

TELEFOONAFTAP: TOURNET, PEUREUX, DERRIEN, HÜVIG, KRUSLIN ET LES AUTRES

Telefoonaftap als bevoegdheid in o.a. strafzaken is de laatste jaren nooit echt uit de actualiteit geweest. Reden daarvoor was het toenemend ter discussie stellen van het procédé, rekening houdend met de vaak wankelende of ontbrekende basis. Onder impuls van het Europees Hof, dat op grond van artikel 8 van het Verdrag ter Bescherming van de Rechten van de Mens (hierna: E.V.R.M.) strenge eisen stelde aan die weliswaar principieel toelaatbare inbreuk op het recht op eerbiediging van het privé-leven, namen een toenemend aantal lidstaten van de Raad van Europa wetten aan die de materie regelden. Sedert 1 oktober 1991 behoort Frankrijk tot die club. Zulks liep niet van een leien dakje. Twee recente arresten van het Europees Hof hebben blijkbaar de weerstand gebroken die Frankrijk jarenlang geboden heeft, ofschoon het er aanvankelijk alle schijn van weg had dat ook na die arresten het been stijf gehouden zou worden (cf. infra II).

Vooraf zij benadrukt dat het geenszins de bedoeling is noch kan zijn de materie die hier behandeld wordt, volledig uit de doeken te doen. De enige pretentie is een overzicht te geven van de grote rechtsvragen waarvoor het toenemend gebruik van het modern dwangmiddel – dat aftap is –, de hoven en rechtbanken, de wetgever en de rechtsleer gesteld heeft en blijft stellen. Niet alle nuances, inherent aan casussen en arresten, m.n. van het Hof van Cassatie, worden behandeld. De verwijzingen moeten de lezer die zich wenst te verdiepen in het af luisterrecht daartoe in staat stellen¹.

De arresten Huvig en Kruslin kwamen onlangs reeds aan bod in deze kolommen². In beide Straatsburgse arresten wordt, op basis van artikel 8 E.V.R.M., de Franse aftappraktijk veroordeeld, ondanks de pogingen van Frankrijk om dat te ontlopen.

In deze bijdrage volgt een overzicht van de Franse rechtspraak voor (I) en na (II) beide genoemde arresten. Volgens wordt de nieuwe wet besproken (III). Ten slotte

worden enkele kritische beschouwingen ten beste gegeven (IV).

I. De rechtspraak vóór Kruslin en Huvig

Het Tournet-arrest³ wordt algemeen beschouwd als het principearrest van het Franse Hof van Cassatie inzake af luisteren en/of opnemen van telefoongesprekken. Gedurende vier dagen werd, op bevel van de onderzoeksrechter, in het kader van een rogatoire commissie m.b.t. valsheid in geschriften en gebruik ervan afgeluisterd door officieren van gerechtelijke politie. In zijn voorziening verwijt eiser de chambre des mises en accusation, naast de miskenning van enkele artikelen van het Franse Wetboek van Strafvordering m.b.t. de ondervraging van beklaagden en het verhoor van getuigen – een middel dat door de rechtsleer als zwak bestempeld werd en ook nooit meer is opgeworpen – dat het niet ambtshalve de schending van het recht van verdediging heeft opgeworpen, een schending die voortvloeit uit het gebrek aan «loyauté», aan de dag gelegd door de onderzoeksrechter bij het verzamelen van bewijzen. De wettigheid zelf van het procédé wordt niet aan de beoordeling van het Hof van Cassatie voorgelegd. Na vastgesteld te hebben dat niets toestond te beweren dat het recht van verdediging geschoonden was (o.a. was er geen gebruik gemaakt van listen of «kunstgrepen»), besluit het Hof met verwijzing naar artikel

¹ Zie o.m. JEANDIDIER, W., «Conditions de légalité des écoutes téléphoniques», noot onder Cass. crim., *La Semaine Juridique*, Ed. G., II, 21541; KOURING-JOULIN, R., «De l'art de faire l'économie d'une loi (à propos de l'arrêt Kruslin et de ses suites)»; *Recueil Dalloz Sirey*, 1990, Chron., XXXII; DOUCET, J.-P., «La Convention européenne des droits de l'homme et la jurisprudence pénale française», *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 1991, 177; MERLE, R., en VITU, A., *Traité de droit criminel. Problèmes généraux de science criminelle. Droit pénal spécial*, Cujas, 1988, 266; PRADEL, J., «Les écoutes téléphoniques judiciaires: un statut en voie de formation», *Rev.fr.Droit adm.*, 1991, nr. 7, 83-89; FLAUSS, J.F., «Les écoutes téléphoniques judiciaires: le point de vue de Strasbourg», *Rev.fr.Froit adm.*, 1991, nr. 7, 89-100.

² Europees Hof van de Rechten van de Mens, arrest Kruslin van 24 april 1990, *Publ.Sér. A*, nr. 176-A; arrest Huvig van 24 april 1990, *Publ. Sér. A*, nr. 176-B; DERUYCK, F., «De wet van 11 februari 1991 tot invoering van een artikel 88bis in het Wetboek van Strafvordering betreffende het opsporen van telefonische medelingen», *R.W.*, 1991-92, 10-15.

³ Cass. crim., 9 oktober 1980, *J.C.P.*, 1980, IV, 414, *Bull. crim.*, nr. 255. In Frankrijk wordt de beslissing om een cassatiearrest al dan niet officieel te publiceren (in het Bulletin des arrêts de la Chambre criminelle de la cour de Cassation) genomen door het Hof zelf. Bepalend daarbij is of een arrest nieuwe jurisprudentiële regels bevat of principes die het waard zijn in herinnering gebracht te worden. Daarnaast verschijnen sommige arresten uiteraard ook in andere juridische publikaties. In dit artikel wordt een overzicht gegeven aan de hand van gepubliceerde arresten. Andere, vermeld door de rechtsleer, worden buiten beschouwing gelaten omdat te vaak niet duidelijk blijkt welke middelen ingeroepen worden, noch welke de rechtsoverwegingen van het Hof geweest zijn. Er zij opgemerkt dat het Hof van Cassatie zich reeds vóór 1980 over de materie gebogen had, o.a. bij arresten van 18 februari 1958 (*Bull.crim.*, nr. 163) en 16 maart 1961 (*Bull.crim.*, nr. 172, *J.C.P.*, 1961, II, 12157 met noot LARGUIER; adde DOLI, P.-J., «De la légalité de l'interception des communications téléphoniques au cours d'une information judiciaire», *D.*, 1965, Chron., 125). In deze beide zaken was afgeluisterd d.m.v. een bandopnemer, hetgeen toen niet als een «écoute téléphonique» werd beschouwd. Later zal het Hof op die stelling terugkomen (cf. infra). Eén keer was de wettigheid van het procédé stricto sensu uitdrukkelijk ter discussie gesteld maar het Hof had de voorziening verworpen zonder zich daarover uit te spreken (Crim. 26 juni 1979, *Bull.crim.*, nr. 227, *R.S.C.*, 1980, 175 met obs. LEVASSEUR, G.). Voor rechtspraak ten gronde, zie o.m. Poitiers, 7 januari 1960, *J.C.P.*, 1960, II, 11599, met noot CHAMBRON, P., *D.*, 1960, Somm. 91; Trib. Corr. Seine, 30 oktober 1964, *Gaz.Pal.*, 1964.2.410; *D.*, 1965, 423; *Rev.dr.publ.*, 1965, 211.

81 Fr. Sv. dat geen enkel rechtsbeginsel of wettelijke bepaling geschonden werd ⁴.

Het «wettelijk» kader ziet er na Tournet als volgt uit: af luisteren moet geschieden onder controle van de onderzoeksrechter. Bovendien mag geen gebruik worden gemaakt van listen of kunstgrepen en mag het recht van verdediging niet geschonden worden. Naast de afwezigheid van provocatie betekent dit, primo, de mogelijkheid voor de beklaagde om kennis te nemen van de opnamen en van de processen-verbaal waarin de gesprekken worden overgeschreven, secundo, de mogelijkheid over dit alles te debatteren (vereiste van hoor en wederhoor). Alle latere arresten zullen hierop voortbouwen.

Het arrest «Peureux et autres» (o.a. valsheid in geschrifte en belastingontduiking) verschilt voornamelijk van het voorgaande op twee punten. Enerzijds beslist het Hof dat, daar het af luisteren niet de basis voor de vervolgingen is geweest, er geen sprake kan zijn van schending van het recht van verdediging. Anderzijds wordt voor het eerst artikel 368 Fr. Sw., dat bepaalde aantastingen van het privé-leven d.m.v. technische hulpmiddelen strafbaar stelt, ingeroepen, maar door het Hof genegeerd ⁵. Hetzelfde geldt voor twee bepalingen

⁴ Artikel 81 Fr. Sv. luidt als volgt: «Le juge d'instruction procède, conformément à la loi, à tous les actes d'information qu'il juge utiles à la manifestation de la vérité. Si le juge d'instruction est dans l'impossibilité de procéder aux actes d'instruction il peut donner commission rogatoire aux officiers de police judiciaire afin de leur faire exécuter tous les actes d'information nécessaires dans les conditions et sous les réserves prévues aux articles 151 et 152. Le juge d'instruction doit vérifier les éléments d'information ainsi recueillis.»

⁵ Cass. crim., 9 oktober 1980, *J.C.P.*, 1980, IV, 414, *Bull. crim.*, nr. 225, *D.*, 1981, 332, met noot PRADEL, J., *J.C.P.*, 1981, II, 18578, met noot DI MARINO.

Artikel 368 Fr. Sw. luidt: «Sera puni d'un emprisonnement de deux mois à un an et d'une amende de 2000 à 60000 F, ou de l'une de ces deux peines seulement, quiconque aura volontairement porté atteinte à l'intimité de la vie privée d'autrui: 1° En écoutant, en enregistrant ou transmettant au moyen d'un appareil quelconque des paroles prononcées dans un lieu privé par une personne, sans le consentement de celle-ci; 2° En fixant ou transmettant, au moyen d'un appareil quelconque, l'image d'une personne se trouvant dans un lieu privé, sans son consentement. Lorsque les actes énoncés au présent article auront été accomplis au cours d'une réunion au vu et au su de ses participants, le consentement de ceux-ci sera présumé.»

Artikel 368 Fr. Sw. is wel elders aan bod gekomen, o.a. in rechtspraak ten gronde en in de rechtsleer. Men onderscheidt daarbij twee stromingen: een eerste benadrukt dat genoemd artikel geen uitzondering maakt voor de onderzoeksrechter en wijst er ten overvloede op dat de bepaling veel recenter is dan 81 Fr. Sv. Een tweede beroept zich op de parlementaire werkzaamheden m.b.t. art. 368: de wetgever heeft drie amendementen verworpen die ertoe strekten het gerechtelijk af luisteren van de telefoon van een privé-woning te verbieden. Bovendien werd desgevraagd bevestigd dat de litigieuze bepaling geen afbreuk deed aan de bevoegdheden die de onderzoeksrechter bezat, met inbegrip van die om in bepaalde omstandigheden en onder bepaalde voorwaarden af te (laten) luisteren. Daaruit kon de toelaatbaarheid van het procédé afgeleid worden (cf. PRADEL, J., «Les dispositions de la loi n° 70-643 du 17 juillet 1970 sur la protection de la vie privée», *D.*, 1971, *Chron.*, 111, nr. 20).

uit het post- en telecommunicatiewetboek en artikel 9 Fr. B.W. ⁶

In het Kruslin-cassatiearrest (o.a. medeplichtigheid aan vrijwillige doodslag) ⁷, wordt dit pretoriaans «droit de l'écouté» versterkt met verwijzing naar artikel 151 Fr. Sv. en de algemene beginselen van strafprocesrecht ⁸. «Rechtsvragen waarvoor de wetgever geen enkel aanknopingspunt biedt, zijn zeldzaam», schreef Wiarda ooit eens, en dat illustreert het Hof treffend ⁹.

Belangrijk is dat voor het eerst artikel 8 E.V.R.M. en de rechtspraak van het Europees Hof ingeroepen worden. Het Hof oordeelt op nogal laconieke wijze dat er in casu geen inbreuk op de verdragsbepaling is geweest.

De twee daaropvolgende arresten liggen geheel in het verlengde van het voorgaande. Het eerste (i.v.m. moord) bevat geen enkel vermeldenswaardig element ¹⁰. Het tweede (eveneens m.b.t. moord) ¹¹ beslist dat eiser in cassatie, die zelf niet het slachtoffer is geweest van een schending van zijn recht op privacy, zich niet kan beroepen op artikel 8 E.V.R.M. teneinde de geldigheid (validité) aan te vechten van een regelmatig (régulièrement) bevolen af luistering ten huize van derden. In wezen bevat ook dit arrest niets nieuws.

De zaak Derrien (handel in verdovende middelen) gaf aanleiding tot twee belangrijke arresten. Twee vermeldenswaardige elementen: er werd niet op de lijn afgetapt maar gebruik gemaakt van een bandopnemer naast het toestel geplaatst en dit gebeurde in het kader van een opsporingsonderzoek (zonder onderzoeksrechter).

Het eerste arrest veroordeelt de uitgevoerde aftap ¹². Opnemen naast de lijn moet juridisch gelijkgesteld worden met het aftappen van de lijn. Bovendien zijn af luisterpraktijken

⁶ De artikelen L.41 en L.42 bestraffen de schending van het geheim der aan de diensten voor telecommunicatie toevertrouwde boodschappen alsmede de bekendmaking en/of verspreiding zonder de toestemming van de geadresseerde of van de afzender van boodschappen verspreid via radio-elektrische weg. Artikel 9 Fr. B.W. luidt: «Chacun a droit au respect de sa vie privée. Les juges peuvent, sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toutes mesures telles que séquestre, saisie et autres, propres à empêcher ou faire cesser une atteinte à l'intimité de la vie privée; ces mesures peuvent, s'il y a urgence, être ordonnées en référé.»

⁷ Cass. crim., 23 juli 1985, *Bull. crim.*, nr. 275, *D.*, 1986, *Somm.*, 120, en obs., *D.*, 1986, 125, met noot COSSON, J.

⁸ Artikel 151 luidt: «Le juge d'instruction peut requérir par commission rogatoire tout juge de son tribunal, tout juge d'instance du ressort de ce tribunal, tout officier de police judiciaire compétent dans ce ressort ou tout juge d'instruction, de procéder aux actes d'information qu'il estime nécessaires dans les lieux soumis à la juridiction de chacun d'eux. — La commission rogatoire indique la nature de l'infraction, objet des poursuites. Elle est datée et signée par le magistrat qui la délivre et revêtue de son sceau. — Elle ne peut prescrire que des actes d'instruction se rattachant directement à la répression de l'infraction visée aux poursuites. (...)»

⁹ WIARDA, G.J., *Drie typen van rechtsvinding*, 1980, geciteerd door Jan RONSE, «Kan een V.Z.W. failliet verklaard worden?», in *Liber Amicorum Frédéric Dumon*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1983, 220.

¹⁰ Cass. crim., 4 november 1987, *D.*, 1988, *somm.* 195, arrest Croce, Antoine en Kruslin.

¹¹ Cass. crim., 15 maart 1988, *Bull. Crim.*, nr. 128, arrest Arfi, *D.*, 1988, *Somm.* 359, en obs.

¹² Cass. crim., 13 juni 1989, *Bull. Crim.*, nr. 254, *D.*, 1989, *I.R.*, 219.

in het kader van een opsporingsonderzoek uit den boze nu geen enkele wettelijke bepaling de officieren van gerechtelijke politie toestaat er op eigen initiatief toe over te gaan. Ten slotte zegt het Hof – voor de eerste maal expliciet – dat de reeds vermelde artikelen 81 en 151 Fr. Sv. bij wet voorziene inmengingen zijn van het openbaar gezag in het privé-leven in de zin van artikel 8 E.V.R.M.

Dezelfde zaak komt nogmaals voor het Hof van Cassatie en ditmaal wordt het arrest gewezen door zijn voltallige vergadering¹³. De analyse van zijn «Strafkamer» wordt in grote lijnen bevestigd. Men gaat bovendien nog een stap verder: onwettig zijn alle af luisteringen die plaatsvinden zonder rogatoire commissie van de onderzoeksrechter, m.a.w. buiten het kader van het gerechtelijk onderzoek. In de visie van het Hof is af luisteren in heterdaadprocedures alzo eveneens uitgesloten.

Voor het eerst verwijst het Hof naar artikel 66 Fr. Grondwet¹⁴. De draagwijdte van deze bepaling is tweeledig; negatief sluit artikel 66 het af luisteren uit in de fase van de procedure waarin geen magistraat optreedt; positief moet het de demonstratie zijn van de conformiteit van het Franse af luisterrecht met de principes van de rechtsstaat¹⁵.

1989 is een vruchtbaar jaar voor het af luisterrecht: op 19 juni buigt het hoogste Franse rechtcollege zich nogmaals over een af luisterzaak en vernietigt een arrest van de chambre des mises en accusation waarin geweigerd werd een proces-verbaal, met erin de weergave van een op anonieme wijze verrichte opname, te vernietigen¹⁶. Reden voor de vernietiging is de onzekerheid nopens de precieze omstandigheden waarin de opname en de overhandiging ervan plaatsvonden.

In 1990 komt het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna E.H.R.M.) op de proppen met twee arresten van 24 april, procedurele uitlopers van de twee hierboven vermelde casussen Kruslin en Hüvig¹⁷. Het is niet onze bedoeling die arresten in extenso te analyseren. Belangstellenden verwijzen we naar de diverse bestaande commentaren¹⁸.

Ons en anderen intrigeert de volgende passus: «Dans un domaine couvert par le droit écrit, la loi est le texte en vigueur tel que les juridictions compétentes l'ont interprété en ayant égard, au besoin, à des données techniques nouvelles»¹⁹. M.a.w. voor het Europees Hof vormt de rechtspraak van het Franse Hof van Cassatie, samen met formele

wetteksten «de wet» in de zin van lid 2 van artikel 8 E.V.R.M., dat de voorwaarden opsomt waaronder de overheid inbreuk mag maken op het in lid 1 geproclameerde grondrecht op privacy²⁰. Het Franse «pretoriaanse» af luisteren heeft aldus wel degelijk een wettelijke grondslag, volgens Straatsburg.

Te kort schiet het Franse recht voor het vereiste dat de «wet» voldoende «duidelijk en nauwkeurig» moet zijn om willekeur tegen te gaan²¹.

Het Hof besluit in elk van de twee arresten dat «le droit français, écrit et non écrit, n'indique pas avec assez de clarté l'étendue et les modalités d'exercice du pouvoir d'appréciation des autorités dans le domaine considéré»²².

II. De rechtspraak na Kruslin en Hüvig

De reactie van Frankrijk liet niet lang op zich wachten. Reeds op 27 april 1990 – drie dagen later – verspreidde het Ministerie van Justitie een nota, gericht aan alle voorzitters van de hoven en rechtbanken, waarin aangegeven wordt op welke wijze de Europese rechtspraak diende te worden geïnterpreteerd. Samengevat stelt de nota dat het E.H.R.M. expliciet de pretoriaanse ontwikkeling van het «af luisterrecht» toelaat en dat enkel de door Straatsburg aangeduide leemten dienen te worden opgevuld, door de rechtspraak wel te verstaan...

De veroordeling wordt dus niet – zoals men zou kunnen verwachten – gevolgd door een wetgevend initiatief, maar door een eenvoudige nota erbij²³. Deze handelwijze, spottend omschreven als «de kunst om een wet uit te sparen»²⁴, vindt haar weerslag in een cassatiearrest gewezen in voltallige strafkamer op 15 mei 1990²⁵.

²⁰ Artikel 8, lid 2, E.V.R.M. luidt: «Geen inmenging van enig openbaar gezag is toegestaan met betrekking tot de uitoefening van dit recht, dan voor zover bij de wet is voorzien en in een democratische samenleving nodig is in het belang van 's lands veiligheid, de openbare veiligheid, of het economisch welzijn van het land, de bescherming van de openbare orde en het voorkomen van strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden, of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.»

²¹ Voor een overzicht van de door het Hof gebrandmerkte tekortkomingen aan de Franse wetgeving, zie de commentaren aangehaald in de voetnoten 18 en 30. Het betreft voornamelijk de afwezigheid van enige bepaling m.b.t. de categorie voor personen die het voorwerp van de maatregel kunnen uitmaken alsmede van de misdrijven die er aanleiding toe kunnen geven, het ontbreken van een maximale duur en de omstandigheid dat niets bepaald wordt over de wijze waarop de processen-verbaal waarin de opnamen zijn weergegeven, dienen te worden vernietigd, m.n. i.g.v. vrijpraak of buitenvervolginstelling. Het Europees Hof schijnt deze tekortkomingen slechts enuntiatief te geven, wat wel eens uit het oog verloren wordt.

²² § 36 van het arrest.

²³ In België is de tussenkomst van een minister bij de interpretatie van wetgeving niet zo evident: «Overwegende dat de scheiding der machten een grondwettelijk beginsel is; dat elk der machten specifieke taken en bevoegdheden heeft; overwegende dat de interpretatie van de wet niet behoort aan de uitvoerende macht (...)» (Arbrb. Antwerpen, 10 juni 1991, *T.V.R.*, 1991, 531).

²⁴ KOERING-JOULIN, R., «De l'art de faire l'économie d'une loi (à propos de l'arrêt Kruslin et de ses suites)», *D.*, 1990, Chronique, XXXII.

²⁵ Cass. crim., *D.*, 1990, I.R., 143, Bacha.

¹³ Cass., ass. plén., 24 november 1989, *Bull. Crim.*, nr. 440, *D.*, 1990, 34. Zie PRADEL, J., «Écoutes téléphoniques et Convention européenne des droits de l'homme (à propos de Cass., Ass. plén., 24 nov. 1989, affaire Baribeau, *D.*, 1990, 34)», *D.*, 1990, Chron. 15.

¹⁴ «L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi.»

¹⁵ JEANDIDIER, W., cf. noot 1.

¹⁶ Cass. crim., 19 juni 1989, *Bull. crim.*, nr. 261, Grayo.

¹⁷ Zie voetnoot 1.

¹⁸ Zie o.m. voor België: LAMBERT, P., «Les écoutes téléphoniques», *J.T.*, 1990, 749, en MILQUET, J., «Quand sonne le glas du Zoller?», noot onder Cass., 2 mei 1990, *Journal des procès*, 1990, nr. 178, 35; voor Nederland: TIES PRAKKEN, «De arresten Kruslin en Hüvig van het EHRM», *N.J.B.*, 1991, 732, en de rechtsleer aangehaald in voetnoot 30; voor Frankrijk: PRADEL, J., noot bij E.H.R.M., 24 april 1990, *Recueil Dalloz Sirey*, 1990, Jur., 358 en de doctrine vermeld in voetnoot 30.

¹⁹ § 29 van het arrest.

De aftap wordt op een lekker ouderwetse wijze aanvaard ! Opnieuw wordt artikel 368 Fr. Sw. (gewild) buiten beschouwing gelaten en wordt een beroep gedaan op het traditionele koppel 81 en 151 Fr. Sv. De reeds bekende pretoriaanse garanties worden aangevuld met enkele innovaties die geacht worden de door het E.H.R.M. aangeklaagde leemten op te vullen. In verband met het recht van verdediging zegt het Hof voor recht dat over de transcriptie van de gesprekken gedebatteerd moet kunnen worden. Afluisteren kan enkel m.b.t. misdaden of elk ander wanbedrijf dat op ernstige wijze de openbare orde verstoort.

Enkele schemerzones blijven bestaan : de duur van het afluisteren, garanties i.v.m. de «integriteit» van de opnamen en de omstandigheden waarin zij uitgewist worden, om er maar enkele te noemen. Ook de beperking van de aftapbevoegdheid in verband met de zwaarte van het vermoed misdrijf is voor kritiek vatbaar, wegens de vaagheid («misdrijven die een zware aantasting van de openbare orde betekenen»).

Een arrest van 19 maart 1991 voegt daar nog aan toe dat de zwaarte van het misdrijf steeds in concreto dient te worden beoordeeld. Het hof van beroep dat zich beperkt tot de enkele verwijzing naar de omstandigheid dat het een misdaad betreft, verantwoordt zijn beslissing niet in rechte ²⁶.

III. «La loi relatif au secret des correspondances émises par la voie des télécommunications»

Tot zeer onlangs zag het ernaar uit dat Frankrijk op de ingeslagen pretoriaanse weg zou voortgaan. Het kwam dan ook enigszins als een verrassing toen op 29 mei 1991 de eerste minister bij de Kamer een ontwerp van wet «relatif au secret des correspondances émises par la voie des télécommunications» indiende ²⁷. De toon van de memorie van toelichting is resoluut Europees, op de rand van het hypocriete : tien jaar «chauvinistische» rechtspraak wordt met de mantel der liefde bedekt ; een naar het schijnt (want geheim gehouden) vernietigend rapport van de zgn. Commissie-Schmelck, – besteld door de toenmalige eerste minister, afgerond in 1982 en vervolgens naar de prullenmand verwezen –, is plots (tien jaar later) het werkstuk waarop de ontwerpwetgever zich bijna blindelings baseert. En wat te denken van de volgende verantwoording : «Le Gouvernement considère que le moment est venu de mettre fin à cette situation de carence juridique grace, parce que (...) la France se doit d'être exemplaire sur le terrain de la protection des droits de l'Homme et du citoyen»... ²⁸?

Op 10 juli 1991 is de wet een feit en sedert 1 oktober 1991 is ze van kracht.

Wat zijn haar krachtlijnen ? De eerste titel («Des interceptions ordonnées par l'autorité judiciaire») last een nieuwe onderafdeling, «Des interceptions de correspondances émises par la voie des télécommunications», in het Franse Wetboek van Strafvordering in, bevattende de nieuwe artikelen 100 tot 100-7. Hun inhoud, beknopt : de onderzoeksrechter mag, wanneer de noodwendigheden van het onderzoek dit

vereisen, laten overgaan tot aftappen, opnemen en overschrijven van over het telecommunicatienet gevoerde gesprekken, wanneer de feiten een misdaad of een wanbedrijf (strafbaar met een gevangenisstraf van twee jaar of meer) betreffen. Zijn beslissing dient schriftelijk gegeven te worden, is niet jurisdictioneel en niet vatbaar voor enig beroep (art. 100). De beslissing moet de af te luisteren lijn identificeren, gemotiveerd zijn en de duur aangeven. Deze laatste bedraagt maximaal vier maanden en is hernieuwbaar onder dezelfde voorwaarden (artt. 100-1 en 100-2).

De onderzoeksrechter of de door hem aangewezen officier van gerechtelijke politie mag de bijstand vorderen van bij de exploitatie van het net betrokken personen teneinde tot de plaatsing van afluisterapparatuur over te gaan (art. 100-3).

De onderzoeksrechter of de officier van gerechtelijke politie relateert in een proces-verbaal alle handelingen verricht n.a.v. het onderscheppen en opnemen. Het proces-verbaal bevat datum en uur van begin en einde van de operaties. Enkel die gesprekken die nuttig zijn voor het achterhalen van de waarheid worden overgeschreven en geconsigneerd in een proces-verbaal dat bij het dossier wordt gevoegd, na eventueel vertaald te zijn door een beëdigd vertaler (art. 100-4 en 100-5). De opnamen zelf worden verzegeld bewaard en, wanneer de publieke vordering verjaart, vernietigd door toedoen van de procureur(-generaal). Hiervan wordt eveneens proces-verbaal opgemaakt (art. 100-6). Lijnen van advocaten (professioneel en privé) mogen slechts afgeluisterd worden indien de stafhouder daarover ingelicht wordt door de onderzoeksrechter (art. 100-7).

– De tweede titel handelt uitgebreid over de «interceptions de sécurité», ook wel administratieve aftap geheten. In uitzonderlijke omstandigheden kan, onder het gezag van de eerste minister, afgeluisterd worden ten behoeve van de staatsveiligheid. Opvallend is dat bepaald wordt dat de eerste minister het maximumaantal afluisteringen vastlegt dat simultaan mag worden uitgevoerd (art. 5 van de wet).

Een aantal bepalingen uit de eerste titel wordt mutatis mutandis overgenomen (artt. 6 t.e.m. 12). Daarnaast wordt een «Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité» opgericht, voornamelijk bestaande uit magistraten en parlementsleden (art. 13). De commissie, die zoals de naam het zegt, controlebevoegdheden heeft, kan adviezen geven en aanbevelingen richten, eventueel op eigen initiatief, alsook individuele klachten van de burger onderzoeken (artt. 14 t.e.m. 19).

– De derde en laatste titel bevat enkele gemeenschappelijke bepalingen. Zo wordt een nieuw artikel 371 Fr. Sw. ingevoerd, dat de uitvoerende macht de bevoegdheid geeft de lijst van toestellen vast te leggen die de inbreuk op artikel 368 Fr. Sw. (cf. supra) mogelijk maken (art. 24). Het vervaardigen, invoeren, enz. van die toestellen is onderworpen aan een ministeriële machtiging. Dezelfde bepaling stelt ook het maken van reclame voor dergelijke snufjes strafbaar, wanneer het aanzet tot handelingen die strafbaar zijn. Ook wordt een artikel 186-I in het Strafwetboek ingevoegd. Gestraft wordt elke al dan niet organiek bij het telecommunicatiegebeuren betrokken persoon die «wilde», niet door de wet geregelde afluisteringen en/of opnamen beveelt, mogelijk maakt of vergemakkelijkt, of nog, het gebruik of de verspreiding van de inhoud van telefoongesprekken bewerk-

²⁶ Cass. crim., 19 maart 1991, *Gazette du Palais*, vendredi 11, samedi 12 octobre 1991, 10.

²⁷ Assemblée Nationale, seconde session ordinaire de 1990-1991, n° 2068, document mis en distribution le 31 mai 1991.

²⁸ *Idem*, 3.

stelt. Eveneens worden gestraft zij die «te kwader trouw» af luisterapparatuur plaatsen (artt. 25 en 26).

We stellen vast dat de eerste twee titels uitgebreide aftapbevoegdheden toekennen. Enigszins verwarrend als men de vlag (*La loi relatif au secret des correspondances*) en de lading vergelijkt. De memorie van toelichting noemt de dingen bij hun naam: «Il ne s'agit certes pas de désarmer l'Etat. Il est indispensable que la justice puisse utiliser tous les moyens nécessaires à la recherche des auteurs et des preuves des crimes et délits. Il est non moins indispensable que le Gouvernement de la République soit en mesure de disposer de toutes les informations dont il a besoin pour sauvegarder la sécurité nationale, les intérêts supérieurs du pays et prévenir les infractions les plus graves»²⁹.

Tot dusver heeft deze wet weinig commentaar losgeweekt in Frankrijk. Met name werd nog niet nagegaan in welke mate de wet een adequaat antwoord vormt op de kritiek van het Europees Hof. Zo'n evaluatie ligt voor de hand, te meer daar men in andere landen niet geargeld heeft de criteria uit deze «Frans-Europese» rechtspraak te transponeren teneinde andere dan Franse wetten en wetsontwerpen tot aftap te toetsen³⁰.

Zonder ons aan een grondige toetsing te wagen lijkt de wet globaal te beantwoorden aan de vereisten zoals die blijken uit de Kruslin- en Hüvig-arresten. Een voorbehoud dient wellicht te worden gemaakt m.b.t. de afwezigheid van elke omschrijving van de categorie personen die het voorwerp van de litigieuze maatregel kunnen uitmaken. Ook dient aangestipt te worden dat, volgens een bepaalde Nederlandse doctrine, het arrest Lamy (m.b.t. het recht van de verdediging in voorlopige hechtenis) betrokken moet worden bij elke evaluatie van het dwangmiddel «aftap»³¹. Dit zou onder meer met zich meebrengen dat de verdachte reeds bij de beslissing van voorlopige hechtenis recht heeft op kennisgeving van de processen-verbaal van de tap die van belang zijn voor het onderzoek; anders is er strijdigheid met artikel 5, lid 4, E.V.R.M.³². Zo'n recht wordt in het Franse wet niet toegekend.

Het deel m.b.t. de «administratieve» af luisterpraktijken is moeilijker te beoordelen, o.a. omdat die materie slechts zelden aan bod kwam in procedures voor het Europees Hof en het ons dus aan desbetreffende richtlijnen ontbreekt. In elk geval blijkt de Franse wet op dit punt schatplichtig aan de desbetreffende Duitse wetgeving die door het Europese Hof niet strijdig werd bevonden met (o.a.) artikel 8 E.V.R.M.³³. Behoudens kenteringen in de Europese rechtspraak mag bij gevolg aangenomen worden dat dit deel de toets doorstaat.

Dat de nieuwe wet wellicht niet alle vraagstukken oplost, moge blijken uit een arrest van het Hof van Cassatie, gewezen op 4 september jl. in een zaak waarin tijdens een huiszoeking de telefoon gaat, deze opgenomen en onmiddellijk doorgegeven wordt aan de verdachte door een van de huiszoekende officieren van gerechtelijke politie die vervolgens het gesprek hoort dat zich ontspint³⁴. Geen onderschepping, geen opname zegt Cassatie en bijgevolg geen aanleiding tot nietigheid van de processen-verbaal die het gesprek weergeven, noch van de daaropvolgende procedure. De telefoonaftap is wellicht gedoemd om aanleiding te blijven geven tot controverses.

IV. *La petite histoire*

Op een andere plaats stellen we vast dat m.b.t. de aftap het Europees Hof zich in toenemende mate terughoudend opstelt³⁵. Volgens Van Dijk betreft het hier een algemene tendens³⁶. Mogelijke verklaring voor de houding van het Hof is de afnemende acceptatie bij verdragsstaten van wat gezien wordt als een te activistische Straatsburgse jurisprudentie. Teneinde het tij te doen keren wordt steeds meer ruimte aan de appreciatie van de nationale rechtspraak der lidstaten gelaten, en dan voornamelijk m.b.t. geladen rechten zoals die neergelegd in de verdragsartikelen 8 en 10³⁷.

Is deze terughoudendheid de verklaring voor de volgende paragraaf uit het Kruslin-arrest? «Dans le domaine du paragraphe 2 de l'article 8 (...) la Cour a toujours entendu le terme 'loi' dans son acception 'matérielle' et non 'formelle'; elle y a inclus à la fois des textes de rang infralégislatif (...)

²⁹ *Ibidem*, 4.

³⁰ Voor België: DERUYCK, F., *l.c.*, 10-15. Voor Nederland: KLIFMAN, J.H., «Nieuwe tapwetgeving: legitimering van een reeds gevolgde praktijk?», *D.D.*, 1991, 41-62; VAN DEN HOUT, P.J., «Het af luisteren van telefoongesprekken in het licht van de voorstellen van Commissie Moons», *D.D.*, 1991, afl. 6, 638-654; SWART, A.H.J., «Af luisteren van telefoons», *A.A.*, 1991, 160-168; PRAKKEN, T., «De arresten Kruslin en Hüvig van het E.V.R.M. Gevolgen voor het telefoontappen in Nederland», *N.J.B.*, 1991, 731-739; SILVIS, J., «Heimelijk af luisteren en opnemen in strafrecht en strafvordering», *Computerrecht*, 1989, 3, 135-139; KLIFMAN, J.H., «De telefoonaftap: ook in het stadium van het eindonderzoek 'glasnost' niet verzekerd», *D.D.*, 1990, 369-409; KLEIN KRANENBERG, J.A., «De telefoon-aftap in de voorstellen van de Commissie-Moons», *A.A.*, 126-131.

³¹ Europees Hof van de Rechten van de Mens, arrest Lamy, 30 maart 1989, *Publ. Sér. A.*, nr. 151; KLEIN KRANENBERG, J.A., *l.c.*, 132, met verwijzing naar MEYER, E., «Over de tap», *N.C.J.M.*, 1989, 532-533 en 541.

³² Dit artikel luidt: «Een ieder, die door arrestatie of gevangenhouding van zijn vrijheid is beroofd, heeft het recht voorziening te vragen bij de rechter opdat deze op korte termijn beslist over de wettigheid van zijn gevangenhouding en zijn invrijheidstelling beveelt, indien de gevangenhouding onrechtmatig is.»

³³ Europees Hof voor de Rechten van de Mens, arrest Klass e.a., 6 september 1978, *Publ. Sér. A.*, nr. 28.

³⁴ Cass. crim., R., 4 september 1991, Boumaref, *La semaine juridique*, Ed. G. n° 47, IV, 408.

³⁵ Zie onze bijdrage in een te verschijnen Panopticon-nummer.

³⁶ VAN DIJK, P., «Enige toppen en dalen in het Europese landschap. Kroniek rechten van de mens 1989-1990», *N.J.B.*, 1991, 1177.

³⁷ M.b.t. artikel 10 E.V.R.M. (recht op vrijheid van meningsuiting) kan verwezen worden naar het arrest Müller van 24 mei 1988 (*Serie A*, nr. 133; zie ook *N.J.*, 1991, 685, noot). Een strafrechtelijke veroordeling en een inbeslagneming van kunstwerken op last van een Zwitsers kantonrechter wegens obsceniteit, wordt door het Hof aanvaard. Vooral het oppervlakkig onderzoek van de opmerkingen van de Zwitserse rechter, het ontbreken van een degelijke rechtsvergelijkende analyse, het gegoochel met verschillende criteria voor de beperking van de meningsuiting werden het Hof kwalijk genomen, te meer daar dezelfde kunstwerken op een andere plaats in Zwitserland wel straffeloos geëxposeerd werden. In dit arrest heeft het Hof wel heel veel ruimte gelaten aan plaatselijke gevoelheden. Over de terughoudende koers m.b.t. artikel 10 E.V.R.M. na het arrest Müller: VOORHOOF, D., «Artikel 10 E.V.R.M. Commerciële informatie en kritiek in de economische berichtgeving; enkele beschouwingen bij het Mark Intern-arrest», *R.W.*, 1990-1991, 700.

et le 'droit non écrit'. Les arrêts Sunday Times (...) concernaient certes le Royaume-Uni, mais on aurait tort de forcer la distinction entre pays de common law et pays 'continentaux'; (...) La loi écrite revêt aussi, (...) de l'importance dans les premiers. Vice versa, la jurisprudence joue traditionnellement un rôle considérable dans les seconds, à telle enseigne que des branches entières du droit positif y résultent, dans une large mesure, des décisions des cours et tribunaux. (...) A la négliger, elle ne minerait guère moins le système juridique des Etats 'continentaux' que son arrêt Sunday Times (...) n'eût 'frappé à la base' celui du Royaume-Uni s'il avait écarté la common law de la notion de 'loi'. Dans un domaine couvert par le droit écrit, la loi est le texte en vigueur tel que les juridictions compétentes l'ont interprété en ayant égard, au besoin, à des données techniques nouvelles» (§ 29).

De meeste commentatoren rechtvaardigen deze stellingname door erop te wijzen dat het E.V.R.M. uiteenlopende rechtstelsels «superviseert»: «On sent là l'effet pervers de la Convention européenne qui, comme tous les documents internationaux, à force de vouloir trop embrasser, étirent toujours mal»³⁸. De aanzet tot de bovenvermelde rechts-overweging in beide Europese arresten was reeds in 1979 gegeven met het mijlpaalarrest Sunday Times³⁹. Toen had het Hof beslist dat in een «Common Law»-systeem het concept «wet» niet beperkt kon worden tot formele teksten: «On irait manifestement à l'encontre de l'intention des auteurs de la Convention si l'on disait qu'une restriction imposée en vertu de la common law n'est pas 'prévvue par la loi' au seul motif qu'elle ne ressort d'aucun texte législatif: on priverait un Etat de common law partie à la Convention de la protection de l'article 10, par. 2, et l'on frapperait à la base son système juridique»⁴⁰. De arresten Kruslin en Hüvig zouden, aldus een bepaalde doctrine, deze redenering mutatis mutandis op coherente wijze doortrekken. Kouring-Joulin heeft geen moeite met het Sunday Times-arrest, wel met de stelling dat de rechtspraak in continentale rechtstelsels een vergelijkbare plaats inneemt. Zij vindt dit gewaagd en weinig overtuigend en somt daarvoor een viertal redenen op: *primo*, «wet» in zijn materiële betekenis hanteren en niet in formele zin is volgens haar wel degelijk de enige manier om aan het E.V.R.M. zijn volle betekenis te geven. Wat het Hof in casu doet, nl. in de materiële wet ook de rechtspraak onderbrengen, gaat echter veel verder en is juridisch onverdedigbaar. *Secundo*, net zoals het verkeerd is de tegenstelling Common Law/continentaal recht op de spits te drijven, mogen de gelijkenissen niet overroepen worden op gevaar af een harmonisatie te verwarren met een utopische eenmaking. *Tertio*, geen zinnig jurist zal de aanzienlijke rol van de rechtspraak in continentaal recht in twijfel trekken, maar — met name in strafzaken — is en blijft die rol beperkt tot de interpretatie van normen. Van regelgeving is geen sprake. Overigens, de voorbeelden die het Hof aanhaalt, betreffen alle teleologische interpretaties, bestemd om de begrippen die de wet hanteert, te definiëren door op zoek te gaan naar de bedoeling van de wetgever. *Quarto*, het sluitstuk van de

redenering van het Hof heeft betrekking op de interpretatie van wetteksten «en ayant égard, au besoin, à des données techniques nouvelles». In het kader van de aftap zou zulks kunnen doen uitkomen dat het stilzwijgen van de wetgever over dit procédé verband houdt met zijn recent karakter. Kouring-Joulin wijst erop dat die redenering op een verkeerde premisse berust, daar telefoonafluisteren in zijn ruime betekenis reeds in de 19e eeuw plaatsvond⁴¹. Dat de materie niet geregeld is — ook niet in het Wetboek van Strafvordering van 1958 — is wellicht gewild gebeurd, teneinde de rechter een grotere appreciatiebevoegdheid te laten. M.a.w., de rechtspraak wilde niet een verouderd tekst «operationeel» maken, maar veeleer een pretoriaanse «licéité» geven aan het van wettelijke grondslag gespeende procédé.

Op de vraag of het in casu niet raadzamer ware geweest de term «wet» te beperken tot formele en materiële wetteksten, met uitsluiting van de rechtspraak, is geantwoord dat zulks niet mogelijk was wegens de Common Law. Deze stelling overtuigt niet. In tegenstelling tot bijvoorbeeld het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen vormen de Europese Commissie en het Europees Hof voor de Rechten van de Mens geen hogere beroepsorganen die moeten waken over de eenheid van het Europese recht⁴². De Straatsburgse organen hebben (slechts) te waken over de minimumstandaard die in de Conventie is neergelegd. Hun toetsing is in vele opzichten marginaal en steeds toegespitst op een bepaalde nationale regeling, wat verschillen tussen bepaalde arresten verklaart⁴³. Het Hof is niet verplicht op algemene wijze uitspraak te doen. Wat belet het Hof bijgevolg zijn rechtspraak te «moduleren» volgens het rechtstelsel waarin de zaak is «ingebed»? Kon het Hof m.a.w. niet de stelling hanteren dat in Common Law de wet niet alleen het geschreven recht is, terwijl in continentaal recht het begrip beperkt blijft tot (materiële en formele) wetteksten? Betekent de jongste rechtspraak van het Europees Hof op termijn niet de doodsteek van (een deel van) het E.V.R.M.?

We gaan nog een stap verder. Het Nederlandse Wetboek van Strafvordering opent met de volgende «klaroenstoot»⁴⁴: «Strafvordering heeft alleen plaats op de wijze bij de wet voorzien» (artikel 1 Nl. Sv.). Algemeen wordt in Nederland een sterke binding van de strafrechtspleging aan de wet geëist, wat onder meer blijkt uit de zeer uitgebreide en gedetailleerde regeling van de dwangmiddelen in het wetboek.

Het Belgisch Wetboek van Strafvordering bevat geen met artikel 1 Nl. Sv. vergelijkbare bepaling en we stellen vast dat onze «aanvaarde» dwangmiddelen minder zorgvuldig opgetekend zijn. Voegt men hierbij de beperkende interpretatie van artikel 7, tweede lid, van onze Grondwet⁴⁵, zoals die vo-

⁴¹ Met verwijzing naar Cass., Ch. réun., Cons. sup. magistrature, 31 januari 1888, S., 1889, 1, 241.

⁴² SCHERMERS, H.G., «Interventie», in *Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging; Verslag van de op 8 juni 1990 te Utrecht gehouden algemene vergadering over artikel 8 E.V.R.M.*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1990, II, 9.

⁴³ *Idem*.

⁴⁴ Term ontleend aan REIJNTJES, J.M., *Boef of burger? Over de relatie tussen toezicht en opsporing*, Arnhem, Gouda Quint, 1989, 3.

⁴⁵ Artikel 7, tweede lid, Gw. luidt: «Niemand kan worden vervolgd dan in de gevallen die de wet bepaalt en in de vorm die zij voorschrijft.»

³⁸ JEANDIDIER, W., cf. noot 1.

³⁹ Europees Hof voor de Rechten van de Mens, arrest Sunday Times, 26 april 1979, *Publ.Sér.A*, nr. 30.

⁴⁰ § 47 van het arrest.

rig jaar nog in dit tijdschrift verdedigd werd ⁴⁶, dan beseft men hoe ongepast spreken van «een Belgisch legaliteitsbeginsel in de strafprocedure» is. De Belgische strafprocedure en regeling van de opsporingsmethoden doen dan ook erg Frans aan. Vaak aanvaardt de rechtspraak «niet of nauwelijks expliciet geregelde opsporingstechnieken» met (slechts) een verwijzing naar algemene bevoegdheidsomschrijvingen ⁴⁷, of naar de stelling dat «wat niet geregeld is, mag, tenzij strijdigheid met het recht van verdediging, de wettigheid of de algemene rechtsprincipes» ⁴⁸.

Deze Belgisch-Franse benaderingswijze van de strafprocedure wordt – zoals we zagen bij de aftap – niet uitgesloten door de rechtspraak van het Europees Hof. Anderen hebben er reeds op gewezen – en het is hier de plaats om dat te herhalen – dat men niet zonder meer mag aannemen dat uit de Straatsburgse rechtspraak altijd de best mogelijke regeling valt af te leiden ⁴⁹. Wanneer Dumon waarschuwt voor een al te vrije rechtsvinding en nadrukkelijk wijst op de voorrang van de wet bij het vinden van het recht in een parlementaire democratie ⁵⁰, geeft hij o.i. uiting aan de overtuiging dat een mate van (formeel/schriftelijke) wettelijk-

heid in ons recht niet mag ontbreken. De toename van (geschreven) Britse strafwetten en strafproceswetten doet ons geloven dat deze continentale gedachte ook in het Angelsaksische recht groeit ⁵¹, wat ingaat tegen de door ons bekritiseerde Europese jurisprudentie die (te veel) ruimte laat voor het ongeschreven recht in *alle* Europese rechtsstelsels.

Er moet nauwlettend toegekeken worden op het gedrag van een rechter geconfronteerd met niet of nauwelijks geregelde overheids-handelingen. Pretoriaanse constructies (cf. de Franse rechtspraak) doet soms vergeten welke problematiek erachter schuil kan gaan. Deze kan van zodanige aard zijn dat alleen de wetgever in aanmerking komt om er een oplossing voor te bieden. De problematiek van de dwangmiddelen (vooral het «ontwerpen» en «verfijnen» ervan) zij het nu in het kader van de strafprocedure, de staatsveiligheid of de administratieve politie, is een goed voorbeeld van een materie die aan de wetgever voorbehouden moet blijven. Er zijn grenzen aan de rechtsvinding. Het afwijzen door de rechter van bepaalde niet-geregelde opsporingshandelingen vormt in zijn persoon geen moment van onmacht. Het behoort integendeel tot het wezen van zijn taak en vormt het meest efficiënt signaal naar de wetgever toe, om te doen wat deze in voorkomend geval behoort te doen ⁵².

Op een ogenblik dat Straatsburg de deur openzet voor het ongeschreven recht in de strafprocedure, lijkt het ons belangrijk aandacht te vragen voor de legaliteitsgedachte (in de vorm van geschreven recht) in de strafprocedure. De vraag is gesteld of de arresten Kruslin en Hüvig een goede zaak zijn voor het Europa van de rechten van de mens. Ofschoon de toekomst dit zal moeten uitwijzen zijn ondergetekenden pessimistisch gestemd. Zij hopen dat hun vrees geen waarheid wordt.

Paul BLONTROCK en
Paul DE HERT

Interdisciplinary Research Unit on Information Security
Centrum voor Internationaal Strafrecht
Vrije Universiteit Brussel

⁴⁶ OCKERS, J., «Is het onderzoek in strafzaken oorzaak van overbelasting van de strafrechter?», *R.W.*, 1990-91, 449-450. Volgens deze auteur wordt het onderzoek dat door het openbaar ministerie wordt gevoerd – de meerderheid van de gevallen – niet geregeld door dit grondwetsartikel. Immers, door het instellen van dit «opsporingsonderzoek» wordt geen vervolging op gang gebracht. «Integendeel, het heeft precies als oogmerk aan het openbaar ministerie de gegevens te verschaffen die mogelijk moeten maken te beslissen of er al dan niet vervolgingen zullen worden ingesteld» (450).

⁴⁷ Of men hanteert nog vagere toetsingscriteria genre «de waardigheid van het ambt» of «de waardigheid van Justitie» (cf. K.I.B. Luik, 23 mei 1984, *Jur. Liège*, 1984, 382 en de noot van FRANSEN, «Het gebruik van bandopnemers door de politie geoorloofd of ongeoorloofd?», in *Actuele voorinformatie*, Handboek Politiediensten, 19 maart 1986, nr. 8/1). Dergelijke criteria zijn te verwerpen, vooral als ze een toetsing aan de grondrechten gaan vervangen. Met «waardigheid» kan alles en het is niet duidelijk in welke mate de waardigheid van het ambt van bijvoorbeeld een onderzoeksrechter zo identificeerbaar is t.a.v. andere beroepen, dat men er een appel aan kan richten. Stippen we aan dat het in het gedrang brengen van «de waardigheid van het ambt» aanleiding kan geven tot een tuchtstraf (cf. art. 1 van de wet van 24 mei 1991 tot wijziging van de nieuwe gemeentewet wat de tuchtregeling betreft, *B.S.*, 6 juni 1991).

⁴⁸ Cf. de recente rechtspraak m.b.t. de Multanova-snelheidsrader (Corr. Antwerpen, 26 april en 27 juni 1991 en Pol. Antwerpen, 31 mei 1991, *T.Vred.*, 1991, 218 en 224).

⁴⁹ Zie hiervoor SCHERMERS, H.G., *l.c.*, 9.

⁵⁰ DUMON, F., «De opdracht van de hoven en rechtbanken. Enkele overwegingen», *R.W.*, 1975-76, 193 en 258.

⁵¹ Men neme bijvoorbeeld de laatste editie ter hand van HIRST, M. (red.), *Criminal Law Statutes*, Londen, Waterlow Publishers, 1990, 343 pp.

⁵² Inzichten over de vrije rechtsvinding zijn ontleend aan het reeds geciteerde artikel van Jan RONSE, 219-221.

HET WETSONTWERP VAN 25 SEPTEMBER 1991 TOT AFSCHAFFING VAN DE DOODSTRAF

1. Op 25 september 1991 diende minister van Justitie M. Wathelet in de Kamer van Volksvertegenwoordigers een wetsontwerp in tot afschaffing van de doodstraf (*Parl.St., Kamer*, 1990-91, nr. 1765/1).

2. Met dit wetsontwerp neemt de regering de fakkel over van een hele reeks van parlementsleden die reeds voorstellen in die zin formuleerden. Zo bepleitte De Brouckère reeds in 1832 de afschaffing van de doodstraf (memorie van toelichting, p. 1). In een meer recent verleden vermelden we het wetsvoorstel O. Van Ooteghem van 22 mei 1974 (*Parl.St., Senaat*, B.Z. 1974, nr. 180/1), het wetsvoorstel M. Storme c.s. van 16 maart 1978 (*Parl.St., Senaat*, 1977-78, nr. 334/1), het wetsvoorstel L. Dierickx van 25 november 1982 (*Parl.St., Kamer*, 1982-83, nr. 442-1), het wetsvoorstel H. Simons en M. Vogels van 4 maart 1988 (*Parl.St., Kamer*, B.Z. 1988, nr. 222/1), het wetsvoorstel F. Erdman c.s. van 19 april 1988 (*Parl.St., Senaat*, B.Z. 1988, nr. 251/1) en ten slotte het wetsvoorstel R. Blanpain en L. Appeltans van 3 november 1988 houdende goedkeuring van het Zesde Protocol bij het E.V.R.M. betreffende de afschaffing van de doodstraf, aangenomen in de Raad van Europa op 28 april 1983 (*Parl.St., Senaat*, 1988-89, nr. 478/1, met in bijlage het Zesde Protocol).

3. Zowel crimineel-politieke als praktische overwegingen hebben tot het wetsontwerp geleid.

Tot de eerste groep behoort de vaststelling dat de doodstraf een nutteloze, want «op het stuk van het preventief beleid volledig ondoeltreffende» straf is (memorie van toelichting, p. 2). Tevens wordt het misleidend karakter van de doodstraf gehekeld. Immers, door de systematische niet-uitvoering van de doodstraf en de automatische vervanging door de levenslange dwangarbeid, worden bepaalde misdrijven – zo bv. moord en doodslag – feitelijk gelijkgeschakeld, hoewel de wetgever een duidelijk onderscheid wenste te maken (*ibid*).

De overwegingen van praktische aard, die duidelijk de doorslag hebben gegeven, hebben te maken met het feit dat een aantal landen weigeren misdadigers aan België uit te leveren, wanneer ze in België tot de doodstraf zouden kunnen worden veroordeeld (memorie van toelichting, p. 3; zie, in een andere context, Van den Wyngaert, C., «Is uitlevering naar een staat waar de opgeëiste persoon de doodstraf riskeert nog langer verenigbaar met het E.V.R.M.?, *R.W.*, 1989-90, 761-770). Het is genoegzaam bekend dat de Italiaanse overheid om die reden geweigerd heeft de Turkse huurdoeder Necdet Demirkaya, verdacht van de moord op Stéphane Steinier, journalist van *La Nouvelle Gazette*, aan België uit te leveren (*De Standaard*, 11 december 1991, welke krant de wetgever duidelijk voor is wanneer ze schrijft: «Toen België de Italianen vroeg de Turkse huurdoeder terug te sturen naar ons land, bestond de doodstraf nog bij ons»).

4. De ambitie van het ontwerp reikt evenwel verder dan het louter afschaffen van de doodstraf. Zou namelijk de doodstraf worden vervangen door de levenslange dwangarbeid, dan zou de aangeklaagde gelijkgeschakeling van de straf-

bare feiten, *de lege lata* strafbaar met de doodstraf of de levenslange dwangarbeid, in rechte bevestigd worden (memorie van toelichting, p. 4). Er diende derhalve een nieuwe criminele straf te worden ingevoerd. Die omstandigheid nu wordt te baat genomen om meteen een herschikking, vereenvoudiging en harmonisatie van de criminele straffen uit te werken (*ibid*), waarbij het «verouderde en dubbelzinnige» begrip dwangarbeid wordt vervangen door het begrip opsluiting, en het onderscheid tussen de gewone en de buitengewone hechtenis wordt afgeschaft (memorie van toelichting, p. 6).

5. We zullen beide krachtlijnen van het ontwerp – namelijk de afschaffing van de doodstraf en de herschikking van de criminele straffen – hieronder toelichten. Maar eerst moet worden benadrukt dat de doodstraf niet in alle gevallen wordt afgeschaft. «Na een grondige studie van het vraagstuk is het immers wenselijk geacht de mogelijkheid om de doodstraf uit te spreken, te handhaven in bepaalde buitengewone omstandigheden, die verband houden met oorlogstijd. (...) Dit beginsel werd (...) op de volgende wijze vertaald: de doodstraf wordt afgeschaft in alle strafwetten, met uitzondering van het Militair Strafwetboek, in dat wetboek blijft het de straf voor bepaalde misdrijven van ernstige aard, welke tijdens de oorlog zijn begaan» (memorie van toelichting, pp. 3-4). We zullen de verdere uiteenzetting dan ook opsplitsen in twee delen: het gemeenrechtelijk strafrecht (I) en het militaire strafrecht (II).

I. Het gemeenrechtelijk strafrecht

a) Afschaffing van de doodstraf

6. Artikel 1 van het ontwerp luidt: «De doodstraf wordt afgeschaft overeenkomstig de bepalingen van deze wet.» Deze formulering duidt reeds aan dat de doodstraf behouden wordt voor bepaalde militaire misdrijven (memorie van toelichting, pp. 6-7). In het voorontwerp van wet werd dit met zoveel woorden gezegd: «Zij (= de doodstraf) kan evenwel (...) in oorlogstijd worden uitgesproken uit hoofde van bijzonder ernstige misdaden op militair gebied, welke in oorlogstijd zijn begaan» (art. 1, tweede lid, van het voorontwerp). De Raad van State nam daar echter aanstoot aan: «Ofwel heeft het (= art. 1, tweede lid) geen eigen normatieve aard, ofwel verdraagt de onnauwkeurigheid ervan (gedoeld wordt op het begrip «bijzonder ernstige misdaden») zich niet met het beginsel van de wettelijkheid van de straffen» (advies van de Raad van State, p. 13).

7. De doodstraf wordt vervangen door hetzij buitengewone levenslange opsluiting, hetzij buitengewone levenslange hechtenis (art. 2, tweede lid, van het ontwerp; zie, wat betreft de inhoud van deze straffen, *infra* sub b, nr. 9). Artikel 3 van het ontwerp preciseert in welke gevallen de doodstraf door de buitengewone levenslange opsluiting wordt vervangen, en in welke gevallen door de buitengewone levenslange hechtenis. Dit artikel kwam tot stand op aandringen van de

Raad van State, die in dit verband nogmaals op het beginsel van de wettelijkheid van de straffen, zoals het is neergelegd in artikel 9 van de Grondwet, wees (advies van de Raad van State, p. 13).

8. De artikelen 8 (/m 11 Sw., die de uitvoering van de doodstraf regelen, worden opgeheven en vervangen door een aantal nieuwe bepalingen betreffende de criminele straffen. Ook artikel 77 Sw., naar luid waarvan de doodstraf niet kan worden uitgesproken – en derhalve wordt vervangen door levenslange dwangarbeid – tegen iemand die op het ogenblik van de misdaad geen volle achttien jaar oud is, wordt opgeheven (art. 29 van het ontwerp).

b) *Herschikking van de criminele straffen*

9. Het wetsontwerp houdt nog slechts twee criminele straffen over: de opsluiting en de hechtenis (art. 4 van het ontwerp).

Deze straffen zijn ofwel tijdelijk ofwel levenslang (artt. 5 en 8 van het ontwerp).

De tijdelijke opsluiting of hechtenis wordt uitgesproken voor een termijn van 5 tot 10 jaar, van 10 tot 15 jaar of van 15 tot 20 jaar (artt. 7 en 10 van het ontwerp).

De levenslange opsluiting of hechtenis is ofwel gewoon, ofwel buitengewoon (artt. 6 en 9 van het ontwerp). Het onderscheid ligt hierin dat, wanneer de *buitengewone* levenslange opsluiting of hechtenis wordt uitgesproken, het hof van assisen deze straf kan koppelen aan «de vaststelling van een beveiligingsperiode van 10 tot 15 jaar of van 14 tot 20 jaar in geval van wettelijke herhaling», waarbij «tijdens deze periode generlei voorwaardelijke invrijheidstelling (kan) plaatsvinden» (*ibid.*). Bij de gewone levenslange opsluiting of hechtenis kan zo'n beveiligingsperiode niet worden vastgesteld.

10. De invoering van de beveiligingsperiode werd in de memorie van toelichting uitvoerig gemotiveerd.

In de eerste plaats dient de beveiligingsperiode om de sanctie in de praktijk te versterken: «De werkelijke sanctie is inderdaad vaak niet zozeer die welke is uitgesproken als die welke ten uitvoer wordt gelegd» (memorie van toelichting, p. 4). Vervolgens moet de beveiligingsperiode een extra waarborg uitmaken voor de openbare veiligheid: tijdens de duur ervan kan de betrokkene geen enkel gevaar opleveren voor de maatschappij (memorie van toelichting, p. 5). Ten slotte rekent de wetgever op een versterkt preventief effect. «De potentiële misdadiger weet voortaan dat hij, als hij een bijzonder ernstig misdrijf begaat, kan gestraft worden met een effectieve gevangenisstraf die tot 15 of zelfs 20 jaar kan oplopen. Dit is een termijn die als voldoende afschrikwekkend kan worden beschouwd» (*ibid.*).

De vaststelling van een beveiligingsperiode bij de oplegging van een buitengewone levenslange opsluiting of hechtenis is facultatief. Het is immers slechts nodig «in de zwaarste gevallen, ten aanzien van de gevaarlijkste en de meest onverbeterlijke misdadigers» (*ibid.*). Maar als een beveiligingsperiode wordt vastgesteld, wordt ze geenszins onwerkzaam door de toepassing van de wet van 31 mei 1888 op de voorwaardelijke invrijheidstelling: de beveiligingsperiode heeft immers prioriteit op genoemde wet (memorie van toelichting bij art. 13, p. 8). Artikel 1, laatste lid, van de wet van 31 mei 1888 wordt in die zin gewijzigd (art. 13 van het ontwerp). Op te merken valt evenwel dat niets de minister

van Justitie belet door de toepassing van de voorlopige invrijheidstelling (zie daarover Dupont, L. en Verstraeten, R., *Handboek Belgisch Strafrecht*, Leuven/Amersfoort, Acco, 1990, 632-639) de uitwerking van de beveiligingsperiode te ondermijnen.

De wenselijkheid en de duur van de beveiligingsperiode worden beoordeeld door het college van rechters en gezwoeren. Het college beslist hierover na de bepaling van de straf en volgens dezelfde procedure (memorie van toelichting bij art. 12, p. 8). In artikel 364 Sv. wordt daartoe een tweede paragraaf ingevoerd (art. 12 van het ontwerp).

De memorie van toelichting preciseert ten slotte dat de buitengewone levenslange straffen door de werking van de genade verminderd kunnen worden tot gewone levenslange straffen, zodat de eventueel vastgestelde beveiligingsperiode komt te vervallen (memorie van toelichting, p. 6).

11. Aan de hand van artikel 2 van het ontwerp kunnen de huidige criminele straffen worden omgezet in de nieuwe criminele straffen. Aldus:

- wordt de doodstraf vervangen door buitengewone levenslange opsluiting of hechtenis, overeenkomstig artikel 3 van het ontwerp (zie supra nr. 7);
- worden levenslange dwangarbeid en levenslange hechtenis vervangen door resp. gewone levenslange opsluiting en gewone levenslange hechtenis;
- worden dwangarbeid van 15 tot 20 jaar en buitengewone hechtenis vervangen door resp. opsluiting en hechtenis van 15 tot 20 jaar;
- worden dwangarbeid van 10 tot 15 jaar en gewone hechtenis van 10 tot 15 jaar vervangen door resp. opsluiting en hechtenis van 10 tot 15 jaar;
- worden opsluiting en gewone hechtenis van 5 tot 10 jaar vervangen door resp. opsluiting en hechtenis van 5 tot 10 jaar.

12. Ten slotte wordt een artikel 30bis in het Strafwetboek ingevoerd (het bestaande art. 30bis Sw. wordt hernummerd tot art. 30ter Sw.), naar luid waarvan de tot een vrijheidsstraf veroordeelden hun straf ondergaan in de inrichtingen, door de Koning aangewezen (art. 11 van het ontwerp). Dit artikel vervangt de opgeheven artikelen 14, 17 en 26 Sw., waarin immers gewag werd gemaakt van inrichtingen die heden ten dage niet meer bestaan, zoals tuchthuizen, opsluitingshuizen, vestingen en verbeterhuizen (memorie van toelichting bij art. 11, p. 8). Op te merken valt dat met dit artikel 30bis Sw. het domein van de criminele straffen wordt verlaten: het wordt immers opgenomen in de bepalingen, gemeen aan de afdelingen II («criminele straffen»), III («correctionele gevangenisstraf») en IV («politiegevangenisstraf») van boek I van het Strafwetboek.

II. Het militair strafrecht

13. Het voorontwerp van wet dat voor advies aan de Raad van State werd voorgelegd, hield een verregaande harmonisatie tussen het gewone en het Militair Strafwetboek in. De afschaffing van de doodstraf (art. 1 van het voorontwerp) en de vervanging ervan door buitengewone levenslange opsluiting of buitengewone levenslange hechtenis (art. 2 van het voorontwerp) golden immers in principe ook het militair strafrecht. Getuige daarvan is het feit dat in artikel 1 Mil. Sw. – dat de militaire straffen opsomt – de woorden «de dood met de kogel» vervangen zouden worden door de

woorden «de opsluiting ; de hechtenis» (art. 11 van het voorontwerp).

Vervolgens laste het voorontwerp in artikel 2 Mil. Sw. een nieuwe bepaling in, luidens welke «de feiten, die krachtens dit wetboek (= het Militair Strafwetboek) strafbaar zijn met buitengewone levenslange opsluiting of buitengewone levenslange hechtenis en die in oorlogstijd worden begaan, (...) in oorlogstijd strafbaar (zijn) met de doodstraf» (art. 11 van het voorontwerp). Op die manier werd aansluiting gezocht bij het beginsel, bepaald in artikel twee, lid 1, van het Tweede Facultatieve Protocol bij het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten, dat op 10 november 1989 in New York voor ondertekening werd opengesteld (memorie van toelichting, p. 3). Dat beginsel luidt dat de doodstraf «slechts in oorlogstijd kan worden uitgesproken en ten uitvoer gelegd uit hoofde van bijzonder ernstige misdaden op militair gebied, welke in oorlogstijd zijn begaan» (memorie van toelichting, pp. 3-4). Overigens behoudt ook artikel 2 van het Zesde Protocol bij het E.V.R.M. betreffende de afschaffing van de doodstraf, aangenomen in de Raad van Europa op 28 april 1983, de staten het recht voor bepaalde feiten, begaan in tijd van oorlog of onmiddellijk oorlogsgevaar, met de doodstraf te bedreigen.

Net zoals t.a.v. het gewone strafrecht (zie supra nr. 7), merkte de Raad van State betreffende dit voorgenomen systeem enkel op dat het principe van de wettelijkheid der straffen vereist dat nader zou worden aangeduid in welke gevallen de doodstraf in het Militair Strafwetboek zou worden vervangen door buitengewone levenslange opsluiting, en in welke gevallen door buitengewone levenslange hechtenis (advies van de Raad van State, p. 13). Men zou verwachten kunnen hebben dat, in navolging van de regeling voor het gewone strafrecht (art. 3 van het ontwerp), in het uiteindelijke wetsontwerp een soortgelijke regeling voor het militaire strafrecht zou worden opgenomen. Aldus hadden een aantal problemen, die straks aan bod komen, kunnen worden vermeden. Het ontwerp heeft echter een heel andere weg ingeslagen.

14. Die andere weg komt neer op een status quo : wat de doodstraf in het Militair Strafwetboek betreft, blijft alles bij het oude.

Wel was het in één geval nodig de tekst aan te passen aan het principe dat de doodstraf moet worden voorbehouden voor misdaden die in oorlogstijd zijn gepleegd. Artikel 40 Mil. Sw. luidt immers in zijn huidige vorm : «Doodslag door een mindere op zijn meerdere, onder de dienst of ter gelegenheid van de dienst begaan, zal met de dood met degradatie gestraft worden.» In de nieuwe versie (art. 23 van het ontwerp) wordt deze straf tot gewone levenslange opsluiting en militaire degradatie verminderd, en kan de doodstraf enkel worden opgelegd wanneer het feit is gepleegd in tijd van oorlog.

Men begrijpt waarom de memorie van toelichting stelt dat in drie gevallen een dergelijke ingreep in de strafbaarstelling nodig was. De artikelen 31 en 39 Mil. Sw., die in de memorie in dit verband in één adem met art. 40 Mil. Sw. worden genoemd (memorie van toelichting bij de artt. 14 tot 28, pp. 8-9), bestraffen reeds in hun huidige versie de feiten van resp. muiterij door een officier en gewelddaden jegens een meerdere enkel met de dood, zo deze feiten in oorlogstijd zijn gepleegd, in de drie artikelen werd wel een nadere precisering aangebracht : de doodstraf kan slechts worden uit-

gesproken indien de feiten zijn gepleegd «in oorlogstijd (...) gedurende de vijandelijkheden» (artt. 17, 22 en 23 van het ontwerp tot wijziging van resp. de artt. 31, 39 en 40 Mil. Sw.). Het is echter onduidelijk wat deze precisering precies inhoudt. Dit brengt ons bij een eerste probleem, dat hieronder sub c wordt behandeld.

15. De twee andere problemen, die hieronder sub a en b worden behandeld, spruiten voort uit het feit dat de wetgever klaarblijkelijk de gevolgen van de door hem ingestelde mechanismen niet terdege heeft ingeschat. We verklaren ons onmiddellijk nader.

a) De koppeling van de doodstraf aan het bestaan van een oorlogstijd

16. De memorie van toelichting, op dit punt reeds voldoende toegelicht (zie supra nrs. 5 en 14), laat geen enkele twijfel bestaan : slechts voor misdrijven die in oorlogstijd zijn begaan, kan de doodstraf worden opgelegd. Precies om die reden trouwens werd artikel 40 Mil. Sw. gewijzigd (zie supra nr. 14).

Naar onze mening heeft de wetgever echter een geval uit het oog verloren, waarin de doodstraf – in de huidige stand van het ontwerp – kan worden opgelegd voor feiten die gepleegd zijn in vrede-tijd.

17. Het gaat namelijk om het misdrijf van verraad, als omschreven in artikel 15 Mil. Sw. : «Is aan verraad schuldig elk militair die een van de misdrijven pleegt, voorzien bij de artikelen 113 tot 119, 121 tot 123 en 123^{quater} van het gewoon Wetboek van Strafrecht». Artikel 16 Mil. Sw. bepaalt een strafverzwaring voor de militair, die een van de genoemde misdrijven tegen de veiligheid van de Staat – dus ipso facto het misdrijf van verraad – heeft gepleegd. De in dit artikel 16 Mil. Sw. vermelde straffen werden, a.d.h. van artikel 3 van het ontwerp, aangepast aan de herschikking van de criminele straffen (zie supra nr. 11). Aldus worden krachtens het laatste lid van het herziene artikel 16 Mil. Sw. de gewone levenslange straffen vervangen door de doodstraf.

18. Nemen we het misdrijf van artikel 114, eerste zin, Sw., dat in zijn huidige versie als volgt omschreven wordt : «Hij die met een vreemde mogendheid of met enige persoon die in het belang van een vreemde mogendheid handelt, kuiperijen pleegt of in verstandhouding treedt met het oogmerk om die mogendheid tot het voeren van oorlog tegen België te bewegen of om haar daartoe middelen te verschaffen, wordt gestraft met levenslange hechtenis.» Ontegenzeggelijk vloeit uit de tekst van de delictsomschrijving zelf voort dat het misdrijf in principe in vrede-tijd wordt gepleegd.

Welnu, volgens artikel 2 van het ontwerp (zie supra nr. 11) wordt de straf van levenslange hechtenis vervangen door gewone levenslange hechtenis. Maakt een militair zich schuldig aan verraad uit hoofde van artikel 114, eerste zin, Sw., dan wordt deze straf krachtens het herziene artikel 16 Mil. Sw. verzwwaard tot de doodstraf (art. 15 van het ontwerp).

Slotom de militair, die zich in vrede-tijd schuldig maakt aan verraad door het plegen van het misdrijf van artikel 114, eerste zin, Sw., wordt gestraft met... de dood.

b) *De voor het misdrijf van verraad bepaalde strafverzwaring*

19. Het tweede probleem wordt eveneens opgeworpen door het misdrijf van verraad als omschreven in artikel 15 Mil. Sw., en meer bepaald door de strafverzwaring van artikel 16 Mil. Sw.

Zoals reeds is opgemerkt (zie supra nr. 17), werden de in artikel 16 Mil. Sw. vermelde straffen aangepast aan de herschikking van de criminele straffen en eindigt de lijst van strafverzwaringen van artikel 16 Mil. Sw. – in de huidige stand van het ontwerp – met de vervanging van de gewone levenslange straffen (opsluiting of hechtenis) door de doodstraf.

20. De vraag rijst aldus aan welke strafverzwaring de buitengewone levenslange straffen (opsluiting of hechtenis) onderhevig zijn.

Deze vraag heeft een ruim praktisch belang. Een groot gedeelte van de misdrijven tegen de uitwendige veiligheid van de Staat die het misdrijf van verraad kunnen opleveren, worden immers *de lege lata* met de doodstraf bedreigd. Dit is met name het geval voor de misdrijven omschreven door de artikelen 113, 114, 115, 116, 118bis, 121, 121bis en 122 Sw. Het is evident, dat artikel 16 Mil. Sw. *de lege lata* hiervoor geen strafverzwaring kon bepalen: er is nu eenmaal geen zwaardere straf dan de doodstraf. Maar ten gevolge van de artikelen 2 en 3 van het ontwerp is de doodstraf in alle opgesomde bepalingen vervangen door hetzij buitengewone levenslange opsluiting (nl. in de artt. 121, 121bis en 122 Sw.), hetzij buitengewone levenslange hechtenis (nl. in de artt. 113, 114, 115, 116 en 118bis Sw.). De buitengewone levenslange straffen komen natuurlijk wel in aanmerking voor een strafverzwaring, namelijk de doodstraf.

Deze strafverzwaring is reeds van toepassing voor de gewone levenslange straffen (zie supra nr. 17). Derhalve dienen zich twee mogelijkheden aan. Ofwel wordt in artikel 16 Mil. Sw. bepaald dat zowel de gewone als de buitengewone levenslange straffen, in geval van verraad, worden vervangen door de doodstraf. Ofwel – en dit lijkt logischer –, worden, in geval van verraad, de gewone levenslange straffen vervangen door buitengewone levenslange straffen, welke op hun beurt worden vervangen door de doodstraf. Wij opteren voor de tweede mogelijkheid, daar ze tegelijkertijd een oplossing biedt voor het probleem, dat hierboven sub a is uiteengezet (zie supra nr. 18). Immers, indien de gewone levenslange hechtenis niet wordt vervangen door de doodstraf maar wel door de buitengewone levenslange hechtenis, doet zich de aldaar gelaakte situatie, waarbij de doodstraf zou kunnen worden opgelegd aan de militair die zich in vredes-tijd schuldig maakt aan verraad door het plegen van het misdrijf van artikel 114, eerste zin, Sw., niet langer voor.

c) *Het begrip «gedurende de vijandelijkheden»*

21. In een aantal gevallen heeft de wetgever gemeend voor de toepassing van de doodstraf niet alleen te vereisen dat het misdrijf in oorlogstijd is gepleegd, maar bovendien als voorwaarde te stellen dat het «gedurende de vijandelijkheden» is gepleegd. Dit is met name het geval voor de munitie door een officier (art. 31, tweede lid, Mil. Sw. in de versie van art. 17 van het ontwerp), de gewelddaden tegen een meerdere, met voorbedachtheid gepleegd en een ziekte of

ongeschiktheid tot het verrichten van persoonlijke arbeid ten gevolge hebbend (art. 39, laatste lid, Mil. Sw. in de versie van art. 22 van het ontwerp) en de doodslag op een meerdere gepleegd tijdens of naar aanleiding van de dienst (art. 40 Mil. Sw. in de versie van art. 23 van het ontwerp).

Volledigheidshalve moet overigens worden opgemerkt dat de voorwaarde «gedurende de vijandelijkheden» in één geval werd ingevoerd in de omschrijving van een misdrijf dat niet met de doodstraf wordt bedreigd, meer bepaald de gewone gewelddaden tegen een meerdere (art. 38 Mil. Sw. in de versie van art. 21 van het ontwerp).

Om verschillende redenen zijn we van mening dat de invoering van dit begrip een weinig gelukkige keuze van de wetgever is geweest.

22. Allereerst rijst de vraag waarom het bijkomende vereiste dat het misdrijf gedurende de vijandelijkheden is gepleegd, niet werd ingevoegd in alle delictsomschrijvingen van misdrijven die in oorlogstijd met de doodstraf worden bestraft. Weliswaar impliceert de tekst zelf van vele van die delictsomschrijvingen het bestaan van vijandelijkheden, zoals bij de capitulatie te velde (art. 20 Mil. Sw.) of bij de misdrijven die worden gepleegd «tegenover de vijand» of «in tegenwoordigheid van de vijand» (artt. 21, 23, 25, laatste lid, en 28 Mil. Sw.). Maar de misdrijven van desertie naar de vijand toe (art. 52 Mil. Sw.) en van spionage of bespieding (art. 17 Mil. Sw.) kunnen ongetwijfeld ook bij ontstentenis van vijandelijkheden gepleegd worden. Het lijkt ons derhalve weinig consequent de doodstraf nu eens wel, dan weer niet afhankelijk te maken van het bestaan van vijandelijkheden.

23. Bovendien moet rekening worden gehouden met het wetsontwerp van 30 april 1991 betreffende de bestraffing van de ernstige inbreuken op de Internationale Verdragen van Genève van 12 augustus 1949 en op het Aanvullend Protocol I bij die Verdragen van 8 juni 1977 (*Parl.St., Senaat*, 1990-91, nr. 1317/1; zie, voor een korte bespreking, de rubriek «Internationaal strafrecht» van F. Thomas in *Panopticon*, 1991, 486). Artikel 1 van dit wetsontwerp bestraft – als internationaalrechtelijke misdaden – een twintigtal «ernstige inbreuken welke door handelingen of nalatigheden schade toebrengen aan personen en goederen die beschermd zijn door de Verdragen, ondertekend te Genève (...)» en door het Eerste Aanvullend Protocol bij die Verdragen». In artikel 2 van het wetsontwerp worden de toepasselijke straffen bepaald, waaronder, voor het overgrote deel van de inbreuken, tevens de doodstraf.

In de memorie van toelichting wordt benadrukt dat het behoud van de doodstraf niet mag worden beschouwd «als een optie voor het algemeen behoud van deze straf in de Belgische strafwetgeving, in vredes-tijd of in oorlogstijd», zodat «geenszins (wordt) vooruitgelopen op de toekomstige beslissing van de wetgever terzake» (memorie van toelichting, p. 11). Het is m.a.w. zeer wel denkbaar dat het ontwerp zal worden aangepast aan de bepalingen van het wetsontwerp tot afschaffing van de doodstraf, zodat eventueel ook betreffende deze internationaalrechtelijke misdaden het begrip «vijandelijkheden» zijn intrede zou doen, telkens als de doodstraf zou kunnen worden opgelegd.

Het is zeker voorbarig, maar daarom niet steeds nutteloos, te waarschuwen voor iets dat nog in de toekomst ligt en derhalve onzeker is. In elk geval willen wij er hier reeds op wijzen dat een aantal van de internationaalrechtelijke

misdaaden die door het wetsontwerp van 30 april 1991 met de doodstraf worden bedreigd, ongetwijfeld ook bij ontstentenis van vijandelijkheden kunnen worden gepleegd, waarbij vooral gedacht moet worden aan de inbreuken op het Vierde Verdrag van Genève betreffende de bescherming van de burgers in oorlogstijd. De eventuele uitbreiding van de voorwaarde van het bestaan van vijandelijkheden tot deze misdrijven dient dan ook met klem te worden afgeraden.

24. Ten slotte is zeer onduidelijk wat de inhoud is die aan het begrip «vijandelijkheden» moet worden gegeven, vooral in de verhouding tot het begrip «oorlogstijd». Dit laatste begrip wordt op formele wijze gedefinieerd in artikel 58 van het Wetboek van Strafrechtspleging voor het Leger van 1899: «Voor de toepassing der straffen en de inrichting der rechtmachten, vangt de oorlogstijd aan van den dag, bij koninklijk besluit bepaald voor 't mobiel maken van het leger. Hij eindigt op den dag, bij koninklijk besluit bepaald voor het terugbrengen van het leger op voet van vrede.»

Op het eerste gezicht lijken de vijandelijkheden te worden omvat door het ruimere begrip «oorlog». Zo lijkt het bijvoorbeeld geen twijfel dat misdrijven gepleegd tijdens een periode van bezetting waarin geen vijandelijkheden worden uitgewisseld, toch in oorlogstijd zijn begaan. Bijgevolg zouden deze misdrijven niet met de doodstraf kunnen worden bestraft, indien ze daartoe het bestaan van vijandelijkheden als voorwaarde stellen. Aldus beschouwd komt het criterium van de vijandelijkheden ons op zijn zachtst uitgedrukt eerder als willekeurig over. Oorlogsmisdaden die koelbloedig gepleegd worden buiten de periode van vijandelijkheden, hebben immers vaak nog een veel hatelijker karakter dan oorlogsmisdaden die «in de hitte van het gevecht» worden begaan.

Het is echter helemaal niet zeker dat de wetgever met de invoering van het vereiste van vijandelijkheden voor ogen had de toepassing van de doodstraf verder in te perken. De enige beschouwing die de memorie van toelichting aan het probleem wijdt, doet hieromtrent integendeel ernstige twijfels rijzen. Wanneer de wijziging van de artikelen 31, 39 en 40 Mil. Sw. wordt besproken, heet het immers: «Het doel hiervan is dat de feiten die op grond van deze artikelen strafbaar zijn met de doodstraf feiten zouden betreffen die tijdens de oorlog gepleegd zijn» (memorie van toelichting bij de artt. 14 tot 28, pp. 8-9). Men vraagt zich terecht af waarom de wetgever, met dit doel voor ogen, zich niet beperkt heeft tot de noodzakelijke wijziging van artikel 40 Mil. Sw. – waarin immers *de lege lata* de doodstraf wordt gesteld op feiten die in vreedestijd zijn gepleegd (zie supra, nr. 14) –

en waarom hij niet voor het overige het oude begrip van de oorlogstijd onaangeroerd liet.

25. Uit het voorgaande volgt dat de voorwaarde van het bestaan van vijandelijkheden die door het ontwerp in enkele gevallen wordt gesteld, dubbelzinnig is, tot een willekeurige toepasselijkheid van de doodstraf leidt en bovendien, volgens de bedoeling van de wetgever, niets wezenlijks toevoegt aan het vereiste dat de feiten in oorlogstijd zijn gepleegd. Wij bepleiten dan ook de schrapping van dit begrip uit het ontwerp.

Veeleer dient o.i. te worden overwogen of de hierboven opgenomen definitie van de oorlogstijd door artikel 58 van het Wetboek van Strafrechtspleging voor het Leger niet aan herziening toe is. In onze tijden moet immers worden vastgesteld dat werkelijke vijandelijkheden vaak reeds worden uitgewisseld zonder een formeel koninklijk besluit tot mobilisatie, dus buiten de oorlogstijd zoals *de lege lata* gedefinieerd. Dit is het gevolg van het gewijzigd optreden van de krijgsmachten, die meer en meer ingeschakeld worden in multinationale interventiemachten, opgericht door (bv. de crisis in Korea) of met toestemming van (bv. de Golfcrisis) de Veiligheidsraad van de Verenigde Naties.

Inspiratie voor een herdachte definitie kan overigens reeds gevonden worden in het vigerend recht. De wetgever heeft immers zelf reeds ingezien dat de huidige definitie van de oorlogstijd verouderd en achterhaald is. Toen namelijk de Veiligheidsraad opriep om een internationale troepenmacht naar Korea te sturen, en België besloot een korps van vrijwilligers ter beschikking te stellen, achtte de wetgever het noodzakelijk bij de wet van 30 mei 1951 (*B.S.*, 6 juni 1951) de Koning te machtigen om, bij in ministerraad overlegd koninklijk besluit, de bepalingen die in oorlogstijd van toepassing zijn, geheel of gedeeltelijk toepasselijk te verklaren op de militairen die, ter voldoening aan het Handvest van de Verenigde Naties, het grondgebied van het Rijk verlaten om deel te nemen aan operaties welke voor het behoud of het herstel van de internationale vrede en veiligheid noodzakelijk zijn (art. 1 van de wet). Artikel 5 van deze wet, die haar aanleiding vond in de Koreaanse crisis maar van algemene toepassing is (memorie van toelichting, *Parl.St.*, *Senaat*, 1950-51, nr. 82, p. 2), bepaalt uitdrukkelijk dat *voor de toepassing van de straffen* de oorlogstijd wordt geacht te bestaan voor de periode die wordt vastgesteld in het bij ministerraad overlegd koninklijk besluit.

Filiep DERUYCK
Assistent V.U.B.

OVERHEIDSAANSPRAKELIJKHEID BIJ SCHENDING VAN EUROPEES GEMEENSCHAPSRECHT

1. In het arrest van 19 november 1991 in de gevoegde zaken C-6/90 en C-9/90, A. Francovich en D. Bonifaci/Italië (nog niet gepubliceerd in de *Jurispr.*; hierna te noemen «het arrest Francovich») heeft het Hof van Justitie uitgemaakt dat Lid-Staten die het gemeenschapsrecht schenden, in beginsel aansprakelijk zijn voor de schade die door die schending wordt veroorzaakt, en dat die aansprakelijkheid wordt opgelegd door het gemeenschapsrecht zelf. Meer in het bijzonder heeft het Hof uitgestippeld onder welke voorwaarden schadevergoeding kan worden toegekend wanneer een Lid-Staat een richtlijn niet tijdig of foutief in nationaal recht omzet.

De uitspraak van het Hof is zowel in theoretisch als in praktisch opzicht van groot belang en zal ongetwijfeld aanleiding geven tot talrijke commentaren en analyses. Deze bijdrage bevat een eerste, inleidende bespreking van het arrest. Zij is geschreven vanuit de opvatting dat de reflectie over het belang en de implicaties van het arrest Francovich niet alleen een zaak is van juristen die zich specifiek toeleggen op het Europees recht, maar ook van alle juristen die interesse hebben voor de wisselwerking tussen gemeenschapsrecht en nationaal recht. In overeenstemming daarmee wordt het arrest hierna bondig samengevat en gesitueerd in het ruimere kader van de afdwingbaarheid van het gemeenschapsrecht in de nationale rechtsordes. Daarnaast wordt getracht een eerste peiling te maken van de implicaties van de uitspraak voor de praktijk.

2. *Achtergrond van de uitspraak.* – Het arrest Francovich is gewezen op een aantal prejudiciële vragen die aan het Hof van Justitie werden voorgelegd door Italiaanse rechtbanken. De verwijzende rechters hadden te oordelen over gedingen die door een aantal werknemers (onder wie Andrea Francovich en Danila Bonifaci) waren aangespannen tegen de Italiaanse overheid. Francovich en Bonifaci waren werknemers die, ten gevolge van het faillissement of de insolventie van hun werkgevers, gedurende een zekere periode geen salaris uitbetaald hadden gekregen. Ter voorkoming van dergelijke situaties heeft de Raad reeds in 1980 richtlijn 80/987/EEG uitgevaardigd¹. Deze richtlijn verplicht de Lid-Staten zgn. «waarborgfondsen» in het leven te roepen die aan werknemers bij insolventie van hun werkgever de honorering garanderen van onvervulde loonaanspraken. Italië had evenwel nagelaten de richtlijn in nationaal recht om te zetten, en werd daarvoor zelfs reeds veroordeeld door het Hof van Justitie². Francovich en Bonifaci voerden aan dat dit verzuim de Italiaanse overheid verplichtte hun het on-

betaald gebleven deel van hun salaris te vergoeden. Hun vordering baseerden zij op twee (alternatieve) argumenten: *ofwel* dient richtlijn 80/987 aldus te worden geïnterpreteerd dat zij werknemers, bij uitblijven van omzettingsmaatregelen, een rechtstreeks inroepbaar recht verleent om hun niet betaalde salaris op de overheid te verhalen, *ofwel* moet de nationale overheid het loonverlies op zich nemen ter vergoeding van de schade die zij door haar verzuim heeft veroorzaakt.

Het eerste argument, betreffende de rechtstreekse werking van richtlijn 80/987, werd door het Hof van Justitie niet aangenomen. Kort gezegd wees het Hof erop dat de door de richtlijn verlangde honorering van salarisaanspraken een verplichting is van de waarborgfondsen en niet van de Lid-Staten als zodanig. Weliswaar heeft een Lid-Staat de optie de betaling van deze aanspraken op zich te nemen (dat zou bv. kunnen door de waarborgfondsen het statuut van een openbare dienst of onderneming te geven), maar door de richtlijn aldus om te zetten zou de staat een verplichting op zich nemen die krachtens de richtlijn zelf niet op hem rust. Bijgevolg verleent de richtlijn, bij ontbreken van dergelijke omzettingsmaatregelen, geen rechtstreeks inroepbaar recht tegen de staat³. Gegeven dit besluit was het Hof verplicht in te gaan op de netelige vraag betreffende de aansprakelijkheid van een Lid-Staat voor de schade die wordt veroorzaakt door de schending van een (zelfs niet rechtstreeks inroepbare) bepaling van gemeenschapsrecht. Het Hof ontvuchtte zijn verantwoordelijkheid niet en beperkte zich evenmin tot het concreet voorliggende probleem van de niet-omzetting van richtlijnen. De redactie van het arrest Francovich laat er integendeel geen twijfel over bestaan dat het om een principearrest gaat, dat de lijnen uitzet die in toekomstige uitspraken verder zullen worden ontwikkeld en verfijnd. Het arrest behandelt eerst de algemene vraag of het een beginsel van gemeenschapsrecht is dat Lid-Staten schadelijkt zijn bij schending van het gemeenschapsrecht (hierna, nrs. 3-4).

³ Zie r.o. 10-27 van het arrest. Hoewel de betwisting inzake rechtstreekse inroepbaarheid met deze vaststelling had kunnen worden afgedaan, laat het Hof haar voorafgaan door twee *obiter dicta* die beide een belangrijke ontwikkeling inhouden op het stuk van de rechtstreekse inroepbaarheid van richtlijnen. Ten eerste bevestigt het Hof, verder bouwend op vroegere rechtspraak, dat ook een richtlijnbeepaling die de Lid-Staten een veelheid van alternatieven voor omzetting laat, een onvoorwaardelijke en voldoende nauwkeurige verplichting kan inhouden, met name wanneer uit de bedoelde bepaling een «minimumrecht» kan worden afgeleid (r.o. 17-19). Ten tweede zegt het dat de omstandigheid dat richtlijn 80/987 de Lid-Staten toestaat om de salarisaanspraken van werknemers te beperken (zowel in de tijd als wat betreft het bedrag ervan) evenmin in de weg staat aan de rechtstreekse inroepbaarheid van de niet-omgezette richtlijn (r.o. 20-21). Een bespreking van deze passages van het arrest gaat het bestek van deze bijdrage evenwel te buiten.

¹ Richtlijn van 20 oktober 1980 betreffende de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der Lid-Staten inzake de bescherming van de werknemers bij insolventie van de werkgever, *PB*, 1980, L 283, 23.

² Zie het arrest van 2 februari 1989, zaak 22/87, Commissie/Italië, *Jurispr.*, 1989, 143.

Vervolgens gaat het in op de concreet voorliggende vraag onder welke voorwaarden schadevergoeding verschuldigd is wanneer een Lid-Staat een richtlijn niet of foutief in nationaal recht omzet (hierna, nrs. 5-8).

3. *Het beginsel van de overheidsaansprakelijkheid.* – De motivering van het arrest op dit punt (r.o. 31-37) kan m.i. in vier stappen worden geschematiseerd. (i) Het EEG-Verdrag heeft een eigen rechtsorde ingesteld, die een integreerend deel uitmaakt van de rechtsordes van de Lid-Staten. Ook particulieren maken deel uit van die rechtsorde en kunnen er rechten aan ontleen die tot hun vermogen gaan behoren. Die rechten ontstaan niet alleen wanneer zij uitdrukkelijk worden toegekend door het Verdrag (denk bv. aan het vrij verkeer van werknemers); zij kunnen ook de keerzijde zijn van welomschreven verplichtingen die het gemeenschapsrecht oplegt aan de Lid-Staten en de gemeenschapsinstellingen. (ii) De bescherming van die rechten komt toe aan de nationale rechters, die er de volle werking (in de doctrine wordt vaak het Franse «le plein effet» gebruikt) van moeten verzekeren. (iii) Welnu, de volle werking van die rechten zou in het gedrang komen wanneer particulieren geen schadevergoeding zouden kunnen verkrijgen wanneer afbreuk wordt gedaan aan hun rechten als gevolg van een inbreuk op het gemeenschapsrecht door de overheid. Dat geldt vooral wanneer (zoals in casu het geval is) de aan particulieren toegekende rechten geen volle werking kunnen verkrijgen zonder een voorafgaand optreden van de overheid. Om die reden is het beginsel dat de overheid aansprakelijk is voor de schade die aan particulieren wordt veroorzaakt door inbreuken op het gemeenschapsrecht, inherent aan het EEG-Verdrag. (iv) Bekeken vanuit het standpunt van de overheid vloeit de op haar rustende verplichting om deze schade te vergoeden ook voort uit artikel 5 van het EEG-Verdrag, op grond waarvan de Lid-Staten alle nodige, algemene dan wel bijzondere, maatregelen moeten treffen om de nakoming van de krachtens het gemeenschapsrecht op hen rustende verplichtingen te verzekeren. Tot die verplichtingen hoort ook de verplichting om de onwettige gevolgen van inbreuken op het gemeenschapsrecht ongedaan te maken.

4. Twee bedenkingen bij dit deel van het arrest. Ten eerste: het Hof baseert zijn gedachtengang vooral op de «volle werking» van het gemeenschapsrecht. Die doctrine is in de rechtspraak van het Hof evenwel ontwikkeld in nauwe samenhang met de eisen van de *rechtstreekse werking* van het gemeenschapsrecht – dat blijkt ook uit de verwijzing in r.o. 32 van het arrest naar de vroegere arresten Simmenthal⁴ en Factortame⁵. Dat schadevergoeding is verschuldigd bij

schending van rechtstreeks werkende bepalingen van gemeenschapsrecht, werd ook voor het arrest Francovich niet ernstig betwist⁶. In het arrest Francovich ging het echter om bepalingen die particulieren niet rechtstreeks inroepbare rechten toekennen. Het Hof lijkt nieuwe paden te bewandelen waar het (in de hiervoor weergegeven stap (iii) van de motivering) suggereert dat ook dergelijke rechten volle werking moet worden toegedacht, althans dat de in gebreke blijvende Lid-Staat de schade moet vergoeden die particulieren lijden als gevolg van de niet-inroepbaarheid van die rechten. Ik vraag me af of de zaken aldus niet nodeloos gecompliceerd worden. In casu ging het immers om de bepalingen van een richtlijn. Mijns inziens had het Hof de schadevergoedingsplicht op eenduidige wijze kunnen vastknopen aan de *rechtstreekse werking* van artikel 189, derde lid, EEG-Verdrag, dat de Lid-Staten verplicht het door een richtlijn voorgeschreven resultaat in nationaal recht om te zetten (die verplichting wordt overigens in elke richtlijn afzonderlijk herhaald en aan een tijdlimiet verbonden). De verplichting om een richtlijn om te zetten en zulks te doen vóór het verstrijken van de daartoe gestelde termijn is ongetwijfeld onvoorwaardelijk en nauwkeurig van aard. De (niet rechtstreeks werkende) bepalingen van een richtlijn liggen in deze visie niet ten grondslag aan de schadevergoedingsplicht; zij hoeven enkel ter sprake te komen wanneer het erom gaat de omvang van de schade te bepalen. Deze meer beperkte en gemakkelijker verdedigbare redenering vindt weliswaar een echo in het arrest (nl. in het tweede deel, dat zo meteen aan de orde komt, waar wordt gesproken over de doeltreffende werking, «la pleine efficacité», van artikel 189, derde lid, van het Verdrag), maar toch dringt zich het besluit op dat het Hof er de voorkeur aan heeft gegeven een algemeen, principieel standpunt betreffende overheidsaansprakelijkheid te formuleren dat niet wordt vastgeknoopt aan de meer specifieke problematiek van de niet-omzetting van richtlijnen.

Tweede bedenking: het arrest Francovich zegt duidelijk dat het beginsel van overheidsaansprakelijkheid voor schending van gemeenschapsrecht inherent is aan de communautaire rechtsorde, m.a.w. *niet* wordt beheerst door regels van nationaal recht. Ten aanzien van het leerstuk van de overheidsaansprakelijkheid houdt dat een belangrijke vernieuwing in: wanneer het gaat om een schending van communautair recht, is het niet mogelijk de aansprakelijkheid van de overheid *a priori* uit te sluiten, ook niet wanneer het gemeenschapsrecht is geschonden door de *wetgevende macht* – bv. wanneer het Parlement verzuimt een richtlijn tijdig in nationaal recht om te zetten. Revolutionair is het oordeel van het Hof evenwel niet, althans wanneer men het betreft op het geval van de niet- of foutieve omzetting van een richtlijn: de omzetting is een door het gemeenschapsrecht opgelegde *verplichting*, een verplichting die niet zelden met een vrij grote graad van nauwkeurigheid is uitgestippeld en die bovendien binnen een zekere termijn moet worden nagekomen. De context is dus geheel anders dan die van het klassieke geval van de «soevereine» wetgever die legifereert als hij wenst, zoals hij wenst en wanneer hij wenst; niet geheel

⁴ Arrest van 9 maart 1978, zaak 106/77, *Jurispr.*, 1978, 629. In dit arrest maakte het Hof duidelijk dat de rechters van de Lid-Staten een nationale regel die onverenigbaar is met een rechtstreeks werkende bepaling van gemeenschapsrecht, op eigen gezag en zonder meer buiten toepassing moeten laten.

⁵ Arrest van 19 juni 1990, zaak C-213/89, *Jurispr.*, 1990, I-2433. In dit arrest werd uitgemaakt dat, wanneer een nationale rechter het Hof van Justitie een prejudiciële vraag stelt over de verenigbaarheid van een nationale wet met een rechtstreeks werkende bepaling van gemeenschapsrecht, deze rechter op grond van het vereiste van de volle werking van het gemeenschapsrecht de bevoegdheid behaalt om de gelding van de nationale wet op te schorten in afwachting van de uitspraak van het Hof van Justitie.

⁶ Zie bv. de analyse van A. BARAV, «Damages in the Domestic Courts for Breach of Community Law by National Public Authorities», in *Non-contractual Liability of the European Communities* (red. H.G. Schermers, T. Heukels en P. Mead), 1988, 149.

ten onrechte vergeleek advocaat-generaal Mischo de rol van de wetgever die een richtlijn omzet met de rol van een administratie die een wet uitvoert ⁷.

5. *Voorwaarden voor de toekenning van schadevergoeding in het geval van de niet- of foutieve omzetting van een richtlijn.* – Dat het *beginsel* van overheidsaansprakelijkheid wordt opgelegd door het gemeenschapsrecht zelf betekent nog niet noodzakelijk dat de overheid bij elke schending van een bepaling van communautair recht in de geldbuidel zal moeten tasten: particulieren kunnen enkel een recht op schadevergoeding doen gelden wanneer een aantal voorwaarden vervuld zijn. Welke die voorwaarden precies zijn, hangt af van de *aard van de schending* waaruit de geleden schade voortvloeit, aldus r.o. 38 van het arrest Francovich. In casu gaat het om een schending van artikel 189, derde lid. Een doeltreffende werking van die bepaling brengt mee dat een recht op schadevergoeding bestaat wanneer aan drie voorwaarden is voldaan. ⁸ Ten eerste moet het door de richtlijn voorgeschreven resultaat bestaan in de toekenning van rechten aan particulieren. Ten tweede moet de inhoud van deze rechten kunnen worden vastgesteld op grond van de bepalingen van de richtlijn. Ten derde moet een oorzakelijk verband bestaan tussen de niet-nakoming van de verplichting die op de staat rust en de door de betrokkenen geleden schade ⁹. Deze voorwaarden zijn voldoende om voor particulieren een recht op schadevergoeding te scheppen dat rechtstreeks voortvloeit uit het gemeenschapsrecht; dat recht moet voorts geldend gemaakt worden volgens het nationale recht ¹⁰. M.a.w., de bevoegde rechter alsmede de procedure voor vorderingen in rechte zijn te bepalen volgens het toepasselijke nationale recht. Die modaliteiten mogen evenwel (i) niet minder gunstig zijn dan die welke gelden voor soortgelijke vorderingen naar nationaal recht en (ii) niet zodanig zijn dat het praktisch onmogelijk of uiterst moeilijk is om schadevergoeding te verkrijgen ¹¹.

6. Wat aanstonds in het oog springt is dat het Hof bij de bespreking van de voorwaarden voor schadevergoeding geen gewag maakt van een foutvereiste. Dat kan enkel betekenen dat, wanneer het om een richtlijn gaat en de drie in het arrest wél genoemde voorwaarden vervuld zijn, *elke* schending van de in artikel 189, derde lid, vervatte omzettingsplicht gelijkstaat met een fout en aanleiding geeft tot schadevergoeding. Het Hof gaat er m.a.w. van uit dat artikel 189, derde lid, de Lid-Staten een *resultaatsverbintenis* oplegt; wanneer het gaat om de omzetting van richtlijnen is er, bij ontbreken van een discretionaire beleidsbevoegdheid, dus geen sprake van een «marginale toetsing» van het overheidsoptreden. De aansprakelijkheid van de overheid op dit punt heeft bovendien een ruime draagwijdte. Immers, artikel 189 (als geconcretiseerd in elke afzonderlijke richtlijn) vereist niet alleen een omzetting of een *tijdige* omzetting; het vereist ook een *juiste* omzetting. M.a.w., een vordering tot schadevergoeding zal er ook zijn wanneer *ex post* blijkt dat de door een Lid-Staat getroffen omzettingsmaatregelen niet volstaan om het

door een richtlijn voorgeschreven resultaat te bereiken, ook al is de tekortkoming van de Lid-Staat verre van evident. Daar komt nog bij dat de Lid-Staat tegen dergelijke vorderingen geen exceptie van verjaring zal kunnen invoeren: in een ander recent arrest, Emmot ¹², heeft het Hof immers uitgemaakt dat vorderingen die tegen de staat worden ingesteld ter bescherming van de rechten die een particulier aan een richtlijn ontleent, zelfs niet *beginnen* te verjaren alvorens die richtlijn behoorlijk in het nationale recht is omgezet.

Dat een Lid-Staat te kort is geschoten in de uitvoering van de door artikel 189, derde lid, opgelegde omzettingsverplichting, kan maar hoeft niet te worden vastgesteld door het Hof van Justitie. De nationale rechters zijn immers ten volle bevoegd (en zelfs op de eerste plaats verantwoordelijk) voor de toepassing van het gemeenschapsrecht. Wél kunnen zij desgewenst de hulp van het Hof van Justitie invoeren door het stellen van een prejudiciële vraag.

7. Van de drie door het Hof opgesomde voorwaarden voor het ontstaan van een recht op schadevergoeding valt vooral de tweede op: de inhoud van de rechten van particulieren (d.w.z. de door hen geleden *schade* als gevolg van de niet of onbehoorlijke omzetting) moet kunnen worden «vastgesteld» (in de authentieke Italiaanse versie van het arrest: «individuato») op grond van de bepalingen van de richtlijn ¹³. De woordkeuze is hier subtiel: blijkbaar is niet vereist dat de bepalingen van de richtlijn onvoorwaardelijk en nauwkeurig zijn (wat de klassieke voorwaarde is opdat er van rechtstreekse werking sprake kan zijn) ¹⁴. Anderzijds lijkt het evenmin voldoende wanneer de bepalingen van een richtlijn slechts een aantal vage, niet voldoende omschrijf-bare belangen van particulieren beschermen; men denke bv. aan een richtlijn krachtens welke de Lid-Staten een aantal vervuulende lozingen in het grondwater dienen te verbieden: de omwonenden van een vervuילend bedrijf hebben er beslist *belang* bij dat de bedoelde verboden worden uitgevaardigd, maar anderzijds is het onwaarschijnlijk dat een dergelijke richtlijn hun voldoende bepaalbare rechten toekent.

De derde voorwaarde, het bestaan van een oorzakelijk verband, duidt erop dat alleen die schade voor vergoeding in aanmerking komt die kan worden toegeschreven aan het verzuim van de Lid-Staat. Anderzijds zegt het Hof niet uitdrukkelijk dat de schadevergoeding de geleden schade adequaat moet compenseren; de schadebegroting lijkt aldus veeleer aan het toepasselijke nationale recht te worden over-

¹² Arrest van 25 juli 1991, zaak C-208/80, T. Emmot/the Minister for Social Welfare and the Attorney General, nog niet gepubliceerd in de *Jurispr.*

¹³ Het gaat daarbij niet alleen om richtlijnen die particulieren op uitdrukkelijke wijze een aanspraak toekennen; in r.o. 31 van het arrest (hiervoor, nr. 3) stelde het Hof immers dat het recht van een particulier ook de keerzijde kan zijn van een aan de overheid opgelegde verplichting.

¹⁴ De in Francovich aan de orde staande richtlijn 80/987 kende particulieren weliswaar onvoorwaardelijke en nauwkeurige rechten toe (ook al kon de *debiteur* van die rechten niet worden geïdentificeerd op basis van de richtlijn). Toch wordt het gebruik van de termen «onvoorwaardelijk en nauwkeurig» in r.o. 38-45 van het arrest zorgvuldig gemeden, wat er m.i. een sterke aanwijzing van is dat het voldoende is dat de rechten bepaalbaar zijn aan de hand van de richtlijn.

⁷ Zie zijn conclusie van 28 mei 1991, nog niet gepubliceerd in de *Jurispr.*, nr. 47 *in fine*.

⁸ R.o. 39 van het arrest.

⁹ R.o. 40 van het arrest.

¹⁰ R.o. 41-42 van het arrest.

¹¹ R.o. 42-43 van het arrest.

gelaten, wat wordt bevestigd door de hiervoor samengevatte r.o. 42-43 van het arrest. De traditioneel in de rechtspraak van het Hof gehuldigde stelling is immers dat, bij ontbreken van een harmonisatie van de desbetreffende nationale regels, de rechten die particulieren aan het gemeenschapsrecht ontleen, moeten worden afgedwongen met inachtneming van de geldende nationale regels inzake bevoegdheid en procedure, weliswaar onder het in de r.o. 42-43 vermelde tweevoudige voorbehoud. Deze traditionele stelling komt evenwel in toenemende mate onder vuur. Het arrest Francovich past nl. in een recente tendens van de rechtspraak van het Hof om een aantal *inhoudelijke eisen* op te leggen aan het toepasselijke nationale recht. Dat blijkt reeds uit het feit dat het in de r.o. 42-43 vermelde tweevoudig voorbehoud lichtjes wordt geherformuleerd: nieuw is nl. de toevoeging dat de toepassing van nationale regels de afdwining van de aan het gemeenschapsrecht ontleende aanspraken niet «uiterst moeilijk» mag maken. Wellicht wordt hier allusie gemaakt op de nationale stelsels (zoals bv. die van het Verenigd Koninkrijk) die de aansprakelijkheid van de overheid aan zeer restrictieve regels onderwerpen. Bovendien (en specifiek m.b.t. het vraagstuk van de bepaling van de toe te kennen schadevergoeding) mag men niet uit het oog verliezen dat de door het arrest Francovich ingestelde aansprakelijkheid van de Lid-Staten haar grondslag vindt in het vereiste van de «volle werking» van het gemeenschapsrecht (hiervoor, nrs. 3-4). Welnu, de door een richtlijn aan particulieren toegekende rechten kunnen bezwaarlijk geacht worden volle werking te hebben wanneer een Lid-Staat die de uitoefening van die rechten onmogelijk maakt, slechts gehouden zou zijn tot betaling van een symbolische of «ex aequo et bono» bepaalde schadevergoeding. Met name lijken hier de arresten Von Colson en Kamann¹⁵ en Dekker¹⁶ *mutatis mutandis* van toepassing. In die arresten oordeelde het Hof dat, wanneer een Lid-Staat ervoor opteert om inbreuken op de richtlijnen inzake gelijke behandeling van man en vrouw met het aansprakelijkheidsmechanisme te sanctioneren, deze sanctie t.a.v. degene die zich schuldig heeft gemaakt aan een verboden discriminatie, een «echt afschrikwekkende werking» moet hebben, met het oog op een *daadwerkelijke en doeltreffende rechtsbescherming van de personen die nadeel ondervinden van de inbreuk op het gemeenschapsrecht*. Dat impliceert op zijn minst, aldus het Hof, dat de vergoeding in een passende verhouding tot de geleden schade staat en dat louter symbolische vergoedingen onvoldoende zijn.

¹⁵ Arrest van 10 april 1984, zaak 14/83, Von Colson en Kamann/Land Nordrhein Westfalen, *Jurispr.*, 1984, 1891.

¹⁶ Arrest van 8 november 1990, zaak C-177/88, Dekker/Stichting VJV-Centrum Plus, nog niet gepubliceerd in de *Jurispr.*

8. Belangrijk is ten slotte nog dat het Hof, daarmee voorbijgaand aan het voorstel van advocaat-generaal Mischo¹⁷, de gelding van het arrest *niet* in de tijd heeft beperkt. De hiervoor geschetste principes inzake overheidsaansprakelijkheid zijn m.a.w. geheel declaratoir van aard; ook schade die vóór de uitspraak in Francovich is geleden als gevolg van de niet- of onjuiste omzetting van richtlijnen, komt voor vergoeding in aanmerking. Meer zelfs, als gevolg van het hiervoor (nr. 6) vermelde arrest Emmot begint de verjaringstermijn van zulke vorderingen pas te lopen vanaf het ogenblik dat de bewuste richtlijnen behoorlijk in nationaal recht zijn omgezet.

9. *Besluit.* — In een rechtssysteem als het Belgische, waarin de aansprakelijkheid van de overheid (zelfs wanneer die verordenend optreedt) reeds lang een verworvenheid is, wekt het door het arrest Francovich gecreëerde aansprakelijkheidsregime wellicht geen al te grote verbazing. Ten aanzien van de rechtskracht van artikel 189, derde lid, EEG-Verdrag vind ik het arrest Francovich echter wél revolutionair: terwijl er vroeger van werd uitgegaan dat op de niet- of onjuiste omzetting van richtlijnen enkel de «tandeloze» sanctie van een veroordeling door het Hof van Justitie wegens verdragsschending stond, blijkt thans langs jurisprudentiële weg een stelsel van «private enforcement» van artikel 189, derde lid, te zijn gecreëerd. De mogelijkheid die het Hof aan particulieren biedt om hun schade op de in gebreke blijvende overheid te verhalen, kan inderdaad een sterke stimulans zijn om richtlijnen waaruit particulieren rechten behalen, stipt en behoorlijk om te zetten. Bovendien kan de schadevordering tegen de overheid in zekere mate een palliatief zijn voor de zgn. «Marshall-lacune»¹⁸. Volgens de rechtspraak van het Hof kunnen richtlijnbevestigingen die verplichtingen opleggen aan particulieren, bij gebreke van nationale omzettingen niet rechtstreeks worden ingeroepen, ook al zijn ze onvoorwaardelijk en nauwkeurig (men denke bv. aan de richtlijnen inzake gelijke behandeling van man en vrouw, inzake produktaansprakelijkheid, enz.). In dergelijke gevallen kan op basis van het arrest Francovich tegen de in gebreke gebleven Lid-Staat een vordering worden ingesteld der vergoeding van de schade die uit die niet-inroepbaarheid voortvloeit.

Hans GILLIAMS

¹⁷ Zie de nrs. 82-86 van zijn conclusie.

¹⁸ Daarover een eerdere bijdrage, «Het Hof van Justitie en de gelijke behandeling van man en vrouw 1988-1990», *R.W.*, 1990-91, 1355, nrs. 3 e.v.

RECHTSPRAAK

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER — 9 SEPTEMBER 1991

Voorzitter: de h. Marchal

Rapporteur: de h. Verheyden

Openbaar ministerie: de h. Leclercq

Advocaten: mrs. De Bruyn en Draps

Paritair comité — 1. Ressort — Criterium — 2. Bouwbedrijf — Ressort — Criterium

1. *Het ressort van een paritair comité wordt in beginsel bepaald door de hoofdactiviteit van de betrokken onderneming, tenzij uit het oprichtingsbesluit een ander criterium blijkt, zoals de gewone of normale activiteit van de onderneming.*

2. *Een onderneming waarvan de gewone activiteiten bestaan in de opbouw, de verbouwing, de afbouw, het onderhoud, de herstelling of het slopen van bouwwerken, of de daarmee gelijkgestelde werkzaamheden zoals het plaatsen van afsluitingen, valt onder het paritair comité voor het bouwbedrijf, ook al is het plaatsen van afsluitingen een bijkomstige en niet uitsluitende of hoofdzakelijke activiteit.*

R.S.Z. t/ N.V. J.

Gelet op het bestreden arrest, op 7 augustus 1990 door het Arbeidshof te Brussel gewezen;

Over het middel: schending van artikel 35 van de wet van 5 december 1968 betreffende de collectieve arbeidsovereenkomsten en de paritaire comités en 1 van het koninklijk besluit van 4 maart 1975 tot oprichting en tot vaststelling van de benaming en van de bevoegdheid van het Paritair Comité voor het bouwbedrijf en tot vaststelling van het aantal leden ervan,

...

Overwegende dat het ressort van een paritair comité in beginsel wordt bepaald door de hoofdactiviteit van de betrokken onderneming, tenzij uit het oprichtingsbesluit een ander criterium blijkt, zoals de gewone of normale activiteit van de onderneming;

Overwegende dat artikel 1, a, van het koninklijk besluit van 4 maart 1975 tot oprichting en tot vaststelling van de benaming en van de bevoegdheid van het paritair comité voor het bouwbedrijf en tot vaststelling van het aantal leden ervan, bepaalt dat dit comité bevoegd is voor «de ondernemingen waarvan de gewone activiteiten bestaan in de opbouw, de verbouwing, de afbouw, het onderhoud, de herstelling of het slopen van bouwwerken»; dat «onder de door deze ondernemingen uitgevoerde of daarmee gelijkgestelde werken vallen: (...) het plaatsen van afsluitingen»;

Overwegende dat het arrest erop wijst dat verweerster «als bijkomende activiteit afsluitingen plaatste»; dat het koninklijk besluit van 4 maart 1975 niet vereist dat die activiteit de hoofdactiviteit moet zijn, maar dat zij tot de «gewone ac-

tiviteiten» van de onderneming behoort, ook al vormt zij niet de uitsluitende of hoofdzakelijke activiteit;

Dat het arrest bijgevolg, door de enkele reden dat de gewone activiteit van verweerster zou bestaan «in het ineenzetten, bewerken en verkopen van ijzerhoudende materialen», zijn beslissing dat verweerster buiten het toepassingsgebied van voormeld koninklijk besluit valt, niet naar recht verantwoordt;

...

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER — 11 SEPTEMBER 1991

Voorzitter: de h. Stranard

Rapporteur: de h. Ghislain

Openbaar ministerie: mevr. Liekendaal

Advocaten: mrs. Coene en Berwart

Recht van verdediging — Strafzaken — 1. Taalgebruik — Vertaling van stukken — 2. Heropening van het debat — Nieuw stuk

1. *Wat het taalgebruik betreft, wordt het recht van verdediging o.m. gewaarborgd door het recht van de partijen om stukken die in een andere taal dan die van de rechtspleging zijn gesteld, te doen vertalen, de voorgestelde vertaling te betwisten of een officiële vertaling aan te vragen, behoudens het recht van de rechter om, zo nodig, die vertaling ambtshalve te gelasten.*

2. *Wanneer het openbaar ministerie na de sluiting van het debat een stuk heeft neergelegd dat niet bestemd is om de overtuiging van de rechter te vormen, is de rechter niet verplicht de heropening van het debat te bevelen.*

D.

Gelet op het bestreden arrest, op 13 juni 1991 door het Hof van Beroep te Luik gewezen;

...

Over het tweede middel:

Overwegende dat uit de stukken van de rechtspleging blijkt dat het openbaar ministerie op de terechtzitting van het hof van beroep van 6 juni 1991, vooraleer eiser in zijn verweermiddelen werd gehoord, onder meer twee in het Nederlands gestelde stukken heeft neergelegd, namelijk de door de directeur van de gevangenis te Ieper aan de procureur-generaal verstrekte inlichting dat eiser verzet had gedaan tegen het arrest van 22 februari 1991 waarbij hij bij verstek was veroordeeld, en de vertaling van de akte van betekening van dat arrest die, overeenkomstig artikel 38, tweede lid, van de wet van 15 juni 1935, moest worden vertaald in de taal van het gebied waar de betekening was gebeurd;

Overwegende dat het recht van verdediging wat het taalgebruik betreft onder meer wordt gewaarborgd door het recht van de partijen om de stukken die in een andere taal

dan die van de rechtspleging zijn gesteld te doen vertalen, de voorgestelde vertaling te betwisten of een officiële vertaling aan te vragen, behoudens het recht van de rechter om, zo nodig, die vertaling ambtshalve te gelasten;

Overwegende dat uit de stukken waarop het Hof vermag acht te slaan niet blijkt dat eiser de vertaling van de hierboven genoemde stukken heeft aangevraagd;

Dat het middel in dat opzicht de openbare orde niet raakt; dat het nieuw en derhalve niet ontvankelijk is;

Overwegende voor het overige dat de in het Frans gestelde en door het openbaar ministerie na de sluiting van de debatten neergelegde betekeningsakte geen stuk was bestemd om de overtuiging van de rechter te vormen; dat het hof van beroep dus niet verplicht was de heropening van de debatten te bevelen;

Dat, in zoverre, het middel niet kan worden aangenomen;

NOOT – Zie Cass., 8 september 1988, *R.W.*, 1988-89, 847, en de noot.

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 13 SEPTEMBER 1991

Voorzitter-rapporteur: de h. Caenepel

Openbaar ministerie: de h. du Jardin

Advocaten: mrs. De Gryse en Bützler

1. Rechtsmiddelen – Door de rechter veroordeelde feitelijke vereniging – 2. Overeenkomst – Aanbod – Weigering

1. Wanneer een eisende partij een veroordeling vordert tegen een vereniging die geen rechtspersoonlijkheid heeft, en de rechter de gevraagde veroordeling uitspreekt, moet de vereniging tegen haar veroordeling kunnen opkomen door de rechtsmiddelen bij de wet bepaald.

2. Voor degene tot wie een aanbod gericht is, ontbreekt elke verplichting om erop in te gaan. Het is slechts anders wanneer en in zoverre enige wetsbepaling hem daartoe verplicht.

Feitelijke vereniging B.B. en M. t/ B.V.B.A. A.

Gelet op de bestreden arresten, op 17 mei 1988 en 21 februari 1989 door het Hof van Beroep te Brussel gewezen;

I. In zoverre de voorziening is ingesteld door de B.B.:

Over het door verweerster opgeworpen middel van niet-ontvankelijkheid van de voorziening van eiseres: gebrek aan hoedanigheid:

en over het eerste middel: schending van de artikelen 17, 18, 20, 24, 26, 28, 1042, 1050, 1386 en 1397 van het Gerechtelijk Wetboek,

doordat het tussenarrest van 17 mei 1988 het door eiseres ingesteld hoger beroep «niet toelaatbaar» verklaart, op grond: «dat alleen wie partij was voor de eerste rechter het recht heeft hoger beroep in te stellen; dat de hoedanigheid van partij afhankelijk is van twee elementen; dat alleen als partij kan worden aangemerkt wie juridisch bestaat en wie voor de eerste rechter is verschenen of opgeroepen werd (*R.P.D.B.*, v° Appel en matière civile, sociale et commerciale, nr. 197); dat geen enkele rechtsvordering kan worden in-

gesteld in naam van wie geen rechtspersoonlijkheid heeft; dat de wet in beginsel geen rechtspersoonlijkheid toekent aan feitelijke verenigingen, zodat eerste appellant dan ook in beginsel niet kan optreden in rechte; dat het enkele feit dat eerste appellante is veroordeeld door de eerste rechter, aan die appellante nog geen rechtspersoonlijkheid toekent; dat de veroordeling tot schadevergoeding uitgesproken door de eerste rechter niet constitutief kan werken voor de rechtspersoonlijkheid van de veroordeelde; dat er geen enkele reden is om het hoger beroep van de veroordeelde feitelijke vereniging toe te laten, daar het vonnis noodzakelijkerwijs geen enkel effect kan sorteren; dat het aldus niet inconsequent is, zoals door appellanten geponeerd, dat het vonnis 'definitief zou zijn ten aanzien van de B.B. en niet definitief ten aanzien van M.'»,

terwijl, eerste onderdeel, overeenkomstig de artikelen 17, 18, 1042 en 1050 van het Gerechtelijk Wetboek het hoger beroep niet kan worden toegelaten indien de appellant geen hoedanigheid en geen belang heeft om het hoger beroep in te stellen; elkeen die in eerste aanleg partij is geweest de vereiste hoedanigheid heeft om hoger beroep in te stellen; elkeen die in eerste aanleg wordt opgeroepen en/of is verschenen als partij bij het geschil is te beschouwen, ongeacht de vraag of de vordering van of tegen die partij toelaatbaar is; zodat het tussenarrest van 17 mei 1988, door te beslissen dat voor de eerste rechter partij is niet alleen wie voor de eerste rechter is verschenen of opgeroepen maar ook alleen wie juridisch bestaat en door om reden dat eiseres juridisch niet bestaat het door hem ingesteld hoger beroep niet ontvankelijk te verklaren, de in het onderdeel ingeroepen wetsbepalingen schendt;

...

Overwegende dat, wanneer een eisende partij een veroordeling vordert tegen een vereniging die geen rechtspersoonlijkheid heeft, en de rechter de gevraagde veroordeling uitspreekt, de veroordeelde partij in het geding is;

Dat een vonnis alleen kan worden vernietigd door de rechtsmiddelen bij de wet bepaald;

Dat daaruit volgt dat een vereniging die is veroordeeld, tegen haar veroordeling moet kunnen opkomen door de middelen bij de wet bepaald;

Dat het arrest van 17 mei 1988 derhalve het hoger beroep van eiseres ten onrechte niet toelaatbaar verklaart;

Dat, steeds om dezelfde redenen, eiseres ontvankelijk is om zich tegen dat arrest in cassatie te voorzien;

Dat verweersters middel van niet-ontvankelijkheid moet worden verworpen en het eerste onderdeel van het eerste middel gegrond is;

II. In zoverre de voorziening is ingesteld door eiser M.;

Over het tweede middel: schending van artikel 97 van de Grondwet, artikel 7 van het decreet d'Allarde van 2-17 maart 1791 houdende de opheffing van steunrechten, meesterschappen en gilderaden en de algemene beginselen inzake de vrijheid van handel en nijverheid, de wilsautonomie, en het rechtsmisbruik,

doordat het eindarrest van 21 februari 1989 het hoofdberoep van eiser ongegrond verklaart en het beroepen vonnis bevestigt in de mate waarin het eiser veroordeelt tot de betaling van een schadevergoeding van 350.000 frank op grond: «dat de eerste rechter terecht, om motieven waar-

mee het hof (van beroep) instemt, heeft geoordeeld dat (eiser) een fout heeft begaan door, na een eerste opname van (verweersters) reclame voor haar produkt M. in het weekblad van de B.B. 'De boer en de tuinder' (nummer van 14 september 1984) — waarvan hij verantwoordelijke uitgever is —, nadien te hebben geweigerd en te zijn blijven weigeren nog reclame voor dat produkt evenals voor geïntimeerdes produkt V. op te nemen; dat weliswaar (eiser) terecht betoogt dat ieder rechtsbekwaam persoon vrij is contracten aan te gaan, welke vrijheid ook het recht om niet te contracteren impliceert; dat evenwel van bedoeld recht — zoals van elk recht — geen misbruik mag worden gemaakt; dat in casu (eiser) misbruik heeft gemaakt van het recht niet te contracteren door zonder enige geldige reden te kunnen aanvoeren en met klaarblijkelijke miskenning van (verweersters) recht om reclame te maken — een uitloei van haar recht handel te drijven — systematisch te weigeren de litigieuze reclame op te nemen; dat de afwezigheid van enig geldig motief voor deze weigering duidelijk blijkt uit het uiteenlopend karakter der diverse redenen achtereenvolgens opgegeven in de briefwisseling, voor de rechter in kort geding, voor de rechtbank ten gronde en thans voor het hof (van beroep); dat gezegde redenen niet ernstig voorkomen en overigens in genen dele worden gestaafd; dat inzonderheid geenszins blijkt dat, zoals door (eiser) wordt gesteld, de litigieuze reclame misleidend zou zijn; dat de houding van (eiser) des te meer als een misbruik dient te worden beschouwd daar door de weigering de reclame op te nemen in het weekblad van de B.B. 'De boer en de tuinder', dat weliswaar geen monopoliepositie bekleedt in de desbetreffende vakliteratuur maar toch bij de leden van de B.B. en in landbouwerskringen in het algemeen een hoog aanzien heeft, de lancering van de door (verweester) op de markt gebrachte nieuwe produkten M. en V. aanzienlijk werd belemmerd, een omstandigheid waarvan (eiser) zich terdege bewust was of moest zijn; dat, samengevat, hoewel in principe (eiser) vrij is te contracteren met wie hij wil, hij in casu van die vrijheid misbruik heeft gemaakt door ten aanzien van één enkele kalkproducent, (verweester), op discriminerende wijze te weigeren reclame op te nemen, daar waar hij moest weten dat die discriminatie zonder enig nut voor hemzelf — en zelfs blijkbaar zonder enig nut voor de feitelijke vereniging B.B. in wier dienst hij tewerkgesteld is — aan (verweester) een aanzienlijk nadeel zou berokkenen; dat de door (verweester) geleden schade enkel vatbaar is voor begroting ex aequo et bono en door de eerste rechter gepast werd bepaald op 350.000 frank; dat uit het bovenstaande volgt dat het hoofdberoep van Sylvain M. ongegrond is»,

...

Overwegende dat artikel 7 van het decreet van 2-17 maart 1791 de vrijheid van koophandel, nijverheid en arbeid waarborgt;

Overwegende dat in die vrijheid besloten is de vrijheid voor een ieder om de overeenkomsten te sluiten die hij wil; dat zulks meebrengt dat het feit dat iemand een aanbod doet, voor hem niet een subjectief recht in het leven roept waardoor hij de macht zou hebben om degene aan wie hij het aanbod doet, tot uitvoering te dwingen van een verbintenis die erop zou neerkomen dat hij het aanbod moet aanvaarden tenzij hij een rechtvaardiging verstrekt voor zijn weigering om zulks te doen; dat voor degene tot wie het aan-

bod gericht is elke verplichting ontbreekt om er op enigerlei wijze op in te gaan; dat het slechts anders is wanneer en in zoverre enige wetsbepaling hem daartoe verplicht;

Overwegende dat daaruit volgt dat degene tot wie een aanbod is gericht, wanneer hij er niet op wenst in te gaan, voor zijn weigering geen reden hoeft op te geven;

Dat het arrest van 21 februari 1989, door te beslissen dat eiser geen geldig motief voor zijn weigering verstrekke, artikel 7 van het decreet van 2-17 maart 1791 schendt;

...

NOOT — *De autonomie van het belang als toelaatbaarheidsvoorwaarde in hoger beroep*

1. Nergens wordt in het Gerechtelijk Wetboek uitdrukkelijk bepaald aan welke toelaatbaarheidsvereisten voldaan moet zijn om hoger beroep te kunnen instellen. Enkele specifieke voorwaarden volgen indirect uit een aantal wetbepalingen. Zo moet het vonnis in eerste aanleg zijn gewezen en voor hoger beroep vatbaar zijn. Hoewel de appellabiliteit van deze vonnissen de algemene regel is (artt. 616 en 1050 Ger.W.), heeft de wetgever de mogelijkheid tot het instellen van hoger beroep soms uitgesloten, bv. voor vonnissen over een vordering waarvan het bedrag vijftienduizend frank niet overschrijdt (art. 617, eerste lid Ger.W.), welke beperking dan weer niet geldt voor de vonnissen van arbeidsrechtbanken (617, tweede lid Ger.W.).

Het hoger beroep moet bovendien ingesteld worden binnen een termijn van één maand, in principe vanaf de betekening van het vonnis (art. 1050 Ger.W.), in andere gevallen vanaf de kennisgeving (beschikkingen op eenzijdig verzoekschrift: art. 1031 Ger.W., beschikkingen van de vrederechter krachtens art. 1253bis Ger.W.), of zelfs vanaf de uitspraak (vonnissen van de jeugdrechtbank: art. 58 wet 8 april 1965). Deze termijn van één maand is voorgeschreven op straffe van verval (art. 860, tweede lid, Ger.W.). Ten slotte mag de partij die hoger beroep instelt, niet in het vonnis hebben berust (art. 1044 Ger.W.).

2. Algemeen wordt aangenomen dat voor het instellen van hoger beroep ook de *algemene toelaatbaarheidsvereisten* gelden die de artt. 17 en 18 Ger.W. voorschrijven voor het instellen van de rechtsvordering. Het Hof van Cassatie besliste uitdrukkelijk dat «ingevolge de artt. 17 en 18 van het Gerechtelijk Wetboek, het hoger beroep niet kan worden toegelaten als de appellant daarbij geen verkregen en dadelijk belang heeft» (Cass., 5 januari 1990, *Arr.Cass.*, 1989-90, nr. 272). Wie hoger beroep instelt, moet hiertoe de vereiste hoedanigheid alsmede een reeds verkregen en dadelijk belang hebben. Vele auteurs delen dit standpunt (Fettweis, A., *Manuel de procédure civile*, Luik, Fac.Liège, 1987, 493, nrs. 736-738; Poupert, J.M., *Comm.Ger.*, art. 1050, nr. 19; Van Compernelle, J., «Examen de jurisprudence. Les voies de recours», *R.C.J.B.*, 1987, 131).

Deze analoge toepassing van de algemene toelaatbaarheidsvereisten van de artt. 17 en 18 Ger.W. op het rechtsmiddel van het hoger beroep gaat echter voorbij aan de specificiteit van de toelaatbaarheidsvoorwaarden van het hoger beroep en kan bovendien geen steun vinden in art. 1042 Ger.W. dat enkel de regels van het geding (boek II, artt. 700 tot 1041 Ger.W.) toepasselijk verklaart op de rechtsmiddelen. Er moet een duidelijk onderscheid worden gemaakt tussen enerzijds de algemene toelaatbaarheidsvoorwaarden

voor het instellen van een rechtsvordering, waarvan sprake is in de artt. 17 en 18 Ger.W., en anderzijds de specifieke toelaatbaarheidsvereisten voor het instellen van het rechtsmiddel van hoger beroep.

Het is dan ook juist te stellen dat de algemene toelaatbaarheidsvereisten van de artt. 17 en 18 Ger.W. enkel gelden voor de rechtsvordering, zowel in eerste aanleg als in hoger beroep, terwijl de hoedanigheid en het belang vereist voor de toelaatbaarheid van het hoger beroep autonome, specifieke voorwaarden zijn. Vereist is dat de appellant *partij in eerste aanleg* is geweest en door het vonnis in eerste aanleg *geheel of ten dele in het ongelijk* werd gesteld.

3. Om hoger beroep te kunnen instellen moet men allereerst *partij in eerste aanleg* zijn geweest. Het Gerechtelijk Wetboek bevat geen omschrijving van het begrip «partij». Indirect kunnen belangrijke kenmerken omtrent dit begrip afgeleid worden uit de principes omtrent een ander, zij het buitengewoon rechtsmiddel, nl. het derdenverzet (Baert, K. en De Coninck, B., «Rechtsopvolging in het nieuwe België. Spookrijders in het procesrecht», in *Procederen in nieuw België en komend Europa*, XVIIe Post Universitaire Cyclus W. Delva, Antwerpen, Kluwer, 1991, 400, nr. 18).

Voor «derden» die door een gewezen vonnis zijn benadeeld, staat immers geen hoger beroep open. Zij kunnen enkel hun toevlucht nemen tot het derdenverzet (artt. 1122 tot 1131 Ger.W.). Dit rechtsmiddel komt krachtens art. 1122 Ger.W. toe aan «ieder die niet behoorlijk is opgeroepen of niet in dezelfde hoedanigheid in de zaak is tussengekomen» en die bijgevolg als derde moet worden beschouwd. A contrario kan daaruit worden afgeleid dat hoger beroep toekomt aan ieder die in eerste aanleg behoorlijk is opgeroepen en die in hoger beroep in dezelfde hoedanigheid tussenkomt (zie ook Poupart J.M., *Comm.Ger.*, art. 1050, nr. 14).

Het is echter onvoldoende om in een bepaalde procedure te zijn opgetreden of te zijn verschenen om hierdoor meteen partij te worden die recht heeft om hoger beroep in te stellen. Enkel de partij wier materiële rechten het voorwerp vormen van het geschil, d.w.z. de materiële procespartij, kan hoger beroep instellen tegen een vonnis dat haar nadeel toebrengt, desnoods met de wettelijk vereiste bijstand of tegenwoordiging.

4. Vervolgens kan men slechts hoger beroep instellen als men door de eerste rechter *geheel of ten dele in het ongelijk* is gesteld. Alleen dan heeft men een belang bij het instellen van hoger beroep. Dit belang is specifiek aan het hoger beroep in die zin dat het zijn oorzaak vindt in de inhoud van de eerste beslissing en niet mag worden verward met het algemeen belang voor het instellen van een rechtsvordering, vereist door de artt. 17 en 18 Ger.W.

Volgens het Hof van Cassatie impliceert het belang voor het instellen van hoger beroep niet noodzakelijk dat de appellant door de eerste rechter is veroordeeld. Voldoende is dat de appellant voor de eerste rechter werd gedagvaard en aanwezig was in het geding betreffende een tegen hem en een andere medegedaagde ingestelde vordering, ook al werd niet hij maar de andere medegedaagde veroordeeld (Cass., 29 juni 1979, *Arr.Cass.*, 1979-80, (1330), 1332).

Een partij kan hoger beroep instellen indien zij meent dat de rechter het geschil in feite of in rechte op verkeerde wijze heeft beoordeeld, of om eigen vergissingen recht te zetten (Cass., 17 oktober 1946, *Pas.*, 1947, I, 365, *R.C.J.B.*, 1947, 159, met noot Simont, H.).

5. Het is de verdienste van het geannoteerde arrest van 13 september 1991 de autonomie van het belang als toelaatbaarheidsvoorwaarde voor het hoger beroep te hebben erkend. In het geannoteerde arrest was de vraag aan de orde of een feitelijke vereniging zonder rechtspersoonlijkheid hoger beroep kon instellen tegen het vonnis waarbij zij veroordeeld was zonder dat het gebrek aan rechtspersoonlijkheid door haarzelf of door de rechter ambtshalve was opgeworpen. Is het voldoende dat de vereniging in eerste aanleg partij was en veroordeeld werd om het door haar ingestelde hoger beroep toe te laten, of dient de appelrechter dit rechtsmiddel ambtshalve niet toelaatbaar te verklaren zoals het Hof van Beroep te Brussel in casu had gedaan?

6. Algemeen wordt gesteld dat ook voor het instellen van hoger beroep vereist is dat men juridisch bestaat (Kohl, A., *L'appel en droit judiciaire privé*, Prolegomena, nr. 15, Brussel, Swinnen, 1990, 79, nr. 124). Opnieuw dient erop gewezen te worden dat een onderscheid moet worden gemaakt tussen het juridisch bestaan als voorwaarde voor de toelaatbaarheid van de rechtsvordering en het juridisch bestaan als toelaatbaarheidsvereiste voor het instellen van hoger beroep. Voor het instellen van rechtsvorderingen is inderdaad vereist dat men juridisch bestaat. Deze voorwaarde kan problemen stellen voor een feitelijke vereniging zonder rechtspersoonlijkheid. Een dergelijke vereniging kan wel als houder van materiële rechten worden beschouwd, maar het gebrek aan rechtspersoonlijkheid heeft tot gevolg dat zij niet toelaatbaar is in haar rechtsvordering. Net zoals in de rechtsleer reeds herhaaldelijk is gewezen op het onderscheid dat moet worden gemaakt tussen het materiële recht en het ius agendi, kan op dezelfde wijze onderscheid worden gemaakt tussen de houder van het materiële recht en die van het ius agendi (Baert, K. en De Coninck, B., *o.c.*, 385, nr. 7, en 391, nr. 11).

Middelen van niet-toelaatbaarheid m.b.t. het bestaan van een rechtspersoon om in rechte op te treden kunnen in elke stand van het geding, zelfs voor het eerst in cassatie, worden opgeworpen (Cass., 15 mei 1951, *Pas.*, 1951, I, 623; Cass., 30 mei 1960, *Pas.*, 1960, I, 1124). De exceptie van ontoelaatbaarheid van de door een V.Z.W. ingestelde eis bij gebrek aan tegenwerpelijke rechtspersoonlijkheid kan te allen tijde worden opgeworpen (Brussel, 2 maart 1988, *J.T.*, 1988, 656, *Rev.Rég.Dr.*, 1990, 91, noot). Ook de vordering van een feitelijke vereniging is ontoelaatbaar bij gebrek aan rechtspersoonlijkheid, zonder dat belangenschade moet worden bewezen omdat art. 860 e.v. Ger.W. slechts de nietigheid van proceshandelingen betreffen. Behoudens in enkele welbepaalde gevallen kan een vakbond, die geen rechtspersoonlijkheid bezit, niet in rechte optreden (Arbh. Brussel, 21 april 1988, *Soc.Kron.*, 1989, 130).

In zijn uitvoerige conclusie voor het arrest van het Hof van Cassatie van 11 januari 1979 merkte advocaat-generaal Velu op dat inzake middelen van niet-toelaatbaarheid onderscheid moet worden gemaakt tussen enerzijds het geval waarin de niet-toelaatbaarheid wordt afgeleid uit de nietigheid van een proceshandeling of uit de onregelmatigheid van de vertegenwoordiging of bevoegdheden van de lasthebber en anderzijds het geval waarin de niet-toelaatbaarheid wordt afgeleid uit het niet-bestaan van een partij of haar onbekwaamheid om in rechte op te treden. In het eerste geval moet de tegenpartij de niet-toelaatbaarheid van de eis opwerpen en de ingeroepen nietigheid of niet toelaatbaarheid

bewijzen. In het tweede geval, dat in het geannoteerde arrest aan de orde was, kan de niet-toelaatbaarheid ambtshalve worden opgeworpen door het openbaar ministerie of de rechter (Velu, J., conclusie voor Cass., 11 januari 1979, *Pas.*, 1979, 19, 521, *Arr. Cass.*, 1979-80, 524; zie ook Cass., 2 maart 1953, *Pas.*, 1953, I, 504). In het voornoemd arrest van 11 januari 1979 oordeelde het Hof van Cassatie dat de voorziening uitgaande van een vereniging zonder rechtspersoonlijkheid niet toelaatbaar is. In dezelfde lijn besliste het Hof van Beroep te Brussel in het tussenarrest van 17 mei 1988 dat geleid heeft tot het geannoteerde arrest, dat het hoger beroep van de feitelijke vereniging niet toelaatbaar was omdat deze vereniging geen rechtspersoonlijkheid had. De omstandigheid dat deze vereniging door de eerste rechter veroordeeld was zonder dat zij zelf of de eerste rechter ambtshalve de niet-toelaatbaarheid van de vordering had opgeworpen, is volgens het Hof van Beroep te Brussel geen reden om het hoger beroep toe te laten nu dit vonnis «toch geen effect kan sorteren».

7. Terecht beslist het Hof van Cassatie in zijn arrest van 13 september 1991 dat een vereniging die partij is in het geding voor de eerste rechter en door deze wordt veroordeeld, belang heeft om hoger beroep in te stellen, ook al heeft zij geen juridisch bestaan. Voor de toelaatbaarheid van het hoger beroep is het derhalve voldoende dat men voor de eerste rechter partij was en door deze in het ongelijk werd gesteld. Dat de appellant geen rechtspersoonlijkheid bezit, heeft slechts gevolgen voor de toelaatbaarheid van de rechtsvordering die door of tegen deze partij in eerste aanleg werd ingesteld. Uit dit arrest kan worden afgeleid dat de appelrechter in de eerste plaats de toelaatbaarheid van het hoger beroep moet onderzoeken (appellabiliteit van het vonnis; appeltermijn; afwezigheid berusting; partij in eerste aanleg; in het ongelijk gesteld) en vervolgens ambtshalve de toelaatbaarheid van de door of tegen de appellant ingestelde rechtsvordering zal moeten toetsen aan de hand van de artt. 17 en 18 Ger.W. Wanneer een eis ingesteld door een vereniging zonder rechtspersoonlijkheid door de eerste rechter ongegrond wordt verklaard zonder dat de niet toelaatbaarheid van deze eis door de verweerder of de rechter was opgeworpen, zal de appelrechter het hoger beroep van de vereniging wel toelaatbaar moeten verklaren maar haar rechtsvordering ontoelaatbaar.

Deze stelling kan worden verdedigd met het argument dat het eerste vonnis als geldig moet worden beschouwd zolang het niet is vernietigd (Cass., 16 november 1989, *Pas.*, 1990, I, 329), wat enkel mogelijk is door het instellen van rechtsmiddelen bij de wet bepaald (art. 20 Ger.W.). Een voorloper van het geannoteerde arrest is het arrest van het Hof van 6 februari 1986 (*Arr. Cass.*, 1985-86, 788). De ouders van een minderjarige waren in hun hoedanigheid van wettelijke beheerders over de persoon en de goederen van hun zoon gedagvaard voor de eerste rechter. Naar aanleiding van een tussenvordering was de vader ook nog in eigen naam gedagvaard en veroordeeld. De ouders stelden enkel hoger beroep in «qualitate qua». De veroordeling van de vader in persoonlijke naam wordt echter door het Hof van Beroep bevestigd. De cassatievoorziening die de vader – ditmaal in eigen naam – instelt, wordt toelaatbaar geoordeeld nu hij door de veroordeling in hoger beroep «partij in de beslissing» was geworden.

8. Het Hof van Cassatie heeft in zijn arrest van 13 september 1991 de weg geëffend voor een autonome beoordeling van de toelaatbaarheidsvoorwaarden voor het instellen van hoger beroep. Er moet een duidelijk onderscheid worden gemaakt tussen de toelaatbaarheidsvoorwaarden van de rechtsvordering (artt. 17 en 18 Ger.W.) en die van het hoger beroep. Het Hof van Cassatie oordeelde terecht dat het voor de toelaatbaarheid van het hoger beroep voldoende is dat men partij is geweest voor de eerste rechter en in eerste aanleg in het ongelijk werd gesteld. Voor de toelaatbaarheid van de rechtsvordering in eerste aanleg en in hoger beroep, moet voldaan zijn aan de algemene voorwaarden van de artt. 17 en 18 Ger.W.: juridisch bestaan, de vereiste hoedanigheid bezitten, een reeds verkregen en dadelijk belang hebben. De appelrechter dient achtereenvolgens de toelaatbaarheid van het hoger beroep en die van de rechtsvordering aan hun eigen voorwaarden te toetsen.

Karen BROECKX
Assistente Universiteit Antwerpen

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER – 16 SEPTEMBER 1991

Voorzitter: de h. Soetaert, eerste voorzitter

Rapporteur: de h. Verougstraete

Openbaar ministerie: de h. Lenaerts, procureur-generaal

Advocaat: mr. Simont

Werkloosheid – Geschillen – Beroep bij arbeidsgerecht – Termijn – Aanvang – Kennisgeving van beslissing

De kennisgeving van de beslissing van de werkloosheidsinspecteur die de termijn doet lopen om beroep in te stellen bij het arbeidsgerecht, geschiedt op het ogenblik waarop de aangetekende brief aangeboden wordt op het dienende adres. Het opnieuw zenden van een gewone brief, nadat de aangetekende brief vruchteloos is aangeboden en niet is afgehaald, heeft niet tot gevolg dat een nieuwe termijn begint te lopen.

R.V.A. t/ V.

Gelet op het bestreden arrest, op 5 juni 1989 door het Arbeidshof te Gent gewezen;

...

Overwegende dat het arrest vaststelt dat de gewestelijke werkloosheidsinspecteur op 4 juni 1987 aan verweerder kennis gaf van zijn beslissing en dat verweerder tegen die beslissing slechts op 5 augustus 1987 beroep instelde bij de arbeidsrechtbank;

Dat het arrest aanneemt, mede onder verwijzing naar de toen door de gedingpartijen als vaststaande aanvaarde vaststellingen van het beroepen vonnis, dat de aangetekende brief van 4 juni 1987 op verweerders woonplaats op 5 juni 1987 vruchteloos werd aangeboden, dat verweerder de brief niet afhaalde zodat deze naar de afzender teruggestuurd werd, en dat de arbeidsinspecteur de beslissing andermaal meedeelde, met de gewone post, op 9 juli 1987;

Overwegende dat artikel 7, § 11, van de besluitwet van 28 december 1944 luidt: «De beslissingen van de directeur van

het gewestelijk bureau van de Rijksdienst voor Arbeidsvoorziening of van het personeelslid van het gewestelijk bureau dat door de directeur-generaal van de Rijksdienst is aangeduid, moeten, op straffe van verval, binnen een maand na de kennisgeving of bij gebrek aan kennisgeving binnen de maand waarop de betrokkene er kennis van gehad heeft, aan de bevoegde arbeidsrechtbank voorgelegd worden»;

Overwegende dat de in dit artikel bedoelde kennisgeving geschiedt op het ogenblik waarop de brief aangeboden wordt op het dienende adres; dat de enkele omstandigheid dat op een latere datum de beslissing opnieuw wordt gestuurd aan de betrokkene, niet tot gevolg heeft dat een nieuwe termijn begint te lopen vanaf de dag waarop de betrokkene kennis krijgt van het nieuwe bericht;

Overwegende dat het arrest niet zonder schending van de in het middel genoemde wetsbepaling kon beslissen dat het beroep tijdig was ingesteld;

...

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 31 OKTOBER 1991

Voorzitter-rapporteur: de h. Sace

Openbaar ministerie: de h. Piret

Inkomstenbelastingen – Ambtshalve ontheffing – Nieuwe stukken of feiten

Voor de toepassing van art. 277, § 1, W.I.B. kunnen alleen als nieuwe feiten of bescheiden gelden die welke een bewijs kunnen opleveren dat voordien niet is geleverd, en die de belastingplichtige niet kon aanvoeren of overleggen voordat de termijnen van bezwaar of beroep verstreken waren.

Belgische Staat t/ B.V.B.A. L.

Gelet op het bestreden arrest, op 13 juni 1990 door het Hof van Beroep te Luik gewezen;

...

Overwegende dat artikel 277, § 1, van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen bepaalt dat de directeur der belastingen of de door hem gedelegeerde ambtenaar ambtshalve ontlasting verleent hetzij van de overbelastingen die voortvloeien uit materiële vergissingen of uit dubbele belasting, hetzij van die welke blijken uit afdoende bevonden nieuwe bescheiden of feiten waarvan het laattijdig overleggen of aanvoeren door de belastingsschuldige wordt verantwoord door wettige redenen; dat voor de toepassing van die wetsbepaling alleen als nieuwe feiten of bescheiden gelden die welke een bewijs kunnen opleveren dat voordien niet is geleverd en die de belastingplichtige niet kon overleggen of aanvoeren voordat de termijnen van bezwaar of beroep waren verstreken;

Overwegende dat het arrest, nadat het erop heeft gewezen dat verweerster, naar luid van haar bezwaarschrift dat het bestuur op 20 maart 1986 heeft ontvangen, had bekendgemaakt dat zij voor de jaren 1982, 1983 en 1984 per vergissing verschillende bedragen als bedrijfsvoorheffing had betaald terwijl geen bedrijfsvoorheffing verschuldigd was,

vervolgens, betreffende het jaar 1982, zegt dat verweerster in een brief van 1 augustus 1983 aan het centrum voor documentatie van de bedrijfsvoorheffing, had verduidelijkt dat zij geen personeel in loondienst had, maar dat zij ondanks het verzoek van het bestuur deswege geen bezwaarschrift had ingediend, voor het jaar 1983, verweerster op 5 maart 1985 de reden had bekendgemaakt van een verschil inzake de bedrijfsvoorheffing maar dat zij evenmin een bezwaarschrift had ingediend niettegenstaande het verzoek van het bestuur, en, betreffende het jaar 1984, dat verweerster in haar brief van 30 april 1986 aan hetzelfde bestuur op dezelfde wijze had geantwoord als het jaar voordien, met dien verstande dat zij bekendmaakte dat zij dit keer een bezwaarschrift had ingediend waarin zij de terugbetaling vroeg van de voor die drie jaren ten onrechte betaalde bedragen;

Overwegende dat het hof van beroep uit die vermeldingen niet wettig heeft kunnen afleiden dat het te dezen overbelastingen betrof welke zijn gebleken uit nieuwe feiten in de zin van voormeld artikel 277, § 1;

...

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

3e KAMER – 30 OKTOBER 1991

Voorzitter: mevr. Spinoy

Raadsheren: de hh. Vertessen en Snelders

Advocaten: mrs. Wijffels en Van Doosselaere

Beslag en executie – Bewarend scheepsbeslag – Zeevordering – Artt. 1468 en 1469 Ger.W.

De in art. 1469, § 2, Ger.W. bedoelde mogelijkheid tot beslag ten laste van de eigenaar van het schip, die niet de schuldenaar is van de zeevordering, bestaat slechts indien de eigenaar nog die is van het ogenblik van het ontstaan van de zeevordering.

Alleen als de vordering bevoorrecht is of met een hypotheek gewaarborgd, ontstaat een volgrecht en kan de vordering tegen de scheepseigenaar worden uitgevoerd, ongeacht in wiens handen het schip is overgegaan.

N.V. F. t/ N.V. S.

Overwegende dat appellante door wijziging van de bestreden beschikking de intrekking nastreeft van de beschikking van de beslagrechter van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Antwerpen van 11 december 1987 strekkende tot toelating van bewarend beslag op het MS Seahorse (ex Protostatis); dat ze bij conclusie, neergelegd op 25 september 1991, de veroordeling van geïntimeerde vordert tot terugbetaling van 1.342.600 frank met de gerechtelijke interesten sedert 31 mei 1988, welk bedrag onder voorbehoud van de onderhavige procedure werd overgemaakt;

Overwegende dat geïntimeerde concludeert tot de ongegrondheid van het hoger beroep, en bij conclusie, neergelegd op 25 september 1991, vraagt het hoger beroep ontoelaatbaar te verklaren bij gebrek aan belang;

Overwegende dat, ter uitvoering van het akkoord dat tussen partijen op 30 december 1987 werd gesloten op 31 mei 1988, aan geïntimeerde de som van 1.352.600 frank in hoofdsom, interesten en kosten werd overgemaakt; dat wel de-

gelijk de betaling gebeurde via de raadsman van geïntimeerde, niet van Protostatis; dat het akkoord uitging van Protostatis tegenover geïntimeerde terwijl de kwijting van de som verleend werd door geïntimeerde aan appellante; dat in de kwijting geïntimeerde zelf ontving en kwijting tekende en dat de kwijting werd opgesteld met opname van de clausule dat «de betaling geschiedt onder het uitdrukkelijk voorbehoud van hoger beroep en eventueel andere rechtsmiddelen tegen de beschikking van de beslagrechter de dato 29 maart 1988»;

dat de betaling derhalve gebeurde ter uitvoering van het akkoord maar onder het geformuleerde voorbehoud en dit om het dreigend uitvoerend beslag te vermijden op het schip dat thans aan appellante toebehoort;

dat het belang van appellante er uiteraard in blijft bestaan het beslag op het schip MV Seahorse, dat thans haar eigendom is te horen opheffen en de betaling-borgstelling terug te ontvangen; dat het middel van geïntimeerde dat de borgstelling het beslag vervangt niet ter zake is om appellantes belang in twijfel te trekken aangezien juist de mogelijkheid om beslag te leggen zelf aan de orde is;

dat het hoger beroep toelaatbaar is;

Overwegende dat artikel 1468 van het Gerechtelijk Wetboek uitdrukkelijk bepaalt dat «zeevordering» de inschuld betekent of het recht uit oorzaak van schade door een schip veroorzaakt, hetzij door aanvaring hetzij anderszins;

dat schade door een schip door «aanvaring» veroorzaakt duidelijk niet aanwezig is te dezen;

dat appellante stelt dat de bewoordingen van artikel 1468, a, in fine, namelijk «hetzij anderszins», enkel tot doel hebben de in zich beperkende inhoud van het begrip aanvaring af te zwakken; dat er aldus geen sprake is van aanvaring in geval van botsing tegen een vast voorwerp of voorwerp dat niet de juridische hoedanigheid heeft van schip zoals te dezen een kraan;

dat appellante tevens stelt dat de schade niet door het «varend» schip veroorzaakt is, maar door een beweegbaar onderdeel van een verkeerdelijk behandeld deel van het schip, namelijk de giek van een boordkraan; dat de schade aldus werd veroorzaakt door het «scheepsbedrijf» en dus slechts een zeevordering kan zijn in geval van lichamelijk letsel of verlies van mensenlevens (artikel 1468, b, Ger.W.);

Overwegende dat allereerst dient te worden opgemerkt:

a) dat artikel 1468 Ger.W. niet handelt over een «varend» schip maar louter over het schip;

b) dat verder dient te worden aanvaard dat de bewoordingen in de akte van hoger beroep «materiële schade» namelijk in de context «de schade niet door het schip maar blijkbaar wel door exploitatie ervan werd toegebracht hetgeen aanleiding mag geven tot een zeevordering wanneer de schade exclusief 'materieel' is», duidelijk als in strijd zijnde met de stelling en de ontwikkelde middelen van appellante als een verschrijving moet worden beschouwd en trouwens door appellante ter zitting werd rechtgezet in «lichamelijke» schade; dat ook in de oorspronkelijke dagvaarding deze schade door scheepsbedrijf door appellante alleen als een zeevordering wordt aangemerkt in geval van toegebrachte «lichamelijke» letsels of verlies van mensenlevens;

Overwegende dat appellante de draagwijdte van de bewoordingen «hetzij anderszins» in artikel 1468 Ger.W. betwist; dat die bewoordingen in tegenstrijd werden aangewend t.o.v. «aanvaring»; dat de oorspronkelijke tekst op En-

gels voorstel «otherwise» in de conventie en aldus in ons recht overgenomen, duidt op materiële schade op enig andere wijze dan aanvaring door het schip toegebracht ongeacht of het aan een ander schip of aan een ander voorwerp is;

dat dit artikel in de term «scheepsbedrijf» inhoudt dat het schip alsdan zelf niet het instrument is van het voorval maar alleen een verkeerde handeling ten gronde ligt terwijl voor een zeevordering krachtens artikel 1468, a, de schade niet alleen het onmiddellijk gevolg moet zijn van een handeling verricht door iemand die bij de navigatie is betrokken, maar bovendien het schip zelf het instrument is waardoor de schade wordt berokkend zoals te dezen het geval is met een onderdeel van het schip;

dat de tekst van de conventie van 1952 volledig in ons recht is opgenomen zonder enige afwijking;

dat geïntimeerde dus over een zeevordering beschikt volgens artikel 1468, a, van het Gerechtelijk Wetboek;

Overwegende dat niet betwist wordt dat het MV Seahorse en MV Protostatis een en hetzelfde schip zijn;

Overwegende dat de eigendomsoverdracht van alle aandelen van het schip aan appellante werd overeengekomen op 17 april 1986, dus vóór het arrest van 30 april 1986, dat een appellante slechts betekend werd op 19 augustus 1986; dat het schip op 7 mei 1986 ter beschikking was van appellante; dat, indien geïntimeerde meent dat de eigendomsoverdracht met eventuele medeplichtigheid van appellante bedrieglijk zou zijn gebeurd, haar andere middelen en procedure ter beschikking staan;

Overwegende dat, wat het bewarend beslag betreft op zeeschepen, de artikelen 1468 en 1469 van het Gerechtelijk Wetboek zijn overgenomen uit de conventie van 10 mei 1952; dat de draagwijdte van deze artikelen derhalve dient te worden getoetst aan de voorbereidende werkzaamheden van het verdrag; dat deze echter niet zo helder zijn dat ze verschillende interpretaties uitsluiten;

Overwegende dat het feit dat artikel 9 van het verdrag van 1952 niet in het Gerechtelijk Wetboek is opgenomen, niet belet dat het artikel door België bij wet goedgekeurd werd en dus geldend positief recht is;

dat de artikelen van het verdrag van 1952 overigens niet in tegenspraak zijn met de in het Gerechtelijk Wetboek opgenomen en bestaande bepalingen, noch dat de bepalingen van artikel 9 en artikel 3 van de conventie van 1952 zelf in tegenstrijd zijn;

Overwegende dat de voorbereidende teksten van het verdrag van 1952 de tegengestelde standpunten enerzijds van het Common Law en anderzijds van het continentaal recht poogden te verzoenen en een compromis werd bereikt;

dat artikel 3 van het verdrag (artikel 1469, § 2, Ger.W.) in werkelijkheid de uitsluitende bedoeling had een verdere beperking te verlenen aan de «sistershipclause»;

dat als tegemoetkoming voor de eigenaar het verdrag van 1952 en onze wet inderdaad bepalen dat bewarend beslag op een schip ten laste van een debiteur die niet de eigenaar is van het schip slechts kan worden toegestaan op het schip waarop de zeevordering betrekking heeft en niet op de zusterschepen van de eigenaar;

dat aldus artikel 1469, § 2, een beperkende explicitering en bijzonder geval inhoudt t.o.v. artikel 1469, § 1, Ger.W.; dat het verdrag volgens geïntimeerde een bepaalde «claim» op het schip als dusdanig in aanmerking neemt (a maritime

lien) doch geen volgrecht; dat geïntimeerde zich ook op geen volgrecht beroept om beslag te rechtvaardigen; dat de discussie omtrent «maritime lien» waaraan geen volgrecht verbonden is en de «droit de suite» zoals in de oorspronkelijke Franse tekst was opgenomen, irrelevant is nu geïntimeerde zich niet op een volgrecht beroept;

dat de stelling dat aan een zeevordering «van rechtswege» enig recht verbonden is waardoor de huurder van de vordering gerechtigd is om beslag te leggen op het schip in handen van een nieuwe eigenaar, in strijd is met artikel 9 van het verdrag van 1952; dat dit verdrag geen enkele vordering of geen enkel recht van «zaaksgevolg» verleent buiten datgene, eventueel verleend door de nationale wet op voorrechten en hypotheek op zeeschepen; dat in die zin geen conflict bestaat tussen de interne en de internationale rechtsnorm; dat – zoals hierna wordt gezegd – artikel 3 van het verdrag (artikel 1469, § 2, Ger.W.) slechts een speciaal geval is in het kader van artikel 1469, § 1, Ger.W.;

Overwegende dat, terwijl de gemeenrechtelijke bepalingen inzake beslag inhouden dat de huidige en toekomstige goederen het pand vormen van de schuldeiser (artikel 8 Hypotheekwet), de bijzondere reglementeringen inzake scheepsbeslag hiervan afwijken en deze uitzonderingen dus strikt dienen te worden geïnterpreteerd; dat scheepsbeslag mogelijk is, doch slechts voor de houder van een limitatief in artikel 1468 Ger.W. opgesomd aantal zeevorderingen, en dat het mogelijk is ook al is de eigenaar niet de debiteur (artikel 1469, § 2);

Overwegende dat het te dezen echter niet gaat om de discussie over het probleem of het zeeschip instaat voor een zeevordering die bij een ander persoon dan de eigenaar haar ontstaan vindt, maar wel of na regelmatige eigendomsoverdracht beslag nog mogelijk is;

dat derhalve de door geïntimeerde aangehaalde rechtspraak (o.a. arresten Omala en Danbox) te dezen irrelevant is daar ze verleend is in andere omstandigheden; dat beide arresten immers betrekking hebben op een scheepsbeslag waarin de verhouding tussen reder, eigenaar van het schip waarop beslag enerzijds en bevrachter-schuldenaar anderzijds in betwisting is en centraal staat;

Overwegende dat, nu het verdrag van 1952 bepaalt dat geen afwijkingen van het gemene recht van de verdragsluitende staat gecreëerd worden, het dus ook geen maatregel van bewarend beslag toelaat die niet volgens de wetgever van de verdragsluitende staat België kan worden omgezet in uitvoerend beslag en kan leiden tot gedwongen verkoop van het schip;

dat derhalve aan een cumulatieve voorwaarde dient voldaan te zijn om beslag te kunnen leggen ten laste van een eigenaar die niet persoonlijk voor de zeeschuld gehouden is: 1) het verdrag moet dit mogelijk maken en, 2) het beslag moet krachtens onze nationale wet omgezet kunnen worden in uitvoerend beslag en leiden tot de gedwongen verkoop van het schip;

dat, zo niet aan de laatste voorwaarde is voldaan, het bewarend beslag slechts een wettelijk pressiemiddel zou zijn dat de schuldeiser zou toestaan zich een voordeel te verschaffen waarop hij geen recht zou hebben; dat het bewarend beslag wil voorkomen dat de schuldenaar zijn goederen onttrekt aan de uitvoeringsmogelijkheid van zijn schuldeisers;

dat het beslag dus verenigbaar moet zijn met de beginnende inzake volgrecht, hypotheek en voorrechten;

dat in ons recht de aansprakelijkheid «in rem» onbekend is; dat, alleen wanneer de vordering met een hypotheek op het schip gewaarborgd is, een volgrecht ontstaat en de vordering zal kunnen worden uitgevoerd ongeacht in wiens handen het schip sinds het ontstaan van de vordering is overgegaan; dat daaruit volgt dat het recht op beslag alleen bestaat zolang het schip «toebehoort aan hem die er op het ogenblik van het ontstaan van de zeevordering eigenaar van is» (zoals ook de tekst van artikel 1469, § 1, Ger.W. luidt) met dien verstande dat een reeds gelegd beslag uiteraard in acht moet worden genomen bij eventuele vervreemding van het schip;

dat het feit dat een schip bezwaard is met een zeevordering niet kan worden tegengeworpen aan de verkrijger te goeder trouw van het schip; dat enkel een reeds gelegd beslag door de publiciteit die desaanstaande noodzakelijk en verplicht is, aan de koper bekend is; dat in artikel 1469 Ger.W. namelijk niet staat: «de zeevordering waarvoor de eigenaar instaat» maar wel de bewoordingen zijn opgenomen: «toebehorend aan hem die op het ogenblik van het ontstaan van de zeevordering eigenaar was van het schip waarop de inschuld betrekking heeft»;

dat op het ogenblik van het ontstaan van de schuld in het onderhavig geding Protostatis Maritime én eigenaar én schuldenaar was en dus op dat ogenblik niet alleen op het betrokken schip beslag kon worden gelegd maar ook op een ander aan die eigenaar toebehorend schip;

dat het recht op beslag op het schip geen enkel voorrecht noch volgrecht schept; dat het recht op beslag dus enkel bestaat zolang het schip toebehoort aan hem die er «op het ogenblik van ontstaan van de vordering» eigenaar van was;

dat artikel 1469, § 2, Ger.W. toepassing vindt in alle gevallen waarin een andere persoon dan de eigenaar instaat voor een zeeschuld, doch dat ook hier het ogenblik van ontstaan van de vordering een rol speelt en het schip nog in handen moet zijn van de eigenaar die ook eigenaar was bij ontstaan van de vordering; dat deze immers alsdan van de vordering – als borg – op de hoogte is terwijl een latere verkrijger te goeder trouw onwetend is van een dergelijke vordering en deze vordering hem – zoals reeds gezegd – niet kan worden tegengeworpen;

dat die niet-tegenwerpbaarheid ook blijkt uit artikel 1478 van het Gerechtelijk Wetboek in die zin dat eigendomsoverdracht weliswaar als mogelijk wordt bepaald «na» beslag, maar alsdan als niet-tegenwerpbaar wordt gesteld t.o.v. de beslagleggende schuldeisers zolang de inschrijving van het beslagexploot niet vervallen is;

dat a contrario dient te worden besloten dat overdracht «vóór» beslag wel kan worden tegengeworpen en de schuldeisers dus na regelmatige overdracht geen beslag meer kunnen leggen;

dat, nu alleen als de vordering bevoorrecht is of met een hypotheek is gewaarborgd een «volgrecht» ontstaat en die vordering tegen de scheepseigenaar kan worden uitgevoerd ongeacht in wiens handen het schip dan sinds het ontstaan van de vordering overging, a contrario dient te worden besloten dat geen bewarend beslag meer kan worden gelegd op het schip waarop de vordering betrekking heeft wanneer het schip geen eigendom meer is van diegene die eigenaar was op het ogenblik van ontstaan van de zeevordering;

dat de mogelijkheid tot beslag ten laste van de eigenaar van het schip die niet de schuldenaar is van de zeevordering dus voorzien is in artikel 1469, § 2, Ger.W.; dat die mogelijkheid echter dus slechts bestaat indien de eigenaar nog die is van het «ogenblik van ontstaan van de vordering»;

dat geïntimeerde dus ten onrechte stelt dat aan de artikelen 1548-1550 e.v. van het Gerechtelijk Wetboek, die de formaliteiten van dit beslag regelen, geen nuttig gevolg meer toekomt indien een beslag in handen van een nieuwe eigenaar niet toegestaan wordt;

dat in die zin evenmin een strikte interpretatie van artikel 1469, § 2, Ger.W. een wegcijfering van artikel 1469, § 1, inhoudt;

...

NOOT – *Scheepsbeslag ten laste van een niet-eigenaar*

1. Het bewarend beslag op zeeschepen maakt het voorwerp uit van het Verdrag van Brussel van 10 mei 1952 (hierna genoemd *Verdrag Scheepsbeslag*), dat een beslagprocedure invoert die essentieel verschilt van de gemeenrechtelijke. Deze vorm van bewarend beslag geniet de jongste jaren een grote belangstelling (zie o.m. De Beule, D. en Leers, P., *Bewarend beslag op zeeschepen*, Antwerpen, 1967; Delwaide, L., *Scheepsbeslag*, Antwerpen, 1988; Dujardin, R., *Bewarend en uitvoerend scheepsbeslag*, Antwerpen, 1986; Theunis, J., «Bewarend beslag op zeeschepen en binnenschepen», v° «Art. 1467-1480», in *Commentaar Gerechtelijk Recht*; Theunis, J., *Arrest of ships – Belgium*, Londen, 1986, pp. 5-29; Van Aerde, Cl., *Zeeschepen onder bewarend beslag*, Brugge, Die Keure; Verstrepen, W., «Bewarend beslag op zee- en binnenschepen», *Jura Falc.*, 1988-89, 71-109 en 191-212).

Ondanks die grote belangstelling heeft de tekst van het Verdrag van Brussel van 10 mei 1952 zijn geheimen nog niet geheel prijsgegeven. Dit verdrag werd in de Belgische rechtsorde opgenomen door de goedkeuringswet van 24 maart 1961 (*B.S.*, 19 juli 1961). Op advies van de Raad van State en op initiatief van de toenmalige minister van Justitie werd de toentertijd bestaande interne wet van 4 september 1908 bij de wet van 4 december 1961 gewijzigd om te voorkomen dat de werkingssfeer van de nieuwe voorschriften beperkt zou blijven tot de onderdanen van de verdragssluitende staten, en om zodoende een dualiteit tussen de interne Belgische wetgeving en de verdragsbepalingen te vermijden (*Parl.Hand.*, *Senaat*, 1960-61, 15 februari 1961, 161; *Parl.Hand.*, *Senaat*, B.Z., 1961, 48). De aldus bij de wet van 4 december 1961 gewijzigde wettekst werd ondergebracht in de artikelen 1467 tot en met 1480 van het Gerechtelijk Wetboek. Aan de precieze bepalingen van het verdrag komt directe werking toe, zodat in geval van conflict tussen een interne rechtsregel en een verdragsbepaling met directe werking de verdragsbepaling de bovenhand heeft (Cass., 27 mei 1961, *Arr.Cass.*, 1971, 959, *R.W.*, 1972-73, 424 noot, *Pas.*, 1972, I, 886, concl. proc.-gen. Ganshof van der Meersch, W.; zie Van Aerde, Cl., o.c., p. 22, nr. 18).

2. Krachtens art. 2 *Verdrag Scheepsbeslag* en art. 1468, eerste lid, Ger.W. is bewarend beslag op een zeeschip slechts mogelijk wanneer de schuldeiser beschikt over een zeevordering. Zij worden limitatief opgesomd in art. 1 van het verdrag (art. 1468, litt. a t/m q). De beslagleggende schuldeiser wiens vordering zeker, vaststaand en opeisbaar is in de zin van art. 1415 Ger.W., doch geen oorzaak heeft,

voorkomende in de lijst van art. 1468, litt. a t/m q, kan aldus geen bewarend beslag leggen op een zeeschip. In casu oordeelde het hof van beroep dat de beslaglegger over een zeevordering beschikte in de zin van art. 1468, tweede lid, a, Ger.W. Dit artikel is wel degelijk van toepassing wanneer de schade wordt veroorzaakt door een boordkraan aan een valkraan tijdens het lossen van het schip. Er wordt geenszins vereist dat de schade aangericht zou zijn door een varend schip.

De vraag of een schuldeiser ook over een zeevordering moet beschikken wanneer hij op grond van een vonnis dat niet uitvoerbaar bij voorraad is, krachtens art. 1414 Ger.W. bewarend beslag op een zeeschip wenst te leggen, blijft controversieel. Uit het verslag-Van Reepinghen (*Parl. Hand.*, *Senaat*, 1963-64, zitting 10 december 1963, nr. 60, p. 329), kan geen eenduidig antwoord afgeleid worden door de discrepantie tussen de Nederlandse en de Franse versie. Een gedeelte van de rechtsleer is van oordeel dat het bewarend beslag op grond van art. 1414 Ger.W. niet onderworpen is aan het bijzonder stelsel van het *Verdrag Scheepsbeslag*, waaruit volgt dat op grond van art. 1414 Ger.W. wel bewarend beslag gelegd kan worden voor vorderingen die geen zeevorderingen zijn in de zin van art. 1468 Ger.W. (Delwaide, L., o.c., pp. 127-128, nr. 120; Dujardin, R., o.c., p. 134, nr. 35; Storme, M., «Beschouwingen over de tussenkomst van de rechter in scheepszaken», *T.B.H.*, 1985, 415, nr. 7). Andere auteurs zijn daarentegen van oordeel dat steeds een zeevordering vereist blijft, ook wanneer de schuldeiser over een vonnis ten gronde beschikt. Men steunt hierbij op art. 2 van het *Verdrag Scheepsbeslag*, dat in de meest algemene termen stelt dat op een schip slechts beslag mag worden gelegd voor een zeevordering. Deze opvatting verdient de voorkeur. Aangezien het verdrag directe werking heeft, heeft het volgens deze stelling voorrang boven een andersluidende interne wetbepaling (Van Aerde, o.c., p. 31, nr. 27; Verstrepen, W., o.c., pp. 97-98).

3. Luidens art. 3 (1) *Verdrag Scheepsbeslag* en art. 1469 Ger.W., § 1, eerste lid, Ger.W. mag altijd bewarend beslag worden gelegd op het zeeschip zelf waarop de zeevordering betrekking heeft, hetzij op enig ander schip, toebehorend aan hem die op het ogenblik van het ontstaan der zeevordering eigenaar was van het schip waarop de inschuld betrekking heeft. Het enigszins onnauwkeurig geformuleerde artikel 1469, § 2, Ger.W., dat overeenstemt met artikel 3 (4) *Verdrag Scheepsbeslag* luidt als volgt: «Wanneer bij een bevrachtingsovereenkomst betreffende een schip met overgave van rederschap alleen de gebruiker instaat voor een zeeschuld die op het schip betrekking heeft, mag het beslag worden gelegd op dat of enig ander aan de gebruiker toebehorend schip, maar niet op enig ander aan de eigenaar toebehorend schip. Deze bepaling vindt toepassing op alle gevallen waarin een ander persoon dan de eigenaar voor een zeeschuld instaat.»

Met betrekking tot de verhouding tussen de twee eerste paragrafen van art. 1469 Ger.W. beslist het Hof van Cassatie in het bekende arrest van 10 mei 1976: «dat overeenkomstig de verschillende onderdelen van art. 1469 beslag kan worden gelegd op het schip waarop de zeevordering betrekking heeft, onverschillig of de eigenaar ervan of een ander persoon instaat voor een zeeschuld, in de zin van bedoeld art. 1468 Ger.W.» en «dat art. 1469, § 2, Ger.W. niet afwijkt van de bepalingen van § 1 van dit artikel betreffende de inbe-

slagning van het schip, waarop de zeeschuld betrekking heeft, maar aanstipt enerzijds dat het beslag ook mag worden gelegd op de andere schepen waarvan de bevrachter met overgave van rederschap of de andere personen die voor de zeeschuld instaan, eigenaar zijn, en, anderzijds, dat wanneer bedoeld bevrachter of een ander persoon dan de eigenaar van het schip voor de zeeschuld instaat, beslag niet mag worden gelegd op de andere schepen van de eigenaar dan dat waarop de zeeschuld betrekking heeft» (Cass., 10 mei 1976, «Omala», *Arr. Cass.*, 1976, 1008, *Eur. Vervoerr.*, 1983, 768, met noot De Paep, R.).

Uit dit arrest wordt afgeleid dat het van geen belang is of het zeeschip bij het ontstaan van de zeevordering bevracht was of niet, en dat het bij bevrachting zonder belang is of deze al dan niet geschiedde met overgave van rederschap (De Beule, D. en Leers, P., *o.c.*, p. 85, nr. 148).

Art. 3 *Verdrag Scheepsbeslag* en art. 1469 Ger.W. leveren aldus een wettelijke uitzondering op het beginsel dat schuldeisers slechts hun verhaalsrecht kunnen uitoefenen op goederen die hun debiteur toebehoren (artt. 7-8 Hyp.W.; zie ook art. 1413 Ger.W.).

De scheepseigenaar ziet zich aldus verplicht om zijn eigendom borg te stellen voor de verbintenissen van de bevrachter. Hij is, net als de derde-bezitter van een gehypothekeerd goed of een zakelijke borg, gehouden *propter rem* in de zin dat hij geen persoonlijke debiteur wordt van de schuld maar dat het verhaalsrecht van de beslagleggende schuldeiser beperkt blijft tot de zaak waarop de verbintenis rust. Deze mogelijkheid van beslaglegging brengt uiteraard een groot risico voor de scheepseigenaar met zich mee indien niet hijzelf maar wel zijn bevrachter schuldenaar is van de zeevordering (De Beule, D. en Leers, P., *o.c.*, p. 76, nr. 134). De schuldeiser van de bevrachter kan zich dus in geval van niet-naleving van de verbintenissen van de bevrachter, door beslag te leggen op het schip waarop de zeevordering kleef, een zekerheid verschaffen buiten het vermogen van zijn schuldenaar. Deze afwijking van de gemeenrechtelijke regeling wordt verantwoord door te wijzen op de bijzonder zwakke positie van de schuldeiser. Deze beschikt immers slechts uitzonderlijk en dan nog kortstondig over de mogelijkheid om bewarend beslag te leggen.

Het betrokken zeeschip zal na een vonnis ten gronde het voorwerp van een gedwongen verkoop kunnen uitmaken, ook wanneer de eigenaar ervan niet de schuldenaar is en bijgevolg niet tot betaling veroordeeld kan worden. De beslagleggende schuldeiser mag aldus het conservatoir beslag omzetten in een uitvoerend beslag zodra hij een uitvoerbare rechterlijke uitspraak ten laste van de debiteur verkregen heeft en het betrokken zeeschip zal dan na een vonnis ten gronde het voorwerp van een gedwongen verkoop kunnen uitmaken, ook wanneer de eigenaar ervan niet de schuldenaar is en bijgevolg niet tot betaling gedwongen kan worden. Anders zouden art. 1548, 1550, tweede lid, 1556, eerste lid, en 1557, eerste lid, Ger.W., die de formaliteiten bij gedwongen verkoop bepalen die gevolgd worden ingeval het schip geen eigendom is van de schuldenaar, geen zin hebben (Van Aerde, Cl., *o.c.*, p. 78, nr. 89; Gent, 12 januari 1988, *Rechtspr. Antw.*, 1988-89, 254).

De rechtspraak heeft zich tot voor kort nagenoeg unaniem op het standpunt dat het betrokken schip ook nog in bewarend beslag kan worden genomen indien het na het ontstaan van de zeevordering van eigenaar veranderd is,

zelfs indien de zeevordering niet gericht is tegen de vorige eigenaar maar tegen de bevrachter (Beslagn. Antwerpen, 25 oktober 1974 en 25 november 1974, «*Felicitas-II*», *onuitg.*, aangehaald door Delwaide, L., *o.c.*, p. 172; Beslagn. Antwerpen, 7 september 1984, *Eur. Vervoerr.*, 1985, 139, «zaak Celtic Venture», Beslagn. Antwerpen, 16 september 1985, *onuitg.*, A.R. nr. 4506, «zaak Altair»; Kh. Antwerpen, 19 november 1987, *Eur. Vervoerr.*, 1988, 477, «zaak Chios Fiath»; Beslagn. Antwerpen, 29 maart 1988, *Eur. Vervoerr.*, 1988, 485, en *Rechtspr. Antw.*, 1988, 119, «zaak Protostatis»; Beslagn. Antwerpen, 3 augustus 1988, *onuitg.*, A.R. 30.324, «zaak Regent»).

4. Het geannoteerde arrest van het Hof van Beroep te Antwerpen neemt afstand van deze gevestigde rechtspraak (zie ook nog in dezelfde zin: Gent, 12 januari 1988, *Rechtspr. Antw.*, 1988-89, 254). De redenering van het hof sluit nauw aan bij een belangrijk gedeelte van de rechtsleer (Delwaide, L., *o.c.*, 135-136; Van Aerde, C., *o.c.*, pp. 78-84; Verstrepen, W., *o.c.*, p. 106; anders: De Beule, D. en Leers, P., *o.c.*, pp. 91 e.v.). Volgens deze opvatting kan alleen de beslagleggende schuldeiser die beschikt over een volgrecht ingevolge voorrecht of hypotheek, bewarend beslag leggen op het schip indien dit schip niet meer de eigendom is van diegene die eigenaar was op het ogenblik van het ontstaan van de zeevordering.

Hiertoe wordt steun gezocht in artikel 9 van het *Verdrag Scheepsbeslag* dat als volgt luidt: «Geen enkele bepaling van dit Verdrag mag worden beschouwd als scheppende een recht op een vordering die buiten de bepalingen van dit Verdrag niet zou bestaan naar de wet, toe te passen door den rechter, voor wie het geschil aanhangig gemaakt is. Dit Verdrag kent de eisers generlei recht van zaakgevolg toe buiten dat verleend door laatstgenoemde wet of het Verdrag inzake voorrechten en hypotheek op zeeschepen, indien dit laatste toepasselijk is.» Aangezien naar Belgisch recht alleen de schuldeisers die op het zeeschip een voorrecht of ingeschreven hypotheek hebben, een volgrecht hebben, kunnen alleen zij nog bewarend beslag leggen op het betrokken zeeschip, wanneer na het ontstaan van hun zeevordering de eigendom van het schip is overgedragen.

Ook de Franse rechtspraak neemt een analoog standpunt in (Aix-en-Provence, 25 februari 1986, *D.M.F.*, 1987, 164, met noot Pestel-Debord, P., en Montpellier, 19 maart 1987, *D.M.F.*, 1988, 539, met noot Marchand, M., waar men de beslagleggende schuldeiser een volgrecht toekent voor zover hij zich kan baseren op een voorrecht; Remond-Gouilloud, M., M., *Droit maritime*, Parijs, Ed. Pedone, 1988, p. 161, nr. 292).

In Nederland sluit men de mogelijkheid van beslag na verkoop uit. Volgens Claringbould en Baron van Lynden lijkt de tekst van artikel 3, lid 1, wel degelijk een zaakgevolg te stipuleren. Maar aangezien de tekst van art. 9 *Verdrag Scheepsbeslag* geen zakelijk recht schept, is dit niet het geval (Claringbould, M. en Baron van Lynden, C., «Enige aantekeningen bij het Verdrag conservatoir beslag op zeeschepen», *N.I.B.*, 1986, 840, nr. 8).

5. De tekst van art. 9, tweede lid, *Verdrag Scheepsbeslag* is evenwel niet eenduidig, aangezien er een merklijk verschil bestaat tussen de authentieke Franse en Engelse versie van dit verdrag. De Franse tekst spreekt van «un droit de suite», de Engelse tekst van een «maritime lien». Volgens Hill is een maritime lien «a privileged claim against a ship to be put

into effect by legal process» (Hill, C., in *Arrest of Ships – England and Wales*, p. 3). Beide begrippen dekken elkaars inhoud niet. Indien men art. 9, tweede lid, *Verdrag Scheepbeslag* interpreteert op basis van de Engelse tekst en aldus laat zeggen dat het verdrag geen maritiem voorrecht (i.p.v. een recht van zaaksgevolg) toekent, hoeft men niet tot hetzelfde resultaat te komen (Beslagnr. Antwerpen, 29 maart 1988, *Eur. Vervoerr.*, 1988, 485, en *Rechtspr. Antw.*, 1988, 119). Men kan dan immers vasthouden aan de stelling dat het verdrag, zelfs in geval van eigendomsoverdracht, een verhaalsrecht op het schip heeft gecreëerd, doch dat het verdrag aan deze mogelijkheid tot beslag geenszins een voorrecht heeft verbonden (De Beule, D. en Leers, P., o.c., p. 92, nr. 155).

Artikel 9 van het *Verdrag Scheepbeslag* zou er dan alleen toe strekken om de vordering *in rem* van art. 3 geen grote slagkracht toe te kennen, met name geen persoonlijk vorderingsrecht op de derde-verkrijger, geen bevoorrecht karakter en geen verhaalsrecht op de andere vermogensbestanddelen van de derde-verkrijger.

Ook het Hof van Cassatie lijkt zich bij deze stelling te hebben aangesloten. In het arrest van 10 mei 1976 overweegt het Hof, zij het in een obiter dictum, dat «overeenkomstig de verschillende onderdelen van artikel 1469, beslag kan worden gelegd op het schip waarop de zeevordering betrekking heeft, onverschillig of de eigenaar of een andere persoon instaat voor een zeeschuld, in de zin van bedoeld artikel 1468 Ger.W.». Hieruit kan worden afgeleid dat de tekst van art. 3 (1) *Verdrag Scheepbeslag* en art. 1469, § 1, Ger.W. voldoende duidelijk is en een recht op zaaksgevolg impliceert.

Het zou ongetwijfeld wenselijk zijn dat deze vraagstelling aan het Hof van Cassatie zou worden voorgelegd zodat deze controverse kan worden beslecht.

G. Van Haegenborgh
Assistent K.U.Leuven

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

8e KAMER – 30 JANUARI 1992

Voorzitter: de h. Vandeplas

Raadsheren: de hh. Luyckx (rapporteur) en Michielsens

Openbaar ministerie: de h. Boute

Advocaten: mrs. Faure, Wille, Dupont, Smets, Debonnaire, Tournicourt en Martens

Strafvordering – Nietigheid – Recht van verdediging

1. *De Belgische wetgever heeft aan de gerechtelijke overheid geen exclusieve bevoegdheid toevertrouwd om kennis te nemen van de strafbare feiten of om deze te beoordelen.*

2. *Het verhoor onder eed van personen tegen wie een gerechtelijk onderzoek lopende is over feiten die het voorwerp van dit onderzoek uitmaken is een flagrante schending van het recht van verdediging. Niet alleen art. 14 I.V.B.P.R., maar ook de algemene beginselen van het Belgisch strafrecht verzetten zich tegen de verplichting tot zelfincriminatie.*

3. *Door het verhoor onder eed van de verdachte over feiten waarvan hij beschuldigd wordt, is zijn recht op verdediging op onherstelbare wijze aangetast en deze schending van het recht van verdediging tast de regelmatigheid van de strafvervolgning aan.*

Het Studiecentrum voor Kernenergie e.a. t/ Van de V.
e.a.

Overwegende dat al de feiten van de diverse telastleggingen de uiting zijn van een zelfde strafbaar opzet zodat ze vanuit strafrechtelijk oogpunt één enkel strafbaar feit opleveren; dat de ten laste gelegde feiten werden gepleegd tussen 1 januari 1980 en 1 november 1987, zonder onderbreking van méér dan drie jaar; dat het laatste feit werd gepleegd op 31 oktober 1987 zodat de verjaring van de strafvordering rechtsgeldig werd gestuit door het vonnis van de Correctionele Rechtbank te Turnhout van 3 oktober 1990;

Overwegende dat de beklaagden de niet-ontvankelijkheid van de strafvordering hebben opgeworpen bij de aanvang van de behandeling van de zaak in hoger beroep; dat ze onder meer een flagrante schending van de rechten van de verdediging aanvoeren; dat meer bepaald de schending van het zwijgrecht en die van het verbod van zelfincriminatie worden bedoeld;

Overwegende dat de beklaagden o.m. aanvoeren dat de werking van de Europese onderzoekscommissie ingesteld op 27 januari 1988 en van de Belgische parlementaire onderzoekscommissie ingesteld op 17 maart 1988 de grondrechten van de beklaagden zouden schenden doordat er een verregaande vermenging is ontstaan tussen het gerechtelijk onderzoek en de werking van deze commissies;

Overwegende dat de schending van deze grondrechten wordt afgeleid uit het feit dat de commissies in het openbaar «getuigenissen en verklaringen» hebben uitgebracht over de «individuele verantwoordelijkheden, waarvan de kennisneming en de beoordeling exclusief aan de gerechtelijke overheid is voorbehouden met inachtneming van de beginselen van een behoorlijke strafrechtsbedeling»;

Overwegende dat, hoewel de Belgische wetgever aan de strafrechter het monopolie heeft toegekend om in de door de wet omschreven gevallen straffen op te leggen, hij nochtans aan de gerechtelijke overheid geen exclusieve bevoegdheid heeft toevertrouwd om kennis te nemen van de strafbare feiten of om deze te beoordelen; dat een parallel onderzoek door de raad van de orde, een canonieke rechtbank of een parlementaire commissie – zelfs al kan hun werking hinderlijk of storend voor het gerechtelijk onderzoek worden bevonden – in beginsel de regelmatigheid van de strafvervolgning niet aantast, evenmin trouwens als de beslissing van de voorzitter van de rechtbank van koophandel inzake bevel tot staking overeenkomstig de artikelen 95 of 97 van de wet betreffende de handelspraktijken, een medische tuchtstraf of de voorlopige schorsing van een ambtenaar door de hiërarchische overheid, uiteraard de bevoegdheid van het strafgerecht beknotten kan;

Overwegende dat de beklaagden echter ook aanvoeren dat er een ernstige inbreuk werd gepleegd op hun zwijgrecht daar ze werden verplicht onder eed te getuigen voor de parlementaire onderzoekscommissie over feiten die het voorwerp uitmaken van de onderhavige strafvervolgning;

Overwegende dat de onderzoeksrechter te Turnhout inderdaad op 12 oktober 1987 werd gevorderd door de procureur des Konings wegens omkoping van ambtenaren (artt. 246, 247 en 248 van het Strafwetboek) ten laste van onbekenden, welke vordering op 11 december 1987 werd uitgebreid tot valsheid in geschrifte en gebruik van valse stukken

en overtreding van artikel 488bis van het Strafwetboek inzake externe beveiliging van kernmateriaal;

Overwegende dat weliswaar was gevorderd *in incertam personam*, maar het van meetaf voor elkeen duidelijk was dat de strafvordering in feite gericht was tegen Van de V. en S., tegen wie alle onderzoeksdaaden waren gericht en die trouwens na luttele tijd in beschuldiging werden gesteld; dat trouwens ook de openbare opinie en de dagbladpers er geen twijfel over lieten bestaan dat deze twee personen de hoofdschuldigen waren in het milieuschandaal;

Overwegende dat hangende het gerechtelijk onderzoek de parlementaire commissie werd ingesteld en dat de beklaagden Van de V. en S. werden verhoord onder eed; dat de voorzitter van deze commissie zich meer bepaald tot S. richtte in de volgende bewoordingen:

«Ik herinner U eraan dat de onderzoekscommissie de bevoegdheden heeft die het wetboek van strafvordering aan de onderzoeksrechter toekent (artikel 4 van de wet van 1880).

Ik vraag U de eed af te leggen en leg er de nadruk op dat U door een valse getuigenis kan worden gestraft met een gevangenisstraf van 2 maanden tot 3 jaar en dat U voor een termijn van tenminste 5 jaar en ten hoogste 10 jaar kan worden ontzet van het recht om te kiezen en gekozen te worden (artikel 9);»

dat het stenografisch verslag van de commissie vervolgens vermeldt dat S. de eed aflegt in volgende termen:

«Ik zweer te zullen spreken zonder haat en zonder vrees en de gehele waarheid en niets anders dan de waarheid te zullen zeggen» (zitting van woensdag 1 juni 1988);

Overwegende dat ook Van de V. in dezelfde termen werd gewaarschuwd en bedreigd: «Monsieur Van de V., je vous rappelle que vous témoignez sous serment que vous avez prêté lors de votre précédente audition» (zitting van 25 mei 1988);

Overwegende dat de beklaagden Van de V. en S. door de parlementaire commissie onder eed werden verhoord over o.m.:

- de wijze waarop het departement «Waste» werd geleid en de omstandigheden waarin de overeenkomsten met Transnuclear tot stand kwamen;
 - de aanleiding tot het ontslag van Van de V. bij S.C.K. en het schandaal bij Transnuclear;
 - de kostprijs van de afvalverwerking;
 - de vergoedingen uitgekeerd voor «persoonlijke studies»;
 - de bestemming van de ontvangen gelden;
 - de bewegingen op de persoonlijke bankrekening van Van de V.;
 - de behandeling van het afval;
 - het gebruik van vals briefpapier door TN;
 - de dubbele facturatie;
 - de ondervragingen door de onderzoeksrechter te Turnhout;
 - de verantwoordelijkheden: «zwarte» boekhouding, bestemming en verdeling van de winst;
- (Stenografisch verslag inzake Van de V. zitting donderdag 28.4.1986; blz. 21/4 tot en met 26/7 — zitting woensdag 25.5.1988 blz. 2 — 11/5, 22/7, 14/1 en 5 — 15/2, 16/2, 17/2, 20/6, 22/3 en 5 — 24/1, 29/1).
- het personeel van S.-Jet en de juiste voorwaarden van tewerkstelling;
 - de contracten met TN;

- de controle van de arbeidsgeneeskundige dienst;
 - de blootstelling aan radio-actieve straling;
 - de opleiding en bekwaamheid van het personeel;
 - de relatie tussen het SCK en de afdeling «Waste»;
 - de betalingen door TN;
 - de aangerekende kostprijs;
 - de afvalverwerking en loonkost van het personeel;
- (Stenografisch verslag verhoor S. — woensdag 4 mei 1988, blz. 17/1, 18/1, 24/8 en 27/3).

Overwegende dat dit verslag van de parlementaire commissie niet alleen bij de stukken van het gerechtelijk onderzoek werd gevoegd, maar de onderzoeksrechter o.m. op 25 augustus 1988 en 19 december 1988 de beklaagden Van de V. en S. in kennis stelde van de bevindingen van de parlementaire commissie en de beklaagden nader ondervroeg of liet ondervragen omtrent de verklaringen die ze voor deze commissie onder eed hadden afgelegd (verhoor door O.R. van S. dd. 19 december 1988; kantschrift van de O.R. te Turnhout dd. 25 augustus 1988 aan de Gerechtelijke Politie te Turnhout);

— Overwegende dat het verhoor onder eed van personen tegen wie een gerechtelijk onderzoek lopende is over feiten die het voorwerp van dit onderzoek uitmaken, een flagrante schending is van de rechten van de verdediging; dat een beklagde niet alleen overeenkomstig artikel 14 van het I.V.B.P.R. beschermd is tegen de verplichting tot zelfincriminatie, maar de algemene beginselen van het Belgisch Strafrecht zich verzetten tegen het verhoor van een beklagde onder eed;

Overwegende dat deze schending van de rechten van de verdediging de regelmatigheid van de strafvervolgning aantast en ze de nietigheid van de strafvervolgning tot gevolg heeft; dat het verslag van de parlementaire commissie vanuit strafrechtelijk oogpunt niet door nietigheid is aangetast als onrechtmatig verkregen bewijs, dat also uit het strafdossier kan worden geweerd of waarop het Hof geen acht zou slaan, maar het verhoor onder eed van de beklaagden over de kern van de telastleggingen niet anders kan dan de strafvervolgning zelf aantasten daar de strafrechter wanneer hij eenmaal kennis heeft genomen van deze onder eed afgelegde verklaringen, niet meer op objectieve manier kan oordelen over de zaak zelf; dat anderzijds de beklaagden, geconfronteerd met de verklaringen die ze onder eed hebben moeten afleggen, op dusdanige wijze gehinderd werden in hun recht van verdediging dat hun vrijheid van verdediging op onherstelbare wijze is aangetast;

Overwegende dat natuurlijk kan worden aangevoerd dat een verslag van maatschappelijk onderzoek wel uit een strafdossier kan worden geweerd of dat bepaalde bewijsstukken die door middel van een onwettige huiszoeking werden vergaard niet in aanmerking worden genomen, zonder dat daarom heel de strafvervolgning door nietigheid is aangetast; dat echter niet uit het oog mag worden verloren dat de mededeling van een sociale enquête in strijd met het beroepsgeheim, niet noodzakelijk een schending van het recht van verdediging inhoudt of dat een onrechtmatig verkregen bewijsmiddel eventueel louter beperkt blijft tot een aantasting van de bewijskracht van de indicieën, maar bepaalde inbreuken op het recht van verdediging, zoals het onderscheppen van de correspondentie van een beklagde met zijn raadsman, waarin hij de feiten bekend, het gebruik van fysiek geweld of van bedreigingen of de belofte van straffeloosheid indien

men tot bekentenissen overgaat, en het verhoor onder eed van een beklaagde, op zulk een fundamentele wijze de vrijheid van de beklaagde aantasten dat heel het strafonderzoek hierdoor is besmet, en anderzijds de rechter, die van deze bekentenissen kennis heeft genomen, op zulk een wijze is beïnvloed dat hij geen abstractie meer kan maken van de gegevens die middels deze krenking van de rechten van de verdediging werden vergaard, zodat dient te worden vastgesteld dat de strafvervolgning zelf door nietigheid is aangetast;

Overwegende dat wordt aangevoerd dat de beklaagden zich steeds op hun zwijgrecht konden beroepen om hun medewerking aan de parlementaire onderzoekscommissie te weigeren; dat zulks hun echter niet werd meegedeeld en anderzijds vanuit het standpunt van de beklaagden het dan geen zin had dat ze verplicht werden de voorgeschreven eed af te leggen; dat de schending van het zwijgrecht van de beklaagden niet kan worden goedgepraat met de bewering dat ze zich maar moesten onttrekken aan de hun opgelegde eed vooral nu deze mogelijkheid hun niet werd meegedeeld;

Overwegende dat het er niet op aankomt na te gaan welke verklaringen onder morele druk werden afgelegd, maar wel of er druk werd uitgeoefend en zodra bewezen is dat er druk werd uitgeoefend, de strafvordering nietig is, welke verklaringen ook werden afgelegd; dat m.a.w. het geen belang heeft welke de precieze inhoud is van de onder eed afgelegde verklaringen betreffende de hun ten laste gelegde feiten, maar enkel telt dat de beklaagden door het afleggen van deze eed niet meer vrijelijk konden beslissen over de manier waarop ze hun verdediging voerden;

Overwegende dat de burgerlijke partij S.C.K. aanvoert dat geen concrete rechtsgrond wordt aangetoond voor de schending van artikel 14.3.g van het I.V.B.P.R. houdende verbod van zelfincriminatie daar de beklaagden op geen enkele wijze gedwongen werden om te spreken, dat het enkele feit dat beklaagden onder eed werden verhoord geenszins betekent dat zij verplicht werden te antwoorden, dat zij ten alle tijde mochten zwijgen, dat het verbod om de eed op te leggen aan een verdachte niet geldt voor een parlementaire onderzoekscommissie, dat ook het zwijgrecht geen verdragschending zou inhouden, dat de kennisgeving van het zwijgrecht niet is ingeschreven in het Belgisch strafprocesrecht zodat de parlementaire onderzoekscommissie niet verplicht was beklaagden enige cautie te geven, en dat de bepaling van artikel 14.3.g I.V.B.P.R. dient te worden gelezen in het licht van de beginselen ter voorkoming van bekentenissen door martelingen;

Overwegende dat het Hof niet heeft te oordelen over de regelmatigheid van de rechtspleging gevoerd voor de parlementaire commissie, maar over de regelmatigheid van de strafvervolgning zoals deze wordt gevoerd voor het strafrecht;

Overwegende dat in een strafproces geen gebruik mag worden gemaakt van bekentenissen of van verklaringen die door een beklaagde werden afgelegd onder fysieke dwang of onder morele druk; dat de verplichting onder eed verklaringen af te leggen voor een beklaagde ongetwijfeld een aantasting van zijn rechten van verdediging meebrengt; dat de bewering die achteraf wordt geopperd dat de beklaagde dan maar had moeten zwijgen indien hij van mening was dat hij zou worden geschaad in zijn recht van verdediging, geen hout snijdt, enerzijds omdat de beklaagde niet werd gewezen

op zijn zwijgrecht en anderzijds omdat dit zwijgrecht geenszins werd gewaarborgd door de parlementaire commissie;

Overwegende dat de cautieverplichting niet is ingeschreven in het Belgische strafprocesrecht en de parlementaire onderzoekscommissie eveneens blijkbaar van oordeel was dat een dergelijk voorschrift ook voor haar niet toepasselijk was; dat echter uit dit hiaat in het Belgisch strafprocesrecht niet mag worden afgeleid, zoals de burgerlijke partij het wil doen voorkomen, dat in België alle pressiemiddelen – behalve de martelingen – toelaatbaar zijn om bekentenissen te verkrijgen;

Overwegende dat de werking van de parlementaire commissie op dusdanige wijze verstrengd is met het gerechtelijk onderzoek – enerzijds ondervraagt de parlementaire commissie de beklaagden over de verklaringen afgelegd bij de onderzoeksrechter en anderzijds verhoort de onderzoeksrechter de beklaagden over hun onder eed afgelegde verklaringen voor de parlementaire commissie – dat heel het gerechtelijk onderzoek alsook de strafvervolgning zelf besmet is door deze praktijken; dat het hier om een rechtsschending gaat die veel verder strekt dan de nietigheid van een bepaald stuk; dat het om een reële krenking gaat van de rechten van de verdediging; dat het euvel niet kan worden opgelost door de verwijdering van het verslag van de parlementaire commissie en dit verslag trouwens vanuit strafrechtelijk standpunt niet door nietigheid is aangetast, maar het recht op een eerlijk proces zelf is aangetast door deze aanslag op het zwijgrecht van de beklaagden;

Overwegende dat deze schending van het zwijgrecht de grondrechten van de beklaagden aantast en een onomkeerbaar karakter vertoont;

...

ARBEIDSHOF TE GENT

2e KAMER – 17 JUNI 1991

Voorzitter: de h. Ampe

Raadsheren in sociale zaken: de hh. Laridon en Lapauw

Openbaar ministerie: de h. Kiekens

Advocaat: mr. Van Hoogenbemt

Arbeidsovereenkomst – Huisarbeiders – Begrip – Rechtstoestand – Arbeidsovereenkomstenwet – Toepassing

Een huisarbeider en geen zelfstandige is de persoon die tegen loon handenarbeid verricht op een door hem gekozen plaats, onder het gezag van een werkgever.

Op die arbeidsovereenkomst vindt de Arbeidsovereenkomstenwet geen toepassing.

H. t/ N.V. P.

Onderwerp van de vordering

Bij dagvaarding betekend op 9 februari 1989 vordert appellante de veroordeling van geïntimeerde om aan haar te betalen een opzeggingsvergoeding gelijk aan vier weken loon, d.w.z. 39.053 frank bruto, plus de wettelijke rente, de gerechtelijke rente en de kosten van het geding.

Zij voert aan dat zij in dienst was van geïntimeerde van oktober 1983 tot en met juni 1988 met een contract van onderaanneming, maar dat uit een onderzoek verricht door de officiële diensten van het Ministerie van Sociale Voorzorg gebleken is dat de overeenkomst betreffende het verrichten van de arbeid niet conform de bestaande wetgeving is gebeurd en dat dit werk als huisarbeid moet worden beoordeeld.

...

Beoordeling

A. Huisarbeidster of zelfstandige

Appellante voert aan dat zij voor geïntimeerde arbeidsprestaties leverde als huisarbeidster (het woord «thuisarbeider» is niet terug te vinden in het Benelux Sociaalrechtelijk Woordenboek).

Huisarbeiders zijn personen die tegen betaling van loon handenarbeid verrichten op een plaats door hen zelf gekozen (gewoonlijk hun woon- of verblijfplaats) overeenkomstig de richtlijnen verstrekt door hun werkgever.

Het verrichten van arbeid onder het gezag van de werkgever is een essentieel element van de arbeidsovereenkomst voor huisarbeiders, zoals van elke arbeidsovereenkomst.

De uitoefening van gezag houdt de bevoegdheid in om leiding te geven en toezicht te houden; ten aanzien van de arbeidsovereenkomst voor huisarbeiders is het gezag van de werkgever en derhalve zijn leiding en toezicht weliswaar beperkt, maar niet uitgesloten, doordat de huisarbeider arbeid verricht op een plaats die niet door de werkgever werd aangewezen (zie Cass., 26 september 1973, *J.T.T.*, 1974, 11-13).

Allereerst dient te worden opgemerkt dat de kwalificatie die partijen aan hun overeenkomst geven niet bepalend is, evenmin als het zich gedragen naar de wetten die het sociaal statuut van de zelfstandigen regelen.

De aanwezigheid van ondergeschiktheid dient te worden afgeleid uit het samengaan van verschillende elementen die, samen genomen, eerder wijzen in de richting van ondergeschiktheid, zodat de verschillende aspecten van de arbeidsrelatie moeten worden onderzocht.

In de eerste plaats blijkt geïntimeerde niet te betwisten dat appellante haar arbeid verrichtte op een plaats die niet door geïntimeerde was aangewezen.

In concreto was het zo dat geïntimeerde bepaalde werk moest worden uitgevoerd en op welke wijze het precies moest worden uitgevoerd. Alle grondstoffen, hulpmiddelen en apparatuur om het werk uit te voeren werden door geïntimeerde ter beschikking gesteld met een gedetailleerde gebruiksaanwijzing.

Het werk dat appellante diende te verrichten was hetzelfde als dat wat op atelier wordt verricht en is van een dergelijke eenvoud dat minimaal 5.000 stuks per week dienden te worden geleverd, maar met een maximum van 8.000 stuks.

Het feit dat het om zeer eenvoudig werk ging dat alleen op de voorgeschreven manier kan worden uitgevoerd, en het feit dat per 500 stuks 50 steekproeven werden verricht, waarbij een fout reeds zware gevolgen had (de doos met 1 fout: doos terug) en twee of meer fouten nog zwaardere gevolgen (hele produktie terug), maakte iedere verdere controle overbodig.

Voeg bij dit alles dat foutieve produkten teruggebracht moesten worden en gebroken produkten door het solderen aangerekend mochten worden, dat de wijze van verpakking

precies was voorgeschreven en dat, in geval van ziekte, de werkgever verwittigd moest worden, en men komt tot het besluit dat appellante geenszins over de vrijheid beschikte die wordt verondersteld en vereist is wanneer het gaat om een contract van aanneming van werk, dat over het algemeen een resultaatsverbintenis oplevert.

De werkwijze was zo strikt omschreven en de controle zo georganiseerd dat appellante moet worden geacht tewerkgesteld te zijn geweest onder het gezag van geïntimeerde.

Daar zij het werk niet uitvoerde op een plaats aangewezen door de werkgever dient te worden aangenomen dat zij een huisarbeidster was.

B. Toepasselijkheid van de wet van 3 juli 1978 op huisarbeiders

De wet van 3 juli 1978 is grotendeels een coördinatie van de eerder bestaande wetten betreffende de arbeidsovereenkomsten: de wet van 10 maart 1900 op de arbeidsovereenkomst voor werklieden; de gecoördineerde wetten betreffende de arbeidsovereenkomst voor bedienden (K.B. 20 juli 1955); de wet van 30 juli 1963 houdende het statuut van de handelsvertegenwoordigers; de wet van 24 april 1970 op de arbeidsovereenkomst voor dienstboden; de wet van 9 juni 1970 betreffende de overeenkomst voor tewerkstelling voor studenten.

Daarbuiten bleven een aantal arbeidsverhoudingen geregeld door afzonderlijke wetten: arbeid op binnenschepen – wet 1 april 1936; arbeidsovereenkomst wegens scheepsdienst – wet 5 juni 1928; personeel in openbare dienst wier toestand statutair geregeld is; huisarbeid: geregeld door de algemene beginselen van het Burgerlijk Wetboek. Daarbuiten bestaat thans geen specifieke wetgeving die de rechtspositie van de huisarbeider regelt.

Zij vielen onder de toepassing van het koninklijk besluit van 5 april 1952 tot coördinatie van de wetten houdende regeling van de huisarbeid op het gebied van lonen en hygiëne.

Deze specifieke regeling werd echter opgeheven door art. 63, 3°, van de wet van 5 december 1968 betreffende de collectieve arbeidsovereenkomsten en de paritaire comités.

Uit de voorbereiding van deze wet blijkt dat het de bedoeling was een afzonderlijk nationaal paritair comité voor de huisarbeid op te richten, wat nooit gebeurd is.

Bij het tot stand komen van de wet van 3 juli 1978 is daarin geen verandering gekomen: zowel uit de memorie van toelichting bij de wet (*Parl.St.*, *Senaat*, B.Z. 1974, nr. 381/1) als uit het senaatsverslag over het wetsontwerp betreffende de arbeidsovereenkomst (1977-78, nr. 258, blz. 44) blijkt dat de huisarbeiders niet gelijk te stellen zijn met de andere arbeiders, daar de werkgever normaliter geen toegang heeft tot hun werkplaats, die zij zelf kiezen.

Bij de bespreking in de Senaat stelde de minister uitdrukkelijk dat de huisarbeiders niet vallen onder de gewone arbeidsovereenkomst, terwijl ook het advies van de Raad van State uitdrukkelijk uiteenzet dat in het ontwerp niet opgenomen zijn en evenmin vermeld worden in de memorie van toelichting de bepalingen die de huisarbeiders (wet van 5 april 1952 en K.B. van 15 juli 1935) en de havenarbeid (wet van 8 juni 1972) betreffen (zie *Parl.St.*, *Senaat*, B.Z. 1974, nr. 381, blz. 60).

Ook bij de wijziging van artikelen 2, 3 en 5 van de wet van 3 juli 1978 door de wet van 17 juli 1985 werd daar geen wijziging in gebracht.

Tevens onderstreept de N.A.R., in zijn advies nr. 696 van 2 juni 1981, dat het schrappen van de noties «leiding en toezicht» geen enkele weerslag heeft op de rechtstoestand van de huisarbeiders, waaraan de Raad in een later stadium een onderzoek zou wijden met het oog op beschermende maatregelen (*Oriëntatie*, januari 1987, blz. 10).

Inhoudelijk wijdt de wet van 3 juli 1978 geen enkele bepaling aan de arbeidsovereenkomst voor de huisarbeiders, hoewel verschillende andere wetten wel toepasselijk zijn op deze categorie van arbeiders, onder andere: het koninklijk besluit nr. 5 van 23 oktober 1978 betreffende het bijhouden van sociale documenten (artikel 1, tweede lid); de Arbeidswet 16 maar 1971 (artikel 1, tweede lid, en artikel 3); niet de bepalingen inzake arbeid op zondag en arbeidsduur, wel de bepalingen inzake kinderarbeid, tewerkstelling van jeugdige arbeiders, nachtarbeid en moederschapsbescherming; de wet 8 april 1965 tot instelling van het arbeidsreglement (artikel 1); de wet 12 april 1965 betreffende de bescherming van het loon van de arbeiders (artikel 1).

In artikel 3 Arbeidswet worden de huisarbeiders als dusdanig zelfs bij name genoemd.

Tegenover de uitdrukkelijke wil, door de wetgever haaldelijk geuit in de verschillende fasen van de voorbereiding van de wet van 3 juli 1978, dat deze wet niet toepasselijk is op de huisarbeiders, en tegenover het ontbreken van enige aan hen gewijde bepaling in deze wet, terwijl dit in andere wetten wel het geval is, kan enkel besloten worden dat genoemde wet niet toepasselijk is op de huisarbeiders.

NOOT – M.b.t. de toepasselijkheid van A.O.W. 1978, *in dezelfde zin als het geannoteerde arrest*: Arbh. Gent, 1 oktober 1984, *S.R.K.*, 1985, 117; *anders*: Arbh. Gent, 9 mei 1984, *S.R.K.*, 1985, 116; Arbh. Bergen, 23 november 1979, *T.S.R.*, 1980, 438; Arbh. Brussel, 10 september 1982, *S.R.K.*, 1985, 89; zie ook Cass., 26 september 1973, *A.C.*, 1974, 93, en de conclusie van het O.M. in *J.T.T.*, 1974, 11.

CORRECTIONELE RECHTBANK TE BRUGGE

16e KAMER – 10 JUNI 1991

Voorzitter: de h. Denolf

Openbaar ministerie: de h. Van Damme

Advocaten: mrs. Arnou en Verstraete loco Vandervennet

Vernieling van afsluiting – Begrip

Het uittrekken van de palen van een afsluiting en het omplooien van de draad ervan, zonder deze werkelijk te vernielen of voor herbruik ongeschikt te maken, maakt geen geheel of gedeeltelijk vernielen van een afsluiting in de zin van art. 545 Sw., uit.

D. t/ J.

In de dagvaarding zijn de feiten omschreven als een overtreding van art. 545 Sw., nl. het geheel of ten dele vernielen van een landelijke afsluiting. In het strafdossier is evenwel geen dergelijk bewijs voorhanden. Gedaagde geeft enkel toe dat hij zich doorgang heeft verschaft door het verwijderen van draad en palen die naar zijn oordeel onrechtmatig wer-

den geplaatst. Ook de verbalisanten stellen vast dat de palen, waaraan de draad is vastgemaakt, worden uitgetrokken en dat de draad wordt overgeplooid.

De rechtbank is van oordeel dat het uittrekken van palen en het plooiën van draad, zonder deze werkelijk te vernielen of voor herbruik ongeschikt te maken, niet gelijk te stellen is met de bewoordingen van art. 545 Sw., zodat de feiten zoals omschreven in de dagvaarding dan ook niet als bewezen voorkomen.

NOOT – De vernieling van landelijke afsluitingen

1. In het kader van een betwisting omtrent een recht van doorgang, had de eigenaar van het ingesloten erf eigendom van de palen van de afsluiting uitgetrokken en de draden geplooid. Deze daad van eigenrichting werd vervolgd onder de kwalificatie van vernieling van afsluitingen, een misdrijf dat bestraft wordt door artikel 545 van het Strafwetboek.

2. De strafrechter heeft zorgvuldig nagegaan of de palen werden vernield of voor herbruik ongeschikt gemaakt en of de draden niet werden beschadigd. Nu het afsluitingsmateriaal ongehavend was gebleven, besloot de Brugse rechter dat er geen vernieling van een landelijke afsluiting werd gepleegd.

3. Deze wettische interpretatie van art. 545 Sw. strookt m.i. niet met de wil van de wetgever, die het vernielen van de afsluiting beoogde, de aantasting van de beschermingsfunctie, de aanslag op het eigendomsrecht van de ommuurde landheer. B. Spriet heeft dit zeer klaar uiteengezet in een noot onder een vonnis van de Correctionele Rechtbank te Turnhout van 14 december 1987 (*R.W.*, 1987-88, 1066).

4. De oude terminologie, waarin sprake was van «braak van afsluitingen» (bris de clôture), onderstreepte nog veel duidelijker dat art. 545 Sw. geen muren, geen afrastering, geen deurslot of geen knip als dusdanig beschermt, maar alleen als ze dienst doen als afsluiting, als versperring, als beschutsel.

5. Inderdaad. Hoe kan men anders uitleggen dat het dempen van een sloot, het wegnemen van een hoopje stenen die het verkeer belemmeren moet, het uittrekken van een betonnen paal onder de toepassing van art. 545 Sw. valt (Cass., 19 december 1955, *Arr.Cass.*, 1956, 309; Cass., 2 december 1957, *Arr.Cass.*, 1958, 200)?

Eisen dat de dader de kasseistenen tot grint zou malen, dat hij de betonpaal zou bouchardereren, middendoor zagen of dynamiteren, dat hij de afrastering tot ijzervijsel of tot scraps zou reduceren, gaat te ver.

Zodra de afsluiting is uitgerukt, omgestoten of afgebroken is er sprake van vernieling van de afsluiting ook al is de muur, de rasterdraad of de paal niet beschadigd.

Il n'y a de nouveau que ce qui est oublié!

A. Vandeplas

RECHTSPRAAK IN KORT BESTEK

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

Inkomstenbelastingen – Bezwaar – Bevoegdheid van de directeur – Vaststelling dat de aanslag niet gerechtvaardigd wordt door de elementen die de taxateur in aanmerking neemt – Aanslag niettemin gebaseerd op andere, door de directeur vastgestelde elementen – Verboden verrekening

Het bestreden arrest (Hof Antwerpen, 25 september 1990) wordt om de volgende redenen vernietigd:

«Overwegende dat het arrest vaststelt: 1. dat in het be-richt van wijziging betreffende het aanslagjaar 1976, in de vermogensbalans, een te rechtvaardigen bedrag van 4.950.000 fr. opgenomen was als 'niet bewezen belegging of inbreng van aangegane lening' en dat hetzelfde bedrag bij de rechtvaardigingen werd vermeld als 'aangegane lening bij de N.M.K.N.'; 2. dat de directeur aanvaard heeft dat die 'niet bewezen belegging' in feite een betaling was aan eisers gewezen echtgenote van een bedrag van 5.018.000 fr.; 3. dat tot zekerheid van de genoemde lening vijf kasbons, elk 1.000.000 fr. waard, door eiser in pand werden gegeven; 4. dat de directeur bij de te rechtvaardigen bedragen een bedrag van 5.000.000 fr. heeft gevoegd, zijnde de prijs betaald voor de aankoop van de kasbons tijdens het aanslagjaar 1976; 5. dat de directeur een bedrag van 6.000.000 fr., afkomstig van een Luxemburgse bank, bijtelde als een rechtvaardigend element;

«Dat volgens de appelrechters het bedrag van 4.950.000 fr., oorspronkelijk als niet bewezen belegging gekenmerkt, in de beslissing van de directeur als te verantwoord element werd behouden;

«Overwegende dat, krachtens artikel 276 van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen, het aan de directeur der belastingen niet toegelaten is in zijn beslissing de compensatie te verwezenlijken tussen een rechtmatig bevonden ontheffing en een ontoereikendheid van aanslag die zou zijn vastgesteld;

«Dat de directeur bij wie een grief aanhangig is tegen het geheel van de aanslag, na te hebben vastgesteld dat de aanslag niet wordt gerechtvaardigd door de elementen die de taxateur in aanmerking heeft genomen, die aanslag niet mag baseren op andere, door hem vastgestelde elementen;

«Dat te dezen het arrest artikel 276 schendt door aan te nemen dat de directeur, die na te hebben vastgesteld dat het bedrag aanvankelijk aangehouden als 'niet bewezen belegging' rechtvaardigend was, besliste dat het moest vervangen worden door een ander bedrag, te weten het bedrag van 5.000.000 fr. voor de aankoop van de kasbons, geen verboden compensatie heeft verwezenlijkt.»

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

Hof van Cassatie (1e Kamer), 15 november 1991

Wetten, decreten en besluiten – Afstamming – Vordering op grond van het vroegere art. 340, c, B.W. – Indemnitaire karakter – Toepasselijkheid van die bepaling

Bij vonnis van 29 september 1986 had de eerste rechter eiser, op grond van art. 340, c, B.W. veroordeeld tot betaling aan verweerster van de kraamkosten en van een uitkering tot onderhoud gedurende vier weken. Eiser beweert dat het bestreden arrest (Hof Gent, 18 september 1980) na de inwerkingtreding van de wet van 31 maart 1987 ten onrechte de beslissing van de eerste rechter beaamd heeft. Het middel faalt naar recht:

«Overwegende dat het arrest vaststelt dat verweerster, met toepassing van het vroeger artikel 340, c, van het Burgerlijk Wetboek, van eiser vorderde de bevallingskosten van haar kinderen Annelies, geboren op 21 augustus 1977, en Tom, geboren op 16 september 1978, en de kosten voor haar onderhoud gedurende vier weken na elke bevalling;

«Overwegende dat de wet van 31 maart 1987 de vordering van een moeder strekkende tot vergoeding van bevallingskosten en van de kosten van eigen onderhoud gedurende vier weken na de bevalling, heeft afgeschaft; dat in die wet echter geen enkele overgangsmaatregel wordt bepaald in verband met reeds aanhangig zijnde gedingen die strekken tot het bekomen van de bovenvermelde vergoeding;

«Overwegende dat de vordering gebaseerd op het vroeger artikel 340, c, van het Burgerlijk Wetboek, een indemnitaire karakter heeft; dat de wet die toepasselijk is op het ogenblik waarop het schadeverwekkend feit zich heeft voorgedaan, in de regel bepaalt of al dan niet een vergoeding verschuldigd is;

«Dat, nu uit de vaststellingen van het arrest blijkt dat het schadeverwekkend feit zich voordeed vóór de inwerkingtreding van de wet van 31 maart 1987, de oude wet toepasselijk blijft.»

(Voorzitter-rapporteur: mevr. Baeté-Swinnen – Openbaar ministerie: de h. De Swaef – Advocaten: mrs. Houtekier en Bützler – In de zaak: V. t/ Q.)

ERRATUM

Huldeboek ter nagedachtenis van prof. dr. R. Kruithof

In de mededeling over het huldeboek ter nagedachtenis van prof. dr. R. Kruithof op p. 760 van de lopende jaargang, is in de tweede alinea een kleine zetfout geslopen. Dit huldeboek zal *niet* «ongeveer 150 bladzijden», maar *wel* «ongeveer 350 bladzijden» beslaan.

MEDEDELINGEN

Studienamiddag «Het nieuwe werkloosheidsbesluit»

Naar aanleiding van de inwerkingtreding op 1 juni 1992 van een nieuwe werkloosheidsreglementering organiseert het Instituut voor Sociaal Recht van de K.U.Leuven een studienamiddag op 13 maart 1992 in het College De Valk, Tiensestraat 41 te Leuven.

Spreekers zijn o.m. prof. J. Van Langendonck (K.U.Leuven) en de heer K. Baeck (administrateur-generaal R.V.A.).

Inlichtingen: tel. 016/28.54.00.