

OVER INTERNATIONALE VERDRAGEN, SAMENWERKINGSAKKOORDEN EN «ETABLISSEMENT».

ENKELE KANTTEKENINGEN BIJ DE ARRESTEN 12/94, 17/94 EN 33/94 VAN HET ARBITRAGEHOF

1. Op 3 maart 1994 heeft het Arbitragehof een arrest gewezen dat interessant en vernieuwend is.¹ In de eerste plaats omdat het Hof voor de eerste maal een samenwerkingsakkoord aan de bevoegdheidsverdelende regels toetst. Op het eerste gezicht is het Hof immers slechts bevoegd tot het toetsen van wetgevende normen, maar in dit arrest breidde het zijn bevoegdheid uit tot de samenwerkingsakkoorden waarmee door middel van wetgevende normen is ingestemd. In deze bijdrage wordt deze bevoegdheidsuitbreiding vergeleken met de analoge rechtspraak van het Arbitragehof over de instemmingswetten² met internationale verdragen, die werd bevestigd in een arrest van 3 februari 1994³ en een arrest van 26 april 1994.⁴

Daarnaast vormt het arrest van 3 maart 1994 ook een interessante epiloog bij de verschillende institutionele oplossingen voor de financiële tekorten van de Franse Gemeenschap. De constructie die hiervoor was uitgewerkt voor de vierde staatshervorming, in de vorm van een samenwerkingsakkoord tussen het Waalse Gewest en de Franse Gemeenschap, was een instelling («Etablissement»), die bestond uit vertegenwoordigers van het Waalse Gewest en de Franse Gemeenschap en die bepaalde bevoegdheden van de Franse Gemeenschap kon uitoefenen. Deze constructie werd door het Hof in overeenstemming geacht met de bevoegdheidsverdelende regels. In deze bijdrage worden enkele kritische bedenkingen bij deze beslissing gemaakt.

I. Toetsing van samenwerkingsakkoorden en van internationale verdragen door het Arbitragehof

A. Internationale verdragen

2. Hier hoeft niet nader te worden ingegaan op de vernieuwingen die de vierde staatshervorming aanbrengt inzake de internationale bevoegdheden van de gemeenschappen en de gewesten.⁵ Eén aspect verdient in het kader van deze bijdrage wél enige nadere toelichting vooraleer wordt ingegaan op de toetsing van internationale verdragen door het Arbitragehof. Het betreft de uitbreiding van de gevallen waarin een internationaal verdrag instemming behoeft van de betrokken wetgevende vergadering. De oude tekst van artikel 68, tweede lid, Gw. (vóór coördinatie) luidde: «De handelsverdragen en de verdragen die de Staat zouden kunnen bezwaren of de Belgen persoonlijk zouden kunnen binden, hebben eerst gevolg nadat zij de instemming van de Kamers hebben verkregen.» Deze bepaling werd ruim geïnterpreteerd, zodat in de praktijk de meeste, maar lang niet alle verdragen ter goedkeuring werden voorgelegd aan het Parlement. De tekst van artikel 167, §§ 2 en 3, bepaalt thans dat alle verdragen de instemming behoeven van de betrokken wetgevende vergadering.⁶

3. Zoals genoegzaam bekend toetst het Arbitragehof normen met kracht van wet aan het gelijkheidsbeginsel, de onderwijsvrijheden en de bevoegdheidsverdelende regels.⁷ Als men deze bevoegdheid letterlijk interpreteert, betekent

¹ Arbitragehof, 3 maart 1994, nr. 17/94, *B.S.*, 13 april 1994. Het arrest werd gewezen op prejudiciële vraag door de Raad van State in de zaken OCMW van Opzullik tegen de «Etablissement» en A.R. tegen de «Etablissement».

² Hiermee worden in deze bijdrage niet alleen wetten in de formele zin bedoeld, maar ook andere akten met kracht van wet waarmee instemming wordt verleend aan internationale verdragen, nl. de gemeenschapsdecreten en de in artikel 134 Gw. bedoelde regels (gewestdecreten en ordonnances). Om redenen van eenvoud worden al deze akten verder aangeduid met «instemmingswetten».

³ Arbitragehof, 3 februari 1994, nr. 12/94, *B.S.*, 11 maart 1994, *Arresten Arbitragehof* (verder: *A.A.*), 1994, 221. Het arrest werd gewezen op prejudiciële vraag door de vrederechter van het kanton Mol.

⁴ Arbitragehof, 26 april 1994, nr. 33/94, *B.S.*, 22 juni 1994. Het arrest werd gewezen op prejudiciële vraag door de Raad van State in de zaak H. Van Damme tegen de procureur-generaal bij het Hof van Beroep te Antwerpen en de Belgische Staat.

⁵ Zie hierover CRAENEN, G., «België en het buitenland. De nieuwe regeling van de buitenlandse betrekkingen», in *Het federale België na de vierde Staatshervorming*, ALEN, A. en SUETENS, L.-P. (red.), Brugge, Die Keure, 1993, 59-103; INGELAERE, F., «De Europeesrechtelijke raakvlakken van de nieuwe wetgeving inzake de internationale betrekkingen van de Belgische Gemeenschappen en Gewesten», *S.E.W.*, 1994, 67-82, en «De nieuwe wetgeving inzake de internationale betrekkingen van de Gemeenschappen en de Gewesten», *T.B.P.*, 1993, 807-820; LEROY, M. en SCHAUS, A., «Les relations internationales», *Les réformes institutionnelles de 1993. Vers un fédéralisme achevé?*, Brussel, Bruylant, 1994, 25-70, en VAN HOOREBEKE, G., «Les relations internationales des Communautés et des Régions: les nécessités de la cohérence», *Rev.Rég.Dr.*, 1993, 345-350.

⁶ Dit geldt ook voor de Gemeenschaps- en Gewestraden. Op federaal niveau worden ontwerpen van instemmingswet eerst ingediend in de Senaat en vervolgens overgezonden aan de Kamer van Volksvertegenwoordigers (art. 75, tweede lid, Gw.). Voor deze federale instemmingswetten geldt de klassieke wetgevende procedure (het betreft een volledig bicamerale aangelegenheid (art. 77, eerste lid, 6°, Gw.)).

⁷ Art. 142, Gw. en artt. 1 en 26 Bijzondere Wet Arbitragehof.

het dat, wanneer het Arbitragehof zich moet uitspreken over de wetten, decreten of ordonnances die instemming verlenen met verdragen, zijn toetsingsbevoegdheid beperkt is tot de *instemmingswet* en zich niet uitstrekt tot het verdrag waaraan instemming wordt verleend. Anderzijds staat vast dat het Arbitragehof bevoegd is om een instemmingswet te vernietigen wanneer het verdrag in kwestie de bevoegdheid van de betrokken overheid te buiten gaat. Een dergelijke *bevoegdheidscontrole* op instemmingswetten impliceert noodzakelijk dat rekening wordt gehouden met de inhoud van het verdrag, wat neerkomt op een *indirecte* toetsing van het verdrag aan de bevoegdheidsverdelende regels. In welke mate het Arbitragehof rekening kan houden met de inhoud van het verdrag was echter onduidelijk.⁸ De onzekerheid wordt nog verhoogd door het feit dat het Hof sinds 1989 bevoegd werd gemaakt voor de toetsing van het gelijkheidsbeginsel en de onderwijsvrijheden. Het Arbitragehof greep deze nieuwe bevoegdheden dankbaar aan om zich op korte tijd te ontpoppen tot een *quasi*-grondwettelijk hof.⁹ De vraag rees echter of het Hof nu ook op een indirecte wijze verdragen aan het gelijkheidsbeginsel en de onderwijsvrijheden zou toetsen.

4. Het Arbitragehof liet de kans niet liggen om zijn bevoegdheid ook in deze aangelegenheid ruim te interpreteren. In een arrest van 14 december 1988¹⁰ oordeelde het Hof dat het vernietigen van een wetgevende akte die een verdragsbepaling overneemt of uitvoert, geen schending inhoudt van het beginsel van de voorrang van het verdrag op de interne rechtsnormen. Later, in een arrest van 16 oktober 1991,¹¹ bevestigde het Hof deze stelling¹² en het zette nog een stap verder. In deze zaak over de toepassing van een dubbelbelastingverdrag tussen België en Nederland besliste het Hof ondubbelzinnig dat het ook bevoegd was om de *inhoud* van internationale verdragen te toetsen aan het gelijkheidsbeginsel.¹³ In het concrete geval besloot het Hof dat het gelijkheidsbeginsel niet geschonden was.¹⁴ De stelling dat het toezicht van het Arbitragehof zich via de instemmingswet uitstrekt tot het hele verdrag, werd door twee rechters van het Hof later uitdrukkelijk bevestigd in een wetenschappelijke bijdrage¹⁵ en nadien door het Arbitragehof bevestigd

in een arrest van 3 februari 1994¹⁶ waarin het via de instemmingswet de inhoud van een verdrag toetste aan een van de onderwijsvrijheden, en in een arrest van 26 april 1994.¹⁷

5. Deze rechtspraak werd in de rechtsleer op gemengde gevoelens onthaald, omdat het in de praktijk betekent dat aan verdragen met rechtstreekse werking¹⁸ een lagere rangorde wordt toegekend dan aan de Grondwet en de bevoegdheidsverdelende regels.¹⁹ De instemmingswet is een louter formele wet die niets te maken heeft met de inhoud van het verdrag, maar wel met zijn uitwerking in de interne rechtsorde.²⁰ Anderzijds geeft de wetgever met een dergelijke wet zijn goedkeuring aan de *inhoud* van het verdrag.²¹ Deze inherente spanning die in het woord «instemming» besloten ligt, ligt aan de basis van de meningsverschillen over de rechtspraak van het Arbitragehof.

In de opvatting van het Hof schuilt in ieder geval één paradox: verdragsbepalingen met rechtstreekse werking kunnen tegelijkertijd het voorwerp van toetsing uitmaken én toetsingsmaatstaf²² zijn. Zoals bekend heeft het Arbitragehof immers de rechtstreeks werkende bepalingen van mensenrechtenverdragen, gelezen in samenhang met artikel 11 van de Grondwet, herhaaldelijk als toetsingsmaatstaf gebruikt.²³ Het Hof interpreteerde zijn bevoegdheid inzake het gelijkheidsbeginsel en de onderwijsvrijheden tot aan de

entre le droit international et le droit interne belge après l'arrêt de la Cour d'arbitrage du 16 octobre 1991», *Rev.Dr.Int.Comp.*, 1994, (24) 50-51. Reeds voordien merkte het hof op de 8e conferentie in zijn rapport op dat het «ne pouvait faire abstraction du droit international à l'occasion de l'exercice de sa mission ou pourrait se trouver dans une situation telle qu'elle devrait en tenir compte». («La hiérarchie des normes constitutionnelles et sa fonction dans la protection des droits fondamentaux», *R.U.D.H.*, 1990, (241) 525.

¹⁶ Arbitragehof, 3 februari 1994, nr. 12/94, *B.S.*, 11 maart 1994, *A.A.*, 1994, 221.

¹⁷ Arbitragehof, 26 april 1994, nr. 33/94, *B.S.*, 22 juni 1994.

¹⁸ Voor het begrip «rechtstreekse werking», zie ALEN, A. en PAS, W., «De directe werking van het VN-verdrag inzake de rechten van het kind», in *Kinderrechtengids*, Gent, Mys & Breesch, 1994 (nog te verschijnen), nrs. 1-21.

¹⁹ Zie LEJEUNE, Y. en BROUWERS, Ph., «La Cour d'arbitrage face au contrôle de la constitutionnalité des traités», *J.T.*, 1992, 671-676; NAÔMÉ, C., *o.c.*, (24) 51-56; VELU, J., «Toetsing van de grondwettigheid en de toetsing van de verenigbaarheid met verdragen», Rede bij de openingszitting van het Hof van Cassatie op 1 september 1992, Brussel, Belgisch Staatsblad, 1992, 114-183, vooral 171-193 (nrs. 88-92) (samenvatting in *R.W.*, 1992-93, (481) 487-516).

²⁰ Zie ERGEC, R., *o.c.*, (267) 269-270: «Le siège des normes demeure dans le traité lui-même: l'assentiment sert simplement à les introduire dans l'ordre interne.»

²¹ De tekst zelf van het verdrag kan echter niet geamendeerd worden via de goedkeuringswet (ALEN, A., *Algemene beginselen en grondslagen van het Belgisch Publiek recht. I. De Instellingen*, Brussel, Story-Scientia, 1988, 447).

²² De toetsingsmaatstaf (de term is afkomstig uit het Duits: Prüfungsmaßstab) is de norm waaraan getoetst wordt. In het geval van het Arbitragehof is dit het gelijkheidsbeginsel, de onderwijsvrijheden en de bevoegdheidsverdelende regels (zie Van Nieuwenhove, J., «Zur Neuregelung des Schwangerschaftsrechts in Belgien und zur Rolle des belgischen Schiedshofs. Zugleich eine Anmerkung zur Entscheidung des belgischen Schiedshofes vom 19.12.1991 zum Schwangerschaftsabbruch», *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, 1992, 341-342).

²³ Zie ALEN, A., «Het Arbitragehof, meer dan 'een grondwettelijk hof met een beperkte bevoegdheid'», *R.W.*, 1990-91, 80-87;

⁸ ERGEC, R., «La Cour d'arbitrage et l'assentiment aux traités internationaux», in *Mélanges offerts à Raymond Vander Elst*, Brussel, Nemesis, 1986, I, (267) 281-283.

⁹ Zie o.m. SUETENS, L.-P., «De invloed van het Arbitragehof op het grondwettelijk recht», *R.W.*, 1993-94, (1313) 1313 en 1318.

¹⁰ Arbitragehof, 14 december 1988, nr. 70, *B.S.*, 31 december 1988, *A.A.*, 1988, 845, overweging B.8.

¹¹ Arbitragehof, 16 oktober 1991, nr. 26/91, *B.S.*, 23 november 1991.

¹² Overweging B.2, laatste zin.

¹³ «De toetsing van het Hof omvat het onderzoek van de inhoud van de bepalingen van de Overeenkomst en het Protocol. Toch zal het Hof bij de toetsing ermede rekening moeten houden dat het in huidige zaak niet gaat om een eenzijdige soevereiniteitsakte, maar om een verdragsnorm die ook buiten de interne rechtsorde rechtsgevolgen teweegbrengt» (overweging B.4, tweede en derde zin van het eerder aangehaalde arrest).

¹⁴ Overwegingen B.5 tot B.9.

¹⁵ Zie «Protection constitutionnelle et protection internationale des droits de l'homme: concurrence ou complémentarité?», preadvies voor de 9e conferentie van Europese grondwettelijke hoven van 10-13 mei 1993, passage aangehaald door NAÔMÉ, C., «Les relations

uiterste grenzen door ook de meer «moderne» grondrechten uit internationale mensenrechtenverdragen via het doorgeefluik van artikel 11 van de Grondwet in de toetsingsmaatstaf te integreren. Doordat nu de instemmingswetten gebruikt worden als uitvalsbasis om verdragen te toetsen, dreigen sommige verdragen tegelijkertijd voorwerp van toetsing te worden én toetsingsmaatstaf.²⁴ Een indirecte toetsing van verdragen door het Arbitragehof op hun overeenstemming met de *bevoegdheidsverdelende regels* is nog verdedigbaar, omdat een dergelijke bevoegdheid in het verlengde ligt van de opdracht van het Arbitragehof als beslechter van bevoegdheidsconflicten.²⁵ De korte termijn die de bijzondere wetgever vastlegde voor het instellen van een beroep tegen een instemmingswet,²⁶ is er juist op gericht te voorkomen dat een wetgevende vergadering haar bevoegdheid overschrijdt bij het verlenen van instemming met verdragen.

Anders is het met de toetsing van verdragen aan het *gelijkheidsbeginsel* en de *onderwijsvrijheden*. In dit geval kan de inhoudelijke controle van het verdrag immers veel verder gaan en dreigt het Arbitragehof een werkelijke suprematie van de Grondwet op het verdrag te vestigen, wat ingaat tegen de gevestigde rechtspraak van het Hof van Justitie²⁷ en de meerderheid van de Belgische rechtsleer.²⁸ Ter verdediging van het standpunt van het Arbitragehof kan men dan weer aanvoeren dat noch de Grondwet, noch de organieke wet uitdrukkelijk uitsluiten dat het Arbitragehof wetten die met verdragen instemmen, strijdig acht met het gelijkheidsbeginsel en de onderwijsvrijheden. Een instemmingswet mag

dan een «akte van hoog toezicht» van het Parlement zijn, het is en blijft een wet die volgens de letter onderworpen is aan de toetsing door het Arbitragehof.²⁹ Het «effet utile» van deze toetsing maakt een onderzoek naar de inhoud van het verdrag noodzakelijk.

6. Het Arbitragehof liet in een recent arrest van 26 april 1994³⁰ in ieder geval blijken dat de soep niet zo warm wordt gegeten als ze wordt opgediend: het Hof moest zich op prejudiciële vraag uitspreken over de verenigbaarheid van de instemmingswet bij het EVRM met het gelijkheidsbeginsel, in de mate waarin artikel 6, lid 1, EVRM zo geïnterpreteerd wordt dat het geen toepassing vindt op tuchtprocedures t.a.v. overheidsfuncties zoals griffiers van de rechterlijke orde. Het Hof bevestigde stilzwijgend zijn bevoegdheid om het EVRM via de instemmingswet aan het gelijkheidsbeginsel te toetsen, maar doet tegelijkertijd een beroep op artikel 60 EVRM. Dit artikel bevat het beginsel dat de voorrang wordt verleend aan de bepaling met de ruimste waarborg inzake grondrechten, ook al is het een internrechtelijke bepaling. Het Arbitragehof oordeelt dat er om die reden geen sprake kan zijn van een discriminatie, omdat «de rechten, die het interne recht de griffiers van de rechterlijke orde in tuchtzaken waarborgt», niet worden beperkt door artikel 6, lid 1, EVRM.³¹ Welke die interne rechten zijn en of deze rechten opwegen tegen de rechten die artikel 6, lid 1, toekent, laat het Hof in het midden. Hoe dan ook lijkt artikel 60 EVRM een handig hulpmiddel voor het Arbitragehof om te ontsnappen aan de extreme consequenties van zijn rechtspraak inzake de toetsing van internationale verdragen.

7. Hier moet nog worden opgemerkt dat in de drie gevallen die tot nu toe aanleiding gaven tot het toetsen van een verdrag, het om een *prejudiciële vraag* ging. Dat het Arbitragehof naar aanleiding van een prejudiciële vraag een verdrag kan toetsen is echter niet zo evident als het op het eerste gezicht lijkt. De organieke wet op het Arbitragehof voorziet immers in een bijzondere termijn voor het instellen van een *beroep tot vernietiging* tegen instemmingsakten met verdragen.³² Hieruit blijkt de wil van de wetgever om de ratificatie van een verdrag niet nodeloos te vertragen. De wetgever heeft blijkbaar geen rekening gehouden met de mogelijkheid dat over dezelfde kwestie ook een prejudiciële vraag kan worden gesteld aan het Arbitragehof. Moet men daaruit besluiten dat de wetgever deze mogelijkheid wilde uitsluiten? Het Arbitragehof meent – terecht – dat dit niet het geval is.

De gevolgen van deze stelling kunnen echter nauwelijks onderschat worden. Op het eerste gezicht zou men weliswaar geneigd zijn te denken dat, wanneer het Arbitragehof naar aanleiding van een prejudiciële vraag een verdrag ongrondwettig acht, de gevolgen relatief beperkt zijn, omdat de gevolgen van de uitspraak beperkt blijven tot het bodemgeschil. Niets is minder waar. Een dergelijke beslissing zal gedurende zekere tijd een aanzienlijke rechtsonzekerheid

DELGRANGE, X., «Les articles 6 et 6bis de la Constitution. Des dispositions longues portées», *Rev. Rég. Dr.*, 1990, 422-434, en DE RIDDER, P., «De beperkte toetsing van het gelijkheidsbeginsel door het Arbitragehof», *R. W.*, 1990-91, 481-491. Dit geldt ook voor een bijzonder (oneigenlijk) geval van rechtstreekse werking, nl. voor de internationale verdragsbepalingen die een «stand-still»-verplichting inhouden voor België als verdragspartij (Arbitragehof, 7 mei 1992, nr. 33/92, *B.S.*, 4 juni 1992).

²⁴ Een soortgelijke paradox stelt men vast bij de wetbepalingen die bevoegdheidsverdelende regels bevatten en derhalve «toetsingsmaatstaf» zijn, maar die eventueel ook het voorwerp van toetsing kunnen uitmaken, zelfs al betreft het wetbepalingen die met een bijzondere dubbele meerderheid worden aangenomen. Zie Arbitragehof, 7 februari 1990, nr. 8/90, *B.S.*, 1 maart 1990, *A.A.*, 1990, 61, *R. W.*, 1989-90, 1395, noot VAN HAEGENDOREN, *Rev. Rég. Dr.*, 1990, 163, noot DELGRANGE, X., *J.T.*, 1990, 358, noot ERGEC, R. Adde VAN HAEGENDOREN, G., «Een 'bijzondere' onschendbaarheid van de wet. Grondwettigheidsstoetsing van wetten met een bijzondere dubbele meerderheid door het Arbitragehof», *R. W.*, 1989-90, 424-433, en VAN HOVE, P., «Van grondwettigheidsbeoordeling van de bijzondere meerderheidswet tot gereserveerde materies en 'implied powers'», *Jura Falc.*, 1991-92, 51-66.

²⁵ R.v.St., afd. wetgeving, 12 mei 1982, *Gedr.St.*, *Senaat*, 1981-82, nr. 246/1, (35) 37-38. Zie ook ERGEC, R., *o.c.*, (267) 281-283. Jacques VELU is in zijn advies over het eerste wetsontwerp over het Arbitragehof (dat later de wet van 28 juni 1993 is geworden) een andere mening toegedaan (*Gedr.St.*, *Senaat*, 1981-82, nr. 246/2, (377) 382-384).

²⁶ Art. 3, § 2, Bijzondere Wet Arbitragehof.

²⁷ Zie H.v.J., 9 maart 1978, *Amministrazione delle Finanze dello Stato t. Simmenthal S.P.A.*, C-106/77, *Jur.*, 1978, 629, recent nog bevestigd in H.v.J., 19 juni 1990, *The Queen v. Secretary of State for Transport ex parte Factortame Ltd. and Others*, C-213/89, *Jur.*, 1990, I, 2466.

²⁸ Voor een overzicht: VELU, J., *o.c.*, 120-124, nr. 69.

²⁹ Zo kan het Arbitragehof ook bepalingen van begrotingswetten vernietigen, ook al bevatten deze geen algemeen verbindende bepalingen. Zie R.v.St., afd. wetgeving, 12 mei 1982, *Gedr.St.*, *Senaat*, 1981-82, nr. 246/1, (35) 37-38, evenals VELAERS, J., *Van Arbitragehof tot Grondwettelijk Hof*, Antwerpen, Maklu, 1990, 105-106.

³⁰ Arbitragehof, 26 april 1994, nr. 33/94, *B.S.*, 22 juni 1994.

³¹ Overweging B.8.

³² Zie art. 3, § 2, Bijzondere Wet Arbitragehof.

creëren.³³ Deze onzekerheid zal pas verdwijnen wanneer het gewraakte verdrag wordt opgezegd, wanneer de instemmingswet later wordt vernietigd³⁴ of wanneer de lagere rechtspraak zich aansluit bij de stelling van het Arbitragehof.³⁵ De rechtsonzekerheid kan zich voordoen jaren nadat het verdrag is geratificeerd.

8. Het is duidelijk dat, wanneer het Hof deze rechtspraak aanhoudt, men vroeg of laat zelfs een *vernietiging* van een instemmingswet mag verwachten.³⁶ Wat hiervan de gevolgen zijn, laat zich raden: het verdrag heeft geen uitwerking meer in de Belgische rechtsorde.³⁷ Indien de regering het verdrag heeft geratificeerd vóór de uitspraak van het Arbitragehof, blijft het verdrag op tussenstatelijk vlak bestaan, met alle gevolgen van dien. Zo blijft de Belgische staat aansprakelijk tegenover de andere verdragspartijen voor een eventuele niet-naleving van de tussenstatelijke verplichtingen uit het verdrag.³⁸ Dit alles betekent dat de regering de ratificatie van verdragen beter zou uitstellen totdat het Arbitragehof zich heeft uitgesproken over eventueel bij hem ingestelde beroepen,³⁹ wat echter tegelijkertijd een vertraging van twee jaar kan impliceren. Zou het daarom niet beter zijn de organieke wet op het Arbitragehof aan te passen om een snellere rechtspleging op te leggen voor dergelijke gevallen?

9. Een ander netelig probleem vormt de vernietiging van een instemmingswet van één overheid met een *gemengd ver-*

drag.⁴⁰ Betekent dit dat het verdrag in zijn geheel geen uitwerking meer heeft in de Belgische rechtsorde? Men zou immers kunnen stellen dat de vernietigde instemmingswet betrekking heeft op het geheel van het verdrag. Een eventuele vernietiging heeft in deze hypothese tot gevolg dat *alle bepalingen* van het verdrag «onwerkzaam» worden in de Belgische rechtsorde.

Men kan de instemmingswet echter ook zien als de noodzakelijke voorwaarde voor de interne uitwerking van het verdrag *binnen de materiële en territoriale bevoegdheidssfeer van de betrokken overheid*, zeker na de vierde staatshervorming van 1993, gelet op de verregaande exclusieve bevoegdheidsverdeling in internationale aangelegenheden.⁴¹ De vernietiging van een instemmingsdecreet van een bepaalde gemeenschap met een gemengd verdrag zal in deze hypothese tot gevolg hebben dat de bepalingen van het verdrag die betrekking hebben op gemeenschapsaangelegenheden geen interne uitwerking meer hebben wat betreft de betrokken gemeenschap. De bepalingen die betrekking hebben op federale en gewestelijke aangelegenheden blijven hun gelding behouden in de Belgische rechtsorde, evenals de bepalingen die betrekking hebben op gemeenschapsaangelegenheden wat betreft de andere gemeenschappen. Deze laatste zullen echter vanzelfsprekend in nauwe schoentjes komen te staan. Deze hypothese impliceert eveneens dat men alle instemmingswetten moet aanvechten om een gemengd verdrag elke uitwerking in de Belgische rechtsorde te ontnemen. Welke van de twee oplossingen gevolgd moet worden, is een moeilijke vraag, maar de tweede oplossing lijkt beter aan te sluiten op de nieuwe situatie na de vierde staatshervorming.

B. Samenwerkingsakkoorden

10. Sinds 1993 bepaalt artikel 92bis, § 1, tweede lid, tweede zin,⁴² van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 dat de samenwerkingsakkoorden die betrekking hebben op de aangelegenheden die bij wet, decreet of ordonnantie worden geregeld, alsmede de akkoorden die de Staat, de Gemeenschap of het Gewest zouden kunnen bezwaren of Belgen persoonlijk zouden kunnen binden,⁴³ de instemming van de betrokken assemblees behoeven.⁴⁴ Voordien schreef deze bepaling nogal laconiek voor dat de samenwerkingsakkoorden

³³ Dit is thans bijvoorbeeld ook het geval voor de toepassing van art. 20 van de wet van 16 juli 1973 waarbij de bescherming van de ideologische en filosofische strekkingen gewaarborgd wordt (de zgn. cultuurpactwet), na de arresten van het Arbitragehof van 15 juli 1993, nr. 65/93, 16 december 1993, nr. 86/93 en 20 januari 1994, nr. 7/94, alle gewezen op prejudiciële vraag. Zie over deze vorm van rechtsonzekerheid DUMONT, H. en DELGRANGE, X., «La loi du Pacte culturel et la directive de l'équilibre idéologique et philosophique dans les nominations: sagesse ou monstruosité?», *J.T.*, 1994, (2), 10.

³⁴ Met toepassing van artikel 4, 2°, Bijzondere Wet Arbitragehof. Deze hypothese lijkt echter weinig waarschijnlijk: de verschillende betrokken overheden kunnen het verdrag ook opzeggen.

³⁵ De Raad van State en het Arbitragehof zullen evenwel blijven gedwongen kunnen worden tot het stellen van prejudiciële vragen over hetzelfde onderwerp.

³⁶ Overigens werd bij het Arbitragehof reeds op 6 december 1993 een beroep tot vernietiging ingesteld tegen de wet van 26 november 1992 houdende goedkeuring van het Verdrag over de Europese Unie, van de 17 Protocolen en van de Slotakte met 33 Verklaringen, opgemaakt te Maastricht op 7 februari 1992. De zaak draagt rolnummer 620.

³⁷ Of dit ook *extunc* geldt, is een moeilijke vraag: in de mate waarin de instemmingswet de voorwaarde is voor de Koning om tot ratificatie over te gaan en in de mate waarin een verdrag slechts internrechtelijk gevolgen kan hebben dank zij de instemmingswet, kan men er nochtans van uitgaan dat de vernietiging van de instemmingswet de internrechtelijke gevolgen van een verdrag retroactief wegneemt, onverminderd de mogelijkheid van het Arbitragehof om die retroactiviteit te «milderen» (art. 8 Bijzondere Wet Arbitragehof).

³⁸ Vgl. met de aansprakelijkheid van EG-lidstaten wegens niet-tijdige omzetting van een richtlijn ARTS, D., «Het Francovicharrest en zijn toepassing in de Belgische rechtsorde», *T.B.P.*, 1993, (495) 507-509.

³⁹ Dit was ook het geval in Duitsland, waar de regering de ratificatie van het Verdrag over de Europese Unie uitstelde tot na de uitspraak van het Bundesverfassungsgericht van 12 oktober 1993 (*Europäische Grundrechte Zeitschrift*, 1993, 429).

⁴⁰ Over het begrip «gemengd verdrag»: CRAENEN, G., «België en het buitenland. De nieuwe regeling van de buitenlandse betrekkingen», in *Het federale België na de vierde Staatshervorming*, ALEN, A. en SUETENS, L.-P. (red.), Brugge, Die Keure, 1993, (59) 74-75, en LEROY, M. en SCHAUS, A., «Les relations internationales», in *Les réformes institutionnelles de 1993. Vers un fédéralisme achevé?*, Brussel, Bruylant, 1994, (25) 41-43.

⁴¹ MOERENHOUT, R. en SMETS, J., *Samenwerkingsvormen tussen de federale Staat, Gemeenschappen en Gewesten*, Antwerpen, Kluwer, 1994, 173-174, verdedigen overigens een analoge stelling voor de instemmingswetten met samenwerkingsakkoorden.

⁴² Deze bepaling werd vervangen door art. 61, § 1, van de bijzondere wet van 16 juli 1993 tot vervollediging van de federale staatsstructuur, *B.S.*, 20 juli 1993.

⁴³ Men merke op dat de twee laatste gevallen dezelfde zijn als de gevallen waarin het vroegere artikel 68 Gw. de instemming van het Parlement met internationale verdragen vereiste.

⁴⁴ Zie hierover de toelichting bij het voorstel van de heer VAN ROMPUY, c.s., *Gedr.St.*, *Senaat*, 1992-93, nr. 558/1, 44-46. Adde MOERENHOUT, R. en SMETS, J., o.c., 161-162.

«in voorkomend geval» slechts gevolg hebben nadat zij bij wet, decreet of ordonnantie zijn goedgekeurd.⁴⁵ In de praktijk betekende dit dat een samenwerkingsakkoord haast nooit door de regeringen aan de assemblées werd voorgelegd ter goedkeuring. Of de nieuwe formulering van artikel 92bis werkelijk aanleiding zal geven tot een aanzienlijke toename van de gevallen waarin de betrokken wetgevende vergaderingen hun instemming verlenen met een samenwerkingsakkoord, valt nog af te wachten.

11. De instemmingswet met een samenwerkingsakkoord vertoont veel gelijkenissen met de instemmingswet met een internationaal vlak, zowel formeel als inhoudelijk. Deze gelijkenis tussen samenwerkingsakkoorden en internationale verdragen⁴⁶ bracht het Arbitragehof er wellicht toe in het arrest van 3 maart 1994 zijn theorie over de toetsing van internationale verdragen door te trekken naar samenwerkingsakkoorden.⁴⁷ Ook hier geldt dat het Arbitragehof zich moeilijk kan beperken tot een toetsing van de instemmingswet, maar dat het «effet utile» van de toetsing door het Hof een onderzoek van het samenwerkingsakkoord zelf noodzakelijk maakt.⁴⁸ De bezwaren tegen een (beperkte) grondwettigheidscontrole van verdragen die eerder werden aangegeven, gaan in elk geval niet op voor de samenwerkingsakkoorden, waarvan het hoe dan ook ondenkbaar is dat ze op de Grondwet of de bevoegdheidsverdelende regels zouden kunnen primeren.

12. Hier moet trouwens worden opgemerkt dat de afdeling wetgeving van de Raad van State zich naar aanleiding van zijn preventieve (grond)wettigheidscontrole steeds uitspreekt over de inhoud van een samenwerkingsakkoord wanneer om advies wordt verzocht over een voorstel of ontwerp van instemmingswet.⁴⁹ Dit is eveneens het geval voor internationale verdragen. Hier heeft de controle van verdragen en samenwerkingsakkoorden echter een totaal andere

finaliteit dan voor het Arbitragehof: het betreft een controle *a priori*, die de wetgever in staat moet stellen eventueel zijn instemming te weigeren. De problemen die zich voordoen bij een controle *a posteriori*, zoals bij het Arbitragehof, doen zich helemaal niet voor bij de afdeling wetgeving van de Raad van State. Een ander verschil is dat het Arbitragehof zich alleen maar kan uitspreken over samenwerkingsakkoorden waarmee de betrokken wetgevende vergaderingen hun instemming hebben verleend. Er kan immers pas toetsing zijn als er een *instemmingswet* is die kan worden getoetst. De andere samenwerkingsakkoorden ontsnappen aan de toetsing door het Arbitragehof. Helaas een reden te meer voor de betrokken regeringen om een samenwerkingsakkoord niet voor te leggen aan hun wetgevende vergaderingen...

13. Het arrest roept ook vragen op omtrent de bevoegdheidsverdeling tussen het Arbitragehof en de *samenwerkingsgerechten*. Op het eerste gezicht lijkt het antwoord te zijn dat het Arbitragehof bevoegd is om te beoordelen of een samenwerkingsakkoord in overeenstemming is met het gelijkheidsbeginsel, de onderwijsvrijheden en de bevoegdheidsverdelende regels, terwijl de samenwerkingsgerechten geschillen beslechten over de naleving door de betrokken overheden van de rechten en plichten die uit dergelijke samenwerkingsakkoorden voortvloeien.⁵⁰ Een nader onderzoek leert dat deze taakverdeling niet zo duidelijk is. Wanneer een partij voor het samenwerkingsgerecht een exceptie opwerpt dat het samenwerkingsakkoord strijdig is met het gelijkheidsbeginsel, de onderwijsvrijheden of de bevoegdheidsverdelende regels, zal het gerecht een prejudiciële vraag moeten stellen aan het Arbitragehof.⁵¹ Zeker wanneer het Arbitragehof verzocht wordt na te gaan of een samenwerkingsakkoord verenigbaar is met het gelijkheidsbeginsel, kan het zeer diep in de bevoegdheid van de samenwerkingsgerechten doordringen.⁵² Overigens is er tot nu toe nog nooit een samenwerkingsgerecht samengesteld. Ook met de afdeling administratie van de Raad van State⁵³ en

⁴⁵ Zie hierover RYCKEBOER, R., «Samenwerkingsakkoorden en onderwijs. Een toets voor het coöperatief federalisme», *T.O.R.B.*, 1992-93, (182) 183-184.

⁴⁶ Een lid van de senaatscommissie voor de herziening van de Grondwet noemde de samenwerkingsakkoorden reeds internrechtelijke verdragen (zie verslag ARTS, *Gedr.St.*, Senaat, B.Z. 1991-92, nr. 100/18/2°, 7). Zie ook UYTENDAELE, M., *Le fédéralisme inachevé*, Brussel, Bruylant, 1991, 609. Vgl. MOERENHOUT, R. en SMETS, J., *o.c.*, 143-144.

⁴⁷ Arbitragehof, 3 maart 1994, nr. 17/94, *B.S.*, 13 april 1994, overweging B.1.

⁴⁸ In dezelfde zin: COENRAETS, Ph., «Les accords de coopération dans la Belgique fédérale», *A.P.(T.)*, 1991, (158) 175-177; MOERENHOUT, R. en SMETS, J., *o.c.*, 170-174; RYCKEBOER, R., *o.c.*, (182) 184; UYTENDAELE, M. en COENRAETS, Ph., «Les accords de coopération», *CRISP - Courier hebdomadaire*, nr. 1325, 1991, 8-9. Het arrest van het Arbitragehof lijkt in te gaan tegen de opvatting van de wetgever dat het Hof enkel bevoegd zou zijn voor het sanctioneren van het uitblijven van verplichte samenwerkingsakkoorden wegens artikel 124bis Bijzondere Wet Arbitragehof. MOERENHOUT, R. en SMETS, J., *o.c.*, 149-153 wijzen er echter terecht op dat men uit een specifieke bevoegdheidstoewijzing niet kan besluiten tot een algemene onbevoegdheid van het Arbitragehof (en de Raad van State) voor samenwerkingsakkoorden. Het Arbitragehof kan niet zomaar op de bevoegdheid van de samenwerkingsgerechten treden (*supra*), maar behoudt een algemene toetsingsbevoegdheid t.a.v. instemmingswetten met samenwerkingsakkoorden (zie overigens ook *Gedr.St.*, Kamer, 1988-89, nr. 635/1, 48).

⁴⁹ Zie hierover MOERENHOUT, R. en SMETS, J., *o.c.*, 160-161.

⁵⁰ Over de aard en de bevoegdheden van samenwerkingsgerechten, zie ALLEN, A. en PEETERS, P., «België op zoek naar een coöperatief federaal staatsmodel», *T.B.P.*, 1989 (speciaal nummer), (110) 134-136; COENRAETS, Ph., *o.c.*, (158) 169-175; MOERENHOUT, R. en SMETS, J., *o.c.*, 186-194; RYCKEBOER, R. *o.c.*, (182) 185-187 en UYTENDAELE, M. en COENRAETS, Ph., *o.c.*, 12-17.

⁵¹ Op te merken valt dat het samenwerkingsgerecht in een dergelijk geval enkel mag weigeren een prejudiciële vraag te stellen wanneer de vordering niet ontvankelijk is om procedurerechten die ontleend zijn aan normen die zelf niet het onderwerp uitmaken van het verzoek tot het stellen van de prejudiciële vraag, net zoals het Hof van Cassatie en de afdeling administratie van de Raad van State (art. 26, § 2, Bijzondere Wet Arbitragehof). Een prejudiciële vraag kan ook niet gesteld worden voor een administratief samenwerkingsakkoord (dat geen instemmingswet behoeft).

⁵² Voor zover het niet gaat om een administratief samenwerkingsakkoord (*supra*).

⁵³ Wanneer men ervan uitgaat dat een samenwerkingsakkoord op zichzelf een overheidsakte is, kan ze zonder meer vernietigd worden door de Raad van State *ex art. 14 Gec. Wetten. R.v.St.* Zie COENRAETS, Ph., «Les accords de coopération dans la Belgique fédérale», *A.P.(T.)*, 1991, (158) 177; MOERENHOUT, R. en SMETS, J., *o.c.*, 174-175; UYTENDAELE, M. en COENRAETS, Ph., *o.c.*, 7-8. Het lijkt evenwel juist te gaan uit te gaan dat een samenwerkingsakkoord als dusdanig in principe een contractueel fenomeen is en geen eenzijdige over-

zelfs met de gewone hoven en rechtbanken ⁵⁴ kunnen inter-ferenties ontstaan.

14. Ook de rechtspraak inzake wetgevende bekrachtiging van akten van de uitvoerende macht leent zich tot vergelijking met het arrest van 3 maart 1994. In een arrest van 21 december 1988 besliste het Hof dat het niet alleen de wetgeven-de akte kan toetsen die een besluit bekrachtigt, maar ook de bepalingen van het bekrachtigde besluit zelf. ⁵⁵ Dit kan echter verklaard worden door het feit dat het besluit zelf kracht van wet krijgt door de bekrachtiging. ⁵⁶ Hetzelfde geldt *mutatis mutandis* voor collectieve arbeidsovereenkomsten. Het Arbitragehof verklaarde zichzelf onbevoegd om CAO's te toetsen, ⁵⁷ maar wetgevende bepalingen die CAO's onttrekken aan het toezicht door de afdeling administratie van de Raad van State, kunnen in principe worden vernietigd. ⁵⁸

II. De institutionele oplossingen voor de financiële problemen van de Franse Gemeenschap

15. Reeds kort na de goedkeuring van de bijzondere wet van 16 januari 1989 betreffende de financiering van de gemeenschappen en de gewesten, bleek dat de middelen voor de Franse Gemeenschap ontoereikend waren voor de bekostiging van het gemeenschapsonderwijs. Op 21 mei 1990 bereikten de voorzitters van de Franse Gemeenschapsexecutieve, de Waalse Gewestexecutieve en de Brusselse Hoofdstedelijke Executieve, samen met de nationale ministers Moureaux en Wathélet het zgn. akkoord van Terhulpen om de Franse Gemeenschap van extra middelen te voorzien. Ingevolge dit politiek akkoord sloten de Franse Gemeenschap

heidsakte. In dat geval kan de afdeling administratie van de Raad van State weliswaar niet het samenwerkingsakkoord als dusdanig vernietigen, net zomin als het Arbitragehof dit kan, maar kan hij, net zoals het Arbitragehof dit kan voor instemmingswetten, de administratieve akte vernietigen waarmee instemming is verleend met het akkoord (m.n. de zogenaamde «acte détachable» of afsplitsbare akte). Over de uit Frankrijk overgewaaid theorie van de afsplitsbare akte, zie VAN GERVEN, W. en WYCKAERT, M., «Overeenkomsten met de overheid», *T.P.R.*, 1987, (1709) 1727-1729. Ondanks de vernietiging van de afsplitsbare akte blijft het samenwerkingsakkoord echter voortbestaan en moet de gelaedeerde verdragspartij zich vervolgen wenden tot een samenwerkingsgerecht of tot de gewone rechter, naargelang het geval (zie voetnoot 43).

⁵⁴ Deze zijn enkel bevoegd voor zover een justitiabele (die overigens nooit een samenwerkingsgerecht kan adiëren) uit een samenwerkingsakkoord *subjectieve rechten* kan putten (art. 144 en 145 Gw.; zie ook MOERENHOUT, R. en SMETS, J., o.c., 176). Ook de contracterende overheden kunnen zich in een dergelijk geval tot de gewone hoven en rechtbanken wenden wanneer het een facultatief samenwerkingsakkoord betreft waarin geen clause is opgenomen waardoor de samenwerkingsrechten bevoegd werden gemaakt voor geschillen i.v.m. het akkoord (art. 92bis, § 6, BWHI).

⁵⁵ Arbitragehof, 21 december 1988, nr. 71, *B.S.*, 31 december 1988, *A.A.*, 1988, 863, overweging 1.B.5.

⁵⁶ Zie hierover ook POPELIER, P., «Over een onregelmatig bestuur, een toedekkende wetgever en de rechtspraak van het Arbitragehof», noot onder Arbitragehof, 22 april 1993, nr. 33/93, *R.W.*, 1993-94, 296-300 en SIMONART, H. en SALMON, J., «Les validations législatives et le contrôle de la Cour d'arbitrage», *J.T.*, 1994, 197-208.

⁵⁷ Arbitragehof, 16 maart 1993, nr. 25/93, *B.S.*, 1 april 1993, *A.A.*, 1993, 265.

⁵⁸ Arbitragehof, 19 mei 1993, nr. 37/93, *B.S.*, 9 juni 1993, *A.A.*, 1993, 391.

en het Waalse Gewest op 17 november 1990 een samenwerkingsakkoord ⁵⁹ om door middel van een gemengde instelling («Etablissement») een aantal bevoegdheden van de Franse Gemeenschap ⁶⁰ gemeenschappelijk uit te oefenen. In het tweetalig gebied Brussel-Hoofdstad werd een ander mechanisme gekozen: het Brusselse Hoofdstedelijke Gewest zou er middelen toekennen door de tenlasteneming van bepaalde uitgaven van de Franse Gemeenschap. ⁶¹

Daarnaast keerde de Franse Gemeenschap ook maaltijdbons uit aan de leden van het onderwijzend personeel, wat voor de federale overheid een meeruitgave betekende omdat op deze maaltijdbons, die nochtans ten minste een loon in natura, zoniet in *quasi*-contanten vormen, geen socialezekerheidsbijdragen werden betaald. Deze maatregelen bleken echter onvoldoende om de Franse Gemeenschap van voldoende middelen te voorzien.

16. In het Sint-Michielsakkoord werd op verschillende manieren tegemoet gekomen aan de financiële noden van de Franse Gemeenschap. ⁶²

– De Franse Gemeenschap kreeg een financiële tegemoetkoming in de financieringswet in ruil voor het niet langer aanwenden van maaltijdbons voor het personeel van het gemeenschapsonderwijs. ⁶³ Het gebruik van maaltijdbons door de Franse Gemeenschap werd door het Arbitragehof in een arrest van 27 januari 1993 veroordeeld. ⁶⁴ De Vlaamse Gemeenschap en de Duitstalige Gemeenschap kregen eveneens een financiële tegemoetkoming.

– De gemeenschappen kregen voor het begrotingsjaar 1993 een eenmalige (*one-shot*) financiële uitkering van 4,5 miljard. ⁶⁵ Met ingang van het begrotingsjaar 1994 worden de financiële middelen van de gemeenschappen progressief gekoppeld aan het verloop van het BNP. ⁶⁶

⁵⁹ Samenwerkingsakkoord van 17 november 1990 betreffende het gezamenlijk uitoefenen van bevoegdheden door de Franse Gemeenschap en het Waalse Gewest, goedgekeurd bij Decr. F. Gem. R. van 4 maart 1991 en bij Decr. W. Gew. R. van 21 februari 1991, *B.S.*, 4 mei 1991, err., *B.S.*, 4 juni 1991. Zie ook ARCO, E., «Gestion conjointe et délégation de compétences en Communauté française», *CRISP – Courier hebdomadaire*, 1993, nrs. 1373-1374, 25-40.

⁶⁰ Met name het toezicht op de OCMW's, het toerisme, het leerlingenvervoer en de interne onderwijsdiensten (art. 1 van het samenwerkingsakkoord).

⁶¹ De Vlamingen eisten hiervoor evenwel compensaties: ARCO, E., o.c., 40-56. Deze techniek was in zekere zin de prefiguratie van de later ingevolge het Sint-Michielsakkoord ingevoerde trekkingsrechten voor de Gemeenschapscommissies (*infra*).

⁶² Zie hierover ook CLEMENT, J., D'HONDT, H., VAN CROMBRUGGE, J. en VANDERVEEREN, C., *Het Sint-Michielsakkoord en zijn achtergronden*, Antwerpen, Maklu, 1993, 109-120 en 124-126.

⁶³ Nieuw art. 45ter van de bijzondere wet van 16 januari 1989 betreffende de financiering van de gemeenschappen en de gewesten, evenals nieuw art. 68bis van dezelfde wet. Zie ook *Gedr.St.*, *Senaat*, 1992-93, nr. 558/1, 58 en 59-60 en *Gedr.St.*, *Senaat*, 1992-93, nr. 558/5, 479-480.

⁶⁴ Arbitragehof, 27 januari 1993, nr. 6/93, *B.S.*, 20 februari 1993. Het Hof was echter voorzichtig genoeg om niet retroactief op te treden, maar het gebruik van de maaltijdbons enkel voor de toekomst uit te sluiten. *Adde* DUMONT, M., noot onder R.v.St., 20 oktober 1993, Bonfond-ASBL, Gerfa-Devue, nr. 44.610, *Rev.Rég.Dr.*, 1994, 117-121.

⁶⁵ Art. 45bis, §§ 1 en 4, Financieringswet.

⁶⁶ Art. 45bis, §§ 2-4, Financieringswet.

– Het kijk- en luistergeld, waarvan de opbrengst voordien reeds voor een groot deel aan de gemeenschappen toekwam,⁶⁷ werd een «gemeenschapsbelasting», met dien verstande dat de federale overheid bevoegd blijft voor de essentiële elementen van deze belasting⁶⁸ en dat de gewesten opcentiemen kunnen heffen op deze belasting.⁶⁹

– De «refinancement» van de Franse Gemeenschap vormde eveneens de aanleiding tot een uitoefening van bevoegdheden van deze Gemeenschap door het Waalse Gewest enerzijds en de Franse Gemeenschapscommissie anderzijds. Hiertoe werd in de Grondwet een artikel toegevoegd dat deze drie overheden toestaat onderling bij decreet de modaliteiten van deze «bevoegdheidsoverdracht» te regelen.⁷⁰

De draagwijdte van deze overdracht van gemeenschapsnaar gewestniveau mag niet overschat worden: wegens het dubbel mandaat tussen gemeenschaps- en gewestinstellingen zijn de verkozen gewestmandatarissen die zich voortaan over de overgedragen aangelegenheden van de Franse Gemeenschap uitspreken, grotendeels dezelfde als de leden van de Franse Gemeenschapsraad. Anderzijds mag men de overdracht van bevoegdheden niet onderschatten: het is een belangrijke en definitieve stap naar een asymmetrisch model in het federale België.⁷¹ In het noorden van het land bestaan alleen gemeenschapsinstellingen, in het zuiden van het land zijn de gemeenschapsinstellingen volgens sommigen op sterven na dood.

– De financiële lasten voor de Franse Gemeenschapscommissie bij het uitoefenen van haar bevoegdheden worden verlicht door een overdracht van middelen van het Brus-

selse Hoofdstedelijke Gewest aan de gemeenschapscommissies.⁷²

Deze krachtige middelentransfusie voor de gemeenschappen moet de «refinancement» van de Franse Gemeenschap voor de toekomst verzekeren. Sommigen stellen zich echter de vraag of deze overdracht van middelen de federale overheid op haar beurt niet in grotere budgettaire problemen zal brengen.

III. Immanente beperkingen aan samenwerkingsakkoorden

17. Vooral sinds 1988 gelden de samenwerkingsakkoorden als een van de belangrijkste instrumenten van het coöperatief federalisme in België. De tekst van artikel 92bis, § 1, eerste lid, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 zegt nochtans zeer weinig over de inhoud van samenwerkingsakkoorden: het bepaalt dat samenwerkingsakkoorden «onder meer» betrekking kunnen hebben op de gezamenlijke oprichting en het gezamenlijk beheer van gemeenschappelijke diensten en instellingen, op het gezamenlijk uitoefenen van eigen bevoegdheden en op de gemeenschappelijke ontwikkelingen van initiatieven. Vooral de woorden «onder meer» scheppen verwarring en laten veel onduidelijkheid bestaan over hoe ver samenwerking kan reiken vooraleer de bevoegdheidsverdelende regels geschonden worden.⁷³ Het is echter evident dat er grenzen zijn aan de samenwerking van verschillende overheden.

De autonomie van de gemeenschappen en de gewesten verzet zich immers tegen een té verregaande onderlinge samenwerking. Deze autonomie van de deelgebieden uit zich concreet in de rechtskracht van de normen van gemeenschappen en gewesten: de decreten hebben immers kracht van wet. De autonomie van de deelgebieden blijkt daarnaast ook uit het exclusief karakter van de bevoegdheidsverdeling tussen de federale overheid, de gemeenschappen en de gewesten. Het exclusiviteitsbeginsel werd door het Arbitragehof in zijn rechtspraak benadrukt: voor een bepaalde aangelegenheid kan voor een bepaald gebied één en slechts één overheid bevoegd zijn. Op dit beginsel bestaat slechts een beperkt aantal uitzonderingen. Aldus oordeelde de afdeling wetgeving van de Raad van State dat de autonomie van gemeenschappen en gewesten zich principieel verzet tegen een gedeelde beslissingsmacht tussen organen van verschillende overheden.⁷⁴

Bovendien leggen de Grondwet en de wetten op de staatsvorming een strikte scheiding op van gemeenschaps- en gewestaangelegenheden. Dit blijkt onder meer uit artikel 39 van de Grondwet, dat bepaalt dat gewestorganen geen gemeenschapsbevoegdheden mogen uitoefenen.⁷⁵ Er zijn

⁶⁷ Thans komt de opbrengst integraal toe aan de gemeenschappen, maar de inningskosten door de Staat worden eerst van de bruto-opbrengst afgetrokken vooraleer de gelden worden doorgestort.

⁶⁸ Met name voor het vaststellen van de aanslagvoet, de heffingsgrondslag en de vrijstellingen. Voor een wijziging is echter de instemming van de Gemeenschapsregeringen vereist (art. 5bis, § 2, Financieringswet).

⁶⁹ Art. 5bis, § 3, Financieringswet.

⁷⁰ Zie hierover uitvoeriger ARCO, E., «Le transfert de l'exercice des compétences de la Communauté française», *Crisp – Courrier hebdomadaire*, 1993, nrs. 1410-1411, 61 p.; BLERO, B., en DELCOR, F., «Les transferts de compétence de la Communauté à la Région», in *Les réformes institutionnelles de 1993. Vers un fédéralisme achevé?*, Brussel, Bruylant, 1994, 71-116; MOUZON, A.-S., «L'article 59quinquies de la Constitution et la nouvelle solidarité francophone Wallonie-Bruxelles», *Socialisme*, 1993, nr. 239, 15-37; NIHOUL, P., «La spécificité institutionnelle bruxelloise», in *La Constitution fédérale du 5 mai 1993*, Brussel, Bruylant, 1993, (87) 101-103; RIMANQUE, K., «De instellingen van Vlaanderen, de Franse Gemeenschap en het Waalse Gewest», in *Het federale België na de vierde Staatshervorming*, ALEN, A. en SUETENS, L.-P. (red.), Brugge, Die Keure, 1993, (165) 189-194; SIMONART, H., «Les autorités communautaires et régionales», in *La Constitution fédérale du 5 mai 1993*, Brussel, Bruylant, 1993, (37) 42-44; TULKENS, F., «La Communauté française: recépage ou dépeçage?», in *La Constitution fédérale du 5 mai 1993*, Brussel, Bruylant, 1993, 109-117; UYTENDAELE, M., «Fédéralisme régional ou fédéralisme communautaire», in *La Constitution fédérale du 5 mai 1993*, Brussel, Bruylant, 1993, 119-123; VAN NIEUWENHOVE, J., «De samenstelling en de werking van Parlement en Raden na de vierde staatshervorming», *T.B.P.*, 1994, (171) 182-183.

⁷¹ VAN NIEUWENHOVE, J., o.c., (171), 185.

⁷² Artt. 83bis-83quater Brusselwet. Deze extra financiële lasten voor het Brusselse Hoofdstedelijke Gewest worden op hun beurt weer verlicht door de extra financiële middelen die voor alle drie gewesten werden voorzien, evenals door een bijzondere tegemoetkoming (art. 63 Financieringswet).

⁷³ Voor een overzicht: MOERENHOUT, R. en SMETS, J., o.c., 129-141.

⁷⁴ Zie hierover ALEN, A. en PEETERS, P., «België op zoek naar een coöperatief federaal staatsmodel», *T.B.P.*, 1989 (speciaal nummer), (110) 114-116, evenals MOERENHOUT, R. en SMETS, J., o.c., 125-128.

⁷⁵ Zie onder meer R.v.St., 26 november 1982, nr. 22.690, *R.W.*, 1982-83, 1913, met noot DE MEYER, J.

evenwel enkele gevallen waarin deze strikte *bevoegdheids-scheiding* wordt doorbroken:

- De uitoefening van de bevoegdheden van het Vlaamse Gewest door de organen van de Vlaamse Gemeenschap.⁷⁶
- De uitoefening van bevoegdheden van de Franse Gemeenschap door de organen van het Waalse Gewest en de Franse Gemeenschapscommissie.⁷⁷
- De uitoefening van bevoegdheden van het Waalse Gewest door de organen van de Duitstalige Gemeenschap.⁷⁸

Deze uitzonderingen op het beginsel van de strikte bevoegdheidsscheiding tussen gemeenschappen en gewesten moeten beperkend geïnterpreteerd worden. Men mag overigens niet uit het oog verliezen dat voor elk van de opgesomde uitzonderingen een uitdrukkelijke *grondwettelijke* basis bestaat. Ten slotte stelde de Raad van State in een advies van 13 juli 1988 dat de gemeenschappen en de gewesten zich niet op conventionele basis van hun bevoegdheden kunnen ontdoen.⁷⁹

18. De vraag is nu echter of het samenwerkingsakkoord aan de bovengenoemde eisen voldoet. In zijn advies over het samenwerkingsakkoord⁸⁰ stelde de afdeling wetgeving van de Raad van State dat aan «Etablissement» geen normatieve bevoegdheid wordt toegekend, maar slechts een bevoegdheid tot het nemen van individuele administratieve beslissingen. Vreemd genoeg blijkt dit nergens uit de tekst van het samenwerkingsakkoord zelf. Blijkbaar gaat het om een *verfasungskonforme* interpretatie van de Raad van State, groten-deels gebaseerd op de toelichtingen bij het samenwerkingsakkoord door de gevolmachtigden van de betrokken executive.⁸¹

19. Op het eerste gezicht lijkt het Arbitragehof zich in het arrest van 3 maart 1994 aan te sluiten bij het standpunt van de Raad van State: het Hof zegt immers dat het sluiten van een samenwerkingsakkoord geen uitwisseling, afstand of teruggave van bevoegdheden tot gevolg mag hebben.⁸² Net zoals de Raad van State maakt het Hof een onderscheid tus-

sen normatieve bevoegdheid en uitvoerende bevoegdheid. Het gezamenlijk uitoefenen van *uitvoerende* bevoegdheid door twee verschillende overheden is in overeenstemming met de bevoegdheidsverdelende regels, het gezamenlijk uitoefenen van *normatieve* bevoegdheid niet.⁸³ Het is volgens het Hof ontoelaatbaar dat vertegenwoordigers van het Waalse Gewest door middel van het samenwerkingsakkoord *rechtstreeks* zouden meewerken aan de uitvaardiging van decreten of van besluiten die een algemeen verbindend rechtsvoorschrift bevatten. Een vrijblijvende, onrechtstreekse medewerking in de vorm van een advies dat door Etablissement wordt uitgebracht over voorontwerpen van decreet en ontwerpen van besluit over bepaalde aangelegenheden van de Franse Gemeenschap,⁸⁴ is volgens het Arbitragehof wel toelaatbaar.

20. Een belangrijke nuance is dat het Arbitragehof zich op prejudiciële vraag slechts over één aspect van het samenwerkingsakkoord moest uitspreken, nl. met betrekking tot het toezicht op de openbare centra voor maatschappelijk welzijn.⁸⁵ Het Hof bouwde blijkbaar een veiligheidsklep in zijn *dictum* in door op te merken dat *deze* gemeenschapsbevoegdheid een nauwe samenhang vertoont met de financiering van de gemeenten, waarvoor het Waalse Gewest instaat.⁸⁶ Het Hof bespeurde hier dus een *band van materiële samenhang* die blijkbaar voldoende sterk was om te besluiten dat het betrekken van het Waalse Gewest bij de uitoefening van bepaalde bevoegdheden van de Franse Gemeenschap, te meer daar het slechts ging om beslissingen van bestuurlijk toezicht.⁸⁷

Niets verhindert het Arbitragehof dus om een instemmingswet met een samenwerkingsakkoord te vernietigen wanneer zou blijken dat deze materiële samenhang niet aanwezig is, m.a.w. wanneer het niet langer gaat om samenwerking m.b.t. *aanverwante* aangelegenheden *of* wanneer de samenwerking van die aard is dat het in feite gaat om een *overdracht van regelgevende bevoegdheid*.

21. Deze rechtspraak van het Arbitragehof heeft als verdienste te wijzen op de noodzaak van samenwerkingsakkoorden om onderling verweven, samenhangende bevoegdheden gezamenlijk uit te oefenen. Dit is een noodzakelijke correctie op het (tot op zekere hoogte onvermijdelijk) gebrek aan homogeniteit van de bevoegdheidspakketten.

⁷⁶ Art. 137 Gw. j° art. 1, § 1, BWHi.

⁷⁷ Art. 138 Gw., en de uitvoeringsdecreten, verschenen in *B.S.*, 10 september 1993. Tegen een aantal van deze decreten werd een beroep tot vernietiging bij het Arbitragehof ingeleid (zie *B.S.*, 24 maart 1994). De zaak draagt rolnummer 645.

⁷⁸ Art. 139 Gw. en de twee decreten betreffende de uitoefening van de door de Duitstalige Gemeenschap van de bevoegdheden van het Waalse Gewest in de aangelegenheid «Monumenten en Landschappen» (Decr. W. Gew. 23 december 1993, *B.S.*, 12 februari 1994 en Decr. D. Gem. 17 januari 1994, *B.S.*, 16 maart 1994).

⁷⁹ *Gedr.St., Kamer*, B.Z. 1988, nr. 516/1, (32) 52. Zie ook COENRAETS, Ph., «Les accords de coopération dans la Belgique fédérale», *A.P.T.*, 1991, (158) 165.

⁸⁰ R.v.St., afd. wetgeving, 3 december 1990, *Gedr.St., Conseil régional wallon*, 1990-91, nr. 220/1, 7-8.

⁸¹ De Raad van State zou deze stelling ook kunnen hebben geput uit een «a contrario»-interpretatie van artikel 6 van het samenwerkingsakkoord. Anderzijds sluit het akkoord zelf nergens uit dat Etablissement algemeen verbindende rechtsregels zou kunnen uitvaardigen. Zie ook een van de consideransen bij het akkoord: «qu'il paraît opportun de conclure des accords de coopération pour organiser la *gestion* des matières connexes», evenals artikel 1 dat bepaalt dat de Franse Gemeenschap en het Waalse Gewest «*exercent conjointement les compétences suivantes par l'intermédiaire d'un établissement (...)*» (cursiveringen toegevoegd).

⁸² Overweging B.5.3 van het bedoelde arrest.

⁸³ Overweging B.5.10.

⁸⁴ Zie art. 6 van het samenwerkingsakkoord.

⁸⁵ *Oud art.* 5, § 1, II, 2°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 (intussen gewijzigd door art. 1 van de bijzondere wet van 16 juli 1993 tot vervollediging van de federale staatsstructuur, *B.S.*, 20 juli 1993). Er zij aan herinnerd dat volgens vaste rechtspraak van het Arbitragehof de overeenstemming van wettelijke normen met de bevoegdheidsverdelende regels beoordeeld wordt op het moment van de inwerkingtreding van deze normen (zie o.m. Arbitragehof, 16 december 1993, nr. 85/93, *B.S.*, 2 maart 1994, *A.A.*, 1993, 1041, overweging B.4).

⁸⁶ Dit blijkt uit art. 105 OCMW-wet en art. 22, § 1, Financieringswet gelezen in samenhang met de artt. 6, § 1, VII, 2°, en 7 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980. Zie ook Arbitragehof, 21 maart 1991, nr. 4/91, *B.S.*, 27 april 1991. Vgl. art. 106 OCMW-wet, dat de gemeente verplicht het tekort op de begroting van de OCMW zelf te dragen.

⁸⁷ Overigens wordt in de consideransen bij het samenwerkingsakkoord de samenhang van de betrokken aangelegenheden dik in de verf gezet.

Wat betreft de *intensiteit* van deze samenwerking lijkt deze rechtspraak echter te permissief: het door een gemengd orgaan laten uitoefenen van beslissingsbevoegdheid lijkt in te druisen tegen het *verticaliteitsbeginsel*, dat inhoudt dat de overheid die de algemeen verbindende regels vaststelt, ze ook alleen moet uitvoeren. Men kan moeilijk volhouden dat het gezamenlijk uitoefenen van bevoegdheden die tot de exclusieve bevoegdheid van de Franse Gemeenschap behoren door een orgaan waarvan vier van de zes leden tot de Waalse Gewestexecutieve behoren, ook al moeten de beslissingen in principe bij consensus worden genomen, in overeenstemming is met het beginsel van de scheiding van gemeenschaps- en gewestbevoegdheden.⁸⁸ Ook artikel 2 van het akkoord, waarin het beheer van het leerlingenvervoer door Etablissement zonder meer wordt opgedragen aan de Société régionale wallonne du transport public des personnes (SRWT), is vanuit dit oogpunt bedenkelijk.⁸⁹

Besluit

22. In het arrest van 3 februari 1994 bevestigt het Arbitragehof dat het verdragen via de instemmingswet kan toetsen aan het gelijkheidsbeginsel, de onderwijsvrijheden en de bevoegdheidsverdelende regels. Hiermee loopt het Arbitragehof een achterstand in op een aantal andere grondwettelijke hoven, maar men kan zich tegelijkertijd afvragen of de voordelen opwegen tegen de nadelen, gelet op de ervaring met het Unieverdrag.

Het arrest van 3 maart 1994 is uitermate interessant, ten eerste omdat het Arbitragehof bevestigt dat het samenwerkingsakkoorden via de instemmingswet kan toetsen en ten tweede omdat relatief soepele grenzen worden gesteld aan de inhoud van samenwerkingsakkoorden. Wat betreft de toetsing van samenwerkingsakkoorden stelt men vast dat het Arbitragehof een grote contractuele vrijheid toelaat. Het beginsel van de bevoegdheidsscheiding tussen gemeen-

schappen en gewesten, dat in 1970 nog absoluut was, krijgt een nieuwe deuk. «Etablissement» is intussen opgeheven,⁹⁰ maar de gedeeltelijke «ontmanteling» van de Franse Gemeenschap werd in de vierde staatshervorming grondwettelijk verankerd.⁹¹

23. Beide arresten vormen een nieuw voorbeeld van een door het Arbitragehof vaak aangewende techniek: het ruim uitleggen van zijn – op het eerste gezicht beperkte – toetsingsbevoegdheid met daarna een opvallend terughoudende toetsing *in concreto*.⁹² Een dergelijke techniek zal bij sommige justitiabelen misschien valse verwachtingen creëren. Anderzijds kan men zeker niet stellen dat het Hof zich te terughoudend opstelt in zijn toetsing: in 1993 besloot het in één op vier arresten tot een schending.⁹³ In 1988 en 1991 breidde het Arbitragehof zijn bevoegdheid uit tot bekrachtigde besluiten van de uitvoerende macht.⁹⁴ Het Hof heeft intussen bewezen dat zijn rechtspraak inzake wetgevende bekrachtiging een meerwaarde vormt voor de rechtsstaat. Mag men hopen dat hetzelfde het geval zal zijn voor zijn rechtspraak over de internationale verdragen en de samenwerkingsakkoorden?

Jeroen VAN NIEUWENHOVE
Instituut Constitutioneel Recht
 K.U. Leuven

⁹⁰ Zie Decr. F. Gem. R. 31 maart 1994, *B.S.*, 19 mei 1994, en Decr. W. Gew. R. 28 april 1994, *B.S.*, 25 mei 1994.

⁹¹ Zie voetnoot 54.

⁹² VAN HAEGENDOREN, G., «Een 'bijzondere' onschendbaarheid van de wet. Grondwettigheidstoetsing van wetten met een bijzondere dubbele meerderheid door het Arbitragehof», *R.W.*, 1989-90, (424) 433, vergeleek deze techniek met die van de Supreme Court in het arrest *Marbury vs. Madison*.

⁹³ Meer bepaald in 21 van de 89 arresten (23,6 pct.). Hiervan waren 9 vernietigingen (10,1 pct.) (in sommige gevallen slechts gedeeltelijk of met effect beperkt tot de toekomst) en 12 vaststellingen van schending op prejudiciële vraag (13,5 pct.). RIMANQUE, K., «De paradoxale werking van het gelijkheidsbeginsel», *R.W.*, 1992-93, (6) 14-15, merkt terecht op dat het gedrag van het Hof sterk afhangt van de politieke gevoeligheid van de materie.

⁹⁴ Arbitragehof, 11 februari 1988, nr. 46, *B.S.*, 24 februari 1988, *A.A.*, 1988, 207, en Arbitragehof, 13 juni 1991, nr. 15/91, *B.S.*, 11 juli 1991.

⁸⁸ Zie MOERENHOUT, R. en SMETS, J., *o.c.*, 133-134, evenals RYCKEBOER, R., *o.c.*, (182) 191-192.

⁸⁹ Volgens de Raad van State volstond het aanpassen van het maatschappelijk doel van deze maatschappij, wat ook gebeurde (*ibid.*, 7-8).

DE WIJZIGBAARHEID VAN DE ONDERHOUDSUITKERING NA ECHTSCHIEDING OP GROND VAN FEITEN

Inleiding

1. In deze bijdrage wordt aandacht besteed aan de problematiek van de wijzigbaarheid van de onderhoudsuitkering die verschuldigd is in de onderlinge relatie tussen de gewzen echtgenoten na echtscheiding op grond van feiten. De in het kader van een echtscheiding door onderlinge toestemming in de familierechtelijke overeenkomst mogelijkerwijze conventioneel vastgestelde uitkering blijft buiten beschouwing.

Meer bepaald zal worden getracht door vergelijking van de regels daaromtrent in het kader van schuldechtscheiding enerzijds (art. 301, § 3, B.W.), en echtscheiding op grond van feitelijke scheiding anderzijds (art. 307bis B.W.), aan te tonen dat, ondanks de uiteenlopende wettelijke bewoordingen, het stelsel betreffende de veranderlijkheid niet fundamenteel verschillend is.

2. Teneinde een duidelijk inzicht te verwerven in deze problematiek is allereerst vereist de algemene systematiek te schetsen die inzake de begroting van onderhoudsuitkeringen moet worden gevolgd (§ 1). In de tweede en derde paragraaf wordt vervolgens ingegaan op het eigenlijke onderwerp van deze bijdrage, waarin achtereenvolgens de wijzigbaarheid van de uitkering na schuldechtscheiding en die na echtscheiding op grond van feitelijke scheiding centraal zullen komen te staan. De vierde paragraaf zal ten slotte worden gewijd aan een aantal algemene vraagstukken die verbonden zijn aan de wijzigingsproblematiek.

§ 1. Algemene begrotingssystematiek

3. Bij de gerechtelijke begroting van onderhoudsuitkeringen moet steeds, ongeacht de basis waarop de alimentaire verplichting steunt, worden uitgegaan van een zelfde systematiek. Deze bestaat er meer bepaald in dat het verschuldigde onderhoudsgeld wordt berekend aan de hand van een driestapsredenering.¹

4. In een eerste fase dient de rechter namelijk de referentiestandaard te onderzoeken die toepassing vindt met betrekking tot de concreet voorliggende onderhoudsplicht, en deze in een concreet bedrag te vertalen. De bevoegde rechter dient met andere woorden te onderzoeken welk criterium bepalend is om de hoogte van het bedrag aan te geven waarop de onderhoudsschuldeiser in beginsel recht heeft. Terwijl in het gemene onderhoudsrecht (artt. 205 e.v. B.W.)

de referentiestandaard inhoudt dat de schuldeiser in staat dient te worden gesteld «in zijn bestaan te voorzien», stelt art. 301, § 1, B.W. inzake schuldechtscheiding de gelijkwaardige levensstandaard als referentiestandaard voorop. Bij gebreke van uitdrukkelijke wettekst wordt aanvaard dat dit laatste criterium ook maatgevend is wat betreft het levensonderhoud na echtscheiding op grond van vijf jaar feitelijke scheiding² en na vijf jaar feitelijke scheiding wegens geestesstoornis.³

5. Teneinde te weten of de potentieel onderhoudsgerechtigde ook effectief aanspraak kan maken op een uitkering door de alimentatieplichtige bestaat de tweede fase erin de draagkracht, met andere woorden de financiële situatie van de onderhoudsgerechtigde, te onderzoeken. Meer concreet dient in deze fase te worden bekeken of de onderhoudsschuldeiser zelf over een voldoende draagkracht beschikt om het in de eerste fase begrote bedrag te bereiken, of hij

² Zie onder andere Cass., 23 november 1978, *R.W.*, 1979-80, 771, en *Pas.*, 1979, I, 344; Cass., 12 maart 1981, *Arr.Cass.*, 1980-81, 773, *Pas.*, 1981, I, 754, *J.T.*, 1982, 595, en *Rev. Trim.Dr.Fam.*, 1983, 35, noot LAMPE, M.-F.; Cass., 11 oktober 1984, *Pas.*, 1985, I, 211, *R.W.*, 1985-86, 725, *J.T.*, 1984, 72, en *Arr.Cass.*, 1984-85, 244; Cass., 26 september 1985, *Pas.*, 1986, I, 79, en *Arr.Cass.*, 1985-86, 94; Cass., 11 oktober 1985, *Pas.*, 1986, I, 211; BAETEMAN, G. en GERLO, J., *Het echtscheidingsrecht in België na de hervorming 1974-1975*, Gent/Brussel/Antwerpen/Leuven, Story-Scientia, 1977, 83, nr. 137; BAETEMAN, G., *Personen- en gezinsrecht*, Deurne, Kluwer, 1992, 4e uitg., 515-516, nr. 823; DE BUSSCHERE, C., *De feitelijke scheiding der echtgenoten en de echtscheiding op grond van feitelijke scheiding*, Antwerpen, Kluwer, 1985, 391, nr. 620; DE PAGE, H. en MASSON, J.P., *Traité élémentaire de droit civil belge, II*, Brussel, Bruylant, 1990, 4e uitg., 816, nr. 799; GERLO, J., o.c., 1994, 292, nr. 449; RENCHON, J.L., «Les vicissitudes de la législation belge sur le droit de divorce», *Ann. Dr. Louvain*, 1976, 86, nr. 69; SENAËVE, P., *Compendium van het Personen- en Familierecht, III*, Leuven/Amersfoort, Acco, 1993-94, 4e uitg., 133, nr. 1755; TILLEMANS, D., «Het onderhoudsgeld na echtscheiding op grond van fout en op grond van feitelijke scheiding», in *Echtscheiding*, SENAËVE, P. (red.), Leuven, Acco, 1990, 234, nr. 335.

³ GERLO, J., o.c., 1994, nr. 295, nr. 454; NUYTINCK, H. en VAN LOOK, M., «Het onderhoud na echtscheiding en scheiding van tafel en bed naar Belgisch recht», in *Preadviezen over het onderhoud na echtscheiding en scheiding van tafel en bed in Nederland en België*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1976, 70; RENCHON, J.L., l.c., 1976, 86, nr. 69; TILLEMANS, D., l.c., 235, nr. 338. Zie evenwel BAX, M., «De onderhoudsverplichting na echtscheiding», in *Onderhoudsgeld*, Brussel, C.E.D. Samsom, 1978, 95, nr. 24; DE BUSSCHERE, C., art. 307bis B.W. in *Comm. Pers.*, 21, nr. 40; DE BUSSCHERE, C., o.c., 388, nr. 54; *Répertoire notarial*, v° «Divorce et séparation de corps», Brussel, 1987, 344, nr. 601, welke oordelen dat in dit geval veeleer de gemeenschappelijke referentiestandaard centraal dient te staan. Zie tenslotte VIEUJEAN, E., *Les effets du divorce pour cause déterminée*, in DE GAVRE, J. (Ed.), *Le divorce en Belgique: controverses et perspectives*, Brussel, Story-Scientia, 1991, 186, nr. 40, die meent dat in casu de regels inzake de hulpplicht moeten worden toegepast.

¹ Zie hieromtrent BAETEMAN, G. en GERLO, J., «Overzicht van rechtspraak (1975-1980). Personen- en Familierecht», *T.P.R.*, 1981, 845, nr. 122; BAETEMAN, G. en GERLO, J., *Het echtscheidingsrecht in België na de hervorming 1974-1975*, Gent/Brussel/Antwerpen/Leuven, Story-Scientia, suppl. 1982, 47, nr. 62; GERLO, J., art. 301 B.W. in *Comm. Pers.*, 11, nr. 9; GERLO, J., «Onderhoudsgelden», in *Recht en Praktijk*, Deurne, Kluwer, 1994, 2e uitg., 206, nr. 253.

met andere woorden in de mogelijkheid verkeert het in de referentiestandaard vooropgestelde zelf te verwerven.

Ingeval de eigen draagkracht voldoende groot blijkt te zijn, zal de potentiële schuldeiser geen aanspraak op een uitkering kunnen laten gelden, waardoor een onderzoek naar de bestaansmiddelen van de alimentatieplichtige, hetgeen het voorwerp uitmaakt van een derde fase in de begroting, overbodig is. Zijn de middelen van de potentiële schuldeiser daarentegen niet toereikend, dan kan hij in beginsel aanspraak maken op een uitkering ten laste van de onderhoudsschuldenaar ten belope van het verschil tussen de voor hem toepasselijke referentiestandaard en zijn eigen draagkracht.

6. In de derde fase ten slotte staat de draagkracht van de onderhoudsschuldenaar centraal. Opdat de alimentatieplichtige een uitkering dient te betalen, is namelijk eveneens vereist dat hij voldoende vermogend is. Na de vaststelling van de financiële situatie van deze laatste zal dan ook worden nagegaan of zijn draagkracht volstaat om aan de alimentatiegerechtigde het reeds begrote verschil tussen de voor hem toepasselijke referentiestandaard en zijn eigen middelen te verschaffen. Met betrekking tot de onderhoudsuitkering na schuldechtscheiding (art. 301 B.W.) dient in deze laatste fase wel in aanmerking te worden genomen dat de uitkering een derde van de inkomsten van de onderhoudsplichtige nooit mag overschrijden. Een dergelijke beperking bestaat echter niet met betrekking tot de onderhoudsuitkering na echtscheiding op grond van feitelijke scheiding.

7. We wijzen er nog op dat in de gepubliceerde rechtspraak, voor zover wij weten, geen beslissing voorhanden is waarin deze begrotingssystematiek op een coherente wijze wordt aangewend. Wel kan worden gewezen op een oud vonnis van de Rechtbank te Brussel dat oordeelde dat de onderhoudsgerechtigde in beginsel 10.000 frank per maand nodig had om in zijn levensonderhoud te voorzien. Gelet op het feit dat de onderhoudsgerechtigde zelf 2.645 frank aan inkomsten ontving, werd het principieel door de onderhoudsplichtige verschuldigde bedrag uiteindelijk vastgesteld op 7.355 frank per maand.⁴ Toch is een correcte aanwending van deze systematiek noodzakelijk om de begroting conform de wettelijke voorschriften te maken. Bovendien maakt de systematiek het mogelijk het stelsel van de wijzigbaarheid beter te doorgronden.

§ 2. Wijzigbaarheid van de onderhoudsuitkering na schuldechtscheiding

8. De problematiek van de wijzigbaarheid van de onderhoudsuitkering na schuldechtscheiding vindt haar regeling in art. 301, § 3, B.W. Op grond van deze bepaling kan de alimentatie die tussen gewezen echtgenoten na deze vorm van echtscheiding verschuldigd is, onder bepaalde in de wet opgesomde omstandigheden worden aangepast.

9. Allereerst wordt aldus bepaald dat de rechtbank de uitkering kan verhogen indien deze, door omstandigheden onafhankelijk van de wil van de uitkeringsgerechtigde, in ruime mate ontoereikend is geworden om een gelijkwaardige levensstandaard van tijdens het samenleven te waarborgen.

10. Opdat een omstandigheid in aanmerking genomen kan worden om een wijziging te gronden, is op de eerste

plaats vereist dat ze onafhankelijk is van de wil van de onderhoudsschuldeiser. Dit houdt meer bepaald in dat de situatie in kwestie door de onderhoudsgerechtigde niet *bewust* gewild mag zijn om zijn schuldenlast te verzwaren.⁵ Er wordt dus geenszins vereist dat de wijziging van de financiële toestand te wijten is aan een situatie van overmacht. Voorbeelden van omstandigheden die niet onafhankelijk zijn van de wil en bijgevolg geen wijziging van de uitkering kunnen verantwoorden, zijn onder meer het ontslagen worden om een dringende reden,⁶ het wegschenken van een onroerend goed dat belangrijke huuropbrengsten opleverde,⁷ gokken en dergelijke. Ingeval er daarentegen sprake is van een ziekte⁸ of een toestand van onvrijwillige werkloosheid,⁹ is het wel mogelijk een verhoging van de uitkering te krijgen.

In de rechtspraak is verder de vraag gerezen of het feit dat de onderhoudsgerechtigde een nieuw huwelijk of een buitenhuwelijkse tweerelatie aanging, kan worden beschouwd als een omstandigheid onafhankelijk van zijn wil. Alvorens hierop een antwoord te formuleren dient evenwel een standpunt te worden ingenomen in verband met de betwisting of de nieuwe gezinsvorming voor de onderhoudsgerechtigde al dan niet de automatische afschaffing van de uitkering met zich brengt.

Met betrekking tot het aangaan van een nieuw huwelijk bestaan er in dat verband twee stellingen. Terwijl volgens de eerste opvatting het nieuwe huwelijk geenszins de automatische afschaffing van de uitkering met zich brengt, doch de onderhoudsplichtige die een vermindering of zelfs de afschaffing van het onderhoudsgeld wenst te krijgen, het bewijs moet leveren dat de toestand van de onderhoudsgerechtigde door de nieuwe nuptiale band op ingrijpende wijze is verbeterd,¹⁰ aanvaarden andere auteurs, o.i. terecht, wel de-

⁵ Vred. Borgerhout, 4 maart 1982, *R.W.*, 1982-83, 471, noot PAUWELS, J.; BAETEMAN, G. en GERLO, J., *l.c.*, 1981, 847, nr. 124; BAETEMAN, G. en GERLO, J., *o.c.*, 1982, 49, nr. 64; BAX, M., *l.c.*, 1978, 92, nr. 11; VIEUJEAN, E., *l.c.*, 213, nr. 57; GERLO, J., art. 301 B.W. in *Comm. Pers.*, 20, nr. 20; GERLO, J., *o.c.*, 270, nr. 409; PAUWELS, J., «Artikel 301 B.W. en nieuw huwelijk van de uitkeringsgerechtigde», noot onder Vred. Borgerhout, 4 maart 1982, *R.W.*, 1982-83, 474; RENCHON, J.L., *l.c.*, 1976, 102, nr. 292; ROODHOOF, J., «Onderhoudsrecht en concubinaat», in *Concubinaat: de buitenhuwelijkse tweerelatie*, SENAËVE, P. (red.), Leuven/Amersfoort, Acco, 1992, 162, nr. 264; TILLEMANS, D., *l.c.*, 256, nr. 376.

⁶ Luik, 2 januari 1985, *J.T.*, 1986, 113; DE WILDE D'ESTMAEL, E. en BALLON, G.L., *Scheiding en echtscheiding*, Brussel, Servais, 1991, 112, nr. 232; JONGMANS, C., «La pension après divorce», in *Le contentieux conjugal*, Luik, Ed. Jeune Barreau, 1984, 178; *Répertoire notarial*, v° «Divorce et séparation de corps», 323, nr. 548.

⁷ *Répertoire notarial*, v° «Divorce et séparation de corps», 323, nr. 548.

⁸ Cass., 8 januari 1982, *Arr.Cass.*, 1981-82, 592; Brussel, 22 juni 1976, *R.W.*, 1976-77, 930; Rb. Brussel, 23 april 1979, *Rev.Trim.Dr.Fam.*, 1980, 307; BAETEMAN, G. en GERLO, J., *l.c.*, 1981, 847, nr. 124; RENCHON, J.L., *l.c.*, 1976, 97, nr. 86; RIGAUX, F., *o.c.*, mise à jour, 1978, 85, nr. 140; TILLEMANS, D., *l.c.*, 252, nr. 386.

⁹ SAINLEZ, G., *Le divorce: avant-pendant-après*, Verviers, Marabout, 1976, 144; RENCHON, J.L., *l.c.*, 1976, 97, nr. 86; RIGAUX, F., *o.c.*, mise à jour, 1978, 85, nr. 140.

¹⁰ Cass., 13 oktober 1960, *R.W.*, 1960-61, 345; Cass., 3 april 1975, *Pas.*, 1975, I, 756, en *Arr.Cass.*, 1975, 834; Brussel, 21 maart 1947, *J.T.*, 417; Brussel, 13 april 1956, *Pas.*, 1957, II, 106; Brussel, 30 september 1963, *J.T.*, 1964, 60; Rb. Brussel, 10 maart 1967, *Pas.*, 1968, III, 34; Rb. Brugge, 5 januari 1981, *TNot.*, 1981, 204; Vred. Tielt, 26 mei

⁴ Rb. Brussel, 6 april 1962, *Pas.*, 1962, III, 75.

gelijk een dergelijke automatische beëindiging en wel omdat het verlenen van een onderhoudsuitkering tussen ex-echtgenoten tot doel heeft het verlies van de tussen hen bestaande hulp- en bijdrageplicht te compenseren. Ingeval nu de uitkeringsgerechtigde ex-echtgenoot een nieuwe conjugale band aangaat, ontstaan er nieuwe wederzijdse financiële verplichtingen tegenover de nieuwe partner, zodat compensatie van de verloren solidariteit niet langer vereist is. Bovendien moet worden vermeden dat de onderhoudsuitkering door de onderhoudsgerechtigde wordt aangewend om de nieuwe partner te onderhouden.¹¹

Met betrekking tot het concubinaat wordt daarentegen algemeen aanvaard dat dit geenszins een automatische afschaffing van de onderhoudsplicht met zich brengt en wel omdat er tussen concubanten geen hulp- en bijdrageplicht bestaat, alsook omdat hun samenleving een precair karakter vertoont.¹²

O.i. heeft de vraag of het huwelijk van de onderhoudsgerechtigde kan worden beschouwd als een omstandigheid onafhankelijk van zijn wil, dan ook geen praktische relevantie meer. Gelet op het feit dat de voorwaarde van de onafhankelijkheid van de wil evenwel ook wordt gesteld opdat de onderhoudsplichtige een vermindering van de uitkering kan krijgen, heeft deze vraag een niet louter academisch karakter. Er kan dan ook worden gesteld dat de enkele omstandigheid dat een gewezen echtgenoot (onderhoudsschuldenaar) opnieuw in het huwelijk treedt, geen wijziging van de uitkering verhindert. De lasten die uit het aangaan van een nieuwe conjugale band voortvloeien, worden immers wettelijk gekoppeld aan de staat van gehuwde en zijn dan ook onafhankelijk van de wil van de onderhoudsschuldenaar.¹³ Boven-

dien is het recht te huwen een fundamenteel recht dat niet door de bepalingen van art. 301 B.W. kan worden beperkt.¹⁴

Meer discussie bestaat in de rechtsleer omtrent het aangaan van een buitenhuwelijkse tweerelatie. Terwijl Heyvaert de opvatting verdedigt dat de mogelijke lasten die de onderhoudsgerechtigde ten gevolge van het concubinaat dient te dragen, vrijwillig zijn aangegaan en dus niet onafhankelijk zijn van zijn wil,¹⁵ verdedigen andere auteurs terecht de tegenovergestelde opvatting op basis van het fundamentele recht op gezinsbeleving.¹⁶ Om een concreet oordeel te vellen omtrent de wijziging moet de rechter in concreto de invloed beoordelen die de toestand van ongehuwd samenleven uitoefent op de vermogendheid van de gerechtigde.¹⁷

11. Een tweede voorwaarde wat betreft de wijzigbaarheid van de uitkering is dat deze *in ruime mate ontoereikend* is geworden om de gelijkwaardigheid van de levensstandaard te waarborgen. *Ratio legis* van deze bepaling was de geschillen tussen de echtgenoten na de ontbinding van het huwelijk tot een minimum te beperken.¹⁸ Er kan trouwens op worden gewezen dat de rechter bij de invulling van dit vereiste op onaanastbare wijze oordeelt.¹⁹ Zo wordt in een vonnis van het Vrederecht te Menen van 1984 beslist dat een inkomensstijging van 1600 frank van de onderhoudsplichtige niet kan worden beschouwd als ingrijpend, en bijgevolg op zich geen wijziging van de onderhoudsuitkering kan verantwoorden.²⁰

12. In art. 301, § 3, B.W. wordt slechts één geval vermeld waarin de onderhoudsuitkering tussen de gewezen echtgenoten kan worden verhoogd, namelijk wanneer de uitkering in ruime mate niet langer volstaat om de onderhoudsgerechtigde een gelijkwaardige levensstandaard te waarborgen en dit ten gevolge van omstandigheden onafhankelijk van zijn wil. Aangezien de wetgever geen parallellisme tot stand wenste te brengen tussen de uitkering en een mogelijk later hoger levensniveau van de alimentaire schuldenaar, kan op

1977, *T.Not.*, 1981, 204, bevestigd door Rb. Brugge, 5 januari 1981; Vred. Borgerhout, 4 maart 1982, *R.W.*, 1982-83, 471, noot PAUWELS, J.; Vred. Antwerpen, 16 juli 1991, *R.W.*, 1991-92, 754; BAETEMAN, G. en GERLO, J., *l.c.*, 1981, 844, nr. 122; BAETEMAN, G., GERLO, J., GULDIX, E., DE MULDER, W. en DE WIT, R., «Overzicht van rechtspraak. Personen- en familierecht (1981-1987)», *T.P.R.*, 1988, 519, nr. 181; BAX, M., «Kroniek van het personen- en familierecht (1975-76)», *R.W.*, 1976-77, 1670, nr. 66; DELVA, W. en BAERT, G., «Overzicht van rechtspraak (1960-63). Personen- en familierecht», *T.P.R.*, 1964, 413, nr. 73; GERLO, J., art. 301 B.W. in *Comm. Pers.*, 14, nr. 12.

¹¹ VIEUJEAN, E., *l.c.*, 215, nr. 59; JONGMANS, C., *l.c.*, 177; LAMPE, M.F., noot onder Rb. Charleroi, 23 december 1970, *J.T.*, 1971, 717; RENCHON, J.L., *l.c.*, 1976, 98, nr. 87; *Répertoire notarial*, v° «Divorce et séparation de corps», 324, nr. 549; RIGAUX, F., *o.c.*, mise à jour, 1978, 86, nr. 143; TILLEMANS, D., *l.c.*, 272, nr. 418.

¹² Antwerpen, 3 januari 1989, *Turnh. Rechtsl.*, 1989, 14; Rb. Brussel, 11 februari 1976, *R.W.*, 1976-77, 937; Vred. Merksem, 6 november 1981, *R.W.*, 1983-84, 319; Vred. Borgerhout, 4 maart 1982, *R.W.*, 1982-83, 471, noot PAUWELS, J.; Vred. Antwerpen, 16 juli 1991, *R.W.*, 1991-92, 754; GERLO, J., art. 301 B.W., in *Comm. Pers.*, 14, nr. 12; LAMPE, M.F., noot onder Rb. Charleroi, 23 december 1970, *J.T.*, 1971, 717; NUYTINCK, H. en VAN LOOK, M., *l.c.*, 80; RENCHON, J.L., *l.c.*, 1976, 99; ROODHOOF, J., *l.c.*, 1992, 160, nr. 262; TILLEMANS, D., *l.c.*, 273, nr. 418. Zie echter Rb. Dendermonde, 16 december 1976, *R.W.*, 1976-77, 1973.

¹³ ROODHOOF, J., *l.c.*, 1992, 162, nr. 264. Zie hieromtrent ook BAETEMAN, G. en GERLO, J., *o.c.*, 1977, 73, nr. 112; MASSON, J.P., «Examen de jurisprudence (1984 à 1990). Les personnes», *R.C.J.B.*, 1993, 411, nr. 113.

¹⁴ Vred. Antwerpen, 16 juli 1991, *R.W.*, 1991-92, 754; PAUWELS, J., *l.c.*, 1982-83, 471.

¹⁵ HEYVAERT, A., «Het concubinaat in de burgerrechtelijke praktijk», in *Comm. Pers.*, 36, nr. 65.

¹⁶ PAUWELS, J., *l.c.*, 1982-83, 474; REMON, C., «Le concubinage; chronique de jurisprudence (1976-1981)», *Rev. Not. B.*, 1982, 527, nr. 58; TILLEMANS, D., *l.c.*, 270, nr. 411.

¹⁷ Cass., 14 februari 1975, *R.W.*, 1974-75, 2135, *Pas.*, 1975, I, 602, *J.T.*, 1975, 424, en *Rev. Not. B.*, 1975, 389; Brussel, 28 november 1972, *J.T.*, 1973, 425; Brussel, 22 juni 1976, *R.W.*, 1976-77, 930; Rb. Charleroi, 23 december 1970, *J.T.*, 1971, 715, noot LAMPE, M.F.; Rb. Brussel, 11 februari 1976, *R.W.*, 1976-77, 937; Rb. Dendermonde, 16 december 1976, *J.T.*, 1977, 314; Vred. Merksem, 6 november 1981, *R.W.*, 1983-84, 319; Vred. Borgerhout, 4 maart 1982, *R.W.*, 1982-83, 471, noot PAUWELS, J.; PAUWELS, J., *Beginnelen van personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 1985, 135, nr. 13.99; *Répertoire notarial*, v° «Divorce et séparation de corps», 324, nr. 549; RIGAUX, F., *o.c.*, mise à jour, 1978, 87, nr. 143; VIEUJEAN, E., *Les personnes*, Luik, Presses Universitaires, 1984, 358.

¹⁸ Vred. Borgerhout, 4 maart 1983, *R.W.*, 1982-83, 471, noot PAUWELS, J.; Vred. Fosses-la-Ville, 10 maart 1982, *Rev. Reg. Dr.*, 1983, 30, en *T.Vred.*, 1983, 132; BAETEMAN, G. en GERLO, J., *o.c.*, 1977, 74, nr. 113; GERLO, J., *o.c.*, 1994, 271, nr. 412; NUYTINCK, H. en VAN LOOK, M., *l.c.*, 79; *Répertoire notarial*, v° «Divorce et séparation de corps», 324, nr. 549.

¹⁹ VIEUJEAN, E., *l.c.*, 212, nr. 57.

²⁰ Vred. Menen, 27 juni 1984, *T.Vred.*, 1987, 130.

basis van de tekst zelf van art. 301, § 3, B.W. de uitkering dan ook niet worden verhoogd bij een loutere stijging van de inkomsten van de schuldenaar.²¹

Terecht heeft het Hof van Cassatie evenwel aanvaard dat de verbetering van de draagkracht van de onderhoudsplichtige gewezen echtgenoot op zich toch een verhoging van de onderhoudsuitkering mee kan brengen voor zover de oorspronkelijk toegekende uitkering niet volstond om de onderhoudsgerechtigde ex-echtgenoot een gelijkwaardige levensstandaard te waarborgen.²²

O.i. had de wetgever dan ook het geval van de aanpassing van de onderhoudsuitkering ten gevolge van de verhoging van de inkomsten van de onderhoudsschuldenaar niet hoeven uit te sluiten uit de bewoordingen van art. 301, § 3, B.W., maar had hij deze dienen op te nemen als vierde omstandigheid waarin de uitkering kan worden aangepast. Het is immers evident dat de gelijkwaardige levensstandaard steeds de maximumgrens vormt waarboven de onderhoudsuitkering in geen geval kan gaan. Indien het genoemde geval met andere woorden in art. 301, § 3, B.W. was opgenomen, zou het resultaat hetzelfde geweest zijn als datgene dat in de huidige rechtspraktijk op basis van de cassatierechtspraak wordt verdedigd.

Er kan trouwens op worden gewezen dat deze referentiestandaard ook de maximumgrens vormt van de uitkering bij een verhoging ten gevolge van de verslechtering van de toestand van de onderhoudsgerechtigde.

13. In art. 301, § 3, tweede lid, B.W. wordt vervolgens bepaald dat de rechtbank de uitkering kan verminderen indien de toestand van de uitkeringsgerechtigde een ingrijpende wijziging heeft ondergaan zodat het bedrag van de uitkering niet langer verantwoord is. Ook hier zal het criterium van de gelijkwaardige levensstandaard evenwel het richtpunt blijven van de rechter en de hoogte aangeven van de middelen waarop de onderhoudsgerechtigde in beginsel recht heeft. De uitkering mag dan ook niet dalen beneden het door de rechter begrote (en inmiddels afgenomen) verschil tussen de referentiestandaard en de eigen middelen van de onderhoudsgerechtigde. Anderzijds vormt de referentiestandaard verminderd met de eigen draagkracht van de gerechtigde ook de maximumgrens van de uitkering.

14. Waar er in dit tweede lid sprake is van een «ingrijpende wijziging», komt dit vereiste o.i. overeen met het eerder besproken criterium van het «in ruime mate ontoereikend zijn». We verwijzen dan ook naar hetgeen daaromtrent onder nr. 11 werd uiteengezet.

15. Ten slotte bepaalt art. 301, § 3, derde lid, B.W. dat de rechtbank de uitkering eveneens kan verminderen of opheffen bij een ingrijpende wijziging van de toestand van de uit-

keringsplichtige ingevolge omstandigheden onafhankelijk van zijn wil. De wijziging van de draagkracht die in deze paragraaf wordt bedoeld kan zowel te wijten zijn aan een daling van de actiefbestanddelen van zijn draagkracht als aan een stijging van de passiva.

16. De onderhoudsuitkering moet ten slotte door de bevoegde rechter worden gewijzigd ingeval ze hetzij ten gevolge van het mechanisme van indexering (art. 301, § 2, B.W.), hetzij door vermindering van de draagkracht van de onderhoudsplichtige een derde van diens inkomsten overschrijdt. Premisse hiervoor is wel dat er geen vrijwillige intentionele daling van het inkomen aan ten grondslag ligt.²³ In dit laatste geval zou de draagkracht van de alimentaire schuldenaar trouwens niet afnemen, aangezien bij de beoordeling van zijn financiële toestand zijn mogelijkheden worden ingecalculeerd.²⁴

§ 3. Wijzigbaarheid van de onderhoudsuitkering na echtscheiding op grond van vijf jaar feitelijke scheiding

17. Op grond van art. 307bis B.W., dat bepaalt dat de onderhoudsuitkering tussen de gewezen echtgenoten kan worden aangepast of afgeschaft al naar de wijzigingen in de behoeften en de bestaansmiddelen van partijen, wordt in de rechtsleer gesteld dat de uitkering bij echtscheiding op grond van vijf jaar feitelijke scheiding (zowel bij gewone feitelijke scheiding als bij feitelijke scheiding wegens geestestoornis) onbeperkt wijzigbaar is, in tegenstelling tot de alimentatie na schuldechtscheiding.²⁵

Allereerst wordt immers in art. 307bis B.W. geen opsomming gegeven van de omstandigheden die een wijziging kunnen verantwoorden, doch wordt de veranderlijkheid in algemene termen als modaliteit gekoppeld aan deze vorm van onderhoudsuitkering. Evenmin is er, om een aanpassing van de onderhoudsuitkering te verkrijgen, een ingrijpende wijziging in de respectieve draagkracht van de partijen vereist.²⁶ Een derde verschilpunt met de onderhoudsuitkering na schuldechtscheiding schuilt in het feit dat, terwijl in art. 301, § 3, B.W. in bepaalde gevallen als voorwaarde wordt gesteld dat de wijziging in de draagkracht van de partijen te wijten dient te zijn aan omstandigheden los van de wil van de partijen, een dergelijk vereiste niet voorkomt in art. 307bis B.W.

²³ TILLEMANS, D., *l.c.*, 257, nr. 378.

²⁴ Zie onder meer Gent, 13 oktober 1960, *R.W.*, 1960-61, 948; Brussel, 3 april 1962, *Pas.*, 1964, II, 14; Luik, 9 november 1965, *Jur. Liège*, 1965-66, 114; Brussel, 23 mei 1979, *R.W.*, 1979-80, 1996; Brussel, 1 juni 1983, *Pas.*, 1983, II, 111; Rb. Brussel, 20 mei 1960, *J.T.*, 1960, *J.T.*, 1960, 575; Rb. Turnhout, 15 december 1977, *Turnh. Rechtsl.*, 1977-78, 126; Vred. Kontich, 21 december 1989, *Rev. Trim. Dr.Fam.*, 1992, 90; DUELZ, A., *o.c.*, 201, nr. 247; GERLO, J., *o.c.*, 1994, 257, nr. 393; RENCHON, J.L., *l.c.*, 1976, 44 e.v.; *Répertoire notarial*, v° «Divorce et séparation de corps», 322, nr. 545; ROODHOOFT, J., «De invloed van de mogelijkheden van de onderhoudsplichtige op de bepaling van diens draagkracht», noot onder Rb. Brussel, 3 maart 1992, *T.B.B.R.*, 1994, 117, nr. 3; TILLEMANS, D., *l.c.*, 1990, 268, nr. 406. Zie evenwel PAUWELS, J., *o.c.*, 133, nr. 13.91; SENAËVE, P., *o.c.*, III, 117, nr. 1695.

²⁵ GERLO, J., *o.c.*, 1994, 293, nr. 451; SENAËVE, P., *o.c.*, 133, nr. 1758.

²⁶ DE BUSSCHERE, C., art. 307bis B.W. in *Comm. Pers.*, 15, nr. 12; DUELZ, A., *o.c.*, 212, nr. 272; JONGMANS, C., *l.c.*, 185; RENCHON, J.L., *l.c.*, 1976, 104, nr. 95.

²¹ Cass., 15 februari 1979, *Pas.*, 1979, I, 712, en *R.W.*, 1979-80, 641; Bergen, 7 juni 1989, *J.T.*, 1990, 186; VIEUJEAN E., *l.c.*, 211, nr. 56; TILLEMANS, D., *l.c.*, 253, nr. 370.

²² Zie hieromtrent Cass., 15 februari 1979, *Pas.*, 1979, I, 712, en *R.W.*, 1979-80, 641; BAETEMAN, G. en GERLO, J., *o.c.*, 1982, 50, nr. 64; BAETEMAN, G. en GERLO, J., *l.c.*, 1981, 847, nr. 124; BAX, M., «Kroniek van het personen- en familierecht (1977-79)», *R.W.*, 1979-80, 1745, nr. 48; DUELZ, A., *Le droit du divorce*, Brussel, De Boeck, 1989, 203, nr. 251; GERLO, J., art. 301 B.W. in *Comm. Pers.*, 21, nr. 21; GERLO, J., *o.c.*, 1994, 270, noot 131; TILLEMANS, D., *l.c.*, 253-254, nr. 371; VIEUJEAN, E., «Examen de jurisprudence. Personnes (1975-83)», *R.C.-J.B.*, 1989, 240, nr. 171.

18. Hoewel de wijzigingsmodaliteit van de onderhoudsuitkering na echtscheiding op het eerste gezicht dus sterk verschillend is nagekomen ze is gebaseerd op art. 301, § 3, B.W. dan wel gegrond is op art. 307bis B.W., moet dit onderscheid bij nader toezien en bij het inpassen van de wijzigingsproblematiek in het eerder geschetste begrotingssysteem, sterk worden genuanceerd.

Ook bij echtscheiding op grond van feitelijke scheiding is de maximumgrens van de hoogte van de onderhoudsuitkering immers de referentiestandaard die in de eerste fase van de begroting is vastgesteld (meer bepaald de gelijkwaardige levensstandaard van tijdens het samenleven).²⁷ Evenals bij de wijziging van de alimentaire uitkering na schuldechtscheiding zal de verhoging van de draagkracht van de uitkeringsplichtige in het kader van art. 307bis B.W. dan ook alleen maar aanleiding geven tot een verhoging van de onderhoudsuitkering, indien het oorspronkelijk toegekende bedrag niet volstond om de gelijkwaardige levensstandaard te waarborgen. Ook in het geval dat de geldelijke toestand van de onderhoudsgerechtigde ex-echtgenoot verbetert, kan de uitkering trouwens slechts dan worden vermindert, wanneer de onderhoudsgerechtigde ondanks de mogelijke vermindering van de uitkering in staat zou blijven een gelijkwaardige levensstandaard te handhaven. Art. 307bis B.W. mag dus niet in die zin worden geïnterpreteerd dat er een parallelisme zou bestaan tussen de hoogte van de uitkering en de levensstandaard van de onderhoudsplichtige.

Daarnaast wordt in het kader van art. 301, § 3, eerste en derde lid, B.W. – wederom in tegenstelling tot art. 307bis B.W. – geëist dat de wijziging van de draagkracht te wijten is aan omstandigheden los van de wil van de betrokkenen. Ook hier lijkt ons echter bij nader toezien geen echt verschilpunt te bestaan. Doordat immers op het vlak van de beoordeling van de draagkracht ook bij echtscheiding op grond van vijf jaar feitelijke scheiding en na vijf jaar feitelijke scheiding wegens geestesstoornis rekening moet worden gehouden met de mogelijkheden die de betrokkene onbenut laat of doordat bij de vaststelling van zijn financiële toestand bepaalde schulden en lasten waardoor de financiële draagkracht duidelijk wordt vermindert, worden uitgesloten, wordt dit element alsnog in de begroting binnengebracht.

19. Dit alles brengt o.i. dan ook mee dat het verschil tussen de zogenaamde beperkte wijzigbaarheid van de uitkering na schuldechtscheiding en de onbeperkte wijzigbaarheid van het onderhoudsgeld na echtscheiding op grond van vijf jaar feitelijke scheiding eerder beperkt is. Het enige punt van onderscheid tussen beide stelsels ligt op het vlak van het al dan niet ingrijpende karakter waaraan de wijziging dient te beantwoorden.

§ 4. Gemeenschappelijke problemen

20. Na in het voorgaande erop te hebben gewezen dat de wijzigbaarheidsstelsels na schuldechtscheiding en echt-

scheiding op grond van feitelijke scheiding, ondanks de verschillende wettelijke bepalingen, in grote mate gelijklopend zijn, wordt in deze laatste paragraaf gewezen op een aantal problemen die gemeenschappelijk zijn aan beide systemen.

21. Aldus rijst eerst de vraag of de elementen die door de belanghebbende partij kunnen worden aangehaald om een wijziging van de uitkering te verantwoorden, chronologisch nieuwe omstandigheden dienen te zijn, dan wel of daartoe gegevens die reeds aanwezig waren op het ogenblik van de vorige beslissing doch op dat moment nog niet bekend waren, volstaan.

Met betrekking tot deze vraag bestaan er in rechtspraak en rechtsleer tegenstrijdige opvattingen. Terwijl Vieujean een strikte interpretatie verdedigt en vereist dat het gaat om chronologisch nieuwe omstandigheden die nog niet bestonden op het ogenblik van de oorspronkelijke vaststelling van de uitkering,²⁸ verdedigen andere auteurs terecht een ruimere opvatting. Meer bepaald stellen zij dat ook omstandigheden die reeds bestonden doch nog niet bekend waren op het moment van de oorspronkelijke beoordeling en die evenmin door het aanwenden van een rechtsmiddel konden worden onderworpen aan de beoordeling van een rechter, een wijziging van de uitkering kunnen verantwoorden.²⁹

We wijzen in dit verband nog op een arrest van het Hof van Cassatie van 8 november 1991 in een zaak waarin de gewezen echtgenoot vóór de rechterlijke uitspraak, doch na de sluiting der debatten, vernam dat zijn ex-echtgenote werkzaam was als poetsvrouw. Nu de man geen heropening van de debatten had gevraagd, kon hij later geenszins op basis van deze omstandigheid een wijziging van de uitkering vorderen, aldus het Hof van Cassatie.³⁰ In een noot onder het arrest stelt Gerlo dat alleen gegevens waarvan de vorige rechter op het ogenblik van zijn uitspraak geen kennis kon hebben omdat ze aan geen der partijen of minstens aan de belanghebbende partij niet bekend waren, als nieuw kunnen worden beschouwd.³¹

Een zelfde problematiek doet zich trouwens voor met betrekking tot het onderhoudsgeld toegekend bij voorlopige maatregel waarbij de vraag naar het gezag van gewijsde herhaaldelijk aan bod is gekomen. In een arrest van 14 december 1989 had het Hof van Cassatie in dat verband te oordelen in een zaak waarin een vrouw aanvoerde dat haar echtgenoot gelden had opgevraagd van een gezamenlijke rekening in Luxemburg. Aangezien de echtgenote op dat moment niet in de mogelijkheid verkeerde de opvraging te bewijzen, vorderde zij een onderzoeksmaatregel, hetgeen door de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg werd geweigerd. De echtgenote, die tegen deze beslissing geen rechtsmiddel aanwendde, verkreeg nadien voldoende bewijzen om de opvragingen aan te tonen. Volgens het Hof van Cassatie is er in een dergelijk geval echter geen sprake van gewijzigde omstandigheden die een wijziging of intrekking van de voorlopige maatregel kunnen verantwoorden omdat de vrouw door het

²⁸ VIEUJEAN, E., *l.c.*, 1989, 241, nr. 171.

²⁹ Antwerpen, 11 februari 1986, *Rev. Trim.Dr.Fam.*, 1986, 194, noot KOHL, A.; RENCHON, J.L., noot onder Cass., 28 september 1978, *Rev. Trim.Dr.Fam.*, 1979, 326; TILLEMANS, D., *l.c.*, 280, nr. 438.

³⁰ Cass., 8 november 1991, *R.W.*, 1991-92, 1388, noot GERLO, J.

³¹ GERLO, J., «Gezag van gewijsde, nieuwe feiten en wijziging van de onderhoudsuitkering», noot onder Cass., 8 november 1991, *R.W.*, 1991-92, 1392.

²⁷ Cass., 12 maart 1981, *Arr.Cass.*, 1980-81, 773, *J.T.*, 1982, 295, *Pas.*, 1981, I, 755, *Rev. Trim.Dr.Fam.*, 1983, 35, noot LAMPE, M.-F., en *R.W.*, 1981-82, 1636; TILLEMANS, D., *l.c.*, 260, nr. 283. Zie evenwel ten onrechte BAX M., *l.c.*, 1978, 96, nr. 28; NUYTINCK, H. en VAN LOOK, M., *l.c.*, 81, nr. 73.

aanwenden van het rechtsmiddel het bestaan van de feiten had kunnen aanvoeren.³²

22. Ingeval de wijzigingsrechter, gelet op het feit dat er nieuwe omstandigheden zijn, in de mogelijkheid verkeert de onderhoudsuitkering aan te passen, moet nog worden bepaald op welk ogenblik hij zich in het kader van de wijzigingsprocedure dient te plaatsen met betrekking tot de evaluatie van de bestaansmiddelen van de partijen. Hieromtrent kan o.i. worden gesteld dat de financiële toestand van de betrokkenen moet worden geëvalueerd op het moment van de uitspraak over de vordering tot wijziging. De rechter dient met andere woorden rekening te houden met de *actuele* inkomsten en mogelijkheden, zoals deze gewijzigd zijn sinds de oorspronkelijke vaststelling.³³

Meer problemen rijzen evenwel met betrekking tot de vraag of de rechter die bevoegd is wat betreft de wijzigingsbeslissing, ook de in casu toepasselijke referentiestandaard opnieuw mag begroten, dan wel of hij gebonden is door de vaststelling ervan door de oorspronkelijk bevoegde rechter.

Het uitgangspunt met betrekking tot dit probleem dient te zijn dat de wijzigingsrechter rekening moet houden met het gezag van gewijsde van de oorspronkelijke beslissing op het vlak van de vaststelling van de referentiestandaard.³⁴ In be-

ginsel dient dan ook door de rechterlijke instantie die wordt geadieerd in het kader van een vordering tot wijziging van de uitkering, de beoordeling van de referentiestandaard uit de beslissing met betrekking tot de oorspronkelijke toekenning of weigering van een uitkering te worden overgenomen.

O.i. moet dan ook, uitgaande van het gestelde beginsel, de stelling van De Gavre in dezen worden gevolgd,³⁵ volgens wie het gezag van gewijsde zich ertegen verzet dat, indien de oorspronkelijke rechter de elementen van de gelijkwaardige levensstandaard definieerde, de inzake wijziging van de uitkering bevoegde rechter deze nadien anders zou omschrijven. Ingeval de begroting van de referentiestandaard daarentegen de vorm zou aannemen van een schatting (bv. «om te leven op een gelijkwaardige wijze als tijdens het samenleven heeft de uitkeringsgerechtigde ex-echtgenoot x nodig»), dan is de rechter die bevoegd is inzake de wijzigingsbeslissing, hierdoor niet gebonden, en kan hij opnieuw de referentiestandaard begroten. Ondanks de werking van het gezag van gewijsde zal de rechter de oorspronkelijk vastgestelde referentiestandaard wel dienen aan te passen aan de inmiddels gestegen levensduurte.

23. We wijzen er ten slotte op dat niets er zich tegen verzet dat de onderhoudsuitkering verscheidene malen wordt gewijzigd, of dat ze na een afschaffing opnieuw herrijst.³⁶ Ten onrechte wordt in een vonnis van het vrederecht te Etterbeek gezegd dat het een onschuldige echtgenoot aan wie een uitkering na echtscheiding werd geweigerd, niet toegestaan kan worden later opnieuw een uitkering te vorderen op grond van nieuwe omstandigheden die onafhankelijk van zijn wil zijn ontstaan en dit wegens het feit dat het gezag van gewijsde van het eerste vonnis dit zou beletten.³⁷ De oorspronkelijke weigering van een onderhoudsuitkering verhindert namelijk geenszins een latere toekenning ervan.

Jan ROODHOOF
Instituut voor Familierecht en Jeugdrecht
K.U. Leuven

³² Cass., 14 december 1989, *Arr.Cass.*, 1989-90, 534, *J.L.M.B.*, 1990, 730, *Pas.*, 1990, I, 477, en *Rev.Trim.Dr.Fam.*, 1990, 358. Zie in dat verband ook: Cass., 28 september 1978, *R.W.*, 1978-79, 2870, en *Rev.Trim.Dr.Fam.*, 1978, 337, noot RENCHON, J.L.; Bergen, 3 april 1990, *Pas.*, 1990, II, 198, waar inzake voorlopige maatregelen feiten die reeds bestonden op het moment van de vorige uitspraak, doch niet werden ingeroepen, niet als nieuw worden beschouwd; SENAËVE, P., «De procesrechtelijke aspecten van de voorlopige maatregelen» in *Voorlopige maatregelen tussen echtgenoten*, SENAËVE, P. (red.), Leuven, Amersfoort, Acco, 1989, 351-352, nr. 452.

³³ BAETEMAN, G. en GERLO, J., *I.c.*, 847, nr. 125; BAETEMAN, G., e.a., *I.c.*, 1988, 517, nr. 178; TILLEMANS, D., *I.c.*, 266, nr. 401. Zie evenwel Rb. Luik, 27 juni 1985, *Jur.Liège*, 1986, 143.

³⁴ VIEUJEAN, E., *I.c.*, 217, nr. 61; TILLEMANS, D., *I.c.*, 280, nr. 437.

³⁵ VIEUJEAN, E., *I.c.*, 217-218, nr. 61.

³⁶ Rb. Mechelen, 14 december 1989, *Pas.*, 1990, III, 69; TILLEMANS, D., *I.c.*, 265, nr. 398. Vergelijk Cass., 28 september 1989, *Arr.Cass.*, 1989-90, 132.

³⁷ Vred. Etterbeek, 7 december 1982, *Rev.Trim.Dr.Fam.*, 1985, 346. Zie ook Vred. Deurne, 21 september 1979, *R.W.*, 1981-82, 827.

RECHTSPRAAK

ARBITRAGEHOF

29 JUNI 1994

Voorzitter: de h. De Greve

Rapporteurs: de hh. Coremans en François

Advocaten: mrs. D. Lindemans, Lagasse en Bonneville

Grondwet – Gelijkheids- en niet-discriminatiebeginsel – Rechterlijke macht – Werving – Plaatsvervangende rechters

De bepaling van art. 21, § 1, van de wet van 18 juli 1991, gewijzigd bij art. 3 van de wet van 6 augustus 1993, moet gelezen worden als een bepaling met een bestendig karakter in zoverre zij betrekking heeft op de in dienst zijnde plaatsvervangende rechters. Die bepaling schendt de artt. 10 en 11 Gw. in zoverre

zij betrekking heeft op de plaatsvervangende rechters benoemd na 1 oktober 1993, datum van de inwerkingtreding van de wet van 18 juli 1991.

Arrest nr. 53/94

III. Onderwerp van de bestreden bepaling

De bestreden bepaling vult artikel 21, § 1, van 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, aan met een nieuw lid dat luidt als volgt:

«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.»

IV. In rechte

...

Ten aanzien van de draagwijdte van de bestreden bepaling

B.3. Zowel uit de formulering van de bestreden bepaling als uit de onderlinge vergelijking van de verschillende leden van artikel 21, § 1, van de voornoemde wet van 18 juli 1991 blijkt dat de bestreden bepaling, in zoverre zij betrekking heeft op de in dienst zijnde plaatsvervangende rechters, als een bepaling met een bestendig karakter dient te worden gelezen.

De bestreden bepaling is, in zoverre ze van toepassing is op de in dienst zijnde plaatsvervangende rechters, algemeen geformuleerd. In zoverre ze van toepassing is op de vroegere plaatsvervangende rechters die om eervolle redenen ontslag hebben gekregen, bepaalt ze daarentegen uitdrukkelijk dat het ontslag dient te zijn verkregen vóór de inwerkingtreding van de wet.

Bovendien bepaalt artikel 21, § 1, eerste lid, van de wet van 18 juli 1991, dat betrekking heeft op de werkende magistraten, uitdrukkelijk dat het van toepassing is op «de magistraten in dienst op de dag van de inwerkingtreding van de bepalingen van de onderhavige wet». Ten slotte voert artikel 21, § 1, derde lid, van die wet, dat ook door de wet van 6 augustus 1993 is ingevoegd, een bepaling in die de aard van een overgangsbepaling duidelijk te boven gaat.

Gelet op die gegevens kunnen noch het opschrift boven artikel 21 van de wet van 18 juli 1991 waarin de bestreden bepaling door de wet van 6 augustus 1993 is ingevoegd – een opschrift dat op zich geen normatieve waarde heeft –, noch de overigens tegenstrijdige verklaringen die tijdens de parlementaire voorbereiding van de wet van 6 augustus 1993 zijn afgelegd, tot de conclusie leiden dat de bestreden bepaling ten aanzien van de in dienst zijnde plaatsvervangende magistraten als een overgangsbepaling moet worden beschouwd.

Daaruit volgt dat, in strijd met wat de Ministerraad stelt, het beroep tot vernietiging in geen deel zonder voorwerp is.

Over de gegrondheid van het beroep

B.4. De grondwettelijke regels van de gelijkheid en de niet-discriminatie sluiten niet uit dat een verschil in behandeling tussen bepaalde categorieën van personen wordt ingesteld, voor zover dat verschil op een objectief criterium berust en het redelijk verantwoord is. Dezelfde regels verzetten

er zich overigens tegen dat categorieën van personen, die zich ten aanzien van de aangevochten maatregel in wezenlijk verschillende situaties bevinden, op identieke wijze worden behandeld, zonder dat daarvoor een redelijke verantwoording bestaat.

Het bestaan van een dergelijke verantwoording moet worden beoordeeld rekening houdend met het doel en de gevolgen van de betwiste maatregel en met de aard van de ter zake geldende beginselen; het gelijkheidsbeginsel is geschonden wanneer vaststaat dat geen redelijk verband van evenredigheid bestaat tussen de aangewende middelen en het beoogde doel.

B.5. De wet van 18 juli 1991 heeft tot doel magistraten aan te werven op grond van objectieve benoemingscriteria en een einde te maken aan «het diepe wantrouwen» dat weegt op een benoemingsprocedure waarbij «in de eerste plaats politieke overwegingen gelden» (memorie van toelichting, *Gedr.St., Kamer*, 1989-90, nr. 974/1, pp. 2 en 3). Zij stelt de toegang tot de magistratuur afhankelijk ofwel van het slagen voor een vergelijkend examen gevolgd door een stage, ofwel van het slagen voor een examen en het hebben van beroepservaring.

B.6. Het is verantwoord diegenen van het examen vrij te stellen die als plaatsvervangend rechter in functie waren op het ogenblik van de inwerkingtreding van de wet van 18 juli 1991. De vroegere artikelen 188 en 192 van het Gerechtelijk Wetboek bepaalden immers dat, om tot plaatsvervangend rechter of vrederechter te worden benoemd, de kandidaat diende te voldoen aan de voorwaarden die zijn voorgeschreven voor de werkende rechters. Nu artikel 21, § 1, van de wet van 18 juli 1991 bepaalt dat de magistraten, in dienst op de dag van de inwerkingtreding van de wet, worden geacht te zijn geslaagd voor het bekwaamheidsexamen, is het verantwoord hetzelfde voordeel toe te kennen aan de plaatsvervangende rechters aangezien zij vroeger aan dezelfde aanwervingsvoorwaarden als de werkende rechters dienden te voldoen.

B.7. Het is evenmin discriminerend de plaatsvervangende rechters aan wie vóór de inwerkingtreding van de wet eervol ontslag was verleend, van het examen vrij te stellen. Uit de parlementaire voorbereiding blijkt immers dat de wetgever rekening heeft willen houden met de situatie van degenen die, om reden van een onverenigbaarheid, hun ambt als plaatsvervangend magistraat hebben moeten opgeven (*Gedr.St., Senaat*, 1992-93, nr. 534/1, pp. 1 en 2). Die afwijking is bedoeld voor een categorie van burgers ten aanzien waarvan een verschillende behandeling niet kennelijk onredelijk is.

B.8. Aangezien echter de kandidaten voor een ambt van werkend rechter voortaan moeten voldoen aan de voorwaarden van het volbrengen van een stage, na vergelijkend toelatingsexamen, of van het slagen voor een bekwaamheidsexamen – voorwaarden waaraan de plaatsvervangende rechters niet zijn onderworpen omdat voor hen op dat punt de voorwaarden tot benoeming zijn gebleven zoals ze golden vóór de inwerkingtreding van de wet van 18 juli 1991 –, is er geen redelijke verantwoording voorhanden om ook de plaatsvervangende rechters in die hoedanigheid benoemd na de inwerkingtreding van die wet, van het examen inzake beroepsbekwaamheid vrij te stellen. Uit de parlementaire voorbereiding blijkt niet – en het Hof ziet niet – hoe de gunst toegekend aan die categorie van kandidaten zou zijn verant-

woord. De door de Ministerraad gesuggereerde interpretatie die in B.3 wordt verworpen, schijnt trouwens aan te geven dat die gunst niet in overeenstemming is met de fundamentele doelstelling van de hervorming.

B.9. Het middel is gegrond in zoverre de aangevochten bepaling betrekking heeft op de plaatsvervangende rechters benoemd na 1 oktober 1993, datum van de inwerkingtreding van de wet van 18 juli 1991.

Om die redenen,
het Hof,

vernietigt artikel 3 van de 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, in zoverre die bepaling betrekking heeft op de na de inwerkingtreding van de wet van 18 juli 1991 benoemde plaatsvervangende rechters;

verwerpt het beroep voor het overige.

NOOT – Zie De Baets, G., «Het wervingscollege voor magistraten: hoe leeg is het vat?», *R.W.*, 1993-94, 735; Laenens, J., «Het wervingscollege voor magistraten: hoe leeg is het vat? Reactie», *R.W.*, 1993-94, 996.

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER – 8 SEPTEMBER 1993

Voorzitter: de h. Ghislain

Rapporteur: de h. Willems

Openbaar ministerie: de h. Piret

Advocaten: mrs. Krywin en De Wind

Huiszoeking – Zonder rechterlijk bevel – Toestemming – 1. Vereisten – 2. Gevolgen

1. *Rijkswachters die een persoon om toestemming voor een huiszoeking vragen, zijn niet verplicht hem mee te delen dat zij niet de hoedanigheid van officier van gerechtelijke politie hebben.*

2. *Wanneer een persoon die het werkelijk genot van een pand heeft, toestemming tot huiszoeking geeft, ziet hij af van de grondwettelijke waarborg van de onschendbaarheid van de woning. Zijn toestemming komt derhalve neer op een uitnodiging gericht tot de agenten en officieren van gerechtelijke politie om de opsporingen te verrichten waarmee zij belast zijn, en om zelfs, bij die gelegenheid, een misdrijf vast te stellen waarvoor die opsporingen niet bedoeld zijn.*

El B.

Gelet op het bestreden arrest, op 3 juni 1993 door het Hof van Beroep te Brussel gewezen;

...

Over het eerste onderdeel van het tweede middel;

Overwegende dat het hof van beroep vaststelt dat eisers moeder, die het werkelijke genot had van het pand, had toegestemd in de huiszoeking; dat het arrest eraan toevoegt «dat een huiszoeking, zelfs als de wet daarover niets bepaalt, geldig is, als zij wordt uitgevoerd met de uitdrukkelijke toe-

stemming van degene die zich op artikel 10 van de Grondwet zou kunnen beroepen»;

Dat het arrest met die vaststellingen en overwegingen antwoordt op de in het middel bedoelde conclusie;

Dat het onderdeel feitelijke grondslag mist;

Over het tweede onderdeel van het eerste middel:

Overwegende dat noch uit de in het middel aangehaalde wetbepalingen noch uit enige andere bepaling kan worden afgeleid dat rijkswachters die een persoon om de toestemming voor een huiszoeking vragen verplicht zijn hem mee te delen dat zij niet de hoedanigheid hebben van officier van gerechtelijke politie;

Dat het onderdeel faalt naar recht;

Over het overige van de twee middelen:

Overwegende dat de middelen aanvoeren dat elke huiszoeking aan dezelfde regels onderworpen is, ongeacht of de bewoner al dan niet zijn toestemming geeft;

Overwegende dat die toestemming neerkomt op een verzaking van de grondwettelijke waarborg van de onschendbaarheid van de woning en derhalve op een uitnodiging gericht tot de agenten en officieren van gerechtelijke politie om de opsporingen te verrichten waarmee zij zijn belast, en om zelfs, bij die gelegenheid, de vaststelling te doen van een misdrijf waarvoor die opsporingen niet waren bedoeld;

Dat dienaangaande de middelen falen naar recht;

...

NOOT – Ad 2: zie J. Smeets, «Huiszoeking met toestemming», nr. 2, in *Comm. Straft*:

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER – 13 DECEMBER 1993

Voorzitter: de h. Marchal

Rapporteur: de h. Rappe

Openbaar ministerie: de h. Leclercq

Advocaat: mr. Bützler

Sluiting van ondernemingen – Sluitingsfonds – Ontslagvergoeding – Betaling – Subrogatie – Eigen schuld

Wanneer het Sluitingsfonds, bij ontstentenis van betaling door de werkgever, de bij de wet bepaalde ontslagvergoeding betaalt, betaalt het zijn eigen schuld, en niet een schuld waartoe het met anderen of voor anderen gehouden is. Het kan daarvoor geen aanspraak maken op indeplaatsstelling.

N.V. E. en L. t/ Sluitingsfonds

Gelet op het bestreden arrest, op 20 februari 1992 door het Arbeidshof te Brussel op verwijzing gewezen;

Gelet op het arrest van het Hof van 19 februari 1990;

...

Overwegende dat het arbeidshof oordeelt dat verweerder, die aan de werknemers van eisers de in de artikelen 4 en 6 van de wet van 28 juni 1966 betreffende de schadeloosstelling van de werknemers die ontslagen worden bij sluiting van ondernemingen bepaalde vergoedingen wegens ontslag heeft betaald, ingevolge artikel 1251, 3°, van het Burgerlijk Wetboek, in de rechten was getreden van de werknemers je-

gens hun werkgever, en dat hij bijgevolg het voorrecht genoot dat is bepaald in het te dezen toepasselijke artikel 19, 3°bis, van de Hypotheekwet van 16 december 1851, zoals zij gold vóór haar wijziging bij de wet van 22 januari 1985;

Overwegende dat naar luid van artikel 1251, 3°, van het Burgerlijk Wetboek indeplaatsstelling van rechtswege geschiedt ten voordele van hem die, met andere of voor anderen tot betaling van een schuld gehouden zijnde, er belang bij had deze te voldoen;

Overwegende dat, ingevolge de artikelen 4 en 9 van de wet van 28 juni 1966, de betaling van de in dat artikel 4 bedoelde vergoeding wegens ontslag door de werkgever wordt gedaan of, bij ontstentenis van betaling door laatstgenoemde binnen de bij artikel 9 bepaalde termijnen, door het Fonds tot Vergoeding; dat artikel 9 van die wet het Fonds opdraagt aan de belanghebbende werknemers de vergoedingen wegens ontslag te betalen, ingeval de werkgever de betaling ervan niet heeft uitgevoerd binnen vijftien dagen volgend op, naargelang van het geval, de beëindiging van de overeenkomst, de sluiting van de onderneming of de door het beheerscomité van het Fonds bepaalde datum; dat artikel 18 van de wet van 28 juni 1966 bepaalt dat de werkgever die zijn onderneming sluit, aan het Fonds het bedrag der vergoedingen moet terugbetalen die dit laatste, met toepassing van artikel 9, tweede lid, van deze wet, heeft uitgekeerd;

Overwegende dat uit die bepalingen volgt dat het Fonds, wanneer het de in de artikelen 4 en 6 van de wet van 28 juni 1966 bepaalde vergoeding wegens ontslag betaalt, zijn eigen schuld betaalt en niet een schuld waartoe het met andere of voor anderen zou zijn gehouden; dat het bijgevolg geen aanspraak kan maken op de bij artikel 1251, 3°, van het Burgerlijk Wetboek ingestelde indeplaatsstelling;

...

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER – 22 FEBRUARI 1994

Voorzitter: de h. D'Haenens

Rapporteur: de h. Huybrechts

Openbaar ministerie: de h. De Swaef

Advocaat: mr. De Raeymaeker

Strafvordering – Verzet – Buitengewone termijn – Verjaring van de straf

De strafrechter die vaststelt dat het verstekvonnis waarbij de beklaagde tot een politiestraf was veroordeeld, niet aan de beklaagde in persoon werd betekend zodat gedurende de termijn van verzet de verjaring van de straf liep, moet het verzet van de beklaagde niet ontvankelijk verklaren als vanaf de dag na de laatste dag voor het instellen van hoger beroep tot de datum waarop de beklaagde in verzet kwam, meer dan een jaar verstreken is en de straf bij ontstentenis van stuiting of schorsing verjaard is.

S.

Gelet op het bestreden vonnis, op 26 januari 1993 in hoger beroep gewezen door de Correctionele Rechtbank te Gent;

I. Op de voorziening van Beatrix S.:

...

Over het eerste en het tweede middel:

Overwegende dat het vonnis van de Politierechtbank te Gent van 2 april 1991, gewezen bij verstek, eiseres wegens een verkeersovertreding veroordeelde tot een geldboete van 25 frank, gebracht op 2.000 frank, of een vervangende gevangenisstraf van drie dagen en ze verwees in de kosten, en de B.V.B.A. T. civielrechtelijk aansprakelijk verklaarde voor de geldboete en voor de kosten eiseres ten laste gelegd; dat het vonnis van de Politierechtbank te Gent van 6 oktober 1992 het door de eiseressen bij gerechtsdeurwaardersexploot van 24 augustus 1992 ingestelde verzet ontvankelijk verklaarde, vaststelde «dat de strafvordering niet vervallen (is) door verjaring ingevolge de duur van de buitengewone termijn van verzet», eiseres veroordeelde tot een geldboete van 25 frank, gebracht op 2.000 frank, of een vervangende gevangenisstraf van drie dagen en ze verwees in een vergoeding van 500 frank en in de kosten, en de B.V.B.A. T. civielrechtelijk aansprakelijk verklaarde voor de geldboete en voor de kosten eiseres ten laste gelegd;

Overwegende dat het bestreden vonnis eerst considereert dat het verstekvonnis van 2 april 1991 op 17 juni 1991 werd betekend, doch bij afwezigheid van eiseres aan de politie ter hand werd gesteld; dat «er werd vastgesteld dat (eiseres) vertrokken was zonder bekend adres», vervolgens: «te dezen werd evenwel aan de politie betekend, zodat het recht hoger beroep aan te tekenen nog niet vervallen was; de verjaringstermijn van de straf nam derhalve nog geen aanvang», en het op verzet gewezen vonnis bevestigt;

Overwegende dat artikel 187 van het Wetboek van Strafvordering bepaalt dat indien de betekening van het verstekvonnis niet aan de beklaagde in persoon is gedaan deze, wat de veroordeling tot straf betreft, in verzet kan komen binnen een termijn van vijftien dagen na de dag waarop hij van de betekening kennis heeft gekregen en, indien het niet blijkt dat hij daarvan kennis heeft gekregen, totdat de termijnen van verjaring van de straf verstreken zijn;

Overwegende dat ingevolge de artikelen 92, eerste lid, en 93 van het Strafwetboek de politiestrafpen verjaren door verloop van een jaar te rekenen van de dag waarop het in eerste aanleg gewezen vonnis niet meer kan worden bestreden bij wege van hoger beroep;

Overwegende dat de appelrechters, na te hebben vastgesteld dat de betekening van het verstekvonnis op 17 juni 1991 niet aan de beklaagde Beatrix S. in persoon is gedaan, zodat gedurende de buitengewone termijn van verzet de verjaring van de straf liep, haar verzet niet-ontvankelijk hadden moeten verklaren nu vanaf 3 juli 1991, dag na de laatste dag voor het instellen van hoger beroep, tot 24 augustus 1992, datum waarop ze in verzet kwam, meer dan één jaar verlopen was en de straf bij ontstentenis van stuiting of schorsing verjaard was;

Dat de middelen gegrond zijn;

(Volgt vernietiging zonder verwijzing)

NOOT – De termijn van verzet in strafzaken

1. Op strafgebied kan de beklaagde verzet doen binnen een termijn van vijftien dagen na de dag waarop hij van de betekening kennis heeft gekregen en, indien niet blijkt dat hij daarvan kennis heeft gekregen, totdat de termijnen van verjaring van de straf verstreken zijn.

2. Criminele straffen verjaren door verloop van twintig jaren, te rekenen van de dagtekening van de arresten of vonnissen waarbij ze zijn uitgesproken. Correctionele straffen verjaren door verloop van vijf jaren, te rekenen van de dagtekening van het arrest of van het in laatste aanleg gewezen vonnis, of te rekenen van de dag waarop het in eerste aanleg gewezen vonnis niet meer kan worden bestreden bij wege van hoger beroep.

Indien de uitgesproken straf drie jaar te boven gaat, is de verjaringstermijn tien jaren.

Politiestraffen verjaren door verloop van een jaar te rekenen van de dag waarop het door de politierechtbank uitgesproken vonnis niet meer kan worden bestreden bij wege van hoger beroep.

3. In geval van opschorting van de uitspraak blijft verzet mogelijk zolang de termijn van de opschorting niet vervallen is. Als de correctionele rechtbank opschorting van de uitspraak verleent voor een strafbaar feit waarop slechts een politiestraf is gesteld, kan de termijn van het buitengewoon verzet eventueel uitgebreid worden tot vijf jaren.

4. Op burgerlijk gebied kan de beklaagde niet in verzet komen na de termijn die de wet bepaalt voor de veroordelingen tot straf (Cass., 7 oktober 1992, *R.W.*, 1993-94, 222, met noot A. Vandeplass), maar deze termijn van verzet verstrikt zelfs eerder door de tenuitvoerlegging van het vonnis.

A. Vandeplass

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER – 1 MAART 1994

Voorzitter: de h. D'Haenens

Raadsheer-rapporteur: de h. D'Hont

Openbaar ministerie: de h. du Jardin

Advocaten: mrs. De Gryse en De Bruyn

Misdrijf – Opzet – Complexe gedraging

1. *De rechter oordeelt in feite en op onaantastbare wijze of de verschillende, al dan niet opzettelijke misdrijven die een beklaagde ten laste zijn gelegd, deel uitmaken van of voortkomen uit dezelfde opzet, dit wil zeggen onderling verbonden zijn door eenheid van doel en verwezenlijking, en in die zin door één feit, te weten een complexe gedraging zijn opgeleverd, zodat o.m. de regel neergelegd in art. 65 Sw. moet worden toegepast.*

2. *De bedoelde opzet is niet het strafbaar opzet dat voor het bestaan van bepaalde misdrijven is vereist, noch de aanwezigheid van vrije wil bij het handelen, algemeen vereiste voor strafbaarheid.*

3. *Het onderscheid tussen het opzet van een misdrijf, dat een bestaansvereiste van een misdrijf is, en dat van een ander misdrijf, belet niet dat deze beide misdrijven deel uitmaken van dezelfde opzet, in de zin van het beginsel waarvan art. 65 Sw. toepassing maakt.*

4. *Ingeval de rechter oordeelt dat aan het collectief misdrijf eenheid van opzet ten grondslag ligt, is niet vereist dat de opzet tot het plegen van alle misdrijven die het collectief misdrijf vormen, reeds bij het eerste misdrijf aanwezig is, aangezien ook de voortgezette of opeenvolgende opzet die misdrijven tot een enkel strafbaar feit kan maken.*

B. t/ Hulpkas voor Ziekte- en Invaliditeitsverzekering e.a.

Gelet op het bestreden arrest, op 6 januari 1992 door het Hof van Beroep te Brussel gewezen;

A. In zoverre de voorziening gericht is tegen de beslissing over de tegen eiser ingestelde strafvordering:

Over het eerste middel: schending van de artikelen 65 van het Strafwetboek en 97 (thans 149) van de Grondwet,

doordat het arrest de aan eiser ten laste gelegde feiten bevesten verklaart en eiser hiervoor veroordeelt; het arrest het door eiser opgeworpen middel van de verjaring van de strafvordering afwijst op grond: «dat de feiten van telastleggingen A tot en met E, mochten deze bewezen worden verklaard, de uiting zijn van één misdadig opzet, zodat zij als één feit beschouwd moeten worden bestaande uit één complexe delictuele gedraging om zichzelf op voortdurende en onregelmatige manier te verrijken of minstens de verkregen wederrechtelijke voordelen hetzij voor zich te behouden, hetzij het karakter van de wederrechtelijkheid ervan voor derden verborgen te houden; dat derhalve dient te worden besloten tot een onderling verband tussen alle tegen beklaagde aangehouden telastleggingen; dat tussen de feiten gaande van 24 september 1983 (telastleggingen A, B, D, E) tot 2 juni 1986 (telastlegging C) onderling, minder dan drie jaar verstreken is; dat de verjaring van de strafvordering een aanvang nam op 2 juni 1986 – datum van het laatst gepleegde feit, vermeld sub telastlegging C; dat de stuiting van de verjaring van de strafvordering, zoals door de eerste rechter gesteld, tijdig en regelmatig werd gedaan op 6 maart 1989 door de vordering van de procureur des Konings voor de raadkamer – mocht deze telastlegging bewezen worden verklaard – zoals hierna mede wat de overige telastleggingen betreft, op meer omstandige wijze zal worden uiteengezet»;

terwijl, eerste onderdeel, verschillende gedragingen geacht worden één voortgezet misdrijf uit te maken, wanneer deze gedragingen verbonden zijn door een eenheid van misdadig opzet, d.i. wanneer zij onderling verbonden zijn door een eenheid van doel en verwezenlijking; het dus moet gaan om een bepaald delictueel voornemen van de dader, waarvan de verschillende gedragingen de uiting zijn; het arrest met betrekking tot de gedragingen van eiser en diens «opzet» oordeelt dat het gaat hetzij om de bedoeling om zichzelf onrechtmatig te verrijken, hetzij om de verkregen voordelen voor zich te behouden, hetzij om het wederrechtelijk karakter ervan voor derden verborgen te houden; uit het arrest aldus blijkt dat de ten laste gelegde gedragingen de uiting zijn van verschillende voornemens; het arrest, gelet op de concrete vaststelling van de verschillende voornemens van eiser, niet op wettige wijze konden besluiten tot het bestaan van een eenheid van opzet in de zin van een voortgezet misdrijf, dat een toepassing uitmaakt van het in artikel 65 van het Strafwetboek neergelegde beginsel, derhalve schending inhoudt van deze wetsbepaling;

tweede onderdeel, de motieven van het arrest door dubbelzinnigheid zijn aangetast; het dubbelzinnig is met betrekking tot de besluitvorming aangaande het bestaan van een voortgezet misdrijf, enerzijds, in eerste instantie te overwegen dat de verschillende feiten de uiting zijn van één misdadig opzet, en, anderzijds, vervolgens uit de concretisering van het voornemen van eiser, die de bedoeling had om zichzelf onrechtmatig te verrijken, of om de verkregen voordelen voor zich

te behouden, hetzij om het wederrechtelijk karakter ervan voor derden verborgen te houden af te leiden dat er derhalve dient te worden besloten tot een onderling verband tussen alle telastleggingen; het arrest verder bij de telastlegging van afpersing ook specifiek overweegt dat deze telastlegging in verband staat met alle overige telastleggingen; het arrest, volgens de tweede interpretatie, niet wettelijk verantwoord is, nu het bestaan van een onderling verband tussen verschillende telastleggingen het niet mogelijk maakt op wettige wijze te besluiten tot het bestaan van een voortgezet misdrijf, zodat het arrest, waarvan de motieven door dubbelzinnigheid zijn aangetast, in die zin dat volgens een van de interpretaties het arrest niet op wettige wijze kon besluiten tot het bestaan van een voortgezet misdrijf, schending inhoudt van de artikelen 65 van het Strafwetboek en 97 (thans 149) van de Grondwet:

Wat beide onderdelen betreft:

Overwegende dat de rechter in feite en op onaantastbare wijze oordeelt of de verschillende, al dan niet opzettelijke, misdrijven die een beklaagde ten laste zijn gelegd, deel uitmaken van of voortkomen uit dezelfde opzet, dit wil zeggen onderling verbonden zijn door eenheid van doel en verwezenlijking, en in die zin door één feit, te weten een complexe gedraging, zijn opgeleverd, zodat onder meer de regel neergelegd in artikel 65 van het Strafwetboek moet worden toegepast;

Dat de bedoelde opzet niet het strafbaar opzet is dat voor het bestaan van bepaalde misdrijven is vereist, noch de aanwezigheid van vrije wil bij het handelen, algemeen vereiste voor strafbaarheid;

Dat de ene opzet onder meer aanwezig is, wanneer de beklaagde enig doel heeft opgevat dat hij zich voorneemt te verwezenlijken en verwezenlijkt, niet alleen door geoorloofde maar ook door strafbare handelingen, onverschillig of voor de strafbaarheid van die handelingen zelf vereist is dat zij opzettelijk worden gepleegd en onverschillig of de verwezenlijking van het opgevatte doel op zichzelf strafbaar is;

Overwegende dat de omstandigheid dat de ten laste gelegde feiten van verschillende aard zijn, niet belet dat zij alle de uitvoering kunnen uitmaken van dezelfde opzet; dat, wanneer verscheidene overtredingen van de wet binnen het raam van dezelfde opzet zijn gepleegd, zij één enkel strafbaar feit uitmaken waarop, krachtens het beginsel vastgelegd in het artikel 65 van het Strafwetboek, slechts één straf kan worden toegepast, de zwaarste;

Dat het onderscheid tussen het opzet van een misdrijf, dat een bestaansvereiste van een misdrijf is, en dat van een ander misdrijf, niet belet dat deze beide misdrijven deel uitmaken van dezelfde opzet, in de zin van het beginsel waarvan artikel 65 Sw. toepassing maakt;

Overwegende dat, ingeval de rechter oordeelt dat aan het collectief misdrijf eenheid van de opzet ten grondslag ligt, niet vereist is dat de opzet tot het plegen van alle misdrijven, die het collectief misdrijf vormen, reeds bij het eerste misdrijf aanwezig is, aangezien ook de voortgezette of opeenvolgende opzet die misdrijven tot een enkel strafbaar feit kan maken;

Overwegende dat de appelrechters, die eiser tot straf veroordelen, het beroepen vonnis «bevestigen»; dat dit beroepen vonnis vaststelt «dat alle misdrijven zijn opgeleverd door één opzet en intrinsiek samenhangend zijn»;

Dat de appelrechters, zoals de eerste rechter, hun beslissing gronden op de overweging «dat de feiten van de telastleggingen A tot en met E, mochten deze bewezen worden verklaard, de uiting zijn van één misdadig opzet, zodat zij als één feit beschouwd moeten worden bestaande uit één complexe delictuele gedraging»; dat zij vervolgens deze complexe gedraging nader omschrijven en preciseren zoals in het middel is weergegeven;

Dat de appelrechters zodoende oordelen dat de ene opzet, welke zij onaantastbaar in feite bewezen achten en welke zij in zijn geheel als «misdadig» bestempelen, blijkt uit de vermelde complexe gedragingen waartussen de rechters in feite een onderling verband vaststellen en waarvan zij de – in de context van de enige «misdadige» opzet te lezen – onderscheiden deelloogmerken opsommen als zijnde hetzij de bedoeling zich onrechtmatig te verrijken, hetzij de bedoeling wederrechtelijk bekomen voordelen te behouden, hetzij het wederrechtelijk karakter van die gedragingen verborgen te houden;

Dat de appelrechters aldus, ongeacht of zij voor enig bewezen geacht misdrijf het afzonderlijk en ander opzet vaststellen, zonder enige tegenstrijdigheid en bij ontstentenis van enige bijzondere conclusie van eiser hun beslissing naar recht verantwoorden, inzonderheid dat al de misdrijven die door de besproken handelingen worden opgeleverd, één voortgezet en collectief misdrijf uitmaken, dit wil zeggen deel uitmaken van dezelfde opzet;

Dat het middel niet kan worden aangenomen;

...

NOOT–*Het voortgezet of collectief misdrijf – Omschrijving en gevolgen*

1. Niettegenstaande het actueel Belgisch Strafwetboek in geen enkele wetsbepaling melding maakt van het begrip «voortgezet of collectief misdrijf», wordt dit belangrijk strafrechtelijk begrip van jurisprudentiële oorsprong dagelijks in de strafrechtspraktijk toegepast en heeft deze toepassing verstrekende gevolgen op het terrein van het materieel én formeel strafrecht. Het voortgezet of collectief misdrijf bestaat uit verscheidene gedragingen van dezelfde (voortgezet) of van verschillende (collectief) aard, die elk afzonderlijk strafbaar zijn, doch die geacht worden samen slechts één misdrijf uit te maken wegens de eenheid van opzet of voornemen bij de dader (Dupont, L. en Verstraeten, R., *Handboek Belgisch Strafrecht*, 1990, nrs. 323 en 897; Van den Wynngaert, C., *Strafrecht en Strafprocesrecht*, 1991, I, 181; Vanhoudt, C.J. en Calewaert, W., *Belgisch Strafrecht*, 1976, II, nrs. 625-626; zie voor een uitgebreide bespreking Kuyl, J., «Over de eenheid van opzet», *R.W.*, 1978-79, 545 e.v.). Dit voortgezet of collectief misdrijf wordt dan geplaatst tegenover het enkelvoudig misdrijf dat reeds ab initio bestaat uit één enkele strafbare gedraging van ogenblikkelijke of voortdurende aard.

Het geannoteerde cassatiearrest van 1 maart 1994 is interessant voor publikatie, aangezien het Hof nu in één enkel arrest alle strafrechtelijke regels voor een nauwkeuriger omschrijving van dit voortgezet of collectief misdrijf weergeeft. Ook in een cassatiearrest van 12 december 1978 is in één enkele uitspraak een opgave van een zestal regels aangaande het voortgezet of collectief misdrijf terug te vinden (zie

Cass., 12 december 1978, *Arr.Cass.*, 1978-79, 419; tevens Spriet, B., *Strafrechtspraak*, 1989, 76 e.v.).

2. De volgende regels inzake het voortgezet of collectief misdrijf kunnen uit het geannoteerd arrest gereduceerd worden, zowel voor de omschrijving van het begrip als m.b.t. het gevolg op het vlak van de straftoemeting:

A) *De traditionele definitie* van dit type van misdrijf. Het voortgezet of collectief misdrijf bestaat uit verschillende, ten laste gelegde misdrijven die deel uitmaken of voortkomen uit *een zelfde opzet*, d.w.z. onderling verbonden zijn door *eenheid van doel en verwezenlijking* en in die zin door *één feit* – te weten een complexe gedraging – zijn opgeleverd (tevens recent: Cass., 7 februari 1990, *Arr.Cass.*, 1989-90, 745; Cass., 27 juni 1990, *Arr.Cass.*, 1989-90, 1397; Cass., 29 september 1992, *Arr.Cass.*, 1991-92, 1148). De toepassing van deze jurisprudentiële constructie resulteert strafrechtelijk-technisch aldus in het bestaan van één enkel strafbaar feit, wat o.m. gevolgen heeft op het vlak van het gezag van het strafrechtelijk gewijsde (cf. infra nr. 5 van deze annotatie).

Eenheid van doel impliceert ons inziens dat de dader de verschillende misdrijven (minstens) heeft gepleegd vanuit één enkel alomvattend voornemen, dat – als overkoepelend gegeven – alle misdrijven met elkaar verbindt. Het lijkt dan geïndiceerd dat de formulering van dit doel van de dader voldoende precies moet zijn; anders kan de techniek van het voortgezet of collectief misdrijf ontaarden in een vrij artificiële en arbitraire constructie. Een voldoende geconcretiseerd doel kan bijvoorbeeld bestaan in de bedoeling om een inrichting van bijzondere jeugdzorg tot bloei te brengen (opzet vermeld in Cass., 12 december 1978, *Arr.Cass.*, 1978-79, 419).

B) Het is van geen belang of de verwezenlijking van het door de dader opgevatte doel op zichzelf strafbaar is (tevens: Cass., 12 december 1978, *Arr.Cass.*, 1978-79, 419).

C) De eenheidmakende factor van «een zelfde opzet» bij het voortgezet of collectief misdrijf moet inhoudelijk onderscheiden worden van het begrip strafbaar opzet als schuldvorm-constitutief bestanddeel van bepaalde misdrijven én van de aanwezigheid van vrije wil bij het handelen als algemene strafbaarheidsvoorwaarde (tevens: Cass., 12 december 1978, *Arr.Cass.*, 1978-79, 419).

Dit onderscheid impliceert dat een voortgezet of collectief misdrijf kan bestaan uit opzettelijke en onopzettelijke misdrijven – en zodoende geenszins beperkt mag worden tot de categorie van de opzettelijke misdrijven –, alsmede uit opzettelijke misdrijven die als constitutief schuldbestanddeel een onderscheiden opzetvorm vereisen (tevens: Cass., 20 mei 1980, *Arr.Cass.*, 1979-80, 1165).

D) Het is niet vereist dat de opzet tot het plegen van alle eengemaakte misdrijven reeds bij het eerste misdrijf aanwezig is. Ook een voortgezet of opeenvolgend opzet kan eenheidmakend zijn (tevens recent: Cass., 27 juni 1990, *Arr.Cass.*, 1989-90, 1397; alsmede: Cass., 11 juni 1980, *Arr.Cass.*, 1979-80, 1254; Cass., 19 april 1983, *Arr.Cass.*, 1982-83, 988).

E) De strafrechter oordeelt in feite en op onaantastbare wijze of de misdrijven verbonden zijn door een eenheid van opzet (tevens recent: Cass., 4 februari 1992, *Arr.Cass.*, 1991-92, 514; Cass., 10 maart 1992, *Arr.Cass.*, 1991-92, 651; Cass., 29 september 1992, *Arr.Cass.*, 1991-92, 1148). In het geciteerde arrest van 10 maart 1992 preciseert het Hof dat eenheid van opzet geen deel uitmaakt van de kwalificatie van de ten laste gelegde feiten. Als de strafrechter dan de eenheid van

opzet anders beoordeelt dan in de dagvaarding van het openbaar ministerie, worden de feiten niet anders gekwalificeerd en is er dus geen voorafgaande verwittiging vereist (Cass., 10 maart 1992, *geciteerd*).

F) De eengemaakte strafbare feiten kunnen van verschillende aard zijn (tevens: Cass., 5 juni 1979, *Arr.Cass.*, 1978-79, 1159). Een voortgezet of collectief misdrijf kan zich m.a.w. voordoen bij zowel een concursus realis homogeneus (voortgezet) als heterogeneus (collectief).

Doordat de strafbare feiten inhoudelijk mogen verschillen zowel in hun juridische als in hun feitelijke componenten, kan uiteindelijk elk misdrijf (zowel uit het gemeenrechtelijk als uit het bijzonder strafrecht) deel uitmaken van een voortgezet of collectief misdrijf.

G) *Gevolgvoor de straftoemeting*. Het door dezelfde opzet gecreëerde één enkel strafbaar feit wordt – krachtens het straftoemingsbeginsel uit artikel 65 Sw. – slechts gestraft met één straf, namelijk de zwaarste straf (tevens recent: Cass., 3 oktober 1990, *Arr.Cass.*, 1990-91, 119; Cass., 11 juni 1991, *Arr.Cass.*, 1990-91, 1007; Cass., 12 februari 1992, *Arr.Cass.*, 1991-92, 544; zie voor een overzicht van de toepasselijke strafvergelijkingscriteria: Spriet, B., «Vergelijking van de zwaarte van straffen», *R.W.*, 1993-94, 1302-1303). Op deze wijze kan de meer gecompliceerde straftoemingsregeling inzake de meerdaadse of materiële samenloop (de artikelen 58-63 Sw.) worden vermeden.

De strafrechter die oordeelt dat de verschillende misdrijven voortkomen uit één en dezelfde opzet, kan zodoende geen veroordeling tot afzonderlijke straffen uitspreken (zie recent: Cass., 2 december 1992, *Arr.Cass.*, 1991-92, 1379; Cass., 28 september 1993, *R.Cass.*, 1993, 241, nr. 1190).

3. Uit het middel in cassatie volgt dat de strafrechter ten gronde het begrip van het voortgezet of collectief misdrijf in casu had aangewend om het aanvangsmoment van de verjaringstermijn van de strafvordering naar een latere datum te verschuiven. Bij een voortgezet of collectief misdrijf begint de verjaringstermijn namelijk te lopen vanaf het laatst bewezen verklaard feit, op voorwaarde dat tussen de verschillende feiten die het voortgezet of collectief misdrijf vormen, geen periode is verlopen die langer is dan de toepasselijke verjaringstermijn, eventueel rekening houdend met een stuiting of schorsing (zie recent: Cass., 17 juni 1987, *Arr.Cass.*, 1986-87, 1437; Cass., 23 mei 1990, *Arr.Cass.*, 1989-90, 1212; De Swaef, M., «De verjaring bij voortgezet of collectief misdrijf», *R.W.*, 1983-84, 2690-2691). Het is wel op te merken dat elk feit uit het voortgezet of collectief misdrijf – afhankelijk van zijn misdrijf aard – zijn eigen verjaringstermijn blijft behouden voor de beoordeling van zowel de periodes tussen de verschillende feiten als de periode tussen het laatste feit en de strafrechtelijke uitspraak (Verstraeten, R., *Handboek Strafvordering*, 1993, nr. 140).

4. Op het vlak van de werking van de strafwet naar de plaats wordt in de rechtsleer soms opgemerkt dat het voldoende is dat één van de misdrijven uit het voortgezet of collectief misdrijf gepleegd is op Belgisch grondgebied, om dan de Belgische strafwet overeenkomstig het territorialiteitsbeginsel toepasselijk te maken op het gehele voortgezet of collectief misdrijf (zie Dupont, L. en Verstraeten, R., *o.c.*, nr. 328; Franchimont, M., Jacobs, A. en Masset, A., *Manuel de procédure pénale*, 1989, 1063; Vandeplass, A., «De localisatie van een misdrijf», *R.W.*, 1979-80, 2782, nr. 6). Op deze wijze wordt een ruime betekenis verleend aan de zogenaamde ob-

jectieve ubiquiteitstheorie, gekoppeld aan de leer van het ondeelbaar geheel tussen de in België en de in het buitenland begane misdrijven. Luidens de ubiquiteitstheorie is de Belgische strafwet overeenkomstig artikel 3 Sw. toepasselijk zodra één van de constitutieve bestanddelen geheel of gedeeltelijk op Belgisch grondgebied heeft plaatsgevonden (Cass., 23 januari 1979, *Arr. Cass.*, 1978-79, 575, het Teherancheque-arrest; Cass., 4 februari 1986, *Arr. Cass.*, 1985-86, 765).

Men kan zich afvragen of een dergelijke zienswijze nog verzoenbaar is met de ruimtelijke toepassings sfeer van de strafwet, zoals deze door de Belgische strafwetgever werd geconcipieerd in de artikelen 3 en 4 van het Strafwetboek? Strookt het met de intentie van de strafwetgever voorbij te gaan aan de uitzonderingspositie van de extraterritoriale aanwending van de strafwet (artikel 4 Sw.) door het louter aannemen van een eenheid van opzet tussen – geïsoleerd bekeken – ongetwijfeld territoriale en extraterritoriale misdrijven? Haus is de mening toegedaan dat bij een voortgezet misdrijf de Belgische strafwet enkel toepasselijk is op de feiten gepleegd in België (Haus, J.J., *Principes généraux du droit pénal belge*, 1879, I, nr. 249; een stelling die ook wordt verdedigd door bepaalde recente rechtsleer, zie bv. Hennau, C. en Verhaegen, J., *Droit pénal général*, 1991, nr. 71). Persoonlijk zijn we geneigd ons aan te sluiten bij deze laatste opvatting, zodat we de objectieve ubiquiteitstheorie beperkt wensen te houden tot een territoriale opsplitsing van de constitutieve bestanddelen van een wezenlijk (of initieel) enkelvoudig misdrijf. Het begrip «multiterritoriaal misdrijf met een Belgisch-territoriaal constitutief bestanddeel of component van bestanddeel» mag dan ons inziens niet worden uitgebreid tot de constructie van het voortgezet of collectief misdrijf (zie tevens Declercq, R., concl. voor Cass., 16 mei 1989, *Arr. Cass.*, 1988-89, (1077), 1079, die opmerkt dat bij het voortgezet misdrijf de duidelijke regel moet gelden dat «wat in België niet vervolgbaar is, er niet vervolgbaar wordt door het samen te voegen met iets dat wel vervolgbaar is»). De in het buitenland gepleegde misdrijven die ingevolge de eenheid van opzet een voortgezet of collectief misdrijf zouden vormen met de in België begane strafbare feiten, moeten dan vanuit de ruimtelijke gelding van de Belgische strafwet extraterritoriale misdrijven blijven. Door de ubiquiteitsleer zo te begrenzen tot het enkelvoudig multiterritoriaal misdrijf zal naar onze mening het door de Belgische strafwetgever beoogde jurisdictiesysteem van een principiële territorialiteit en een exceptionele extraterritorialiteit niet worden ontregeld.

5. Tot slot zij opgemerkt dat het wetsvoorstel betreffende de politierechtbanken en houdende een aantal bepalingen betreffende de versnelling en modernisering van de strafwetgeving een artikel 38bis bevat dat artikel 65 Sw. beoogt te wijzigen door naast de hypothese van de eendaadse samenloop tevens het voortgezet of collectief misdrijf op te nemen in de tekst van dit artikel (zie *Gedr.St.*, *Senaat*, B.Z. 1991-92, 3 februari 1994, nr. 209/1). Ook het Nederlandse Wetboek van Strafrecht bevat in artikel 56 een bepaling over het voortgezette delict (zie Remmelink, J., *Mr.D. Hazewinkel-Suringa's inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht*, 1994, 13e druk, 118 en 839 e.v.).

In het nieuwe artikel 65 Sw. zou tevens een tweede lid worden ingevoegd, waarin wordt afgeweken van het huidige jurisprudentieel standpunt inzake de toepassing van non bis in idem op het voortgezet of collectief misdrijf (zijnde de zogenaamde «opslorping»). In het actueel jurisprudentieel sys-

teem heeft de strafrechter ingevolge het fundamenteel beginsel van het strafrechtelijk gewijsde als grond van verval van de strafvordering geen rechtsmacht meer om te oordelen over de strafbare feiten die ingevolge een eenheid van opzet een voortgezet of collectief misdrijf vormen met misdrijven waarover reeds een definitieve strafrechtelijke veroordeling werd uitgesproken en die gepleegd zijn vóór deze eerste strafrechtelijke veroordeling (zie Cass., 16 december 1981, *Arr. Cass.*, 1981-82, 553; Cass., 8 juni 1983, *Arr. Cass.*, 1982-83, 1248; Cass., 15 september 1992, *R.W.*, 1992-93, 849; Cass., 24 november 1992, *Arr. Cass.*, 1991-92, 1345; zie tevens voor een recente kritische beoordeling Berkvens, J.M., «Art. 65 Strafwetboek: de opslorping stilaan opgeslorpt?», *TRD&I*, 1994-01, 59-60). Bij afwezigheid van een eenheid van opzet tussen de reeds bestrafte en de nieuwe misdrijven, kan dan geen toepassing worden gemaakt van de in artikel 65 Sw. vervatte regel (Cass., 2 oktober 1991, *Arr. Cass.*, 1991-92, 115). In de nieuw geplande regeling (tweede lid van artikel 65 Sw.) zou de strafrechter bij de aanwezigheid van een zelfde opzet nog uitspraak doen over de schuldvraag en eventueel over de straf. Op het vlak van de straftoemeting moet hij namelijk rekening houden met de voordien uitgesproken straffen en indien deze hem voor «een juiste beteugeling» voldoende lijken, zal hij na uitspraak over de schuldvraag gewoon naar deze vroegere straffen verwijzen. Bij een dergelijke regeling zal men wel moeten afstappen van de regel van de creatie van «één enkel strafbaar feit» bij het voortgezet of collectief misdrijf (nog benadrukt in het geannoteerde cassatiearrest van 1 maart 1994 en eigenlijk behorende tot de essentie van het voortgezet of collectief misdrijf), anders komt men in aanvaring met het algemeen rechtsbeginsel non bis in idem dat thans ook is voorgeschreven in artikel 14.7 I.V.B.P.R. (Cass., 7 september 1988, *Arr. Cass.*, 1988-89, 19; Cass., 29 mei 1990, *Arr. Cass.*, 1989-90, 1238; Cass., 20 februari 1991, *Arr. Cass.*, 1990-91, 671; Declercq, R., *Beginnelsen van Strafrechtspleging*, 1994, nr. 209).

Bart Spriet
Instituut voor Strafrecht
K.U.Leuven

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

9e KAMER – 18 OKTOBER 1991

Voorzitter-rapporteur: de h. Van Fraechem
Raadsheren: de hh. Van Craen en Raymaekers
Advocaten: mrs. Driessen en Segers

Bedrieglijk onvermogen – 1. Verjaring – 2. Onthouding

1. Wanneer een beklaagde zijn insolventie in stand houdt, neemt de verjaring van de strafvordering pas een aanvang op het ogenblik dat hij een actieve bijdrage levert om aan die onwettige toestand een einde te maken.

2. Onder de toepassing van art. 490bis Sw. valt het weigeren inkomen uit arbeid te verwerven ten einde zich onvermogen te maken en zich aldus aan zijn verplichtingen te onttrekken.

Faillissement C. t/ C.

Overwegende dat de feiten van de telastlegging te situeren zijn tussen 1 maart 1987 en 23 januari 1990, zoals de eerste rechter de telastlegging terecht aanvulde;

dat bij een aflopend misdrijf de verjaring van de strafvordering begint te lopen vanaf het ogenblik dat de constitutieve elementen die het misdrijf uitmaken verenigd zijn;

dat echter, wanneer beklagde zijn insolventie in stand houdt, de verjaring van de strafvordering pas een aanvang neemt op het ogenblik dat de beklagde een actieve bijdrage levert om aan deze onwettige toestand een einde te maken;

dat de feiten van de telastlegging derhalve een voortgezet misdrijf uitmaken zodat de verjaring van de strafvordering pas begint te lopen vanaf het laatste feit;

Overwegende dat beklagde, handel drijvende als feitelijk vennootschap met zijn broer Valentin, onder de benaming «Natuursteenbedrijf C.», door de rechtbank van koophandel failliet werd verklaard op 8 mei 1980;

dat hij, blijkbaar met instemming van de curators, maandelijks zijn eigen inkomsten mocht blijven behouden onder aftrek nochtans van 5.000 fr. die maandelijks diende te worden gestort op rekening van het faillissement;

dat beklagde zich hieraan hield tot hij vanaf maart 1987 ophield nog betalingen te verrichten;

Overwegende dat op verzoekschrift van de curators, de rechtbank van koophandel op 31 maart 1988 een vonnis veldde waarbij beklagde zijn inkomsten mocht behouden onder aftrek van een bedrag van 5.000 fr. te storten op de faillissementsrekening;

dat dit vonnis betekend werd op 7 juni 1988 en er door beklagde geen hoger beroep werd ingesteld zodat het in kracht van gewijsde is gegaan op 7 juli 1988;

Overwegende dat uit het onderzoek verder gebleken is dat de failliete steengroeve openbaar verkocht werd en de echtgenote van beklagde, de genaamde Maria B., thans gedelegeerd bestuurder is van de steengroeve onder de benaming N.V. T. met maatschappelijke zetel te Ouffet, plaats waar beklagde thans woonachtig is;

Overwegende dat het duidelijk is dat de steengroeve familiebezit gebleven is en beklagde er werkzaam is;

dat hij aan de gerechtelijke politie verklaarde dat hij zich daar (in de steengroeve) opnieuw is gaan bezighouden vanaf 1981, «met het weer opstarten van de steengroeven»;

dat hij daar tot op heden is bezig gebleven, meer bepaald met het toezicht doch zijn werkzaamheden «hoe onwaarschijnlijk ook» onbezoldigd verricht;

dat hij hierbij gebruik maakt van een Mercedes 250D, eigendom van... de N.V. T.;

Overwegende dat Maria B., zijn echtgenote, bevestigt dat haar echtgenoot toezicht houdt op de werkzaamheden in de steengroeve van Ouffet en daar praktisch elke werkdag is in tegenstelling met haarzelf: «Ikzelf ga maar eens sporadisch naar de steengroeven»;

dat uit de verklaring van beklagde nochtans blijkt dat zij 60.000 fr. per maand verdient;

Overwegende dat beklagde ter terechtzitting van de correctionele rechtbank verklaarde dat niet hij doch zijn vrouw steeds de curator betaalde en het zo is dat hij van 's morgens tot 's avonds werkt maar niets verdient;

Overwegende dat het te dezen duidelijk is dat beklagde met bedrieglijk opzet zijn verplichtingen, zelfs het voormeld

vonnis van de rechtbank van koophandel, niet uitvoert en zijn insolventie organiseert, minstens in stand houdt;

Overwegende dat de opsomming van artikel 490bis van het Strafwetboek niet limitatief is doch slechts enuntiatief;

dat de strafrechter dit zelf vaststelt zonder dat er zelfs een voorafgaand burgerlijk vonnis of vonnis van de rechtbank van koophandel vereist is;

dat het weigeren inkomsten uit arbeid te verwerven om zich onvermogen te maken en zich aldus aan zijn verplichtingen te onttrekken, zoals in casu, een strafbare wijze is waardoor beklagde zich, door onthouding, plichtig maakte aan het misdrijf bepaald in artikel 490bis van het Strafwetboek;

dat dan ook ten onrechte gesteld wordt dat het openbaar ministerie moet bewijzen dat beklagde vermogenend geworden is;

Overwegende dat het Hof de uiteenzetting van de feiten door de eerste Rechter en diens oordeelkundige redengeving dan ook tot de zijne maakt;

dat de schuld van de beklagde aan het feit van de telastlegging dan ook bewezen is gebleven en de eerste rechter dit feit wettig en gepast bestraft heeft om de redenen door hem bepaald;

dat er echter redenen zijn om de hoofdgevangenisstraf enigszins te verzachten;

Overwegende dat het bestreden vonnis op burgerlijk gebied voor geen kritiek vatbaar is;

...

NOOT – Omtrent bedrieglijk onvermogen

1. Het misdrijf van bedrieglijk onvermogen – of beter van het «bewerken» van dit onvermogen – heeft sinds zijn invoering in het Strafwetboek in 1967 aanleiding gegeven tot menige interessante interpretatie – en toepassingsproblemen. N.a.v. bovenstaand arrest lijkt het nuttig bij een tweetal van deze problemen even stil te staan.

2. Allereerst kan sinds het cassatiearrest van 19 november 1985 niet meer worden betwist dat het in artikel 490bis van het Strafwetboek omschreven wanbedrijf geen voortdurend maar een *aflopend* misdrijf is (cf. het eigenaardige toepassingsgeval in Antwerpen, 16 oktober 1980, *Limb. Rechtsl.*, 1981, 192), dat zich evenwel vaak zal manifesteren als een *voortgezet* (of *collectief*) misdrijf (Cass., 19 november 1985, *A.C.*, 1985-86, nr. 181, *R.W.*, 1985-86, 2831, met noot Dupont, L.). Deze rechtspraak werd later meermaals bevestigd (cf. Cass., 23 december 1986, *A.C.*, 1986-87, nr. 255; Cass., 8 juni 1988, *A.C.*, 1987-88, nr. 615, *R.D.P.*, 1988, 965, met noot J.S.; Cass., 27 april 1993, *Bull.Arr.*, 1993, nr. 202).

3. Het belang van deze problematiek voor de verjaring van de strafvordering ligt voor de hand (cf. Bauwens, N., «Bedrieglijk onvermogen», *R.W.*, 1989-90, (273), 291-292; Dupont, L., «Bedrieglijk onvermogen – Definitieve afloop van een meningsverschil of voortdurende betwisting?» (noot onder Cass., 19 november 1985), *R.W.*, 1985-86, 2832, inz. nrs. 2 en 4; Matthijs, J., «Repercussies en innovaties van het Gerechtelijk Wetboek in verscheidene takken van het privaet en van het publiek recht», *R.W.*, 1968-69, (97 e.v. en 145 e.v.), 160, nr. 54; vgl. Vandeplas, A., «De verjaring van de strafvervolg», in Declercq, R. en Vandeplas, A., *Prolegomena*, 1, 1980, (57), 67-68; vgl. met de verjaring van het enigszins anders geformuleerde misdrijf in artikel 404-1 van de

Franse Code pénal, dat een gerechtelijke veroordeling van de schuldenaar veronderstelt, Pradel, J., «Un nouveau stade dans la protection des victimes d'infractions», *D.*, 1983, *Chronique*, (241), 244-245; Culioli, M., «Insolvabilité frauduleuse», in *Encycl. Dalloz*, nrs. 108-109).

4. In dit verband is het belangrijk om het onderscheid tussen een voortdurend («infraction continue») en een voortgezet misdrijf («infraction continuée») goed voor ogen te houden: terwijl bij een voortdurend misdrijf een ononderbroken toestand (in abstracto) strafbaar is, worden bij een voortgezet misdrijf *meerdere misdrijven* door de eenheid van opzet (in concreto) onder dezelfde delictuele noemer geplaatst (Dupont, L. en Verstraeten, R., *Handboek Belgisch strafrecht*, 1989, nrs. 317 en 323). Een «voortgezet misdrijf» veronderstelt dus per definitie verscheidene gedragingen die afzonderlijk beschouwd strafbaar zijn.

5. Aldus wijst het *loutere in stand houden* van de insolventie vanuit het oogpunt van artikel 490bis van het Strafwetboek op zich niet op een voortgezet misdrijf (vgl. Cass., 23 december 1986, *A.C.*, 1986-87, nr. 255; Cass., 8 juni 1988, *A.C.*, 1987-88, nr. 615, *R.D.P.*, 1988, met noot J.S.; Brussel, 11 april 1991, *J.T.*, 1992, 622, *R.D.P.*, 1991, 852; Brussel, 13 februari 1992, *J.T.*, 1993, 426): van dit laatste zal slechts sprake zijn wanneer *alle* constitutieve bestanddelen van genoemd misdrijf (opnieuw) zijn verenigd, d.w.z. wanneer een schuldenaar, die aan de op hem rustende verplichtingen niet heeft voldaan, bedrieglijk zijn onvermogen heeft *bewerkt* (of heeft blijven bewerken, wat in het geannoteerde arrest overigens het geval blijkt te zijn geweest; zie, benevens de geciteerde rechtspraak ook Cass., 27 april 1993, *Bull. Arr.*, 1993, nr. 202, alsook De Vion, G., «Etre pauvre est-il un délit?» (noot onder Cass., 19 november 1985), *J.Proc.*, 1987, nr. 101, 26, en de reacties van Masson, J.-P. en De Vion, G., *J.Proc.*, 1987, nr. 104, 25; Corr. Kortrijk, 21 december 1983, *R.W.*, 1983-84, 2175, waar het misdrijf van bedrieglijk onvermogen in essentie werd gedefinieerd als «het bereiken van het resultaat van onvermogen door het stellen van bepaalde daden»).

6. Voorts diende het hof van beroep in de onderhavige zaak zich te buigen over de vraag – die nauw verband houdt met het hierboven aangevoerde probleem – of het weigeren inkomsten uit arbeid te verwerven onder artikel 490bis van het Strafwetboek kan vallen. Het hof oordeelde dat de beklagde zich «door onthouding» schuldig had gemaakt aan het misdrijf van bedrieglijk onvermogen.

7. Zoals bekend bevat artikel 490bis geen exhaustieve lijst van uitvoeringsmodaliteiten van het misdrijf (Masson, J.-P., «Le délit d'organisation frauduleuse de l'insolvabilité», in *Liber amicorum Hermann Bekaert*, 1977, (244), 247 e.v., nr. 5). De rechtspraak en de rechtsleer nemen in dezen aan dat de weigering om zich een vermogen te verwerven – bijvoorbeeld door te weigeren normaal bezoldigde arbeid te verrichten – het «bewerken van het onvermogen» kan uitmaken (Cass., 27 april 1993, *Bull. Arr.*, 1993, nr. 202; Brussel, 28 september 1977, *J.T.*, 1978, 87; Gent, 17 september 1992, *R.W.*, 1992-93, 885; Bauwens, N., *l.c.*, 284-285; vgl. Corr. Mechelen, 25 november 1981, *R.W.*, 1984-85, 1938, met noot Dupont, L.; vgl. Culioli, *l.c.*, *Mise à jour* 1993, nr. 65). Het «bewerken van het onvermogen» gaat m.a.w. verder dan het omzeilen van het burgerrechtelijke voorschrift van artikel 8 van de Hypotheekwet (Schuind, G., *Traité pratique de droit criminel*, I, herwerkt door A. Vandeplas, losbl. (Compl. 13), 440L, randnummer 5).

8. Men kan zich afvragen of het begrip «onthouding» in dit verband wel adequaat is. De weigering om *aangepaste* – en normaal bezoldigde – arbeid te verrichten, zal immers meestal passen in een vooraf beraamd plan om de schuldenaar te benadelen en is in dat geval niets minder dan een arglistige «houding» met de bedrieglijke bedoeling het onvermogen te bewerken (cf. art. 490bis, § 1, aanvang van de eerste alinea, Sw.). De term «onthouding» is dus wat misleidend (vgl. Van Overbeke, S., «Deelneming door onthouding», in *Comm. Straf.*, inz. nrs. 16-26). De beoordeling van het bedrieglijk opzet bij een dergelijke, dubbelzinnige «onthouding - houding» zal evenwel een delicate aangelenheid zijn, die een doorslaggevende invloed zal uitoefenen op de interpretatie van het materiële element van het misdrijf.

Steven Van Overbeke

HOF VAN BEROEP TE GENT

6e KAMER – 7 MAART 1994

Voorzitter: de h. Decorte

Raadsheren: de hh. Desmet en Schoonjans

Openbaar ministerie: de h. Cool

Advocaat: mr. Verbeke

Visvangst – Zeevisserij – Beperkende maatregelen – Gelijkeheidsbeginsel – Wettigheid

Er is geen sprake van willekeur of schending van het gelijkheidsbeginsel in de artt. 5 en 6 van het M.B. van 3 september 1991 waardoor verboden wordt dat een vissersvaartuig per vaardag in de ICES-gebieden II en IV meer dan 100 kg tong vangt als hoofdvangst of meer dan 25 kg als bijvangst.

Ten onrechte wordt aangevoerd dat het besluit nietig is wegens onduidelijkheid of dubbelzinnigheid in de artt. 5 en 6. De zeevisser weet maar al te goed wat bedoeld wordt met «bijvangst» en «(hoofd)vangst».

C.

1. In zijn appelconclusie beweert beklagde dat het ministerieel besluit van 3 september 1991 nietig is nu het zou indruisen tegen artikel 6 van de Grondwet.

Het is juist dat de strafrechter bevoegd is om overeenkomstig artikel 107 van de Grondwet na te gaan of ministeriële besluiten al dan niet overeenstemmen met de Grondwet. Is dit niet het geval, dan mag het ministerieel besluit niet toegepast worden. In casu dient er evenwel allereerst opgemerkt te worden dat er bij de Raad van State nooit een verzoek tot nietigverklaring van het ministerieel besluit van 3 september 1991 ingeleid is. Verder mag er zeker niet besloten worden tot nietigheid van dit ministerieel besluit naar analogie van de nietigverklaring wegens strijdigheid met artikel 6 van de Grondwet van andere ministeriële besluiten inzake reglementering op de zeevisserij (o.a. M.B.'s van 26 juni 1991, 27 december 1991 en 25 maart 1992). Ieder ministerieel besluit moet afzonderlijk getoetst worden aan de Grondwet. Aldus rijst hier de vraag of het gelijkheidsbeginsel geschonden werd door de bepalingen van het ministerieel besluit van 3 september 1991 waardoor aan de zeevisserij be-

perkende maatregelen werden opgelegd; meer bepaald gaat het hem over de artikelen 5 en 6 van dit ministerieel besluit waardoor het verboden wordt dat een vissersvaartuig per vaardag in de i.c.e.s.-gebieden II en IV meer dan 100 kg tong vangt als hoofdvangst (art. 5) of meer dan 25 kg als bijvangst (art. 6).

Het doel van deze vangstbeperkende maatregelen is duidelijk, namelijk de instandhouding van het visbestand in zee zoals dit blijkt uit de benaming van het ministerieel besluit.

Van willekeur of schending van het gelijkheidsprincipe door voormelde bepalingen is er geen sprake. Dat de vooropgestelde vangstbeperkingen objectief zijn wordt niet betwist en kan ook niet betwist worden nu de vangstbeperkende maatregelen voor ieder gelijk zijn en voor ieder vissersvaartuig gelden.

Naar het oordeel van het Hof zijn de vooropgestelde criteria van respectievelijk 100 kg en 25 kg per vaardag ook pertinent nu ze zeker pogen het nagestreefde doel te verwezenlijken. Uit geen enkel concreet gegeven blijkt verder dat de lasten van de door het ministerieel besluit opgelegde vangstbeperkingen niet op een evenredige manier over alle Belgische vissers verdeeld zijn en dat het ministerieel besluit eerder tot doel zou hebben een soort herverdeling van de tongvangst te bewerkstelligen dan wel het tongbestand te beschermen.

Het argument van beklagde dat een klein vaartuig niet met de opgelegde beperkingen rendabel kan blijven en dat dit niet het geval is wat zijn vaartuig betreft, blijft een niet bewezen bewering en vindt zeker geen steun in het strafdossier.

Overigens is het de vraag of dit argument zou volstaan om er automatisch een schending van artikel 6 Grondwet uit af te leiden.

Van nietigheid van het ministerieel besluit van 3 september 1991 wegens schending van artikel 6 van de Grondwet is er dan ook geen sprake.

2. Beklaagde voert verder aan dat het ministerieel besluit van 3 september 1991 nietig zou zijn nu het genomen werd ter uitvoering van een nietig K.B. van 28 januari 1988.

Allereerst dient opgemerkt te worden dat er betreffende dit K.B. weliswaar een annulatieverzoek hangende is voor de Raad van State maar er nog geen arrest verleend werd.

Daarenboven sloot de auditeur bij de Raad van State in zijn advies uitdrukkelijk uit dat zijn voorstel tot nietigverklaring ook de artikelen 14 en 15 van dit K.B. zou betreffen. Nu het ministerieel besluit van 3 september 1991 zijn rechtsgrond vindt in artikel 14 is er van nietigheid van dit ministerieel besluit geen sprake (zie conclusie openbaar ministerie in eerste aanleg genomen en de aangehechte stukken, kaft 20).

3. Enige nietigheid van het ministerieel besluit kan ook niet afgeleid worden uit de door beklagde beweerde onduidelijkheid of dubbelzinnigheid in de artikelen 5 en 6 van dit ministerieel besluit. Als visser weet beklagde maar al te goed wat bedoeld wordt met «bijvangst» en «(hoofd)vangst». Wanneer een bepaalde soort vis niet de doelsoort is waarop gevist wordt zoals dit hier het geval is met tong, nu de vangst ervan in het bedoelde visgebied maximaal 100 kg bedroeg en deze derhalve voor hem zeker niet rendabel kon zijn en aanvaard moet worden dat niemand gaat vissen met de zekerheid verlies te lijden, dan moet het vangen van tong in dit gebied als bijvangst beschouwd worden, wat beklagde perfect wist.

BURGERLIJKE RECHTBANK TE BRUGGE

1e KAMER – 27 JUNI 1994

Voorzitter: de h. Danneels

Rechters: de hh. Floren en Defoort

Openbaar ministerie: de h. Berkvens

Advocaten: mrs. Beuls en Jacqmain

Persoonlijkheidsrechten – Publikatie van afbeelding – Publieke personen – Bekend sportbeoefenaar – Recht op privacy

Het persoonlijkheidsrecht op afbeelding houdt in dat de geportretteerde zich kan verzetten tegen elke publikatie van zijn afbeelding zonder zijn toestemming.

Algemeen wordt evenwel aangenomen dat «publieke personen», zoals politici, kunstenaars en sportlui, stilzwijgend toestemming geven om hun afbeelding te publiceren.

Een bekend sportbeoefenaar kan zich in principe niet verzetten tegen het publiceren van zijn foto in een krant of weekblad, op voorwaarde dat dit gebeurt met de bedoeling de lezer te informeren, ter illustratie van de berichtgeving betreffende de sportactiviteit, en op voorwaarde dat geen inbreuk gepleegd wordt op zijn recht op privacy.

A. t/ De V.

1. Uit de uiteenzetting van partijen blijkt dat Club Brugge op het einde van het voetbalseizoen 1991-1992 na een thuiswedstrijd vrij onverwacht landskampioen werd. Uiteraard was dit, zowel voor spelers als supporters, een reden tot feestvieren.

Reeds onmiddellijk na afloop van de wedstrijd knalden de champagnekurken en de spelers gaven uitgebreid uiting aan hun vreugde, hetgeen gretig werd gevolgd door de pers, die in deze uitgelaten sfeer ook toegang had gekregen (of zich verschaft had) tot de kleedkamer en de verzorgingsruimte van de spelers.

In deze omstandigheden werd de gewraakte foto genomen, die in het kader van een foto-reportage van de kampioenviering door het weekblad B. werd gepubliceerd. Beide spelers (huidige eiser en zijn ploegmaat S., oorspronkelijke medeëiser, aan wie in het vonnis van 16 mei 1994 akte werd verleend van zijn gedingsafstand) zijn naakt en hun geslachtsdelen zijn duidelijk te zien. De spelers bevinden zich in bad met elk een fles in de hand. Bij de foto is een ludieke tekst afgedrukt («En dat je daar niet per se in avondkledij hoeft voor te zijn...»).

2. De afbeelding kan niet als «zedenschennend» worden bestempeld. Anno 1992 wordt naaktheid (zoals in casu zonder erotisch of pornografisch karakter) door het publiek in het algemeen niet meer als schokkend ervaren. Er kan dan ook niet worden aangenomen dat verweerder zich via de publikatie van de foto schuldig gemaakt heeft aan openbare zedenschennis.

3. Het persoonlijkheidsrecht op afbeelding houdt in dat de geportretteerde zich kan verzetten tegen elke publikatie van zijn afbeelding zonder zijn toestemming.

Algemeen wordt evenwel aangenomen dat «publieke personen», zoals politici, kunstenaars en sportlui, stilzwijgend toestemming geven om hun afbeelding te publiceren, omdat

het praktisch gewoon uitgesloten is dat de pers, wanneer zij het voornemen heeft een afbeelding van een dergelijk persoon te publiceren, telkenmale verplicht zou zijn vooraf aan de betrokkene uitdrukkelijk diens toestemming te vragen.

Het vermoeden van stilzwijgende toestemming geldt echter alleen voor afbeeldingen die passen in het kader van het «openbaar leven» van de betrokken personen, dit wil zeggen genomen tijdens de uitoefening van hun professionele activiteiten, en dus buiten de privé-sfeer liggen.

In casu lijkt verweerder te beweren dat de toestemming van de spelers dient te worden afgeleid uit het feit dat de pers (onder meer fotografen en televisieploegen) uitgenodigd geweest zou zijn om ook in de kleedkamers de feestvreugde van de spelers vast te leggen.

Het enkele feit dat de pers toegang had tot de kleedkamers en dat toegelaten werd dat er beelden werden gemaakt, betekent echter nog niet dat de betrokken spelers ook – impliciet – toestemming hebben gegeven om alle gemaakte foto's, en meer in het bijzonder een foto waarop zij naakt zijn afgebeeld, te publiceren in een weekblad en aldus publiek te maken.

Dat naaktheid op zich niet als schokkend of zedenschennend wordt ervaren en dat de spelers er zich niet voor schaamden in het bijzijn van enkele persmensen naakt in het bad te duiken, doet geen afbreuk aan het feit dat er niettemin toch een zekere schroom blijft bestaan met betrekking tot naaktheid en het publiek tonen van geslachtsdelen. Het is dan ook volkomen aannemelijk dat beide voetballers niet konden aanvaarden dat dergelijke foto's via publikatie in een weekblad openbaar zouden worden gemaakt.

Het is correct dat de spelers hebben gedoogd dat er foto's werden gemaakt, maar in de gegeven omstandigheden konden zij de precieze aard van alle gemaakte foto's uiteraard niet kennen, noch konden zij nagaan of bepaalde foto's al dan niet geschikt waren voor publikatie. Zij mochten er integendeel op vertrouwen dat de persmensen, die verantwoordelijk zijn voor de publikatie van de fotoreportage, met enige kiesheid hun keuze uit de vele foto's zouden maken. Het is trouwens technisch perfect mogelijk dezelfde foto derwijze af te drukken dat de spelers slechts vanaf hun middel te zien zijn, hetgeen volgens eiser trouwens door andere week- of dagbladen zou zijn gedaan.

Een bekende sportbeoefenaar – zoals eiser – kan zich in principe niet verzetten tegen het publiceren van zijn foto in een krant of weekblad, op voorwaarde dat dit gebeurt met de bedoeling de lezer te informeren, ter illustratie van de berichtgeving betreffende de sportactiviteit en op voorwaarde dat geen inbreuk wordt gepleegd op zijn recht op privacy.

Er moge in dit geval een zeker verband bestaan tussen de afbeelding en de professionele activiteiten van betrokkenen (sportlui in hun kleedkamer), dan nog is de rechtbank van oordeel dat foto's waarop intieme delen van de geportretteerde te zien zijn, niet kunnen worden beschouwd als deel uitmakend van zijn «openbaar leven», maar integendeel behoren tot de privé-sfeer. Het openbaar maken van een dergelijke foto maakt een inbreuk uit op de privacy van eiser. De publikatie ervan zonder de toestemming van de betrokkene is foutief en geeft principieel aanleiding tot schadevergoeding.

4. De schade die eiser lijdt is uitsluitend van morele aard. Bij de begroting van de vergoeding kan niet worden uitgegaan van de door hem geponeerde stelling dat verweerder

uitsluitend heeft gehandeld uit winstbejag. De gewraakte foto is afgedrukt op een binnenpagina van het weekblad, waarvan de voorpagina op een kleine ruimte onder de titel «Club Kampioen» enkel vermeldt «De mooiste beelden van het feest», zonder enige verwijzing naar de foto van twee naakte spelers.

Het is derhalve geenszins bewezen dat belangstellenden in groten getale het blad hebben gekocht omwille van deze éne foto en de bewering van eiser als zou het nummer in kwestie van B. een uitzonderlijk hoge oplage gehad hebben, blijft evenzeer onbewezen en wordt tegengesproken door verweerder, die in dit verband trouwens stukken overlegt;

Een weekblad is uiteraard een commerciële onderneming, maar eerder dan uit rechtstreeks winstbelang moet worden aangenomen dat verweerder aldus heeft gehandeld om tegemoet te komen aan de drang naar sensatie en een bepaalde nieuwsgierigheid, die bij een gedeelte van het publiek ongetwijfeld bestaat.

Hiertoe heeft verweerder misbruik gemaakt van de foto en de privacy van eiser geschonden. Zonder zulks te overdrijven kan worden verondersteld dat deze na de publikatie het voorwerp zal zijn geweest van bepaalde spottende commentaren en opmerkingen.

Rekening houdend met alle bovenstaande elementen begroot de rechtbank de morele schade van eiser ex aequo et bono op 50.000 frank.

5. Met het oog op het herstel van de schade is het niet opportuun thans de publikatie van dit vonnis te bevelen. Twee jaar na publikatie van de foto zullen weinigen zich dit voorval nog herinneren en de publikatie van het vonnis zou enkel de gewraakte afbeelding weer in de actualiteit kunnen brengen, hetgeen precies strijdig zou zijn met de belangen van eiser.

Als principieel in het ongelijk gestelde partij dient verweerder in te staan voor de gedingskosten. Er zijn evenwel geen redenen bewezen om hem uit te sluiten van het recht tot kantonnement.

ARBEIDSRECHTBANK TE GENT

7e KAMER – 17 MAART 1994

Voorzitter: de h. Moors

Rechters in sociale zaken: de hh. Wynsberghe en Goethals
Advocaten: mrs. Lacroix en Demeester loco Bonbled

Arbeidsongeval – Vergoedingen – Arbeidsongeschiktheid – Basisloon – Samenstelling – Tewerkstelling – Deeltijdovereenkomst – Voltijdovereenkomst – Cumulatie – Hypothetisch loon

Wanneer een door een arbeidsongeval getroffen arbeidsongeschikt is geworden in de uitvoering van een deeltijdarbeidsovereenkomst, en hij daarnaast ook een voltijdarbeidsovereenkomst heeft met een andere werkgever, wordt het basisloon berekend alsof de referentieperiode betreffende het loon in de functie waarin hij op het ogenblik van het ongeval was tewerkgesteld, onvolledig was. Het loon wordt derhalve aangevuld met een hypothetisch loon (art. 36, § 1, A.O.W.).

L.C.M. t/ N.V. Z.

In feite

V. is als gerechtigde aangesloten bij de L.C.M. in het kader van de verplichte verzekering voor geneeskundige verzorging en uitkeringen.

Op 4 juli 1990 werd hij getroffen door een arbeidsongeval, waarvoor zijn werkgever, de N.V. W. bij de verwerende partij, de N.V. Z., verzekerd was.

Aan V. werden door de eisende partij ziektevergoedingen uitgekeerd, voor de periode van 4 juli 1990 tot 30 september 1990, d.i. 68 vergoedingen van 1.322 fr./dag, of in totaal voor een bedrag van 89.896 fr.

Omdat de arbeidsongeschiktheid van V. veroorzaakt was door een arbeidsongeval, vordert de eisende partij de ziekteuitkeringen terug van de arbeidsongevallenverzekeraar.

De verwerende partij weigert de uitgavenstaat van de eisende partij terug te betalen, omdat V. bij haar verzekerde, N.V. W. slechts deeltijds was tewerkgesteld.

...

In rechte

...

Tussen de partijen bestaat er geen betwisting nopens het subrogatierecht van de eisende partij, voor de sommen door de verwerende partij verschuldigd aan V. wegens diens tijdelijke arbeidsongeschiktheid ten gevolge van een arbeidsongeval van 4 juli 1990.

De verwerende partij betwist het basisloon voor de berekening van de vergoedingen voor tijdelijke arbeidsongeschiktheid, die zij verschuldigd is aan V., allereerst, omdat V. slechts tewerkgesteld was krachtens een arbeidsovereenkomst voor deeltijdarbeid, en, subsidiair omdat de eisende partij niet bewijst dat het basisloon naar behoren werd berekend.

V. werd op 4 juli 1990 getroffen door een arbeidsongeval bij de N.V. W., verzekerde van de verwerende partij, waar hij deeltijds tewerkgesteld was. V. cumuleerde de deeltijdse tewerkstelling bij de N.V. W. met een voltijdse betrekking bij de N.V. V., zodat hij, ten gevolge van het arbeidsongeval bij de N.V. W. tijdelijk volledig arbeidsongeschikt was, zowel in zijn deeltijdse als in zijn voltijdse tewerkstelling.

Krachtens art. 34 van de Arbeidsongevallenwet van 10 april 1971, wordt onder basisloon (voor de berekening van de vergoedingen) verstaan het loon waarop de werknemer, in de functie waarin hij is tewerkgesteld in de onderneming op het ogenblik van het ongeval, recht heeft, voor de periode van het jaar (12 m.) die het ongeval voorafgaat; en die refer-teperiode is slechts volledig wanneer de werknemer gedurende dat hele jaar arbeid heeft verricht, overeenkomstig de arbeidstijdregeling die krachtens de wet of het gebruik in de onderneming geldt.

Krachtens art. 36, § 1, van de Arbeidsongevallenwet, wordt, wanneer de refer-teperiode onvolledig is, het loon waarop de werknemer recht heeft, aangevuld met een hypothetisch loon.

Omdat de bovenvermelde regeling, bij een deeltijdse tewerkstelling van de betrokkene, leidde tot aberraties, in die zin dat, de getroffene, voor tijdelijke arbeidsongeschiktheid, hogere vergoedingen ontving dan de gederfde inkomsten, werd door art. 3 van het K.B. nr. 39 van 31 maart 1982 (B.S., 3 april 1982), art. 37bis in de Arbeidsongevallenwet inge-

voegd (Huys, J., en Pots P., «Arbeidsongevallen» in *Recente ontwikkelingen van de Sociale Zekerheid 1980-1986*, RSR nr. 31, Antwerpen, Kluwer, 1987, 264 en 265).

Art. 37bis van de Arbeidsongevallenwet bepaalt:

– in § 1: dat, wanneer de getroffene tewerkgesteld is krachtens een arbeidsovereenkomst voor deeltijdse arbeid, het basisloon, voor de berekening van de vergoedingen voor tijdelijke arbeidsongeschiktheid, vastgesteld wordt, uitsluitend met inachtneming van het loon dat verschuldigd is krachtens de arbeidsovereenkomst;

– in § 2: dat, wanneer de getroffene tewerkgesteld is krachtens meerdere arbeidsovereenkomsten voor deeltijdse arbeid, het basisloon wordt vastgesteld met inachtneming van de lonen die krachtens de verschillende arbeidsovereenkomsten voor deeltijdse arbeid verschuldigd zijn.

§ 2 van art. 37bis maakt geen onderscheid naargelang de werknemer is tewerkgesteld bij een zelfde werkgever, ingevolge meerdere deeltijdse arbeidsovereenkomsten, dan wel of de betrokkene is tewerkgesteld bij meerdere werkgevers, die verzekerd zijn bij meerdere verzekeraars.

Evenwel is de combinatie van een deeltijdse en een voltijdse tewerkstelling, al of niet bij meerdere werkgevers, al of niet verzekerd bij meerdere verzekeraars, niet geregeld in art. 37bis van de Arbeidsongevallenwet. Aangezien art. 37bis, een uitzonderingsbepaling is, dient ze strikt te worden geïnterpreteerd, en kan ze niet uitgebreid worden tot de combinatie van voltijdse en deeltijdse tewerkstelling (J. Huys, «Deeltijdse arbeid in de arbeidsongevallen en beroepsziektenverzekering», *O.R.*, 1986, 239).

Aangezien art. 37bis van de A.O.W. niet van toepassing is op de combinatie deeltijdse en voltijdse tewerkstelling, dienen de algemene principes van de art. 34 e.v. Arbeidsongevallenwet te worden toegepast. Een «aberratie» als voormeld lijkt hier niet mogelijk. De vergoedingen voor tijdelijke arbeidsongeschiktheid beogen het loonverlies te compenseren dat de getroffene lijdt wegens zijn arbeidsongeschiktheid als gevolg van het ongeval. Door zijn ongeval is de getroffene te dezen arbeidsongeschikt geworden in zijn volledige tewerkstelling, zowel in zijn voltijdse als in zijn deeltijdse tewerkstelling.

In het onderhavige geschil is de refer-teperiode, als bepaald in art. 34 van de wet van 10 april 1971, onvolledig, nu de betrokkene bij de N.V. W., geen arbeid heeft verricht overeenkomstig de daar toepasselijke arbeidsregeling. Op grond van art. 36 van de Arbeidsongevallenwet, moet voor de vaststelling van het basisloon het loon waarop de werknemer recht heeft in de onderneming op het ogenblik van het ongeval aangepast worden met een hypothetisch loon, voor de uren waarop de werknemer geen loon ontving.

RECHTSPRAAK IN KORT BESTEK

Hof van Cassatie (2e Kamer), 3 februari 1993

Alcohol – Dranksluierij – Sluiterij – Dwangmiddel dat onder de strafvordering valt – Bevolen na verval van de strafvordering door verjaring – Onwettig

Het bestreden arrest (Hof Luik, 13 maart 1992) wordt om de volgende redenen vernietigd:

«Overwegende dat de veroordeling tot de sluiting van een slijterij van gegiste dranken, die op grond van artikel 37, § 2, van het koninklijk besluit van 3 april 1953 tot samenordering van de wetsbepalingen inzake de slijterijen van gegiste dranken wordt uitgesproken bij overtreding van de artikelen 28, 30 en 31 van genoemd besluit, een dwangmiddel is dat, ofschoon bedoeld om de rechten van de Staat te vrijwaren, niettemin onder de strafvordering valt; dat de bestreden beslissing derhalve, na het verval van die strafvordering door verjaring te hebben vastgesteld, die sluiting niet meer mocht bevelen.»

(Voorzitter-rapporteur: de h. Ghislain – Openbaar ministerie: de h. Piret – Advocaten: mrs. Dellieu en De Bruyn – In de zaak: W. t/ Belgische Staat)

NOOT–Cf. Hof Antwerpen, 2 april 1993, *R.W.*, 1993-94, 228, en de in de noot vermelde rechtspraak.

Hof van Cassatie (1e Kamer), 10 februari 1994

Vervoer – C.M.R. – Verlies – Vergoeding volgens gedeclareerde waarde – Vereiste van vermelding in een vervoerdocument

Eiseres, die bij een vervoer van Zaventem naar Luxemburg aansprakelijk was voor 64 ontbrekende colli met een gewicht van 450 kilogram, voerde voor de rechter aan dat zij conform art. 23 C.M.R. slechts $450 \times 484,44 = 217.998$ fr. verschuldigd was. Het bestreden arrest (Hof Brussel, 4 maart 1992) veroordeelt haar tot betaling van 675.100 fr. op grond dat een aangifte van de waarde gedaan was die door eiseres aangenomen was, zoals bleek uit een door eiseres ondertekend «vervoerdocument Benelux», dat de waarde van de goederen vermeldde.

«Overwegende dat artikel 23 van het Verdrag betreffende de overeenkomst tot internationaal vervoer van goederen over de weg (C.M.R.) bepaalt dat de door de vervoerder voor geheel of gedeeltelijk verlies van de goederen verschuldigde vergoedingen wordt beperkt tot een maximum voor elk ontbrekend kilogram brutogewicht en dat, in afwijking van die regel, hogere vergoedingen slechts kunnen worden gevorderd in geval van aangifte van de waarde der goederen of van een bijzonder belang bij de aflevering;

«Dat, luidens artikel 24 van het Verdrag C.M.R., de afzender tegen betaling van een overeengekomen toeslag in de vrachtbrief een waarde van de goederen kan aangeven, die het maximum, vermeld in het derde lid van artikel 23, overschrijdt en in dat geval het aangegeven bedrag in de plaats treedt van dat maximum;

«Dat tot slot artikel 6.2.d van datzelfde verdrag bepaalt dat, als het geval zich voordoet, de vrachtbrief de gedeclareerde waarde der goederen en het bedrag van het bijzonder belang bij de aflevering moet bevatten;

«Dat uit die bepalingen volgt dat de aangifte van de waarde der goederen in een vervoerdocument moet worden gedaan en dat ze niet mag vermeld worden in een document, zoals de opgave Benelux 50, die geen vervoerdocument is, maar uitsluitend een administratief document waarin de

waarde van de goederen alleen wordt aangeduid voor de douaneformaliteiten, de B.T.W.-heffing en het opmaken van de statistiek van de intra-Beneluxhandel;

«Overwegende dat het hof van beroep uit de enkele overlegging van de opgave Benelux 50 derhalve niet heeft kunnen afleiden dat de waarde was aangegeven, in de zin van artikel 24 van het Verdrag C.M.R., zonder dat het de voormelde wetsbepalingen schendt.»

(Voorzitter: de h. Rappe – Rapporteur: mevr. Charlier – Openbaar ministerie: de h. Janssens de Bisthoven – Advocaat: mr. Dassesse – In de zaak: N.V. E. t/ N.V. S.)

Hof van Cassatie (1e Kamer), 10 februari 1994

Inkomstenbelastingen – Ontheffing – Foutieve toerekening op anderszins verschuldigde belasting – Betaling door de Staat – Moratoire interest verschuldigd

Aan verweerster was op 20 september 1992 een ontheffing verleend van 104.000.000 fr. voor aan de bron ingehouden roerende voorheffing. Het bestuur wendde dat bedrag aan tot aanzuivering van (1) een bedrag van 53.999.447 fr. nog voor 1979 verschuldigde vennootschapsbelasting en (2) een bedrag van 17.232.590 fr. zg. nalatigheidsinteressen.

Het bleek echter dat die laatste interesten foutief berekend waren. Het bestreden arrest (Hof Brussel, 10 april 1992) oordeelt dat de Staat daardoor ten onrechte 5.590.220 fr. ontvangen heeft, en veroordeelt de Staat om op dat bedrag, dat hij op 16 december 1983 aan verweerster betaald heeft, moratoire interesten te betalen. Het arrest zegt dienaangaande dat de Staat, door het bedrag waarvoor ontheffing verleend was, te verrekenen met de interesten op de vennootschapsbelasting, verweerster verplicht heeft tot betaling van die nalatigheidsinteressen op die belasting. Eisers middel wordt als volgt verworpen:

«Overwegende dat artikel 308 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen, naar luid waarvan bij terugbetaling van belastingen moratoriuminteresten worden toegekend, van toepassing is bij terugbetaling van nalatigheidsinteressen op de belasting;

«Overwegende dat, luidens artikel 217bis, § 2, van het koninklijk besluit van 4 maart 1965 tot uitvoering van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen, zoals het te dezen van toepassing is, sommen die voortkomen van directe belastingen die aan de belastingsschuldige moeten worden teruggegeven, door de ontvanger der directe belastingen, zonder formaliteit, mogen worden aangewend tot aanzuivering, overeenkomstig artikel 192, van de door die belastingsschuldigen verschuldigde belastingen, in hoofdsom, opcentiemen en verhogingen, interesten en kosten;

«Overwegende dat uit artikel 192 van dat besluit, waarnaar voornoemd artikel 217bis, § 2, verwijst, blijkt dat de aanrekening een door de wet opgelegde wijze van betaling van de belasting of de nalatigheidsinteressen is, wanneer de ontvanger daartoe overgaat;

«Dat bijgevolg het hof van beroep, door te vermelden dat 'de aanrekening bedoeld in' artikel 217bis, § 2, 'zoals de schuldvergelijking naar burgerlijk recht, neerkomt op een ingekorte dubbele betaling', dat zij 'voor het overige een aan het belastingrecht eigen techniek is die niet alle kenmerken

van de burgerrechtelijke schuldvergelijking vertoont; dat zij daarvan meer bepaald verschilt door het feit dat de belastingwet aan een van de schuldenaars, de Staat, het recht toekent om de ontlaste bedragen aan te wenden tot aanzuivering van belastingen naar zijn keuze, terwijl de schuldvergelijking naar burgerlijk recht van rechtswege plaatsheeft' en 'dat de Belgische Staat, door de ontlaste bedragen aan te rekenen op de nalatigheidsinteressen op de vennootschapsbelasting (...) de N.V. A. verplicht heeft tot betaling van die nalatigheidsinteressen', zonder de in het middel aangegeven wettelijke bepalingen te schenden, beslist heeft dat de terugbetaling van de aldus betaalde nalatigheidsinteressen aanleiding geeft tot betaling van moratoriuminteressen.»

(Voorzitter-rapporteur: de h. Rappe – Openbaar ministerie: de h. Janssens de Bisthoven – Advocaten: mrs. De Bruyn en Kirkpatrick – In de zaak: Belgische Staat t/ N.V. A.)

Rb. Brussel (kort geding), 22 maart 1994

Persoonlijkheidsrechten – Persoonlijke levenssfeer – Registratie van persoonsgegevens – Krediet aan vennootschap – Wanbetaling – Vermelding op naam van privé-persoon die zich borg gesteld heeft – Bevel tot verwijdering – Schadevergoeding

De N.V. C., waarvan eerste eiser gedelegeerd bestuurder is, was door een agentschapsovereenkomst verbonden met de N.V. H. Op 5 maart 1993 ondertekende eerste eiser als gedelegeerd bestuurder met de N.V. H. een leasingovereenkomst die een wagen Volvo als voorwerp had. Deze laatste overeenkomst ondertekenden beide eisers op persoonlijke titel als borgen. Er zijn moeilijkheden gerezen tussen de twee vennootschappen, waarover een proces hangende is voor de rechtbank van koophandel. Zich beroepend op wanbetaling heeft de N.V. H. een schrijven gericht aan verweerster, die de eisers op de hoogte brengt van een aangevraagde registratie. Op 26 oktober 1993 blijkt geregistreerd te zijn:

- resterend saldo	1.147.000 fr.
- kredietgrens	1.233.000 fr.

De eisers hebben verweerster gedagvaard tot verwijdering van de gegevens die op hen betrekking hebben en tot betaling van schadevergoeding. De voorzitter van de rechtbank beslist:

«Bij toepassing van de hierboven aangehaalde begrippen op huidige zaak vinden wij:

- welke ook de gespecialiseerde sectoren zijn waarnaar partijen zouden kunnen verwijzen, de fundamentele beginselen van de algemene kaderwet van 8 december 1992 moeten geëerbiedigd worden;

- het ondertekenen door eisende partijen als 'solidaire borg' is niet te beschouwen als een 'commerciële daad'; beide eisende partijen hebben door het ondertekenen als 'borg' een louter burgerlijke daad verricht waarbij zij aanvaard hebben dat bij wanbetaling zij beiden solidaire persoonlijk aangesproken mogen worden;

- de wanbetaling, de solidaire borgen verweten, wijst op een persoonsgegeven met betrekking op het fortuin van eisers;

- de bewerker van het bestand, in casu verwerende partij, diende met grote omzichtigheid te werk te gaan; het komt verwerende partij niet toe zich aan de kant te stellen van de N.V. H. zoals zij het in haar conclusie doet, des te meer daar verwerende partij weet dat een geding lopende is voor de rechtbank van koophandel, en eveneens weet dat, alvorens een borg wordt aangesproken, de eigenlijke schuldenaar in gebreke gesteld dient te worden en het bewijs geleverd dient te worden dat de eigenlijke schuldenaar in de betaling faalt;

«Overwegende dat het probleem van de verantwoordelijkheid van de houder van het bestand in de verwerking van het bestand een probleem is dat zich voordoet op het niveau van de betrekkingen houder-verwerker, vandaar de grote omzichtigheid waarmee de bewerker te werk dient te gaan; deze hoeft niet slaafs de gegevens over te nemen; bij betwisting dient de bewerker na te gaan of het niet voorbarig is bepaalde gegevens in het bestand te verwerken; dat dit in casu de enig mogelijke verantwoorde houding van verwerende partij was;

«Overwegende dat, gelet op de respectieve beroepen door eisende partijen uitgeoefend – eerste eiser verzekeringsadviseur, tweede eiseres kleuterleidster – vaststaat dat ieder van de eisende partijen morele schade werd toegebracht; dat de eventuele commerciële schade waarnaar eerste eiser verwijst, valt onder de beoordelingsbevoegdheid van de handelsrechtbank; dat de morele schade van elke eisende partij op 50.000 frank bepaald kan worden;

«Overwegende dat de bevoegdheid van de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg, rechtdoende 'zoals in kort geding', een bevoegdheid ten gronde uitmaakt; dat deze wijze van adïëren van de rechterlijke macht in zich houdt dat de urgentie niet bewezen dient te worden, maar dat er dringend beslist dient te worden, daar de gevorderde maatregel zo vlug mogelijk ingang dient te vinden;

«Overwegende dat verwerende partij beweert dat een maatregel van verwijdering aangepast dient te worden aan haar technische werkwijze, d.w.z. 'in de meest nabije van haar gebruikelijke tweemaandelijks mededelingen aan de aangesloten kredietinstellingen'; dat de lange termijn door verwerende partij gevorderd niet toegestaan kan worden; dat een lange termijn iedere daadwerkelijke en onmiddellijke uitwerking van het vonnis aan kracht doet verliezen;

«Dat de hedendaagse technische middelen het mogelijk maken de aangesloten kredietinstellingen binnen een zeer korte termijn op de hoogte te brengen van de verwijdering; dat het niet noodzakelijkerwijze dient te geschieden in de tweemaandelijks mededelingen, wel integendeel.»

Verweerster wordt veroordeeld tot verwijdering van de gegevens die op de eisers betrekking hebben, binnen 24 uren na betekening, tot kennisgeving, binnen vijf dagen na betekening, van de verwijdering aan de N.V. H. en aan derden aan wie de gegevens reeds zijn meegedeeld, een en ander op straffe van verbeurte van een dwangsom van 20.000 fr. per dag vertraging, en tot betaling van een schadevergoeding, ex aequo et bono bepaald op 50.000 fr., aan iedere eiser.

(Voorzitter: mevr. Halsberghe – Advocaten: mrs. Philippe, Felten en D'Hondt – In de zaak: S. en W. t/ B.V.K.)

BOEKEN

Th. van Engelen, **Prestatiebescherming en ongeschreven intellectuele eigendomsrechten**, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1994, 507 pp.

Dat het recht van de intellectuele eigendom een rechtstak in volle expansie is, blijkt niet alleen uit de wetgevende activiteiten op het Europees en nationaal vlak, maar ook uit de talrijke proefschriften die binnen dit domein tot stand worden gebracht. Het hier besproken boek is de handelseditie van het proefschrift waarmee Th. Van Engelen aan de Rijksuniversiteit Leiden promoveerde tot doctor in de Rechten. Centraal in deze studie staat de zogenaamde «prestatiebescherming». De auteur tracht de vraag te beantwoorden in hoeverre aan niet door een intellectuele eigendomswet (I.E.-wet) beschermde prestaties op grond van ongeschreven recht een vergelijkbare bescherming kan worden verleend.

Volgens Th. Van Engelen bestaan er geen zwaarwegende principiële bezwaren tegen het verlenen van ongeschreven exclusieve rechten die identiek zijn aan de door een I.E.-wet toegekende bescherming. Aan de hand van Nederlandse jurisprudentie toont hij trouwens overtuigend aan dat de rechter in Nederland dergelijke rechten reeds voor een groot aantal prestaties toekeende. Om nu te kunnen nagaan of dergelijke toegekende ongeschreven exclusieve rechten daadwerkelijk identiek, dan wel vergelijkbaar zijn, aan de door bestaande intellectuele eigendomsrechten (I.E.-rechten) verleende bescherming, onderzoekt Th. Van Engelen de aard, de omvang en het voorwerp van de door I.E.-rechten geboden bescherming. Dit onderzoek leidt tot de vaststelling dat I.E.-rechten in feite exclusieve exploitatierechten zijn op concrete immateriële objecten: zij betreffen het rechtstreeks commercieel gebruik, het exploiteren, van deze beschermde objecten.

Mede na een onderzoek naar de rechtsgrond van de I.E.-rechten komt Th. van Engelen tot de volgende conclusie: het verlenen door een rechter van een bescherming die met een wettelijk I.E.-recht vergelijkbaar is, is eigenlijk slechts mogelijk in het geval van de exploitatie van een eenlijnsprestatie, dit is een prestatie die op één lijn kan worden geplaatst met wettelijk beschermde prestaties. Maar of een dergelijke bescherming ook in concreto verleend kan worden, is afhankelijk van de aard van de te beschermen prestatie. In dit verband onderzoekt de auteur per I.E.-recht, aan de hand van wetgeving en rechtspraak, in hoeverre naast de wettelijk beschermde prestaties er nog ruimte is voor ongeschreven exclusieve rechten die verleend worden voor andere prestaties. Op basis van dit onderzoek komt hij o.a. tot de conclusie dat het niet uitgesloten is dat bijvoorbeeld exclusieve rechten worden toegekend i.v.m. de prestaties van o.a. uitgevers (producenten) van software, en de prestaties van o.a. sportlieden en de organisatoren van sportwedstrijden.

Een grondige analyse van rechterlijke uitspraken waarin het toekennen van ongeschreven I.E.-rechten aan de orde was, lijkt aan te tonen dat deze rechtspraak in zekere mate overeenstemt met de door Van Engelen verdedigde opvattingen. Zij het dat zijn standpunt inzake de bescherming van de organisatie van voetbalwedstrijden wel duidelijk afwijkt van het oordeel van de Hoge Raad (H.R.), zoals dit naar voren komt in de beslissing in de KNVB-zaak.

Een zeer interessant hoofdstuk uit de studie van Th. van Engelen is dat betreffende het rechtskarakter van de ongeschreven I.E.-rechten. De auteur vraagt zich af hoe deze ongeschreven rechten in het systeem van het burgerlijk recht gekwalificeerd dienen te worden. Moet de geboden bescherming beschouwd worden als een ongeschreven subjectief recht, of moet zij gebaseerd worden op een maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm? Na een grondig onderzoek verdedigt hij de stelling dat het hier om subjectieve (vermogens) rechten gaat. Ze voldoen immers aan de kenmerken van het «normaal-type» van een subjectief recht. Hun enige eigenheid zit in het feit dat ze, anders dan bijvoorbeeld de wettelijke I.E.-rechten, ongeschreven zijn. Voor zijn opvatting vindt Th. Van Engelen steun, zij het impliciet, in de rechtspraak van de H.R. in de Elvis Presley-zaak.

Krachtens het Nederlands nieuw B.W. (art. 3:83, lid 3) zijn de ongeschreven I.E.-rechten niet overdraagbaar. Op deze rechten kan ook geen pand of vruchtgebruik worden gevestigd. Th. van Engelen betreurt dit zeer, daar het de ontwikkeling en de exploitatie van de beschermde objecten van deze rechten kan belemmeren. Hij pleit dan ook krachtig voor de wijziging van art. 3:83, lid 3, B.W.

Zeer belangrijk voor de praktijk is wel het feit dat, volgens Th. van Engelen, ongeschreven I.E.-rechten geëxploiteerd kunnen worden via licenties. Een belangrijke vraag die in dit verband evenwel onmiddellijk rijst, is of een licentienemer kan optreden tegen inbreukmakers. Hier wordt door Van Engelen de opvatting verdedigd dat dit principieel mogelijk is i.v.m. wat hij licenties «in enge zin» noemt. De voor zijn opvatting aangevoerde argumenten overtuigen mij nochtans niet. Men kan immers moeilijk voorbijgaan aan het feit dat een licentie juridisch gezien een vorderingsrecht is, waaraan slechts een relatieve werking toekomt. Het door de wetgever in bepaalde I.E.-wetten toekennen van bepaalde bevoegdheden aan de licentienemer wijzigt hieraan mijn inziens totaal niets. Wel heeft Th. van Engelen naar mijn mening gelijk wanneer hij stelt dat de Hoge Raad in zijn arresten in de zaken Elvis Presley en NVPI/Snelleman in de richting lijkt te gaan van het toekennen van een exclusieve werking aan de licentie «in enge zin». Duidelijk is in ieder geval dat over deze hele problematiek nog niet het laatste woord gezegd en geschreven is.

Het hier besproken proefschrift is zonder meer boeiende literatuur. Dit vindt niet alleen zijn oorzaak in de uiterst interessante en actuele vraag die het uitgangspunt van deze studie vormt. Ook de zeer gestructureerde aanpak van de bestudeerde materie, en de logische opbouw van de verdedigde stellingen dragen hiertoe bij. Onvermeld mag zeker niet blijven dat Th. van Engelen in zijn proefschrift ook zeer uitgebreid ingaat op de problematiek van de prestatiebescherming in de V.S.

Hendrik Vanhees

J.L. Fagnart en R. Bogaert, **La réparation du dommage corporel en droit commun**, Brussel, 1994, Larcier, 498 pp.

Er is niet veel zin voor overdrijving nodig om te stellen dat het boek dat thans voorligt... geen echt boek is maar een afdruksel in boekvorm van duizenden fiches die op hun beurt bestonden uit kopieën van fragmenten uit rechtslerige artikels, overzichten van rechtspraak, samenvattingen van vonnissen en arresten zoals die in tijdschriften voorkomen, citaten uit onuitgegeven rechtspraak e.d.m. Iedere originaliteit is daarbij zoek, tenzij men als origineel beschouwt het samenbrengen van bestaande elementen in een nieuwe vorm. Maar dan nog is er geen inhoudelijke originaliteit: de auteurs vatten bijvoorbeeld de rechterlijke uitspraken niet zelf samen, maar vergenoegen zich ermee de «kopjes» uit de tijdschriften over te nemen, er wel trouw aan toevoegend «d'après la Pasirisie, d'après la Jurisprudence de Liège...». Een massa informatie wordt op de lezer losgelaten, zonder voorafgaande gebruiksaanwijzing (het boek bevat geen inleiding), zonder bindteksten, verantwoordingen, overgangsteksten, tussenbesluiten, eigen stellingnamen, persoonlijke standpunten, kruisverwijzingen of andere redactionele opmerkingen die de lectuur van het boek boeiend hadden kunnen maken.

De enige originaliteit ligt in de classificatie van de materie volgens een zeer analytische inhoudstafel die dertien bladzijden (van 2 kolommen) beslaat. Daarbij gaan de auteurs als volgt te werk: voor ieder onderdeel van de inhoudstafel geven zij telkens:

- een korte inleiding (nogal grotesk «Préambule» genaamd),
- het standpunt van het Hof van Cassatie (d.m.v. samenvattingen overgenomen uit tijdschriften),
- de standpunten van de feitenrechters (zelfde werkwijze) (het gaat telkens maar om een greep uit de lagere rechtspraak, zonder verantwoording waarom juist die uitspraken zijn geslecteerd),
- de rechtsleer.

Volgens deze regel wordt bijvoorbeeld (op één pagina) het toch sterk in belang toenemend leerstuk van het «verlies van een kans» behandeld, en wel als volgt. In de inleiding wordt geciteerd uit een rechtspraakoverzicht (uit 1976) van J.L. Fagnart: «On considère (...) que la perte d'une chance constitue un dommage 'certain', sauf si la chance était purement hypothétique. La perte d'une chance peut constituer un dommage actuel ou un dommage futur.» Volgen dan twee samenvattingen van cassatiearresten, zeggende dat de feitenrechter wettig heeft beslist toen hij schadevergoeding toekeende wegens het verlies van een kans om een stuk grond als bouwgrond geklasseerd te zien in het eerste geval, om aan een beenamputatie te ontsnappen in het tweede geval. In de volgende rubriek wordt slechts één lagere rechtbank geciteerd, die dan nog haast letterlijk herhaalt wat reeds in de inleiding stond («La perte d'une chance

peut constituer un dommage susceptible d'être réparé lorsqu'il ressort des circonstances de l'espèce que cette chance était certaine»). De rubriek rechtsleer bevat één verwijzing naar een Belgisch overzicht van rechtspraak en voorts naar zes Franse standaardwerken over onrechtmatige daad. Toegegeven, veel wijzer wordt de lezer niet.

Nu zou men kunnen zeggen dat al de voorgaande kritiek alleen de academicus of de theoreticus schokt, maar dat het boek de practicus grote diensten kan bewijzen. Om dit laatste te toetsen heb ik het omvangrijkste deel, deel III, over «l'incapacité permanente», aan een nauwkeurig onderzoek onderworpen.

Wat onmiddellijk opvalt is dat sectie 7 over «l'aide d'un tiers» niet op zijn plaats staat in dit hoofdstuk: de schade bestaat hier immers uit het verlies of de vermindering van de zelfredzaamheid voor de activiteiten van het dagelijkse leven, wat iets heel anders is dan schade uit arbeidsongeschiktheid.

Wat men zou verwachten is dat dit derde deel over de blijvende arbeidsongeschiktheid begint met een definitie van dit (ook in andere rechtstakken, men denke aan het sociale-zekerheidsrecht, gebruikte) begrip. Welnu, dit gebeurt juist niet – of althans niet systematisch. De lezer zelf moet informatie die over heel wat bladzijden is gespreid, bijeenbrengen om een totaalbeeld van de «arbeidsongeschiktheid» te verkrijgen: het bewuste begrip is te onderscheiden van de puur medische invaliditeit (al wordt verder in het boek ongeneerd over «une invalidité permanente» gesproken waar men arbeidsongeschiktheid bedoelt), heeft te maken met een vermindering van het verdienen of concurrentievermogen, kan ook de vorm aannemen van meerinspanningen of pijn die men bij de arbeid ondervindt, staat los van de vraag of het slachtoffer in feite werkt en/of een inkomen verwerft.

Een volgend kritiekpunt, steeds i.v.m. deel III, is dat de arbeidsongeschiktheid louter wordt gezien in verband met betaalde arbeid en niet met extra-agorale arbeid: schade geleden door de huisvrouw komt hoogstens zijdelings (p. 154, p. 180) en vrij toevallig aan bod.

Nog in de sectie over de kapitalisatietechniek luidt een tussentitel: «montants alloués – classement par taux d'invalidité (sic)». Dan vindt men, twintig pagina's lang (en inderdaad geklasseerd volgens het toegekende percentage, van 2 tot 100) «kopjes» (trefwoorden) van vonnissen en arresten, zo uit de tijdschriften overgenomen, die nu eens wel en dan weer niet melding maken van elementen als: het referteloon, de kapitalisatievoet, de lucratieve levensduur, de weerslag op het beroepsinkomen e.d.m. Van twee dingen een: of men vindt deze gegevens irrelevant voor de toegekende bedragen en dan had men ze beter achterwege gelaten, of men vindt ze juist wel van betekenis en dan had men ze overal moeten vermelden. Maar dit laatste had geïmpliceerd dat de auteurs de volledige teksten van de rechterlijke uitspraken nagingen en zich niet tevreden stelden met de «kopjes».

Steeds over deel III, kan worden gezegd dat het bol staat van de herhalingen. Wel vijftig keer wordt geciteerd dat arbeidsongeschiktheid niet impliceert dat het beroepsinkomen van de getroffen is weggefallen.

Wat de kapitalisatiecoëfficiënt betreft, wordt er weer een ranglijst gegeven, van 4,5% naar 6%, van kopjes van vonnissen en arresten, maar naar de betekenis van deze coëfficiënt en naar de factoren die haar beïnvloeden, heeft de lezer het raden. Een onervaren advocaat kan denken dat het in het belang van zijn cliënt-gelaedeerde is een zo hoog mogelijk percentage na te streven; van deze fout wordt hij door dit boek zeker niet weerhouden.

In de sectie over de geïndexeerde rente staan de uitspraken die deze vergoedingstechniek aanvaarden en die welke ze verwerpen door elkaar, de behandeling van de prothesekosten hoort niet thuis in een deel over arbeidsongeschiktheid, en op p. 295 staat te lezen dat een foetus vergoeding kan krijgen voor morele schade geleden tijdens zijn prenataal bestaan.

Hier stoppen wij de bespreking van deel III, dat wij enkel als voorbeeld behandelden en dat zeker ons enthousiasme niet kreeg.

Zeggen wij nog dat Nederlandstalige vonnissen en arresten minder aan bod komen dan Franstalige, dat zij nu eens worden vertaald (juister: dat de vertaling uit de *R.G.A.R.* wordt overgenomen) dan weer in de oorspronkelijke versie worden weergegeven, en dat de Nederlandstalige rechtsleer door de auteurs blijkbaar ongeschikt wordt bevonden voor het schrijven van de «préambules».

Samenvattend: het voorliggende boek is geen inleidend, kritisch of beschouwend werk over schadevergoeding voor persoonsschade,

en nog minder een standaardwerk over deze materie. Het kan zijn nut vertonen als naslagwerk ten behoeve van pratici, die dan liefst reeds goed geïnformeerd zijn, want alleen dan zullen zij er hun weg in vinden en niet het gevaar lopen gedesinformeerd te worden door een vloed ongestructureerde gegevens.

Dries Simoens

M. FAURE (red.), **Aansprakelijkheid voor het nucleaire risico**, Antwerpen, Maklu, 1993, 236 pp.

Het Maastrichtse «Europees Instituut voor Transnationaal Rechtswetenschappelijk Onderzoek» (METRO) van de Rijksuniversiteit Limburg heeft samen met het Studiecentrum voor Kernenergie van Mol een studie gemaakt over het vraagstuk van het nucleaire risico. Zowel de bestaande wettelijke regelingen (aansprakelijkheid, strafrecht, milieu-effectenrapportage) als de manier waarop de vestiging, de bouw en beveiliging van nucleaire installaties georganiseerd worden en de afvalverwerking, worden in dit werk commentariseerd.

De civielrechtelijke aansprakelijkheid voor kernongevallen naar Nederlands en Belgisch recht (G. Van Maanen en L. Veuchelen) is gebaseerd op het Verdrag van Parijs van 29 juli 1960 inzake de wettelijke aansprakelijkheid op het gebied van de kernenergie, aangevuld door het Verdrag van Brussel van 31 januari 1963. Deze verdragen maken de exploitant van de kerninstallatie objectief aansprakelijk voor schade aan personen en aan goederen, met uitzondering van de installatie zelf. Vooral de daarin opgenomen aansprakelijkheidsbeperking is een doorn in het oog van menig commentator. De ervaring met diverse kernongevallen heeft immers geleerd dat deze bedragen ruim ontoereikend zijn.

Nederland heeft als reactie daarop in een wet van 1991 zowel de aansprakelijkheidsgrens van de exploitant als de voorziene staats-tussenkomst opgetrokken, hoewel het volgens Van Maanen nog beter had gekund. In België is er het wetsvoorstel De Batselier, dat de aansprakelijkheidsgrens van de exploitant wil verhogen.

Volgens L. Veuchelen zal bij de berekening van de verschuldigde schadevergoeding rekening worden gehouden met de pathologische *voorbeschiktheid* van het slachtoffer, omdat de door de straling geleden schade beperkter is aangezien het slachtoffer al tot een zekere schade was voorbestemd. We kunnen het daar niet mee eens zijn. In de regel moet de aansprakelijke instaan voor de schade die zich in concreto heeft voorgedaan, dus óók voor de voorbeschiktheid tot schade van het slachtoffer en de schade van het slachtoffer dat reeds door vroegere schade was aangetast en nu opnieuw wordt getroffen waardoor de bestaande schade verergerd wordt. Het is alleen in het geval van een *reeds bestaande schade* waarvan de ontwikkeling versneld wordt door het feit dat tot de aansprakelijkheid aanleiding gaf, dat de dader slechts een vergoeding moet betalen voor de vervroeging van de schade die buiten zijn toedoen pas later zou zijn ingetreden (Dirix, E., «Het begrip schade», in *Aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Kluwer, 1984, 31-32).

Zowel in Nederland als in België vinden we strafrechtelijke regels m.b.t. voorliggend onderwerp in een bijzondere wet, die voornamelijk de vergunningsregeling betreft en in het strafwetboek i.v.m. diefstal van kernmateriaal en aanverwante misdrijven.

T. De Roos gaat in zijn bijdrage «Strafrechtelijke problemen in verband met kerncentrales» nader in op de jurisdictieperikelen die rijzen bij een grensoverschrijdend incident, waarvoor het Verdrag van Wenen/New York van 3 maart 1980 inzake de fysieke beveiliging van kernmateriaal oplossingen biedt. Vervolgens illustreert hij aan de hand van rechtspraak treffend hoe de betrokken strafbepalingen in de praktijk functioneren.

B. Spriet beperkt zich tot de strafrechtelijke aansprakelijkheid voor nucleair materiaal (waarbij ook nucleair afval thuishoort) naar Belgisch recht, zoals dat hoofdzakelijk te vinden is in de wet van 29 maart 1958 en het K.B. van 28 februari 1963 houdende een algemeen reglement op de bescherming van de bevolking en van de werknemers tegen gevaar van ioniserende stralingen. Merk op dat alles wat met kernenergie te maken heeft na de opeenvolgende staatshervormingen een federale bevoegdheid gebleven is (art. 6, § 1, II, tweede lid, sub 2, en art. 6, § 1, VII, tweede lid, b, van de bijzondere wet 8 augustus 1980 tot hervorming van de instellingen, als gewijzigd door bijz. wet 16 juli 1993, *B.S.*, 20 juli 1993). Hij heeft terecht kritiek op de wijze waarop via art. 57 van het K.B. van 1963 de A.D.R.-trans-

portnormen die toepasselijk zijn op nucleair vervoer in de wet van 1958 geïncorporeerd worden bij het strafrechtelijk handhavingssysteem. De eenvoudige verwijzing naar dat reglement in art. 57 van het K.B. doet afbreuk aan het «lex certa»-beginsel. Ook artikel 7 van de wet van 1958, dat vrij laconiek bepaalt dat overtreding van deze wet en van de uitvoeringsbesluiten strafbaar is (m.a.w. een blanco-incriminatie), moet volgens B. Spriet aangepast worden. Een objectieve delictsinhoud is geschikter en daarbij kan er dan een onderscheid gemaakt worden tussen beginselbepalingen en reglementaire detailbepalingen, waardoor een differentiatie in de strafmaat mogelijk wordt. Tevens pleit hij voor een partiële decriminalisering van sommige tekortkomingen aan reglementaire transportnormen, maar o.i. moeten dan wel andere maatregelen de afdwingbaarheid van deze normen verzekeren.

Het milieu-effectenrapport (MER) staat centraal in de bijdrage van M. Heldeweg, M. Hertoghs en R. Seerden omtrent de besluitvorming rond de lokalisatie van kerncentrales. De regeling is een uitwerking van de Europese richtlijn van 27 juni 1985, die in haar bijlage I het installeren van kerncentrales MER-plichtig maakt.

Volgens de Nederlandse wet milieubeheer en haar uitvoeringsreglementen, bestaat er zowel op beleids- als op projectsniveau een MER-plicht. De Nederlandse regeling gaat daarmee, wat dit eerste betreft, verder dan wat de E.G.-richtlijn oplegt, wat duidelijk geïllustreerd werd in de besproken Texaco-zaak.

In België was de vestiging van een kerncentrale tot voor kort alleen uitdrukkelijk MER-plichtig in het Waalse gewest. In Vlaanderen en Brussel is een dergelijke implantatie alleen MER-plichtig als het project aan een van de specifieke toepassingsvoorwaarden van het betrokken decreet, respectievelijk ordonnantie voldoet (het bestaan van de Brusselse MER-ordonnantie van 29 juli 1992, *B.S.*, 1 augustus 1992 werd in het boek over het hoofd gezien). Terecht wordt de aandacht van de lezer gevestigd op het feit dat de gewestelijke MER-regeling slechts een rol speelt wanneer de ruimtelijke orderingsaspecten van de vestiging van kerninstallaties ter sprake komen en dat haar draagwijdte dan beperkt is tot de doelstellingen waartoe de wetgeving op de ruimtelijke ordening tot stand is gekomen. Bij het ter perse gaan van dit boek was er van enige MER-wetgeving op het federaal vlak – het enige bestuursniveau dat bevoegd is inzake kernmateriaal – geen sprake. Deze inbreuk op de Europese MER-wetgeving werd verholpen door het uitvaardigen van het K.B. van 23 december 1993 tot wijziging van het algemeen reglement op de bescherming van de bevolking en van de werknemers tegen het gevaar van de ioniserende stralingen (*B.S.*, 2 februari 1994). Het heeft tot doel de procedure tot aanvraag van een vergunning voor bepaalde nucleaire installaties in overeenstemming met de MER-richtlijn te brengen.

M. Faure begint zijn zoektocht naar een nieuw model voor de vergoeding van nucleaire schade met een beknopte uiteenzetting van de economische beginselen van het ongevalrecht. Vervolgens schetst hij kort de structuur van de kernenergieverzekeringmarkt en toont hij via de belangengroepenanalyse, gebaseerd op de «public choice»-school aan, hoe nationale verzekeraars beslissingen van de wetgever beïnvloeden. Als alternatief voor het naar zijn gevoel falende verzekeringssysteem, stelt Faure een eerder door hem en Skogh uitgewerkte overeenkomst voor, waarin o.a. een objectieve onbeperkte aansprakelijkheid voorzien wordt en een gemeenschappelijk fonds waarin alle exploitanten over de gehele wereld bijdragen. De werking ervan en de vele voordelen, alsook de haalbaarheid van het voorstel worden kort besproken, maar voor een grondiger studie van dit interessante voorstel moet de lezer toch teruggrijpen naar de desbetreffende publikatie van Faure en Skogh.

Met de economische aspecten van ernstige nucleaire ongevallen bedoelt P. Govaerts de economische impact ervan. Deze hangt af van de bronterm (wat komt precies vrij en hoeveel, dit blijkt de meest relevante factor te zijn), de meteorologische omstandigheden, de beschermingscriteria (vooral het al dan niet bestaan van een reactorgebouw heeft een grote invloed op de omvang van de schade) en de bijdrage van het getroffen landsdeel in het B.N.P.

Op basis van allerlei studies worden schattingen gegeven van de economische impact van kernongevallen o.i.v. de verschillende parameters. Deze gegevens moeten het mogelijk maken beter rekening te houden met deze aspecten bij het ontwerpen van installaties, de exploitatie ervan en het opstellen van de nodige noodplanning.

Helaas is de manier waarop de data gepresenteerd worden, voor leken niet echt toegankelijk. De auteur werkt met Sieverts (= 1 rem)

en manSievert (de eenheid van collectieve dosis), maar wat dat nu wil zeggen blijft duister: de schaderaming wordt uitgedrukt in 1 RE-cu (= 1000 Ecu) en 1 GEcu (= 1 miljard Ecu), géén courant gebruikte eenheden in juridische literatuur. Jammer, want ze verhinderen dat de lezer een beter inzicht krijgt in de schadeomvang, net dat wat voor bijvoorbeeld de auteurs over het aansprakelijkheidsrecht aanleiding was om te besluiten dat de aansprakelijkheidsgrens véél te laag ligt.

In «Economische en positief-wetenschappelijke aspecten van de behandeling van radioactieve afvalstoffen» legt C. Malbrain uit wat het verschil is tussen laag en middelradioactief afval, alfa-afval en hoogradioactief afval en hoeveel er van elke soort waar geproduceerd wordt. Dat is zeker nuttig om te weten, meestal krijg je die informatie niet als er in de pers over nucleair afval bericht wordt. Mischien kon men hier beter ook de verschillen tussen de alfa-, beta- en gammastraling uitleggen en de mogelijke impacten op mens en milieu aangeven, wat de cijfers voor de leek meteen een stuk relevanter zou maken.

De auteur pleit voor een maximale naleving van het nabijheidsbeginsel en de zelfverzorgendheid wat het verwerken van nucleair afval betreft. Doch eisen dat elk land individueel daaraan voldoet, is volgens hem bij de huidige trend naar minimalisatie van afvalproductie economisch en ecologisch niet haalbaar. Het is beter te streven naar een maximale, complementariteit en specialisatie in verwerking van dit afval, waarbij dan grensoverschrijdende transporten tussenkomen op basis van het wederkerigheidsprincipe en betrekking hebben op equivalente hoeveelheden afval. Zo kunnen de hoge kostprijzen die het gevolg zijn van een relatief kleine en gesloten markt, gecombineerd met een monopolie van overheidsinstellingen, vermeden worden.

De kernenergie, die vanwege de gevaren die aan radioactiviteit verbonden zijn, in de meeste ontwikkelde landen wat in ongenade gevallen was, wordt door sommigen vanwege het probleem van het broeikaseffect, weer als dé energiebron van de toekomst naar voren geschoven. Wil het kernproject echter weer respectabel worden, dan moeten volgens de samenstellers van dit boek toch minstens enkele tekortkomingen in de desbetreffende wettelijke regeling en de besluitvorming dringend aangepakt worden.

Juristen vinden in dit boek een grondige uiteenzetting omtrent vele juridische aspecten van kernenergie, een materie die in de rechtsliteratuur vrij uitzonderlijk en dan vaak slechts fragmentair aan bod komt, én een meestal zeer begrijpelijke economische en positief-wetenschappelijke inleiding tot het nucleaire risico. De auteurs zelf beschouwen dit werkstuk slechts als een inleiding tot de multidisciplinaire studie van het nucleaire risico, omdat bijvoorbeeld de volkenrechtelijke aansprakelijkheid, het zeetransport van radioactief materiaal, de werking van bevoegde volkenrechtelijke organisaties zoals het Internationale Atoomagentschap of het Europese Atoomagentschap niet ter sprake komen, maar dit doet geen afbreuk aan de kwaliteiten van dit werk.

Ann Carette

ERRATUM

De garantieregeling in de wet Breyné

In de rechterkolom van p. 182 van deze jaargang wordt in de derde alinea gezegd: «Ten slotte kan een voorlopige erkenning worden verleend aan aannemers die de bedoelde activiteit gedurende minstens vijf jaren hebben uitgeoefend».

De hier gecursiveerde woorden moeten door de woorden «sinds minder dan» vervangen worden.

MEDEDELINGEN

Doctoraat K.U.L.

Op vrijdag 9 december 1994 te 17 u. zal mevrouw Maria Wyckaert aan de K.U.L. haar proefschrift verdedigen met het oog op het behalen van de graad van doctor in de rechten.

Het proefschrift handelt over «Inbreng in vennootschappen met volkomen rechtspersoonlijkheid: Vermogens- en kapitaalvorming; afbakening van rechten en plichten van vennoten in de N.V. en de B.V.B.A.». Promotor is professor dr. J.M. Nelissen Grade.