

KRONIEK VAN MILITAIR STRAFRECHT (1990-1991)

1. Wetgeving

a. Voorlopige hechtenis

In de militaire strafrechtspleging wordt de voorlopige hechtenis geregeld door het Wetboek voor de rechtspleging bij de landmacht van 20 juli 1814 (voor de bepalingen betreffende deze materie zie *Chr.* 1982, nr. 10, *R.D.P.*, 1983, 931). Naast de regels die voortvloeien uit dit wetboek is er ook nog de rechtstreekse weerslag op het interne recht van artikel 5 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens zoals deze geleidelijk groeide uit de rechtspraak.

Net als de wet van 20 april 1847 die ze vervangt, is de wet van 20 juli 1990 betreffende de voorlopige hechtenis (*B.S.*, 14 augustus 1990, p. 15779) niet toepasselijk in de militaire strafrechtspleging.

Dit principe werd voortdurend bevestigd door de rechtsleer en de rechtspraak toen de wet van 20 juli 1874 van kracht was: *Mil. Ger.*, 28 februari 1963 (*Chr.* 1963, nr. 19, *R.D.P.*, 1963-64, 700); *Cass.*, 22 november 1983 (*Kron.*, 1985, nr. 17, *R.W.*, 1986-87, 634); *Mil. Ger.*, 16 november 1983 (*Kron.*, 1983, nr. 19, *R.W.*, 1984-85, 1066); *Mil. Ger.*, 28 juli 1982 (*Chr.*, 1985, nr. 5, *R.D.P.*, 1986, 878); *Cass.*, 22 juni 1982 (*Kron.*, 1982, nr. 25, *R.W.*, 1983-84, 969).

Het wetboek van 1814 vertoont heden ten dage echter een archaïsch karakter en houdt leemten in gelet op de vereisten die thans gesteld worden aangaande de juridische waarborgen.

De Belgische wetgever die in 1899 de titels I en II van het Wetboek van strafrechtspleging voor het leger heeft aangenomen (bevoegdheid en rechterlijke organisatie) met de opmerking «dat er nog heel wat vragen bleven bestaan betreffende de te volgen procedure...» was van mening dat «voor alle niet opgeloste punten de gewone procedureregels dienden gevolgd en toegepast te worden» (*Chr.* 1982, nr. 10, *R.D.P.*, 1983, 931).

Na de afkondiging van de wet van 20 april 1874 had een circulaire van de minister van Oorlog en de minister van Justitie de krijgsauditeurs er reeds toe aangezet «de principes van deze wet toe te passen» (*ibidem*).

Er dient dus te worden nagegaan in welke mate de nieuwe wet betreffende de voorlopige hechtenis kan worden toegepast.

Wanneer de organisatie van de militaire gerechten inhoudt dat er organen ingesteld worden die wettelijk bekleed zijn met de desbetreffende functies, zijn de teksten toepasselijk, ingevolge artikel 133 van het Wetboek van strafrechtspleging voor het leger, uitgezonderd in geval van overwegingen die een beletsel kunnen vormen. Zo worden de functies van procureur des Konings uitgeoefend door de auditeur-generaal of door de krijgsauditeur, die van onderzoeksrechter door de rechterlijke commissie of door de voorzitter van deze commissie alleen, die van rechtbank en van het hof van beroep door de krijgsraad of het Militair Gerechtshof.

De bepalingen die vervat zijn in de volgende artikelen kunnen echter niet worden toegepast om de hierna vermelde redenen:

– 13, daar de bevoegdheid «ratione loci» van de rechterlijke commissie bij de krijgsraad niet bepaald wordt door de «plaats waar de persoon gevonden is tegen wie het bevel tot medebrenging is uitgevaardigd». In tegenstelling tot de bevoegdheid van de krijgsraad is de territoriale bevoegdheid van de rechterlijke commissie immers onbeperkt: in oorlogstijd, krachtens het koninklijk besluit van 18 november 1918; in vreedstijd, krachtens artikel 4 van de wet van 1 juni 1949, maar enkel «tot op een datum die door de Koning zal bepaald worden». Tot op heden heeft de Koning nog geen gebruik gemaakt van deze bevoegdheid;

– 15, want krachtens het principe «nulla poena sine lege» zou de wet uitdrukkelijk deze bepalingen toepasselijk moeten maken voor de griffiers van de militaire gerechten;

– 16, § 4, omdat, krachtens artikel 2 van het besluit van het Voorlopig Bewind van 9 november 1830, de beklaagde zich eveneens kan doen bijstaan door een raadsman naar keuze, die niet noodzakelijkerwijze een advocaat hoeft te zijn;

– 17, daar de krijgsauditeur in zijn functies van openbaar ministerie niet over de bevoegdheid beschikt de aflevering van een bevel tot aanhouding door de rechterlijke commissie te gelasten;

– 19, §§ 2 en 3, om dezelfde redenen als die die ingeroepen werden voor de niet-toepasselijkheid van artikel 13;

– 19, § 6, want de regels van de militaire strafrechtspleging houden dergelijke formaliteiten niet in;

– 19, § 7, om de motieven die zijn aangehaald met betrekking tot artikel 15;

– 22 tot 25, wegens het feit dat de organisatie van de militaire gerechten geen onderzoeksgerecht zoals de raadkamer en de kamer van inbeschuldigingstelling heeft ingesteld: het zijn de krijgsraden en het Militair Gerechtshof zelf die tot op heden op de openbare terechtzitting tot de controle moesten overgaan, die hen werd gevraagd op grond van artikel 5, § 4, van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens;

– 26, omdat dit artikel betrekking heeft op de regeling van de rechtspleging en de verwijzing van de verdachte regelt voor de politierechtbank, voor de correctionele rechtbank of voor het hof van assisen. Welnu de militaire strafrechtspleging is dezelfde, of het nu gaat om criminele, correctionele of politiezaken;

– 27, § 1, omdat, hoewel ook in de militaire strafrechtspleging de voorlopige invrijheidstelling kan worden verleend op indiening van een verzoekschrift, dit verzoekschrift slechts gericht mag worden aan de vonnisgerechten, bij ontstentenis van een onderzoeksgerecht in de militaire strafrechtspleging;

– 30 en 31, §§ 4 en 5, wegens dezelfde redenen als die die werden ingeroepen voor de artikelen 22 tot 25;

– 32, daar dit artikel betrekking heeft op termijnen die bepaald worden in artikelen die niet toepasselijk zijn;

– 33, § 2, omdat artikel 164 van het Wetboek voor de rechtspleging bij de landmacht van 1814 deze materie op specifieke wijze regelt, rekening houdend met de bijzondere vereisten van het behoud van de tucht en de orde bij de strijdkrachten, vereisten die het met name noodzakelijk maken dat een met de onmiddellijke aanhouding vergelijkbare maatregel zoals de «in verzekerde bewaringstelling» kan worden uitgesproken zelfs indien de hoofdgevangenisstraf één jaar niet te boven gaat.

– 36, § 1, laatste lid, eens te meer wegens het feit dat er geen onderzoeksgerecht bestaat;

– 36, § 2, wegens dezelfde redenen als die ingeroepen voor de niet-toepasselijkheid van artikel 26.

Laten we er nog eens aan herinneren dat de materie van de voorlopige hechtenis in de militaire strafrechtspleging bovendien specifieke bepalingen bevat zoals de aanhouding door de militaire overheid (artikel 4, W. 14 januari 1975) en de controle van de voorlopige hechtenis door de vonnisgerechten, die een pretoriaanse schepping is, gebaseerd op artikel 5, lid 4, van het Verdrag van Rome van 4 november 1950. Het ontstaan en de ontwikkeling hiervan werd vermeld in de vorige afleveringen van deze *Kroniek*.

Teneinde, wat de voorlopige hechtenis betreft, de justitiabelen van de militaire gerechten voor zover mogelijk dezelfde waarborgen en rechten als de gewone justitiabelen te laten genieten, heeft het auditoraat-generaal bij het Militair Gerechtshof aan de minister van Justitie een voorontwerp van wet voorgelegd die de wet van 20 juli 1990 toepasselijk maakt in de militaire strafrechtspleging, met een paar aanpassingen die nodig zijn teneinde rekening te houden met de bijzonderheden van de organisatie van het militair gerecht en de erop toepasselijke strafrechtspleging en teneinde het hoofd te kunnen bieden aan uitzonderlijke omstandigheden (oorlogstijd, gewapende operaties buiten het grondgebied) wat betreft termijnen, kennisgevingen en betekeningen, plaats van hechtenis en recht van hoger beroep onder de voorwaarden bepaald in de besluitwet van 28 december 1915 en in de wet van 30 mei 1951.

Dit voorontwerp van wet werd reeds goedgekeurd door de Ministerraad en werd ter advies op 27 juni 1991 aan de Raad van State voorgelegd.

b. Strafrecht met betrekking tot gewapende conflicten

In de *Kronieken* van 1982 (onder nr. 3) en van 1988-89 (onder nr. 1, b) wordt gewag gemaakt van het ongelooflijke getreuzel dat sedert bijna veertig jaar de uitvoering van de door de goedkeuring bij wet van 3 september 1952 van de Overeenkomsten van Genève van 12 augustus 1949 door de Belgische wetgever aangegane verbintenis vertraagd heeft. Door die overeenkomsten verbinden de verdragsluitende staten er zich immers toe de strafrechtelijke vervolging van de erin bepaalde zware misdrijven te verzekeren.

De Raad van State heeft op 19 december 1990 zijn advies uitgebracht aangaande het wetsontwerp dat de minister hem had voorgelegd op 5 juli 1989. Dit ontwerp werd, na aanpassing aan de opmerkingen van de Raad van State, op 30 april 1991 ingediend bij de Senaat en gepubliceerd in de *parlementaire stukken van de Senaat* onder nr. 1317-1 (1990-1991).

Nu zijn het de parlementariërs en in de eerste plaats de leden van de senaatscommissie voor de Justitie die een einde moeten maken aan een toestand die lachwekkend genoemd zou kunnen worden wanneer hij er niet toe zou bijdragen in bepaalde milieus van de strijdkrachten regressieve mentaliteiten in stand te houden in verband met de toepassing van het recht van de gewapende conflicten: onlangs nog moest de krijgsraad van Brussel uitspraak doen ter terechtzitting van 26 juni 1991 over vier onderofficieren van de 4e Compagnie Militaire Politie die zich tijdens een oefening, die plaatsvond te Eben-Emael van 6 tot 10 augustus 1990, schuldig hadden gemaakt aan machtsmisbruik t.o.v. «krijgsgevangenen»¹.

De aanstelling bij de strijdkrachten tot op het niveau van de brigades van raadgevers in oorlogsrecht overeenkomstig artikel 82 van het Aanvullend Protocol I bij de Overeenkomsten van Genève van 1949 heeft dus niet volstaan om in België een einde te maken aan praktijken die nog altijd zo sterk door de publieke opinie worden veroordeeld wanneer zij door vreemde troepen worden begaan. Een expliciete en specifieke strafwetgeving die reeds zo lang wordt verwacht, blijft dan ook onontbeerlijk.

Daar het gaat om een voorstel zonder partijpolitieke implicaties, waar een ieder die in België als deskundige op het gebied van het recht van de gewapende conflicten achter staat, zou men bezwaarlijk kunnen aannemen dat het Parlement dit voorstel eens te meer zou blootstellen aan nietigheid op een ogenblik wanneer de Belgische strijdkrachten bijna uitsluitend nog worden ingezet voor operaties met een humanitair karakter.

2. Rechtsleer

a. Algemene werken waarvan gedeelten aan het militair strafrecht zijn gewijd

– F. Tulkens en H. Bosly, «La notion européenne de tribunal indépendant et impartial. La situation en Belgique», *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, Parijs, Sirey, nr. 4, oktober-december 1990, 677 tot 691.

Zie wat het formele militaire strafrecht betreft: p. 681, de samenstelling van de militaire gerechten; p. 684, de cumulatie van de functies van onderzoek en vervolging in de persoon van de krijgsauditeur; p. 686, de onverenigbaarheid, in de persoon van de leden van het militair gerecht, tussen de beslissing over de voorlopige hechtenis en de beslissing over de grond van de zaak.

b. Studies aangaande het recht van de gewapende conflicten

De Golfoorlog heeft deze tak van het internationaal recht en met name de strafrechtelijke aspecten ervan opnieuw op de voorgrond van de actualiteit gebracht.

In dit opzicht is de meest uitgebreide Belgische publikatie die van het Centre de droit international de l'Université Libre de Bruxelles:

¹ Op het ogenblik van het opstellen van deze *Kroniek* was een hoger beroep tegen deze beslissing bij het Militair Gerechtshof aanhangig.

– *La Guerre du Golfe et le droit international*, Brussel, 1991, 214 pp. Uit dit gemeenschappelijk werk waaraan veertien auteurs hebben meegewerkt, onthouden we, gezien het onderwerp van deze *Kroniek*: «La licéité des sanctions des Nations Unies contre l'Irak», door Eric Robert (p. 43); «Le statut des forces coalisées», door Pierre Klein (p. 79); «Le statut des Etats neutres dans le Golfe», door Eric Robert (p. 91); «La guerre du Golfe au regard du droit des conflits armés et du droit pénal international» door Eric David (p. 99); «La guerre sale : les règles du droit international applicable à la protection de l'environnement», door Alain Daems en Olivier Paye (p. 115); «La licéité de l'engagement belge», door Patricio C.P.C. Nolasco (p. 153); «A propos du 'temps de guerre', et des personnes d'origine étrangère en Belgique», door André Nayer (p. 167).

Uit een ander gemeenschappelijk werk dat werd gepubliceerd door het T.M.C. Asser Instituut te Nederland, *Humanitarian Law of Armed Conflict, Challenges ahead*, Nijhoff, 1991, onthouden we deze bijdrage van een Belgisch specialist wat het internationaal strafrecht betreft: Christine Van den Wyngaert, «The suppression of War crimes under additional Protocol I» (pp. 197 tot 206).

Uit de artikelen die verschenen in tijdschriften onthouden we eveneens onder deze rubriek:

– Françoise Thomas, «De bescherming van de burgerbevolking in het humanitair recht», *Panopticon*, 1991, 19 tot 30;

– Rusen Ergec, «La crise du Golfe et le droit public des opérations militaires», *Journal des Tribunaux*, 1991, 137 en 138;

– Joe Verhoeven, «Guerre et droit international – sur certaines questions soulevées par le conflit Iraq-Koweït», *Journal des Tribunaux*, 1991, 139 tot 142.

c. Handelingen van wetenschappelijke bijeenkomsten

In deel XXIX van het *Tijdschrift voor militair strafrecht en oorlogsrecht* (Brussel 1990) staan in nr. 1-2 de handelingen vermeld van twee gespecialiseerde commissies van de Internationale Vereniging waarvan dit tijdschrift het orgaan is, tijdens hun vergadering te Edinburgh (september 1988) ter gelegenheid van het XIe Congres van deze vereniging. Het betreft die van de commissie «algemene zaken» over het thema gewetensbezwaren en die van de commissie «geschiedenis» over het thema operaties om de vrede te vrijwaren vóór 1945.

d. Bijdragen in Belgische tijdschriften

In het *Tijdschrift voor militair strafrecht en oorlogsrecht* (deel XXIV, 1990, 1-2):

– James R. Miles (United States of America), «Francis Lieber and the Law of War» (p. 253);

– Howard S. Levie (United States of America), «A look-back at the efforts to eliminate Chemical Warfare» (p. 287);

– Bernard Robertson (New-Zealand), «Military intervention in civil disturbance in Great Britain – What is the legal basis?» (p. 307).

In het Nederlandstalige tijdschrift *Tijdschrift voor Bestuurswetenschappen en Publiek Recht* (Brussel, 1990):

– Ann Pauwels, «Juridische aspecten van de Belgische deelneming aan de VN-Vredesmacht in Namibië» (pp. 484 tot 490).

e. Universitaire werken. Academiejaar 1990-1991

In de licentie in sociale en militaire wetenschappen van de Koninklijke Militaire School, de eindwerken:

– R. Maillet, «Le profil psychologique du déserteur»;

– P. Oosthoek, «Intifadah, Israël, de bezette gebieden en het humanitair recht»;

– D. Henkens, «De evolutie van het begrip neutraliteit»;

– P. Janssens, «Civiele bescherming in België»;

– C. Geeroms, «Het huidig statuut van de huurling».

f. Prijs voor humanitair recht 1989-1990 van het Rode Kruis van België

Westrijd van de Vlaamse Gemeenschap – 1e uitgave van een gemeenschappelijke organisatie met het Rode Kruis van Nederland:

Eerste prijs: L. Cloetens (België), «Humanitaire organisaties in vluchtelingenkampen»; J. Ubels (Nederland), «De bespreking van de inzet van kernwapens in het kader van het Volkenrecht»; A. De Roo (Nederland), «De beëindiging van oorlogsgevangenschap».

Wedstrijd van de Franse gemeenschap – (7e uitgave):

Eerste prijs en titel van laureaat (voor de eerste keer toegekend aan een onderzoekswerk dat in aanmerking komt voor publikatie): Philippe Antoine voor zijn studie «La protection de l'environnement en cas de guerre».

Tweede prijs: niet toegekend.

Derde prijs ex-aequo: Jean-Luc Vandergoten voor zijn studie «L'utilisation dans les opérations militaires des uniformes d'une partie adverse», en Bernard Michel voor zijn studie «Les lacunes du droit humanitaire en droit interne».

Speciale prijs voor humanitair engagement: Arturo Diaz Cordova voor zijn persoonlijke inzet voor het onderwerp van zijn studie «L'application effective du droit international humanitaire – le cas du Salvador».

3. Studiecentrum voor militair strafrecht en oorlogsrecht

Gedurende de sessie 1990-1991 werden vier plenaire vergaderingen gehouden onder het voorzitterschap van de substituut-auditeur-generaal J.-Y. Mine:

– Op 19 oktober 1990 in de Prins Albertclub te Brussel: Voorstelling van de ontwerpen van de Belgische verslagen over de voornaamste thema's van het XIIIe Congres van de Internationale Vereniging voor militair recht en oorlogsrecht:

a) «L'appui fourni par les Forces armées à la société civile» door M. Offermans, juridisch raadgever bij de Commissie voor de nationale vraagstukken inzake verdediging;

b) «L'appui de la société civile aux Forces armées», door A. Verbrugghe, ereraadgever bij het Burgerlijk Algemeen Bestuur van het Ministerie van Landsverdediging.

Deze verslagen werden, na discussie, aangenomen.

– Op 14 december 1990 in het Kwartier Koningin Elisabeth te Evere over het thema «Militaire veiligheid en noodwendigheden van het onderzoek»:

- a) Verwelkoming door generaal-majoor Van Calster, chef Algemene Dienst Inlichting;
- b) Voorstelling van SGR door kolonel SBH Bodart;
- c) Voorstelling van de dienst SDRA door kolonel SBH Weglewski;
- d) Inleiding tot het debat door eerste advocaat-generaal Andries (Voorbeelden van concrete problemen en vragen betreffende de onwettigheid van staatsgeheimen);
- e) Uiteenzetting over het militaire geheim en de procedure van het vooronderzoek door advocaat-generaal Fobe;
- f) Uiteenzetting over het militaire geheim en de onderzoeksprocedure ter terechtzetting door advocaat-generaal Massa.

Deze uiteenzettingen werden gevolgd door geanimeerde debatten.

– Op 22 februari 1991 in het Militair Hospitaal te Neder-Over-Heembeek over het thema «Vrijheid een behandelend geneesheer in het militair milieu te kiezen en het recht van de militaire overheid het stelsel van de afwezigheden om gezondheidsredenen te reglementeren»:

- a) Verslag over de concrete weerslag van de afwezigheid om gezondheidsredenen in de eenheden, door kolonel Perard, korpscommandant van de 2e Tactische Wing te Florennes;
- b) Verslag over de afwezigheid om gezondheidsredenen in het openbaar ambt, door M. Panneels, eredirecteur-generaal van het Ministerie van Volksgezondheid;
- c) Voorstelling van het verslag van de werkgroep door kolonel-geneesheer De Coninck;
- d) Opmerkingen door kolonel SBH Jennes over de grondslagen van de huidige wettelijke en reglementaire bepalingen.

Vele vragen en antwoorden volgden na elk van deze uiteenzettingen.

– Op 19 april 1991 in de Koninklijke Militaire School over het thema «De aansprakelijkheid van de raadgevers in oorlogsrecht bij de Strijdkrachten»:

- a) «Opdrachten, structuur en vorming van de raadgevers in oorlogsrecht», door luitenant-kolonel Vl. SBH Remacle;
- b) «De situatie van de raadgever in oorlogsrecht op een Generale Staf», door luitenant-kolonel SBH Driessens;
- c) «Het onderricht van het oorlogsrecht bij de Strijdkrachten», door luitenant-kolonel Vl. SBH Remacle;
- d) «De aansprakelijkheid van de raadgever in oorlogsrecht ten opzichte van het intern strafrecht» door substituut-auditeur-generaal Czaplicki;
- e) «De aansprakelijkheid van de raadgever in oorlogsrecht ten opzichte van het internationaal strafrecht», door professor Thomas (KMS);
- f) «De aansprakelijkheid van de raadgever in oorlogsrecht ten opzichte van het intern burgerlijk recht», door professor Herbots (KUL);
- g) «Alternatieve voorstellen», door majoor bij de Rijkswacht Luybaerts.

Zoals voor de andere vergaderingen van deze sessie werd het tijdschema aangepast, teneinde lange discussieperiodes mogelijk te maken, tot tevredenheid van de leden van het studiecentrum.

4. XIIe Congres van de Internationale Vereniging voor Militair recht en Oorlogsrecht

Rekening houdend met de effectieve verantwoordelijkheid van de nationale Belgische afdeling voor de infrastructuur van deze vereniging gedurende reeds vele jaren, werd de beslissing genomen deze situatie officieel te bekrachtigen en de vereniging nieuwe statuten te geven naar Belgisch recht overeenkomstig de wet van 25 oktober 1919 en, te dezer gelegenheid, de zetel ervan over te brengen van Straatsburg naar Brussel (zie Bijlagen van het *Belgisch Staatsblad* van 30 juni 1988).

Om deze gebeurtenis tot uitdrukking te brengen, heeft de Belgische afdeling het initiatief genomen om te Brussel het XIIe Congres van voornoemde vereniging te organiseren, tweeëndertig jaar na het eerste congres op dezelfde plaats te hebben georganiseerd.

Z.M. de Koning heeft aan deze bijeenkomst zijn Hoge Bescherming verleend. 245 deelnemers afkomstig uit 39 verschillende landen (waaronder, voor de eerste maal, verschillende landen van Oost-Europa en met name de USSR) vergaderden van 27 tot 31 mei 1991 in het Congresgebouw.

Z.K.H. Prins Filip, vergezeld door de senaatsvoorzitter, de minister van Justitie en de chef van de Generale Staf, namen deel aan de openingsplechtigheid, tijdens welke de eerste minister en de minister van Buitenlandse betrekkingen van het Gewest Brussel-Hoofdstad het woord namen.

Het belangrijkste thema van het congres had betrekking op de juridische verhoudingen tussen de strijdkrachten en de burgermaatschappij, in vredetijd en in oorlogstijd.

Het eerste gedeelte (de militaire bijstand aan de burgermaatschappij) werd behandeld in een algemeen verslag van kolonel J. Burger, Chief International Affairs Division, Pentagon (U.S.A.), terwijl het tweede gedeelte (de burgerlijke bijstand aan de strijdkrachten) ingeleid werd door het algemeen verslag van A. De Smet, eredirecteur-generaal van het Burgerlijk Algemeen Bestuur van het Ministerie van Landsverdediging (België).

Op 31 mei werd de dag besteed aan de bijeenkomsten van de gespecialiseerde commissies, die respectievelijk de volgende problemen bestudeerden:

- de commissie voor de bescherming van het menselijk leven tijdens gewapende conflicten: de bescherming van het milieu in het aanvullend Protocol I bij de Overeenkomsten van Genève van 1949;
- de commissie «geschiedenis»: de nationale wetgevingen en de legertaken in vredetijd vanaf 1814;
- de commissie «algemene zaken»: het wettelijk statuut van de niet-vijandelijke strijdkrachten op vreemd grondgebied;
- de commissie voor criminologie: de criminologische aspecten van de aanvallen van de strijdkrachten tegen de burgerbevolkingen.

5. Rechtspraak – Beslissingen betreffende het militair strafrecht, die niet in deze Kroniek maar in Belgische juridische tijdschriften verschenen zijn

De Franse versie van de *Kroniek van militair strafrecht 1989-1990* verscheen in het novembernummer van de *Revue de droit pénal et de criminologie*.

De *Revue de droit pénal et de criminologie* (1990, 646) en het *Journal des Tribunaux* (1991, 395) hebben het arrest van het Hof van Cassatie van 17 januari 1990 gepubliceerd, gewezen op cassatieberoep tegen het arrest van het Militair Gerechtshof van 27 juni 1989. Het *Journal des Tribunaux* neemt als trefwoorden op de onwettigheid van de telastlegging aan de verstekmakende van de kosten van de strafveroordening en van het verzet in geval van onregelmatigheid van de oorspronkelijke dagvaarding, terwijl de *Revue de droit pénal et de criminologie* het arrest als volgt samenvat: «Het feit dat de dagvaarding tot verschijning aan de beklaagde werd betekend in zijn oude woonplaats in België, terwijl hij geschrapt was uit de bevolkingsregisters, ingevolge zijn vertrek naar Frankrijk, heeft de nietigheid van deze dagvaarding tot gevolg, evenals van de procedure gevolgd bij verstek voor schending van de rechten van de verdediging» (vertaling).

Dezelfde *Revue* (1990, 798) heeft eveneens het arrest gepubliceerd dat werd gewezen door het Hof van cassatie op 11 april 1990 op cassatieberoep tegen het arrest van het Militair Gerechtshof van 23 november 1989, waarvan de samenvatting als volgt luidt:

«Artikel 40 van het Gerechtelijk Wetboek betreft de betekeningen gedaan aan hen die in België geen bekende woonplaats, geen verblijfplaats, of gekozen woonplaats hebben. Krachtens de laatste alinea van deze wettelijke bepaling is de betekening ongedaan, wanneer deze geschiedt buiten de voorwaarden voorzien door dit artikel 40. Wanneer het openbaar ministerie bij het Militair Gerechtshof, eiser in cassatie, voor de betekening van zijn voorziening geen gebruik maakt van de bepalingen van artikel 16 van de wet van 1 juni 1849 op de herziening van het tarief in strafzaken, noch van die van artikel 3 van de wet van 9 maart 1954 tot regeling van de uitoefening der voorziening in verbreking tegen de arresten en vonnissen van de militaire rechtscolleges, moet het openbaar ministerie toepassing maken van de artikelen 27 en 32, § 4, van de tussen België en de Bondsrepubliek op 17 januari 1958 getekende Overeenkomst betreffende de uitlevering en wederzijdse rechtshulp in strafzaken, in verband met de aanzegging van rechtsakten aan personen die zich op het grondgebied van de Duitse Bondsrepubliek bevinden» (vertaling).

Het tijdschrift *Administration Publique* (1991, 16) heeft de volgende samenvatting gepubliceerd betreffende het arrest van het Militair Gerechtshof van 27 juni 1990 i/z. Geldhof: «Leden van de rijkswacht die op het ogenblik der feiten optreden, doen dit niet in hun hoedanigheid van militaire hiërarchische meerderen maar in hun hoedanigheid van leden van de rijkswacht, en zodus als officier, als agent van gerechtelijke politie of als agent van de openbare macht. — In dergelijke omstandigheden genieten de leden van de rijkswacht de bijzondere bescherming bedoeld bij de artikelen 269 tot 282 van het Strafwetboek, maar niet van die waarvan sprake in de artikelen 34 en 42 van het Militair Strafwetboek.»

RECHTSPRAAK

I. Militair strafrecht

A. Militaire misdrijven

1. *Postverlating als schildwacht* (Mil.Sw., art. 24). De schildwacht die, bij de uitvoering van zijn wachtdienst, zich-

zelf verminkt en hierdoor moet worden afgevoerd om medisch te worden verzorgd, maakt zich niet schuldig aan postverlating (Mil.Ger., 23 januari 1990, onuitg.).

2. *Insubordinatie* (Mil.Sw., art. 28). Dezelfde schildwacht maakt zich echter schuldig aan insubordinatie. Immers, hoewel hij begonnen was met de uitvoering van het bevel de wacht op te trekken, dat hem werd gegeven door een meerdere, kan een militair zich nog steeds schuldig maken aan insubordinatie indien hij dit bevel niet volledig uitvoert. Door zich tijdens een wachtdienst een kogel in de voet te schieten plaatst een militair zich opzettelijk in de onmogelijkheid om het bevel dat hem werd gegeven, op doeltreffende wijze uit te voeren (Mil.Ger., zelfde arrest).

Het feit dat zelfverminking in vredetijd niet strafbaar wordt gesteld, doet hier niets ter zake: door de zelfverminking heeft de militair in dit geval immers de constitutieve bestanddelen van het misdrijf van insubordinatie tot stand gebracht: een bevel voor de dienst, gegeven door een meerdere, dat niet klaarblijkelijk een misdaad of wanbedrijf meebrengt, en een opzettelijke onthouding om dit bevel (volledig) uit te voeren. Zie in dat verband: *Kron. 1985, R.W.*, 1986-87, 626; Van Gerven, G., «Actuele problemen in verband met insubordinatie», in Gorlé, F. en Thomas, F. (red.), *Militair en Humanitair Recht*, Kluwer Rechtswetenschappen, 1987, 13-14, en Licot, J., «Les mutilations volontaires en droit pénal militaire», *R.D.P.*, 1990, 207-235).

3. *Gewelddaden tegenover meerderen* (Mil. Sw., artt. 34-36). Gewelddaden tegen een meerdere gepleegd door een beklaagde, op het ogenblik der feiten opzichter met dienst in een van de bars waar zijn eenheid, naar aanleiding van het einde van een militaire oefening, een receptie organiseerde, gebeuren «onder de dienst of ter gelegenheid van de dienst» (Mil. Sw., art. 36).

Een duw of een slag toegebracht aan een slachtoffer is een gewelddaad in de zin van Mil. Sw., art. 35 (Mil. Ger., 28 maart 1990, onuitg.).

4. *Desertie* (Mil.Sw., artt. 43-47) — *Einde door opsluiting in de gevangenis*. Hoewel de opsluiting in een Belgische gevangenis de administratieve heropneming in de getalsterkte meebrengt en op die wijze een einde maakt aan de desertie, kan de opsluiting in een gevangenis in het buitenland na een verzoek om uitlevering door de Belgische overheid niet hetzelfde gevolg hebben; immers, vooraleer het wordt aanvaard en uitgevoerd, kan het enkele verzoek om uitlevering als dusdanig niet meebrengen dat de in Frankrijk gevangen gehouden verdachte zich rechtstreeks of indirect in de macht van de Belgische overheid zou bevinden (Mil.Ger., 27 juni 1989, onuitg.).

5. *Idem. Sluikse terugkeer*. De terugkeer bij zijn eenheid van een onwettig afwezige militair kan niet als sluiks beschouwd worden wanneer hij zich aanmeldt bij de officier met wachtdienst van het kwartier waar hij is ingedeeld en wanneer deze officier, die met de administratieve toestand van deze militair bekend is, hem de toestemming geeft om naar huis terug te keren (Mil. Ger., 24 april 1990, onuitg.).

6. *Idem. Verzwarende omstandigheid van het overschrijden van de grenzen van het Belgisch grondgebied*. Met de overschrijding van de grenzen van het «Belgisch grondgebied» in de zin van artikel 47 van het Militair Strafwetboek wordt niet alleen bedoeld de overschrijding van de eigenlijke grenzen van het Koninkrijk, maar eveneens iedere overschrijding van de grens van het grondgebied, zelfs vreemd grondge-

bied, waarop de eenheid waarvan de deserteur deel uitmaakt, opereert (in casu de Duitse Bondsrepubliek) en die dan ook als Belgisch grondgebied beschouwd dient te worden, naar een derde land (in casu Frankrijk) waar deze deserteur feitelijk onttrokken is aan de rechtstreekse bevoegdheid van de Belgische militaire – en/of politie-overheden.

De omstandigheid dat beklaagde nooit getracht zou hebben zich te onttrekken aan de Belgische overheden, doet niets ter zake. De verzwarende omstandigheid waarover het hier gaat, heeft een reëel karakter daar zij inherent is aan het feit en niet aan de dader van het feit (Mil. Ger., 24 april 1990, onuitg.).

7. *Idem* – *Overmacht*. Zie verder : Algemene beginselen van strafrecht, toegepast door de militaire rechtscolleges.

Militaire straffen

8. *Beroving van graad als gevolg van de militaire gevangenisstraf* (Mil.Sw., art. 8, tweede lid). De beroving van graad die automatisch volgt op de uitspraak van een militaire gevangenisstraf (Mil.Sw., art. 8, tweede lid) is geen straf in de wettelijke zin van het woord (Mil.Ger., 24 april 1990, onuitg.). Zie in dat verband : *Kron.* 1982, *R.W.*, 1983-84, 962 ; 1984-85, 1059.

II. Algemene beginselen van strafrecht, toegepast door de militaire rechtscolleges

9. *Samenloop van misdrijven* (Sw., art. 65). Wanneer, rekening houdend met de verschillende aard van een reeks thans gepleegde feiten en een reeks andere feiten waarvoor hij reeds veroordeeld is krachtens een in kracht van gewijsde gegaan vonnis en met het tijdsverloop tussen het plegen van beide reeksen van feiten, niet behoorlijk en genoegzaam vaststaat dat de tweede reeks het gevolg zou zijn van dezelfde opzet die bestond bij beklaagde bij het plegen van de eerste reeks, stelt deze ten onrechte dat alle feiten voortspuiten uit een zelfde misdadige opzet (Mil.Ger., 12 december 1990, onuitg.).

10. *Idem*. Wanneer de rechter vaststelt dat verschillende overtredingen van de wet betreffende de politie over het wegverkeer, die elk vervallenverklaring van het recht om een voertuig te besturen tot gevolg kunnen hebben, een zelfde feit vormen, kan hij slechts de vervallenverklaring uitspreken zoals zulks wordt bepaald voor de met deze straf strafbare overtreding (Mil. Ger., 21 februari 1991, onuitg.; zie ook Cass., 3 oktober 1972, *Arr.Cass.*, 1973, 128, *Pas.*, 1973, I, 130).

11. *Deelneming* (Sw., artt. 66 e.v.). De door een maneuver van een andere weggebruiker geïrriteerde bestuurder is mededader van opzettelijke doding of opzettelijke toebrenging van lichamelijk letsel indien hij de achtervolging van die weggebruiker inzet en hem onderschept, en hierdoor aan zijn passagier een zodanige hulp verleent, dat het door deze laatste gepleegde misdrijf van slagen met voorbedachten rade zonder deze hulp niet mogelijk zou zijn geweest (Mil. Ger., 19 februari 1991, onuitg.).

12. *Overmacht* – *Desertie* (Sw., art. 71 ; Mil. Sw., artt. 44 e.v.). Het feit dat beklaagde in Frankrijk vóór zijn uitlevering voor andere feiten een voorlopige hechtenis heeft ondergaan, is op zichzelf geen geval van overmacht dat hem zou hebben belet zich bij zijn eenheid te voegen indien hij daar-

toe de wil zou hebben gehad ; om wettelijk als geval van overmacht in aanmerking te komen dient de opsluiting in de gevangenis onafhankelijk te zijn geweest van de wil van de beklaagde en ook door hem niet te voorzien geweest zijn ; welnu, de beklaagde kan niet ernstig beweren dat hij totaal verrast werd door zijn aanhouding terwijl hijzelf de situatie heeft doen ontstaan die hem verhinderd heeft zich tijdens deze hechtenis in het buitenland bij zijn eenheid te voegen (Mil.Ger., 27 juni 1989, onuitg.; in dezelfde zin : Mil.Ger., 24 januari 1978, en Kr. Brussel, 24 april 1978, *Chr.* 1978-79, nr. 11, *R.D.P.*, 1980, 405).

III. Algemeen strafrecht

13. *Valse getuigenis* (Sw., art. 218). Opdat de strafvordering ingediend wegens valse getuigenis toelaatbaar zij, moet het bewijs geleverd worden dat de getuigenissen onder eed onherroepelijk zijn geworden, m.a.w. dat een einde gemaakt is aan de procedure gedurende welke de getuigenissen werden afgelegd, hetzij door sluiting der debatten, hetzij door schorsing ervan, om te horen beslissen over de geloofwaardigheid van de thans betwiste verklaringen (Mil.Ger., 27 juni 1990, onuitg.; zie ook Cass., 26 november 1985, *Arr.Cass.*, 1985-86, 440, *Pas.*, 1986, I, 378, *R.W.*, 1985-86, 2224, met noot A. Vandeplas, *R.D.P.*, 1988, 565).

14. *Smaad en geweld tegenover een rijkswachter* (Sw., artt. 269-282). Leden van de rijkswacht die op het ogenblik der feiten optreden, doen dit niet in hun hoedanigheid van militaire hiërarchische meerderen, maar in hun hoedanigheid van leden van de rijkswacht en zodus als officier of agent van gerechtelijke politie of als agent van de openbare macht. In dergelijke omstandigheden genieten zij de bijzondere bescherming bepaald bij de artikelen 269 tot 282 van het Strafwetboek, maar niet die waarvan sprake in de artt. 34 en 42 van het Militair Strafwetboek (Mil. Ger., 27 juni 1990, onuitg.; zie ook *Kron.* 1986-1987, nr. 15, *R.W.*, 1987-88, 487, en *Kron.* 1989-1990, nr. 9, *R.W.*, 1990-91, 526).

15. *Opzettelijk doden en opzettelijk toebrengen van lichamelijk letsel* (Sw., art. 392 e.v.). Indien kan worden aangenomen dat de dader van de feiten de door hem toegebrachte schade niet gewild heeft, maar dat deze schade voortvloeit uit de onbepaalde wil tot schaden, of uit de wil schade toe te brengen, of nog uit de wil de persoon van een ander aan te randen, dan is het misdrijf van opzettelijk doden of opzettelijk toebrengen van lichamelijk letsel bewezen (Mil.Ger., 21 februari 1991, onuitg.).

16. *Schending van het beroepsgeheim* (Sw., art. 458). De mogelijkheid voor de persoon die door zijn staat of beroep kennis draagt van geheimen die hem worden toevertrouwd, geroepen te worden om een getuigenis in rechte af te leggen, betreft enkel de getuigenis die wordt afgelegd voor de onderzoeksrechter of voor het rechtscollege ; de getuigenis die door deze persoon wordt afgelegd voor een politieoverheid, zelfs op verzoek van de onderzoeksrechter, maakt een schending van de wet uit (Mil. Ger., 20 december 1990, onuitg.; zie ook De Nauw, A., *Initiation au droit pénal spécial*, Story-Scientia, Brussel, 1987, 292).

17. *Wegverkeerswet* (K.B. van 16 maart 1968) – *Vervallenverklaring van het recht om een voertuig te besturen*. Hoewel de vervallenverklaring van het recht om een voertuig te besturen beperkt mag worden tot voertuigen van de categorieën A en B, mag de rechter daarentegen niet op basis van

de wet betreffende de politie over het wegverkeer bepaalde in het bijzonder aangeduide categorieën van voertuigen, bv. militaire voertuigen of rupsvoertuigen van de vervallen verklaring uitsluiten (Mil.Ger., 21 februari 1991, onuitg.; zie ook Cass., 19 februari 1973, *Arr. Cass.*, 1973, 612, *Pas.*, 1973, I, 582).

18. *Verplichte aansprakelijkheidsverzekering – Wet van 1 juli 1956.* Daar de burgerlijke aansprakelijkheid van diegene die een voertuig steelt, niet gedekt wordt door de maatschappij waarbij de verzekering is afgesloten (wet van 1 juli 1956, art. 3), is het bij artikel 18 van deze wet bepaalde misdrijf toepasselijk op de dader van de diefstal van dit voertuig, zodra dit laatste bedrieglijk wordt weggenomen (Mil.Ger., 27 november 1990, onuitg.). Immers, de wijze waarop art. 18, § 1, eerste lid, van de wet van 1 juli 1956 betreffende de verplichte aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen is opgesteld, maakt de toepassing ervan mogelijk op de bestuurder van een voertuig, waarvan die bestuurder zich door diefstal meester zou hebben gemaakt; de vermelding «dit rijtuig» heeft namelijk betrekking op de toestand van degene die verantwoordelijk is voor het voertuig waarvan hij zich op bedrieglijke wijze meester heeft gemaakt in de zin van art. 3 van de wet (Mil.Ger., 20 december 1990, onuitg.; in dezelfde zin: Luik, 20 juni 1962, *Jur.Liège*, 1962-63, 81; Kr. te velde A, 26 juli 1972, *Chr.* 1970, nr. 4, *R.D.P.*, 1972-73, 80; Cass., 17 februari 1976, *Arr. Cass.*, 1976, 698, *Pas.*, 1976, I, 666; *contra*: Corr. Hoei, 19 oktober 1988, *J.L.M.B.*, 1990, 1382, met noot F. Close).

IV. Statuut van de magistraten van het militair gerecht

19. *Koninklijk besluit van 17 juli 1990 tot wijziging van het koninklijk besluit van 12 augustus 1971 houdende regelen ter zake van de rang en van het uniform van de militaire magistraten en griffiers en van de leden van het secretariaat van het auditoraat-generaal alsmede van de eerbewijzen die zij in het leger ontvangen.* Het middel gegrond op de schending van artikel 6 van de Grondwet ter ondersteuning van een vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging van een koninklijk besluit dat het dragen van de toga op gelijke wijze uitbreidt tot alle magistraten van de militaire gerechten door ze gelijk te stellen met de andere magistraten van de rechterlijke orde, waarvan de verzoeker vóór alles deel uitmaakt, lijkt niet ernstig; aangezien datgene wat de verzoeker voorstelt als een moeilijk te herstellen ernstig nadeel, in werkelijkheid slechts een subjectieve onaangenaamheid is, zijn de door art. 17 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State opgelegde voorwaarden niet vervuld. De magistraten van de militaire gerechten maken vóór alles deel uit van de rechterlijke orde: zij kunnen dan ook niet met militairen vergeleken worden wat betreft het dragen van de kledij gelet op hun verschillend statuut (Raad van State (Afd. Administratie, IIIe Kamer), 9 november 1990, *J.L.M.B.*, 1991, 6, met een gevatte opmerking van P.H.)

V. Militaire strafrechtspleging

A. Rechten van de mens

20. *Burgerlijk lid dat eerst kennis neemt van een verzoekschrift betreffende een bevel tot aanhouding en daarna van de grond der zaak – Schending.* Wanneer uit de procedurestuk-

ken blijkt dat de magistraat die het ambt van burgerlijk lid van de krijgsraad heeft uitgeoefend, bij vonnis heeft beslist over een door de krijgsauditeur ingediend verzoekschrift strekkende tot het doen onderzoeken van de wettigheid van het door de rechterlijke commissie afgeleverd bevel tot aanhouding, en, bij een later vonnis, de krijgsraad waarin diezelfde magistraat als burgerlijk lid zitting had, uitspraak heeft gedaan over de grond van de telastlegging die het voorwerp vormt van het bevel tot aanhouding, is er bij toepassing van art. 6, lid 1, van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens onverenigbaarheid tussen deze twee functies. Bijgevolg is deze procedure nietig (Mil.Ger., 19 maart 1991, onuitg.; zie ook Cass., 4 juni 1985, *Arr. Cass.*, 1984-85, 1367, *Pas.*, 1985, I, 1246; Cass., 9 oktober 1985, *R.D.P.*, 1986, 544, *J.T.*, 1986, 59; Cass., 16 april 1986, *Arr. Cass.*, 1985-86, 1110, *Pas.*, 1986, I, 1002; *Kron.* 1985, nr. 32, *R.W.*, 1986-87, 642; *R.D.P.*, 1986, 717; *contra*: Mil.Ger., 10 november 1989, *Chr.* 1989-90, nr. 22, *R.D.P.*, 1990, 952; *Kron.* 1989-90, nr. 29, *R.W.*, 1990-91, 528).

21. *Krijgsauditeur die in dezelfde zaak de functies van voorzitter van de rechterlijke commissie en van vervolgende partij cumuleert. Schending.* Doordat de krijgsauditeur in één zelfde zaak ter terechtzitting als openbaar ministerie is opgetreden na als voorzitter van de rechterlijke commissie het gerechtelijk onderzoek te hebben geleid, kan bij de justitiabele twijfel ontstaan betreffende de onpartijdigheid van de rechter. De cumulatie van functies in de persoon van dezelfde magistraat van het krijgsauditoraat maakt dan ook een schending uit van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens, en meer bepaald van de artikelen 5, lid 3, en 6, lid 1, nu de scheiding tussen onderzoek en vervolging een van de wezenlijke voorwaarden is van het recht op een eerlijk proces. De onderzoeksdaaden gesteld door de krijgsauditeur die later in dezelfde zaak vervolgende partij wordt, zijn derhalve nietig (Mil. Ger., 27 maart 1991, onuitg.; zie over dit probleem o.m. *Kron.* 1985, *R.W.*, 1986-87, 632; Gorié, F., «Actuele problemen van de militaire strafrechtspleging», in Gorié, F. en Thomas, F. (red.), *Militair en Humaanrecht*, Kluwer Rechtswetenschappen, 1987, 47-52; zie ook: Mil. Ger., 18 december 1985, *Kron.* 1985, nr. 30, *R.W.*, 1986-87, 640; *Chr.* 1985, nr. 23, *R.D.P.*, 1986, 894; *Kron.* 1987-88, nr. 21, *R.W.*, 1988-89, 532; *Chr.* 1987-1988, nr. 26, *R.D.P.*, 1988, 1024; *T.R.D.*, 1986, 775; *J.T.*, 1986, 370 en *E.H.R.M.*, 26 mei 1988, *Publ. E.H.R.M.*, serie A, vol. 135, 1988; *Kron.* 1987-88, nr. 21, *R.W.*, 1988-89, 532; *Chr.* 1987-88, nr. 26, *R.D.P.*, 1988, 1024; *Raad van Europa*, *E.H.R.M.*, Straatsburg, 1/1987/124/175; *T.R.D.*, 1988, 1271).

22. *Eerbiediging van het privé-leven en recht op vrije keuze van geneesheer – Artikel 8, lid 1, van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens.* De verplichting die elk door een strafbaar feit benadeelde persoon heeft om zoveel mogelijk de schadelijke gevolgen van dit feit te beperken, mag niet als gevolg hebben dat zij de vrijheid van geneeskundige behandeling die begrepen is in het recht op eerbiediging van het privé-leven, gewaarborgd door artikel 8, lid 1, E.V.R.M., uitholt. De inmengingen toegestaan door punt 2 van dit artikel moeten een uitzondering blijven en dienen op beperkende wijze te worden uitgelegd, zodat elke patiënt in principe vrij moet blijven om te handelen en te beslissen zonder een opportuniteitscontrole van anderen te hoeven ondergaan. Dit geldt ook voor een dienstplichtige, die, hoewel hij zich gratis kan laten behandelen door een militair geneesheer,

het recht behoudt om zich te laten behandelen door een geneesheer van zijn keuze, en om nadien de behandelingskosten door de auteur van de schade te laten vergoeden. Niets staat toe te veronderstellen dat, door gebruik te maken van de vrijheid om zijn behandelende geneesheer te kiezen, de burgerlijke partij misbruik zou hebben gemaakt van haar recht (Mil.Ger., 20 februari 1990, onuitg.).

B. Voorlopige hechtenis

23. *Insubordinatie gepleegd in het Recruerings- en Selectiecentrum door een «getuige van Jehova».* De wet van 20 juli 1990, ofschoon niet rechtstreeks toepasselijk in de militaire strafrechtspleging, heeft vragen doen rijzen in verband met de tot voor kort gebruikelijke aflevering van een aanhoudingsmandaat wegens de insubordinatie die systematisch gepleegd wordt door de «Getuigen van Jehova», wanneer zij opgeroepen worden om zich in het Recruerings- en Selectiecentrum van het leger aan te melden en aldaar weigeren de voorgeschreven tests te ondergaan.

Sedert jaren heeft zich een vaste rechtspraak gevormd t.o.v. die personen. Aangezien zij weigeren het statuut van de gewetensbezwaarden aan te vragen en eveneens, door hun houding op het Recruerings- en Selectiecentrum, op ondubbelzinnige wijze uiting geven aan hun bedoeling om elke militaire dienstplicht te weigeren, worden zij bestraft met een militaire gevangenisstraf van 24 maanden. De duur van deze gevangenisstraf wordt enerzijds bepaald door de noodzakelijkheid om hun ten minste één jaar effectieve gevangenisstraf op te leggen, teneinde hen op die wijze, met toepassing van artikelen 15 en 71bis van de Militiewet, uit het leger te kunnen wegzenden en aldus iedere recidive in de toekomst te vermijden, en anderzijds door de overweging, dat de personen die wel het statuut van de gewetensbezwaarden aanvragen en krijgen, een burgerlijke vervangingsdienst verrichten die merkkelijk langer is dan de legerdienst.

Deze relatieve strengheid wordt overigens verzacht op het vlak van de strafuitvoering: tot 1987 werden de veroordeelde «Getuigen van Jehova» na twaalf maanden effectieve gevangenisstraf voorwaardelijk in vrijheid gesteld, en sedert 1987 genieten zij, zodra zij betekening hebben ontvangen van de administratieve beslissing, waarbij zij uit het leger worden weggezonden, d.i. doorgaans na drie maanden gevangenisstraf, een stelsel van halve vrijheid waarbij zij, tot aan het verstrijken van de twaalfde maand van hun gevangenisstraf, slechts overdag in de gevangenis aanwezig moeten zijn en de avonden en weekends thuis mogen doorbrengen.

De vraag rees echter of het, gezien de geest van de wet van 20 juli 1990, nog wel gerechtvaardigd was de «Getuigen van Jehova» onder aanhoudingsmandaat te plaatsen. Gezien de strikte scheiding van onderzoek en vervolging kon deze vraag slechts beantwoord worden door het uitoefenen van de rechtsmiddelen, die erin bestaan het afgeleverde aanhoudingsmandaat aan het toezicht van de militaire rechtscolleges te onderwerpen. Het initiatief moest daarbij wel uitgaan van het openbaar ministerie, aangezien de betrokkenen zelf passief blijven en hun gevangenzetting als een soort bekrachtiging van hun geloofsovertuiging ervaren.

Ingevolge het uitoefenen van rechtsmiddelen door het openbaar ministerie werd door het Militair Gerechtshof in een lange reeks arresten (o.m. 27 december 1990, 6, 12 en

14 maart 1991, 14 mei 1991 en 13 juni 1991 alle onuitgegeven, een doctrine uitgewerkt, die kan worden samengevat als volgt:

1° Artikel 56 van het Wetboek voor de rechtspleging bij de landmacht van 1814, krachtens welk de leden van de rechterlijke commissie een aanhoudingsmandaat kunnen afleveren «wanneer zij vermenen, dat de omstandigheden dit vorderen», dient thans gelezen te worden in het licht van het E.V.R.M. en de eruit voortvloeiende wetgeving en rechtspraak. Evenmin als de wet van 20 april 1874 is de wet van 20 juli 1990 toepasselijk in de militaire strafrechtspleging. De militaire rechtscolleges moeten zich echter wel laten inspireren door de principes die ten gronde liggen aan het ontstaan van de wet van 1990, doch enkel in de mate waarin deze principes verenigbaar zijn met de militaire strafrechtspleging en, meer bepaald, met de in de schoot van de krijgsmacht bestaande specifieke noodwendigheid van openbare veiligheid, namelijk het behoud van de tucht. Er anders over oordelen zou leiden tot een onduidelijke discriminatie tussen de justitiabelen van de zogenoemde gewone rechtscolleges en deze van de gespecialiseerde militaire rechtscolleges.

2° Het door het openbaar ministerie ingediend verzoekschrift tot invrijheidstelling van de verdachte onder naleving van bepaalde voorwaarden (alternatieve maatregelen) is ontvankelijk, daar in het kader van de wet van 20 juli 1990 zowel het openbaar ministerie als de onderzoeksmagistraat de onderzoeksgerechten en de vonnisgerechten kunnen verzoeken om, onder naleving van bepaalde voorwaarden (alternatieve maatregelen), een verdachte in vrijheid te laten of te stellen, en in de militaire strafrechtspleging niets zich verzet tegen een zodanig initiatief, te meer daar artikel 165 van het Wetboek voor de rechtspleging bij de landmacht van 1814 bepaalt dat de krijgsauditeur aan de krijgswacht mag voorstellen «een beklaagden nog voor het uiteinde der procedures, uit het arrest te ontslaan».

3° De bijzondere vereisten van de militaire tucht en de eerbied voor de algemene openbare opinie verhinderen dat een dienstweigeraar onvoorwaardelijk in vrijheid zou worden gesteld, te meer daar het nagenoeg zeker is dat de getuige van Jehova die onvoorwaardelijk in vrijheid zou worden gelaten, een nieuwe insubordinatie zal plegen, aangezien hij verplicht is zich opnieuw bij het Recruerings- en Selectiecentrum aan te melden.

Indien, zoals te dezen, het maximum van de toepasselijke straf vijftien jaar dwangarbeid niet te boven gaat, mag een bevel tot aanhouding krachtens artikel 16 van de wet van 20 juli 1990 slechts worden verleend als er ernstige redenen bestaan om te vrezen dat de in vrijheid gelaten verdachte nieuwe misdaden of wanbedrijven zou plegen, zich aan het optreden van het gerecht zou onttrekken, bewijzen zou pogen te laten verdwijnen of zich met derden zou verstaan.

Hoewel één van deze voorwaarden, nl. de vrees voor het plegen van nieuwe wanbedrijven, voorhanden is, maar anderzijds de opgelegde alternatieve maatregelen zo zijn dat zij de verwezenlijking van deze voorwaarde uitsluiten, dient de verdachte in vrijheid te worden gesteld, met de verplichting de alternatieve maatregelen na te leven. Door deze maatregelen (gedurende drie maanden wettelijk in zijn woonplaats te verblijven en niet van domicilie te veranderen zonder de krijgswacht te waarschuwen; de commandant van de krijgswachtbrigade van zijn woonplaats voorafgaand op de hoogte te brengen van alle verplaatsingen van meer

dan 50 kilometer rond zijn woonplaats; zich op de rijks-wachtbrigade aan te melden telkens als hij daartoe wordt uitgenodigd en het grondgebied van het koninkrijk niet te verlaten) blijft verdachte onder gerechtelijk toezicht. Aan-gezien deze maatregelen voldoende zijn om recidive te ver-mijden, volstaan de vereisten van de militaire tucht zoals zij zich *in concreto* voordoen niet om de voorlopige hechtenis te rechtvaardigen.

4° Het doet er niet toe dat de «Getuige van Jehova» zich niet eens verklaart met de alternatieve maatregelen. Artikel 35 van de wet van 20 juli 1990 gebruikt tot driemaal toe de term «opleggen». De wetgever heeft hierdoor te kennen ge-geven dat de verdachte de keuze van de rechter met betrek-king tot de alternatieve maatregelen niet kan beperken. Het tegengestelde aannemen zou erop neerkomen dat de ver-dachte met betrekking tot de alternatieve maatregelen zijn wil aan de rechter zou kunnen opdringen. Bovendien stelt men vast dat, zelfs wanneer de «Getuige van Jehova» ver-klaart de alternatieve maatregelen niet te aanvaarden, hij ze in feite naleeft nadat ze hem door de rechter werden op-gelegd.

5° Zelfs al maken de noodwendigheden van de militaire tucht het in principe mogelijk de «in verzekerde bewaring-stelling» te gelasten op grond van artikel 164 van het Wet-boek voor de rechtspleging bij de landmacht, toch dient rekening gehouden te worden met de noodwendigheden van de tucht zoals deze *in concreto* bestaan. Wanneer de veroor-deelde nog niet is opgenomen in een actieve eenheid en niets laat veronderstellen dat hij zal trachten zich aan de hem opgelegde gevangenisstraf te onttrekken, met dien ver-stande dat hij de alternatieve maatregelen voor het afleve-ren of de handhaving van een bevel tot aanhouding dient te respecteren, wordt de militaire tucht niet aangetast zo ver-dachte in vrijheid wordt gelaten tot op het ogenblik waarop hij zal worden uitgenodigd zich gevangen te geven.

In dit verband dient te worden opgemerkt dat in het wets-ontwerp over de voorlopige hechtenis in de militaire straf-rechtspleging, waarvan hierboven sprake is onder «Wetge-ving», artikel 164 van het Wetboek voor de rechtspleging bij de landmacht wordt opgeheven en vervangen door een be-paling, die de onmiddellijke aanhouding slechts mogelijk maakt op vordering van het openbaar ministerie.

6° Indien hetzelfde burgerlijk lid uitspraak doet over het verzoek van de krijgsauditeur tot invrijheidstelling met al-ternatieve maatregelen en later over de grond van de zaak, is het rechtscollege dat over de grond uitspraak heeft gedaan wegens de onverenigbaarheid waarvan hoger sprake (cf. nr. 20) onregelmatig samengesteld. Het hof dient dan de zaak tot zich te trekken.

7° De krijgsraad waarbij een verzoekschrift tot invrijheid-stelling onder naleving van alternatieve maatregelen is in-gediend, mag dit verzoekschrift niet samen met de zaak ten gronde onderzoeken en, nadat de straf is uitgesproken, het verzoekschrift tot voorlopige invrijheidstelling zonder voor-werp verklaren: teneinde de door het openbaar ministerie inzake voorlopige hechtenis beoogde belangen niet te scha-den, dient hij uitspraak te doen over diens verzoekschrift al-vorens de straf uit te spreken. De wetgever heeft namelijk duidelijk zijn bekommernis aangetoond om alle vormen van voorlopige hechtenis zoveel mogelijk te beperken.

C. Motivering van de straffen — Wet van 27 april 1987

24. Door enkel te stellen dat het gepast voorkomt een voorwaardelijke militaire gevangenisstraf op te leggen aan-gezien het ontoelaatbaar is medische getuigschriften te ver-valsen en zich hierdoor schuldig te maken aan desertie en insubordinatie, beantwoordt de motivering niet aan de bij-zondere motiveringsvereiste van de wet, nu ze te algemeen gesteld is en derhalve aan nauwkeurigheid mist (Mil.Ger., 28 maart 1990, onuitg.).

D. Hoger beroep van burgerlijke partij tegen een vonnis van vrijspraak

25. Daar het ontvankelijk hoger beroep van de burger-lijke partij aan de rechter in hoger beroep opdraagt kennis te nemen van de feiten wat de burgerlijke belangen betreft, en derhalve deze feiten te onderzoeken en te beoordelen on-geacht de definitieve vrijspraak betreffende de strafvorde-ring, mag de rechter in hoger beroep op het enkele hoger beroep van de burgerlijke partij de beslissing op burgerrech-telijk gebied wijzigen en de beklaagde tot schadeloosstelling veroordelen hoewel de in eerste aanleg uitgesproken vrij-spraak onherroepelijk is geworden (Mil.Ger., 24 januari 1991, onuitg.; zie ook Mil.Ger., 24 maart 1987, *Kron.* 1986-87, nr. 41, *R.W.*, 1987-88, 491; *Chr.* 1986-1987, nr. 22, *R.D.P.*, 1987, 952, en Cass., 6 januari 1988, *Arr.Cass.*, 1987-88, 569).

E. Vonnissen en arresten. Verzet en evocatie

26. De rechter die uitspraak doet op het verzet van be-klagde tegen een bij verstek gewezen beslissing waarbij één straf is uitgesproken voor één feit, mag de toestand van de beklaagde niet verzwaren door één enkele straf uit te spre-ken voor twee verschillende feiten waarvan één vreemd is aan die welke voorkwamen in de oorspronkelijke telastleg-ging.

De appelrechter die een dergelijk vonnis vernietigt, moet ingevolge artikel 215 van het Wetboek van strafvordering zelf over de zaak uitspraak doen (Mil.Ger., 27 juni 1990, onuitg.; zie ook Cass., 3 november 1987, *Arr.Cass.*, 1987-88, 291; *Pas.*, 1988, I, 274).

F. Kwalificatie — Gevolgen voor de vordering van de burgerlijke partij

27. De definitief geworden veroordeling wegens enkele slagen maakt een schadeloosstelling die een schadevergoe-ding zou omvatten wegens invaliditeit onmogelijk. De krijgs-raad is gebonden door de definitief geworden veroordeling op grond van de kwalificatie van de feiten als enkele slagen en kan geen veroordeling op burgerlijk gebied uitspreken die zou steunen op de telastlegging van zware slagen (*Kr* te velde A, 4 december 1990, onuitg.; zie ook *Kron.* 1985, *R.W.*, 1986-87, 634).

G. Cassatieberoep — Betekening in de Duitse Bondsrepubliek

28. De uitoefening van het cassatieberoep wordt, wat be-treft de leden van de Belgische Strijdkrachten in Duitsland, geregeld overeenkomstig de bepalingen betreffende de ken-

nisgeving van rechtsakten aan personen die zich in de Duitse Bondsrepubliek bevinden, in casu door de Belgisch-Duitse Overeenkomst betreffende uitlevering en wederzijdse hulp in strafzaken van 17 januari 1958, artt. 27 en 32, § 4. Artikel 40 van het Gerechtelijk Wetboek vindt hier geen toepassing: het betreft enkel de betekeningen ten aanzien van hen die in België geen bekende woonplaats, verblijfplaats of gekozen woonplaats hebben (Cass., 11 april 1990, *Pas.*, 1990, I, 943, *R.D.P.*, 1990, 798, *T.R.D.*, 1990, 1079).

Frits GORLÉ
Auditeur-generaal bij het
Militair Gerechtshof

André ANDRIES
Eerste advocaat-generaal bij het
Militair Gerechtshof

RECHTSPRAAK

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER – 18 JANUARI 1991

Voorzitter: de h. Stranard

Rapporteur: de h. Fischer

Openbaar ministerie: de h. Piret

Advocaat: mr. Moszynski

1. Uitlevering – Procedure van uitvoerbaarverklaring – a) Verschijning in raadkamer – b) Aanhoudingsbevel – Vertaling – 2. Taalgebruik – In gerechtszaken – Betekening in het gebied Brussel-Hoofdstad – Uitlevering – Aanhoudingsbevel – 3. Rechten van de mens – Uitlevering

1.a) Art. 3 van de wet van 15 maart 1874 houdt geen voorschrift of bepaling in betreffende de verschijning voor de raadkamer van de vreemdeling om wiens uitlevering wordt verzocht.

b) Geen enkele wetsbepaling, ook niet art. 3 van de wet van de wet van 15 maart 1874, schrijft voor dat voor de raadkamer waarvoor een procedure tot uitvoerbaarverklaring wordt gevoerd, een vertaling naar de taal van de rechtspleging wordt voorgebracht van het door de vreemde overheid verleende bevel tot aanhouding.

2. De in art. 38, vijfde lid, van de wet van 15 juni 1985 vervatte regel is niet van toepassing op een in het buitenland verleend bevel tot aanhouding dat wordt overgelegd tot staving van een aan België gericht verzoek om uitlevering.

3. Art. 5, lid 3, E.V.R.M. is niet van toepassing op de persoon tegen wie een uitleveringsprocedure wordt gevoerd en die van zijn vrijheid is beroofd als bedoeld in art. 5, lid 1, f.

B.

Gelet op de bestreden arresten, op 30 oktober en 29 november 1990 gewezen door het Hof van Beroep te Brussel, kamer van inbeschuldigingstelling;

...

II. Op de voorziening tegen het arrest van 29 november 1990;

Over de middelen, aangevoerd in de memorie van eiser waarvan een eensluidend verklaarde kopie aan dit arrest is gehecht;

Overwegende dat de memorie verkeerdelijk vermeldt dat het arrest dagtekent van 30 november 1990;

Over het eerste middel:

Overwegende dat artikel 3 van de wet van 15 maart 1874, dat de procedure van uitvoerbaarverklaring van het door de vreemde overheid verleende aanhoudingsbevel regelt, noch voorschrijft noch bepaalt dat de vreemdeling om wiens uitlevering wordt verzocht voor de raadkamer moet verschijnen;

Overwegende dat eiser bij het uitoefenen van zijn recht van beroep is gehoord door de kamer van inbeschuldigingstelling en dat zijn verweermiddelen voor dat rechtscollege zijn uiteengezet door zijn raadsman;

Dat het middel faalt naar recht;

Over het tweede middel:

Overwegende dat, zoals het arrest zegt, geen enkele wetsbepaling, en in het bijzonder voormeld artikel 3, voorschrijft dat de raadkamer waarvoor een dergelijke procedure tot uitvoerbaarverklaring wordt gevoerd een vertaling, naar de taal van de rechtspleging, moet krijgen van het door de vreemde overheid verleende bevel tot aanhouding;

Overwegende dat het arrest te dezen tevens, zonder op dit punt te worden bekritiseerd, erop wijst dat de raadkamer «gebruik gemaakt heeft (...) van een door een beëdigd vertaler gemaakte mondelinge vertaling»;

Overwegende dat, zoals in het antwoord op het eerste middel is gezegd, eiser zijn recht van verdediging heeft kunnen uitoefenen voor de kamer van inbeschuldigingstelling; dat die kamer gebruik gemaakt heeft van een door een beëdigd vertaler naar het Frans gemaakte schriftelijke vertaling van dat aanhoudingsbevel;

Dat het middel niet kan worden aangenomen;

Over het derde middel:

Overwegende dat de regel, vervat in artikel 38, vijfde lid, van de wet van 15 juni 1935 betreffende het gebruik der talen in gerechtszaken, naar luid waarvan aan elke in het Duits gestelde akte van rechtspleging en aan elk in dezelfde taal gesteld vonnis of arrest, waarvan de betekening of kennisgeving moet gedaan worden in een gemeente van het tweetalig gebied Brussel-Hoofdstad, een Nederlandse en een Franse vertaling moet worden toegevoegd, niet van toepassing is op een in het buitenland verleend bevel tot aanhouding dat wordt overgelegd tot staving van een aan België gericht verzoek om uitlevering;

Dat het middel faalt naar recht ;

Over het vierde middel :

Overwegende dat artikel 5, lid 3, van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden van toepassing is op een ieder die gearresteerd is of gevangen wordt gehouden overeenkomstig lid 1, c, van dit artikel ; dat het niet van toepassing is op de persoon tegen wie een uitleveringsprocedure wordt gevoerd en die van zijn vrijheid is beroofd, zoals bedoeld in lid 1, f, van dit artikel ;

Overwegende dat voor het overige, de Belgische gerechten, zoals sub I van dit arrest is gezegd, de bevoegdheid missen om, zelfs op grond dat de handhaving van de hechtenis niet langer redelijk zou zijn, de invrijheidstelling te bevelen van een vreemdeling die gevangen gehouden wordt op grond van een buitenlands bevel tot aanhouding dat in de vereiste vormen uitvoerbaar is verklaard en aan de betrokkene betekend, zelfs als tegen de beschikking van uitvoerbaarverklaring hoger beroep is ingesteld ;

Dat het middel faalt naar recht ;

...

NOOT – Zie, betreffende de rechtspleging inzake uitlevering, Cass., 16 mei 1949, *Pas.*, 1949, I, 371 ; P.E. Trousse en H. Vanhalewijn, *Uitlevering en internationale rechtshulp in strafzaken*, A.P.R., p. 123, nr. 307.

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER – 29 APRIL 1991

Voorzitter : de h. Marchal

Rapporteur : de h. Rappe

Openbaar ministerie : de h. Leclercq

Advocaat : mr. Simont

Werkloosheid – Recht op uitkeringen – Werkverlating – Wettige reden – Kinderlast – Zwaar beletsel – Voorzienbare omstandigheden – Uitsluiting

Overwegingen van familiale aard, inzonderheid kinderlast, zijn zonder invloed op het passend karakter van de dienstbetrekking, behoudens wanneer zij een zwaar beletsel vormen. Het begrip zwaar beletsel sluit niet alle al lang voorzienbare omstandigheden uit.

R.V.A. t/ M.

Gelet op het bestreden arrest, op 13 april 1989 door het Arbeidshof te Brussel gewezen ;

Overwegende dat voor de beoordeling van de wettige reden van de werkverlating in de zin van artikel 134, tweede lid, 1°, van het koninklijk besluit van 20 december 1963 betreffende arbeidsvoorziening en werkloosheid rekening wordt gehouden met de criteria van de passende dienstbetrekking die in de artikelen 34 tot 62bis van het ministerieel besluit van 4 juni 1964 inzake werkloosheid zijn vastgesteld ;

Dat, volgens artikel 46, 1°, van dat ministerieel besluit, overwegingen van familiale aard, inzonderheid kinderlast, zonder invloed zijn op het passend karakter van de dienst-

betrekking, behoudens wanneer zij een zwaar beletsel vormen ;

Overwegende dat het middel hierop berust dat het begrip zwaar beletsel alle al lang voorzienbare omstandigheden uitsluit ;

Dat het ministerieel besluit van 4 juni 1964 een dergelijke uitsluiting niet inhoudt ;

...

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 23 MEI 1991

Voorzitter : de h. Sace

Rapporteur : mevr. Charlier

Openbaar ministerie : mevr. Liekendael

Advocaten : mrs. Kirkpatrick en De Bruyn

Erfrecht – 1. Fictieve massa – Schenkingen – Staat en waarde – 2. Verborgen houden van goederen van de nalatenschap – Bedrog

1. *Krachtens art. 922 B.W. dienen de goederen waarover de de cuius bij schenking onder de levenden heeft beschikt, bij de fictieve massa te worden gevoegd volgens hun staat ten tijde van de schenking en hun waarde ten tijde van het overlijden van de schenker.*

2. *Art. 792 B.W. heeft betrekking op alle gevallen van bedrog waarin een erfgenaam ten nadele van zijn medeërfgenen de gelijkheid van de verdeling tracht te verbreken.*

Dit bedrog kan reeds vóór het openvallen van de nalatenschap zijn gepleegd.

De erfgenaam die goederen van de nalatenschap heeft wegemaakt of verborgen heeft gehouden, kan de sanctie van art. 792 slechts ontlopen indien hij uiterlijk vóór het afsluiten van de boedelbeschrijving op zijn leugenachtige verklaring is teruggekomen.

B. e.a. t/ B.

Gelet op het bestreden arrest, op 13 september 1989 door het Hof van Beroep te Brussel gewezen ;

Overwegende dat de onder de nummers 8998 en 9054 op de algemene rol ingeschreven voorzieningen tegen hetzelfde arrest zijn gericht ; dat ze moet worden samengevoegd ;

I. Zaak A.R. 8998 :

...

Over het eerste middel : schending van de artikelen 97 van de Grondwet, 1138, 3°, van het Gerechtelijk Wetboek, 913, 918 en 922 van het Burgerlijk Wetboek,

...

Wat het eerste onderdeel betreft :

Overwegende dat, krachtens artikel 922 van het Burgerlijk Wetboek, de goederen waarover hij bij schenking onder de levenden heeft beschikt fictief worden gevoegd bij de massa van alle goederen die bij het overlijden van de schenker of erflater aanwezig waren, «volgens hun staat ten tijde van de schenkingen en hun waarde ten tijde van het overlijden van de schenker» ;

Overwegende dat uit het arrest blijkt dat de vader van eiser hem op 5 februari 1973 zijn handelszaak T. om niet heeft overgedragen en hij op 13 april 1978 is overleden ;

Dat het hof van beroep niet, zonder voormelde wetsbepaling te schenden, de waarde van dat goed heeft kunnen bepalen, enerzijds, los van de staat ervan ten tijde van de schenking, anderzijds, overeenkomstig een boedelbeschrijving die werd gedaan op de datum waarop de schenker zich, meer dan vier jaar voor zijn overlijden, uit de zaken had teruggetrokken ;

Dat, in dit onderdeel, het middel in zoverre gegrond is ;

II. Zaak A.R. 9054

Over het tweede middel: schending van de artikelen 792 van het Burgerlijk Wetboek, 1175, 1183, inzonderheid 8°, 10° en 11°, van het Gerechtelijk Wetboek en, voor zoveel nodig, 226, tweede lid, van het Strafwetboek,

doordat het arrest afwijzend beschikt op de vordering van eiser voor zover ze ertoe strekte te doen «vaststellen dat de (verweerders) goederen van de nalatenschap verborgen hebben gehouden in de zin van artikel 792 van het Burgerlijk Wetboek en, bijgevolg, voor recht te doen verklaren : dat de eerste (verweerder) geen aanspraak kan maken op een gedeelte van de bedragen voor de waarde van de handelszaak T. of van de bedragen van 1.500.000 frank en 555.000 frank ; dat de tweede (verweester) geen aanspraak kan maken op een gedeelte van het bedrag van 168.000 frank, zijnde de tegenwaarde van het appartement in Spanje ; dat de (verweerders) geen aanspraak kunnen maken op een gedeelte van de goudstaven en roerende waarden die zij van de International Westminster Bank hebben opgevraagd», op grond : «dat, evenmin als de eerste rechter, het hof (van beroep) de stelling van (eiser) kan aannemen dat er goederen van de nalatenschap verborgen werden gehouden, daar de verrichtingen in verband met de vereffening-verdeling nog niet waren begonnen ; dat trouwens de verklaringen van de (verweerders) tijdens de op 20 juni 1979 afgesloten boedelbeschrijving en waarvan (eiser) gewag maakt heel goed te verklaren zijn door de omstandigheid dat (die verweerders) echt hebben kunnen geloven dat sommige weggenomen zaken hun waren gegeven zonder ze te hoeven inbrengen ; dat zij te goeder trouw een verschoonbare vergissing – omtrent de feiten of het recht – hebben kunnen begaan en dat, bijgevolg, hun kwade trouw helemaal niet is bewezen ; dat bovendien het door (eiser) aangevoerde bedrog moet bestaan op het moment van de verdeling – wat te dezen niet het geval is – en dat het zonder belang is of het voor, tijdens of na de boedelbeschrijving is begonnen, omdat, indien de verberger zich bedenkt en de notaris tijdens die verrichtingen inlicht, elke verberging eindigt»,

...

Wat het eerste onderdeel betreft :

Overwegende dat artikel 792 van het Burgerlijk Wetboek betrekking heeft op alle gevallen van bedrog waarin een erfgenaam, ten nadele van zijn medeërfgenaam, de gelijkheid van de verdeling tracht te verbreken, hetzij dat hij zich goederen van de nalatenschap toeëigent, hetzij dat hij, door dienaangaande niet de door de wet opgelegde verklaringen te doen, de van de overledene gekregen giften verborgen houdt ;

Dat het bedrog, waardoor goederen van de nalatenschap verborgen worden gehouden, reeds voor het openvallen van de nalatenschap kan zijn gepleegd en dat de erfgenaam die goederen van een nalatenschap weggemaakt of verborgen gehouden heeft de in artikel 792 van het Burgerlijk Wetboek bedoelde sanctie niet kan ontlopen tenzij hij uiterlijk voor het afsluiten van de boedelbeschrijving op de leugenachtige verklaring is teruggekomen ;

Overwegende dat het arrest, door het verborgen houden van goederen van de nalatenschap te verwerpen, op grond «dat de verrichtingen in verband met de vereffening-verdeling nog niet waren begonnen», voormeld artikel 792 schendt ;

Dat, in dit onderdeel, het middel in zoverre gegrond is ;

...

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 12 SEPTEMBER 1991

Voorzitter-rapporteur : de h. Sace

Openbaar ministerie : de h. Janssens de Bisthoven

Advocaten : mrs. Baltus en De Bruyn

Inkomstenbelastingen – Bedrijfsverliezen – Aangifte niet gewijzigd – Aftrek voor de volgende belastingjaren

Wanneer de belastingplichtige, met toepassing van art. 114 W.I.B., van de winsten van ieder van de volgende belastbare tijdperken de bedrijfsverliezen wil aftrekken die tijdens de vorige jaren geleden zijn, kan hij niet, om die verliezen te bewijzen, volstaan met te verwijzen naar de ongewijzigde aangifte van een vorig belastingjaar. Wanneer het bestuur die verliezen betwist, is het niet verplicht om, benevens een bericht van wijziging betreffende de volgende belastingjaren, ook een bericht van wijziging betreffende de aangifte van het jaar waarin de aangevoerde bedrijfsverliezen geleden zijn, te versturen.

N.V. S. t/ Belgische Staat

Gelet op het bestreden arrest, op 5 juni 1990 door het Hof van Beroep te Brussel gewezen ;

Over het eerste middel: schending van de artikelen 114, 221, inzonderheid derde lid, 240, inzonderheid het tweede en derde lid, 245, inzonderheid het eerste lid, 251 en 259 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen,

doordat het arrest beslist «dat, wanneer het bestuur de aangiften voor de belastingjaren waarin zagezegd bedrijfsverliezen zijn geleden, niet wijzigt en de aanslag niet ten koiere brengt wegens het ontbreken van belastbare inkomsten, het na het verstrijken van de wettelijke termijnen weliswaar niet meer het recht heeft de aangiften voor die belastingjaren te herzien, maar dat die houding het bestuur evenwel alleen bindt met betrekking tot de vaststelling van de inkomsten voor de belastingjaren tijdens welke die verliezen werden aangegeven ; dat daaruit geenszins volgt dat de belastingplichtige, wanneer hij, met toepassing van artikel 114 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen, de inkomsten van een belastingjaar wil verminderen met de bedrijfsverliezen die tijdens de vorige jaren zagezegd zijn geleden, om die verliezen te bewijzen alleen naar de ongewij-

zigde aangiften van de vorige jaren zou hoeven te verwijzen, en evenmin dat het bestuur, wanneer het die verliezen betwist, berichten van wijzigingen betreffende de aangiften voor de jaren tijdens welke de aangevoerde bedrijfsverliezen zijn geleden, zou dienen te versturen; dat de stilzwijgende aanvaarding van bedrijfsverliezen die voor een bepaald belastingjaar zijn aangegeven, wanneer de termijn voor dat belastingjaar is verstreken, voor het bestuur alleen bindend kan zijn voor de berekening van de belasting voor datzelfde belastingjaar; dat, uit het stilzwijgen of stilzitten van het bestuur met betrekking tot het aangegeven verlies voor een bepaald belastingjaar, evenwel niet kan worden afgeleid dat het, eenmaal beter ingelicht, dat geleden verlies niet meer kan betwisten bij de vaststelling van het bedrag van de verschuldigde belasting voor de volgende belastingjaren; dat geen enkele bepaling van de belastingwet het bestuur verplicht, wanneer geen aanslag ten kohiere is gebracht, bepaalde procedurevormen na te leven of kennis te geven van de wijzigingen in de inkomstenaangifte en van andere gegevens; dat een teruggave van roerende voorheffing niet kan worden gelijkgesteld met een aanslag».

terwijl, eerste onderdeel, uit de voormelde bepalingen volgt dat het bestuur, wanneer dit het bestaan van de in de aangifte van de belastingplichtige vermelde verliezen wil betwisten, dienaangaande zijn onderzoeken moet verrichten binnen de in de voormelde bepalingen, inzonderheid in artikel 240 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen, bepaalde termijnen en de belastingplichtige, overeenkomstig artikel 251 van het wetboek, vóór het verstrijken van de bij de wet en inzonderheid bij artikel 259 van het wetboek bepaalde aanslagtermijnen, in kennis stellen van de inkomsten en andere gegevens die het voornemens is in de plaats te stellen van het aangegeven verlies; daaruit te dezen volgt dat het bestuur, nu het, zoals het arrest vaststelt, het in artikel 251 van het wetboek bepaalde bericht niet binnen de voormelde termijnen aan eiseres heeft gestuurd, de aangifte voor het belastingjaar 1982, in strijd met wat het arrest beslist, niet meer kon wijzigen en bijgevolg voor de volgende belastingjaren de bij artikel 114 van dat wetboek geoorloofde aftrek van het aangegeven verlies niet kon weigeren;

tweede onderdeel, het bestuur, hoe dan ook, wanneer het door een belastingplichtige aangegeven verlies heeft aanvaard door, zoals te dezen, de belasting op grond van het aangegeven verlies ten kohiere wil brengen, na het verstrijken van de aanslagtermijn voor het bewuste belastingjaar niet meer kan weigeren het aldus aangenomen verlies van de inkomsten van de volgende belastingjaren af te trekken overeenkomstig artikel 114 van het wetboek:

Wat het eerste onderdeel betreft:

Overwegende dat het arrest de in het middel weergegeven vermeldingen bevat; dat die vermeldingen niet inhouden dat het bestuur de aangifte van eiseres voor het belastingjaar 1982 mocht wijzigen wanneer het, zoals te dezen, althans stilzwijgend de voor dat belastingjaar aangegeven bedrijfsverliezen heeft aangenomen en wegens het verstrijken van de wettelijke termijnen het recht tot herziening van de aangifte betreffende dat jaar niet meer vermag uit te oefenen, maar wel dat het feit dat het bestuur die aangifte niet heeft gewijzigd en de termijn waarbinnen het dat had kunnen doen, heeft laten voorbijgaan, niet belet dat het de vaststelling van de inkomsten voor de volgende belastingjaren,

waarvoor, zoals het hof van beroep vaststelt, dezelfde verliezen van de winsten zijn afgetrokken, kan betwisten;

Overwegende dat het bestuur, wanneer het de aangifte betreffende een belastingjaar waarin zögezegd bedrijfsverliezen zijn geleden, niet wijzigt en de aanslag niet ten kohiere brengt, na het verstrijken van de wettelijke termijnen weliswaar niet meer het recht heeft de aangifte voor dat jaar te herzien; dat die houding het bestuur evenwel alleen bindt met betrekking tot de vaststelling van de inkomsten van het bewuste belastingjaar; dat daaruit evenmin volgt dat de belastingplichtige, wanneer hij, met toepassing van artikel 114 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen, gewijzigd bij artikel 28 van de wet van 8 augustus 1980, van de winsten van ieder van de volgende belastbare tijdperken de bedrijfsverliezen wil aftrekken die tijdens de vorige jaren werden geleden, om die verliezen te bewijzen alleen naar de ongewijzigde aangifte van een vorig belastingjaar hoeft te verwijzen, en evenmin dat het bestuur, wanneer het die verliezen betwist, benevens een bericht van wijziging betreffende de volgende belastingjaren, ook een bericht van wijziging betreffende de aangifte van het jaar waarin de aangevoerde bedrijfsverliezen zijn geleden, dient te versturen;

Overwegende dat het hof van beroep bijgevolg, door de uitspraak die in het middel is weergegeven, zijn beslissing naar recht verantwoordt;

Wat het tweede onderdeel betreft:

Overwegende dat het bestuur, zoals volgt uit het antwoord op het eerste onderdeel, wettelijk het recht behoudt om de werkelijkheid en het bedrag van de door de belastingplichtige aangevoerde en van de winsten van het belastbaar tijdperk afgetrokken bedrijfsverliezen te betwisten, zelfs wanneer het voor een vorig belastingjaar het bestaan van die verliezen heeft aangenomen;

Dat het middel faalt naar recht;

...

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 11 OKTOBER 1991

Voorzitter: mevr. Baeté-Swinnen

Rapporteur: de h. Verougstraete

Openbaar ministerie: de h. De Swaef

Advocaten: mrs. Houtekier en Van Ommeslaghe

Handelspraktijken – Verboden handelsreclame – Mogelijkheid van verwarring – Beoordeling

Bij handelsreclame bestaat de mogelijkheid van verwarring er niet in dat de gebruikte gegevens overeenstemmend zijn, maar is zij het gevolg van de band die tussen de ondernemingen of hun produkten door die overeenstemming wordt gesuggereerd bij het publiek tot wie de reclame gericht is. Te dezen vermocht de rechter uit de omstandigheid dat de partijen duidelijk een verschillend publiek aanspreken, af te leiden dat er geen verwarringsgevaar bestond.

N.V. M. t/ N.V. E.

Gelet op het bestreden arrest, op 16 oktober 1990 door het Hof van Beroep te Brussel gewezen;

Over het middel: schending van artikelen 20, 3°, 54 en 55, littera b, van de wet van 14 juli 1971 betreffende de handelspraktijken,

doordat het arrest de door eiseres tegen verweerster ingestelde vordering, ertoe strekkend de staking te horen bevelen van de door verweerster gemaakte reclame met de benaming «Master Salons» onder verbeurte van een dwangsom van 50.000 fr. per overtreding, ongegrond verklaart op grond: «dat de mogelijke verwarring tussen de beide handelsnamen 'Master Meubel' en 'Master Salons' zijn oorsprong vindt in het gebruik van het woord 'Master'; dat een dergelijk woord op zichzelf weinig origineel en onderscheidend is, maar het wel wordt in de mate waarin eiseres in haar handelsreclame systematisch typografisch de nadruk legt op dit woord, dat in een groot en vet lettertype wordt afgedrukt, terwijl het woord 'meubel' ondergeschikt is gemaakt, zodanig dat het woord 'Master' duidelijk bestemd is om t.a.v. de potentiële cliënteel de band te leggen met dat specifiek bedrijf; dat de toevoeging enerzijds van het woord 'Meubel' en anderzijds van het woord 'Salons', in tegenstelling met wat verweerster stelt, niet van die aard is dat ze elk verwarringsrisico uitsluit; dat integendeel, daar ook het woord 'Salons' naar een categorie meubelen verwijst, het verwarringsrisico voor het gemiddeld aandachtig publiek toeneemt; dat evenwel partijen duidelijk een verschillend publiek aanspreken; dat eiseres, blijkens de gemaakte reclame, meubelen verkoopt van een groot aantal befaamde ontwerpers (vandaar wellicht de verwijzing naar 'Masters' in de betekenis van 'meester') waarvan de namen en zelfs bepaalde foto's in de reclame worden opgenomen; dat zij zelfs de nadruk legt op het feit dat zij 'top design'-meubelen verkoopt; dat algemeen bekend is dat dergelijke meubelen zeer duur zijn en derhalve slechts een beperkt publiek aanspreken; dat dit niet het geval is voor verweerster, waarvan niet wordt betwist zij meer dagdagelijkse en minder exclusieve meubelen op de markt brengt, bestemd voor een ruim publiek; dat in die omstandigheden verweerster door het gebruik van de handelsnaam 'Master Salons' derhalve geen handelsreclame maakt die verwarring kan doen ontstaan met eiseres en haar producten of die strijdig is met de eerlijke handelsgebruiken; dat de eerste rechter dan ook ten onrechte heeft geoordeeld dat verweerster inbreuken heeft begaan op de artikelen 20, 3°, en 54 W.H.P.,

...

Overwegende dat het arrest, na te hebben vastgesteld dat verwarring a priori niet uitgesloten was tussen de handelsnamen Master Meubel en Master Salons, oordeelt dat tussen de reclame gemaakt door de partijen en bijzonderlijk tussen hun respectieve handelsnamen geen verwarring mogelijk is omdat de partijen zich niet tot dezelfde cliënteel richten;

Overwegende dat, krachtens artikel 20, 3°, van de Wet Handelspraktijken, verboden is elke reclame «die gegevens bevat waardoor verwarring kan ontstaan met een andere handelaar of ambachtsman, zijn producten of zijn werkzaamheid»; dat die praktijk eveneens op grond van artikel 54 van de bedoelde wet verboden is, indien hierdoor enige schade ontstaat of kan ontstaan voor een handelaar;

Dat de mogelijkheid tot verwarring niet hierin bestaat dat de gebruikte gegevens overeenstemmend zijn, maar het gevolg is van de band die tussen de ondernemingen of hun pro-

dukten door die overeenstemming bij het publiek tot wie de reclame is gericht, wordt gesuggereerd;

Dat de appelrechter uit de omstandigheid dat «partijen duidelijk een verschillend publiek aanspreken» vermocht af te leiden dat er te dezen geen verwarringsgevaar bestond;

Dat het middel niet kan worden aangenomen;

...

RAAD VAN STATE

ALG. VERG. ADMINISTRATIE – 31 OKTOBER 1991

Voorzitter: de h. Baeteman

Staatsraden: de hh. Tacq (rapporteur), Fincoeur, Borret,

mevr. Vrints, Thomas, de hh. Hanotiau et Wettinck

Auditoraat: de hh. Lemmens (verslag en strijdig advies) en

De Wolf (strijdig advies)

Advocaten: mrs. Boes (loco Vermeersch) en Putzeys

1. Raad van State – Bevoegdheid – Beroep tegen handelingen van Orde van Advocaten – Onttrekking aan bevoegdheid van de Raad van State – 2. Rechten van de mens – Recht op behandeling van een zaak door een rechterlijke instantie – Geen reden tot verruiming bevoegdheid Raad van State.

1. *Gelet op de verbondenheid van de balies met de rechterlijke orde en op het streven naar vrijwaring van de onafhankelijkheid van de advocaten, heeft de wetgever de bedoeling gehad de handelingen van de organen van de Orde van Advocaten te onttrekken aan het toezicht van de administratieve rechter. De handelingen van de Orde van Advocaten vallen bijgevolg niet onder de annulatiebevoegdheid van de Raad van State.*

2. *Het uit art. 6, lid 1, E.V.R.M. afgeleide recht op de behandeling van een zaak door een nationale onafhankelijke en onpartijdige rechterlijke instantie brengt niet mee dat de Raad van State zich zou dienen uit te spreken in een aangelegenheid waarvoor hij niet bevoegd is.*

De M. t/ Orde van Advocaten bij de Balie te Hasselt en
Belgische Nationale Orde van Advocaten
nr. 38.014

Verslag van auditeur P. Lemmens ¹

...

VI. Bevoegdheid van de Raad van State

11. De verweerster werpt o.m. een exceptie van onbevoegdheid op, bestaande uit twee onderdelen.

In het eerste onderdeel wordt ingeroepen dat, indien het geschil betrekking zou hebben op «burgerlijke rechten», zoals door de verzoeker wordt beweerd, de Raad van State op grond van artikel 92 van de Grondwet onbevoegd is.

In het tweede onderdeel wordt ingeroepen dat het de bedoeling van de wetgever is dat handelingen van de raden van de Ordes van Advocaten uitsluitend aan de controle van de

¹ Het verslag dateert van 20 februari 1987.

hoven en rechtbanken zouden zijn onderworpen, met uitsluiting van elke bevoegdheid voor de Raad van State.

12. Hoewel de Raad van State niet verplicht is uitdrukkelijk te antwoorden op deze exceptie², dient hij toch te onderzoeken of hij bevoegd is. De bevoegdheid raakt immers de openbare orde, zodat een exceptie desaangaande eventueel ambtshalve moet worden opgeworpen.

Het komt nochtans wenselijk voor deze kwestie in een ruimer kader te situeren namelijk in dat van artikel 6 van het Europees Verdrag over de rechten van de mens. (Deze bepaling wordt uitdrukkelijk in het derde middel ingeroepen.) Een aantal recente ontwikkelingen in de rechtspraak van het Europees Hof en de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens dragen er immers toe bij dat het traditionele antwoord dat op de hiervóór gestelde bevoegdheidsvragen wordt gegeven, op zijn minst aan een kritisch onderzoek toe is.

A. Het recht van de verzoeker op een jurisdictionele beslechting van zijn geschil met de Orde van Advocaten

13. De verzoeker voert o.m. aan dat hij krachtens artikel 6, lid 1, van het Europees Verdrag recht zou hebben op een behandeling van zijn zaak door een rechterlijke instantie. Om die stelling te beoordelen, moet in de eerste plaats uitgemaakt worden of artikel 6, lid 1, ter zake toepasselijk is; zo ja, dan dient verder onderzocht te worden in welke mate de verzoeker uit die bepaling een *recht van toegang tot een rechterlijke instantie* kan afleiden.

Dezelfde redenering kan ook gevolgd worden t.a.v. artikel 14, lid 1, van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten, dat soortgelijke bepalingen bevat als artikel 6, lid 1, van het Europees Verdrag.

1) De toepasselijkheid van de artikelen 6, lid 1, van het Europees Verdrag en 14, lid 1, van het Internationaal Verdrag

14. Artikel 6, lid 1, van het Europees Verdrag is toepasselijk telkens het gaat om een geschil over «burgerlijke rechten en verplichtingen». (In het Frans: «des contestations sur (des) droits et obligations de caractère civil»; in het Engels: «in the determination of... civil rights and obligations».)

In de Franse versie van artikel 14, lid 1, van het Internationaal Verdrag wordt het toepassingsgebied van die bepaling in identieke bewoordingen omschreven: «des contestations sur (des) droits et obligations de caractère civil». In de Engelse versie daarentegen, waarop de officieuze Nederlandse vertaling is afgestemd, is elke verwijzing naar het «burgerlijk» karakter van de litigieuze rechten en verplichtingen weggefallen, en wordt eenvoudig bepaald dat de in dat artikel genoemde waarborgen verzekerd worden «bij het vaststellen van (...) rechten en verplichtingen in een rechtsgeding»: «in the determination of (...) rights and obligations in a suit at law». Aangenomen mag worden dat artikel 14, lid 1, in elk geval toepasselijk is op geschillen over «burgerlijke rechten en verplichtingen»; of dit artikel bovendien toepasselijk is in elk geding dat gevoerd wordt voor een rechterlijke instantie, over rechten en verplichtingen van welke aard ook, kan in de voorliggende zaak in het midden blijven.

15. Tot aan het arrest König van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (28 juni 1978) had de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens uitdrukkelijk beslist dat een geschil betreffende de *toelating* tot het beroep van advocaat *geen* betrekking had op «burgerlijke rechten en verplichtingen», in de zin van artikel 6, lid 1, van het Europees Verdrag. De Commissie steunde daarbij voornamelijk op het feit dat de advocaat geroepen was om functies uit te oefenen die verband houden met de rechtsbedeling; zij leidde daaruit af dat geen «burgerlijk» recht in het geding was (E.C.R.M., besl. ontv., 6 februari 1967, X/Duitse Bondsrepubliek, 1409/65, *Digest*, vol. 2, 155-156; E.C.R.M., besl. ontv., 6 februari 1968, X/België, 2568/65, *Rec.*, vol. 26, (10), 16-17; E.C.R.M., besl. ontv., 11 juli 1974, X/Oostenrijk, 6132/73, *Digest*, vol. 2, 156-157). Eerder had de Commissie een zelfde houding aangenomen m.b.t. een geschil over het verval van het recht om nog langer het beroep van advocaat te mogen uitoefenen (E.C.R.M., besl. ontv., 2 oktober 1964, X/Oostenrijk, 1931/63, *Rec.*, vol. 15, (8), 13).

Uit die periode dateert ook een arrest van het Hof van Cassatie waarbij uitspraak gedaan werd in een zaak die, zoals de onderhavige, betrekking had op de weigering van (weder)inschrijving op het tableau van de Orde van Advocaten. Anders dan in de onderhavige zaak had de betrokkene tegen de weigeringsbeslissing evenwel beroep ingesteld bij de rechtbank van eerste aanleg. Dit beroep werd afgewezen, en die beslissing werd door het hof van beroep bevestigd. Voor het Hof van Cassatie riep de betrokkene o.m. in dat de gevolgde procedure strijdig was met artikel 6 van het Europees Verdrag. Het Hof verwierp het desbetreffende middel, overwegende dat die bepaling niet geschonden was door de beslissing van het bestreden arrest, volgens welke geen beroep mogelijk was tegen de beslissing van de tuchtraad van de Orde van Advocaten (Cass., 15 maart 1965, *Pas.*, 1965, I, 734). Of het Hof hiermee uitging van de niet-toepasselijkheid van artikel 6, dan wel van het ontbreken van een recht van beroep op een rechter, is niet duidelijk. (De klacht die de betrokkene, na uitputting van de interne rechtsmiddelen, bij de Europese Commissie indiende, werd verworpen bij beslissing van 6 februari 1968, hiervóór geciteerd).

16. Bij het genoemde arrest König besliste het Europees Hof dat een geschil betreffende het recht om de *geneeskunst* te blijven uitoefenen, «burgerlijke rechten en verplichtingen» tot voorwerp had. Het Hof had daarbij vooral oog voor het feit dat het beroep van geneesheer een vrij beroep was, en dat de geneesheer op basis van privaatrechtelijke overeenkomsten zijn patiënten verzorgde (E.H.R.M., 28 juni 1978, König, *Publ. Cour*, reeks A, vol. 27, pp. 31-32, § 93). Die beslissing werd bevestigd in de zaken *Le Compte* (E.H.R.M., 23 juni 1981, *Le Compte*, Van Leuven en De Meyere, o.c., vol. 43, p. 22, § 48; E.H.R.M., 10 februari 1983, *Albert en Le Compte*, o.c., vol. 58, p. 15, § 28, b).

Het arrest König was voor de Commissie aanleiding om haar rechtspraak, in zover ze op advocaten betrekking had, te herzien.

Nadat de Commissie in een aantal beslissingen nog uitdrukkelijk de vraag naar de kwalificatie van het recht op de uitoefening van het beroep van advocaat had opengelaten (E.C.R.M., besl. ontv., 5 mei 1980, X/België, 8249/78, *D.R.*, vol. 20, (40), 41; E.C.R.M., besl. ontv., 5 oktober 1981, X/België, 8564/79, onuitg., «In rechte», § 1; E.C.R.M., besl.

² De memorie van antwoord werd buiten de termijn ingediend.

ontv., 15 juli 1982, X/Frankrijk, 9569/81, onuitg., «In rechte», § 1, E.C.R.M., besl. ontv., juli 1984, X/Verenigd Koninkrijk, 10.615/83, E.H.R.R., 1986, (228), 230), kwam zij in 1985, in de zaak H/België, op haar vroegere rechtspraak terug.

Aanleiding daartoe was een klacht van een voormalige advocaat die zijn wederinschrijving had gevraagd bij de balie te Antwerpen. Die aanvraag werd verworpen, waarna de betrokkene zich rechtstreeks tot de Europese Commissie wendde. In zijn verzoekschrift voerde hij o.m. aan dat de gevolgdte procedure strijdig was met artikel 6 van het Europees Verdrag. Nadat de Europese Commissie de klacht ontvankelijk had verklaard – waarbij zij o.m. de exceptie van niet-uitputting van interne rechtsmiddelen afwees –, nam zij op 8 oktober 1985 haar verslag ten gronde aan (E.C.R.M., verslag, 8 oktober 1985, H/België, 8950/80, gestencilde uitg.).

In haar advies stelde de Commissie allereerst vast dat de raad van de Orde een beslissing had genomen over een «geschil» (§ 78). Vervolgens stelde de Commissie vast dat dit geschil betrekking had op een «recht». Zij verwierp daarbij het argument van de regering dat enkel het recht om een beroep te *blijven* uitoefenen, zou kunnen worden beschouwd als een «recht», in de zin van artikel 6, lid 1. Volgens de Commissie was het voldoende dat de verzoeker een juridische aanspraak had geformuleerd, waarover de raad van de Orde wel discretionair kon oordelen, maar toch binnen de grenzen gesteld door het verbod van willekeur (§§ 79-84). Ten slotte oordeelde de Commissie, in afwijking van haar vroegere rechtspraak, dat het recht om het beroep van advocaat te mogen uitoefenen een «burgerlijk» karakter had. Volgens de Commissie bleek zulks voornamelijk uit het feit dat dit recht lag in de sfeer van de professionele autonomie van de verzoeker, handelend in zijn hoedanigheid van privépersoon. De publiekrechtelijke aspecten die aan het beroep van advocaat verbonden zijn, konden aan het burgerlijk karakter geen afbreuk doen (§§ 85-91).

De Commissie besloot dan ook dat het geschil betreffende de weigering van inschrijving van de verzoeker onder de toepassing viel van artikel 6, lid 1 (§ 91) ³.

17. De hiervóór besproken zaak H/België werd door de Commissie bij het Europees Hof aanhangig gemaakt. Op dit ogenblik heeft het Hof daarover nog geen uitspraak gedaan ⁴.

Uit de recente rechtspraak van het Hof blijkt evenwel dat het Hof een steeds ruimere interpretatie geeft aan het begrip «geschillen over burgerlijke rechten en verplichtingen». Buiten de reeds genoemde arresten in de zaken König en Le Compte, dient met name verwezen te worden naar de arresten in de zaken Benthem, Feldbrugge en Deumeland. In de zaak Benthem besliste het Hof dat een geschil betreffen-

de een verzoek van een garagehouder tot het verkrijgen van een vergunning voor de exploitatie van een L.P.G.-installatie, onder de toepassing van artikel 6, lid 1, viel (E.H.R.M., 23 oktober 1985, Benthem, o.c., vol. 97, pp. 14-16, §§ 30-36). In de zaken Feldbrugge en Deumeland besliste het Hof hetzelfde t.a.v. een vordering tot het behoud van een ziekte- en invaliditeitsuitkering resp. tot het verkrijgen van een aanvullend weduwnpensioen (E.H.R.M., 29 mei 1986, Feldbrugge, o.c., vol. 99, pp. 11-16, §§ 25-40, en Deumeland, o.c., vol. 100, pp. 21-25, §§ 59-74). Het Hof kent aldus een «burgerlijk» karakter toe aan bepaalde rechtsverhoudingen die, volgens het nationale recht, typisch tot het publiekrecht behoren. Bovendien blijkt, i.h.b. uit de arresten Benthem en Deumeland, dat niet alleen het recht om een voordeel te *blijven* genieten, maar ook een *aanspraak* op een voordeel als een «recht», in de zin van artikel 6, lid 1, kunnen worden beschouwd.

Er bestaat dan ook een redelijke kans dat het Europees Hof het advies van de Commissie zal overnemen, en zal beslissen dat artikel 6, lid 1, op het litigieuze geschil van toepassing was.

18. De onderhavige zaak verschilt niet wezenlijk van de zaak H/België.

De verzoeker, over wiens aanvraag tot inschrijving de raad van de Orde een beslissing nam, die hem geen voldoening schonk, heeft kennelijk een «geschil» met de Orde. Dit geschil heeft betrekking op een «recht», namelijk de door de verzoeker geformuleerde juridische aanspraak op inschrijving op de lijst der stagiairs. In het licht van de recente rechtspraak van het Europees Hof en de Europese Commissie dient dit recht ten slotte als «burgerlijk» gekwalificeerd te worden.

Het onderhavige geschil valt dan ook onder de toepassing van artikel 6, lid 1, van het Europees Verdrag. Om dezelfde redenen valt het eveneens onder de toepassing van artikel 14, lid 1, van het Internationaal Verdrag.

2) Het recht van toegang van een rechterlijke instantie

19. In de zaak Golder besliste het Europees Hof dat uit de tekst zelf van artikel 6, lid 1, van het Europees Verdrag, gelezen in zijn context, alsook uit het voorwerp en het doel van het Verdrag moet worden afgeleid dat de genoemde bepaling niet alleen procedurele vereisten opsomt die moeten worden nageleefd in een rechtsgeding, maar dat zij ook, en vooral, het recht zelf van *toegang tot een rechterlijke instantie* («droit d'accès à un tribunal», «right of access to a court») waarborgt (E.H.R.M., 21 februari 1975, Golder, o.c., vol. 18, pp. 12-18, §§ 26-36).

Dit recht is met name in administratieve aangelegenheden van belang. Het houdt in dat elke burger die een overheidsinmenging in de uitoefening van zijn «burgerlijke» rechten onwettig acht, de gelegenheid moet hebben om een geschil desaan gaande aan een rechterlijke instantie voor te leggen, die beantwoordt aan de vereisten van artikel 6, lid 1 (E.H.R.M., 23 juni 1981, Le Compte, Van Leuven en De Meyere, o.c., vol. 43, p. 20, § 44; E.H.R.M., 23 september 1982, Sporrang en Lönnroth, o.c., vol. 52, p. 29, § 80; E.H.R.M., 10 februari 1983, Albert en Le Compte, o.c., vol. 58, p. 16, § 29; E.H.R.M., 28 mei 1985, Ashingdane, o.c., vol. 93, p. 24, § 55).

Er zijn twee manieren om dit objectief te bereiken: ofwel beantwoordt de instantie die de beslissing over het «burger-

³ In een enige maanden later uitgesproken beslissing liet de Commissie in het midden of de procedure m.b.t. een aanvraag tot inschrijving op het tableau van een van een andere balie komende advocaat, al dan niet onder toepassing van artikel 6, lid 1, viel. De desbetreffende klacht werd verworpen op grond dat de verzoekster, die haar aanvraag had ingetrokken, niet meer beschouwd kon worden als een «slachtoffer» van een schending van artikel 6, lid 1 (E.C.R.M., besl. ontv., 5 december 1985, L/België, 10.070/82, «In rechte», § 1, onuitg.). Uit die beslissing blijkt geenszins dat de Commissie aldus zou hebben bedoeld op haar standpunt in de zaak H/België terug te komen.

⁴ De zaak werd voor het Hof behandeld op 24 november 1986.

lijk» recht neemt, *zelf* aan de vereisten van artikel 6, lid 1, ofwel beantwoordt zij daar niet aan, maar dan moet haar beslissing onderworpen zijn aan het *toezicht van een jurisdictioneel orgaan* dat wél beantwoordt aan die vereisten (E.H.R.M., 10 februari 1983, Albert en Le Compte, *o.c.*, vol. 58, p. 16, § 29).

Toegepast op het onderhavige geschil, betekent zulks dat, hetzij de raad van de Orde van Advocaten, beslissend over een verzoek tot inschrijving op de lijst der stagiairs, zelf aan de vereisten van artikel 6, lid 1, beantwoordt, hetzij, indien dit niet het geval is, zijn beslissing kan worden bestreden voor een jurisdictioneel orgaan dat wél beantwoordt aan die vereisten. (E.C.R.M., verslag, 8 oktober 1985, H./België, geciteerd, § 92).

20. Is de raad van de Orde van Advocaten te beschouwen als een «rechterlijke instantie», in de zin van artikel 6, lid 1, van het Europees Verdrag?

Om op die vraag een bevestigend antwoord te kunnen geven, zou moeten worden vastgesteld dat de raad beantwoordt aan een reeks criteria die in de rechtspraak van het Europees Hof en van de Europese Commissie ontwikkeld zijn. Velu heeft die criteria in drie grote categorieën onderverdeeld: materiële criteria, organieke criteria en formele criteria (J. Velu, «La notion de «tribunal» et les notions avoisinantes dans la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales», in *Liber Amicorum Frédéric Dumon*, Antwerpen, 1983, II, (1287), pp. 1300-1306, nr. 7; Velu maakt overigens nog melding van een vierde criterium, namelijk het gezag van gewijsde).

Wat de materiële criteria betreft, moet een «rechterlijke instantie» o.m. de bevoegdheid hebben om te beslissen op basis van *rechtsnormen* (E.H.R.M., 22 oktober 1984, Sramek, *o.c.*, vol. 84, p. 17, § 36; E.C.R.M., verslag, 4 december 1985, Pudas/Zweden, 10.426/83, gestencilde uitg., § 51). Zulks impliceert dat de beslissing niet in de eerste plaats steunt op een discretionaire beoordeling, maar het resultaat is van een methodische procedure, waarbij rechtsnormen worden toegepast op relevant geachte feiten (E.C.R.M., verslag, 8 december 1982, Sramek/Oostenrijk, 8790/79, *Publ. Cour*, reeks A, vol. 84, (27), p. 31, § 71; E.C.R.M., verslag, 8 oktober 1985, H./België, geciteerd, § 95).

Op dit punt beantwoordt de raad van de Orde niet aan de genoemde criteria. De raad is immers geenszins opgericht om rechtsgeschillen te beslechten, maar om bestuurlijke en disciplinaire beslissingen te nemen. In het bijzonder bij de beoordeling van een verzoek tot inschrijving op de lijst van stagiairs beslist hij niet op basis van vooraf vastgestelde rechtsregels, maar oefent hij – binnen ruime grenzen – een *discretionaire* bevoegdheid uit (zie E.C.R.M., verslag, 8 oktober 1985, H./België, geciteerd, §§ 96 en 97).

Wat de formele criteria betreft, dient een «rechterlijke instantie» fundamentele *procedurewaarborgen* te bieden (zie E.H.R.M., 16 juli 1971, Ringeisen, *o.c.*, vol. 13, p. 39, § 95; E.H.R.M., 23 juni 1981, Le Compte, Van Leuven en De Meyere, *o.c.*, vol. 43, p. 24, § 55; E.H.R.M., 22 oktober 1984, Sramek, *o.c.*, vol. 84, p. 17, §§ 36; E.H.R.M., 23 oktober 1985, Benthem, *o.c.*, vol. 97, p. 18, § 43; E.H.R.M., 8 juli 1986, Lithgow, *o.c.*, vol. 102, § 201).

Te dezen schrijft het Gerechtelijk Wetboek geen procedure voor, die gevolgd moet worden bij de behandeling van verzoeken tot inschrijving op de lijst van stagiairs. In de onderhavige zaak nam de raad van de Orde een beslissing zon-

der dat de verzoeker door de raad zelf gehoord werd, en op grond van adviezen die hem niet werden meegedeeld. Bovendien vergaderde de raad met gesloten deuren, en zijn de regels inzake wraking op zijn leden niet van toepassing. Deze omstandigheden volstaan om te concluderen dat de procedure voor de raad van de Orde niet omgeven was met de waarborgen die van een «rechterlijke instantie» mogen verwacht worden (zie E.C.R.M., verslag, 8 oktober 1985, H./België, geciteerd, § 97).

Zonder dat nog hoeft nagegaan te worden of de raad van de Orde beantwoordt aan de organieke criteria, dient derhalve uit het voorgaande besloten te worden dat, minstens in de onderhavige zaak, de raad van de Orde *niet* kan worden beschouwd als een «rechterlijke instantie», in de zin van artikel 6, lid 1. Tot dezelfde conclusie kwam de Europese Commissie trouwens in de hiervóór genoemde zaak H./België (geciteerd verslag, § 98).

21. Nu de beslissing over het verzoek tot inschrijving op de lijst van stagiairs niet werd genomen door een orgaan dat zelf beantwoordt aan de vereisten van artikel 6, lid 1, heeft de verzoeker krachtens het Europees Verdrag recht op een *beroep bij een rechter* tegen de genoemde beslissing.

Het Gerechtelijk Wetboek voorziet echter niet in een zodanig beroep. Artikel 432 bepaalt integendeel het volgende: «Over de inschrijving op het tableau en voor de stage beslist, *zonder hoger beroep*, de raad van de Orde, die meester is over het tableau en de lijst van stagiairs» (in het Frans: «sans appel»). De wetgever bekrachtigde hiermee de rechtspraak van het Hof van Cassatie, volgens welke geen beroep mogelijk was bij het *hof van beroep* (Cass., 15 januari 1920, met conclusie procureur-generaal Terlinden, *Pas.*, 1920, I, 24), en evenmin bij de *rechtbank van eerste aanleg* (Cass., 15 maart 1965, *Pas.*, 1965, I, 734, besproken supra, nr. 15).

In de zaak H./België voerde de Belgische regering aan dat tegen de beslissing van de raad van de Orde een vordering tot nietigverklaring bij het *Hof van Cassatie* ingesteld kan worden, met toepassing van de artikelen 610 en 1088 van het Gerechtelijk Wetboek. Op grond van die bepalingen kan de procureur-generaal bij het Hof van Cassatie, op voorschrift van de minister van Justitie, inderdaad een beroep tot nietigverklaring instellen tegen handelingen van tuchtrechtelijke overheden van de balie, die met machtsoverschrijding zouden zijn genomen (voor een toepassing onder het vroegere recht, zie Cass., 2 maart 1891, *Pas.*, 1891, I, 81). Een dergelijk rechtsmiddel kan echter niet beschouwd worden als een toegang tot een rechterlijke instantie, zoals vereist door artikel 6, lid 1, van het Europees Verdrag: de betrokkene kan immers niet *zél*f het bedoelde beroep instellen. Om die reden besliste de Commissie ook dat bedoelde beroep geen «intern rechtsmiddel» uitmaakt, dat overeenkomstig artikel 26 van het Verdrag aangewend zou moeten zijn vooraleer een klager een verzoekschrift bij de Commissie indient (E.C.R.M., besl. ontv., 16 mei 1984, H./België, 8950/80, «In rechte», § 2; zie bijlage II bij het hiervóór geciteerde verslag van 8 oktober 1985 in dezelfde zaak).

Er bestaat m.a.w. *geen* rechtsmiddel dat de verzoeker *bij de hoven en rechtbanken van de rechterlijke orde* tegen de bestreden beslissing zou kunnen instellen.

22. Voor zover geen rechtsmiddel bij een *andere* rechterlijke instantie zou openstaan, zou deze toestand een schending van artikel 6, lid 1, van het Europees Verdrag opleveren (rdpl. E.C.R.M., verslag, 8 oktober 1985, H./België, geci-

teerd, § 99). Waarschijnlijk moet aangenomen worden dat ook artikel 14, lid 1, van het Internationaal Verdrag geschonden wordt.

De vraag is of een beroep bij de *Raad van State* zodanige schendingen kan voorkomen.

Die vraag moet beantwoord worden met de internrechtelijke bevoegdheidsregels als uitgangspunt, zij het dat die eventueel uitgelegd en toegepast moeten worden met inachtneming van de dwingende vereisten die uit de internationale verdragen over de rechten van de mens voortvloeien.

B. Bevoegdheid van de Raad van State

1) Grondwettelijke bevoegdheidsregels

23. Volgens artikel 92 van de Grondwet behoren geschillen over «burgerlijke rechten», in de zin van die bepaling, tot de exclusieve bevoegdheid van de hoven en rechtbanken van de «rechterlijke macht». Artikel 93 bepaalt verder dat de geschillen over «politieke rechten» in beginsel eveneens tot de bevoegdheid van die hoven en rechtbanken behoren, maar laat toe dat de wet desaanvaande een andere regeling treft.

Hoewel zelf niet overtuigd van haar exceptie, werpt de verweerster toch op dat het onderhavige geschil betrekking zou kunnen hebben op «burgerlijke rechten», en aldus tot de exclusieve bevoegdheid van de hoven en rechtbanken zou behoren.

24. Alvorens op die exceptie in te gaan, moet opgemerkt worden dat het begrip «burgerlijke rechten», in de zin van artikel 92 van de Grondwet, helemaal niet overeenstemt met het begrip «burgerlijke rechten», in de zin van de artikelen 6, lid 1, van het Europees Verdrag en 14, lid 1, van het Internationaal Verdrag. Het feit dat een geschil onder de toepassing van voormelde verdragsbepalingen valt, impliceert dus geenszins dat het ook onder de toepassing van artikel 92 valt.

Artikel 92, zoals trouwens ook artikel 93, heeft betrekking op het contentieux der «subjectieve rechten» (rdpl. R.v.St., afd. wetg., advies van 3 november 1986 over het wetsontwerp waarbij, wat bepaaldelijk de vluchtelingen betreft, wijzigingen worden aangebracht in de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, *Parl. St., Kamer*, 1986-87, nr. 689-1, (17), 23). De bevoegdheid van de Raad van State is voor zulke geschillen uitgesloten, tenzij voor enkele zeer uitzonderlijke geschillen inzake politieke rechten⁵.

⁵ Volgens deze opvatting ligt het optreden van de Raad van State, als annulatierechter, volledig *buiten* het kader van de artikelen 92 en 93. Weliswaar werd door procureur-generaal Ganshof van der Meersch een andere opvatting voorgehouden, waar deze magistraat van oordeel was dat het *recht op de eerbiediging van de wettigheid* («le droit au respect de la légalité») als een subjectief recht, meer bepaald als een «politiek» recht beschouwd kon worden (concl. voor Cass., 21 december 1956, *Pas.*, 1957, I, (431), 453). In de meest recente rechtspraak lijkt die opvatting echter niet gevolgd te worden, en lijkt wel degelijk uitgegaan te worden van een fundamenteel verschil tussen het «subjectief» contentieux en het «objectief» contentieux. Ten gevolge hiervan worden bijvoorbeeld wat het «belang» bij een vordering betreft, de vereisten in procedures bij de gewone rechter resp. de Raad van State verschillend geformuleerd, precies

Het onderhavige geschil heeft echter geen subjectieve rechten tot voorwerp. Het recht van inschrijving op de lijst der stagiairs, waarop de verzoeker aanspraak maakt, kan slechts geconcretiseerd worden door een uitdrukkelijke, niet-automatische beslissing van de raad van de Orde; bedoeld recht wordt m.a.w. niet rechtstreeks uit de wet geput. In die omstandigheden kan de verzoeker geen subjectief recht doen gelden (Cass., 15 maart 1965, *Pas.*, 1965, I, 734; vgl., in dezelfde zin (in een andere context), R.v.St., 26 februari 1986, Gillet, nr. 26.223). Een subjectief recht zou slechts in het geding zijn indien de beslissing van de raad van de Orde van zuiver declaratieve aard zou zijn, hetgeen impliceert dat de raad over geen enkele beoordelingsbevoegdheid t.a.v. de opportuniteit van de inschrijving zou beschikken (rdpl. o.m. R.v.St., 2 juli 1985, Troncquay, nr. 25.545, overweging 2; R.v.St., 11 juli 1985, Van Impe, nr. 25.587; R.v.St., 10 december 1985, Schneider, nr. 25.944; vgl., in dezelfde zin, H. Lenaerts, conclusie voor Cass., 17 mei 1978, *Arr. Cass.*, 1978, (1082), 1084). Er zou m.a.w. slechts sprake zijn van een subjectief recht, wanneer de ter zake toepasselijke rechtsregels «op voorspelbare wijze een dwingende gedraging opleggen» aan de raad, (cf. M. Boes, «Bestuurlijke vrijheid en rechterlijke toetsing», *R.W.*, 1986-87, (1249), 1253). Zoals de verweerster zelf – en terecht – opmerkt, beschikt de raad van de Orde echter over een discretionaire bevoegdheid.

Het onderhavige geschil is derhalve vreemd aan de artikelen 92 en 93 van de Grondwet, zodat uit die bepalingen de onbevoegdheid van de Raad van State niet kan worden afgeleid.

Wettelijke bevoegdheidsregels

a. Principiële bevoegdheid t.a.v. handelingen van «administratieve overheden»

25. In beginsel is de Raad van State bevoegd om kennis te nemen van annulatieberoepen tegen handelingen van «administratieve overheden» (artikel 14 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State).

Een eerste vraag die beantwoord moet worden, is of de raad van de Orde van Advocaten als een «administratieve overheid» te beschouwen is.

26. In 1956 diende de Raad van State zich reeds over die kwestie uit te spreken. N.a.v. een beroep tegen een beslissing van de raad van de Orde van Advocaten te Brussel riep de verwerende partij in dat de raad geen administratieve overheid was. Die exceptie werd evenwel verworpen. De Raad van State overwoog daarbij o.m. dat verschillende wetten, die het bestaan van de tuchtraden bekrachtigd hadden, aan deze nooit enige opdracht hadden toevertrouwd, die behoorde tot de uitoefening van de rechterlijke macht. Anderzijds oefenen de advocaten een vrij beroep uit, en nemen zij rechtstreeks noch onrechtstreeks deel aan de uitoefening van de rechterlijke macht – de plaatsvervangende rechters, een functie die aan de balie vreemd is, niet te na gesproken. Uit een en ander concludeerde de Raad van State

wegens het feit dat in het ene geval de eiser zich op een subjectief recht moet kunnen beroepen, terwijl zulks in het andere geval niet nodig is (rdpl. E. KRINGS, conclusie voor Cass., 25 oktober 1985, *R.W.*, 1985-86, (2411), 2413, nr. 7, en 2424, nr. 18).

«dat de tuchtraden dus niet behoren tot de rechterlijke macht, noch wegens de aard van de hun opgedragen functie, noch wegens de hoedanigheid van de personen waarover zij hun gezag uitoefenen» (R.v.St., 15 juni 1956, Chamart-Housse, nr. 5.204, met op dit punt gelijklopend verslag auditeur-generaal E. Joachim en substituut-auditeur-generaal H. Vliebergh, en noot A. Buttgenbach, *R.J.D.A.*, 1957, 57; de beslissing van de Raad werd op dit punt bekritiseerd door E. Reumont, «Les Conseils de l'Ordre des avocats et la compétence du Conseil d'Etat», *J.T.*, 1957, (18), 21).

27. In latere arresten is de Raad van State op de kwalificatie van de organen van de Orde van Advocaten niet meer teruggekomen. In zijn verslag in de zaak Maerschalk was eerste auditeur Coolen echter van mening dat de motieven van het arrest van 1956 ook na de invoering van het Gerechtelijk Wetboek volkomen geldig bleven (J. Coolen, verslag vóór R.v.St., 20 november 1981, Maerschalk, nr. 21.573, *A.P.T.*, 1982, (75), p. 76, voetnoot 1).

Die mening dient te dezen bijgevalen te worden. Wanneer de raad van de Orde van Advocaten een beslissing neemt m.b.t. de toelating tot de lijst van stagiairs, treedt hij niet op als jurisdictioneel college, maar als *bestuurlijk* orgaan (zie reeds Ch. Terlinden, conclusie voor Cass., 15 januari 1920, *Pas.*, 1920, I, (35), 37). Het is verder weliswaar juist dat de Orde nauwe banden heeft met de «rechterlijke macht», hetgeen *o.m.* blijkt uit de samenstelling van de tuchtraden van beroep (art. 473 Ger.W.) en uit de vernietigingsbevoegdheid van het Hof van Cassatie t.a.v. handelingen van de tuchtrechtelijke overheden van de balie (art. 610 Ger.W.). Zulks belet nochtans niet dat de balie haar essentiële opdracht, de bijstand van rechtzoekenden, *evenzeer* uitoefent voor rechterlijke instanties die niet tot de «rechterlijke macht» behoren, zoals het Arbitragehof, de Raad van State en de administratieve en disciplinaire rechtscolleges. De verbondenheid met de «rechterlijke macht» is m.a.w. geenszins exclusief. Ten slotte zijn de advocaten thans, zoals vóór het Gerechtelijk Wetboek, beoefenaars van een vrij beroep, dat in geen opzicht afhankelijk is van de «rechterlijke macht», en dat geen «gerechtelijk ambt» uitmaakt.

De bestreden handeling kan in elk geval niet beschouwd worden als een handeling van een gerechtelijke overheid, en zelfs niet als een handeling van een overheid die, *door het verrichten van die handeling*, meewerkt aan de uitoefening van de rechterlijke macht (vgl., wat dit laatste betreft, A. Rasyon-Roland, «L'Ordre des Avocats est-il une autorité administrative?», noot onder R.v.St., 20 november 1981, Maerschalk, nr. 21.573, *A.P.T.*, 1982, (78), p. 81, nr. 16).

De bestreden handeling, die van bestuurlijke aard is, moet derhalve beschouwd worden als een handeling van een «administratieve overheid», in de zin van artikel 14 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State. De verweerder erkent trouwens dat dit het geval is.

In beginsel is de Raad van State dus bevoegd.

b. *Onttrekking van de bevoegdheid aan de Raad van State door de wetgever*

28. De verweerder beroept zich op het hiervóór reeds besproken arrest van de Raad van State van 15 juni 1956, waarbij beslist werd dat de handelingen van de tuchtraden van de Orde, blijkens de bedoeling van de wetgever, uitsluitend aan de controle van de rechtbanken waren onderworpen.

Het past dit arrest te situeren in een ruimere context.

29. In bedoeld arrest is de Raad van State inderdaad uitgegaan van de vaststelling dat, zo de wet in bepaalde mogelijkheden van beroep tegen bepaalde beslissingen van de (toenmalige) tuchtraad voorzag, deze beroepsmogelijkheden steeds en *uitsluitend* openstonden bij de rechtscolleges van de rechterlijke orde. Volgens de Raad zou de wetgever, toen hij de Raad van State oprichtte, geen enkele wijziging hebben aangebracht in die regeling, en zou het toezicht op de handelingen van de tuchtraden m.a.w. nog steeds voorbehouden zijn aan de exclusieve controle van de hoven en rechtbanken. Dit gegeven maakte dat de Raad van State onbevoegd was om kennis te nemen van een beroep tegen een beslissing van de tuchtraad, op welk domein ook (R.v.St., 15 juni 1956, Chamart-Houssa, nr. 5.204, geciteerd; het arrest werd op dit punt bijgevalen door E. Reumont, *l.c.*). Aldus week de Raad af van het standpunt van het auditoraat, dat van oordeel was dat de Raad van State bevoegd was in de gevallen waarin de betrokkene geen mogelijkheid van beroep bij de hoven en rechtbanken had (zie verslag van auditeur-generaal E. Joachim en substituut-auditeur-generaal H. Vliebergh voor het genoemde arrest, *R.J.D.A.*, 1957, (58), 61; het standpunt van het auditoraat werd bijgevalen door A. Buttgenbach, *o.c.*, 65-66).

30. Het Gerechtelijk Wetboek bevat geen uitdrukkelijke bepaling die de bevoegdheid van de Raad van State uitsluit. Met name volgt die onbevoegdheid *niet* uit de bepaling van artikel 432, volgens hetwelk de raad van de Orde «zonder hoger beroep» («sans appel») beslist over de inschrijving op het tableau en voor de stage. Zoals hiervóór uiteengezet (zie nr. 21), heeft die bepaling slechts betrekking op het «*hoger beroep*» in de strikte zin van het woord, hetzij bij het hof van beroep, hetzij bij de rechtbank van eerste aanleg; op een *beroep tot vernietiging* heeft die bepaling, blijkens zijn tekst zelf, geen betrekking.

Aan de kwestie van de bevoegdheid van de Raad van State is daarentegen wel uitdrukkelijk aandacht besteed tijdens de parlementaire voorbereiding van het Gerechtelijk Wetboek.

In zijn verslag keurde de Koninklijke Commissaris voor de gerechtelijke hervorming het arrest van de Raad van State van 15 juni 1956 goed:

«... De werking van de (Nationale) Orde is, zoals trouwens die van de balies, *niet onderworpen aan de rechtspraak van de Raad van State*.

In een arrest van 15 juni 1956 verklaart de Raad van State (...) dat niets in de voorbereidende werkzaamheden van de wet op de Raad van State toelaat te geloven dat de wetgever enige wijziging overwogen had aan de inrichting die de activiteit van de tuchtraden *enkel aan het toezicht onderwierp van de gerechtelijke rechtsmacht*, zelfs wanneer de uitvoerende macht zich ervan onthouden had op te treden door de vordering van de procureur-generaal bij het hof van beroep.

Deze gepaste overwegingen zijn, in de geest en de letter van het ontwerp (van Gerechtelijk Wetboek), toepasselijk op de beslissingen van de raden van de orde, zowel als van de Nationale Raad der Orde, om het even of het gaat om beslissingen over de tucht of over de reglementen, want, al is er niets zo nadelig als de oprichting van een tweeledigheid voor de berechting van gerechtelijke en van bestuurlijke geschillen in de instelling van de balie, het zou ingaan tegen haar grondbeginselen en traditie als ze werd onderworpen aan een bestuurlijke controle. De balies zijn personen van openbaar recht, verbonden aan de rechterlijke macht. (...)

Het is in die zin, die ten andere strookt met het belang van de rechtvragende, dat de balie op onontbeerlijke en duurzame wijze bijdraagt tot de werking van de rechterlijke macht, zodanig dat men, als men het nodig acht de balies aan een zeker toezicht te onderwerpen, *dit toezicht steeds opdraagt aan de gewone rechtbanken en nooit aan een bestuurlijke overheid*» (Ch. Van Reepinghe, Verslag over de gerechtelijke hervorming, *Parl.St., Senaat*, 1963-64, nr. 60, p. 125; cursivering door ondergetekende).

Die conclusie werd bevestigd door de verenigde senaatscommissies. In verband met de bevoegdheid van het Hof van Cassatie om reglementen van de Nationale Orde te vernietigen, merkten de commissies op:

«... dat de bevoegdheid tot nietigverklaring niet verleend wordt aan de Raad van State, en dit om een dubbele reden:

1° men wil geen afbreuk doen aan de regel dat de organen van de orde der advocaten enkel aan het gerecht verbonden zijn;

2° de onafhankelijkheid van de advocaten sluit alle censuur vanwege de bestuurlijke orde uit» (Verslag De Baeck, *Parl.St., Senaat*, 1964-65, nr. 170, p. 82).

In het Gerechtelijk Wetboek wordt deze bedoeling o.m. uitgedrukt in *artikel 610* dat, zoals gezegd, bepaalt dat het Hof van Cassatie kennis neemt van vorderingen tot nietigverklaring wegens machtsoverschrijding van handelingen van tuchtrechtelijke overheden van de balie. Er zij aan herinnerd dat, krachtens *artikel 1088*, die vordering slechts kan worden ingesteld door de procureur-generaal bij het Hof van Cassatie, op voorschrift van de minister van Justitie.

31. Uit de parlementaire voorbereiding van het Gerechtelijk Wetboek heeft de Raad van State sindsdien afgeleid «dat de wetgever kennelijk de bedoeling heeft gehad om de handelingen van de tuchtoverheid van de balie, gelet op haar verbondenheid met de rechterlijke orde en op het streven naar vrijwaring van de onafhankelijkheid der advocaten, te onttrekken 'aan de censuur vanwege de administratieve orde'...» Om die reden bevestigde de Raad van State dat handelingen van de tuchtrechtelijke overheden van de balie «niet onder de vernietigingsbevoegdheid van de Raad van State vallen» (R.v.St., 22 maart 1984, Alloo en Matthys, nr. 24.163, *R.W.*, 1984-85, 1035; in dezelfde zin: R.v.St., 20 november 1981, Maerschalk, nr. 21.573, met advies en verslag eerste auditeur J. Coolen en noot A. Rasson-Roland, *A.P.T.*, 1982, 73).

De onbevoegdheid van de Raad van State om kennis te nemen van beroepen tot nietigverklaring van handelingen van de Orde van Advocaten, wordt ten slotte in kringen van de balie bijgevalen (rdpl., o.m., C. Cambier, *Droit judiciaire civil*, I, Brussel, 1974, 738; R. Libiez, «L'Ordre en question?», *J.T.*, 1977, (12), 13; P. Lambert, *Règles et usages de la profession d'avocat du barreau de Bruxelles*, Brussel, 1980, 110-115; zie eveneens, zij het met enige nuances, A. Rasson-Roland, «L'Ordre des avocats est-il une autorité administrative?», noot onder R.v.St., 20 november 1981, Maerschalk, nr. 25.173, *A.P.T.*, 1982, 78-92).

c. *Strijdigheid van de bevoegdheidsbeperkende wet met de internationale verdragen*

32. In zoverre het Gerechtelijk Wetboek, zoals dit a.h.v. de parlementaire voorbereiding uitgelegd moet worden, een beperking inhoudt van de principiële bevoegdheid van de Raad van State om kennis te nemen van annulatieberoepen

tegen handelingen van administratieve overheden, levert het te dezen een toestand op, die *strijdig* is met artikel 6, lid 1, van het Europees Verdrag over de rechten van de mens en wellicht ook met artikel 14, lid 1, van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (zie supra, nr. 22).

Er bestaat derhalve een conflict tussen een norm van internationaal recht en een norm van intern recht.

In dit verband staat vast, sinds het bekende arrest van het Hof van Cassatie van 27 mei 1971, dat de norm van het internationaal verdrag, althans voor zover die directe werking heeft in de interne rechtsorde, *voorrang* heeft boven de interne rechtsregel. Die voorrang volgt uit de aard zelf van het internationaal verdragsrecht, en brengt mee dat de rechter, die een zodanig conflict vaststelt, verplicht is de toepassing te weigeren van de bepaling van intern recht (Cass., 27 mei 1971, *Arr.Cass.*, 1971, 958 en, met conclusie procureur-generaal W.J. Ganshof van der Meersch, *Pas.*, 1971, I, 886; Cass., 14 januari 1976, met conclusie eerste advocaat-generaal F. Dumon, *Arr.Cass.*, 1976, 547; Cass., 26 september 1978, *Arr.Cass.*, 1978-79, 116; Cass., 4 april 1984, *Arr.Cass.*, 1983-84, 1029, en, met conclusie advocaat-generaal J. Velu, *Pas.*, 1984, I, 920; Cass., 16 april 1984, *Arr.Cass.*, 1983-84, 1093; Cass., 13 september 1984, *Pas.*, 1985, I, 65). De rechtspraak van de Raad van State is in dezelfde zin gevestigd (zie bv. R.v.St., 4 juni 1986, Belgische Staat/Botticchio, nr. 26.605, *J.L.M.B.*, 1987, 13; zie eveneens R.v.St., 26 september 1984, Vercammen, nr. 24.689, met noot Y. Vanden Bosch, *R.W.*, 1984-85, 1582).

Voorwaarde voor de voorrang van de verdragsbepaling is dat zij *directe werking* heeft in de interne rechtsorde. Zulks is het geval indien zij «voldoende nauwkeurig en volledig» is (zie Cass., 21 april 1983, *R.W.*, 1983-84, 2315 en, met noot M. Waelbroeck, *R.C.J.B.*, 1985, 22; Cass., 10 mei 1985, *Pas.*, 1985, I, 1122 en *R.W.*, 1985-86, 1848; Cass., 6 maart 1986, met noot P. Senaeve, *R.W.*, 1986-87, 236 en, met noot F. Bouckaert, *T.Not.*, 1986, 142). Daarentegen mist directe werking de bepaling die aan de staten verscheidene mogelijkheden laat om concreet aan het internationaal vereiste te voldoen: een zodanige bepaling kan niet gelden als bron van subjectieve rechten en verplichtingen voor particulieren (Cass., 10 mei 1985 en Cass., 6 maart 1986, geciteerd; zie eveneens R.v.St., 10 mei 1985, Coutelier, nr. 25.314, met strijdig advies auditeur J. Salmon, *Soc.R.Kron.*, 1986, 102).

De vraag is of artikel 6, lid 1, van het Europees Verdrag en artikel 14, lid 1, van het Internationaal Verdrag in dit opzicht directe werking hebben.

33. In principe bevatten de genoemde bepalingen normen die zo nauwkeurig en volledig zijn, dat zij zich tot rechtstreekse toepassing door de nationale rechter lenen. De rechtspraak bevat hiervan trouwens talloze voorbeelden (rdpl. J. Velu, *Les effets directs des instruments internationaux en matière de droits de l'homme*, Prolegomena, vol. 2, Brussel, 1981, p. 23, nr. 7, en de in voetnoot 79 geciteerde arresten).

In zoverre die bepalingen een recht van toegang tot een rechterlijke instantie garanderen, is de directe werking daarvan voor twijfel vatbaar. Reeds in 1965 merkte Vermeulen op dat bepalingen die, zoals artikel 6, lid 1, van het Europees Verdrag, een verplichting opleggen aan de rechters, zonder dat daardoor meteen duidelijk is welke rechter juist gebonden is, niet «zelfwerkend» zijn: de nationale wet zou immers de *bevoegde* rechter eerst moeten aanwijzen (P. Vermeulen,

«De invloed van de Europese Conventie tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden in de Belgische rechtsorde», *Jaarboek Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland*, Zwolle-Antwerpen, 1965-66, (17), p. 27, nr. 16). Die opvatting wordt gedeeld door Velu: «(E)n tant que ces normes (art. 5, par. 4, et art. 6, par. 1) prévoient, dans les cas qu'elles précisent, un recours devant un tribunal, elles ne sont pas suffisantes, à notre sens, pour déterminer de manière immédiate la compétence de tel ou tel tribunal» (J. Velu, *o.c.*, p. 25, nr. 7; in dezelfde zin: W.J. Ganshof van der Meersch, *Organisations européennes*, I, Brussel-Parijs, 1966, 356).

De rechtspraak van de Raad van State m.b.t. *artikel 13* van het Europees Verdrag sluit bij die opvatting aan. Volgens de genoemde bepaling heeft een ieder die meent het slachtoffer te zijn van een schending van zijn grondrechten, recht op rechtsherstel door een «nationale instantie». De Raad is van oordeel «dat de eventuele ontstentenis van een daadwerkelijke rechtshulp voor een nationale instantie (...) niet veroorlooft de bevoegdheid van de Raad van State uit te breiden buiten de bepalingen van openbare orde welke die bevoegdheid hebben vastgesteld» (R.v.St., 21 april 1967, *Retourné*, nr. 12.341; R.v.St., 2 april 1976, *Leroy*, nr. 17.555, e.a.; R.v.St., 17 november 1982, *Dalfino*, nr. 22.657; vgl., in dezelfde zin, i.v.m. art. 13 van het Europees Verdrag: H.R., 24 februari 1960, met noot B.V.A. Röling, *N.J.*, 1960, nr. 483; i.v.m. de artt. 6 en 13 van het Europees Verdrag: H.R., 14 april 1981, met conclusie advocaat-generaal Rummelink en noot Th. W. van Veen, *N.J.*, 1981, nr. 401; H.R., 18 februari 1986, met conclusie advocaat-generaal Rummelink, *N.J.*, 1987, nr. 62; R.v.St., afd. Rspr., 26 juli 1983, *A.B.*, 1984, nr. 20).

De bedoelde opvatting dient evenwel genuanceerd te worden. Terecht heeft Alkema erop gewezen dat de «rechterlijke terughoudendheid t.a.v. de eigen rechtsmacht (...) aanvaardbaar (is) wanneer honorering van een (beroep op het Europees Verdrag) de geijkte rechterlijke arbeidsverdeling zou verstoren». Volgens Alkema is die terughoudendheid daarentegen minder op haar plaats, indien «de justitiabele géén toegang tot de rechter heeft» en zich dan wendt, hetzij tot de «restrechter» (de civiele rechter), hetzij tot de *rechter die «in beginsel wel bevoegd is»*, doch wiens adiëring afhankelijk is gemaakt van een *beperkende* voorwaarde. (Wat die laatste hypothese betreft, verwijst Alkema naar de afdeling Rechtspraak van de Nederlandse Raad van State, die in beginsel bevoegd is in bepaalde vreemdelingenzaken, maar waarvoor een vreemdeling dan slechts een ontvankelijk beroep kan instellen indien hij sedert een jaar hoofdverblijf heeft in Nederland). Alkema concludeert: «Als mensenrechten op het spel staan behoort een zodanig beletsel opgeheven te worden door de *overigens bevoegde* rechter» (E.A. Alkema, *Toepassing van de Europese Conventie voor de rechten van de mens in Nederland*, Preadvies Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, Zwolle, 1985, 34-35; cursivering door ondergetekende).

Die nuancering leidt aldus tot een onderscheid tussen twee mogelijke hypothesen.

In zoverre artikel 6, lid 1, een louter *positieve* verplichting aan de staten oplegt, mist het directe werking. Dit betekent o.m. dat die bepaling *niet* kan worden ingeroepen voor een rechter die m.b.t. de litigieuze zaak *in geen enkel opzicht* bevoegd is, om diens bevoegdheid of rechtsmacht uit te brei-

den. (Die regel mag *niet* doorgetrokken worden tot de «uitbreiding» van de rechtsmacht van een rechter die in de betrokken aangelegenheid over een *exclusieve* bevoegdheid beschikt; zie aldus, i.v.m. de rechtsmacht van de krijgsraad krachtens artikel 5, lid 4, van het Europees Verdrag: *Mil. Ger.*, 22 augustus 1974, *J.T.*, 1974, 611; *Cass.*, 18 december 1985, *R.D.P.*, 1986, 432).

In zoverre artikel 6, lid 1, ook een *negatieve* verplichting inhoudt, kan het daarentegen wel directe werking hebben. Dit is met name het geval wanneer de staat krachtens het verdrag verplicht is voor een bepaald geschil een rechterlijke instantie ter beschikking te stellen, én de nationale wet daarvoor een *in beginsel* bevoegde rechter aanduidt: in een dergelijk geval *verzet* artikel 6, lid 1, zich ertegen dat de wet die bevoegdheid voor het bedoelde geschil *uitsluit* (of aan onredelijke voorwaarden onderwerpt). In dergelijke gevallen kan een partij artikel 6, lid 1, derhalve inroepen voor die in beginsel bevoegde rechter, om te verkrijgen dat die rechter de wettelijke *beperking* van zijn bevoegdheid of rechtsmacht buiten toepassing verklaart (rdpl. Arr. rb. 's-Gravenhage, 10 augustus 1984, *N.J.*, 1986, nr. 451).

34. Een geval dat vergelijkbaar is met de hiervoor genoemde tweede hypothese heeft zich in de rechtspraak van de Raad van State voorgedaan, meer bepaald i.v.m. het beroep tegen een beslissing waarbij iemand als landloper werd beschouwd en om die reden ter beschikking van de regering werd gesteld (cf. J. De Meyer, *Toepassing van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens in België*, Preadvies Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, Zwolle, 1985, p. 7, nr. 5).

Juist zoals de verzoeker in het onderhavige geval, heeft een landloper krachtens het Europees Verdrag een recht van toegang tot een rechter; in het geval van de landloper betreft het een rechter die over de wettigheid van de vrijheidsberoving moet kunnen oordelen. Dit recht vloeit voort, wat de landlopers betreft, uit artikel 5, lid 4, van het verdrag.

Welnu, in verschillende arresten had het Hof van Cassatie beslist dat tegen de beslissing van de politierechter waarbij een landloper ter beschikking van de regering werd gesteld, geen enkel rechtsmiddel bij de rechterlijke macht openstond. De Raad van State heeft daarop die *leemte opgevuld*, en zich bevoegd verklaard om van een beroep tegen de bedoelde beslissing kennis te nemen, ook al was zij afkomstig van een magistraat van de rechterlijke orde. Volgens de Raad moest de politierechter in landloperszaken geacht worden op te treden als een medewerker, niet van de rechterlijke macht, maar van de uitvoerende macht (R.v.St., 7 juni 1967, du Bois, nr. 12.443, met verslag auditeur W. Van Assche, *R.W.*, 1967-68, 247; het beroep tegen de beslissingen van de politierechter is nadien bij wet geregeld; bevoegdheid ter zake werd aan de correctionele rechtbank toegekend).

Hoewel de Raad in de bedoelde zaak niet zo ver ging dat hij een wettelijke beperking buiten toepassing liet, is het effect van zijn beslissing daarmee te vergelijken. Om zich bevoegd te verklaren, diende de Raad immers vast te stellen dat de politierechter een «administratieve overheid» was, waarmee een *buitengewoon* ruime interpretatie aan dat begrip werd gegeven. Ongetwijfeld is die beslissing van de Raad mede geïnspireerd geweest door de dreigende veroordeling van de Belgische Staat te Straatsburg, precies wegens het ontbreken van enig beroep tegen de beslissing van de

politierechter (zie W. Van Assche, geciteerd verslag, 252, voetnoot 7). Het besproken arrest heeft overigens niet belet dat het Europees Hof een schending van artikel 5, lid 4, van het Europees Verdrag zou vaststellen, op grond o.m. dat de ontvankelijkheid van een beroep bij de Raad van State op het ogenblik van het indienen van de klacht bij de Europese Commissie algemeen ontkend werd (E.H.R.M., 18 juni 1971, De Wilde, Ooms en Versyp, *Publ. Cour*, reeks A, vol. 12, p. 43, § 79, in fine).

35. Thans kan teruggekeerd worden tot de bevoegdheidskwestie t.a.v. beroepen tegen beslissingen van de raad van de Orde van advocaten.

Zoals hiervoor is uiteengezet, is de Raad van State *in beginsel* bevoegd voor alle beroepen tegen constitutieve handelingen van administratieve overheden (zie, o.m. R.v.St., 30 september 1986, Motte, nr. 26.941, overweging 1.1.1, *R.W.*, 1986-87, 1004). Dit geldt dus o.m. voor beslissingen van de raad van de Orde. De ontvankelijkheidsvereisten voor het optreden van het Hof van Cassatie in die materie zijn zo beperkend dat het Hof *niet* als het «principeel» bevoegde orgaan kan worden beschouwd; veeleer moet aangenomen worden dat het Hof ter zake over een zeer *uitzonderlijke* bevoegdheid beschikt.

Op zichzelf volstaat die bevoegdheid van het Hof nog niet om de Raad van State onbevoegd te maken. Er zijn immers nog gevallen waarin *een zelfde* overheidshandeling door een bepaalde categorie van personen voor de Raad van State kan worden bestreden, terwijl een andere categorie van personen zich daarvoor, via een bijzondere procedure, tot de gewone rechter moet wenden (zulks is bijvoorbeeld het geval t.a.v. besluiten waarbij de overheid gemachtigd wordt tot *onteigening* over te gaan). Het enkele feit dat de procureur-generaal bij het Hof van Cassatie een vordering kan instellen bij het Hof, sluit dus nog niet uit dat de betrokkene zelf een beroep zou kunnen instellen bij de Raad.

Die uitsluiting volgt te dezen wél uit de bedoeling van de wetgever, zoals die bij de voorbereiding van het Gerechtelijk Wetboek duidelijk tot uitdrukking is gebracht. Aldus heeft de wetgever een *beperking* gebracht aan de *princiële* bevoegdheid ter zake van de Raad van State.

Die beperking doet zich in de gegeven omstandigheden voor als een nationale maatregel die strijdig is met een internationaalrechtelijk *verbod*, namelijk het verbod om de bevoegdheid van de rechter uit te sluiten (of onredelijk te beperken). Derhalve kan, in de gegeven context, aan de norm van internationaal recht *directe werking* worden toegekend, hetgeen met zich brengt dat de door de wetgever gewilde beperking *buiten toepassing* moet blijven (vgl., voor een ander geval waar de Raad van State een *wettelijke beperking* wegens strijdigheid met het Europees Verdrag buiten toepassing heeft gelaten, en in de plaats daarvan het *beginsel* heeft toegepast, waarvan de wet afweek: R.v.St., 4 juni 1986, Belgische Staat/Botticchio, nr. 26.605, *J.L.M.B.*, 1987, 13).

d. Conclusie i.v.m. de bevoegdheid

36. Gelet op al het voorgaande, moet dan ook geconcludeerd worden dat de Raad van State, in afwijking van zijn vaste rechtspraak, *bevoegd* is om van het voorliggend beroep kennis te nemen.

...

Advies van auditeur P. Lemmens ⁶

...

III. Bevoegdheid van de Raad van State

6. Centraal in deze zaak staat de vraag of uw Raad bevoegd is om van het onderhavige beroep kennis te nemen.

Volgens uw vaste rechtspraak is dit niet het geval. Er zijn echter een aantal ontwikkelingen op het internationaal vlak, die misschien tot een herziening van die rechtspraak aanzetten. Ik zal trachten beknopt de huidige stand van de wetgeving en de rechtspraak in herinnering te brengen, daarna in het kort het bestaande systeem van rechtsbescherming te toetsen aan de internationale verdragen, om ten slotte na te gaan of er reden is om op uw rechtspraak terug te komen.

A. Huidige stand van de wetgeving en de (nationale) rechtspraak

1) Grondwettelijke bevoegdheidsregels

7. Artikel 92 van de Grondwet bepaalt dat geschillen over «burgerlijke rechten» behoren tot de exclusieve bevoegdheid van de hoven en rechtbanken. Artikel 93 bepaalt dat geschillen over «politieke rechten» behoren tot de bevoegdheid van de hoven en rechtbanken, voor zover de wet in geen afwijkende regeling voorziet.

Beide bepalingen vormen samen een sluitend systeem voor de beslechting van geschillen over *subjectieve rechten*, d.i. rechten die rechtstreeks uit de wet voortvloeien en waartoe de overheid geen discretionaire appreciatiebevoegdheid heeft (rdpl. R.v.St., 25 februari 1987, Richards, nr. 27.575; R.v.St., 10 maart 1987, Goossens, nr. 27.629).

Het onderhavige geschil heeft echter geen subjectieve «rechten», in de zin van de artikelen 92 en 93 van de Grondwet, tot voorwerp. De raad van de Orde beschikt immers over een discretionaire bevoegdheid, en geen rechter zou zijn beoordeling in de plaats van die van de raad kunnen stellen.

De conclusie is dan ook dat de artikelen 92 en 93 vreemd zijn aan het onderhavige geschil. Uit die bepalingen kan dus zeker geen bevoegdheidsbeperking worden afgeleid.

2) Wettelijke bevoegdheidsregels

8. De regeling i.v.m. de aanwending van een rechtsmiddel tegen een beslissing van een orgaan van de Orde van Advocaten wordt teruggevonden in het Gerechtelijk Wetboek.

Artikel 610 van het Gerechtelijk Wetboek bepaalt dat het *Hof van Cassatie* kennis neemt van vorderingen tot nietigverklaring van de handelingen waardoor o.m. tuchtrechtelijke overheden van de balie hun bevoegdheid mochten hebben overschreden. Aldus wordt bij het Hof van Cassatie een annulatieberoep wegens machtsoverschrijding mogelijk gemaakt.

Dit beroep staat echter niet open voor de persoon die door de betrokken handeling in zijn belangen is geschaad. Artikel 1088 bepaalt immers dat het beroep tot nietigverklaring door de procureur-generaal in het Hof van Cassatie

⁶ Het advies werd uitgebracht op de terechtzitting van 12 oktober 1987.

wordt aangebracht bij het Hof, op voorschrift van de minister van Justitie. Het is m.a.w. *enkel* de procureur-generaal in het Hof, en dan nog slechts op voorschrift van de minister van Justitie, die ter zake over een vorderingsrecht beschikt.

9. Geen enkele wet bepaalt uitdrukkelijk dat de *Raad van State* onbevoegd zou zijn om van een annulatieberoep tegen een handeling van de balie kennis te nemen.

Nochtans kan er moeilijk aan getwijfeld worden dat het wel degelijk de bedoeling van de wetgever was om uw Raad *geen enkele bevoegdheid* ter zake te verlenen. Zulks blijkt uit de parlementaire voorbereiding van het Gerechtelijk Wetboek, tijdens welke met volledige instemming verwezen werd naar uw arrest van 15 juni 1956 inzake Chamart-Houssa, nr. 5.204, waarbij uw Raad zich onbevoegd verklaarde om kennis te nemen van een beroep tegen een beslissing van de toenmalige «tuchtraad» van een Orde van Advocaten.

Die impliciete opvatting van de wetgever is sindsdien jurisprudentieel bevestigd. Bij uw arresten van 20 november 1981 inzake Maerschalk, nr. 21.573, en van 22 maart 1984 inzake Alloo en Matthys, nr. 24.163, heeft uw Raad inderdaad gesteund op de genoemde parlementaire voorbereiding om zich, zoals in 1956, onbevoegd te verklaren.

B. Toetsing van het bestaande systeem van rechtsbescherming aan de internationale verdragen over de rechten van de mens

10. In mijn verslag heb ik een poging ondernomen om na te gaan of het aan uw beoordeling voorgelegde geschil onder toepassing valt van de artikelen 6, lid 1, van het Europees Verdrag over de rechten van de mens en 14, lid 1, van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten.

Daarbij heb ik verwezen naar een analoge zaak die thans aanhangig is bij het Europees Hof voor de Rechten van de Mens. In de bedoelde zaak, H./België, zal het Hof vermoedelijk einde november uitspraak doen. Uit het advies van de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens, alsmede uit de rechtspraak van het Hof in gelijksoortige zaken, blijkt dat er elementen voorhanden zijn die de conclusie kunnen wettigen dat een geschil m.b.t. een verzoek tot inschrijving op de lijst van advocaten-stagiairs onder toepassing van artikel 6, lid 1, van het Europees Verdrag valt.

Om geen misbruik te maken van de aandacht van uw Raad, veroorloof ik mij op dit punt eenvoudig te verwijzen naar mijn verslag.

11. Indien, onder voorbehoud van een andersluidende beslissing van het Europees Hof, aangenomen moet worden dat het onderhavige geschil onder toepassing van de genoemde verdragsbepalingen valt, dan brengt zulks mee – ten minste wat het Europees Verdrag betreft – dat de verzoeker recht heeft op een *jurisdictionele* beslechting van het geschil, door een rechter die beschikt over een «volle rechtsmacht», in de zin die het Europees Hof aan die term geeft.

a) De tussenkomenende partij voert aan dat de *raad van de Orde van Advocaten* zelf beschouwd kan worden als het in de verdragen bedoelde rechtscollege. Zij beroept zich hierop op een arrest van het Hof van Cassatie van 12 februari 1987, waarbij het Hof overweegt dat de raad van de Orde, zitting houdend in tuchtzaken, een rechterlijke instantie is, waarop de procedureregels van het Gerechtelijk Wetboek van toepassing zijn (Cass., 12 februari 1987, *J.T.*, 1987, 207).

Het feit dat de raad van de Orde in *tuchtzaken* een rechterlijke instantie is, betekent echter niet dat die raad ook in zuiver *bestuurlijke* zaken dezelfde hoedanigheid heeft. Er zijn trouwens nog andere instanties, zoals de bestendige deputatie, die nu eens optreden als jurisdictionele instantie, dan weer als bestuurlijk orgaan⁷.

Te dezen blijkt uit de aard van het optreden van de raad van de Orde en uit de ter zake toepasselijke procedureregels dat de raad *geen* rechterlijke instantie is. Het aangehaalde arrest van het Hof van Cassatie doet aan die vaststelling geen afbreuk.

b) Naar heersend recht bestaat het enige jurisdictioneel beroep in het *annulatieberoep bij het Hof van Cassatie*. Omdat dit beroep niet openstaat voor de belanghebbenden, kan dit echter niet volstaan om te voldoen aan het vereiste van artikel 6, lid 1, van het Europees Verdrag.

c) Ik zie mij dan ook verplicht, alweer onder voorbehoud van een andersluidende beslissing van het Europees Hof, te concluderen dat ons rechtssysteem doet blijken van een *leemte* in de rechtsbescherming, welke *strijdig* is met de verbintenissen die de Belgische Staat op internationaal vlak op zich genomen heeft (zie ook P. Lambert, *La Convention européenne des droits de l'homme dans la jurisprudence belge*, Brussel, 1987, 66).

Dit brengt mij tot het meest delicate aspect van deze zaak: indien de bedoelde leemte strijdig is met de internationale verdragen, komt het dan aan uw Raad toe om deze op te vullen?

C. Middelen ter voorkoming of ter oplossing van de strijdigheid met de internationale verdragen

1) Behoud van het status quo?

12. Een eerste houding tegenover de vastgestelde leemte zou erin kunnen bestaan dat geoordeeld wordt dat het uitsluitend aan de *wetgever* toekomt om de schending van het verdrag ongedaan te maken en dat, zolang de wet niet in de instelling van een rechtsmiddel voor de belanghebbende heeft voorzien, de bestaande toestand onverkort gehandhaafd moet worden.

Die houding impliceert dat de rechter meewerkt aan het instandhouden van een verdragsschending en aldus bij elke gelegenheid de internationale aansprakelijkheid van de staat opnieuw in het gedrang brengt (vgl. J.J.A. Salmon, «La Cour de cassation et la responsabilité internationale de la Belgique», noot onder Cass., 21 januari 1982, *J.T.*, 1982, (446), 447). Het lijkt mij evident dat zulk een houding slechts verantwoord is indien het werkelijk niet anders kan, indien m.a.w. de geschonden verdragsbepalingen geen rechtstreekse werking hebben, op grond waarvan het herstel van de wetigheid langs jurisprudentiële weg verzekerd kan worden.

Met zulk een situatie had het Hof van Cassatie te maken, toen het onlangs moest oordelen over een op artikel 6, lid 1, van het Europees Verdrag steunend verzoek tot onttrekking van een zaak aan de Franstalige Raad van Beroep van de Orde van Geneesheren. Het Hof overwoog dat artikel 6,

⁷ In een recent arrest herinnert het Hof van Cassatie eraan dat zelfs een rechter van de rechterlijke orde, in casu een politierechter, soms geroepen is om een louter bestuurlijke beslissing te nemen (zie Cass., 28 januari 1987, met noot J. Sace, *R.D.P.*, 1987, 677).

lid 1, de staten er weliswaar toe dwingt hun rechtsstelsel aan de vereisten van die bepaling aan te passen, maar dat zulks het Hof geen bevoegdheid geeft om de wet te wijzigen. Met name overwoog het Hof dat het niet bevoegd was om de wetbepalingen te wijzigen waarbij één enkele Franstalige raad van beroep werd opgericht. Bij gebreke van een raad van beroep waarnaar de zaak verwezen zou kunnen worden, werd het verzoek tot onttrekking van de zaak onontvankelijk verklaard (Cass., 21 mei 1987, Debled, nr. 7836, voorlopig onuitg.).

In de onderhavige zaak is het niet nodig om de wet te «wijzigen», maar is het voldoende een *beperking* aan de normale bevoegdheid van een rechter, krachtens de voorrang van de internationale verdragsnorm op de interne rechtsnorm, buiten toepassing te verklaren.

Ik zie dus geen reden om uw Raad tot een handhaving van zijn rechtspraak aan te zetten op de enkele grond dat hij anders op het terrein van de wetgever zou komen.

2) Bevoegdheid van de rechterlijke orde ?

13. De zopas genoemde niet-toepassing van een met de verdragen strijdige beperking kan te dezen bereikt worden, hetzij door het openstellen van de vordering tot vernietiging door de belanghebbende bij het Hof van Cassatie, hetzij door het openstellen van zulk een vordering bij uw Raad.

Door de Orde van Advocaten bij de balie te Antwerpen wordt een derde mogelijkheid gesuggereerd. Volgens die partij zou, indien een rechter zich bevoegd moet verklaren, dit slechts de *rechtbank van eerste aanleg* kunnen zijn. De Orde verwijst in dit verband naar de «volheid van bevoegdheid» van de rechtbank.

Deze stelling kan om twee redenen niet aangenomen worden. In de eerste plaats betreft artikel 568 van het Gerechtelijk Wetboek, waarin de (voorwaardelijke) «volheid van bevoegdheid» erkend wordt, slechts het contentieux van de subjectieve rechten, niet het objectief contentieux. Bovendien bepaalt artikel 568 dat de «volheid van bevoegdheid» niet geldt m.b.t. de vorderingen «welke rechtstreeks voor (...) het Hof van Cassatie komen.» Binnen de rechterlijke orde komt de bevoegdheid dus uitsluitend toe aan het Hof van Cassatie.

14. De Nationale Orde van Advocaten voert aan dat, indien de leemte in de Belgische wetgeving aangevuld zou moeten worden, zulks slechts zou kunnen gebeuren door een verruiming van de onontvankelijkheidsvoorwaarden van het beroep bij het *Hof van Cassatie*. Meteen zou dit inhouden dat uw Raad de grenzen van zijn bevoegdheid niet zou mogen verruimen.

Het buiten toepassing verklaren van de beperking vervat in artikel 1088 van het Gerechtelijk Wetboek, waardoor elke belanghebbende een beroep bij het Hof van Cassatie zou kunnen instellen, zou misschien leiden tot een stelsel dat de toets met artikel 6, lid 1, van het Europees Verdrag kan doorstaan ⁸.

⁸ Als *cassatierechter* beschikt het Hof van Cassatie niet over de nodige rechtsmacht om te kunnen worden beschouwd als een rechterlijke instantie met «volle rechtsmacht», in de zin die het Europees Hof voor de Rechten van de Mens aan die term geeft (E.H.R.M., 23 juni 1981, Le Compte, Van Leuven en De Meyere, Publ. Cour, reeks A, vol. 43, p. 23, § 51, b ; E.H.R.M., 10 februari

Tot nu toe heeft het Hof nochtans geen arrest gewezen, waaruit blijkt dat het een beroep, ingesteld door een andere persoon dan de procureur-generaal, ontvankelijk acht.

Uiteraard komt het niet aan uw Raad toe om vooruit te lopen op zulk een beslissing van het Hof. Het lijkt mij m.a.w. uitgesloten dat uw Raad, in de huidige stand van de rechtspraak, ervan zou mogen uitgaan dat een belanghebbende thans een beroep kan instellen bij het Hof van Cassatie.

Bij gebreke van een beslissing desaangaande van het Hof van Cassatie, moet uw Raad dan ook rekening houden met de beperking die uit artikel 1088 van het Gerechtelijk Wetboek voortvloeit.

3) Bevoegdheid van de Raad van State ?

15. Het voorgaande impliceert echter niet dat het uw Raad verboden zou zijn om te oordelen dat de beperking aan zijn eigen bevoegdheid niet langer gehandhaafd kan worden.

Uit uw rechtspraak blijkt integendeel dat uw Raad onder bepaalde voorwaarden van oordeel is de leemte te moeten opvullen die ontstaat doordat tegen een bepaalde overheids-handeling weliswaar een beroep bij de rechter van de rechterlijke orde openstaat, dat *echter slechts door welbepaalde categorieën van eisers of verzoekers* kan worden ingesteld. Indien aan die voorwaarden voldaan is, verklaart uw Raad zich t.a.v. *andere* belanghebbenden bevoegd, op grond van zijn principiële bevoegdheid om kennis te nemen van beroepen die, zoals de onderhavige, gericht zijn tegen handelingen van administratieve overheden.

In uw arrest van 22 mei 1980 inzake de stad Hoei, nr. 20.348, dat een beroep betrof tegen een beslissing waarbij een kadastraal inkomen werd vastgesteld, heeft uw Raad de beginselen ter zake samengevat. Volgens dat arrest moet het annulatieberoep bij de Raad van State slechts dan «wijken» voor een justitieel beroep, als dit laatste beroep voor de verzoeker zelf openstaat, of nog, in de gevallen waar het justitieel beroep *slechts* openstaat *voor de overheid of andere personen dan de verzoeker*, indien «het instellen van (het) nietigverklaringsberoep bij de Raad van State door een verzoeker die niet over een justitieel beroep beschikt, *storend* zou werken voor de toepassing van de bepalingen die het laatstgenoemde beroep organiseren of zelfs, ruimer nog, voor de toepassing van de bepalingen die de bedoelde materie beheersen» (cursivering door de ondergetekende).

Een toepassing in zaken die, zoals de onderhavige, betrekking hadden op handelingen van de raad van een beroeps-orde — met name de *provinciale raad van de Orde der Geneesheren* — had uw Raad reeds gemaakt in zijn arresten van 20 oktober 1971, inzake p.v.b.a. Medisch Centrum, nr. 14.954, en C.O.O. Borgerhout, nr. 14.955. In beide arresten zette uw Raad omstandig uiteen waarom het beroep bij de toenmalige «gemengde raad van beroep» en het daarop vol-

1983, Albert en Le Compte, o.c., vol. 58, p. 19, § 36). Of dit anders is in de gevallen waarin het Hof optreedt als *annulatierechter*, is voorsnóg niet duidelijk. Daarover kan twijfel bestaan, nu er aanwijzingen zijn dat de in artikel 610 van het Gerechtelijk Wetboek bedoelde machtsoverschrijding eerder *eng* moet worden geïnterpreteerd (rdpl. R. HAYOIT DE TERMICOURT, *Les pourvois dans l'intérêt de la loi et les dénonciations sur ordre du Ministre de la justice*, Brussel, 1964, pp. 27-36, nrs. 16-19 ; C. CAMBIER, *Droit judiciaire civil*, II, Brussel, 1981, 744-745 ; Cass., 26 april 1974, *Arr. Cass.*, 1974, 937).

gend cassatieberoep bij het Hof van Cassatie een «bijzondere procedure» uitmaakten, «die als zodanig de algemeen geldende rechtsgang van het annulatieberoep (bij de Raad van State) verdringt». Ook al konden *derden* geen gebruik maken van de beroepsmogelijkheid bij de gemengde raad van beroep, toch konden zij «de algemene rechtsgang van het annulatieberoep zelfs niet als suppletief rechtsmiddel (aanwenden) om de leemten te vullen die het bijzonder systeem met betrekking tot de rechtsbescherming blijkt te vertonen, in zover het geen rechtsmiddelen geeft aan derden». De onmogelijkheid voor die derden om zich tot uw Raad te wenden bleek hieruit «dat het bijzonder, door de wetgever ingestelde beroepssysteem door de weerslag van een annulatiearrest zou worden gedesorganiseerd». Die desorganisatie (of «storing», volgens uw arrest van 22 mei 1980) bestond erin, ten eerste, dat uw Raad zich zou uitspreken over een materie die door de wetgever aan het Hof van Cassatie was toevertrouwd, en ten tweede «en vooral», dat het ingrijpen van uw Raad tot gevolg zou hebben dat de betrokken geneesheer beroofd zou worden van de hem wettelijk toegekende mogelijkheid om zijn zaak door de gemengde raad van beroep en het Hof van Cassatie te laten beslechten (zie over dit arrest ook de kritische bespreking in *Nov., Dr. adm.*, VI, «Le Conseil d'Etat», Brussel, 1975, nrs. 795-796).

Een «storing» in de bijzondere, van de algemene beroepsgang bij uw raad afwijkende beroepsgang, acht uw Raad daarentegen *niet* aanwezig inzake *onteigeningen*. Volgens een vaste rechtspraak is uw Raad bevoegd om kennis te nemen van een beroep tot vernietiging van een besluit waarbij machtiging tot onteigening wordt verleend, «tenzij de verzoeker voor de justitiële gerechten beschikt over een vordering van algemene of bijzondere aard die hetzelfde werkelijke onderwerp heeft als zijn verzoekschrift voor de Raad van State». Uw Raad acht zich derhalve bevoegd om kennis te nemen van annulatieberoepen ingesteld door *derden* die geen vorderingsrecht hebben bij de vrederechter of bij een andere rechtbank van de rechterlijke orde (zie o.m. R.v.St., 21 juni 1968, p.v.b.a. Telecoo, nr. 13.032, met advies subst.-aud.-gen. J. Hoeffler, *Mouv. Comm.*, 1969, 49; R.v.St., 11 december 1973, Liebin en Baudry, nr. 16.159; R.v.St., 13 juni 1974, Stinglhamer, nr. 16.470; R.v.St., 17 februari 1981, Tobbach, nr. 20.958; R.v.St., 27 april 1982, Peirlinck, nr. 22.210).

16. De rechtspraak volgens welke uw Raad zich onbevoegd verklaart om kennis te nemen van beroepen tegen handelingen van de tuchtoverheden van de *balie*, steunt niet op het «storend» karakter van een annulatieberoep bij uw Raad, maar op de door de wetgever gewilde uitsluiting van uw bevoegdheid (zie de reeds geciteerde arresten van 15 juni 1956, Chamart-Houssa, nr. 5204, 20 november 1981, Maerschalk, nr. 21.573, en 22 maart 1984, Alloo en Matthys, nr. 24.163).

Uw Raad lijkt evenmin te steunen op de door het annulatieberoep veroorzaakte «storing», doch enkel op de bedoeling van de wetgever, waar hij zich onbevoegd verklaart om kennis te nemen van beroepen tegen handelingen van de raad van de arrondissementskamer van *gerechtshouders*, welke ook onder de toepassing van de artikelen 610 en 1088 van het Gerechtelijk Wetboek vallen (R.v.St., 2 april

1976, Leroy, nr. 17.555, Keyaerts, nr. 17.556, Moreels, nr. 17.557, en Claes, nr. 17.558) ⁹.

Indien, zoals in de onderhavige zaak, de door de wetgever gewilde uitsluiting van de bevoegdheid van uw Raad leidt tot een toestand die strijdig is met een internationaal verdrag, kan dit motief niet meer doorslaggevend zijn. Ik meen dan ook dat uw Raad de kwestie van zijn bevoegdheid thans moet beoordelen in het licht van het al dan niet «storend» gevolg van zijn optreden.

In de in artikel 610 van het Gerechtelijk Wetboek bedoelde gevallen lijkt die «storing» mij niet aanwezig.

Weliswaar treedt uw Raad, indien hij zich bevoegd verklaart, op hetzelfde terrein als het Hof van Cassatie en zijn strijdige beslissingen denkbaar. Maar die toestand, hoe onaantrekkelijk ook, is inherent aan elk systeem waarbij de rechtsmacht is verdeeld over rechtscolleges die tot verschillende ordes behoren ¹⁰. Belangrijker is de vaststelling dat het aanbrengen tot vernietiging bij het Hof van Cassatie een werkelijk «uitzonderlijk» rechtsmiddel is (Cass., 12 juni 1975, met noten R. Delange, *Arr. Cass.*, 1975, 1084). In zoverre dit beroep strekt tot vernietiging van handelingen van rechters, d.i. van vonnissen en arresten, bestaat het bovendien *naast* de rechtsmiddelen die de *partijen* kunnen aanwenden: het kan o.m. ingesteld worden indien een partij zelf reeds een rechtsmiddel heeft aangewend ¹¹ of indien de termijn voor de partijen om enig rechtsmiddel aan te wenden, reeds verstreken is ¹². Het beroep tot vernietiging heeft hier m.a.w. een *aanvullende* functie. In zoverre het beroep strekt tot vernietiging van handelingen van tuchtoverheden van de balie, zou het aanvullend karakter perfect tot zijn recht komen in een systeem waarbij uw Raad de *principiële* bevoegdheid heeft t.a.v. beroepen ingesteld door particulieren en het Hof een *uitzonderlijke* bevoegdheid in de gevallen waar de minister van Justitie het nodig acht een beroep in te stel-

⁹ Ik laat hier buiten beschouwing de arresten waarbij uw Raad zich onbevoegd verklaart om kennis te nemen van beroepen tegen beslissingen genomen door magistraten van het *openbaar ministerie*, ook al wordt daarbij soms verwezen naar de artikelen 610 en 1088 van het Gerechtelijk Wetboek (zie R.v.St., 29 maart 1974, Collard, nr. 16.336; R.v.St., 13 september 1974, Grégoire, nr. 16.620; R.v.St., 24 oktober 1980, Mille, nr. 20.671, en Croquet en Dessy, nr. 20.672; R.v.St., 21 december 1984, Carpentier, nr. 24.947). De bedoelde handelingen zijn immers niet afkomstig van een «administratieve overheid», zodat zij niet onder de algemene annulatiebevoegdheid van de Raad van State vallen.

¹⁰ Men denke aan de uiteenlopende beslissingen van het Hof van Cassatie en van de Raad van State i.v.m. het vroegere reglement van beroepsplichten van architecten en i.v.m. de gemeentereglementen op de «jack-pots» (zie ook, i.v.m. de werkloosheidsreglementering en het gelijkheidsbeginsel, M. Th. Cuveliez, «La Cour de cassation et le Conseil d'Etat raisonnent-ils différemment?», *J.T.*, 1984, 453-457).

¹¹ Heeft het door de belanghebbende aangewend rechtsmiddel tot de vernietiging van de bestreden handeling geleid, dan heeft het beroep van de procureur-generaal geen voorwerp meer (R. HAYOIT DE TERMICOURT, *o.c.*, p. 25, nr. 14).

¹² R. HAYOIT DE TERMICOURT, *l.c.*; C. CAMBIER, *o.c.*, 746. I.v.m. het aanbrengen tot vernietiging van een beslissing waartegen een voorziening in cassatie mogelijk is, bepaalt artikel 1088 van het Gerechtelijk Wetboek uitdrukkelijk dat de procureur-generaal de handeling nog mag aangeven, «zelfs wanneer de wettelijke termijn voor de voorziening in cassatie verstreken is en geen enkele partij in voorziening is gekomen».

len. Veeleer dan een «storing» in de werking van het annulatieberoep bij het Hof te veroorzaken, zou door de bevoegdheid van uw Raad aan dat beroep zijn oorspronkelijke draagwijdte worden teruggegeven, welke de wetgever in 1967 uit het oog verloren lijkt te hebben, toen hij dat uitzonderlijk beroep tegen handelingen van bepaalde tucht-rechtelijke overheden openstelde, zonder terzelfder tijd in een principiële bevoegdheid van enige rechter te voorzien.

Anderzijds heeft de bevoegdheid van uw Raad niet tot gevolg dat enige belanghebbende van zijn rechter wordt afgetrokken (cf. art. 8 Gw.), nu er voor de belanghebbende immers geen andere rechtsweg openstaat.

De onderhavige zaak onderscheidt zich dan ook wezenlijk van de situatie i.v.m. de Orde der Geneesheren, waarover uw Raad zich op 20 oktober 1971 uitsprak.

Op grond van de in uw rechtspraak ontwikkelde criteria, en uiteraard in acht genomen de recent aan het licht gekomen strijdigheid van de wettelijke regeling met het Europees Verdrag over de rechten van de mens, ben ik dan ook van mening dat uw Raad de leemte in de rechtsbescherming kan en moet opvullen, en zich bijgevolg *bevoegd* moet verklaren.

17. Ik zou niet tot deze conclusie kunnen komen, indien zij zou kunnen worden uitgelegd als een uitnodiging tot een ontoelaatbare inmenging van uw Raad in de wettelijke bevoegdheid van het Hof van Cassatie. Ik meen echter dat uw arrest, indien het mijn conclusie volgt, niet aan dat verwijt zou blootstaan.

In de eerste plaats immers verleent de wet het Hof van Cassatie weliswaar een bevoegdheid t.a.v. handelingen van de balies, maar doet zij de *uitoefening* van die bevoegdheid van zo beperkende ontvankelijkheidsvoorwaarden afhangen, dat het thans aan uw beoordeling voorgelegde beroep niet op ontvankelijke wijze bij het Hof aanhangig zou kunnen worden gemaakt. Aan de bevoegdheid van het Hof, zoals zij *in concreto* wordt uitgeoefend, wordt dus niet geraakt, zodat uw Raad zich ook niet op rechtstreekse wijze mengt in de opdracht van het Hof van Cassatie.

Bovendien, en vooral, blijft uw beslissing onderworpen aan het toezicht van het Hof zelf, dat krachtens artikel 106 van de Grondwet de exclusieve bevoegdheid heeft om over conflicten van attributie uitspraak te doen. Uw Raad kan dus in de onderhavige aangelegenheid niet het laatste woord hebben, maar kan wel het woord nemen om in «dialogue» te treden met het Hof, wat door procureur-generaal Dumon «een gezond en doeltreffend stelsel» werd genoemd (F. Dumon, conclusie voor Cass., 21 januari 1982, *R.W.*, 1982-83, (549), 568). Die «dialogue» is te dezen des te meer op zijn plaats, nu hij gevoerd wordt om uit te maken, met het oog op het voorkomen van een schending van het Europees Verdrag, bij welke van beide rechtscolleges de belanghebbenden hun recht op een jurisdictionele beslissing kunnen uitoefenen.

18. Indien ik dus in beginsel tot de bevoegdheid van uw Raad besluit, dan geldt zulks vanzelfsprekend slechts voor zover de beroepen kunnen worden ingepast in uw algemene bevoegdheid, d.w.z. voor zover de beroepen strekken tot de vernietiging van administratieve handelingen.

IV. Conclusie

19. Ik concludeer tot de *bevoegdheid* van de Raad van State om kennis te nemen van het beroep.

Advies van auditeur P. De Wolf¹³

Om de redenen die op uitvoerige wijze zijn uiteengezet in het auditorsverslag van 20 februari 1987 ben ik van mening dat er een dwingend motief bestaat voor de Raad van State om zich bevoegd te verklaren inzake het beroep tot nietigverklaring van de beslissing van de raad van de orde van advocaten bij de balie te Hasselt waarbij geweigerd werd de verzoeker in te schrijven op de lijst van de advocaten-stagiairs.

Op grond van de rechtspraak van het E.H.R.M. kan namelijk worden besloten dat art. 6, lid 1, E.V.R.M. geldt voor geschillen over een verzoek tot inschrijving op de lijst van advocaten-stagiairs. Volgens art. 6, lid 1, E.V.R.M. heeft de verzoekende partij recht op een jurisdictionele beslechting van haar geschil door een rechter die beschikt over een «volle rechtsmacht».

In de huidige stand van de Belgische wetgeving en rechtspraak blijkt er evenwel een leemte te bestaan die tot gevolg heeft dat de verzoekende partij zich niet tot een rechter kan wenden in de zin van art. 6, lid 1, E.V.R.M.

De stelling dat de raad van de Orde van Advocaten zelf beschouwd kan worden als een rechtscollege in de zin van art. 6 E.V.R.M. kan niet worden aangenomen. De raad van de Orde van Advocaten treedt immers niet op als rechtscollege maar oefent een administratieve taak uit wanneer hij beslist over de inschrijving op de lijst van de advocaten-stagiairs.

Geen enkele wettekst bepaalt uitdrukkelijk welke rechter bevoegd is om kennis te nemen van geschillen over de inschrijving op de lijst van de advocaten-stagiairs. Op 8 mei 1991 werd weliswaar een wetsvoorstel goedgekeurd door de Kamer van Volksvertegenwoordigers waarin o.m. bepaald wordt dat tegen de weigering tot inschrijving op de lijst van de stagiairs een hoger beroep kan worden ingesteld bij de tuchtraad van beroep (*Parl.Hand.*, *Kamer*, 8 mei 1991). Die bepaling is evenwel nog niet goedgekeurd door de Senaat (*Parl.St.*, *Senaat*, 1990-91, 1325/1).

Tegen bepaalde beslissingen van organen van de Orde van Advocaten bestaat krachtens art. 610 Ger.W. wel een vordering tot nietigverklaring bij het Hof van Cassatie. Ingevolge art. 1088 Ger.W. kan dat beroep echter enkel door de procureur-generaal in het Hof op voorschrift van de minister van Justitie aangebracht worden en staat dat beroep niet open voor de personen die door die beslissingen benadeeld worden.

Krachtens art. 14 W. R.v.St. is de Raad van State bevoegd voor beroepen tot nietigverklaring tegen rechtshandelingen van administratieve overheden. Door die wetsbepaling wordt aan de Raad van State een algemene residuaire bevoegdheid gegeven.

De geschillen over de inschrijving op de lijst van de advocaten-stagiairs zijn geen geschillen over subjectieve rechten zodat de artt. 92 en 93 Gw. niet van toepassing zijn.

Daar geen enkele wettekst de bevoegdheid voor die geschillen toewijst aan de gewone hoven en rechtbanken en geen enkele wettekst uitdrukkelijk bepaalt dat de Raad van

¹³ Het verslag werd uitgebracht op de terechtzitting van 15 oktober 1991, vastgesteld na heropening van de debatten bij arrest van 24 september 1991, nr. 37.724.

State ter zake onbevoegd zou zijn, kan worden geconcludeerd dat de Raad van State bevoegd is op grond van art. 14 W. R.v.St.

Tot nog toe heeft de Raad van State zich evenwel onbevoegd verklaard om kennis te nemen van beroepen tot nietigverklaring van handelingen van de orden van advocaten (R.v.St., nr. 5204, 15 juni 1956; nr. 21.573, 20 november 1981 en nr. 24.163, 22 maart 1984). Die rechtspraak is ingegeven door de impliciete bedoeling van de wetgever die bevestigd werd tijdens de parlementaire voorbereiding van het gerechtelijk wetboek (*Parl.St., Senaat*, 1963-64, nr. 60, p. 125, en 1964-65, nr. 170, p. 82).

Die restrictieve uitlegging van de bevoegdheid van de Raad van State heeft echter het gevolg dat de rechtzoekenden voor die geschillen geen toegang tot een rechter hebben en dat België zijn verplichtingen bepaald in art. 6, lid 1, E.V.R.M. niet naleeft.

Omdat mensenrechten op het spel staan en de Raad van State krachtens art. 14 W. R.v.St. in beginsel bevoegd is, bestaat er m.i. aanleiding toe om de beperkende interpretatie van de bevoegdheid van de Raad van State buiten toepassing te laten.

Ik adviseer dan ook dat de Raad van State zich bevoegd zou verklaren om kennis te nemen van het beroep ingediend door de verzoeker tegen de beslissing van de raad van de Orde van Advocaten bij de balie te Hasselt van 17 november 1983 waarbij geweigerd werd hem in te schrijven op de lijst van advocaten-stagiairs.

Arrest

Gezien het verzoekschrift dat De M. op 29 november 1983 heeft ingediend om de vernietiging te vorderen van de beslissing van de Raad van de Orde van Advocaten bij de balie te Hasselt van «27 juni 1983, en volgende», waarbij geweigerd wordt verzoeker in te schrijven op de lijst van de advocaten-stagiairs;

Gezien het arrest nr. 37.724 van 24 september 1991 dat de debatten heropent en de rechtsdag bepaalt op 15 oktober 1991;

...

Overwegende dat verzoeker aanvoert dat hij krachtens artikel 6, lid 1, van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (in het kort: E.V.R.M.), goedgekeurd bij wet van 13 mei 1955, recht erop heeft dat zijn geschil met de Orde van Advocaten bij de balie te Hasselt door een «onafhankelijke en onpartijdige rechterlijke instantie» wordt behandeld;

Overwegende dat in de eerste plaats dient te worden nagegaan of de Raad van State als annulatierechter bevoegd is om uitspraak te doen over dat geschil;

Overwegende dat de verwerende en de tussenkomende partij doen gelden dat de wetgever heeft gewild dat enkel de hoven en rechtbanken, met uitsluiting dus van de Raad van State, kennis nemen van de geschillen omtrent handelingen van de raden van de Orde van Advocaten;

Overwegende, dat uit de parlementaire voorbereiding van het Gerechtelijk Wetboek blijkt, dat de wetgever uitdrukkelijk aandacht heeft besteed aan de kwestie van de bevoegdheid van de Raad van State om kennis te nemen van betwistingen omtrent beslissingen van de raden van de Orde van Advocaten; dat de Koninklijke Commissaris voor de gerech-

telijke hervorming in zijn verslag over de gerechtelijke hervorming zich als volgt uitdrukt:

«... De werking van de (Nationale) Orde is, zoals trouwens die van de balies, niet onderworpen aan de rechtspraak van de Raad van State.

«In een arrest van 15 juni 1956 verklaart de Raad van State... dat niets in de voorbereidende werkzaamheden van de wet op de Raad van State toelaat te geloven dat de wetgever enige wijziging overwogen had aan de inrichting die de activiteit van de tuchtraden enkel aan het toezicht onderwierp van de gerechtelijke rechtsmacht, zelfs wanneer de uitvoerende macht zich ervan onthouden had op te treden door de vordering van de procureur-generaal bij het hof van beroep.

«Deze gepaste overwegingen zijn, in de geest en de letter van het ontwerp (van Gerechtelijk Wetboek), toepasselijk op de beslissingen van de raden van de orde, zowel als van de Nationale Raad der Orde, om het even of het gaat om beslissingen over de tucht of over de reglementen, want, al is er niets zo nadelig als de oprichting van een tweeledigheid voor de berechting van gerechtelijke en van bestuurlijke geschillen in de instelling van de balie, het zou ingaan tegen haar grondbeginselen en traditie als ze werd onderworpen aan een bestuurlijke controle. De balies zijn personen van openbaar recht, verbonden aan de rechterlijke macht. (...) Het is in die zin, die ten andere strookt met het belang van de rechtvragende, dat de balie op onontbeerlijke en duurzame wijze bijdraagt tot de werking van de rechterlijke macht, zodanig dat men, als men het nodig acht de balies aan een zeker toezicht te onderwerpen, dit toezicht steeds opdraagt aan de gewone rechtbanken en nooit aan een bestuurlijke overheid» (Ch. Van Reepinghe, Verslag over de gerechtelijke hervorming, *Parl.St., Senaat*, 1963-64, nr. 60, p. 125);

dat die verklaring in de volgende termen werd bevestigd in het verslag van de verenigde senaatscommissies:

«... dat de bevoegdheid tot nietigverklaring niet verleend wordt aan de Raad van State, en dit om een dubbele reden:

1° men wil geen afbreuk doen aan de regel dat de organen van de orde der advocaten enkel aan het gerecht verbonden zijn;

2° de onafhankelijkheid van de Advocaten sluit alle censuur vanwege de bestuurlijke orde uit» (Verslag De Baeck, *Parl.St., Senaat*, 1964-65, nr. 170, p. 82);

Overwegende dat de bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek welke het vernietigen van beslissingen van organen van de Orde van Advocaten mogelijk maken, in overeenstemming met de hiervoren aangehaalde verklaringen, de bevoegdheid tot vernietigen aan het Hof van Cassatie en niet aan de Raad van State verlenen; dat die bepalingen te vinden zijn in de artikelen 610 en 611 van het Gerechtelijk Wetboek; dat artikel 610 luidt als volgt: «Het Hof van Cassatie neemt kennis van de vorderingen tot nietigverklaring van de handelingen waardoor rechters en ambtenaren van het openbaar ministerie, alsook tuchtrechtelijke overheden van ministeriële ambtenaren en van de balie, hun bevoegdheid mochten hebben overschreden»;

dat artikel 611 luidt als volgt: «Het Hof van Cassatie neemt ook kennis van de vorderingen tot nietigverklaring van de reglementen van de algemene raad van de nationale orde der advocaten die door overschrijding van bevoegdheid

zijn aangetast, tegen de wetten indruisen of op onregelmatige wijze zijn aangenomen»;

Overwegende dat op grond van wat voorafgaat blijkt dat de wetgever, gelet op de verbondenheid van de balies met de rechterlijke orde en op het streven naar vrijwaring van de onafhankelijkheid van de advocaten, de bedoeling heeft gehad de handelingen van de organen van de Orde van Advocaten te onttrekken aan het toezicht van de administratieve rechter; dat de handelingen van de Orde van Advocaten bijgevolg niet onder de annulatiebevoegdheid van de Raad van State vallen; dat het door verzoeker uit artikel 6, lid 1, van het E.V.R.M. afgeleide recht op de behandeling van zijn zaak door een nationale onafhankelijke en onpartijdige rechterlijke instantie niet meebrengt dat de Raad van State zich zou dienen uit te spreken in een aangelegenheid waarvoor hij niet bevoegd is;

Overwegende dat de uit de materiële onbevoegdheid van de Raad van State afgeleide exceptie van niet-ontvankelijkheid gegrond is.

(Verwerping van het beroep).

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

4e KAMER — 27 FEBRUARI 1991

Voorzitter: mevr. Bourgeois

Raadsheren: mevr. Bosmans en de h. Huybrechts

Advocaten: mrs. Van de Castele en Poelmans

Binnenvaart — Bevaarbare waterwegen — Verlies van een roer — Verplichtingen van de schipper — Dienst voor de Scheepvaart

Een binnenschipper verloor een roer in een kanaal. De volgende dag werd vergeefs naar het roer gezocht. Zes dagen later werd ook vruchteloos gezocht door de Dienst voor de Binnenscheepvaart.

Uit het K.B. van 15 oktober 1935 blijkt niet dat de schipper gehouden is tot een resultaatsverbintenis (artt. 51 en 91). Te dezen is aangetoond dat de schipper aan de op hem rustende verplichting heeft voldaan. Ongegrond is de vordering van de Dienst voor de Scheepvaart tot terugbetaling van de kosten die hij slechts gemaakt heeft om te voldoen aan de op hem rustende verplichting te zorgen voor de veiligheid van de waterwegen.

Dienst voor de Scheepvaart t/ Van L.

Overwegende dat geïntimeerde op 9 juli 1987 werd gedagvaard tot betaling van 42.398 fr. in hoofdsom, voor de kosten opgelopen door appellant doordat hij op 24 en 25 april 1986 vergeefs zocht naar het bakboordroer van het ms. Sophia N, dat dit schip op 17 april 1986 verloor in het kanaal van Dessel, in de gemeente Arendonk, ter hoogte van Brug 6; dat de vordering gebaseerd was op artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek en op het K.B. van 15 oktober 1935, houdende het politiereglement op de scheepvaartwegen van het Koninkrijk;

dat het bestreden vonnis de vordering als ongegrond afwees omdat enerzijds aanvaard werd dat de schipper onmiddellijk al het nodige had gedaan om het roer terug te vinden, anderzijds omdat de in rekening gebrachte kosten door ap-

pellant uitsluitend werden gemaakt in de uitvoering van haar wettelijke opdracht;

Overwegende dat betreffende de uiteenzetting van de feiten het Hof verwijst naar de volledige en juiste weergave ervan gegeven in het bestreden vonnis; dat dit vonnis om de erin aangehaalde motieven en de ermee niet strijdige van dit arrest bevestigd moet worden;

Overwegende dat uit de tekst van het K.B. van 15 oktober 1935 niet blijkt dat geïntimeerde gehouden zou zijn tot een resultaatsverbintenis (art. 51 en 91) in verband met het terugvinden van het bakboordroer in kwestie; dat aangetoond is dat geïntimeerde door het zetten van een duiker getracht heeft het roer terug te vinden, en derhalve aan de op hem rustende verplichting voldeed; dat verplichtingen zoals deze onderworpen zijn aan de beginselen van de redelijkheid, en de poging door geïntimeerde ondernomen hieraan voldoet; dat geenszins aangetoond is dat hij geweigerd zou hebben gevolg te geven aan het bevel daartoe verder de nodige maatregelen te nemen; dat de telex van appellant van 18 april 1986 geen concrete verdere maatregelen voorschrijft en enkel stelt dat «indien het roer niet verwijderd wordt uit het kanaal, zullen ambtshalve maatregelen genomen worden»; dat zulks niet betekent dat, wanneer, zoals te dezen, na een ernstige zoektocht bleek dat het roer niet teruggevonden werd, ad vitam aeternam opsporingskosten gedaan zouden worden;

Overwegende dat niet aangetoond is dat de schipper zich bij de opgave van de plaats waar hij het roer verloren zou hebben, vergist heeft; dat, waar appellant niet betwist dat het roer een beperkte omvang had en mogelijk onder het slib wegzonk, de door hem uitgevoerde dreggingswerken reeds bij de aanvang — zeker wanneer aangevat zes dagen na het schadegebeuren — nutteloos en overbodig waren;

Overwegende dat, waar geen tekortkoming op de wettelijke verplichtingen van geïntimeerde aangetoond is, evenmin een fout in de zin van artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek in oorzakelijk verband met de schade van appellant, met het bestreden vonnis aanvaard wordt; dat appellant de teruggevorderde kosten enkel maakt om te voldoen aan de op hem rustende wettelijke verplichting te zorgen voor de veiligheid van de waterwegen;

...

NOOT — In het beroepen vonnis (Kh. Turnhout, 28 april 1988) worden de feiten beschreven als volgt:

«Op 17 april 1986, omstreeks 16.15 uur, stelde verweerder vast, dat hij, varende op het kanaal Dessel-Turnhout-Schoten, toen hij ter hoogte was van Brug VI te Arendonk, het bakboordroer van zijn motorschip Sofia N had verloren. Verweerder bracht hiervan de dijkwachter op de hoogte, alsmede zijn verzekeraar, die onmiddellijk een expert ter plaatse stuurde en een duiker inzette om het roer op te sporen en te bergen.

«Deze duiker heeft op 18 april 1986 van 9.00 uur tot 12.00 uur op de vermoedelijke plaats van verlies, tevergeefs naar het roer gezocht.

«Eveneens op 18 april 1986 heeft verweerder eiser van het verlies van dat roer op de hoogte gebracht alsmede van het resultaatloos opzoekingswerk, waarop eiser bij telex van dezelfde datum stelde dat verweerder de nodige voorzorgsmaatregelen moest nemen om geen schade toe te brengen aan schepen van derden, dat verweerder de aansprakelijk-

heid voor die eventuele schade niet kan afwijzen en dat, indien het roer niet verwijderd werd uit het kanaal, ambtshalve maatregelen zouden worden genomen.

«Hierop reageerde de verzekeraar van verweerder bij telex van 22 april 1986, stellende dat volgens hem eiser verantwoordelijk is voor de veilige vaart op het kanaal en daartoe de nodige maatregelen moest nemen, waartoe verweerder zelf niet de bevoegdheid noch de middelen had, verder besluitende dat indien het eisers bedoeling zou zijn die kosten op verweerster te verhalen, de verzekeraar wenste in kennis te worden gesteld van de door eiser genomen maatregelen en de kosten.

«Op 24 en 25 april 1986 werd er door eiser een zoekactie naar het roer uitgevoerd, erin bestaande over een afstand van 3.230 meter met een dienstboot, tweemaal in afwaartse richting en eenmaal in opwaartse richting in de vaargeul de kanaalbodem af te zoeken met een dregketting waaraan vijftien dreghaakjes, en langs deze vaargeul de bodem af te tasten met een schoorboom, een mesthaak en een pinhaak, terwijl in de kom opwaarts Brug VI de kanaalbodem driemaal werd afgezocht met een dregketting. Het roer werd evenwel niet teruggevonden.»

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

7e KAMER – 21 MAART 1991

Voorzitter: de h. Frère

Raadsheren: de hh. Van Gelder en Vertessen

Openbaar ministerie: mevr. Dekkers

Advocaat: mr. Molenaers

Voorlopige hechtenis – Borgsom – Teruggave

Wanneer een veroordeelde zich onttrokken heeft aan de tenuitvoerlegging van de hoofdgevangenisstraf door geen gevolg te geven aan de aanmaningen om zich gevangen te geven en zijn straf te ondergaan, vervalt de borgsom aan de Staat.

Het indienen van den gratieverzoek dat niet schorsend werkt is geen reden van verschoning om zich aan de strafuitvoering te onttrekken.

C.

Overwegende dat de vordering van de procureur-generaal bij dit hof ertoe strekt te verklaren dat de borgsom van 100.000 fr., die gestort werd ten einde veroordeeldes voorlopige invrijheidstelling te verkrijgen, bevolen bij de beschikking van de raadkamer van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Hasselt op 5 juni 1987, aan de Staat vervalt; dat deze vordering ontvankelijk is en gegrond;

Overwegende dat immers vaststaat dat de politie te Hasselt, op last van de procureur-generaal en op vordering van de procureur des Konings te Hasselt aan de veroordeelde C. op 14 maart 1990 liet weten dat hij zich binnen vijf dagen na ontvangst van het gevangenisbriefje gevangen moest geven; dat de veroordeelde bij die gelegenheid het gevangenisbriefje niet in ontvangst wou nemen en zich evenmin gevangen gaf, omdat hij een genadeverzoek had ingediend op 5 januari 1990, hetgeen in een proces-verbaal van de Politie Hasselt van 14 maart 1990 werd opgenomen en door de pro-

cureur des Konings te Hasselt als een verzoek tot uitstel van de tenuitvoerlegging werd toegezonden aan de procureur-generaal; dat, blijkens het schrijven van de procureur-generaal van 27 maart 1990, dit uitstel geweigerd werd en een nieuw bevel tot gevangengeving binnen vijf dagen werd verleend; dat deze weigering van uitstel alsmede het hernieuwde bevel tot gevangengeving door de politie te Hasselt op verschillende tijdstippen en het laatst op 26 april 1990 aan de veroordeelde ter kennis werd gebracht; dat de veroordeelde telkens opnieuw weigerde gevolg te geven aan het bevel tot gevangengeving en hij tevens telkens weigerde het gevangenisbriefje in ontvangst te nemen, steeds verwijzend naar het door hem ingediende genadeverzoek;

Overwegende dat het hof uit die gang van zaken afleidt dat vaststaat dat de veroordeelde niet verschenen is ter tenuitvoerlegging van het arrest;

Overwegende dat deze niet verschijning geschiedde zonder wettige reden van verschoning; dat de verwijzing door de veroordeelde, ook bij conclusie, naar het ingediende genadeverzoek te dezen geen wettige reden van verschoning is, nu vaststaat dat de uitvoerbaarheid van de uitgesproken veroordeling gezien de omvang ervan (veertien maanden hoofdgevangenisstraf), door het indienen van het genadeverzoek niet geschorst werd (L. Dupont en R. Verstraeten, *Handboek Belgisch Strafrecht*, II, 1990, p. 790, nr. 1459); dat het betoog van de veroordeelde in zijn conclusie betreffende de «willekeurige manier waarop het parket tot zijn aanhouding is overgegaan» derhalve irrelevant is, daar de tenuitvoerlegging van de vrijheidsberovende straf op volkomen wettelijke wijze geschiedde en zij geenszins afhankelijk was van de beslissing omtrent het ingediende genadeverzoek, zoals de veroordeelde ten onrechte betoogt;

...

NOOT – Zie ook Cass., 5 februari 1980, *Pas.*, 1980, I, 661; Hof Antwerpen, 30 juni 1988, *R.W.*, 1989-90, 366, en de noot van L. De Schepper.

HOF VAN BEROEP TE GENT

7e KAMER – 9 OKTOBER 1991

Voorzitter: de h. Degraeve

Raadsheren: de hh. Staessens en Delbeke

Advocaten: mrs. De Clercq en Beck

Handelspraktijken – Overgenomen handelsbenaming – Reclame – Verwarring met eerder bestaande zaak van derde

Wanneer een vennootschap een handelszaak met de benaming ervan heeft overgenomen, staat het haar weliswaar vrij haar activiteit met die van de overgenomen zaak uit te breiden, maar bij het gebruik en het bekend maken van de overgenomen handelsbenaming, hoe rechtmatig dat contractueel ook is, moet zij zorgen dat er in haar reclame geen verwarring kan ontstaan met een andere reeds eerder in dezelfde streek gevestigde onderneming. Dat deze tevoren geen juridische maatregelen genomen heeft tegen de rechtsvoorganger van de vennootschap, doet geen afbreuk aan de door de vennootschap als derde in acht te nemen bepalingen van art. 20, 3°, Handelspraktijkenwet.

B.V.B.A. O. t/ B.V.B.A. E.

De vordering, gestoeld op de artikelen 20, 3°, en 54bis, vierde lid, W.H.P., gehandhaafd in hoger beroep, strekt ertoe aan geïntimeerde: 1° verbod op te leggen de verwarringstichtende benaming «Ruimdienst S.» of enige andere naam waarin dit begrip is terug te vinden, verder op welke wijze ook voor handelsdoeleinden te gebruiken o.m. zowel in haar handelsnaam als in haar reclame; 2° verbod op te leggen nog langer de bedrijvigheid van ruimdienst en aanverwante activiteiten uit te oefenen wegens niet-inschrijving in het handelsregister; 3° staking te bevelen van door reclame in de hand gewerkte handelingen van oneerlijke mededinging alsmede stopzetting van de verdere uitoefening van deze voor gedaagde niet toegelaten activiteiten dit alles op straffe van een dwangsom van 10.000 frank per dag vastgestelde overtreding;

Ter beoordeling van het geschil komen de volgende niet-betwiste feiten en gegevens in aanmerking:

- zowel vader S. als drie van zijn zonen, nl. Willy S. (opgenomen bij appellante), Albert S. en Firmin S. zijn of waren in Oostende of omgeving bedrijvig in de ruimdienst;
- luidens onderhandse overeenkomst van 20 september 1976 nam Willy S. uit Zandvoorde-Oostende, «een ruimdienstzaak met cliënteel over van zijn broer Firmin S.-V. uit Ettelgem; het blijft voor Willy S. jarenlang een eenmanszaak gedreven onder de benaming «Ruimdienst S. Willy» of nog, zoals blijkt uit de reclame «Oostendse Ruimdienst S. Willy» of «De Oostendse Ruimdienst Willy S.-B.»;
- Firmin S. start in 1978 met een nieuwe ruimdienst onder de benaming «Ruim- en rioolwerken Firmin S.» uit Oudenburg (Ettelgem); Willy S. laat advertenties plaatsen met de volgende waarschuwing: «Bericht aan zijn cliënteel dat er geen verwarring mag gebeuren met ruimwerken Sanders F., Ettelgem-Oudenburg. Dit betreft immers een andere zaak»;
- op 1 januari 1987 start Willy S. met de B.V.B.A. Ruimdienst Willy S., waarvan de benaming nog hetzelfde jaar gewijzigd wordt in «Oostendse Ruimdienst Willy S.-B.»;
- bij onderhandse akte van 11 maart 1988 draagt Firmin S. aan P.V.B.A. E., die tot dusver handel dreef in vis- en schaaldieren, naderhand ook groenten en fruit alsmede algemene levensmiddelen, zijn handelszaak over met machtiging de handelsbenaming «Ruim- en rioolwerken Firmin S.», verder te gebruiken;
- op 5 mei 1988 wordt geïntimeerde door appellante gedagvaard voor de voorzitter, rechtdoende zoals in kort geding;
- na de uitspraak van de eerste rechter neemt geïntimeerde op 19 oktober 1989 de ruim- en riooldienst over van Albert S.-V. uit Oudenburg;
- op 1 maart 1990 tekent appellante hoger beroep aan;

Wat de procespartijen betreft, is het duidelijk dat appellante vroeger dan geïntimeerde in Oostende zich een naam gemaakt heeft in de wereld van de ruimdienst en hierbij rechtmatig gebruik kon maken van de naam van haar zaakvoerder Willy S.

Wat geïntimeerde betreft, het stond haar gewis vrij haar handelswerkzaamheid tot een geheel andere sector uit te breiden, doch bij het gebruik en het bekend maken van de overgenomen handelsbenaming, contractueel hoe rechtma-

tig ook, was zij bij het maken van reclame niettemin gehouden, nu beide partijen in nagenoeg dezelfde regio hun werkzaamheid uitoefenen, te zorgen dat er geen verwarring kon ontstaan met de vroeger gevestigde onderneming van appellante; het feit dat Willy S. voorheen juridisch geen maatregelen trof ten aanzien van zijn broer F., ook al blijkt er wel hevige ruzie geweest te zijn, doet geen afbreuk aan de door geïntimeerde als derde in acht te nemen bepalingen van artikel 20, 3°, W.H.P.

Uit de overgelegde stukken blijkt nu dat geïntimeerde, ook al luidt haar benaming B.V.B.A. E., in de telefoongids anno 1991 nog steeds reclame maakt onder de benaming S. F. & A. en in de gouden gids onder de benaming «S.-Oudenburg» met bovenaan in veel kleinere en minder opvallende letters «S. F. & A. - B.V.B.A. E.»; ook in de krant (cf. editie van 7 juni 1991 en talrijke andere reclamekranten) alsmede in haar als reclame dienstdoende op postformaat invul- en antwoordkaarten maakt ze nagenoeg uitsluitend reclame onder de benaming F. & A. S. (Ettelgem-Oudenburg) of oud huis F.S.

Het is duidelijk dat deze reclame, waarin de benaming B.V.B.A. E. niet of al te onopvallend voorkomt, verwarringstichtend is voor een doorsnee-verbruiker en de op de naam S. gestoelde reclame kennelijk ertoe strekt, tot schade van appellante, een zó groot mogelijke cliënteel te bereiken.

Geïntimeerde blijkt overigens die verwarringstichtende praktijk aan te voelen, aangezien ze op haar nieuw briefpapier voor het eerst een inspanning doet om verwarring met het eerder bestaande bedrijf van appellante te vermijden; op haar briefpapier primeert thans met hoofdletters in groot formaat haar benaming B.V.B.A. E. met onderaan de vermelding, in veel kleiner formaat, «Oud Huis F. & A.»

Die handelsbenaming is correct en schept geen verwarring nu ze voldoende gegevens omvat die verschillen van de benaming van appellante.

De vordering (waarvan de onderdelen 1° en 3° elkaar overlappen) is dan ook gegrond, zoals hierna volgt; meer bepaald, komt het verantwoord voor aan geïntimeerde het verbod op te leggen, waar en in welke vorm ook, op een andere wijze reclame te maken dan zoals op haar recent briefpapier.

Er bestaat derhalve reden toe, om behoudens wat betreft haar briefpapier, een staking te bevelen van de tot nu toe gemaakte reclame en hiertoe, met uitzondering van de telefoongidsen, per overtreding aan geïntimeerde een dwangsom op te leggen van 10.000 frank per dag met ingang van de tiende dag volgend op de betekening van dit arrest; wat de telefoongidsen betreft, die reeds voor 1991-1992 uitgedeeld zijn en niet meer gewijzigd kunnen worden, is het duidelijk dat dit stakingsbevel slechts uitwerking kan hebben bij de nieuwe uitgave 1992-1993 die ongetwijfeld reeds voorbereid wordt. Mocht geïntimeerde alsdan zich niet hieraan houden, dan is het evident dat ze zich zal blootstellen aan een belangrijke vordering tot schadevergoeding.

Wat onderdeel 3 van de vordering betreft, erkende appellante zelf reeds voor de eerste rechter dat geïntimeerde inmiddels voor een aanvullende inschrijving in het handelsregister gezorgd had; vandaar dat, hetgeen het Hof beaamt, reeds in het bestreden vonnis oordeelkundig vastgesteld werd dat de toestand sinds 13 mei 1988 geregulariseerd en de op artikel 5, 4bis, vierde lid, W.H.P. gestoelde vordering zonder voorwerp was.

CORRECTIONELE RECHTBANK TE DENDERMONDE*15e KAMER – 3 OKTOBER 1991*

Voorzitter : de h. Segers

Rechters : de hh. Van Goethem en Broeckx

Openbaar ministerie : de h. Buyse

Advocaat : mr. Colpaert

Verbeurdverklaring – Nachtlawaai – Vermogensvoordelen

Daar art. 561, 1°, van het Strafwetboek, noch enige andere wettelijke bepaling die het nachtgerucht bestraffen, uitdrukkelijk de bijzondere verbeurdverklaring voorschrijven, kan de verbeurdverklaring van het vermogensvoordeel voortspuitend uit dit misdrijf niet worden opgelegd.

Van L.

Uit de gegevens van het strafdossier en die van het onderzoek ter terechtzitting is gebleken, dat de aan de beklaagde ten laste gelegde feiten A en B (samen) ten genoegen van recht bewezen zijn gebleven. Trouwens in termen van pleidooi heeft de beklaagde de gegrondheid hiervan niet betwist, terwijl hij ook geen hoger beroep heeft ingesteld.

Wel heeft de beklaagde Van L. zich ter terechtzitting aangesloten bij de grief van het openbaar ministerie, waar deze opkomt tegen de bij het vonnis a quo ten laste van de beklaagde uitgesproken bijzondere verbeurdverklaring, omdat het opleggen van deze bijkomende straf zijns inziens onwettig is.

Deze grief overtuigt de rechtbank. Immers, artikel 43, tweede lid, van het Strafwetboek bepaalt dat bijzondere verbeurdverklaring bij overtreding slechts kan worden uitgesproken in de gevallen bij de wet bepaald. Welnu, te dezen werd de beklaagde vervolgd wegens overtreding van de artikelen 1 en 6 van de politieverordening van Sint-Niklaas van 25 november 1977 betreffende de strijd tegen het lawaai. Doch deze overtredingen mogen overeenkomstig artikel 7 van hetzelfde politiereglement alleen met politiestrafen worden bestraft, zonder dat bijkomend een bijzondere verbeurdverklaring wordt opgelegd, daar deze bijkomende straf voor de overtreding van de artikelen 1 en 6 van het politiereglement niet uitdrukkelijk is voorzien (Dupont, L. en Verstraeten, R., *Handboek Belgisch Strafrecht*, nr. 686, blz. 376; Schuind, G. & Vandeplas, A., *Traité pratique de droit criminel*, I, blz. 130 P - 130 Q). Slechts wanneer zonder toelating in strijd met artikel 3 van het Politiereglement van 26 november 1977 door het afschieten van vuurwapens of het ontsteken van vuurwerk lawaai wordt gemaakt, schrijft artikel 7 van het politiereglement inbeslagneming voor met het oog op een bijzondere verbeurdverklaring overeenkomstig artikel 553 van het Strafwetboek.

Bij rustverstoring zoals bepaald bij de artikelen 1 en 6 van het Politiereglement van Sint-Niklaas van 25 november 1977 is deze bijkomende straf niet uitdrukkelijk voorgeschreven, terwijl zulks ook niet is bepaald bij artikel 561, 1°, van het Strafwetboek, noch in andere bijzondere wetten die soortgelijke overtredingen bestraffen, zodat de bij het vonnis a quo toegepaste bijzondere verbeurdverklaring niet als bijkomende straf kon worden opgelegd.

NOOT – Voordeelsontneming bij nachtgerucht

1. Art. 42, 3°, van het Strafwetboek bepaalt dat de bijzondere verbeurdverklaring wordt toegepast op de vermogensvoordelen die rechtstreeks uit het misdrijf zijn verkregen, op de goederen en waarden die in de plaats ervan zijn gesteld en op de inkomsten uit de belegde voordelen.

Uit de parlementaire voorbereiding blijkt dat de wetgever bewust heeft gekozen voor de term «misdrijf» omdat hij geen onderscheid wenste te maken tussen misdaden, wanbedrijven en overtredingen (*Parl.St., Senaat*, 1989-90, nr. 890/2, p. 25).

De bijzondere verbeurdverklaring blijft trouwens ook niet beperkt tot de misdrijven van het commune strafrecht, maar wordt eveneens toegepast op de misdrijven bestraft in de bijzondere wetten en verordeningen (*Parl.St., Kamer*, 1989-90, nr. 987/4, p. 6).

2. Door te bepalen dat het vermogensvoordeel «rechtstreeks uit het misdrijf» verkregen moet zijn, beklemtoonde de wetgever dat er een band moet bestaan tussen het misdrijf en het vermogensvoordeel.

Het verband, de binding, de samenhang wordt aan de beoordelingsvrijheid van de feitenrechter overgelaten. Uit de voorbeelden die de minister van Justitie in de senaatscommissie aanhaalde, kan worden afgeleid dat het verband zeer ruim werd opgevat : zo wordt het bedrag van de levensverzekering die de dader van een doodslag door die misdaad heeft opgestreken, beschouwd als een rechtstreeks voordeel uit dit misdrijf (*Gedr.St., Senaat*, 1989-90, nr. 890/2, p. 21).

3. Te dezen poneert de correctionele rechtbank dat geen voordeelsontneming kan worden uitgesproken als de wet deze bijkomende straf voor overtredingen niet vermeldt. Daarbij wordt verwezen naar rechtsleer die dagtekent van vóór de wet van 17 juli 1990.

Artikel 43 Sw., dat vermeldt dat bij misdaad of wanbedrijf de bijzondere verbeurdverklaring toepasselijk op de zaken bedoeld in art. 42, 1° en 2°, altijd wordt uitgesproken en bij overtreding slechts in de gevallen bij de wet bepaald, verwijst niet naar de zaken bedoeld in art. 42, 3°, Sw. In dit geval zou er geen voordeelsontneming bevolen kunnen worden bij overtredingen tenzij de wet zulks uitdrukkelijk voorschrijft. Dit is niet alleen in strijd met de letter van de wet, maar ook met heel de opvatting van de wet van 17 juli 1990. Ik meen dan ook dat de rechter zich te dezen heeft laten leiden door een denkgewoonte die sedert de wet van 17 juli 1990 achterhaald is.

Standardformeln, die nicht ununterbrochen Überprüft und erneuert werden, veralten...

A. Vandeplas

RECHTSPRAAK IN KORT BESTEK**Hof van Cassatie (1e Kamer), 11 oktober 1991**

Rechten van de mens – Tuchtprocedure – Openbaarheid – Afstand – Wil van de betrokkene – Gevolg

De bestreden beslissing (Raad van Beroep van de Orde der Geneesheren, 3 december 1990) wordt om de volgende redenen vernietigd:

«Overwegende dat krachtens artikel 24, § 1, derde lid, van het koninklijk besluit nr. 79 van 10 november 1967 betreffende de Orde der Geneesheren, als gewijzigd door artikel 1 van de wet van 13 maart 1985 betreffende de openbaarheid van de tuchtprocedures voor de raden van beroep van de Orde der Geneesheren en de Orde der Apothekers 'de zittingen van de raden van beroep openbaar zijn, tenzij de verdachte geneesheer uitdrukkelijk afziet van de openbaarheid'; dat de wet verder bepaalt in welke gevallen de raad van beroep kan afwijken van de regel van de openbaarheid, ook als de betrokken arts er niet om vraagt;

«Dat van de regel van de openbaarheid van de behandeling en van de uitspraak, zoals deze is vastgesteld in artikel 6, lid 1, van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, kan worden afgeweken als zulks de wil is van de betrokkene en wanneer deze vrijwillig van die openbaarheid afziet en zulks verenigbaar is met het nationale recht, doch op voorwaarde dat de afstand vaststaat, dat wil zeggen op ondubbelzinnige wijze wordt gedaan;

«Dat uit de genoemde wettelijke bepalingen volgt dat de regel van de openbaarheid moet wijken voor de belangen van de arts die ondubbelzinnig afstand doet van het recht op de openbaarheid van de uitspraak;

«Overwegende dat de beslissing vermeldt dat de uitspraak in het openbaar is gedaan;

«Overwegende dat eiser in zijn conclusie uitdrukkelijk en zonder dubbelzinnigheid verzocht heeft dat van de regel van de openbaarheid zou worden afgeweken zowel voor de behandeling als voor de uitspraak.»

(Voorzitter: mevr. Baeté-Swinnen — Rapporteur: de h. Verougstraete — Openbaar ministerie: de h. De Swaef — Advocaat: mr. Nelissen Grade — In de zaak: S. t/ Orde der Geneesheren)

Hof van Cassatie (1e Kamer), 18 oktober 1991

Taalgebruik — In gerechtszaken — Belastingzaken — Cassatieberoep in andere taal dan die van de bestreden beslissing — Niet ontvankelijk

De voorziening van eiseres tegen een beslissing van 24 april 1990 van de Bestendige Deputatie van de Provincieraad van Brabant wordt als volgt verworpen:

«Overwegende dat artikel 27 van de wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken bepaalt dat, indien de bestreden beslissing in het Frans of in het Nederlands werd gewezen, de rechtspleging voor het Hof wordt gevoerd in de taal van deze beslissing;

«Overwegende dat, nu de bestreden beslissing in het Nederlands is gewezen, de in het Frans gestelde voorziening niet ontvankelijk is.»

(Voorzitter-rapporteur: mevr. Baeté-Swinnen — Openbaar ministerie: de h. Goeminne — In de zaak: Gemeente Sint-Jans-Molenbeek t/ Belgische Staat)

BOEKEN

J. VERVAELE, **Rechtsstaat en recht tot straffen**, Interuniversitaire reeks criminologie en strafrechtswetenschappen, deel 24, Kluwer Rechtswetenschappen, Antwerpen - Gouda Quint B.V., Arnhem, 538 pp.

Het boek van J. Vervaele dat ook de ondertitel draagt «Van klassiek rechtsindividualisme naar sociaal rechtsdenken. Een strafvergelijkend grondslagenonderzoek» is een fresco van de evolutie van het strafrecht van negatieve vrijheidsbescherming naar een positief sociaal instrument.

De auteur begint met de lezer duidelijk te maken waarom de positiefrechtelijke vertaling van concepten uit het natuurrecht in een codificatie slechts mogelijk is geworden op het einde van de XVIIIe eeuw. Daarom legt hij de nadruk op het belang van de Code pénal van 1791, die afbreekt met de vroegere gedachte dat de straf vooral gericht is op de legitimatie van het gezag. Na de beschrijving van de overgang van natuurrecht naar wetspositivisme, leidt Vervaele ons naar de klassieke school, die met Kant resoluut stelling neemt tegen het sociaal contract als rechtvaardiging voor het ius puniendi, en vervolgens naar de reacties van rechtsfilosofen tegen Kants absoluut strafrechtsbegrip, die zoals von Jhering van oordeel waren dat de hoofdvraag niet meer die is naar het equivalent van de vergelding, maar van de strafvraag een vraag van sociale politiek maken. Aldus komt de auteur tot het onderzoek van socialiserings-tendensen in het recht, waarin hij veel aandacht besteedt aan het juristsocialisme in Duitsland en aan de integratie tussen de socialistische beweging en de positivistische school in Italië die bevorderd werd door een groeiende aandacht voor de sociale aspecten van de criminaliteit. Hierbij legt hij het verschil uit tussen de Italiaanse toestand en het Duits penaal positivisme, dat met de ontwikkelingen van de arbeidersbewegingen niets uit te staan heeft. In dit kader wordt het Marburger Programm van von Liszt behandeld. De opstelling van von Liszt ontketent een scholenstrijd, zonder dat echter zijn stellingen invloed krijgen op de strafrechtshervormingen in zijn land. Dat is wel het geval met de positivische hervormingsvoorstellen in België, wat Vervaele uitlegt door te wijzen op het belang van enkele verlichte liberalen die vanaf de eerste helft van de XIXe eeuw als wetenschappers en als practici hun invloed laten gelden op het strafrechtssysteem, o.m. Quetelet en Ducpétiaux, en tevens op de figuur van Prins, die vanuit zijn positie een grote invloed heeft uitgeoefend door een aantal gerichte hervormingen en experimenten.

Na een beschrijving van de ideeën van Radbruch, die het juristsocialisme in eer herstelt tijdens de Weimarrepubliek, komt Vervaele tot de moeilijke vragen van het ontstaan van de autoritaire rechtsideologieën in Duitsland, Italië en de Sovjet-Unie.

Hierbij zet hij zich af tegen de opvatting dat het rechtspositivisme verantwoordelijk is voor het ontstaan van de juridische aberraties onder het fascisme. De stelling van Vervaele is dat de realisatie van de autoritaire rechtstheorie geen gevolg is van het rechtspositivisme, maar in Duitsland het gevolg is van een culturele crisis die zich juridisch heeft geuit in een crisis van de logisch-formele rechtsinterpretatie en van het legaliteitsbeginsel. Het Codice Rocco, waarbij de positivische voorman Ferri zich aansluit, is volgens Vervaele een inbreuk op het sociaal verweerdenken van het positivisme, dat minder getuigt van een echt autoritair rechtsdenken dan in Duitsland, doch wel van het strafrecht enkel en alleen een instrument maakt om de staat zelf te beschermen. In de Sovjet-Unie, waar talrijke denkers belangstelling hadden vertoond voor de positivistische strekking, is volgens Vervaele na 1917 geen sprake van een absolute breuk met het tsaristisch Rusland en wordt het strafrecht na de revolutie ook puur gebruikt als preventief en repressief instrument in de handen van de staat.

Alain De Nauw