dat in het arrest een aanvaarding van de Angelsaksische «property»-theorie zit verrat en dit in tegenstelling met het principe van de vrije circulatie van informatie, een principe dat in de huidige sociaal-culturele context van onze maatschappij algemeen wordt aanvaard. Het komt haar dan ook niet opportuun voor en niet in overeenstemming met het legaliteitsbeginsel dat het aan de rechter wordt overgelaten te bepalen welke gegevens al dan niet voor onrechtmatige toeëigening vatbaar zijn (eventueel op welke wijze).

Zij vervolgt dat de uitbreiding van het begrip «zaak» naar immateriële goederen toe dan ook in flagrante tegenstelling is met het legaliteitsprincipe, daar het alleen de wetgever toekomt te bepalen welke immateriële zaken al dan niet een strafrechtelijke bescherming behoeven.

Ten slotte wordt door B. Spruyt aangestipt dat, in de huidige stand van de wet, enkele bepaalde categorieën van informatie strafrechtelijk worden beschermd, en dit niet via eigendomsgerichte constructies, maar door bijzondere wetten specifiek uitgewerkt naar de categorieën van informatie toe (intellectuele rechten, fabrieksgeheim). De in die bijzondere wetten opgenomen bepalingen zijn niet gericht op permanente eigendomsrechten, maar op tijdelijke exclusieve gebruiksrechten, wat uitdrukking geeft aan het feit dat informatie uiteindelijk in het openbaar domein dient te vallen.

⁹⁵ Brussel, 5 december 1986, *Computerrecht*, 1987/1, 36.

⁹⁶ DE SCHUTTER, B., «Diefstal van computergegevens; de rechtspraak volhardt», *Computerrecht*, 1987/1, 38-40.

⁹⁷ Bestendige Krijgsraad te Brussel, 20 december 1988, *Computerrecht*, 1990/1, 34.

⁹⁸ Corr. Brussel, 8 november 1990, *Computerrecht*, 1991/1, 31-32.

⁹⁹ DE SCHUTTER, B., «Het Belgisch Bistel-Syndroom», *Computerrecht*, 1991/3, 164-166.

¹⁰⁰ SPRUYT, B., *Computers op de strafbank*, in de Reeks Informatie en Recht, deel 7, DE SCHUTTER, B., (red.), Antwerpen - Deventer, Kluwer, 1988, 226-361.

RECHTSPRAAK

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 14 FEBRUARI 1991

Voorzitter: de h. Sace

Raadsheer-rapporteur: de h. Rappe

Openbaar ministerie: mevr. Liekendael

Advocaten: mrs. Simont en Van Ommeslaghe

Bewaargeving – Teruggaveverplichting van de bewaarner – Beschadiging van de in bewaring gegeven zaak – Vreemde oorzaak

Als de feitenrechter vaststelt dat de beschadiging van het in bewaring gegeven voertuig hieraan te wijten was dat het was gestolen in de garage van de bewaarner, en dat de bewaarner geen fout had begaan in verband met de diefstal van het

voertuig, kan hij er wettig uit afleiden dat de beschadiging van dat voertuig aan een vreemde oorzaak te wijten was.

B.V.B.A. Voyages B. t/ C.V. A.

Gelet op het bestreden arrest, op 7 december 1988 door het Hof van Beroep te Bergen gewezen;

Over het middel: schending van de artikelen 1147, 1148, 1245, 1302, 1315, 1929, 1932, 1933 van het Burgerlijk Wetboek en 870 van het Gerechtelijk Wetboek en, voor zover nodig, van artikel 97 van de Grondwet,

doordat het arrest vaststelt dat de partijen toegaven dat zij een contract voor uitvoering van herstellingen hadden aangegaan met bijkomend een contract van bewaargeving en, met wijziging van het beroepen vonnis, de oorspronkelijke rechtsovereenkomst van eiseres afwijst op grond dat het niet de verplichting van de bewaarnemer is om de in bewaring gegeven zaak terug te geven «die in het geding is», dat nu eiseres «het door haar in bewaring gegeven voertuig wel had teruggekregen, maar in slechte staat... alleen de verplichting van bewaring te dezen in het geding is», en dat eiseres in casu niet bewijst dat verweerster een fout heeft begaan,

terwijl de bewaarnemer de in bewaring gegeven zaak moet teruggeven in de staat waarin hij ze heeft ontvangen, daar het om een resultaatsverbintenis gaat (artikelen 1932 en 1933 van het Burgerlijk Wetboek); hij van die verplichting niet is bevrijd, tenzij hij het bewijs levert van overmacht of van een vreemde oorzaak; daaruit volgt dat het arrest, nu het vaststelt dat verweerster het in bewaring gegeven voertuig in slechte staat had teruggegeven, maar niet dat zij het bewijs had geleverd dat de beschadiging aan overmacht of een vreemde oorzaak was te wijten, niet heeft kunnen beslissen dat verweerster aan haar verplichting tot teruggave had voldaan door het beschadigde voertuig aan eiseres terug te geven, en dat de oorspronkelijke rechtsovereenkomst van laatstgenoemde diende te worden afgewezen, daar zij niet heeft bewezen dat verweerster haar bewaringsverplichting niet is nagekomen, zonder schending van 1° de wettelijke bepalingen inzake de verplichting tot teruggave van de bewaarnemer (schending van de in het middel aangewezen bepalingen en inzonderheid de artikelen 1932 en 1933 van het Burgerlijk Wetboek), 2° de regels betreffende de bewijslast inzake resultaatsverbintenissen (schending van de artikelen 1147, 1148, 1302, 1315 van het Burgerlijk Wetboek en 870 van het Gerechtelijk Wetboek) en inzonderheid inzake de verplichting tot teruggave in geval van bewaargeving (schending van de artikelen 1932 en 1933 van het Burgerlijk Wetboek) doordat het, althans de bewaargever, aan wie een beschadigde zaak is teruggegeven, ertoe verplicht te bewijzen dat de beschadiging aan de bewaarnemer is te wijten:

Overwegende dat het arrest, anders dan in het middel wordt betoogd, de rechtsovereenkomst van eiseres niet afwijst op grond dat zij niet bewijst dat verweerster een fout heeft begaan;

Overwegende dat uit het arrest, waarin onder meer wordt verwezen naar de door de eerste rechter onderzochte feitelijke omstandigheden van de zaak, blijkt dat de beschadiging van het in bewaring gegeven voertuig van eiseres hieraan was te wijten dat dit voertuig door derden was gestolen in de garage van de bewaarnemer, namelijk de verwerende vennootschap;

Overwegende dat het arrest, bij het onderzoek naar de wijze waarop verweerster haar bewaringsverplichting had uitgevoerd, vaststelt dat de door eiseres aan verweerster verweten feiten geen fouten waren van laatstgenoemde, bovendien erop wijst dat «het personeelslid (van de bewaarnemer) die als huisbewaarder werkt en in het gebouw woont, de dag van de feiten de garage behoorlijk op slot had gedaan» en besluit «dat aldus blijkt dat de oorspronkelijke vordering niet gegrond is»; dat daaruit volgt dat de bewaarnemer geen fout in verband met de diefstal van de in bewaring gegeven zaak had begaan en dat de beschadiging van de zaak aan een vreemde oorzaak te wijten was;

Dat het arrest derhalve zijn beslissing regelmatig met redenen omkleedt en naar recht verantwoordt;

Dat het middel niet kan worden aangenomen;

...

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 22 MAART 1991

Voorzitter-rapporteur: de h. Caenepeel

Openbaar ministerie: de h. Tillekaerts

Advocaten: mrs. De Bruyn en Bützler

Huur – Gezinswoning – Art. 215, § 2, tweede lid, B.W. – Opzegging aan beide echtgenoten met een enkel geschrift – Beide echtgenoten kennis genomen van de opzeggingsbrief – Geldig

Als de feitenrechter vaststelt dat de verhuurder de opzegging van de gehuurde gezinswoning aan beide echtgenoten heeft gericht bij een aangetekende brief met ontvangstkaart, dat iedere echtgenoot die ontvangstkaart afzonderlijk heeft ondertekend en dat bewezen is dat iedere echtgenoot daadwerkelijk kennis heeft genomen van de opzeggingsbrief, kan hij wettig beslissen dat die opzegging voldoet aan het vereiste van art. 215, § 2, tweede lid, B.W.

Van S. en T. t/ H.

Gelet op het bestreden vonnis, op 9 juni 1989 in hoger beroep gewezen door de Rechtbank van Eerste Aanleg te Gent;

Over het middel: schending van artikel 215, § 2, meer bepaald eerste en tweede lid, van het Burgerlijk Wetboek als ingevoerd bij de wet van 14 juli 1976,

doordat het bestreden vonnis, met wijziging van het beroepen vonnis oordeelt: «Bij artikel 215, § 2, tweede lid, B.W. heeft de wetgever geen uitdrukkelijke sanctie bepaald indien de verhuurder zijn verplichting de opzegging aan elk der echtgenoten afzonderlijk te betekenen, niet nakomt. Niettemin volgt uit de omstandigheid dat beide echtgenoten een gelijk en onverdeeld recht op de huur bezitten dat de opzegging die enkel aan één van de echtgenoten is betekend, zonder uitwerking zal blijven; anders zou de huur ten voordele van de andere echtgenoot en derhalve van het gezin blijven bestaan. Dit gemis van uitwerking kan evenwel niet aangenomen worden wanneer, zoals te dezen op 28 september 1988 de opzegging gericht wordt aan beide echtgenoten, en dit bij aangetekend schrijven met ontvangstkaart, die elke

echtgenoot afzonderlijk ondertekend heeft, en wanneer bovendien bevestigd wordt dat elke echtgenoot daadwerkelijk van de opzegbrief kennis heeft genomen, zoals blijkt uit de brief van 10 oktober 1988 van hun raadsman»; bijgevolg voor recht zegt dat de tussen partijen bestaande huurovereenkomst een einde heeft genomen per 31 maart 1989 en de eisers gehouden zijn het gehuurde pand ter beschikking van verweerder te stellen, uiterlijk tegen 31 augustus 1989, de eisers veroordeelt vanaf 1 april 1989 een bezettingsvergoeding te betalen gelijk aan de huurprijs, benevens de kosten van het geding,

terwijl het recht op de huur van een onroerend goed dat een gezin geheel of gedeeltelijk tot voornaamste woning dient, beide echtgenoten gezamenlijk toebehoort, en opzeggingen, kennisgevingen en exploten betreffende die huur gezonden of betekend moeten worden aan elk van de echtgenoten afzonderlijk (artikel 215, § 2, eerste en tweede lid, van het Burgerlijk Wetboek); de huuropzegging van een gezinswoning door de verhuurder aan echtgenoten-huurlers bijgevolg moet gebeuren bij twee afzonderlijke geschriften en niet wettig kan gebeuren bij één enkel geschrift aan beide echtgenoten samen gericht; dat het voldoende zou zijn één enkel geschrift te sturen, zoals het beroepen vonnis stelt, mits beide echtgenoten-gedresseerden er ontvangst van melden, strijdig is met de uitdrukkelijke en nauwkeurige andersluidende bepaling van artikel 215, § 2, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek, en dit voorschrift zinledig zou worden zo men de geldigheid zou aanvaarden van één enkel geschrift omdat de wetgever niet nadrukkelijk de sanctie zou hebben vermeld; de formulering van artikel 215, § 2, er duidelijk toe strekt slechts geldig te beschouwen de huuropzegging gedaan bij twee afzonderlijke geschriften, één voor elk der echtgenoten; zodat het bestreden vonnis, door te beslissen dat de huuropzegging aan de eisers gezamenlijk betekend bij brief van verweerder van 22 januari 1988 (en van 28 september 1988) rechtsgeldig is, artikel 215, § 2, van het Burgerlijk Wetboek miskent;

Overwegende dat, krachtens artikel 215, § 2, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek, het recht op de huur van het onroerend goed dat een van de echtgenoten gehuurd heeft, zelfs vóór het huwelijk, en dat het gezin geheel of gedeeltelijk tot voornaamste woning dient, behoort aan beide echtgenoten gezamenlijk, niettegenstaande enige hiermede strijdige overeenkomst; dat het tweede lid bepaalt: «De opzeggingen, kennisgevingen en exploten betreffende die huur moeten gezonden of betekend worden aan elk der echtgenoten afzonderlijk of uitgaan van beide echtgenoten gezamenlijk»;

Overwegende dat het bestreden vonnis constateert: 1. dat verweerder op 28 september 1988 de opzegging aan beide echtgenoten, de eisers, heeft gericht, en wel bij aangetekend schrijven met ontvangstkaart; 2. dat «elke» echtgenoot die ontvangstkaart «afzonderlijk» ondertekend heeft; 3. dat bewezen is dat «elke» echtgenoot daadwerkelijk van de opzegbrief kennis genomen heeft;

Overwegende dat de rechtbank op grond van die feitelijke vaststellingen, die in het middel niet worden aangevochten, wettig heeft kunnen beslissen dat de door verweerder aan de eisers gedane opzegging, ofschoon zij «bij een enkel geschrift aan beide echtgenoten samen werd gericht», voldoet aan het vereiste van artikel 215, § 2, tweede lid, van het Burgerlijk Wetboek;

Dat het middel niet kan worden aangenomen;
...

NOOT – Bovenstaand arrest verwerpt de voorziening tot cassatie tegen een onuitgegeven vonnis van Rb. Gent, 9 juni 1989, dat Vred. Gent, 16 januari 1989, *R.W.*, 1990-91, wijzigd.

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER – 20 AUGUSTUS 1991

Voorzitter: de h. Stranard

Raadsheer-rapporteur: mevr. Jeanmart

Openbaar ministerie: de h. Piret

Advocaat: mr. Nudelhole

Hof van assisen – Getuige – Discretionaire macht van de voorzitter

Het beginsel van het mondeling debat belet niet dat de schriftelijk vastgestelde verklaringen door de voorzitter binnen het kader van de hem door art. 267 Sv. toevertrouwde opdracht ter zitting worden voorgelezen, als het gaat om schriftelijke stukken waarvan de overhandiging aan de jury bij de wet niet verboden is en die deel uitmaken van het dossier.

De schriftelijke verklaringen van de getuigen waarvan de overhandiging wordt verboden door art. 341 Sv., zijn de door de getuigen voor de onderzoeksrechter onder ede afgelegde verklaringen, meer bepaald de getuigenissen.

H.

Gelet op de bestreden arresten, op 7 juni 1991 (twee op tussengeschiedt gewezen arresten) en 11 juni 1991 gewezen door het Hof van Assisen van de provincie Luik;

Over het middel: schending van de artikelen 267, 268, 317 en 318 van het Wetboek van Strafvordering,

doordat het arrest eiser tot de doodstraf veroordeelt, *terwijl* het in de artikelen 317 en 341 van het Wetboek van Strafvordering vastgelegde beginsel van het mondeling debat voor het hof van assisen verbiedt dat de voorzitter de door de getuige voor de onderzoeksrechter afgelegde verklaringen ter zitting voorleest, zelfs als een getuige in de volgestrekte onmogelijkheid verkeert te verschijnen en de partijen van diens verhoor hebben afgezien; het proces-verbaal van de terechtzitting van 5 juni 1991 te dezen vaststelt: «De voorzitter leest krachtens zijn discretionaire macht en met het goedvinden van de partijen de verklaringen voor van de getuigen Germaine D., Emile J., Y. R. en P.J., van wier verhoor de partijen op de terechtzitting van gisteren hebben afgezien»; uit geen enkel stuk van de rechtspleging kan worden opgemaakt of de door de voorzitter aldus voorgelezen verklaringen de door die getuigen voor de onderzoeksrechter afgelegde verklaringen waren dan wel alleen door de gerechtelijke politie bij wijze van inlichting verkregen verklaringen; het Hof bijgevolg aan de hand van de stukken van de rechtspleging niet kan nagaan of het beginsel van het mondeling debat in acht genomen is; de rechtspleging derhalve nietig is:

Overwegende dat het beginsel van het mondeling debat niet belet dat de schriftelijk vastgelegde verklaringen door de voorzitter binnen het kader van de hem door artikel 267 van het Wetboek van Strafvordering toevertrouwde opdracht ter zitting worden voorgelezen, als het gaat om schriftelijke stukken waarvan de overhandiging aan de jury bij de wet niet verboden is en die deel uitmaken van het dossier;

Overwegende dat de schriftelijke verklaringen van de getuigen waarvan de overhandiging wordt verboden door artikel 341 van het Wetboek van Strafvordering, de door de getuigen voor de onderzoeksrechter onder ede afgelegde verklaringen zijn, dat zijn meer bepaald de getuigenissen;

Overwegende dat uit het proces-verbaal van 5 juni 1991 blijkt dat de voorzitter de verklaringen heeft voorgelezen van de getuigen Germaine D., Emile J., Yvonne R. en Patrice J.;

Overwegende dat uit de stukken waarop het Hof vermag acht te slaan blijkt dat die verklaringen niet onder ede voor de onderzoeksrechter waren afgelegd;

Dat het middel niet kan worden aangenomen;

...

NOOT – De voorlezing van de getuigenissen

1. Gezien het oraal karakter van de rechtspleging in assisenzaken, dienen de getuigen ter terechtzitting hun verklaringen mondeling af te leggen. Dit beginsel wordt afgeleid uit de artikelen 317, 318, 341 en 477 Sv. (Cass., 3 april 1916, *Pas.*, 1917, I, 75).

De getuigen mogen zich niet bedienen van afschriften van processen-verbaal, van samenvattingen of van aantekeningen: hun verklaringen moeten spontaan zijn, ongedwongen, ongeremd.

2. Mocht worden vastgesteld dat een getuige, in strijd met de oraliteit der debatten, stiekem gebruik heeft gemaakt van een resumé of van enig ander kattenbelletje, dan kan de voorzitter van het hof van assisen deze procedurefout alsnog herstellen door het getuigenis te vernietigen en het verhoor te herbeginnen volgens de regels (Cass.fr., 12 april 1839, *Bull. crim.*, nr. 123; Cass., 8 juni 1863, *Pas.*, 1863, I, 249; S. Sassaerath, *La cour d'assises*, nr. 613 en *Nov.*, *Procédure pénale*, II, 1).

3. Een getuigenis wordt echter niet door nietigheid aangetaast als een brief, een document of enig ander bescheid wordt voorgelezen. Zo zal een curator van een faillissement de jaarrekeningen mogen overleggen, een deskundige de analyses die hij gemaakt heeft, een gerechtelijk officier de film over de wedersamenstelling der feiten (Cass., 11 augustus 1943, *Pas.*, 1943, I, 316).

Het betreft hier niet de getuigenissen, maar het aanbrenge van bewijzen, waarbij de spontaneïteit van de getuigen geen enkele rol speelt.

4. De voorzitter van het hof van assisen zou echter het mondeling karakter van de debatten schenden, mocht hij de processen-verbaal voorlezen waarin de verklaringen van de getuige staan opgetekend vooraleer deze ter terechtzitting is gehoord. Inderdaad, de getuige zou zich gebonden voelen door de eerder afgelegde verklaringen, zijn verhoor zou niet meer spontaan zijn, hij zou beïnvloed kunnen worden door deze voorlezing (Cass.fr., 7 september 1882, *Sir.*, 1882, I, 438; G. Le Poittevin, *Code d'instruction criminelle*, art. 317, nr. 219).

Deze spontaneïteit van de getuigenissen wordt gewaarborgd door de artikelen 315, 319 en 321 tot 324 Sv. (L. Zambaux, *Des attributions du président des assises, de la cour d'assises et du jury*, p. 152; S. Sassaerath, *o.c.*, nr. 622).

A. Vandeplas

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER – 9 SEPTEMBER 1991

Voorzitter: de h. Marchal

Rapporteur: mevr. Charlier

Openbaar ministerie: de h. Leclercq

Advocaat: mr. Delahaye

Arbeidsovereenkomst – Werkgever – Verplichtingen – Terbeschikkingstelling van hulpmiddelen – Draagwijdte – Privé-woning van bediende

Ter zake van de verplichting van de werkgever om hulpmiddelen ter beschikking te stellen van de werknemer moet de rechter eerst nagaan wat de partijen zijn overeengekomen aangaande de nodige middelen die voor de uitvoering van het werk ter beschikking worden gesteld, en er rekening mee houden; alleen bij stilzwijgen daarover in de overeenkomst moet hij uitspraak doen zoals de omstandigheden dit vereisen (art. 20, 1°, W.A.O.).

N.V. A. t/ D.

Gelet op het bestreden arrest, op 25 april 1990 door het Arbeidshof te Luik gewezen;

Over het middel: schending van de artikelen 20, 1°, van de wet van 3 juli 1978 betreffende de Arbeidsovereenkomsten, 1142, 1146 van het Burgerlijk Wetboek en 97 van de Grondwet,

doordat het arrest, met wijziging van het beroepen vonnis, de oorspronkelijke rechtsvordering van verweerder teneinde eiseres te doen veroordelen tot betaling van een bedrag van 791.250 frank als terugbetaling van de kosten voor het gebruik van zijn privé-ruimten voor beroepsdoeleinden, vanaf de aanvang van de arbeidsovereenkomst tot het einde, te weten gedurende negen jaar, ten dele gegrond verklaart op de voet van artikel 20, 1°, van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten, op grond: «dat de woning van de bediende moet worden gelijkgesteld met een hulpmiddel; derhalve moet worden nagegaan of (verweerders) woning of een deel ervan inderdaad een voor de uitvoering van het overeengekomen werk nodig hulpmiddel is; uit de aan het arbeidshof voorgelegde dossiers blijkt dat zulks wel het geval is, daar (verweerder) een deel van zijn beroepswerkzaamheden thuis moet verrichten; dat het feit dat (verweerder) deel uitmaakte van het reizend personeel, niet uitsluit dat hij een deel van zijn werk thuis verrichtte, en dat het feit dat hij niet altijd op zijn bureau tot 9 uur 30 's morgens aanwezig was geen weerslag had op het moment waarop hij daartoe verplicht was; dat (eiseres) terecht stelt dat de werkgever hulp, hulpmiddelen en materialen ter beschikking moet stellen van de werknemer, zo de omstandigheden dit vereisen, en behoudens strijdige bepaling, dat zulks geen

dwingende verplichting is en dat partijen van artikel 20 van voormelde wet van 3 juli 1978 kunnen afwijken; partijen echter in casu daarvan niet zijn afgeweken, zodat (verweerder) dan ook kosten wil doen terugbetalen op de voet van voormeld artikel»,

terwijl, eerste onderdeel, luidens artikel 20, 1°, van de wet van 3 juli 1978 de verplichting van de werkgever om de voor de uitvoering van het werk de nodige hulpmiddelen ter beschikking te stellen, moet worden beoordeeld gelet op zijn algemene verplichting om de werknemer te doen arbeiden op de wijze, tijd en plaats zoals is overeengekomen; zo is overeengekomen dat het werk geheel of gedeeltelijk thuis bij de werknemer zal worden uitgevoerd, de werkgever echter niet verplicht is dat hulpmiddel, ook al is het nodig voor de uitvoering van het werk, ter beschikking van de werknemer te stellen, zonder dat daartoe een strijdige bepaling vereist is, daar volgens die bepaling in fine van artikel 20, 1°, van voornoemde wet vaststaat dat de werkgever, ingevolge de overeenkomst tussen partijen, het bewuste hulpmiddel ter beschikking moet stellen van de werknemer; eiser in casu bij conclusie betoogde «dat uit de uitvoering zelf van de overeenkomst (een 'aveu en action' dixit professor De Page) volgt dat de inspecteurs (zoals verweerder) thuis bepaalde verslagen opmaakten en zekere werken verrichtten, wat deel uitmaakt van hun beroep zonder dat de werkgever bijdroeg in de kosten», hetgeen betekent dat de overeenkomst tussen partijen, zoals zij is uitgevoerd, niet spreekt van een verplichting voor de werkgever om dat hulpmiddel ter beschikking van de werknemer te stellen; het arrest, dat beslist dat eiseres, krachtens artikel 20, 1°, van de wet van 3 juli 1978, verplicht is de woning van verweerder te zijner beschikking te stellen en althans hem de kosten voor die beroepsbezigheid terug te betalen, op grond dat die woning als hulpmiddel nodig is voor de uitvoering van zijn werk, behoudens strijdige en in casu niet bestaande bepaling, zonder te onderzoeken wat partijen overeengekomen waren, inzonderheid op grond van de uitvoering van de arbeidsovereenkomst, die bepaling derhalve verkeerd toepast doordat het aan eiseres een verplichting oplegt die artikel 20, 1°, van voornoemde wet niet inhoudt, en die bepaling dus schendt, en bovendien niet antwoordt op de conclusie waarin aan de rechter werd gevraagd na te gaan wat partijen waren overeengekomen, desnoods op basis van de uitvoering van hun overeenkomst (schending van artikel 97 van de Grondwet);

...

Wat het eerste onderdeel betreft:

Overwegende dat luidens artikel 20, 1°, van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten, de werkgever verplicht is om de werknemer te doen arbeiden op de wijze, tijd en plaats zoals is overeengekomen, inzonderheid zo de omstandigheden dit vereisen en behoudens strijdige bepaling, door de voor de uitvoering van het werk nodige hulp, hulpmiddelen en materialen ter beschikking te stellen;

Overwegende dat uit de vergelijking van de Nederlandse en de Franse tekst van die bepaling blijkt dat volgens deze bepaling de feitenrechter eerst moet nagaan wat en rekening houden met hetgeen de contracterende partijen zijn overeengekomen aangaande de nodige hulpmiddelen die voor de uitvoering van het werk ter beschikking worden gesteld en dat hij alleen, bij stilzwijgen daarover in de overeen-

komst, uitspraak moet doen zoals de omstandigheden dit vereisen;

Dat het arbeidshof zulks niet heeft gedaan en dus artikel 20, 1°, van de wet van 3 juli 1978 schendt;

Dat het onderdeel in zoverre gegrond is;

...

RAAD VAN STATE

7e KAMER – 26 SEPTEMBER 1991

Voorzitter: de h. Tacq

Auditeur: de h. Bovin

Advocaten: mrs. Mulliez en Lachaert

Raad van State – Procedure – Memories

Wanneer vaststaat dat de memorie van antwoord op het adres van verzoeker is aangeboden, werd afgetekend door een persoon die een andere is dan de verzoeker, en er geen aanwijzing bestaat dat die persoon de memorie aan de betrokkene niet heeft afgeleverd, is er geen reden om de toepassing van artikel 21, tweede lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State uit te sluiten. Bij gemis van het indienen van de memorie van wederantwoord binnen de gestelde termijn van zestig dagen moet worden vastgesteld dat het vereiste belang om de gevraagde nietigverklaring te verkrijgen ontbreekt.

De B. t/ Vlaamse Gewest

Arrest nr. 37.781

Gezien het verzoekschrift dat De B. op 7 februari 1991 heeft ingediend om de vernietiging te vragen van het besluit van 23 oktober 1990 waarbij de gemeenschapsminister van Ruimtelijke Ordening en Huisvesting aan verzoeker de vergunning weigert voor het regulariseren van een werkplaats op een perceel gelegen te Z.;

Gelet op het arrest nr. 36.714 van 21 maart 1991 waarbij afwijzend wordt beschikt op de vordering tot schorsing van de bestreden beslissing;

Gelet op de kennisgeving van de memorie van antwoord aan verzoekende partij op 18 april 1991;

Gezien het verslag, opgemaakt door eerste auditeur J. Bovin, op grond van artikel 14bis, § 1, van het besluit van de Regent van 23 augustus 1948 tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling administratie van de Raad van State, ingevoegd bij artikel 7 van het koninklijk besluit van 7 januari 1991;

...

Overwegende dat verzoekers raadsman ter terechtzitting verklaard heeft dat het bewijs van ontvangst niet door verzoeker zelf werd ondertekend, en hij op grond daarvan stelt dat er geen zekerheid bestaat dat deze een kopie van de memorie van antwoord van verwerende partij heeft ontvangen; dat hij evenwel geen enkel gegeven of element aanbrengt dat aannemelijk kan maken dat de persoon die het bewijs van ontvangst van de op het adres van verzoeker afgegeven memorie van antwoord heeft ondertekend, dat stuk niet aan verzoeker zou hebben afgegeven; dat daarentegen uit het dossier blijkt dat het tussenarrest van 21 maart 1991 op het-

zelfde adres als de memorie van antwoord betekend werd en het bewijs van ontvangst ervan door dezelfde persoon werd ondertekend die ook het bewijs van ontvangst van de memorie van antwoord heeft ondertekend ; dat bij de oproeping waarvan het bewijs van ontvangst op 19 september 1991 door verzoeker werd ondertekend, het bij artikel 14bis, § 1, eerste lid, van de procedureregeling voor de afdeling administratie van de Raad van State bedoeld verslag was gevoegd waarin is gesteld :

«Aan de verzoekende partij is op 18 april 1991 kennis gegeven van de memorie van antwoord.

De verzoekende partij heeft binnen de door artikel 7 van het besluit van de Regent van 23 augustus 1948 tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling administratie van de Raad van State bepaalde termijn geen memorie van wederantwoord ingediend zodat, luidens artikel 21, tweede lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, een wettelijk vermoeden geldt van het ontbreken van het vereiste belang bij de verzoekende partij»;

dat verzoeker ruim de tijd heeft gehad om dat procedurerekst aan zijn raadsman mede te delen, ten gevolge waarvan het deze mogelijk ware geweest enig concreet gegeven aan te brengen dat, al zij het maar een begin van bewijs kon leveren dat de betekening van de memorie van antwoord derwijze was geschied dat niet voor vaststaand kon worden aangenomen dat dit naar behoren is gebeurd ;

Overwegende dat er geen reden is om de in artikel 21, tweede lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State bedoelde uitspraak niet te doen op basis van de door de stukken van de procedure verstrekte gegevens, overeenkomstig het gestelde in artikel 14bis, § 1, van de procedureregeling, en de zaak uit te stellen om nader te onderzoeken of het toch niet mogelijk zou zijn geweest dat de betekening van de memorie van antwoord aan verzoeker niet naar behoren werd verricht ;

Overwegende dat, bij het versturen van een kopie van de memorie van antwoord aan verzoeker, de hoofdgriffier melding heeft gemaakt van artikel 21, tweede lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State ;

Overwegende dat verzoeker binnen de gestelde termijn van zestig dagen, ingaande met de ontvangst van de kopie van de memorie van antwoord, geen memorie van wederantwoord aan de griffie heeft laten geworden ; dat krachtens voormeld wetsartikel vastgesteld dient te worden dat het vereiste belang om de gevraagde nietigverklaring te bekomen, ontbreekt,

(Volgt verwerping)

NOOT – Sinds de wet van 17 oktober 1990 en het K.B. van 7 januari 1991 moet elke partij die betrokken is bij een procedure voor de Raad van State m.n. de verzoekende partij, de verwerende partij en de tussenkomende partij bij elke fase van het procedureverloop de hakbijl vrezén. Elke onachtzaamheid wordt zwaar gesanctioneerd.

Als vertrouwen wordt geschonken aan de huisgenoten of het huispersoneel voor de ontvangst van aangetekende zendingen i.v.m. de procedure voor de Raad van State, moet de verzoeker daarvan de gevolgen dragen. Werd binnen de voorgeschreven termijn van zestig dagen geen memorie van wederantwoord ingediend dan doet de afdeling met alleenzetelend rechter, de partijen gehoord, zonder verwijl uit-

spraak en zal het ontbreken van het vereiste belang worden vastgesteld.

W.L.

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

8e KAMER – 22 NOVEMBER 1991

Voorzitter-rapporteur : de h. Vandeplas

Raadsheren : de hh. Luyckx en Michielsén

Openbaar ministerie : mevr. Van Leuven

Advocaten : mrs. Van de Walle loco de Liedekerke,
Maeyens loco Marissens en Schotsmans loco Carlier

Benelux – Verdrag aangaande de rechtshulp in strafzaken – 1. Overname van strafvordering – 2. Klachtdelict – Aangifte

1. Het verzoek van de Nederlandse minister van Justitie aan zijn Belgische collega het proces-verbaal in handen van de bevoegde justitiële autoriteiten te stellen ten einde de mogelijkheid van een strafvervolgning in overweging te nemen moet worden geïnterpreteerd als een verzoek tot overname van de strafvordering door de Belgische gerechtelijke overheid.

2. Wanneer de strafvordering regelmatig op gang is gebracht naar Nederlands recht, is ten aanzien van een klachtdelict voor de overname en de voortzetting van de strafvervolgning in België geen nieuwe klacht meer vereist.

Vennootschap naar Frans recht La C. e.a. t/ G.

Overwegende dat de feiten van de telastleggingen werden gepleegd op 8 oktober 1988 en alle feiten werden gepleegd te Susteren (Nederland); dat de beklaagde ter terechtzitting over deze verbeteringen van de telastleggingen werd verwittigd en dat hij zich dienaangaande heeft verdedigd ; dat de beklaagde trouwens zelf deze wijzigingen heeft voorgesteld ;

(...)

Overwegende dat de beklaagde heeft aangevoerd dat de strafvordering niet ontvankelijk is ; dat de eerste rechter deze stelling heeft aanvaard ;

Overwegende dat op 8 oktober 1988 door de Nederlandse douaneambtenaren in de gemeente Susteren (Nederland) 336 flesjes toiletwater en 24 potjes crème in beslag werden genomen, goederen waarvan werd vermoed dat ze van valse merknamen waren voorzien ; dat in Nederland proces-verbaal werd opgesteld nopens deze feiten en de beklaagde hieromtrent trouwens werd verhoord door rechercheurs bij de Centrale Afdeling Recherche van de Economische Controledienst te 's Gravenhage ;

Overwegende dat de Nederlandse minister van Justitie op 10 januari 1989 het volledig dossier overzond aan de Belgische minister van Justitie met verzoek tot overname van de strafvervolgning overeenkomstig artikel 42 van het Beneluxverdrag aangaande de rechtshulp in strafzaken ;

Overwegende dat, in strijd met de beweringen van de beklaagde, er wel degelijk een strafvervolgning was ingesteld in Nederland, nu in Nederland wordt aangenomen dat de vervolging wordt aangespannen door het verhoor en het in beschuldiging stellen van de beklaagde ;

Overwegende dat het verzoek van de Nederlandse minister van Justitie aan zijn Belgische collega «het proces-verbaal in handen van de bevoegde justitiële autoriteiten te stellen ten einde de mogelijkheid van een strafvervolgning in overweging te nemen», niet anders kan worden geïnterpreteerd dan als een verzoek tot overname van de strafvordering door de Belgische gerechtelijke overheid;

Overwegende dat de beklaagde aanvoert dat de bevoegdheid van de aangezochte partij niet wordt uitgebreid door het verzoek tot overname op grond van artikel 42 van het Beneluxverdrag; dat het geen twijfel lijdt dat de voorwaarden voor de strafvervolgning in België vervuld moeten zijn, maar de beklaagde toegeeft dat aan alle voorwaarden van artikel 7 van de voorafgaande titel (wet van 17 april 1878) voldaan is;

Overwegende dat de beklaagde aanvoert dat de partijen die beweren benadeeld te zijn, niet op regelmatige manier klacht hebben gedaan; dat een klacht in de zin van artikel 14 van de wet van 1 april 1878 een aangifte door de benadeelde aan de bevoegde overheid met verzoek tot strafvervolgning vereist;

Overwegende dat de feiten in Nederland onder de toepassing van artikel 337 van het Wetboek van Strafrecht vallen en dat de strafvervolgning van dit misdrijf geen voorafgaande klacht vereist; dat echter de benadeelde partijen de Nederlandse justitiële autoriteiten hebben gevraagd «strafrechtelijke maatregelen te nemen» en in hun schrijven deze autoriteiten hebben verzocht «deze brief te beschouwen als een algemene aangifte»;

Overwegende dat de strafvordering in Nederland regelmatig op gang werd gebracht, nu de benadeelden blijk hebben gegeven van hun wensen aangaande het nemen van «strafrechtelijke maatregelen»; dat anderzijds de vorm waarin klacht wordt gedaan niet aan formele regels is gebonden en het voldoende is dat de benadeelde zijn beklag maakt bij de bevoegde overheid en vraagt dat de nodige strafrechtelijke maatregelen worden genomen;

Overwegende dat de beklaagde zelf bij conclusie toegeeft dat «in de derde kopie» toegezonden door de Nederlandse overheid, er zich aangiften bevonden; dat deze aangiften van de burgerlijke partijen naar Nederlands recht volstonden om de strafvordering op gang te brengen;

Overwegende dat, wanneer de strafvordering regelmatig op gang is gebracht naar Nederlands recht, de overname en de voortzetting van de strafvervolgning in België geen nieuwe klacht meer vereist;

Overwegende dat er naar Belgisch recht twee soorten klachtmisdrijven bestaan: die welke vereisen dat de beledigde partij in alle stadia van de strafvervolgning haar klacht gestand doet zoals inzake de weigering van publikatie van het wederwoord en eertijds het overspel of het onderhoud van bijzit, en anderzijds de misdrijven waarbij het klachtvereiste slechts een voorwaarde is om de strafvordering op gang te brengen, maar zodra regelmatig op gang is gebracht, het openbaar ministerie de strafvordering op eigen gezag verder uitoefent;

Overwegende dat bij de eerste klasse misdrijven, de klacht het misdrijf schraagt en, zodra de klacht niet meer wordt volgehouden, de strafvordering geen voortgang meer kan vinden, maar bij de tweede klasse misdrijven, waartoe ook de namaking van merken behoort, de klacht slechts een toelating is om te vervolgen, maar als de strafvordering regelmatig

op gang is gebracht, geen enkele procedurale rol meer speelt;

Overwegende dat te dezen de strafvordering in Nederland regelmatig, naar Nederlands recht, op gang was gebracht; dat de strafvordering dan ook mocht worden voortgezet in België zonder nieuwe klacht; dat ook niet hoeft te worden onderzocht of de klacht dan wel aangifte in Nederland wel beantwoordt aan de Belgische normen inzake het klachtvereiste wanneer de strafvordering regelmatig op gang is gebracht en regelmatig werd overgedragen aan de Belgische justitiële autoriteiten;

Overwegende dat de eerste rechter bijgevolg ten onrechte de strafvordering niet ontvankelijk heeft verklaard daar deze feiten in België wel degelijk strafbaar zijn gesteld en daar de strafvordering regelmatig aanhangig was gemaakt bij het Belgisch strafgerecht;

Overwegende dat het Hof het bestreden vonnis dient teniet te doen en over de zaak zelf in eerste en laatste aanleg moet oordelen zodat ook de burgerlijke partijen die geen hoger beroep hebben ingesteld tegen de beslissing van de eerste rechter, alsnog in zake blijven;

(Volgt bevel tot heropening van het debat).

NOOT – Overname van strafvervolgingen, klachtdelict en evocatie

1.a. De aangifte tot het uitlokken van vervolgingen door een staat aan een andere staat en de overname van strafvervolgingen zijn vormen van zogenaamde kleine rechtshulp: ze gelijken sterk op elkaar, maar toch bestaan er essentiële verschillen. Men heeft in dit verband gesproken van de «informele variant» en de «formele variant» (Van den Wyngaert, C., *Strafrecht en strafprocesrecht*, II, 840).

De aangifte is een eenvoudige kennisgeving door de aangevende staat van een op zijn grondgebied gepleegd misdrijf om de geadresseerde staat de mogelijkheid – niet de verplichting – te bieden strafvervolgingen in te stellen, voor zover zijn nationaal recht toestaat het in het buitenland gepleegde misdrijf te vervolgen. Deze aangifte is dus het best te vergelijken met de aangifte van misdrijven in het interne recht (cf. *Commentaar Strafrecht en Strafvordering*, tw. «Aangifte van misdrijven»).

Het verzoek tot overname van strafvervolgning is een verstrekkender mechanisme van rechtshulp. Ze breidt de bevoegdheid tot strafvervolgning uit van de aangezochte staat. Ze kan bovendien gepaard gaan met een uitlevering, d.w.z. dat de aangezochte staat als het ware het uitleveringsverzoek uitlokt (Swart, A.H.J., *Nederlands Uitleveringsrecht*, nr. 10). Het verstrekkende karakter van de overname van strafvervolgingen schrijkt blijkbaar een aantal staten af, bv. Frankrijk (*Juris-Classeurs, Procédure pénale*, IV, tw. «Extradition – Notions générales», nr. 48).

b. Er bestaan meerdere internationale verdragen of overeenkomsten die bepalingen bevatten met betrekking tot de aangifte tot het uitlokken van strafvervolgingen en/of de overname van strafvervolgingen.

Allereerst zijn er drie Europese verdragen, welke echter door België nog steeds niet zijn geratificeerd (Thomas, Fr., *De Europese rechtshulpverdragen in strafzaken*, o.m. nrs. 234, iii, 466 tot 497). Het Europees Verdrag ter beteugeling van verkeersmisdrijven, voor ondertekening opengesteld te Straatsburg op 30 november 1964, en het Europees Uitleveringsverdrag, voor ondertekening opengesteld te Parijs op

13 december 1957 te Parijs, vermelden de overname van strafvervolgving incidenteel. Het Europees Verdrag inzake de overdracht van strafvervolgvingen, voor ondertekening opengesteld te Straatsburg op 15 mei 1972, is er uiteraard helemaal aan gewijd. Terecht wordt betreurd dat België dit laatste verdrag nog steeds niet heeft geratificeerd, ofschoon daar geen enkel bezwaar tegen bestaat (Van den Wyngaert, C., «De internationale strafrechtelijke samenwerking bij de bestrijding van de E.E.G.-fraude», *R.W.*, 1991-92, 419). Te vermelden is ook nog het Beneluxverdrag inzake het overnemen van strafvervolgvingen van 11 mei 1974, dat nog niet in werking is getreden.

Vervolgens zijn er de door België wel geratificeerde verdragen met algemene strekking, nl. het Europees Verdrag aangaande de wederzijdse rechtshulp in strafzaken van 20 april 1959 en het Benelux-Uitleveringsverdrag van 27 juni 1962. Hoofdstuk II, artt. 48 tot 53, van het Akkoord van Schengen bevat bepalingen ter aanvulling van de regelen van de wederzijdse rechtshulp van het Europees Verdrag Rechtshulp in Strafszaken en het Benelux-Uitleveringsverdrag (zie ook de Uitvoeringsovereenkomst van 19 juni 1990; Thomas, F., «Rechtshulp versus rechtsbescherming in Schengeland», *Panopticon*, 1991, 221-232).

Ten slotte zijn er specifieke verdragen en overeenkomsten, zoals de Overeenkomst van 29 april 1969 inzake administratieve en strafrechtelijke samenwerking op het gebied van de regelingen die verband houden met de verwezenlijkingen van de doelstellingen van de Benelux Economische Unie.

c. De aangifte tot het uitlokken van strafvervolgvingen van art. 21 van het Europees Verdrag Rechtshulp in Strafszaken is een correctief voor de niet-uitlevering van eigen onderdanen. De toepassing ervan is echter niet beperkt tot de eigen onderdanen. De aangezochte staat zal het ter kennis gebrachte misdrijf kunnen vervolgen wanneer zijn nationaal recht hem daartoe bevoegdheid verleent. Er moet dus voldaan zijn aan de voorwaarde van de dubbele incriminatie. De aangifte verplicht niet tot vervolging. De procedure is op uiterst summiere wijze geregeld. De aangifte wordt toegezonden van minister van Justitie tot minister van Justitie. De aangezochte partij deelt langs dezelfde weg het aan het verzoek gegeven gevolg mee. De aangifte is een procedure die de goede rechtsbedeling in de hand moet werken (Trousse, P.E. en Vanhalewijn, J., A.P.R., *Uitlevering en internationale rechtshulp in strafzaken*, nr. 509). Men klaagt er echter over dat ze weinig praktisch nut heeft (D'Haenens, J., *Belgisch strafprocesrecht*, 2e druk, nr. 98).

De «aangifte tot het uitlokken van een strafvervolgving» van art. 42, lid 7, van het Benelux-Uitleveringsverdrag van 27 juni 1962 komt ongeveer neer op hetzelfde als art. 21 van het Europees Verdrag Rechtshulp in Strafszaken.

De aangifte bestaat bv. in een brief van de Nederlandse staatssecretaris van Justitie aan de Belgische minister van Justitie (Cass., 11 april 1989, *A.C.*, 1988-89, 907, *Pas.*, 1989, I, 813). Het Hof te Antwerpen besliste dan ook terecht dat een aangifte niet aan formele bewoordingen onderworpen is. De aangehaalde inhoud van de brief van de Nederlandse minister van Justitie beantwoordt overigens helemaal aan de zin en de bedoeling van een «aangifte tot het uitlokken van een strafvervolgving».

Art. 42, lid 1, van het Benelux-Uitleveringsverdrag vereist hoegenaamd niet dat in de verzoekende staat reeds vervol-

gingen zijn ingesteld. Het Hof te Antwerpen had o.i. dan ook gewoon kunnen vaststellen dat het middel van de beklagde dat in Nederland tegen hem geen vervolgingen waren ingesteld, irrelevant was. Overigens is in het Nederlands strafprocesrecht de grens tussen opsporing en vervolging niet duidelijk afgelijnd (Melai, A.L., e.a., *Wetboek van Strafvordering*, art. 167, nr. 3); er is sprake van vervolging wanneer het O.M. een rechter bij de zaak betreft of wanneer het zonder rechterlijke tussenkomst daden stelt waaruit blijkt dat het «het er niet bij zal laten zitten» (Melai, A.L. e.a., *o.c.*, artt. 7-11, nr. 22).

Art. 42, lid 7, van het Benelux-Uitleveringsverdrag bevat een belangrijke bijkomende bepaling, die niet voorkomt in het Europees Verdrag Rechtshulp in Strafszaken. De in de verzoekende Staat regelmatig opgemaakte processen-verbaal stuiten de verjaring van de strafvervolgving in de aangezochte Staat (*R.P.D.B.*, Compl. IV, tw. «Extradition – Commissions rogatoires et entraidé judiciaire», nr. 242.3). Aldus worden deze processen-verbaal gelijkgesteld met de nationale processen-verbaal, zo bv. de processen-verbaal van de hoofdinspecteur van de Nederlandse gemeentepolitie (Cass., 11 april 1989, reeds geciteerd).

d. De Overeenkomst Benelux-Samenwerking heeft betrekking op de toepassing van de wettelijke bepalingen der drie landen, die verband houden met de verwezenlijking van de doelstellingen van de Benelux Economische Unie, welke door het Comité van Ministers zijn aangewezen. (De lijst ervan is opgegeven in het Strafwetboek en Wetboek van Strafvordering, Story-Scientia, IV, Overeenkomst Benelux-Samenwerking 29 april 1969, na art. 34). De overeenkomst bevat een uitgewerkte regeling voor de vervolging en de berechting, hierinbegrepen de overname van strafvervolgvingen.

Art. 10 maakt van het Benelux-gebied één strafrechtelijk territorium en regelt aan wie de vervolging toekomt. Art. 11, lid 1, bepaalt dat de bevoegde staat met toepassing van art. 42 van het Benelux-Uitleveringsverdrag een andere verdragstaat kan verzoeken de vervolging over te nemen. Een verzoek kan zowel uit eigen beweging als op verzoek van het andere land worden gedaan. Krachtens art. 11, lid 2, verleent een overname meteen de bevoegdheid tot vervolging. Art. 12 breidt die bevoegdheid uit tot de mededaders, art. 13 past het «ne bis in idem» toe en art. 14 regelt de recidive. Art. 15 bepaalt o.m. de gelijkwaardigheid van de processen-verbaal en andere ambtshandelingen en hun stuitend effect.

Terloops kan erop gewezen worden dat de gelijkwaardigheid van de processen-verbaal ook nog uit andere wetteksten kan voortvloeien. Zo bepaalt bv. art. 37, lid 2, van de Verordening (EEG) nr. 222/77 betreffende het communautaire douanevervoer van 13 december 1976 (*PB*, L 38 van 9 februari 1977) dat de door de bevoegde autoriteiten in een lidstaat gedane vaststellingen in de andere lidstaten dezelfde rechtsgevolgen hebben als de vaststellingen gedaan door de bevoegde autoriteiten van die andere lidstaten. Met ingang op 1 januari 1993 wordt deze verordening vervangen door de Verordening (EEG) nr. 2726/90 van 17 september 1990 betreffende het communautair douanevervoer (*PB*, L 62 van 26 september 1990).

2. Het overtreden van art. 8 van de wet van 1 april 1879 betreffende fabrieks- en handelsmerken en de Benelux-merkenwet is een klachtdelict (art. 14). In Nederland is het dat

niet (Noyon, T.J. en Langemeijer, G.E., *Het Wetboek van Strafrecht*, 7e druk, art. 337).

In België is bij een klachtdelict de klacht geen element van het misdrijf en/of de wetsomschrijving van de telastlegging: het is slechts een voorafgaande voorwaarde voor de strafvervolgning (Cass., 12 juni 1984, *A.C.*, 1983-84, 1338, *R.W.*, 1984-85, 1448, noot Vandeplass, A.). Voor de klacht is geen sacramentele vorm vereist, maar wel een duidelijke wilsuiking. Zijn de vervolgingen eenmaal ingesteld, dan heeft de terugtrekking van de klacht geen invloed meer op de vordering van het openbaar ministerie (Vandeplass, A., «Betreffende de klachtmisdrijven in de merkenwetgeving», noot bij Gent, 9 maart 1973, *R.W.*, 1973-74, 604; Marchal, A. en Jasparr, J.P., 2e ed., I, nrs. 361 tot 363).

De aangifte tot het uitlokken van strafvervolgning van het Benelux-Uitleveringsverdrag doet niet af aan de toepasselijkheid van de nationale regels inzake de vervolging van de in het buitenland gepleegde misdrijven, die in België zijn opgenomen in hoofdstuk II van de voorafgaande titel van het Wetboek van Strafvordering, te dezen in art. 7 (Braun, A., *Précis des marques de produits et de service*, 2e ed., nr. 472). Het was in de geannoteerde zaak niet in betwisting dat aan die laatste voorwaarde was voldaan.

Het bijzonder probleem was echter dat het aangegeven misdrijf in Nederland geen klachtmisdrijf is en in België wel. Waar moet of kan die klacht worden gedaan? Het Hof oordeelde dat de in de Nederland door de benadeelde aan de Nederlandse justitiële autoriteiten gestelde vraag tot het nemen van strafrechtelijke maatregelen beantwoordt aan de naar Belgisch recht vereiste duidelijke wilsuiking. Het Hof stelde tevens vast dat er in Nederland reeds vervolgingen werden ingesteld. O.i. zou na een klacht in Nederland het Belgische O.M. op een aangifte van de Nederlandse justitiële autoriteiten strafvervolgingen kunnen instellen, ook wanneer er in Nederland geen werden ingesteld.

Het is interessant te vermelden dat het Europees Uitleveringsverdrag van 13 december 1957 het hier gerezen procedureprobleem uitdrukkelijk regelt. Indien de uitoefening van de strafvordering in beide staten afhankelijk is van een klacht, heeft de klacht die in één Staat is ingediend, dezelfde waarde in de andere (art. 24, al. 1). Indien een klacht enkel noodzakelijk is in de aangezochte staat, kan deze laatste vervolgingen instellen zelfs bij gebrek aan klacht op voorwaarde dat de persoon die ze kan formuleren zich hiertegen niet verzet heeft binnen de termijn van één maand na ontvangst van het bericht dat hem op dit recht attent heeft gemaakt (art. 24, al. 2). Zoals reeds gezegd, dit verdrag is door België nog niet geratificeerd.

3.a. In de regel mag de rechter in hoger beroep in strafzaken enkel uitspraak doen binnen de grenzen van het ingestelde hoger beroep, d.w.z. enkel omtrent de beschikkingen van het vonnis die door het hoger beroep bestreden worden. Dit is de zgn. devolutieve kracht. Het hoger beroep strekt de partij die het instelt, ook nooit tot nadeel. Hierop bestaat slechts één uitzondering: op het hoger beroep van het O.M. kan de straf van de beklaagde verminderd worden of kan hij zelfs vrijgesproken worden (D'Haenens, J., *Belgisch Strafprocesrecht*, 2e druk, 505-506).

Wanneer de burgerlijke partij geen hoger beroep heeft aangetekend tegen de beslissing die haar eis heeft verworpen en de rechter in hoger beroep deze eis toch behandelt, miskent hij de kracht van het gewijsde van de beslissing van

de eerste rechter en de devolutieve kracht van het hoger beroep van de andere partijen en spreekt hij zich uit over eisen die hem niet zijn voorgelegd (Cass., 2 mei 1979, *A.C.*, 1978-79, 1046, *Pas.*, 1979, I, 1031; De Nauw, A., *Correctioneel procesrecht - Van opsporing tot rechtsmiddelen*, II, 89).

b. Op de beperking van de devolutieve kracht van het hoger beroep bestaat één belangrijke uitzondering, nl. bij de evocatie bepaald in art. 215 Sv. wanneer het aangevochten vonnis teniet wordt gedaan wegens schending of niet hersteld verzuim van vormen, door de wet voorgeschreven op straf van nietigheid. Evocatie kan echter alleen maar wanneer de appelrechter het eerste vonnis vernietigt om andere gronden dan dat deze onbevoegd was of dat de zaak onwettig bij hem aanhangig was gemaakt (Cass., 10 september 1980, noot Vandeplass, A., «Evocatie in strafzaken», *R.W.*, 1980-81, 2068-2069).

Of de zaak bij de appelrechter nu aanhangig was door een hoger beroep van de beklaagde, van de burgerlijke partij of van het O.M., bij evocatie neemt hij kennis van de hele zaak, zowel op strafgebied als op burgerlijk gebied. Op het hoger beroep van het O.M. alleen beslist hij dus ook over de burgerlijke-partijstelling (Franchimont, M., Jacobs, A., Masset, A., *Manuel de procédure pénale*, 881). Is er alleen beroep van de burgerlijke partij tegen een vonnis dat er zich toe beperkte de vordering niet-ontvankelijk te verklaren, dan moet de rechter in hoger beroep, indien hij dat vonnis tenietdoet, de zaak tot zich trekken en mag hij straffen uitspreken (Cass., 12 april 1921, *Pas.*, 1921, I, 319). De appelrechter, die kennis neemt van de zaak door het enkel hoger beroep van de burgerlijke partij tegen een incidenteel vonnis, moet, zo hij het vonnis nietig verklaart, inderdaad uitspraak doen over de grond van de zaak zowel ten aanzien van de strafvordering als ten aanzien van de burgerlijke rechtsvordering (Cass., 10 april 1967, *A.C.*, 1967, 954, *Pas.*, 1967, I, 930).

Het Hof te Antwerpen paste deze regel recent nog toe in een zaak van misdrijven tegen de Auteurswet en de Merkenwet, waarin alleen de burgerlijke partij hoger beroep had ingesteld tegen een vonnis dat de strafvordering niet ontvankelijk had verklaard en - verrassend genoeg - niet het O.M. Het hof vernietigde het aangevochten vonnis en besloot over de zaak zelf te oordelen in eerste en laatste aanleg zowel omtrent de strafvordering als omtrent de burgerlijke vordering. Het heropende de debatten om het O.M. te horen in zijn vorderingen (Antwerpen, 18 april 1991, *R.W.*, 1991-92, 196, noot).

In de onderhavige zaak doet zich dus het tegenovergestelde voor. Alleen het O.M. had hoger beroep ingesteld en het hof heropende de debatten o.m. om de burgerlijke partij te horen over de gegrondheid van haar vordering.

c. De evocatie is vanzelfsprekend maar mogelijk voor zover de nietige beslissing aanhangig is bij de appelrechter. Art. 215 Sv. staat hem niet toe kennis te nemen van een burgerlijke vordering waarover de eerste rechter uitspraak heeft gedaan in een tussenvonnis dat, bij ontstentenis van een regelmatig ertegen gericht hoger beroep, niet aan zijn oordeel is onderworpen (Cass., 26 april 1988, *A.C.*, 1987-88, 1070, *Pas.*, 1988, I, 1013).

d. Een bijzondere vraag bij evocatie is of de benadeelde zich voor het eerst burgerlijke partij mag stellen in hoger beroep. Traditioneel wordt hier een onderscheid gemaakt tussen een tussenvonnis en een eindvonnis. In het eerste geval kan het wel, omdat de benadeelde de gelegenheid ontzegd

werd om zich alsnog vóór de sluiting van de debatten burgerlijke partij te stellen: in het tweede geval kan het niet, omdat moet worden aangenomen dat de benadeelde afgezien heeft van het recht om zich burgerlijke partij te stellen (*R.P.D.B.*, complément I, tw. «Appel en matière répressive», nr. 788; Bauwens, N., «Evocation ingevolge artikel 215 Sv.: een weinig vastomlijnd begrip», *R.W.*, 1983-84, 753-776, nr. 40; zie bv. Corr. Verviers, 29 september 1983, *Jur.Liège*, 1983, 272).

L. Huybrechts

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

8e KAMER – 19 DECEMBER 1991

Voorzitter-rapporteur: de h. Vandeplass
Raadsheren: de hh. Luyckx en Michielsens
Openbaar ministerie: mevr. Van Leuven
Advocaat: mr. Lepage

Nachtgerucht – Verantwoordelijkheid

De verhuurder van een feestzaal is niet strafrechtelijk verantwoordelijk voor de overtreding van de wet betreffende de bestrijding van de geluidshinder gepleegd door derden die in de zaal een fuif gaven en een eigen disc-jockey in dienst hadden.

V.

Overwegende dat de beklaagde wordt vervolgd wegens overtreding van de wet betreffende de bestrijding van de geluidshinder;

Overwegende dat de beklaagde op 3 februari 1990 zijn feestzaal Paradox verhuurd had aan een groep studenten die er een fuif hebben georganiseerd; dat deze studenten een eigen disc-jockey in dienst hebben genomen en dat ze er met behulp van een elektronisch versterkte installatie voorzien van een mengpaneel en van drie luidsprekers grote geluidshinder veroorzaakten;

Overwegende dat de beklaagde terecht opmerkt dat hij niet strafrechtelijk verantwoordelijk is voor de overtreding van de wet betreffende de bestrijding van de geluidshinder die wordt gepleegd door derden die zijn feestzaal afhuren;

Overwegende dat de feiten dan ook niet bewezen zijn ten laste van de beklaagde;

...

ARBEIDSHOF TE GENT

1e KAMER – 20 SEPTEMBER 1991

Voorzitter: de h. De Sutter
Raadsheren in sociale zaken: de hh. Vanhaecke en Allaert
Advocaat: mr. Maris loco Flamme

Arbeidsongeval – Vergoedingen – Verhoging – Hulp van derde – Vaststelling – Gewaarborgd gemiddeld maandelijks minimumloon

Zolang de bijkomende vergoeding wegens hulp van een derde ten voordele van een getroffene van een arbeidsongeval, die vanaf 9 januari 1990 wordt vastgesteld op basis van het gewaarborgd gemiddeld maandelijks minimumloon, niet definitief is vastgesteld, moet dat minimumloon aan de schommelingen van het indexcijfer van de consumptieprijzen worden aangepast.

N.V. R. t/ W.

Eiseres in hoger beroep stelt hoger beroep in, op grond dat het vonnis haar vanaf 9 januari 1990 ten onrechte veroordeelt tot betaling, wegens hulp van derden, van 10% berekend op het wettelijk plafond, aangezien vanaf die datum, overeenkomstig het gewijzigde artikel 24, vierde lid, Arbeidsongevallenwet, de bijkomende vergoeding wegens noodzakelijke hulp van derden bepaald wordt op maximaal het gewaarborgd gemiddeld maandelijks minimumloon voor een voltijdse werknemer, d.i. *in casu* op 32.054 frank, van toepassing op de datum van het ongeval.

...

Verweerder in hoger beroep stelt dat de vergoeding wegens hulp van derden dient te worden toegekend in acht nemende de nieuwere loonbedragen van het minimum gewaarborgd maandloon, zoals dit ook het geval is voor de loonplafonds van de jaarlijkse vergoeding, nu deze vergoedingen nog niet definitief zijn vastgesteld.

Overeenkomstig artikel 24, vierde lid, Arbeidsongevallenwet, als gewijzigd bij artikel 38 van de wet van 22 december 1987 (*B.S.*, 30 december 1989), met uitwerking vanaf 9 januari 1990, kan de getroffene, indien zijn toestand volstrekt de geregelde hulp van een ander persoon vergt, aanspraak maken op een bijkomende vergoeding, vastgesteld op grond van de noodzakelijkheid van deze hulp, op basis van het gewaarborgd gemiddeld maandelijks minimumloon als vastgesteld voor een voltijdse werknemer, door de collectieve arbeids-overeenkomst afgesloten in de Nationale Arbeidsraad.

Het jaarlijks bedrag van deze bijkomende vergoeding mag het bedrag van het gewaarborgd gemiddeld maandelijks minimumloon vermenigvuldigd met twaalf, niet overschrijden.

Eiseres in hoger beroep stelt dat de bijkomende vergoeding voor hulp van derden vanaf 9 januari 1990 dient te worden bepaald op basis van het gemiddeld maandelijks minimumloon, van toepassing op «datum van het ongeval», d.i. op 9 maart 1985, terwijl de verweerder in hoger beroep aanspraak maakt op de berekening op basis van het gemiddeld gewaarborgd minimumloon van kracht tot aan de definitieve vaststelling van de vergoedingen.

Daar artikel 24, vierde lid, Arbeidsongevallenwet, als gewijzigd, de berekeningswijze regelt van vergoedingen voortvloeiend uit een arbeidsongeval, dient de rechter, zoals ook met de loonplafonds het geval is (*Cass.*, 20 juni 1973, *A.C.*, 1973, 1028; *Cass.*, 19 december 1973, *A.C.*, 1974, 456; *Cass.*, 25 september 1974, *A.C.*, 1975, 116; *Cass.*, 28 juni 1982, *A.C.*, 1981-82, nr. 650; *Cass.*, 27 september 1982, *A.C.*, 1982-83, nr. 65), het nieuwere gemiddelde gewaarborgd minimumloon toe te passen, zolang deze vergoeding niet definitief is vastgesteld.

Niet alleen heeft de wetgever beoogd een vergoeding wegens hulp van derden toe te kennen die overeenstemt met de werkelijke kosten van een dergelijke hulp, berekend op het gemiddeld gewaarborgd minimumloon van kracht op het

ogenblik dat die hulp dient te worden geleverd, maar zolang deze vergoeding, zoals *in casu*, nog niet definitief is vastgesteld, dienen, zoals verweerder in hoger beroep stelt, de nieuwere bedragen te worden toegepast, zoals dit ook trouwens het geval was met het vroegere in de jaarlijkse vergoedingen geïncorporeerde percentage uit dien hoofde toegekend.

Dat het model van homologatieovereenkomst bepaald bij koninklijk besluit van 16 november 1990 als voorbeeld een berekening geeft op basis van het gewaarborgd gemiddeld maandelijks minimumloon «op het ogenblik van het ongeval» doet hieraan geen afbreuk.

In casu was op 9 maart 1985, datum van het ongeval, de wetswijziging bovendien nog niet van toepassing.

Eveneens roept eiseres in hoger beroep ten onrechte art. 27bis en 27ter in, nu de indexering ten laste van het Fonds voor Arbeidsongevallen slechts plaatsheeft zodra de vergoedingen definitief zijn vastgesteld, hetgeen nog niet het geval is.

Derhalve dient *in casu* voor iedere maand, als hulp van derden, vanaf 9 januari 1990, datum van de inwerkingtreding van voormelde wet van 22 december 1989, een vijfde – zijnde de niet betwiste grootte van de geregelde hulp van derden – van het aan de index aangepast gewaarborgd minimumloon in aanmerking te worden genomen.

BURGERLIJKE RECHTBANK TE BRUSSEL

7e KAMER – 18 DECEMBER 1990

Voorzitter: de h. Moons

Advocaten: mrs. Burm loco Verbaanderd en Van Buggenhout

1. Makelaar en commissionair – Verkoop van een woning – Hoedanigheid van de opdrachtgever om alleen te verkopen – 2. Overeenkomst – Uitvoering te goeder trouw – Lastgeving voor verkoop van een woning – Wachten met de uitvoering van de overeenkomst tot tien dagen vóór het verstrijken van de termijn van de verkoopopdracht

1. Een makelaar in onroerende goederen die de opdracht aanvaardt om een woning te verkopen, moet als professioneel onderzoeken of de opdrachtgever de rechtens vereiste hoedanigheid bezit om dat goed te verkopen. Aangezien hij *in casu* wist dat de opdrachtgeefster uit de echt gescheiden was en dat de te verkopen woning nog in onverdeeldheid toebehoorde aan de opdrachtgeefster en haar voormalige echtgenoot, wist hij of moest hij weten dat zijn opdrachtgeefster die woning niet alleen kon verkopen.

2. Een makelaar in onroerende goederen, die de opdracht heeft aanvaard om een woning te verkopen, en die wacht tot tien dagen vóór het verstrijken van de termijn van de verkoopopdracht, met de kennelijke bedoeling om het forfaitair schadebeding op te vorderen, handelt in strijd met de goede trouw en met het professionalisme waarvan hij blijk moet geven.

N.V. G. t/ H.

Eiseres vordert betaling van het forfaitair schadebeding van 15%, dat 420.000 fr. in hoofdsom bedraagt, op basis van

beweerde contractbreuk, gepleegd door verweester. Zij vordert de gerechtelijke ontbinding van de tussen partijen gesloten overeenkomst.

De relevante feiten

Op 17 september 1987 ondertekenen partijen een onderhandse verkoopopdracht betreffende een woning, gelegen te (...). De lasthebber (eiseres) verbindt er zich toe alle nodige verrichtingen uit te voeren om voornoemd eigendom te verkopen, met inbegrip van het opstellen en het ondertekenen van de verkoopovereenkomst met de kopers en het ontvangen van het voorschot. Het te verkopen goed zal kunnen bezichtigd worden, iedere week op vrijdag van 13.00 uur tot 14.00 uur.

De lasthebber (eiseres) verbindt er zich toe een nettobedrag aan de lastgever (verweester), door bemiddeling van de kopers van het eigendom, over te maken van 2.800.000 fr.

Eiseres krijgt een verkoopopdracht vanaf 17 september 1987, gedurende zes maanden, derhalve tot 17 maart 1988. Partijen bedingen bovendien dat, indien de eigenaar of de lastgever (verweester) de verkoopopdracht verbreekt, een forfaitaire schadevergoeding van 15% verschuldigd zal zijn.

Verweester is uit de echt gescheiden en had een buurman, waarmee ze bevriend (was) of is. Het gaat om de heer Willy V.

Op de onderhandse verkoopopdracht noteerde de gedelegeerd bestuurder van eiseres de naam en het telefoonnummer van de heer W.V. Hieruit mag de rechtbank afleiden, dat de heer W.V. ofwel aanwezig was bij de totstandkoming van de overeenkomst, of er minstens kennis van had.

Op 18 januari 1988, derhalve vier maanden en één dag na het sluiten van voornoemde overeenkomst, stuurt de heer G.A., gedelegeerd bestuurder, een brief naar mevrouw W.V. (sic).

Pas op 7 maart 1988, derhalve tien dagen vóór het verstrijken van de termijn van de verkoopopdracht, stuurt de heer G.A. een kopie van de brief, gericht aan mevrouw W.V., naar verweester.

In die brief schrijft hij het volgende: «1. Noch onze klanten, noch de klanten die wij sturen, kunnen uw huis bezichtigen. 2. Van de heer H. (bedoeld wordt de heer W.V.) vernamen wij telefonisch dat U (verweester) niemand meer binnen laat, aangezien uw echtgenoot, maar eerst het nodige moet doen (...) Het verwondert ons dit te moeten horen, aangezien U ons in het begin van de opdracht liet weten, dat uw echtgenoot wettelijk gescheiden is en verder alles verdeeld is, en hij (de echtgenoot) niet meer bij U inwoonde, wat ook juist is. Graag zouden wij dan ook willen weten, geachte mevrouw, wat verder de bedoeling is, en of wij nog met klanten moeten komen? Uw antwoord tegemoet zien, de, binnen acht dagen, groet ik U...» (getekend Guy A.)

Op 30 maart 1988 volgt een ingebrekestelling van de raadsman van eiseres.

De beoordeling

1. De ontvankelijkheid van de vordering wordt niet betwist.

2. Uit de lezing van de brief van 18 januari 1988 van eiseres, verstuurd naar verweester op 7 maart 1988, in samenhang met ingebrekestelling van 30 maart 1988 van de raadsman van eiseres blijkt dat: 1° eiseres hoegenaamd niet de verkoop van het onroerend goed heeft benaastigd en zich

daarvan pas op 18 januari 1988 bewust werd; 2° zulks blijkt uit de zeer late kennisgeving van deze brief aan verweerster. Reeds op 18 januari 1988 krijgt eiseres de aangetekende brief, gericht aan de heer W.V. terug en pas op 7 maart 1988 stuurt eiseres een kopie van de brief van 18 januari 1988 naar verweerster!

Op dat ogenblik had eiseres nog welgeteld tien of negen dagen (met inbegrip van de datum van ontvangst van de brief) om haar verbintenissen uit te voeren!

Uit deze feitelijke vaststellingen leidt de rechtbank in rechte af, dat eiseres haar verbintenissen niet heeft uitgevoerd en geen kopers aanbracht, zodat in redelijkheid mag worden gesteld dat de onderhandse verkoopopdracht geen begin van uitvoering kende aan de kant van eiseres, die concreetiseerd werd in handelingen van eiseres, verricht met het oog op de verkoop van het pand.

3. Uit de feiten vloeit minstens voort dat eiseres de door haar aangegane verbintenissen niet te goeder trouw heeft uitgevoerd. Wachten tot 7 maart 1988, dus amper tien dagen vóór het verstrijken van de termijn van de verkoopopdracht, waarover eiseres beschikte om de woning te verkopen, met de kennelijke bedoeling om het forfaitair schadebeding te vorderen, is in strijd met de goede trouw en is onverenigbaar met het professionalisme waarvan een makelaar in onroerende goederen blijkt moet geven. Eiseres wist of moest weten dat verweerster de gezinswoning niet alleen kon verkopen. Als professioneel moet de makelaar onderzoeken of de opdrachtgeefster wel degelijk de rechtsens vereiste hoedanigheid bezit om een onroerend goed alleen te verkopen. *In casu* wist eiseres dat verweerster niet alleen kon verkopen: dit blijkt uit de brief van 18 januari 1988 van de heer G.A.

Eiseres wist dat verweerster uit de echt gescheiden was, dat alles verdeeld was (behalve het huis); en toch neemt zij geen contact op met de voormalige echtgenoot van verweerster, hoewel eiseres wist of moest weten dat de woning in onverdeeldheid toebehoorde aan verweerster en haar voormalig echtgenoot, de heer F.L. Op basis van die feitelijke gegevens oordeelt de rechtbank dat eiseres beloofde om het akkoord te krijgen van de heer Fr. L., om te verkopen. Uit de zeer late reactie van eiseres blijkt precies dat zij dit akkoord niet vroeg, of niet kon krijgen.

4. Uit geen enkel stuk, waarop de rechtbank vermag acht te slaan, blijkt dat eiseres ook maar iets zou hebben gedaan om het litigieuze pand te verkopen.

Dit blijkt manifest uit de brief van 30 maart 1988 van de raadsman van eiseres.

Hoewel op dat ogenblik de conventionele termijn van zes maanden verlopen was, om de woning te verkopen (de uiterste datum was 17 maart 1988), schrijft de raadsman onder meer het volgende: «Bij onderhavig schrijven stel ik U formeel in gebreke mij uiterlijk tegen 8 april (a.s., sic) te willen medelen of U al dan niet akkoord gaat dat mijn cliënte haar opdracht verder uitvoert ...»

Een dergelijke ingebrekestelling was op dat ogenblik zonder voorwerp, omdat verweerster (en haar voormalig echtgenoot) op dat ogenblik vrij mochten beschikken over hun woning.

5. Op basis van het voorgaande stelt de rechtbank vast dat eiseres niet te goeder trouw was bij het sluiten van de onderhandse verkoopopdracht van 17 september 1987, door opzettelijk te hebben nagelaten contact op te nemen met de voormalige echtgenoot (of met de echtgenoot) van verweer-

ster en door te hebben nagelaten de verkoopopdracht te hebben laten mede ondertekenen door deze onverdeelde medeëigenaar. Het beding van sterkmaking, opgenomen in artikel 1 van de verkoopopdracht gold enkel voor de eigenaar, maar niet voor de medeëigenaar, zijnde de hoedanigheid van de echtgenoot of van de ex-echtgenoot van verweerster.

Contracten verzamelen die niet worden uitgevoerd, met de kennelijke bedoeling amper twee weken vóór hun vervaldag een substantieel schadebeding op te eisen, getuigt van kwade trouw, die indruist tegen artikel 1134, laatste lid van het Burgerlijk Wetboek.

6. Uit het bovenstaande blijkt tevens dat de onderhandse verkoopopdracht van 17 september 1987 geen begin van uitvoering heeft gehad binnen de conventioneel bepaalde termijn, wat blijkt uit de brief van 30 maart 1988 van de raadsman van eiseres, waarin onder meer het volgende te lezen staat: «Ingevolge uw houding heeft mijn cliënte haar opdracht nog steeds niet kunnen uitvoeren...»

De verwijzing naar het vonnis van 28 maart 1989 van deze kamer in zake de N.V. G./De P., Bernard is niet relevant, omdat de onderhavige overeenkomst geen begin van uitvoering heeft gehad binnen de conventionele termijn van zes maanden, te rekenen vanaf 17 september 1987. Eiseres bewijst evenmin dat zij klanten heeft gestuurd naar verweerster.

Bijgevolg dient de verkoopopdracht van 17 september 1987 ontbonden te worden ten laste van eiseres.

7. Het komt een makelaar, als zelfstandig tussenpersoon, toe om zich degelijk in te lichten betreffende de mogelijkheid om een onroerend goed te verkopen en betreffende de hoedanigheid van de persoon die op zijn diensten een beroep doet. Dit deed eiseres *in casu* niet, zodat zij alleen hiervan de gevolgen dient te dragen.

NOOT – Bovenstaand vonnis is in kracht van gewijsde gegaan.

VREDEGERECHT TE SINT-NIKLAAS

1e KANTON – 12 NOVEMBER 1990

Rechter: de h. Van Gysel

Advocaten: mrs. Pauwels en Leleux

1. Huur – Bedongen wederverhursingsvergoeding – Handelshuur – Zes maanden huurprijs – Toetsing aan het criterium van de potentiële schade van de verhuurder – 2. Overeenkomst – Uitvoering te goeder trouw – Misbruik van contractueel beding

1. De geoorloofdheid van een bedongen wederverhursingsvergoeding dient op dezelfde wijze te worden beoordeeld als de geoorloofdheid van een schadebeding, d.w.z. door toetsing aan de potentiële schade die de verhuurder lijdt.

Bij een handelshuurovereenkomst is een bedongen wederverhursingsvergoeding van zes maanden huurprijs op zichzelf niet ongeoorloofd; dit bedrag kan het resultaat zijn van toegevingen op andere punten.

2. Een verhuurder die aanspraak maakt op betaling van het volledige bedrag van de bedongen wederverhursingsvergoeding,

nadat vaststaat dat het pand onmiddellijk en zonder onderbreking tegen minstens dezelfde voorwaarden is verhuurd geworden, maakt misbruik van dit contractueel beding, om een buitengewoon voordeel op te strijken, met belangrijke financiële nadelen voor de huurder.

E. en T. t/ Van C. e.a.

1. Gelet op (...) ons tussenvonnis van 25 juni 1990, waarbij een handelshuurovereenkomst tussen partijen werd ontbonden ten nadele van de verweerders-huurlers en waarbij verder werd gestatueerd aangaande de door de verweerders nog verschuldigde betalingen, wat betreft achterstallige huurgelden, enz.

De eisers hebben ook een wederverhursingsvergoeding gevraagd, gelijk aan zes maanden huur.

...

2. Behoudens de gerechtskosten, dient er dus nog één punt van de vorderingen te worden beslecht, namelijk de door de verweerders verschuldigde wederverhursingsvergoeding, nu de handelshuurovereenkomst in hun nadeel werd verbroken. De eisers vragen een wederverhursingsvergoeding, gelijk aan zes maanden huur, te weten 517.878 frank. Zij verwijzen daarbij naar artikel 16 van de huurovereenkomst van 17 juli 1989: «Ingeval deze huurovereenkomst door de schuld van de huurder wordt verbroken, zal deze daaruit voortvloeiende schade moeten betalen evenals een wederverhursingsvergoeding gelijk aan zes maanden huur.»

Subsidiair vragen de eisers toch minstens toekenning van een bedrag gelijk aan drie maanden huur, d.i. 258.939 frank.

3. De verweerders vinden het toekennen van enige wederverhursingsvergoeding onredelijk, omdat:

a. het pand onmiddellijk opnieuw werd verhuurd. Dit is juist en de eisers zouden zelfs een hogere huurprijs hebben gekregen van de nieuwe huurders;

b. ook al is de wederverhursingsvergoeding contractueel bepaald, zij een woekereffect sorteert. Hierbij wordt verwezen naar een cassatiearrest van 17 april 1970, *J.T.*, 1970, 545 (cf. infra sub 5). Dit arrest wordt door ons ook weergevonden in Pauwels-Raes, *Bestendig Handboek Huishuur en Handelshuur*, 1976, nr. 295, blz. 142;

c. de verweerders voor 2.000.000 frank kosten en verbeteringswerkzaamheden aan het pand zouden hebben uitgevoerd. Nopens deze werkzaamheden hebben de verweerders een tegeneis ingesteld, die ingevolge ons vonnis 25 juni 1990 werd afgewezen. Het gaat natuurlijk niet op een afgewezen tegeneis te gebruiken, om toch nog enig voordeel te krijgen.

4. Theoretisch hadden de eisers de verdere uitvoering van de huurovereenkomst kunnen vorderen, behoudens rechtsmisbruik (Cass., 16 januari 1986, *R.W.*, 1987-88, 1470, met noot A. Van Oevelen).

Wat betreft de argumentering van de verweerders, mag dus niet uit het oog verloren worden dat de eisers de schade van de verweerders reeds hebben beperkt door te kiezen voor de ontbinding van de huurovereenkomst. Dat die keuze is beïnvloed door het eigen belang van de eisers, is niet relevant.

Ook kunnen de verweerders geen voordeel halen uit hun eigen wanprestatie.

Gesteld dat zij zich als goede huurders hadden willen gedragen, maar om welke reden ook zou het pand hun niet meer dienstig zijn geweest: indien zij onderhandelingen wa-

ren begonnen nopens het minnelijk eindigen van de huurovereenkomst — te bekrachtigen voor rechter of notaris — dan zou de wederverhursingsvergoeding zeker ter sprake zijn gekomen. De verweerders zouden in dat geval zeker enige schadevergoeding hebben willen betalen, om bevrijd te worden van verdere huurverplichtingen.

Als zij de verhuurder dwingen te dagvaarden tot ontbinding van de huurovereenkomst, omdat — al of niet terecht — de verhuurder niet meer gelooft in de solvabiliteit van zijn huurder, zou geen wederverhursingsvergoeding meer betaald moeten worden, daar het pand onmiddellijk opnieuw verhuurd is. Een dergelijke oplossing zou in elk geval «de slechte huurder» bevoordelen in vergelijking met «de goede huurder», die een minnelijke beëindiging nastreeft.

5. Ondanks onmiddellijke verhuring, vinden de eisers dat iedere betwisting aangaande het verminderen of het zelfs niet-toekennen van enige wederverhursingsvergoeding, als uitgesloten dient beschouwd te worden.

De huurovereenkomst strekt immers de partijen tot wet en is het resultaat van vrij aangegane besprekingen.

De partijen kunnen daarbij ook afspraken maken aangaande de schade bij de verbreking van de huurovereenkomst en deze afspraken ontslaan de eisers van de bewijslast (zie onder meer Pauwels-Raes, *o.c.*, nr. 295, blz. 142; Y. Merchiers, *Le bail en général*, overdruk uit *Répertoire Notarial*, 1989, blz. 281, nr. 551).

Op de enkele overweging dat het bedongen bedrag niet overeenkomt met de werkelijk geleden schade, kan het bedrag niet worden gewijzigd (Cass., 18 december 1987, *o.c.*, 1987-88, 521, ook geciteerd door Y. Merchiers in *T.Vred.*, 1990, 198).

Immers de rechtsgeldigheid van artikel 16 dient beoordeeld te worden met de bekende elementen, bij het sluiten van de overeenkomst, en het is een moeilijke onderneming een artikel van een overeenkomst van zeventien artikelen als onredelijk te bestempelen.

De bedongen wederverhursingsvergoeding kan het resultaat zijn van toegevingen op andere punten.

Op zich is een wederverhursingsvergoeding, gelijk aan zes maanden in casu, geen verboden private boete.

Immers een pand met een huurprijs van ongeveer 85.000 frank per maand, is slechts voor een zeer beperkt aantal huurders geschikt.

Het cassatiearrest van 17 april 1970 bedoelt precies het verbod op een private boete, met name wanneer bij het sluiten van de overeenkomst, reeds kan worden gesteld dat de bedongen schadevergoeding geen weergave kan zijn van de potentiële schade.

Of een dergelijke vooraf overdreven raming van de potentiële schade dient te worden vernietigd of beperkt, dient hier niet te worden onderzocht, nu de vooraf overeengekomen raming, als geoorloofd beschouwd dient te worden.

6. Nogmaals, de verweerders mogen geen voordeel halen uit hun eigen wanprestatie.

Hoe de onderhandelingen zouden verlopen zijn, indien de verweerders de huurovereenkomst in der minne hadden willen beëindigen, kunnen wij niet weten.

Toch kan met aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid gesteld worden dat de eisers geen aanspraak zouden blijven maken op volledige uitvoering van artikel 16 van de huurovereenkomst, in de wetenschap dat er een kandidaat-huur-

der is die tegen minstens dezelfde voorwaarde, de huur, zonder onderbreking, wil voortzetten.

Wij denken dat in die omstandigheden, de eisers, als redelijke mensen, zich tevreden zouden hebben gesteld met een vergoeding, gelijk aan drie maanden huur, nog altijd goed voor een bedrag groot 258.939 frank.

In de bekende omstandigheden hadden de eisers hun vordering moeten beperken en nu zij dat niet doen, misbruiken zij thans de overeenkomst, om een buitengewoon voordeel op te strijken, met belangrijke financiële nadelen voor de verweerders (zie *J.T., J. Vankerckhove, «Chronique de jurisprudence. Baux à loyer»*, nr. 27, blz. 336; Cass., 18 februari 1988, *R.W.*, 1988-89, 1226, met noot, en verder besproken door H. Bocken, *R.W.*, 1989-90, «De goede trouw bij de uitvoering van de verbintenissen», 1047, nr. 26; R. Kruithof, Studieavond C.B.R. 12 maart 1990, «Enkele recente ontwikkelingen in het verbintenissenrecht», vnl. nr. 56 en 57, publicatie aangekondigd in *T.P.R.*).

Of nog anders gezegd, in feite hebben de beide partijen geluk dat het pand onmiddellijk opnieuw verhuurd kon worden, dank zij het optreden van de eisers.

Het lijkt ons althans redelijk, dit geluk in gelijke mate aan beide partijen te laten toekomen, zodat verweerders slechts de helft van de overeengekomen schadevergoeding dienen te betalen.

RECHTSPRAAK IN KORT BESTEK

Hof van Cassatie (1e Kamer), 17 oktober 1991

Inkomstenbelastingen – Teruggave van afgehouden bedrijfsvoorheffing – Termijn van drie jaar van art. 277, § 3, W.I.B. bij ontheffing – Alleen van toepassing als ten laste van de belastingplichtige een belasting ten kohiere is gebracht

Het bestreden arrest (Hof Brussel, 5 maart 1991) neemt aan dat een vordering tot terugbetaling van een aan de bron afgehouden bedrijfsvoorheffing waarop geen aanslag is gevolgd, niet als een bezwaar in de zin van art. 267 W.I.B. kan worden beschouwd, maar het beslist dat art. 277, § 3, niet de wettelijke grondslag van de teruggave kan uitmaken. Het door eiser aangevoerde middel wordt als volgt verworpen:

«Overwegende dat de directeur der belastingen of de door hem gedelegeerde ambtenaar, ingevolge artikel 277, § 3, van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen, zoals het van kracht was vóór de wijziging ervan bij de wet van 27 november 1984, ambtshalve ontlasting verleent van het overschot van de voorheffingen en voorafbetalingen als bedoeld in artikel 205 van dat wetboek, voor zover dit overschot door het bestuur is vastgesteld of door de belastingschuldige aan het bestuur is bekendgemaakt binnen drie jaar vanaf 1 januari van het aanslagjaar waartoe de belasting behoort waarmee deze voorheffingen en voorafbetalingen te verrekenen zijn; dat uit de samenhang van die bepaling met de artikelen 203 en 205 van dat wetboek volgt dat genoemd artikel 277, § 3, alleen van toepassing is op voorwaarde dat een belasting werkelijk verschuldigd is of, met andere woorden, dat een

belasting ten laste van de belastingplichtige ten kohiere is gebracht;

«Overwegende dat het arrest vaststelt dat voor de belastingjaren 1981 en 1982 geen enkele belasting ten laste van de verweerders ten kohiere is gebracht; dat het aldus zijn beslissing dat de derde paragraaf van voornoemd artikel 277 voor die twee belastingjaren niet kan worden toegepast, naar recht verantwoordt.»

(Voorzitter-rapporteur: de h. Sace – Openbaar ministerie: de h. Leclercq – In de zaak: Belgische Staat t/ P. en R.)

Hof van Cassatie (1e Kamer), 17 oktober 1991

Geneeskunde – Tuchtprocedure – Onpartijdige rechter – Begrip

Eisers middel tegen de bestreden beslissing (Raad van Beroep van de Orde der Geneesheren, 2 oktober 1990, die de beslissing bevestigt waarbij tegen eiser de sanctie van schrapping van het tableau wordt uitgesproken) wordt om de volgende redenen verworpen:

«Overwegende dat uit de procedurestukken volgt dat dokter De R., gewoon lid van de provinciale raad van de Orde der Geneesheren, door het bureau van die raad is aangewezen om het onderzoek van de zaak voort te zetten na het verstrijken van de opdracht van twee andere geneesheren die het hadden aangevat, op 11 juli 1989 bij de provinciale raad verslag heeft uitgebracht en is gehoord op de zitting van die raad waarop de zaak is behandeld en de beslissing is uitgesproken;

«Overwegende dat in die beslissing wordt gezegd dat dokter De R. 'heeft deelgenomen aan de beraadslaging maar niet aan de stemming';

«Overwegende dat die omstandigheden voor eiser geen wettige reden opleveren om hem eraan te doen twijfelen dat de provinciale raad van de Orde der Geneesheren over zijn zaak op onpartijdige wijze uitspraak kan doen.»

(Voorzitter: de h. Sace – Rapporteur: mevr. Charlier – Openbaar ministerie: de h. Leclercq – Advocaten: mrs. Kirkpatrick en De Bruyn – In de zaak: P. t/ Orde der Geneesheren)

Hof van Cassatie (1e Kamer), 31 oktober 1991

Verzekering – Art. 22 Verzekeringswet – Subrogatie – Voorwaarde – Betaling van de schade door de verzekeraar – Ongeacht of hij daartoe verplicht was

Het bestreden arrest (Hof Luik, 7 november 1989) wordt om de volgende redenen vernietigd:

«Overwegende dat het arrest eerst erop wijst dat verweerder, die zich in staat van alcoholintoxicatie bevond, aansprakelijk was voor een verkeersongeval dat geschied is terwijl hij het voertuig bestuurde dat hem door Marc G. was toevertrouwd, en vervolgens zegt dat de waarborg, ingevolge artikel 8 van de polis materiële-schadeverzekering die G. bij eisers had aangegaan, niet gold voor de ongevallen die het

gevolg waren van een staat van dronkenschap of alcoholintoxicatie, dat eiseres, hoewel vaststond dat zij aan haar verzekerde het bedrag van zijn schade had betaald, daartoe evenwel niet verplicht was, zoals bepaald in voormeld artikel 8, en dat zij in haar rechtsvordering tegen verweerder noch artikel 22 van de wet van 11 juni 1874 op de verzekeringen in het algemeen, noch de artikelen 1251, 3°, en 2029 van het Burgerlijk Wetboek, noch de subrogatie bij overeenkomst kon aanvoeren, 'nu de subrogatie, hetzij krachtens de wet hetzij bij overeenkomst, impliceert dat degene die betaalt daartoe gehouden is jegens degene aan wie hij heeft betaald, wat te dezen niet het geval is';

«Overwegende dat artikel 22, eerste lid, van de wet van 11 juni 1874 van toepassing is zodra de verzekeraar de schade heeft betaald, ongeacht of hij daartoe verplicht was; dat die wetsbepaling voor de subrogatie van de verzekeraar in de rechten van de verzekerde immers als enige voorwaarde stelt dat de schade betaald is door de verzekeraar;

«Dat het hof van beroep aldus, door de in het middel weergegeven vermeldingen, zijn beslissing niet naar recht heeft verantwoord;

«Dat het onderdeel, in zoverre het is afgeleid uit de schending van voornoemd artikel 22, gegrond is.»

(Voorzitter-rapporteur: de h. Sace – Openbaar ministerie: de h. Piret – Advocaat: mr. De Bruyn – In de zaak: N.V. De B. t/ M.)

BENELUXRECHT

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

De Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland vergaderde te Brussel op 22 en 23 november 1991.

Bij de aanvang van de vergadering werd door prof. M. Storme, voorzitter van de Belgische sectie, een rouwhulde uitgesproken ter ere van prof. R. Kruithof, lid van de Vereniging.

Nadat een ogenblik stilte in acht was genomen teneinde de overledene in gedachte te eren, werd naar jaarlijkse traditie in de afzonderlijke afdelingen van gedachten gewisseld over de drie volgende thema's:

- de rechterlijke toetsing van de formele wet aan de Grondwet;
- het kort geding;
- de criminele organisatie.

Na toelichting van de rapporten door de respectieve preadviseurs bespraken de aanwezigen uitvoerig de onderwerpen.

Tijdens de slotzitting werd over de werkzaamheden van de afzonderlijke afdelingen verslag uitgebracht door de respectieve secretarissen, namelijk mevrouw S. De Meuter en de heren P. Taelman en F. Deruyck. Deze verslagen worden hierna gepubliceerd.

De Belgische sectie ging ook over tot de verkiezing van nieuwe leden: de heer F. Debaedts (afdeling Staatsrecht) en prof. H. Swennen (afdeling Privaatrecht). Aan prof. A. Vanderstichel werd het erelidmaatschap toegekend.

De volgende vergadering van de Vereniging is gepland in Nederland te Utrecht op 20 en 21 november 1992 en zal gewijd zijn aan volgende onderwerpen:

- de positie van respectievelijk de Eerste Kamer en de Senaat;
- trustachtige figuren: invoering van het Trustverdrag;
- de voorlopige hechtenis.

Als Belgische preadviseurs zullen alsdan optreden: de heer G. Traest, prof. H. Swennen en prof. R. Declercq

A. De Nauw

Afdeling Publiekrecht

De Afdeling Publiekrecht behandelde, onder deskundige leiding van de heer Polak, als controversieel onderwerp de toetsing van de wet aan de Grondwet. Aan Belgische zijde fungeerden als preadviseurs mevrouw Riet Leysen en de heer Jan Smets, beiden referendaris bij het Arbitragehof, terwijl aan Nederlandse zijde deze taak werd waargenomen door de heer Bart van Poelgeest, ambtenaar bij Binnenlandse Zaken. Als rapporteur fungeerde Sofia de Meuter, assistente V.U.B. Het spreekt vanzelf dat de beraadslaging van de Afdeling Publiekrecht adequaat werd voorbereid door heldere en tevens uitmuntende preadviezen. Mede dank zij de medewerking en waardevolle inbreng van de leden van de afdeling, kan de daaropvolgende discussie als erudiet gekarakteriseerd worden.

Reeds in 1967 wijdde de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland een bijeenkomst aan deze hoogst interessante materie.

Destijds, nu reeds vierentwintig jaar geleden, was er in geen van beide landen sprake van een geïnstitutionaliseerd kader waarin de toetsing van de wetten aan de Grondwet plaats kon vinden. De preadviezen leren evenwel dat sedert deze notoire vergadering zowel in België als in Nederland de belangstelling voor de toetsingsproblematiek geenszins is weggeëbeld.

Onderscheiden «katalysatoren» beïnvloedden evenwel de latere ontwikkelingen in beide landen. In België werd de discussie omtrent het rechterlijk toetsingsrecht immers in belangrijke mate gevoed door de fundamentele hervorming van de unitaire Belgische staat in een federale structuur. Kenmerkend in dit verband is de oprichting en de toebedeling van belangrijke bevoegdheden aan het Arbitragehof in 1980 en 1988. Dit onafhankelijk en gespecialiseerd rechtscollege oefent actueel een zeer ruime, zij het geen algemene, grondwettigheidscontrole uit ten aanzien van wetten en daarmee gelijkgestelde normen.

In Nederland is de verscherpte aandacht voor het toetsingsvraagstuk vooral te situeren tegen de achtergrond van de groeiende betekenis van het internationale recht voor het nationale recht via de rechterlijke toetsing aan een ieder verbindende bepalingen van verdragen, een ontwikkeling die zich ook in België langs jurisprudentiële weg heeft voorgedaan. Als dusdanig worden langs de omweg van de verdragstoetsing de bestaande bezwaren tegen een opheffing van het toetsingsverbod ten aanzien van de grondrechten in de Grondwet afgezwakt. Het vraagstuk met betrekking tot de opheffing van het toetsingsverbod ten aanzien van de resterende bepalingen van de Grondwet, staat evenwel nog grotendeels ter discussie.

Bij het uitwisselen van ideeën en het trekken van vergelijkingspunten diende de vergadering daarom te allen tijde op haar hoede te zijn aangezien differente vertreksituaties in het discussieforum aan bod kwamen. België kent de grondwettigheidscontrole; deze kwam er door de grondwetsherzieningen van 1980 en 1988. Deze taak wordt door het Arbitragehof waargenomen. Een vergelijkbare evolutie is in Nederland nog niet aan de orde. Stemmen gaan op om de materie neergelegd in artikel 120 van de Nederlandse Grondwet «open te breken». In welke richting de evolutie gaat blijft voorlopig nog onbeantwoord. Mogelijkerwijze kan de overwegend «positieve» Belgische ervaring tot voorbeeld strekken...

Naar aanleiding van de voorgestelde preadviezen werden door de preadviseurs diverse vraagpunten aan de vergadering gesuggereerd. De voorzitter wijzigde licht de volgorde van deze discussibele materies.

De vraag of er een onderscheid dient te worden gemaakt tussen de verschillende bepalingen van de Grondwet waaraan de rechter de wet kan toetsen, werd uiteenlopend beantwoord. Volgens een bepaalde strekking moet de toetsing zo ruim mogelijk zijn, waardoor dientengevolge alle grondwetsartikelen bij de toetsing betrokken worden, d.i. alle wetten dienen aan alle grondwetsbepalingen te worden getoetst.

Anderen zijn voorstander van een beperkte toetsing: bijvoorbeeld enkel en alleen de grondrechten. Algemeen wordt geponeerd dat de grondwetsbepalingen die getoetst kunnen worden, verschil-

len volgens de aangewende criteria. Volgens de opvatting van enkele deelnemers is de redactie van de individuele bepalingen van doorslaggevend belang: immers, de vage redactie van de artikelen, onder meer door de frequente verwijzingen in algemene bewoordingen naar de wet zonder meer, bemoeilijkt de toetsing.

In casu mag men echter geenszins uit het oog verliezen dat noch de Belgische noch de Nederlandse Grondwet werden geredigeerd en geconcipeerd in verband met een latere toetsing. De redactie op zich als criterium hanteren maakt de toetsing aan sommige grondwetsartikelen bijzonder delicaat. Bovendien is het herschrijven van de Grondwet met als enige opzet de potentiële grondwettelijke toetsing een huzarenstuk.

De voorstanders van een beperkte toetsing ondervinden duidelijk moeilijkheden met betrekking tot de aanwijzing van objectieve criteria welke een mogelijk onderscheid tussen toetsbare en niet toetsbare grondwetsbepalingen zou kunnen rechtvaardigen. Een mogelijke oplossing kan bestaan in een systeem waarbij, naast de grondrechten welke sowieso voor toetsing in aanmerking komen, de overige grondwetsartikelen die voor toetsing in aanmerking komen op enumeratieve wijze worden aangeduid. Vanzelfsprekend heeft ook deze enumeratieve werkwijze haar limieten. Ter remediering van dit euvel stelt iemand voor om een algemene open norm te hanteren.

Ten slotte bestaat tevens de mogelijkheid om bepaalde grondwetsartikelen voor toetsing uit te sluiten. Naast de expliciet uitgesloten bepalingen, blijft het residu aan toetsing onderworpen.

Aangezien de discussie uiteenlopende standpunten uitlokt en deze aanvangsvraag reeds impliciet het principe van toetsing aanvaardt, wensen enkele Nederlandse leden een prealabele vraag aan de lijst met vraagpunten toe te voegen. Deze principiële vraagstelling heeft in se betrekking op de wenselijkheid van toetsing en luidt: «Zullen de Nederlandse deelnemers in beginsel de stap zetten naar constitutionele toetsing of moet de verantwoordelijkheid vooralsnog geheel bij de Staten-Generaal blijven?»

Het stellen van deze principiële vraag releveert het bestaan van dieperliggende reserves.

Het volgende vraagpunt treft de organisatorische kanten van de constitutionele rechtspraak. Opteert men voor geconcentreerde toetsing of voor gespreide toetsing? Als subvraag integreren de deelnemers de volgende bedenking: «Dient de keuze voor een geconcentreerd of gespreid stelsel van rechterlijke toetsing van wetten gelijkelijk te gelden voor de toetsing aan de Grondwet en aan de Verdragen?»

Opnieuw staan de meningen soms diametraal tegenover elkaar. De een blijkt voorstander van een gespreide toetsing, terwijl de ander enkel zijn fiat wenst te hechten aan het geconcentreerde stelsel. Nog anderen menen dat beide systemen naast elkaar kunnen bestaan.

De argumenten voor een gespreide toetsing kunnen als volgt geresumeerd worden: de gespreide toetsing komt tegemoet aan de spreading van de verantwoordelijkheden, snelle beslissingen kunnen uitgelokt worden (in casu denkt men vooral aan de toetsing van de grondrechten waar snelle beslissingen, eventueel door de voorzitter in kort geding, moeten kunnen worden genomen; in Nederland heeft de president in kort geding de wetten getoetst aan de mensenrechtenverdragen), daarnaast dient men tevens in het geval van geconcentreerde toetsing rekening te houden met het prejudicieel stelsel, waardoor de afhandeling van de zaak nodeloos wordt verzaamd.

Ten slotte nog een kanttekening. In Nederland is men voorstander, voor het geval men het licht op groen zet wat de toetsingsproblematiek betreft, om de toetsing te beperken tot de grondrechten; in casu draagt het systeem van gespreide toetsing de voorkeur weg. Daarnaast wenst men tevens de handhaving van de gespreide toetsing aan verdragen te behouden. Andere leden pleiten voor een vorm van geconcentreerde constitutionele toetsing waarbij de grondwettigheidscontrole wordt toevertrouwd aan een afzonderlijk grondwettelijk hof, met daaraan verbonden de onbevoegdheid van de overige rechtscolleges om wettelijke normen aan de Grondwet te toetsen. Dit systeem biedt voordelen op het niveau van de rechtszekerheid en de eenheid van de rechtspraak.

Specifiek wat het stellen van een prejudiciële vraag betreft, ontspint zich de volgende controverse. Is het stellen van een prejudiciële vraag namelijk verplicht of louter facultatief?

De Belgische situatie laat zich hierna summier samenvatten. De prejudiciële vraag kan op verzoek van de gedingvoerende partijen voor de rechter ten gronde of ambtshalve door de rechter worden gesteld. In principe is het rechtscollege verplicht de vraag te stellen. Op dit leidend beginsel enten zich weliswaar enkele uitzonderingen ten einde te vermijden dat de prejudiciële vraag louter wordt aangewend als dilatoir middel.

Vervolgens, aan welk orgaan wordt de geconcentreerde toetsing opgedragen? Geeft men de voorkeur aan een apart grondwettelijk hof of dient het toetsingsrecht te worden toevertrouwd aan een bestaand rechtscollege?

Wat de Belgische situatie betreft, heeft men resoluut geopteerd voor de installatie van een apart orgaan: «het Arbitragehof», hetwelk belast wordt met de geconcentreerde toetsing. De voortschrijdende evolutie ter zake genereerde in 1989 het gewijzigde artikel 107ter van de Grondwet en de Bijzondere Wet van 6 januari 1989. De verdere bevoegdheidsuitbreiding van het Arbitragehof tot de toetsing aan de artikelen 6, 6bis en 17 van de Grondwet was hiermee gerealiseerd. Toen reeds werd een verdere uitbreiding van de bevoegdheden in het vooruitzicht gesteld.

In casu dient men volledigheidshalve de volgende opmerking met betrekking tot de samenstelling van het Arbitragehof, te formuleren. Tijdens de parlementaire voorbereiding van de grondwetswijziging en de daarop aansluitende wetswijziging, werd de eensgezindheid over de gemengde samenstelling van het Hof doorbroken. Er werd voorgesteld om de grondwettigheidscontrole aan de rechterlijke macht of aan een gemengde kamer, samengesteld uit leden van het Hof van Cassatie, de Raad van State en het Arbitragehof, te attribueren. De voordelen hiervan zijn legio: toenemend prestige, de samenwerking gerealiseerd tussen de drie hoogste rechtscolleges. Dit standpunt werd uiteindelijk niet gevolgd. Ongeacht de hierboven uiteengezette visie opteerde men voor het blijven bestaan van het Arbitragehof als afzonderlijk rechtscollege dat uitsluitend bevoegd is voor de grondwetstoetsing van wetkrachtige normen.

Echter, de aanwezigheid van oud-politici werd door sommigen op kritiek onthaald. Niettegenstaande deze kritische noot heeft de wetgever de samenstelling ongewijzigd behouden. De toekomstige evolutie met betrekking tot de organisatie van het Arbitragehof als een volwaardig constitutioneel hof kan eventueel de samenstelling van haar leden wijzigen in die zin dat men een toename van juristen verwacht. De opname van parlementsleden is in België voor sommigen allerminst ongunstig gebleken: dit blijkt in de vergadering zowel door reacties van de leden van het Hof als van buitenstaanders. Ze hebben een nuttige inbreng gehad bij de beslechting van sommige constitutionele problemen met een politieke dimensie.

De Nederlandse preadviseur meent dat een apart rechtscollege de voorkeur verdient. Zijn visie is vooral gebaseerd op de vrees voor een toenemende politisering bij de benoeming van de hoogste constitutionele rechter, met als gevolg daarvan de mogelijke inktvlekwerking op de benoeming van de andere rechters. Bovendien is in Nederland de behoefte aan de opname van parlementsleden niet zo precair uitgaande van de politieke en constitutionele realiteit. Men zou meer waarde kunnen hechten aan de juridische beslagenheid van de kandidaat-rechters. Concreet betekent dit: desnoods de opname van oud-politici mits dezen voldoen aan de minimumvoorwaarden (het behalen van een graad in de rechten). De opname van de oud-politici is minder aangewezen indien de toetsing beperkt blijft tot de grondrechten. Ten aanzien van dit specifieke punt is de Belgische politieke situatie duidelijk verschillend van de Nederlandse. In België dragen deze oud-politici bij tot de acceptatie van de beslissingen. Dit louter psychologisch argument speelt waarschijnlijk minder in Nederland.

Intussen zijn we beland bij een volgend vraagpunt met als centraal thema de toegang tot de hoogste constitutionele rechter.

Een geschil kan bij het Arbitragehof aanhangig worden gemaakt ofwel op een rechtstreekse wijze door een beroep tot vernietiging ofwel indirect via een prejudiciële vraag van een rechtscollege. Vóór 1989 was de toegang evenwel beperkt tot de kring van de zogenaamde institutionele partijen, i.e. de Gemeenschaps- en Gewestelijke Executieven, de Ministerraad en de voorzitters van de Wetgevende Vergaderingen op verzoek van twee derde van haar leden. In 1989 werd het individuele klachtrecht voor natuurlijke en rechtspersonen georganiseerd.

Daarnaast wordt een bijkomende voorwaarde gesteld: ze moeten blijf geven een belang te hebben bij het ingestelde beroep tot ver-

nietiging. Interessant is tevens dat sommige zaken (wegens kennelijke ongegrondheid of kennelijke onontvankelijkheid) worden afgehandeld via een verkorte rechtspleging. De hierboven geëvoceerde filters moeten voorkomen dat het Arbitragehof wordt overrompeld vooral sinds het bestaan van het individueel klachtrecht voor particulieren.

De Nederlandse preadviseur wenst de toegang van de individuele burger tot de hoogste constitutionele rechter te schetsen aan de hand van twee varianten op het toetsingssysteem. De preventieve toetsing is in de regel een abstracte vorm van toetsing en ontbeert de wezenlijke functie van rechtsbescherming, zodanig dat in deze situatie de toegang van de burger eventueel beperkt kan worden. Daarentegen vervult de repressieve toetsing als dusdanig de essentiële functie van rechtsbescherming zodanig dat geen beperking aan de toegang wordt gesteld.

De organisatie van een individueel klachtrecht lokt verschillende meningen uit. Sommige leden stellen dat de burgers, alvorens zich te kunnen beroepen op deze uitzonderingsprocedure, de andere bestaande paden moeten bewandelen. Wanneer alternatieven voorhanden zijn, zoals het raadplegen van de ombudsman of voor de gevallen dat de procedure inzake onrechtmatige daad enig soelaas kan bieden, dienen de individuele klagers bij voorkeur deze bestaande instituten te benutten. Een laatste opinie stelt voor om de directe toegang voor de burgers zo ruim mogelijk te organiseren. Een «ongezonde» toename van de case-load kan immers opgevangen worden door de voorafgaande rechtspleging vaker toe te passen.

Tijdens het finale stadium van de beraadslaging werden nog enige summieri beschouwingen gewijd aan de hiernavolgende vraagstelling. Wanneer kan de rechter, in een stelsel van geconcentreerde toetsing, afzien van het stellen van de prejudiciële vraag?

Het Belgische systeem kan als volgt worden geschetst. Wanneer voor een rechtscollege een probleem rijst betreffende de conformiteit van een wetkrachtige norm met de bevoegdheidsverdelingsregels of met de artikelen 6, *6bis* of 17 van de Grondwet, dan moet dit rechtscollege het Arbitragehof verzoeken over deze vragen uitspraak te doen. De prejudiciële vraag kan tevens worden gesteld op verzoek van de gedingvoerende partij. Daarnaast werden op deze principiële verplichting een aantal uitzonderingen geformuleerd, met name wanneer de techniek van de prejudiciële vraag enkel tot doel heeft de procesgang te vertragen of wanneer de vordering niet onontvankelijk is om procedurereden. Het rechtscollege waarvan de beslissing vatbaar is voor hoger beroep, verzet, voorziening in cassatie of beroep tot vernietiging bij de Raad van State, is evenmin gehouden wanneer het Hof reeds uitspraak heeft gedaan op een vraag of een beroep met hetzelfde onderwerp, of wanneer het rechtscollege meent dat het antwoord op de prejudiciële vraag niet onontbeerlijk is om uitspraak te doen of wanneer de betwiste norm klaarblijkelijk geen schending inhoudt. Vrijwel alle deelnemers waren het erover eens dat de strengere verwijzingsplicht die de wet thans bevat ten aanzien van het Hof van Cassatie en de Raad van State, niet wenselijk is.

Er werd geopperd om in meer gevallen het systeem van de prejudiciële vraag verplicht te hanteren. Ter illustratie werd gewezen op het misbruik van de «acte clair»-theorie. In dit geval dient geen prejudiciële vraag te worden gesteld wanneer de wet kennelijk niet ongrondwettig is.

Een complex maar fundamenteel probleem nodigde de deelnemers uit om een laatste maal stelling te nemen. In het kader van een prejudiciële procedure kan het Arbitragehof geconfronteerd worden met een interpretatie van de verwijzende rechter van de te toetsen norm. In casu rijst de vraag of het Arbitragehof met deze interpretatie rekening moet houden bij het beantwoorden van de prejudiciële vraag of in het tegengestelde geval zijn eigen interpretatie van de norm in de plaats kan stellen. Men kan concluderen dat het Arbitragehof bij het beantwoorden van de prejudiciële vraag in elk geval rekening moet houden met de betekenis die de verwijzende rechter toebedeelde aan de wet, het decreet of de ordonnantie, voorwerp van de prejudiciële vraag. Daarnaast kan het Hof te allen tijde een andere interpretatie zoeken.

Sofia De Meuter
Assistente V.U.B.

Afdeling Privaatrecht Het kort geding

In de Afdeling Privaatrecht werd, aan de hand van twee erg boeiende en met een bijzondere zin voor synthese opgestelde «spiegelrapporten», aandacht besteed aan de niet meer uit ons maatschappelijk leven weg te denken figuur van het kort geding. Preadviseur aan Nederlandse zijde was professor Groen. Het Belgische preadvies was van de hand van ere-procureur-generaal bij het Hof van Cassatie Krings.

De doorlichting van het kort geding geschiedde via welgesteld 25 vraagpunten die – onder het met vaste hand door professor Maeijer geleide debat – alle werden behandeld. De vraagpunten kunnen in drie reeksen worden onderverdeeld. Twee ervan behandelden de twee basispijlers van het kort geding, nl. het vereiste van onverwijlde spoed en het voorlopig karakter van de voorziening. De laatste reeks vragen had betrekking op een aantal procedureaspecten, waardoor het kort geding zich manifest onderscheidt van de normale rechtsgang.

Zowel in België als in Nederland wordt thans aan het vereiste van spoedeisendheid een dubbel karakter toegekend. Allereerst gaat het om een *bevoegdheidsvoorwaarde*. Zo de gevorderde maatregel niet met spoed dient te worden gewezen, zal de president niet tussenbeide kunnen komen. In België wordt sinds het cassatiearrest van 11 mei 1990 aangenomen dat de eiser voldoet aan hetgeen de «stelplicht» van art. 9 Ger.W. werd genoemd, zo hij in het geding-inleidend exploit aanvoert dat er spoedeisende omstandigheden voorhanden zijn. Dit volstaat opdat de president bevoegd zou zijn. Anders dan in België – waar dikwijls het verweer wordt gevoerd dat er geen spoed aanwezig is – wordt hieraan in Nederland zelden een woord vuil gemaakt. Zelfs indien de eisende partij geen elementen aanbrengt die het dringend karakter van het gevorderde ondersteunen, wordt de aanwezigheid van spoed impliciet verondersteld. Komt de Nederlandse president of de Belgische voorzitter, rechtdoende in kort geding, echter tot de bevinding dat dit niet zo is, dan zal de vordering hierop als ongegrond moeten worden afgewezen. Spoed speelt derhalve een rol zowel bij de bevoegdheid als bij het beoordelen van de *grond* van de zaak.

Aangevoerd zal moeten worden dat de gevorderde maatregelen slechts dan efficiënt of adequaat zullen zijn indien zij in kort geding worden bevolen. Dit wordt louter bepaald door de omstandigheden eigen aan de zaak en niet door de dreiging van een onherstelbare schade of nadeel. Opgemerkt werd dat, bij het organiseren van het Belgisch administratief kort geding voor de Raad van State, het vereiste van «een moeilijk te herstellen ernstig nadeel», dat uit de kortgedingrechtsspraak was geweerd, weer werd ingevoerd.

Zowel aan Nederlandse als aan Belgische zijde was men van oordeel dat, zo de bodemrechter snel voorlopige maatregelen kan bevelen, hieraan de voorkeur moet worden gegeven boven een beroep op de president. Slechts in urgente omstandigheden en bij het spaaklopen van de voorlopige voorzieningsprocedure voor de rechter ten gronde mag een kort geding worden overwogen. Algemeen werd echter onderkend dat deze alternatieven voor het kort geding bij de rechtspraktijk onvoldoende bekend zijn.

Een zelfde positie wordt ingenomen wanneer, benevens het kort geding, andere rechtsgangen waarin spoedvoorzieningen kunnen worden getroffen openstaan (bv. voor de administratieve of de strafrechter, of voor arbiters). Hoewel in beide landen wordt aangenomen dat het bestaan van een dergelijke snelle rechtsgang *op zich* de kortgedingrechter niet buitenspel zet, verdient de bijzondere procedure de voorrang te krijgen. Dit biedt, zoals een deelnemer opmerkte, het voordeel dat de president wordt teruggedrongen uit gebieden waar presidiale rechtsspraak niet echt thuishoort. Toetssteen blijft echter de mogelijkheid tot het snel verkrijgen van een beschikking. Zo de spoedvoorziening niet binnen deze bijzondere rechtsgang kan worden geëffectueerd, kan een beroep gedaan worden op de kortgedingrechter. Dit zal ook zo zijn wanneer, in strijd met prevalerende regelen van de internationale of communautaire rechtsorde, uitdrukkelijk deze bevoegdheid aan de kortgedingrechter zou zijn onttrokken. Nog in dit verband werd het «Factor tame»-arrest van het Hof van Justitie besproken.

Dat de beschikking van de rechter in kort geding geen nadeel toebrengt aan de beslechting van het bodemgeschil, wordt in beide landen op een identieke wijze geïnterpreteerd. De rechter ten gronde is op geen enkele wijze gebonden door de beschikking van de pre-

sident, m.a.w. de uitspraak in kort geding heeft geen gezag van gewijsde jegens de bodemrechter. Van Nederlandse zijde is men van oordeel dat feitelijk alles kan in kort geding, behalve dat degene die het onderspit delft in de kortgedinguitspraak, hierdoor «juridisch» nadeel zou lijden of dat de zaak door de president volledig zou worden afgewikkeld. In België lijkt men iets terughoudender te zijn. Een verschil in optiek bestond er ook nopens de mogelijkheid tot het verkrijgen van een verklaring van recht in kort geding. De Nederlandse deelnemers zagen hierin geen bezwaar, te meer daar dit geen enkel gevolg kan hebben voor de rechter die het bodemgeschil zal dienen te beslechten. In België gaat men duidelijk omzichtiger te werk: zelfs bij het toekennen van een geldelijke provisie (le référé-provision) zal er, noch uitdrukkelijk, noch impliciet, over de aansprakelijkheid van de veroordeelde uitspraak worden gedaan.

Consensus was er over het feit dat een vermoedelijk of waarschijnlijk recht kan volstaan als basis voor een vordering in kort geding. Met de graad van waarschijnlijkheid zal evenwel rekening gehouden worden bij het afwegen van de aanspraken van partijen. Verschillende Nederlandse deelnemers stonden niet afkerig van de idee dat de kortgedingrechter, op grond van een loutere belangenafweging, zonder directe basis in het recht, een beslissing zou geven. Na een levendige discussie werd besloten dat een dergelijk pure belangenafweging slechts mogelijk is zo er rechtens beschermenswaardige belangen in het geding zijn. Dit criterium dient de rechter te hanteren en het moet in zijn uitspraak tot uitdrukking komen. De Belgische juristen waren in dezen heel wat terughoudender. Er werd beklemtoond dat de rechter in kort geding recht spreekt, wat noodzakelijkerwijs inhoudt dat het recht altijd onderliggend aanwezig moet zijn.

Het kort geding kan zowel in België als in Nederland ingeleid worden via een dagvaarding. Beide landen kennen daarnaast nog een alternatief. Voor Nederland is dit de in art. 290, lid 2, Rv. voorziene vrijwillige verschijning. In België kan, in geval van volstreekte noodzakelijkheid, ingeleid worden op verzoekschrift, waarbij er door de preadviseur op gewezen werd dat — i.t.t. de huidige praktijk — ook in dit geval de tegenspraak gegarandeerd zou moeten zijn. De vraag werd overigens gesteld of met de moderne communicatiemiddelen een dergelijke volstreekte noodzakelijkheid nog kan bestaan.

In België wordt in de regel ingeleid op een vaste dag, overeenkomstig het bijzonder reglement van de betrokken rechtbank. Bij uitzonderlijke dringendheid kan het ook buiten deze «vaste» dagen, op een door de voorzitter te bepalen dag en uur. In Nederland geschiedt de inleiding op een in informeel overleg met de president of zijn secretaresse bepaald tijdstip. Hierbij wordt erover gewaakt dat er voldoende tijd beschikbaar is om de zaak mondeling uitvoerig te behandelen, zodat er beduidend minder omvangrijk geconcludeerd wordt dan in België.

In beide landen kan, naar de tekst van de wet, de minderjarige niet zelf in kort geding optreden. In de praktijk gebeurt het echter wel. In Nederland heeft zich daarnaast de gewoonte ontwikkeld dat, al wordt jegens de procesonbekwame verstek verleend, deze zal worden gehoord. Daarnaast hebben de presidenten de neiging in de uitspraak een aantal overwegingen te geven nopens de zaak zelf. Hoe dan ook lopen onze beide staten achter op de ontwikkeling in diverse landen, waar de rechter iemand kan aanwijzen om de minderjarige te vertegenwoordigen.

In beide landen vallen de bewijsregelen in de kortgedingprocedure te relativeren. In België zal het voldoende zijn dat hetgeen men beweert, aannemelijk wordt gemaakt, zonder dat men het in de bodemprocedure vereiste overtuigende bewijs moet leveren. Een soortgelijke soepele beoordeling van het bewijs wordt aangehangen in Nederland, waar de Hoge Raad uitdrukkelijk beslist heeft dat de president niet door de normale bewijsregelen is gebonden.

Ook de motiveringsplicht wijkt in kort geding af van die van de normale procesgang. Het kan hierbij zowel om een verminderde als om een verscherpte motiveringseis gaan. De concessie die gedaan wordt aan de formele procesregelen valt, aldus de Nederlandse deelnemers, te verklaren door het feit dat spoed de wet breekt. Het voorlopig karakter van de voorziening rechtvaardigt deze afwijking. Van Belgische zijde werd hier en daar bezwaar geuit tegen een dergelijke zienswijze, die het jurisdictioneel karakter van de presidentiale rechtspraak zou miskennen.

Zowel de Belgische als de Nederlandse uitspraak in kort geding is vatbaar voor rechtsmiddelen. Opvallend is dat in Nederland het verzet tegen de beschikking voor de rechtbank — en niet voor de president — wordt gebracht, al zal het in de praktijk wel degene zijn die de uitspraak heeft gewezen, die ook over het rechtsmiddel recht zal doen. De behandeling in hoger beroep lijkt zowel in Nederland als in België wel eens onaanvaardbaar uit te deinen. Terwijl dit aan Nederlandse zijde te wijten is aan het — niet bij alle hoven — georganiseerd zijn van een «spoed-appelprocedure», is dit in België wellicht het gevolg van de gerechtelijke achterstand, waardoor de in art. 1066 Ger.W. voorgeschreven behandeling binnen drie maanden, desnoods op een namiddagzitting, dode letter is geworden. Zowel voor de Hoge Raad als voor het Hof van Cassatie worden deze spoedeisende zaken bij voorrang behandeld.

In beide landen wordt aangenomen dat, krachtens de beschikking in kort geding verbeurde dwangsommen, verschuldigd blijven zelfs indien de bodemrechter uiteindelijk een ander oordeel velt dan de president. Een Nederlandse deelnemer plaatste hier een vraagteken bij nu niet de kortgedingrechter, maar wel de tegenpartij, zou eisen dat men zich aan het rechterlijk gebod of verbod houdt. Hierop werd gerepliceerd dat de dwangsom de sanctie is op het niet respecteren van het rechterlijk gezag, waarbij het totaal irrelevant is of de bodemrechter dan wel de kortgedingrechter de uitspraak heeft gewezen. Het autonoom karakter van de krachtens de presidentiale beschikking verbeurde dwangsom werd overigens onderstreept door het Benelux-Gerechtshof. Het matigen van de in een kort geding opgelegde dwangsom komt, aldus dit Hof, uitsluitend toe aan de president (25 september 1986, *R.W.*, 1986-87, 1333).

Opvallend verschillend staan onze beide landen tegenover de toepassing van vreemd recht in kort geding. De sinds het befaamde Babcock-arrest in België aangenomen regel dat de rechter, zo hij op de voorliggende zaak vreemd recht moet toepassen, ambtshalve de precieze draagwijdte ervan moet nagaan, kan een uitzondering lijden in kort geding. Zo de kort geding rechter niet over voldoende informatie beschikt nopens de exacte inhoud van de vreemde wet om er onmiddellijk toepassing van te maken, mag hij voorlopig Belgische wet ter beslechting van het geschil aanwenden. Loodrecht hierop staat de door een Nederlandse deelnemer vertolkte visie dat de zaak zich in een dergelijk geval niet leent tot een kort geding.

Tot slot bestaat er een parallel nopens de territoriale of relatieve bevoegdheid van de president. Zowel in België als in Nederland wordt aangenomen dat, benevens de krachtens de regelen van het gemene bevoegde rechter in kort geding, ook de president van de rechtbank waar de voorlopige maatregel moet worden uitgevoerd of de onmiddellijke voorziening wordt geëist, bevoegd kan zijn.

*P. Taelman
R.U.G.*

Afdeling Strafrecht De criminele organisatie

In de preadviezen van de heren J.M. Berkvens (België) en G.A.M. Strijards (Nederland), waarover de vergadering — op voortreffelijke wijze geleid door zijn voorzitter J. Rammelink — zich zeer ingenomen toonde, werd de momenteel weer in de actualiteit opduikende strafbaarstelling van het deelnemen aan een criminele organisatie behandeld, zoals in Nederland geregeld in art. 140 Sr., in België in de artt. 322 t/m 326 Sw.

Beide bepalingen, teruggaande op de artt. 265 e.v. van de Code pénal van 1810, zijn zeer gelijklopend. Terwijl echter in het Nederlandse recht het «deelnemen aan» een criminele organisatie strafbaar is gesteld, spreekt het Belgische recht (art. 324 Sw.) van «deel uitmaken van» zo'n organisatie. De vergadering had de indruk, dat dit laatste begrip iets ruimer is. Wellicht kan mede daardoor worden verklaard, dat het Belgische Hof van Cassatie reeds het enkele lidmaatschap van een misdadige vereniging strafbaar acht — terwijl de Hoge Raad van de deelnemer enige activiteit vereist —, alsmede dat volgens het Hof ook de vereniging met het oogmerk op één enkele aanslag onder de delictomschrijving valt maar volgens de Raad vermoedelijk het oogmerk op meerdere misdrijven moet slaan.

Daarenboven werd als derde verschilpunt tussen beide bepalingen aangeduid dat de Nederlandse strafbaarstelling, naar mag worden aangenomen, ook de culpose deelneming aan een misdadige

organisatie omvat, terwijl naar Belgisch recht steeds de schuldvorm van het opzet wordt vereist.

Aan de vergadering werd een zevental vraagpunten ter discussie voorgelegd.

De eerste vraag luidde, of binnen Benelux-verband geen behoefte bestaat aan een eenvormige materieelrechtelijke wetgeving, waarin het participeren in een groepering met het kennelijk doel om misdrijven te plegen strafbaar wordt gesteld als variant van het algemene leerstuk van de deelneming, zodat de aan de orde zijnde incriminaties naar het algemene deel van de respectieve strafwetboeken zouden worden overgeheveld. Met name de Nederlandse preadviseur, die deze strafbaarstellingen in de voorbereidingsfase van de iter criminis situeerde, bepleitte dit standpunt. De vergadering beantwoordde de gestelde vraag echter overwegend negatief. Daarbij werd aangevoerd dat rekening moet worden gehouden met de oorspronkelijke opzet van de artikelen, te weten de bescherming van de openbare orde (Nederland) en de openbare veiligheid (België). Men zag beide artikelen dan ook veeleer als de omschrijving van een specifiek misdrijf, thuishorend in het bijzonder gedeelte van de strafwetboeken.

In het tweede en het derde vraagpunt, die samen werden behandeld, werd uitgegaan van de vaststelling dat het heden ten dage wel voorkomt dat een in het buitenland gevestigde organisatie, waarin buitenlanders opereren, haar oogmerk gericht heeft op het begaan van misdrijven in een ander land, bijvoorbeeld een aanslag wil plegen in Amsterdam of Brussel. De vergadering achtte het gewenst dat de deelnemers aan een dergelijke organisatie dan in Nederland resp. België zouden kunnen worden vervolgd. Terwijl het Nederlandse recht voor een dergelijke bevoegdheidsuitbreiding van de eigen rechtscollages geen houvast biedt, opent in België de toepassing van de ubiquiteitstheorie, die zeer ruim wordt geïnterpreteerd, vermoedelijk wel enkele mogelijkheden. Opgemerkt werd verder dat tot de oplossing van het gestelde probleem een grote bijdrage kan worden geleverd door de sluiting van bi- of multilaterale verdragen, alsmede — en dit geldt speciaal voor België — door ratificatie van bestaande verdragen.

Anders ligt de zaak wellicht, wanneer in zo'n in het buitenland gevestigde en opererende organisatie ook Nederlanders of Belgen actief zijn. De Nederlandse preadviseur wenste in dat geval aan te knopen bij het actief personaliteitsbeginsel, doch de overgrote meerderheid van de vergadering zocht eerder zijn toevlucht tot het beschermingsbeginsel.

Het vierde vraagpunt hield verband met het algemene strafrechtelijke daderschap van de rechtspersoon in art. 51 van het Nederlandse Wetboek van Strafrecht. Leidt dit niet tot een coincidentie met art. 140 Sr., wanneer de misdadige organisatie tevens de rechtspersoonlijkheid geniet, en moet diensgevolge de actieradius van de strafbaarheid van deelneming aan een misdadige organisatie niet heroverwogen worden? Deze vraag werd door de vergadering vrijwel eenstemmig negatief beantwoord. Enerzijds werd verduidelijkt dat de betreffende coincidentie zich slechts kan voordoen, wanneer door de criminele organisatie, in casu de rechtspersoon, een misdrijf is gepleegd, hetgeen — gelet op de tekst en de strekking van art. 140 Sr. — niet noodzakelijk is. Anderzijds werd opgemerkt dat ex art. 51 Sr. slechts de feitelijke leidinggever of opdrachtgever aansprakelijk is, terwijl ex art. 140 ook andere deelnemers strafbaar zijn. Ten slotte zouden, zo zich de bovenvermelde coincidentie werkelijk zou voordoen, de regels van de eendaadse samenloop wellicht kunnen worden toegepast.

In het vijfde vraagpunt werd opgeworpen of het niet opportuun zou zijn de begrippen «deelnemen aan» of «deel uitmaken van» in de wet zelf te verduidelijken, veeleer dan hun interpretatie uitsluitend aan de rechtspraak over te laten. De suggestie de begrippen wettelijk nader uit te werken werd nagenoeg unaniem verworpen. Dit werd gesteund door de overweging dat het uitermate moeilijk, zo niet onmogelijk zou zijn om de vele mogelijkheden in een hanteerbare formule te vangen. In dit verband werd o.m. door de Nederlandse preadviseur opgemerkt dat de eisen die moeten worden gesteld aan de deelneming, wellicht geringer zijn in het geval het crimineel karakter van de organisatie uitgesproken is, doch daarentegen groeien naarmate dat crimineel karakter minder opvallend is. Bovendien blijft, ook in het geval een afdoende formulering gevonden zou worden, de mogelijkheid van een uiteenlopende interpretatie door de Hoge Raad en het Hof van Cassatie reëel, hetgeen

de Belgische preadviseur, die dit vraagpunt had voorgelegd, juist wilde voorkomen.

In het zesde vraagpunt kwam art. 324 van het Belgische Strafwetboek aan de orde, in zoverre het ook derden strafbaar stelt, «die wetens en willens aan de bende of aan haar afdelingen wapens, munitie, werktuigen tot het plegen van misdaden, een onderdak, een schuilplaats of een vergaderplaats verschaffen». Moet deze bijzondere strafbaarstelling gehandhaafd worden? Gelet op de omstandigheid dat het artikel slechts bepaalde vormen van hulpverschaffing met name noemt, zodat voor de niet genoemde een beroep moet worden gedaan op de algemene deelnemingsregeling, vroeg de vergadering zich af of laatstgenoemde oplossing niet in alle gevallen zou moeten gelden, zodat art. 324 Sw. zou kunnen vervallen. Verder overwoog de vergadering de invoering van een algemeen begunstigingsartikel, dat bijvoorbeeld zou kunnen worden toegepast wanneer de criminele organisatie is opgeheven.

De zevende en laatste vraag ten slotte was of de in art. 326 van het Belgische Strafwetboek bepaalde «verklikkingsclausule», naar luid waarvan niet worden gestraft de deelnemers die, vóór enige poging tot de door de vereniging beoogde misdrijven en vóór enig begin van vervolging, het bestaan van de bende en de namen van de leiders aan de overheid bekend maken, dient te worden gehandhaafd, en zo ja, of dan geen eenvormigheid moet worden nagestreefd, minstens in Beneluxverband. Met name aan Nederlandse zijde werd het nut van een dergelijke verklikkingsclausule betwijfeld. Daartoe werd allereerst aangevoerd dat deze problematiek zich niet alleen bij art. 140 Sr. resp. art. 322 e.v. Sw. voordoet, maar ook bij vele andere strafbepalingen. Bovendien werd het moeilijk geacht de clausule zo te formuleren dat gevallen van kwade trouw bij de verklikker zouden kunnen worden uitgesloten. Ten slotte kan men zich in Nederland goed vinden in de oplossing dat het O.M. in zo'n geval de verklikker toezegt geen strafvordering in te stellen. Zo dit toch zou gebeuren, zou de rechter het O.M. in zijn strafvordering niet ontvankelijk verklaren wegens schending van het vertrouwensbeginsel (fair trial).

De vergadering werd besloten met de traditionele gedachtenwisselingen over een nieuw onderwerp voor de komende jaarvergadering. Eenstemmigheid werd bereikt rond het thema van de voorlopige hechtenis.

Filiep Deruyck
V.U.B.

BOEKEN

T. HANAMI, *Managing Japanese Workers, Personnel Management — Law and Practice in Japan*, Tokyo, The Japan Institute of Labour, 1991

Het boek *Managing Japanese Workers* is geschreven om te beantwoorden aan een vraag van buitenlandse managers naar praktische Engelstalige werken over de Japanse arbeidsverhoudingen. Het boek is dan ook niet zozeer academisch, als wel praktisch gericht.

In het eerste hoofdstuk behandelt Hanami de wervingsprocedures die toch wel degelijk verschillen van de onze. Ook het ontbreken van een wettelijke regeling en de mogelijkheden om daarvan misbruik te maken worden toegelicht. Bij de bespreking van de arbeidsvoorwaarden, wordt veel aandacht besteed aan de problematiek van de arbeidsduur. Overuren, nachtwerk en de flexibele-arbidsduur-regelingen komen hierbij aan bod. Hoewel er een wettelijke verplichting bestaat om «as soon as possible» tot de invoering van een veertigurenweek over te gaan, blijkt dat momenteel nog gemiddeld 46 u per week mag worden gewerkt. De auteur vermeldt ook dat de vakantieperiodes waarover de Japanse werknemers beschikken, slechts voor 50% worden aangewend.

In het derde deel, dat o.a. handelt over promoties, wordt beklemtoond dat van de werknemers een hoge graad van flexibiliteit verwacht wordt. De werknemers moeten vaak van functie, en zelfs van plaats van tewerkstelling veranderen. Ook wordt er hier op gewezen dat «life time employment» een «practice or policy» is, maar geen wettelijke verplichting.

Deel IV handelt over de beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Geen enkele wettelijke bepaling vereist dat de werkgever een rechtmatige reden moet hebben om een einde te maken aan de arbeidsovereenkomst. De rechtspraak heeft desalniettemin een dergelijk vereiste ingevoerd. Met betrekking tot collectieve ontslagen wordt van de werkgever verwacht dat hij alle mogelijke alternatieven onderzoekt, zoals daar zijn een vermindering van overuren, wervingsstop, mogelijkheid van overplaatsing, herscholing....

De Japanse vakorganisaties worden doorgelicht in deel V. Het Japanse systeem van de arbeidsverhoudingen wordt erin omschreven als uiterst gunstig voor de vakorganisaties. De vrijheid van organisatie en collectief onderhandelen is in de Japanse grondwet ingeschreven, en wordt als een «fundamental human right» beschouwd. Bovendien ontbreekt in het Japanse systeem het concept van «managerial prerogatives», zodat alles voor collectief onderhandelen openstaat (deel VI). De verschillende onderdelen van de collectieve arbeidsovereenkomst, hun bindende kracht en de relatie van de collectieve arbeidsovereenkomst tot de andere bepalingen die de arbeidsvoorwaarden tot voorwerp hebben wordt bestudeerd in deel VII.

De verschillende vormen van industriële conflicten en de rol die de Labour Relations Commissions daarin spelen, worden behandeld in de delen VIII en IX. Met enige verbazing moet men vaststellen dat het gezamenlijk opnemen van vakantiedagen soms als een tactiek in de strijd tussen werkgever en werknemer wordt aangewend.

In het laatste en tiende deel wordt de «non regular» werknemer besproken. Deze groep van werknemers omvat ook de part-time werknemers. Het Japanse arbeidsrecht wordt geacht geen beperkingen te stellen aan de mogelijkheden voor de werkgever om tijdelijke personeelsleden in dienst te nemen. De situatie van de tijdelijke werknemers verschilt wezenlijk van die van de gewone, permanente werknemers, niet alleen wat betreft de vastheid van betrekking, maar ook wat de eigenlijke arbeidsvoorwaarden betreft.

Het boekje dat slechts 106 bladzijden telt, is vlot leesbaar en geeft een goede inleiding tot het Japanse systeem van de arbeidsverhoudingen. Niet enkel de theoretisch, juridische regeling komt erin aan bod, maar ook de praktische gang van zaken wordt toegelicht.

Chris Engels

Guy BONTEMPS, **Scolalex**, Brussel, Story-Scientia, 1991, drie delen

De schoolwetgeving is een complexe materie. Nu het onderwijs na de grondwetsherziening van 1988 verder werd «gecommunautariseerd» ontstaan in België, naast wat overblijft van centrale wetgeving, drie vormen van decreetwetgeving i.v.m. het onderwijs. Hier en daar heeft de Duitstalige Gemeenschap ook reeds eigen decreten uitgewerkt.

Welke uitgebreide materie de onderwijswetgeving bevat, was reeds duidelijk door de uitgave van de officiële codificatie van de onderwijswetgeving en -reglementering onder de zorg van de Administratie algemene onderwijsdiensten en voorlichting van het Ministerie van Onderwijs aan Nederlandstalige zijde.

In de Franstalige Gemeenschap komt aan de heer Guy Bontemps, inspecteur van het hoger secundair en hoger niet-universitair onderwijs de grote verdienste toe de Franstalige wetten, decreten en reglementen te hebben verzameld. Dit alles werd bijeengebracht in drie goed hanteerbare boekdelen van respectievelijk 1.137, 1.298 en 901 pp., verwerkt in kleine druk.

De omvang van de teksten stemt op zichzelf tot nadenken. De materie is blijkbaar voor behandeling alleen gegend aan de administraties, de vakbondsorganisaties en de specialisten. Daarbij blijft iedereen wel bescheiden. Want naast de regelgeving bestaat ook nog een bijzonder uitvoerige rechtspraak van de Raad van State die in de loop der jaren honderden arresten heeft uitgesproken en de kennis van de teksten aanvult.

In het eerste boekdeel heeft de auteur de teksten opgenomen die betrekking hebben op het onderwijzend personeel in de ruime betekenis.

Het tweede deel bevat alle regelgeving i.v.m. de onderwijsinrichtingen van het lager onderwijs tot het universitair onderwijs.

Ten slotte bevat het derde boekdeel de teksten die de werking van het onderwijsbestel mogelijk moet maken: de schoolpactwet,

de wet op de schoolplicht, de taalwetgeving, het organiek reglement betreffende de inrichtingen van de Franstalige Gemeenschap, de werking van raden en commissies, het stelsel van studiebeurzen en leningen, de schoolgebouwen, het schoolvervoer enz.

De auteur heeft gekozen voor een originele benadering van de publikatie van de teksten. Steeds wordt de basistekst gepubliceerd. Waar de basistekst is gewijzigd, wordt daarvan melding gemaakt en de opeenvolgende tekstwijzigingen worden op het einde van die tekst opgenomen. Wellicht wordt daardoor het nazien van de thans geldende tekst iets moeilijker maar wij kunnen volledig begrip opbrengen voor deze werkmethode omdat de leerkrachten die twintig jaar of tien jaar geleden onder een bepaald stelsel werden benoemd of hun rechtstoestand bepaald zagen, in heel wat gevallen het recht hebben om die rechtstoestand geëerbiedigd te zien. In een dergelijk geval en voor deze materie is de originele werkwijze derhalve volstrekt te verdedigen. Men kan niets anders dan bewondering opbrengen voor het ontzaglijke werk dat de auteur materieel heeft verzet.

De auteur en de uitgever hebben de gelukkige gedachte gehad de teksten in vaste vorm uit te geven. Het is blijkbaar de bedoeling af en toe een nieuwe editie op de markt te brengen.

I.v.m. deze uitgave is de stof bijgehouden tot de publikatie van het Belgisch Staatsblad van 15 augustus 1991. Elk boekdeel bevat een thematisch en een chronologisch register.

Elk deel kost 2.650 fr., wat, gelet op het aantal bladzijden, als een redelijke prijs kan worden beschouwd.

De conclusie is duidelijk: deze uitgave is een onmisbaar werkinstrument voor iedereen die zich met schoolwetgeving inlaat.

W. Lambrechts

ERRATA

Onderwijs

Het arrest van het Hof van Cassatie dat op blz. 327 van deze jaargang is gepubliceerd, is gewezen op 25 februari 1991 en niet op 26 februari 1991 zoals verkeerdelijk vermeld is.

Uitlevering

Het arrest van het Hof van Cassatie dat op blz. 634 van deze jaargang is gepubliceerd, is gewezen op 16 januari 1991 en niet op 18 januari 1991 zoals verkeerdelijk is vermeld.

MEDEDELINGEN

Studiedag «Buitenhuwelijkse tweerelatie (concubinaat)»

Het Instituut voor Familierecht van de K.U.Leuven organiseert op 24 april 1992 in het College De Valk, Tiensestraat 41, Leuven, een studiedag over de «Buitenhuwelijkse tweerelatie (concubinaat)», met o.m. de volgende referaten:

- De rechtswaardering van het concubinaat anno 1992 door prof. P. Senaave.
 - Vrijgevigheid tussen concubanten door prof. W. Pintens.
 - Onderhoudsrecht en concubinaat door de heer J. Roodhooft.
 - Overeenkomsten en verbintenissen m.b.t. het concubinaat door prof. J. Herbots.
 - De goederen van concubanten – Beslagrecht – Procesrechtelijke aspecten van het concubinaat door prof. E. Dirix.
- Inlichtingen: prof. P. Senaave, Instituut voor Familierecht, Tiensestraat 41, 3000 Leuven (tel. 016/28.52.05).