

RECHTSKUNDIG WEEKBLAD

R. VERSTEGEN, *Gemengd onderwijs verplicht?*

241

Rechtspraak

Grondwet – Gelijkheid en niet-discriminatie – Pensioen van sommige mandatarissen – Beperkingen – Uitsluiting Arbitragehof, 14 december 1995

251

Arbeidsongeval – Verjaring – Stuiting – Rechtsvordering tot betaling van vergoedingen – Gemeen recht – Toepasselijkheid – Erkenning door schuldenaar van de vergoedingen – Geldigheid

Cass., 13 november 1995 (*met noot*)

253

Arbeidsongeval – Overheidspersoneel – Rechtsvordering tot betaling van vergoedingen – Verjaring – Stuiting – Gemeen recht – Toepasselijkheid – Erkenning van het recht door de schuldenaar – Geldigheid – Blijvende invaliditeit – Percentage – Administratieve Gezondheidsdienst – Medische onderzoeken

Cass., 13 november 1995 (*met noot*)

253

Huwelijk – Art. 223, tweede lid, B.W. – Dringende voorlopige maatregelen – Samenwoningsverplichting voor onbepaalde tijd geschorst – Onderhoudsuitkering of ontvangstmachtiging – Geen schuldvraag – Geen bestendige organisatie van de feitelijke scheiding

Cass., 30 november 1995 (*met noot van F.A.*)

254

Cheque – Zonder dekking – Burgerlijke-partijstelling Cass., 6 december 1995 (*met noot van A. Vandeplass, «Over de cheque en de burgerlijke-partijstelling»*)

255

Wegverkeer – Openbare weg – 1. Aardeweg – 2. Voertuigenverkeer

Cass., 20 december 1995 (*met noot*)

256

1. Rechten van de mens – Redelijke termijn – Beraadslaging – **2. Dieren** – Hormonenwetgeving – Monsterneming – Inbeslagneming

Cass., 9 januari 1996

256

Inkomstenbelastingen – Hof van Beroep – Bevoegdheid Cass., 12 januari 1996 (*met noot*)

257

Onrechtmatige daad – Aansprakelijkheid – 1. Overmacht – Windsnelheid van 130 km per uur – 2. Instorting van gebouw – Neervallen van dakpannen – 3. Gebrekkige zaken – Dak dat zijn pannen verliest – Aansprakelijkheid van de bewaarder – Verhuurder

Hof Gent, 10 mei 1994 (*met noot*)

258

Onderwijs – 1. Vrij onderwijs – Contractuele vrijheid – Beperkingen – Functionele openbare dienst – Rechtsmisbruik – 2. Vrij ondewijs – Pedagogisch concept – Scheiding der geslachten – Aanbod in verschillende vestigingsplaatsen – Inspanning van de ouders – Rechtsmisbruik

Hof Gent, 2 februari 1996 (*met noot*)

259

1. Burgerlijke rechtspleging – a) Dagvaarding – V.Z.W. – Adres van betekening – Zetel en voorzitter – b) Kort geding – Urgentie – Begrip – Voorlopige inschrijving in een school – **2. Onderwijs** – Vrij onderwijs – a) Contractuele vrijheid – Beperkingen – b) Recht op onderwijs – Non-discriminatie – Grondwet – Verdragsbepalingen – Economische, sociale en culturele rechten – Rechten van het kind – Vrij onderwijs – Rechtstreekse toepasselijkheid – Scheiding der geslachten – Discriminatie

Hof Brussel, 21 februari 1996 (*met noot*)

260

Arbeidsovereenkomst – Einde – Opzegging – Opzeggingsbrief – Antidatering – Werkelijke bedoeling van werkgever en werknemer – Onmiddellijke beëindiging van arbeidsovereenkomst – Wederzijdse instemming – Gevolg – Afstand van opzeggingsvergoeding – Jaareindepremie – Handelsvertegenwoordiger – Uitwinningsvergoeding

Arbh. Antwerpen, 5 maart 1996

262

1. Burgerlijke rechtspleging – Kort geding – Bevoegdheid – Subjectief recht – Vordering ten gronde geen voorwaarde – **2. Onderwijs** – Gemeentelijk ondewijs – Openbare dienst – Vrije toegang – Vrije schoolkeuze – Gelijkeheidsbeginsel – Niet gemengd lager ondewijs – Geslacht – Discriminatie Rb. Brugge, 28 juli 1995 (*met noot*)

263

Handelspraktijken – Werking in de tijd – Onrechtmatige bedingen – Strafbeding

Vred. Brussel, 26 juli 1995 (*met noot van Frank Mortier, «De werking van de Wet van 14 juli 1991 in de tijd: schadebedingen en overgangsrecht»*)

264

Rechtspraak in kort bestek

Huwelijk – Voorlopige maatregelen – Afstand van eerst ingestelde echtscheidingsvordering nadat tweede is ingesteld – Geen invloed op voorlopige maatregelen bevolen op grond van eerste echtscheidingsvordering

Cass., 4 januari 1996

268

Verzekering – Onderlinge verzekeringsvereniging – Rechtspersoonlijkheid – Onderlinge verzekering – Geen handelsdaad

Cass., 9 januari 1996

269

Verbintenissen – Schuldvergelijking – Samenloop – Onbeheerde nalatenschap – Samenhangende vorderingen – Beoordeling

Cass., 12 januari 1996

269

Advocaat – Tuchtzaken – 1. Tuchtraad van beroep – Verwijzing, na cassatie, naar anders samengestelde raad – Dezelfde secretaris – Geen verbod – 2. Uitspraak – Geen datum bepaald – Geen oproeping – Belet niet uitspraak met gesloten deuren te vragen

Cass., 18 januari 1996

269

RECHTSKUNDIG WEEKBLAD

Opgericht in 1931. Hoofdredacteuren: René Victor (1931-1984), Edgar Boonen (1984-1993)

VERSCHIJNT IEDERE WEEK VAN SEPTEMBER TOT JUNI

Redactie: C. Caenepeel, J.R. Rauws,
A. Vandeplas, A. Van Oevelen

Redactiesecretaris: Mevr. C. Meeusen

Redactieadres: V.Z.W. Rechtskundig Weekblad
Mechelsesteenweg 210 bus 6
2018 Antwerpen
Tel. 03/248.49.84
Fax 03/248.08.70

Vaste medewerkers:

A. Alen
P. Arnou
R. Boes
Gh. Dhaeyer
J. Erauw
J. Gerlo
P. Humblet
J. Laenens
W. Lambrechts
P. Lemmens
H. Nys
I. Opdebeek
W. Pintens
W. Rauws
D. Simoens
G. Suetens-Bourgeois
L.P. Suetens (†)
M. van Damme
J. Wouters

Abonnementen, advertenties: INTERSENTIA UITGEVERS N.V., Volhardingstraat 27, 2020 Antwerpen
Tel.: 03/248.74.54 - Fax: 03/248.83.82 Abonnementprijs: 4.550 f., voor studenten 2.950 f..

Ambtenarenrecht – Van rechtswege op non-activiteitsstelling zonder wedde – Beslissing die moet worden genomen – Gebonden bevoegdheid – Middel van onbevoegdheid – Kan niet dienstig worden opgeworpen
R.v.St., 6 september 1995 270

Boeken

Instituut voor Sociaal Recht (red.), Vreemdelingen en sociale zekerheid (door Mieke Delcour) 270
M.A. van Wijngaarden, Hoofdstukken bouwrecht - delen 3 en 4 (door Chris Pauwels) 270
F.H. van der Burg, De eed op de kaatsbaan (door L.P. Suetens) 271
J. Salmon, Le Conseil d'Etat (door Alain Coppens) 271
W. De Bruyn en J. Vanbelle, Praktijkboek Huurrecht 1996. Commentaar, geannoteerd wetboek en modellen (door Chris Pauwels) 272

Mededelingen

Studiedag «Meer aanvullende ziekteverzekeringen» 272
Colloquium: «Internet face au droit» 272



Het Centrum
voor Intellectuele Rechten
bij de K.U.Brussel en de
K.U.Leuven zoekt,

voor indiensttreding op 1 januari 1997, een

voltijds onderzoeker (m/v)

Schrijven met C.V. naar: Prof. Frank Gotzen, CIR,
Minderbroedersstraat 5, 3000 Leuven
☎ 016/32.37.32 - Fax: 016/23.80.14.

GEMENGD ONDERWIJS VERPLICHT?

ENKELE FEITELIJKE GEGEVENS ALS INTRODUCTIE

1. Het recente debat over het al of niet verplicht karakter van het gemengd onderwijs speelt zich enkel in de Vlaamse Gemeenschap af. Het Franstalig onderwijs schakelde sinds lang (zo goed als?) algemeen over op gemengde scholen voor jongens en meisjes. In de Vlaamse Gemeenschap is het kleuteronderwijs in februari 1994 gemengd op twee scholen in de provincie Antwerpen na. Het lager onderwijs van de Gemeenschap (en waar het voorkomt van de provincies) is voor 100% gemengd, dat van de gemeenten (opgedeeld per provincie) voor 84,87 % (West-Vlaanderen) à 96,74 % (Brabant) van de leerlingen. In het vrij gesubsidieerd onderwijs ligt het percentage gemengde lagere scholen het laagst: tussen 64,42 % (Limburg) en 87,61 % (Brabant) van de leerlingen volgen er gemengd onderwijs.¹ Opvallend is dat de gemeentelijke niet gemengde scholen bijna exclusief jongensscholen zijn, terwijl de vrije niet gemengde scholen procentueel iets meer meisjes tellen dan jongens. Hierachter steekt de in vele vooral landelijke gebieden traditionele taakverdeling: een gemeentelijke jongensschool naast een vrije meisjesschool.

In het secundair onderwijs is het gemengd onderwijs verder doorgedrongen dan in het lager onderwijs. In februari 1994 waren er in het gemeenschapsonderwijs nog twee scholen niet gemengd (o.a. een visserijschool in West-Vlaanderen?) en 99,3 % gemengd (met 99,7 % van de leerlingen). Het provinciaal onderwijs is ook op dit niveau voor 100% gemengd. Het gemeentelijk onderwijs is in 97,2 % van de scholen gemengd (99 % van de leerlingen). Het vrij onderwijs is voor 80,2 % van de scholen (gaande van 67,7 in Oost-Vlaanderen naar 91,8 in Limburg) en voor 79,5 % van de leerlingen gemengd.²

Het vrij katholiek onderwijs heeft het grootste percentage niet gemengde scholen. Op het niveau van het secundair onderwijs doet zich hier evenwel een bijzonder snelle evolutie voor. In 1993-94 waren 80,2 % van de scholen gemengd, in 1994-95 87,0 % en in 1995-96 reeds 93,7 %. Ook voor het lager onderwijs doet zich, zij het iets minder sterk, eenzelfde evolutie voor: van 72,2 % gemengde scholen in 1992-93, naar 74,1 % in 1993-94, 76,8 % in 1994-95 en 82,9 % in 1995-96.³

2. De eerste gerechtelijke procedures duiken, voorzover gepubliceerde rechtspraak het mogelijk maakt de ontwikkelingen te volgen, op in de jaren 1990-92 en hebben betrek-

king op het secundair onderwijs.⁴ In 1993 slaat de discussie ook over op het lager onderwijs⁵, om er in de zomer van 1995 in alle hevigheid (en verwarring) te woeden.⁶ Twee van deze uitspraken leidden in februari 1995 tot arresten van het Hof van beroep, het eerste van het Hof van Gent van 2 februari 1996, het tweede van het Hof van Brussel van 21 februari 1996.⁷ Wie gehoopt had dat de hogere instanties rust zouden brengen, komt bedrogen uit: de uitspraken zijn tegenstrijdig. Het wordt wellicht wachten op het Hof van Cassatie.

Ook de rechtsleer heeft zich over het probleem gebogen, maar is evenmin unaniem.⁸

3. Naast de rechtspraak en de rechtsleer heeft ook het beleid zich met de betwisting omtrent het verplicht karakter van het gemengd onderwijs ingelaten. Bij de voorbereiding van wat het Decreet Onderwijs VI zou worden, deed de regering een voorstel om tot een veralgemening van gemengd secundair onderwijs te komen.⁹ De Vlaamse onderwijsraad (VLOR) adviseerde positief. In een amendement stelde een raadslid voor de veralgemening ook uit te breiden naar het lager onderwijs.¹⁰

Beide initiatieven stootten op verzet in de Vlaamse raad¹¹ en op kritische vragen vanwege de Raad van State.¹² De minister trok zijn voorstel terug, maar in 1995-96 werd opnieuw een voorstel van decreet ingediend dat aanstuurde op een veralgemening van het gemengd onderwijs.¹³⁻¹⁴

Het initiatief van de minister van onderwijs was door de verantwoordelijken van het vrij onderwijs niet slecht ontvaard. In het vooruitzicht van een onafwendbaar aankomen-

⁴ Zie *T.O.R.B.*, 1991-92, 194-200 en *R.W.*, 1992-93, 541-543.

⁵ Zie *T.O.R.B.*, 1993-94, 270-272.

⁶ Ons dossier, dat onvolledig is, bevat een tiental beschikkingen en vonnissen uit de zomer 1995, waarvan de meeste ongepubliceerd zijn; zie toch Rb. Antwerpen, 27 juni 1995, Rb. Dendermonde, 29 juni 1995, Rb. Mechelen (Kg.), 14 augustus 1995, telkens *R.W.*, 1995-96, april-mei; eveneens Rb. Brugge (Kg.), 28 juli 1995, (Vrije basisschool Lichtervelde), *R.W.*, 1995-96, 1034-35; Rb. Brugge (Kg.), 28 juli 1995, (Stad Damme), in dit nummer.

⁷ Beide gepubliceerd in dit nummer.

⁸ Zie VERSTEGEN, R., «Kan een vrije onderwijsinstelling nog leerlingen (van de andere kunne) weigeren?», *T.O.R.B.*, 1991-92, 200-208; DIRIX, E., «Meisjes op de jongensschool?», *R.W.*, 1992-93, 543-544; PLETINCK, B., «De discussie omtrent het gemengd onderwijs in Vlaanderen of: 'Bepalen jongens de norm waaraan meisjes zich conformeren?'», *T.O.R.B.*, 1993-94, 272-276; VERSTEGEN, R., «Gemengd onderwijs. Elementen voor het juridische debat», *T.O.R.B.*, 1994-95, 131-137.

⁹ *Gedr. St.*, VI. R., 1994-95, nr. 600/1, 15 en 47; advies van de VLOR, 78; advies van de SERV (zeer gunstig), 107-108; advies Raad van State, 134-137.

¹⁰ *Gedr. St.*, *ibid.*, nr. 600/4, 21-23 (amendement TAVERNIER).

¹¹ *Gedr. St.*, *ibid.*, nr. 600/3 (amendement MARTENS).

¹² *Gedr. St.*, *ibid.*, nr. 600/1, 134-137.

¹³ *Gedr. St.*, VI. R., *B.Z.*, 1995, nr. 91/1 en 2 (voorstel SANNEN en DE GUCHT).

¹⁴ Zie voor deze voorgeschiedenis VERSTEGEN, R., (vn. 8), *T.O.R.B.*, 1994-95, 131-137.

¹ *Vr. & A.*, VI. R., 1994-95, 13 maart 1995 (?), (Vr. nr. 105 APPELTANS); de gegevens voor het lager onderwijs zijn ontleend aan een aanvullend antwoord dat niet samen met de in volgende voetnoot gepubliceerde cijfers voor het secundair onderwijs is opgenomen; we konden geen andere publicatieplaats achterhalen in de ons beschikbare documenten.

² *Vr. & Antw.*, VI. R., 1994-95, 13 maart 1995, 531-533 (Vr. nr. 105 APPELTANS).

³ Informatie van het V.S.K.O., Dienst voor statistiek en planning.

de rationalisatie van het secundair onderwijs wensten dezen tijdig over te schakelen naar gemengd secundair onderwijs, om aldus toch reeds een van de hindernissen te nemen die zouden opduiken op de weg naar het realiseren van grotere samenwerkingsverbanden. De koepel van het katholiek secundair onderwijs koos reeds in februari 1993 voor minstens principieel veralgemeend gemengd secundair onderwijs.¹⁵ Vandaar de snelle afbouw van de niet-gemengde scholen waarvan sprake in vorig punt.

4. De argumentatielijnen in de rechtspraak zijn bijzonder verward. Er wordt gezwaaid met contractsvrijheid, ongeoorloofde discriminatie, keuzevrijheid, zelfs absolute keuzevrijheid, de geest van de wetgever, de vrijheid van onderwijs, de openbare orde, rechtsmisbruik enz. Om een volksspreuk aan te halen: een hond zou er zijn jongen niet in terugvinden.

Het verrast in deze context des te meer dat sommige rechters zich geroepen voelen om een van de partijen ronduit een bolwassing te geven. De rechtbank van Dendermonde tovert een pareltje van rechterlijke objectiviteit te voorschijn: «Als grond tot weigering van jongens kan zeker niet worden aangevoerd dat sommige ouders nog steeds verkiezen hun dochter naar een niet-gemengde school te sturen. Iedereen heeft het recht om zich in zijn privaat leven slaafs te blijven onderwerpen aan aftandse principes van bepaalde filosofische, ideologische of godsdienstige gemeenschappen, doch als rechtsonderhorige dient men zich te schikken naar de wil van de wetgever».¹⁶ Wat men ook over de oplossing van het probleem mag denken, maar van een rechter mag de burger, zeker voor een onderwerp waar rechters zelf grondig van mening over verschillen, een grotere reserve verwachten. Wat bezielt toch een rechter om zo uit zijn rol te vallen?

DE ARGUMENTEN VAN DE CONTRACTUELE VRIJHEID EN VAN DE BENUTTINGSGELIJKHEID VAN DE OPENBARE DIENST

5. Omdat de meeste conflicten zich in het vrij onderwijs voordoen, ligt het voor de hand dat de discussie geaxeerd wordt op het argument van de contractuele vrijheid. Vrije scholen steunen op particulier initiatief. Daarom geldt hier het principe van de privaatautonomie, dat inhoudt dat vrije scholen principieel de mogelijkheid hebben om leerlingen

te weigeren. Dit uitgangspunt wordt zowel door het Hof van Beroep te Gent als door dat van Brussel bevestigd.¹⁷

Het is evenwel duidelijk dat de contractuele vrijheid van private personen aan beperkingen onderworpen is. Om dit te verwoorden wordt uitgedrukt met een panoplie van argumenten. Er zijn verdragsteksten, er is de Grondwet, maar, opvallend, eigenlijk nauwelijks specifieke wettelijke of decretale bepalingen. Er is wel het onlosmakelijk aan de contractsvrijheid verbonden verbod van rechtsmisbruik.

Op deze argumenten wordt hierna ingegaan.

6. De mogelijke verdenking van rechtsmisbruik en arbitrair weigeren te contracteren wordt vanuit het vrij onderwijs grosso modo met twee argumenten beantwoord.

Er is allereerst de vrijheid van onderwijs, zowel aan de zijde van de inrichtende macht als aan die van de ouders. Een school kan, gebruik makend van de grondwettelijke vrijheid van onderwijs, kiezen voor een eigen pedagogisch concept.¹⁸ De keuze voor niet-gemengd onderwijs kan deel uitmaken van zo'n pedagogische keuze. Het feit dat altijd nog ouders niet-gemengd onderwijs kiezen, legitimeert meteen ook het instandhouden van een niet-gemengd aanbod. De weigering van jongens of meisjes is dan niet willekeurig maar integendeel een uitoefening van de fundamentele vrijheid van onderwijs.¹⁹

Veel pragmatischer zijn de argumenten die steunen op de afspraken voor taakverdeling gemaakt in de plannificatiecommissie van het katholiek secundair onderwijs, of op de onaangepaste infrastructuur. Het argument van de taakverdeling werd nagenoeg als enige verantwoording ingeroepen zolang de discussie over het secundair onderwijs ging. Het komt te vervallen, nu het katholiek secundair onderwijs zijn plannificatie op gemengd onderwijs heeft afgestemd. In het debat over het lager onderwijs duikt soms de aloude taakverdeling tussen de gemeentelijke jongensschool en de vrije meisjesschool op.²⁰ Gelet op het officiële karakter van het gemeentelijk onderwijs moet een dergelijke taakverdeling evident anders worden beoordeeld dan interne afspraken binnen het vrije net (zie verder).

¹⁵ Mededeling N.V.K.S.O. 15 februari 1993, Kl. 3013, punt 6.1.: «In alle secundaire instellingen zijn in principe jongens en meisjes toelaatbaar».

¹⁶ Rb. Dendermonde, 29 juni 1995 (twee gelijkluidende vonnissen), *R.W.*, 1995-96, (april-mei); zie ook Rb. Turnhout (Kg.), 24 augustus 1992 (*J.Dr.J.*, 1992, nr. 120, 33-35 (gepubliceerd in vertaling): «Verweerster zou als Diocesane Organisatie gebaseerd op het ideeëngoed van het Christendom, dienen te weten dat een organisatie zich dient aan te passen aan een ideeëngoed van een samenleving en niet omgekeerd, teneinde te vermijden dat de bestaande organisatie een edel en hoogstaand ideeëngoed dreigt te versmachten». De rechter verwijst met «organisatie» naar de plannificatieafspraken binnen het katholiek onderwijs waar de school zich op beriep en plaatst daartegenover «de noodzaak van de realisatie van een modern en pedagogisch verantwoord ideeëngoed, zijnde gelijke behandeling van mannen en vrouwen in alle geledingen van de maatschappij».

¹⁷ Gent, 2 februari 1996, in dit nummer: «Appellanten verliezen daarbij klaarblijkelijk uit het oog dat aan het discriminatieverbod in het privaatrecht niet dezelfde betekenis kan toekomen als in het publiekrecht. Bestaat voor de overheid de verplichting om alle burgers, die zich in dezelfde omstandigheden bevinden, gelijk te behandelen zonder dat het haar is toegestaan sommigen te begunstigen of te bevoordelen, dan stuit het aannemen van een zelfde scrupuleuze verplichting voor de burger op het beginsel van de privaatautonomie. In de contractuele sfeer moet de contractsvrijheid als uitgangspunt gelden.»; Brussel, 21 februari 1996, in dit nummer: «De inrichtende machten van het vrij onderwijs behoren niet tot enig onderdeel van het federaal of Vlaams bestuurlijk apparaat en zijn dus niet onderworpen aan de rechtsregels die het beheer of de benutting van die administratieve diensten beheersen. Bij het aangaan van enige rechtsbetrekking geldt zodoende ook voor die inrichtende machten dat zij volgens het basisbeginsel van het contractenrecht volkomen vrij beslissen of zij al dan niet contracteren. Een weigering om te contracteren zal aldus principieel gerechtvaardigd zijn.»

¹⁸ Art. 6, eerste lid (herhaaldelijk gewijzigd) van de schoolpactwet van 29 mei 1959 bevestigt deze pedagogische vrijheid.

¹⁹ Zie bv. Rb. Antwerpen, 27 juni 1995, *R.W.*, 1995-96, (april-mei); Rb. Mechelen (Kg.), 14 augustus 1995, *ibid.*

²⁰ Rb. Brugge (Kg.), 28 juli 1995 (Stad Damme), in dit nummer.

7. Tegenover de vrijheid en het principiële recht leerlingen te weigeren in een vrije school, staat voor officiële scholen het beginsel van de benuttingsgelijkheid van de openbare dienst.²¹ «Officiële scholen moeten iedereen aanvaarden», zo luidt het. Wil dat zeggen dat niet-gemengd onderwijs in scholen van de overheid evident verboden is? Zo eenvoudig liggen de zaken ook niet. Wie geen diploma secundair onderwijs kan voorleggen, wordt ook niet ingeschreven in een hogeschool of universiteit van een overheid. Alleen wie aan de wettelijke voorwaarden voldoet moet worden ingeschreven. De vraag blijft of in de huidige stand van ons recht officiële scholen nog in de mogelijkheid zijn niet-gemengd onderwijs te organiseren. De eerste vraag is ook hier of verdragsteksten en grondwettelijke bepalingen dit verschil in behandeling op grond van het geslacht nog toelaten. De ruimte om niet-gemengd onderwijs te organiseren is voor de overheid nog beperkter door het feit dat verdragsrechtelijke en grondwettelijke anti-discriminatiebepalingen allereerst de overheid binden. Verder geldt, op grond van de benuttingsgelijkheid, niet als uitgangspunt het recht om leerlingen te weigeren, tenzij er een wettelijk verbod zou bestaan, maar het recht op inschrijving, tenzij er een wettelijke bepaling is die een weigering mogelijk maakt.²² Kan het art. 6 van de Schoolpactwet van 29 mei 1959 dat de vrije keuze voor pedagogische methodes voor alle «inrichtende machten» waarborgt, ook gelden voor officiële scholen als grondslag om niet-gemengd onderwijs aan te bieden en in die context leerlingen te weigeren?

8. Een officiële school heeft het dus moeilijker om leerlingen te weigeren dan een vrije school. Velen gaan uit van de – nog nader te onderzoeken – hypothese dat dit ook geldt op het specifieke punt van het al of niet gemengd karakter van het onderwijsaanbod.

Anderzijds is het evident dat ook vrije scholen net als de officiële scholen participeren in de verzorging van het onderwijs in het algemeen belang. Ze behoren organiek niet tot de overheid, maar ze vervullen een gelijkaardige functie als de scholen van de overheid. Het zijn functionele openbare diensten. Niemand betwist nog deze kwalificatie, die in verschillende arresten van het Arbitragehof wordt aangenomen.²³ De vraag is alleen wat daar de consequenties van zijn. Het begrip functionele openbare dienst is een creatie van de rechtsleer. Sommigen leiden daaruit af dat de spelregels die voor de overheid gelden nu ook in volle omvang op het vrij

onderwijs moeten worden toegepast.²⁴ Ons inziens moet integendeel voor elk probleem waarvoor men staat onderzocht worden wat de toepasselijke wetgeving is, en moet worden nagegaan in welke mate daaruit ook consequenties af te leiden zijn voor de marge van vrijheid die aan de vrije instellingen gelaten wordt.²⁵ Merk ook op dat het Arbitragehof, wanneer het de kwalificatie 'functionele openbare dienst' aanwendt daar soms mee wil zeggen dat het 'slechts' om een functionele openbare dienst gaat, wat o.m. meebrengt dat een vrij internaat wel leerlingen mag weigeren en een internaat van de gemeenschap niet.²⁶

9. Of er met het argument van de functionele openbare dienst garen te spinnen valt m.b.t. het verplicht karakter van gemengd onderwijs ook in de vrije instellingen, hangt dus af van de vraag of er, primo terzake een strengere regeling geldt voor de scholen van de overheid, en secundo of die strengere regeling in casu ook op het vrij onderwijs kan worden overgedragen, gelet op de huidige stand van de wetgeving.

Totaal misgroeit is het argument wanneer gezegd wordt dat het vrij onderwijs de wetten en decreten van de gemeenschap moet naleven omdat het er subsidies van ontvangt.²⁷ Het vrij onderwijs moet met of zonder subsidies de wetten en decreten naleven. De vraag is alleen welke wetten en decreten er inzake gemengd onderwijs gelden.

Een heel andere weg volgt het Hof van Beroep te Brussel. Het verklaart de verdragsrechtelijke en grondwettelijke nondiscriminatiebepalingen via de zogenaamde derdenwerking ook toepasselijk op particuliere personen.²⁸ Daardoor wordt een beroep op het karakter van een functionele openbare dienst van het vrij onderwijs overbodig.

VERDRAGSRECHTELIJKE EN GRONDWETTELIJKE ANTI-NIET-DISCRIMINATIEBEPALINGEN

10. Discriminatie op grond van het geslacht is verboden door meer dan één verdrag. Dergelijk verbod is te lezen in art. 14 E.V.R.M. (Rechten van de mens), art. 2 BUPO (Burgerlijke en politieke rechten), art. 2 I.V.E.S.C.R. (Economische, sociale en culturele rechten) en art. 2 van het Verdrag inzake de rechten van het kind. Deze artikelen dienen voor meer dan één rechter als eerste premisse van een kortlopend syllogisme: discriminatie op grond van het geslacht is verboden, gescheiden onderwijs discrimineert onmiskenbaar op grond van het geslacht, ergo gescheiden onderwijs gaat in tegen genoemde verdragsbepalingen.²⁹

²⁴ Zie bv. VAN KEIRSBLICK, B., «Commentaire sur les décisions du Juge des Référé de Louvain et du Tribunal de Bruxelles du 17 septembre 1991», *J.Dr.J.*, 1991, nr. 109, 32-33.

²⁵ Cf. VERSTEGEN, (vn.8), *T.O.R.B.*, 1991-93, 202, nr.5.

²⁶ Arbitragehof, nr. 26/92, 2 april 1992, punt 3.B.6, *T.O.R.B.*, 1991-92, 243.

²⁷ Rb. Dendermonde (Kg.), 13 augustus 1993, *T.O.R.B.*, 1993-94, 271; Rb. Dendermonde, 29 juni 1995, *R.W.*, 1995-96, (april-mei): «Wat verweerster daarbij volkomen negeert is dat zij weliswaar een vrije, maar ook een gesubsidieerde instelling is, en dat wie aanvaardt te functioneren met het geld van de belastingbetaler, zich ook dient te schikken naar diens democratisch tot stand gekomen basisnormen».

²⁸ Brussel, 21 februari 1996, in dit nummer.

²⁹ Zie bv. Rb. Dendermonde (Kg.), 13 augustus 1993, *T.O.R.B.*, 1993-94, 271: «Het enige middel waarop gedaagde *hic et nunc* haar

²¹ Zie hierover het principiële arrest R.v.St., Vergauwen, nr. 16.803, 7 januari 1975, *R.W.*, 1976-77, 717-726, met noot VERSTEGEN, R., «Rijks- en vrije universiteiten, beide rechtspersoon en openbare dienst?», 726-729; VENY, L., *Rechtsbescherming in het onderwijs*, Brugge, Die Keure, 1990, 13-14.

²² Cf. R.v.St., Vergauwen, (vn. 21), 723: «Overwegende dat de rector van een Rijksuniversiteit verplicht is een ieder in te schrijven die aan de door de wet gestelde voorwaarden voldoet om een inschrijving te bekomen, en slechts gerechtigd is een inschrijving te weigeren in de gevallen die door de wet zijn bepaald, hetzij dat de afwijzing van de aanvraag tot inschrijving door of krachtens de wet verplicht is, hetzij dat die afwijzing door of krachtens de wet wordt mogelijk gemaakt».

²³ Zie de arresten nr. 26/92, punt 3.B.6, nr. 27/92, punt 4.B.2, nr. 27/95, punt B.9.

Daarmee wordt op soms onthutsende manier voorbijgegaan aan het onderscheid tussen een verschil in behandeling en een ongeoorloofde discriminatie. Het moet onder-
tussen toch wel duidelijk zijn dat een verschil in behandeling verantwoord kan zijn wanneer het steunt op een objectief verschil dat relevant is voor het bereiken van het nagestreefde doel, en wanneer bovendien het onderscheid dat wordt gemaakt niet verder draagt dan nodig om het wettelijk toelaatbare doel te bereiken.³⁰

11. De absolutistische wijze waarop geargumenteed wordt blijkt o.m. uit het feit dat het discriminatieverbod in art. 14 van het E.V.R.M.-verdrag bv. ingeroepen wordt zonder verwijzing naar het inhoudelijke recht dat geschonden is, terwijl nochtans dit artikel geen zelfstandig recht op gelijke behandeling bevat.³¹ Artikel 14 in samenhang lezen met art. 2 van het eerste aanvullend protocol, dat verbiedt dat iemand de toegang tot het onderwijs wordt ontzegd, leidt nog niet veel verder. Bij dat artikel 2 heeft de Raad van State al meer dan eens overwogen dat dit niet zomaar het recht verleent om tot elke school te worden toegelaten waar men om vraagt.³² Het niet-gemengd onderwijs bestond en bestaat overigens in te veel landen die het protocol ondertekenden, om als een verbod op niet-gemengd onderwijs te kunnen worden gelezen.³³ Genoemd art. 2, eerste lid, blijkt niets toe

weigering tot inschrijving steunt, is een zuivere geslachtsdiscriminatie waardoor zij de meest elementaire rechten van de betrokken kinderen ernstig nadeel dreigt te berokkenen.»; Rb. Dendermonde, 29 juni 1995 (vb. 27); anders, evenwichtig, Rb. Antwerpen, 22 oktober 1992, *R.W.*, 1992-93, 541.

³⁰ We citeren ter verduidelijking nog een standaardformule van het Arbitragehof: uit het arrest nr. 52/94, 29 juni 1994, punt B.2., B.S., 2 augustus 1994: «De grondwettelijke regels van de gelijkheid en de niet-discriminatie sluiten niet uit dat een verschil in behandeling tussen categorieën van personen wordt ingesteld, voor zover dat verschil op een objectief criterium berust en het redelijk verantwoord is. 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 er geen redelijk verband van evenredigheid bestaat tussen de aangewende middelen en het beoogde doel.»; zie SUETENS, L.-P., «Gelijkheid en non-discriminatie in de rechtspraak van het Arbitragehof», in *Gelijkheid en non-discriminatie, Verslagen voorgebracht op een colloquium gehouden te Leuven op 5 oktober 1990*, (ook Franse titel), ALEN, A. en LEMMENS, P., (ed.), Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, (1991), 95-115.

³¹ Cf. MELCHIOR, M., «Le principe de non-discrimination dans la Convention européenne des droits de l'homme», in *Gelijkheid en non-discriminatie*, (vn. 30), 5-6: Ce qui est garanti par cette disposition, ce n'est pas le principe général de l'égalité devant la loi, c'est, de façon plus limitée, une modalité des droits reconnus par la Convention et ses protocoles additionnels (...). L'article 14 ne crée pas un droit supplémentaire par rapport aux droits effectivement reconnus, il est un complément de ceux-ci.

³² R.v.St., Aziz, nr. 47.031, 27 april 1994, *J.Dr.J.*, 1995, nr. 142, p. 78, met verslag van auditeur BOUVIER, Ph., 78-80 en noot DERMAGNE, J.M., «Les mésaventures d'Aziz: Aziz au Conseil d'Etat», 81-82.

³³ Zie voor de interpretatie van art. 2 eerste aanvullend protocol: RIMANQUE, K., «Niemand zal het recht op onderwijs worden ontzegd. Het recht op onderwijs in het E.V.R.M. en in het I.V.E.S.C.R.», *Jura Falc.*, 1989-90, 525-533; VELU, J. en ERGEC, R., *La convention Européenne des droits de l'homme, Extrait du R.P.D.B.*, t. VII, Brussel, Bruylant, 631-635.

te voegen aan de waarborgen die in art. 24 G.W. ingeschreven zijn.³⁴

12. Met het Internationaal verdrag betreffende economische, sociale en culturele rechten en het Verdrag inzake de rechten van het kind komen we niet zoveel verder. De non-discriminatiebepaling in respectievelijk art. 2, 2°, en art. 2.1 kan er verbonden worden met het in art. 13.1°, en in art. 28 gewaarborgde recht op onderwijs. Maar is niet-gemengd onderwijs in strijd met bv. art. 13.1 I.V.E.S.C.R., dat luidt: «De Staten die partij zijn bij dit Verdrag erkennen het recht van een ieder op onderwijs. Zij zijn van oordeel dat het onderwijs gericht dient te zijn op de volledige ontplooiing van de menselijke persoonlijkheid en van het besef van haar waardigheid en dat het dient bij te dragen tot de eerbied voor de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (...)»? Art. 28 van het Verdrag inzake de rechten van het kind laat terzake geen verderdragende conclusie toe.³⁵ Men is toch wel verrast in het arrest van het Hof van Beroep van Brussel van 21 februari 1988 te lezen dat «uit de economie van die verdragsbepalingen (...) onmiskenbaar (volgt) dat bij die gewaarborgde onderwijsverstrekking de gelijkheid van de geslachten in alle opzichten dient te worden gerespecteerd». Wordt non-discriminatie hier ook niet gelezen als volkomen gelijke behandeling?

Al even verrassend is de onmiddellijk volgende overweging: «Die verdragsregels zijn voldoende precies om als afdwingbare rechtsnorm toegepast te worden.» Daarmee gaat het Hof flagrant voorbij aan de complexiteit van de problematiek van de directe werking van deze verdragsbepalingen. Meer bepaald m.b.t. art. 13 I.V.E.S.C.R. wordt aangevoerd dat alleen art. 13.2.a (kosteloos lager onderwijs) voldoende precies is om rechtstreeks afdwingbaar te zijn, dat de artikelen 13.2, b en c (kosteloosheid van het secundair en hoger onderwijs) als een standstill-clausule kunnen worden gelezen (geen stijging boven de toename van de levensduurte) en dat art. 13.1 niets afdwingbaar toevoegt aan wat bv. ook in de Grondwet is gewaarborgd.³⁶

13. Uit de Grondwet wordt uiteraard vooral het onderwijsartikel 24 aangehaald, dat in § 3 een recht op onderwijs toezegt en in § 4 alle leerlingen en studenten, ouders, instellingen gelijk verklaart voor de wet en het decreet. Het beroep op § 1, tweede lid, dat betrekking heeft op de vrije keuze, wordt verder behandeld.

Kan men uit de paragrafen 3 en 4 een grondwettelijk verbod van niet-gemengd onderwijs afleiden? Art. 24, § 3, be-

³⁴ Cf. DELGRANGE, X., «L'égalité dans l'enseignement à la lecture de la jurisprudence de la Cour d'Arbitrage», in: *Quels droits dans l'enseignement? Enseignants, Parents, Elèves, Actes du Colloque du 13 et 14 mai 1993*, (Faculté de droit de Namur. Centre de Droit régional), SCHEPENS, B. (ed.), Faculté de Droit de Namur – La Charte, Bruges (1994), 61: «Il apparaît donc que, lorsqu'ils invoquent cette disposition, les requérants sacrifient plus à la vogue en faveur du droit international qu'au souci de l'efficacité».

³⁵ Art. 28 herneemt in hoofdzaak wat in art. 13.2. I.V.E.S.C.R. is bepaald inzake kosteloosheid van het onderwijs.

³⁶ Zie DE FEYTER, K., «De rechtstreekse werking van art. 13 van het Verdrag inzake Economische, Sociale en Culturele rechten», noot onder Arbitragehof, 7 mei 1992, *T.O.R.B.*, 1992-93, 249-252; ook ALEN, A. en PAS, W., «De directe werking van het VN-verdrag inzake de rechten van het kind», in *Kinderrechtengids*, VERHELLEN, E. (ed.), Gent, Mys en Breesch, 1994-, dl. 1, 1-1, pp. 1-25.

vat wel een toemaatje: «Ieder heeft recht op onderwijs, met eerbiediging van de fundamentele rechten en vrijheden». Daarmee is evenwel nog niet gezegd dat elk verschil in behandeling bij de toegang tot het onderwijs een verboden discriminatie moet zijn. Art. 24, § 4, stelt uitdrukkelijk dat de wet en het decreet rekening houden met objectieve verschillen die een aangepaste behandeling verantwoorden.³⁷

Aansluitend bij voorgaande analyse kan worden gesteld dat de grondwet t.a.v. de officiële instellingen de principiële gelijkheid van jongens en meisjes voorschrijft, en het aan de wet of het decreet overlaat om een basis te leggen voor ongelijke behandeling. Dat zulks bij wet dient te gebeuren, volgt mede uit § 5 van art. 24, die inhoudt dat alle essentiële bepalingen inzake onderwijs door een wetgevend orgaan moeten worden uitgevaardigd. Traditioneel wordt de mogelijkheid voor niet-gemengd officieel onderwijs gefundeerd in de pedagogische vrijheid, die in art. 6 van de schoolpactwet van 29 mei 1959 in algemene bewoordingen bevestigd wordt. Of deze bepaling op vandaag een voldoende legitiemerende vormt voor gescheiden onderwijs aan jongens en meisjes, wordt verder onderzocht.

14. Voor het vrij onderwijs is het uitgangspunt niet de gelijkheid tenzij de wet of het decreet een onderscheid legitimeert, maar integendeel de vrijheid om ongelijk te behandelen tenzij de wet of het decreet of een algemeen rechtsbeginsel een wel bepaald verschil in behandeling uitsluit.

Zoals gezegd bestaat er een tendens om voor het vrij onderwijs wegens zijn karakter van functionele openbare dienst uit te gaan van de gelijkheid en niet van de vrijheid. In een andere argumentatielijn wordt de derdenwerking van de grondrechten verdedigd, waardoor normen die primair tot de overheid gericht zijn ook gelding krijgen onder particulieren. Deze strekking in de rechtspraak wordt niet algemeen gevolgd. De Raad van State is meer bepaald van oordeel dat «inzake rechtsverhoudingen tussen particulieren het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel niet geldt».³⁸ Aandacht verdient evenwel de visie die de grondrechten indirect onder particulieren laat werken via een specifieke tussenkomst van de wetgever of via andere rechtsfiguren, zoals openbare orde, rechtsmisbruik, goede trouw.³⁹

Wat ook de gedachtenlijn is die gevolgd wordt, altijd zal het antwoord op de vraag of niet-gemengd onderwijs nog kan, afhangen van een afwegen in welke mate het nagestreefde doel in casu het betwiste verschil in behandeling kan verantwoorden. Belangrijk is daarbij dat wellicht niet elke rechter op zich deze afweging alleen en van voorafaan moet doen. De eerste die aangesteld is om over dergelijke fundamentele maatschappelijke keuzes te arbitreran is de wetgever. Deed hij dat reeds?

HEEFT DE WETGEVER GEARBITREERD?

15. Uit voorgaande analyse volgt dat de internationale verdragen en de grondwet niet principieel uitsluiten dat voor onderwijsdoeleinden een onderscheid wordt gemaakt op grond van het geslacht. Een keuze om dat inderdaad te doen wordt positief gefundeerd in de vrijheid van onderwijs met haar componenten van pedagogische vrijheid en, voor het vrij onderwijs, contractsvrijheid. Anderzijds wordt er op gewezen dat er geen enkele wettelijke bepaling bestaat die niet-gemengd onderwijs verbiedt. Is dat zo? En wat zijn daar dan de consequenties van?

Allereerst moet worden gesteld dat het argument van de afwezigheid van een wettelijke regeling niet van de tafel kan worden geveegd met een beroep op de «geest van de wetgever», geest die zou inhouden dat een verbod op niet-gemengd onderwijs zelfs tot de openbare orde zou behoren.⁴⁰ Deze gedachtengang komt er op neer dat opnieuw rechtstreeks uit de grondwet en de internationale verdragen een verbod van niet-gemengd onderwijs wordt afgeleid.

16. Op het niveau van het lager onderwijs kan terecht worden gezegd dat de wetgever zich niet heeft uitgesproken. Voor het secundair onderwijs deed hij dat wel. In uitvoering van een Europese richtlijn uit 1976 betreffende de gelijke toegang voor mannen en vrouwen tot de beroepen en de beroepsopleiding werden in 1978 een aantal bepalingen m.b.t. de toegang tot de beroepsopleiding in de Programmawet van 4 augustus 1978 ingeschreven.⁴¹ Deze wet en zijn uitvoeringsbesluiten maken het mogelijk dat een onderwijsnet niet-gemengde scholen handhaaft, op voorwaarde dat binnen dezelfde stad elke opleiding die gescheiden wordt aangeboden, in hetzelfde net zowel voor jongens als voor meisjes wordt aangeboden. Is dat niet het geval dan moet de opleiding die slechts eenmaal wordt aangeboden, voor jongens en meisjes toegankelijk zijn.

17. De keuze om de toegankelijkheid te waarborgen per regio en per net en niet per instelling is niet in strijd met de Europese richtlijn 76/207 van 9 februari 1976. Deze laat uitdrukkelijk de mogelijkheid open om terzake rekening te houden met de eigen tradities in het vrij onderwijs van sommige landen. En het in het Belgische parlement door de bevoegde minister aangehaalde procesverbaal van de Europese Raad van ministers stelt dat de bedoelde gelijke behandeling impliceert «qu'il faut veiller à réaliser la mixité sur le plan local et, non nécessairement, dans chaque établissement».⁴²

⁴⁰ Rb. Dendermonde (Kg.), 29 juni 1995, (vn. 27): «Tevergeefs poneert verweerder dat de wet geen verplichting oplegt tot het organiseren van gemengd onderwijs, wat ook overbodig zou zijn, gezien in de geest van de wetgever op grond van de gelijkheid der geslachten, ieder onderwijs per definitie voor beide geslachten toegankelijk moet zijn».

⁴¹ Artt. 124 en 125 W. 4 augustus 1978 tot economische heroriëntering, B.S., 4 augustus 1978; K.B. 29 juni 1983 betreffende de gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot de beroepsopleiding verstrekt in de onderwijsinstellingen, vastgesteld ter uitvoering van de artikelen 124 en 125 van de wet van 4 augustus 1978 tot economische heroriëntering, B.S., 25 augustus 1983.

⁴² Zie *Hand.*, Senaat, 14 juli 1978, 1978; verdere referenties VERSTEGEN, R., (vn. 8), *T.O.R.B.*, 1994-95, 133-135.

³⁷ In de vereenvoudigde gedachtengang van het hele vonnis poneert Rb. Dendermonde, 29 juni 1995, (vn. 27), dat het bij niet-gemengd onderwijs niet gaat om een objectief verschil bedoeld in art. 24, § 4.

³⁸ Zie o.m. R.v.St., De Leener en Ballon, nr. 30.876, 28 september 1988, punt 2.3.1, *Arr. R.v.St.*, 1988, z.p.

³⁹ Zie VERSTEGEN, R. (vn. 8), *T.O.R.B.*, 1991-92, 202-203; DELGRANGE, X. (vn. 34), 6667.

Daaruit blijkt dat ook de Europese ministerraad er van uitgaat dat de internationale verdragen en de daarin voorkomende non-discriminatie bepalingen geen verbod aan niet-gemengd onderwijs inhouden. En een dergelijk algemeen verbod is dus al evenmin af te leiden uit secundaire Europese wetgeving in het kader van de Europese gemeenschap.

De Raad van State wijst er voorts nog op dat voorschriften voor gelijke toegang tot de beroepsopleiding niet beletten dat «een onderwijsinstelling zich zodanig organiseert dat het door haar aangeboden onderwijs volgens geslacht gescheiden kan verlopen». ⁴³ Dit laat de mogelijkheid om in de school het verschil in geslacht om pedagogische motieven als criterium voor een verschil in behandeling te blijven hanteren. Aldus wordt niet zozeer de pedagogische vrijheid beperkt als wel de contractsvrijheid. Binnen de grenzen van de wet van 4 augustus 1978 mag niet geweigerd worden om een contract te sluiten met ouders van jongens of van meisjes, maar eenmaal aanvaard, blijft er ruimte voor pedagogische methodes die een verschil in behandeling inhouden.

18. Dat de bedoelde gelijke toegang niet per instelling maar per regio moet worden verzekerd, is in het parlement door de minister verklaard onder verwijzing naar het proces-verbaal van de Europese raad van ministers inzake de desbetreffende richtlijn. Het is ook uitdrukkelijk bepaald in art. 3 van het uitvoeringsbesluit van 29 juni 1983. In de wet zelf is daar niets van terug te vinden. Integendeel: art. 25, derde lid, 1°, stelt dat het inzonderheid verboden is «te verwijzen naar het geslacht van de persoon in de voorwaarden of de criteria inzake de beroepskeuzevoorlichting, beroepsopleiding» enz., en, onder 3°, «de toegang te ontzeggen of te belemmeren tot de beroepskeuzevoorlichting de beroepsopleiding ... om expliciete of impliciete redenen die rechtstreeks of onrechtstreeks met het geslacht van de persoon in verband staan». Het is duidelijk dat de toch bijzonder ingrijpende restrictieve interpretatie bij correct legistiek werk in de wet zelf had moeten zijn ingeschreven. ⁴⁴

19. De wet van 4 augustus 1978 loopt nog op een tweede punt mank. Art. 124 draagt aan de Koning op om te bepalen wat onder beroepsopleiding moet worden verstaan. De Raad van State heeft er – naar aanleiding van een later plan voor een ruimere omschrijving – op gewezen dat deze delegatie, gelet op de consequenties van de kwalificatie als beroepsonderwijs, ongrondwettelijk is. Zij is in strijd met art. 24, § 5, G.W., die inhoudt dat essentiële bepalingen inzake onderwijs door een wetgevend orgaan moeten worden vastgesteld. ⁴⁵

Het besluit van 29 juni 1983 kwalificeert in art. 1 het hele onderwijs als beroepsonderwijs, met uitzondering van kleuter- en lager onderwijs en, aansluitend bij de toenmalige organisatie van het secundair onderwijs, van het hele algemeen secundair onderwijs van het type II en de tweede en

derde graad van het algemeen secundair onderwijs van het type I (V.S.O.). Ondertussen is de overgang gemaakt naar het eenheidstype. Anderzijds heeft de Raad van State geoordeeld dat in het vernieuwd secundair onderwijs ook het algemeen secundair onderwijs moet worden beschouwd als beroepsonderwijs in de zin van het Europees recht. ⁴⁶ De ingeroepen argumenten nopen er o.i. toe deze interpretatie ook toe te passen op het eenheidstype in het secundair onderwijs van de Vlaamse gemeenschap. ⁴⁷

De Vlaamse regering had de bedoeling dit ook te doen. Na een eerste door de Raad van State bekritiseerde poging om dit bij besluit te regelen, werd een ontwerp van decreet ingediend. Daarin was het in onderwijsmiddelen unaniem gesteunde voorstel om het hele secundair onderwijs als beroepsonderwijs te beschouwen evenwel gekoppeld aan een voorstel om de gelijke toegang niet langer per regio per net te waarborgen maar ook voor elke afzonderlijke instelling. Bezwaren tegen dit laatste voorstel brachten de minister er toe zijn voorstel in te trekken. ⁴⁸

De delegatie aan de uitvoerende macht – in de wet aan de Koning, nu aan de gemeenschapsregeringen – om te bepalen wat beroepsonderwijs is, is ongrondwettig. Ons inziens zou elke rechter het beroepsonderwijs in de wet van 4 augustus 1978 moeten interpreteren in een zin die conform is met het Europees recht en de daarvan reeds door de Raad van State aangegeven ruime interpretatie die het hele secundair onderwijs insluit. ⁴⁹

20. De Vlaamse decreetgever heeft afgezien van zijn voorstellen om te komen tot een veralgemeende verplichting van gemengd secundair onderwijs. ⁵⁰ Voor het lager onderwijs is er zelfs nooit dat voornemen geweest.

Uit een en ander blijkt dat ook de decreetgever ervan uitgaat dat, anders dan een aanzienlijk deel van de rechtspraak het nogal snel stelt, het verdragsrecht en de grondwet nog enige ruimte laten voor het organiseren van niet-gemengd onderwijs. De wetgever heeft aan deze mogelijkheid geen einde willen stellen en verkozen om de hoe dan ook wenselijk geachte overgang naar veralgemeend gemengd onderwijs ⁵¹ te laten gebeuren in geleidelijke evolutie, die zich overigens versneld doorzet.

De Raad van State, Afdeling Wetgeving, heeft overigens ervoor gewaarschuwd dat een verdergaande beperking van de mogelijkheid om niet-gemengd onderwijs te organiseren, een inperking is van de vrijheid van onderwijs waarvoor de decreetgever een proportioneel voldoende zwaarwegend argument moet kunnen voorleggen. De gegrondheid van zo een nieuwe beperkende stap ten voordele van de gelijkheid, ten nadele van de vrijheid, zou door het Arbitragehof kunnen worden afgewogen, o.m. aan de hand van

⁴³ *Gedr. St.*, VI, R., 1993-94, nr. 600/1, 134. Deze overweging heeft betrekking op een ontwerp voor het onderwijsdecreet VI, maar lijkt ook toepasselijk op artt. 124-126 W. 4 augustus 1978.

⁴⁴ Zie nog VERSTEGEN, R., (vn. 8), *T.O.R.B.*, 1994-95, 133-134. Het probleem zou kunnen rijzen wanneer bv. een vrije school die niet wenst over te schakelen naar gemengd onderwijs geconfronteerd wordt met ouders die deze keuze niet aanvaarden en zich op de strenger geformuleerde wet beroepen.

⁴⁵ Advies R.v.St. L. 23.100/1, 5 mei 1994, niet gepubliceerd; ook *Gedr. St.*, VI, R., 1993-94, nr. 600/1, 134.

⁴⁶ R.v.St., Nguyen, nr. 32.987, 6 september 1989, *R.A.C.E.*, 1989, z.p.

⁴⁷ Zie uitvoeriger VERSTEGEN, R., (vn. 8), *T.O.R.B.*, 1994-95, 131-137; ook JACOMAIN, J., «Discrimination dans l'accès à la formation professionnelle?», noot onder Rb. Leuven (Kg.), 12 oktober 1990, *Soc. Kron.*, 1991, 147-150.

⁴⁸ Zie infra en VERSTEGEN, R. (vn. 8), *T.O.R.B.*, 1994-95, 131-132.

⁴⁹ Uitvoeriger VERSTEGEN, R. (vn. 8), *T.O.R.B.*, 1991-92, 204-206.

⁵⁰ Zie nr. 3.

⁵¹ Cf. o.m. Minister Spitaels, *Hand.*, Senaat, 14 juli 1978, 1989.

de bij de parlementaire voorbereiding ingeroepen argumenten.⁵²

21. Er is beweerd dat het Arbitragehof reeds uitspraak heeft gedaan ten voordele van het gemengd onderwijs. Raads-lid Sannen verwijst in de memorie van toelichting bij zijn voorstel⁵³ van decreet tot invoering van een algemeen ver-plicht gemengd onderwijs naar de Franse en Duitse versie van het arrest 25/92 van 9 april 1992, als gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad van 10 juni 1992. Onder punt 4.B.2 leest men: «Le droit au subventionnement est limité, d'une part, par le pouvoir de la Communauté de lier des subventions à des exigences tenant à l'intérêt général, entre autres celle d'un enseignement de qualité, du respect de normes de po-pulation scolaire et d'une égalité d'accès à l'enseignement (...)».⁵⁴ De door ons gecursiveerde woorden komen in het Staatsblad niet voor in de Nederlandse tekst van het arrest. Wat er ook zij van deze tekstvariant⁵⁵, de bewijswaarde van deze passage is m.b.t. het gemengd onderwijs niet groot. Het Arbitragehof stelt enkel dat de gemeenschappen het toe-kennen van subsidies kunnen afhankelijk stellen van een voorwaarde van gelijke toegang, niet dat ze dit reeds ge-daan hebben of moeten doen. En indien een gemeenschap van deze mogelijkheid gebruik maakt, moet zij, zoals het aangehaalde advies van de Raad van State het stelt, afwe-gen of er in casu voldoende argumenten zijn om een moge-lijke keuze voor niet gemengd onderwijs te verbieden ten voordele van een grotere gelijkheid. Ook een subsidievoor-waarde van gelijke toegang zou met gelijkaardige modali-teiten als in de wet van 4 augustus 1978 en het uitvoerings-besluit daarvan verbonden kunnen zijn.

⁵² *Gedr. St.*, Vl. R., 1993-94, nr. 600/1, 134-137.

⁵³ *Gedr. St.*, Vl. R., B.Z. 1995, nr. 91/1, 2-3, ook nr. 91/2, 3-4.

⁵⁴ *B.S.*, 10 juni 1992, 13.293.

⁵⁵ Er is toch wel iets vreemd aan de hand met deze clausule. De betrokken overweging komt ook voor in het arrest nr. 28/92 van de-zelfde datum (2 april 1992, punt 6.B.3). In de in het *B.S.* van 14 mei 1992 gepubliceerde versie komt de clausule enkel voor in de Duitse tekst («und dem gleichen Zugang zum Unterricht»); het uittrek-sel gepubliceerd in het *T.O.R.B.*, 1991-92, 247, dat vermoedelijk ter-uggaat op de na de uitspraak vrijgegeven tekst, geeft evenwel ook in de Nederlandse tekst: «en de gelijke behandeling in de toegang tot het onderwijs»; de officiële publicatie *Arbitragehof, Arresten 1992*, Vanden Broele, bevat noch in de Nederlandse noch in de Franse versie kwestieuze clausule (p. 322). Het arrest 25/92 waarop de raadsleden Sannen en De Gucht zich beroepen vermeldt zoals ge-publiceerd in het *B.S.* van 10 juni 1992 genoemde zinsnede enkel in de Franse en de Duitse versie, niet in de Nederlandse. Maar op-nieuw bevat de Nederlandse tekst in *T.O.R.B.*, 1991-92, 251, wel de clausule geeft en de officiële publicatie noch in de Franse noch in de Nederlandse de besproken zinsnede weer (p. 263). Het arrest nr. 18/93 van 4 maart 1993 herneemt in punt B.3.4 nogmaals deze overweging. Nu komt de clausule nergens nog voor, noch in het Staatsblad, noch in de officiële publicatie *Arbitragehof, Arresten 1993*. Wie zin heeft in een story kan op zoek gaan naar diepere mo-tieven en meningsverschillen over een potentieel delicaat punt, die net niet uit de openbaarheid zijn gehouden, maar in de officiële publicatie toch volledig zijn weggewerkt. Wie broodnuchter wil bli-jven zal deze verwarrende gegevens allicht toeschrijven aan een voor het overige betekenisloos gebrek aan interne coördinatie in de dien-sten van het Arbitragehof. Blijft de vraag in hoever aan de tekst van een arrest dat uitgesproken is, nog kan worden gesleuteld op een punt dat inhoudelijk relevant is.

22. Het is opvallend dat zo goed als nergens in de recht-spraak vermeld wordt dat de wetgever in beperkte mate het gemengd onderwijs oplegt voorzover het om beroepsonder-wijs gaat, maar ook uitdrukkelijk geweigerd heeft een ver-dergaande verplichting in te voeren. Men kan hopen dat deze belangrijke gegevens hun weg zullen vinden naar een soms te gemakkelijk op streng principiële argumenten ge-baseerde rechtspraak.

23. In een deel van de rechtspraak – ook i.v.m. discipli-naire maatregelen tegenover leerlingen en weigering van in-schrijving – wordt de keuzevrijheid van de ouders ingeroe-pen om een weigering op hun keuze in te gaan onwettig te noemen. Wat de grondslag van die keuzevrijheid is wordt niet altijd duidelijk aangegeven.⁵⁶

Hiervoren is reeds gezegd dat art. 2 van het eerste aan-vullend protocol E.V.R.M. niet inhoudt dat elkeen in elk ge-val tot de school van zijn keuze moet worden toegelaten.⁵⁷ Is een beroep op de Grondwet, die in art. 24, § 1, tweede lid, voorschrijft dat de gemeenschap de keuzevrijheid waarborgt, meer terzake?

Uit de parlementaire voorbereiding blijkt dat, aanslui-tend bij art. 4 van de Schoolpactwet van 29 mei 1959 de eer-ste keuzealternatieven die zijn tussen confessioneel en niet-confessioneel onderwijs. Maar de verklarende nota bij het ontwerp tot herziening van het vroegere art. 17 G.W. stelt dat het niet alleen gaat om de traditionele keuzealternatie-ven.⁵⁸ Het Arbitragehof overweegt dat art. 17, § 1, ook een waarborg bevat voor «het recht tot oprichting van scholen die hun eigenheid vinden in bepaalde pedagogische of on-derwijskundige opvattingen».⁵⁹ Kan het dat deze paragraaf ook zou inhouden dat elke school per se gemengd onder-wijs zou moeten aanbieden, zoals sommige rechters bewe-ren,⁶⁰ zelfs in elke vestigingsplaats, ook als er in andere scho-len een voldoende aanbod van gemengd onderwijs bestaat? En zou enkel vanuit deze paragraaf argumenterend, dan niet evengoed moeten gezegd worden dat de keuze voor niet ge-mengd onderwijs grondwettelijk beschermd is?

Het is uit voorgaande analyse van de wet van 4 augustus 1978 en de weigering van het Vlaams parlement het ge-mengd onderwijs nog verdergaand verplicht te stellen, dui-delijk dat rechtstreeks uit de Grondwet niet veel af te lei-den valt inzake gemengd onderwijs. De grondwettelijke op-dracht de keuzevrijheid te garanderen is overigens overdui-delijk gericht tot de gemeenschap. Het is de grondwettelij-ke transpositie van de in de Schoolpactwet ingeschreven waar-borg voor de vrije keuze. Art. 4 van de Schoolpactwet van 29 mei 1959 legt het rijk, nu de gemeenschap op om de vrije keuze te waarborgen door het oprichten van scholen, door een school te subsidiëren die normaal niet aan de subsidië-ringsvoorwaarden voldoet, of door leerlingenvervoer te or-ganiseren. Het Arbitragehof leidt uit art. 24, § 1, tweede lid, G.W. af dat de gemeenschap de subsidiëeringsvoorwaarden, meer bepaald de bevolkingsnormen, voor scholen in oprich-

⁵⁶ Zie bv. Rb. Brugge (Kg.), 5 september 1990, *T.O.R.B.*, 1991-92, 194.

⁵⁷ Zie *supra*, nr. 11.

⁵⁸ *Gedr. St.*, Senaat, B.Z., 1988, nr. 100-1/1°, 2.

⁵⁹ Arbitragehof, nr. 2/92, 2 april 1992, punt 6.B.2., *T.O.R.B.*, 1991-92, 247.

⁶⁰ Zie Rb. Brugge.

ting niet op dezelfde manier mag berekenen als voor scholen die reeds voor alle studiejaren zijn uitgebouwd; ⁶¹ Dit is nog altijd iets helemaal anders dan een plicht om de onderwijsvrijheid zo te normeren dat niemand die tot een welbepaalde vrije school toegang vraagt wettelijk ook zou moeten worden aanvaard. ⁶² M.a.w. art. 24, § 1, tweede lid, verleent noch rechtstreeks noch onrechtstreeks een recht op gemengd onderwijs.

24. Art. 4 van de Schoolpactwet, dat de vrije keuze tussen confessioneel en niet-confessioneel onderwijs waarborgt, kent al evenmin als de grondwet of art. 2 van het eerste aanvullend protocol E.V.R.M. een recht toe om toegelaten te worden in elke school waarvoor men kiest. Het kan onder omstandigheden wel relevant zijn om uit te maken of het in stand houden van niet-gemengd onderwijs wettig kan. Zonder te ver op de techniciteit van de zogenaamde vrije-keuzescholen in te gaan ⁶³, kan worden gezegd dat een gemeenteschool die op grond van het diplomacriterium van de leerkrachten als een niet-confessionele school wordt beschouwd, en ook de enige is van dat type binnen een redelijke afstand, geen leerlingen kan weigeren die vragen om daar te worden ingeschreven. Enkel niet-gemengd onderwijs aanbieden en dus bv. meisjes weigeren, zou ingaan tegen het vrije keuzerecht van de ouders die hun meisje aan de daarvoor in aanmerking komende dichtbij niet-confessionele school willen toevertrouwen. Men kan aannemen dat in deze hypothese de pedagogische vrijheid van de gemeenteschool moet wijken voor de door de wetgever beschermde vrije keuze van de ouders, gebaseerd op de nog meer fundamentele levensbeschouwelijke keuze.

Vragen de ouders de inschrijving van hun zoontje in de enige vrije school, die een meisjesschool is, dan lijkt ook hier het principe van de vrije keuze voor confessioneel onderwijs te moeten primeren op de pedagogische vrijheid van de vrije school, in acht genomen de filosofie van de Schoolpactwet, die er naar een bekende overweging uit het arrest Meetjesland van de Raad van State op bedacht is de compromissen betaalbaar te houden. ⁶⁴ Het zou niet opgaan de gemeenschap te verplichten de kosten te dragen van het leerlingen-

vervoer of van de oprichting van een vrije jongensschool, enkel omdat de bestaande vrije school nu eenmaal gekozen heeft voor niet-gemengd onderwijs.

In meerdere vonnissen wordt overwogen dat de vrije keuze niet in het geding is, omdat in de regio voldoende vrije gemengde scholen toegankelijk zijn. ⁶⁵ Het valt op dat daarbij niet op de maximale afstand wordt gelet, een gegeven dat voor de strikte toepassing van art. 4 van de Schoolpactwet essentieel is. In wezen sluit deze overweging dan ook meer aan bij het verder te onderzoeken probleem van het rechtsmisbruik, dan bij een toepassing van art. 4 van de Schoolpactwet.

25. Technisch gaat het beroep op art. 4 van de Schoolpactwet niet op indien de enige gemeentelijke school zelf als aanvaardbaar alternatief voor een confessionele school wordt geklasseerd (3/4 leerkrachten met een diploma van een confessionele school). In dat geval kan de school niet gekozen worden om haar niet-confessioneel karakter, wel als officiële school. Maar de Schoolpactwet garandeert in zijn huidige versie niet een vrije keuze tussen vrij en officieel onderwijs. Recent stelde de minister van onderwijs wel voor om voor de toekomst de keuzealternatieven op het niveau van het secundair onderwijs te definiëren als een keuze tussen vrij en officieel onderwijs. En het voorontwerp van decreet op het basisonderwijs neemt ook die hypothese aan. ⁶⁶

De voorzitter van de rechtbank in Brugge gaat er nu reeds van uit dat een gemeentelijke school geen leerlingen mag weigeren, en dat de traditioneel voor jongens voorbehouden gemeenteschool ook meisjes moet aanvaarden. Doorverwijzen naar een andere vestigingsplaats waar het gemeentelijk onderwijs wel gemengd is, vindt de rechter onaanvaardbaar, omdat de afstand (minstens 5,5 km) te groot is. Deze hele benadering steunt evenwel meer op het karakter van openbare dienst dan op art. 4 van de Schoolpactwet. ⁶⁷ De rechter roept ook het antwoord in van minister Coens – het geschil betreft toevallig de gemeente Damme, waar de minister vroeger burgemeester was – die in die zin antwoordde. ⁶⁸ In een later antwoord is dezelfde minister veel preciezer: «De gemeenten zijn publiekrechtelijke organismen, die uiteraard gehouden zijn de kinderen die op hun grondgebied wonen te aanvaarden indien de ouders zulks wensen, daar zij een openbare dienst verzekeren voorzien bij de wet. Met toepassing van het principe van de gemeentelijke autonomie, behoort het uiteraard tot de bevoegdheid van de gemeente als «inrichtende macht» te beslissen het gemeentelijk onderwijs gemengd of gescheiden naar geslacht te organiseren, daar voor het officieel gesubsidieerd onderwijs het «gemengd» karakter van een school of vestigingsplaats geen wettelijke verplichting is. Indien de gemeente in de beslissing tot oprichting bepaalt dat een school, of een vestigingsplaats ervan, een jongens- of een meisjesschool is, mag inderdaad de toegang ontzegd worden aan een leerling van het

⁶¹ Arbitragehof, nr. 2/92, (vn. 59), punt 5.B.4.

⁶² Cf. Rb. Dendermonde, 29 juni 1995, (vn. 27): «Volgens art. 24 van de gecoördineerde Grondwet van 17 februari 1994 waarborgt de gemeenschap de keuzevrijheid van de ouders inzake onderwijs, heeft iedereen recht op onderwijs en zijn alle leerlingen of studenten gelijk voor de wet. De essentie van een recht is dat het afdwingbaar moet zijn, en de door verweerster vooropgestelde contractvrijheid is strijdig met het recht op onderwijs van alle leerlingen en de absolute keuzevrijheid van de ouders. Het doortrekken van de redenering van verweerster zou het zelfs mogelijk maken het onderwijs nog enkel toegankelijk te stellen voor een elitaire groep.

⁶³ Voor een gedetailleerde beschrijving van het mechanisme van de vrije-keuzescholen: DE GROOF, J., *Recht op en vrijheid van onderwijs*, Brussel 1994, (= *Cepessdocumenten*, 1983, nrs. 5-6), 155-254.

⁶⁴ R.v.St., v.z.w. Vrij Psycho-Medisch Centrum Het Meetjesland, nr. 19.672, 31 mei 1979, punt 2.1, *Arr. R.v.St.*, 1979, 641: «Overwegend dat de zogenaamde schoolpactwet van 29 mei 1959 eensdeels uitgaat van een reeks beginselen, waarvan getracht wordt ze maximaal te realiseren, maar anderdeels ook getuigt van een pragmatische aanpak, gevolg van de noodzakelijkheid om op bepaalde punten tot een nog betaalbaar en voor de ideologisch ingesteld protagonisten nog verdraagbaar compromis tussen met elkaar strijdige beginselen te komen.»

⁶⁵ Zie verder nr. 28.

⁶⁶ Zie o.m. DE BELDER, H., «Leraars hoeven geen gekleurd diploma meer», *De Standaard*, 18 april 1996.

⁶⁷ Rb. Brugge (Kg.), 28 juli 1995, in dit nummer.

⁶⁸ *Vr. & Antw.*, Senaat, 16 oktober 1984, 69, (Vraag nr. 122 VAN OOTEGHEM): «dat de verplichting om een leerplichtige leerling in een school op te nemen enkel geldt t.a.v. het gemeentelijk onderwijs als openbare dienst m.b.t. leerlingen die op het grondgebied van de gemeente wonen».

andere geslacht, indien deze school niet de enige gemeenteschool is in die gemeente». ⁶⁹

Er kan nu reeds worden aangenomen dat een gemeenteschool die binnen een redelijke afstand de enige officiële school is, zich niet langer op de pedagogische vrijheid kan beroepen om niet gemengd onderwijs aan te bieden. Zolang dit pedagogische uitgangspunt zo algemeen aanvaard was dat het als grondslag kon dienen voor een taakverdeling tussen het vrij en het gemeentelijk onderwijs, kon daarin de noodzakelijke basis worden gevonden voor een beperking van het beginsel van de benuttingsgelijkheid van de openbare dienst. Ouders die geen bezwaar hebben tegen de oriëntatie van de school zoals die uit het diplomacriterium van de leerkrachten zou zijn af te leiden, en een inschrijving in de school van hun gemeente vragen, mogen o.i. niet geweigerd worden op grond van een pedagogische voorkeur van de gemeenteschool die zelf niet in een andere vestigingsplaats op een redelijke afstand instaat voor een aanbod van gemengd onderwijs. De op de traditie teruggaande taakverdeling tussen de ene vrije en de ene gemeentelijke school is, gelet op de afbrokkelende waardering voor de pedagogische betekenis van niet-gemengd onderwijs, niet meer te handhaven.

IS HET ONDERSCHEID JONGENS-MEISJES RELEVANT VOOR HET ONDERWIJS?

26. Het arrest van het Hof van Beroep te Brussel van 21 februari 1996 is een van de weinige rechterlijke uitspraken die niet alleen het verschil in behandeling vaststelt, maar die ook nagaat of daarvoor een redelijke verantwoording gegeven is. En het arrest is laconiek: «De gelijkheid van de geslachten wordt miskend wanneer door een onderwijsinstelling de toegang tot het onderwijs enkel wordt afhankelijk gesteld van de sekse van een kind, nu die sekse op zich in geen enkele relevante verhouding staat tot de onderwijsverstrekking». ⁷⁰ Vanwaar deze verder totaal niet onderbouwde zelfzekerheid?

Anderen beweren traditioneel dat het gescheiden opvoeden van jongens en meisjes tot hun pedagogische project behoort. De keuze wordt gefundeerd in de vrijheid van onderwijs. Dat lang niet iedereen meer overtuigd is van de reële pedagogische inspiratie achter het niet-gemengd onderwijs, is evident. Dat scholen die het ene jaar de keuze voor niet-gemengd onderwijs kunnen funderen in een pedagogisch project en de vrijheid van onderwijs en het volgend jaar om pragmatische of andere reden overstappen naar gemengd onderwijs, de maatschappelijke geloofwaardigheid van het principiële argument voor niet-gemengd onderwijs ondergraven, is ook duidelijk. Dat alles ontnemt evenwel nog niet elke legitimiteit aan een principieel beroep op het recht niet-gemengd onderwijs te organiseren.

Overigens blijkt uit tal van wetenschappelijke onderzoeken dat schoolprestaties van jongens en meisjes niet altijd gelijklopen en dat sociale druk in klasverband soms tot lagere prestaties van meisjes leidt. ⁷¹ Bovendien heeft de Raad

van State zoals gezegd ook erop gewezen dat de verplichte toegankelijkheid van alle scholen voor jongens en meisjes nog niet inhoudt dat ook coëductie wettelijk verplicht is. Daarmee blijft de weg open voor gescheiden onderwijs van bv. bepaalde vakken, ook in gemengde scholen. ⁷²

27. Aangenomen dat aan het objectieve onderscheid tussen jongens en meisjes op wettige wijze enige relevantie kan worden toegekend voor het onderwijs, blijft nog de vraag of het beroep op het recht om niet-gemengd onderwijs te organiseren naar omstandigheden niet als rechtsmisbruik kan worden beschouwd. Naar het oordeel van het Hof van Beroep te Gent «is de contractswegering van een vrije school slechts onrechtmatig en maakt zij rechtsmisbruik uit, indien zij plaats vindt op grond van criteria die onbetamelijk zijn en waardoor de menselijke waardigheid in het gedrang komt». ⁷³ De in het arrest gecursiveerde zinsnede valt er nogal ongelukkig. Ze is enigszins uit het verband ontleend aan een noot van E. Dirix. ⁷⁴ Deze auteur is evenwel veel genuanceerder en preciezer in het nagaan of er al of niet van rechtsmisbruik sprake is. Hij wijst op enerzijds het maatschappelijk en economisch belang van de overeenkomst, en vervolgens op het al dan niet voorhanden zijn van uitwijkmogelijkheden. ⁷⁵

Aan deze criteria gemeten, is allereerst het belang van gemengd onderwijs evident. In de huidige maatschappelijke context krijgt de gelijkheid van man en vrouw een steeds grotere betekenis. Een weigering een leerling in te schrijven op grond van zijn geslacht kan de ouders en de leerling onmiskenbaar raken in een maatschappelijk belangrijke aangelegenheid. Sommige rechters zijn dan ook van oordeel dat indien enkel pragmatische argumenten en plannificatieafspraken worden ingeroepen, deze argumenten niet kunnen opwegen tegen het belang van de onderwijszoekenden in gemengd onderwijs, ⁷⁶ of wijzen erop dat de vraag van de ouders al evenzeer door pragmatische overwegingen is ingegeven. ⁷⁷ Anderen oordelen dat ook deze meer praktische motieven respect verdienen. ⁷⁸ Wanneer de school aan het overschakelen is naar gemengd onderwijs zou o.i. het pragmatische argument toch wel moeten worden gerespecteerd. ⁷⁹ En in elk geval krijgt het afwegen van de in het geding zijnde waarden een heel ander uitzicht, wanneer tegenover het recht op gelijke behandeling de vrijheid van onderwijs en van pedagogische methode wordt ingeroepen. Uit het vorenstaande moge blijken dat tot hertoe de Vlaamse decreetgever geen algemene prioriteit heeft gegeven aan het recht op gelijke behandeling, maar integendeel een marge heeft gelaten voor het, met een beroep op de vrijheid van onderwijs, organiseren van niet-gemengd onderwijs.

⁷² Cf. supra nr. 17.

⁷³ Gent, 2 februari 1996, in dit nummer.

⁷⁴ DIRIX, (vn. 8), 543.

⁷⁵ DIRIX, (vn. 8), 544.

⁷⁶ Zie bv. Rb. Brugge, 5 september 1990, (vn. 56); Rb. Antwerpen (Kg.), 19 juli 1991, *T.O.R.B.*, 1991-92, 197.

⁷⁷ Rb. Mechelen (Kg.), 14 augustus 1995, *R.W.*, 1995-96, april-mei; Rb. Brussel (Kg.), 14 september 1995, niet gepubliceerd.

⁷⁸ Rb. Antwerpen, 22 oktober 1992, (vn. 29), 543.

⁷⁹ Cf. Rb. Leuven (Kg.), 30 augustus 1991, *T.O.R.B.*, 1991-92, 199; Rb. Antwerpen, 27 juni 1995, (vn. 20).

⁶⁹ *Vr. & Antw.*, VI. R., 24 juli 1989, 574, (Vraag nr. 94 VAN DURME).

⁷⁰ Brussel, 21 februari 1996, punt 4, in dit nummer.

⁷¹ Zie referenties o.m. bij VERSTEGEN, R. (vn.8), *T.O.R.B.*, 1994-95, 135, vn. 33.

28. De rechter zou op grond van het tweede door E. Dirix aangegeven criterium kunnen besluiten tot rechtsmisbruik, wanneer in een bepaalde regio onvoldoende aanbod van gemengd onderwijs voorhanden is. Rekening houdend met de eigenheid van onze onderwijsorganisatie, kan de rechter de toets van de aanwezigheid van voldoende alternatieven preciseren en nagaan, niet alleen of er voldoende gemengd onderwijs in de regio aangeboden wordt,⁸⁰ maar ook of er voldoende gemengd onderwijs van de door de ouders gewenste strekking aanwezig is.⁸¹ Op die manier betreft de rechter het wettelijk criterium van de vrije keuzeschool in zijn beoordeling zonder het formeel toe te passen. Meer bepaald worden de strikte afstandsvereisten in een dergelijke beoordeling niet betrokken.⁸² De facto leidt de toets van het voorhanden zijn van valabele alternatieven meestal tot de conclusie dat er van rechtsmisbruik geen sprake is, omdat er in de regio een voldoende aanbod aan gelijkgezind gemengd onderwijs is.⁸³ Rechters verwachten daarbij soms enige inspanning om zich te begeven naar een school van zijn keuze die gemengd onderwijs aanbiedt, ook al is de afstand groter dan de in het mechanisme van art. 4 van de Schoolpactwet opgenomen redelijke afstand.⁸⁴

De controle op de aanwezigheid van gemengd vrij onderwijs gaat uit van een prioriteit voor het gemengd onderwijs. Indien dat niet voorhanden is, dan zou de voorkeur van ouders die niet-gemengd onderwijs wensen moeten wijken. Ook hier dus een verplicht gemengd karakter, maar niet per vestigingsplaats, wel per regio per net.

BESLUITEN

29. De rechtspraak over het al of niet verplicht karakter van voor jongens en meisjes gemengd onderwijs wordt soms te gemakkelijk gevoerd op het niveau van de grote beginzelen. Noch uit de internationale verdragen noch uit de Grondwet kan worden afgeleid dat het onderwijs noodzakelijk gemengd moet zijn.

Uit secundaire Europese wetgeving (richtlijn 76/207) valt af te leiden dat elke beroepsopleiding in elke regio voor jongens en meisjes toegankelijk moet zijn, niet dat deze toegankelijkheid ook in elke vestigingsplaats moet worden gewaarborgd. Dat is ook de draagwijdte van de wet van 4 augustus 1978 en zijn uitvoeringsbesluiten. Indien een opleiding in een bepaald net in die regio slechts eenmaal wordt aangeboden, moet de pedagogische vrijheid wijken voor de gelijke kansen van jongens en meisjes. Het Vlaams parlement heeft recent geweigerd om een verdergaande verplichting op te leggen. In de rechtspraak wordt ten onrechte geen rekening gehouden met dit gegeven waaruit volgt dat naar

⁸⁰ Cf. Rb. Antwerpen (Kg.), 22 juli 1992, *R.W.*, 1992-93, 541; Rb. Leuven (Kg.), 25 augustus 1995, niet gepubliceerd.

⁸¹ In die zin Gent, 2 februari 1996, in dit nummer: «De weigering (...) zou (...) rechtsmisbruik uitmaken indien in een min of meer nabije omgeving door geen andere instelling een gelijkaardig en gelijkwaardig onderwijs wordt aangeboden.»

⁸² Zie K.B., 14 maart 1960 houdende toepassing van artikel 4 van de wet van 29 mei 1959, *B.S.*, 7 mei 1960 (4 km. in het lager, 12 km. in het secundair onderwijs).

⁸³ Cf. Rb. Antwerpen, 22 oktober 1992, (vn. 29), 543; Rb. Antwerpen, 27 juni 1995, (vn.19).

⁸⁴ Cf. Gent, 2 februari 1996, in fine.

het oordeel van de wetgever gemengd onderwijs niet algemeen verplicht is, maar slechts onder bepaalde modaliteiten en voorzover het gaat om beroepsonderwijs. Uit de rechtspraak van de Raad van State kan worden afgeleid dat praktisch het hele secundair onderwijs als beroepsonderwijs moet worden aangezien. De wetgeving is op dit laatste punt evenwel nog niet aangepast.

Uit art. 4 van de Schoolpactwet van 29 mei 1959 zou kunnen worden afgeleid dat, onder welbepaalde omstandigheden, de pedagogische keuze voor niet-gemengd onderwijs moet wijken voor de nog meer fundamentele waarborgen van vrije keuze tussen confessioneel en niet-confessioneel onderwijs.

O.i. kan ook worden gezegd dat een gemeenteschool die binnen een redelijke afstand de enige officiële school is, zich niet langer op de pedagogische vrijheid kan beroepen om niet-gemengd onderwijs aan te bieden. In het licht van de maatschappelijke ontwikkelingen inzake gelijke behandeling van man en vrouw en ook wel van de binnen het onderwijsrecht aan de gang zijnde evolutie inzake garanties voor de vrije schoolkeuze, kan worden aangenomen dat de pedagogische vrijheid niet langer een afdoende legitimering is om afwijkend van de regel van de benuttingsgelijkheid van de openbare diensten, meisjes (of jongens) te weigeren.

Ook zou de weigering van een vrije school om jongens of meisjes in te schrijven kunnen worden gekwalificeerd als rechtsmisbruik, indien in de regio op een naar omstandigheden te beoordelen redelijke afstand niet een naar strekking gelijkaardige en wellicht ook naar kwaliteit ongeveer gelijkwaardige school voorhanden is die gemengd onderwijs aanbiedt. In dat geval zou de keuze van sommige ouders voor niet-gemengd onderwijs opnieuw moeten wijken. Hier komt de rechtspraak tot verplicht gemengd onderwijs opnieuw, zoals in de wet van 4 augustus 1978, niet in elke vestigingsplaats, wel per regio per net.

30. De principiële argumenten voor gemengd of voor niet-gemengd onderwijs hebben hun gewicht. Toch is duidelijk dat ze de facto aan beide zijden frequent ingeroepen worden om erg pragmatische overwegingen (traditie, afspraken versus comfort, nabijheid enz.) meer gewicht te geven. Soms zal de rechter daar rekening mee kunnen houden en uitzonderlijk zelfs een beroep of een principieel argument als in de gegeven omstandigheden ongeloofwaardig terzijde schuiven. In de regel moet hij deze argumenten evenwel aannemen, wat hij ook moge denken over de zinvolheid daarvan.

Anderzijds is het o.i. maatschappelijk dan weer niet goed voor de geloofwaardigheid van een beroep op de vrijheid van onderwijs dat wat de ene dag als een pedagogische keuze verdedigd wordt, 's anderendaags om pragmatische redenen verlaten wordt. In de periode van overgang die we nu meemaken, zijn de grote argumenten onmisbaar maar tegelijkertijd erg kwetsbaar. En de vrijheid van onderwijs is een te kostbaar goed om er licht mee om te gaan.

R. VERSTEGEN

ADDENDUM

Na de voltooiing van deze bijdrage deed de Rechtbank te Brugge op 24 juni 1996 nog uitspraak ten gronde in de zaak van de gemeentelijke jongensschool te Damme-Sijsele (zie nr. 25). De rechter is van oordeel dat de gemeente niet aan-

toont «dat het zogenaamd 'pedagogisch model' van niet-gemengd onderwijs een ongelijke ehandeling tussen jongens en meisjes zou rechtvaardigen in de door haar als openbare dienst ingericht onderwijs. Nergens wordt door verweerster inhoudelijk dit pedagogisch model afgewogen ten opzichte van het model van gemengd onderwijs. A fortiori wordt niet aangetoond op welke grondslag de gelijke behandeling zou dienen opzijgeschoven te worden op grond van het pedagogisch model van niet-gemengd onderwijs» (punt 2.5 in het vonnis).

Ook het beroep op een overeenkomst tussen de verschillende onderwijsnetten wordt niet aanvaard: «Een dergelijke overeenkomst kan geen afbreuk doen aan de verplichting van de overheid om bij het organiseren van een openbare dienst de hiervoor besproken principes van gelijkheid

en non-discriminatie te respecteren. Het kan niet aanvaard worden dat door een overeenkomst waarin de ouders, noch kinderen, betrokken zijn, hun grondwettelijke rechten en verdragsrechtelijke bescherming in het gedrang zou gebracht worden» (punt 2.8).

Van de doorverwijzing naar de vrije meisjesschool zegt de rechter: «In de mate waarin de weigering van verweerster om de kinderen in te schrijven in de gemeentelijke basisschool te Sijsele, erop zou neer komen dat de kinderen zouden dienen over te schakelen naar een ander onderwijsnet, is dit flagrant in strijd met de grondwettelijk gewaarborgde vrije schoolkeuze» (punt 2.9).

R.V.

RECHTSPRAAK

ARBITRAGEHOF

14 DECEMBER 1995

Voorzitter: de h. De Grève

Rapporteurs: de hh. Boel en Cerexhe

Advocaten: mrs. Wouters loco Delahaye, Ketsman, Gérard en Ronse

Grondwet – Gelijkheid en niet-discriminatie – Pensioen van sommige mandatarissen – Beperkingen – Uitsluiting

Art. 15bis van de wet van 8 december 1976 tot regeling van het pensioen van sommige mandatarissen en van dat van hun rechtverkrijgenden schendt de artt. 10 en 11 Gw. in zoverre die bepaling zo wordt gelezen dat zij de toepassing van de beperkingen voorgeschreven in art. 10bis van het K.B. nr. 50 van 24 oktober 1967 betreffende het rust- en overlevingspensioen voor werknemers uitsluit.

Arrest nr. 84/95

I. Onderwerp van de prejudiciële vraag

Bij arrest van 18 januari 1995 in zake de Rijksdienst voor Pensioenen tegen Van der A., heeft het Arbeidshof te Antwerpen de volgende prejudiciële vraag gesteld:

«Schendt artikel 15bis van de wet van 8 december 1976 tot regeling van het pensioen van sommige mandatarissen en van dat van hun rechtverkrijgenden – in deze wet ingevoegd door artikel 14 van de wet van 22 januari 1981 – artikel 10, resp. 11, van de Grondwet, waar volgens deze bepaling 'de pensioenen toegekend krachtens deze wet niet in aanmerking komen voor de beperkingen, bepaald in het stelsel van de rust- en overlevingspensioenen van de loonarbeiders', lees: de beperkingen voorzien in het koninklijk besluit nr.

50 van 24 oktober 1967, meer bepaald artikel 10bis, ingevoegd door het koninklijk besluit nr. 205 van 29 augustus 1983?»

...

IV. Onderwerp van de in het geding zijnde bepalingen

1. Artikel 15bis van de wet van 8 december 1976 tot regeling van het pensioen van sommige mandatarissen en van dat van hun rechtverkrijgenden, ingevoegd bij artikel 14 van de wet van 22 januari 1981 (*Belgisch Staatsblad*, 7 maart 1981) bepaalt:

«De pensioenen toegekend krachtens deze wet komen niet in aanmerking voor de beperkingen, bepaald in het stelsel van de rust- en overlevingspensioenen van de loonarbeiders alsmede in het stelsel van de rust- en overlevingspensioenen van de zelfstandigen.»

2. Artikel 10bis van het koninklijk besluit nr. 50 van 24 oktober 1967 betreffende het rust- en overlevingspensioen voor werknemers, ingevoegd bij het koninklijk besluit nr. 205 van 29 augustus 1983 (*Belgisch Staatsblad*, 6 september 1983) bepaalt:

«Wanneer de werknemer aanspraak kan maken op een rustpensioen krachtens dit besluit en op een rustpensioen of een als zodanig geldend voordeel krachtens één of meer andere regelingen en wanneer het totaal van de breuken die voor elk van die pensioenen de belangrijkheid ervan uitdrukken de eenheid overschrijdt, wordt de beroepsloopbaan die voor de berekening van het rustpensioen als werknemer in aanmerking wordt genomen verminderd met zoveel jaren als nodig om genoemd totaal tot de eenheid te herleiden.

De breuk waarvan sprake in vorig lid drukt de verhouding uit tussen de duur der tijdvakken, het percentage of iedere andere maatstaf met uitsluiting van het bedrag die voor de vaststelling van het toegekende pensioen in aanmerking

werd genomen en het maximum van die duur, van dat percentage of van een andere maatstaf op grond waarvan een volledig pensioen kan worden toegekend.

Een gelijkaardige vermindering wordt toegepast wanneer de overlevende echtgenoot van een werknemer op een overlevingspensioen krachtens dit besluit en op een overlevingspensioen of een als zodanig geldend voordeel krachtens één of meer andere regelingen aanspraak kan maken en waarvan de globale belangrijkheid de in het eerste lid bedoelde normen overschrijdt.

Voor de toepassing van dit artikel wordt onder 'andere regeling' verstaan iedere andere Belgische regeling inzake rustpensioenen en overlevingspensioenen, uitgezonderd die voor de zelfstandigen en iedere gelijkaardige regeling van een vreemd land of een regeling die toepasselijk is op het personeel van een volkenrechtelijke instelling.

De Koning bepaalt:

1° in welke gevallen de vermindering beoogd bij dit artikel niet wordt toegepast;

2° op welke wijze het aantal kalenderjaren van de beroepsloopbaan als werknemer wordt beperkt;

3° welke pensioengedeelten die krachtens andere regelingen worden toegekend voor de toepassing van dit artikel buiten beschouwing worden gelaten;

4° wat onder volledig pensioen in een andere regeling wordt verstaan.»

Die bepaling werd uitgevoerd door het koninklijk besluit van 14 oktober 1983 tot uitvoering van artikel 10bis van het koninklijk besluit nr. 50 van 24 oktober 1967 betreffende het rust- en overlevingspensioen voor werknemers (*Belgisch Staatsblad*, 27 oktober 1983) en latere wijzigingen.

V. In rechte

...

B.1. Uit het arrest waarbij de prejudiciële vraag wordt gesteld en uit de memories van de partijen blijkt dat de bepalingen die het voorwerp uitmaken van de prejudiciële vraag op verschillende wijzen kunnen worden geïnterpreteerd. Het Hof antwoordt op de prejudiciële vraag in de door de rechter voorgelegde interpretatie.

B.2. Volgens die interpretatie houdt artikel 15bis van de wet van 8 december 1976 tot regeling van het pensioen van sommige mandatarissen en van dat van hun rechtverkrijgenden in dat het pensioen dat aan hen wordt toegekend, ter uitvoering van die wet niet in aanmerking mag worden genomen voor het beperken van het pensioen waarop zij aanspraak zouden kunnen maken in het stelsel van de rust- en overlevingspensioenen van de loonarbeiders en mag zulks in het bijzonder niet gebeuren door toepassing van artikel 10bis van het koninklijk besluit nr. 50 van 24 oktober 1967 betreffende het rust- en overlevingspensioen voor werknemers.

B.3. Volgens de verweerder voor de verwijzende rechter vloeit uit die interpretatie geen discriminatie voort. Allereerst, omdat de door vermelde wet beoogde mandatarissen die aanspraak maken op een rustpensioen als werknemer op generlei wijze kunnen worden vergeleken met andere werknemers met een gemengde loopbaan die geen mandaat als lokaal mandataris hebben uitgeoefend. Bijkomend omdat het verschil in behandeling redelijkerwijze is verantwoord nu

de wetgever in het algemeen belang beoogde het mandaat als lokaal mandataris voldoende aantrekkelijk te houden voor waardevolle kandidaten die zich ten dienste van de gemeenschap willen inzetten. Tenslotte, omdat de financiële lasten ervan door de lokale overheden worden gedragen en geen weerslag hebben op de financieringswijze van de pensioensector door de federale overheid.

De Rijksdienst voor Pensioenen en de Ministerraad daarentegen zijn van oordeel dat er geen enkele objectieve reden is om, gelet op de bedoeling van de wetgever bij de aanname van artikel 10bis van het koninklijk besluit nr. 50, nog een voorrecht op dat punt te kunnen verantwoorden voor sommige mandatarissen en hun rechtverkrijgenden in vergelijking met de pensioengerechtigden uit andere regelingen.

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

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 geschonken wanneer vaststaat dat er geen redelijk verband van evenredigheid bestaat tussen de aangewende middelen en het beoogde doel.

B.5. Weliswaar berust het verschil in behandeling dat het gevolg is van de betrokken bepalingen op een objectief criterium, namelijk het feit dat de rechthebbende gedurende een zekere periode het mandaat van burgemeester, schepen of voorzitter van openbaar centrum voor maatschappelijk welzijn heeft uitgeoefend, doch het is redelijkerwijze niet verantwoord, nu bij de invoering van artikel 10bis in het koninklijk besluit nr. 50 de bedoeling voorlag door de invoering van het beginsel van de eenheid van loopbaan in de rust- en overlevingspensioenen, welk stelsel te dezen als residuair wordt beschouwd, alle werknemers met een gemengde beroepsloopbaan op gelijke voet te behandelen en zulks met het oog op het beheersen van de uitgaven in die pensioenregeling. De in de parlementaire voorbereiding van artikel 15bis van de wet van 8 december 1976 vermelde reden, namelijk voorkomen dat het pensioen als werknemer of als zelfstandige «aanzienlijk wordt verminderd of zelfs tot nul herleid als de begunstigde tegelijkertijd het voordeel van een pensioen op grond van een gemeentelijk of gelijkgesteld mandaat geniet» (*Gedr. St., Kamer*, 1979-80, nr. 333/4, p. 2) kan het verschil in behandeling niet verantwoorden. Een dergelijke verantwoording zou immers ten behoeve van alle andere werknemers met een gemengde beroepsloopbaan kunnen worden aangevoerd om af te wijken van de regel van de eenheid van de beroepsloopbaan.

Het Hof stelt overigens vast dat de Koning, ter uitvoering van het koninklijk besluit nr. 50 van 24 oktober 1967 betreffende het rust- en overlevingspensioen voor werknemers, diverse versoepelingen op de regel van de eenheid van de beroepsloopbaan kan invoeren en dit met toepassing van artikel 10bis, vijfde lid.

Om die redenen,
het Hof
zegt voor recht:

Artikel 15bis van de wet van 8 december 1976 tot regeling van het pensioen van sommige mandatarissen en van dat van hun rechtverkrijgenden schendt de artikelen 10 en 11 van de Grondwet in zoverre die bepaling zo wordt gelezen dat zij de toepassing van de beperkingen voorgeschreven in artikel 10bis van het koninklijk besluit nr. 50 van 24 oktober 1967 betreffende het rust- en overlevingspensioen voor werknemers uitsluit.

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER – 13 NOVEMBER 1995

Voorzitter-rapporteur: de h. Rappe
Openbaar ministerie: de h. Leclercq
Advocaat: mr. Van Ommeslaghe

Arbeidsongeval – Verjaring – Stuiting – Rechtsvordering tot betaling van vergoedingen – Gemeen recht – Toepasselijkheid – Erkenning door schuldenaar van de vergoedingen – Geldigheid

Aangezien, ingevolge art. 70 A.O.W., ook art. 2248 B.W. toepassing vindt ter zake van de stuiting van de verjaring van de rechtsvordering tot betaling van de arbeidsongevallenvergoedingen, wordt die verjaring gestuit door de erkenning door de schuldenaar van de vergoedingen van het recht van de getroffene om, overeenkomstig de wet, vergoeding te verkrijgen.

Op dit punt wijkt art. 70 A.O.W. af van het beginsel dat een bekentenis niet kan slaan op zaken waarover de wet verbiedt te beschikken of een dading aan te gaan.

Franse Gemeenschap t/ M.

Gelet op het bestreden arrest, op 21 december 1993 door het Arbeidshof te Brussel gewezen;

Over het tweede middel: schending van de artikelen 6, 1128, 1131, 1133, 1315, 1316, 1350, 4°, 1354 tot 1356 van het Burgerlijk Wetboek, 20 van de wet van 3 juli 1967 betreffende de schadevergoeding voor arbeidsongevallen, voor ongevallen op de weg naar en van het werk en voor beroepsziekten in de overheidssector, 6, § 2, 69 en 70 van de Arbeidsongevallenwet van 10 april 1971,

doordat het arbeidshof het volgende heeft overwogen: «Overwegende dat, wanneer, zoals te dezen, de schuldenaar het recht van de schuldeiser op een rente (maandelijks uitkeringen of vergoedingen) uitdrukkelijk doch onder ontbindende voorwaarde in de vorm van een voorbehoud erkent, als een verjaringstuitende daad van erkenning in de zin van artikel 2248 van het Burgerlijk Wetboek wordt beschouwd, niet alleen de erkenning zelf (in het geval dat de verjaringstermijn reeds zou zijn ingegaan) maar ook alle op grond van die erkenning verrichte betalingen, en zulks tot de dag waarop dat voorbehoud vervalt;

...

terwijl de erkenning bedoeld in artikel 2248 van het Burgerlijk Wetboek als een bekentenis wordt beschouwd; de bekentenis niet kan slaan op zaken waarover het krachtens de wet verboden is te beschikken of een dading aan te gaan; de wet van 3 juli 1967 en 10 april 1971 waarin de vereisten voor

het bestaan van een arbeidsongeval worden omschreven nu juist bepalingen bevat die de openbare orde raken; de bekentenis dat het hier gaat om een arbeidsongeval derhalve nietig is; het arbeidshof bijgevolg, nu het zich baseert op daden van erkenning die aan eiseres worden toegeschreven, zijn beslissing niet naar recht verantwoordt;

Overwegende dat artikel 70 van de Arbeidsongevallenwet van 10 april 1971 die, krachtens artikel 20, tweede lid, van de wet van 3 juli 1967 van toepassing is op de openbare sector bepaalt dat de verjaring van de rechtsvordering tot betaling van de vergoedingen op de gewone wijzen wordt gestuit;

Dat, nu de regels van het gemene recht, artikel 2248 van het Burgerlijk Wetboek niet uitgezonderd, toepasselijk zijn verklaard door artikel 70 van de Arbeidsongevallenwet, dat artikel inhoudt dat de verjaring wordt gestuit wegens de erkenning, door de schuldenaar van de vergoedingen gedaan, van het recht van de getroffene om, overeenkomstig de wet, vergoeding te verkrijgen van de schade welke zij beweert te hebben geleden; dat het op dat punt afwijkt van de in het middel vermelde beginselen;

Overwegende dat het arrest, nu het beslist dat de verjaring van de rechtsvordering van verweerster tot betaling van de vergoedingen is gestuit door de aan eiseres toegeschreven daden van erkenning, geen van de in het middel vermelde wetsbepalingen schendt;

Dat het middel faalt naar recht;

...

NOOT – Zie in dit nummer ook Cass., 13 november 1995, inzake A.S.G. t/ L., R.V.A. e.a.

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER – 13 NOVEMBER 1995

Voorzitter: de h. Rappe
Rapporteur: de h. Parmentier
Openbaar ministerie: de h. Leclercq
Advocaten: mrs. Nelissen Grade en Draps

Arbeidsongeval – Overheidspersoneel – Rechtsvordering tot betaling van vergoedingen – Verjaring – Stuiting – Gemeen recht – Toepasselijkheid – Erkenning van het recht door de schuldenaar – Geldigheid – Blijvende invaliditeit – Percentage – Administratieve Gezondheidsdienst – Medische onderzoeken

Ingevolge art. 70 A.O.W., dat ook geldt ter zake van de arbeidsongevallen overkomen aan leden van het overheidspersoneel, stuit de erkenning, door de schuldenaar, van het recht van hem tegen wie de verjaring loopt, de verjaring, met toepassing van art. 2248 B.W.

Medische onderzoeken, zonder voorbehoud verricht door de Administratieve Gezondheidsdienst m.b.t. het percentage van de blijvende invaliditeit van de getroffene, maken geen erkenning door de minister of het beheerscomité van de instelling van openbaar nut uit van het recht van de getroffene op de wettelijke vergoedingen voor blijvende invaliditeit.

1. A.S.G. t/ L., R.V.A. en Belgische Staat, minister van Volksgezondheid en Leefmilieu 2. Belgische Staat, minister van Sociale Integratie, Volksgezondheid en Leefmilieu t/ A.G.S., t.a.v. L. en R.V.A.

Gelet op het bestreden arrest, op 17 mei 1993 door het Arbeidshof te Luik gewezen;

Overwegende dat de onder nummers S. 94.0085 F en S. 95.0009.F op de algemene rol ingeschreven voorzieningen tegen hetzelfde arrest zijn gericht; dat zij dienen te worden samengevoegd;

I. Op de voorziening van de gemeenschappelijke verzekeringskas A.S.G. Algemeen Syndikaat:

Over het middel: schending van de artikelen 2242, 2248 van het Burgerlijk Wetboek, 20 van de wet van 3 juli 1967 betreffende de schadevergoeding, voor arbeidsongevallen, voor ongevallen op de weg naar en van het werk en voor beroepsziekten in de overheidssector, gewijzigd bij artikel 9 van de wet van 13 juli 1973, 8, 9 van het koninklijk besluit van 24 januari 1969, ter uitvoering van artikel 1 van de wet van 3 juli 1967 en 70 van de Arbeidsongevallenwet van 10 april 1971, gewijzigd bij artikel 109 van de wet van 1 augustus 1985,

...

Overwegende dat het arrest vaststelt dat verweerster op 3 maart 1981 door een arbeidsongeval is getroffen, toen zij bij de eerste verweerder (de R.V.A.) in dienst was;

Overwegende dat krachtens artikel 20 van de wet van 3 juli 1967 betreffende de schadevergoeding voor arbeidsongevallen, voor ongevallen op de weg naar en van het werk en voor beroepsziekten in de overheidssector, de verjaring van de vorderingen tot betaling van de vergoedingen wordt gestuit op dezelfde wijze en op dezelfde gronden als bepaald door de wetgeving op de arbeidsongevallen;

Dat artikel 70 van de Arbeidsongevallenwet van 10 april 1971 bepaalt dat de verjaringen op de gewone wijzen worden gestuit;

Dat luidens artikel 2248 van het Burgerlijk Wetboek, de erkenning van het recht van hem tegen wie de verjaring loopt, door de schuldenaar of de bezitter gedaan, de verjaring stuit;

Overwegende dat artikel 8 van het koninklijk besluit van 24 januari 1969 betreffende de schadevergoeding, ten gunste van personeelsleden der rijksbesturen en der andere rijksdiensten, van sommige leden van het personeel der gesubsidieerde onderwijsinrichtingen en der gesubsidieerde psycho-medisch-sociale centra en diensten voor studie- en beroepsoriëntering, voor arbeidsongevallen en ongevallen op de weg naar en van het werk, bepaalt dat het percentage van de blijvende invaliditeit die het gevolg is van het door het ongeval veroorzaakte fysiologisch letsel ambtshalve door de Administratieve Gezondheidsdienst wordt vastgesteld;

Dat krachtens artikel 9 van hetzelfde koninklijk besluit, de minister nagaat of de toekenningsvoorwaarden van de vergoedingen vervuld zijn, nadat de Administratieve Gezondheidsdienst hem zijn beslissing over de vaststelling van het invaliditeitspercentage bekend heeft gemaakt;

Overwegende dat het arrest, dat oordeelt dat «te dezen, een der medische onderzoeken bij de Administratieve Gezondheidsdienst, met name op 28 februari 1984 plaatsvond, waardoor de verjaring is gestuit en er tevoren en daarna nog talrijke andere raadplegingen, eveneens zonder voorbehoud, hebben plaatsgehad» en dat die medische onderzoeken de erkenning kunnen uitmaken van het recht van verweerster

en derhalve de verjaring van haar vordering tot betaling van de vergoeding hebben gestuit, de in het middel aangewezen wettelijke bepalingen schendt;

Dat het middel gegrond is;

II. Op de voorziening van de Belgische Staat, vertegenwoordigd door de minister van Sociale Integratie, Volksgezondheid en Leefmilieu:

Over het middel: schending van de artikelen 2248 van het Burgerlijk Wetboek, 1, 2°, 20 van de wet van 3 juli 1967 betreffende de schadevergoeding voor arbeidsongevallen, voor ongevallen op de weg naar en van het werk en voor beroepsziekten in de overheidssector, welk laatste artikel is gewijzigd bij artikel 9 van de wet van 13 juli 1973, 8, 98 van het koninklijk besluit van 24 januari 1969 betreffende de schadevergoeding, ten gunste van de personeelsleden, der rijksbesturen en der andere rijksdiensten, van sommige leden van het personeel der gesubsidieerde onderwijsinrichtingen en der gesubsidieerde psycho-medisch-sociale centra, en diensten voor studie- en beroepsoriëntering voor arbeidsongevallen en voor ongevallen op de weg naar en van het werk, 1, 2, 2°, 3, 4 van het koninklijk besluit van 12 juni 1970 betreffende de schadevergoeding, ten gunste van de personeelsleden der instellingen van openbaar nut, voor arbeidsongevallen en voor ongevallen op de weg naar en van het werk, dat op de personeelsleden van de Rijksdienst voor Arbeidsvoorziening van toepassing is, krachtens artikel 1 van de wet van 16 maart 1954 betreffende de controle op de bepaalde instellingen van openbaar nut, in samenhang met de artikelen 9 van de wet van 14 februari 1961 voor economische expansie, sociale vooruitgang en financieel herstel en 7 van de besluitwet van 28 december 1944 betreffende de maatschappelijke zekerheid der arbeiders, gewijzigd bij de wet van 14 juli 1951, 69 en 70 van de Arbeidsongevallenwet van 10 april 1971.

...

Overwegende dat uit de vergelijking van de in het middel aangewezen bepalingen en het antwoord op de voorziening van de gemeenschappelijke verzekeringskas A.S.G. Generaal Syndikaat volgt, dat het medisch onderzoek van de getroffen van een arbeidsongeval in de overheidssector dat door de Administratieve Gezondheidsdienst, zelfs zonder voorbehoud, is verricht, geen erkenning, door de minister of door het beheersorgaan van de instelling van openbaar nut, uitmaakt van het recht van de getroffene op de wettig verschuldigde vergoedingen in geval van blijvende invaliditeit en, derhalve, de verjaring van de vordering tot betaling van die vergoedingen niet stuit;

Overwegende dat het arrest, dat anders beslist, de in het middel aangewezen wettelijke bepalingen schendt;

Dat het middel gegrond is;

...

NOOT – Zie in dit nummer ook Cass., 13 november 1995, inzake Franse Gemeenschap t/ M.

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 30 NOVEMBER 1995

Voorzitter: mevr. Baeté-Swinnen

Rapporteur: de h. Forrier

Openbaar ministerie: de h. Dubrulle
Advocaat: mr. Houtekier

Huwelijk – Art. 223, tweede lid, B.W. – Dringende voorlopige maatregelen – Samenwoningsverplichting voor onbepaalde tijd geschorst – Onderhoudsuitkering of ontvangstmachtiging – Geen schuldvraag – Geen bestendige organisatie van de feitelijke scheiding

De rechter die op grond van artikel 223, tweede lid, B.W., de plicht tot samenwonen der echtgenoten voorlopig opschort, kan voor de duur van die feitelijke scheiding een uitkering tot onderhoud of een inkomstendelegatie als daarmee gepaard gaande dringende voorlopige maatregel toekennen, zonder dat hij zich dient uit te spreken over de schuldvraag.

Het enkele feit dat de rechter de bevolen maatregelen niet in de tijd beperkt, impliceert niet noodzakelijk dat hij de feitelijke scheiding van de echtgenoten op bestendige wijze organiseert.

L. / Van der R.

Gelet op het bestreden vonnis, op 15 december 1992 in hoger beroep gewezen door de Rechtbank van Eerste Aanleg te Antwerpen;

...

Overwegende dat de rechter die, op grond van artikel 223, tweede lid, van het Burgerlijk Wetboek, de plicht tot samenwoning der echtgenoten voorlopig opschort, voor de duur van die feitelijke scheiding ook een uitkering tot onderhoud of een inkomstendelegatie als daarmee gepaard gaande dringende voorlopige maatregel kan toekennen, zonder dat hij zich hoeft uit te spreken over de vraag wie van de echtgenoten met betrekking tot de feitelijke scheiding schuld treft; dat evenwel die maatregelen niet ertoe mogen leiden een feitelijke scheiding van de echtgenoten op bestendige wijze te organiseren;

Overwegende dat uit het enkele feit dat de rechter de bevolen maatregelen niet in de tijd beperkt, niet noodzakelijk volgt dat hij de feitelijke scheiding van de echtgenoten op bestendige wijze organiseert;

Overwegende dat de appelrechter oordeelt dat de verstandhouding tussen de partijen zo ernstig verstoord is dat samenleven niet meer mogelijk is, en dat uit de brieven en de verklaring van eiser blijkt dat hij zelf akkoord ging, minstens tijdelijk, afzonderlijk te gaan wonen; dat hij de samenwoningsplicht opschort, het voorlopige gebruik van de roerende goederen regelt en eiser, op grond van artikel 223, tweede lid, van het Burgerlijk Wetboek, veroordeelt om aan verweerster een maandelijks onderhoudsbijdrage te betalen;

Overwegende dat die beslissingen niet inhouden dat de rechter de feitelijke scheiding van de echtgenoten op bestendige wijze organiseert; dat hij aldus de aangewezen wetsbepalingen (art. 221, 223 B.W.) niet schendt;

NOOT – Het Hof van Cassatie versoepelt met deze uitspraak de voorwaarden waaraan dient te worden voldaan opdat de (vrede)rechter, bij de toekenning van een uitkering tot onderhoud of een ontvangstmachtiging in het kader van art. 223 B.W., het schuld criterium buiten beschouwing kan laten om aldus het onderhoudsvraagstuk op louter alimentaire basis op te lossen.

In het arrest van 28 november 1986 besliste het Hof expliciet dat dit enkel mogelijk was indien de vrederechter gea dieerd werd op grond van art. 223, tweede lid, B.W. – ernstig verstoorde verstandhouding –, en daarbij de plicht tot samenwoning der echtgenoten *tijdelijk* schorst, waarbij het onderhoudsgeld of de ontvangstmachtiging als een daarmee gepaard gaande dringende voorlopige maatregel voor de duur van die feitelijke scheiding wordt toegekend, zonder dat deze maatregel er echter mag toe leiden dat de feitelijke scheiding van de echtgenoten op die manier op een bestendige wijze wordt georganiseerd (zie Cass., 28 november 1986, A.C., 1986-87, Rev. Not. B., 1987, nr. 195, 543, noot Pouleau, V., J.L.M.B., 1987, 211, noot Panier, C., Rev. Trim. Dr. Fam., 1987, 318, noot Renchon, J.L.; alsook Cass., 2 juni 1988, R.W., 1989-90, 686, noot, A.C., 1987-88, nr. 607; Tillemans, D., «De maatregelen aangaande het onderhoudsgeld», in *Voorlopige maatregelen tussen echtgenoten*, Senaev, P. (ed.), Leuven, Acco, 1989, 130-136).

De voorwaarde van de «tijdelijke» schorsing van de samenwoningsplicht wordt echter in het huidige arrest vervangen door de voorwaarde van een «voorlopige» opschorting. Beide uitdrukkingen kunnen echter bezwaarlijk als synoniemen beschouwd worden (zie Gerlo, J., «Niet tijdelijk? Neen, niet dringend!», noot onder Cass., 20 maart 1989, R.W., 1989-90, 540. In voornoemd arrest, lijkt het Hof van Cassatie reeds de voorwaarde van het tijdelijk karakter van de toegekende maatregelen in twijfel te trekken).

Ten slotte dient opgemerkt te worden dat het Hof met de overweging dat «uit het enkele feit dat de rechter de bevolen maatregelen niet in de tijd beperkt, niet noodzakelijk volgt dat hij de feitelijke scheiding van de echtgenoten op bestendige wijze organiseert», een weinig verhelderende en bekritiseerbare richtlijn geeft ter interpretatie van het verbod om de feitelijke scheiding op bestendige wijze te organiseren, verbod waaraan het Hof vasthoudt. Men kan zich immers de vraag stellen hoe de vrederechter dan wel de feitelijke scheiding zou kunnen organiseren?

F.A.

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER – 6 DECEMBER 1995

Voorzitter: de h. Ghislain

Raadsheer-rapporteur: de h. Jeanmart

Openbaar ministerie: de h. Piret

Advocaat: mr. De Gryse

Cheque – Zonder dekking – Burgerlijke-partijstelling

In geval van vervolging wegens uitgifte van een ongedekte cheque, is de vordering van de burgerlijke partij ontvankelijk als, zonder de uitgifte van de cheque, de verbintenis tussen partijen waarop deze betrekking heeft, niet was ontstaan.

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

Gelet op het bestreden arrest, op 24 april 1995 door het Hof van Beroep te Brussel gewezen;

I. Op de voorziening van de Nationale Maatschappij der Belgische Spoorwegen:

...

Wat de eerste twee onderdelen betreft:

Overwegende dat, in geval van vervolging wegens uitgifte van een ongedekte cheque, de vordering van de burgerlijke partij ontvankelijk is als, zonder de uitgifte van de cheque, de verbintenis tussen partijen waarop deze betrekking heeft, niet was ontstaan;

Overwegende dat, enerzijds, het arrest vaststelt dat de schade van eiseres bestaat in de vermogensderving die ze heeft geleden ten gevolge van het feit dat zij goederen en diensten heeft geleverd zonder daarvoor een tegenprestatie te ontvangen van verweerder;

Dat, anderzijds, uit het arrest, meer bepaald uit de omschrijving van de ten laste gelegde feiten A, II, 3 (oplichting ten nadele van eiseres, betreffende goederen met een waarde van ten minste 16.047 frank) en C, II, b (uitgifte van een ongedekte cheque ten bedrage van 16.047 frank aan order van de N.M.B.S.), welke feiten bewezen verklaard zijn, blijkt dat de goederen zonder afgifte van de cheque niet geleverd zouden zijn;

Overwegende dat het hof van beroep derhalve niet zonder artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek te schenden kon beslissen dat de vordering tot vergoeding van de materiële schade, die het gevolg was van de door middel van de ongedekte cheque gepleegde oplichting niet gegrond was;

Dat beide onderdelen gegrond zijn;

...

NOOT – *Over de cheque en de burgerlijke-partijstelling*

1. De rechtspraak lijkt eensgezind de stelling van het Hof van Cassatie te aanvaarden: Hof Brussel, 12 februari 1974, *R.W.*, 1975-76, 367, met noot A. Vandeplass; Hof Antwerpen, 10 november 1977, *R.W.*, 1978-79, 1781, met noot D.M. Moons; Corr.Charleroi, 11 oktober 1978, *Pas.*, 1979, III, 50; Cass., 8 oktober 1985, *Arr. Cass.*, 1985-86, nr. 70; Hof Antwerpen, 17 juni 1988, *R.W.*, 1989-90, 51, met noot D. Merckx.

2. De rechtsleer is dezelfde mening toegedaan: R. Dalcq, «La constitution de partie civile de la victime de l'émission de cheque sans provision», *J.T.*, 1987, 23, nr. 8; P. De Vroede, *De cheque*, p. 130, nr. 336; A. Winants, «Over de uitgifte van cheques zonder dekking», *R.W.*, 1978-79, 1771; J. Ghysen, *Le chèque*, nr. 166.

3. Er wordt ook aanvaard dat de burgerlijke partij steeds gerechtigd is de protestkosten (Hof Brussel, 30 oktober 1970, *R.W.*, 1976-77, 313, met noot A. Vandeplass), de kosten van briefwisseling en opzoekingswerk (Hof Brussel, 14 maart 1974, *Pas.*, 1975, II, 1) en eventueel zelfs vergoedende interesten te vorderen (Hof Antwerpen, 17 juni 1988, *R.W.*, 1989-90, 51).

A. Vandeplass

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER – 20 DECEMBER 1995

Voorzitter: de h. Ghislain

Raadsheer-rapporteur: mevr. Jeanmart

Openbaar ministerie: de h. Piret
Advocaat: mr. Lamalle

Wegverkeer – Openbare weg – 1. Aardeweg – 2. Voertuigenverkeer

1. Een weg kan openstaan voor het verkeer van het publiek in het algemeen zonder daarom ingericht te zijn voor het voertuigenverkeer in het algemeen. De beslissing dat een aardeweg, hoewel hij niet is ingericht voor het voertuigenverkeer in het algemeen, toch een openbare weg is, is bijgevolg niet tegenstrijdig.

2. Geen enkele wettelijke bepaling stelt de criteria vast aan de hand waarvan zou kunnen worden uitgemaakt of een openbare weg al dan niet is ingericht voor het voertuigenverkeer in het algemeen.

M. t/ D.

Gelet op het bestreden vonnis, op 11 mei 1995 in hoger beroep gewezen door de Correctionele Rechtbank te Luik;

...

Over het tweede middel: schending van artikel 97 (oud) van de Grondwet,

...

Overwegende dat een weg kan openstaan voor het verkeer van het publiek in het algemeen zonder daarom ingericht te zijn voor het voertuigenverkeer in het algemeen;

Overwegende dat dus niet tegenstrijdig is de beslissing dat een aardeweg, hoewel hij niet is ingericht voor het voertuigenverkeer in het algemeen, toch een openbare weg is;

Dat het middel niet kan worden aangenomen;

Over het derde middel: schending van artikel 2.6 van het koninklijk besluit van 1 december 1975,

...

Overwegende dat geen enkele wettelijke bepaling de criteria vaststelt aan de hand waarvan zou kunnen worden uitgemaakt of een openbare weg al dan niet ingericht is voor het voertuigenverkeer in het algemeen;

Dat, wat dat betreft, het middel, nu het opkomt tegen de criteria waarop de appelrechters hun beslissing hebben gegrond, faalt naar recht;

Overwegende dat het middel, in zoverre het kritiek oeffent op de feitelijke beoordeling van de gegevens van de zaak door de appelrechters, niet ontvankelijk is;

...

NOOT – Zie ook Cass., 1 oktober 1974, *Arr. Cass.*, 1975, 153; Pol. Turnhout, 14 maart 1985, *R.W.*, 1985-86, 127, en de noot van L. Huybrechts; Cass., 6 januari 1993, *R.W.*, 1992-93, 1195; Cass., 16 november 1993, *R.W.*, 1993-94, 923.

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER – 9 JANUARI 1996

Voorzitter-rapporteur: de h. Holsters

Openbaar ministerie: de h. De Swaef

Advocaat: mr. Lust

1. Rechten van de mens – Redelijke termijn – Beraadslaging – 2. Dieren – Hormonenwetgeving – Monsterneming – Inbeslagneming

1. *Uit het enkele feit dat de beraadslaging ongeveer een jaar heeft geduurd, kan geen schending van art. 6.1. E.V.R.M. worden afgeleid. De duur van beraadslaging wordt mede bepaald door de complexiteit van de zaak, inzonderheid van de te beoordelen feiten en omstandigheden en van de debatten.*

2. *Met toepassing van art. 6 van de Hormonenwet van 15 juli 1985 kunnen de door de Koning aangewezen ambtenaren voor de uitvoering van het hun ten behoeve van de volksgezondheid opgedragen algemeen toezicht ter opsporing en vaststelling van wetsovertredingen, monsters nemen zonder dat daartoe vooraf aanwijzingen dienen te zijn dat op het bedrijf in kwestie stoffen met hormonale of met anti-hormonale werking zijn toegediend en zonder dat een voorafgaande inbeslagneming van dieren vereist is. Art. 8 van dezelfde wet staat hieraan niet in de weg.*

D.

Gelet op het bestreden arrest, op 24 maart 1994 door het Hof van Beroep te Gent gewezen;

...

Over het tweede middel:

Overwegende dat artikel 6.1 E.V.R.M. weliswaar celeriteit van de rechtspleging maar ook het algemeen rechtsbeginsel van goede rechtsbedeling omvat;

Dat het feit en de gevolgen van de overschrijding van de redelijke termijn op onaantastbare wijze door de feitenrechter worden beoordeeld, in het licht van de bewijsvoering, enerzijds, in verband met het aan de feiten te verbinden strafgevolg, anderzijds;

Overwegende dat uit het enkele feit dat de beraadslaging ongeveer een jaar heeft geduurd geen schending van artikel 6.1 E.V.R.M. kan worden afgeleid;

Dat de duur van beraadslaging mede bepaald wordt door de complexiteit van de zaak, inzonderheid van de te beoordelen feiten en omstandigheden en van de debatten;

Dat te dezen de uitspraak verscheidene malen werd uitgesteld wegens het niet beëindigd zijn van de beraadslaging;

Dat eiser voor de appelrechters omstandig juridisch en feitelijk verweer heeft gevoerd en het arrest dit verweer met opgave van redenen verwerpt en beantwoordt;

Dat het middel niet kan worden aangenomen;

Over het eerste middel:

Overwegende dat, met toepassing van het artikel 6 van de wet van 15 juli 1985 betreffende het gebruik bij dieren van stoffen met hormonale of met anti-hormonale werking, de door de Koning aangewezen ambtenaren voor de uitvoering van het hun ten behoeve van de volksgezondheid opgedragen algemeen toezicht ter opsporing en vaststelling van wetsovertredingen, monsters kunnen nemen zonder dat daartoe voorafgaandelijk aanwijzingen dienen te zijn dat op het betrokken bedrijf stoffen met hormonale of met anti-hormonale werking werden toegediend en zonder dat een voorafgaande inbeslagneming van dieren is vereist;

Dat artikel 8 van dezelfde wet hieraan niet in de weg staat;

Overwegende dat de appelrechters oordelen dat de artikelen 6 en 8 van de voornoemde wet geenszins het vooraf voorhanden zijn van aanwijzingen dat stoffen met hormonale of met anti-hormonale werking werden toegediend, ver-

eisten opdat deze ambtenaren zich toegang mogen verschaffen tot eisers stal en er monsters zouden mogen nemen op zijn dieren, nu zij zonder monsternames de hun opgedragen controletaak niet naar behoren kunnen uitoefenen; dat de «bovendien» gegeven redenen geen onnauwkeurigheid of dubbelzinnigheid doen ontstaan;

Overwegende dat de appelrechters het bewezen verklaren van de aan eiser sub A en B ten laste gelegde misdrijven op het resultaat van regelmatig gedane monsternemingen laten steunen;

Dat zij door hun motivering, eensdeels, eisers verweer, waaronder de summiere en hypothetische verwijzingen naar het E.V.R.M. en het I.V.B.P.R., verwerpen, zodoende zijn conclusie beantwoorden, anderdeels, de beslissing regelmatig met redenen omkleeden en naar recht verantwoorden;

Dat het middel niet kan worden aangenomen;

...

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 12 JANUARI 1996

Voorzitter: de h. Sace

Rapporteur: de h. Parmentier

Openbaar ministerie: de h. Leclercq

Inkomstenbelastingen – Hof van Beroep – Bevoegdheid

Art. 278 W.I.B. (1964) wordt geschonden door het hof van beroep dat ambtshalve bezwaren opwerpt die de belastingplichtige zelf niet meer kon aanvoeren omdat de termijnen verstreken waren, en dat op die grond de aanslag vernietigt.

Belgische Staat t/ L.

Gelet op het bestreden arrest, op 11 januari 1995 door het Hof van Beroep te Luik gewezen;

...

Overwegende dat uit de artikelen 273, 276, 278, 279, 281 en 282 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen (1964) en uit de beginselen van de regeling der respectieve bevoegdheden van het bestuur en van de hoven en rechtbanken volgt dat het hof van beroep, dat kennis neemt van de voorziening van de belastingplichtige tegen de beslissing van de directeur der belastingen, geen kennis kan nemen, behoudens verval van het recht tot aanslag of rechterlijk gewijsde, van een kwestie die bij het bezwaarschrift niet aan de directeur was voorgelegd of waarover deze geen uitspraak had gedaan, zelfs wanneer hij ze ambtshalve had moeten onderzoeken, of die door de belastingplichtige niet overeenkomstig artikel 279, tweede lid, van voornoemd wetboek, voor het hof van beroep werd aangevoerd;

Overwegende dat het arrest, na het bezwaar waarin verweerder de schending van artikel 251 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen (1964) had aangevoerd wegens laattijdigheid te hebben verworpen, die kwestie ambtshalve opwerpt en de litigieuze aanslagen vernietigt;

Dat het hof van beroep, door ambtshalve bezwaren op te werpen die de belastingplichtige zelf niet meer kon aanvoe-

ren omdat de termijnen verstreken waren, en de aanslag op die grond te vernietigen, artikel 278 van het wetboek schendt;

...

NOOT – De conclusie van advocaat-generaal J.M. Leclercq zal t.z.t. gepubliceerd worden in de *Pasicrisie*.

HOF VAN BEROEP TE GENT

17e KAMER – 10 MEI 1994

Voorzitter: de h. Lievens

Advocaten: mrs. Olivier en Beyne

Onrechtmatige daad – Aansprakelijkheid – 1. Overmacht – Windsnelheid van 130 km per uur – 2. Instorting van gebouw – Neervallen van dakpannen – 3. Gebrekkige zaken – Dak dat zijn pannen verliest – Aansprakelijkheid van de bewaarder – Verhuurder

1. Een windsnelheid van 130 km per uur aan het strand te Oostende vormt geen overmacht, daar een krachtige windstoot van die intensiteit aan de Westvlaamse kust volstrekt voorzienbaar is.

2. Het neervallen van enkele dakpannen kan niet worden beschouwd als een instorting van een gebouw in de zin van art. 1386 B.W.

3. Een dak dat ten gevolge van een hevige wind zijn pannen verliest, vertoont een intrinsiek gebrek in de zin van art. 1384, eerste lid, B.W.

Wanneer de huurovereenkomst niet afwijkt van de gemeenschappelijke regeling inzake herstellingen (zie de artt. 1720 en 1754 B.W.), komen de herstellingen aan het dak ten laste van de verhuurder van het gebouw, die bewaarder blijft van de structuur van het gebouw (muren, dak, fundamenten), omdat alleen hij de bevoegdheid heeft om in die delen van het gebouw in te grijpen ten einde ze te beschermen.

D. t/ C.

Naar aanleiding van de omstandigheid dat de voor de huurwoning (Rijsselsestraat nr. 32 te I....) geparkeerde personenwagen Peugeot 205, eigendom van de huurder Jacques C., in de nacht van donderdag 15 op vrijdag 16 oktober 1987 ten gevolge van een stormwind (met neervallende dakpannen) werd beschadigd, werd de eigenaar van de woning, de heer André D., op grond van de artikelen 1382/1383, 1384, eerste lid, 1386 van het Burgerlijk Wetboek aangesproken (bij exploit van dagvaarding van 16 september 1988) ter vergoeding van de door Jacques C. geleden schade (bij expertise en herstelfactuur bepaald op 38.900 frank, plus 19 procent B.T.W., zijnde 7391 frank, plus drie dagen wachttijd en vier dagen derving aan 500 frank, zijnde 3500 frank; totaal van de hoofdsom = 49.791 frank).

...

Beoordeling

...

3. De feiten hebben zich voorgedaan te (...). Blijkens het attest van het Koninklijk Meteorologisch Instituut van België bereikten de windstoten op de dag der feiten op het strand te Oostende een snelheid van 36 m/sec., zijnde 129,6 km per uur. Een dergelijke windkracht maakt *geen overmacht* uit (cf. *Bull. Ass./De Verz.*, 1990, noot p. 580).

Bovendien wil het Hof erop wijzen dat overmacht, als rechtsvaardigingsgrond die elke fout uitsluit, drie cumulatieve criteria behelst, namelijk ten eerste, de *onweersstaanbaarheid* (= het onvrij handelen van het schadeverwekkend element), ten tweede de *onvoorzienbaarheid* (= een plotseeling feit dat onmogelijk kan worden voorzien) én ten derde, de *niet-toerekenbaarheid* (= de schadeverwekker mag geen deel hebben gehad aan de totstandkoming van de schade).

Zowel het tweede als het derde element kunnen in casu niet worden aangevoerd: aan de kust in West-Vlaanderen is een krachtige windintensiteit volstrekt voorzienbaar, en niet het dak is weggewaaid, doch enkel twee nokpannen en twee gewone pannen zijn neergevallen, hetgeen wijst op een relatief gebrekkig onderhoud van het dak. *Van overmacht kan dus geen sprake zijn.*

4. Dat de Peugeot van de geïntimeerde C. werd beschadigd door neervallende dakpannen, afkomstig van de woning die in eigendom toebehoort aan de appellant, blijkt voldoende uit een geheel van ernstige en overeenstemmende vermoedens die in de strafinformatie terug te vinden zijn.

...

5. Een persoonlijke foutaansprakelijkheid, in de zin van de artt. 1382/1383 van het Burgerlijk Wetboek, is ten aanzien van de appellant niet bewezen.

6. Het Hof wijst op het verbod van cumulatie van art. 1386 B.W. en art. 1384, eerste lid, B.W. (aangezien het begrip bewaring kenmerkend is bij de aansprakelijkheid voor dieren en gebrekkige zaken, maar totaal afwezig in art. 1386 B.W., waar de eigenaar aansprakelijk is, zelfs indien hij niet de daadwerkelijke bewaarder van het gebouw is). Aangezien de instorting toch wel enig belang moet vertonen, is de meerderheid van rechtsleer en rechtspraak van oordeel dat het neervallen van enkele dakpannen niet als een instorting van een gebouw kan worden aanvaard (cf. Cornelis, *Buitencontractuele aansprakelijkheid*, p. 253, noot 45).

7. Rest dus de problematiek van art. 1384, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek.

Drie punten zijn daarbij essentieel: (a) de zaak dient vatbaar te zijn voor bewaking, door de persoon die als bewaarder van de zaak wordt aangesproken; (b) de gebrekkigheid van de bewaarde zaak moet worden aangetoond door de benadeelde (art. 1384, eerste lid, B.W. constitueert niet een vermoeden van het gebrek in de zaak ten voordele van het slachtoffer); (c) het gebrek in de zaak moet de noodzakelijke oorzaak zijn van de schade.

Wat punt (a) betreft moet worden beklemtoond dat niet elke houder van de zaak (bv. een huurder) tevens bewaarder is van de zaak in de zin van artikel 1384, eerste lid, B.W.; de rechter moet immers in feite nagaan wie van de zaak gebruik maakt, met de bevoegdheid van controle, toezicht en leiding: die is dan bewaarder van de zaak.

In casu staat vast dat de huurovereenkomst (ondertekend te L. op 4 september 1985) niet afwijkt van het gemene recht op het stuk van de herstellingen; daaruit volgt (cf. artt. 1720 en 1754 B.W.) dat de herstellingen aan het dak ten laste komen van de eigenaar van de woning (zijnde de appellant).

De eigenaar van het verhuurde gebouw blijft bewaarder van de structuur van het gebouw (muren, dak, fundamenten) omdat alleen hij de bevoegdheid heeft om in deze delen van het gebouw in te grijpen om ze te beschermen.

De appellant is dus ontegenzeggelijk de bewaarder van het dak.

Wat punt (b) aangaat is het Hof met de eerste rechter van oordeel dat een dak dat zijn pannen verliest – weze het ten gevolge van een hevige wind – een gebrekkig dak is; het is immers een dak dat niet berekend is op de in ons land vaak voorkomende noordwestenstormen; het gebrek is dus in casu duidelijk intrinsiek aan de zaak zelf.

Wat betreft punt (c) is het voldoende te verwijzen naar punt 3 (geen overmachtssituatie) en punt 4 (bewijs door ernstige en overeenstemmende vermoedens), zodat het indirect bewijs van het gebrek door de schadelijder werd geleverd.

8. Wat de B.T.W. betreft moet opgemerkt worden dat het expertisverslag het hoofdbedrag van 38.900 frank exclusief B.T.W. duidelijk vermeldt, terwijl de herstellingsfactuur van de B.V.B.A. S. (te Brugge) – factuur nr. 833 van 8 februari 1988 – even duidelijk het totaal bedrag van de B.T.W. (7.391 frank) vermeldt. Over de toekenning van de B.T.W. kan dus geen twijfel bestaan (zie Cass., 23 december 1992, met noot Lambert houdende verwijzing van de cassatie-arresten van 13 april 1988, 20 september 1988 en 5 mei 1992, *Bull. Ass./ De Verz.*, 1993, 255 tot 257).

NOOT–Betreffende punt 1, zie in dezelfde zin Rb. Hasselt, 23 november 1990, *R.W.*, 1993-94, 440; Rb. Dendermonde, 23 oktober 1992, *R.W.*, 1994-95, 646; Vred. Haacht, 12 december 1990, *R.W.*, 1993-94, 441.

HOF VAN BEROEP TE GENT

1e KAMER – 2 FEBRUARI 1996

Voorzitter: de h. Mertens

Raadsheren: de hh. De Buck en De Cooman

Advocaten: mrs. Soete, Ampe en Demeester

Onderwijs – 1. Vrij onderwijs – Contractuele vrijheid – Beperkingen – Functionele openbare dienst – Rechtsmisbruik – 2. Vrij onderwijs – Pedagogisch concept – Scheiding der geslachten – Aanbod in verschillende vestigingsplaatsen – Inspanning van de ouders – Rechtsmisbruik

1. In de relatie tussen ouders en een vrije onderwijsinstelling geldt de contractuele vrijheid. De instellingen hebben in beginsel de vrijheid al dan niet bepaalde leerlingen te aanvaarden. Deze vrijheid wordt beperkt door het verbod van rechtsmisbruik. Een vrije onderwijsinstelling – die overigens een functionele openbare dienst uitmaakt – begaat enkel rechtsmisbruik wanneer de contractswijgering plaatsvindt op grond van criteria die onbetamelijk zijn, en waardoor de menselijke waardigheid in het gedrang komt.

2. Wanneer een school, overeenkomstig haar pedagogisch concept, jongens weigert, is dit geen rechtsmisbruik als zij in een andere vestigingsplaats gemengd onderwijs aanbiedt. Van de ouders die vrij onderwijs verkiezen boven gemeenschapsonder-

wijs, kan een redelijke inspanning m.b.t. de af te leggen weg naar school worden gevraagd.

D. t/ V.Z.W. Vrij Katholiek Kleuter- en Lager Onderwijs

1. De rechtsvordering van appellanten steunt inzonderheid op de artikelen 10 en 24 van de gecoördineerde Grondwet en op artikel 14 E.V.R.M.

Appellanten verliezen daarbij echter klaarblijkelijk uit het oog dat aan het discriminatieverbod in het privaatrecht niet dezelfde betekenis kan toekomen als in het publiekrecht.

Bestaat voor de overheid de verplichting om alle burgers die zich in dezelfde omstandigheden bevinden, gelijk te behandelen, zonder dat het haar is toegestaan sommigen te begunstigen of te bevoordelen, dan stuit het aannemen van eenzelfde scrupuleuze verplichting voor de burger op het beginsel van de privaatautonomie.

In de contractuele sfeer moet de contractsvrijheid als uitgangspunt gelden. Ongelijke behandeling is slechts uit den boze wanneer zulks door de wet wordt verboden of wanneer zulks onrechtmatig is (rechtsmisbruik).

Algemeen wordt aanvaard dat een overeenkomst tussen ouders en scholen van het vrij onderwijsnet van louter contractuele aard is; hieruit volgt dat de inschrijving van een leerling in een vrije school een private aangelegenheid is en dat, in tegenstelling tot het gemeenschapsonderwijs, het vrij onderwijs, althans in beginsel, de vrijheid heeft al dan niet bepaalde leerlingen te aanvaarden.

Deze principiële vrijheid wordt echter beperkt door het openbaar belang en door de algemene rechtsbeginselen waaruit ouders en leerlingen de nodige waarborgen tegen willekeur kunnen putten omdat de scholen van het Vrij Onderwijs meewerken aan een openbare dienst; een vrije onderwijsinstelling is overigens in feite een «functionele openbare dienst».

In het licht van het vorenstaande en, bij gebrek aan andersluidende wettelijke beschikkingen, is de contractswijgering van de vrije school slechts onrechtmatig en maakt zij rechtsmisbruik uit indien zij plaats vindt op grond van criteria die onbetamelijk zijn en waardoor de menselijke waardigheid in het gedrang komt.

Er zijn inderdaad rechten van de ouders en van het kind, doch tegenover hun aanspraken staat het fundamenteel recht van een «inrichtende macht» om een pedagogisch model te verdedigen.

De weigering van leerlingen op grond van hun geslacht, kan dus niet in alle gevallen als een ongeoorloofde discriminatie worden beschouwd.

De weigering van de toegang van bijvoorbeeld een jongen tot een vrije meisjesschool zou echter onbetamelijk zijn en in strijd met de menselijke waardigheid en aldus rechtsmisbruik uitmaken, indien in een min of meer nabije omgeving door geen andere instelling een gelijkaardig en gelijkwaardig onderwijs wordt aangeboden.

2. Wanneer men de hierboven uiteengezette beginselen toetst aan de huidige casus, stelt men vast dat er voor het kind H. voldoende «uitwijkmogelijkheden» bestonden (o.m. Gistel en Oostende), en dat daarenboven door geïntimeerde aan de ouders zelfs werd aangeboden hun kind in te schrijven in het gemengd lager onderwijs van geïntimeerde in haar wijkdeling te S.

Dit laatste aanbod hebben appellanten echter afgewezen als niet aanvaardbaar «om praktische redenen door werkomstandigheden». Deze weigeringsgrond is onterecht: indien ouders voor het onderwijs van hun kinderen een vrije instelling verkiezen boven het gemeenschapsonderwijs, dan is het maar normaal dat zij daarvoor een redelijke inspanning doen, die in dit geval zeker niet overdreven kan genoemd worden; mits de aanwezigheid van enige inspanning en goede wil kon immers een beroep gedaan worden op het openbaar vervoer of op gemeenschappelijk vervoer en, zo nodig, konden de ouders, zonder bovenmatige inspanningen te moeten doen, hun kind zelf naar de school te S. brengen.

De weigering van de ouders om te kiezen voor één der alternatieven, als hierboven voorgesteld en/of om een matige inspanning te doen, mag niet leiden tot het ondergraven van een bepaald vrij onderwijssysteem.

Het hoger beroep is derhalve ongegrond.

NOOT – Zie ook in dit nummer: Hof Brussel, 21 februari 1996 en Rb. Brugge, 28 juli 1995, alsmede het artikel van R. Verstegen, «Gemengd onderwijs verplicht?».

HOF VAN BEROEP TE BRUSSEL

8e KAMER – 21 FEBRUARI 1996

Voorzitter: de h. Blondeel

Advocaten: mrs. Depre, Demeester en Demeester loco Van Troos

1. Burgerlijke rechtspleging – a) Dagvaarding – V.Z.W. – Adres van betekening – Zetel en voorzitter – b) Kort Geding – Urgentie – Begrip – Voorlopige inschrijving in een school – 2. Onderwijs – Vrij onderwijs – a) Contractuele vrijheid – Beperkingen – b) Recht op onderwijs – Non-discriminatie – Grondwet – Verdragsbepalingen – Economische, sociale en culturele rechten – Rechten van het kind – Vrij onderwijs – Rechtstreekse toepasselijkheid – Scheiding der geslachten – Discriminatie

1.a.). Dat een V.Z.W. gedagvaard wordt op het adres van de maatschappelijke zetel en op dat van haar voorzitter houdt niet in dat deze laatste persoonlijk gedagvaard wordt. Hij is wel partij in beroep indien de bestreden beslissing hem als partij heeft beschouwd.

b.). In kort geding is de vraag of er al dan niet urgentie is, een vraag naar de gegrondheid, niet naar de ontvankelijkheid.

Een voorlopige inschrijving in een school kan ongedaan worden gemaakt en is dus geen definitieve maatregel.

Dat de eisers in beroep nog niet ten gronde hebben gedagvaard belet niet dat er actueel hoogdringendheid kan zijn.

2.a.). Een vrije onderwijsinstelling is geen onderdeel van het bestuurlijk apparaat en kan in beginsel weigeren om met iemand te contracteren. Daarbij moeten evenwel de grenzen van de grondwettelijke en de verdragsrechtelijke normering van de onderwijsverstrekking in acht worden genomen en moet de weigering desgevallend de toets van het rechtsmisbruik doorstaan.

b) De artikelen 2, 2°, en 13 van het Internationaal Verdrag betreffende de economische, sociale en culturele rechten, en de

artikelen 2 en 28 van het Verdrag inzake de rechten van het kind, verbieden elke discriminatie op grond van het geslacht. Deze bepalingen zijn voldoende precies om rechtstreeks afdwingbaar te zijn. Zij gelden voor de burgers, niet alleen tegenover de overheid maar ook t.a.v. alle instanties die de realisering van het recht op onderwijs mee behartigen. Art. 24, § 3 en 4, van de Grondwet verplicht alle onderwijsinstellingen om op gelijke wijze deze verdragsbepalingen te eerbiedigen.

De toegang tot een onderwijsinstelling afhankelijk stellen van het geslacht van het kind is arbitrair, nu dit geslacht in geen enkele relevante verhouding staat tot de onderwijsverstrekking.

C. e.a. t/ V.Z.W. Schoolcomité M.

§ 1. Omtrent de rechtspleging

...

2. Blijkens de inleidende deurwaardersakte, die op 4 augustus 1995 werd betekend, werd dagvaarding gegeven aan «de V.Z.W. Schoolcomité M. Inrichtende Macht, Vrije Basisschool M., in het bijzonder register van de rechtbank van eerste aanleg te L. gekend onder het identificatienummer (...)», en vervolgens werd vermeld dat betekening verricht werd: 1° op haar zetel te E. (...) – 2° aan de voorzitter van de gedaagde partij, zijnde de heer E. wonende te (...).

Die formulering laat er geen twijfel over bestaan dat appellanten hun vordering enkel richten tegen de V.Z.W. Schoolcomité M., en dat de betekening van de akte gebeurde op twee adressen: dat waar de zetel gevestigd was, en dat waar de voorzitter van de vereniging woont.

In het petitum van de dagvaarding werd trouwens enkel een veroordeling gevorderd tegen 'gedaagde'.

In de bestreden beschikking werden derhalve ten onrechte twee partijen als gedaagde aangewezen: de heer E. was geen verwerende, noch aanwezige partij.

Met dat standpunt van appellanten is niet onverenigbaar het feit dat zij in hoger beroep de heer E. als geïntimeerde aanwijzen.

De bestreden beschikking bevat immers ten laste van appellanten een veroordeling ten voordele van de heer E., en zij kunnen die beschikking op dat punt niet laten hervormen zonder diegene die – zelfs ten onrechte – als partij werd aangewezen – en in dit geval zichzelf als partij aandiende – in het geding te betrekken.

3. Het hoger beroep is derhalve gegrond in zoverre in de bestreden beslissing de heer E. als gedaagde partij werd aangewezen en appellanten werden veroordeeld tot betaling aan hem van 3.900 frank rechtsplegingsvergoeding.

§ 2. De dringende noodzakelijkheid en de bevoegdheid van de kort gedingrechter

1. In zoverre geïntimeerde V.Z.W. M. opwerpt dat de eis niet ontvankelijk is bij gebrek aan urgentie, en dat de kort gedingrechter niet bevoegd was; omdat een definitieve maatregel werd gevorderd, dient overwogen dat die grieven niet de ontvankelijkheid of de bevoegdheid, maar wel de gegrondheid van de vordering betreffen.

2. Appellanten hebben zich in het dagvaardingsexploot beroepen op de dringende noodzakelijkheid en zodoende was de kort gedingrechter wel degelijk bevoegd om kennis te ne-

men van hun eis (Cass., 11 mei 1990, *T.B.H.*, 1990, 774, met noot D. Lindemans).

Waar aangevoerd wordt dat de gevorderde maatregel geen voorlopig karakter heeft, dient overwogen te worden dat, anders dan V.Z.W. M. voorhoudt, de eventuele inschrijving van de kinderen van appellanten geen onomkeerbare gevolgen met zich brengt, vermits geïntimeerde de gevolgen van de inschrijving kan ongedaan maken wanneer de bodemrechter zou oordelen dat zij in kort geding ten onrechte tot inschrijving werd veroordeeld.

Appellanten hebben de inschrijving uitdrukkelijk «ten voorlopige titel» gevorderd, en dus beslist niet om een definitieve maatregel verzocht.

De desbetreffende opwerping van die geïntimeerde is dus ongegrond.

3. Er is dringende noodzakelijkheid voorhanden als bedoeld in artikel 584 van het Gerechtelijk Wetboek, wanneer een onmiddellijke beslissing wenselijk is om schade van een bepaalde omvang of ernstige ongemakken te voorkomen, en wanneer met de gewone rechtspleging het geschil niet tijdig zou kunnen opgelost worden (Cass., 21 mei 1987, *Pas.*, 1987, I, 1160).

Dat appellanten ageerden in het zicht van een nieuw schooljaar en inmiddels alle tijd hadden om een bodemrechter te adiëren, is niet dienend om de urgentie te verwerpen, nu niet wordt betwist dat appellanten met toepassing van de gewone rechtspleging, niet tijdig een uitspraak over hun vordering konden bekomen.

Evenmin is relevant dat de kinderen van appellanten door geïntimeerdes houding geen onherroepelijke schade zouden ondergaan.

Te dezen staat vast dat appellanten, die hun kinderen wensen toe te vertrouwen aan het vrij onderwijs, in geen andere school te E. terecht kunnen, en daartoe ettelijke kilometers verder moeten naar andere deelgemeenten van K., van S., van K. of van H.

Het lijdt geen twijfel dat de kinderen van appellanten, waarvan er thans vijf minder dan 7 jaar zijn en drie minder dan 10 jaar, zich redelijkerwijs niet zelfstandig in het wegverkeer kunnen noch mogen bewegen, en dat de verplichting om die kinderen op grotere afstand school te laten lopen op zijn minst ernstige ongemakken met zich brengt, zowel voor de ouders als voor de kinderen.

De gevorderde prompte voorkoming van verdere ongemakken kan niet binnen het bestek van een gewone rechtspleging worden bereikt.

Er is te dezen dus wel degelijk urgentie voorhanden.

§ 3. De grond van de vordering

1. Appellanten beamen dat de door hen gewenste rechtsbetrekking met geïntimeerde V.Z.W. M. gestoeld is op de contractuele vrijheid, maar waar de geïntimeerde stelt dat zij bij gebreke aan enige andersluidende wettelijke bepaling in alle opzichten vrij is om te beslissen over de leerlingen die zij aanvaardt, houden eerstgenoemden voor dat die vrijheid niet absoluut is en integendeel beperkt wordt door de toepassing van fundamentele rechten, te meer omdat de «inrichtende macht» van de vrije scholen participeert in een openbare dienstverlening.

2. De «inrichtende machten» van het vrij onderwijs behoren niet tot enig onderdeel van het federaal of Vlaamse be-

stuurlijk apparaat, en zijn dus niet onderworpen aan de rechtsregels die het beheer of de benutting van die administratieve diensten beheersen.

Bij het aangaan van enige rechtsbetrekking geldt zodoende ook voor die «inrichtende machten» dat zij volgens het basisbeginsel van het contractenrecht volkomen vrij beslissen of zij al dan niet contracteren.

Een weigering om te contracteren zal aldus principieel gerechtvaardigd zijn.

Evenwel vormt de onderwijsverstrekking een aangelegenheid die grondwettelijk en verdragsrechtelijk genormeerd is, zodat bij het desbetreffend contracteren de grenzen van die normen dienen in acht te worden genomen.

Daarenboven zou de beoefening van die vrijheid desgevallend ook niet aan de toets van het rechtsmisbruik kunnen ontsnappen.

3. Luidens artikel 24, § 3, van de Grondwet heeft ieder recht op onderwijs, met eerbiediging van de fundamentele rechten en vrijheden.

In artikel 2, 2°, van het Verdrag van New York van 19 december 1966 betreffende de economische, sociale en culturele rechten, dat door de Vlaamse Gemeenschap in de Vlaamse rechtsorde ingevoerd is met ingang van 8 maart 1983 en in de Belgische rechtsorde uitwerking kreeg met ingang van 16 juli 1983, wordt de waarborg ingesteld dat de in dat verdrag erkende rechten – waaronder het recht op onderwijs uit artikel 13 – zonder enig onderscheid zullen kunnen worden uitgeoefend, en onder meer zonder discriminatie op basis van geslacht.

Bepalingen met gelijke strekking, – de erkenning van het recht op onderwijs voor elk kind, «zonder discriminatie van welke aard ook», zijn vervat in de artikelen 2 en 28 van het Verdrag van New York van 20 november 1989 inzake de rechten van het kind, dat zowel in de Belgische (27.1.1992) als de Vlaamse rechtsorde (23.7.1991) werd ingevoerd.

In artikel 29, 1°, d van dit laatste verdrag wordt daarenboven onder meer als norm gesteld dat het onderwijs dient gericht te zijn op de voorbereiding van het kind op een verantwoord leven in een vrije samenleving, in de geest van gelijkheid van geslachten.

Uit de tekst zelf en uit de economie van die verdragsbepalingen, die overigens primeren op alle rechtsregels die door de federale en gemeenschapsoverheden werden uitgevaardigd, volgt onmiskenbaar dat bij de gewaarborgde onderwijsverstrekking de gelijkheid van de geslachten in alle opzichten dient te worden gerespecteerd.

Die verdragsregels zijn voldoende precies om als afdwingbare rechtsnorm toegepast te worden.

4. De voormelde rechtsnormen betreffen niet enkel de verhouding van de begunstigden van die fundamentele rechten tegenover de openbare overheden, maar gelden specifiek met betrekking tot het onderwijs ten aanzien van alle instanties die de realisering van het recht op onderwijs mee behartigen.

De instellingen die onderwijs aanbieden en die krachtens artikel 24, § 4, van de Grondwet overigens zelf, net als de leerlingen, gelijk zijn voor de wet of het decreet, zijn in de uitoefening van hun grondwettelijke onderwijsvrijheid gehouden tot de eerbiediging van de constitutionele rechten en tot naleving van de hoger geciteerde verdragsbepalingen.

De gelijkheid van de geslachten wordt miskend wanneer door een onderwijsinstelling de toegang tot het onderwijs enkel wordt afhankelijk gesteld van de sekse van een kind, nu die sekse op zich in geen enkele relevante verhouding staat tot de onderwijsverstrekking.

Zulk een maatregel beperkt in het algemeen het recht op onderwijs op arbitraire wijze, bekort in dit geval in het bijzonder de normale uitoefening van dat recht in functie van de levensbeschouwelijke opvoeding van de kinderen op even arbitraire wijze, en druist zodoende in tegen de voormelde rechtsnormen.

5. In dit geval wordt door de V.Z.W. M. niet betwist dat haar enige grond voor de weigering tot inschrijving berustte op het geslacht van de kinderen van appellanten.

Prima facie is zulk een maatregel onverenigbaar met de grondwettelijke en vigerende internationale normen en bijgevolg niet gerechtvaardigd.

De vordering van appellanten dient derhalve te worden ingewilligd.

Om die redenen

...

Zegt voor recht dat de heer E. ten onrechte als gedaagde partij werd gekwalificeerd;

Verklaart de vordering ontvankelijk en ongegrond,

Veroordeelt geïntimeerde V.Z.W. M. om (...) in te schrijven in de Vrije Basisschool te E. op het eerste verzoek van hun ouders, na de betekening van dit arrest.

Zegt dat ten laste van die geïntimeerde een dwangsom verbeurd wordt van 500 frank per dag en per kind waarvan zij de inschrijving weigert, te rekenen vanaf de tiende dag na de betekening van dit arrest.

Zegt dat deze beslissing ophoudt uitwerking te hebben indien appellanten de bodemrechter niet geadieerd hebben binnen de tien dagen na de door hen gevorderde inschrijving.

NOOT – Zie ook in dit nummer: Hof Gent, 2 februari 1996 en Rb. Brugge, 28 juli 1995, alsmede het artikel van R. Verstegen, «Gemengd onderwijs verplicht?»

ARBEIDSHOF TE ANTWERPEN

2e KAMER – 5 MAART 1996

Voorzitter: mevr. Homans

Raadsheren in sociale zaken: de hh. Schepers en Ulenaers

Openbaar ministerie: de h. Nelissen

Advocaten: mrs. Goister en Berghs

Arbeidsovereenkomst – Einde – Opzegging – Opzeggingsbrief – Antidatering – Werkelijke bedoeling van werkgever en werknemer – Onmiddellijke beëindiging van arbeidsovereenkomst – Wederzijdse instemming – Gevolg – Afstand van opzeggingsvergoeding – Jaareindepremie – Handelsverteenwoordiger – Uitwinningsvergoeding

Te dezen blijkt dat de werkgever en de werknemer, met de wederzijdse bedoeling de arbeidsovereenkomst onmiddellijk te beëindigen, valselyk een geantidateerde opzeggingsbrief, behel-

zende een opzegging van drie maanden, hebben opgesteld en goedgekeurd, om de werkgever te ontslaan van de betaling van een opzeggingsvergoeding, en om de werknemer de mogelijkheid te geven onmiddellijk werkloosheidsvergoedingen te ontvangen.

In die omstandigheid is de afstand van de opzeggingsvergoeding, die de werknemer deed, rechtsgeldig, en heeft hij geen aanspraak op een pro rata van de jaareindepremie of op een uitwinningsvergoeding als handelsverteenwoordiger.

Faillissement N.V. A. t/ M.

II. Ten aanzien van de opzeggingsvergoeding

Partijen betwisten niet dat de zgn. opzeggingsbrief van 19 juli 1991, met een opzeggingstermijn van drie maanden maar met een vrijstelling van verdere prestaties, in werkelijkheid op 18 oktober 1991 werd opgesteld met de bedoeling de tewerkstelling onmiddellijk te beëindigen en enerzijds appellante, die niet tot een ontslag wegens dringende reden is willen (of kunnen?) overgaan, te ontlasten van de betaling van een opzeggingsvergoeding en anderzijds geïntimeerde, die niet wegens dringende reden ontslagen was en ook niet zelf ontslag heeft moeten nemen, de mogelijkheid te geven om onmiddellijk werkloosheidsuitkeringen te ontvangen.

Het is eveneens duidelijk dat beide partijen evenzeer aan deze valsheid in geschrifte hebben meegewerkt: appellante, door het geschrift op te stellen en voor akkoord te ondertekenen (geïntimeerde heeft tot op heden op geen enkel ogenblik beweerd dat zijn akkoord en toestemming op ongeldige wijze was verkregen).

Dat de opzegging, als zgn. opzegging gedaan op 18 juli 1991 met een opzeggingstermijn van drie maanden en met vrijstelling van verdere prestaties, een opzegging die overigens (en uiteraard) niet aangetekend verzonden werd of bij deurwaardersexploot betekend werd (artikel 37, vierde lid, van de Arbeidsovereenkomstenwet), nietig is en dat de arbeidsovereenkomst niet op 18 juli 1991 maar op 18 oktober 1991 beëindigd werd, wordt evenmin betwist.

Uit het feit dat ook geïntimeerde zelf actief aan de valsheid heeft meegewerkt daar ook hij er klaarblijkelijk voordeel bij had, en geïntimeerde, zoals gezegd, niet stelt dat zijn akkoord en goedkeuring niet geldig verkregen werd, kan met zekerheid worden afgeleid:

- dat hij akkoord ging met de beëindiging van de arbeidsovereenkomst op die wijze;
- dat hij akkoord ging om de facto geen opzeggingsvergoeding van appellante te ontvangen.

In werkelijkheid is de arbeidsovereenkomst aldus in onderling overleg beëindigd en met afstand van de zijde van elk der partijen van een opzeggingsvergoeding van de andere partij.

De vermelding door appellante (ditmaal niet ondertekend door A. V., die namens appellante de opzeggingsbrief had ondertekend, doch door diens broer H. V.) op het formulier C4, afgegeven diezelfde dag, dat de arbeidsovereenkomst op 18 oktober 1991 in onderling overleg beëindigd werd en dat geen opzeggingsvergoeding werd betaald, wijst in dezelfde richting.

Een afstand van de opzeggingsvergoeding door de werknemer, eenzijdig of door middel van een overeenkomst, als eenmaal vaststaat dat de arbeidsovereenkomst beëindigd

wordt, is rechtsgeldig (vgl. Cass., 22 mei 1978, *A.C.*, 1978, 1115, *R.W.*, 1978-79, 1435; Cass., 11 februari 1980, *R.W.*, 1979-80, 2037, met conclusie adv.-gen. Lenaerts).

Geïntimeerde kan derhalve thans geen aanspraak meer maken op een opzeggingsvergoeding van de kant van appellante.

III. Ten aanzien van de pro-rata-jaareindepremie

Nu het Hof aanneemt dat de arbeidsovereenkomst in gemeen overleg beëindigd werd, kan geïntimeerde evenmin aanspraak maken op de pro-rata-jaareindepremie, waarop krachtens de C.A.O.'s van het Nationaal Paritair Comité voor Bedienden immers enkel gerechtigd is de bediende die, behalve om een dringende reden, door de werkgever in de loop van het jaar ontslagen is.

IV. Ten aanzien van de uitwinningsvergoeding

Om dezelfde reden kan geïntimeerde evenmin aanspraak maken op een uitwinningsvergoeding, die, krachtens artikel 101 van de Arbeidsovereenkomstenwet, enkel verschuldigd is wanneer de arbeidsovereenkomst door de werkgever zonder dringende reden of door de handelsvertegenwoordiger om een dringende reden beëindigd wordt.

BURGERLIJKE RECHTBANK TE BRUGGE

KORT GEDING – 28 JULI 1995

Voorzitter: de h. Lantsoght

Advocaten: mrs. Martens en Staelens

1. Burgerlijke rechtspleging – Kort geding – Bevoegdheid – Subjectief recht – Vordering ten gronde geen voorwaarde – 2. Onderwijs – Gemeentelijk onderwijs – Openbare dienst – Vrije toegang – Vrije schoolkeuze – Gelijkeheidsbeginsel – Niet gemengd lager onderwijs – Geslacht – Discriminatie

1. De voorzitter in kort geding is bevoegd om kennis te nemen van een subjectief recht dat ingeroepen wordt tegenover de overheid.

Het instellen van een vordering ten gronde is geen voorwaarde voor de behandeling van een klacht in kort geding.

2. Het gemeentelijk onderwijs moet als openbare dienst alle leerlingen aanvaarden, zowel meisjes als jongens. Het beginsel van de vrije schoolkeuze houdt in dat de (bovendien te relatieve) nabijheid van een vrije school voor meisjes geen alternatief is voor ouders die gemeentelijk onderwijs vragen.

Art. 24, § 4 G.W. en art. 14 E.V.R.M. sluiten discriminatie op grond van het geslacht uit. De weigering van meisjes in een jongensschool dreigt rechten van de ouders te schenden. Als voorlopige maatregel wordt een inschrijving voor één schooljaar bevolen.

D. e.a. t/ Stad Damme

A. Feitelijke gegevens

Eisers zijn de ouders van respectievelijk S. D. (geboren op 3 november 1989), L. G. (geboren op 4 april 1989) en J. G. (geboren op 31 januari 1986).

Zij wensen hun dochters school te laten lopen in de gemeentelijke basisschool te Damme-Sijsele, waar tot op heden enkel jongens worden toegelaten. Bij schrijven van 27 juni 1995 liet verweerster weten dat niets veranderd wordt in de structuren van het plaatselijk onderwijs, met andere woorden: dat de dochters niet ingeschreven zullen worden.

Zij vorderen de veroordeling van verweerster om «ten voorlopige titel» deze meisjes in te schrijven in respectievelijk het eerste leerjaar en het vierde leerjaar, en hen toelating te verlenen tot het onderwijs, en dit binnen de vijf dagen na de betekening van de te wijzen beschikking, onder verbeurte van een dwangsom van 5.000 frank per kind en per dag vertraging.

Verweerster werpt de onbevoegdheid op van de burgerlijke rechtbanken, de onontvankelijkheid van de vordering wegens gebrek aan belang en wegens gemis aan bodemgeschil en ten slotte de ongegrondheid ervan.

B. Beoordeling

1. Bevoegdheid

Verweerster wijst erop dat haar gemeenteraad in de zitting van 9 juni 1988 besliste de structuur van het gemeentelijk onderwijs als volgt vast te stellen:

- een afdeling in de Sleestraat (deelgemeente Damme), met een gemengde kleuter- en lagere afdeling;
- een afdeling in de Moerkerkebrug 10 (deelgemeente Moerkerke), met een lagere afdeling voor jongens;
- een afdeling in de Stationstraat 13 (deelgemeente Sijsele), met een lagere afdeling voor jongens.

Verweerster stelt dat de juridische band tussen «de inrichtende macht» van een officiële onderwijsinstelling en de leerling of de ouders buiten het privaatrechtelijke verbintenisrecht valt en van duidelijk reglementaire aard is.

Zij verwijst naar artikel 17, § 1, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, dat bepaalt dat wanneer een akte of een reglement van een administratieve overheid vatbaar is voor vernietiging krachtens artikel 14, eerste lid, de Raad van State als enige de schorsing van de tenuitvoerlegging kan bevelen en derhalve de burgerlijke rechter terzake niet bevoegd kan zijn.

De vordering van de eisers strekt geenszins tot schorsing van de tenuitvoerlegging van het besluit van de gemeenteraad van verweerster, noch van het schrijven van de burgemeester en schepenen van onderwijs van 27 juni 1995.

Het recht zijn kind te laten inschrijven en onderwijs te laten geven in een gemeenteschool is een subjectief recht van het kind en zijn ouders.

Ook na de invoering van het administratief kort geding bij de Raad van State, blijft de rechterlijke macht, op grond van artikel 144 gec. G.W. bevoegd om kennis te nemen van een vordering waarbij beoogd wordt de schending van een subjectief recht te voorkomen.

Terzake zijn wij derhalve wel degelijk bevoegd.

2. Ontvankelijkheid

Verweerster werpt op dat de eisers hun vordering niet *qualitate qua* stellen, doch in eigen naam, en zij derhalve geen belang hebben.

Ten onrechte. De eisers hebben, op grond van artikel 24 Gec. G.W., een persoonlijk recht op een keuzevrijheid inzake het onderwijs dat zij hun kinderen wensen te laten volgen. Zij hebben derhalve wel degelijk een belang.

Verweerster werpt verder op dat de eisers maar over een belang zouden kunnen beschikken mits effectief een geding ten gronde zou ingeleid zijn.

Eveneens ten onrechte. Artikel 584 Ger.W. bepaalt immers uitdrukkelijk dat de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg, in alle gevallen die hij spoedeisend acht, bij voorraad uitspraak doet in alle zaken, behalve die welke de wet aan de rechterlijke macht onttrekt. De wet stelt nergens de vereiste dat er voorafgaandelijk aan een vordering in kort geding reeds een vordering voor de bodemrechter zou ingeleid zijn.

3. Ten gronde

De vordering van de eisers werd onmiddellijk gesteld nadat zij een schrijven van de burgemeester en schepen van onderwijs van de stad Damme van 27 juni 1995 ontvangen hebben. Op 1 september 1995 start in principe het nieuwe schooljaar. De vordering van de eisers is in deze omstandigheden spoedeisend.

Eisers wensen de inschrijving van hun respectievelijke dochters in de gemeentelijke basisschool in de deelgemeente Sijsele, om principiële redenen en om praktische redenen.

In de eerste plaats stellen zij dat de weigering meisjes in te schrijven in deze gemeentelijke basisschool, waar tot nu uitsluitend jongens konden ingeschreven worden, een zuivere geslachtsdiscriminatie is, strijdig met de artikelen 10 en 24 Gec. G.W. en met artikel 14 E.V.R.M.

Een gemeentelijke school is een officiële onderwijsinrichting. Verweerster wijst er zelf terecht op dat de rechtsverhouding tussen de inrichtende macht van een dergelijke school en de leerlingen en ouders buiten het privaatrechtelijke verbintenissenrecht valt.

Het gemeentelijk onderwijs is een openbare dienst en heeft als dusdanig de verplichting om een leerplichtige leerling die op het grondgebied van de gemeente woont, in de school op te nemen (Antwoord van Minister D. Coens op de vraag nr. 122 van de heer Van Ooteghem dd. 15 juni 1984. *Vragen en Antwoorden*, Senaat, 16 oktober 1984 (nr. 2b, pag. 69).

Het argument van verweerster dat er in de deelgemeente Sijsele een vrije gesubsidiëerde meisjesschool bestaat en de keuzemogelijkheid voor de ouders aldus verzekerd is, snijdt geen hout. De verschillen tussen een vrije school en een gemeentelijke school zijn immers te sterk. Religieuze, filosofische of ideologische gronden kunnen een keuzemogelijkheid uitsluiten. In het schrijven van 27 juni 1995 stellen de burgemeester en schepen van onderwijs van de stad Damme: «Op 15 maart hebben de inrichtende macht van de Vrije Basisschool en de Gemeentelijke Basisschool, op verzoek van de eerstgenoemde, overleg gepleegd (...). Daar werd overeengekomen dat er niets verandert in de structuren van het plaatselijk onderwijs». Dergelijke niet-concurrentie afspraken kunnen daarenboven op zich geen reden uitmaken om de inschrijving van een leerling te weigeren, doch kunnen de vrijheid van schoolkeuze miskennen of minstens belemmeren.

Met het argument dat er in de deelgemeente Damme een gemengde gemeentelijke school bestaat, kan evenmin door

de vrij grote afstand tussen de scholen in beide deelgemeenten rekening gehouden worden. De ouders en de leerlingen kunnen er bezwaarlijk toe gehouden zijn om dagelijks meerdere keren deze afstand af te leggen.

Terecht werpen de eisers op dat artikel 24 Gec. G.W. de gelijkheid van alle leerlingen voor de wet of decreten vastlegt, en artikel 10 de gelijkheid van alle Belgen voor de wet, terwijl artikel 14 van het E.V.R.M. iedere discriminatie op grond van geslacht verbiedt. De weigering de dochters van de eisers in te schrijven en onderwijs te laten genieten in de gemeentelijke basisschool van de deelgemeente Sijsele, dreigt in de gegeven omstandigheden deze rechten van de eisers en hun dochters te schenden en hen een ernstig nadeel te berokkenen.

Het komt de bodemrechter toe om ten gronde uitspraak te doen. De hieronder te bevelen maatregel dient dan ook in de tijd beperkt te worden. De maatregel is geldig voor één schooljaar (95-96), tenzij inmiddels een procedure ten gronde ingeleid wordt, waarbij in dit geval de maatregel zal blijven gelden tot het vonnis.

De vordering van eisers is derhalve ontvankelijk en in de hieronder bepaalde mate gegrond.

Om deze redenen,

...

Zeggen dat verweerster gehouden is voorlopig de respectievelijke dochters van de eisers (...) in te schrijven in het eerste leerjaar van de gemeentelijke basisschool in de deelgemeente Sijsele, en J. G. in het vierde leerjaar ervan, en hen allen toegang te verlenen tot het aldaar verstrekt onderwijs.

Zeggen dat deze inschrijvingen dienen te gebeuren binnen de vijf dagen na de betekening van onderhavige beschikking, op straffe van betaling van een dwangsom van tweeduizend frank (2.000,- frank) per kind en per dag vertraging.

Zeggen dat onderhavige beschikking geldt voor de duur van het volledige schooljaar 1995-1996, tenzij inmiddels een procedure ten gronde zou ingeleid zijn geworden voor de bevoegde rechter, waarbij in dit geval onderhavige beschikking zal gelden totdat terzake uitspraak ten gronde zal zijn gedaan.

NOOT - Zie ook in dit nummer: Hof Gent, 2 februari 1996 en Hof Brussel, 21 februari 1996, alsmede het artikel van R. Verstegen, «Gemengd onderwijs verplicht?».

VREDEGERECHT TE BRUSSEL

7e KANTON – 26 JULI 1995

Rechter: de h. Lambert

Advocaten: mrs. De Caluwe en Lodomez

Handelspraktijken – Werking in de tijd – Onrechtmatige bedingen – Strafbeding

Enkel een wet van openbare orde is van toepassing op toekomstige gevolgen van toestanden die voor haar inwerkingtreding ontstaan, hetgeen veronderstelt dat dit niet het geval is voor dwingende bepalingen die private belangen beschermen.

De artikelen 31 tot en met 33 van de Wet van 14 juli 1991 zijn slechts van dwingend recht en derhalve niet van toepassing op de door partijen gesloten overeenkomst.

B.V.B.A. L. t/ W.

In rechte

Overwegende dat verweerder op 30 december 1991 een dienstencontract voor onderhoud van zijn kleurentelevisie met eiseres getekend heeft, en dit voor een termijn van zes jaar;

Dat op 25 juni 1992 verweerder eiseres ingelicht heeft over zijn beslissing om af te zien van het contract;

Overwegende dat eiseres artikel 7.3 van het contract inroept om een verbrekingsvergoeding te vorderen gelijk aan 50 % van de nog te vervallen betalingen tot 29 december 1997;

Dat verweerder deze vergoeding weigert te betalen daar bovenvermelde contractuele bepaling in feite een verboden onrechtmatig beding zou uitmaken in de zin van artikel 32 van de Wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument;

1. De toepassing van de wet in de tijd

Overwegende dat eiseres stelt dat de Wet van 14 juli 1991 op een contract gesloten op 30 december 1991 niet toepasselijk kan zijn, daar deze wet in artikel 123 bepaalt dat ze slechts op 29 februari 1992 in werking treedt;

Dat, diensentgevolge, artikel 2 van het Burgerlijk Wetboek wel degelijk ingeroepen kan worden, dit wil zeggen dat de wet geen terugwerkende kracht heeft;

Overwegende dat deze regel enkel twee uitzonderingen kent namelijk:

– De nieuwe wet bepaalt dat ze toepasselijk is op de bestaande contracten, hetgeen in casu niet het geval is;

– De wet is van openbare orde;

Overwegende dat het probleem er derhalve op neerkomt te bepalen of de Wet van 14 juli 1991 al dan niet van openbare orde is en, bijgevolg, op de tussen partijen gesloten overeenkomst toepasselijk is;

Overwegende dat de wet er geen gewag van maakt of haar bepalingen eventueel van openbare orde zijn;

Dat een deel van de rechtsleer stelt dat, telkens er enige twijfel bestaat of een regel van openbare orde is of niet, men er beter aan doet haar het karakter van openbare orde niet toe te kennen (Dieux, X., *Les obligations contractuelles*, Ed. du Jeune Barreau, 1984, blz. 283);

Dat het inderdaad niet redelijk is te denken dat men er enigszins zou kunnen naar *raden* uitgaande van min of meer subjectieve bedenkingen over het algemeen belang;

Overwegende dat de voorbereidende werkzaamheden van de wet evenmin de doorslag geven wat dit karakter betreft en de interpretatie van de Raad van State daaromtrent niet noodzakelijk met de niet-uitgedrukte bedoeling van de wetgever overeenstemt (Schamp en Van den Abeele, *La nouvelle réglementation des clauses abusives – Champ d'application et problèmes de droit transitoire*, *J.T.*, 1992, blz. 586 en 587);

Overwegende dat een wet van openbare orde als volgt gedefinieerd kan worden:

«Een wet is van openbare orde als ze de essentiële belangen van de Staat of van de Gemeenschap betreft of wanneer ze, in privaatrecht, de juridische grondslag bepaalt waarop de economische of morele orde van de gemeenschap rust» (Cass., 8 december 1948, *Pas.*, 1948, I, 699; Cass., 14 januari 1954, *R.C.J.B.*, 1954, 251, noot P. De Harven)

Overwegende dat de rechtbank hier wenst te verwijzen naar het door de rechtsleer gemaakte onderscheid tussen de verschillende bepalingen van de Wet van 14 juli 1991:

– deze die behoren tot het mededingingsrecht welke bijdragen tot de organisatie van de economie en die men kan beschouwen als zijnde van economische openbare orde, en

– deze die toebehoren tot het consumentrecht (o.a. artt. 31 tot 33 die de bescherming van de consument beogen) die enkel van dwingend recht zijn. (Fagnart J.L., *Les pratiques du commerce et la protection et l'information du consommateur depuis la loi du 14 juillet 1991*, Ed. du Jeune Barreau, 1991, blz. 32-33);

Dat men moeilijk kan beweren dat de laatstgenoemde bepalingen de essentiële belangen van de Staat of van de gemeenschap raken (Dirix E., *De bezwarende bedingen in de W.H.P.*, *R.W.*, 1991-92, 565);

Overwegende dat het Hof van Cassatie deze principes al in het verleden toegepast heeft; dat de bepalingen betreffende de blokkering van de huurgelden (wetten van 30 maart 1976, 24 december 1976 en 27 december 1977) van openbare orde zijn omdat ze de essentiële belangen van de Staat raken;

Deze wetten beogen inderdaad de strijd tegen de inflatie en geenszins de bescherming van de huurders (Cass., 28 september 1979, *Pas.*, 1980, I, 131; Cass., 10 november 1978, *Pas.*, 1979, I, 309);

Overwegende dat het voorgaande impliceert dat de door verweerder ingeroepen bepalingen, in de mate waarin ze enkel de bescherming van de consument beogen, niet van openbare orde zijn;

Dat enkel een wet van openbare orde van toepassing is op de toestanden die vóór haar inwerkingtreding ontstaan, hetgeen veronderstelt dat het niet het geval is voor dwingende bepalingen die private belangen beschermen (Cass., 12 februari 1993, *R.W.*, 1993-1994, 20);

Overwegende dat de Wet van 14 juli 1991 derhalve niet van toepassing is op de door partijen gesloten overeenkomst;

2. De vergoeding

Overwegende dat, zelfs indien de artikelen 31 tot 33 van de Wet van 14 juli 1991 niet ingeroepen mogen worden, de rechtbank vaststelt dat de overeenkomst althans gedeeltelijk door verweerder uitgevoerd werd, terwijl het aangevochten strafbeding niet evenredig is met de door eiseres schade geleden ingevolge de verbreking van de overeenkomst;

Dat de rechtbank de mening is toegedaan dat een bedrag van 6.000 frank (zijnde de prijs van het abonnement voor twee jaar) voldoende is om de schade van eiseres te vergoeden;

...

Om deze redenen

Rechtdoende op tegenspraak en in eerste aanleg;

Over de hoofdeis

Verklaren deze ontvankelijk en in de hierna volgende mate gegronnd;

Veroordelen verweerder om te betalen aan eiseres de som van zesduizend frank;

Wijzen haar af voor het overige van haar eis;

NOOT – *De werking van de Wet van 14 juli 1991 in de tijd: schadebedingen en overgangsrecht*

1. Feiten en beoordeling door de rechter

Op 30 december 1991 sloot verweerder een overeenkomst met eiseres, met als voorwerp het onderhoud van de kleurentelevisie van verweerder gedurende een periode van zes jaar. Verweerder lichtte niettemin reeds op 25 juni 1992, zes maanden na het sluiten van de overeenkomst, eiseres in van zijn beslissing om het contract niet meer na te komen. Overeenkomstig artikel 7.3 van de overeenkomst vorderde eiseres vervolgens een verbrekingsvergoeding, die gelijk was aan 50 % van de nog te vervallen betalingen tot 29 december 1997. Verweerder weigerde de verbrekingsvergoeding te betalen, daar artikel 7.3 van de overeenkomst, op grond van artikel 32 van de Wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de bescherming en voorlichting van de consument (hierna WHP), een onrechtmatig beding zou zijn. Eiseres repliceerde hierop door te stellen dat de WHP niet van toepassing was, omdat artikel 123 van de WHP voorziet dat deze pas 6 maanden na haar publicatie in werking treedt. Eiseres roept met andere woorden de toepassing van artikel 2 B.W. in, dat voorziet in een verbod op terugwerkende kracht van wetten.

De vrederechter oordeelt dat: «*artikel 2 van het Burgerlijk Wetboek wel degelijk ingeroepen zou kunnen worden*», daar de overeenkomst was gesloten vóór de inwerkingtreding van de WHP op 29 februari 1992. Op de regel dat wetten geen terugwerkende kracht hebben, zijn volgens de vrederechter twee uitzonderingen, namelijk: indien de nieuwe wet bepaalt dat zij toepasselijk is op bestaande contracten, of indien de nieuwe wet van openbare orde is.

Na te hebben vastgesteld dat de WHP geen specifieke bepalingen bevat met betrekking tot haar toepassing op bestaande contracten, onderzoekt de vrederechter vervolgens of de wet van openbare orde is. Hij komt, middels raadpleging van bepaalde rechtsleer aangewezen in het vonnis, tot de conclusie dat de bepalingen die behoren tot het consumentenrecht, o.a. de artt. 31 tot 33 WHP, enkel van dwingend recht zijn. Met verwijzing naar het arrest van het Hof van Cassatie van 12 februari 1993 beslist de vrederechter bovendien in algemene bewoordingen dat: «*enkel een wet van openbare orde van toepassing is op de toestanden die vóór haar inwerkingtreding ontstaan, hetgeen veronderstelt dat dit niet het geval is voor dwingende bepalingen die private belangen beschermen* (Cass., 12 februari 1993, *R.W.*, 1993-94, 20)». De WHP is bijgevolg niet van toepassing op de door partijen gesloten overeenkomst.

2. Overdreven schadebedingen voor en na de WHP

Op basis van het gemeene recht stelt de vrederechter evenwel vast dat het aangevochten schadebeding niet in verhouding staat tot de schade die eiseres lijdt ingevolge de verbrekking van de overeenkomst, en beslist hij vervolgens dat een bedrag van 6000 fr. voldoende is om de schade, geleden door eiseres, te vergoeden. Impliciet volgt de vrederechter ofwel de vaststaande rechtspraak i.v.m. overdreven schadebedingen, ofwel het principe van misbruik van recht. Het Hof van

Cassatie heeft immers enerzijds m.b.t. overdreven schadebedingen reeds in zijn arrest van 17 april 1970 beslist dat een beding dat geen vergoeding voor potentiële schade beoogt, in strijd is met de *openbare orde* (sensu stricto, art. 6 B.W.) en derhalve nietig is (Cass., 17 april 1970, *A.C.*, 1970, 754, met conclusie Adv.-Gen. E. Krings). Indien de rechter vervolgens het beding nietig verklaart, mag hij enkel de werkelijke schade wegens niet-uitvoering vergoeden. Anderzijds besliste het Hof in zijn arrest van 18 februari 1988 dat bij de uitoefening van een overdreven schadebeding een schuld-eiser misbruik kan maken van zijn recht, en dat dit kan worden gesanctioneerd door het schadebeding te verminderen. (Cass., 18 februari 1988, *A.C.*, 1987-88, nr. 375, en in het algemeen m.b.t. schadebedingen Van Oevelen, A., «*Actuele jurisprudentiële en legislatieve ontwikkelingen inzake de sanctie bij niet-nakoming van contractuele verbintenissen*», *R.W.*, 1994-95, 793-808, nrs. 25 tot 35).

Art. 32.21 van de WHP bepaalt dat bedingen onrechtmatig zijn als deze in geval van niet-uitvoering of vertraging in de uitvoering van de verbintenissen van de koper, schadevergoedingsbedragen vaststellen die duidelijk niet evenredig zijn aan het nadeel dat door de verkoper kan worden geleden. Overeenkomstig art. 33, § 2, WHP zijn deze onrechtmatige bedingen nietig. Dit belet de rechter evenwel niet om de verkoper of dienstverlener op basis van het gemeene recht een schadevergoeding toe te kennen. Art. 32.21 van de WHP betreft bijgevolg niet meer dan de wettelijke neerslag van een in de rechtspraak ontwikkelde rechtsregel (Dirix, E., «*Bezwarende bedingen*», *DAOR*, 1992, (31), 39, nr. 25; «*De bezwarende bedingen in de W.H.P.*», *R.W.*, 1991-92, (562), 569, nr. 25; in *De nieuwe wet handelspraktijken*, Stuyck, J. en Wytinck, P. (eds.), Brussel, Story-Scientia, 1992, (289), nr. 25; De Muynck, I., «*De onrechtmatige bedingen*», *A.J.T.-Dossier*, 1995-96, nr. 1, 13).

Met het oog op het intertemporeel recht kunnen we stellen dat «*het recht*» als zodanig niet werd gewijzigd. Zowel voor als na de inwerkingtreding van de WHP werden en worden dergelijke schadebedingen nietig verklaard of verminderd en wordt de werkelijke schade vergoed. Een overgangsregeling, om het verschil te overbruggen in het toe te passen recht, lijkt derhalve overbodig (vgl. Scholten, P., *Algemeen deel in Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, Zwolle, Tjeenk-Willink, 1974, 137). Tevens kunnen we uit het arrest van 17 april 1970 de logische conclusie trekken dat art. 32.21 WHP van openbare orde is. De meerderheid van auteurs stelt evenwel dat deze bepaling maar van dwingend recht is, daar de wetgever enkel private belangen beoogt te beschermen en dat een dergelijk schadebeding niet de essentiële belangen van de staat of de gemeenschap raakt (Van Oevelen, A., *l.c.*, 805, nr. 28; Dirix, E., *l.c.*, nr. 8 en vgl. Schamp, J. en Van Den Abbeele, M., «*La nouvelle réglementation des clauses abusives: champ d'application et problèmes de droit transitoire*», *J.T.*, 1992 (585), 588). De kwalificatie openbare orde/dwingend recht is nochtans volgens de Belgische cassatierechtspraak uitermate belangrijk voor de werking van art. 32.21 WHP in de tijd (*infra*).

3. De werking van wetten in de tijd

Art. 2 B.W. bepaalt: «*De wet beschikt alleen voor het toekomstige; zij heeft geen terugwerkende kracht*». Er wordt algemeen aanvaard dat deze bepaling een richtlijn is voor

de wetgever, een verplichting voor de rechter en een vorm van rechtszekerheid voor de burger (Cass., 18 januari 1924, *Pas.*, 1924, (141), 144). De wetgever kan daarom expliciet of impliciet van art. 2 B.W. afwijken. Bij gebrek aan wettelijke regeling speelt nochtans artikel 2 B.W. ten volle, en is de rechter erdoor gebonden.

a. *De klassieke leer.* Deze leer hanteert inzake overeenkomsten de theorie van de verworven rechten, gekoppeld aan de onmiddellijke werking van nieuwe wetgeving m.b.t. bepalingen van dwingend recht en openbare orde. Enkel de aanvullende bepalingen zijn niet van toepassing op lopende overeenkomsten. De nadruk wordt gelegd op de onmiddellijke (exclusieve) werking van nieuwe wetten (de Page, H., *Traité élémentaire de droit civil belge*, I, Bruxelles, Bruylant, 1962, 320 e.v., nr. 232.; Van Gerven, W., *Algemeen deel*, I, in *Beginnelen van Belgisch privaatrecht*, Brussel, Story-Scientia, 1987, 61, nrs. 20 e.v.). In casu houdt deze theorie in dat de bepalingen van de WHP inzake onrechtmatige bedingen onmiddellijk van toepassing zijn op lopende overeenkomsten.

b. *De leer van Roubier.* Steunend op Roubier wordt de stelling verdedigd dat enkel wetten en bepalingen van openbare orde onmiddellijk van toepassing zijn op lopende overeenkomsten. Het contractueel evenwicht en de wilsautonomie liggen aan de basis van de stelling dat dwingende bepalingen niet van toepassing zijn op lopende overeenkomsten (Roubier, P., *Les conflits des lois dans le temps*, II, Paris, Recueil Sireys, 1933, nrs. 76 e.v.; Schamps, J. en Van den Abbeele, M., «La nouvelle réglementation des clauses abusives: champs d'application et problèmes de droit transitoire», *J.T.*, 1992, 585-599 en de conclusie van Proc.-Gen. Ganshof van der Meersch bij Cass., 22 oktober 1970, *Pas.*, 1971, (144), 156). Indien art. 32.21 WHP een bepaling van dwingend recht is, is zij m.a.w. niet van toepassing op lopende overeenkomsten. De vrederechter heeft *in casu*, na te hebben vastgesteld dat art. 32 WHP een bepaling van dwingend recht is, deze leer toegepast.

c. *Vertrouwensbeginsel.* In Nederland tempert men de onmiddellijke werking door zich te beroepen op het vertrouwensbeginsel. Men laat de beoordeling vooral afhangen van «de omstandigheden» en niet zozeer van de aard van de rechtsbepaling (Brunner, C.J.H., «Rechtsvinding overgangsrecht privaatrecht», in *Handelingen 1985 der Nederlandse Juristen-Vereeniging*, deel 1, Zwolle, Tjeenk-Willink, 1985, (3), 34.v.; De Die, B.C., «Overgangsrecht – een herwaardering na vijftig jaar», *RM Themis*, 1979, (253), 267 e.v. en Scheltema, M., «Enkele gedachten over het vertrouwensbeginsel in het publiek recht», *RM Themis*, 1984, (538), 540). In het nieuw Nederlands BW is m.b.t. onredelijk bezwarende algemene voorwaarden bovendien het algemeen beginsel van de eerbiedigende werking inzake geldige rechtshandelingen door een uitgestelde werking van een jaar oplopende overeenkomsten getemperd (de Die, B.C., «Beginnelen van overgangsrecht», *Ars Aequi*, 1991, (102), 109 en 112). Ten aanzien van de WHP kan evenzo voor een uitgestelde onmiddellijke werking worden gepleit, daar de wet die is gepubliceerd in het B.S. op 29 augustus 1991 pas in werking is getreden op 29 februari 1992 (vgl. Lamon, H. en Ponet, B., «De intertemporele werking van de handelspraktijkenwet van 14 juli 1991», *T.B.H.*, 1993, (4), 10). Het gevolg zou dan zijn dat wegens de uitgestelde inwerkingtreding van de WHP deze onmiddellijk van toepassing is op lopende overeenkomsten vanaf 29 februari 1992.

d. *De stelling van Wymeersch.* In een analyse van het jurisprudentieel overgangsrecht in Frankrijk komt E. Wymeersch tot de conclusie dat het onderscheid tussen openbare orde en dwingend recht dient te worden genuanceerd. Door de Franse cassatierechtspraak worden deze begrippen, als criteria om te bepalen of een nieuwe wet van toepassing is op overeenkomsten, niet systematisch en zeker niet strikt toegepast. Hij komt tot de conclusie dat volgens het Franse recht «de onmiddellijke toepassing geldt voor alle wetsbepalingen, ongeacht of zij de openbare orde raken».

De leidraad die de rechter dient te volgen is deze van de belangenafweging, die in de eerste plaats door de wetgever werd beoogd (Wymeersch, E., «Intertemporeel recht in verband met de Wet van 12 juni 1991 op het consumentenkrediet», *R.W.*, (1001), 1010, nrs. 18 en 22).

e. *Het Hof van Cassatie.* Op het vlak van overeenkomsten zijn de beslissingen van het Belgische Hof van Cassatie zeer schaars (Wymeersch, E., *l.c.*, (1001), 1008, nr. 16). Recent zijn er echter twee interessante arresten geveld. In zijn arrest van 12 februari 1993 besliste het Hof aangaande huurovereenkomsten en de artt. 1730 en 1731 B.W. het volgende: «Overwegende dat een nieuwe wet niet enkel van toepassing is op de toestanden die na haar inwerkingtreding ontstaan, maar ook op toekomstige gevolgen van een onder de vroegere wet ontstane toestand, die zich voordoen of die voortduren onder vigor van de nieuwe wet, voor zover daar geen afbreuk wordt gedaan aan reeds onherroepelijk vastgelegde rechten; dat echter inzake overeenkomsten de oude wet van toepassing blijft, tenzij de nieuwe wet van openbare orde is of uitdrukkelijk toepassing voorschrijft op lopende overeenkomsten» (Cass., 12 februari 1993, *A.C.*, 1993-94, nr.88, 181). Het Hof van Cassatie hanteert blijkbaar de leer van Roubier. Nochtans volgde de Vrederechter van Antwerpen in zijn beslissing van 27 juni 1994 deze opvatting niet, daar hij de WHP en meer bepaald artikel 32.15 van toepassing verklaarde op lopende overeenkomsten (zie afwijzende noot: Van Gompel, H., «Over de toepassing van artikelen 31-32 W.H.P.» (noot onder Vred. Antwerpen, 27 juni 1994), *T.B.H.*, 1995, 324-337). In zijn arrest van 6 september 1993 besliste het Hof, m.b.t. de toepassing van art. 10, derde lid, van de Arbeidsovereenkomstenwet en het recht op een opzeggingsvergoeding en een bijzondere ontslagvergoeding, daarentegen als volgt: «Dat recht op die vergoedingen ontstaat op het tijdstip van de beëindiging en wordt bepaald op grond van de op dat tijdstip toepasselijke wetgeving» (Cass., 6 september 1993, *A.C.*, 1993-94, nr. 328, 664). Voormelde wetsbepaling vond *in casu* geen toepassing, omdat de arbeidsovereenkomst reeds was beëindigd. Kunnen we uit de stelling van het Hof afleiden dat artikel 10, derde lid, van de Arbeidsovereenkomstenwet wel van toepassing zou zijn indien de arbeidsovereenkomst was beëindigd na haar inwerkingtreding? In dat geval volgt het Hof van Cassatie de klassieke leer van de onmiddellijke werking, tenzij het verkregen rechten betreft. Onduidelijkheid troef!

4. Het criterium: openbare orde en/of dwingend recht

Zoals vermeld in randnummer 6, is volgens Wymeersch het onderscheid tussen openbare orde en dwingend recht niet bepalend voor de vraag naar het overgangsrecht. Hij baseert dit o.a. op de vaststelling dat «het recht» d.m.v. de rechtspraak en wetgever zelf verfijningen aanbrengt, zowel op het vlak van de sancties als de toepassing in de tijd. De

scheidingslijn is m.a.w. te scherp (Wymeersch, E., *l.c.*, 1010, nr. 21).

Bovendien volgt dit uit onderhavig vonnis. *In casu* is er geen nood aan een overgangsregeling, daar «het recht» of «de rechtsnorm» zowel voor als na de WHP hetzelfde is. Stellen dat artikel 32.21 van de WHP niet van toepassing is omdat deze bepaling niet van openbare orde is, is m.b.t. het toe te passen «recht» o.i. irrelevant, hetgeen ook wordt bevestigd door de vaststelling dat het cassatiearrest van 17 april 1970 (*supra*) dergelijke bedingen in strijd met de openbare orde vond, terwijl de meerderheid van de auteurs ervan uitgaan dat de wettelijke neerslag van deze rechtsregel in art. 32.12 WHP maar van dwingend recht is (randnr. 5).

Een derde argument om het onderscheid als een voorbijgestreefd criterium te beschouwen, kan worden gebaseerd op het feit dat de WHP een prefiguratie is van de Europese Richtlijn van 5 april 1993 betreffende de oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten (zie voor een bespreking Flamee, M. en Troch, K., «De invloed van de E.G.-richtlijn van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten op het heersend Belgisch recht», *T.B.H.*, 1996, 28-56). Dit speelt ook op het vlak van de Wet op het consumentenkrediet en op andere wetgeving die is ontstaan of beïnvloed door Europese regelgeving. In het Europees recht, en meer bepaald de rechtspraak van het Hof van Justitie, wordt geen onderscheid gemaakt tussen regelen van openbare orde en van dwingend recht, maar worden andere criteria gehanteerd, zoals «het algemeen belang» en «het evenredigheidsbeginsel». Dit laatste wordt toegepast bij de beoordeling van de verenigbaarheid van nationale maatregelen met het gemeenschapsrecht en bij de toetsing van communautaire maatregelen op hun overeenstemming met de in het E.G.-verdrag neergelegde fundamentele grondrechten en vrijheden (zie Van Gerven, W., «Het evenredigheidsbeginsel: een beginsel met een groot verleden en een grote toekomst», *In het nu, wat worden zal*, X. (ed.), Deventer, Kluwer, 1991, 75-86). Onderhavige vraagstelling is o.i. van dezelfde orde. De verenigbaarheid van het nieuwe met het oude recht, waaronder de overeenstemming met de fundamentele beginselen die ten grondslag liggen aan de oude wet is het voorwerp van de vraag naar het overgangsrecht. W. Van Gerven stelt, m.b.t. de toetsing aan de beginselen van het gemeenschapsrecht (het oude heersende recht): «in een dergelijke situatie gaat het Hof na of een maatregel die beantwoordt aan de doeleinden van algemeen belang welke de gemeenschap naleeft (m.a.w. die daarvoor nuttig en noodzakelijk is), 'niet als een te vergaande onaanvaardbare ingreep' te beschouwen is in een grondrecht of een fundamentele vrijheid van particulieren, waardoor dat recht of die vrijheid 'wezenlijk wordt aangetast». Het gaat volgens hem bijgevolg om een afweging van belangen en doelstellingen (Van Gerven, W., «Naar een Europees gemeen recht van algemene rechtsbeginselen?», *RM Themis*, 1995, (233), 242 met verwijzing naar H.v.J., 13 december 1979, zaak Hauer 44/79, *Jur.*, 1979, 3727). Op basis van een dergelijke toets kunnen we zodoende argumenteren dat nieuwe wetgeving onmiddellijk toepasselijk is (evenzo art. 2 B.W.), tenzij deze wetgeving een te grote inbreuk zou zijn op de fundamentele (grond)rechten en vrijheden van de betrokken particulieren die ten grondslag liggen aan de oude wetgeving.

5. Conclusie

Op basis van het cassatiearrest van 12 februari 1993 heeft de vrederechter een juiste beslissing genomen. Volgens het Hof van Cassatie is het richtsnoer de openbare orde. Zelfs op basis van een toetsing aan «het algemeen belang» of volgens «het evenredigheidsbeginsel» toegepast op het overgangsrecht, kon de vrederechter nog dezelfde beslissing treffen, daar eiseres overeenkomstig de algemene principes betreffende niet-uitvoering van verbintenissen recht heeft op vergoeding van haar werkelijke schade (tenzij de gehele overeenkomst nietig wordt verklaard).

Interessant aan het onderhavig vonnis is evenwel de vaststelling, dat ondanks dat «het recht» niet is gewijzigd, de vraag naar de onmiddellijke toepassing van de WHP overeenkomstig art. 2 B.W. afwijzend werd beantwoord, terwijl dit in de ons omringende landen tot een ander resultaat kan leiden. Vanuit «het evenredigheidsbeginsel» of de notie «algemeen belang» zou o.i. art. 32.21 WHP onmiddellijk van toepassing zijn, daar het belang en doel van de wet reeds aanwezig waren voor de nieuwe WHP en de nieuwe wet bijgevolg geen inbreuk pleegt op fundamentele (grond)rechten en vrijheden vervat in de oude wetgeving.

Om deze verschillen in overgangsrecht weg te werken moet volgens W. Van Gerven ernaar worden gestreefd de algemene beginselen 'zoveel mogelijk te vergemeenschappelijkken' (Van Gerven, W., *l.c.*, 238). Een belangenafweging overeenkomstig het evenredigheidsbeginsel tussen enerzijds «het oude recht» en anderzijds «het nieuwe recht» is o.i. een mogelijke opvatting (vgl. Wymeersch, E., *l.c.*, 1010, nr. 22).

Frank MORTIER

Assistent Universiteit Antwerpen (UIA)

RECHTSpraak IN KORT BESTEK

Hof van Cassatie (1e Kamer), 4 januari 1996

Huwelijk – Voorlopige maatregelen – Afstand van eerst ingestelde echtscheidingsvordering nadat tweede is ingesteld – Geen invloed op voorlopige maatregelen bevolen op grond van eerste echtscheidingsvordering

Het middel tegen het bestreden arrest (Hof Antwerpen) 12 december 1994) wordt om de volgende redenen verworpen.

«Overwegende dat de voorlopige maatregelen bedoeld in artikel 1280 van het Gerechtelijk Wetboek door de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg worden bevolen tussen echtgenoten die in termen van echtscheiding zijn;

«Overwegende dat als een partij twee vorderingen tot echtscheiding instelt en zij van de eerst ingestelde vordering afstand doet nadat zij de tweede heeft ingesteld, die afstand niet tot gevolg heeft dat de voorlopige maatregelen bevolen tijdens de echtscheidingsprocedure waarvan afstand is gedaan, geen uitwerking meer hebben.»

(Voorzitter: mevr. Baeté-Swinnen – Rapporteur: de h. Verougstraete – Openbaar ministerie: de h. Dubrulle – Advocaat: mr. Bützler – In de zaak: Van H. t/ L.)

Hof van Cassatie (2e Kamer), 9 januari 1996

Verzekering – Onderlinge verzekeringsvereniging – Rechts-persoonlijkheid – Onderlinge verzekering – Geen handels-daad

Tegen het bestreden arrest (Hof Antwerpen, 20 oktober 1994) voeren de eisers aan dat het ten onrechte de burgerlijke partijstelling van een onderlinge verzekeringsvereniging ontvankelijk verklaard heeft hoewel de vereniging niet ingeschreven was in het handelsregister. Het middel wordt om de volgende redenen verworpen.

«Overwegende dat ingevolge artikel 2 van de op het ogenblik van het instellen van de vordering door de rechtsvoorganger van verweerster toepasselijke Verzekeringswet van 11 juni 1874 een onderlinge verzekeringsvereniging een eigen rechtspersoonlijkheid heeft;

«Dat het doel van een vereniging met rechtspersoonlijkheid en niet de hoedanigheid van de vennoten bepaalt of ze een handelskarakter heeft of niet;

«Overwegende dat, afgezien van de te dezen niet toepasselijke regeling betreffende de zeeverzekering, krachtens de op het ogenblik van het instellen van de vordering toepasselijke wet de onderlinge verzekering op zich geen handelsdaad uitmaakt en een vereniging die deze dienstverlening beoogt hierdoor geen handelskarakter verkrijgt;

«Dat de omstandigheid dat de vennoten van een onderlinge verzekeringsvereniging kooplieden zijn en de door de vereniging verrichte verzekeringen betrekking hebben op hun handel, geen afbreuk doet aan het feit dat de vereniging zelf geen daden van koophandel tot doel heeft;

«Overwegende dat de appelrechters oordelen «dat onder meer uit de voorliggende statuten niet blijkt dat (verweerster) verzekeringsovereenkomsten met vaste premie afsloot», en «dat volgens de statuten (verweerster) hoofdzakelijk tot doel heeft aan de werknemers van de aangesloten vennoten (werkgevers) het geheel der vergoedingen voorzien bij de wet op de arbeidsongevallen te waarborgen»;

«Dat zij op die gronden hun beslissing dat de exceptie van niet-toelaatbaarheid wegens niet-inschrijving in het handelsregister van de rechtsvoorganger van verweerster moet worden verworpen, naar recht verantwoorden;

«Dat het middel faalt naar recht.»

(Voorzitter: de h. Holsters – Rapporteur: de h. Huybrechts – Openbaar ministerie: de h. De Swaef – Advocaat: mr. De Bruyn – In de zaak: T. e.a. t/ N.V. A.)

Hof van Cassatie (1e Kamer), 12 januari 1996

Verbintenissen – Schuldvergelijking – Samenloop – On-beheerde nalatenschap – Samenhangende vorderingen – Beoordeling

Mevrouw G.D. was eigenares van een viertal appartementen in een flatgebouw. Op de dag van haar overlijden is een bedrag van 1.263.023 fr. aan achterstallige lasten verschuldigd aan de gemeenschap der mede-eigenaren. Ter aanzuivering van deze achterstallen is de syndicus op grond van een bepaling in het reglement van mede-eigendom overgegaan tot de rechtstreekse inning van de huurgelden ten belope van

236.329 fr. De curator van de onbeheerde nalatenschap van mevr. G.D. vordert de terugbetaling van het bedrag van 236.329 fr. Het bestreden arrest laat de compensatie toe tussen deze vordering en tegenvordering van de gemeenschap van mede-eigenaren. In cassatie doet de curator van de onbeheerde nalatenschap gelden dat de aangifte van een toestand van samenloop tot gevolg heeft, zodat schuldvergelijking enkel nog mogelijk is wanneer tussen vordering en tegenvordering een nauwe samenhang bestaat en dat in het onderhavige geval die samenhang niet voorhanden is nu de vordering van de curatele (terugbetaling van huurgelden) geen verband houdt met de niet-uitvoering door de overledene van haar verbintenissen ten aanzien van de mede-eigendom.

Dit middel wordt verworpen op de volgende gronden:

«Overwegende dat uit de in het middel overgenomen overwegingen van het arrest blijkt dat eiseres, als curator in de onbeheerde nalatenschap van Germaine D., schuldeiseres is voor het bedrag van de huren die de door verweerder beheerde mede-eigendom van het flatgebouw Greenwood heeft ontvangen tot betaling van de door de overledene verschuldigde lasten, maar aan de beheerder q.q. het volledige bedrag van de door de overledene onbetaalde lasten verschuldigd is;

«Overwegende dat het arrest oordeelt dat nauwe samenhang bestaat tussen de wederzijdse schulden van de partijen, nu deze ‘verband hielden met de niet-betaling door Germaine D. van de op de mede-eigendom rustende lasten betreffende de appartementen waarvan zij eigenares was in het flatgebouw Greenwood’;

«Dat het arrest aldus, op basis van een feitelijke beoordeling van de gegevens van de zaak, naar recht heeft kunnen beslissen dat er tussen de schuld en de schuldvordering van verweerder nauwe samenhang bestaat op grond waarvan schuldvergelijking tussen de beide schulden is toegestaan.»

(Voorzitter: de h. Sace – Rapporteur: de h. Charlier – Openbaar-ministerie: de h. Leclercq – Advocaten: mrs. Gérard en De Bruyn – In de zaak: D. t/ B.)

Hof van Cassatie (1e Kamer), 18 januari 1996

Advocaat – Tuchtzaken – 1. Tuchtraad van beroep – Verwijzing, na cassatie, naar anders samengestelde raad – De-zelfde secretaris – Geen verbod – 2. Uitspraak – Geen da-tum bepaald – Geen oproeping – Belet niet uitspraak met gesloten deuren te vragen

De bestreden beslissing is op 15 maart 1995 door de Tuchtraad van Beroep van de Balies van het rechtsgebied van het Hof van Beroep te Gent gewezen na verwijzing door Cass., 30 september 1994 (R.W., 1994-95, 1178).

Het eerste middel, dat een schending van art. 477 Ger.W. aanvoert, wordt als volgt verworpen.

«Overwegende dat, krachtens artikel 477 van het Gerechtelijk Wetboek, als een beslissing van de tuchtraad van beroep vernietigd wordt, het Hof van Cassatie de zaak verwijst naar de tuchtraad van beroep, anders samengesteld;

«Dat hieruit volgt dat wie de vernietigde beslissing heeft gewezen, na verwijzing niet mag deelnemen aan de beraadslaging en aan de beslissing; dat dit verbod niet geldt voor

de secretaris die bij de voorbereiding van de vernietigde beslissing zitting heeft gehouden, maar niet heeft deelgenomen aan de beraadslaging en aan die beslissing;

«Dat het middel faalt naar recht.»

In het tweede middel voert eiser aan dat de beslissing nietig is doordat bij het sluiten van het debat geen vaste datum voor de uitspraak bepaald was en hij niet opgeroepen werd met als gevolg dat hij geen uitspraak met gesloten deuren kon vragen. Ook dit middel wordt verworpen.

«Overwegende dat uit de stukken waarop het Hof vermag acht te slaan, blijkt dat de tuchtraad van beroep bij het sluiten van het debat geen vaste datum heeft bepaald voor de uitspraak en evenmin eiser heeft opgeroepen om de uitspraak bij te wonen;

«Dat die onregelmatigheid niet tot gevolg heeft dat de uitspraak nietig wordt nu zij eiser niet belette de uitspraak met gesloten deuren te vragen.»

(Voorzitter: mevr. Baeté-Swinnen – Rapporteur: de h. Verougstraete – Openbaar ministerie: de h. De Swaef – Advocaat: mr. Delahaye – In de zaak: M. t/ Procureur-generaal Gent)

Raad van State (4e Kamer), 6 september 1995

Ambtenarenrecht – Van rechtswege op non-activiteitstelling zonder wedde – Beslissing die moet worden genomen – Gebonden bevoegdheid – Middel van onbevoegdheid – Kan niet dienstig worden opgeworpen

De verzoeker vordert de nietigverklaring van de beslissing van de administrateur-generaal van de ARGO waarbij hij voor de periode van 29 maart tot en met 4 april 1991 van rechtswege op non-activiteit zonder wedde wordt gesteld. Krachtens de toepasselijke reglementering komt een ambtenaar die zonder toestemming afwezig is van rechtswege op non-activiteit zonder wedde te staan.

De verzoeker voert als annulatiemiddel de «onwettigheid naar de auteur» aan, daar volgens hem alleen de centrale raad bevoegd was om de beslissing te nemen.

De Raad van State verworpt dit middel als volgt.

«Overwegende dat (...) zoals de bestreden beslissing zich aandient, zij er een is die 'van rechtswege' moet worden genomen; dat in zaken van gebonden bevoegdheid het middel van onwettigheid naar de auteur – met andere woorden het middel van onbevoegdheid – niet dienstig kan worden aangevoerd; dat immers in dat soort van zaken de beslissing ofwel moest worden genomen ofwel niet mocht worden genomen, ongeacht wie ze genomen heeft; dat het geen zin heeft een beslissing te vernietigen op grond van de overtreding van een rechtsregel, van openbare orde of niet, wanneer niet blijkt dat de beslissing anders had moeten of kunnen zijn indien die overtreding niet was begaan.»

(Voorzitter-rapporteur: de h. Borret (verslaggever) – Staatsraden: de h. De Brabandere en mevr. Bracke – Auditoraat: de h. Van Noten (strijdige advies) – Advocaat: mr. Claeys – In de zaak: G. t / ARGO – Arrest nr. 55.046)

BOEKEN

INSTITUUT VOOR SOCIAAL RECHT (red.), **Vreemdelingen en sociale zekerheid**, Mys & Breesch, Gent, 1996, 140 pp.

Dit boek is het verslagboek van de studiedag over «vreemdelingen en sociale zekerheid» die op 19 april 1996 werd gehouden door het Leuvense Instituut voor Sociaal Recht. Aangezien een grote verscheidenheid bestaat in posities die vreemdelingen bekleden, en dit natuurlijk gevolgen heeft voor de sociale-zekerheidssituatie van de betrokkene, bevat het boek niet minder dan acht teksten over de specifieke problemen waar elke groep van vreemdelingen mee wordt geconfronteerd.

Prof. Van Langendonck bijt de spits af met een algemene uiteenzetting over de positie van de vreemdeling in de Belgische sociale zekerheid. Van Langendonck heeft vooral oog voor vroegere en bestaande discriminaties op grond van de nationaliteit van de betrokkene.

Een tweede bijdrage is van de hand van Isabelle Poppe, die het statuut van de (politieke) vluchteling bespreekt. Jammer is dat de auteur niet méér de nadruk legt op de discussie die bestaat omtrent het declaratieve of constitutieve karakter van de erkenning als vluchteling en de gevolgen hiervan voor de vluchteling. Doch zij wijst terdege op de moeilijke positie waarin nog niet erkende vluchtelingen zich bevinden.

Ruth Stockx bestudeert dan weer de verhouding tussen de illegaal in België verblijvende vreemdeling en de sociale zekerheid. Ik heb het hier vooral moeilijk met de gebruikte terminologie. De auteur spreekt immers van het «wit» werken van illegaal in België verblijvende vreemdelingen. Doch een werkgever die een illegaal tewerkstelt is strafbaar. De vraag of deze persoon sociale-zekerheidsuitkeringen kan genieten indien zijn werkgever de sociale-zekerheidsbijdragen heeft betaald is dan ook vrij academisch van aard.

Koen Dewulf, jurist bij het Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding, verstrekt aan de hand van cijfergegevens een weergave van de positie van de vreemdelingen in onze sociale zekerheid.

Prof. Pieters stelt in zijn bijdrage de vraag naar de rechtsgronden die aanleiding kunnen geven tot uitbreiding van het personele toepassingsgebied van de Verordeningen 1408/71 en 574/72 inzake de toepasselijke sociale-zekerheidswetgeving voor migrerende onderdanen tot onderdanen van derde landen.

De detachering van werknemers en zelfstandigen wordt belicht door Paul Schoukens. Het is vooral interessant dat de auteur in zijn bijdrage een aantal gegevens verwerkt die werden verkregen door het onderzoek dat in opdracht van de Europese Commissie werd gevoerd (BMT, Application of the provisions of Regulation 1408/71 and the issue of posting: facts and problems, 2e Europese conferentie over Sociale Zekerheid, Kreta, 11-15 oktober 1995).

Herman van Hoogenbemt bestudeert de positie van buitenlandse kaderleden in België. Omdat ons sociale-zekerheidsrecht geen definitie kent voor het begrip «kaderlid» en het begrip vooral een socio-economische invulling kent, ligt het zwaartepunt van dit referaat op de vergoedingen die aan dergelijke personeelsleden betaald worden. Vooral de arresten van het Hof van Cassatie worden door de auteur geanalyseerd.

Een laatste, eerder beschouwende bijdrage wordt geleverd door Johan Leman, die pleit voor de integratie van vreemdelingen.

De belangrijkste verdienste van dit boek is dat het een overzicht geeft van de uiteenlopende posities van vreemdelingen in onze sociale zekerheid en de respectieve problemen die dat voor de verschillende categorieën van vreemdelingen met zich meebrengt.

Mieke Delcour

M.A. VAN WIJNGAARDEN, **Hoofdstukken bouwrecht – delen 3 en 4**, derde druk, Tjeenk Willink, Zwolle, 1996, 120 en 114 pp.

De actualisering van de Nederlandse *Hoofdstukken bouwrecht* gaat gestadig verder. Van de delen 3 en 4, samen handelend over de *aanvang en uitvoeringsduur van bouwwerken*, verscheen een herziening, derde druk. Hierin is rekening gehouden met nieuwe en gewij-

zigde standaardvoorwaarden, werd nieuwe jurisprudentie verwerkt en werd de tekst op enkele plaatsen aangepast aan het Nieuw BW.

Deel 3 (hoofdstukken 6-7) behandelt eerst de vaststelling van de aanvangsdatum voor overeengekomen bouwwerken en de termijn binnen welke ze uitgevoerd moeten worden. Vervolgens worden verschillende oorzaken van vertragingen in de bouw bekeken, de verplichtingen van de partijen dienaangaande, alsook de vraag wie eventueel voor welke vertragingsoorzaak heeft in te staan. Op basis van de overvloedige rechtspraak rekent van Wijngaarden deze onderwerpen tot de meest controversiële van het Nederlandse bouwrecht. De bepalingen in de standaardvoorwaarden m.b.t. aanvang en uitvoeringsduur lopen zowel in uitvoerigheid als in systematiek nogal uiteen.

De aanspraken van de aannemer c.q. de opdrachtgever met betrekking tot vergoeding van vertraging- of stagnatieschade, toerekenbaar aan de wederpartij, worden behandeld in deel 4 (hoofdstukken 8-9). Bovendien formele voorschriften betreffende het bewijs en het verval van aanspraken, wordt vooral aandacht besteed aan de berekening van vertragingsschade en aan contractuele fixeringen ervan (bedongen boetes of kortingen). Toegespitst op de aanneming van bouwwerken, ziet men hier voor een deel algemeen verbintenissenrechtelijke vragen en discussies verschijnen aangaande schadebegroting en contractuele schadebedingen.

Dit alles zeer praktijkgericht, aan de hand van de in Nederland gebezigde standaardvoorwaarden voor aannemingen van bouwwerken en de overvloedige jurisprudentie van de Raad van Arbitrage voor de Bouwbedrijven.

Chris Pauwels

F.H. VAN DER BURG, *De eed op de kaatsbaan*, W.G.J. Tjeenk Wilink, Zwolle, 1996, 34 pp.

Op 22 september 1995 heeft de ook ten onzent bekende F.H. van der Burg afscheid genomen als gewoon hoogleraar in het staats- en bestuursrecht aan de Rijksuniversiteit Leiden.

Het hier besproken boekje bevat de nader uitgewerkte tekst van dat afscheidscollege; de ondertitel luidt: «Enige beschouwingen over het begrip volk, over het maken van grondwetten en over de positie van het Europees Parlement».

De tekst vangt aan met een historische terugblik op de eed die de leden van de Franse Nationale Vergadering op 20 juni 1789 hebben afgelegd op een kaatsbaan in Versailles.

Vervolgens zoekt van der Burg een antwoord op de vraag wat eigenlijk een volk is. Hij wijst erop dat, indien de bevolking van een bepaalde staat één of meer van de in artikel 27 van het Internationaal Verdrag inzake de burgerrechten en de politieke rechten (BUPO) genoemde minderheden omvat, het gevaarlijk is die staat te beschouwen als een natie-staat in de geest van 1789: «Er is dan alle kans dat het meerderheidsvolk zichzelf beschouwt als de eigenlijke drager van de nationale soevereiniteit en dat de minderheden in de verdrukking raken» (p. 23). Het betoog is gekruid met voorbeelden, maar in dit verband ontbreekt, vreemd genoeg, elke verwijzing naar België. Van der Burg besluit dit onderdeel met de stelling dat artikel 1 BUPO zou moeten worden geschrapt, omdat het begrip volk te vaag en te onduidelijk is om daarmee de drager van een recht aan te duiden.

Vervolgens bespreekt van der Burg de wijze van totstandkoming van grondwetten, waarbij België ditmaal niet is vergeten.

Tot slot volgen enkele beschouwingen over het Europees Parlement, dat van der Burg niet ziet als de drager van de Europese soevereiniteit, maar wel als een door de lidstaten in het leven geroepen instelling met beperkte bevoegdheden; het democratisch deficit kan – «maar leuk is het natuurlijk niet» (p. 32) – slechts worden teruggedrongen door een versterking van de nationale bemoeienis met de Europese besluitvorming.

L.P. Suetens

J. SALMON, *Le Conseil d'Etat*, deel I, Brussel, Bruylant, 1994, 628 pp.

De eerste editie van dit boek verscheen in 1987. Toen bevatte het werk van Jacques Salmon alleen maar een bespreking van de belangrijkste activiteiten van de afdeling administratie van de Raad van State, m.n. de geschillen inzake herstelvergoeding voor buitengewone schade, de annulatiebevoegdheid en het administratief cassatieberoep, alsook een commentaar bij de voor die verschillende procedures toepasselijke rechtspleging.

De opzet van deze tweede uitgave is ruimer omdat de auteur nu een allesomvattende studie over de Raad van State tot stand heeft gebracht. De oprichting van de Raad bij de wet van 23 december 1946, zijn inrichting en samenstelling, de bevoegdheden van de afdeling wetgeving, de bijkomstige bevoegdheden van de afdeling administratie in mijnzaken, als rechtskundig adviseur van de federale en de gemeenschaps- en gewestregeringen, enz., worden deze keer niet over het hoofd gezien. Ook zijn er de belangrijke legislatieve ontwikkelingen van de laatste vijf jaar die een grote impact hebben gehad op de dagelijkse werking van de instelling: de wet van 17 oktober 1990 tot optimalisering van de procesvoering voor de Raad (met zware sancties in geval van te late neerlegging van de memories of het administratief dossier en de mogelijkheid om een dwangsom op te leggen), de wet van 19 juli 1991 tot invoering van een volwaardig administratief kort geding, de wet van 24 maart 1994 houdende de verplichte vermelding van de beroepsmogelijkheden en -termijnen in de bestuursakten met een individuele strekking. Uiteraard moet ook de grondwetwijziging van 18 juni 1993 worden gesignaleerd waardoor ons hoogste administratief rechtscollege, net zoals de Franse, Spaanse, Italiaanse en Griekse Raad van State, eindelijk een formeel constitutioneel statuut heeft verworven.

De monografie van Salmon zal uit twee delen bestaan. Het eerste deel, dat in 1994 is gepubliceerd en vandaag voorligt, bevat drie boeken met als titels: de oprichting en de organisatie van de Raad van State, de afdeling wetgeving, de afdeling administratie.

Het eerste boek vangt aan met een beknopte historische situering van de Raad. De huidige instelling is zowat een «afstammeling in rechte lijn» van de *Conseil d'Etat* die na de staatsgreep van 18 brumaire jaar VIII (1799) door Napoleon werd ingesteld op een ogenblik dat ook onze gewesten bij Frankrijk waren ingelijfd. Ook de Fundamentele Wet, die na de totstandkoming van het Verenigd Koninkrijk der Nederlanden op 24 augustus 1815 is afgekondigd, voorziet in de oprichting van een Raad van State met consultatieve bevoegdheden. Na de onafhankelijkheid van ons land zou het meer dan een eeuw duren vooraleer de Belgische Raad van State bij wet van 23 december 1946 het daglicht zag. Nog twee jaar later zou hij zijn werkzaamheden effectief kunnen aanvangen. Eerst dienden de noodzakelijke uitvoeringsbesluiten te worden genomen, het personeelskader samengesteld en een werkadres gevonden. Salmon geeft een volledig overzicht van de tientallen wijzigingen die de organisatie wet sinds de oprichting van de Raad heeft ondergaan.

In het laatste gedeelte van dit eerste boek worden de structuur en samenstelling van de Raad beschreven, alsook de inrichting van de afdelingen en van de algemene vergadering, het statuut van de ambtsdragers, de onverenigbaarheden en de tucht.

De werkwijze en de bevoegdheid van de afdeling wetgeving maken het voorwerp uit van het tweede boek. Om begrippen als reglementair besluit of dringende noodzaak ex art. 3 R.v.St.-Wet te bepalen, put de auteur rijklijk uit de rechtspraak van de afdeling administratie. Ook worden leerzame aanwijzingen gegeven nopens de inhoudelijke en wetgevingstechnische aspecten waaraan de Raad bij het onderzoek van een adviesaanvraag belang hecht.

Het derde, tevens het meest uitgebreide boek (470 pp.) handelt over de afdeling administratie. Achtereenvolgens komen de bevoegdheden in mijnzaken, de buitengewone schade, de bevoegdheidsconflicten tussen de gedecentraliseerde overheden, het annulatieberoep en de beroepen in volle rechtsmacht aan de beurt.

Hoofdbrok vormt natuurlijk de vernietigingsregeling, de voornaamste opdracht van de Raad van State. Drie bevoegdheidsvoorwaarden dienen vervuld te zijn opdat de Raad van een annulatieberoep kennis kan nemen: het beroep moet de vernietiging wegens machtsoverschrijding (onwettigheid) op het oog hebben, de bestreden bestuurshandeling moet uitgaan van een Belgische bestuurlijke overheid, de betwisting mag geen betrekking hebben op een bur-

gerlijk recht of een materie waarvoor de wetgever het nietigheidsberoep expliciet heeft uitgesproken (Salmon betwist de cassatierechtspraak die ook de geschillenregeling over politieke rechten aan de Raad ontnemt).

Bij de inventarisatie van de ontvankelijkheidsvereisten onderscheidt de auteur de voorwaarden die verband houden met het voorwerp van het beroep (eenzijdige bestuursakte, geen georganiseerd administratief beroep) en die welke betrekking hebben op de persoon van de verzoeker (procesbekwaamheid en -bevoegdheid, belang).

Alvorens op systematische wijze de verschillende vernietigingsgronden te analyseren (onbevoegdheid, vormgebrek, gebrekkige motivering, schending van de wet, machtsafwendings), geeft J. Salmon een beknopt overzicht van de administratieve rechtsbronnen. Naast de materiële wetgeving zijn dat de algemene rechtsbeginselen waaronder de beginselen van behoorlijk bestuur, de gewoonte (vrij zeldzaam) en de rechtspraak. Van belang bij de analyse van de rechtspraak als bron van administratief recht zijn de technieken die de Raad van State toepast om wetteksten te interpreteren.

Machtsoverschrijding betekent dat de wettigheid geschonden is. Zij kan uiteenlopende vormen aannemen. Salmon wijst terecht op hun ongelukkige formulering in het eerste lid van art. 14 R.v.St.-Wet. De regelen in verband met de bevoegdheid of de na te leven vormen zijn uitwendige of formele wettigheidsvereisten. Motiveringsgebreken, de schending van materiële wetgeving of afwendings van macht houden daarentegen verband met de interne legaliteit van een bestuurlijke rechtshandeling.

De *onbevoegdheid* kan materieel, temporeel of territoriaal zijn. Aanmatiging van ambten heeft niets te maken met onbevoegdheid en is een begrip uit het strafrecht (artt. 227 e.v. Sw.). Een bespreking ervan (p. 401) hoort m.i. dan ook niet thuis in een handboek over publiek procesrecht. *Vormgebreken* kunnen aanleiding geven tot vernietiging wanneer ze substantieel zijn of voorgeschreven op straffe van nietigheid. Naast de eigenlijke vormgebreken (inzonderheid de uitdrukkelijke motivering van individuele bestuursakten) ressorteren daaronder de talrijke gedragslijnen en modaliteiten die het bestuur in acht moet nemen bij het uitwerken van administratieve rechtshandelingen (bekend als administratieve procedure in niet-betwiste zaken). Naar mijn oordeel wordt daarbij te weinig aandacht besteed aan begrippen als onpartijdigheid, zorgvuldige besluitvorming en openbaarheid van bestuur. De *motiveringsverplichting* houdt in dat elke bestuursakte, reglement of beslissing in betwiste zaken geschraagd moet worden door motieven die in rechte aanvaardbaar en feitelijk juist zijn (inhoudelijke motivering versus formele motiveringsplicht). De auteur onderzoekt nauwgezet op welke wijze de administratieve rechter de wettige beweegredenen, grondslag van iedere bestuurlijke rechtshandeling, toetst. Ook gaat hij na in welke gevallen de Raad van State daarvan afziet (substitutie of pluraliteit van motieven). Een *gebrek wat de inhoud van de beslissing betreft*, kan gemakkelijk worden vastgesteld wanneer de overheid over een gebonden bevoegdheid beschikt. In geval van discretionaire bevoegdheid moet de rechter de beleidsvrijheid van het bestuur eerbiedigen en censureert hij enkel indien deze een manifeste beoordelingsfout heeft gemaakt (bij ons bekend als marginale toetsing, een begrip dat Salmon niet eens vermeldt). *Machtsafwendings* is een subsidiaire vernietigingsgrond, waarvan het bewijs moeilijk te leveren is en overigens niet frequent voorkomt.

De draagwijdte en de rechtsgevolgen van de arresten van de Raad van State maken het voorwerp uit van een apart hoofdstuk. Wat is het gezag van een vernietigingsarrest of van een arrest houdende afwijzing van het beroep? Op welke wijze dient het bestuur de uitspraken van de Raad uit te voeren (en over welke middelen beschikt het om daaraan te ontsnappen)? Welke drukkingstechnieken kan de rechtzoekende aanwenden om het bestuur tot naleving van een schorsings- c.q. vernietigingsarrest te bewegen? Hoe kan hij volledig rechtsherstel krijgen? Al die topics worden uitgebreid behandeld en waar mogelijk met casussen uit de rechtspraktijk geïllustreerd.

Le Conseil d'Etat van Jacques Salmon houdt het midden tussen een leerboek en een naslagwerk. De auteur geeft blijk van een encyclopedische kennis van de bestuurlijke rechtspraak. Hij is ook goed vertrouwd met het Franse administratief recht, vandaar de vele rechtsvergelijkende notities. De Vlaamse rechtsleer komt minder goed uit de verf. Zo heb ik in de bibliografie tevergeefs gezocht naar

de nochtans zeer bruikbare doctoraatstheses van D'Hooghe of Opdebeeck. Ook komt de gewezen eerste auditeur van de Raad van State wel eens in aanvaring met de rechtspraak van de justitiële rechter. Naast zijn interpretatie van art. 145 Gw., waarvan ik eerder al melding maakte, zijn er bv. zijn beschouwingen i.v.m. de toepasselijkheid van art. 19 R.v.St.-Wet als rechtsgrond voor de intrekking van de bestuurlijke rechtshandeling (pp. 359-360).

Dat alles zijn maar detailopmerkingen. Het wordt niet betwist dat de invloed van de bestuurlijke rechtspraak op de ontwikkeling van het administratief recht sinds enige tijd gestadig afneemt (memorie van toelichting bij wetsontwerp tot wijziging van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, *Parl. St., Senaat*, 1995-1996, nr. 321/1, 3). Vandaar dat de behoefte aan een betrouwbare basishandboek uiterst reëel is. Dankzij het monnikenwerk van Salmon, waarbij de auteur tevens kon putten uit zijn jarenlange beroepspraktijk bij de Raad van State zelf, beschikken wij nu over een handzame monografie die zich nuttig leent voor zowel praktische opzoeken als meer uitgebreid studiewerk.

Het is nu wachten op het tweede deel van het *magnum opus* van Jacques Salmon, waarin de bevoegdheid van de Raad als administratieve cassatierechter, de beslechting van de attributieconflicten en de prejudiciële geschillen, en de rechtspleging voor de afdeling administratie aan bod zullen komen.

Alain Coppens

W. DE BRUYN EN J. VANBELLE, **Praktijkboek Huurrecht 1996. Commentaar, geannoteerd wetboek en modellen**, Mys & Breesch, Gent, 1996, xix + 222 pp.

Voor 1996 geactualiseerde uitgave van het in 1995 voor het eerst verschenen *Praktijkboek Huurrecht* (recensie in *R.W.*, 1995-96, 863-864).

Nieuwe rechtspraak en rechtsleer zijn verwerkt. De uiteenzetting is op sommige punten nader uitgewerkt (o.m. voor de onbekwaamheden – randnr. 26). Op het wetgevend vlak zijn nieuwe onderdelen toegevoegd betreffende de BTW op verhueringen van garages en parkeerterreinen (randnrs. 170bis-ter), alsmede de tijdelijke huurwet van 1 december 1995 tot verlenging met één jaar van bepaalde door de verhuurder tegen eind 1995 opgezegde oude woninghuurcontracten (randnrs. 227bis-sexies – zie hierover ook Van Oevelen, A., «Wettelijke verlenging van bepaalde woninghuurovereenkomsten», *R.W.*, 1995-96, 1080-1086). Enkele van de voorgestelde modellen zijn lichtjes aangepast. De cijfergegevens zijn geactualiseerd.

De auteurs maakten van de gelegenheid gebruik om enkele (helemaal niet alle) tekortkomingen van de eerste editie weg te werken.

Chris Pauwels

MEDEDELINGEN

Studiedag: «Meer aanvullende ziekteverzekeringen»

Op 22 november 1996 organiseert de I.U.A.P.-onderzoeksgroep Aanvullende Sociale Verzekeringen o.l.v. prof. B. Van Buggenhout een studiedag onder de titel «Meer aanvullende ziekteverzekeringen? Kritische beschouwingen omtrent de aanvullende ziekteverzekering».

Voor inlichtingen en inschrijvingen: Onderzoeksgroep Aanvullende Sociale Verzekeringen (K.U.Leuven), p/a Instituut voor Sociaal Recht, Tiensestraat 41, 3000 Leuven, tel. 016/32.54.01 en fax. 016/32.54.24.

Colloquium: «Internet face au droit»

Op 21 en 22 november 1996 organiseert het Centre de Recherches Informatique et Droit (C.R.I.D.) des Facultés universitaires de Namur een colloquium rond Internet.

Voor inlichtingen en inschrijvingen: mevr. C. Danneel, tel. 081/72.47.69 en fax 081/22.88.58

DE HERVORMING VAN HET VOORONDERZOEK IN STRAFZAKEN

**Moet het gerechtelijk onderzoek in zijn huidige vorm
gehandhaafd blijven?**

Bart De Smet

Omvang: ca. 480 pag. – ISBN 90-5095-001-9 – Prijs: 3.450,-BF – Verschijnt november 1996

De hervorming van het strafrechterlijk vooronderzoek, een thema dat lang in de academische sfeer bleef hangen, is momenteel niet meer uit de actualiteit weg te denken. Steeds meer groeit het besef dat de diverse schakels van de strafvorderlijke keten niet optimaal zijn afgestemd en dat de strafvordering dringend structurele aanpassingen behoeft. Meermaals werd gepoogd de strafvordering te moderniseren, doch telkens ontbrak consensus over de opzet en de omkadering van het proces.

Het struikelblok op weg naar hervormingen blijkt vooral de rol van de onderzoekrechter te zijn. Terwijl sommigen het noodzakelijk achten de onderzoeksrechter als leider van het onderzoek te handhaven, pleiten anderen voor een geheel nieuwe structuur waarin de politie onder de controle staat van een rechter van het onderzoek. Deze magistraat zou dan niet meer gelast zijn met de leiding van een aantal dossiers, maar zou slechts mogen optreden als een partij hem daartoe uitdrukkelijk verzoekt.

In dit boek geeft Dr. Bart De Smet een overzicht van de argumenten pro en contra het gerechtelijk onderzoek en gaat hij na of deze onderzoeksvorm nodig is om een efficiënte en evenwichtige rechtshandhaving tot stand te brengen.

INHOUD

- | | |
|----------------|--|
| Hoofdstuk I. | Inleidende beschouwingen. |
| Hoofdstuk II. | Het vooronderzoek in strafzaken vanuit een rechtshistorisch perspectief. |
| Hoofdstuk III. | Het vooronderzoek in België en de rol van de onderzoeksrechter: de theorie van het wetboek van strafvordering (1808) versus de praktijk van de strafrechtspleging. |
| Hoofdstuk IV. | Het vooronderzoek in strafzaken vanuit een rechtsvergelijkend perspectief. |
| Hoofdstuk V. | Voorstellen tot hervorming van het gerechtelijk onderzoek. |

INTERSENTIA Uitgevers NV
Antwerpen - Groningen

Volhardingstraat 27 – 2020 Antwerpen
☎ 03/248.74.54 – Fax 03/248.83.82

