

ENKELE ASPECTEN VAN DE BEVOEGDHEDEN VAN HET OPENBAAR MINISTERIE BIJ DE ARBEIDSGERECHTEN

*Rede uitgesproken door substituut-generaal R. VAN STRYDONCK
op de plechtige openingszitting van het Arbeidshof te Antwerpen
op 1 september 1993*

Het openbaar ministerie is een gestructureerd korps dat op het functioneel en hiërarchisch vlak een eenheid vertoont. Bij het vervullen van de opdrachten wordt het openbaar ministerie essentieel gekenmerkt door deze functionele en hiërarchische eenheid, zijn ondeelbaarheid en zijn onafhankelijkheid. De specifieke taken van het openbaar ministerie bij de arbeidsgerechten, die geleid hebben tot de noodzakelijke specialisering van deze magistraten, worden vericht binnen deze structuur.

Aan de procureur-generaal wordt de leiding en het toezicht toevertrouwd over alle vorderingen en activiteiten uitgevoerd door de leden van het openbaar ministerie binnen het rechtsgebied van het hof van beroep en van het arbeidshof, wat de eenheid en ondeelbaarheid van het openbaar ministerie bewerkstelligt.

Een exhaustieve benadering van het ambt van het openbaar ministerie bij de arbeidsgerechten zou de opzet van een openingsrede overschrijden.

Het ligt niet in de bedoeling van deze uiteenzetting verder uit te weiden over die essentiële kenmerken bij de ambts-oefening, doch een bespreking te geven van de belangrijkste opdrachten van het openbaar ministerie bij de arbeidsgerechten.

Ik zal mij derhalve beperken tot de naar mijn mening belangrijkste burgerlijke taken om vervolgens, bij wijze van volledigheid, de wijzigingen aangebracht in artikel 155 Ger.W. met betrekking tot de strafrechtelijke bevoegdheid van het openbaar ministerie te bespreken. Deze problematiek kan dan het voorwerp uitmaken van een uitvoeriger behandeling bij een volgende studie. De opdracht van het openbaar ministerie bij de arbeidsgerechten ligt immers overwegend in het toezicht op de toepassing van de sociale wetten en de tussenkomst in de burgerlijke zaken.

De algemene opdrachten van het openbaar ministerie worden opgesomd in de artikelen 138 tot 140 Ger.W.

1. het openbaar ministerie vordert de toepassing van de strafwet (art. 138, eerste lid);
2. in burgerlijke zaken komt het tussen bij wege van *rechtsvordering*, *vordering* of *advies* (art. 138, tweede lid);
3. het openbaar ministerie kan ambtshalve of op verzoek de tenuitvoerlegging van rechterlijke beslissingen vorderen (art. 139);
4. het openbaar ministerie waakt over de regelmatigheid van de dienst van de hoven en rechtbanken (art. 140).

Buiten die algemene opdrachten kunnen bijzondere opdrachten vastgesteld worden door de wetgever.

Het optreden van het openbaar ministerie bij de arbeidsgerechten kan op drie wijzen gebeuren, namelijk bij *rechtsvordering*, *vordering* of *advies*.

I. HET INSTELLEN VAN EEN RECHTSVORDERING

Bij het instellen van een rechtsvordering treedt het openbaar ministerie op als hoofd- of tussenkomende partij. De uitoefening van dit recht gebeurt door middel van een verzoekschrift of een dagvaarding in eerste aanleg of door het aanwenden van rechtsmiddelen. Het ambtshalve optreden van het openbaar ministerie kan krachtens artikel 138, tweede lid, alleen in de gevallen die de wet bepaalt en telkens wanneer de openbare orde de tussenkomst vereist. In het sociaal recht komen slechts enkele wettelijke bepalingen voor die het ambtshalve optreden van het openbaar ministerie regelen behoudens het aanwenden van rechtsmiddelen in bepaalde materies, bijvoorbeeld artikel 10 van het decreet van 19 juli 1973 tot regeling van het gebruik van de talen voor de sociale betrekkingen tussen de werkgevers en de werknemers. Het arbeidsauditoraat zal dan ook slechts bij wege van rechtsvordering optreden in aangelegenheden die niet noodzakelijk een sociaalrechtelijk aspect vertonen ¹.

Het recht tot ambtshalve optreden van het openbaar ministerie is beperkt. Het is niet voldoende dat een bepaling van openbare orde is geschonden. Bovendien is vereist dat de openbare orde in gevaar is gebracht door een toestand die dient te worden verholpen. De restrictieve uitlegging van de tekst van artikel 138, tweede lid, is gebaseerd op de casatierechtspraak in verband met het voorheen geldende artikel 46 van de wet van 20 april 1810 ². Het Hof van Cassatie heeft dit standpunt na de inwerkingtreding van het Gerechtelijk Wetboek meermaals bevestigd en benadrukt in de hierna aangehaalde arresten.

Het Hof van Cassatie oordeelde dat voldaan is aan de vereisten van artikel 138, met name dat de openbare orde geschonden is door een toestand die dient te worden verholpen, ingeval een partij verdedigd en vertegenwoordigd werd door een raadsheer in sociale zaken met schending van artikel 297 Ger.W. Deze bepaling betreffende de onverenigbaarheden is van openbare orde aangezien zij de uitoefening van de rechterlijke ambten en de goede werking van het gerecht waarborgt. Bedoelde regel heeft tot doel, niet alleen de onafhankelijkheid van de leden van de hoven en recht-

¹ PETIT, J., *Arbeidsgerechten en sociaal procesrecht*, in *A.P.R.*, p. 85, nr. 144.

² Cass., 22 maart 1923, *Pas.*, 1923, I, 243.

banken te vrijwaren, maar ook het vertrouwen in de rechterlijke macht te behouden ³.

De schending van de regel dat de verjaring van de burgerlijke rechtsvordering volgend uit een misdrijf niet toepasselijk is, wanneer de vordering uit het niet nakomen van contractuele verplichtingen ontstaat, brengt de openbare orde niet in gevaar door een toestand die verholpen moet worden. Hierdoor worden alleen de particuliere belangen van de gedingvoerende partijen geschaad, ook al zijn sommige van die bepalingen van openbare orde ⁴. De voorziening steunde op het feit dat een arrest van het Arbeidshof te Luik de verjaring toepaste van artikel 26 van de voorafgaande titel van het Wetboek van Strafvordering, terwijl de vordering alleen maar gebaseerd was op de wet betreffende de arbeidsovereenkomsten.

De enkele omstandigheid dat het recht op werkloosheidsuitkeringen vanaf een vroegere datum moet worden ontzegd, rechtvaardigt het optreden van het openbaar ministerie bij wijze van rechtsvordering niet ⁵.

Het van ambtswege optreden van het openbaar ministerie is evenmin gerechtvaardigd door het feit dat interest al dan niet verschuldigd is door het Fonds voor Sluiting van Ondernemingen ⁶. In een arrest van 20 mei 1974 had het Arbeidshof te Luik beslist dat het Fonds geen wettelijke interest verschuldigd was met toepassing van de wet van 12 april 1965. De betrokkene putte zijn aanspraken tegen het Fonds uit de wet van 30 juni 1967 en niet uit een overname door het Fonds van de verbintenissen van de werkgever. De voorziening in cassatie door het openbaar ministerie werd verworpen aangezien de enkele omstandigheid dat de interest al dan niet verschuldigd is, het optreden van het openbaar ministerie niet verantwoordt.

De bepalingen tot vaststelling van het rechtsgebied van een arbeidshof raken de openbare orde. De schending van bepalingen inzake rechterlijke organisatie brengt de openbare orde in gevaar en doet een toestand ontstaan die verholpen moet worden ⁷.

De rechtsvordering tegen het arrest van het Arbeidshof te Gent waarbij beslist werd dat het bijkomend onderzoek gevraagd door de arbeidsauditeur, ter zake niet meer dienend is, is niet ontvankelijk ⁸. Het Arbeidshof te Gent had beslist dat het onderzoek gevraagd door de arbeidsauditeur ter zake niet meer dienend was omdat de directeur van de R.V.A. op het ogenblik dat hij zijn beslissing neemt, moet beschikken over voldoende elementen om de beperking van het recht op werkloosheidsuitkeringen toe te passen. Het arbeidshof weigerde niet acht te slaan op de ingewonnen bestuurlijke inlichtingen, doch besliste dat deze niet ter zake dienend waren, zodat de wettelijke opdracht en de bevoegdheden van het openbaar ministerie niet werden genegeerd.

Wanneer het arbeidshof bij arrest een schuldvordering in het passief van een faillissement heeft opgenomen, terwijl het niet bevoegd was om van een vordering tot het opnemen van schuldvorderingen in het passief van een faillissement

kennis te nemen, komt de openbare orde in het gedrang door een toestand die moet worden verholpen ⁹. Deze bevoegdheid wordt immers toebedeeld aan de rechtbank van koophandel krachtens artikel 574, 2°, Ger.W.

Het ambtshalve optreden van het openbaar ministerie werd eveneens aanvaard bij het instellen van een cassatieberoep tegen een beslissing die zijn onafhankelijkheid en bevoegdheid raakt. Het arrest van het Arbeidshof te Gent gelastte het openbaar ministerie een onderzoek door de bevoegde sociale inspectiediensten te vorderen, terwijl krachtens artikel 138, derde lid, alleen het openbaar ministerie bevoegd is om te oordelen over de vordering tot bestuurlijke inlichtingen en het verzoek tot medewerking van de ambtenaren belast met het toezicht op de toepassing van de bepalingen bedoeld in de artikelen 578 en 583 Ger.W. ¹⁰. Dit arrest wordt verder besproken naar aanleiding van artikel 138, derde lid, Ger.W. ¹¹.

De tussenkomst is niet gerechtvaardigd wanneer een arrest van het hof door een eventueel te ruime interpretatie van artikel 125 van het algemeen reglement op de gerechtskosten in strafzaken en van artikel 8, lid 1, E.V.R.M. alleen tot gevolg heeft dat een beslissing van een gewestelijk inspecteur die een werkloze wegens algemeen bekend wangedrag bestraft, nietig wordt verklaard ¹².

In bepaalde materies wordt aan het openbaar ministerie bij de arbeidsgerechten een bijzondere bevoegdheid toegekend om op te treden bij rechtsvordering.

De wetgever heeft geoordeeld dat de uitbreiding van het recht tot optreden van het openbaar ministerie geboden was in een rechtstak die in volle ontwikkeling is, en in rechtsplegingen waarin partijen meestal zonder juridische bijstand optreden ¹³. Artikel 1052 Ger.W. kent aan de arbeidsauditeur en aan de procureur-generaal het recht toe hoger beroep aan te tekenen tegen de beslissingen van de arbeidsrechtbanken in de aangelegenheden bedoeld in de artikelen 578, 7°, 580, 581, 582, 1° en 2°, en 583, zijnde de geschillen die aan de mededeling aan het openbaar ministerie onderworpen zijn (art. 764, 10°, Ger.W.). Opgemerkt dient te worden dat artikel 1052 Ger.W. niet gewijzigd werd op het ogenblik van de wijziging van artikel 764, 10°, Ger.W., waarbij artikel 578, 7°, Ger.W. werd weggelaten bij de opsomming van de verplicht mededeelbare zaken ¹⁴. Dit rechtsmiddel houdt een vrijwillige tussenkomst van het openbaar ministerie in het geschil in, en maakt het openbaar ministerie partij in het geding ¹⁵. Het optreden van het openbaar ministerie is strikt beperkt tot de aangehaalde materies en geldt niet inzake arbeidsongevallen en ongevallen op de weg van en naar het werk ¹⁶.

Uit de wordingsgeschiedenis van het Gerechtelijk Wetboek blijkt dat het optreden van het openbaar ministerie niet alleen tot doel heeft de wettigheid van de beslissingen te verzekeren, maar ook te waken over de eenheid van de

⁹ Cass., 5 maart 1984, *Arr.Cass.*, 1983-84, II, 834.

¹⁰ Cass., 17 september 1990, *Arr.Cass.*, 1990-91, 51.

¹¹ Zie verder II, D, in fine.

¹² Cass., 30 oktober 1989, *Arr.Cass.*, 1989-90, 289.

¹³ *Parl.St., Kamer*, 1965-66, nr. 59/49, p. 156.

¹⁴ Wet 26 november 1986.

¹⁵ MEEUS, A., «Le rôle du ministère public en droit judiciaire privé», *T.P.R.*, 1980, 146.

¹⁶ Cass., 12 februari 1975, *Arr.Cass.*, 1975, 656.

³ Cass., 29 maart 1972, *Arr.Cass.*, 1973, 310.

⁴ Cass., 4 december 1974, *Arr.Cass.*, 1975, 399.

⁵ Cass., 3 september 1975, *Arr.Cass.*, 1976, 19.

⁶ Cass., 1 oktober 1975, *Arr.Cass.*, 1976, 141.

⁷ Cass., 5 november 1975, *Arr.Cass.*, 1976, 307.

⁸ Cass., 11 januari 1982, *Arr.Cass.*, 1981-82, 603.

rechtspraak en de partijen te beschermen tegen een verkeerd verweer¹⁷.

Het hoger beroep kan dan gegrond worden, niet alleen op de motieven in rechte, maar ook op de feitelijke gegevens¹⁸.

Het recht tot instellen van hoger beroep op grond van artikel 1052 Ger. W. kan uitgeoefend worden zelfs wanneer de vordering de openbare orde niet aanbelangt¹⁹. Artikel 1052 van het Gerechtelijk Wetboek houdt immers een uitbreiding in van het recht van optreden van het openbaar ministerie.

De ontvankelijkheid van de voorziening in cassatie door de procureur-generaal werd niet ter discussie gesteld in een zaak van telastlegging van gerechtskosten waarin de procureur-generaal ambtshalve beroep had ingesteld tegen een vonnis waarbij het R.I.Z.I.V. werd veroordeeld tot betaling van ongeschiktheidsuitkeringen²⁰.

De appeltermijn loopt ten aanzien van het openbaar ministerie zodra het vonnis is uitgesproken, zelfs wanneer het openbaar ministerie geen partij was bij het geding in eerste aanleg²¹.

Ook wanneer de arbeidsauditeur hoger beroep instelt, is alleen de procureur-generaal partij in het geding voor het arbeidshof²². Wanneer de arbeidsauditeur hoger beroep instelt, is hij geen partij voor het arbeidshof. Uit artikel 143, tweede lid, Ger.W. blijkt dat alle opdrachten van het openbaar ministerie bij het arbeidshof door de procureur-generaal worden uitgeoefend zodat de procureur-generaal voor het arbeidshof partij is in de zaak.

Volledigheidshalve kan gesteld worden dat het openbaar ministerie nog beschikt over de rechtsmiddelen tegen de beslissingen van de arrondissementsrechtbank inzake bevoegdheid²³, tegen de beslissingen inzake rechtsbijstand²⁴, de voorziening van de procureur-generaal wegens machtsoverschrijding²⁵ en in het belang van de wet²⁶. Bovendien kan het openbaar ministerie overeenkomstig artikel 1134, derde lid, Ger.W. een vordering instellen tot herroeping van het gewijsde.

Het aanwenden van rechtsmiddelen, de voorziening wegens machtsoverschrijding en de vordering tot onttrekking aan de rechter²⁷, ingesteld bij het Hof van Cassatie wanneer blijkt dat de rechter meer dan zes maanden nalaat uitspraak te doen over een zaak die hij in beraad heeft genomen, passen in het kader van het toezicht van het openbaar ministerie op de werking van de hoven en rechtbanken.

Het hoger beroep van het openbaar ministerie dat in sociaalrechtelijke geschillen vereenvoudigd werd door artikel 1052 Ger.W., dient een suppletief karakter te behouden. Wanneer de partijen vertegenwoordigd zijn door een raadsman, zal deze de opportuniteit van de rechtsmiddelen appreciëren.

Het openbaar ministerie dient dan slechts in uitzonderlijke gevallen de rechtsmiddelen bedoeld in artikel 1052 Ger.W. aan te wenden²⁸.

II. HET VORDERINGSRECHT

Artikel 138, tweede lid, bepaalt dat het openbaar ministerie kan tussenkomen bij wege van vordering. In zijn verslag verduidelijkt koninklijk commissaris Van Reepinghen dat het openbaar ministerie aan de rechter maatregelen kan vragen die verantwoord zijn door het algemeen belang²⁹. Dit recht van vordering kan enige verwarring scheppen met de mogelijkheid van het openbaar ministerie tot het instellen van rechtsvorderingen. Voor de arbeidsgerechten is met de tussenkomst bij wijze van vordering voornamelijk bedoeld de mogelijkheid van het openbaar ministerie om bestuurlijke inlichtingen te vorderen krachtens artikel 138, derde lid, Ger. W. en de mogelijkheid om met toepassing van art. 764, derde lid, ambtshalve mededeling te vorderen van zaken die in se niet hoeven te worden meegedeeld. Het openbaar ministerie kan eveneens vorderen dat een zaak wordt uitgesteld tot na de afhandeling van een strafzaak³⁰.

Het openbaar ministerie bij de arbeidsgerechten beschikt bij de uitoefening van dit vorderingsrecht over specifieke prerogatieven die nader bepaald worden in artikel 138, derde lid, Ger.W. Dit artikel verleent aan het openbaar ministerie de mogelijkheid om in alle betwistingen die behoren tot de bevoegdheid van de arbeidsgerechten, van de bevoegde minister of van de bevoegde openbare instellingen of diensten, de nodige bestuurlijke inlichtingen te vorderen.

Daartoe kan het om medewerking verzoeken van de ambtenaren die door de bestuurlijke overheid belast zijn met het toezicht op de toepassing van de wettelijke en verordening-bepalingen die bedoeld zijn in de artikelen 578 tot 583 Ger.W.

Na de behandeling van de onderscheiden materies waarop het vorderingsrecht tot het verkrijgen van bestuurlijke inlichtingen betrekking kan hebben, zal ingegaan worden op de onderscheiden instanties waarop het openbaar ministerie een beroep kan doen. Voorts wordt omschreven welke inlichtingen gevorderd kunnen worden en welke middelen het openbaar ministerie daartoe kan aanwenden.

A. De materies

De bevoegdheid van het openbaar ministerie om inlichtingen te vragen bij de openbare besturen is niet beperkt tot

¹⁷ *Parl.St., Kamer*, 1965-66, nr. 59/49, p. 156; MATTHIJS, J., «Het openbaar ministerie», in *A.P.R.*, p. 169, nr. 332.

¹⁸ MEEUS, A., «Le rôle du ministère public en droit judiciaire privé», *T.P.R.*, 1980, 146.

¹⁹ MEEUS, A., «L'institution du ministère public en Belgique», *Ann. Dr. Louvain*, 1988, 31; PETIT, J., «Arbeidsgerechten en sociaal procesrecht», *A.P.R.*, p. 85, nr. 145.

²⁰ Cass., 31 oktober 1988, *Arr.Cass.*, 1988-89, 254.

²¹ Art. 1052, 2°, Ger.W.

²² Cass., 14 september 1989, *Arr.Cass.*, 1989-90, 59.

²³ Art. 642 Ger.W.

²⁴ Art. 688 Ger. W.

²⁵ Art. 1091 Ger.W.

²⁶ Art. 1089 Ger.W.

²⁷ Art. 652 Ger.W.

²⁸ KREIT, G., *Réflexions sur le rôle du ministère public devant les juridictions du travail*, rede uitgesproken bij de opening van het gerechtelijk jaar op 4 september 1978, p. 21.

²⁹ Verslag VAN REEPINGHEN, *Parl.St., Senaat*, 1963-64, nr. 60, p. 85; MEEUS, A., «Le rôle du ministère public en droit judiciaire privé», *T.P.R.*, 1980, 157.

³⁰ Bv. na mededeling van een vals proceduristuk aan de procureur des Konings.

de sociale-zekerheidsgeschillen doch betreft alle aangelegenheden die behoren tot de bevoegdheid van de arbeidsgerechten. De toekenning van deze bijzondere bevoegdheid was vooral ingegeven door de ongelijkheid van de betrokken partijen in sociale-zekerheidsgeschillen. In de senaatscommissie werd benadrukt dat het openbaar ministerie voor de arbeidsgerechten een ingrijpendere taak uitoefent dan voor de andere burgerlijke gerechten. Inzake sociale zekerheid stelt het openbaar ministerie het dossier samen dat aan de rechtbank zal worden onderworpen, en vordert het van de openbare besturen dat alle stukken worden overgelegd die de rechtbank kunnen voorlichten³¹. Uit deze toelichting mag niet afgeleid worden dat de wetgever alleen de sociale-zekerheidsgeschillen beoogde aangezien de tekst van artikel 138, derde lid, Ger. W. ruimer is. De wetgever heeft vooral gedacht aan de geschillen betreffende sociale voorzieningen. Hij is zich kennelijk bewust geweest van de eigen aard van deze geschillen en het duidelijk onderscheid met de gemeenrechtelijke betwistingen. Hij heeft er zich rekenschap van gegeven dat de klassieke regels van de burgerlijke rechtsvordering geen absolute waarborg bieden voor een goede rechtsbedeling van eerstgenoemde geschillen, vooral door de ongelijkheid tussen de twee betrokken partijen, de sociale-zekerheidsinstelling en de particulier.

Wanneer de particulier zich tegenover een sociale instelling geplaatst ziet, biedt de tussenkomst van een onafhankelijk magistraat meer waarborgen op een volledig en objectief onderzoek van de zaak.

Zelfs in een geschil betreffende de uitvoering van een arbeidsovereenkomst kan het auditoraat bijdragen tot een goede rechtspleging en een snelle en behoorlijke afhandeling van de zaken bewerkstelligen³². Van deze mogelijkheid wordt vooral gebruik gemaakt in geschillen betreffende de bevoegdheid van de paritaire comités en in geschillen betreffende de sociale verkiezingen. Het openbaar ministerie kan aan de Dienst voor Collectieve Arbeidsbetrekkingen een advies vragen. Dit advies zal gebaseerd worden op een onderzoek van de Inspectie van de Sociale Wetten. De Dienst voor Collectieve Arbeidsbetrekkingen zal op eigen initiatief zo nodig het onderzoek laten uitvoeren. In de geschillen betreffende de sociale verkiezingen kan het openbaar ministerie van de Inspectie van de Sociale Wetten gegevens vorderen met betrekking tot het aantal werknemers, tewerkgesteld in een onderneming.

B. De instanties

De bestuurlijke inlichtingen kunnen ingewonnen worden bij de bevoegde minister, de bevoegde openbare instellingen of diensten. Deze bepaling betreffende de overheidsinstellingen dient ruim te worden geïnterpreteerd. Met overheidsinstellingen heeft de wetgever niet alleen de parastatalen uit de sociale sector bedoeld, maar ook de particuliere instellingen die met een openbare dienst belast zijn, zoals kinderbijslagfondsen, uitbetalingsinstellingen inzake werk-

loosheid en ziekteverzekering, namelijk de privaatrechtelijke instellingen die als uitvoeringsorgaan betrokken zijn bij de werking van de sociale zekerheid³³.

Gelet op de beperking van de bijzondere bevoegdheid van het arbeidsauditoraat door de opsomming van de overheidsinstellingen, kan geen enkele bevoegdheid verleend worden om inlichtingen in te winnen bij particulieren, werkgevers, werknemers, of zelfstandigen, of bij bijdrageplichtigen of sociaal verzekerden, bij uitkeringsgerechtigden of rechtverkrijgenden³⁴.

Opgemerkt dient te worden dat niet alleen van de dienst die partij is in het geschil, inlichtingen gevorderd kunnen worden, maar ook van elke andere overheidsinstantie die inlichtingen kan verschaffen welke dienstig kunnen zijn voor het berechten van het geschil³⁵.

C. Bestuurlijke inlichtingen

Het optreden van het openbaar ministerie wordt krachtens artikel 138, derde lid, beperkt doordat alleen «bestuurlijke» inlichtingen gevorderd kunnen worden. Verschillende auteurs menen dat aan het begrip bestuurlijke inlichtingen een ruime betekenis toekomt³⁶.

De bestuurlijke inlichtingen zijn niet alleen die waarover de minister of de bevoegde instellingen reeds beschikken, maar ook die welke zij hadden of nog zouden kunnen inwinnen bij de uitoefening van de opdracht die hun is toevertrouwd.

De extensieve interpretatie werd ingegeven door de voorbereidende teksten van het Gerechtelijk Wetboek waarin de taak van het arbeidsauditoraat wordt vergeleken met die van het auditoraat van de Raad van State³⁷ meer bepaald op het vlak van de inlichtingen die aan het gerecht verstrekt moeten worden over de geschillen waarvan het kennis moet nemen. Het auditoraat bij de Raad van State beschikt evenwel over een zeer ruime onderzoeksbevoegdheid die duidelijk in de wet en in de procedureregeling is omschreven.

Uit de tekst van artikel 138, derde lid, Ger. W. kan niet dezelfde bevoegdheid worden afgeleid als die van het auditoraat bij de Raad van State. Daar waar het inquisitoir karakter van de rechtspleging voor de arbeidsgerechten ontbreekt, kan de tussenkomst van het auditoraat toch enigermate verhelpen. Het auditoraat houdt toezicht op de procesvoering en zal ervoor waken dat de overheid een volledig dossier neerlegt. De tussenkomst van een onafhankelijk magistraat maakt een bijkomende waarborg uit voor een volledig en objectief onderzoek van de zaak³⁸. De beoordeling

³³ PETIT, J., «Arbeidsgerechten en sociaal procesrecht», *A.P.R.*, p. 83, nr. 141, en bijdrage van LENAERTS, H., *De ontwikkeling van de Belgische wetgeving van sociale zekerheid, 1965-1970*, K.U.L., 25.

³⁴ Cass., 24 maart 1986, *J.T.T.*, 1986, 189.

³⁵ Cass., 24 maart 1986, *J.T.T.*, 1986, 188, concl. LENAERTS, H.

³⁶ MATHUS, J., «Openbaar ministerie», *A.P.R.*, p. 193, nr. 382bis; PATTE, M., «Code judiciaire et contentieux du droit social», *J.T.T.*, 1973, 19; PETIT, J., «Arbeidsgerechten en sociaal procesrecht», *A.P.R.*, p. 83, nr. 141; ROUARD, P., *Traité élémentaire de droit judiciaire privé*, III, p. 481, nr. 582; VERHEGGE, G., «Over de tussenkomst van het openbaar ministerie voor de arbeidsgerechten en de rechtspraak van het arbeidshof te Gent», *R.W.*, 1985-86, 1056, nr. 22.

³⁷ Memorie van toelichting, *Parl.St., Senaat*, 1963-64, nr. 60, p. XVI.

³⁸ LENAERTS, M., *Sociaal procesrecht*, Story, 1968, 112.

³¹ *Parl.St., Senaat*, 1964-65, nr. 170, p. 45.

³² LENAERTS, H., *Sociaal procesrecht*, Story, 1968, 111.

over de volledigheid van een dossier dat in handen was van een overheidsdienst, is evenwel niet steeds eenvoudig. De kennis van de sociale wetgeving door de magistraat van het openbaar ministerie zal ertoe bijdragen dat alle stukken noodzakelijk voor de berechting van het geschil, worden opgevraagd.

De extensieve interpretatie zou ertoe leiden dat het openbaar ministerie opdrachten geeft aan het bestuur tot verder onderzoek of dat het met behulp van de ambtenaren vermeld in artikel 138, derde lid, Ger. W. zelf de nodige onderzoeksverrichtingen uitvoert. Door een ruime interpretatie van het begrip bestuurlijke inlichtingen zou de onderzoeksbevoegdheid van het openbaar ministerie uitgebreid worden tot het inwinnen van inlichtingen bij personen of instanties die in artikel 138, derde lid, Ger.W., niet worden vermeld ³⁹.

Een extensieve interpretatie van artikel 138 lijkt mij moeilijk verdedigbaar. De wetgever heeft in artikel 138, derde lid, Ger. W. aan het openbaar ministerie een bijzondere bevoegdheid toegekend die afwijkt van de algemene regels. Deze zeer uitzonderlijke bevoegdheid, die buiten elke tussenkomst van de rechter wordt uitgeoefend, moet binnen het bestek van dit artikel 138 gehouden worden. Het mag onder geen enkel voorwendsel een uitgebreid onderzoeksrecht van het openbaar ministerie zijn of worden ⁴⁰.

Aangezien alleen bestuurlijke inlichtingen van overheidsdiensten gevorderd kunnen worden, kan het openbaar ministerie met de medewerking van de ambtenaren, belast met het toezicht op de toepassing van de wettelijke en verordeningbepalingen bedoeld in de artikelen 578 tot 583 Ger. W., geen inlichtingen inwinnen bij particulieren die niet louter van administratieve aard zijn. Het Hof van Cassatie onderschrijft de beperkende interpretatie van artikel 138, derde lid, Ger. W. en beslist dat inlichtingen betreffende de hoedanigheid van werkmans of bediende teneinde de opzeggingstermijn te kunnen bepalen, geen bestuurlijke inlichtingen uitmaken. De procureur-generaal had, nadat hem bij arrest van het Arbeidshof te Antwerpen verzocht was een onderzoek te doen instellen, teneinde in feite uit te maken welke de juiste taken waren geweest die de werknemer in dienst van de werkgever had uitgevoerd, een onderzoek laten uitvoeren door de Inspectie van Sociale Wetten. Daarbij werden onder meer een bestuurder van een vennootschap, geen partij in het geschil, gewezen werknemers en de volmachtdrager van een andere vennootschap verhoord ⁴¹. Het eindarrest had de beslissing gegrond op de verklaringen afgelegd bij dit verhoor ⁴². Het Hof van Cassatie vernietigt de arresten van 19 augustus 1983 en van 26 maart 1985 aangezien zowel het verzoek aan het openbaar ministerie om particulieren te doen verhoren als de beslissing gegrond op die verklaringen, onwettig zijn ⁴³.

In zijn conclusie bij dit arrest benadrukt procureur-generaal Lenaerts dat het openbaar ministerie zich niet in de plaats van het bestuur mag stellen. Dit zou gebeuren wan-

neer, bij ruime interpretatie van het begrip bestuurlijke inlichtingen, het openbaar ministerie met medewerking van de ambtenaren van het bestuur het dossier vervolledigt. Het openbaar ministerie oefent dan een administratieve taak uit die niet overeenstemt met zijn zending en zijn rol.

Het arbeidsauditoraat blijft bij het verzamelen van inlichtingen met toepassing van artikel 138, derde lid, Ger.W., tot de rechterlijke macht behoren en moet binnen de uitoefening van zijn rechterlijke functie blijven en zich niet in het actieve bestuur mengen, daar anders zou worden opgetreden in de plaats van de administratie. Wanneer het bestuur dat partij is in het geschil, niet over de vereiste gegevens beschikt, moet het zelf zijn dossier vervolledigen en kan het zijn inspectiediensten opdracht geven de nodige documentatie te verzamelen, ook bij particulieren ⁴⁴.

In een arrest van het Arbeidshof te Antwerpen van 13 januari 1993, werd overwogen dat, bij de beoordeling van het hoger beroep, namelijk bij de beoordeling van de vraag onder welke voorwaarden appellant in een bepaalde periode (tussen 1940 en 1945) als werknemer was tewerkgesteld, het hof zijn beslissing niet wettig zou kunnen baseren op de gegevens van het verslag van het onderzoek, uitgevoerd door de sociale inspectie op verzoek van het arbeidsauditoraat ⁴⁵. Het hof beveelt de heropening van de debatten en verzoekt de Rijksdienst voor Pensioenen door zijn bevoegde inspectiediensten een onderzoek ter plaatse te laten instellen bij de personen die een getuigenattest afleverden en bij de diensten van het gemeentebestuur waarbij de betrokkene in de betwiste periode tewerkgesteld werd, teneinde alle nuttige gegevens te verzamelen betreffende de aard en de omvang van de tewerkstelling.

Dit arrest past perfect de stelling van procureur-generaal Lenaerts toe, die uitvoerig werd gestaafd in de conclusie bij het cassatiearrest van 24 maart 1986, in zoverre het arbeidshof geen bevel gaf aan de administratie tot het verzamelen van nieuwe inlichtingen. Het arbeidshof biedt de administratie die beschikt over eigen controlediensten, de mogelijkheid om een onderzoek ter plaatse te verrichten. Indien de administratie het verzoek van het arbeidshof naast zich legt, zal het arbeidshof uiteindelijk nog zelf moeten overgaan tot het getuigenverhoor.

Het Arbeidshof te Luik heeft met de rechtspraak van het Hof van Cassatie geen rekening gehouden in een recent arrest ⁴⁶. Het arbeidshof aanvaardde de extensieve interpretatie van artikel 138, derde lid, Ger. W. en stelde dat de administratieve inlichtingen die het arbeidsauditoraat mag inwinnen, niet alleen die zijn welke reeds in het bezit zijn van de administratie maar ook die welke zij kan of moest inwinnen. Het arbeidshof oordeelde dat het auditoraat rechtsgeldig iemand door de rijkswacht kan laten verhoren in plaats van die opdracht toe te vertrouwen aan het R.I.Z.I.V., die partij was in het geschil. Het arbeidshof merkt wel op dat het proces-verbaal niet de bewijskracht heeft van een gerechtelijke getuigenis, maar slechts van een verhoor dat als inlichting met de nodige omzichtigheid dient te worden gebruikt. Het Arbeidshof te Luik baseerde zich op eigen recht-

³⁹ Cass., 24 maart 1986, *J.T.T.*, 1986, 188, concl. LENAERTS, H.

⁴⁰ KRINGS, E., «Het ambt van de rechter bij de leiding van het rechtsgeding», *Arr.Cass.*, 1983-84, 22.

⁴¹ Arbh. Antwerpen, 18 augustus 1981 en 19 augustus 1983, *A.R.*, nr. 345/79.

⁴² Arbh. Antwerpen, 26 maart 1985, *A.R.*, nr. 345/79.

⁴³ Cass., 24 maart 1986, *J.T.T.*, 1986, 189.

⁴⁴ Cass., 24 maart 1986, *J.T.T.*, 1986, 189, conclusie LENAERTS, H.

⁴⁵ Arbh. Antwerpen, 13 januari 1993, *A.R.*, nr. 799/91.

⁴⁶ Arbh. Luik, 13 oktober 1992, *Soc.Kron.*, 1993, 133.

spraak en op de stelling van Rouard⁴⁷, die achterhaald is door de rechtspraak van het Hof van Cassatie.

Het openbaar ministerie is niet bevoegd om krachtens artikel 138, derde lid, Ger. W. particulieren te doen verhoren. Het Arbeidshof te Luik ignoreert de dubbele beperking van artikel 138, derde lid, Ger. W., namelijk dat alleen bestuurlijke inlichtingen kunnen worden gevorderd en dat deze inlichtingen slechts van de openbare diensten kunnen worden gevorderd. De medewerking van de ambtenaren aangeduid in artikel 138 Ger. W. doet hieraan geen afbreuk. Dezelfde beperkingen gelden voor die ambtenaren wanneer zij op grond van artikel 138, derde lid, Ger. W. door het openbaar ministerie worden aangesproken. De mogelijkheid een beroep te doen op die ambtenaren kan geen uitbreiding tot gevolg hebben van het begrip overheidsdienst, noch van het begrip bestuurlijke inlichtingen.

D. De uitoefening van de bevoegdheid

De bevoegdheid van het openbaar ministerie is krachtens de wet op nauwkeurige wijze afgebakend en, daar het om een uitzonderlijke bevoegdheid gaat, is die opdracht dan ook van strikte toepassing. De opdracht is hoofdzakelijk bedoeld om te voorkomen dat openbare besturen in het bezit zijn van inlichtingen die voor de beslechting van de geschillen van belang zijn, en die zij niet uit eigen beweging zouden meedelen. Deze opdracht houdt in geen geval een onderzoeksmacht in. De taak van het openbaar ministerie bestaat er niet in de zaken in staat van wijzen te brengen, of onderzoeken te doen in het belang van een van de partijen⁴⁸.

De opdracht van het arbeidsauditoraat is vooral van belang voor de vorderingen die ingeleid werden bij verzoekschrift⁴⁹. De zaak wordt in haar geheel door het auditoraat voorbereid. Daar artikel 704 Ger. W. geen vormvereisten stelt en zelfs niet vereist dat de tegenpartij in het geschil wordt aangewezen, zal het arbeidsauditoraat in eerste instantie onderzoeken welke openbare dienst of uitbetalingsinstelling de tegenpartij is en welke de aard van het geschil en de aanspraken van de rechtzoekende zijn⁵⁰. Daarna zal het arbeidsauditoraat zich belasten met de samenstelling van het dossier.

Het auditoraat zal toezien op de volledigheid van het dossier, noodzakelijk voor de berechting van het geschil. Daartoe kunnen bijkomende instructiematregelen genomen worden.

Bij het inwinnen van inlichtingen mag niet uit het oog verloren worden dat het openbaar ministerie geen raadgever van de partijen is, wat bij artikel 297 Ger. W. verboden is. Daarenboven mag niet in plaats van de partijen worden opgetreden⁵¹.

De arbeidsauditeur mag evenwel in het belang van een juiste toepassing van de sociale-zekerheidswetgeving alles in het werk stellen om de precieze bedoelingen van de partijen te achterhalen. Noch de bepalingen van artikel 138 Ger. W., noch de traditionele rol van het openbaar ministerie verzetten er zich tegen dat de partijen dank zij zijn tussenkomst het voorwerp van de vordering nauwkeuriger omschrijven⁵².

De vaststelling dat het openbaar ministerie niet in de plaats treedt van de partijen, houdt in dat het openbaar ministerie de fundamentele regels van de burgerlijke procedure en van de bewijsvoering niet in gevaar mag brengen⁵³. De onderzoeksmacht van het openbaar ministerie is beperkt tot het voorwerp van de vordering. Een onderzoek dat verder gaat dan wat gevorderd wordt, zou ertoe leiden dat middelen worden opgeworpen die de oorspronkelijke vorderingen wijzigen. Dit zou erop neerkomen dat de arbeidsrechtbanken ultra petita vonnissen⁵⁴.

In sociale-zekerheidsgeschillen kan het bestuur dat met de toekenning van een wettelijk voordeel is belast, niet over zijn eigen rechten beschikken en is het verplicht alleen die voordelen toe te kennen die de wet verleent. De betwiste aanspraak op uitkeringen van een particulier tegenover het bestuur moet in haar geheel op de wettigheid getoetst worden. De wettigheidscontrole is in deze geschillen niet beperkt door het verweer van het bestuur⁵⁵. Derhalve is het belangrijk dat niet alleen het door partijen voorgelegde dossier dat dienstig was voor het nemen van de bestreden beslissing, maar ook het volledig dossier wordt opgevraagd teneinde het recht op uitkeringen te kunnen bepalen.

Een recht op uitkeringen kan niet erkend worden wanneer uit de gegevens van het dossier waarvan de partijen kennis hebben kunnen nemen, blijkt dat de rechtzoekende niet voldoet aan alle wettelijke vereisten om op de uitkering recht te hebben. Het voorwerp van de vordering wordt niet gewijzigd wanneer, aan de hand van de aangevoerde feitelijke gegevens, beslist wordt over het geschil op aan de wet ontleende gronden, al waren deze door partijen niet aangevoerd⁵⁶. In de sociale-zekerheidsgeschillen is de tussenkomst van het openbaar ministerie bij de samenstelling van het dossier derhalve uitermate belangrijk om de rechter in staat te stellen de administratieve beslissing en de vordering te toetsen aan de wetsbepalingen.

Bij het inwinnen van inlichtingen dient het openbaar ministerie rekening te houden met sommige beperkingen. Het openbaar ministerie kan van instellingen of openbare diensten geen inlichtingen eisen waarvan de mededeling uitdrukkelijk verboden is. Zo kan het openbaar ministerie in principe geen inlichtingen inwinnen bij de fiscus omtrent de inkomsten van belastingplichtigen.

Van die regel kan afgeweken worden wanneer een wetsbepaling die mededeling uitdrukkelijk voorschrijft of wan-

⁴⁷ ROUARD, P., *Traité élémentaire de droit judiciaire privé*, III, 480.

⁴⁸ KRINGS, E., «De arbeidsgerechten: doelstelling en verwezenlijkingen», *R.W.*, 1981-82, 716.

⁴⁹ Art. 704 Ger. W.

⁵⁰ Arbh. Luik, 24 maart 1992, *Soc. Kron.*, 1993, 127; PETIT, J., *Arbeitsgerechten en sociaal procesrecht*, p. 82, nr. 140; ROUARD, P., *Traité élémentaire de droit judiciaire privé*, II, p. 571, nr. 707.

⁵¹ KOHL, A., noot onder Arbh. Luik, 3 september 1971, *J.T.T.*, 1972, 40; PATTE, M., «Code judiciaire et contentieux du droit social», *J.T.T.*, 1973, 19.

⁵² VANDERMEERSCH, V., «Het voorwerp van de vordering in de geschillen betreffende de sociale zekerheid», *R.W.*, 1973-74, 534.

⁵³ HEILPORN, E., noot onder Cass., 20 juni 1961, *R.C.J.B.*, 1965, 49.

⁵⁴ BASTIAENS, C., «La limite des pouvoirs du parquet social selon l'article 138, al. 3 du code judiciaire», *J.T.T.*, 1977, 19.

⁵⁵ Cass., 18 juni 1984, *R.W.*, 1984-85, 1026, concl. LENAERTS, H.

⁵⁶ Cass., 18 juni 1984, *R.W.*, 1984-85, 1022.

neer de persoon die de wet heeft willen beschermen, de betrokken overheid van het beroepsgeheim ontslaat ⁵⁷.

Aangezien het openbaar ministerie een actieve rol speelt bij de bepaling van de stukken die dienstig zijn voor de oplossing van het geschil, kan het ook overgaan tot neerlegging van strafdossiers die in zijn bezit zijn. Dit kan zelfs voor dossiers die in handen zijn van collega's van een ander rechtsgebied of van een ander gerecht.

De binnen het raam van een bepaalde strafprocedure ingewonnen inlichtingen zijn evenwel normaal bestemd voor een nauwkeurig bepaald gebruik, namelijk voor de uitoefening van de strafvordering. Derhalve dient bij het overleggen van een strafdossier voor gebruik bij een burgerlijke procedure rekening te worden gehouden met de bepalingen van artikel 125 van het koninklijk besluit van 28 december 1950 houdende het algemeen reglement op de gerechtskosten in strafzaken. De kennisgeving van strafdossiers is onderworpen aan de uitdrukkelijke machtiging van de procureur-generaal bij het hof van beroep. Dit recht tot machtiging is door de procureur-generaal gedelegeerd aan bepaalde magistraten van de parketten van de arbeidsauditeurs en van de procureurs des Konings. Een systematisch opvragen van strafdossiers is mijns inziens niet wenselijk. De partijen moeten het bewijs leveren van de feiten die zij aanvoeren. Zij kunnen eveneens machtiging vragen tot inzage en het nemen van afschrift van een strafdossier en de stukken overleggen in het sociaalrechtelijk geschil wanneer deze dienstig kunnen zijn als bewijselement. In voorkomend geval kan de rechter de partijen verzoeken of bevelen met toepassing van artikel 877 Ger.W. de machtiging aan te vragen tot het nemen van een afschrift en, zo dit wordt toegestaan, dit afschrift over te leggen ⁵⁸.

Het openbaar ministerie zal er zich voor hoeden het werk van de partijen op zich te nemen en vermijden dat de kosten van afschriften uiteindelijk ten laste van de Staat komen. Vooral wat de strafdossiers betreft die behandeld zijn op het eigen auditoraat, ben ik de mening toegedaan dat de arbeidsauditeurs deze inlichtingen niet mogen onthouden aan de rechter, voor zover de inhoud van het dossier belangrijk is voor de beoordeling van de zaak.

Procureur-generaal Verhegge meent evenwel dat het openbaar ministerie niet gemachtigd is om strafdossiers over te leggen, noch daartoe kan worden verplicht in de arbeidsrechtelijke geschillen ⁵⁹.

Met die opvatting, kan ik in zover instemmen, wanneer in deze geschillen steeds een van de partijen betrokken is in het strafdossier en in ieder geval van een rechtmatig belang kan doen blijken bij de vraag om machtiging tot afschrift van het dossier. Bij sociale-zekerheidsgeschillen is dat niet steeds het geval.

Tussenkost van het openbaar ministerie kan zinvol zijn zo blijkt uit een van de administratieve stukken (proces-verbaal) dat een strafdossier aangelegd werd. Het gevaar voor verschil in behandeling van partijen waarop door G. Verhegge wordt gewezen, naargelang het openbaar ministerie de zaak in mededeling neemt of niet, kennis heeft van het bestaan of niet van een strafzaak is mijns inziens weinig overtuigend om de ambtshalve overlegging van strafdossiers af te wijzen. Zo uit een stuk of conclusie blijkt dat een strafdossier aangelegd is, kan het openbaar ministerie of de rechter beoordelen dat een dergelijk dossier belangrijk is voor de behandeling van de zaak en kan het openbaar ministerie de overlegging door partijen vragen of verzoeken aan de rechter om met toepassing van artikel 877 Ger. W. de overlegging van de stukken te bevelen of zelf de dossiers van het eigen auditoraat overleggen. Deze laatste mogelijkheid ligt vooral voor de hand bij geseponeerde of andere strafdossiers waarbij de overheidsdienst die het recht op uitkeringen of het bepalen van administratieve sancties in overweging neemt, niet rechtstreeks betrokken werd.

Bij het opvragen van administratieve dossiers en bij het vorderen van bijkomende bestuurlijke inlichtingen beschikt het openbaar ministerie over geen enkel dwangmiddel, noch is er een termijn gesteld aan de overheidsdiensten om de inlichtingen en het dossier te bezorgen. De medewerking van de overheidsdiensten is in de sociale-zekerheidsgeschillen van doorslaggevend belang aangezien zij in het bezit zijn van de dossiers en meestal ook beschikken over alle vereiste inlichtingen.

Hoewel van de overheidsdiensten verwacht kan worden dat zij, de beginselen van behoorlijk bestuur in acht nemend, de nodige ijver aan de dag leggen om het openbaar ministerie en de rechtbanken spoedig en volledig de nodige informatie te verstrekken, blijkt uit de praktijk dat verscheidene administraties de inlichtingen niet binnen een redelijke termijn bezorgen, wat vertraging van de procedure in de hand werkt.

Wanneer het arbeidsauditoraat onvoldoende gewapend is om met toepassing van artikel 138 Ger.W. de zaak grondig te onderzoeken, en het dossier samen te stellen, bestaat nog steeds de mogelijkheid om aan de rechtbank te vragen het dossier op een of andere manier te vervolledigen ⁶⁰. Het openbaar ministerie kan de rechtbank verzoeken om met toepassing van artikel 877 Ger. W. aan een partij of een derde te bevelen stukken over te leggen.

Het gebrek aan dwangmiddelen teneinde de dossiers volledig en binnen een door het openbaar ministerie vooropgestelde termijn ter beschikking te stellen, houdt een ernstige beperking in voor de uitvoering van de aan het openbaar ministerie opgelegde taken. Terwijl de samenstelling van het dossier door de wetgever toch is toebedeeld aan een onafhankelijk magistraat die borg kan staan voor een degelijke voorbereiding van het dossier, zal bij gebrek aan spoedige medewerking van de administratie de rechter moeten worden aangezocht, wat de vlugge berechting van het geschil bemoeilijkt. De tussenkomst van de rechter geeft bij het stilzetten van het openbaar bestuur slechts een effectieve oplossing voor zover aan de overheid een *precies* bevel wordt

⁵⁷ O.m. art. 244 Wetboek Inkomstenbelastingen; art. 23 K.B. nr. 38 van 27 juli 1967 houdende inrichting van het sociaal statuut van zelfstandigen; art. 12, Wet 1 april 1969 tot instelling van het gewaarbord inkomsten voor bejaarden; art. 7, § 2, Wet 27 februari 1987 betreffende de tegemoetkomingen aan gehandicapten; art. 8, § 4, K.B. 6 juli 1987 betreffende de inkomensvervangende tegemoetkoming en de integratietegemoetkoming; art. 5, § 1, Wet 7 augustus 1974 tot instelling van het recht op een bestaansminimum.

⁵⁸ VERHEGGE, G., «Over de tussenkomst van het openbaar ministerie voor de arbeidsgerechten», *R.W.*, 1985-86, 1058.

⁵⁹ Art. 578 Ger.W.

⁶⁰ LENAERTS, H., *De ontwikkelingen van de Belgische wetgeving van sociale zekerheid, 1965-1970*, K.U.L., april 1971, 24.

gegeven met een *termijnstelling* en de vermelding van de gevolgen van de termijnoverschrijding ⁶¹.

Van praktisch belang is dat het auditoraat eerst de samenstelling van het administratief dossier behartigt en dat de zaak slechts voor behandeling van het geschil door de griffie wordt opgeroepen nadat het openbaar ministerie het onderzoek heeft afgerond.

De partijen worden op de hoogte gebracht van de mogelijkheid tot inzage van het auditoraatsdossier ter griffie. Wanneer het openbaar ministerie nadien nog andere stukken bezorgt aan de griffie, dienen de partijen van deze neerlegging op de hoogte te worden gesteld met het oog op het recht van verdediging. De samenstelling van het dossier dient echter niet te worden gevoerd op tegenspraak met de gedingvoerende partijen. Deze kunnen steeds kennis nemen van het onderzoek door het ter griffie gedeponeerde dossier te consulteren, waarop zij op hun beurt bij de rechter alle nuttige elementen kunnen voorbrengen.

Het arbeidsauditoraat kan de zaak bespoedigen indien het dossier van de administratie niet binnen een redelijke termijn wordt bezorgd. De griffie kan de partijen oproepen en met toepassing van artikel 877 Ger.W. kan bevolen worden dat de stukken worden overgelegd ⁶². Inmiddels kunnen verscheidene maanden verlopen. Daar het al dan niet toekennen van sociale-zekerheidsuitkeringen een directe impact heeft op de bestaansmiddelen van de rechtzoekende, is een snelle behandeling van het geschil uitermate belangrijk. Derhalve zou het vaststellen van een korte termijn voor het bezorgen van het administratief dossier wenselijk zijn. Jammer genoeg kan het te late bezorgen van een administratief dossier niet onderworpen worden aan dezelfde maatregelen als die van artikel 751 Ger.W. Het weren van te laat bezorgde stukken biedt geen oplossing voor de berechting van de zaak aangezien de rechter slechts op grond van de administratieve stukken het recht op uitkeringen kan onderzoeken. Het vaststellen van een termijn zal in ieder geval de mogelijkheid inhouden om langs hiërarchische weg de toezichthoudende minister aan te spreken in geval van het te laat doorgeven van bestuurlijke inlichtingen.

Voor het auditoraat-generaal ligt de problematiek anders. Enerzijds mag verwacht worden dat het onderzoek gevoerd door het auditoraat volledig is en dat de stukken die zijn overgelegd aan de arbeidsrechtbank, dezelfde zijn als die overgelegd aan het arbeidshof. Het kan nochtans wegens nieuw aangevoerde middelen noodzakelijk zijn dat nieuwe onderzoeksmaatregelen genomen worden.

Het auditoraat-generaal beschikt over de bevoegdheid om bijkomende inlichtingen in te winnen, doch kan bij stilzitten van de overheidsdienst die partij is in de zaak, niet overgaan tot vaststelling van de zaak en de mogelijkheid tot het bevelen van overlegging van de stukken als bedoeld in artikel 877 Ger.W. niet bespoedigen.

Het openbaar ministerie zal moeten wachten tot de partijen het initiatief nemen voor het bepalen van een rechtsdag.

Uit artikel 138, derde lid, Ger.W. volgt dat alleen het openbaar ministerie bij de arbeidsgerechten bevoegd is om

te oordelen of het de bestuurlijke inlichtingen dient te vorderen. De arbeidsgerechten kunnen het openbaar ministerie derhalve niet gelasten een onderzoek door de bevoegde inspectiediensten te vorderen, zonder de onafhankelijkheid en de bevoegdheid van het openbaar ministerie te miskennen ⁶³.

III. HET OPTREDEN BIJ WIJZE VAN ADVIES

Het optreden van het openbaar ministerie in burgerlijke zaken kan krachtens artikel 138, tweede lid, Ger.W. gebeuren bij wijze van advies. De mededeling van de zaken aan het openbaar ministerie is geregeld in de artikelen 764 tot 768 Ger. W.

De opsomming van de verplicht aan het openbaar ministerie mee te delen zaken is in artikel 764, eerste lid, Ger. W. opgenomen. Buiten de aangelegenheden waarin het advies van het openbaar ministerie verplicht is, kan het openbaar ministerie zitting houden in alle andere zaken wanneer hij het dienstig acht ⁶⁴ en kan de mededeling ambtshalve door de rechtbank of het hof bevolen worden ⁶⁵.

A. De verplichte mededelingen

1° Materies

De mededeling aan het openbaar ministerie is opgelegd voor :

- 1) de vorderingen tot betichting van valsheid in burgerlijke zaken ⁶⁶;
- 2) de vorderingen tot herroeping van het gewijsde ⁶⁷;
- 3) de vorderingen tot wraking ⁶⁸;
- 4) de vorderingen tot ontkenning van proceshandelingen ⁶⁹;
- 5) de vorderingen inzake rechtsbijstand ⁷⁰;
- 6) de vorderingen waarin voorzien is bij de artikelen 580, 581, 583, 1° en 2°, en 583 ⁷¹.

De mededeling in die materies is niet verplicht voor de vrederechter, de rechter zitting houdende in kort geding en de beslagrechter. De bepalingen betreffende de rechter in kort geding en de beslagrechter zijn opnieuw ingevoerd bij de wet van 3 augustus 1992. Voordien was er een dergelijke bepaling in artikel 765, tweede lid, Ger. W., doch ze werd bij de inwerkingtreding van de wet van 4 mei 1984 ⁷² vervangen zonder de rechter in kort geding en de beslagrechter te vermelden. Het Hof van Cassatie besliste dat, sedert de inwerkingtreding van de wet van 4 mei 1984, geen enkele wetsbepaling, noch enig algemeen rechtsbeginsel de rechter in kort geding en de beslagrechter ontslaan van de verplichting

⁶³ Cass., 17 september 1990, *R.W.*, 1990-91, 1088.

⁶⁴ Art. 764, tweede lid, Ger. W.

⁶⁵ Art. 764, tweede lid, Ger. W.

⁶⁶ Art. 764, vijfde lid, en art. 895 e.v. Ger. W.

⁶⁷ Art. 764, eerste lid, 6°, en art. 1132 e.v. Ger. W.

⁶⁸ Art. 764, eerste lid, 7°, art. 838 en art. 845 Ger. W.

⁶⁹ Oud art. 764, eerste lid, 8°, Ger. W. — vóór de wijziging door de wet van 3 augustus 1992, doch nog steeds opgenomen in art. 849 Ger. W.

⁷⁰ Art. 764, eerste lid, 9°, Ger. W.

⁷¹ Art. 764, eerste lid, 10°, Ger. W.

⁷² *B.S.*, 5 juni 1984.

⁶¹ OPDEBEEK, I., *Rechtsbescherming tegen het stilzitten van het bestuur*, Die Keure, 1992, nrs. 462-303.

⁶² *Arbh.* Brussel, 1 oktober 1987, *J.T.T.*, 1987, 442.

om aan het openbaar ministerie de in artikel 764, eerste lid, Ger. W. vermelde zaken mee te delen ⁷³.

De opnieuw ingevoerde bepaling waarbij in beginsel de rechter in kort geding zitting houdt zonder openbaar ministerie, geldt eveneens voor het hof van beroep of het arbeidshof, gelet op de door de wetgever gebruikte algemene term «rechter in kort geding» ⁷⁴. Het openbaar ministerie zal nooit tussenkomen voor de vrederechter.

Het nieuwe artikel 764 Ger.W. neemt de opsomming van mededeelbare zaken grotendeels over. De belangrijkste wijzigingen hebben geen weerslag op de uitoefening van de functie van het openbaar ministerie bij de arbeidsgerechten. De wetgever heeft bij de recente wijzigingen alleen het openbaar ministerie bij de rechtbanken van eerste aanleg en de hoven van beroep beoogd. Dit blijkt uit de memorie van toelichting waarin gewezen wordt op het bijzonder belang van de strafrechtelijke functie van het openbaar ministerie. De aangebrachte wijzigingen beogen dat het openbaar ministerie in burgerlijke zaken uitsluitend optreedt wanneer dat absoluut nodig is, en dat meer tijd besteed kan worden aan de grondige behandeling van de burgerlijke zaken en aan de belangrijkste taak die gelegen is op strafrechtelijk gebied ⁷⁵.

Voor het openbaar ministerie bij de arbeidsgerechten blijven de in artikel 764 Ger.W. vermelde materies ongewijzigd. Hierbij dient wel opgemerkt te worden dat de tussenkomst behouden blijft in de vorderingen bepaald in de artikelen 580, 581, 582, 1° en 2°, en 583 Ger.W., doch dat deze bepalingen meermaals gewijzigd en aangevuld zijn. De tussenkomst van het openbaar ministerie neemt derhalve uitbreiding naarmate de bevoegdheid van de arbeidsgerechten toeneemt door een voortdurende uitbreiding van de sociaalrechtelijke reglementeringen.

Het openbaar ministerie treedt op in de geschillen inzake sociale zekerheid voor werknemers en vrij verzekerden ⁷⁶.

Dat geldt ook al wordt het geschil door de rechtbank van eerste aanleg en het hof van beroep berecht ⁷⁷. De geschillen tussen verzekeringsinstellingen belast met de toepassing van de sociale-zekerheidswetgeving moeten worden meegeëld. Een geschil tussen een verzekeringsinstelling en een arbeidsongevallenverzekeraar valt niet onder die bepalingen ⁷⁸.

Artikel 580 Ger. W. is meermaals aangevuld met verscheidene bepalingen. De bevoegdheid van de arbeidsgerechten is niet beperkt tot sociale-zekerheidsgeschillen *sensu stricto*. Artikel 580 Ger. W. werd aangevuld met de wetgevingen inzake gewaarborgd inkomen, gewaarborgde gezinsbijslag en bestaansminimum ⁷⁹.

Tevens zijn onder meer bepalingen opgenomen met betrekking tot brugpensioenen, bijzondere werkgeversbijdragen, bijzondere bijdragen voor sociale zekerheid, betwistingen betreffende rechten en plichten voortvloeiend uit de wet

van 15 januari 1990 houdende oprichting van een Kruispuntbank van de sociale zekerheid ⁸⁰. Een belangrijke wijziging is ingevoegd bij artikel 580, 8°, d, Ger. W. door de wet van 12 januari 1993 houdende een urgentieprogramma voor een meer solidaire samenleving. De betwistingen betreffende de toekenning, herziening, weigering en terugbetaling door de gerechtigde, van de maatschappelijke dienstverlening en de toepassing van de administratieve sancties, bepaald door de organieke wet van 8 juli 1976, behoren voortaan tot de bevoegdheid van de arbeidsrechtbanken ingevolge de afschaffing van de beroepskamers ⁸¹.

De overdracht van de bevoegdheid van de beroepskamers naar de arbeidsgerechten werd ingegeven door de behoefte aan een grotere eenvormigheid van de beroepsmogelijkheid tegen beslissingen inzake bestaansminimum en inzake individuele dienstverlening. Deze wijziging zal een duidelijke impact hebben op het aantal door de arbeidsgerechten te behandelen zaken en derhalve ook op de tussenkomst van het openbaar ministerie.

Ook artikel 581 Ger. W. betreffende de sociale zekerheid van zelfstandigen is meermaals uitgebreid tot onder meer geschillen die hun oorzaak vinden in de ongelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot de zelfstandige beroepen, en de verplichtingen tot sociale-solidaireitsbijdragen, bijdragen tot matiging van de inkomsten en eveneens de verplichte bijdrage voor vennootschappen bestemd voor het sociaal statuut van zelfstandigen ⁸².

2° Nietigheid wegens niet-mededeling

De mededeling aan het openbaar ministerie in de materies bepaald in artikel 764 is voorgeschreven op straffe van nietigheid ⁸³. Het vonnis bevat op straffe van nietigheid de naam van de magistraat van het openbaar ministerie die zijn advies heeft gegeven ⁸⁴.

Op deze laatste bepaling is artikel 867 Ger. W. van toepassing. Het verzuim van een vermelding heeft geen nietigheid tot gevolg indien uit de gedingstukken blijkt dat de vorm werkelijk in acht genomen is. Indien de zaak is meegeëld aan het openbaar ministerie, en het advies is uitgebracht, doch de rechter heeft nagelaten dit te vermelden in het vonnis, kan mijns inziens de nietigheid niet vastgesteld worden zo de mededeling aan het openbaar ministerie vastgesteld kan worden uit de gedingstukken.

Dat kan afgeleid worden uit het cassatiearrest van 2 maart 1989 waarin het Hof de nietigheid van een arrest afleidt uit het ontbreken van de verplichte vermeldingen in het arrest, doch eveneens uit de niet-vermelding in de stukken die aan het Hof zijn voorgelegd ⁸⁵.

Het optreden van het openbaar ministerie in zaken waarin mededeling verplicht is, is een zaak van rechtspleging en niet van rechterlijke organisatie ⁸⁶.

⁷³ Cass., 26 april 1990, *Arr. Cass.*, 1989-90, 1104.

⁷⁴ *Het vernieuwd gerechtelijk recht*, Eerste commentaar bij de wet van 3 augustus 1992, 62.

⁷⁵ Memorie van toelichting, *Parl.St.*, *Senaat*, 1990-91, nr. 1198/1, p. 14.

⁷⁶ Art. 580 Ger. W.

⁷⁷ Cass., 30 maart 1987, *Arr.Cass.*, 1986-87, 994.

⁷⁸ Art. 580, Ger. W.; Cass., 26 mei 1986, *Arr.Cass.*, 1985-86, 1289.

⁷⁹ Art. 580, 8°, Ger. W.

⁸⁰ Art. 580, 9° tot 17°, Ger. W.

⁸¹ Art. 9 en art. 17, Wet 12 januari 1993, *B.S.*, 4 februari 1993.

⁸² Art. 581, 3° tot 8°, Ger. W.

⁸³ Art. 764, eerste lid, Ger. W.

⁸⁴ Art. 780, 1°, Ger.W.

⁸⁵ Cass., 2 maart 1989, *Arr.Cass.*, 1988-89, 756.

⁸⁶ Verslag VAN REEPINGHEN, *Parl.St.*, *Senaat*, 1963-64, nr. 60, p. 189; KRINGS, E., *Le rôle du ministère public dans le procès civil*, 152.

Het verzuim advies in te winnen komt meer op de niet-naleving van een grondvoorwaarde van de rechtspleging⁸⁷.

Ingevolge een uitspraak van het Hof van Cassatie waarbij beslist werd dat het stelsel van de nietigheden van de artikelen 860 e.v., Ger. W. ook toepasselijk was op vonnissen en arresten, was een controverse ontstaan in de rechtsleer⁸⁸.

Teneinde de toepassing van de artikelen 860 e.v. Ger. W. te kunnen uitschakelen werden argumenten naar voren gebracht om de tussenkomst van het openbaar ministerie vereist door artikel 764 Ger. W. te kwalificeren als een zaak van rechterlijke organisatie. Indien artikel 861 Ger. W. toegepast wordt, moet de nietigheid in limine litis opgeworpen worden en dient te worden aangetoond dat de belangen van wie de nietigheid opwerpt, geschaad zijn⁸⁹.

Het Hof van Cassatie heeft op 6 februari 1984 een einde gemaakt aan de bestaande polemiek door de nietigheid vast te stellen van de uitspraak bij niet-mededeling van de zaak aan het openbaar ministerie op grond van artikel 764 Ger. W., zonder gebruik te maken van de nietigheidsregelen van de artikelen 860 en volgende⁹⁰.

In een tweede arrest van dezelfde datum wordt bevestigd dat de artikelen 860 tot 864 slechts toepasselijk zijn op de vormen en proceshandelingen en niet op vonnissen en arresten, buiten de gevallen die uitdrukkelijk in deze bepalingen worden omschreven⁹¹.

De nietigheid van de beslissing die is gewezen op een vordering die meegedeeld moest worden, zonder dat deze vordering aan het openbaar ministerie is meegedeeld, kan niet worden gedekt overeenkomstig artikel 864, tweede lid, Ger. W.⁹².

Derhalve is de vraag of de mededeling een zaak van rechtspleging, of van rechterlijke organisatie is, doelloos⁹³.

Aangezien, zoals J. Petit terecht stelde, de niet-mededeling van een zaak in een materie waarin mededeling verplicht is, een essentiële voorwaarde van de rechtspleging uitmaakt, maakt de niet-mededeling aan het openbaar ministerie een absolute nietigheid uit⁹⁴.

Besluitend kan gesteld worden dat op de niet-mededeling aan het openbaar ministerie de sanctie staat van absolute nietigheid van de uitspraak zonder toepassing te maken van de bepalingen van de artikelen 860 en volgende Ger. W. en dat het niet vermelden van de naam van de magistraat van het openbaar ministerie of van het advies van deze magis-

traat de vorm van de proceshandeling betreft en de nietigheid niet met zich brengt voor zover uit het proces-verbaal van de terechtzittingen blijkt dat het advies werd gegeven wat de mededeling impliceert.

B. De facultatieve mededeling

Krachtens artikel 764, tweede lid, Ger. W. kan het openbaar ministerie op eigen verzoek zitting nemen in alle niet-verplicht mee te delen zaken wanneer hij het dienstig acht. Het openbaar ministerie beschikt over de mogelijkheid om de rechtsplegingsdossiers van niet mee te delen zaken vóór de zitting in te kijken en bij principiële zaken de mededeling te vragen.

Bij die zaken kan het openbaar ministerie ter zitting aanwezig zijn en de zaak volgen zonder verplicht te zijn advies te geven⁹⁵.

Het is onjuist te stellen dat de aanwezigheid ter zitting van een magistraat van het openbaar ministerie ipso facto tot gevolg heeft dat deze verplicht is advies te geven zoals beslist werd door het Hof van Beroep te Antwerpen⁹⁶. Om elk misverstand te vermijden is het wenselijk dat het openbaar ministerie bij het begin van de terechtzitting zijn intenties te kennen geeft aan de rechtbank of het hof en er zich over uitsprekt of de zaak al dan niet moet worden meegedeeld, wat mogelijk is bij voorafgaande inzage van het dossier ter griffie; zoniet, dan kan de rechtbank of het hof bij de sluiting van debatten de dag en het uur vastleggen voor het geven van het advies en wordt de zaak meegedeeld op verzoek van de rechter zodat het openbaar ministerie zich hieraan niet meer kan onttrekken⁹⁷.

De tussenkomst van het openbaar ministerie dient niet noodzakelijk ingegeven te zijn door overwegingen van openbare orde. Het openbaar ministerie kan in alle zaken mededeling vragen en de rechtbank of het hof dient op deze vraag in te gaan.

Het is nochtans wenselijk niet systematisch over te gaan tot het vragen van mededeling, doch dit voor te behouden aan de principiële zaken die aan de rechtbank of het hof worden voorgelegd, anders hervalt men in een toestand gelijk aan die welke bestond vóór de schrapping van artikel 578, 7°, uit artikel 764 Ger.W., wat een nadelig effect zal hebben op de kwaliteit van de tussenkomst van het openbaar ministerie⁹⁸.

C. De rechterlijke mededeling

De rechtbank of het hof kan de mededeling van de zaak ambtshalve bevelen⁹⁹. Het openbaar ministerie is verplicht daarop in te gaan en advies uit te brengen. Dit advies kan dan niet beperkt worden tot de opportuniteit van de mededeling van de zaak.

⁸⁷ PETIT, J., «Arbeidsgerechten en sociaal procesrecht», *A.P.R.*, p. 90, nr. 146.

⁸⁸ Cass., 13 september 1974, *Arr.Cass.*, 1975, 53.

⁸⁹ Zie o.m. DEMEZ, G., «La sanction de la non-communication au ministère public des demandes visées à l'article 578, 7° du code judiciaire», *J.T.T.*, 1984, 107; LAENENS, J., noot onder Antwerpen, 31 mei 1977, *R.W.*, 1977-78, 842; MEEUS, A., «La rôle du ministère public en droit judiciaire privé», *T.P.R.*, 1980, 148 en 154 tot 156; OOSTERBOSCH, J. en GRAULICH, B., «La communication des demandes au ministère public devant les juridictions du travail», *Soc. Kron.*, 1982, 318 tot 320.

⁹⁰ Cass., 6 februari 1984, *Arr.Cass.*, 1983-84, 682.

⁹¹ Cass., 6 februari 1984, *Arr.Cass.*, 1983-84, 684.

⁹² Cass., 17 mei 1984, *Arr.Cass.*, 1983-84, 1202.

⁹³ DEMEZ, G., «La sanction de la non-communication au ministère public des demandes visées à l'article 578, 7° du code judiciaire», *J.T.T.*, 1984, 108.

⁹⁴ COURBIER, C., *Droit judiciaire civil*, I, 613; PETIT, J., *Arbeidsgerechten en sociaal procesrecht*, in *A.P.R.*, p. 90, nr. 146.

⁹⁵ Verslag HERMANS, *Parl.St., Kamer*, 1965-66, nr. 59/49, p. 126.

⁹⁶ Antwerpen, 31 mei 1977, *R.W.*, 1977-78, 839.

⁹⁷ LAENENS, J., noot onder Antwerpen, 31 mei 1977, *R.W.*, 1977-78, 842.

⁹⁸ VERHEGGE, G., «Over de tussenkomst van het openbaar ministerie voor de arbeidsgerechten», *R.W.*, 1985-86, 1041.

⁹⁹ Art. 764, laatste lid, Ger. W.

D. Het advies en de inhoud

De inhoud van het advies is in het Gerechtelijk Wetboek nergens omschreven. De nietigheden houden verband met de mededeling op zich en de vermeldingen in het vonnis of arrest. Wanneer een magistraat van het openbaar ministerie in wiens tegenwoordigheid de zaak is behandeld, als advies heeft gegeven dat de zaak niet hoefde te worden meegedeeld, en hij over de zaak zelf geen advies heeft gegeven, is de zaak overeenkomstig artikel 764 Ger.W. aan het openbaar ministerie meegedeeld ¹⁰⁰. Voor de door de rechtbank of het hof ambtshalve meegedeelde zaken en voor de zaken waarin het openbaar ministerie de mededeling gevraagd heeft, kan het voorgaande niet volstaan en is het openbaar ministerie gehouden tot het geven van een advies over de betwisting.

Het begrip advies impliceert immers het uiten van een mening aangaande het geding dat de rechter dient te beslechten ¹⁰¹. Het openbaar ministerie kan een gegronde mening uiten betreffende al dan niet verplichte mededeling.

Wanneer de rechter evenwel de zaak aan het openbaar ministerie meedeelt, wordt impliciet aanvaard dat de zaak niet hoeft te worden meegedeeld en mag verwacht worden dat het openbaar ministerie een standpunt inneemt omtrent de grond van het geschil.

Een aantal auteurs menen dat het openbaar ministerie zich wel kan beperken tot het adviseren dat de gegevens van de zaak van die aard zijn dat advies niet gewenst is ¹⁰². Sommige auteurs aanvaarden zelfs dat het openbaar ministerie zich kan refereren aan het oordeel van de rechtbank, zelfs bij een ambtshalve bevel tot mededeling ¹⁰³.

Die werkwijze is echter strijdig met de bedoeling van de wetgever want zo vervult het openbaar ministerie niet de opdracht die de rechter gerechtigd is hem toe te vertrouwen ¹⁰⁴.

Die opvattingen zijn ingegeven door de onafhankelijkheid van het openbaar ministerie. Aan de bepalingen betreffende de ambtshalve mededeling door de rechter zou elke inhoud ontnomen worden zo het openbaar ministerie niet werkelijk ingaat op het verzoek van de rechter om zijn standpunt betreffende de zaak te kennen. De onafhankelijkheid van het openbaar ministerie mag daarenboven geen voorwendsel zijn om zich aan zijn verantwoordelijkheid te onttrekken.

Het recht om advies te geven in burgerlijke zaken is onbeperkt. Nochtans geldt de beperking dat de tussenkomst van het openbaar ministerie bij de uitoefening van zijn adviserende bevoegdheid plaatsvindt na het sluiten van de debatten zodat geen initiatief genomen kan worden tot uitbrei-

ding van het geschil ¹⁰⁵. Het openbaar ministerie bepaalt het voorwerp van het geschil niet en beperkt zich tot de limieten van het geschil. Binnen deze perken van oorzaak en voorwerp kan het ambtshalve een middel of exceptie opwerpen dat de openbare orde aanbelangt. Hierbij dient de openbare orde niet in gevaar te worden gebracht door een toestand die dient te worden verholpen. Het openbaar ministerie zal de zaak in al haar aspecten onderzoeken en voornamelijk waar de zaak een vraag van openbare orde aanbelangt ¹⁰⁶.

Het standpunt van het openbaar ministerie kan beperkt worden tot de grond van de zaak en slechts bij betwisting van de kosten, interesten en rechtsplegingsvergoedingen zal hieromtrent een beoordeling gegeven worden.

Het geven van advies is niet alleen het vervullen van een wettelijke formaliteit.

Zoals de koninklijke commissaris voor de gerechtelijke hervorming benadrukte is het optreden van het openbaar ministerie in burgerlijke aangelegenheden een zaak van rechtspleging en niet van rechterlijke organisatie, maar ook geen akte van rechtspleging die, zoals de dagvaarding en de conclusies, de grenzen van het geding bepaalt ¹⁰⁷.

Het advies is naar de letter slechts een mening die niemand biedt. Al is de rechter niet gebonden door het advies en moet hij de argumentatie niet beantwoorden, ligt het belang van het advies toch in het feit dat het openbaar ministerie als eerste een onpartijdige beoordeling geeft van de zaak en derhalve een raadgever is van de rechter. Daarom moet het advies uitgebracht worden na de sluiting van de debatten, zodat de partijen na het advies van het openbaar ministerie het woord niet meer mogen voeren en evenmin op het advies antwoorden. Het advies heeft buiten de debatten plaats ¹⁰⁸. Het advies van het openbaar ministerie dat na de sluiting van de debatten wordt gegeven, en meer bepaald de daarin aangebrachte middelen en argumenten, maken geen «nieuw stuk» of «nieuw feit» uit, zoals bedoeld in artikel 772 Ger.W. ¹⁰⁹.

Het is mogelijk dat een van de partijen niet akkoord gaat met het standpunt weergegeven in het advies van het openbaar ministerie. Dit geeft nog geen aanleiding tot de heropening van de debatten met het oog op het geven van kritiek op dat advies, daar de stukken gevoegd bij het verzoek tot heropening van de debatten, reeds in het bezit waren van deze partij bij de aanvang van het geschil ¹¹⁰.

In een zaak behandeld door het Arbeidshof te Antwerpen werd door appellant een verzoekschrift tot heropening van debatten ingediend op grond dat hij «gedurende het beraad een nieuw feit van overwegend belang had ontdekt». «Het mondeling advies bevatte middelen en argumenten waaromtrent de partijen tijdens de debatten geen tegenspraak hebben gevoerd, noch kunnen voeren, nu dit advies en de erin vermelde middelen en argumenten slechts na het sluiten van de debatten zijn gegeven.» Appellant stelde dat het recht

¹⁰⁰ Cass., 23 januari 1992, *R.W.*, 1992-93, 1085.

¹⁰¹ Verslag VAN REEPINGHEN, *Parl.St., Senaat*, 1963-64, nr. 60, p. 189; Antwerpen, 31 mei 1977, *R.W.*, 1977-78, 839.

¹⁰² LAENENS, J., noot onder Antwerpen, 31 mei 1977, *R.W.*, 1977-78, 842; MATTHIJS, J., *Openbaar ministerie*, in *A.P.R.*, p. 188, nr. 375; PETIT, J., *Arbeidsgerechten en sociaal procesrecht*, in *A.P.R.*, p. 93, nr. 149.

¹⁰³ BELTJENS, G., *Code de procédure belge*, art. 83, nr. 9; *Pand.B.*, tw., «Communication au ministère public», nr. 69; LAENENS, J., noot onder Antwerpen, 31 mei 1977, *R.W.*, 1977-78, 842.

¹⁰⁴ KREIT, G., *Réflexions sur le rôle du ministère public devant les juridictions du travail*, rede uitgesproken op de plechtige openingssitzing van het Arbeidshof te Luik, 4 september 1978, p. 10.

¹⁰⁵ KRINGS, E., *Le rôle du ministère public dans le procès civil*, 155.

¹⁰⁶ KRINGS, E., *Le rôle du ministère public dans le procès civil*, 156.

¹⁰⁷ Verslag VAN REEPINGHEN, *Parl.St., Senaat*, 1963-64, nr. 60, p. 189.

¹⁰⁸ KRINGS, E., «Tien jaar arbeidsgerechten – ervaring en evaluatie», *R.W.*, 1981-82, 715.

¹⁰⁹ Cass., 22 maart 1993, nr. 9512.

¹¹⁰ Arbh. Brussel, 16 januari 1992, *A.R.*, nr. 26.149.

van verdediging en het principe van de tegenspraak ¹¹¹ meebrengen dat hij recht meent te hebben op het beantwoorden van die middelen. Het arbeidshof besliste dat uit artikel 6, lid 1, E.V.R.M. niet afgeleid kan worden dat appellante, in een burgerlijk geding, in de gelegenheid gesteld moet worden te antwoorden op de in het advies van het openbaar ministerie aangehaalde middelen en argumenten.

Evenmin kan dat afgeleid worden uit de vrijwaring van het recht van verdediging of het beginsel van de contradictoire aard van het debat. Het openbaar ministerie is immers geen partij in het geschil en geeft alleen maar een beoordeling met betrekking tot de door partijen voorgebrachte feiten en het door partijen omschreven geschil, die de rechter niet bindt ¹¹².

Wanneer het openbaar ministerie een advies verstrekt, neemt het deel aan de uitoefening van de rechterlijke macht en is het in die hoedanigheid een volledig onafhankelijk orgaan ¹¹³. Het openbaar ministerie kan bijdragen tot een eenvormige rechtspraak binnen een zelfde rechtsgebied.

Daartoe is het belangrijk te beschikken over een goede documentatie en is het zinvol binnen het korps afspraken te maken met betrekking tot een bepaald in te nemen standpunt. Op het ogenblik dat het advies wordt uitgebracht, oordeelt de magistraat van het openbaar ministerie of hij genoeg of volledig is ingelicht ¹¹⁴.

Krachtens de beginselen van de eenheid en de ondeelbaarheid van het openbaar ministerie, is niet vereist dat de vertegenwoordiger van het openbaar ministerie die advies geeft, zelf de debatten heeft bijgewoond ¹¹⁵. Het openbaar ministerie geeft evenwel geen advies op de stukken alleen ¹¹⁶.

Daaruit mag niet afgeleid worden dat een bepaald lid van het openbaar ministerie alle debatten dient te hebben gevolgd. Een schriftelijk advies kan principieel opgemaakt worden door een lid van het openbaar ministerie dat de debatten niet heeft bijgewoond.

Niettemin is het wenselijk dat dezelfde magistraat de debatten bijwoont, het advies maakt en zo nodig toelicht ¹¹⁷. Aan de rechters en de raadsheren dient de mogelijkheid te worden gegeven die toelichting te vragen.

Wanneer de mededeling plaatsvindt in de loop van de debatten, bestaat de mogelijkheid om de reeds plaatsgevonden debatten te laten samenvatten voor de tussenkomende magistraat van het openbaar ministerie. Indien de magistraat die de debatten bijwoonde, zowel bij verplichte, gerechtelijke of facultatieve mededeling, verhinderd is om het advies op te stellen, kunnen de debatten heropend worden ten behoeve van een ander lid van het openbaar ministerie.

Een dergelijke uitspraak werd gedaan door het Arbeidshof te Antwerpen, afdeling Hasselt, op vraag van het openbaar ministerie ¹¹⁸. Met het oog op een degelijk verantwoord

advies dient mijns inziens deze werkwijze te worden gevolgd, hoewel geen enkele wetsbepaling het voorschrijft.

De omstandigheid dat dezelfde magistraat in een burgerlijke zaak zowel in eerste aanleg als in hoger beroep advies geeft, brengt geen schending van artikel 6, lid 1, van het Europees Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens mee, noch schending van het algemeen rechtsbeginsel van het recht van verdediging. Het openbaar ministerie treedt immers niet op als rechter die de burgerlijke rechten en verplichtingen van een persoon vaststelt ¹¹⁹. Niets belet overigens dat het openbaar ministerie zijn standpunt in hoger beroep wijzigt naar aanleiding van de debatten of neergelegde dossiers of inmiddels gewijzigde rechtspraak.

E. De vorm en termijn

In beginsel wordt het advies schriftelijk gegeven. Wegens de omstandigheden van de zaak kan het terstond op de zitting mondeling worden uitgebracht. Artikel 766 Ger.W. vereist niet dat het vonnis of arrest dergelijke omstandigheden van de zaak vermeldt. Die omstandigheden worden door het openbaar ministerie vrij beoordeeld ¹²⁰.

Het schriftelijk advies wordt gegeven binnen vijftien dagen nadat de zaak is meegedeeld, op de dag en het uur aangegeven bij het sluiten van de debatten en op het zittingsblad vermeld. Kan het advies niet binnen die termijn gegeven worden, dan wordt de oorzaak van de vertraging op het zittingsblad vermeld.

Het schriftelijk advies wordt toegevoegd aan het rechtsplegingsdossier en kan een gezaghebbend bescheid uitmaken voor de partijen en voor de rechter die in hoger beroep of in cassatie moet oordelen ¹²¹.

Wanneer het advies mondeling gegeven is, kan het voor de partijen en voor de rechter in hoger beroep nuttig zijn dat wordt vermeld of het standpunt dat het openbaar ministerie heeft ingenomen al dan niet eensluidend was met de uitspraak, aangezien geen enkele wetsbepaling voorschrijft dat de inhoud van het advies wordt vastgesteld of toegelicht.

De bepaling van artikel 767, eerste lid, Ger.W. maakt het eveneens mogelijk het schriftelijk advies ter griffie neer te leggen indien de rechter daartoe beslist of in de gevallen bedoeld in artikel 755 Ger.W. (schriftelijke rechtspleging).

Deze regeling is ingevoerd bij de wet van 3 augustus 1992 (artikel 30) en heeft tot gevolg dat het advies niet steeds in openbare zitting hoeft te worden voorgelezen.

De wetgever beoogde hiermee een verlichting van de zittingen en een tijdsbesparing voor het openbaar ministerie. Daarenboven dienen de leden van het gerecht dat van de zaak kennis heeft genomen niet te worden opgeroepen (artikel 779 Ger. W.) ¹²². Wensen de advocaten aanwezig te zijn

¹¹¹ Art. 6, lid 1, E.V.R.M.

¹¹² Arbh. Antwerpen, 19 juni 1991, *A.R.*, nr. 600/87.

¹¹³ KRINGS, E., *Le rôle du ministère public dans le procès civil*, 146.

¹¹⁴ Cass., 13 juni 1980, *Arr.Cass.*, 1979-80, 1269.

¹¹⁵ Cass., 9 maart 1989, *Arr.Cass.*, 1988-89, 780.

¹¹⁶ Verslag HERMANS, *Parl.St.*, Kamer, 1965-66, nr. 59/49, p. 127.

¹¹⁷ VAN NUFFEL, H., «De auteur van het advies van het openbaar ministerie», *Limb. Rechtsl.*, 1986, 103.

¹¹⁸ Arbh. Antwerpen, afd. Hasselt, 19 juni 1991, *A.R.*, nr. 579/89.

¹¹⁹ Cass., 3 april 1987, *Arr.Cass.*, 1986-87, 1010.

¹²⁰ Cass., 31 mei 1974, *Arr.Cass.*, 1974, 1080; Cass., 6 september 1974, *Arr.Cass.*, 1975, 25.

¹²¹ Art. 767, Ger.W.; MATTHIJS, J., *Openbaar ministerie*, in *A.P.R.*, p. 190, nr. 378.

¹²² Memorie van toelichting, *Parl.St.*, Senaat, 1990-91, nr. 1198/1, p. 14.

bij de lezing van het advies, dan zal de rechter normalerwijze daarmee instemmen ¹²³.

Die maatregel verhindert dat het geven van het advies meermaals uitgesteld wordt wegens de onregelmatige samenstelling van het gerecht en kan tijdswinst en kostenbesparing betekenen voor magistraten van het openbaar ministerie die zich naar de afdeling van het hof of van de rechtbank moeten verplaatsen. Deze redenering geldt eveneens voor de rechters en raadsheren.

Een dergelijke maatregel werd reeds voorgesteld door procureur-generaal Verhegge bij de plechtige openingszitting van het Arbeidshof te Gent op 3 september 1985 ¹²⁴.

Toch meen ik dat de mogelijkheid van schriftelijke neerlegging van het advies voor de rechters geen louter voordeel uitmaakt. De neerlegging van het advies ter griffie verhindert dat het advies wordt voorgelezen en desnoods mondeling toegelicht kan worden. Met de voorlezing en eventuele toelichting zijn mijns inziens vooral de rechters en raadsheren in sociale zaken, die niet steeds juristen zijn, gebaat, wat het beraad duidelijk kan vereenvoudigen en verkorten. Gelet op de specifieke samenstelling van de arbeidsgerechten meen ik dat niet systematisch van de mogelijkheid tot schriftelijke neerlegging van het advies gebruik dient te worden gemaakt.

Ten slotte kan worden opgemerkt dat de beslissing omtrent de opportuniteit van de schriftelijke neerlegging uitsluitend bij de rechter berust, gelet op de bewoordingen van artikel 767 Ger. W.

IV. DE UITOEFENING VAN DE STRAFVORDERING

De openbare rechtsvordering wegens een overtreding van de wetten en de verordeningen over een van de aangelegenheden die behoren tot de bevoegdheid van de arbeidsgerechten, wordt uitgeoefend door de leden van het arbeidsauditoraat en van het arbeidsauditoraat-generaal ¹²⁵.

De wetgever is ervan uitgegaan dat de strafrechtelijke bevoegdheid van het openbaar ministerie bij de arbeidsgerechten werd bepaald door de sociale wetten die binnen de materiële bevoegdheid van de arbeidsgerechten vallen.

Vóór de wetswijziging van 3 augustus 1992 werden de leden van het arbeidsauditoraat voor de uitoefening van de openbare rechtsvordering inzake aangelegenheden behorend tot de bevoegdheid van de arbeidsgerechten, geplaatst onder het toezicht van de procureur des Konings. Door deze bepaling op te heffen, heeft de wetgever zijn vertrouwen in de arbeidsauditoraten uitgedrukt ¹²⁶. De materiële regeling van de rechtsdagen zal zoals voorheen gebeuren in overleg met de procureur des Konings.

In geval van samenloop of samenhang van een overtreding van de sociaalrechtelijke reglementering met een gemeenrechtelijke overtreding, wijst de procureur-generaal het parket van de procureur des Konings of het arbeidsauditoraat aan en, in voorkomend geval, het parket-generaal of het ar-

beidsauditoraat-generaal die bevoegd zijn om de strafvordering uit te oefenen ¹²⁷. Deze bepaling houdt een ingrijpende wijziging van de bevoegdheid van het openbaar ministerie bij de arbeidsgerechten in. Vóór de inwerkingtreding van de wet van 3 augustus 1992 was immers de procureur des Konings uitsluitend bevoegd bij samenloop of samenhang van gemeenrechtelijke misdrijven met sociaalrechtelijke misdrijven.

Aangezien de nieuwe bepaling van artikel 155 van het Gerechtelijk Wetboek de gelijklopende bevoegdheid van de procureur des Konings en de arbeidsauditeur bevestigt in geval van samenloop of samenhang van bovenvermelde misdrijven, en het niet in de bedoeling van de wetgever lag de bevoegdheid van de arbeidsauditeur uit te breiden, werden algemene richtlijnen uitgewerkt.

De aanwijzing van het orgaan van het openbaar ministerie dat de strafvordering zal uitoefenen, berust bij de procureur-generaal. Deze aanwijzing gebeurt door middel van algemene richtlijnen voorzien in de circulaire van 15 december 1992.

De bevoegdheid van de arbeidsauditeur zal weerhouden worden in geval van eendaadse samenloop. Bij meerdadse samenloop, namelijk indien verschillende materiële handelingen of nalatigheden, die elk op zich een overtreding van het sociaal recht of van het gemene recht uitmaken, smelten tot een geheel van delicten, dan zal de arbeidsauditeur bevoegd zijn wanneer het misdrijf in zijn geheel erop wijst dat het de bedoeling is om de sociale wetgeving te omzeilen en de gemeenrechtelijke misdrijven slechts een middel blijken te zijn om dat doel te bereiken of er onvermijdelijk uit voortvloeien.

Wanneer de sociaalrechtelijke misdrijven, objectief gezien, zo ernstig zijn dat ze als de belangrijkste worden beschouwd, en de gemeenrechtelijke feiten bijkomstig blijven, dan is de arbeidsauditeur bevoegd. In het tegenovergestelde geval wordt de voorkeur gegeven aan de bevoegdheid van de procureur des Konings.

Bij de vaststelling dat uit een dossier samenloop of samenhang blijkt, zal het opsporingsonderzoek zo vlug mogelijk worden toevertrouwd aan het orgaan van het openbaar ministerie dat uiteindelijk de vervolgingen zal moeten instellen. Om te komen tot een efficiënte werkwijze, zullen de procureur des Konings en de arbeidsauditeur elkaar onmiddellijk inlichten betreffende de dossiers waarin samenloop of samenhang voorkomt als bedoeld in artikel 155 van het Gerechtelijk Wetboek.

Wanneer niet met zekerheid uit de in de circulaire vervatte richtlijnen opgemaakt kan worden naar welke instantie het dossier moet worden doorgestuurd, zal een beroep gedaan worden op de procureur-generaal, die tot aanwijzing van het openbaar ministerie dat de strafvordering moet uitvoeren, zal overgaan.

Belangrijk is dat, gelet op de volledig gelijklopende bevoegdheid van de arbeidsauditeur en de procureur des Konings in geval van samenloop en samenhang van sociaalrechtelijke en gemeenrechtelijke misdrijven, een einde gemaakt wordt aan de betwistingen betreffende de bevoegdheden van het openbaar ministerie die leidden tot de niet-ontvangelijkheid van de strafvordering.

¹²³ Memorie van toelichting, *Parl.St., Senaat*, 1990-91, nr. 1198/1, p. 36.

¹²⁴ *R.W.*, 1985-86, 1052.

¹²⁵ Art. 155, eerste lid, Ger. W.

¹²⁶ Circulaire nr. 43/92-15/92 van 15 december 1992 van de procureur-generaal bij het Hof van Beroep en het Arbeidshof te Antwerpen, p. 2.

¹²⁷ Art. 155, tweede lid, Ger. W.

Deze nieuwe regeling zal een belangrijke weerslag hebben op het aantal door de arbeidsauditeurs te behandelen dossiers.

Een evaluatie omtrent de uitbreiding van het werkvolume en de efficiënte samenwerking tussen de parketten van de procureur des Konings en van de arbeidsauditeur kan nog niet gemaakt worden, gelet op de datum van inwerkingtreding van de wijzigingen ¹²⁸.

Volledigheidshalve kan toegevoegd worden dat de wet van 3 augustus 1992 een wijziging aanbrengt in artikel 9 van het Wetboek van Strafvordering, die inhoudt dat aan de leden van de arbeidsauditoraten de hoedanigheid van officier van gerechtelijke politie wordt toegekend. Voor de opsporing van misdrijven hebben zij binnen de grenzen van de bevoegdheid die hun door artikel 155 is toegekend, dezelfde bevoegdheid als de procureur des Konings en zijn substituten, en zijn zij bij de uitoefening ervan onderworpen aan het toezicht van de procureur-generaal ¹²⁹.

V. SLOTBESCHOUWINGEN

De samenstelling van de sociale-zekerheidsdossiers en het geven van advies in deze geschillen en in principiële zaken van arbeidsrecht maken de belangrijkste taken uit van het openbaar ministerie bij de arbeidsgerechten. Het belang van deze opdrachten werd door de wetgever onrechtstreeks benadrukt naar aanleiding van de recente wijzigingen van artikel 764 Ger. W. en van de uitbreiding van de bevoegdheid van de arbeidsgerechten.

Hoewel het gebrek aan evenwicht tussen de gedingvoerende partijen en de eenvoudige en efficiënte toegang tot het gerecht bij de oprichting van de arbeidsgerechten aan

de basis lag van de tussenkomst van het openbaar ministerie, doet het feit dat de rechtzoekende heden vaker professionele rechtsbijstand geniet, geen afbreuk aan de actieve opdracht van het openbaar ministerie.

Het belang van de tussenkomst is mijns inziens toegenomen ten gevolge van het groot arsenaal van sociale wetten en de complexiteit van deze reglementering.

Het openbaar ministerie kan, gelet op zijn gespecialiseerde kennis van de sociale wetgeving, de feiten relevant voor de oplossing van het geschil verder onderzoeken, binnen de grenzen van het geschil en met inachtneming van het recht van verdediging.

Een degelijk samengesteld dossier en een goed gemotiveerd advies, met een duidelijke opgave van de op het geschil toe te passen wetgeving, kunnen een uitermate belangrijke invloed uitoefenen op de berechting van de zaak, zelfs wanneer de rechter aan het geschil uiteindelijk een andere oplossing geeft. De onafhankelijkheid van de magistraat van het openbaar ministerie biedt bij de uitoefening van deze taak een waarborg voor de eerbiediging van de fundamentele rechten van de rechtzoekenden. De tussenkomst van het openbaar ministerie dient te worden gekenmerkt door onpartijdigheid die bestaat in het afwezig zijn van vooringenomenheid ten aanzien van de partijen en het onbevooroordeeld zijn ten aanzien van de oplossing van het geschil. De rechtzoekende moet op deze onpartijdigheid volstrekt kunnen vertrouwen.

Een goed georganiseerde en gestructureerde documentatiedienst is onmisbaar bij het streven van het openbaar ministerie naar meer eenheid in de rechtspraak. Niettegenstaande de goede werking van de documentatiedienst, moet vastgesteld worden dat heel wat interessante informatie en arresten aan de aandacht van de magistraten ontsnappen.

Voor de toekomst kan de informatieverwerking als een nieuwe prioritaire opdracht van het openbaar ministerie beschouwd worden. Voor de uitvoering van deze opdracht is de medewerking van de rechters en raadsheren van essentieel belang voor het doorspelen van interessante gegevens.

RECHTSPRAAK

HOF VAN JUSTITIE VAN DE EUROPESE GEMEENSCHAPPEN

3 FEBRUARI 1993

Voorzitter : de h. Due

Openbaar ministerie : de h. Tesauro

Advocaten : mrs. Duk en Weesing

Europese Gemeenschappen – Vrij verrichten van diensten – Vrij verkeer van kapitaal – Mediarecht – Omroepbestel

De verdragsbepalingen betreffende het vrije verkeer van kapitaal en het vrij verrichten van diensten staan er niet aan in de weg dat een wettelijke regeling van een lidstaat een in die staat gevestigde omroepinstelling verbiedt deel te nemen in het kapitaal van een in een andere lidstaat opgerichte of op te rich-

ten omroepinstelling en deze een bankgarantie te verstrekken, dan wel een «business plan» op te stellen en juridische adviezen te geven aan een in een andere lidstaat op te richten televisie-omroep, wanneer die activiteiten gericht zijn op de oprichting van een commercieel televisiestation dat vooral zal uitzenden naar het grondgebied van de eerste lidstaat, en wanneer dat verbod noodzakelijk is om het pluriforme en niet-commerciële karakter van het door bedoelde regeling ingevoerde omroepbestel te waarborgen.

VOO t/ Commissariaat voor de Media

1. Bij beschikking van 27 mei 1991, ingekomen bij het Hof op 3 juni daaraanvolgend, heeft de Afdeling rechtspraak van de Nederlandse Raad van State krachtens artikel 177 EEG-Verdrag vijf prejudiciële vragen gesteld over de uitlegging van de bepalingen van het EEG-Verdrag betreffende het vrij

verrichten van diensten en het kapitaalverkeer, teneinde de verenigbaarheid met het gemeenschapsrecht te beoordelen van een nationale wettelijke regeling die beperkingen stelt aan de activiteiten van omroepinstellingen.

2. Die vragen zijn gerezen in een geding tussen de vereniging naar Nederlands recht Veronica Omroep Organisatie (hierna: «VOO»), een in Nederland gevestigde niet-commerciële omroepinstelling, en het Commissariaat voor de Media, het orgaan dat is belast met het toezicht op het omroepbedrijf, met betrekking tot beperkingen die zijn vervat in artikel 57, lid 1, van de Nederlandse wet van 21 april 1987 houdende regels betreffende de verzorging van radio- en televisieprogramma's, de omroepbijdrage en de steunverlening aan persorganen (Stb. 1987, 249; hierna: «Mediawet»). VOO acht die beperkingen in strijd met de artikelen 59 en 57 EEG-Verdrag, alsook met de Eerste richtlijn van de Raad van 11 mei 1980 voor de uitvoering van artikel 67 van het Verdrag (PB 1980, p. 921) en met richtlijn 88/36/EEG van de Raad van 24 juni 1988 voor de uitvoering van artikel 67 van het Verdrag (PB 1988, L 178, p. 5).

3. Ingevolge artikel 31 van de Mediawet wijst het Commissariaat voor de Media de zendtijd voor de uitzending van programma's voor landelijke radio- en televisieomroep toe aan omroepinstellingen. Volgens artikel 14 van de Mediawet zijn dit rechtspersoonlijkheid bezittende verenigingen van radioluisteraars of televisiekijkers, die zijn opgericht ten einde een bepaalde, in hun statuten aangeduide, maatschappelijke, culturele of godsdienstige dan wel geestelijke stroming te vertegenwoordigen. Zij moeten uitsluitend, althans hoofdzakelijk, ten doel hebben, omroepprogramma's te richten op de bevrediging van bij het Nederlandse volk levende maatschappelijke, culturele of godsdienstige dan wel geestelijke behoeften. Het in de onderhavige zaak in geding zijnde artikel 57, lid 1, van de Mediawet luidt als volgt: «Instellingen die zendtijd hebben verkregen verrichten naast het verzorgen van hun programma geen andere activiteiten dan waarin de wet voorziet of waarvoor het Commissariaat voor de Media toestemming heeft gegeven.» Volgens artikel 57, lid 4, moeten de inkomsten uit de betrokken activiteiten worden aangewend voor de verzorging van het programma van de instelling. Volgens artikel 101 tenslotte worden de omroepinstellingen grotendeels gefinancierd door subsidies die door het Commissariaat voor de Media worden verdeeld. De desbetreffende bedragen worden verkregen uit de omroepbijdragen en de reclame-opbrengsten.

4. Het Commissariaat voor de Media verwijt VOO, zake-lijk weergegeven, dat zij artikel 57, lid 1, van de Mediawet heeft geschonden door mee te helpen bij de oprichting in Luxemburg van een op de Nederlandse markt gerichte commerciële zender, en door die zender feitelijk te steunen. Tot staving van dit verwijt voert het Commissariaat voor de Media drie feiten aan. In de eerste plaats hebben de voorzitter en de secretaris van het algemeen bestuur van VOO respectievelijk een zogeheten «business plan» opgesteld en juridische adviezen gegeven met het oog op de oprichting van een naamloze vennootschap naar Luxemburgs recht, RTL-Véronique, met het doel in Luxemburg een commerciële omroep te exploiteren en aldaar uitzendingen te verzorgen die per kabel naar Nederland kunnen worden doorgegeven. De in verband hiermee gemaakte kosten zijn voor rekening van VOO gekomen. Voorts heeft VOO zich bereid verklaard zich borg te stellen voor een door een bankinstelling

aan RTL-Véronique verleend krediet in rekening courant. En tenslotte is voor VOO met een andere vennootschap overeengekomen, dat zij haar financiële middelen zou verstrekken met het oog op de oprichting van een nieuwe vennootschap die een minderheidsbelang in het kapitaal van RTL-Véronique zou nemen.

5. Volgens de nationale rechter vallen genoemde activiteiten onder het verbod van artikel 57, lid 1, van de Mediawet. Hij vraagt zich evenwel af, of dat verbod verenigbaar is met het gemeenschapsrecht.

...

8. Met zijn eerste drie vragen wenst de Raad van State in wezen te vernemen, of de verdragsbepalingen betreffende het vrije verkeer van kapitaal en het vrij verrichten van diensten aldus moeten worden uitgelegd, dat zij eraan in de weg staan, dat een wettelijke regeling van een Lid-Staat een in die staat gevestigde omroepinstelling verbiedt deel te nemen in het kapitaal van een in een andere Lid-Staat opgerichte of op te richten omroepinstelling en deze een bankgarantie te verstrekken, dan wel een «businessplan» op te stellen en juridische adviezen te geven aan een in een andere Lid-Staat op te richten televisie-omroep.

9. Gelijk het hof opmerkte in zijn arresten van 25 juli 1991 (zaak C-353/89, Commissie/Nederland, *Jurispr.* 1991, blz. 1-4059, r.o. 3, 29 en 30, en zaak C-288/89, Collectieve Antennevoorziening Gouda, *Jurispr.* 1991, blz. 1-4007, r.o. 22 en 23), strekt de Mediawet ertoe, een pluriform en niet-commercieel radio- en televisieomroepstelsel in het leven te roepen, en sluit zij daarmee aan bij een cultuurbeleid dat gericht is op het behoud, in de omroepsector, van de vrijheid van meningsuiting van de diverse maatschappelijke, culturele, godsdienstige en geestelijke stromingen in Nederland.

10. Uit deze beide arresten volgt voorts (zie r.o. 41 en 42 respectievelijk r.o. 23 en 24), dat dergelijke doelstellingen van cultuurbeleid zijn aan te merken als doelstellingen van algemeen belang, die een Lid-Staat mag nastreven door aan het statuut van haar eigen omroepinstellingen een passende vorm te geven.

11. Artikel 57, lid 1, van de Mediawet beoogt die doelstellingen te verwezenlijken. Dit artikel verbiedt de nationale omroepinstellingen namelijk activiteiten te verrichten die geen verband houden met de hun bij de wet opgedragen taken, of die volgens het Commissariaat voor de Media de doelstellingen van die wet in gevaar brengen. Het staat derhalve met name eraan in de weg, dat de financiële middelen die de nationale omroepinstellingen ter beschikking zijn gesteld om de pluriformiteit in de omroepsector te verzekeren, voor een ander doel worden gebruikt en voor zuiver commerciële doeleinden worden aangewend.

12. Ten slotte zij erop gewezen, dat het Hof met betrekking tot artikel 59 EEG-Verdrag reeds heeft verklaard, dat een Lid-Staat niet het recht kan worden ontzegd maatregelen te treffen om te verhinderen dat de door het Verdrag gewaarborgde vrijheden door een dienstverrichter wiens werkzaamheden geheel of voornamelijk op zijn grondgebied is gericht, worden gebruikt om zich te onttrekken aan de regels die, ware hij op het grondgebied van die Lid-Staat gevestigd, op hem van toepassing zouden zijn (arrest van 3 december 1974, zaak 33/74, Van Binsbergen, *Jurispr.*, 1974, blz. 1299, r.o. 13).

13. Welnu, door de nationale omroepinstellingen te verbieden steun te verlenen bij de oprichting in het buitenland van commerciële omroepbedrijven, met het doel aldaar diensten te verrichten die gericht zijn op de Nederlandse markt, verhindert de in het hoofdgeding aan de orde zijnde Nederlandse wettelijke regeling juist, dat die instellingen zich dank zij de uitoefening van de door het Verdrag gewaarborgde vrijheden kunnen onttrekken aan de uit de nationale, wettelijke regeling voortvloeiende verplichtingen betreffende de pluriforme en niet-commerciële inhoud van de programma's.

14. In deze omstandigheden kan het vereiste dat de nationale omroepinstellingen geen andere activiteiten mogen verrichten dan die welke in de wet zijn voorzien of waarvoor het Commissariaat voor de Media toestemming heeft gegeven, niet worden geacht onverenigbaar te zijn met de artikelen 59 en 67 EEG-Verdrag.

15. Mitsdien moet aan de nationale rechter worden geantwoord, dat de verdragsbepalingen betreffende het vrije verkeer van kapitaal en het vrij verrichten van diensten aldus moeten worden uitgelegd, dat zij niet eraan in de weg staan, dat: een wettelijke regeling van een Lid-Staat één in die staat gevestigde omroepinstelling verbiedt deel te nemen in het kapitaal van een in een andere Lid-Staat opgerichte of op te richten omroepinstelling en deze een bankgarantie te verstrekken, dan wel een «business-plan» op te stellen en juridische adviezen te geven aan een in een andere Lid-Staat op te richten televisie-omroep, wanneer die activiteiten gericht zijn op de oprichting van een commercieel televisiestation dat vooral zal uitzenden naar het grondgebied van de eerste Lid-Staat, en wanneer dat verbod noodzakelijk is om het pluriforme en niet-commerciële karakter van het door bedoelde regeling ingevoerde omroepbestel te waarborgen.

16. Gezien het antwoord op de eerste drie vragen, behoeven de vierde en de vijfde vraag, betreffende de rechtvaardiging van bepaalde beperkingen van het vrije verkeer van kapitaal en het vrij verrichten van diensten, niet meer te worden beantwoord.

NOOT – *Vrij diensten- en kapitaalverkeer en omroepbestel**

1. *De feiten van onderliggende zaak.* Op 3 februari 1993 werd door het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (voortaan het Hof) antwoord gegeven op een aantal prejudiciële vragen van de Afdeling Rechtspraak Raad van State (ARRvS), met betrekking tot het beroep van Veronica Omroep Organisatie (VOO) tegen het Commissariaat voor de Media (CvdM) – het orgaan dat belast is met het toezicht op het omroepbedrijf.

De VOO maakte bezwaren tegen de sancties die haar door het CvdM waren opgelegd wegens haar betrokkenheid – ook in financieel opzicht – bij de oprichting van de commerciële zender RTL-Véronique te Luxemburg, die haar uitzendingen vooral zou richten op Nederland. De VOO had namelijk ten bate van RTL-Véronique een «business-plan» opgesteld en juridische adviezen gegeven terwijl zij zich daarnaast borg had gesteld voor een aan RTL-Véronique verleend bankkrediet. Bovendien was de VOO met een andere vennootschap overeengekomen dat zij haar financiële middelen zou verstrekken met het oog op de oprichting van een nieuwe vennootschap die een minderheidsbelang in het kapitaal van RTL-Véronique zou nemen. Volgens de

ARRvS vielen deze activiteiten onder het verbod van art. 57, lid 1, Mediawet (Mw), maar de Afdeling vroeg zich af of dit artikel verenigbaar is met het vrije verkeer van diensten en kapitaal (artt. 59 en 67 EEG-Verdrag).

Art. 57, lid 1, Mw luidt: «Instellingen die zendtijd hebben verkregen verrichten naast het verzorgen van hun programma geen andere activiteiten dan waarin de wet voorziet of waarvoor het Commissariaat voor de Media toestemming heeft gegeven.»

2. *Het oordeel van het Hof.* Het Hof herhaalt zijn uitspraak in de zaken Gouda¹ en Commissie t. Nederland² dat de Nederlandse Mediawet ertoe strekt een pluriform en niet-commercieel radio- en televisieomroepbestel in het leven te roepen dat aansluit bij een cultuurbeleid dat gericht is op het behoud in de omroepsector van de vrijheid van meningsuiting van de diverse maatschappelijke, culturele, godsdienstige en geestelijke stromingen in Nederland. Dergelijke doelstellingen van cultuurbeleid zijn volgens het Hof doelstellingen van algemeen belang, die een lidstaat mag nastreven door aan het statuut van haar eigen omroepinstellingen een passende vorm te geven. Art. 57, lid 1 Mw is, aldus het Hof, geëigend om deze doelstellingen te verwezenlijken.

Daarnaast constateert het Hof, onder uitdrukkelijke verwijzing naar zijn U-bochtconstructierechtspraak, dat art. 57, lid 1 Mw juist voorkomt dat de Nederlandse omroepinstellingen zich via een oneigenlijk gebruik van de vrijheden van het EEG-Verdrag onttrekken aan de verplichtingen van de Nederlandse Mediawet betreffende de pluriforme en de niet-commerciële inhoud van de programma's. Het Hof concludeert dat er onder deze omstandigheden geen sprake is van een inbreuk op de artt. 59 en 67 EEG-Verdrag.

3. *Het cultuurbeleid in de mediasector.*³ Dit arrest van het Hof is het eerste uit een reeks recente mediawetgevingszaken⁴ waarin een artikel uit de Nederlandse mediawetgeving vanwege doelstellingen van cultuurbeleid door het Hof wordt gesauveerd. In die eerdere arresten met betrekking tot de Nederlandse mediawetgeving sneuvelen namelijk achtereenvolgens artikel 4 van de Kabelregeling (zaak Bond van Adverteerders)⁵, artikel 66 Mw (zaak Gouda⁶ artikel 61 en opnieuw artikel 66 Mw (zaak Commissie t. Nederland)⁷, ondanks het feit dat er in deze zaken een beroep was gedaan op dezelfde doelstellingen van cultuurbeleid.

Wat betreft de cultuurexceptie kan er gesproken worden van een duidelijke ontwikkeling in de rechtspraak van het Hof. In de Cinéthèque-zaak⁸ uit 1985 gaat het Hof niet expliciet in op de cultuurexceptie, evenmin als in de zaak Bond van Adverteerders uit 1988. In de Gouda-zaak en de zaak Commissie t. Nederland, beide uit 1991, heeft het Hof daarentegen wel uitgebreid aandacht hieraan besteed (zie hiervoor). Het Hof heeft in deze zaken tevens aangegeven waarom het het Nederlandse cultuurbeleid in de omroepsector zo beschermingswaardig acht: het hangt namelijk samen met de door art. 10 EVRM gewaarborgde vrijheid van meningsuiting, welke, zoals blijkt uit het Nold-arrest⁹, een van de fundamentele rechten is die door de communautaire rechtsorde worden beschermd.

Hieruit blijkt dat art. 10 EVRM aldus een belangrijke rol speelt voor lidstaten die een pluriform omroepbestel in stand willen houden. Dat het Hof belang hecht aan de bescherming van de vrijheid van meningsuiting blijkt ook uit zijn uitspraak in de ERT-zaak¹⁰. In deze prejudiciële procedure, die betrekking had op de verenigbaarheid van een

Grieks t.v.-monopolie met het EEG-recht, oordeelde het Hof dat de toepassing van art. 56 EEG-Verdrag dient te worden uitgelegd in het licht van de fundamentele rechten en moet worden getoetst aan alle regels van het Gemeenschapsrecht, daaronder begrepen art. 10 EVRM. Dit betekent dat art. 56 EEG-Verdrag geen rechtvaardiging voor discriminerende maatregelen meer zou kunnen vormen wanneer deze maatregelen art. 10 EVRM onrechtmatig c.q. te zeer zouden beperken. Aan de andere kant gaat het Hof echter niet zover in de bescherming van art. 10 EVRM dat het met het oog hierop ook maatregelen met onderscheid billijkt, met andere woorden de vrijheid van meningsuiting kan geen rechtvaardiging voor maatregelen met onderscheid vormen.

Uit de Vlaamse Kabelregelingszaak¹¹ volgt immers dat doelstellingen van cultuurbeleid – welke ook samenhangen met de vrijheid van meningsuiting – zoals het behoud van de pluriformiteit van de geschreven pers, het behoud en de ontwikkeling van het artistiek patrimonium en de levensvatbaarheid van de nationale omroepen, niet onder een van de in art. 56 EEG-Verdrag genoemde uitzonderingen vallen.

Uit deze en reeds eerdere rechtspraak van het Hof komt duidelijk naar voren dat, wil een beroep op doelstellingen van cultuurbeleid in de mediasector een kans van slagen hebben, aan de volgende voorwaarden dient te zijn voldaan: (1) er mag nog geen sprake zijn van harmonisatie; (2) het moet gaan om maatregelen zonder onderscheid, c.q. de maatregelen mogen niet discrimineren; (3) er moet sprake zijn van een rechtvaardiging uit hoofde van het algemeen belang, waaronder zoals volgt uit de Gouda-zaak en de zaak Commissie t. Nederland, ook doelstellingen van cultuurbeleid kunnen vallen, en (4) de toepassing van betreffende maatregelen moet bovendien dienstig en noodzakelijk zijn ter bereiking van het ermee beoogde doel; vereist is derhalve dat hetzelfde resultaat niet kan worden bereikt met minder vergaande maatregelen, m.a.w. het proportionaliteitsbeginsel moet in acht zijn genomen.

4. *Ten slotte.* Opvallend is dat het Hof geen enkel woord rept over de t.v.-richtlijn¹², terwijl deze zowel door de advocaat-generaal, als door de Nederlandse regering en de Commissie naar voren was gebracht. Dit is echter niet zo verwonderlijk: de t.v.-richtlijn heeft immers onder meer betrekking op reclame en sponsoring, en, zoals duidelijk uit de 13e considerans van de t.v.-richtlijn blijkt, laat de richtlijn de bevoegdheid van de lidstaten en hun lagere overheden tot regeling van de organisatie, met inbegrip van het stelsel van concessies, administratieve vergunningen of belastingen, de financiering en de inhoud van programma's onverlet: autonome culturele ontwikkelingen in de lidstaten en het behoud van het culturele pluralisme in de Gemeenschap zullen, aldus de 13e considerans van de t.v.-richtlijn, net zo zeer als voorheen mogelijk blijven.

Het Hof onderstreept met onderhavig arrest nog eens duidelijk dat er binnen de Gemeenschap grote waarde wordt gehecht aan het behoud van een cultureel pluralisme, in casu een cultureel pluralistisch omroepbestel.

N. Canisius
J. Zijlmans

Voetnoten

* Met dank aan prof. mr. R. Barents.

¹ Zaak 288/89 Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda e.a. tegen Commissariaat voor de Media, *Jur.*, 1991, 45007.

² Zaak 353/89 Commissie van de Europese Gemeenschappen tegen Koninkrijk der Nederlanden, *Jur.*, 1991, 4069.

³ In dit commentaar wordt alleen nader ingegaan op de relatie tussen cultuurbeleid en vrij verkeer van diensten. De relatie tussen cultuurbeleid en de verdragsregels inzake het vrij verkeer van kapitaal wordt hier niet verder besproken. Vermeldenswaard is echter dat het Hof duidelijk stelt dat de verdragsregels inzake het vrij verkeer van kapitaal, net zoals de verdragsregels met betrekking tot het vrij verkeer van diensten, niet mogen worden misbruikt om zich te kunnen onttrekken aan de regels van de eigen lidstaat.

⁴ Zaak 352/85 Bond van Adverteerders e.a. tegen de Staat der Nederlanden, *Jur.*, 1988, 2085; zaak 288/89, zie noot 1; zaak 353/89, zie noot 1.

⁵ Zie noot 4.

⁶ Zie noot 1.

⁷ Zie noot 2.

⁸ *Gev. zaken 60 en 61/84, Cinéthèque, Jur.*, 1985, 2605.

⁹ Zaak 4/73 Nold, *Jur.*, 1974, 491.

¹⁰ Zaak 260/89 Elliniki Radiophonia Tikorasi AE tegen Dimotiki Etairea Piroforissis en S. Kouvelas, *Jur.*, 1991, 2925.

¹¹ Zaak 211/91 Vlaamse Kabeldecreet, *Mediaforum*, Bijlage (5) 1993-2.

¹² Richtlijn 89/522, *Pb.*, 1989, L 298/23, betreffende de coördinatie van bepaalde wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in de Lid-Staten inzake de uitoefening van televisie-omroepactiviteiten.

BENELUX-GERECHTSHOF

29 NOVEMBER 1993

Voorzitter: de h. Martens

Openbaar ministerie: de h. D'Hoore

Advocaten: mrs. Verbist en De Bruycker

Dwangsom – Boedelbeschrijving – 1. Hoofdveroordeling – Begrip – Rechterlijk bevel – Eed – 2. Een der partijen – Begrip – Notaris

1. Een rechterlijk bevel om de bij art. 1183, 11°, *Ger.W.* bedoelde eed af te leggen maakt een hoofdveroordeling uit als bedoeld in art. 1, lid 1, *E.W. Dwangsom*, waarvoor, voor het geval dat er niet aan wordt voldaan, een veroordeling tot betaling van een dwangsom kan worden uitgesproken.

2. De notaris die in de art. 1175 tot 1184 *Ger.W.* bedoelde akte van boedelbeschrijving verlijdt en die zich, met toepassing van art. 1184, tot de vrederechter heeft gewend omdat een bij art. 1183, 11°, bedoelde persoon heeft geweigerd de aldaar vermelde eed af te leggen, moet worden beschouwd als een der partijen bedoeld in art. 1, lid, *E.W. Dwangsom*, op wier vordering de «wederpartij» tot betaling van een dwangsom kan worden veroordeeld.

T. t/ Van H. e.a.

Zaak A 92/4

Conclusie van G. D'Hoore, plaatsvervangend advocaat-generaal

Het Hof van Cassatie heeft, bij arrest A.R. nr. 7370 van 27 maart 1992, het Benelux-Hof om uitlegging gevraagd in verband met art. 1, lid 1, van de Eenvormige Wet betreffende de Dwangsom, behorende bij de desbetreffende Benelux-Overeenkomst van 26 november 1973. Dat artikel is, over-

eenkomstig art. 1 van de Overeenkomst, in de Benelux-landen letterlijk overgenomen in de nationale wetgeving, met name in België, als art. 1385bis, eerste lid, van het Gerechtelijk Wetboek.

De vragen van uitleg luiden als volgt:

1) Maakt een rechterlijk bevel om de bij artikel 1183, 11°, van het Belgisch Gerechtelijk Wetboek bedoelde eed af te leggen een hoofdveroordeling uit als bedoeld in artikel 1, lid 1, van de Eenvormige Wet betreffende Dwangsom, waarvoor, voor het geval dat eraan niet wordt voldaan, een veroordeling tot betaling van een dwangsom kan worden uitgesproken?

2) Zo ja, moet de notaris die de in de artikelen 1175 tot 1184 van het Belgisch Gerechtelijk Wetboek bedoelde akte van boedelbeschrijving verlijdt, en die zich, met toepassing van artikel 1184 van hetzelfde wetboek, tot de vrederechter heeft gewend omdat een bij artikel 1183, 11°, van hetzelfde wetboek bedoelde persoon heeft geweigerd de aldaar vermelde eed af te leggen, worden beschouwd als één der partijen bedoeld in artikel 1, lid 1, van de Eenvormige wet, op wier vordering de «wederpartij» tot betaling van een dwangsom kan worden veroordeeld?

In art. 4 van de Overeenkomst zijn de bepalingen van die overeenkomst en van de Eenvormige Wet, ter uitvoering van art. 1, lid 2, van het Verdrag betreffende de instelling en het statuut van uw Hof, aangewezen als gemeenschappelijke rechtsregels voor de toepassing van de hoofdstukken III en IV van dat verdrag.

Ingevolge art. 6 van evengenoemd verdrag is uw Hof derhalve bevoegd om van voormelde vragen kennis te nemen en daarop te beslissen.

1. Luidens art. 1 van de Eenvormige Wet kan de rechter op vordering van één der partijen de wederpartij veroordelen tot betaling van een geldsom, dwangsom genaamd, voor het geval dat aan de hoofdveroordeling niet wordt voldaan, onverminderd het recht op schadevergoeding, indien daartoe gronden zijn. Een dwangsom kan echter niet worden opgelegd in geval van een veroordeling tot betaling van een geldsom.

Volgens art. 3 van de Overeenkomst staat het elk der Overeenkomstsluitende Partijen vrij alle of sommige rechtsvorderingen tot nakoming van arbeidsovereenkomsten van het toepassingsgebied van de eenvormige wet uit te sluiten.

Zo zijn er naar het Belgisch recht twee categorieën van veroordelingen waarvoor geen dwangsom kan worden opgelegd: veroordelingen tot betaling van een geldsom en veroordelingen ter zake van de nakoming van de arbeidsovereenkomsten.

2. De wet bepaalt niet wat onder hoofdveroordeling in de zin van art. 1 van de Eenvormige Wet moet worden verstaan.

Voor de omlijning van het toepassingsgebied dienen de aanknopingspunten derhalve te worden gezocht in de Overeenkomst, in de Eenvormige wet en in de Gemeenschappelijke Memorie van Toelichting bij de Eenvormige Wet, zoals die door de rechtspraak van uw Hof werden uitgelegd en in de conclusies en de rechtsleer werden gecommentarieerd.

Uit de Algemene Opmerkingen die in hoofdstuk III van de Gemeenschappelijke Memorie van Toelichting aan de eenvormige wet zijn gewijd blijkt dat de veroordelingen

waaraan een dwangsom kan worden verbonden, behoren tot «het gebied van het privaatrecht»¹.

Alle rechtsvorderingen die in de takken van het privaatrecht hun grondslag vinden, kunnen leiden tot een hoofdveroordeling waaraan een dwangsom kan worden toegevoegd. Aldus is de dwangsom in beginsel voor het gehele burgerlijk recht gegeven. Daarbij is in de eerste plaats te denken aan het vermogensrecht. In verband met verplichtingen die voortvloeien uit regels van personen- en familie-recht, is de dwangsom niet uitgesloten².

3. Luidens de toelichting bij artikel 1 van de wet maakt de aan het begin van artikel 1 voorkomende uitdrukking «de rechter» het mogelijk de tekst toepasselijk te maken op de verschillende gerechtelijke instanties van de drie landen³.

Zo zijn alle rechtscolleges bevoegd om de door hen uitgesproken veroordelingen door het opleggen van een dwangsom kracht bij te zetten. Daarmee komt de dwangsom tegemoet aan «het belang van de maatschappij bij naleving van een door de rechter gegeven gebod of verbod», hetgeen beantwoordt aan een van de doelstellingen van het rechtsinstituut⁴.

Het woord veroordeling heeft dan ook een ruime betekenis en die veroordeling kan zowel in een beschikking als in een vonnis te vinden zijn.

Hoewel het opleggen van een dwangsom uiteraard alleen tot de bevoegdheid behoort van de feitenrechter, is overigens niet vereist dat de rechter bij wie de hoofdvordering aanhangig wordt gemaakt, rechtsmacht ten gronde heeft. De voorlopige regeling van de toestand der partijen door de bodemrechter of door de rechter in kort geding kan met een dwangsom gepaard gaan.

Er wordt geen onderscheid gemaakt naargelang het een eindvonnis of vonnis in de hoofdzak dan wel een vonnis op tussengeschied of incidenteel vonnis betreft.

4. De eigen gevolgen van ieder vonnis zijn die welke de rechter door uitspraak te doen in overeenstemming met het materieel en procedureel recht wil bereiken.

Een louter declaratieve uitspraak die alleen een oordeel velt over de rechtspositie van partijen, leent zich uiteraard niet tot de oplegging van een dwangsom. De dwangsom kan niet worden verbonden aan een declaratoir vonnis. Daarnaast is er de constitutieve beslissing waardoor de rechter, door het toepassen van een norm, in de juridische ordening ingrijpt. De rechterlijke beslissing komt dan tot de partijen als een dwingende gedragsregel. De rechter richt tot de partijen een bevel dat zij dienen na te leven.

In zijn conclusie voor uw arrest A 87/1 van 1 juli 1980 be-toogde eerste advocaat-generaal Wampach:

«De hoofdveroordeling in de zin van art. 1 van de Eenvormige Wet moet een duidelijk omschreven veroordeling zijn, waarin schending van een subjectief recht formeel en rechtstreeks is vastgesteld; genoemde hoofdveroordeling

¹ Benelux-Basisteksten, deel 4, II, 19.

² Arrest Ben.Ger.H., A 81/6 van 11 mei 1982, *Jurisprudentie van het Benelux-Gerechthof*, deel 3, 54, met betrekking tot de verplichting tot afgifte van een kind aan de over die minderjarige benoemde voogdes.

³ Benelux-Basisteksten, deel 4, II, 29.

⁴ Benelux-Basisteksten, deel 4, II, 27.

dient dus op eigen gronden te rusten en uit het dictum zelf voort te vloeien»⁵.

Die omschrijving vindt men in het op de conclusie volgend arrest niet terug.

Volgens het arrest doelt de bepaling van artikel 1 van de Eenvormige Wet «op veroordelende uitspraken, dat zijn uitspraken waarbij de rechter de in die bepaling bedoelde 'wederpartij' beveelt iets te doen of niet te doen dan wel een zaak te geven»⁶.

G.L. Ballon gaf bij dit arrest het volgend commentaar: «De uitspraak moet een verplichting inhouden die de veroordeelde als een op hem wegende verbintenis tot de nakoming ervan verplicht en dus evenzeer afdwingbaar is.

Aan de veroordeelde moet het garanderen van een door de vordering beoogde rechtspositie ten voordele van de eiser worden opgelegd. Dit garanderen van een rechtspositie veronderstelt een presteren door de veroordeelde verweerder en bestaat dan in een doen of een geven (...).

Het presteren kan ook bestaan in een verplichting tot nalaten, tot het niet verrichten van handelingen die een door de eiser reeds bereikte rechtspositie ongedaan zou maken of verstoren, terwijl hij tegenover de verweerder aanspraak kan maken op een ongewijzigd behouden blijven van deze rechtstoestand»⁷.

Het aldus omschreven bevel van de rechter kan ook in een rechtspleging op eenzijdig verzoekschrift gegeven worden.

Dienaangaande schrijft prof. J. van Compernelle:

«Rien dans les travaux préparatoires ne permet (...) d'en déduire que les procédures sur requête unilatérale auraient été exclues. L'utilité de l'astreinte pour assurer la prompte exécution d'une injonction rendue sur requête unilatérale est évidente.»⁸

Een rechtspleging op eenzijdig verzoekschrift (artt. 1025 e.v. Ger.W.) kan een jurisdictionele handeling beogen waarvan de inhoud in aanmerking komt om met een dwangsom kracht te worden bijgezet. Terloops zij vermeld dat naar Belgisch gerechtelijk recht de verzoekende of tussenkomende partijen hoger beroep kunnen instellen wanneer de beschikking hun rechten benadeelt. Al wie niet in evengenoemde hoedanigheden in de zaak is tussengekomen kan derdenverzet doen tegen de beslissing. «Het rechtsmiddel staat open voor ieder persoon aan wie de beslissing nadeel berokkent, zonder dat er reden is om na te gaan of de beslissing werd geveld naar aanleiding van een debat of wegens een latente of dadelijke betwisting tussen verscheidene personen, voor zover de derde die verzet doet niet tot de debatten werd opgeroepen»⁹.

5. Een in dezen uit de wereld te helpen misvatting bestaat hierin dat de dwangsom uitgesloten zou zijn wanneer de gedwongen rechtstreekse uitvoering van de hoofdveroordeling onmogelijk is.

Die misvatting gaat blijkbaar terug op een verkeerde lezing van het arrest van uw Hof van 5 juli 1985 in de zaak A 84/3 — Liesenborghs t/ Vandebril¹⁰.

In dat arrest wordt geoordeeld dat «in overeenstemming met de Gemeenschappelijke Memorie van Toelichting op artikel 1, moet worden aangenomen dat de dwangsom slechts verschuldigd wordt wanneer de veroordeling voor gedwongen uitvoering vatbaar is». Die overweging dient evenwel teruggeplaatst te worden in haar context. Het arrest bedoelt daarmee namelijk te antwoorden op de prejudiciële vraag die het verbeurd worden van een uitgesproken dwangsom betreft. Het beslist dat er voor het dwangmiddel geen plaats is wanneer de tenuitvoerlegging is geschorst. Het antwoord op de gestelde vraag luidt aldus: «dat de dwangsom niet wordt verbeurd gedurende de tijd dat wegens het instellen van een rechtsmiddel de gedwongen tenuitvoerlegging van de hoofdveroordeling is geschorst.»

Het arrest betreft derhalve het verbeuren van de dwangsom en geenszins de aard van de hoofdveroordeling.

Men moet er zich dus voor hoeden de uitvoering in natura die door de dwangsom kracht kan worden bijgezet te beperken tot de gevallen waarin rechtstreekse gedwongen uitvoering mogelijk is. Het doel van de rechtsfiguur van de dwangsom is de rechtstreekse uitvoering van de verbintenissen te waarborgen, ook in de gevallen waarin de rechtstreekse gedwongen uitvoering niet mogelijk is.

Volgens de Algemene Opmerkingen is het zo «dat voor alle gevallen waarin de hoofdveroordeling niet strekt tot betaling van een geldsom, een afdwingen van de primaire verschuldigde prestatie, niet door directe dwang met behulp van de sterke arm, doch door een indirecte methode, namelijk die van de dwangsom, overweging verdient»¹¹.

Dit is met name het geval «wanneer de toegezegde handeling een persoonlijke daad van de schuldenaar is, welke haar waarde ontleent aan de persoon die haar moet verrichten en eveneens, wanneer reële executie, ofschoon niet ondenkbaar, feitelijke machtsmiddelen zou vereisen, die aanstoot zouden geven»¹².

In zijn conclusie voor het arrest van het Hof van Cassatie, Verenigde Kamers, van 23 maart 1984, betoogde procureur-generaal Krings in verband met de vraag hoe het begrip 'veroordeling', in de zin van artikel 1385bis van het Gerechtelijk Wetboek dient te worden uitgelegd: «Het moet niet gaan om een titel die kan leiden tot een rechtstreekse gedwongen tenuitvoerlegging. Het is voldoende dat een verplichting tot het verrichten van een handeling aanwezig is, waarvan de rechter de juiste omvang bepaalt. Voldoet de partij aan die verplichting niet, dan loopt ze een dwangsom op»¹³.

De dwangsom heeft als dwangmiddel slechts indirecte werking en is dan ook niet strijdig met het verbod dwangmiddelen op de persoon van de schuldenaar te bevelen aangezien deze laatste slechts via de aantasting van zijn vermogen tot uitvoering van de uitgesproken hoofdveroordeling wordt bewogen.

⁵ *Jurisprudentie van het Benelux-Gerechtshof*, deel 9, 58.

⁶ *Jurisprudentie van het Benelux-Gerechtshof*, deel 9, 43.

⁷ Noot onder arrest Ben.Ger.H., 1 juli 1988, S. t/ Gemeente Blegny, R.W., 1988-89, 145.

⁸ *Astreinte, Répertoire notarial*, T. XIII — Procédure notariale, nr. 40.

⁹ *Verslag over de Gerechtelijke Hervorming*, I, 402.

¹⁰ *Jurisprudentie van het Benelux-Gerechtshof*, deel 6, 115.

¹¹ *Benelux-Basisteksten*, deel 4, II, 19.

¹² *Ibidem*.

¹³ A.C., 1983-84, nr. 423, R.W., 1984-85, 15.

6. Een arrest van het Hof van Cassatie van 18 februari 1988 maakt een onderscheid tussen een veroordeling en een door de rechter gegeven bevel met betrekking tot het instrueren van de zaak.

Het Hof van Cassatie beaamt de zienswijze van de appel-rechter die oordeelde dat de eerste rechter door niet enkel de verschijning in persoon van de partij te «gelasten» maar door die partij tot persoonlijke verschijning te «veroorde-len» om voor hem te verschijnen een onwettige veroordeling had uitgesproken op grond dat de maatregel van persoonlijke verschijning waarin art. 992 Ger.W. voorziet «niet ge-paard gaat met enige fysieke of geldelijke sanctie, nu een ieder zijn verweer naar eigen goeddunken mag voeren».

Het cassatiearrest besluit: «dat het hof van beroep, door te oordelen dat het aan verweerder gegeven bevel om in per-soon te verschijnen, geen veroordeling is en niet met een dwangsom gepaard kan gaan, zijn beslissing naar recht heeft verantwoord»¹⁴.

Ik moge me van commentaar bij dit cassatiearrest onthou-den, nu het daarin gemaakte onderscheid tussen veroorde-ling en bevel te dezen niet aan de orde is. De in de preju-diciële vraag bedoelde eedaflegging behoort niet tot de maatregelen die de rechter kan bevelen om de zaak te in-strueren, maar is specifiek aan de bijzondere rechtsplegin-gen van verzegeling (art. 1158, 8°, Ger.W.) en boedelbe-schrijving (art. 1183, 11°, Ger.W.). Het betreft een door de wet onder de daarin bedoelde omstandigheden voorgeschre-ven eedaflegging.

7. Het staat buiten kijf dat krachtens art. 1, lid 1, van de Eenvormige Wet, de dwangsom slechts op vordering van een partij kan worden opgelegd. De rechter kan ze derhalve niet ambtshalve uitspreken.

Die bepaling heeft blijkens de Gemeenschappelijke Me-morie van Toelichting de strekking te voorkomen dat de rechter een dwangsom «als een 'clause de style' in zijn uit-spraak opneemt, zonder dat hij zich rekenschap geeft van de concrete bedoelingen van de eiser»¹⁵. Derhalve dient te worden aangenomen dat aan de woorden «op vordering van een der partijen geen verdere betekenis toekomt dan dat de rechter van de hem in genoemde bepaling gegeven bevoegd-heid geen gebruik mag maken als dat niet door een partij is gevorderd.»¹⁶.

De term «partij» wordt ruim opgevat in die zin dat degene die de hoofdveroordeling kan vorderen ook gerechtigd is de oplegging van een dwangsom te vragen om de uitvoering er-van te verzekeren, terwijl het woord «wederpartij» slaat op de persoon ten laste van wie de hoofdveroordeling wordt uit-gesproken.

¹⁴ A.C., 1987-88, 786, nr. 373, *Bull. en Pas.*, 1988, I, nr. 373, met concl. adv.-gen. PIRET, R.W., 1989-90, 145, *J.T.*, 1989, 261. Dit arrest werd besproken door I. MOREAU-MARGRÈVE, «Principes généraux», in *Tien jaar toepassing van de dwangsom*, Editions Creadif, 1991, 20, en door J. VAN COMPERNOLLE, «Astreinte», *Répertoire notarial*, T. XIII.6, 40.

¹⁵ *Basisteksten*, deel 4, II, 28.

¹⁶ Ben.Ger.H., arrest van 2 april 1984, in de zaak A 83/3 cv Valois Vacances et Loisirs t/ Edel Bureau Elit nv, *Jurisprudentie van het Be-nelux-Gerechtshof*, deel 5, 47.

In die zin is het dat het openbaar ministerie, waar het als hoofdpartij optreedt, oplegging van een dwangsom kan vor-deren ten laste van de beklagde¹⁷.

Artikel 3 van de Eenvormige Wet wijst de persoon aan, aan wie de dwangsom, eenmaal verbeurd, toekomt, namelijk de partij die de veroordeling heeft verkregen.

Ter verantwoording wordt in de Gemeenschappelijke Me-morie gesteld: «Volgens het burgerlijk procesrecht van de Beneluxlanden beoordeelt een procespartij zelf haar belan-gen en beslist zij of het gewenst is gebruik te maken van mo-gelijkheden en dwangmiddelen voor een doeltreffende be-scherming van die belangen.

Aanwijzing van de schuldeiser als degene, aan wie de dwangsom toekomt, betekent ongetwijfeld een verrijking voor hem. Deze verrijking is evenwel niet ongerechtvaardigd (...). Het doel van de dwangsom is toch de schuldenaar aan te sporen zijn verplichtingen tegenover de schuldeiser na te komen. En daar de dwangsom op het terrein ligt van het bur-gerlijk recht, dat de betrekkingen tussen partijen beoogt te regelen, brengt de aard van de dwangsom mee, dat ze aan een van beide partijen ten goede komt»¹⁸.

Aldus wordt aangenomen «dat de rechthebbende op de hoofdveroordeling het meest in aanmerking komt om profijt te trekken van de veroordeling tot betaling van een dwang-som»¹⁹.

In aanmerking komen: rechtspersonen, onbekwamen, ontzeten via hun vertegenwoordiger, alsook de Staat of een andere overheid voor wie het openbaar ministerie of de wet-telijk aangeduide vertegenwoordiger vorderen.

8. Uit de samenvatting vervat in het arrest van het Hof van Cassatie blijkt dat de boedelbeschrijving van de gemeen-schappelijke goederen en lasten van de echtgenoten T. An-toine - T. Nicole bevolen werd door de voorzitter van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Gent op 7 oktober 1985, rechtsprekende in kort geding, met toepassing van artikel 1280 Ger.W.

Krachtens dat artikel neemt de voorzitter, rechtsprekend in kort geding, in iedere stand van het geding tot echtschei-ding op grond van bepaalde feiten, kennis van de voorlopige maatregelen die betrekking hebben op de persoon, op het levensonderhoud en op de goederen, zowel van de partijen als van de kinderen.

Artikel 1183 van voormeld wetboek bepaalt de inhoud van de boedelbeschrijving die de vorm aanneemt van een nota-riële akte. Zij bevat met name de beschrijving en de schat-ting van de roerende goederen, de ontleding van de titels en papieren, de opgave van de verklaringen door de belang-hebbenden gedaan ten laste of ten bate van de boedel²⁰.

De boedelbeschrijving als bedoeld in voormelde artikelen is niet alleen een akte tot bewaring van recht; zij heeft ook ten doel alle baten en lasten van een onverdeelde massa vast te stellen; ze ligt ten grondslag aan de vereffenings- en ver-delingsverrichtingen van de nalatenschap, de gemeenschap

¹⁷ *Benelux-Basisteksten*, deel 4, II, 29.

¹⁸ *Benelux-Basisteksten*, deel 4, II, 32.

¹⁹ *Ib.*, 27.

²⁰ De boedelbeschrijving maakt thans het voorwerp uit van de artt. 671-675 van het Nederlands Wetboek van Burgerlijke Rechts-vordering.

²⁰ Cass., 29 okt. 1973, A.C., 1974, 237.

of de onverdeeldheid waarop ze betrekking heeft naargelang het geval ²¹

De partijen bij de boedelbeschrijving hebben de verplichting elk goed aan te geven waarvan het bestaan onbekend zou kunnen blijven ²².

Art. 1183, 11°, Ger.W. vereist dat in het kader van de boedelbeschrijving door diegenen die in het bezit zijn geweest van de voorwerpen of die de plaatsen hebben bewoond, de eed wordt afgelegd dat zij niets hebben verduisterd en dat zij van zodanige verduistering geen kennis dragen.

Onder verduistering in de zin van art. 1183, 11°, Ger.W. moet worden verstaan iedere daad of iedere nalatigheid die ertoe strekt een goed te onttrekken aan de boedel. De partijen dienen spontaan elk goed aan te geven ²³.

Vóór de invoering van het Gerechtelijk Wetboek werd aangenomen dat de valse eed bij verzegeling of boedelbeschrijving niet kon worden gestraft op de basis van het eerste lid van art. 226 Sw. dat de valse eed in burgerlijke zaken strafbaar stelt. Die telastlegging doelt op de gedingbeslissende, de aanvullende en de schattingseede, en heeft aldus betrekking op de eed die van dien aard is dat hij een geschil tussen partijen kan beslechten.

Die leemte in de wetgeving werd aangevuld door toevoeging van het tweede lid van art. 226 Sw. bij de invoering van het Ger.W., ten einde de daarin omstandig uitgewerkte regeling betreffende de zegellegging en de boedelbeschrijving strafrechtelijk kracht bij te zetten. De wetgever heeft meined bij de boedelbeschrijving willen straffen als zijnde een delict tegen de openbare trouw.

De eedaflegging sluit nauw aan bij «de verklaringen door de belanghebbende gedaan ten laste of ten bate van de boedel, de aan partijen gestelde vragen en de daarop gegeven antwoorden», voorgeschreven door art. 1183, 8°, Ger.W.

Aan de bij art. 226, tweede lid, Belg. Sw. strafbaar gestelde meined maakt zich schuldig de partij die bij de boedelbeschrijving welke wordt opgemaakt met het oog op de vereffening en verdeling van een onverdeeldheid, de bij art. 1183, 11°, Ger.W. voorgeschreven eed aflegt luidens welke zij niets heeft verduisterd en van zodanige verduistering geen kennis draagt, terwijl het antwoord van die partij op een vraag van de met de uitvoering van de boedelbeschrijving belaste notaris neerkomt op een verzuim, bedoeld om goederen aan de onverdeeldheid te onttrekken ²⁴.

Art. 1183, 11°, Ger.W. is het sluitstuk van de boedelbeschrijving, aangezien de eed de morele en wettelijke garantie betekent van de getrouwe weergave van de goederen die in casu tot de gemeenschappelijke goederen en lasten van de echtgenoten behoren.

Indien moeilijkheden rijzen, zoals de weigering tot medewerking aan de totstandkoming van de boedelbeschrijving door het verzuimen van de vereiste opgaven of de weigering tot eedaflegging, ontstaat er een tussengeschied.

Overeenkomstig art. 1184 Ger.W. wendt de notaris zich dan tot de vrederechter die zijn beschikking stelt op de mi-

nuut van het proces-verbaal. Dienaangaande wordt in het Verslag over de Gerechtelijke Hervorming gepreciseerd dat de notaris zich bij verzoekschrift wendt tot de vrederechter en dat de beschikkingen van de rechter vatbaar zijn voor de voorzieningen en middelen tot herroeping die voor de rechtspleging op verzoekschrift zijn gesteld ²⁵.

Te dezen vermeldt het arrest van het Hof van Cassatie dat Antoine T. tegen de beschikking van 4 mei 1987 derdenverzet heeft ingesteld en dat dit derdenverzet door de vrederechter bij vonnis van 28 september 1987 ongegrond werd verklaard, en dat op het hoger beroep van Antoine T. de Rechtbank van Eerste Aanleg te Gent het vonnis van 28 september 1987 ten opzichte van eiser bekrachtigde (negende blad, nrs. 5 en 6).

De appelrechter oordeelde met name dat «In tegenstelling tot wat (eiser) (Antoine T.) voorhoudt, hij als bewoner van het huis waar de inventaris werd opgesteld en tevens bezitter van de geïnventariseerde goederen, gehouden is tot de eedaflegging en hij niet 'gerechtigd' is de eedaflegging te weigeren» (arrest, vierde blad).

9. Uit het voorgaande blijkt dat de boedelbeschrijving in kwestie haar plaats vindt in het vermogensrecht tussen scheidende echtgenoten.

Het overeenkomstig artikel 1184 Ger.W. op tussengeschied door de vrederechter gegeven bevel om de bij art. 1183, 11°, van dat wetboek bedoelde eed af te leggen, berust op de wettelijke verplichting om mee te werken aan de totstandkoming van die bedoelbeschrijving ten einde de juiste samenstelling, zowel actief als passief, van de in het kader van de echtscheiding tussen de echtgenoten te verdelen massa te bepalen.

De door Antoine T. gemaakte bezwaren werden door de rechters verworpen.

De omstandigheid dat de dwangsom werd opgelegd ten verzoeken van de notaris houdt verband met het voorschrift van artikel 1184 Ger.W., maar neemt niet weg dat de maatregel gericht is tegen de ene echtgenoot in het voordeel van de andere en strekt tot bescherming van de belangen van deze laatste, met wie, voor de hier aan de orde zijnde vraag, degene op wiens verzoek de rechter de eedaflegging heeft bevolen, op een lijn kan worden gesteld.

Ik ben van mening dat op de beide gestelde vragen een positief antwoord dient te worden gegeven.

Arrest

1. Gelet op het op 27 maart 1992 door het Hof van Cassatie van België uitgesproken arrest in de zaak van Antoine T. tegen Jean-Louis Van H., Adolphe B. en Nicole T., waarbij overeenkomstig artikel 6 van het Verdrag betreffende de instelling en het statuut van een Benelux-Gerechtshof (hierna te noemen het Verdrag) aan dit Hof vragen van uitleg worden gesteld van de Eenvormige Benelux-wet betreffende de dwangsom (hierna te noemen de Eenvormige wet);
Ten aanzien van de feiten

2. Overwegende dat de feiten blijkens het arrest kunnen worden omschreven als volgt:

– in de loop van het geding tot echtscheiding van de echtgenoten Antoine T. en Nicole T. heeft de voorzitter van

²¹ Cass., 29 oktober 1973, A.C., 1974, 237.

²² Cass., 24 oktober 1989, A.C., 1989-90, nr. 118.

²³ Cass., 2 oktober 1973, A.C., 1974, 118; Cass., 29 oktober 1973, A.C., 1974, 237, *Bull. en Pas.*, 1974, I, 221, met concl. adv.-gen. MAHAUX, *Rev.Not.belge*, 1973, 627.

²⁴ Cass., 21 februari 1990, A.C., 1989-90, 792.

²⁵ *Verslag over de Gerechtelijke Hervorming*, I, 451.

de Rechtbank van Eerste Aanleg te Gent, op 7 oktober 1985, rechtsprekende in kort geding, met toepassing van artikel 1280 van het Gerechtelijk Wetboek, bevel gegeven tot het opmaken van de boedelbeschrijving van de gemeenschappelijke goederen en lasten van de echtgenoten; daarbij heeft de voorzitter de mrs. Van H. en/of B. — hierna te noemen de notarissen — aangewezen om, op verzoek van één der partijen en bij gebreke van een onderhandse boedelbeschrijving, als instrumenterende notarissen op te treden;

— ingevolge voormeld bevel van de voorzitter is de boedelbeschrijving opgemaakt door de aangewezen notarissen; Antoine T. heeft geweigerd daarbij aanwezig te zijn; daarenboven heeft hij, als bewoner van het huis waar de inventaris werd opgesteld en tevens bezitter van de geïnventariseerde goederen, geweigerd de bij artikel 1183, 11°, van het Gerechtelijk Wetboek bedoelde eed af te leggen, inhoudende dat hij niets heeft verduisterd noch van enige verduistering kennis draagt;

— wegens de bedoelde weigering hebben de notarissen zich met toepassing van artikel 1184, eerste lid, van het Gerechtelijk Wetboek, op 4 mei 1987 gewend tot de vrederechter van het zevende kanton Gent;

— gevolg gevende aan het verzoek van de notarissen, heeft de vrederechter, op voormelde datum, Antoine T., die niet was opgeroepen, bevel gegeven de eed af te leggen, «onder verbeurte van een dwangsom van duizend frank per dag, nadat hij hiervoor door de instrumenterende notarissen uitgenodigd zal zijn, overeenkomstig de wet»; de door Nicole T. ingestelde tussenvordering om de dwangsom op haar verzoek uit te spreken, voor zover de notarissen die niet persoonlijk mochten hebben kunnen vorderen, werd afgewezen;

— Antoine T. heeft tegen de beschikking van 4 mei 1987 derdenverzet ingesteld. Dat derdenverzet heeft de vrederechter bij vonnis van 28 september 1987 ongegrond verklaard; dezelfde beslissing heeft hij genomen ten aanzien van de hernieuwde tussenvordering van Nicole T., op grond dat de dwangsom door de notarissen kon worden gevorderd;

— op het hoger beroep van Antoine T. heeft de Rechtbank van Eerste Aanleg te Gent, bij een op tegenspraak gewezen vonnis van 29 september 1989, het vonnis van 28 september 1987 ten opzichte van eiser bekrachtigd; de voor de appelrechter ingestelde tussenvordering van de notarissen en het incidenteel beroep van Nicole T., die beide strekten tot veroordeling van Antoine T. tot schadevergoeding wegens «roekeloos en tergend geding», werden afgewezen;

— tegen het vonnis van 29 september 1989 heeft Antoine T. cassatieberoep ingesteld;

3. Overwegende dat het Hof van Cassatie op het door Antoine T. ingestelde cassatieberoep heeft beslist:

«Verwerpt de voorziening in zoverre ze gericht is tegen Nicole T.;

Houdt iedere nadere uitspraak aan tot het Benelux-Gerechtshof zich heeft uitgesproken over de navolgende vragen:

1. maakt een rechterlijk bevel om de bij artikel 1183, 11°, van het Belgisch Gerechtelijk Wetboek bedoelde eed af te leggen een hoofdveroordeling uit als bedoeld in artikel 1, lid 1, van de eenvormige wet betreffende de dwangsom, waarvoor, voor het geval dat eraan niet wordt voldaan, een veroordeling tot betaling van een dwangsom kan worden uitgesproken?;

2. zo ja, moet de notaris die de in de artikelen 1175 tot 1184 van het Belgisch Gerechtelijk Wetboek bedoelde akte van boedelbeschrijving verlijdt, en die zich, met toepassing van artikel 1184 van hetzelfde wetboek, tot de vrederechter heeft gewend omdat een bij artikel 1183, 11°, van hetzelfde wetboek bedoelde persoon heeft geweigerd de aldaar vermelde eed af te leggen, worden beschouwd als één der partijen bedoeld in artikel 1, lid 1, van de eenvormige wet, op wier vordering de 'wederpartij' tot betaling van een dwangsom kan worden veroordeeld?;

Verklaart dit arrest bindend ten aanzien van Nicole T.; Houdt de kosten aan»;

Wat de eerste vraag betreft

11. Overwegende dat het Hof vooreerst eraan herinnert dat, overeenkomstig zijn arrest van 1 juli 1988 in de zaak A 87/1 (*Jurisprudentie*, deel 9, p. 43 e.v.), onder een «hoofdveroordeling» in de zin van artikel 1 van de Eenvormige wet onder meer is te verstaan een uitspraak waarbij de rechter de in die bepaling bedoelde «wederpartij» beveelt iets te doen;

12. Overwegende dat de uitspraak van de vrederechter die het onderwerp van de eerste vraag uitmaakt, T. beveelt iets te doen: het afleggen van de eed, waartoe diegenen die in het bezit zijn geweest van de bij een boedelbeschrijving betrokken voorwerpen of die de plaatsen hebben bewoond waar deze zich bevinden, ingevolge artikel 1183, 11°, van het Belgisch Gerechtelijk Wetboek zijn verplicht;

13. Overwegende dat het feit dat dit bevel is gegeven in het kader van een rechtspleging op eenzijdig verzoekschrift als bedoeld in de artikelen 1025 tot en met 1034 van het Belgisch Gerechtelijk Wetboek, niet eraan in de weg staat om degene tegen wie het bevel is verzocht en aan wie het is opgelegd, ten opzichte van de verzoekende notarissen aan te merken als de «wederpartij» in de zin van artikel 1 van de Eenvormige wet;

14. Overwegende voorts dat het bevel strekt tot nakoming van een privaatrechtelijke verplichting, te weten een verplichting voortvloeiende uit het huwelijksvermogensrecht;

15. Overwegende dat de omstandigheid dat de veroordeling waarop de eerste vraag betrekking heeft, niet vatbaar is voor tenuitvoerlegging door rechtstreekse executie met behulp van de sterke arm, niet eraan in de weg staat dat sprake is van een «hoofdveroordeling» in de zin van artikel 1 van de Eenvormige wet;

16. dat immers juist in een dergelijk geval het opleggen van een dwangsom beantwoordt aan haar door het Hof in het voetspoor van de Gemeenschappelijke Memorie van Toelichting op de Eenvormige wet reeds meermalen benadrukte karakter als indirecte methode tot het afdwingen van de bevolen prestatie;

17. Overwegende dat uit het vorenoverwogene volgt dat de eerste vraag bevestigend moet worden beantwoord;

Wat de tweede vraag betreft

18. Overwegende dat wanneer, zoals hier, de nationale wet het mogelijk maakt in het kader van een rechtspleging op eenzijdig verzoekschrift de rechter te verzoeken een ander te bevelen iets te doen, degene die krachtens de nationale wet bevoegd is in dat kader aan de rechter een dergelijk bevel te verzoeken, moet worden aangemerkt als «een der partijen» op wier «vordering» de «hoofdveroordeling» wordt

uitgesproken, een en ander in de zin van artikel 1 van de Eenvormige wet;

19. Overwegende dat daarbij – mede in aanmerking genomen dat een dwangsom kan worden verbonden aan een in het algemeen belang gegeven bevel (arrest van 6 februari 1992 in de zaak A 90/1, *Jurisprudentie*, deel 13, p. 28 e.v., inz. § 11) – voor de toepassing van de bepalingen van de Eenvormige Wet onverschillig is of de verbintenis ten aanzien waarvan een bevel tot nakoming wordt gevorderd, bestaat tegenover de vorderende partij dan wel tegenover een derde-belanghebbende, en evenzeer of de vorderende partij door die vordering een eigen, persoonlijk belang dient, dan wel enkel voldoet aan een verplichting die voor hem uit hoofde van zijn ambt of aanstelling uit het nationale recht voortvloeit;

20. Overwegende dat mitsdien ook de tweede vraag bevestigend moet worden beantwoord;

Verklaart voor recht:

26. Ten aanzien van de eerste vraag:

Een rechterlijk bevel om de bij artikel 1183, 11°, van het Belgisch Gerechtelijk Wetboek bedoelde eed af te leggen, maakt een hoofdveroordeling uit als bedoeld in artikel 1, lid 1, van de Eenvormige wet betreffende de dwangsom, waarvoor, voor het geval dat eraan niet wordt voldaan, een veroordeling tot betaling van een dwangsom kan worden uitgesproken;

27. Ten aanzien van de tweede vraag:

De notaris die de in de artikelen 1175 tot 1184 van het Belgisch Gerechtelijk Wetboek bedoelde akte van boedelbeschrijving verlijdt, en die zich, met toepassing van artikel 1184 van hetzelfde wetboek, tot de vrederechter heeft gewend omdat een bij artikel 1183, 11°, van hetzelfde wetboek bedoelde persoon heeft geweigerd de aldaar vermelde eed af te leggen, moet worden beschouwd als één der partijen bedoeld in artikel 1, lid 1, van de Eenvormige wet, op wier vordering de «wederpartij» tot betaling van een dwangsom kan worden veroordeeld.

HOF VAN CASSATIE

VERENIGDE KAMERS – 15 OKTOBER 1993

Voorzitter: de h. Stranard, eerste voorzitter

Rapporteur: de h. Verougstraete

Openbaar ministerie: de h. D'Hoore, eerste advocaat-generaal

Advocaten: mrs. Houtekier en De Gryse

Raad van State – Administratief kort geding – Schorsing van de tenuitvoerlegging van een akte of een reglement van een bestuurlijke overheid – 1. Bevoegdheid – Grenzen – 2. Cassatieberoep – Wederpartijen – 3. Ernstige middelen – Motiveringsplicht – Schending – Onderwerp van het geschil – 4. Moeilijk te herstellen ernstig nadeel – Beoordeling

1. Door de aan de Raad van State in het kader van het administratieve kort geding verleende bevoegdheid om de schorsing te bevelen van een akte of een reglement van een bestuurlijke overheid wordt geen afbreuk gedaan aan de bevoegdheid

van de rechtbanken van de rechterlijke macht om uitspraak te doen over geschillen betreffende subjectieve rechten (zie de conclusie van het openbaar ministerie).

2. Het cassatieberoep tegen een arrest van de Raad van State dat, in het kader van het administratieve kort geding, de schorsing van een besluit van de gemeentelijke overheid beveelt, is terecht gericht tegen die gemeentelijke overheid en tegen het Vlaamse Gewest, wanneer het arrest gewezen is tegen die beide overheden die in de voor de Raad van State gevoerde procedure betrokken waren.

3. Het middel dat, in het kader van het administratieve kort geding, ter adstructie van een vordering tot schorsing van een bouwvergunning zich hierop beroept dat het college van burgemeester en schepenen zijn motiveringsverplichting niet is nagekomen bij zijn beslissing over de door de verzoekers ingediende bezwaren en opmerkingen aangaande de gevolgen die de gevraagde vergunning had op hun subjectieve rechten, onderwerpt aan de Raad van State geen geschil over die subjectieve rechten zelf.

4. De Raad van State vermag, met betrekking tot de in het kader van het administratieve kort geding gevorderde schorsing, in zoverre aan de overige wettelijke vereisten is voldaan, de beoordeling van het moeilijk te herstellen ernstig nadeel dat door de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de akte of het reglement berokkend kan worden, te gronden op alle gegevens die voor die beoordeling nuttig zijn, met inbegrip van mogelijke gevolgen die de onmiddellijke tenuitvoerlegging kan hebben op subjectieve rechten van de verzoeker.

Van L. t/ C. e.a.

Conclusie van eerste advocaat-generaal G. D'Hoore

De stad Aalst verleende op 29 januari 1990 aan eiser een bouwvergunning voor het optrekken van een appartementsgebouw te Aalst.

Die bouwvergunning werd door de Raad van State op 2 juli 1992 vernietigd.

Eiser verkreeg evenwel op 21 december 1992 een nieuwe bouwvergunning, nadat het college van burgemeester en schepenen van de stad Aalst de ingediende bezwaren had verworpen en de gemachtigde ambtenaar een gunstig advies had verleend.

Van die vergunning vorderden de eerste verweerder en de tweede verweerder, op 13 januari 1993, bij uiterst dringende noodzakelijkheid, voor de Raad van State de schorsing van de tenuitvoerlegging, op verbeurte van een dwangsom, tegen de stad Aalst.

Als eerste middel, dat ook het enige is waarop de schorsingsbeslissing is gebaseerd, voerden zij de miskennen van de motiveringsverplichting aan.

Als geschonden werden aangewezen: benevens art. 45 van de Stedebouwwet,

– de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen waarvan artikel 3 bepaalt dat de opgelegde motivering in de akte de juridische en feitelijke overwegingen moet vermelden die de basis zijn van de beslissing en dat ze afdoende moet zijn;

– het koninklijk besluit van 6 februari 1971 betreffende de behandeling en de openbaarmaking van de bouwvoorvragen. Het gaat hier met name om de verplichting dat het college van burgemeester en schepenen zich in een met rede-

nen omklede beslissing dient uit te spreken over elk van de ingediende bezwaren en opmerkingen en een uittreksel uit de notulen der beraadslaging van het college over die bezwaren of opmerkingen dient te voegen bij het dossier dat aan de gemachtigde ambtenaar wordt gezonden (artt. 6, § 2, laatste lid, als vervangen, voor het Vlaamse Gewest, bij art. 3 K.B. 16 december 1981 en art. 7 als gewijzigd, voor het Vlaamse Gewest, bij art. 4 K.B. 16 december 1981).

Dit middel werd toegelicht als volgt:

«De raad van State vernietigde de oorspronkelijke bouwvergunning omdat de tijdens het openbaar onderzoek ingediende bezwaren – zoals de gemachtigde ambtenaar stelt – niet afdoende gemotiveerd verworpen werden.

«Thans blijken het college van burgemeester en schepenen en de gemachtigde ambtenaar wel kennis te hebben genomen van de bezwaren, ze te hebben onderzocht en verworpen en daarvoor een formele motivering te hebben opgeworpen. Deze formele motivering is (enkel) terug te vinden in het feitenrelaas geciteerd advies van de gemachtigde ambtenaar.

«Niettemin blijft het in de vorige annulatieprocedure grond bevonden middel ook thans gegrond. Aldus werd tevens het gezag van gewijsde van 's Raads vernietigingsarrest geschonden. Bovendien werd de wet van 29 juli 1991 (betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen) geschonden.

«Opdat de motivering van een verwerping van een bezwaarschrift wettig kan zijn, is vereist dat de juridische en feitelijke overwegingen die aan de beslissing ten grondslag liggen vermeld worden in de aangevochten akte zelf. Bovendien moet het antwoord afdoende zijn.

«In hun bezwaarschrift wezen de verzoekers – zoals de Raad van State terecht stelde in het voormeld vernietigingsarrest – op de onaanvaardbare hoogte van het bouwontwerp en op de uitzichten en de onaanvaardbare hoogte van de achtergevel van het gebouw.

«In de in de aangevochten akte terug te vinden motivering worden dienaangaande louter inhoudsloze verwijzingen en nietszeggende onkenningen opgeworpen.

«Bovendien geldt voor een regularisatievergunning een bijzondere motiveringsverplichting (R.v.St., arrest Dehan, nr. 33.111, van 4 oktober 1989), waaruit blijkt dat de vergunning niet is verleend onder het gewicht van het voldongen feit.»

Eiser, die in het geding tussenkwam, betwistte de bevoegdheid van de Raad van State, hij betoogde dat in werkelijkheid het enige bezwaar dat tegen zijn bouwproject werd ingebracht, hierin bestond dat daardoor vanuit het gebouw «extreem meer zichten op de tuin van (de eerste verweerder en tweede verweerder) zouden ontstaan» en dat de Raad van State niet bevoegd was om kennis te nemen van dergelijke grieven «daar deze in se berusten op vermeende burenhinder en mogelijke wettelijke erfdienstbaarheden van licht en uitzicht».

Bij het bestreden arrest van 15 januari 1993 beveelt de Raad van State de gevorderde schorsing, na de exceptie van onbevoegdheid te hebben verworpen op grond:

«dat de vordering (...) tot voorwerp heeft de schorsing van de tenuitvoerlegging van een (...) afgegeven bouwvergunning; dat de verwijzing naar de vermenigvuldiging van de uitzichten ten gevolge van de uitvoering van de vergunde bouwwerken gebeurt om het nadeel aan te tonen dat uit de

te schorsen vergunning voortvloeit en waarvan het bestaan een ontvankelijkheidsvoorwaarde van de vordering tot schorsing vormt; dat uitzichten en privacy overigens ook bij de beoordeling van de verenigbaarheid van een bouwproject met de eisen van de goede plaatselijke aanleg betrokken dienen te worden».

Het cassatieberoep, dat regelmatig werd ingesteld overeenkomstig de artt. 33, eerste en tweede lid, Wet Raad van State, 609, 2°, Ger.W. en het besluit van de Regent van 23 augustus 1948 tot vaststelling van de formaliteiten en de termijnen inzake cassatieberoep tegen de arresten van de Raad van State, onderwerpt het aangevochten arrest aan het oordeel van het Hof in zoverre het afwijzend heeft beslist over de declinatoire exceptie.

De voorziening lijkt me ontvankelijk tegen alle verweerders, nu die als «verwerende partijen» worden opgegeven in het bestreden arrest van de Raad van State.

De beslissing van de Raad van State werd gewezen in het kader van het administratieve kort geding.

De wet van 19 juli 1991 tot wijziging van de wetten op de Raad van State (...), houdende invoering van een administratief kort geding (...) verleende aan de Raad van State twee nieuwe exclusieve bevoegdheden.

Sinds de inwerkingtreding van de nieuwe wet op 22 oktober 1991 kan de Raad van State als enige de schorsing van de tenuitvoerlegging bevelen van een aangevochten akte of reglement van een administratieve overheid (art. 17 Wet Raad van State).

Wanneer een vordering tot schorsing bij hem aanhangig wordt gemaakt, kan de Raad van State bovendien als enige de nodige voorlopige maatregelen bevelen om de belangen van de partijen of van de personen die bij de oplossing van de zaak belang hebben, veilig te stellen, met uitzondering van de maatregelen die betrekking hebben op de burgerlijke rechten (art. 18, Wet Raad van State).

De wet van 19 juli 1991 voorziet reeds in de mogelijkheid om de tenuitvoerlegging van het schorsingsarrest te waarborgen door het opleggen van een dwangsom (art. 17, 6, § 5).

De wet van 22 december 1992 voorziet in dezelfde mogelijkheid met betrekking tot de voorlopige maatregelen (art. 18, vijfde lid)¹.

Te dezen is alleen de schorsingsbevoegdheid aan de orde.

De nieuwe schorsingsbevoegdheid van de Raad van State wordt omschreven met verwijzing naar art. 14, eerste lid, Wet Raad van State. Aldus slaat de schorsingsbevoegdheid op akten of reglementen van een administratieve overheid wanneer die akten of reglementen vatbaar zijn voor vernietiging wegens overtreding van substantiële of op straffe van nietigheid voorgeschreven vormen, overschrijding of afwending van macht.

Die tot de niet-jurisdictionele akten en besluiten beperkte schorsingsbevoegdheid is aldus afgeleid van de vernietigingsbevoegdheid zelf.

¹ Zie B. VAN DORPE, «De wet van 19 juli 1991 betreffende het administratief kort geding», *R.W.*, 1991-92, 1377; J.P. LAGASSE, CH. AMELYNCK en F. VAN DE GEJUCHTE, *Le référé administratif*, Ed. Formatique, 1992; J.F. NEURAY, «L'avenir du référé administratif», *Mélanges offerts à J. Velu*, Bruylant, 1992, 679; D. LAGASSE, «La loi du 19 juillet 1991», *J.T.*, 1993, 9.

Daar alleen de Raad van State bevoegd is om die vernietiging uit te spreken, kan ook hij alleen de uitvoering van de voor vernietiging vatbare akten of reglementen van een administratieve overheid schorsen, hetgeen neerkomt op een voorlopige vernietiging «erga omnes» van die akten of reglementen ².

De schorsing van de tenuitvoerlegging kan volgens § 2 van art. 17 alleen worden bevolen als ernstige middelen worden aangevoerd die de vernietiging van de aangevochten akte of het aangevochten reglement kunnen verantwoorden en op voorwaarde dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de akte of reglement een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen. Het gaat om twee cumulatieve voorwaarden.

De Raad van State kan als enige de schorsing van de tenuitvoerlegging bevelen (art. 17, § 1, eerste lid).

Het amendement dat is ingediend in de Senaat om de woorden «als enige» in artikel 17 te doen vervallen, werd verworpen.

In de memorie van toelichting wordt die exclusieve schorsingsbevoegdheid als volgt verduidelijkt:

«Zodra er bij de Raad van State een objectief beroep ahangig wordt gemaakt, dat wil zeggen een beroep, waarbij, door toepassing van het criterium van het echte voorwerp, de Raad van State zich niet verplicht zou voelen om uitspraak te doen over het bestaan of de reikwijdte van een subjectief recht waarop de eiser zich zou beroepen, zal hij dus bevoegd zijn – met uitsluiting van de rechter in kort geding – om de opschorting te bevelen van de uitvoering die hem gevraagd zou zijn» ³.

In zijn inleidende uiteenzetting voor de senaatscommissie heeft de minister van Binnenlandse Zaken in verband met de respectieve bevoegdheden van de Raad van State en van de rechtbanken van de rechterlijke orde erop gewezen:

«dat het wetsontwerp kan noch wil afbreuk doen aan de artikelen 92 en 93 van de Grondwet die bepalen dat de geschillen over burgerlijk en politieke rechten tot de bevoegdheid van de rechtbanken behoren, behoudens, wat de politieke rechten betreft, de bij de wet gestelde uitzonderingen.

«Betwistingen betreffende de subjectieve rechten moeten dus beslecht worden door de rechtbanken, behoudens andersluidende wettelijke bepaling wanneer het om politieke rechten gaat.»

«Het beroep op de Raad van State daarentegen is een objectief beroep, gebaseerd op artikel 94 van de Grondwet.»

«Dit onderscheid blijft onverkort bestaan, en het ontwerp verleent bijgevolg op generlei wijze aan de Raad van State de bevoegdheid om uitspraak te doen over geschillen betreffende burgerlijke subjectieve rechten.»

De minister verwijst voor het overige naar de memorie van toelichting.

Hij onderstreept nog uitdrukkelijk «dat het wetsontwerp een einde wil maken aan de thans bestaande praktijk waarbij men terzelfdertijd voor de Raad van State de vernietiging van een administratieve rechtshandeling vordert, en voor de gewone rechtbank, in kort geding, de schorsing ervan, zon-

der dat er eigenlijk een subjectief recht in het geding is. Die praktijk wordt thans toegepast in de gevallen waarin de Raad van State de schorsing niet kan bevelen, maar is niet heilzaam voor de goede werking van de verschillende rechtscolleges ⁴.»

Het komt er bijgevolg op aan, evenzeer met betrekking tot de schorsings- als ten aanzien van de vernietigingsbevoegdheid van de Raad van State, na te gaan of een subjectief recht het werkelijk en rechtstreeks voorwerp van het geding is ⁵.

In het eerste onderdeel wordt aangevoerd dat de Raad van State door het middel tot schorsing van de bouwvergunning als ernstig te beoordelen op grond dat de ingebrachte bezwaren «betreffende de onwettige uitzichten en lichten» en «de verstoring van het tussen de erven bestaande evenwicht (...)» onderzocht noch beantwoord werden, kennis heeft genomen van een geschil over burgerlijke rechten.

De vordering door de eerste verweerder en de tweede verweester ingesteld voor de Raad van State strekt tot schorsing van de tenuitvoerlegging van een aan eiser verleende bouwvergunning.

Ze is, zoals de Raad van State het vaststelt, gegrond op de miskenning van de motiveringsverplichting van de bestuurshandelingen in het algemeen en van de behandeling van de bouwvragen in het bijzonder.

De vordering strekt derhalve tot de toetsing van de bouwvergunning aan de rechtsregel van de legaliteit en begeeft zich op het domein van het objectieve recht van «le contentieux objectif».

In ons wettelijk arsenaal staat aan de rechtzoekenden geen andere bijzondere regeling ter beschikking op grond waarvan zij bij een rechtscollege van de Rechterlijke Macht, ook niet bij de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg rechtsprekend in kort geding, een voorziening met hetzelfde voorwerp, doel en dezelfde grondslag zouden kunnen instellen.

Er is inzake stedenbouw enkel een bijzondere rechtspleging in kort geding voor de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg georganiseerd met betrekking tot de vordering van de belanghebbende tot opheffing van het bevel tot staking van de bouwwerkzaamheden (art. 68 Stedenbouwwet).

Uit het bestreden arrest blijkt dat de bezwaren door de eerste twee verweerders ingediend tegen het bouwproject van eiser betrekking hebben op de hoogte van het gebouw, de daardoor ontstane schaalbreuk ten opzichte van de links en rechts ervan gelegen gebouwen en het uitzicht op hun tuin.

De administratieve overheid heeft inzake stedenbouw een discretionaire bevoegdheid, ook al is haar bevoegdheid aan bepaalde regels gebonden. Ze heeft met name een beoordelingsmacht met betrekking tot de goede ruimtelijke ordening waarover zij moet waken en toezicht houden.

⁴ *Parl.St.*, Senaat, 1990-91, 1300/2, 3.

⁵ Zie *Cass.*, 25 okt. 1985, *A.C.*, 1985-86, met concl. proc.-gen. KRINGS; *Cass.*, 10 april 1987, Ver. k., *ibid.*, 1986-87, nr. 477, met concl. adv.-gen. VELU; *Cass.*, 5 febr. 1993, Ver. k., *A.C.*, 1992-93, met concl. O.M., *R.W.*, 1992-93, 1132; *R.v.St.*, arrest nr. 31.153 van 21 okt. 1988, *Arr. R.v.St.*, 1988; Ch. HUBERLANT, *Le Conseil d'Etat et la compétence générale du pouvoir judiciaire*, Brussel, Larcier, 1960, col. 62; *J.T.*, 1960, 73-79, 94-100, 109-114, 133-138 en 151-155.

² Advies van de algemene vergadering van de afdeling wetgeving, *Gedr.St.*, Senaat, 1990-91, nr. 1300/1, 40.

³ *Parl. St.*, Senaat, 1990-91, nr. 1300/1, 23.

Dat «uitzichten en privacy (...) ook bij de beoordeling van de verenigbaarheid van een bouwproject met de eisen van de goede plaatselijke aanleg betrokken dienen te worden», zoals in het bestreden arrest wordt gezegd, is een aspect waarmee de administratieve overheid, binnen de beoordelingsruimte waarover zij krachtens haar discretionaire macht beschikt, voor de beslissing die zij ten opzichte van bepaalde feitelijke omstandigheden moet nemen, rekening kan houden.

Wanneer ze dit doet, hetgeen de eerste twee verweerders met het indienen van hun bezwaren onder meer beoogden, houdt ze niet op haar discretionaire bevoegdheid uit te oefenen.

De Raad van State kon dan ook oordelen dat de bezwaren, met inbegrip van die aangaande de uitzichten, niet op behoorlijke en afdoende wijze werden beantwoord, zonder daardoor het domein van het «objectief contentieux» te verlaten.

In het eerste onderdeel van het middel wordt nog aan het arrest van de Raad van State verweten dat het bij de beoordeling van de ernst van het middel kennis heeft genomen van de door de eerste twee verweerders opgeworpen schending van hun burgerlijke rechten.

Het «ernstig» karakter van het middel houdt in dat het van die aard moet zijn dat het op het eerste gezicht kan leiden tot de vernietiging van de aangevochten beslissing ⁶.

Het door de verweerders opgeworpen en door de Raad van State ernstig bevonden middel berust op een tekortkoming aan de motiveringsplicht.

Het arrest van de Raad van State gaat na in hoeverre de bezwaren van de verweerders werden onderzocht en besluit daaruit wat volgt :

«dat in het advies van de gemachtigde ambtenaar waarvan de bouwvergunning het beschikkend gedeelte overneemt, in wezen enkel wordt gezegd dat het college van burgemeester en schepenen van de Stad Aalst de tijdens het openbaar onderzoek geformuleerde bezwaren dit keer behoorlijk en zorgvuldig (heeft) onderzocht, beoordeeld en beantwoord, op grond van een weerleggingsnota van 23 september 1992 van de architect die de bouwplannen ontworpen had en na kennisname van de resultaten van een onderzoek van zijn diensten ter plaatse, en wordt verklaard dat de opvattingen en stellingen van het college kunnen worden bijgetreden inzonderheid omdat de constructie zoals ze thans opgericht werd, niet meer dan normale hinder veroorzaakt t.o.v. de aangelanden-klagers ; dat het advies aldus enkel beweringen bevat die op geen manier worden gemotiveerd of gestaafd ; dat het middel ernstig is».

Het is derhalve op grond van de vaststelling dat het door het college van burgemeester en schepenen overgenomen advies van de gemachtigde ambtenaar enkel beweringen bevat die op geen manier worden gemotiveerd of gestaafd dat het middel ernstig wordt genoemd.

Die appreciatie impliceert geen oordeel over burgerlijke rechten, maar beduidt dat het door de verweerders aangevoerde en door de Raad van State ernstig bevonden middel, dat een tekortkoming aan de motiveringsplicht aanklaagt, op het eerste gezicht kan leiden tot vernietiging.

Het eerste onderdeel van het middel lijkt me ongegrond.

In het tweede onderdeel van het middel wordt aangevoerd dat de Raad van State, in het kader van het onderzoek naar het te lijden, moeilijk te herstellen nadeel, ingeval de bouwvergunning niet onmiddellijk werd geschorst, ten onrechte kennis heeft genomen van de middelen betreffende de uitzichten en de verstoring van het tussen naburige erven bestaande evenwicht.

Dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de aangevochten beslissing een moeilijk te herstellen nadeel kan berokkenen, staat als tweede cumulatieve voorwaarde voor de schorsing ter beoordeling van de Raad van State.

Die beoordeling veronderstelt dat de Raad van State de beperkingen die hem worden opgelegd, bij het onderzoek van de eerste voorwaarde in acht heeft genomen, hetgeen te dezen blijkt uit de bespreking van het eerste onderdeel van het middel.

Die beperkingen moeten door de Raad van State bij de beoordeling van het middel wat de eerste voorwaarde betreft, in acht worden genomen omdat het er dan op aankomt na te gaan of de aangevochten beslissing vatbaar is voor vernietiging krachtens artikel 14, eerste lid, en aldus zijn bevoegdheid in dezen vast te stellen.

Als die bevoegdheid is vastgesteld, kan de Raad van State, bij de beoordeling van het middel wat de tweede voorwaarde betreft, het er bedoelde nadeel bepalen, ongeacht de graad van rechtsbescherming van het rechtmatig belang waarnaar verwezen wordt.

Dat er met dit rechtmatig belang van de ene partij een juridische verplichting van een ander rechtssubject dan de overheid overeenstemt, is in dit verband irrelevant. Immers, met betrekking tot de schorsing geldt, zoals met betrekking tot de nietigverklaring, de regel dat de omstandigheid dat ze repercussies heeft of kan hebben op enig subjectief recht niet tot de onbevoegdheid van de Raad van State leidt ⁷.

De beoordeling van de tweede schorsingsvoorwaarde noopt de Raad van State ook niet om uitspraak te doen over schade, omvang en herstel.

Integendeel, bij schorsing wordt met het stellen en de toepassing van de tweede voorwaarde het voorkomen van schade beoogd.

Conclusie : verwerping.

Arrest

Gelet op het bestreden arrest, op 15 januari 1993 door de Raad van State gewezen ;

Overwegende dat uit de gegevens waarop het Hof vermacht te slaan blijkt dat de verweerders C. en Van I. op 13 januari 1993 bij de Raad van State een verzoek hebben ingediend tot schorsing van de tenuitvoerlegging, bij uiterst dringende noodzakelijkheid, van een besluit van het college van burgemeester en schepenen van de Stad Aalst van 21 december 1992 waarbij een vergunning wordt verleend voor het bouwen van een appartementsgebouw op een aan eiser toebehorend perceel ; dat de stad Aalst als tegenpartij werd aangewezen ;

Dat eiser in het geding is tussengekomen en gevraagd heeft dat het verzoek van de verweerders C. en Van I. we-

⁶ *Parl.St., Senaat*, 1990-91, 1300/2, 9.

⁷ *Cass.*, 10 april 1987 : zie noot 5.

gens onbevoegdheid van de Raad van State zou worden verworpen;

Dat de bestreden beslissing de schorsing van de tenuitvoerlegging van het besluit van 21 december 1992 van het college van burgemeester en schepenen van de Stad Aalst beveelt ten aanzien van alle verweerders, met inbegrip van het Vlaamse Gewest;

Over het door het Vlaamse Gewest opgeworpen middel van niet-ontvankelijkheid van de voorziening: eiser heeft geen belang omdat er tussen eiser en het Vlaamse Gewest voor de Raad van State geen geding was aangespannen en het arrest geen veroordeling van eiser uitspreekt ten voordele van het Vlaamse Gewest;

Overwegende dat de voorziening gericht is tegen een arrest van schorsing gewezen zowel tegen de stad als tegen het gewest en derhalve terecht werd ingesteld tegen die beide betrokken overheden;

Dat het middel van niet-ontvankelijkheid moet worden verworpen;

Over het middel: schending van de artikelen 8, lid 1, van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, gesloten te Rome op 4 november 1950, goedgekeurd bij de wet van 13 mei 1955, 92, 106 van de Grondwet, 544, 678, 679 van het Burgerlijk Wetboek, 591, 3°, 609, 2°, van het Gerechtelijk Wetboek, 17, § 2, 33, van de bij koninklijk besluit van 12 januari 1973 gecoördineerde wetten op de Raad van State, gewijzigd bij de wetten van 16 juni 1989 en 19 juli 1991, 45 van de wet van 29 maart 1962 houdende organisatie van de ruimtelijke ordening en van de stedenbouw, gewijzigd bij de wet van 22 december 1970, en 2, 3°, littera b, negende streepje, van het ministerieel besluit van 6 februari 1971 tot vaststelling van het dossier van de aanvraag om bouwvergunning.

doordat het arrest de schorsing beveelt van de tenuitvoerlegging van het besluit van 21 december 1992 van het college van burgemeester en schepenen van de stad Aalst waarbij aan eiser een vergunning wordt verleend voor het oprichten van een appartementsgebouw op een perceel gelegen te Aalst, op verbeurte van een dwangsom ten laste van de stad Aalst van 1.000.000 fr. per dag of gedeelte van een dag dat zij toelaat dat er werkzaamheden plaatsvinden aan, in of op het betwiste pand dat werd vergund, op grond: «dat eiser doet gelden dat eerste verweerders het nadeel dat zij aanvoeren, baseren op het feit dat vanuit het vergunde gebouw 'extreem meer zichten» op hun tuin zouden ontstaan, dat de Raad van State dan ook onbevoegd is om van 'dergelijke grieven' kennis te nemen daar zij berusten op vermeende burenhinder en mogelijke wettelijke erfdiensbaarheden van licht en uitzicht, waarvoor krachtens artikel 591, 3°, van het Gerechtelijk Wetboek de vrederechter bevoegd is; dat het bovendien gaat om twee eigendommen die vroeger aan dezelfde eigenaar toebehoorden en waarvan het evenwicht dat reeds lang geleden is ontstaan, door het voorgenomen werk niet wordt verbroken, hetgeen nog toevoegt aan de onbevoegdheid van de Raad; dat de vordering van verweerders tot voorwerp heeft de schorsing van de tenuitvoerlegging van een naar hun oordeel wederrechtelijk afgegeven bouwvergunning; dat de verwijzing naar de vermenigvuldiging van de uitzichten ten gevolge van de uitvoering van het vergunde bouwwerk, gebeurt om het nadeel aan te tonen dat uit de te schorsen vergunning voortvloeit en waarvan het bestaan een ontvankelijkheidsvoorwaarde van de vordering tot

schorsing vormt; dat de uitzichten en privacy overigens ook bij de beoordeling van de verenigbaarheid van een bouwproject met de eisen van de goede plaatselijke aanleg betrokken dienen te worden; dat de Raad van State bevoegd is om kennis te nemen van de door verweerders ingestelde vordering tot schorsing; dat krachtens artikel 17, § 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State slechts tot schorsing van de tenuitvoerlegging kan worden besloten onder de dubbele voorwaarde dat ernstige middelen worden aangevoerd die de vernietiging van de aangevochten akte of verordening kunnen verantwoorden, en dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden akte een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen; dat, wat de eerste voorwaarde betreft, verweerders o.m. als middel aanvoeren de schending van het gezag van gewijsde van 's Raads arrest nr. 39.972 van 2 juli 1992, de schending van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, de schending van artikel 45 van de stedenbouwwet van 29 maart 1962, de schending van de artikelen 6, § 2, en 7, van het koninklijk besluit van 6 februari 1971 betreffende de behandeling en de openbaarmaking van de bouwvoorvragen, de schending van de materiële motiveringsverplichting en de afwezigheid van de rechtens vereiste feitelijke grondslag, doordat de aangevochten beslissing werd genomen zonder dat aan de bezwaren van verweerders werd tegemoetgekomen, zonder dat deze bezwaren behoorlijk en afdoende werden beantwoord, en zonder dat er op juiste feiten berustende, in recht en redelijkheid aanvaardbare motieven bestaan om deze bezwaren ongegrond te achten; dat op het bezwaar van verweerders dat de op de bouwplannen aangegeven 'nokhoogte en de hoogte van de achtergevel' van het te vergunnen gebouw onjuist zijn en in werkelijkheid onderscheidelijk 21,15 m en 14,55 m bedragen, in de nota gevoegd bij de notulen van de vergadering van het college van burgemeester en schepenen van de stad Aalst, van 12 oktober 1992 wordt geantwoord dat de voorziene hoogten 'wel degelijk kloppen' en dus overeenkomen met de door verweerders aangegeven cijfers en dat uit het plan nr. 7 'gevels en doorsneden' blijkt dat 'het gabariet van het gebouw, waarvoor aanvraag, onder het gabariet ligt van het te slopen gebouw', en op hun bezwaar dat het te vergunnen appartementsgebouw ontoelaatbare uitzichten verschaft op hun achterliggende tuin, dat 'wordt voldaan aan de bepalingen van het Burgerlijk Wetboek, inzonderheid artikel 679, volgens hetwelk rechtstreekse lichten en zichten op 19 centimeter van de perceelsgrens toegelaten zijn' en dat de klacht bovendien irrelevant is aangezien het nieuwe gebouw een bestaand gebouw zal vervangen dat 'belangrijk hoger en groter is'; dat aldus m.b.t. het verschil van de bouwvolumes van beide bedoelde gebouwen weliswaar wordt erkend dat de hoogten van het vergunde gebouw die door verweerders worden aangehaald, inderdaad overeenkomen met die welke op de bouwplannen zijn aangegeven en met de aangevochten bouwvergunning worden goedgekeurd, doch op geen enkele wijze wordt aangetoond, zelfs niet gepoogd wordt aan te tonen, dat die hoogten, in tegenstelling met wat verweerders beweren, minder groot zijn dan die van het te vervangen gebouw; dat in ieder geval uit een van de bij de bouwvoorvraag gevoegde plannen, en in acht genomen de daarin gebruikte schaal, afgeleid kan worden dat de nokhoogte van dat laatste gebouw ongeveer 18,5 m bedroeg; dat de verwijzing naar artikel 679 van het Burgerlijk Wetboek

voorts geen stedenbouwkundig argument vormt, geen aanwijzing geeft omtrent de verenigbaarheid van het bouwproject met de eisen van de goede plaatselijke aanleg en in genedele aantoon dat het vergunde gebouw, dat boven de links en rechts ervan gelegen woningen uitsteekt, ten opzichte van deze laatste geen schaalbreuk teweegbrengt; dat het argument, afgeleid uit het feit dat het nieuwe gebouw een bestaand oud gebouw heeft vervangen, evenmin waarde heeft, gelet op de aard van het oude gebouw, namelijk een handelspand voor het drogen en het opslaan van hop en in acht genomen dat het andere gebouw aan de kant van het eigendom van verweerders enkel met vier, van mat glas voorziene vensters hierop uitgaaf, terwijl ten gevolge van de uitvoering van de vergunde bouwwerken door viermaal zoveel, van gewoon, doorzichtig glas voorziene vensters op de tuin van verweerders uitzicht gegeven zal worden vanuit de bewoonde appartementen; dat in het advies van de gemachtigde ambtenaar waarvan de bouwvergunning het beschikkend gedeelte overneemt, in wezen enkel wordt gezegd dat het college van burgemeester en schepenen van de stad Aalst de tijdens het openbaar onderzoek geformuleerde bezwaren dit keer 'behoorlijk en zorgvuldig heeft onderzocht en beantwoord', op grond van een 'weerleggingsnota van 23 september 1992 van de architect die de bouwplannen ontworpen had' en 'na kennisname van de resultaten van een onderzoek van zijn diensten' ter plaatse, en wordt verklaard dat de opvattingen en stellingen van het college kunnen worden bijgetreden inzonderheid omdat 'de constructie, zoals ze thans opgericht werd, niet meer dan normale hinder veroorzaakt t.o.v. de aangelanden-klagers'; dat het advies aldus enkel beweringen bevat die op geen manier worden gemotiveerd of gestaafd; dat het middel ernstig is;

dat wat de tweede voorwaarde betreft, verweerders het moeilijk te herstellen ernstig nadeel dat een onmiddellijke tenuitvoerlegging van de door hen aangevochten bouwvergunning hun kan berokkenen, omschrijven als volgt: 'Door de hoogte van het vergunde gebouw, zijn enorme dakconstructie, zijn hoge V/T index, de talrijke ramen met gewoon glas in de achtergevel die slechts drie meter van de perceelgrens verwijderd zijn, waardoor extreem meer zichten' op hun tuin ontstaan, zullen zij buitenmatige hinder ondervinden in vergelijking met het vroegere gebouw 'met enkel vier bouwniveaus, met slechts vier van mat glas voorziene ramen in de achtergevel en drie kleine raampjes in het dak', de voltooiing van het werk betekent 'ontegenzeggelijk een ernstige inbreuk op hun privacy' en meteen een ernstig nadeel waarvan de verwezenlijking enkel voorkomen kan worden door de onmiddellijke schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden bouwvergunning; dat hiermee op voldoende wijze is aangetoond dat verweerders anders een moeilijk te herstellen ernstig nadeel zullen lijden,

terwijl, eerste onderdeel, het arrest de ernst van het door verweerders aangevoerde middel afleidt uit het feit dat in het advies van de gemachtigde ambtenaar, waarvan de bouwvergunning het beschikkend gedeelte overneemt, in wezen enkel wordt gezegd dat het college van burgemeester en schepenen der stad Aalst de bezwaren van verweerder deze keer behoorlijk en zorgvuldig heeft onderzocht en de opvattingen van het college bijgetreden kunnen worden omdat de constructie zoals ze thans opgericht werd, niet meer dan normale hinder t.o.v. de aangelanden-klagers veroorzaakt, en als dusdanig dit advies enkel beweringen bevat die

op geen manier worden gemotiveerd of gestaafd; dat de bezwaren van verweerders, aangaande welke aldus aan de gemachtigde ambtenaar verweten wordt geen onderzoek te hebben gedaan en ze niet te hebben beantwoord, enerzijds de ontoelaatbare uitzichten en lichten betreffen die het te vergunnen appartementsgebouw op de achterliggende tuin van verweerders verschaft en gebaseerd zijn op de toepassing van de artikelen 678 en 679 B.W., die de rechtstreekse en zijdelingse uitzichten op naburige erven regelen; deze bezwaren anderzijds het verstoren van het gevestigde evenwicht tussen de naburige erven door de nieuwe constructie betreffen, nl. door de hierdoor teweeggebrachte schaalbreuk, de vervanging van een vroeger handelspand met slechts vier van mat glas voorziene vensters aan de kant van het eigendom van verweerders door het ontworpen appartementsgebouw met viermaal zoveel van gewoon doorzichtig glas voorziene vensters met zicht op het erf van verweerders waardoor ook hun privacy wordt miskend; door het aldus door verweerder aangevoerde middel tot schorsing van de bouwvergunning als ernstig te beoordelen op grond van het feit dat deze bezwaren van verweerders betreffende de onwettige uitzichten en lichten op hun erf en de verstoring van het tussen de erven bestaande evenwicht, waarvan eiser de realiteit betwistte, in het advies van de gemachtigde ambtenaar onderzocht noch beantwoord waren, de Raad van State kennis heeft genomen van een geschil over burgerlijke rechten, dat het werkelijk en onmiddellijk voorwerp is van dit middel en dat verweerders voor de rechterlijke overheid konden doen gelden, zodat de door eiser aangevoerde exceptie van onbevoegdheid ten onrechte werd verworpen (schending van de artt. 92, 106 van de Grondwet, 544, 678, 679 B.W. en 33 K.B. van 12 januari 1973); dat het feit dat verweerders die rechtsmiddelen aanvoerden, samen met andere bezwaren om het nadeel aan te tonen dat uit de te schorsen bouwvergunning voor hen voortvloeit en waarvan het bestaan een ontvankelijkheidsvereiste vormt van de vordering tot schorsing, daaraan geen afbreuk doet; immers het formele voorwerp van het voor de Raad van State ingestelde beroep, nl. de bouwvergunning, niet belet dat door beide rechtsmiddelen betreffende de erfdienstbaarheden en het evenwicht tussen de erven specifieke burgerlijke geschillen ten onrechte aan de Raad van State onderworpen werden (schending van de artt. 92, 106 van de Grondwet, 544, 678, 679 B.W., 591, 3°, 609, 2°, Ger.W., 17, § 2, en 33 K.B. van 12 januari 1973); het feit dat uitzichten en privacy ook bij de beoordeling van de verenigbaarheid van een bouwproject met de eisen van de goede plaatselijke aanleg betrokken dienen te worden, evenmin tot gevolg heeft dat geschillen over burgerlijke rechten, zoals de onderhavige over de werkelijkheid van zichten en over de buitenmatige storing van het evenwicht tussen naburige erven, aan de bevoegdheid van de rechterlijke macht zouden worden onttrokken; immers een bouwvergunning toegekend wordt onder voorbehoud van de bestaande burgerlijke rechten als erfdienstbaarheden en het bestaand evenwicht der erven en een bouwvergunning geen inbreuk maakt op de burgerlijke rechten en verplichtingen (schending van art. 8, lid 1, van de Europese Conventie van 4 november 1950, 92, 106 van de Grondwet, 544, 678, 679, B.W., 591, 3°, 609, 2°, Ger. W., 17, § 2, 33 K.B. van 12 januari 1973, 45 van de wet van 29 maart 1962, 2, 3°, en 6 van het M.B. van 6 februari 1971);

tweede onderdeel, het arrest het door verweerders moeilijk te herstellen ernstig nadeel, dat zij zullen lijden indien de verleende bouwvergunning niet onmiddellijk wordt geschorst, afleidt uit de hoogte van het vergunde gebouw, zijn enorme dakconstructie, zijn hoge V/T index, de talrijke ramen met gewoon glas in de achtergevel die slechts drie meter van de perceelsgrens verwijderd zijn, waardoor extreem meer zichten op hun tuin ontstaan en verweerders buitensmatige hinder zullen ondervinden in vergelijking met het vroeger gebouw met enkel vier bouwniveaus, met slechts vier van mat glas voorziene ramen in de achtergevel en drie kleine raampjes in het dak, en de voltooiing van het werk ontegenzeggelijk een ernstige inbreuk op hun privacy betekent; de Raad van State ten onrechte kennis heeft genomen van die middelen betreffende de uitzichten van het ontworpen gebouw op het erf van verweerders en betreffende de verstorings van het tussen de naburige erven bestaande evenwicht, die door eiser werden betwist, en ten onrechte de exceptie van onbevoegdheid, die eiser dienaangaande opwierp, verworpen heeft (schending van de artt. 544, 678 en 679 B.W.); immers de Raad van State, die niet bevoegd is om kennis te nemen van een eis die binnen de bevoegdheid van de rechterlijke overheden valt, evenmin de bevoegdheid heeft om kennis te nemen van de middelen van verweerders waardoor een geschil over burgerlijke rechten wordt opgeworpen, hebbende betrekking op de erfdienstbaarheden, het tussen de naburige erven bestaande evenwicht en het recht op privacy, die tot de kennisname van de rechterlijke overheid behoren en ter bescherming waarvan verweerders een vordering voor de justitiële rechter kunnen instellen (schending van de artt. 8, lid 1, van de Europese Conventie van 4 november 1950, 92, 106 van de Grondwet, 544, 678, 679, B.W., 591, 3°, 609, 2°, Ger.W. en 33 K.B. van 12 januari 1973); het feit dat verweerders die middelen aanvoerden samen met andere bezwaren, om het nadeel aan te tonen dat uit de te schorsen bouwvergunning voor hen voortvloeit en waarvan het bestaan een ontvankelijkheidsvereiste vormt voor de vordering tot schorsing, daaraan geen afbreuk doet (schending van de artt. 92, 106, der Grondwet, 591, 3°, 609, 2°, Ger.W., 17, § 2 en 33 K.B. van 12 januari 1973):

Wat het eerste onderdeel betreft :

Overwegende dat artikel 14 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State aan dit rechtscollege bevoegdheid geeft om, op het beroep van een belanghebbende tegen een handeling van een bestuurlijke overheid, die handeling nietig te verklaren wegens overtreding van hetzij substantiële, hetzij op straffe van nietigheid voorgeschreven vormen, overschrijding of afwending van macht ;

Dat, krachtens artikel 17, § 1, van de gecoördineerde wetten, wanneer een akte of een reglement van een administratieve overheid vatbaar is voor vernietiging krachtens het genoemde artikel 14, de Raad van State als enige de schorsing ervan kan bevelen ; dat, krachtens artikel 17, § 2, de schorsing alleen kan worden bevolen als ernstige middelen worden aangevoerd die de vernietiging van de aangevochten akte kunnen verantwoorden en op voorwaarde dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de akte een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen ;

Dat daaruit volgt dat de Raad van State de bevoegdheid heeft om in een administratief kort geding de schorsing te bevelen van een akte of een reglement van een bestuurlijke

overheid die hij op grond van de hem toegewezen bevoegdheid nietig kan verklaren in zoverre de middelen die hier tegen worden aangevoerd, berusten op de in artikel 14 van de gecoördineerde wetten bedoelde rechtsgronden en de verzoeker bewijst dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging hem een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen ; dat daardoor geen afbreuk wordt gedaan aan de bevoegdheid van de rechtbanken van de rechterlijke macht om uitspraak te doen over geschillen betreffende subjectieve rechten ;

Overwegende dat het onderdeel allereerst aanvoert dat het werkelijk en rechtstreeks voorwerp van het door de Raad van State aangenomen middel, namelijk dat de gemachtigde ambtenaar in zijn advies, waarvan de bouwvergunning het beschikkend gedeelte overneemt, de bezwaren geput uit de schending van burgerlijke rechten op uitzichten, op het evenwicht tussen naburige erven en op privacy, niet afdoende heeft beantwoord, neerkomt op het aanvoeren van de schending van die rechten, zodat de Raad van State uitspraak zou hebben gedaan over burgerlijke rechten ;

Overwegende dat het door de Raad van State ernstig bevonden middel afgeleid uit de schending door het college van burgemeester en schepenen van zijn motiveringsplicht met betrekking tot zijn beslissing over de door de verweerders sub 1 en 2 ingediende bezwaren en opmerkingen, namelijk de gevolgen die de aangevraagde vergunning had op hun subjectieve rechten, aan de Raad van State geen geschil onderwerpt over die subjectieve rechten zelf ;

Overwegende dat het onderdeel voor het overige aan het arrest verwijst dat het bij de beoordeling van de ernst van het middel kennis neemt van de door de verweerders sub 1 en 2 opgeworpen schending van hun burgerlijke rechten ;

Overwegende dat het door die verweerders opgeworpen eerste middel berust op een tekortkoming aan de motiveeringsplicht ; dat het arrest van de Raad van State nagaat in hoeverre de bezwaren van de verweerders werden onderzocht en daaruit besluit wat volgt : «dat in het advies van de gemachtigde ambtenaar waarvan de bouwvergunning het beschikkend gedeelte overneemt, in wezen enkel wordt gezegd dat het college van burgemeester en schepenen van de Stad Aalst de tijdens het openbaar onderzoek geformuleerde bezwaren dit keer 'behoorlijk en zorgvuldig heeft onderzocht, beoordeeld en beantwoordt, op grond van 'een weerleggingsnota van 23 september 1992 van de architect die de bouwplannen ontworpen had' en 'na kennisname van de resultaten van een onderzoek van zijn diensten' ter plaatse, en wordt verklaard dat de opvattingen en stellingen van het college kunnen worden bijgetreden inzonderheid omdat 'de constructie zoals ze thans opgericht werd, niet meer dan normale hinder veroorzaakt t.o.v. de aangelanden-klagers'; dat het advies aldus enkel beweringen bevat die op geen manier worden gemotiveerd of gestaafd ; dat het middel ernstig is» ;

Dat het middel derhalve ernstig wordt genoemd op grond van de vaststelling dat het door het college van burgemeester en schepenen overgenomen advies van de gemachtigde ambtenaar enkel beweringen bevat die hoe dan ook niet worden gemotiveerd of gestaafd ;

Dat de Raad van State aldus geen kennis neemt van een geschil over burgerlijke rechten ;

Wat het tweede onderdeel betreft :

Overwegende dat de Raad van State in geschillen waarvan hij wettelijk kennis kan nemen slechts de schorsing van een akte of reglement bedoeld in artikel 17 van de gecoördineerde wetten kan bevelen mits de verzoeker bewijst dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen ;

Dat, in zoverre aan de overige wettelijke vereisten is voldaan, de Raad van State de beoordeling van het moeilijk te herstellen ernstig nadeel dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de akte of het reglement kan berokkenen, vermag te gronden op alle gegevens die voor die beoordeling nuttig zijn, met inbegrip van de mogelijke gevolgen die de onmiddellijke tenuitvoerlegging kan hebben op subjectieve rechten van de verzoeker ;

Dat het middel niet kan worden aangenomen ;

...

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

4e KAMER — 12 OKTOBER 1993

Voorzitter : mevr. Bertrand

Raadsheren : mevr. Bosmans en de h. Dirix

Advocaten : mrs. Franssen, Van der Straten en Machiels

1. Onrechtmatige daad — Zeevaart — Aanvaring — Aansprakelijkheid Loods — Art. 3bis Loodswet — Schending E.V.R.M. — 2. Overeenkomst — Algemene voorwaarden — Exoneratiebeding — Monopoliepositie

1. Het door de wet van 30 augustus 1988 in de Loodswet ingevoegde artikel 3bis dat met retroactieve werking een nieuw aansprakelijkheidsregime instelt waarbij de organisator van een loodsdienst van iedere aansprakelijkheid wordt vrijgesteld, strijdt niet met het Eerste Aanvullend Protocol van het E.V.R.M. ter bescherming van het eigendomsrecht. Ook al ontstaat een vordering tot schadevergoeding zodra de bestanddelen voor de aansprakelijkheid zijn vervuld, kan een benadeelde toch niet bogen op een verkregen recht op schadeloosstelling en op de toepassing van het aansprakelijkheidsrecht zoals dit gold ten tijde van het schadegeval.

2. Dat de bedinger van een exoneratieclausule over een monopoliepositie beschikt, sluit de principiële geldigheid van zo'n beding niet uit.

M. P.O. t/ Stad Antwerpen en Coöp. V. B.

Overwegende dat de oorspronkelijke vordering van eerste geïntimeerde (hierna : de Stad) — na uitbreiding in conclusie — ertoe strekte appellante (hierna : de rederij) en tweede geïntimeerde (hierna B.) te horen veroordelen tot de betaling van 11.525.384 fr. (in hoofdsom) ter vergoeding van de schade ontstaan door een aanvaring op 23 maart 1986 van het m.s. Al Farabi met de petroleumbrug in de haven ; dat de rederij op haar beurt een vordering in vrijwaring instelde tegen B. ; dat B. eveneens een vordering in vrijwaring instelde tegen de rederij ;

Overwegende dat de eerste rechter de vordering van de Stad tegen de rederij gegrond verklaarde en aan de Stad akte verleende van de afstand van de vordering tegen B. ; dat de vordering tot vrijwaring van de rederij als ontoelaatbaar

werd afgewezen en de vrijwaringsvordering van B. doelloos werd verklaard ;

Overwegende dat de rederij de vernietiging van dit vonnis nastreeft ; dat zij erom verzoekt dat de vordering van de Stad wordt afgewezen, minstens dat haar vordering tot vrijwaring ten laste van B. wordt ingewilligd en dat de vordering tot vrijwaring van B. ongegrond wordt verklaard ;

Overwegende dat door de Stad incidenteel beroep werd ingesteld in zoverre de eerste rechter de vordering tot kapitalisatie van de interesten heeft verworpen ; dat zij bij conclusie afstand doet van het ingestelde incidenteel beroep ; dat zij echter bij conclusie haar vordering uitbreidt met de vergoeding voor muntontwaarding en zulks ten belope van 1.535.447 fr. ; dat zij verder, subsidiair, voor het geval het Hof van oordeel zou zijn dat de wet van 30 augustus 1988 geen toepassing vindt, haar aanspraken tegen B. handhaaft en incidenteel hoger beroep instelt tegen het vonnis van de eerste rechter in de mate waarin het beslist dat de Stad heeft afgezien van haar vordering tegen B. ;

Overwegende dat de feiten die ten grondslag liggen aan de onderhavige betwisting als volgt kunnen worden samengevat ; dat op 23 maart 1986 de «Al Farabi», een tankschip toebehorend aan appellante, bijgestaan door twee sleepboten en beloodst door een aangestelde van B., bij het uitvaren van het Marshalldok in aanvaring kwam met de hoeksteen en de schuttsbetimmering van de petroleumbrug ; dat hierdoor grote hoeveelheden olie in het water terecht kwamen en er aanzienlijke vervuiling ontstond ; dat de Stad een beroep deed op gespecialiseerde firma's om het dokwater, de schepen en de installaties te reinigen en die schade thans begroot wordt op 8.073.382 fr. (in hoofdsom) ; dat bij beschikking van de voorzitter van de Rechtbank van Koophandel te Antwerpen van 26 maart 1986, kapitein Van Hecke werd aangesteld als deskundige en dat diens verslag op 9 januari 1987 was neergelegd ;

Overwegende dat de eerste rechter de aansprakelijkheid van de kapitein heeft aangenomen ; dat de kapitein steeds het bevel voert ; dat hij verder de manoeuvre-eigenschappen van zijn schip dient te kennen en het van slecht zeemanschap getuigt volledig af te gaan op de raadgevingen verstrekt door de loods ; dat ook een fout van de loods kan worden aangenomen, maar dat die aansprakelijkheid op grond van art. 3bis, § 1, vierde lid, van de Loodswet van 3 november 1967 betreffende het loodsen van zeevaartuigen, eveneens bij de rederij komt te liggen ; dat deze wet ten volle uitwerking dient te krijgen nu het Arbitragehof bij arrest van 5 juli 1990 een vernietigingsberoep op grond van de schending van de artt. 6 en 6bis Gw. heeft verworpen ; dat m.b.t. de schending van art. 1 van het Eerste Aanvullend Protocol van het E.V.R.M. (hierna E.P.) het Arbitragehof geoordeeld heeft dat de bescherming uit die bepaling slechts geldt voor «reeds verkregen eigendom» ;

...

Overwegende dat de eerste rechter op goede gronden de aansprakelijkheid aanneemt van zowel de kapitein als van de loods en het Hof daarnaar verwijst ; dat, gelet op de bevindingen van de nautische expert, de aansprakelijkheid van de loods niet kan worden betwist ; dat hem het verwijt moet worden gemaakt dat hij — niettegenstaande zijn kennis van de plaatselijke omstandigheden — de kapitein niet heeft geadviseerd ten minste een bijkomende sleepboot in te span-

nen; dat echter ook de aansprakelijkheid van de kapitein moet worden aangenomen; dat niet voorbijgegaan kan worden aan het feit dat de omstandigheden die het mislukken van het maneuver tot gevolg hadden, niet uitsluitend toegeschreven kunnen worden aan plaatselijke omstandigheden waarvan alleen de loods kennis kan hebben; dat het invaren van de petroleumgeul bemoeilijkt werd door de harde wind uit een voor het maneuver ongunstige richting en door het vrije oppervlak boven de waterlijn dat was blootgesteld aan de wind; dat de kapitein zich evenzeer van de beperkte manoeuvreerbaarheid van het schip bewust diende te zijn; dat derhalve de kapitein, die met deze gegevens in de hand toch de beslissing nam uit te varen zonder bijkomende sleepboten, evenmin de vereiste zorgvuldigheid aan de dag heeft gelegd; dat hij als gezagvoerder heer en meester is over het schip en hij, wanneer de loods nalaat bijkomende hulp te vragen, daartoe zelf het initiatief had kunnen nemen;

Overwegende dat door eerste geïntimeerde terecht wordt betoogd dat door het cassatiearrest van 15 december 1983 (*R.W.*, 1984-85, 1247) geen afbreuk wordt gedaan aan de aansprakelijkheid van de scheepseigenaar ten opzichte van derden voor tekortkomingen van de loods en dat dit arrest enkel betrekking heeft op de verhouding tussen scheepseigenaar en loods;

Overwegende dat derhalve de oorspronkelijke vordering van de Stad tegen de rederij gegrond voorkomt en wat dat betreft het hoger beroep van appellante niet kan worden ingewilligd;

Overwegende dat thans de aansprakelijkheid dient te worden onderzocht van B. ten aanzien van de rederij en de Stad; dat, zoals hiervoren werd uiteengezet, de rederij een regresvordering instelt tegen B. en de Stad tegen haar subsidiair aanspraken formuleert;

Overwegende dat de eerste rechter echter de loods van iedere aansprakelijkheid vrijstelde gelet op de bepalingen van de wet van 30 augustus 1988; dat luidens art. 3bis, § 1, Loodswet de organisator van een loodsdienst van iedere aansprakelijkheid wordt vrijgesteld en die aansprakelijkheid op het schip wordt afgewenteld;

Overwegende dat, m.b.t. deze wet, de rederij doet gelden dat de toepassing ervan door de Belgische rechter ter zijde moet worden geschoven en dat deze wet strijdt met artikel 1 E.P.;

Overwegende dat niet kan worden betwist dat ook een vorderingsrecht een «eigendom» kan uitmaken in de zin van art. 1 E.P. (Suetens, L.P., «Eigendomsordening in het E.V.R.M.», in *Liber amicorum E. Krings*, (807), 811;

Overwegende dat echter de vraag rijst aan welke kwaliteiten zo'n vorderingsrecht moet voldoen om de bescherming van deze bepaling te kunnen genieten;

Overwegende dat eerste en tweede geïntimeerde verwijzen naar het arrest van het Arbitragehof van 5 juli 1990, waarin wordt beslist dat het onderscheid tussen schuldvorderingen naargelang zij al dan niet steunen op een gerechtelijke beslissing, geen discriminatie oplevert in het genot het recht op eigendom, nu art. 1 E.P. (en art. 11 Gw.) enkel de bescherming beoogt van «reeds verkregen eigendom»;

Overwegende dat aan het Arbitragehof niet de bevoegdheid werd verleend om te toetsen aan het E.V.R.M.; dat enkel gesproken kan worden van een «onrechtstreekse» toetsing (zie bij Velaers, J., *Van arbitragehof tot grondwettelijk hof*, 257, nrs. 327 e.v.); dat derhalve het Arbitragehof niet

op bindende wijze heeft kunnen beslissen dat art. 1 E.P. niet wordt geschonden door de wet van 30 augustus 1988; dat de hoven en rechtbanken ook na het arrest van 5 juli 1990 onverkort bevoegd zijn om de wet van 1988 te toetsen aan het E.V.R.M.;

Overwegende dat in art. 1 E.P. enkel gesproken wordt van «eigendom» en niet zoals bijvoorbeeld in de Nederlandse grondwet van het recht om «eigendom te verwerven»; dat daaruit overwegend wordt afgeleid dat het begrip eigendom enkel betrekking kan hebben op actuele, reeds «verworven rechten» (Suetens, o.c., 812);

Overwegende dat algemeen wordt aangenomen dat de vordering tot schadeloosstelling uit onrechtmatige daad ontstaat zodra de bestanddelen voor de aansprakelijkheid vervuld zijn, d.w.z. zodra de onrechtmatig veroorzaakte schade wordt geleden (Ronse, J., *Schade en schadeloosstelling*, in *A.P.R.*, 115, nr. 150); dat vanaf dat tijdstip de vordering bestaat in het vermogen van de benadeelde en deze bevoegd is erover te beschikken (afstand, overdracht);

Overwegende dat deze vaststelling er niet aan in de weg staat dat de benadeelde niet kan bogen op een verkregen recht op schadevergoeding; dat het uiteindelijk toewijzen van de vordering afhankelijk zal zijn van het oordeel van de rechter op grond van het op dat ogenblik geldend aansprakelijkheidsrecht; dat niets belet dat de wetgever dit aansprakelijkheidsstelsel wijzigt (bv. wijziging verjaringstermijnen, invoeren van exonaties, bewijslastverdeling); dat algemeen wordt aangenomen dat aan zo'n wetgeving ook terugwerkende kracht kan worden verleend (De Page, *Traité*, I, 344, nr. 232); dat zo'n wijziging overigens ook het gevolg kan zijn van een ontwikkeling in de rechtspraak; dat de benadeelde niet kan bogen op een verkregen recht op de toepassing van het aansprakelijkheidsrecht zoals dit gold ten tijde van het ontstaan van de schade; dat derhalve de vordering uit onrechtmatige daad niet kan worden beschouwd als verkregen eigendom in de zin van art. 1 E.P.;

Overwegende dat verder luidens art. 1 E.P. een aantasting van het eigendomsrecht niet ongeoorloofd is wanneer dit gewettigd is door een algemeen belang en niet noodzakelijkerwijze aanleiding moet geven tot vergoeding (E.H.R.M., 8 juli 1986, Lithgow); dat deze toetsing uiteindelijk een redelijkheidstoetsing is (Suetens, o.c., 817); dat het instellen van een nieuw aansprakelijkheidsstelsel dat overigens gelijkaardig is aan dat van de ons omringende landen niet als onredelijk kan worden beschouwd; dat verder het toekennen van een schadeloosstelling onverenigbaar zou zijn met de bedoeling van de wetgever;

Overwegende dat de exonatie van B. voor haar aansprakelijkheid in de onderhavige zaak in ieder geval voortvloeit uit het exonatiebeding vervat in de algemene voorwaarden;

Overwegende dat het verweer van appellante tegen de toepassing van dit beding, omdat, in de eerste plaats, B. beschikt over een monopoliepositie en er derhalve van een vrije toestemming geen sprake kan zijn, en vervolgens omdat dergelijke bedingen gelet op hun algemene draagwijdte de contractuele verplichtingen van B. volledig uithollen, niet kan worden aangenomen;

Overwegende dat het beschikken over een monopoliepositie in beginsel niet het maken van aansprakelijkheidsbedingen verhindert; dat algemeen de geoorloofdheid van exonaties voor eigen (lichte) fouten en van zware fouten

van aangestelden, wordt aanvaard; dat deze grenzen in de onderhavige zaak niet worden overschreden, nu de handelwijze van de loods zelf niet beschouwd kan worden als een zware fout;

...

HOF VAN BEROEP TE GENT

1e KAMER – 22 OKTOBER 1993

Voorzitter: de h. Roose

Raadsheren: de hh. Brugmans en De Buck

Advocaten: mrs. Kannas, Verstraeten en Traest

Voorlopige hechtenis – Bevoegdheid – Burgerlijke rechter – Kort geding

Aan de bevoegdheid van de onderzoeksgerechten inzake voorlopige hechtenis kan geen afbreuk worden gedaan. De wetten en de beginselen die de bevoegdheid van de onderzoeksgerechten regelen en die ook rekening houden met het openbaar belang, verzetten er zich tegen dat de rechter in kort geding zich zou uitspreken over het al of niet voortduren van de voorlopige hechtenis.

Procureurs des Konings te Gent t/ T. e.a.

1. De zaken ingeschreven op de algemene rol der korte gedingen onder de nummers 12687 en 12693, betreffen ieder hetzelfde bevelschrift, gewezen door de voorzitter van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Gent in kort geding op 12 juli 1993, en worden samengevoegd. De hogere beroepen zijn tijdig ingesteld.

2. Op 23 juni 1993 werd door onderzoeksrechter Van de S. een bevel tot aanhouding verleend tegen Robert T. ervan verdacht te E. herhaaldelijk in de periode van 1 januari 1993 tot 23 juni 1993 als dader: a) iemand te hebben aangeworven met het oog op het plegen van ontucht of prostitutie; b) een huis van ontucht of prostitutie te hebben gehouden; c) souteneurschap.

Op 25 juni 1993 verscheen Robert T., bijgestaan door een raadsman, voor de raadkamer te Gent. Zijn echtgenote (Sylvia T.), die ook aangehouden was, diende terzelfder tijd te verschijnen.

In de gevangenis kregen beide verdachten betekening van een beschikking van de raadkamer tot handhaving van de voorlopige hechtenis.

Sylvia T. tekende hoger beroep aan en werd door de kamer van inbeschuldigingstelling op 8 juli 1993 in vrijheid gesteld.

Robert T. tekende geen beroep aan maar zijn raadsman stelde achteraf in de tekst vast dat de raadkamer ten opzichte van het bevel tot aanhouding ten laste van Robert T. tweemaal (een eerste maal in het overwegend gedeelte, een tweede maal in het dictum) zegde dat de naam van de verdachte dient te worden gelezen als T. Sylvia i.p.v. S. Parane Sylvia.

De raadsman besloot daaruit dat Robert T. in de gevangenis was opgesloten zonder recht noch titel en verzocht op 7 juni 1993 de dienstdoende onderzoeksrechter om op grond van artikel 616 van het Wetboek van Strafvordering een ein-

de te maken aan dat geval van willekeurige vrijheidsberoving. Deze onderzoeksrechter heeft in een pro justitia van 8 juli 1993 de onmiddellijke invrijheidsstelling van Robert T. bevolen. Het O.M. heeft verklaard beroep aangetekend te hebben tegen deze beschikking van de onderzoeksrechter.

In deze pro justitia stelde de onderzoeksrechter dat alleen de raadkamer de beschikking van 25 juni 1993 kon verbeteren maar dat een dergelijke verbetering nog niet was gevraagd. Het openbaar ministerie deed op 9 juli 1993 een verzoek tot uitlegging en verbetering, maar de raadkamer ging daar niet op in omdat Robert T. weigerde vrijwillig te verschijnen. Daarop liet het O.M. laatstgenoemde op 9 juli 1993 dagvaarden om te verschijnen voor de raadkamer op 13 juli 1993. De raadkamer wees de vordering af als onontvankelijk omdat de wettelijke termijn voor de dagvaarding niet was nageleefd.

Nog vóór laatstbedoelde beslissing werd genomen, werd Robert T. in vrijheid gesteld ingevolge het bestreden bevelschrift. Dat bevelschrift volgde op een dagvaarding van 10 juli 1993, die betekend werd na een daartoe verleende toelating en waarin Robert T. stelde dat de procureur des Konings en de gevangenisdirecteur de beschikking van de onderzoeksrechter naast zich neerlegden.

3. In het bestreden bevelschrift werd de vordering van Robert T. volledig ingewilligd tegen de procureur des Konings en tegen de gevangenisdirecteur. Ze werden veroordeeld om Robert T. onmiddellijk in vrijheid te stellen onder verbeurte van een dwangsom van 25.000 fr. per verwerende partij en per uur vertraging in de invrijheidsstelling vanaf het uur van de betekening van de beschikking.

4. In beide zaken gaf de waarnemende eerste voorzitter op 27 juli 1993 toelating aan appellanten om het hoger beroep in te leiden voor de vakantiekamer van het Hof op 4 augustus 1993 en om tegen die datum te dagvaarden.

Door het gebruik van de term «dagvaarden» heeft de eerste voorzitter zich niet uitgesproken over de vorm, waarin het hoger beroep ingesteld diende te worden, hetzij bij akte van een gerechtsdeurwaarder hetzij bij een verzoekschrift. Dat was trouwens niet de bedoeling van appellanten. Bijgevolg stelt eerste geïntimeerde ten onrechte dat, gelet op het gebruik van de term dagvaarden, de hogere beroepen, die ingesteld zijn bij verzoekschrift (conform artikel 1056, 2°, van het Gerechtelijk Wetboek), niet regelmatig zijn naar de vorm. Deze betwisting mist elke zin, aangezien eerste geïntimeerde bij brief van 2 augustus akte vroeg van zijn verklaring van schriftelijke verschijning.

De hogere beroepen zijn derhalve regelmatig naar de vorm.

5. In de zaak ARK 12687 stelt eerste geïntimeerde dat appellant op geen enkele wijze blijkt geeft van een direct en persoonlijk belang, zoals vereist in artikel 18 van het Gerechtelijk Wetboek.

Totaal ten onrechte stelt eerste geïntimeerde dat het beroep niet uitgaat van het openbaar ministerie. Het is duidelijk dat het openbaar ministerie partij in de zaak werd door de dagvaarding aan de procureur des Konings bij de Rechtbank van Eerste Aanleg te Gent. Hier zij opgemerkt dat Robert T. aanvankelijk een eenzijdig verzoekschrift met toepassing van artikel 584 Ger.W. neerlegde om te doen zeggen voor recht: «Jegens de heer gevangenisdirecteur te Gent en zo nodig jegens de Belgische Staat, vertegenwoordigd door de minister van Justitie en het openbaar minis-

terie, de onmiddellijke vrijlating van de verzoeker te bevelen.» De procureur des Konings werd veroordeeld de eisen-de partij onmiddellijk in vrijheid te stellen en er werd tegen hem ook een dwangsom uitgesproken. Het openbaar ministerie heeft uiteraard een belang om deze uitspraak, die haar als partij grieft, te bestrijden. Zij heeft een zelfde belang als de gevangenisdirecteur, wiens belang niet wordt betwist.

Het Hof neemt er akte van dat het openbaar ministerie, voor zoveel nodig, zich ook beroept op artikel 138, tweede lid, van het Gerechtelijk Wetboek, op grond waarvan het ambtshalve optreedt als de openbare orde zijn tussenkomst vergt.

Uit artikel 143, tweede lid, van het Gerechtelijk Wetboek blijkt dat alle opdrachten van het openbaar ministerie bij het hof van beroep door de procureur-generaal bij dat hof worden uitgevoerd. Daaruit volgt dat de procureur-generaal thans partij is in de zaak (Cass., 14 september 1989, *R.W.*, 1989-90, 846).

Het beroep is in de beide zaken ontvankelijk.

6.1. Beide appellanten kunnen zich niet akkoord verklaren met het feit dat de rechter in kort geding zich bevoegd heeft verklaard met de volgende overweging: «Het is vaststaand dat een kort-gedingrechter de bevoegdheid heeft tussen te komen indien een dringende maatregel afhangt van een strafrechterlijke instantie voor zover het optreden niet onverenigbaar is met de wetten en de beginselen houdende de regeling van de bevoegdheid van de strafrechten en de regels van de strafvordering zich hiertegen niet verzetten: in voorliggende zaak is dit niet het geval.»

6.2. Aan het geding ligt ten grondslag een incident in de loop van de rechtspleging betreffende de voorlopige hechtenis.

Zodra een bevel tot aanhouding is uitgevaardigd en voorts gedurende het hele gerechtelijk onderzoek is het de taak van de onderzoeksgerechten te oordelen of de voorlopige hechtenis moet voortduren. Dat is zo geregeld in de wet van 20 juli 1990.

Aan deze wetgeving wordt niet in het minst afbreuk gedaan door artikel 616 van het Wetboek van Strafvordering, dat betrekking heeft op willekeurige vrijheidsberoving (en dit, gelet op het voorafgaand artikel, in een plaats welke niet bestemd is om tot huis van arrest, huis van justitie of gevangenis te dienen).

Aan de bevoegdheid van de onderzoeksgerechten inzake voorlopige hechtenis kan geen afbreuk worden gedaan. De wetten en de beginselen die de bevoegdheid van deze onderzoeksgerechten regelen en die ook letten op het openbaar belang, verzetten er zich tegen dat de rechter in kort geding zich uitsprekt over het al dan niet voortduren van de voorlopige hechtenis.

6.3. Er dient vastgesteld te worden dat eerste geïntimeerde op 9 juli 1993 de gelegenheid had om te verschijnen voor de raadkamer naar aanleiding van een door het openbaar ministerie ingediend verzoekschrift tot uitlegging en verbetering. Hij weigerde toen te verschijnen terwijl hij er belang bij had zijn standpunt voor de bevoegde rechter te verdedigen. Hij kon weliswaar op dat ogenblik de beslissing van onmiddellijke invrijheidsstelling, bevolen door de onderzoeksrechter, invoeren, maar deze werd door het openbaar ministerie aangevochten in beroep.

De verdachte, die weigert gebruik te maken van een gelegenheid om te verschijnen voor zijn gewone rechter, kan

niet ernstig aanvoeren dat art. 5, lid 4, E.V.R.M. voor de rechter in kort geding een afdoende grond was om zich bevoegd te verklaren.

7. Het feit dat de hogere beroepen gegrond zijn heeft als gevolg dat de tegeneis, die ertoe strekt om elke appellant te veroordelen tot betaling van een schadevergoeding van 150.000 fr. wegens tergend en roekeloos beroep, wordt afgewezen als ongegrond.

NOOT – De rechter in kort geding en de voorlopige hechtenis

1. In het onderhavige arrest werd een zoveelste poging verijdeld om de rechtsmacht van de voorzitter van de rechtbank in eerste aanleg in kort geding uit te breiden en de voorzitter alzo te laten oordelen over de regelmatigheid van de voorlopige hechtenis.

2. Ingevolge de wet op de voorlopige hechtenis en de beginselen van strafvordering komt de controle over de voorlopige hechtenis exclusief toe aan de onderzoeksgerechten: de rechter in kort geding kan zich met deze toetsing niet inlaten zonder de wetten en beginselen die de bevoegdheid van deze onderzoeksgerechten regelen te miskennen (cf. P. Marchal, «De rechter in kort geding en de strafvordering», p. 325 in *Liber amicorum Mark Chatel*).

3. Het ligt voor de hand dat de voorlopige hechtenis niet kan worden afgedaan als een «administratieve feitelijkheid» ten einde de rechter in kort geding alsnog rechtsmacht te verlenen (zie P. Henry, «La compétence du juge des référés en vue de la vérification de l'efficacité d'un titre de détention», p. 234 in *R.C.P.*, 1991): de uitvoering van een beschikking van een onderzoeksgerecht is geen administratieve aan gelegenheid, maar behoort tot de strafvordering.

4. Te dezen beweerde de beklaagde dat zijn identiteit verkeerd was weergegeven in het bevel tot handhaving van zijn voorlopige hechtenis van de raadkamer. Hij diende normaal zijn juiste identiteit te laten vaststellen door de raadkamer overeenkomstig de bepalingen van de artikelen 518 en 519 van het Wetboek van Strafvordering of hij kon, wat zelfs eenvoudiger was, hoger beroep instellen en de rectificatie vragen aan de kamer van inbeschuldigingstelling.

5. Men kan zich niet van de indruk ontdoen dat bepaalde vindingrijke raadslieden steeds maar nieuwe rechtsmiddelen aanvoeren als hun pogingen faalden om voor de traditionele rechter gelijk te krijgen: als volstaan kan worden met een «feitelijkheid» aan te voeren om de tussenkomst van de rechter in kort geding te rechtvaardigen, dan wordt deze rechter niet alleen een super-strafrechter, maar dan overvleugelt hij alle andere gerechten (cf. M. Storme, «Het kort geding kan ook in strafzaken», p. 284 in: *Liber amicorum Jules D'Haenens*). Ook voor juristen geldt de raad: «Put your theories in practice before you expound them»...

A. Vandeplas

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

4e KAMER – 23 NOVEMBER 1993

Voorzitter: mevr. Bertrand

Raadsheren: mevr. Bosmans en de h. Dirix

Advocaten: mrs. Bosman loco Tricot, De Paep en Deck loco Eykerman

Zeerecht – Aanvaring – Artikel 270 Zeewet – Toepassingsgebied – Internationale norm – Verjaring – Art. 26 Voorafgaande Titel Sv.

Artikel 270, eerste lid, Zeewet, dat alle rechtsvorderingen tot vergoeding van door aanvaring veroorzaakte schade betreft, moet worden beschouwd als een internationaalrechtelijke norm die prevaleert op de interne Belgische wetgeving die, zoals in art. 26 Voorafgaande Titel Sv., een langere verjaringstermijn bepaalt.

C.T.N. t/ S. en N.V.M.

Overwegende dat voor de eerste rechter appellante de veroordeling nastreefde van eerste geïntimeerde voor de schade aan haar zeeschip «Sfax» begroot op 2.366.385 fr. (in hoofdsom) ten gevolge van een aanvaring met het schip «Federal Elbe» van eerste geïntimeerde bij het manoeuvreren in het insteekdok van de werf van tweede geïntimeerde; dat in het geding tweede geïntimeerde vrijwillig is tussengekomen; dat appellante haar vordering ook instelde tegen tweede geïntimeerde; dat op haar beurt eerste geïntimeerde een tegenvordering instelde tot teruggave van de garantie die werd verleend met het oog op het afwenden van een dreigend bewarend beslag; dat eerste geïntimeerde tevens een vordering tot vrijwaring instelde tegen tweede geïntimeerde;

Overwegende dat de eerste rechter de vordering van appellante ten laste van eerste geïntimeerde niet ontvankelijk verklaarde wegens verjaring en die ten laste van tweede geïntimeerde als ongegrond afwees; dat hij de vrijwaringsvordering van eerste geïntimeerde ten laste van tweede geïntimeerde dientengevolge doelloos verklaarde en de tegenvordering toelaatbaar en gegrond verklaarde;

Overwegende dat appellante de vernietiging vordert van het eerste vonnis zodat beide geïntimeerden solidair of minstens in solidum veroordeeld worden tot betaling van de som van 2.366.385 fr.; dat eerste geïntimeerde subsidiair incidenteel beroep instelt voor zover de eerste rechter beslist heeft dat aan tweede geïntimeerde geen fout kan worden verweten;

Overwegende dat nopens de feiten het verslag van kapitein Van Clemen voorligt; dat de aanvaring tussen beide schepen plaatsvond op 21 augustus 1984 aan kaai 508, een insteekdok aan de werf van tweede geïntimeerde; dat de «Sfax» gemeerd lag op nr. 6, terwijl aan de overzijde de «Montsalva» aangemeerd lag op nr. 2; dat de «Federal Elbe» eveneens voor herstelling het insteekdok diende binnen te varen; dat hiertoe het schip door moest varen tussen beide genoemde schepen aan weerszijden van het dok; dat de ruimte gelet op de omvang van de «Federal Elbe» beperkt was; dat verder het schip hoog op het water lag en hierdoor erg windgevoelig; dat bij het passeren van de «Sfax» het bovenbordes van de stuurboordstatietrap de bakboordstatietrap van de «Sfax» werd geraakt, waardoor de genoemde schade ontstond;

Overwegende dat eerste geïntimeerde de verjaring opwerpt; dat luidens art. 270, eerste lid, Zeewet iedere vordering wegens aanvaring ingesteld moet worden binnen twee jaar; dat het schadegeval plaats had op 21 augustus 1984 zodat op 15 september 1986, het tijdstip van de dagvaarding, de verjaring reeds was ingetreden;

Overwegende dat appellante daartegen doet gelden dat luidens art. 100 van het Algemeen Scheepvaartreglement iedere overtreding strafbaar is; dat de aanvaring enkel kon plaatsvinden doordat de «Federal Elbe» een inbreuk maakte op art. 102bis, nl. het niet nemen van de nodige voorzorgsmaatregelen; dat de inbreuk op dit artikel een misdrijf is; dat luidens art. 26 Voorafgaande Titel Sv. de burgerlijke vordering eerst verjaart door verloop van vijf jaren te rekenen van de dag waarop het misdrijf is gepleegd;

Overwegende dat hiertegen door eerste geïntimeerde wordt aangevoerd dat de nationale wetgeving moet wijken voor een hogere internationale norm, meer bepaald het Internationaal Verdrag van 23 september 1910 voor de eenmaking van sommige regelen inzake aanvaring (hierna: Aanvaringsverdrag);

Overwegende dat daarop appellante antwoordt dat het Aanvaringsverdrag enkel de verdragsluitende partijen bindt; dat de vlaggestaat van de «Federal Elbe», nl. Liberia, niet tot dat verdrag is toegetreden; dat verder wordt betoogd dat art. 270 Zeewet werd ingevoerd bij een gewone Belgische wet uit 1911 en derhalve onmogelijk kan primeren op de latere wet van 30 mei 1961 met betrekking tot art. 26 Voorafg. Titel Sv.; dat bovendien toen art. 270 werd ingevoerd bij de wet van 12 augustus 1911, het Aanvaringsverdrag nog niet was goedgekeurd, zodat die bepaling niet kan worden opgevat als een hogere internationale norm;

Overwegende dat internationaalrechtelijke regelen deroegeren aan de interne Belgische wetgeving; dat dit ook het geval is voor interne wetgeving die de openbare orde raakt; dat om die reden het Aanvaringsverdrag, dat in art. 7 de vordering met betrekking tot aanvaringen onderwerpt aan de tweejarige verjaringstermijn, primeert op het bepaalde in art. 26 Voorafgaande Titel Sv.;

Overwegende dat uit art. 12 van het Aanvaringsverdrag blijkt dat de bepalingen ervan niet enkel van toepassing zijn op aanvaringen waarbij schepen van de verdragsluitende staten zijn betrokken, maar ook op alle andere gevallen die door de nationale wetgevers worden omschreven; dat de Belgische wetgever dit gedaan heeft door in art. 259, eerste lid (thans: art. 270, eerste lid) Zeewet de verjaringstermijn voor schade uit aanvaringen in het algemeen vast te stellen op twee jaar; dat derhalve het Aanvaringsverdrag op de onderhavige aanvaring van toepassing is en dit verdrag de langere verjaringstermijn uit art. 26 Voorafgaande Titel Sv. ter zijde schuift;

Overwegende dat art. 259, eerste lid (thans: 270 eerste lid) Zeewet werd ingevoerd bij de wet van 12 augustus 1911 (B.S., 23 augustus 1911); dat uit de memorie van toelichting met zoveel woorden blijkt dat dit gebeurde met het oog op de aanpassing van de Zeewet aan het Aanvaringsverdrag en in het raam van de verdere harmonisering van het zeerecht (*Parl. Stukken, Kamer*, 1910-11, nr. 109); dat overigens het Aanvaringsverdrag op dat ogenblik reeds in beide kamers werd goedgekeurd op resp. 19 juli 1911 (Kamer van Volksvertegenwoordigers) en op 2 augustus 1911 (Senaat);

Overwegende dat derhalve de eerste rechter terecht besliste tot de verjaring van de vordering appellante ten laste van eerste geïntimeerde; dat dientengevolge de vordering tot vrijwaring van eerste geïntimeerde geen voorwerp heeft; dat derhalve de tegenvordering van eerste geïntimeerde tot restitutie van de bankgarantie evenzeer gegrond is;

Overwegende dat de eerste rechter ook moet worden bijgevalen waar hij tweede geïntimeerde vrijstelt van iedere quasi-delictuele aansprakelijkheid jegens appellante; dat aan tweede geïntimeerde geen enkele onzorgvuldigheid bij de planning kan worden verweten; dat de gezagvoerder van de «Federal Elbe» een goed overzicht had van de situatie; dat hij de moeilijkheden van het manoeuvreren had moeten voorzien en dat hij alle gelegenheid had om bijkomende maatregelen te nemen; dat hij het zelfs niet nodig vond de loopbrug (1,08 meter buiten de loodlijn) in te halen; dat door het niet nemen van deze elementaire voorzorg de schade is ontstaan; dat de schade derhalve uitsluitend te wijten is aan de «Federal Elbe»;

...

VREDEGERECHT TE GENT

1e KANTON – 6 SEPTEMBER 1991

Rechter: de h. Vande Moortel

Advocaten: mrs. Hamer, Brondel en Vermeire

Advocaat – Begroting van honorarium – Advies van de Raad van de Orde van Advocaten – Informatieve waarde – Criteria – Minimumhonorarium als deontologische verplichting

Het advies van de Raad van de Orde van Advocaten inzake de begroting van het honorarium van een advocaat heeft een louter informatieve waarde, aangezien iedere partij steeds het wettelijk recht heeft zich tot de rechter te wenden.

Als basisprincipe geldt dat de advocaten hun honorarium moeten begroten «met de bescheidenheid die van hun ambt moet worden verwacht» (art. 459, eerste lid, Ger.W.).

Het uiteindelijke resultaat van een rechtszaak mag worden beschouwd als een element ter beoordeling van de «belangrijkheid van de zaak» in de zin bedoeld in art. 459, tweede lid, Ger.W.

Vooraf in zaken met beperkt belang moet de vergoeding voor het geleverde en normaal verantwoord werk als voornaamste criterium bij de bepaling van het honorarium worden vooropgesteld.

De minimumhonoraria die voornamelijk worden bepaald volgens de rechtsinstantie waarvoor de zaak is behandeld en waarvan de naleving soms als een deontologische verplichting en niet als een richtlijn wordt opgelegd, kunnen in zaken van beperkt belang strijdig zijn met de wettelijke primordiale verplichting van de advocaat het honorarium te begroten met de bescheidenheid die van zijn ambt moet worden verwacht.

R. t/ N.V. B. en De C.

Inzage werd genomen van ons tussenvonnissen van 28 oktober 1988, het op 4 juli 1989 ter griffie neergelegd advies van de Raad van de Orde van Advocaten der Balie te Gent ter uitvoering van voormeld tussenvonnissen, de conclusies van partijen en de stukken van verweerders en de overige procedurestukken.

Voormelde raad heeft het advies bekrachtigd van een van haar leden voor wie het geschil werd behandeld en die van oordeel was dat het gevorderde bedrag van 19.491 fr. uit

hoofde van kantoorkosten en honorarium rechtmatig en gegrond was.

Eerste verweerster, rechtsbijstandverzekeraar van tweede verweerder, blijft van oordeel dat de vordering ongegrond is voor zover deze de som van 13.000 fr. overtreft.

Tweede verweerder betwist de vordering niet met dien verstande dat hij niet hoofdelijk of in solidum gehouden is en dat eerste verweerster tot vrijwaring verplicht is; hij vraagt tevens voorbehoud om van eerste verweerster schadevergoeding te vorderen.

Uit de voorgebrachte gegevens blijkt onder meer:

– naar aanleiding van een aanrijding op 12 januari 1985 tussen het voertuig bestuurd door De C., tweede verweerder, en de wagen bestuurd door Van D., werd eiser volgens brief van eerste verweerster belast met de stelling van burgerlijke partij namens tweede verweerder ter zitting van de Politierechtbank te Gent alwaar voornoemde Van D. werd vervolgd; eiser stelde zich burgerlijke partij voor een provisioneel bedrag van 1 fr., dat toegekend werd;

– na hoger beroep van Van D. werd de zaak behandeld voor de Correctionele Rechtbank te Gent; eiser stelde als antwoord op de conclusie van tegenpartij een gemotiveerde conclusie op van drie bladzijden waarin namens de burgerlijke partij De C. een schadevordering werd gesteld ten belope van 31.214 fr. plus interesten;

– als gevolg van voormeld vonnis vorderde eiser ten voordele van De C. een bedrag in van 17.736 fr.;

– eiser begrootte zijn staat van honorarium en kosten op 15.000 fr. + 4.491 fr. voor kosten, samen 19.491 fr.; eerste verweerster stelde een totaal bedrag voor van 13.000 fr.

Eerste verweerster merkt terecht op dat het advies van de Raad van de Orde van Advocaten een louter informatieve waarde heeft. Iedere partij heeft immers steeds het wettelijk recht zich tot de rechter te wenden en een door de Raad van de Orde van Advocaten opgelegde arbitrageverplichting werd dientengevolge als nietig aangemerkt (Hof Gent, 22 maart 1988, R.W., 1989-90, 151).

Eerste verweerster blijft van oordeel dat het belang van de zaak alsmede het bereikte resultaat als leidraad moeten worden genomen.

Als basisprincipe wordt in art. 459 Ger.W. vooropgesteld dat de advocaten hun honorarium begroten «met de bescheidenheid die van hun ambt moet worden verwacht». – Een beding daaromtrent dat verbonden is aan de uitslag van het geschil is verboden».

In de rechtsvergelijkende studie van advocaat Demeulenaere in T.P.R., 1988, 1 en volgende wordt aangestipt dat voormeld art. 459 Ger.W. een globaal verbod op resultaats-honoraria inhoudt en wordt de vraag gesteld naar de wettigheid van advocatenhonoraria volgens een bepaald percentage van de bedragen van de vordering en het toegekend gedeelte (nr. 7, p. 4). De auteur is onmiskenbaar van oordeel dat de bezwaren tegen de *pacta de quota litis* voor ernstige kritiek vatbaar zijn, en pleit, gelet op het wettelijk verbod, voor een zogenaamd «pactum-de-quota-litis-fonds» dat niet onder het wettelijk verbod zou vallen.

Het uiteindelijke resultaat mag ongetwijfeld worden gezien als een element ter beoordeling van de «belangrijkheid van de zaak» waarvan sprake in art. 459, tweede lid, Ger.W.

In recente overigens zeer weinig gepubliceerde rechtspraak betreffende betwistingen nopens advocatenhonoraria wordt het recht op vergoeding voor de geleverde pres-

taties als voornaamste criterium vooropgesteld (cf. Vred. Sint-Jans-Molenbeek, 14 maart 1989, *J.T.*, 1989, 384; «L'avocat a droit à la juste rémunération de son travail»; cf. Vred. Sint-Gillis, 1 oktober 1985, *T.Vred.*, 1987, 51, waarbij de verantwoording van het honorarium wordt gevraagd op basis van het aantal werkuren; in hetzelfde vonnis wordt bovendien voor de verhaalbaarheid van het honorarium als schadepost ten laste van de verliezende partij geargumenteed.

Het minstens impliciet rechtvaardigen van het honorarium op grond van normaal verantwoorde werkuren en de bepaling van het uurloon volgens de ervaring en de specialisatie van de advocaat blijkt overigens in de baliekringen meer en meer ingang te vinden zoals door beroepsverenigingen van andere vrije beroepen reeds als algemene regel wordt aanvaard.

Vooraf in zaken met beperkt belang zoals in casu moet de vergoeding voor het geleverd en normaal verantwoord werk als voornaamste criterium bij de bepaling van het honorarium worden vooropgesteld.

De minimumhonoraria die voornamelijk worden bepaald volgens de rechtsinstantie waar de zaak is behandeld en waarvan de naleving soms als een deontologische verplichting en niet als een richtlijn wordt opgelegd, kunnen in zaken van beperkt belang strijdig zijn met de wettelijke primordiale verplichting van de advocaat het honorarium te begroten «met de bescheidenheid die van hun ambt moet worden verwacht» (art. 459, eerste lid, Ger.W.).

Ofschoon een kopie van het strafrechtelijk dossier niet wordt overgelegd, betrof de door eiser behandelde zaak een veelvuldig voorkomend verkeersongeval tussen een links afslaand voertuig (in casu van De C.) en een voertuig dat links wilde inhalen (in casu bestuurd door Van D.).

Een dergelijke zaak vergt normalerwijze geen tijdrovende opzoekingen.

Na studie van het strafdossier heeft eiser zich ter zitting van de politierechtbank mondeling burgerlijke partij gesteld en 1 fr. provisie gevorderd.

De procedure voor de correctionele rechtbank nam meer tijd in beslag daar aanlegger de conclusie van tegenpartij heeft beantwoord en de volledige schadeëis van zijn cliënt heeft geformuleerd.

Gelet op voormelde schadeëis was het belang van de zaak beperkt en betekende in casu geen nuttig element voor de bepaling van het honorarium evenmin trouwens als het bereikte resultaat.

Weliswaar gaf de werkwijze van eiser geen aanleiding tot opmerkingen. Het wordt evenwel niet betwist dat eiser ten tijde van de behandeling van de zaak in 1986 een nog jonge advocaat in opleiding (stagiair) was die derhalve geen aanspraak kon maken op een honorarium berekend op een uurloon dat voor advocaten met langere ervaring verantwoord is.

Hoeveel werkuren door eiser aan de zaak normalerwijze besteed moesten worden kan aan de hand van de voorgebrachte gegevens niet worden achterhaald evenmin als het uurloon waarop hij aanspraak kon maken daar in 1986 ongetwijfeld nog geen desbetreffende richtlijnen bestonden. Het honorarium moet derhalve ex aequo et bono worden bepaald. Gelet op bovenstaande gegevens betekent een bedrag van 10.000 fr. ons inziens een billijke vergoeding.

Na bijvoeging van het wegens kosten aangerekend en niet betwist bedrag van 4.491 fr. is de vordering van eiser derhalve gegrond ten bedrage van 14.491 fr.

De vordering voor zover gericht tegen tweede verweerder moet als ongegrond worden afgewezen. Weliswaar heeft eiser de belangen van tweede verweerder naar aanleiding van de aanrijding verdedigd doch in opdracht en voor rekening van eerste verweerder. Er bestaat geen aanleiding om aan tweede verweerder voorbehoud te verlenen om van eerste verweerder schadevergoeding te vorderen daar eerste verweerder steeds bereid was haar contractuele verplichtingen ingevolge de door tweede verweerder afgesloten verzekeringspolis en haar verplichtingen als opdrachtgever aan eiser na te leven met dien verstande dat eerste verweerder het wettelijk recht had zich tot de rechter te wenden wanneer zij van oordeel was dat het door eiser gevorderd bedrag overdreven was.

RECHTSPRAAK IN KORT BESTEK

Hof van Cassatie (1e Kamer), 8 oktober 1993

Inkomstenbelastingen — Voorziening voor het hof van beroep — Nieuw bezwaar — Grief over volmacht van ondertekenaar van akkoordverklaringen — Pas geformuleerd na verstrijken van termijn van art. 282 W.I.B. — Niet ontvankelijk

Eisers middel tegen het bestreden arrest (Hof Antwerpen, 30 december 1991) wordt als volgt verworpen:

«Overwegende dat, krachtens artikel 278, tweede lid, van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen, gewijzigd bij de wet van 16 maart 1976 en 8 augustus 1980, eiser aan het hof van beroep bezwaren mag onderwerpen die noch in het bezwaarschrift zijn geformuleerd, noch ambtshalve door de directeur of door de door hem gedelegeerde ambtenaar zijn onderzocht, voor zover zij een overtreding van de wet of een schending van de op straf van nietigheid voorgeschreven procedurevormen aanvoeren; dat artikel 279, tweede lid, van hetzelfde wetboek, gewijzigd bij wet van 16 maart 1972, evenwel voorschrijft dat die nieuwe bezwaren moeten worden geformuleerd ofwel in de voorziening, ofwel in een geschrift dat aan de griffie van het hof van beroep wordt afgegeven en dit, op straffe van verval, binnen de termijn van artikel 282, zijnde zestig dagen nadat de directeur der belastingen de uitgifte en de stukken, bedoeld in artikel 281 van hetzelfde wetboek, heeft neergelegd;

«Overwegende dat het arrest vaststelt: 1. dat eiser in zijn bezwaarschrift aanvoerde 'dat de taxaties gebaseerd zijn op vergissingen in feite en in rechte en dat rekening werd gehouden met verkeerde elementen, o.m. prijzen, prestaties, algemene kosten en lonen'; 2. dat eiser in zijn voorziening aanvoert 'dat zijn toestemming, in het kader van de betwiste akkoorden, door dwaling is aangetast aangezien de door de administratie voorgelegde berekeningen niet gefundeerd zijn en minstens tegenstrijdig zijn daar voor beide aanslagjaren een andere werkwijze werd aangevoerd' en 'dat zijn toestemming werd afgedwongen in omstandigheden die niet

van geweld zijn ontdaan»; 3. dat eiser 'slechts in de aanvullende conclusie, neergelegd op 6 november 1991 ter griffie van (het hof van beroep) aanvoert dat de ondertekenaar van de betwiste akkoorden, de genaamde C. over geen volmacht beschikte en derhalve geen mandaat had om (eiser) te vertegenwoordigen en namens hem op te treden';

«Dat het, op grond van die vaststellingen, naar recht beslist dat de grief sub 3 een nieuwe grief is waarvan het hof van beroep, met toepassing van de artikelen 278, tweede lid, 279, tweede lid, en 282 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen, geen kennis kan nemen.»

(Voorzitter: mevr. Baeté-Swinnen – Rapporteur: de h. Forrier – Openbaar ministerie: de h. Goeminne – Advocaten: mrs. Dauginet en Claeys Bouuaert – In de zaak: B. t/ Belgische Staat)

Hof van Cassatie (2e Kamer), 12 oktober 1993

Verzekering – Motorrijtuigen – Handelaarskentekenplaat – Voertuig met grotere cilinderinhoud dan de in de polis vermelde maximuminhoud – Niet aan benadeelde tegenwerpbare exceptie

Het middel van eiseres tegen het bestreden vonnis (Corr. Gent, 11 februari 1992) faalt om de volgende redenen naar recht:

«Overwegende dat de verzekeraar die een verzekeringsovereenkomst heeft gesloten ter dekking van de burgerrechtelijke aansprakelijkheid waartoe in het verkeer ieder motorvoertuig aanleiding kan geven dat van de in de overeenkomst omschreven kentekenplaat is voorzien, op grond van artikel 11 van de Gemeenschappelijke Bepalingen behorende bij de Benelux-Overeenkomst van 24 mei 1966 betreffende de verplichte aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen niet aan de benadeelde kan tegenwerpen dat het motorrijtuig een grotere cilinderinhoud had dan die welke als maximuminhoud in de overeenkomst was vermeld.»

(Voorzitter: de h. D'Haenens – Rapporteur: de h. Holsters – Openbaar ministerie: de h. D'Hoore, eerste advocaat-generaal – Advocaten: mrs. Tillekaerts en De Gryse – In de zaak: N.V. A. t/ V.)

Hof van Cassatie (1e Kamer), 22 oktober 1993

Exclusiviteitsovereenkomst – Alleenverkoop voor onbepaalde tijd – Beëindiging wegens foutieve wanprestatie – Toepasselijkheid van het gemeene recht

Het bestreden arrest (Hof Antwerpen, 17 september 1991) wordt om de volgende redenen vernietigd:

«Overwegende dat artikel 2 van de wet van 27 juli 1961 bepaalt dat een voor onbepaalde tijd verleende, aan deze wet onderworpen verkoopconcessie, behalve bij grove tekortkoming van een van de partijen aan haar verplichtingen, niet kan worden beëindigd dan met een redelijke opzeggingstermijn of een billijke vergoeding die door de partijen worden bepaald bij de opzegging van het contract;

«Dat deze bepaling enkel betrekking heeft op de eenzijdige beëindiging van een dergelijke overeenkomst zonder aanwijzing van de reden en niet op de beëindiging wegens foutieve niet-uitvoering die geregeld blijft door het gemeene recht;

Overwegende dat de appelrechters beslissen dat 'artikel 1184 B.W. te dezen geen toepassing vindt omdat artikel 2 van de (...) wet van 27 juli 1961 hierop een uitzondering is'; dat zij zodoende de in het middel aangevoerde wetsbepalingen schenden.»

(Voorzitter: de h. Verougstraete – Rapporteur: de h. Forrier – Openbaar ministerie: de h. De Swaef – Advocaten: mrs. Bützler, Geinger en Verbist – In de zaak: N.V. S. t/ J.)

KANTTEKENINGEN

Het Wervingscollege voor magistraten: hoe leeg is het vat?

De wet van 18 juli 1991 tot wijziging van de voorschriften van het Gerechtelijk Wetboek die betrekking hebben op de opleiding en de werving van magistraten, is algemeen gunstig onthaald. Her en der werd wel een kritische noot gehoord. Storme zei: «De geest is sterk, maar het vlees is zwak. Wat in dit domein de uitdrukking is van: de tekst van de wet is goed, maar hij moet correct naar de letter en de geest worden gerespecteerd¹». Janssens meende «dat kan besloten worden dat de wet een zeer bescheiden stap is in de richting van de depolitiserings van de magistratenbenoemingen, doch dat te verwachten valt dat de ruimte binnen dewelke politieke inmenging in de benoemingen zal doorgaan, aanzienlijker zal zijn dan de ruimte binnen dewelke deze inmenging zal krimpen²».

Zoals bekend werden twee wegen tot de magistratuur opengehouden: de weg van de gerechtelijke stage voor de jonge gegadigden en de aanwerving van ervaren juristen. En voor beide toegangswegen werd een poort geplaatst waarvoor alle kandidaten moesten komen: een examen.

Onder de titel «overgangsmaatregelen» bevat de wet een artikel 21 dat in zijn paragraaf 1 zegt dat «de magistraten in dienst op de dag van de inwerkingtreding van de bepalingen van de wet» geacht worden de gerechtelijke stage te hebben volbracht en in het examen inzake beroepsbekwaamheid te zijn geslaagd.

Zeër vlug werd de vraag gesteld: moeten de plaatsvervangende rechters nog het examen afleggen of behoren zij tot de «magistraten in dienst»? Dat de plaatsvervangende rechters de hoedanigheid van magistraten hebben, wordt niet betwijfeld. Maar dat zij magistraten in dienst zijn, in de zin van artikel 21, leek voor velen onmogelijk. De ervaring leerde immers dat er veel plaatsvervangende rechters zijn die zelden of nooit deze functie uitoefenen. De omstandigheid dat

¹ STORME, M., «Interventie» in LEMMENS, P. (red.), *De Opleiding en de Werving van Magistraten*, Gent, Mys en Breesch, 1993, 89.

² JANSSENS, L., «Interventie», in LEMMENS, P. (red.), o.c., 81.

de wet geen examen vereist om tot plaatsvervangende rechter te kunnen worden benoemd laat onderstellen dat de wetgever die functie niet als even belangrijk beschouwt als die van effectief magistraat. Ten slotte, artikel 360 van het Gerechtelijk Wetboek bevat een bepaling van «werkelijke ambtsuitoefening» in verband met de weddeverhogingen, nl. «het uitoefenen van een ambt als werkende magistraat of van een ambt waarvoor aan de magistraat-plaatsvervanger een wedde of vergoeding wordt toegekend». Blijkens de artikelen 378, 379 en 379bis van het Gerechtelijk Wetboek wordt een wedde of vergoeding toegekend voor belangrijke prestaties bij ontstentenis van een werkend magistraat.

Die zienswijze kreeg een zware deuk toen een wetsvoorstel werd ingediend om artikel 21, § 1, aan te vullen met een tweede lid, luidende: «De plaatsvervangende rechters die hun ambt gedurende minstens vijf jaar hebben uitgeoefend en die om eervolle redenen ontslag hebben gevraagd vóór de inwerkingtreding van deze wet, worden geacht geslaagd te zijn voor het examen inzake beroepsbekwaamheid (...)». De «eervolle redenen» beoogden het geval van de plaatsvervangende rechters die wegens de bepalingen van artikel 293 van het Gerechtelijk Wetboek hun ontslag moesten vragen om een bij verkiezing verleend openbaar mandaat uit te oefenen.

Het bleek aldus dat de indieners van het wetsvoorstel van oordeel waren dat de plaatsvervangende rechters in beginsel behoorden tot de categorie van magistraten in dienst. Zij wilden dit voordeel ook verlenen aan sommige gewezen plaatsvervangende rechters.

Tijdens de parlementaire behandeling van dat voorstel werd nog verder gegaan. Er werd geoordeeld dat uitdrukkelijk moest worden vastgesteld dat de plaatsvervangende rechters vermoed worden in het examen inzake beroepsbekwaamheid te zijn geslaagd. En de wet van 6 augustus 1993³ voegt in artikel 21, § 1, een tweede lid in, luidende: «De plaatsvervangende rechters en de plaatsvervangende rechters die vóór de inwerkingtreding van deze wet om eervolle redenen ontslag hebben gekregen, worden geacht geslaagd te zijn voor het examen inzake beroepsbekwaamheid bedoeld in artikel 259bis van het Gerechtelijk Wetboek.»

Zeer opvallend is dat niet alleen de plaatsvervangende rechters die benoemd waren vóór de wet van 18 juli 1991 het wettelijk vermoeden genieten, doch ook diegenen die in de toekomst benoemd zullen worden.

Aldus is een derde toegangsweg tot de magistratuur tot stand gekomen: de benoeming tot plaatsvervangend rechter, daarna de benoeming tot effectief magistraat. De enge toegangspoort van het examen staat hier wijd open en de kandidaten hoeven deze hindernis niet te nemen.

Volgens de minister van Justitie berust de werving van de magistraten op twee pijlers: de controle van de bekwaamheid op basis van een examen, georganiseerd door het Wervingscollege der magistraten, en de controle van de vereiste beroepservaring door het adviescomité⁴. De eerste pijler

werd voor een goed stuk ingebeukt. Voor de leden van het Wervingscollege die zich met toewijding ten dienste hebben gesteld is het — zacht gezegd — geen blijk van waardering.

Heeft volksvertegenwoordiger Landuyt de vinger op de wonde gelegd toen hij sprak over een achterpoortje voor louter politieke benoemingen? De omstandigheid dat zich niet veel bekwame kandidaten aanmeldde voor het examen inzake beroepsbekwaamheid (115 voor de Nederlandse en 61 van de Franse taalrol) — waarvan overigens slechts weinigen slaagden (20 voor de Nederlandse en 8 voor de Franse taalrol) — verrast alleen diegenen die verrast willen zijn. De afkleding van het statuut van de magistraten (afschaffing van het emeritaat, ook voor de reeds benoemde, aftopping van de pensioenen, vooruitzicht van nieuwe ingrepen in de pensioenregeling die velen zal verhinderen een volledig pensioen te genieten, verlies van diverse kleine voordelen) met daaraan gekoppeld prestige-verlies aan de ene kant, de jarenlange stijging van de werkelijke welvaart bij vele andere bevolkingsgroepen aan de andere kant, deden het helaas voorspellen.

Kritiek op de werkmethode van het Wervingscollege en op de moeilijkheidsgraad van de examens heeft in dezen geen zin. Heeft overigens de wetgever zelf niet beslist dat de referendarissen bij het Arbitragehof, de leden van het Auditoraat en van het Coördinatiebureau bij de Raad van State geacht worden te zijn geslaagd voor het examen inzake beroepsbekwaamheid, en dit onder meer gelet op het feit «dat deze personen reeds voorheen slaagden in een vergelijkend examen van hoog niveau dat ook tot doel heeft na te gaan of zij bekwaam zijn om belangrijke rechterlijke ambten uit te oefenen»?

Het Wervingscollege voor een deel omvormen tot een vat zonder inhoud zal natuurlijk enkelen verheugen en de problemen een tijdje verdoezelen. Het zal ze echter niet oplossen.

G. De Baets

BOEKEN

A. PRIMIS, *Codex van het gezondheidsrecht*, Kortrijk-Heule, UGA, 1993, 3e bijgewerkte druk

Naast de eerste (1986) en de tweede (1989, zie mijn bespreking in *R.W.*, 1990-91, 1143) ligt thans de derde druk voor van de *Codex van het gezondheidsrecht*. Vergeleken met de twee vorige uitgaven heeft de auteur zijn aanpak principieel gewijzigd. Terwijl de vroegere *codex* «voor een aantal topics in het gezondheidsrecht waar men niet zoveel in de wetgeving (vindt) en men zich meer baseren (moet) op de rechtspraak» (cf. voorwoord bij de tweede uitgave) commentaren verstrekke, zal men deze commentaren niet meer aantreffen in de derde druk. Een motivering voor deze nieuwe aanpak wordt niet gegeven. Klaarblijkelijk heeft de auteur ingezien dat een oppervlakkige commentaar bij enkele lukraak gekozen onderwerpen (cf. mijn bespreking van de tweede uitgave) weinig zinvol is. Wetteksten op een systematische wijze verzamelen en ordenen kan in belangrijke mate aan een computer worden overgelaten; maar een gedegen inhoudelijke commentaar veronderstelt een volgehouden intellectuele inspanning. Wat overblijft is, zoals ik reeds in de

³ Wet van 6 augustus 1993 tot wijziging van de artikelen 259bis en 259quater van het Gerechtelijk Wetboek en tot aanvulling van artikel 21, § 1, van de wet van 18 juli 1991 tot wijziging van de voorschriften die betrekking hebben op de opleiding en de werving van magistraten, *B.S.*, 4 december 1993, 25966.

⁴ Verslag-Coveliers, *Gedr.St., Kamer*, 1992-93, nr. 1123/2, 9-10.

⁵ Verslag-Coveliers, *ibidem*, 2.

bespreking van de tweede druk vermeldde, een handzame verzameling wetteksten. Te meer omdat het mogelijk werd alles tot één boekdeel terug te brengen.

Soms kan men vragen stellen bij de consistentie van de indeling. Zo vindt men bv. het M.B. 30 april 1993 betreffende de erkenning als huisarts wat de toepassing van de wetgeving inzake de Z.I.V. betreft onder de lijst van bijzondere beroepstitels (ter uitvoering van het K.B. nr. 78) en niet onder de erkenning van geneesheren-specialisten en huisartsen (ter uitvoering van de ZIV-wet).

Bevreemdend is ook dat de evaluatiecommissie zwangerschapsafbreking en het raadgevend comité voor bio-ethiek opgenomen worden onder de titel «Sturende instanties». Hetgeen wijst op een verkeerde inschatting van de opdracht van beide organen. Overigens was het raadgevend comité voor bio-ethiek op 15 augustus 1993 (de dag tot wanneer de stof werd bijgehouden) nog niet bij wet opgericht (ook thans nog niet) zodat de minder met de materie vertrouwde lezer hier kan worden misleid.

Herman Nys
K.U.Leuven

A. CUVELIER, *Droits d'enregistrement et T.V.A. applicables aux actes de sociétés, Répertoire notarial*, Larcier, 135 pp.

In de verzameling van de permanente encyclopedie «*Répertoire notarial*», uitgegeven door Larcier Brussel, verscheen zopas de nieuwe geactualiseerde uitgave van het werk *Droits d'enregistrement et T.V.A. — applicables aux actes de sociétés*.

De eerste uitgave van dit werk dateert van 1972 en was van de hand van M. Donnay, inspecteur-generaal aan het Ministerie van Financiën (+). In 1986 werd hiervan een nieuwe herziene uitgave bezorgd door A. Cuvelier, gewezen inspecteur-generaal aan het Ministerie van Financiën, die thans ook tekent voor de voorliggende versie, typografisch vernieuwd en bijgewerkt tot 1 april 1993.

Zoals in de vorige uitgaven wordt de stof opgebouwd rondom twee hoofdstukken: de inbrengen in vennootschappen en de overdrachten van goederen aan de vennoten. Dit biedt de auteur tevens de gelegenheid de bijzondere fiscale gunststelsels te belichten: inbrengen van de universaliteit der goederen van een vennootschap of van een bedrijfsafdeling, coördinatievennootschappen, reconversievennootschappen, innovatievennootschappen, samenwerkingsverbanden, beleggingsvennootschappen, enz. De ingenomen standpunten worden logisch verantwoord en sluiten doorgaans aan bij de zienswijze van de administratie.

Bij vergelijking met de vorige uitgave valt het op dat, in tegenstelling met andere takken van de fiscaliteit, de behandelde materie de laatste jaren minder fundamenteel is gewijzigd zowel uit oogpunt van wetgeving als van rechtspraak en rechtstheorie. Uiteraard kon het voorliggend werk nog geen commentaar verstrekken op de recente intentie van de Regering om in het kader van het «Globaal plan» de inbrengen van woningen in Belgische en vermoedelijk ook in vreemde patrimoniumvennootschappen te belasten met het registratierecht van verkoop (12,50 pct.) in plaats van het matig recht van inbreng (0,50 pct.). Deze overwogen maatregel komt over als een uitzonderlijke maar blijkbaar toegelaten afwijking op de algemene voorschriften in dezen van de EEG (zie Richtlijn van 17 april 1969, art. 12, *Rec.gén.enreg.not.*, nr. 21.321 — en de Richtlijnen van 9 april 1973 en 12 augustus 1985). De begrenzen en billijke uitvoering van deze maatregel zal m.i. op het wettelijk vlak verschillende structurele ingrepen vergen (zie o.m. artt. 44, 115, 129, 130 en 159, 8 W.Reg.).

Aansluitend wordt gewezen op de wet van 29 juni 1993 houdende reglementering in het vennootschapsrecht van de fusies en splitsingen (Vennw., art. 174). Deze wet, nog niet aangenomen bij de afsluiting van het voorliggend werk, wordt niettemin reeds door de auteur getoetst aan de vigerende, autonome en vooralsnog niet gewijzigde regeling inzake registratierechten, en dit aan de hand van de gegevens van het wetsontwerp (pp. 71 en 72). Belangrijk hierbij is de vaststelling dat fusies waarbij een bijbetaling in contanten van 20 pct. wordt overeengekomen in het vennootschapsrecht de kwalificatie «fusie» behouden maar dat dergelijke fusies niet de gunstregeling van artikel 117 W.Reg. kunnen genieten. De toepassing van deze laatste bepaling wordt immers beperkt tot de inbrengen van de universaliteit van goederen waarbij de bijbetaling in contanten

10 pct. niet overschrijdt. Eventueel kan men op dit punt in de naaste toekomst een aanpassing van de registratiwetgeving verwachten.

Waar nodig worden in het werk summiere aanduidingen verstrekt over de impact van de BTW-wetgeving op de inbrengen in vennootschap. Even eraan herinneren dat, behoudens de overdracht van een algemeenheid van goederen, de inbrengen van goederen in een vennootschap, die tevens als leveringen in aanmerking komen voor de BTW (bv. inbrengen van nieuwe gebouwen, van koopwaren, van bedrijvigheid, enz.), de gecumuleerde heffing van registratierechten en BTW ondergaan (art. 159, 8 W. Reg. en art. 11 W.BTW). Aan deze fundamentele principes werd niet geraakt door de wet van 28 december 1992 inzake BTW.

Zoals gebruikelijk voor de in de verzameling «*Répertoire notarial*» verschenen werken wordt de raadpleging ook hier vergemakkelijkt door een analytische tabel, zowel in het Frans als in het Nederlands, en door een uitgebreide alfabetische tabel in het Frans.

Kortom een praktisch en aanbevelenswaardig werk voor praktijkjuristen.

Volgens ingewonnen inlichtingen kan het werk niet afzonderlijk gekocht worden. Het blijkt enkel verkrijgbaar bij intekening op de basisverzameling van de *Répertoire notarial*. Nadere inlichtingen hieromtrent kunnen verkregen worden bij de uitgever: N.V. Larcier, Minimenstraat, 39, 1000 Brussel (tel. nr. 02/548.07.11).

F. Werdefroy

S. KINET, *Le nouveau contrat-type d'assurance R.C. automobile du 1er janvier 1993*, Brussel, Bruylant, 1993, 178 pp.

Gelet op de wet van 21 november 1989, het koninklijk besluit van 13 februari 1991 betreffende de verplichte aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen, en het koninklijk besluit van 3 februari 1992 tot vaststelling van de tariefnormen en de wet van 25 juni 1992 op de landverzekeringsovereenkomst, waren de aanpassing en wijziging noodzakelijk van het modelcontract van 1 juli 1956 dat sedert 1 januari 1957 gold. Dit gebeurde bij koninklijk besluit van 14 december 1992, dat de nieuwe modelovereenkomst als bijlage bevat.

De nieuwe modelovereenkomst is toepasselijk op de vanaf 1 januari 1993 (nieuw) onderschreven overeenkomsten en te rekenen van 3 maart 1993 op de bestaande overeenkomsten vanaf de stilzwijgende of uitdrukkelijke verlenging ervan. Dit wijst op het onmiddellijk praktisch belang van het boekje van S. Kinet, dat uit 98 bladzijden commentaar en 80 bladzijden bijlagen bestaat.

In de bijlage vindt men de integrale tekst van de tweede E.E.G.-richtlijn van 30 december 1983 en van de derde E.E.G.-richtlijn van 14 mei 1990 betreffende de motorrijtuigenverzekering, van de wet van 21 november 1989 betreffende de verplichte aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen, van het koninklijk besluit van 13 februari 1991 houdende de inwerkingtreding en uitvoering van de wet van 21 november 1989, van het koninklijk besluit van 14 december 1992 betreffende de modelovereenkomst voor de verplichte aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen, alsmede uittreksels van de wet van 25 juni 1992 op de landverzekeringsovereenkomst en van het koninklijk besluit van 24 augustus 1992 tot vaststelling van de datum van inwerkingtreding van de bepalingen van de wet van 25 juni 1992 op de landverzekeringsovereenkomst.

De nieuwe modelovereenkomst bevat een aantal fundamentele nieuwigheden, waarvan het consumentvriendelijk karakter onderstreept moet worden: bv. de onmogelijkheid voor de verzekeraar zich nog op de onjuiste opgave van het risico te beroepen, als hij de verzekeringnemer geen verzekeringsvoorstel heeft doen invullen; de vrijheid voor de verzekeringnemer zelf zijn verdediging te bepalen zodra een schadegeval een strafrechtelijke dimensie heeft; de beperking van het recht van verheer van de verzekeraar; de omstandigheid dat alleen nog het rijden in staat van dronkenschap of in een soortgelijke toestand die het gevolg is van het gebruik van andere producten, als grove schuld aangemerkt kan worden...

S. Kinet koos voor een artikelsgewijze commentaar, hetgeen onmiskenbare voordelen biedt voor het onderzoekswerk van de praktijkjurist. Deze werkmethode belette evenwel de auteur niet verbanden te leggen tussen de verschillende artikelen van de modelovereenkomst. Aldus ving hij spontaan het verwijt op dat soms gemaakt kan worden ten aanzien van artikelsgewijze commentaren.

De auteur bezit de kunst van de bondige, doch accurate en volledige ontleding. Men voelt onmiddellijk aan dat hij een grondige kennis heeft van de materie, die tot zijn dagelijkse praktijk behoort. Systematisch wordt gewezen op de verschillen met het modelcontract van 1 juli 1956 en telkenmale wordt toelichting verschaft omtrent de redenen en draagwijdte van de aangebrachte wijzigingen. Verder wordt terecht de aandacht gevestigd op enkele (beperkt in aantal) inbreuken op de wet van 25 juni 1992 op de landverzekeringsovereenkomst. Voor pleiters is dit van essentieel belang.

Kortom, een aanbevelenswaardig en niet te missen boek voor al wie met de motorrijtuigenverzekering te maken heeft, zij het de verzekeraar, de verzekeringsmakelaar, de magistraat of de advocaat.

Prof. dr. Philippe Colle
Centrum Economisch Recht V.U.B.

J. DE RUITER en E.Ph.R. SUTORIUS, **Manipuleren met leven**, Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging, 123e jaargang, 1993-I, Tjeenk Willink, Zwolle, 1993

«Manipuleren met leven» is de wat overtrokken titel waaronder de twee preadviezen die De Ruiter en Sutorius in 1993 hebben uitgebracht voor de Nederlandse Juristen-Vereniging, zijn gebundeld. Het eerste preadvies (De Ruiter) betreft het manipuleren op de wijze van bevruchting en voortplanting en is voornamelijk familierechtelijk van inslag; het tweede preadvies (Sutorius) beziet de door manipuleren veroorzaakte lotgevallen van het embryo op diens weg van gen naar geboorte. De benadering van dit preadvies is, behalve gezondheidsrechtelijk, ook meer (medisch) ethisch getint dan dat van De Ruiter. Persoonlijk heeft het preadvies van Sutorius mij veel meer kunnen boeien dan dat van De Ruiter. Het laatste bevat weinig originele gezichtspunten en is eerder een «post (literatuur)advies» dan een preadvies. Niettemin heeft het een zeer grote documentatiewaarde en ook voor het universitaire onderwijs zal het zeker nuttige diensten kunnen bewijzen.

De vraagstelling van Sutorius draait rond twee polen: welke functie kan het recht vervullen in de noodzakelijke bescherming van de gameten op hun weg naar een persoon? Hoe kan medisch handelen in juridisch opzicht strakker worden gelegitimeerd dan thans het geval is? Die twee vragen vertonen vanzelfsprekend een grote samenhang: min of meer duidelijke legitimatiecriteria voor medisch handelen houden een bescherming in tegen niet geoorloofd medisch handelen. Het betreft twee aartsmoelijke vragen en Sutorius pretendeert geen definitief antwoord. Een «eerste bescheiden aanzet tot een legitimatieleer voor medisch handelen: welke juridische relevante elementen constitueren een medische behandeling?», bevat zijn preadvies wel. Daarin is hij zeker geslaagd, maar m.i. had hij verdere stappen kunnen zetten indien hij, naast de talrijke in zijn bibliografie opgenomen publikaties, ook kennis had kunnen nemen van Belgische en Franse rechtsliteratuur i.v.m. het geoorloofd karakter van medisch handelen. Ik denk bv. aan het proefschrift van Chr. Henneau-Hublet of de geschriften van G. Mémeteau. Sutorius bestrijkt in zijn preadvies heel uiteenlopende (hoewel inhoudelijk samenhangende) onderwerpen gaande van pre-implantatie-diagnostiek tot het doen sterven van ernstig gehandicapte pasgeborenen. Niet ieder deelonderwerp wordt met dezelfde diepgang benaderd. Het uitvoerigst wordt ingegaan op de juridische problematiek van de genetica. Dat lijkt me ook het meest geslaagde hoofdstuk te zijn van dit preadvies, hetgeen niet wegneemt dat ook de overige hoofdstukken mij zeer hebben kunnen boeien.

Herman Nys
K.U.Leuven

A. CUYPERS, E. DIRIX en L. LANOYE (red.), **Voorrechten en hypotheeken. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer**, Deurne, Kluwer, 1992, losbladig

Onder redactie van A. Cuypers, E. Dirix en L. Lanoye wordt een artikelsgewijze commentaar *Voorrechten en hypotheeken* gepubliceerd. Wie het titelblad binnenin consulteert merkt meteen dat in zeer grote mate op praktijkmensen – vooral uit de financiële sector – een beroep werd gedaan. Mede gelet op de samenstelling van het potentiële lezerspubliek is dat geen slechte keuze.

Het exemplaar dat wij ter bespreking ontvingen, is bijgewerkt tot de tweede aflevering. Het is dus mogelijk dat op het ogenblik van publikatie deze bespreking op sommige punten enigszins achterhaald is.

Het voorliggende werk past in het geheel van de artikelsgewijze commentaren die door Uitgeverij Kluwer sedert een aantal jaren op de markt gebracht worden. Het concept is erop gericht vooral praktijkmensen op snelle en overzichtelijke wijze een beeld te geven van de actuele stand van wetgeving, rechtspraak en wijzigingen niet al te lang op zich zullen laten wachten. Nadeel is dat blijkbaar niet alle auteurs dezelfde opvatting inzake structuur en diepgang schijnen te huldigen. Bovendien lijkt het ook moeilijk de samenhang door kruisverwijzing naar elders behandelde, maar verwante, materies te verzekeren.

Met dit laatstgenoemde werk heeft de artikelsgewijze commentaar *Voorrechten en hypotheeken* gemeen dat het werk over een (relatief) groot aantal medewerkers verspreid is. Deze aanpak heeft als voordeel dat men vrij snel een behoorlijk omvangrijke basistekst op de markt kan brengen en dat aanvullingen en wijzigingen niet al te lang op zich zullen laten wachten. Nadeel is dat blijkbaar niet alle auteurs dezelfde opvatting inzake structuur en diepgang schijnen te huldigen. Bovendien lijkt het ook moeilijk de samenhang door kruisverwijzing naar elders behandelde, maar verwante, materies te verzekeren.

Indien men een blik werpt op de onderwerpen waarmee men zo snel mogelijk naar buiten is gekomen, dan blijken bij de voorrechten de grote klassieken (verkoper roerend goed, verhuurder, kosten tot behoud) aanwezig te zijn, op één grote uitzondering na: de gerechtskosten. Nochtans toont de rechtspraak aan dat het daar niet aan het nodige trek- en duwwerk en inventiviteit ontbreekt.

Indien er toch een pluim uitgereikt mag worden – zonder andere auteurs te kort te willen doen – dan zou die naar A. Cuypers moeten gaan voor zijn behandeling van de artt. 20, 5° (voorrecht verkoper), 5 en 45, 1°, Hyp.W. Zowel qua documentatie als structuur en diepgang wordt hier op het niveau van een gedegen handboek gewerkt. Op één puntje zouden we misschien toch wel enige nuancering willen aanbrengen. De idee dat goederen behorend tot het privaatrecht domein van de overheid aan dwanguitvoering krachtens hypotheek ontsnappen lijkt, gelet op de ontwikkeling die men in de Belgische rechtspraak en rechtsleer gekend heeft sedert de zaak Sequaris niet meer als een axioma onderschreven te kunnen worden.

Het feit dat ook art. 20, 12°, Hyp.W. (situatie van de onderaannemers) door E. Dirix reeds van meet af aan wordt besproken, is een duidelijk pluspunt. Dit onderwerp zal men uiteraard vruchteloos gaan zoeken in de klassieke commentaren. Het is dus welkom dat hier een behoorlijk houvast wordt geboden.

Misschien nog een kleine kritische opmerking i.v.m. de bespreking van art. 20, 1°, Hyp.W. (voorrecht verhuurder). Op pag. 20.1-3 (bijwerking 1 mei 1992) wordt nog gesteld dat art. 1752bis B.W. de verhuurder een additioneel voorrecht op de waarborgsom geeft. Dit artikel is echter opgeheven door art. 13 W. 20 februari 1991 die toch niet zo onopgemerkt in ons huurrecht voorbijgegaan is... Men moet nu gaan kijken in art. 10 van afdeling II, hoofdstuk II, Huur van goederen in titel VII B.W.

Het laatste deel van deze commentaar zal voor vele lezers een aangename verrassing zijn. Ze vinden er een afdeling Internationaal Privaatrecht waarin naar een aantal belangrijke verdragsteksten wordt verwezen.

Eindigen poogt men steeds op een positieve noot te doen. Er blijven nog wel wat artikelen te bespreken, maar indien de auteurs erin slagen dat op dezelfde wijze en binnen afzienbare tijd te doen, zal menig rechtsbeoefenaar met een dankbare glimlach naar deze juridische eerste hulp bij ongevallen (of liefst nog meevallers), grijpen.

J. Kokelenberg