

SCHENGEN, EXPERIENTIA DOCET BEMIDDELING IN STRAFZAKEN

*Rede uitgesproken door procureur-generaal N. BAUWENS
op de plechtige openingszitting van het Hof van Beroep te Gent op 1 september 1992 (eerste deel)*

SCHENGEN, EXPERIENTIA DOCET

Toen de problematiek rond de Akkoorden van Schengen als een actueel onderwerp werd uitgekozen voor deze openingsrede, heeft daarbij vooral ook de streefdatum van 1 januari 1993 voor de inwerkingtreding een bepalende rol gespeeld. Die dag zal weldra aanbreken zonder dat we met stellige zekerheid kunnen bevestigen dat België (en misschien ook nog andere landen die de Akkoorden weliswaar hebben ondertekend) de «Overeenkomst ter uitvoering van het tussen de Regeringen van de Staten van de Benelux Economische Unie, de Bondsrepubliek Duitsland, en de Franse Republiek op 14 juni 1985 te Schengen gesloten Akkoord» geratificeerd zal hebben.

DEEL 1

I. De Akkoorden van Schengen

Wanneer men spreekt over «de Akkoorden van Schengen», dan worden daarmee twee internationale instrumentaria bedoeld:

- zowel het eigenlijke Akkoord van 14 juni 1985 als
- de Overeenkomst ter uitvoering ervan van 19 juni 1990.

Deze Akkoorden staan ter ondertekening open voor alle landen van de Europese Gemeenschap.

Benevens de vijf hierboven genoemde landen, hebben ook Italië (op 27 november 1990), Spanje en Portugal (op 25 juni 1991) de Akkoorden ondertekend. Deze landen vormen als het ware de continentale kern met gemeenschappelijke binnengrenzen, die derhalve meer dan de overige landen van de Europese Gemeenschap blootgesteld zijn aan risico's van het wegvallen van deze grenzen.

Engeland, Ierland, Griekenland (dat tot nog toe het statuut van waarnemer heeft) en Denemarken (dat wel een grens heeft met de rest van de E.G.) zijn nog niet toegetreden¹.

II. Intergouvernementele aanpak

Wat «Schengen» betreft, werd duidelijk gekozen voor de vorm van intergouvernementele overeenkomsten tussen een aantal lidstaten van de Europese Gemeenschap, en niet voor een communautaire oplossing, wat getuigt van een grote rea-

liteitszin doch minder van eerbiediging van democratische principes².

De Schengen-Staten gaan alleen samen waar het moet en blijven afzonderlijk waar het kan³.

Het Akkoord van Schengen van 14 juni 1985 is, meer dan een beleidsafspraken, een internationaal verdrag dat los van de EEG en buiten het kader van de Europese Politieke Samenwerking tot stand kwam. Derhalve valt het buiten het communautaire recht en de controle van het Hof van Justitie⁴.

III. Algemene doelstelling

De doelstelling van de Europese Economische Gemeenschap is één enkele «interne markt tot stand te brengen, namelijk één gebied zonder binnengrenzen, waarin het vrij verkeer van goederen, diensten en kapitaal gewaarborgd wordt»⁵.

In het Witboek van de Commissie van de Europese Raad van juni 1985 werd de verwezenlijking van de interne markt als één geografische en economische ruimte zonder binnengrenzen tussen de lidstaten tot doel gesteld.

Het Witboek resulteerde uiteindelijk in een wijziging van het EEG-Verdrag door de Europese Akte, die ondertekend werd op 17 en 28 februari 1986. Deze Akte drukt de politieke wil uit om per eind 1992 tot een algehele opheffing te komen van de controles aan de binnengrenzen tussen de lidstaten.

Schengen is volkomen in dezelfde geest geconcipieerd en loopt zelfs vooruit op de verwezenlijking van die interne markt tegen 1 januari 1993.

Op 14 juni 1985 sloten oorspronkelijk de vijf landen – Benelux, Duitsland en Frankrijk – in Schengen een akkoord dat tot doel heeft:

«... het vrij overschrijden van de binnengrenzen door alle onderdanen van de lidstaten, alsmede (...) het vrije verkeer van goederen en diensten» te bewerkstelligen.

Een van de voorwaarden voor uitvoering van het Akkoord was dat, door de afschaffing van de controles aan de binnengrenzen, de nationale veiligheid van de Overeenkomstsluitende Partijen niet in gevaar mocht komen.

² Zie artikel: «Schengenverdrag: Slikken of stikken», *N.J.B.*, 1989, 248-249.

³ L.A. GEELHOED, «Schengen: enkele dilemma's en keuzen», *De-lijkt en Delinkwent*, 1991, 707 e.v.

⁴ Chr. VAN DEN WIJNGAERT, «De internationale strafrechtelijke samenwerking bij de bestrijding van de EEG-fraude», *R.W.*, 1991-92, 422.

⁵ E.E.G. opgericht bij het Verdrag van Rome op 25 maart 1957 (*B.S.*, 25 december 1957).

¹ Chr. VAN DEN WIJNGAERT, «De Schengen-Akkoorden en de internationale samenwerking in strafzaken», *Colloquium Schengen en de praktijk*, RUG, 31 januari 1992.

Dit betekent dat de bescherming van het grondgebied van alle Overeenkomstsluitende Partijen diende te worden gewaarborgd.

Verscheidene werkgroepen werden belast met de opdracht na te gaan welke concrete voorzieningen dienden te worden getroffen teneinde bij de inwerkingtreding van het Akkoord dit gevaar af te wenden.

Het resultaat van deze werkzaamheden werd neergelegd in een technisch document (de Haalbaarheidsstudie) en een juridisch instrument (de Uitvoeringsovereenkomst).

In de preambule van het Akkoord van Schengen wordt het verband gelegd tussen Schengen en het EEG-Verdrag, aangevuld door de zogenaamde Europese Akte.

Het wegvallen van de binnengrenzen om de Europese economische doelstellingen te bereiken stelt wel problemen van interne veiligheid voor de Schengen-lidstaten.

Door een dergelijke integratie is iedere staat afzonderlijk niet meer bij machte te zorgen voor zijn interne veiligheid en is hij voor zijn eigen strafrechtshandhaving, ook over de grenzen heen, aangewezen op nauwere politieke en justitiële samenwerking.

IV. Afschaffing van de controle aan de binnengrenzen en verlegging ervan naar de buitengrenzen van de Schengenlanden

Als de Uitvoeringsovereenkomst van 19 juni 1990 haar uitwerking zal hebben, zal voortaan de controle aan de binnengrenzen van de Schengenlanden op dezelfde wijze geschieden als sinds 1960 tussen de Beneluxlanden.

In feite werden drie regio's geschapen: de Europese regio, de Schengen-regio en de Beneluxregio. Prof. J. Dhaens spreekt van drie concentrische cirkels die rond het Belgisch grondgebied opeenvolgend de Beneluxruimte, de Schengenruimte en de E.G.-ruimte begrenzen.⁶

Uiteraard worden de grenzen niet afgeschaft. Iedere lidstaat behoudt zijn eigen soevereiniteit, met eigen nationale wetgeving, eigen criminele politiek, specifieke gestructureerde politiediensten.

De afschaffing van de controle aan de binnengrenzen van de Schengen-regio, heeft niet alleen belang voor de verscherpte personencontrole aan de buitengrenzen, waarbij het Schengen-informatiesysteem een wezenlijke rol zal spelen, maar zal vooral haar weerslag hebben op de nationale en internationale criminaliteitsbeheersing.

De Schengenovereenkomst moet een afdoend antwoord kunnen geven op de problematiek van de grensoverschrijdende criminaliteit.

Het oprichten van een gemeenschappelijke interne ruimte mag uiteraard niet ten nadele van de openbare veiligheid in het algemeen en de veiligheid van de burgers in het bijzonder plaatsgrijpen.

Het afschaffen van controle aan de gemeenschappelijke binnengrenzen betekent nog niet het scheppen van een ruimte zonder grenzen. Een grens is de juridische afscheiding tussen twee rechtssystemen. Wanneer men een landsgrens overschrijdt, wordt men aan een ander stelsel van rechtsregels onderworpen. Dit betekent meteen ook dat

men zich kan onttrekken aan een rechtstelsel, zodat gezorgd moet worden voor maatregelen om de grensoverschrijdende rechtshandhaving verder uit te bouwen en om de negatieve gevolgen ervan te compenseren. «De kern van Schengen is nu dat de betrokken landen erop vertrouwen dat het ongecontroleerd laten van de onderlinge binnengrenzen mogelijk is, indien de vereiste voorzieningen worden getroffen»⁷

Door de afschaffing van de controles worden de nationale strafrechtsplegingen kwetsbaarder zodat ter compensatie maatregelen dienden te worden getroffen.

Voortaan zou het overschrijden van de buitengrenzen bij het binnenkomen van de Schengenlanden slechts toegelaten worden aan officiële doorlaatposten.

In titel I, art. 1, van de Uitvoeringsovereenkomst van 19 juni 1990 worden enkele begrippen nader omschreven en o.m. wat binnen- en buitengrenzen zijn. Lucht- en zeehavens worden als buitengrenzen beschouwd.

Weliswaar heeft een geografische landsgrens nooit een ernstige of onoverkomelijke hinder uitgemaakt voor internationale misdadigers of vormen van georganiseerde misdaad. Niettemin betekent het overschrijden van een grens bij controle steeds een risico van onderschepping.

Dit vangnet aan de binnengrenzen zal thans opgedoekt worden waardoor een doelmatige opsporing door de politiediensten in elk geval zal worden belemmerd.

De delinquent kan ongecontroleerd de binnengrenzen overschrijden, terwijl het optreden van de politiediensten beperkt blijft tot het nationale grondgebied.

De binnengrenzen blijven voortbestaan voor politie en justitie. De factor grens speelt een cruciale rol omdat precies delinquenten deze grens benutten als hindernis tegen opsporingen.

Er moet derhalve naar een politieel-justitieel tegenwicht gezocht worden om de nadelige gevolgen van die toestand te verhelpen.⁸

De lidstaten zijn derhalve gedwongen op strafrechtelijk terrein tot wederzijdse samenwerking en tot harmonisatie van hun wetgeving en beleid.

V. Het Schengen-Akkoord van 14 juni 1985⁹⁻¹⁰

⁷ AUKE DE VRIES, «Het nader Akkoord van Schengen» in de *Europese Gemeente*, 1991, 5 en 6.

⁸ Chr. VAN DEN WIJNGAERT, «De Schengen-Akkoorden en de internationale samenwerking in strafzaken», *Colloquium Schengen en de Praktijk*, RUG 31 januari 1992, p. 2 en 14.

⁹ Gepubliceerd in het *B.S.*, 29 april 1986, 5948 t/m 5953.

¹⁰ *Inwerkingtreding van het Akkoord*

Door artikel 32, lid 2, werd in een voorlopige toepassing voorzien met ingang van de dag, volgend op de dag van *ondertekening*, dit is dus op 15 juni 1985.

De eigenlijke inwerkingtreding van het Akkoord wordt geregeld in artikel 30.

De maatregelen op korte termijn bedoeld in titel I en die niet met ingang van de inwerkingtreding van toepassing zijn, «zullen» voor 1 januari 1986 worden toegepast.

De maatregelen op lange termijn bedoeld in titel II «zouden», indien mogelijk, voor 1 januari 1990 worden toegepast, tenzij in andere termijnen is voorzien. Deze te optimistische streefdatum kon niet bereikt worden.

Het Akkoord trad ingevolge de bepaling van artikel 32 in werking dertig dagen na neerlegging van de laatste akte van bekrachtiging

⁶ «Schengen 1990: de beslissende stap naar een Europese politesamenwerking?», in *Liber Amicorum Marc Châtel*, II, 157 e.v.

Het Schengen-Akkoord dat de geleidelijke afschaffing van de controle aan de binnengrenzen beoogt, bevat *maatregelen*.

A. Op korte termijn: titel I, artt. 1-16

De artikelen 1 tot en met 6 hebben betrekking op de grenscontroles.

Artikel 7 bepaalt dat de Partijen ernaar streven hun visumbeleid op elkaar af te stemmen, en wijst op de noodzaak het gehele grondgebied te beschermen tegen illegale immigratie en tegen activiteiten die de veiligheid in gevaar kunnen brengen.

In artikel 8 verbinden de Partijen zich ertoe op hun grondgebied de illegale handel in verdovende middelen met kracht te bestrijden en hun acties dienaangaande op efficiënte wijze te coördineren.

Artikel 9 is als volgt opgesteld:

«De Partijen versterken de samenwerking tussen hun douane- en politie-autoriteiten, met name op het gebied van de misdaadbestrijding, in het bijzonder de illegale handel in verdovende middelen en wapens, van illegale binnenkomst en illegaal verblijf van personen, van belasting- en douanefraude en van smokkel. Daartoe streven de Partijen, met inachtneming van hun nationale wetgevingen, ernaar de uitwisseling van informatie te verbeteren en het uitwisselen van gegevens, die voor de overige Partijen bij de misdaadbestrijding van nut kunnen zijn, te versterken.

De Partijen versterken in het kader van de bestaande wetgeving van ieder hunner, de wederzijdse bijstand bij de bestrijding van onregelmatig kapitaalverkeer.»

B. Op lange termijn: titel II, artt. 17 e.v.

Van groot belang zijn de volgende maatregelen op lange termijn.

1. Het principe

Allereerst spreekt *artikel 17* op het gebied van personenverkeer van het streven naar opheffing van de controles aan de gemeenschappelijke grenzen en verlegging daarvan naar de buitengrenzen.

2. De compensatoire maatregelen

Wat ons hier het meest aanbelangt, ligt besloten in de artikelen 18 en 19, als volgt opgesteld:

of van goedkeuring.

Ondertekening, bekrachtiging of goedkeuring.

Het Akkoord werd ondertekend:

- zonder voorbehoud van bekrachtiging of goedkeuring,
- dan wel onder voorbehoud van bekrachtiging of goedkeuring, gevolgd door bekrachtiging of goedkeuring.

Nederland is de enige staat die het Akkoord onder voorbehoud van goedkeuring, en dus met inschakeling van het parlement, heeft ondertekend. De goedkeuringsoorkonde werd neergelegd op 31 januari 1986. Het Akkoord is derhalve op 2 maart 1986 in werking getreden.

Artikel 18

De Partijen zullen met name over onderstaande vraagstukken besprekingen openen, rekening houdend met het resultaat van de maatregelen op korte termijn:

a. de opstelling van regelingen inzake de politiesamenwerking bij het voorkomen van strafbare feiten en bij het opsporen daarvan;

b. de bestudering van eventuele moeilijkheden bij de toepassing van de akkoorden inzake internationale rechtshulp en uitlevering, ten einde de meest geschikte oplossingen te vinden ter verbetering van de betrekkingen tussen de Partijen op die gebieden;

c. het zoeken naar middelen tot gemeenschappelijke misdaadbestrijding, onder meer door eventuele invoering voor politieambtenaren van een achtervolgingsrecht, rekening houdend met de bestaande communicatiemiddelen en de internationale rechtshulp.

Artikel 19

De Partijen zullen streven naar harmonisatie van de wetgevingen en wettelijke voorschriften, met name op het gebied van:

- verdovende middelen;
- wapens en explosieven;
- de registratie van reizigers in hotels.

Het zijn die doelstellingen, waarvan het algemeen kader wordt geschetst in het Akkoord van 14 juni 1985, en vooral de maatregelen op lange termijn, die verder concreet zijn uitgewerkt in de Aanvullende Uitvoeringsovereenkomst van 19 juni 1990¹¹.

VI. De Overeenkomst van 19 juni 1990, ter uitvoering van het Schengenakkoord van 14 juni 1985

Het was de bedoeling dit aanvullend akkoord te ondertekenen op 15 december 1989. Wegens de problematiek van de Duitse hervereniging en de ermee gepaard gaande definitie van de oostelijke buitengrens van dit gebied ging de ondertekening uiteindelijk niet door.

Nieuwe besprekingen, die hoofdzakelijk betrekking hadden op het aanvaarden van de toenmalige DDR-Poolse grens als buitengrens en op het verbeteren van de bescherming van de persoonsgegevens, hebben uiteindelijk geleid tot een *aanvullend akkoord dat op 19 juni 1990*, opnieuw te Schengen, ondertekend werd door de vijf oorspronkelijke landen¹².

¹¹ De vraagstukken opgesomd in de artikelen 18 en 19 maken meer bepaald het voorwerp uit van de regels uitgewerkt in titel III, «Politie en Veiligheid» van de Overeenkomst van 19 juni 1990:

- art. 18a van het Akkoord wordt Hfst. 1, art. 39, politieke samenwerking van de Overeenkomst;
- art. 18b wordt: Hfst. 2, artt. 48 tot 53, wederzijdse rechtshulp in strafzaken; Hfst. 4, artt. 59 tot 66, uitlevering;
- art. 18c wordt: Hfst. 1, art. 41, achtervolgingsrecht; Hfst. 1, art. 44, communicatiemiddelen;
- art. 19 wordt: Hfst. 6, artt. 70 tot 74, verdovende middelen; Hfst. 7, artt. 77 tot 91, vuurwapens en munitie; Hfst. 1, art. 45, registratie van reizigers in hotels.

¹² Op 2 oktober 1990 heeft de Bondsrepubliek Duitsland een Nota gericht aan het Secretariaat-Generaal van de Raad van Europa over onder meer de voortzetting van de door de Bondsrepubliek Duitsland gesloten verdragen na de toetreding van de Duitse

Nadien hebben — zoals reeds gezegd — Italië, Spanje en Portugal de Overeenkomst ondertekend.

A. Inwerkingtreding en bekrachtiging

De Overeenkomst stelt in geen enkele van haar bepalingen een bepaalde datum van inwerkingtreding, hoewel in de Europese Akte de wil werd uitgedrukt de afschaffing van de controle aan de binnengrenzen in werking te laten treden per 1 januari 1993.

Artikel 139, lid 2 en 3, bepaalt wel dat deze Overeenkomst in werking treedt op de eerste dag van de tweede maand volgend op de datum van nederlegging van de laatste akte van bekrachtiging, aanvaarding of goedkeuring. De bepalingen inzake de instelling, werkzaamheden en bevoegdheden van het Uitvoerend Comité zijn vanaf het tijdstip van inwerkingtreding van toepassing. De overige bepalingen zijn van toepassing vanaf de eerste dag van de derde maand volgend op het tijdstip van inwerkingtreding.

Wil men de datum van 1 januari 1993 halen, dan moet door de vijf stichtende landen strikt het volgende tijdschema worden nageleefd:

- Bekrachtiging en neerleggen van het instrumentarium vóór 30 augustus 1992.

- Vanaf dat ogenblik zijn de bepalingen met betrekking tot de werkzaamheden van het Uitvoerend Comité van toepassing, dat vanaf 1 oktober 1992 opgericht moet zijn.

- De andere bepalingen — steeds volgens artikel 139, lid 2 — treden drie maanden nadien in werking, namelijk op 1 januari 1993.

Volgens de Slotakte bij de Overeenkomst, § 2, hebben de Overeenkomstsluitende Partijen zich ertoe verbonden al het nodige te doen om deze termijn gelijktijdig na te leven en te vermijden dat veiligheidsleemten ontstaan. Vóór 31 december 1992 zal in het Uitvoerend Comité worden nagegaan in welke mate voortgang zal zijn gemaakt.

Deze inwerkingtreding werd evenwel afhankelijk gesteld van drie voorwaarden:

1. Allereerst de ratificatie door de vijf stichtende lidstaten.

In tegenstelling tot het Akkoord van 14 juni 1985 is voor de Overeenkomst van 19 juni 1990 wel de bekrachtiging vereist.

Artikel 139 bepaalt dat deze Overeenkomst dient te worden bekrachtigd, aanvaard of goedgekeurd. De akten van bekrachtiging, aanvaarding of goedkeuring worden bij de Regering van het Groothertogdom Luxemburg neergelegd; deze geeft aan alle Overeenkomstsluitende Partijen kennis van de nederlegging.

België heeft tot nog toe de Overeenkomst niet geratificeerd, hoewel de procedure daartoe reeds aangevat werd.

Democratische Republiek tot de Bondsrepubliek Duitsland per 3 oktober 1990. In deze Nota wordt verwezen naar het Verenigingsverdrag tussen beide Duitslanden. Daarin wordt onder meer bepaald dat verdragen en overeenkomsten waar de Bondsrepubliek Duitsland partij bij was, zullen blijven gelden en hun geldingsbereik zal worden uitgebreid tot de gehele Duitse staat (*Delikt en Delinquent*, 1991, 909).

De regering heeft het ontwerp van ratificatiewet voor advies aan de Raad van State meegedeeld ¹³, ¹⁴.

Ook andere landen en namelijk Nederland, Duitsland en Italië, ondervinden moeilijkheden bij de ratificatie, dikwijls om uiteenlopende redenen.

Deze bekrachtiging is nochtans de *conditio sine qua non*.

2. Voor de toepassing van deze Overeenkomst stellen de Overeenkomstsluitende Partijen een Uitvoerend Comité in.

Onverminderd de bijzondere bevoegdheden die het krachtens deze Overeenkomst worden toegekend, heeft het Uitvoerend Comité algemeen tot taak toe te zien op de juiste toepassing van deze Overeenkomst (titel VII, artikel 131 Overeenkomst).

3. De Overeenkomst wordt niet in werking gesteld dan nadat aan de voorwaarden voor toepassing van de Overeenkomst in de ondertekenende Staten is voldaan en de controles aan de buitengrenzen effectief zijn (Slotakte Overeenkomst, § 1, lid 2, in verband met de gemeenschappelijke verklaring inzake art. 139).

In concreto betekent dit dat het Schengen-informatiesysteem ¹⁵, zoals voorzien in titel IV, artikelen 92 t/m 119, van de Overeenkomst, operationeel moet zijn. Het SIS is in feite een netwerk van automatisch bevragebare nationale databanken onderling verbonden via een centraal systeem. Door middel van dit systeem staan signaleringen van personen, voertuigen en voorwerpen via geautomatiseerde bevraging ter beschikking van de autoriteiten die verantwoordelijk zijn voor:

1. grenscontroles,
2. andere politie- en douanecontroles in het binnenland en de coördinerende functies ter zake, alsmede
3. voor de verlening van visa en verblijfstitels en vreemdelingtoezicht.

Het SIS bestaat uit een centraal systeem (CSIS) en nationale systemen (in ieder Overeenkomstsluitend land) (NSIS).

Elk nationaal Schengen-informatiesysteem (NSIS) moet beschikken over een aanvullende technische en operationele structuur ter ondersteuning van de geautomatiseerde toepassing. Deze organisatie wordt SIRENE genoemd ¹⁶.

Dit gemeenschappelijk geautomatiseerd informatiebestand is de compensatoire maatregel bij uitstek tegenover de opheffing van de personencontroles aan de binnengrenzen.

¹³ Het is de reden waarom de officiële tekst van de Overeenkomst van 19 juni 1990 nog nooit in het *B.S.* is gepubliceerd. De tekst werd in Nederland wel gepubliceerd in het *Tractatenblad*, 1990, nr. 145.

¹⁴ Naar aanleiding van de stemming nopens het wetsontwerp houdende goedkeuring van het Verdrag over de Europese Unie, de Protocolen en de Slotakte met Verklaringen opgemaakt te Maastricht op 7 februari 1992, wijst de minister in verband met het Akkoord van Schengen (bedoeld wordt Overeenkomst) elke beschuldiging van de hand als zou de regering te traag van stapel lopen. Hij onderstreept dat de procedure waarbij het advies van de Raad van State wordt ingewonnen, veel tijd in beslag heeft genomen en overigens nog niet beschikbaar is (Belg. Kamer van Volksvert. 482/3 - 91/92 B.Z. 9 juli 1992, p. 73).

¹⁵ Afgekort SIS.

¹⁶ Afkorting voor Supplementary Information Request at the National Entry.

Aan de buitengrenzen moet dus snel informatie beschikbaar zijn en daarom zullen aan de grensovergangen (ook in zeehavens en op luchthavens) terminals geïnstalleerd worden die op het informatiesysteem aangesloten zijn.

Ter voorbereiding van het informatiesysteem op het technisch en administratief vlak is tussen onze ministers van Justitie en Binnenlandse Zaken reeds op 7 augustus 1991 een Protocol ondertekend ¹⁷.

B. Wat zijn de oorzaken van moeilijkheden die de ratificatie in de weg staan?

1. Algemeen

Les gouvernements négocient, les parlements ratifient. Dat België de sedert lang ondertekende Overeenkomst nog niet heeft goedgekeurd en bekrachtigd, is geen alleenstaand verschijnsel, maar wel een bijna chronisch fenomeen.

De lijst van niet geratificeerde verdragen is indrukwekkend en deze toestand is reeds meermaals fel aangeklaagd. «Er is duidelijk niet alleen een psychologische kloof tussen de burger en de politie, maar vooral een schrijnende afgrond tussen de regering en het parlement op het vlak van de akkoorden», aldus de senatoren Joseph Benker en Jo Cuyvers.

Begin maart 1992 moest België niet minder dan 148 verdragen ratificeren, zijnde 41 bilaterale en 101 multinationale.

Een van de oudste ondertekende *doch niet geratificeerde* internationale verdragen is het Europees Uitleveringsverdrag van 13 december 1957! Deze situatie was aanleiding tot een parlementaire vraag nr. 11 van senator Erdman van 10 juni 1988 (N) aan de vice-eerste minister en minister van Justitie en Middenstand, die een overzichtelijke opsomming gaf van de voornaamste niet geratificeerde verdragen ¹⁸.

Het wordt hoog tijd dat België werk maakt van de ratificatie van de rechtshulpverdragen van de Raad van Europa, te meer daar ons land over geen algemene en autonome rechtshulpwetgeving beschikt, en de internationale samenwerking in strafzaken in belangrijke mate beheerst wordt door internationale verdragen binnen het kader van de Raad van Europa ¹⁹.

Deze tekortkomingen worden sedert lang aan de kaak gesteld ²⁰.

Nochtans werd de Regering meermaals aangespoord wetsontwerpen *ter ratificatie van de Schengenovereenkomst* voor te leggen om nog, hetzij vóór eind juni 1991, in ieder

geval vóór 1 januari 1993, te worden goedgekeurd door Kamer en Senaat ²¹.

2. Harmonisatie van wetgevingen en beleid

Het kan niet ontkend worden dat het materieel strafrecht van de lidstaten onderling belangrijke verschillen vertoont, om niet te spreken van het uiteenlopend strafbeleid dat in de Schengenlanden gevoerd wordt.

Artikel 19 van het Akkoord van 14 juni 1985 zet de Partijen aan om te streven naar harmonisatie van de wetgevingen op het gebied van verdovende middelen, wapens en explosieven. Artikel 20 heeft het over de harmonisatie van het visumbeleid.

a) In verband met verdovende middelen

Overeenkomstig artikel 71 van de Overeenkomst van 19 juni 1990 verbinden de Partijen zich ertoe alle maatregelen te treffen welke met het oog op het tegengaan van de sluikhandel in verdovende middelen en psychotrope stoffen vereist zijn.

Het ligt bijna voor de hand dat hier een bron van moeilijkheden aanwezig was wegens het totaal anders opgevat drugbeleid dat gevoerd wordt in Nederland en Spanje bijvoorbeeld ²².

Artikel 72 van de Overeenkomst schept de verplichting tot het treffen van wettelijke maatregelen die inbeslagneming en ontneming van uit de handel in verdovende middelen verkregen vermogenswinsten mogelijk maken.

Door de wet van 17 juli 1990 tot wijziging van de artikelen 42, 43 en 505 Strafwetboek en tot invoeging van een artikel 43bis werd hieraan voldaan ²³⁻²⁴.

²¹ 1. Voorstel tot Resolutie ingediend door Beysen op 6 december 1990, Belg. Kamer Volksvert., Gewone Zitting, 17 december 1990, 1399/1, 90/91.

2. Vraag nr. 264 van LAGASSE van 9 november 1990 (Fr.), *Vragen en Antwoorden, Kamer*, 1990-91, 11.469, Min. Buitenl. Zaken.

3. Voorstel tot Resolutie ingediend door SIMONS op 23 januari 1991, *Kamer*, Gewone Zitting, 11 februari 1992, 1482/1, 90/91.

4. Vraag nr. 711 van LAGASSE van 10 juni 1991 (Fr.), *Vragen en Antwoorden, Kamer*, 1990-91, DO 909101509. Het antwoord luidde dat er gewerkt werd aan het ontwerp van goedkeuringswet en haar memorie van toelichting.

5. Vraag nr. 123 van KUYPERS van 4 oktober 1991 (N.), *Vragen en Antwoorden, Senaat*, nr. 5, 157.

²² VAN DEN BIGGELAAR, «De vervolging van drugdelicten, harmonisatie of differentiatie?», *Dissonanten bij het Akkoord van Schengen*, p. 97 e.v.

²³ B.S., 15 augustus 1990. Op 25 augustus in werking getreden.

²⁴ Die wet komt ook tegemoet aan een verwachting van de internationale gemeenschap die dienaangaande trouwens reeds een aantal initiatieven had genomen. Voorbeelden daarvan zijn:

- het volledige multidisciplinaire plan aangenomen door de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties op 27 juni 1987;
- het Verdrag van de Verenigde Naties tegen de sluikhandel in verdovende middelen en psychotrope stoffen van 19 december 1988;
- de aanbeveling van de Raad van Europa van 27 juni 1980;
- de conclusies van de Financial Task Force (G.A.F.I.) ingesteld door de zeven grootste industrielanden te Parijs in juli 1989;
- het voorstel van richtlijn van de EEG van 23 maart 1990 tot voorkoming van het gebruik van het financiële systeem voor witwas-

¹⁷ Zie vraag nr. 5 van de DONNÉA van 25 maart 1992 (Fr.), Akkoord van Schengen – installatie van een informaticasysteem, *Vragen en Antwoorden, Senaat*, 23 juni 1992 (nr. 11) p. 440.

¹⁸ *Vragen en Antwoorden, Senaat*, 13 september 1988 (nr. 18), p. 817.

¹⁹ Chr. VAN DEN WIJNGAERT, «De internationale strafrechtelijke samenwerking bij de bestrijding van de E.E.G.-fraude», *R.W.*, 1991-92, 418 en 424.

²⁰ Fr. THOMAS, «Structures et méthodes de la coopération internationale et régionale en matière pénale (seconde partie: droit des infractions internationales et entraide répressive)», *Rev.Int.Droit.Pén.*, 1981, 575-582; *idem*, «Een juridisch braakland: het Belgisch internationaal strafrecht», in *Bij deze stand van zaken*, Gouda Quint, 515-530.

b) In verband met vuurwapens en munitie

Hoofdstuk 7 van de Overeenkomst – artikelen 77 tot en met 91 – is gewijd aan vuurwapens en munitie.

De Partijen verbinden zich ertoe de nationale wettelijke en bestuurlijke bepalingen aangaande het verwerven, het voorhanden hebben, de verkoop en de overdracht van vuurwapens en munitie aan te passen. Ook hier lopen de opvattingen en het gevoerde beleid sterk uiteen. Het is bekend dat traditioneel België en Frankrijk een minder strenge wapenwetgeving hebben dan Nederland, Luxemburg en Duitsland ²⁵.

Ook hieraan werd in ruime mate tegemoetgekomen door de wet van 30 januari 1991 (*B.S.*, 21 september 1991), in werking getreden op 1 oktober 1991.

c) In verband met de privacy-wetgeving

Het ontbreekt ons zeker nog aan een coherente wetgeving betreffende de bescherming van de persoonlijke levenssfeer, die vooral moet passen in het kader van de bepalingen met betrekking tot de privacy in de Overeenkomst van Schengen, zowel wat betreft de uitwisseling van persoonsgegevens tussen de Staten (artikelen 126 t/m 130) als wat betreft de inrichting van het Schengen-informatiesysteem (artikelen 92 t/m 118).

De Ministerraad van de Raad van Europa heeft zich over het probleem van de bescherming van privacy gebogen en schreef de Aanbeveling nr. R. (87)15 uit, aangenomen door het Ministercomité op 17 september 1987. Er kan tevens verwezen worden naar het Verdrag van de Raad van Europa van 28 januari 1981 betreffende de bescherming van het individu i.v.m. geautomatiseerde registratie van persoonsgegevens ²⁶.

Tijdens de onderhandelingen voor het opstellen van de Overeenkomst werd bijzondere aandacht besteed aan de aspecten van de bescherming van de persoonlijke levenssfeer. Een van de vragen was of de privacy-bescherming een allesomvattende regeling moest zijn, ofwel ruimte gecreëerd moest worden voor de eigen nationale wettelijke regelingen, die van land tot land onderling aanzienlijke verschillen vertonen.

Uiteindelijk is men tot een compromis gekomen tussen de verschillende nationale wettelijke regelingen en het Data-protectieverdrag en de Aanbevelingen van de Raad van Europa.

Waar de verschillen tussen de nationale regelingen onoverbrugbaar waren, wordt in de Overeenkomst dwingend verwezen naar die regelingen (art. 109). Waar in de Overeenkomst niet in een bijzondere regeling is voorzien, wordt bij artikel 104, lid 2, naar de nationale regelingen verwezen.

Teneinde tot een sluitend systeem te komen bestaande uit internationale en nationale elementen verplicht artikel 117 ieder Overeenkomstsluitende Partij in haar nationale wet-

geving een privacy-wet op te nemen uiterlijk op het tijdstip van inwerkingtreding van de Overeenkomst – ten minste met een niveau van bescherming van persoonsgegevens volgens de in dat artikel opgesomde normen. Het SIS zal uiteraard niet in werking treden zolang niet alle Overeenkomstsluitende Partijen aan dit beginsel hebben voldaan.

Er werd aan herinnerd dat de twee Kamers eerst het wetsontwerp tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer ten opzichte van persoonsgegevens moeten hebben aangenomen vóór het Schengenverdrag kan worden bekrachtigd ²⁷.

De kritiek op het uitblijven van een privacy-beschermingswet heeft vooral te maken met het gebrek aan controle op de selectie van de gegevens die de politiediensten in de centrale computer te verwerken zullen krijgen.

Wetgevende initiatieven waren er evenwel niet te kort. Sedert 1969 tot nu werden niet minder dan 31 wetsontwerpen en wetsvoorstellen ingediend, waarvan de laatste twee door de minister van Justitie M. Wathelet ²⁸.

Het ontbreken van een wetgeving op de persoonlijke levenssfeer heeft niettemin geleid tot de goedkeuring van specifieke bepalingen die waarborgen bieden aan de personen die betrokken zijn bij sommige bestanden. Wij verwijzen naar :

- de wet van 8 augustus 1983 tot regeling van het Rijksregister van de natuurlijke personen (*B.S.*, 21 april 1984);
- het K.B. nr. 141 van 30 december 1982 tot oprichting van een databank betreffende de personeelsleden van de overheidssector (*B.S.*, 13 januari 1983);
- het K.B. van 15 april 1985 betreffende de registratie van afbetalingscontracten (*B.S.*, 20 april 1985);
- de wet van 15 januari 1990 tot oprichting van een kruispuntbank van de sociale zekerheid (*B.S.*, 22 februari 1990) ²⁹.

d) In verband met het vreemdelingenbeleid

Ten slotte is het vreemdelingenbeleid de grote struikelblok voor de ratificatie van de Overeenkomst en dit precies op een ogenblik dat de vreemdelingen niet meer alleen uit het zuiden, maar thans ook en vooral uit het oosten in het voorspoedige West-Europa betere levensomstandigheden zoeken.

De basisgedachte voor een aanvaardbaar beleid inzake vreemdelingen werd zeer juist uitgedrukt door de Nederlandse secretaris-generaal van het Ministerie van Economische Zaken, L.A. Geelhoed :

«De Europese Gemeenschap dient open te staan voor een vrij personenverkeer, maar is geen immigratieland. Wel vrije circulatie, geen onbelemmerde en ongereguleerde vestiging van vreemdelingen» ³⁰.

Het is duidelijk dat deze materie zeer gevoelig ligt. Er wordt beweerd dat de positie van de vreemdelingen en de asielzoekers door het Schengen-Akkoord zou verslechteren.

sen van geld». Zie voorstel van wet ingediend door de DONNÉA, Toelichting, *Senaat*, 317-1 (*B.Z.* 1991-92), 28 april 1992.

²⁵ Chr. VAN DEN WIJNGAERT, «De Schengen-Akkoorden en de internationale samenwerking in strafzaken», *Colloquium Schengen en de Praktijk*, RUG, 31 januari 1992, 12 en 13.

²⁶ Zie ook L. VERHEY, «Privacy-aspecten van de uitvoeringsovereenkomst van het Akkoord van Schengen», *N.J.B.*, 1991, 21.

²⁷ *Kamer*, 482/3, 91/92, *B.Z.* 9 juli 1992, p. 73.

²⁸ *Kamer*, 1312/1, Zitting 1990-91, 24 oktober 1990; *Kamer*, 1610/1, Zitting 1990-91, 6 mei 1991.

²⁹ Zie ook *Kamer*, 482/3, 91/92, *B.Z.* 9 juli 1992, p. 73.

³⁰ L.A. GEELHOED, «Schengen: enkele dilemma's en keuzen», Tekst over een op 17 juni 1991 te Ede (Ndl.) gehouden Conferentie over het Akkoord van Schengen, *Delikt en Delinkwent*, 1991, 708.

Een kritische beoordeling is terug te vinden in de zeer uitgediepte studie van R. Dedecker, «Le droit d'asile dans Schengen – Quelques réflexions à propos de l'avis du Conseil d'Etat néerlandais du 8 avril 1991 sur la Convention d'application de l'Accord de Schengen» (U.L.B. 1 juli 1991).

Ik moge hier volstaan met op zeer summiere manier te verwijzen naar de teneur van de besluiten dezer studie:

- «Le droit d'asile 'oublie' les droits de l'homme» en
- «La Convention Européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950, en ce compris les protocoles additionnels, prévaut sur l'Accord de Schengen.»

De hoofdstukken 3 t/m 7 – zijnde de artikelen 9 t/m 38 van de Overeenkomsten – bevatten een nauwkeurig en eenvormig uitgewerkt visumbeleid voor kort verblijf (afd. I) en voor verblijf van langere duur (afd. II), bepalen ook de voorwaarden voor reisverkeer van vreemdelingen, omschrijven verblijfstitels en signalering ter fine van weigering, houden begeleidende maatregelen in en leggen de verantwoordelijkheid vast voor de behandeling van asielverzoeken.

In principe komt het hierop neer dat een asielprocedure moet worden afgehandeld door het land van de eerste opvang. Door onderlinge uitwisseling van gegevens, en met inachtneming van normen voor de privacy, wordt ook voorkomen dat een vreemdeling in meer dan één land om asiel vraagt. De conclusie is dat de positie van de vreemdeling door het verdrag eerder wordt verbeterd dan aangetast³¹.

Tijdens de bespreking van het wetsontwerp houdende goedkeuring van het Verdrag over de Europese Unie, opgemaakt te Maastricht, werd meegedeeld dat het Departement van Justitie de memorie van toelichting heeft opgesteld bij het wetsontwerp houdende goedkeuring van het Verdrag betreffende het asielrecht dat op 14 juni 1990 te Dublin werd ondertekend³².

Men kan er zich dus rekenschap van geven dat de ratificatie van de Overeenkomst niet alleen in ons land, maar eveneens in alle andere Schengenlanden erdoor bemoeilijkt wordt.

3. Duitsland

Wat meer bepaald Duitsland betreft, is volgens artikel 16, lid 2, van de Duitse Grondwet het asielrecht een subjectief recht, «Politisch Verfolgte genießen Asylrecht» zonder dat een beperking door een wet mogelijk is.

De ratificatie van de Overeenkomst door Duitsland veronderstelt derhalve een herziening van de Grondwet.

4. Nederland

Op 9 januari 1991 werd bij kabinetsmissive van Hare Majesteit de Koningin der Nederlanden bij de Raad van State een voorstel van wet met memorie van toelichting ter overweging aanhangig gemaakt, houdende goedkeuring van de op 19 juni 1990 te Schengen tot stand gekomen Overeenkomst.

Het op 8 april daaropvolgend uitgebrachte negatief advies bevat ernstige twijfels omtrent het ontworpen stelsel en laat

de vraag open of de regelingen en maatregelen wel effectief en met behoud van alle thans (in Nederland) geldende rechtswaarborgen, zoals deze onder meer zijn neergelegd in het Vluchtelingenverdrag, ten uitvoer zullen kunnen worden gelegd.

Men merke andermaal op dat vooral aan het beleid inzake vreemdelingen, vluchtelingen en asielzoekers aandacht werd geschonken (punten 5 t/m 8). In een andere optiek werd in een nota van het kabinet, «Vernieuwing in continuïteit», nog gewezen op de voordelen van supranationale constructies boven strikt intergouvernementele kaders of terreinen van internationale samenwerking die zich daarvoor lenen.

Gebrek aan democratische controle en rechterlijke instantie werd eveneens als ernstige tekortkoming ervaren. De vraag werd zelfs gesteld waarom geen toezichhoudende rol werd weggelegd voor het Hof van Justitie van de Europese gemeenschappen.

De Nederlandse Raad van State had dan ook bezwaren (opgesomd in 14 afdelingen) tegen onderdelen van de overeenkomst en gaf mitsdien in overweging het voorstel van wet niet te zenden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal.

Bij brief van 24 mei 1991 van de Nederlandse Regering (het Nader-rapport) waarin de verschillende redenen zijn opgesomd waarom het advies van de Raad het kabinet niet heeft kunnen overtuigen, werd aan de Koningin de beslissing meegedeeld dat, alles afwegende, besloten werd de goedkeuringsprocedure voort te zetten, en gaf de Koningin in overweging het voorstel van wet en de gewijzigde memorie van toelichting toch aan de Tweede Kamer te zenden. Hare Majesteit heeft op 4 juni het wetsvoorstel met memorie aan de Tweede Kamer ter overweging aangeboden³³.

De kritiek in Nederland was vanaf het begin zeer fundamenteel en bijna vernietigend. «Een minnaar van de democratie kan niet anders dan hopen dat het verdrag geen recht wordt»³⁴.

5. Andere kritieken

Buiten de reeds aangehaalde gebreken en tekortkomingen van stellingnamen en principes van de Uitvoeringsovereenkomst kunnen nog de volgende kritieken opgesomd worden:

- a) totaal gebrek aan waarborgen voor het recht van verdediging;
- b) er wordt geen enkele aandacht besteed aan de rechtspositie van de slachtoffers;
- c) er is geen enkele justitiële controlemogelijkheid over de regelmatigheid van grensoverschrijdende politieoptredens, evenmin als een toetsing van de regelmatigheid van de daaruit afgeleide bewijsgaring;
- d) de ondemocratische manier waarop de parlementen bij de totstandkoming van de Akkoorden niet eens betrokken werden (Nederland uitgezonderd); er was uitsluitend overleg tussen staatssecretarissen; deze toch uitzonderlijke onderhandelingsituatie, waarbij de opgestelde teksten niet officieel werden gepubliceerd, gaven uiteraard aanleiding

³¹ AUKE DE VRIES, «Het nader Akkoord van Schengen», in *De Europese Gemeente*, 1991, 9.

³² *Kamer*, 482/3, 91/92, B.Z. 9 juli 1992, p. 73.

³³ Zie *N.J.B.*, 27 juni 1991, afl. 26, rubriek Nieuws, 1074-1075.

³⁴ Prof. H. MEYERS (*N.J.B.*, 1991, Inleiding-Themanummer-Schengen).

om te gewagen van het «geheim karakter» van de werkzaamheden³⁵;

e) ondoorzichtigheid van de samenwerkingsverhoudingen van de verschillende rechtshulpverdragen in Schengenverband. Heeft men op dit vlak niet de kans tot eenmaking gemist?

f) de bestrijding van de EEG-fraude wordt door de Schengenovereenkomsten niet geregeld.

Vele gezaghebbende auteurs hebben in diverse bijdragen en artikelen hun bezwaren tegen de Overeenkomst niet gespaard. Hier moge wellicht worden volstaan met in voetnoot te verwijzen naar een deel van de Nederlandstalige rechtsliteratuur in dit verband³⁶.

³⁵ Zie J.Y. CARLIER, «Schengen: Jalta ou Berlin?», *Libre Belgique* van 17 december 1989, ook geciteerd door Fr. THOMAS, *Panopticon*, 1991, 224.

³⁶ — Fr. THOMAS, «Rechtshulp versus rechtsbescherming in Schengenland», *Panopticon*, mei/juni 1991;

— Chr. VAN DEN WIJNGAERT, «De internationale strafrechtelijke samenwerking bij de bestrijding van de E.E.G.-fraude», *R.W.*, 1991-92, 1991, 417 e.v.;

— J. D'Haenens, «Schengen 1990: de beslissende stap naar een Europese samenwerking?», *Liber Amicorum Marc Châtel*, 155 e.v.;

— R. DIERKENS, B. DE RUYVER, W. BRUGGEMAN en P. ZANDERS, «Grensoverschrijdende criminaliteit», Studie School voor Criminologie, RUG 1991, in opdracht van de vice-eerste minister en minister van Justitie, Melchior Wathelet, 402 e.v.;

— J. SILVIS, «Naar een strafrecht met onbegrensde mogelijkheden», Kanttekeningen bij het jaarverslag van het O.M. en bij de Justitiebegroting, *Recht en kritiek*, 1988, 320;

— een reeks artikelen in het *N.J.B.*, 1991, Speciale bijlage Schengen, afl. 5, 161-234 w.o.: H. MEIJERS, «Schengen: Inleiding»; J. BOLTEN, «From Schengen to Dublin. The new frontiers of refugee law»; A. CRUZ, «Carrier sanctions in four community states»; J. STEENBERGEN, «Schengen en het personenverkeer»; T. HOOGENBOOM, «Juridische ongelijkheid van ingezetenen van vreemde herkomst»; A. SART, «Politie en veiligheid in het Akkoord en de Overeenkomst van Schengen»; L. VERHEY, «Privacy — aspecten van de uitvoeringsovereenkomst van het akkoord van Schengen»; P. BOELES, «Schengen en de heerschappij van het recht»;

— een reeks artikelen in *Delikt en Delinkwent* 21 «Schengen en verder», sept. 1991, zijnde de resultaten van de op 17 juni 1991 te Ede (Ned.) gehouden conferentie, met bijdragen door: J. SCHUTTE, «Schengen en het Europa van de twaalf», 697; L. GEELHOED, «Schengen: enkele dilemma's en keuzen», 702; C. Rüter, «Schengen: pluis of niet pluis?», 711; J. DONNER, «Schengen en het vreemdelingenbeleid», 731; J. SCHUTTE, «Verandering van wetgeving en verandering van strafrechtelijk beleid als gevolg van de uitvoeringsovereenkomst van Schengen», 748; A. ORIE, «Justitiële samenwerking», 754; G. JAEGER, «Asiel en de verdragen van Schengen», 762; C. FIJNAUT, «De regeling van de politieke samenwerking: implicaties voor de politie in Nederland», 769;

— *Schengen en de praktijk*, Verslagboek van het Colloquium RUG Gent op 31 januari 1992, Edit. J. D'Haenens en B. De Ruyver, Ed. Mys en Breesch, met bijdragen door: CHRIS VAN DEN WIJNGAERT, «De Schengen-akkoorden en de internationale samenwerking in strafzaken: een adequate bescherming van de Europese burger tegen transeuropese criminaliteit?»; Fr. THOMAS, «De implicaties van de Schengen-akkoorden voor de kleine rechtshulp in strafzaken»; A. ORIE, «De verdachte op het scheidingsvlak tussen rechtssystemen»; C. FIJNAUT, «De Overeenkomst van Schengen: een doorbraak van de formele regeling van de internationale politiem samenwerking?»; N. BAUWENS, «Strafrechtshandhaving en de internationale samenwerking in strafzaken»; W. BRUGGEMAN, «De internationale politieke samenwerking»; B. DE RUYVER, «Een eva-

De terughoudendheid van bepaalde landen tegenover de ratificatie van de Overeenkomst hoeft ons niet te verwonderen wanneer we weten dat de lidstaten hun wetgeving dienen aan te passen (zonder te spreken van het beleid) opdat deze in overeenstemming zij met de principes uitgewerkt in Schengen.

6. Frankrijk

In Frankrijk is het evenwel anders verlopen. In tegenstelling tot België heeft men ervoor gekozen eerst te ratificeren... en nadien de wetgeving aan te passen.

De Franse Senaat heeft besloten een parlementaire controlecommissie te belasten met het volgen van de voorwaarden van toepassing en de werking van de Uitvoeringsovereenkomst. Deze commissie heeft daarover een zeer lijvig en goed gedocumenteerd rapport opgesteld³⁷⁻³⁸.

De Franse Senaat heeft zich vooral zorgen gemaakt over de kloof tussen de theoretische inhoud van de Schengen-Akkoorden en de praktische toepassing ervan, en liet zich bijzonder kritisch uit wegens het ontbreken van democratische controle op het systeem dat door Schengen in het leven wordt geroepen³⁹.

luatie vanuit het wetenschappelijk onderzoek naar de aanpak van grensoverschrijdende criminaliteit»;

— *Schengen: proeftuin voor de Europese gemeenschappen*, Studiedag KUL op 22 februari 1992 met o.m. bijdragen door: C. FIJNAUT, «Politieke samenwerking en wederzijdse rechtshulp in de Schengenverdragen»; J. PEEK, «Harmonisatie van de wapen- en drugwetgeving krachtens de Schengenverdragen»; J. DUMORTIER, «Het Schengen Informatie Systeem en de bescherming van persoonsgegevens»;

— *Dissonanten bij het Akkoord van Schengen*, Deventer, Kluwer, 1990, o.m.: Th. DE ROOS, «Droit de poursuite en het Akkoord van Schengen»; G. VAN DEN BIGGELAAR, «De vervolging van drugdelicten, harmonisatie of differentiatie?», 97 e.v.; G. MOLS en T. SPRONKEN, «Europa 1992, en moeras voor verdachte en verdediging?», 36 e.v.;

— C. FIJNAUT, «Tussen misdaadbestrijding en strafrechtspleging: de internationale samenwerking van de politie in West-Europa», *Delikt en Delinkwent*, 1990, 623-638;

— L. VAN OUTRYVE over de Schengenakkoorden in *Liga-Nieuwsbrief van mensenrechten*, Gent, Jg. 10, nrs. 3-4, 1991;

— A. SWART, «Politie en veiligheid in het Akkoord en de Overeenkomst van Schengen», *N.J.B.*, 1989, 209-216;

— D. PARIDAENS, A. SWART en G. VAN WYCK, «Het Europa van de burger en het Strafrecht», *N.J.B.*, 1989, 791-796.

³⁷ Sénat nr. 167 Première session ordinaire de 1991-1992. Rapport fait au nom de la commission de contrôle chargée d'examiner la mise en place et le fonctionnement de la convention d'application de l'accord de Schengen du 14 juin 1985, créée en vertu d'une résolution adoptée par le Sénat le 26 juin 1991 — Président Paul Masson, Rapporteur Xavier de Villepin (sénateurs) Rapport remis à Monsieur le Président du Sénat le 11 décembre 1991.

Dépôt publié au Journal officiel du 12 décembre 1991. Annexe au proces-verbal de la séance du 12 décembre 1991.

³⁸ Dit rapport bevat drie delen:

1. Exposé général;
2. Les travaux de la Commission;
3. Les documents de la Commission

en werd verspreid op de interparlementaire Schengen-conferentie die op 17 en 18 januari 1992 plaats had in de lokalen van het Belgisch Parlement (zie SERGE DE WAERZEGGER, «Quand le Sénat Français scrute Schengen», *Le Soir*, 20 janvier 1991).

³⁹ Zie ook verslagen uitgebracht namens het adviescomité voor Europese aangelegenheden. Belgische Kamer van Volksvert. 460/1-

Daarenboven zijn ernstige vragen gerezen nopens de te bereiken streefdatum van 1 januari 1993, wanneer men bijvoorbeeld maar bedenkt dat de luchthavens speciaal uitgerust moeten worden om reizigers van binnen of buiten de EEG onderscheiden op te vangen.

In het rapport werd ook een grote bezorgdheid uitgedrukt over het steeds maar ernstiger wordend drugprobleem. Daarbij werd kritiek ten aanzien van de «laxistische» Nederlandse en Spaanse wetgeving en beleid niet gespaard.

DEEL 2

Structuur van de Overeenkomst van 19 juni 1990 ter uitvoering van het Akkoord van 14 juni 1985

De Overeenkomst bestaat uit 142 artikelen en is onderverdeeld in acht titels:

Titel I (art. 1) somt de begripsomschrijvingen op.

Titel II (artt. 2-38) behandelt het probleem van de afschaffing van de controles aan de binnengrenzen en het personenverkeer.

Titel III (artt. 39-91) is gewijd aan politie en veiligheid.

Titel IV (artt. 92-119) bepaalt de modaliteiten voor het oprichten van het Schengen-informatiesysteem.

Titel V (artt. 120-125) houdt bepalingen in betreffende vervoer en goederenverkeer.

Titel VI (artt. 126-130) heeft betrekking op de bescherming van persoonsgegevens.

Titel VII (artt. 131-133) handelt over het instellen van het Uitvoerend Comité en diens bevoegdheden.

Titel VIII (artt. 134-142) houdt de slotbepalingen in.

Het valt dadelijk op dat bijzondere aandacht werd besteed aan de te volgen procedure voor asielaanvragen, aan de regels betreffende de bescherming van de privacy in het kader van het Schengen-informatiesysteem en vooral aan de grensoverschrijdende politieke en justitiële samenwerking.

Uiteraard is onze interessesfeer gefocust op titel III over politie en veiligheid, die zeven hoofdstukken bevat en overzichtelijk ingedeeld is als volgt:

I. *Politieke samenwerking* (hoofdstuk I, artt. 39-47)

II. *Justitiële samenwerking*

A. *Formeel strafrecht*

1. *Wederzijdse rechtshulp in strafzaken* (hoofdstuk II, artt. 48-53)

2. *Toepassing van het beginsel «ne bis in idem»* (hoofdstuk III, artt. 54-58)

3. *Uitlevering* (hoofdstuk IV, artt. 59-66)

4. *Overdracht van tenuitvoerlegging van strafvonnissen* (hoofdstuk V, artt. 67-69)

B. *Materieel strafrecht*

1. *Verdovende middelen* (hoofdstuk VI, artt. 70-76)

2. *Vuurwapens en munitie* (hoofdstuk VII, artt. 77-91)

I. Politieke samenwerking

A. Politieke internationale samenwerking buiten elke verdragbasis en buiten elke wettelijke regeling, m.a.w. de bestaande toestand

Het is onmiskenbaar dat de wettelijke instrumentaria voor politieke samenwerking ver achtergebleven zijn. De samenwerking op het niveau van politieopsporingen verloopt in België in een volkomen juridisch vacuüm dat alleen maar door de wetgever gevuld kan worden.

Sedert jaren wordt geregeld overleg gepleegd tussen de regeringen van de ons omringende landen nopens *politieke samenwerking*, maar zonder wettelijke basis.

Meer concreet werd reeds in 1949 een *Belgisch-Nederlandse overeenkomst* gesloten die rechtstreeks contact regelt tussen de Nederlandse rijkspolitie, de Nederlandse Koninklijke Marechaussee enerzijds en de Belgische rijkswacht anderzijds.

Het akkoord is sedert 11 augustus 1949 in werking getreden en de contacten zijn onafhankelijk van die welke geregeld zijn in het veel later tot stand gekomen Beneluxverdrag van 27 juni 1962 aangaande de uitlevering en rechtshulp in strafzaken en het Europees Verdrag van 20 april 1959 aangaande de wederzijdse rechtshulp in strafzaken.

Dergelijke samenwerkingsovereenkomsten zijn ook gesloten met *Frankrijk, Duitsland en Luxemburg*.

In een ministeriële circulaire van 2 december 1919 werd een rapport meegedeeld van 19 november 1919 waarin de Belgische Ambassadeur te Parijs de volledige goedkeuring van de Belgische regering bevestigt betreffende de samenwerking tussen de Franse en de Belgische rijkswacht.

In een circulaire van 30 september 1959 stelde de minister van Buitenlandse Zaken voor dat de Belgisch-Duitse overeenkomst over de dienstbetrekkingen aan de grens tussen Belgische en Duitse politieoverheden, waarover van 25 tot 27 september 1959 op zijn departement onderhandeld werd, op 1 oktober 1959 van kracht zou worden.

Een soortgelijke overeenkomst werd ook gesloten tussen België en de Regering van het Groothertogdom Luxemburg betreffende de heroprichting en de reorganisatie van een geregelde correspondentiedienst tussen de Belgische en Luxemburgse rijkswachters (brief minister van Buitenlandse Zaken van 28 oktober 1920).

Bovengenoemde regelingen zijn beperkte samenwerkingsverbanden tussen bepaalde politiediensten en dan nog alleen in het grensgebied, terwijl de samenwerking in de Schengenovereenkomst de politiediensten in het algemeen betreft.

Het is daarenboven een feit dat de politiediensten meer pragmatisch-praktijkgericht te werk gaan, inspelend op heersende of zich voordoende toestanden, zodat uiteindelijk meer wordt geregeld op het terrein tussen aangrenzende politiekorpsen van buurlanden dan eigenlijk geregeld is in verdragen.

Deze afspraken uit praktische overwegingen betekenen a priori niet dat de handelingen en opsporingen onwettig zouden zijn.

Grensoverschrijdende politiecontacten, uitwisseling van gegevens, observatie, politiemethodes enz. zijn ontsproten uit de praktijk en zijn meestal gebaseerd op wat we zouden kunnen noemen «plichtmatigheidsleer».

91/92 B.Z. 18 mei 1992 Evaluatie van het Verdrag betreffende de Europese Unie (ondertekend te Maastricht op 7 febr. 1992) — 2. Het akkoord van Schengen als voorloper van een communautair beleid, 110 en 111.

Er zijn de laatste jaren methodes ontwikkeld en nieuwe politie opsporingstechnieken gecreëerd, die nochtans nergens wettelijk geregeld zijn en buiten het Wetboek van Strafvordering en het Strafwetboek zijn ontstaan. Zij worden toegepast buiten elke rogatoire commissie om, met alle gevaren van dien.

Het is een feit dat het relatief nieuwe begrip pro-actieve opsporing bijvoorbeeld in onze nationale wetgeving op geen enkele wijze geregeld is.

Niettemin nemen de politiediensten, zonder voorafgaand overleg met, of raadpleging van, de parketmagistraten, vaak en met de beste bedoelingen, initiatieven die op zichzelf gezien wellicht toe te juichen zijn, maar waarvan zij de gevolgen voor de verdere rechtspleging niet juist kunnen inschatten.

Niet zelden worden door sommige politiediensten op eigen initiatief autonome onderzoeken verricht, waarbij gepoogd wordt zoveel mogelijk door het leggen van verbanden zaken te centraliseren, maar waarbij de principes van bevoegdheid en samenhang uit het oog worden verloren zodat men zich ongewild mengt in het vervolgingsbeleid van het openbaar ministerie en aldus onherroepelijk de strafvervolgving op de helling brengt.

Zelfstandig horen van getuigen of verdachten in het buitenland zonder ambtelijke opdracht betekent ongetwijfeld een inmenging in de buitenlandse soevereiniteit.

Een dergelijk optreden is klaarblijkelijk onwettig en zulke inlichtingen dienen als bewijsmateriaal zeker uit het strafdossier te worden geweerd. Bij de vervolging kan en mag er geen rekening mee gehouden worden, en ze moeten door de rechter als onrechtmatig verkregen bewijs worden afgedaan.

Het Hof van Cassatie nam aan dat noch artikel 29 Strafvordering, noch een essentiële procedurereguleer de officieren en agenten van gerechtelijke politie die kennis krijgen van misdaden of wanbedrijven overeenkomstig artikel 8 Strafvordering, belet hun opsporing aan te vatten en zelfs door te voeren zonder vooraf en dadelijk bericht te geven aan de procureur des Konings⁴⁰.

Wordt aldus het toezicht van het parket niet in het gedrang gebracht om, in een concrete zaak, waarin de politie een opsporing verricht, aanwijzingen te geven en ervoor te kunnen waken dat bij de opsporing door de politie de regels van het bewijsrecht in acht genomen worden?

Er kunnen vragen rijzen in verband met het recht van verdediging in de fase van opsporing wanneer de politiediensten volledig autonoom mogen optreden⁴¹.

B. Politie Samenwerking volgens de Schengenovereenkomst

De Schengenovereenkomst is het verdrag waarin voor het eerst internationale politiesamenwerking in een wettelijk kader wordt geregeld, wat op zichzelf reeds als een grote

vernieuwing beschouwd kan worden, en beantwoordt aan de eisen van een moderne criminaliteitsbestrijding.

In de Overeenkomst wordt immers in de artikelen 39 tot 47 voorzien in een relatief grote politie operationele autonomie, met uitzondering van die daden waarvoor dwangmiddelen aangewend moeten worden en waarbij het nog steeds de taak is van het openbaar ministerie te zorgen voor de regelmatigheid van de strafprocedure.

Deze bepalingen van de Overeenkomst regelen uitsluitend politiesamenwerking, duidelijk onderscheiden van traditionele rechtshulp tussen gerechtelijke overheden.

De samenwerking kan vijf vormen aannemen.

1. *De eigenlijke algemene politie samenwerking* geregeld bij artikel 39, dat a.h.w. de hoeksteen vormt van het *samenwerkingssysteem*.

– In lid 1 van dit artikel wordt gezegd dat politiediensten elkaar wederzijdse bijstand verlenen ten behoeve van a) de voorkoming en b) opsporing van strafbare feiten in zoverre een verzoek niet aan justitiële autoriteiten is voorbehouden, en voor het inwilligen van het verzoek geen dwangmiddelen behoeven te worden toegepast.

– Lid 2 bepaalt dat schriftelijke informatie slechts met toestemming aan de bevoegde justitiële autoriteiten als bewijsmiddel kan worden aangewend.

Dit specialiteitsbeginsel werd ingebouwd om te vermijden dat de politie samenwerking de plaats van de justitiële inneemt.

– De aanvragen om bijstand en reacties kunnen, volgens lid 3, alleen via de centrale autoriteiten worden uitgewisseld.

– In spoedeisende gevallen kan een verzoek rechtstreeks worden toegezonden en beantwoord mits kennisgeving aan de autoriteit nadien.

– Lid 4 en 5 bepalen dat de samenwerking in grensgebieden door ministeriële afspraken geregeld kan worden en dat geen afbreuk gedaan wordt aan verdergaande bestaande en toekomstige bilaterale verdragen.

2. Artikel 39 moet in *verband* gebracht worden met het bepaalde in artikel 46 waarbij het elk land vrijstaat om op eigen initiatief gegevens mee te delen die een preventief karakter hebben.

In individuele gevallen kan, zonder een daartoe strekkend verzoek, informatie meegedeeld worden ter verlening van bijstand bij de bestrijding van:

- toekomstige strafbare feiten;
- ter voorkoming van strafbare feiten;
- ter afwending van gevaar voor de openbare orde en veiligheid.

Artikel 46, lid 2, regelt een analoge werkwijze zoals in artikel 39 werd voorgeschreven.

De Overeenkomst voorziet dus in een grensoverschrijdende gegevensoverdracht, zowel met repressieve als met preventieve doeleinden en schept de mogelijkheid, meer dan in het Europees Rechtshulpverdrag en het Beneluxverdrag, tot bijstand en spontane doorgave van informatie zonder voorafgaand verzoek.

Deze situatie opent de weg voor pro-actieve werkzaamheden van nationale politiediensten. Pro-actieve opsporingszaken zijn erop gericht door vroegtijdig ingrijpen strafbare feiten te voorkomen en dit nog vóór een concreet gevaar dreigt. Hierin schuilt evenwel het gevaar dat niet alleen de verdachte maar in beginsel iedere burger het voorwerp kan uitma-

⁴⁰ Cass., 25 april 1989, *Arr. Cass.*, 1988-89, nr. 485; S. BRAHY, *Dénonciation officielle et dénonciation civile*, openingsrede Hof van Beroep Luik, 1 sept. 1978, 7-9; J. MATTHIJS, *Openbaar ministerie*, A.P.R., nrs. 210 e.v., pp. 103 e.v.

⁴¹ A. DE NAUW, *De beoordelingsruimte van de politie in de opsporing en het strafprocesrecht*.

ken van een dergelijk politieoptreden dat uiteraard ontsnapt aan elke gerechtelijke controle ⁴².

Buiten de uitwisseling van informatie kan de politieke samenwerking ook een meer operationeel karakter aannemen.

De Overeenkomst voorziet in drie dergelijke samenwerkingsvormen: grensoverschrijdende observatie (art. 40), grensoverschrijdende achtervolging (art. 41) en de gecontroleerde aflevering (art. 73).

3. De *grensoverschrijdende observatie* is de meest opvallende maatregel van de Overeenkomst en kan als een nieuwere vorm van pro-actief optreden worden beschouwd en houdt zeker gevaar voor misbruiken in. In artikel 40 worden zeer uitgebreid de voorwaarden uiteengezet voor het uitvoeren van grensoverschrijdende observatie. Heel wat waarborgen en beperkingen zijn in het systeem opgenomen. Alleen maar het vereiste van toestemming biedt reeds de mogelijkheid tot controle op deze politiepraktijk en moet toelaten dat clandestiene grensoverschrijdende observatie zonder medeweten van de plaatselijke autoriteiten in beginsel uitgesloten wordt. Deze regeling voorziet in een behoorlijke rechtsbescherming van de verdachten en betekent in elk geval een verbetering van de thans soms heersende toestanden ⁴³.

Voorwaarden

Grensoverschrijdende observatie is volgens artikel 40, lid 1, aan de volgende algemene voorwaarden onderworpen:

- a) de observatie kan slechts plaatsvinden in het kader van een opsporingsonderzoek;
- b) er moet een redelijk vermoeden bestaan dat de geobserveerde persoon betrokken is bij een feit dat tot uitlevering aanleiding kan geven;
- c) de observatie moet op eigen grondgebied ingezet zijn;
- d) mits met een van tevoren ingediend rechtshulpverzoek en
- e) met toestemming van het land waar de observatie wordt verricht.

In *spoedeisende gevallen* (artikel 40, lid 2) mag de observatie slechts worden toegestaan:

- a) Voor dertien limitatief opgesomde strafbare feiten (artikel 40, lid 7).

Er wordt dus wel een onderscheid gemaakt tussen feiten die aanleiding geven tot uitlevering en beperkend opgesomde feiten, naar gelang van de urgentie, wat de zaken niet vereenvoudigt. Een limitatieve opsomming geven is steeds gevaarlijk. Het valt op dat in de opsomming «illegaal vervoer van giftige en schadelijke afvalstoffen» vermeld wordt.

- b) In spoedeisende gevallen (artikel 40, lid 2) mag de observatie worden voortgezet wanneer geen voorafgaande toestemming gevraagd kan worden, maar moet onverwijld en nog tijdens de observatie (zo mogelijk) van de grensoverschrijding de bevoegde autoriteit in kennis worden gesteld.

c) Nog een bijkomende voorwaarde bestaat erin dat zo spoedig mogelijk een rechtshulpverzoek (post factum) zal worden ingediend met daarin vermeld de motivatie waarom werd overgegaan tot grensoverschrijdende observatie zonder voorafgaand verzoek daartoe.

De observerende ambtenaren mogen tijdens de observatie wel hun dienstwapen meevoeren, maar ze mogen het slechts in geval van noodweer gebruiken (artikel 40, lid 3, d).

In geen geval hebben de ambtenaren bevoegdheid tot staandehouding (artikel 40, lid 3, f), evenmin als tot het betreden van woningen (artikel 40, lid 3, e).

Ter controle van elk optreden moet verslag worden gedaan aan de autoriteiten van de staat op wiens grondgebied de observatie plaatsvindt.

In hetzelfde artikel 40, lid 4, wordt bepaald wie de ambtenaren zijn die kunnen overgaan tot grensoverschrijdende observaties. Voor België zijn het de leden van de gerechtelijke politie bij de parketten, de rijkswacht en de gemeentepolitie, alsmede de douaneambtenaren in bepaalde omstandigheden.

De bedoelde autoriteit waarvan sprake is in artikel 40, lid 5, is voor België het Commissariaat-Generaal van de Gerechtelijke Politie.

Op het gebied van grensoverschrijdende observatie is een taak weggelegd voor de Nationale Magistraat die een bemiddelende rol kan spelen en voor een vlotte afwikkeling kan zorgen door contacten met buitenlandse gesprekspartners, bv. de Nederlandse Landelijke Officier van Justitie.

4. Artikel 41 van de Overeenkomst bepaalt de voorwaarden voor *grensoverschrijdende achtervolging*. Dit artikel is op een analoge wijze opgesteld als artikel 40. Ook hier zijn een aantal beperkingen ingebouwd die vergelijkbaar zijn met die voor observatie.

Terwijl de observatie een betrekkelijk nieuw begrip is, werd daarentegen de achtervolging reeds eerder, maar summiër, geregeld in artikel 27 van het Beneluxverdrag.

Tussen beide regelingen zijn er wel belangrijke verschillen. Zo spreekt bijvoorbeeld het Beneluxverdrag niet over heterdaad, in tegenstelling met het bepaalde in artikel 41, lid 1, van de Schengenovereenkomst.

Volgens Schengen mag de achtervolging alleen wanneer de andere partij ze niet tijdig kan overnemen. Schengen is dus in dit opzicht beperkender dan het Beneluxverdrag ⁴⁴.

Voorwaarden

Grensoverschrijdende achtervolging is volgens artikel 41, lid 1 en 5, aan de volgende algemene voorwaarden verbonden:

- a) De achtervolging kan slechts plaatsvinden tegenover daders of deelnemers die op heterdaad betrappt zijn bij het plegen van strafbare feiten of ten aanzien van ontvluchte gevangenen.

⁴² N.J.B., 31 januari 1991, afl. 5. Zie ook DIERKENS e.a., «Grensoverschrijdende criminaliteit», 460-464; VAN OUYTVE, «Grensoverschrijdende politieke samenwerking», in *Dissonanten bij het akkoord van Schengen*, Deventer, Kluwer, 1990, 28-35.

⁴³ F. FIJNAUT, «Tussen misdaadbestrijding en strafrechtspleging», *Delikt en Delinkwent*, 1990, 623-638.

⁴⁴ Over de verschillenpunten en de gelijkenissen bij de regeling van de grensoverschrijdende achtervolging tussen het Beneluxverdrag en de Schengenovereenkomst raadplege men C. FIJNAUT, «De overeenkomst van Schengen: een doorbraak van de formele regeling van de internationale politesamenwerking», *Colloquium RUG 31 januari 1991*, Mys en Breesch, 52-56.

b) Voor de feiten opgesomd in artikel 41, lid 4, a, of feiten die aanleiding kunnen geven tot uitlevering (artikel 40, lid 4, b).

De opsomming verschilt van die van de feiten die aanleiding kunnen geven tot observatie, daar er «doorrijden na ongeval, de dood of zwaar lichamelijk letsel tot gevolg hebbend» aan werd toegevoegd.

c) Zonder voorafgaande toestemming slechts wanneer de achtervolging niet tijdig kan worden overgenomen door de autoriteiten van de andere Partij (wat meestal het geval zal zijn).

Andere voorwaarden zijn bepaald in artikel 40, lid 5:

d) Mag slechts worden uitgevoerd door ambtenaren die uiterlijk direct herkenbaar zijn (art. 40, lid 5, d)

e) Binnentreden van woningen is niet toegestaan (art. 40, lid 5, c)

f) Dienstwapen mag meegevoerd worden maar slechts gebruikt in geval van noodweer (art. 40, lid 5, e)

Aan de achtervolgende ambtenaren komt in principe geen staandehoudingsbevoegdheid toe (art. 41, lid 2, a). Tenzij niet te verstaan wordt gegeven dat de achtervolging dient te worden afgebroken en de plaatselijke autoriteiten niet tijdig ter plaatse kunnen zijn, mogen de achtervolgende ambtenaren de achtervolgde persoon staande houden totdat de terstond te waarschuwen ambtenaren van de Overeenkomstsluitende Partij op wier grondgebied zij optreden, tot de vaststelling van de identiteit, dan wel tot aanhouding overgaan (art. 41, lid 2, b).

In tegenstelling met de observatie is bij een achtervolging de verdachte ervan op de hoogte dat hij het voorwerp is van een politiële opsporing. De achtervolging is beëindigd zodra de verdachte ondervraagd wordt en a fortiori aangehouden. De ondervraging veronderstelt uiteraard een rechtstreeks contact tussen de politieambtenaar en de verdachte. Ware het niet zo, dan had een achtervolging geen zin.

Overlevering van de persoon naar het land dat hij ontvluchtte, kan slechts mits de procedure van uitlevering nageleefd wordt.

Uiteindelijk mag de achtervolging slechts plaatsvinden volgens die verklaringen die de Verdragsluitende Partijen hieromtrent hebben afgelegd en die beperkingen naar afstand of tijd kunnen opleggen (art. 40, lid 3, a en b).

Wat de Beneluxlanden betreft, kan verwezen worden naar artikel 27, lid 2, van het Beneluxverdrag waar de achtervolging in elk geval beperkt is tot 10 km.

Bij het opstellen van de Overeenkomst werd geen consensus bereikt over de afstand noch over de duur van de grensoverschrijdende achtervolging.

5. Wat is nu de situatie van de opsporingsambtenaar?

Buiten de gevallen waarin de opsporingsambtenaar optreedt ingevolge een rogatoire commissie, miste hij tot nog toe iedere strafrechtelijke bescherming wat betreft strafbare feiten die tegen hem of door hem mochten worden begaan (bv. smaad, wederspanningheid, risico's inherent aan het gebruik van dwangmiddelen, wapengebruik). Daarin wordt gelukkig thans voorzien door de artikelen 42 en 43 van het Schengenakkoord. Zelfs de aansprakelijkheid voor de aangerichte schade wordt geregeld (art. 43). In dit opzicht betekent Schengen zeker een stap in de goede richting.

Artikel 42 handelt over de gelijkstelling van de ambtenaren en artikel 43 over de aansprakelijkheid voor de schade, problemen die alle even belangrijk zijn voor een goede samenwerking en verstandhouding.

Voor het eerst wordt ook in een akkoord aandacht besteed aan de materiële zijde van de samenwerking tussen politiediensten.

Schengen voorziet in artikel 44 in de mogelijkheid in de grensgebieden van uitwisseling van materiaal en passende radioapparatuur, uitbreiding van frequentie-bandbreedten, rechtstreekse telefoon-, telex- en radioverbindingen.

Rechtstreekse uitwisseling van informatie tussen politiediensten, zowel op verzoek als spontaan, zowel met betrekking op toekomstige strafbare feiten, ter voorkoming van strafbare feiten als ter afwending van gevaar voor de openbare orde en veiligheid, wordt geregeld in artikel 46.

Bilateraal kunnen Partijen tot afspraken komen omtrent detachering van contactambtenaren (art. 47, lid 1). Hun juiste taakomschrijving is daarbij van groot belang; deze werd omlijnd in het artikel 47, lid 2, a, b en c, lid 3 en lid 4.

Het gevaar is niet denkbeeldig dat door bemiddeling van deze contactambtenaren ongecontroleerde parallele informatiekanaalen zullen ontstaan naast de officiële en voorgeschreven kanalen, en dat een hele tak van de opsporingen, namelijk die welke o.m. betrekking hebben op grensoverschrijdende misdadigheid, zal gebeuren zonder daadwerkelijk toezicht van het openbaar ministerie dat in België toch de enige hiertoe wettelijk bevoegde autoriteit is.

(Slot in volgend nummer)

RECHTSPRAAK

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 15 MEI 1992

Voorzitter : de h. Rauws

Rapporteur : de h. Verougstraete

Openbaar ministerie : de h. D'Hoore

Advocaten : mrs. Geinger en Nelissen Grade

Erfrecht – Natuurlijk kind – Art. 756 (oud) B.W. – Grondrechten – Gelijheid en non-discriminatie

Art. 756 (oud) B.W., dat, krachtens art. 107 van de wet van 31 maart 1987 tot wijziging van een aantal bepalingen betreffende de afstamming, in werking is gebleven voor nalatenschappen die opgevallen zijn voordat die wet van kracht werd, is strijdig met de artt. 6 en 6bis Gw., in zoverre het van toepassing is op sedert 13 juni 1979 opgevallen nalatenschappen.

V. t/ Van C. e.a.

Conclusie van advocaat-generaal D'Hoore

1. Uit de processtukken blijkt dat eiseres het niet erkend natuurlijk kind is van wijlen Maria V. In leven woonde Maria V. bij haar zuster Elisabeth V., aan wie zij op 19 augustus 1955 haar huis verkocht en die zij op dezelfde datum aanstelde als haar enige en algemene legataris. Na het overlijden van Maria V. te H. op 21 juli 1956 werd haar zuster in bezit gesteld van alle goederen van de overledene. Elisabeth V. overleed kinderloos te H. op 22 mei 1983. In haar testament had zij de wil uitgedrukt dat haar nalatenschap overeenkomstig de wet zou worden verdeeld. Bij dagvaarding van 29 augustus 1983 stelde eiseres een vordering in tot het verkrijgen van dezelfde erfrechten in de nalatenschap van haar moeder en in die van haar tante, als ware zij een wettige afstammeling geweest.

De eerste rechter willigde die vordering in, zich basierend, enerzijds, op het in art. 14 jo 8 E.V.R.M. neergelegde verbod van discriminatie op grond van geboorte en, anderzijds, op de vaststelling dat eiseres wel degelijk nauwe contacten had met de familie V. Het bestreden arrest, uitgesproken door het Hof van Beroep te Brussel op 10 juli 1988, doet het beroepen vonnis teniet en wijst de vordering van eiseres af met toepassing van art. 756 B.W. dat, krachtens art. 107 van de wet van 31 maart 1987 tot wijziging van een aantal bepalingen betreffende de afstamming, zijn gelding voor het verleden bleef behouden.

Het hof van beroep oordeelt dat art. 8 E.V.R.M. geen directe werking heeft in zoverre het aan de Staat de verplichting oplegt het stelsel van de familiebanden te bepalen, inzonderheid met betrekking tot het erfrecht van de natuurlijke kinderen t.a.v. de goederen van hun overleden moeder. Aan art. 14 in samenhang met art. 8 wordt dat erfrecht niet nader getoetst.

In het tot staving van haar cassatieberoep aangevoerde middel betoogt eiseres dat krachtens de artt. 6 en 6bis Gw.

enerzijds en 8, lid 1, en 14 E.V.R.M. anderzijds geen discriminatoir onderscheid mag worden gemaakt tussen de wettige en de natuurlijke afstamming.

2. Volgens het oud art. 333 B.W., als gewijzigd bij de wet van 6 april 1908, kan een erkend natuurlijk kind geen aanspraak maken op de rechten van een wettig kind, maar worden zijn rechten geregeld in de titel «Erfenissen».

Die regeling vangt aan met het te dezen aan de orde zijnde artikel 756, dat luidt als volgt : «Natuurlijke kinderen zijn geen erfgenaam ; de wet verleent hun slechts dan rechten op de goederen van hun overleden vader of moeder, indien zij wettelijk erkend zijn. Zij verleent hun geen recht op de goederen van de bloedverwanten van hun vader of moeder.»

Die bepaling houdt in dat het natuurlijk kind geen wettige erfgenaam is in de eigenlijke zin van het woord. Het heeft alleen recht op een aandeel in de nalatenschap van zijn vader en van zijn moeder, indien het wettelijk erkend werd door die ouder. Die erkenning schept geen band tussen het kind en de opgaande bloedverwanten van de ouder die het erkend heeft. Het kind maakt geen deel uit van de familie van die ouder. Bovendien bepaalde art. 908 B.W. dat natuurlijke kinderen bij schenking onder de levenden of bij testament, «niets kunnen verkrijgen buiten hetgeen hun in deze titel Erfenissen is toegestaan». De opstellers van het B.W. beoogden op die manier met elkaar te verzoenen «les droits de la nature avec ce qu'exigent les bonnes moeurs, la faveur due au mariage et les droits des familles»¹.

3. Het nieuwe afstammingsrecht bedoelt de rechtspositie van het natuurlijk kind te verbeteren door de voormelde ongelijkheden ongedaan te maken. Dat gebeurde met name in het nieuw artikel 312, § 1, B.W., luidens hetwelk het kind als moeder heeft de persoon die als zodanig in de akte van geboorte is vermeld. Die bepaling brengt mee dat alle kinderen door de vermelding van de naam van de moeder in de akte van geboorte, voortaan als wettige kinderen worden beschouwd. Het beginsel van de gelijkheid in het kader van de familie wordt vastgelegd in het nieuw art. 334 B.W., dat luidt als volgt : «Ongeacht de wijze waarop de afstamming is vastgesteld, hebben de kinderen en hun afstammelingen dezelfde rechten en dezelfde verplichtingen ten opzichte van de ouders en hun bloed- en aanverwanten en hebben de ouders en hun bloed- en aanverwanten dezelfde rechten en dezelfde verplichtingen ten opzichte van de kinderen en hun afstammelingen.»

Wat het erfrecht betreft komt het gelijkheidsbeginsel tot uitdrukking in het nieuw artikel 745 B.W. dat bepaalt : «De kinderen of hun afstammelingen erven van hun ouders, grootouders of verdere bloedverwanten in de opgaande lijn, zonder onderscheid van geslacht of van eerstgeboorte, ook al hebben zij niet dezelfde ouders en ongeacht de wijze waarop hun afstamming is vastgesteld.»

Het eerder vermeld art. 908 B.W. werd opgeheven.

4. De overgang van het oude naar het nieuwe recht met betrekking tot de kinderen geboren vóór de inwerkingtre-

¹ LOCRIÉ, V, 19.

ding van de nieuwe wet werd geregeld door de overgangsbepalingen in de artt. 107 tot 120.

Art. 107, eerste lid, bepaalt dat deze wet van toepassing is op de kinderen geboren vóór haar inwerkingtreding en die nog in leven zijn op dat ogenblik, «zonder dat daaruit evenwel enig recht in de voordien opgegevallen erfenissen kan volgen». Krachtens art. 108 is het voormeld nieuw art. 312 B.W. van toepassing op het kind dat vóór de inwerkingtreding van de wet van 31 maart 1987 is geboren uit een vrouw die op geen enkel tijdstip van de zwangerschap gehuwd is geweest, tenzij door een vroegere erkenning een andere afstamming van moederszijde is vastgesteld. Dat artikel 108 vangt evenwel aan met de woorden «zonder dat daaruit enig recht voor het verleden kan volgen».

De nieuwe wet is in werking getreden op 6 juni 1987.

5. Het vraagstuk van de retroactiviteit kwam uitvoerig aan de orde tijdens de parlementaire werkzaamheden. Professor Vieujean, die door de kamercommissie werd geraadpleegd, stelde twee mogelijkheden voor:

De eerste bestond erin retroactiviteit aan de nieuwe wet te verlenen tot 13 juni 1979, de dag waarop het Europees Hof voor de Rechten van de Mens het arrest Marckx uitsprak. In dat arrest werd gezegd «het principe van de rechtszekerheid, dat noodzakelijk samenhangt met het verdragsrecht en met het communautair recht, ontslaat de Belgische Staat ervan rechtshandelingen of juridische toestanden die dateren van vóór de uitspraak van dit arrest, op de helling te zetten. Bepaalde contracterende Staten die een grondwettelijk Hof hebben, verkeren trouwens in een gelijkaardige toestand: hun intern publiekrecht beperkt de terugwerkende kracht van de beslissingen van dit Hof waarbij een wet nietig wordt verklaard» (§ 58)².

De tweede door professor Vieujean voorgestelde mogelijkheid bestond in de geldigverklaring van de sinds 13 juni 1973 verleden akten en gedane verdelingen waarin aan een buiten het huwelijk geboren kind meer rechten werden toegekend dan die welke hem toegekend werden in de door de nieuwe afstammingswet opgeheven bepalingen³.

Die tweede oplossing werd aangenomen. De wetgever zag daarin «een bekrachtiging van de rechtspraak en van de notariële praktijk volgens welke het arrest-Marckx onmiddellijk toepasbaar was»⁴.

Dit was de enige verzwakking van het algemeen beginsel van de niet-retroactiviteit, een afzwakking die «ten einde gedingen en discussies te vermijden» aanvaardbaar leek⁵.

Ingevolge de overgangsbepalingen van het nieuwe afstammingsrecht vallen de erfelijke aanspraken van eiseres nog onder het oude recht. De vergelijking van de evenvermelde bepalingen van het oude en het nieuwe recht brengt de bij het bekritiseerde art. 756 B.W. ingevoerde ongelijkheden, in zoverre te dezen van belang, duidelijk aan het licht.

6. In het kader van de onderhavige voorziening dient dat art. 756 B.W. allereerst te worden getoetst aan het gelijkheidsbeginsel neergelegd in de artt. 6 en 6bis Gw.

Bij zijn arrest van 2 maart 1990 stelde het Hof een prejudiciële vraag aan het Arbitragehof ten einde een antwoord te krijgen op de vraag of voormeld art. 756 B.W. niet strijdig is met het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel en het verbod van discriminatie, in zoverre dat artikel nog toepasselijk blijft op vóór 6 juni 1987, dag van de inwerkingtreding van de wet van 31 maart 1987, opgegevallen nalatenschappen, zoals te dezen het geval is.

In zijn arrest van 4 juli 1991 gaat het Arbitragehof ervan uit dat het bij art. 756 B.W. ingevoerde verschil in behandeling tussen natuurlijke en wettige kinderen beoogt het op het instituut van het huwelijk gefundeerde gezin juridisch te beschermen.

Het wijst er vervolgens op dat de memorie van toelichting bij het ontwerp van wet van 15 februari 1978 tot wijziging van een aantal bepalingen betreffende de afstamming onder meer steunt op de opvatting «dat de kentering in de zeden en de evolutie van de gedachten ten opzichte van de ongehuwde moeder en het buiten huwelijk geboren kind (...) een volledige hervorming (vergen) van ons recht op het stuk van de afstamming».

Het releveert dat die memorie van toelichting stelt dat «een einde moet worden gemaakt aan de discriminatie waarvan deze kinderen het slachtoffer zijn», een toestand die als «een merkwaardige uitzondering» op het beginsel van «de gelijke behandeling van allen (art. 6 van de Grondwet)» wordt aangemerkt.

Het Arbitragehof merkt nog op dat «het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in zijn arrest Marckx van 13 juni 1979 overwoog dat inbreuk maakten op de artikelen 8 (recht op eerbied van het gezinsleven) juncto 14 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens, de beperkingen die een erkend natuurlijk kind worden opgelegd wat betreft het vermogen om goederen van zijn moeder te verkrijgen, evenals inzake de volledige afwezigheid van erfrecht van zulk een kind ten opzichte van de naaste bloedverwanten aan moederszijde (arrest Marckx, serie A, nr. 31, §§ 56 en 59)»⁶.

Het Arbitragehof besluit zijn arrest met te zeggen voor recht dat art. 756 B.W. de artt. 6 en 6bis Gw. schendt, voor zover het toepasselijk is op nalatenschappen opgegevallen vanaf 13 juni 1979.

Die datum komt overeen met de dag waarop het arrest Marckx door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens werd uitgesproken.

Krachtens art. 28 van de bijzondere wet op het Arbitragehof moet het rechtscollege dat de prejudiciële vraag heeft gesteld evenals elk ander rechtscollege dat in dezelfde zaak uitspraak doet, voor de oplossing van het geschil naar aanleiding waarvan de in art. 26 bedoelde vragen zijn gesteld, zich voegen naar het arrest van het Arbitragehof.

Het middel is derhalve gegrond in zoverre het de schending aanvoert van de artt. 6 en 6bis Gw. met betrekking tot de nalatenschap van de tante van eiseres, opgegevallen na de uitspraak van het arrest Marckx, doch niet met betrek-

² E.H.R.M., 13 juni 1979, Marckx, reeks A, nr. 31, 23; prof. M. BOSSUYT, «Publiekrechtelijke aspecten van het arrest Marckx», gevolgd door een officieuze Nederlandse vertaling, *R.W.*, 1979-80, 929 tot 970.

³ *Gedr.St.*, Kamer, 373 (1985-86), N 16, 79, 80 en 81.

⁴ *Gedr.St.*, Senaat, 338 (1985-86), N 2, 5.

⁵ *Ibid.*, 29.

⁶ Arbitragehof, arrest 183 van 4 juli 1991, *Belg.St.*, 22 augustus 1991, p. 18144.

king tot de nalatenschap van de moeder van eiseres die vóór die uitspraak opengevallen is. In verband met de aanspraken van eiseres op laatstbedoelde nalatenschap dient art. 756 B.W. nog getoetst te worden aan art. 8 en aan art. 14 jo; 8 E.V.R.M.

7. Aan art. 8, lid 1, E.V.R.M., in zoverre het verplichtingen bevat in die zin dat de Staat bij het bepalen van het stelsel van familiebanden, zoals de rechten van natuurlijke kinderen op de goederen van hun overleden moeder, derwijze moet handelen dat de betrokkenen een normaal gezinsleven kunnen leiden, wordt noch door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens noch door het Hof van Cassatie rechtstreekse werking toegekend ⁷.

8. De toetsing van art. 756 B.W. aan art. 14 jo. 8 E.V.R.M. is niet zo eensluidend. Art. 14, in zoverre te dezen van belang, luidt:

«Het genot van de rechten en vrijheden welke in dit verdrag zijn vermeld zijn verzekerd zonder enig onderscheid op welke grond ook, zoals (...) geboorte of andere status.»

Het accessoire karakter van art. 14 brengt mee dat het geen zelfstandig bestaan heeft, maar slechts ingeroepen kan worden met betrekking tot het genot van de rechten en vrijheden die in het verdrag en de aanvullende protocollen zijn gewaarborgd.

Dit belet evenwel niet dat het discriminatieverbod van art. 14 een autonoom karakter kan verkrijgen. Daartoe is het voldoende dat de litigieuze aangelegenheid zo nauw verbonden is met een van de in het E.V.R.M. gewaarborgde rechten of vrijheden dat ze op hun domein komt te liggen. Zo wordt meteen directe werking toegekend aan de bepaling van art. 14 die aldus in samenhang met art. 8, lid 1, de eerbiediging van het gezins- en familieleven garandeert zonder dat onderscheid mag worden gemaakt onder meer op grond van geboorte.

Ook het Hof heeft de directe werking van art. 14 in samenhang met andere bepalingen van het E.V.R.M. in verschillende van zijn arresten, althans impliciet, aangenomen ⁸.

De directe werking in de interne rechtsorde dient te worden aangenomen telkens als dat kan zonder dat daartoe een optreden van de nationale wetgever nodig is. Die toestand doet zich voor wanneer in de bestaande en met het E.V.R.M. conforme interne rechtsregels één enkele voor het bedoelde geval relevante oplossing gevonden kan worden, maar dan ook slechts één en niet meer dan één.

Art. 14 E.V.R.M. verbiedt de discriminatoire behandeling. Het Hof voor de Rechten van de Mens gaf in de zaak «betreffende enige aspecten van de taalwetgeving in het Belgisch onderwijs» de volgende omschrijving: «De gelijkheid van behandeling (wordt) pas geschonden als er voor het gemaakte onderscheid geen objectieve en redelijke rechtvaardiging bestaat. Het bestaan van een dergelijke rechtvaardiging moet beoordeeld worden in verband met het doel en de gevolgen van de betreffende maatregel, en rekening hou-

dend met de in een democratische samenleving algemeen heersende principes» ⁹.

Het Europees Hof onderzoekt of het ingevoerde onderscheid een objectief legitiem doel nastreeft en of er een redelijke proportionaliteitsverhouding bestaat tussen het beoogde doel en de aangewende middelen.

De rechtspraak van het Arbitragehof en van het Hof van Cassatie hanteren voor de toetsing van het gelijkheidsbeginsel bij benadering dezelfde criteria.

Het Europees Hof van Straatsburg neemt de toepassing van art. 14 E.V.R.M. in samenhang met art. 8, lid 1, van het verdrag aan met name in het reeds vermelde arrest Marckx van 13 juni 1979, aan hetwelk de ontwikkeling in de opvattingen over de vraag of het gerechtvaardigd is aan het onderscheid tussen wettige en natuurlijke kinderen belangrijke rechtsevolgen te verbinden ten grondslag ligt.

In het Marckxarrest worden de oude bepalingen van het Belgisch Burgerlijk Wetboek over de natuurlijke afstamming aangemerkt als discriminatoir in de zin van art. 1 in samenhang met art. 8, wat betreft:

1) de wijze van vaststelling van de moederlijke afstamming (§§ 38-43),

2) de juridische omvang van de familie (§§ 44-48), en

3) de erfrechten van de natuurlijke kinderen, zowel vanwege de beperkingen opgelegd aan de bekwaamheid van de natuurlijke kinderen om goederen van hun moeder te ontvangen, als vanwege de volledige afwezigheid van erfrechten t.a.v. hun naaste verwanten van moederszijde, dit in tegenstelling met wat geldt inzake de erfrechten van wettige kinderen (§§ 49-59).

Die verschillen missen volgens het arrest een objectieve en redelijke rechtsvaardigheidsgrond ¹⁰.

In zijn arrest Inze van 28 oktober 1987 herinnert het Europees Hof voor de Rechten van de Mens eraan: «que la Convention est un instrument vivant, à interpréter à la lumière des conditions actuelles (voir notamment l'arrêt Johnston et autres du 18 décembre 1986, série A, n° 112, p. 25, § 53). Or les Etats membres du Conseil de l'Europe attachent de nos jours de l'importance à l'égalité, en matière de droits de caractère civil, entre enfants issus du mariage et enfants nés hors mariage. En témoigne la Convention européenne de 1975 sur le statut juridique des enfants nés hors mariage, qui lie présentement, neuf d'entre eux (...). Seules donc de très fortes raisons pourraient amener à estimer compatible avec la Convention une distinction fondée sur la naissance hors mariage (voir mutatis mutandis, l'arrêt Abdulaziz, Cabales et Balkandali (...), série A, n° 94, p. 38, § 70)» ¹¹.

Over de toepassing van art. 14 in samenhang met art. 8, E.V.R.M. sprak het Hof van Cassatie zich uit in verschillende arresten.

In zijn arresten van 3 oktober 1983 en 20 november 1987 oordeelde het Hof dat die verdragsbepalingen er zich niet

⁷ Arrest Marckx, §§ 51, 52 en 53, zie noot 2; Cass., 10 mei 1985, A.C., 1984-85, nr. 542, en 6 maart 1986, *ibid.*, 1985-86, nr. 433.

⁸ Cass., 6 okt. 1976, A.C., 1977, 145; 6 febr. 1984, *ibid.*, 1983-84, nr. 306; 19 okt. 1984, *ibid.*, 1984-85, nr. 133; 17 jan. 1986, *ibid.*, 1985-86, nr. 318.

⁹ E.H.R.M., 23 juli 1968, Arrêts et décisions, Série A, vol. 6; R.W., 1968-69, 20.

¹⁰ Arrest Marckx: zie noot 2.

¹¹ E.H.R.M., arrest Inze, 28 okt. 1987, *Publ. C.E.D.H.*, série A, nr. 126, p. 18, § 41.

tegen verzetten dat de erkenning van een overspelig kind aan bepaalde voorwaarden wordt onderworpen ¹².

In zijn arrest van 27 april 1989 besliste het Hof dat de artt. 8, lid 1, en 14 E.V.R.M. niet verbieden dat de rechter toepassing maakt van art. 913 B.W., waarbij aan de kinderen in de nalatenschap van de man van hun moeder een voorbehouden deel wordt toegekend, ook al zijn die kinderen geadopteerd door een derde die met hun moeder in concubinaat leefde toen ze werden verwekt, en ook al heeft de man van hun moeder zijn goederen aan zijn concubante en haar kinderen vermaakt ¹³.

In zijn arrest AR 7593 van 12 februari 1987, uitgesproken op de vooravond van de afkondiging van de nieuwe afstammingswet, oordeelde het Hof dat de appelrechter wettig beslist had dat de artt. 8, lid 1, en 14 E.V.R.M. aan de toepassing van art. 756 B.W. niet in de weg staan in zoverre die bepaling aan het natuurlijk kind geen enkel recht toekent op de goederen van de ouders van zijn vader of moeder ¹⁴. Het arrest is gebaseerd op de vaststelling dat art. 8, lid 1, E.V.R.M. geen rechtstreekse werking heeft.

Die zaak werd aanhangig gemaakt bij het Europees Hof te Straatsburg, dat in zijn arrest van 29 november 1991 de leer van het arrest Marckx bevestigt en oordeelt dat art. 14 jo. 8 E.V.R.M. geschonden werd in zoverre de toepassing van art. 756 B.W. nog werd aangenomen met betrekking tot de nalatenschap van de grootvader van de eiseres, opgevallen na de uitspraak van het arrest Marckx.

Dat nieuwe arrest van Straatsburg zegt namelijk: «n'était ni imprécise ni incomplète la règle qui interdisait d'opérer au détriment d'Astrid Vermeire, par rapport à ses cousins Francine et Michel, une discrimination fondée sur le caractère 'naturel' du lien de parenté l'unissant au de cujus.» ¹⁵.

Wanneer er een conflict bestaat tussen een internrechtelijke norm en een internationaalrechtelijke norm die rechtstreekse gevolgen heeft in de interne rechtsorde, moet de door het verdrag bepaalde regel primeren. Die voorrang volgt uit de aard zelf van het bij verdrag bepaald internationaal recht ¹⁶.

Een eerste houding van de rechter tegenover zodanig conflict zou erin kunnen bestaan te oordelen dat het uitsluitend aan de wetgever toekomt om de schending van het verdrag ongedaan te maken en dat in afwachting van een wetwijziging de bestaande toestand onverkort gehandhaafd moet worden.

Die houding brengt mee dat de rechter meewerkt aan het in stand houden van een verdragsschending waardoor de internationale aansprakelijkheid van de Staat in het gedrang komt. Zulk een houding laat zich enkel verantwoorden als het werkelijk niet anders kan, m.a.w. wanneer de geschonden verdragsbepaling geen rechtstreekse werking heeft op

grond waarvan het herstel van de wettigheid langs jurisprudentiële weg bereikt kan worden.

In de onderhavige zaak heeft de Belgische rechter thans geen nadere verduidelijkingen of aanvullingen meer nodig om het discriminatieverbod op art. 756 B.W. toe te passen.

Men hoeft slechts de regel «mater semper certa est» neergelegd in het nieuw art. 312, § 1, B.W. in acht te nemen en het buitenhuwelijks kind wiens moederlijke afstamming aldus komt vast te staan te rekenen tot de familie van moederszijde met hetzelfde erfrecht alsof het wettig ware, overeenkomstig de nieuwe artt. 334 en 745 B.W.

9. Blijft de vraag of er in hoeverre de rechter dit te dezen had moeten doen, in acht genomen het moment waarop de in de onderhavige zaak bedoelde rechtssituaties zich hebben voltrokken, mede in verband met de eisen van de rechtszekerheid.

Eiseres huldigt de meest verstrekkende opvatting volgens welke dat moment voor België samenvalt met de datum waarop de onderhavige verdragsbepalingen die rechtstreekse werking hebben, in ons land in werking zijn getreden, dit is op 14 juni 1955.

Die stelling miskent het evolutief karakter van de interpretatie van het E.V.R.M. zoals die door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens wordt toegepast. Ten tijde van het openvallen van de nalatenschap van de moeder van eiseres, dit is op 21 juli 1956, was er geen enkele juridische grond voorhanden om aan een natuurlijk kind meer rechten toe te kennen dan die welke het uit het B.W. kon putten. In overeenstemming met eerdere jurisprudentie heeft het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in het arrest Marckx gekozen voor een evolutieve uitleg in het licht van de wijzigingen in de zeden en in de opvattingen die zich binnen de lidstaten hebben voltrokken.

Nog in 1967 verwierp de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens een klacht waarin de artt. 757 en 908 B.W. werden aangevallen wegens discriminatie door het Belgisch recht ¹⁷.

Het recht moet, om te kunnen gelden, op een behoorlijke manier gekend zijn. Het moet ook duidelijk zijn dat het op een gegeven ogenblik is gaan gelden. Het arrest Marckx betekent in dit opzicht dat de Belgische Staat niet verplicht was rechtsgevolgen aan die uitspraak te verbinden door de aan die uitspraak voorafgaande periode.

De schending van art. 14 jo. 8 E.V.R.M. kan dan ook te dezen slechts worden aangenomen met betrekking tot de erfrechtelijke aanspraken van eiseres ten opzichte van de na de uitspraak van het arrest Marckx opgevallen nalatenschap van haar tante, maar niet ten opzichte van de nalatenschap van haar moeder opgevallen vóór de uitspraak van bedoeld arrest.

Conclusie: gedeeltelijke vernietiging.

Arrest

Gelet op het bestreden arrest, op 10 juni 1988 door het Hof van Beroep te Brussel gewezen;

Gelet op het arrest van het Hof van 2 maart 1990; (*R.W.*, 1990-91, 27);

¹⁷ Arrest Marckx, § 58, zie noot 1.

¹² *A.C.*, 1983-84, nr. 62 met concl. procureur-generaal KRINGS; *ibid.*, 1987-88, nr. 172.

¹³ *A.C.*, 1988-89, nr. 494.

¹⁴ Niet gepubliceerd arrest.

¹⁵ C.E.D.H., affaire Vermeire c. Belgique (44/1990/235/301).

¹⁶ Cass., 27 mei 1971, *A.C.*, 1971, 959; 14 jan. 1976, *ibid.*, 1976, 547; 26 sept. 1978, *ibid.*, 1978-79, 116; 4 april 1984, 2 arresten, *ibid.*, 1983-84, nr. 448; 16 april 1984, *ibid.*, 1983-84, nr. 477; 13 sept. 1984, *ibid.*, 1984-85, nr. 39; 20 jan. 1989, *ibid.*, 1988-89, nr. 299; 10 mei 1989, *ibid.*, 1988-89, nr. 514.

Gelet op het arrest nr. 18/91 van het Arbitragehof van 4 juli 1991 (*R.W.*, 1991-92, 360);

Over het middel: schending van de artikelen 8, lid 1, en 14 van het Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden, ondertekend te Rome op 4 november 1950 en goedgekeurd bij de wet van 13 mei 1955, de artikelen 6 en 6bis van de Grondwet, van het algemene rechtsbeginsel luidens hetwelk geen willekeurig onderscheid kan worden gemaakt tussen de rechten van kinderen binnen en buiten het huwelijk verwekt, vervat in de vermelde verdrags- en grondwetsbepalingen, alsook in de artikelen 723, 724 en 745, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek, als gewijzigd bij de wet van 31 maart 1987 tot wijziging van een aantal bepalingen betreffende de afstamming, van het algemene rechtsbeginsel van de voorrang die de bij het verdrag bepaalde internationale rechtsregel, met rechtstreekse gevolgen in de interne rechtsorde, heeft op de interne rechtsregel, en van artikel 97 van de Grondwet,

doordat het hof van beroep, met vernietiging van het vonnis a quo, na op 11 maart 1988 de heropening van de debatten te hebben bevolen teneinde partijen te laten conclusie nemen omtrent de rechtsvraag naar de directe toepassing van artikel 8 van het Europees Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden, in het bestreden arrest de vordering van eiseres tot het verkrijgen van dezelfde erfrechtelijke aanspraken «als ware zij een wettige afstammeling geweest» ongegrond verklaart, op grond: «dat artikel 8 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mensen geen rechtstreekse toepassing kan vinden in de mate waarin het aan de Staat de verplichting oplegt het stelsel van de familiebanden te bepalen (...), inzonderheid met betrekking tot het erfrecht van de natuurlijke kinderen op de goederen van hun overleden moeder (...); dat de Staat immers over verschillende mogelijkheden beschikt om deze aangelegenheid te regelen», waaruit door het arrest wordt afgeleid dat eiseres «ingevolge artikel 756 van het Burgerlijk Wetboek (zoals van kracht vóór de wet van 31 maart 1987) geen rechten heeft op de goederen van haar overleden moeder (en) evenmin bij plaatsvervulling aanspraak kan maken op de nalatenschap van Elisabeth V.»,

terwijl, eerste onderdeel, met toepassing van de artikelen 8, lid 1, en 14 van het Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden, alsook van de artikelen 6 en 6bis van de Grondwet, geen willekeurig onderscheid kan worden gemaakt tussen de rechten van binnen of buiten het huwelijk verwekte kinderen en het genot van de rechten en vrijheden zonder discriminatie verzekerd moet worden; de bepalingen van de artikelen 8 en 14 van voormeld verdrag, in zoverre zij de Staat verplichten, bij het bepalen van de rechten van de «natuurlijke» kinderen op de goederen van hun overleden moeder, zodanig te handelen dat de betrokkenen een normaal gezinsleven kunnen leiden en niet worden gediscrimineerd ten aanzien van «wettige» kinderen, kunnen worden beschouwd als onvoldoende nauwkeurig en volledig om directe werking te hebben, doch enkel in de mate waarin in die materie verscheidene mogelijkheden, naar keuze van de Staat, ter beschikking staan om aan de bepalingen van voormelde artikelen te voldoen; de mogelijkheden die de Staat geboden worden bij de uitvoering van de ter zake uit de artikelen 8, lid 1, en 14 van voormeld verdrag voortvloeiende verplichtingen enkel de con-

crete uitwerking van het verbod van discriminatie tussen kinderen betreffen, doch niet het ogenblik waarop een niet-discriminerend statuut van kracht moet worden, nu zulks enkel wordt bepaald door het verdrag, dat, in dat opzicht, directe werking heeft; bijgevolg, in de mate waarin door de Staat, zoals de Belgische Staat in de wet van 31 maart 1987, een welbepaalde mogelijkheid wordt gekozen om aan de bepalingen van voormelde artikelen van het verdrag te voldoen, en aldus de daarin vervatte normen op nauwkeurige wijze te omschrijven, wel directe werking kan worden verleend aan de artikelen 8, lid 1, en 14 van voormeld verdrag luidens welke geen willekeurig onderscheid mag worden gemaakt tussen «wettige» en «natuurlijke» kinderen, zodat het arrest alle in het onderdeel aangehaalde wetsbepalingen en algemene rechtsbeginselen schendt door geen directe werking toe te kennen aan de artikelen 8, lid 1, en 14 van het Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden, en met toepassing van artikel 756 van het Burgerlijk Wetboek, zoals van kracht vóór de wet van 31 maart 1987, aan eiseres erfrechtelijke aanspraken op de nalatenschappen van haar moeder en van Elisabeth V. te ontzeggen, hoewel deze bepaling in strijd is met de in de artikelen 8, lid 1, en 14 van het Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden, 6 en 6bis van de Grondwet, alsook het in deze verdrags- en grondwetsbepalingen vervatte beginsel, als bekrachtigd, wat het erfrecht betreft, in de artikelen 723, 724 en 745, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek, als gewijzigd bij de wet van 31 maart 1987, en luidens hetwelk geen willekeurig onderscheid kan worden gemaakt tussen de rechten van «natuurlijke» en «wettige» kinderen (schending van alle in het middel aangevoerde wetsbepalingen en algemene rechtsbeginselen, met uitzondering van artikel 97 van de Grondwet):

Overwegende dat het arrest, gedeeltelijk met verwijzing naar het beroepen vonnis, vaststelt: 1° dat eiseres de natuurlijke niet erkende dochter is van Maria V., op 21 juli 1956 overleden, en de nicht van Elisabeth V., op 22 mei 1983 overleden; 2° dat eiseres aanspraak maakt op de nalatenschap van haar moeder en van haar tante als ware zij een wettig kind geweest;

Overwegende dat het vroegere artikel 756 van het Burgerlijk Wetboek, dat krachtens artikel 107 van de wet van 31 maart 1987 in werking is gebleven voor nalatenschappen opgevallen vóór de wet van 31 maart 1987 van kracht werd, dit is op 6 juni 1987, luidt: «Natuurlijke kinderen zijn geen erfgenaam; de wet verleent hun slechts dan rechten op de goederen van hun overleden vader of moeder indien zij wettelijk erkend zijn. Zij verleent hun geen recht op de goederen van de bloedverwanten van hun vader of moeder»;

Dat het Arbitragehof gezegd heeft voor recht: «Artikel 756 (oud) van het Burgerlijk Wetboek, dat krachtens artikel 107 van de wet van 31 maart 1987 in werking is gebleven, schendt de artikelen 6 en 6bis van de Grondwet in zoverre het toepasselijk is op nalatenschappen opgevallen vanaf 13 juni 1979»;

Dat het bestreden arrest, dat op grond van het bedoelde artikel 756 van het Burgerlijk Wetboek aan eiseres het recht ontzegt om bij plaatsvervulling aanspraak te maken op de nalatenschap van de op 22 mei 1983 overleden Elisabeth V., in zoverre de artikelen 6 en 6bis van de Grondwet schendt;

Dat het onderdeel in zoverre gegrond is;

Overwegende dat eiseres voor het overige betoogt dat de appelrechters de artikelen 8, lid 1, en 14 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, 723, 724 en 745 van het Burgerlijk Wetboek hebben geschonden;

Overwegende dat de aangevoerde schending van de artikelen 723, 724 en 745 van het Burgerlijk Wetboek geen zelfstandige grief uitmaakt;

Overwegende dat het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in zijn arrest van 13 juni 1979 in de zaak Marckx gezegd heeft dat het beginsel van de rechtszekerheid, noodzakelijkerwijze inherent aan het Verdragsrecht, de Belgische Staat ontslaat van het opnieuw ter discussie stellen van rechtshandelingen of -situaties die aan de uitspraak van het arrest van 13 juni 1979 voorafgaan;

Dat het onderdeel, in zoverre het gericht is tegen de beslissing betreffende de nalatenschap van Elisabeth V. niet tot ruimere cassatie kan leiden en, in zoverre het gericht is tegen de beslissing betreffende de nalatenschap van Maria V. niet kan worden aangenomen;

...

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 15 MEI 1992

Voorzitter: de h. Rauws

Raadsheer-rapporteur: de h. Boes

Openbaar ministerie: de h. D'Hoore

Advocaat: mr. Bützler

Verbintenissen – Actio pauliana – Nadeelvereiste – Gevolgen.

De pauliaanse vordering mag voor de agerende schuldeiser geen bron van winst zijn, waardoor zijn positie voordeliger wordt dan indien de aangevochten handeling niet was verricht.

Het vonnis dat beslist dat een koopovereenkomst is aangetast door pauliaans bedrog en aan de schuldeiser niet kan worden tegengeworpen, maar dat de gevolgen van de pauliaanse vordering beperkt tot het bedrag van de onderwaardering van de koopprijs, schendt art. 1167 B.W.

D. t/ D., V. en D.

Gelet op het bestreden vonnis, op 17 mei 1990 in hoger beroep gewezen door de Rechtbank van Koophandel te Brugge;

Over het middel: schending van artikel 1167 van het Burgerlijk Wetboek,

doordat de rechtbank van koophandel eisers pauliaanse vordering slechts gedeeltelijk gegrond verklaart, namelijk in zoverre eiser zijn rechten op het onroerend goed verder kan blijven uitoefenen om betaling te krijgen van 385.000 frank, met de wettelijke interest vanaf 19 maart 1983, o.m. op de volgende gronden: «De verkoop van het goed tegen de prijs van 2.565.000 frank – zonder dat er sprake is van enige uitwinning door de hypothecaire schuldeisers (geen enkel stuk toont aan dat de kredieten waren opgezegd) – die de ontvanger van het Ministerie van Financiën voor het bedrag van 385.000 frank ondergewaardeerd hield, wat door de partij

D. ook werd aanvaard, doet dan ook ernstige vragen rijzen over het waarom van de verkoop. De transactie kan (eiser) voor het bedrag van de verkoop van 2.565.000 frank, dan ook niet worden tegengeworpen. Bij een verantwoorde verkoop was er ongetwijfeld – na aanzuivering van de hypothecaire schuldvorderingen – een saldo in het voordeel van (eiser). Het bewezen nadeel voor (eiser) begroot de rechtbank op 385.000 frank, nl. het bedrag van de schatting, die de ontvanger van het Ministerie van Financiën onmiddellijk na de verkoop maakte en waarmee de partij D. instemde. Voor dit bedrag, met de wettelijke interesten vanaf 19 maart 1983, kan (eiser) zijn rechten op het onroerend goed dan ook verder uitoefenen».

terwijl de voor het instellen van de pauliaanse vordering vereiste benadeling van de schuldeiser bestaat in het veroorzaken of het verergeren van de feitelijke insolventie van de schuldenaar, o.m. door het onttrekken van een goed aan de concrete vervolgingsmogelijkheden van de schuldeiser, zelfs indien als dusdanig geen vermindering ontstaat van het vermogen van de schuldenaar; aldus de verkoop van een onroerend goed door de schuldenaar, dat wordt vervangen door een geldsom die gemakkelijker kan worden onttrokken aan mogelijke uitvoeringsmaatregelen van de schuldeiser, deze laatste benadeelt; de pauliaanse vordering precies daarom, indien zij – zoals te dezen – ontvankelijk en gegrond wordt verklaard, tot gevolg heeft dat de schuldeiser zijn schuldvordering in haar geheel ten uitvoer kan leggen op het betrokken goed, alsof de hem niet tegenwerpbare rechtshandeling nooit tot stand was gekomen, zonder dat deze mogelijkheid kan worden beperkt tot het bedrag van de mogelijke maar niet noodzakelijke onderwaardering van het goed, ter gelegenheid van de bedrieglijke verkoop ervan door de schuldenaar, zodat de rechtbank van koophandel, na de collusie tussen D. en V. te hebben vastgesteld bij het sluiten van de bewuste verkoop tegen een ondergewaardeerde prijs, zonder dat er sprake was van enige uitwinning door de hypothecaire schuldeisers, en diens gevolg deze verkoop aan eiser niet tegenwerpbaar te hebben verklaard, niet wettig de uitoefening door eiser van zijn rechten op bedoeld onroerend goed beperkt tot het verkrijgen van betaling van een hoofdsom van 385.000 frank, zijnde de geschatte onderwaardering van voormelde verkoopprijs (schending van artikel 1167 van het Burgerlijk Wetboek):

Overwegende dat een schuldeiser, luidens artikel 1167 van het Burgerlijk Wetboek, in eigen naam kan opkomen tegen handelingen die zijn schuldenaar heeft verricht met bedrieglijke benadeling van zijn rechten;

Dat een, ter zake van de verkoop van een onroerend goed door zijn schuldenaar, geslaagde pauliaanse vordering tot gevolg heeft dat die verkoop aan de agerende schuldeiser niet tegenwerpbaar is en de schuldeiser de koopovereenkomst als niet bestaande kan beschouwen en tot executie van het verkochte goed kan overgaan;

Dat evenwel de pauliaanse vordering voor de agerende schuldeiser geen bron van winst kan zijn, waardoor zijn positie voordeliger wordt dan indien de aangevochten handeling door de schuldenaar niet was verricht; dat met name wanneer het onroerend goed ten tijde van de vervreemding bezwaard was met hypotheek, een niet preferente schuldeiser bij de uitvoering slechts aanspraak kan maken op het

verschil tussen de opbrengst van de gedwongen verkoop en het bedrag van die hypothecaire schuldvorderingen;

Overwegende dat het bestreden vonnis, na te hebben aangenomen dat er «collusie» was tussen de verkoper V. en de koper D., beslist dat de verkoop aan eiser niet kan worden tegengeworpen maar oordeelt dat eiser zijn rechten slechts kan uitoefenen op het onroerend goed om betaling te verkrijgen van 385.000 fr., vermeerderd met de wettelijke interest; dat het die beperking hierop laat berusten: «Bij een verantwoorde verkoop was er ongetwijfeld – na aanzuivering aan de hypothecaire schuldvorderingen – een saldo in het voordeel van (eiser). Het bewezen nadeel voor (eiser) begroot de rechtbank op 385.000 frank»;

Dat het vonnis, dat de uitvoeringsmogelijkheid van eiser op het goed in kwestie op voormelde wijze beperkt, artikel 1167 van het Burgerlijk Wetboek schendt;

Dat het middel gegrond is;

...

NOOT – De vergoedende functie van de *actio pauliana*

1. Door middel van de *pauliaanse* vordering (art. 1167 B.W.) kan een schuldeiser opkomen tegen de rechtshandelingen die door zijn debiteur zijn verricht met bedrieglijke miskenning van zijn verhaalsrechten. De schuldeiser die met succes deze vordering heeft ingesteld, kan de bestreden rechtshandeling als niet bestaande beschouwen. De rechtshandeling blijft echter verder bestaan: de sanctie is dus niet de nietigheid, enkel de niet-tegenwerpbaarheid. Betreft het bijvoorbeeld een verkoop, dan is die overeenkomst de schuldeiser niet tegenwerpbaar en kan hij die goederen verder uitwinnen als maakten zij nog onverminderd deel uit van het vermogen van zijn debiteur. De schuldeiser zal aldus tot executie van de verkochte goederen kunnen overgaan.

Volledigheidshalve zij aangestipt dat de schuldeiser niet noodzakelijk vooraf de *pauliaanse* vordering moet hebben ingesteld. Het is ook mogelijk dat hij meteen tot executie overgaat op deze goederen en de *pauliaanse* vordering eerst als tegeneis formuleert in het raam van het executiegeschil dat ontstaat wanneer de derde in verzet komt tegen het uitvoerend beslag (Demogue, *Traité*, VII, 474, nr. 1090; Asser-Rutten, *Verbintenissenrecht*, II, 1982, 315). Algemeen wordt aangenomen dat de schuldeiser over een uitvoerbare titel moet beschikken op zijn debiteur (De Page, *Traité*, III, nr. 229; Vandeputte, R., *De overeenkomst*, 632). Vooraf kan de schuldeiser wel maatregelen treffen om de doeltreffendheid van zijn vordering veilig te stellen. Zo kan hij bijvoorbeeld ex art. 1167 B.W. bewarend beslag leggen op de vervreemde goederen.

2. De *actio pauliana* wordt door rechtsleer en rechtspraak veelal vastgeknoopt aan het leerstuk der onrechtmatige daad (De Page, *Traité*, III, nr. 208). De derde die willens en wetens meewerkt aan de bedrieglijke miskenning door de debiteur van de verhaalsrechten van diens schuldeisers, handelt onrechtmatig. De vordering moet dan vervolgens strekken tot het wegnemen van de door deze onrechtmatige daad ontstane schade.

De meest aangepaste wijze van vergoeding zal in de regel het herstel *in natura* zijn: aan de schuldeiser wordt het recht verleend zijn verhaalsrechten uit te oefenen op het vermogen van zijn debiteur zoals dit eruit zou hebben gezien ware de bestreden rechtshandeling niet verricht. Deze rechtshan-

deling kan de schuldeiser niet worden tegengeworpen. Ten belope van zijn schade mag de schuldeiser tot beslag overgaan. De derde kan de *actio* echter steeds afwenden door de schade te vergoeden.

In die gevallen waarin een herstel *in natura* niet mogelijk is of wanneer deze vorm van herstel gelet op het belang der partijen tot ongewenste gevolgen zou leiden, wordt de tegenwaarde van de schade vergoed. Aan de schuldeiser wordt dan ten belope van het bedrag van zijn schade een vordering tot schadevergoeding toegekend ten laste van de derde.

3. De vordering heeft een *relatief* karakter: de niet-tegenwerpbaarheid strekt alleen ten gunste van de schuldeisers die de vordering met succes hebben ingesteld. Alleen deze categorie van schuldeisers kan het betrokken vermogensbestanddeel verder uitwinnen. Het vermogensbestanddeel keert echter niet terug in het vermogen van de debiteur. Gelet op de relatieve werking van de niet-tegenwerpbaarheid is dit goed hun exclusief verhaalsobject, zodat zij hierop geen samenloop hoeven te vrezen met andere schuldeisers van de debiteur. De schuldeisers komen evenmin in samenloop met andere schuldeisers van de derde. Door de niet-tegenwerpbaarheid van de overeenkomst wordt, ten opzichte van hen, het goed geacht nimmer tot het vermogen van de derde te hebben behoord zodat samenloop op dat vermogen is uitgesloten.

Deze preferentie wordt – consequent – ook verleend aan de schuldeiser die slechts beschikt over een vordering tot schadevergoeding ten laste van de derde. Het provenu van deze vordering komt de eiser exclusief toe zonder dat hierop samenloop kan ontstaan met andere schuldeisers van de debiteur. De schuldeiser zal bij de uitoefening van die vordering evenmin samenloop moeten ondergaan met de overige schuldeisers van de derde (De Page, *Traité*, III, nr. 246; *Encycl. Dalloz*, tw. «Action paulienne», nr. 95; *anders*: Planiol en Ripert, *Traité*, VII, nr. 961; Weill, A. en Terré, J., *Les obligations*, Parijs, 1986, 891, nr. 882).

4. De *actio pauliana* ligt dus stevig verankerd in het leerstuk der onrechtmatige daad. De vordering heeft derhalve bij uitstek een *indemnitaire* functie. Zij mag er slechts toe strekken de geleden schade, nl. de krenking van de verhaalsrechten als schuldeiser, te vergoeden. Het is slechts ten belope van die schade, dat aan de schuldeiser wordt toegestaan tot executie over te gaan, c.q. dat hem een vergoeding wordt toegekend.

De schade valt niet steeds samen met het bedrag van de schuldvordering dat niet op de debiteur kon worden verhaald. In het geannoteerde arrest wordt het Hof van Cassatie volop geconfronteerd met de problematiek van die schadebegroting. In het gegeven geval had de debiteur een onroerend goed verkocht aan een derde tegen een veel te lage prijs. Een chirografaire schuldeiser (eiser in cassatie) komt tegen deze transactie in het geweer. De onderwaarding wordt geraamd op 385.000 fr. Verder rustte op het goed ook nog een hypotheek ten voordele van een andere schuldeiser. Gelet op de collusie tussen de debiteur en de derde-verkrijger willigt de Rechtbank van Koophandel te Brugge de *actio pauliana* in. Wat de begroting van de schade betreft, stelt de rechtbank vast dat de verkoopwaarde van het goed door die hypothecaire schuldvordering niet geheel werd uitgeput. De bedrieglijke verkoop heeft de schuldeiser dus schade berokkend. Deze schade wordt door de rechtbank begroot op 385.000 fr., nl. het bedrag van de onder-

waardering. De schuldeiser verzet zich in cassatie tegen de beperking van de actio pauliana tot dit bedrag.

Deze casus doet de volgende twee vragen rijzen : 1) in welke mate moet bij de begroting van de schade rekening worden gehouden met de mogelijke aanspraken van andere schuldeisers, en 2) speelt bij die begroting ook de omvang van het bedrag een rol; m.a.w. mag de vergoedbare schade nooit verder reiken dan het bedrag van de fraude, i.c. de onderwaardering van de verkoopprijs?

5. Wat de eerste vraag betreft, formuleert het Hof van Cassatie de regel dat de actio pauliana de schuldeiser die haar heeft ingesteld, geen winst mag opleveren. Indien, zoals in het gegeven geval, het goed reeds bezwaard was met een hypotheek ten gunste van een andere schuldeiser, dan zal de chirografaire schuldeiser ex art. 1167 B.W. slechts aanspraak kunnen maken op het verschil tussen de verkoopwaarde en het bedrag van de hypothecaire schuldvordering.

Zoals steeds wordt het bedrag van de schade vastgesteld door de vergelijking van de huidige bestaande toestand en de hypothetische toestand die er geweest zou zijn ware de onrechtmatige daad niet verricht. Indien aldus zou blijken dat de waarde van het goed door het bedrag van hypothecaire schuldvorderingen wordt overtroffen, dan is er geen schade (bv. Rb. Hasselt, 24 juni 1975, *Limb.Rechtsl.*, 1976, 28).

Moet men bij de bepaling van de schade ook rekening houden met de aanwezigheid van andere chirografaire schuldeisers? Bij zo'n (hypothetische) samenloop zou de eiser gelet op de *paritas*-regel immers slechts aanspraak kunnen maken op een fractie van zijn schuldvordering. Het antwoord hierop luidt ontkennend. Er dient slechts rekening te worden gehouden met de vordering van schuldeisers die op het goed zakelijke zekerheidsrechten kunnen doen gelden. Aan de samenloop met deze schuldeisers valt nu eenmaal niet te ontkomen. De samenloop met andere chirografaire schuldeisers die – bij hypothese – hun aanspraken niet hebben doen gelden, blijft daarentegen louter hypothetisch. Er anders over oordelen zou bovendien afbreuk doen aan de relatieve werking van de actio pauliana (Demogue, *Traité*, VII, 492, nr. 1107).

6. De tweede vraag luidt of de omvang van de schade mede gedetermineerd wordt door de omvang van het bedrag. Kan, zoals in het bestreden vonnis werd beslist, de eiser ten hoogste aanspraak maken op het bedrag van de onderwaardering. Deze vraag wordt door het Hof van Cassatie terecht ontkennend beantwoord. Indien de transactie behept is met pauliaans bedrag, dan kan zij aan de schuldeiser in het geheel niet tegengeworpen worden. De omvang van de executierechten (c.q. de vordering tot schadevergoeding) wordt uitsluitend bepaald door de schade, d.i. het verlies van de verhaalsrechten. De omvang van de schade is een omstandigheid die hieraan geheel vreemd blijft. Het is overigens zo dat de schade niet noodzakelijk hoeft te bestaan in een vermindering van het theoretisch vermogen van de debiteur; voldoende is dat de concrete verhaalsmogelijkheden van de schuldeisers worden bemoeilijkt. In het gegeven geval werden die verhaalsrechten wel degelijk gekrenkt: de schuldeisers kunnen immers gemakkelijker beslag leggen op het onroerend goed dan op de verkoopprijs die moeilijk te traceren valt (zie hierover De Page, *Traité*, III, nr. 133; Van-deputte, R., *De overeenkomst*, 360; bv. Gent, 14 juli 1952, *R.W.*, 1952-53, 1191; Rb. Brugge, 10 november 1986, *T.Not.*,

1987, 13; voor Frankrijk: Cass.fr., 18 februari 1971, *D.*, 1972, 53, met noot Agostini; voor Nederland: Ankum, J., *De pauliana buiten faillissement*, Zwolle, 1962, 118 e.v.; H.R., 3 oktober 1980, *N.J.*, 1980, 643, met conclusie adv.-gen. Franx en met noot G.J.S.: van benadeling is ook sprake wanneer de mogelijkheden van de schuldeisers tot verhaal op het vermogen van de debiteur door de transactie zijn bemoeilijkt).

Men zou hiertegen kunnen opperen dat de derde door de betaling van de prijs het vermogen van de debiteur toch heeft doen toenemen en zodoende de schuldeisers heeft verrijkt. Door een gedeelte van de oudere rechtsleer werd zo'n vordering uit ongegronde verrijking ten laste van de schuldeiser erkend (Laurent, *Principes*, XVI, 572-573, nr. 493; Demolombe, *Cours*, XXV, nr. 256; Beltjens, *Code civil*, III, art. 1167, nr. 46). Deze opvatting werd terecht bestreden (Demogue, *Traité*, VII, 488, nr. 1105; Larombière, *Obligations*, I, art. 1167, nr. 58). De betaling van de prijs levert geen persoonlijke verrijking op voor de schuldeiser die de actio heeft ingesteld. Bovendien is de «verarming» van de derde niet zonder oorzaak; zij vindt nl. haar grondslag in de eigen onrechtmatige handelwijze. De derde die aldus wordt uitgewonnen, kan alleen maar verhaal zoeken op zijn wederpartij.

Een mogelijke correctie moet weerom gezocht worden in het aansprakelijkheidsrecht, nl. in de leer van de voordeels-toerekening. Indien blijkt dat de betaling van de prijs door de derde aan bepaalde schuldeisers op aantoonbare wijze ten goede is gekomen (bijvoorbeeld omdat hierop door hen tijdig beslag kon worden gelegd) dan moet die betaling geacht worden ook aan al de anderen ten goede te zijn gekomen (bv. door de vermindering van de aanspraken op de debiteur) en moet dit voordeel op de schade worden toegerekend (in die zin: Baudry-Lacantinerie en Barde, *Traité*, XII, 743, nr. 720 e.v.; Aubry en Rau, *Cours*, IV (5e uitgave), 235, § 313; *Juris Cl.civ.*, art. 1167, nr. 134).

Eric Dirix

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER – 25 MEI 1992

Voorzitter: de h. Marchal

Rapporteur: de h. Verheyden

Openbaar ministerie: de h. Leclercq

Advocaten: mrs. Kirkpatrick en Gérard

Internationaal privaatrecht – Huwelijk – Persoonlijke zekerheden door een der echtgenoten gesteld – Toepasselijke wet

Het stelsel van bescherming dat voortvloeit uit een bepaling als die van art. 224, § 1, vierde lid, B.W., moet worden beschouwd als een regeling betreffende de staat van de personen en is derhalve, in beginsel, aan de wet van de Staat van de gemeenschappelijke nationaliteit van de echtgenoten onderworpen.

Ingeval de echtgenoten een verschillende nationaliteit hebben op het moment dat het geschil ontstaat, dient in de regel de wet van de eerste echtelijke verblijfplaats te worden toegepast.

N.V. Banque S. t/ I. e.a.

Gelet op het bestreden arrest, op 20 juni 1989 door het Hof van Beroep te Bergen gewezen;

Gelet op de beschikking van de eerste voorzitter van 27 december 1991 waarbij de zaak naar de derde kamer wordt verwezen;

Over het middel: schending van de artikelen 97 van de Grondwet, 3, inzonderheid het eerste en het derde lid, 224, § 1, vierde lid, van het Burgerlijk Wetboek en, voor zoveel nodig, schending van de artikelen 6, 212, 1131, 1133, 1134, 1387, 1388 en 1389 van het Burgerlijk Wetboek en miskenning van het algemeen rechtsbeginsel, waarvan artikel 3, derde lid, van het Burgerlijk Wetboek een toepassing is, volgens hetwelk de persoonsrechtelijke gevolgen van het huwelijk, enerzijds, en het huwelijksvermogensstelsel, bij gebreke van een huwelijkscontract, anderzijds, vallen onder het persoonlijk statuut en dus, in de regel, aan de gemeenschappelijke nationale wet van de echtgenoten onderworpen zijn,

doordat het arrest «het beroepen vonnis bevestigt met de wijziging dat voor recht wordt verklaard dat artikel 224, § 1, (vierde lid), van het Burgerlijk Wetboek, als een wet van politie, de wettelijke grondslag is van de vordering tot nietigverklaring van de litigieuze borgstellingen die onder nummer 60.849 van de algemene rol van de rechtbank is ingesteld, ongeacht de nationaliteit van de betrokken partijen», op grond «dat, door de invoering van artikel 224, § 1, vierde lid, van het Burgerlijk Wetboek, de wetgever, die zich bewust was van ernst van de verplichtingen van de borg, heeft willen zorgen zowel voor de bescherming van de privé-belangen van de gezinnen als voor de bescherming van de gemeenschap, die er belang bij heeft dat er samenhang en stabiliteit bestaat bij alle gezinnen waaruit ze is samengesteld, of ze nu als Belg dan wel als vreemdeling op het grondgebied van het koninkrijk zijn gevestigd»,

terwijl, eerste onderdeel, (...)

Wat het eerste onderdeel betreft:

Overwegende dat uit artikel 3, derde lid, van het Burgerlijk Wetboek volgt dat de Belgische wetten betreffende de staat en de bekwaamheid van de personen toepasselijk zijn op de Belgen, ook wanneer zij in het buitenland verblijven, en dat, in beginsel, op de buitenlanders in België, wat de staat en de bekwaamheid van de personen betreft, hun nationale wet van toepassing is;

Overwegende dat het stelsel van bescherming dat voortvloeit uit een bepaling als die van artikel 224, § 1, vierde lid, van het Burgerlijk Wetboek, zo nauw met het huwelijk en met de gevolgen ervan verbonden is dat het moet worden beschouwd als een regeling betreffende de staat van de personen en derhalve, in beginsel, aan de wet van de Staat van de gemeenschappelijke nationaliteit van de echtgenoten is onderworpen; dat, ingeval de echtgenoten een verschillende nationaliteit hebben op het moment dat het geschil ontstaat, in de regel de wet van de eerste echtelijke verblijfplaats dient te worden toegepast;

Overwegende dat het arrest, door te beslissen dat artikel 224, § 1, vierde lid, van het Burgerlijk Wetboek een wet van politie is met de gevolgen die het eruit afleidt, die bepaling alsmede artikel 3, eerste en derde lid, van hetzelfde wetboek schendt;

...

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

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER — 1 JUNI 1992

Voorzitter: de h. Rauws

Rapporteur: mevr. Baeté-Swinen

Openbaar ministerie: de h. Lenaerts, procureur-generaal

Advocaat: mr. Bützler

Arbeidsovereenkomst — Schorsing — Ziekte of ongeval — Gewaarborgd loon — Arbeidsongeschiktheid — Bewijs — Huisarts — Controlerend arts — Strijdige medische verklaringen — Bewijswaarde

Indien, ter zake van de arbeidsongeschiktheid van de werknemer, de bewijswaarde van de tegenstrijdige medische verklaringen van de huisarts en van de controlerende arts van de werkgever door hem niet wordt verworpen, kan de rechter de werkgever niet tot betaling van gewaarborgd loon veroordelen op grond van een nieuwe verklaring van de huisarts waarin deze, na het onderzoek van de controlearts, zijn eerste verklaring louter bevestigt.

B.V.B.A. J. t/ R.

Gelet op het bestreden arrest, op 20 februari 1991 door het Arbeidshof te Gent gewezen;

Over het middel: schending van de artikelen 1315 en 1320 van het Burgerlijk Wetboek, 870 van het Gerechtelijk Wetboek, 31, § 1 en § 2, en 70 van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten en 97 van de Grondwet,

doordat het arbeidshof in de bestreden beslissing, na te hebben vastgesteld dat eiseres op 19 december 1988 een daags voordien opgestelde verklaring ontving waarbij verweersters behandelende geneesheer stelde dat zijn patiënte arbeidsongeschikt was van 18 tot 31 december 1988, dat de door eiseres aangestelde controlerende geneesheer op 19 december 1988 attesteerde dat verweerster vanaf die datum niet arbeidsongeschikt was en dat verweerster niettemin het werk niet hervatte en op 20 december 1988 een getuigschrift van dezelfde datum afleverde waarin bevestigd werd dat zij vanaf 18 tot 31 december 1988 arbeidsongeschikt was, overweegt: «dat (verweerster), die aanspraak maakt op het gewaarborgd loon wegens arbeidsongeschiktheid ten gevolge van ziekte, haar ongeschiktheid (dient) te bewijzen; dat het oordeel van de behandelende arts, uiteengezet in de verklaring van 18 december 1988, wat de duur der ongeschiktheid betreft, wordt tegengesproken door het attest van 19 december 1988 van de controlerende arts, die de arbeidsongeschiktheid ontkent vanaf 19 december 1988; dat deze beide geneeskundige verklaringen dezelfde waarde (hebben), zodat de arbeidsongeschiktheid op 19 december 1988 niet bewezen is; dat, nu de controlerende arts de behandelende arts niet tegensprekt wat de arbeidsongeschiktheid op 18 december 1988 aangaat, en de behandelende arts op 20 december 1988, na (verweerster) opnieuw onderzocht te hebben, haar arbeidsongeschiktheid bevestigt, (verweerster)

haar arbeidsongeschiktheid vanaf 20 december 1988 bewezen heeft», op de volgende gronden: «Uit niets blijkt en het wordt ook niet beweerd, dat in een toepasselijke collectieve arbeidsovereenkomst, in de arbeidsovereenkomst of in het arbeidsreglement enige bepaling voorkomt betreffende de procedure die gevolgd moet worden om een geschil omtrent het al dan niet bestaan van de arbeidsongeschiktheid te beslechten. Bij gebreke van enige tegenstrijdige bepaling bewijst (eiseres) haar arbeidsongeschiktheid door het attest van 20 december 1988 vanaf die dag, daar het attest van 19 december 1988 van de controlerende arts de vaststellingen, gedaan na die datum en na een nieuw onderzoek door de behandelende arts, niet kan teniet doen» en besluit: «(eiseres) heeft derhalve aanspraak op het loon voor de periode van 20 december 1988 tot 31 december 1988»,
terwijl (...)

Overwegende dat de werknemer die aanspraak maakt op gewaarborgd loon voor de periode van schorsing van de arbeidsovereenkomst wegens arbeidsongeschiktheid, het bewijs van zijn ongeschiktheid moet leveren;

Dat, wanneer de rechter de bewijswaarde van de geneeskundige verklaringen niet verwerpt, het bewijs van de arbeidsongeschiktheid niet is geleverd als de behandelende arts de werknemer arbeidsongeschikt verklaart en de door de werkgever aangewezen arts die verklaring tegensprekt;

Dat een nieuwe verklaring van de behandelende arts, waarbij deze na het onderzoek door de arts van de werkgever zijn eerste verklaring louter bevestigt, daaraan niets afdoet;

Overwegende dat het arbeidshof vaststelt: dat de behandelende arts verweerster arbeidsongeschikt verklaart van 18 tot 31 december 1988; dat de door eiseres aangewezen arts oordeelt dat verweerster vanaf 19 december 1988 niet arbeidsongeschikt is; dat de behandelende arts «op 20 december 1988, na (verweerster) opnieuw onderzocht te hebben, haar arbeidsongeschiktheid bevestigt»;

Dat het arbeidshof de veroordeling van eiseres tot betaling van gewaarborgd loon aan verweerster op grond van die vaststellingen niet naar recht verantwoordt;

...

NOOT—Uit het geannoteerde arrest blijkt dat uit de overwegingen van Cass., 5 januari 1981, *A.C.*, 1980-81, 476, *J.T.T.*, 1981, 228, niet volgt dat de feitenrechter niet bevoegd is om overeenkomstig het gemene bewijsrecht de bewijswaarde van de overgelegde medische getuigschriften te beoordelen.

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

3e KAMER — 25 MAART 1992

Voorzitter: mevr. Spinoy

Raadsheren: de h. Vertessen en Snelders

Advocaten: mrs. Verstraete en Bleyenbergh

Inkomstenbelastingen — Huwelijksvermogensrecht — Belastingenschulden — Feitelijke scheiding — Recht van verdediging

Wanneer beide echtgenoten feitelijk gescheiden leefden en de aanslagbiljetten enkel aan één der echtgenoten werden verstuurd, wordt het recht van verdediging geschonden aangezien de andere echtgenoot zich niet op rechtmatige wijze kon verweren tegen de aanspraken van de administratie.

H. t/ Belgische Staat

Overwegende dat het hoger beroep ertoe strekt, door wijziging van de bestreden beschikking, het verzet gedaan bij gerechtsdeurwaardersakte van 14 oktober 1987 toelaatbaar en gegrond te horen verklaren en dientenvolge te horen zeggen voor recht dat het dwangbevel van 25 september 1987 nietig is en geen enkel effect kan hebben, subsidiair geïntimeerde te horen veroordelen tot betaling van een schadevergoeding van 2.500.000 frank;

dat geïntimeerde concludeert tot de ongegrondheid van het hoger beroep en bij incidenteel beroep ingesteld bij conclusie neergelegd op 29 januari 1992 het Hof verzoekt de bestreden beschikking teniet te doen, de zaak aan zich te trekken en na advies van het openbaar ministerie de vordering van appellante als ongegrond af te wijzen;

Overwegende dat ingevolge artikel 764, eerste lid, 10°, Ger.W. de vorderingen inzake belastingen meegedeeld moeten worden aan het openbaar ministerie en die mededeling voorgeschreven is op straffe van nietigheid;

dat, daar het te dezen gaat om een verzet tegen een dwangbevel tot invordering van gevestigde belastingaanslagen, de vordering valt onder het vermelde artikel;

dat de bestreden beschikking noch het advies noch de naam van het openbaar ministerie vermeldt en uit geen enkel stuk blijkt dat het openbaar ministerie advies verleende;

dat aldus de bestreden beschikking aangetast is door absolute nietigheid;

dat derhalve het incidenteel beroep van geïntimeerde op dat stuk gegrond is;

dat het Hof de zaak aan zich trekt;

Overwegende dat de beslagrechter en thans het Hof de regelmatigheid en de rechtmatigheid van de middelen van tenuitvoerlegging dient na te gaan;

Overwegende dat door geïntimeerde op 25 september 1987 aan appellante een dwangbevel werd betekend m.b.t. achterstallige belastingen voor de aanslagjaren 1980, 1981 en 1982; dat de betreffende aanslagen gevestigd waren op naam van René Van H. en René Van H.-H.;

dat ingevolge de sedert 15 juni 1981 voltrokken echtscheiding tussen H. en Van H. door geïntimeerde niet meer aangedrongen wordt m.b.t. de verschuldigde belastingen van het aanslagjaar 1982 aangezien deze aanslag uitsluitend op naam van Van H. vastgesteld was en betrekking had op een belastbaar tijdperk dat is ontstaan na voltrekking van de echtscheiding;

dat de twee andere aanslagen ingekohierd met toepassing van de artikelen 73 en 74 (oud) en 73 (nieuw) W.I.B. op naam van Van H. alleen (artikel 241.073) of van Van H. en H. samen (artikel 370.4448) verstuurd werden naar Van H. op diens adres;

dat echter sedert minstens 1974 Van H. en H. feitelijk gescheiden leefden en toepassing van artikel 75, § 1, 2°, W.I.B. had dienen te worden gemaakt; dat evenwel zulks geen afbreuk doet aan de invorderingsmogelijkheden van de ontvanger op grond van de artikelen 294 (oud) en 295 (nieuw)

W.I.B. en de artikelen 1414, 1439 en 1440 B.W., althans in zoverre de aanslagen, zoals te dezen, betrekking hebben op inkomsten van tijdens het huwelijk;

dat derhalve het dwangbevel overeenkomstig de wettelijke bepalingen werd betekend;

Overwegende evenwel dat met haar handelwijze geïntimeerde de wet heeft toegepast met miskenning van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur (inbreuken op het zorgvuldigheids- en «fair play»-beginsel) en van het algemeen recht van verdediging van appellante;

dat, terwijl appellante krachtens de artikelen 267 en 272 W.I.B. het recht had om binnen zes maanden na de betekening van het dwangbevel een bezwaarschrift in te dienen, dat recht te dezen louter theoretisch was;

dat immers om geldig te zijn een bezwaarschrift met redenen omkleed moet zijn en bijgevolg precieze grieven tegen de aanslagen dienen te worden aangevoerd;

dat te dezen wordt vastgesteld dat:

– de aanslagen nooit aan appellante werden verzonden en zij hiervan eerst kennis kreeg bij de brief van 1 juli 1987 vanwege de ontvanger te S. en officieel pas met de betekening van het dwangbevel op 25 september 1987;

– het gaat om aanslagen gevestigd ingevolge inkomsten in 1979-1980 van Van H., van wie appellante op dat ogenblik reeds minstens sedert 1974 feitelijk gescheiden leefde en sedert 1981 uit de echt gescheiden;

dat daaruit terecht moet worden afgeleid dat appellante geen informatie meer ter beschikking had om een geldig gemotiveerd bezwaarschrift in te dienen rekening houdende met het feit dat hierbij de bewijslast volledig bij haar lag;

dat bovendien vastgesteld wordt dat er op 14 februari en 17 mei 1983 pogingen tot uitvoering geweest zijn tegen Van H. die op 7 november 1983 afgeschreven werd op zijn adres te S. en er sedertdien dus gedurende vier jaar werd stilgezeten door de ontvanger;

dat door die handelwijze appellante jaren in het ongewisse gelaten werd omtrent een mogelijke aanslag zodat zij zich door dat tijdsverloop gekrenkt zag in haar mogelijke verweermiddelen en het haar onmogelijk gemaakt werd om voor haar belangen op te komen;

Overwegende, voor zover nodig, dat appellante zich ten onrechte beroept op artikel 6 E.V.R.M. nu dit niet van toepassing is op de rechten en verplichtingen die hun oorsprong vinden in het belastingsrecht;

Om die redenen,

...

Verklaart het verzet van appellante gedaan bij gerechtsdeurwaardersakte van 14 oktober 1987 ontvankelijk en gegrond; zegt voor recht dat het dwangbevel van 25 september 1987 niet als middel van verdere tenuitvoerlegging mag gelden;

...

NOOT – Het verhaalsrecht van de fiscus bij feitelijke scheiding

1. Op grond van art. 294, eerste lid, W.I.B. kan de belasting die ingekohierd is op naam van meerdere personen, zoals bv. echtgenoten, slechts ingevorderd worden ten laste van ieder van hen voor het gedeelte dat betrekking heeft op hun eigen inkomsten. De belastingschuld die op naam van beide echtgenoten is ingekohierd, is dan ook principieel een

gezamenlijke schuld die onder echtgenoten wordt verdeeld naar evenredigheid van hun belastbare inkomsten (*Com. I.B.*, 294/2; Bolus, C., «De gehuwde vrouw: een volwaardige belastingplichtige», *Bull.Bel.*, 1983, 250; De Page, H., «Les dettes d'impôts et les régimes matrimoniaux», in *Quinze années d'application de la réforme des régimes matrimoniaux. Collection Patrimoine*, XV, Brussel, 1991, 180). Met betrekking tot de verhaalbaarheid van de inkomstenbelasting bepaalt art. 294, tweede lid, W.I.B. dat het kohier uitvoerbaar is tegen ieder der echtgenoten in de mate waarin de aanslag te hunnen laste kan worden ingevorderd op grond van het gemene recht, nl. het huwelijksvermogensrecht, of op grond van het fiscaal recht, nl. art. 295 W.I.B.

Krachtens art. 295, § 1, eerste lid, W.I.B., kan het gedeelte van de belasting in verband met de onderscheiden inkomsten van beide echtgenoten, alsook de voorheffing ingekohierd op naam van één van hen, *ongeacht het huwelijksvermogensstelsel*, worden vervolgd op alle eigen en gemeenschappelijke goederen van beide echtgenoten. Behoudens uitzonderingen, geformuleerd in art. 295, § 1, tweede lid, W.I.B., voor de roerende voorheffing en de bedrijfsvoorheffing ingekohierd op naam van één enkele echtgenoot, is de inkomstenbelasting bij echtgenoten gehuwd onder het wettelijk stelsel dan ook verhaalbaar op de drie vermogens (De Roeck, A., «Over de verhouding tussen het huwelijksvermogensrecht en het fiscaal recht inzake de verhaalbaarheid van inkomstenbelastingen en B.T.W. ten aanzien van echtgenoten», *R.W.*, 1989-90, 241; Jacquet, B., «Recouvrement de l'impôt et séparation de fait», noot onder *Beslagr.* Brussel, 23 juni 1988, *Ann.Fac.Dr.Liège*, 1989, 429).

Ook bij echtgenoten gehuwd met scheiding van goederen zijn de belastingschulden in de regel verhaalbaar op alle goederen, met name de beide eigen vermogens en de onverdeelde goederen (art. 295, eerste lid, W.I.B.). Art. 295, § 1, tweede lid, W.I.B. formuleert hierop evenwel een belangrijke uitzondering: de belastingschuld die betrekking heeft op de eigen inkomsten van een echtgenoot mag niet vervolgd worden op de eigen goederen van de andere echtgenoot, zo deze laatst de eigen aard van de goederen kan bewijzen. Om zijn eigen goederen te onttrekken aan het verhaalsrecht van de fiscus moet die echtgenoot aantonen dat die goederen conform de specifieke bewijsvoorwaarden van art. 295, § 1, tweede lid, W.I.B. van «onverdachte» oorsprong zijn. Indien dit bewijs wordt geleverd, kan de ontvanger de zogenaamd onverdachte eigen goederen van die echtgenoot niet aanspreken (*Com. I.B.*, 295/24; Jacquet, B., *o.c.*, *Ann.Fac.-Dr.Liège*, 1989, 433). Slaagt de met scheiding van goederen gehuwde echtgenoot niet in dat bewijs, dan wordt het goed geacht in onverdeeldheid aan beide echtgenoten toe te behoren. De echtgenoot zal overigens slechts zijn onverdeeld aandeel aan de aanspraken van de fiscus kunnen onttrekken voor zover hij daarenboven het bewijs levert dat het aandeel door hem op onverdachte wijze werd verworven (*Com. I.B.*, 295/27).

2. In geval van feitelijke scheiding worden de inkomsten van echtgenoten op grond van art. 75, § 1, 2°, W.I.B. afzonderlijk belast en op hun naam ingekohierd vanaf het jaar dat volgt op het jaar van de feitelijke scheiding. Wat betreft het jaar waarin de feitelijke scheiding plaatsvond, geldt de algemene regel van art. 73 W.I.B., namelijk de belastbare inkomsten van de echtgenoten worden samengevoegd en op beider naam ingekohierd. Of de afzonderlijke inkohiering in

geval van feitelijke scheiding ook invloed heeft op de verhaalsanspraken van de fiscus wordt hierna onderzocht.

3. Omtrent het toepassingsgebied van artt. 295 W.I.B. bestaat een belangrijke controverse. De Administratie, alsmede een deel van de rechtspraak en de rechtsleer, zijn van oordeel dat art. 295 W.I.B. ook van toepassing is bij feitelijke scheiding (*Com. I.B.*, 295/6-7; De Page, H., «Les dettes d'impôts et les régimes matrimoniaux», *l.c.*, 188; De Roeck, A., *o.c.*, *R.W.*, 1989-90, 241). De afzonderlijke inkohiering bij feitelijke scheiding doet volgens deze opvatting geen afbreuk aan de verhaalsmogelijkheden van de fiscus. Art. 295 W.I.B. spreekt immers van «echtgenoten», zonder dat een onderscheid wordt gemaakt tussen samenwonende of feitelijk gescheiden echtparen. Zolang het huwelijk niet ontbonden is, beschikt de fiscus dan ook over de bijzondere verhaalsmogelijkheden van art. 295 W.I.B.

Een aantal auteurs kunnen evenwel niet instemmen met die interpretatie. Naar hun opvatting dienen de artikelen 294 en 295 W.I.B. in onderlinge samenhang gelezen te worden. In beide wetsbepalingen is er namelijk sprake van «het gedeelte van de belasting dat verband houdt met de onderscheiden inkomsten van beide echtgenoten». Welnu, het gebruik van een gelijklopende terminologie in beide artikelen zou erop wijzen dat art. 295 W.I.B. slechts van toepassing zou zijn voor zover de inkohiering is gebeurd op naam van beide echtgenoten (Bours, J.P., «Les conséquences fiscales du divorce», *Rev. Gén. Fisc.*, 1992, 116-117; Bours, J.P. en Pirotte, N., «Le titre exécutoire en droit fiscal», in *De executie ter discussie*, 46; Van Fraeyenhoven, G., «Des dangers de la séparation de fait en matière de recouvrement de l'impôt des personnes physiques», in *Liber Amicorum E. Bouttiau et J. Demblon*, Louvain-la-Neuve, 1987, 355-357). Deze opvatting vindt ook steun in de parlementaire voorbereiding. In de memorie van toelichting luidt het als volgt: «Art. 295, § 1, W.I.B. verduidelijkt in welke mate de in art. 294 W.I.B. bedoelde belastinggedeelten ten laste van de echtgenoten kunnen ingevorderd worden,...» (*Hand. Kamer*, 1980-81, Doc. 716, nr. 1, 12 januari 1981, p. 7). Het rapport van de Commissie van Financiën bepaalt het volgende: «Art. 295 van het ontwerp voorziet, voor wat de echtgenoten betreft, in een bijzonder stelsel waarop de ontvanger der belastingen zich slechts zal kunnen beroepen, wanneer de invordering, op basis van het gemeen recht, van het gedeelte van de belasting dat aan ieder der echtgenoten toekomt overeenkomstig art. 294, het hem niet mogelijk maakte de totaliteit van de belasting te innen» (*Parl.St.*, *Kamer*, 1980-81, Doc. 716, nr. 8, 16 januari 1981, p. 56).

De niet-toepasselijkheid van art. 295 W.I.B. bij feitelijke scheiding zal er nochtans niet toe leiden dat de fiscus, bij gebrek aan uitvoerbare titel, in het geheel geen daden van invordering mag verrichten tegen de feitelijk gescheiden echtgenoot die niet in het kohier is vermeld. (Vgl. Bours, J.P. en Pirotte, N., *o.c.*, in *De executie ter discussie*, 46). Het huwelijksvermogensrecht en het statuut dat men toebedeelt aan de verschuldigde inkomstenbelasting, zal noodzakelijkerwijze bepalen of het eigen vermogen van de feitelijk gescheiden echtgenoot gevrijwaard blijft. Zijn de feitelijk gescheiden echtgenoten gehuwd onder het wettelijk stelsel, dan worden de verhaalsrechten van de fiscus, bij niet-toepasselijkheid van art. 295 W.I.B., bepaald door de artt. 1409 t.e.m. 1414 B.W. Indien men ook bij feitelijke scheiding de inkomstenbelasting kwalificeert als een volkomen gemeen-

schapsschuld, dan heeft dit tot gevolg dat de verschuldigde belasting verhaalbaar blijft op de drie vermogens. In deze hypothese brengt de niet-toepasselijkheid van art. 295 W.I.B. dan ook geen verschil mee wat betreft het verhaalsrecht van de fiscus.

Hier dient evenwel te worden opgemerkt dat er geen eensgezindheid bestaat aangaande de kwalificatie van de verschuldigde inkomstenbelasting. Volgens een gedeelte van de rechtsleer moet de belasting die verschuldigd is op het beroepssinkomen, gekwalificeerd worden als een schuld die aangegaan is in het belang van het gemeenschappelijk vermogen (Weyts, L., «Verhaalbaarheid van belastingschulden ten laste van echtgenoten i.v.m. de fiscale notificaties voor directe belastingen en B.T.W.», *T.Not.*, 1981, 355; Baeteman, G., Gerlo, J., Guldix, E. e.a., «Overzicht van Rechtspraak Huwelijksvermogensrecht 1982-88», *T.P.R.*, 1990, 262; anders: De Roeck, A., *o.c.*, *R.W.*, 1989-90, 241). De zgn. beroepsschulden zouden dan ook als onvolkomen gemeenschapsschulden overeenkomstig art. 1414, tweede lid, onder 3, B.W. slechts verhaalbaar zijn op het eigen vermogen van de beroepsactieve echtgenoot, alsmede op het gemeenschappelijk vermogen. Indien men aanvaardt dat de fiscus zich bij de feitelijke scheiding niet kan beroepen op art. 295 W.I.B., dan brengt de kwalificatie van de belasting op de bedrijfswinsten als onvolkomen gemeenschapsschuld met zich mee dat het eigen vermogen van de niet in het kohier opgenomen echtgenoot gevrijwaard blijft.

Ook voor feitelijk gescheiden echtgenoten gehuwd met scheiding van goederen is de niet-toepasselijkheid van art. 295 W.I.B. een voordeel. Op grond van het gemene recht strekt het verhaalsrecht van de fiscus zich immers slechts uit tot het eigen vermogen van de in het kohier opgenomen belastingplichtige, alsmede tot de helft van het onverdeeld vermogen. Uit het vorenstaande mag geconcludeerd worden dat de stelling volgens welke de fiscus bij feitelijke scheiding geen beroep kan doen op art. 295 W.I.B., in zekere mate de verhaalsanspraken van de fiscus beperkt.

4. De in het geannoteerde arrest door het Hof van Beroep te Antwerpen gehuldigde opvatting biedt de feitelijk gescheiden echtgenoot evenwel een efficiëntere bescherming. Ze sluit overigens volledig aan bij een reeds eerder gepubliceerd arrest (Antwerpen, 2 april 1990, *R.W.*, 1991-92, 710-711; cf. *Fiskoloog*, 1990, nr. 300, 6, en nr. 330, 1). De feiten die aanleiding gaven tot het arrest waren als volgt. De ontvanger betekent in 1987 aan een feitelijk gescheiden echtgenote een dwangbevel teneinde de door haar man verschuldigde belasting, die enkel betrekking had op aanslagjaren tijdens de periode van feitelijke scheiding, te innen. Uit het verloop van de invorderingsprocedure blijkt, aldus het hof van beroep, dat de invordering nagestreefd werd met de miskenning van het recht van verdediging. De echtgenoot beschikt immers over het recht om op grond van art. 267 W.I.B. bezwaar in te dienen. Door het verloop van de invorderingsprocedure werd het recht om een bezwaarschrift in te dienen binnen zes maanden na de betekening van het dwangbevel (cf. art. 272 W.I.B.) louter illusoir. De echtgenote was voorheen immers niet op de hoogte van de verschuldigde belastingschuld, daar de aanslagbiljetten enkel naar haar echtgenoot werden verstuurd, en zij kon verder na zoveel jaren onmogelijk nog over de nodige feitelijke gegevens beschikken om haar bezwaarschrift overeenkomstig art. 272 W.I.B. te motiveren.

De rechtspraak van het Hof van Beroep te Antwerpen bracht de administratie tot een overigens weinig substantiële toegeving. Bij circulaire werden de richtlijnen voor de invordering t.a.v. feitelijk gescheiden echtgenoten herzien, zodat de ontvanger verplicht werd, om gelijktijdig met de verzending van de laatste waarschuwing aan de in het kohier vermelde echtgenoot, een bericht te versturen dat de andere echtgenoot inlicht over het bestaan van een belastingschuld die op zijn vermogen verhaalbaar is (Cir., nr. Ci. RH. 873/414, 626, *Bull. Bel.*, 1991, nr. 701, 56 e.v.). De administratie blijft voor het overige evenwel bij haar vroegere opvatting die het recht om een bezwaar in te dienen, ontzegt aan de niet in het kohier opgenomen echtgenoot (*Com. I.B.*, 267/3 en 244/22; *Vr. en Antw.*, *Senaat*, 1991, 27 februari 1991, 152, vraag nr. 26 Erdman; cf. Lycops, J.F., «Het huwelijk en de fiscus», *Alg. Fisc. T.*, 1986, 73). Hiervoor baseert de administratie zich op de tekst van art. 267 W.I.B., waaruit wordt afgeleid dat het recht om een bezwaar in te dienen enkel toekomt aan de belastingplichtige, nl. diegene op wiens naam het kohier luidt. Bij afzonderlijke taxatie heeft de echtgenoot wiens naam niet in het uitvoerbaar verklaard kohier is opgenomen, als derde dan ook niet het recht om een bezwaar in te dienen tegen de aanslag die vastgesteld is op naam van de andere echtgenoot.

In het geannoteerde arrest poneert het Hof van Beroep daarentegen dat ook aan de niet in het kohier opgenomen echtgenoot een recht van bezwaar toekomt. Volgens Bours kan hiertoe aansluiting worden gezocht bij het arrest van het Hof van Cassatie van 2 februari 1977 (*Cass.*, 2 februari 1977, *Arr. Cass.*, 1977, 616, concl. adv.-gen. Krings), waarin werd beslist dat elk der echtgenoten belastingschuldige is en derhalve gerechtigd is om een bezwaarschrift in te dienen (Bours, J.P., o.c., *Rev. Gén. Fisc.*, 1992, 117). Dit arrest heeft evenwel slechts relevantie voor de periode vóór het aanslagjaar 1981 toen de belasting, in geval van gezamenlijke taxatie, nog ingekohierd werd op naam van het gezinshoofd alleen. De rechtsregel, die men in het vermelde arrest terugvindt, is dan ook niet aan de orde bij feitelijke scheiding omdat beide echtgenoten dan afzonderlijk getaxeerd worden.

Toch mag uit het vorenstaande niet afgeleid worden dat de oplossing die door het geannoteerde arrest gegeven wordt, onterecht zou zijn. De oplossing die hier verdedigd wordt, is gelijkluidend, de motivering evenwel verschillend. Het uitgangspunt moet ongetwijfeld zijn dat de niet in het kohier opgenomen echtgenoot over het subjectief recht beschikt om zijn vermogen, dat dient als verhaalsobject, te onttrekken aan de invordering van onwettige of onverschuldigde belastingen. Het niet-hebben van een recht op bezwaar en het enkele feit gehuwd te zijn, kan immers niet tot gevolg hebben dat het subjectief recht om zich te verweren tegen de invordering van een onwettige of onverschuldigde belasting, verloren gaat. In concreto moet de niet in het kohier opgenomen echtgenoot zich dan ook op grond van art. 107 Gw. kunnen verdedigen tegen de invordering van een naar zijn oordeel onwettige of onverschuldigde belasting (zie algemeen Van Orshoven, P., *Behoorlijke rechtsbedeling bij geschillen over directe belastingen*, Antwerpen, 1987, pp. 481-489, nrs. 365-367). Door jaren te wachten alvorens tot de invordering over te gaan, wordt het recht van verweer verleend door art. 107 Gw. meer dan illusoir. Het tijdsverloop alleen reeds zal de bewijspositie van de echtgenoot onredelijk verzwaren. Met de stelling van het hof van beroep moet dan

ook ingestemd worden: de invordering van de belasting werd nagestreefd met miskenning van het recht van verdediging.

5. De bevoegdheid van de beslagrechter om de tenuitvoerlegging van de belasting wegens schending van het recht van verdediging te verbieden, kan in casu niet in twijfel worden getrokken. Hier wordt niet betwist dat de beslagrechter niet de mogelijkheid heeft om zich uit te spreken over het verschuldigd zijn van een belastingsaanslag (Dirix, E. en Broeckx, K., «Overzicht van rechtspraak beslagrecht 1970-1990», *T.P.R.*, 1991, 91, en de verwijzingen aldaar). De beslagrechter moet verder evenwel oordelen of de tenuitvoerlegging rechtmatig en regelmatig is gebeurd en kan dan ook op grond van een schending van het recht van verdediging verdere daden van uitvoering verbieden (vgl. *Cass.*, 28 september 1990, *Arr. Cass.*, 1990-91, 101).

6. Bij wet van 28 juli 1992 houdende fiscale en financiële bepalingen werd recent in het nieuw Wetboek van de Inkomstenbelastingen een artikel 394bis ingevoegd. Krachtens deze bepaling kan de gewestelijke directeur of de door hem gedelegeerde ambtenaar, bij feitelijk scheiding, de invordering ten laste van de aangesproken echtgenoot beperken tot het bedrag dat verschuldigd zou zijn indien de andere echtgenoot al zijn rechten van bezwaar of ambtshalve ontheffing had uitgeoefend.

Het gemotiveerde verzoek van de aangesproken echtgenoot moet op straffe van verval schriftelijk worden ingediend bij de directeur der belastingen van de provincie of het gewest in wiens ambtsgebied de aanslag is gevestigd. De indiening ervan moet gebeuren binnen zes maanden na de verzending van de aanmaning tot betalen door de ontvanger. In afwachting van zijn beslissing kan de directeur der belastingen ten aanzien van de verzoeker de invordering doen uitstellen in de mate en onder de voorwaarden door hem te bepalen.

Belangrijk is ongetwijfeld de verklaring van de minister in de kamercommissie dat deze wijziging ook op de lopende zaken van toepassing zal zijn (*Gedr. St., Kamer*, B.Z., 1991-92, nr. 444/9, 166).

Zonder al te kritisch te willen zijn, dient evenwel te worden vastgesteld dat het wetgevend optreden ontoereikend is en het probleem geenszins wordt opgelost. Het geannoteerde arrest behoudt aldus ook na deze wetswijziging zijn waarde.

Geert Van Haegenborgh
Assistent K.U.Leuven

HOF VAN BEROEP TE BRUSSEL

19 FEBRUARI 1991

Voorzitter: mevr. Declerck-Goldfracht

Raadsheren: de h. Jans en mevr. Maes Nichels

Openbaar ministerie: de h. Geyskens (strijdig advies)

Advocaten: mrs. Wynants, Beltjes en Deleu

Taalgebruik – Gerechtszaken – Tweede hoger beroep na nietigverklaring van vorig hoger beroep – Termijn

Akten die nietig verklaard zijn wegens overtreding van de taalwet, stuiten de op straffe van verval voorgeschreven termijnen van rechtspleging.

Wanneer het hof van beroep een tijdig tegen een betekend vonnis ingesteld hoger beroep wegens schending van de taalwet nietig heeft verklaard en het Hof van Cassatie de voorziening tegen dat arrest heeft afgewezen, is het tweede hoger beroep onvankelijk als het binnen een maand na het arrest van het Hof van Cassatie is ingesteld.

U. t. De B.

Bij vonnis van 23 mei 1984 van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel, werd de vraag tot taalwijziging door Emma U. ingediend, afgewezen.

Bij vonnis van 21 november 1984 van dezelfde rechtbank, welk vonnis op 4 januari 1985 betekend werd, werd de echtscheiding toegelaten ten nadele van Emma U., op grond van artikel 231 van het Burgerlijk Wetboek.

Bij verzoekschrift neergelegd op 4 februari 1985 betekende Emma U. hoger beroep aan tegen de twee vonnissen.

Het Hof van Beroep te Brussel verklaarde, bij arrest van 25 juni 1986, het hoger beroep onontvankelijk wegens schending van de taalwet (het verzoekschrift tot hoger beroep was namelijk in twee talen opgesteld).

Op 24 november 1986 voorzag Emma U. zich in cassatie tegen dit arrest. Bij arrest van 4 juni 1987 verwierp het Hof van Cassatie de voorziening.

Op 24 juni 1987 stelde Emma U. opnieuw hoger beroep in tegen de twee voormelde vonnissen; dit hoger beroep werd aangezegd op 26 juni 1987 overeenkomstig artikel 1273 Ger.W.

Alle processtukken zijn in het dossier aanwezig;

Bespreking

Overwegende dat, ter zitting van 15 januari 1991, het debat beperkt werd tot de toelaatbaarheid van het tweede hoger beroep;

1. Wat het vonnis van 23 mei 1984 betreft

Overwegende dat, krachtens artikel 4, § 2, van de wet van 15 juni 1935, de beslissing over de aanvraag tot taalwijziging, niet vatbaar is voor verzet noch hoger beroep;

Dat het hoger beroep, in zoverre het tegen dit vonnis gericht is, derhalve ontoelaatbaar is;

2. Wat het vonnis van 21 november 1984 betreft

Overwegende dat geïntimeerde de niet toelaatbaarheid van het hoger beroep opwerpt wegens laattijdigheid, nu dit vonnis op 4 januari 1985 betekend werd;

Overwegende evenwel dat, overeenkomstig artikel 40 van de wet van 15 juni 1935, de akten, nietig verklaard wegens overtreding van de taalwet, de verjaring stuiten alsmede de termijnen van rechtspleging toegekend op straf van verval;

Dat de stuiting op de datum van de nietigverklaring van de akte gebeurt, zodat vanaf de beslissing die de nietigheid vaststelt, een nieuwe termijn van rechtspleging begint te lopen, in zoverre de nietigverklarde akte zelf tijdig was, wat hier het geval was (L. Lindemans, *Taalgebruik in gerechtszaken*, A.P.R., p. 169, nr. 262; Cass., 6 april 1949, *Pas.*, 1949, I, 261);

Overwegende dat het hoger beroep van 24 juni 1987 tegen het vonnis van 21 november 1984 binnen de termijn van een maand na de uitspraak van het Hof van Cassatie werd ingesteld en thans regelmatig is naar de vorm;

Dat het dan ook toelaatbaar is;

...

BURGERLIJKE RECHTBANK TE ANTWERPEN

20e KAMER — 3 FEBRUARI 1992

Voorzitter: de h. Clijsters

Advocaten: mrs. S. Suetens loco Bourtembourg en P. Van der Straten

Verrijking zonder oorzaak — Verkeerde toepassing van reglementering door overheidsorgaan — Te veel betaalde toelage.

Op grond van een verkeerde interpretatie, door het Ministerie van Landsverdediging, werd aan eiser, tijdelijk officier-geneesheer, een door art. 3 van het K.B. van 22 december 1970 geregelde toelage uitbetaald. Nadien werd een deel van het uitbetaalde bedrag teruggevorderd. Gelet op de foutieve interpretatie en toepassing door het Ministerie van Landsverdediging is er geen degelijk bewijs van een verrijking zonder oorzaak bij eiser.

Van S. t/ Belgische Staat

Bij dagvaarding van 5 mei 1988 wordt door eisende partij verzet aangetekend tegen het dwangbevel dd. 28 maart 1988 van verwerende partij, waarbij deze laatste de terugbetaling beoogde van 112.744 frank. Naar zeggen van verwerende partij staat dit voor een te veel betaalde toelage ten gevolge van een foutieve toepassing van het K.B. van 22 december 1970, voor de periode tussen 18 november 1983 en 29 februari 1984.

Bij schrijven van 17 december 1982 wordt eisende partij door het Ministerie van Landsverdediging geïnformeerd over «de werving van tijdelijke officieren 1983», en hierin werd onder meer inzake het geldelijke aspect vermeld: «Toelage aan officieren geneesheren, tandartsen en apothekers met dienst in het buitenland. 1) Maandelijks brutotoelage van 20.000 fr. (te vermenigvuldigen met 2,4379 op 1 januari 1983) voor de officieren geneesheren specialisten. 2) Maandelijks brutotoelage van 13.365 fr. (te vermenigvuldigen met 2,4379 op 1 januari 1983) voor de officieren geneesheren algemene geneeskunde, tandartsen en apothekers. 3) Deze toelage wordt slechts betaald vanaf de 'benoeming' tot de graad van onderluitenant maar wel met terugwerkende kracht vanaf de aanvang van de dienst in het buitenland.»

Eisende partij treedt in dienst op 18 november 1983, wordt op 29 februari 1984 aangesteld tot onderluitenant en in augustus 1984 benoemd tot onderluitenant, dit alles overeenkomstig artikel 3 en 4 van het boven aangehaald schrijven.

Bij schrijven van 30 november 1984, uitgaande van «de chef van de medische dienst, wordt aan eisende partij bericht: «Med. Olt. Van S. heeft recht op de toelage door art. 3 van het K.B. van 22 dec. 1970 bepaald vanaf 21 nov. 1983.»

Artikel 3 zegt onder a, 2: «Toepassingsmodaliteiten — a. Bijzondere gevallen: (...) 2) de geneesheren, apothekers, veeartsen en tandartsen, aangesteld tot de graad van onderluitenant, in dienst in het buitenland, vallen niet onder toepassing van het besluit zolang ze in deze stand blijven. Hun toestand zal worden geregulariseerd bij hun benoeming tot de graad van onderluitenant in zover deze benoeming met terugwerking gebeurt. Naargelang van het geval zal de toe

te passen datum hetzij de datum zijn waarop de dienst in het buitenland een aanvang heeft genomen, hetzij de datum waarop de benoeming uitwerking heeft indien deze laatste datum volgt op de datum van het begin van de dienst.»

Eisende partij stelt allereerst dat verwerende partij niet gerechtigd is een dwangbevel voor het bedrag uit te vorderen, daar het bedrag betwist wordt en het aldus geen vaststaande schuld is.

Door verwerende partij wordt desaanvaande terecht opgemerkt en met rechtspraak gestaafd dat ingevolge de domaniale wet van 22 december 1949 aan de Administratie der Registratie en Domeinen wel degelijk het recht toekomt om elke aan de Staat of Rijksorganismen verschuldigde som bij dwangbevel in te vorderen.

Verder stelt eisende partij dat hij niet de dupe moet zijn van een foutieve toepassing van het K.B. van 22 december 1970 door verwerende partij.

Verwerende partij zegt hierover dat de verkeerde toepassing door het ministerie van Landsverdediging van het K.B. van 22 december 1970 bij haar geen fout uitmaakt, doch integendeel een onverschuldigde betaling als gevolg had, die overeenkomstig artikel 1376 B.W. door eisende partij dient te worden terugbetaald.

Als men terugbetaling vordert overeenkomstig artikel 1376 B.W. en/of artikel 1235 B.W., betekent dit dat, voor diegene aan wie terugbetaling wordt gevraagd, er een verrijking zonder oorzaak is.

Welnu, bij onderzoek van alle voorliggende stukken, de briefwisseling tussen partijen inzake de informatie, de beslissing tot toekenning en het K.B. van 22 december 1970, kan men geenszins terugvinden waaruit er een verrijking zonder oorzaak voor eisende partij zou bestaan.

Verwerende partij faalt volkomen enig degelijk bewijs te leveren van de gegrondheid van zijn dwangschrift van 28 maart 1988, betekend bij dwangbevel van 27 april 1988.

Er wordt door verwerende partij ten onrechte aangevoerd dat het door hem betaalde bedrag aan eisende partij door deze dient te worden terugbetaald.

Verwerende partij heeft blijkbaar naar eigen zeggen, eigenlijk tussen 1970 en 1986 (met andere woorden: zestien jaar lang) het bewuste K.B. van 22 december 1970 foutief geïnterpreteerd en toegepast.

Het is zeker niet ernstig van verwerende partij door bij de informatiebrief van 17 december 1982 het statuut voor tijdelijk officier aantrekkelijk te maken o.m. inzake het geldelijke aspect, om dan twee jaar later een deel van het uitbetaalde bedrag terug te vorderen.

Daar verwerende partij geen degelijk bewijs voorlegt van een verrijking zonder oorzaak bij eisende partij en daar verwerende partij niet ontkent het K.B. van 22 december 1970 foutief te hebben geïnterpreteerd en dit de reden is van zijn terugvordering, dient het dwangbevel van de Registratie en Domeinen, wegens de boven aangehaalde nalatigheid van het ministerie van Landsverdediging, te worden nietig verklaard.

Het verzet is derhalve gegrond in zoverre men de nietigverklaring vordert van het aangevochten dwangschrift en alle daarbij horende uitvoeringsmaatregelen.

Een vergoeding van 15.000 frank wegens tergend en roekeloos geding kan geenszins worden toegekend daar eisende partij op geen enkele manier aantoonde dat verwerende partij

op een onverantwoorde en onredelijke manier zou hebben gehandeld.

De schadevergoeding ten bedrage van 112.722 frank, zoals door eisende partij bij conclusie gevorderd, kan evenmin worden toegekend, gezien de uitgesproken nietigverklaring van het dwangbevel, en daar er geen bewijs van eventuele schade wordt voorgelegd.

ARBEIDSRECHTBANK TE BRUSSEL

2e KAMER – 11 MEI 1992

Voorzitter: de h. Declerck

Rechters in sociale zaken: de hh. Vander Elst en Van Hove

Advocaten: mrs. Lange en Croux loco Weinberger

Arbeidsovereenkomst – Bedienden – 1. Radio-officier ter koopvaardij – Rechtstoestand – Monsterrol – Gevolg – 2. Einde – Opzegging door werkgever – Opzeggingstermijn – Schorsing – Wettelijke gevallen – Afmonstering – 3. Arbeidsduur – Radio-officier ter koopvaardij – Overwerk – Zondagsrust

1. *De door een gespecialiseerde maatschappij ter beschikking van een reder gestelde radio-officier ter koopvaardij is met die maatschappij aan een arbeidsovereenkomst voor bedienden gebonden. Met de reder bestaat geen rechtsband.*

2. *De loop van de termijn van door de werkgever aan een bediende gedane opzegging wordt slechts geschorst in de door de wet bepaalde gevallen. De afmonstering van een radio-officier ter koopvaardij schorst de loop van die opzegging niet.*

3. *De bepalingen van de Arbeidswet betreffende de arbeidsduur en de zondagsrust zijn niet van toepassing op de radio-officiëren ter koopvaardij.*

S. t/ N.V. S.

Feiten en rechtspleging

1. Eiser was sedert 9 juli 1960 in het raam van de Arbeidsovereenkomstenwet (WAO) als «radio-officier» in dienst van de N.V. S., hierna N.V. verweerster.

Op 8 juni 1960 werd tussen partijen een schriftelijke arbeidsovereenkomst opgesteld, in de Franse taal, waarin wordt verwezen naar:

– de collectieve overeenkomst afgesloten op 16 april 1948 tussen de N.V. en de sectie «Zeelieden» van de Belgische Bond der Transportarbeiders,

– het collectief contract voor de radio-officiëren der Belgische Koopvaardij gesloten te Antwerpen op 16 april 1948.

2. Eiser werd opgezegd bij brief verzonden op 25 oktober 1985, met een termijn van 36 maanden.

Voorwerp van de eis

Eiser stelt dat de opzegging werd geschorst wegens afmonstering, vakantie, ziekteperiodes, en derhalve diende te worden verlengd met 19 maanden en 17 dagen werkelijke vaart. Hij vordert derhalve een vergoeding gelijk aan het loon voor de overeenstemmende periode, d.i. 7.113.129 fr. (...)

Verweerster stelt dat voornoemde opzegging werd verlengd met de in de opzeggingstermijn opgenomen vakantie

en derhalve principieel werd verlengd tot 30 januari en in feite tot 19 februari 1989.

Statuut van eiser

De Rechtbank kan aan de hand van de overgelegde stukken vaststellen:

- dat eiser in dienst was van de N.V. in het raam van een geschreven arbeidsovereenkomst voor bedienden en dat in deze overeenkomst, wat de arbeidsvoorwaarden betreft, wordt verwezen naar de collectieve arbeidsovereenkomst voor de radio-officieren van de Belgische koopvaardij (hierna R.O.-CAO) op 16 april 1948 gesloten, door bemiddeling van het Nationaal Paritair Comité voor de Koopvaardij, tussen de N.V. S. enerzijds en de Zeelieden-Sectie van de B.T.B.; het Hof van Cassatie heeft overigens in een arrest van 22 februari 1988 geoordeeld «dat een overeenkomst voor onbepaalde duur waarbij telkens wordt bepaald op welk schip en voor welke zeetocht zal worden gevaren, niet voldoet aan de voorwaarden van art. 15 van de arbeidsovereenkomstenwet schepelingen van 5 juni 1928» (*R.W.*, 1988-89, 398-402 met noot van Hubert Libert, «De beste waarborg voor stuurliu aan wal en aan boord, de voortgezette dienstbetrekking te land en ter zee»; *A.C.*, 1987-88, nr. 378, met conclusie van het openbaar ministerie).

- dat bovendien, wat de algemene arbeidsvoorwaarden betreft, verwezen dient te worden naar de collectieve arbeidsovereenkomst voor officieren varende onder Belgische vlag, gesloten in het Paritair Comité nr. 316 voor de Koopvaardij, hierna de CAO-Officieren genoemd;

- dat door zijn inschrijving op de monsterrol de radio-officier (RO) tijdens de aanmonstering onder het gezag van de kapitein wordt geplaatst en laatstgenoemde het recht heeft aan de RO onderrichtingen te geven (zie art. 4 van de arbeidsovereenkomst); hij is tevens onderworpen aan de scheepstucht (zie rechtspraak in Hubert Libert, «Arbeidsovereenkomst voor Zeelieden», in *Arbeidsrecht*, Blanpain (red), Brugge, bijwerking juni 1991, CAD.II.13, nr. 23);

- dat de inschrijving op de monsterrol slechts de waarde heeft van een formaliteit van maritieme politie en geen invloed heeft op de werkelijke draagwijdte en de aard van de arbeidsovereenkomst; er bestaat derhalve geen enkele rechtsband tussen de RO en de reder (Libert, *o.c.*, nr. 23 verwijst naar de rechtspraak van de Wrr.Bed. Antwerpen, 25 nov. 1965, en Wrr. Ber. Antwerpen, 26 juni 1967, beide onuitg.).

De Rechtbank oordeelt dat het arbeidsrechtelijk statuut van eiser wordt bepaald door de Arbeidsovereenkomstenwet van 3 juli 1978, dat op hem de regeling voor de bedienden van toepassing is (Wrr. Antwerpen, 25 nov. 1965, onuitg., geciteerd in Libert, nr. 24), dat de RO-CAO van 1948 nog steeds van toepassing is, onverminderd het bepaalde in de CAO voor de officieren varende onder de Belgische vlag (OFFCAO) van 1980.

In dit verband stelt de Rechtbank vast dat:

- het ontslagrecht in de Zeeliedenwet de meest elementaire precisering mist, en

- de specifieke arbeidsvoorwaarden, gebruiken en gewoonten niet toelaten de zeelieden met andere werknemers te vergelijken, zodat voor tal van vragen noch in de Arbeidsovereenkomstenwet van 1978 noch in de Arbeidswet van 1965 zinnige antwoorden te vinden zijn.

Betekening van de opzegging

Het wordt tussen partijen niet betwist dat de opzegging gedaan bij aangetekend schrijven van 25 oktober 1985 – terwijl eiser aan boord van de Montenaken voer en pas op 17 december 1985 aan de wal terugkeerde – conform art. 12 van de arbeidsovereenkomst slechts kon ingaan op 1 januari 1986.

Schorsing van de opzegging – Algemeen stelsel

1. In het verbintenissenrecht strekken de wettig aangegane overeenkomsten de partijen tot wet en kunnen ze niet herroepen worden dan met hun wederzijdse toestemming of op wettelijke gronden.

De uitvoering van de overeenkomst kan slechts tijdelijk worden geschorst en de prestaties voorlopig uitgesteld: bij de *exceptio non adimpleti contractus*; een toestand van tijdelijke overmacht (zie o.m. art. 32 WAO); de wet; uitdrukkelijke contractuele bepalingen.

2. In het arbeidsrecht worden de gevallen, de modaliteiten en de gevolgen van de schorsing van de arbeidsovereenkomst en van de opzegging op restrictieve wijze door de wet bepaald.

De Rechtbank acht het gepast te wijzen op een courante verwarring tussen schorsing van de arbeidsovereenkomst en schorsing van de opzegging: niet alle gevallen van schorsing van de arbeidsovereenkomst schorsen de opzeggingstermijn.

3.1. Wat de schorsing van de opzegging betreft, was de rechtspraak van de arbeidsgerechten lange tijd verdeeld over de vraag of de schorsing van de uitvoering van de arbeidsovereenkomst ook de opzeggingstermijn schorst, behalve wanneer de wet er anders over beschikt (Cass., 9 oktober 1970, *J.T.T.*, 1971, 2, met noot Verhofstadt).

In 1985 heeft het Hof van Cassatie dit twistpunt beslecht door te oordelen dat een opzeggingstermijn, behoudens andersluidende wettelijke bepaling, in principe loopt tijdens de schorsing en dat derhalve de schorsingsgronden van de opzeggingstermijn op limitatieve wijze door de wet worden opgesomd (D. Votquenne, «Opzegging», in *Aanwerven, tewerkstellen, ontslaan*, Kluwer, Antwerpen, 0.102.666; Cass., 7 januari 1985, *R.S.*, 1984-85, 2204, Concl. adv.-gen. Lenaerts, *J.T.T.*, 1985, 219, met noot Votquenne, en 10 juni 1985, *R.W.*, 1985-86, 1574, en *J.T.T.*, 1986, 243).

Het verloop van een opzeggingstermijn is overigens niet gebonden aan de daadwerkelijke uitvoering van de arbeidsovereenkomst; het betreft een tijdsverloop en geen verbintenis om iets te doen (Taquet et Wantiez, *Congé, Préavis, Indemnité*, Brussel, 1975, II, 200).

3.2. Op voet van art. 38 WAO houdt de opzeggingstermijn, bij opzegging gedaan door de werkgever, slechts op te lopen in de gevallen van schorsing vermeldt in de artt. 28, 1°, 2° en 5°, 29 en 31 WAO (Denis, noot in *T.S.R.*, 1974, 33; Cass., 7 januari 1985, *supra*).

Deze lijst wordt voor bedienden beperkt tot:

- jaarlijkse sluiting van de onderneming (art. 38, § 1, WAO);

- jaarlijkse vakantie toegekend door de Vakantiewet (art. 28, § 1, WAO);

- de bijkomende anciënniteitsvakantie verleend door een collectieve of individuele arbeidsovereenkomst, indien deze begrepen is in de jaarlijkse vakantie bedoeld in art. 28bis WAO (Cass., 7 jan. 1985 *supra*), maar niet de rustda-

gen toegekend krachtens conventionele arbeidsduurvermindering (Cass., 10 juni 1985, *R.W.*, 1985-86, 1974);

- de zwangerschaps- en bevallingsrust (artt. 39, 41 tot 43, 45 van de Arbeidswet;

- de tijd gedurende welke de werknemer afwezig is wegens maatregelen van voorlopige vrijheidsberoving waarvan hij het voorwerp is (art. 28, § 5, WAO);

- de militaire dienst en aanverwante verplichtingen (artt. 38, § 1, en 29 WAO);

- de arbeidsongeschiktheid wegens ziekte en ongeval (artt. 38, § 1, en 31 WAO);

- de dagen inhaalrust wegens overwerk toegekend met toepassing van art. 26bis van de Arbeidswet (art. 38bis WAO);

- de volledige beroepsloopbaanonderbreking (art. 101bis van de Herstelwet van 22 januari 1985).

3.3. De schorsing heeft wettelijk tot gevolg dat de overeenkomst eindigt op een latere datum dan die welke voortvloeit uit de vaststelling van het begin of de duur van de opzeggingstermijn of dan die welke in het geschrift werd vermeld (Cass., 17 april 1978, *R.W.*, 1978-79, 858, *J.T.T.*, 1979, 117; *T.S.R.*, 1978, 333; *Arbh.* Antwerpen, 25 okt. 1976, *R.W.*, 1977-78, 115-119, met noot O. Vanachter).

Het feit dat het ziekenfonds aan de werknemer arbeidsongeschiktheidsuitkeringen heeft uitbetaald of dat de werkgever hem zijn wettelijk vakantiegeld (voor de jaarlijkse vakantie bedoeld door art. 28, § 1, WAO, zie Cass., 7 januari 1985, *supra*) heeft uitgekeerd, belet uiteraard niet dat de opzeggingstermijn tijdens de overeenstemmende periodes wordt geschorst (W. Van Eeckhoutte, e.a., «Overzicht van Rechtspraak – Arbeidsovereenkomsten – 1976/1987, in *T.P.R.*, 1989-2, nrs. 256 en 258).

De afmonstering

1. De Rechtbank stelt vast dat eiser zich op geen enkele wettelijke, reglementaire of conventionele bepaling beroept waaruit zou kunnen blijken dat de periodes van afmonstering als schorsing van de opzegging zouden kunnen worden beschouwd.

2. Integendeel. Uit de lezing van de arbeidsovereenkomst tussen partijen blijkt dat eiser tijdens de periodes van afmonstering ter beschikking moest blijven van de werkgever, en uit de overgelegde loonstaten blijkt dat tijdens deze periodes het loon van eiser verder werd uitbetaald.

3. Uit de RO-CAO blijkt:

- dat de RO ter beschikking blijft van de werkgever wanneer de wachten geschorst zijn in de Belgische havens (art. 15),

- dat de RO zijn volle loon geniet gedurende de periodes van compensatieverlof, jaarlijkse vakantie en speciaal bijkomende vakantie wegens dienst aan boord van een tanker (artt. 22 tot en met 25).

De Rechtbank oordeelt ten overvloede dat, zelfs zo uit enige bepaling van deze CAO zou kunnen worden afgeleid dat de volledige periode van afmonstering een schorsing van de arbeidsovereenkomst inhoudt, dit bij toepassing van de bovenvermelde principes nog niet tot gevolg heeft dat tevens de opzeggingstermijn geschorst wordt.

Het past evenwel na te gaan of *in casu* de opzegging werd geschorst door de genomen compensatie-verlofdagen, de wettelijke vakantie en de ziekteperiodes.

De compensatie-verlofdagen

Eiser stelt dat rekening dient te worden gehouden met de hem toegekende compensatie-verlofdagen.

De Rechtbank stelt ter zake vast:

1. dat art. 26bis van de Arbeidswet enkel de inhaalrust voor gepresteerde overuren betreft, en dat *in casu* nergens wordt aangetoond dat aan eiser compensatieverlofdagen werden toegekend voor «eventuele opdrachten buiten de normale arbeidsuren»: de bepalingen van de Arbeidswet m.b.t. de arbeidsduur en de zondagsrust zijn overigens op voet van art. 3, § 3, van deze wet en art. 2, afdeling VIII, van het K.B. van 10 febr. 1965 «tot vaststelling van de met een leidende functie of vertrouwenspost beklede personen» niet van toepassing op de eerste officieren in de koopvaardijvloot;

2. dat in de bijzondere regeling van art. 14 van de CAO-Officieren aan de officieren weliswaar een compensatievakantie voor tewerkstelling op zon- en feestdagen wordt toegekend, maar dat in deze CAO geen enkele bepaling is opgenomen waaruit zou kunnen blijken dat compensatieverlof de opzeggingstermijn schorst zoals bepaald in de artt. 38bis WAO en 26bis Arbeidswet.

De Rechtbank stelt vast dat eiser niet bewijst dat de gegeven opzegging door andere omstandigheden dan ziekte en wettelijke vakantie werd geschorst.

Ziekteperioden en genomen vakantie

Verweerster stelt in haar aanvullende conclusie dat zij bij het einde van de dienstbetrekking een bedrag gelijk aan 58 dagen loon heeft uitbetaald overeenstemmend met twee maanden bijkomende opzeggingsvergoeding wegens ziekte en genomen wettelijke vakantie.

Eiser heeft geen enkele raming gemaakt van de door hem gevorderde bedragen.

Het onderdeel van de vordering dient als niet bewezen afgewezen te worden.

RECHTSPRAAK IN KORT BESTEK

H.v.J. E.G., 9 juli 1992

Europese Gemeenschappen – Milieu – Waals decreet van 5 juli 1985 en besluit van de Waalse Gewestexecutieve van 19 maart 1987 – Verbod op het storten van afval uit een andere lidstaat – Richtlijn 84/631 van de Raad van 6 december 1984 – Niet-nakoming

Het Hof verklaart:

«Door te bepalen dat het absoluut verboden is in het Waalse Gewest gevaarlijke afvalstoffen uit een andere lidstaat op te slaan, te storten of te lozen en door aldus toepassing van de procedure van richtlijn 84/631/EEG van de Raad van 6 december 1984 betreffende toezicht en controle in de Gemeenschap op de grensoverschrijdende overbrenging van gevaarlijke afvalstoffen uit te sluiten, is het Koninkrijk België de krachtens deze richtlijn op hem rustende verplichtingen niet nagekomen.»

Maar het Hof oordeelt ook dat de bestreden maatregelen niet discriminerend kunnen worden geacht, gezien het verschil tussen op verschillende plaatsen geproduceerde afvalstoffen en het verband met de plaats van produktie.

(Zaak C-2/90: Commissie/Koninkrijk België — Bron: Weekoverzicht van het Hof van Justitie)

Hof van Cassatie (3e Kamer), 25 mei 1992

Bewijs — In burgerlijke zaken — Bewijs door getuigen — Tegen geschrift dat van een derde afkomstig is — Tussen contracterende partijen niet verboden door art. 1341 B.W.

Het bestreden arrest (Arbh. Brussel, 18 december 1990) wordt om de volgende redenen vernietigd:

«Overwegende dat eiseres in haar conclusie voor het arbeidshof subsidiair verzocht om door alle wettelijke middelen, getuigenissen inbegrepen, te mogen bewijzen dat verweerster moest worden ingedeeld in de tweede categorie van de classificatie die was vastgesteld bij een collectieve overeenkomst gesloten in het aanvullend nationaal paritair comité voor de bedienden;

«Overwegende dat het arrest dit verzoek afwijst op grond 'dat niet kan worden ingegaan op het verzoek van (eiseres) om door getuigen te bewijzen wat uit niet betwiste geschriften blijkt: (...) stuk van de sociale inspectie, 3/4 tijd, categorie 3';

«Overwegende dat de regel van de voorrang van het bewijs door geschrift in burgerlijke zaken is bepaald in artikel 1341 van het Burgerlijk Wetboek, dat onder meer bepaalt dat het bewijs door getuigen niet wordt toegelaten tegen en boven de inhoud van de akten;

«Dat die wetsbepaling echter niet verbiedt dat een contracterende partij het bewijs door getuigen levert tegen een geschrift dat van een derde afkomstig is;

«Overwegende dat het arrest dat voormelde regel toepast op het geschrift van een sociaal inspecteur om het verzoek van eiseres inzake het bewijs door getuigen af te wijzen, artikel 1341 van het Burgerlijk Wetboek schendt.»

(Voorzitter: de h. Marchal — Rapporteur: de h. Parmentier — Openbaar ministerie: de h. Leclercq — Advocaat: mr. Draps — In de zaak: N.V. T. t/ D.)

Hof van Cassatie (1e Kamer), 4 juni 1992

Gemeenschap en gewest — Financieringswet van 16 januari 1989 — Geschil betreffende de tenuitvoerlegging van een tegen de Staat uitgesproken veroordeling die vóór 1 januari 1989 definitief geworden is — Geen procesrechtelijke rechtsopvolging

Het bestreden arrest (Hof Antwerpen, 28 januari 1991) wordt om de volgende redenen vernietigd:

«Overwegende dat de Gewesten en de Gemeenschappen, ingevolge artikel 61, § 1, eerste lid, in fine, van de Financieringswet van 16 januari 1989, op 1 januari 1989 de rechten en de verplichtingen overnemen die voortkomen uit hangende en toekomstige rechterlijke procedures; dat de Staat, in-

gevolge het zesde lid van dezelfde paragraaf 1 van bedoeld artikel 61, gebonden blijft door de op 31 december 1988 bestaande verplichtingen, wanneer de betaling ervan verschuldigd was op die datum, onder meer als het ging om uitgaven waarvoor geen betalingsaanvraag moet worden voorgelegd;

«Overwegende dat uit het arrest en de stukken waarop het Hof vermag acht te slaan, blijkt: dat verweerster op 4 januari 1989 in kort geding eiser heeft gedagvaard teneinde deze te horen veroordelen om de som van 18.285.876 frank, die hij, ingevolge twee tegen hem gewezen en in kracht van gewijsde gegane arresten van het Hof van Beroep te Antwerpen, van respectievelijk 21 september 1987 en 21 december 1987, verschuldigd was, over te maken op het credit van de rekening van verweerster bij de Kredietbank, onder verbeurte van een dwangsom per dag vertraging; dat eiser een tegeneis wegens tergend en roekeloos geding instelde; dat de voorzitter van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Mechelen, bij beschikking van 23 januari 1989, de door verweerster gevorderde veroordeling van eiser uitsprak en diens tegeneis afwees; dat eiser tegen die beschikking hoger beroep en verweerster incidenteel beroep heeft ingesteld; dat de appelrechter eisers hoger beroep en de uitbreiding van zijn hoger beroep, wegens gebrek aan hoedanigheid, 'ontoelaatbaar' heeft verklaard;

«Overwegende eensdeels dat aldus blijkt dat het door verweerster ingeleide kort geding uitsluitend de tenuitvoerlegging betreft van vóór 1 januari 1989 tegen de Staat uitgesproken definitieve veroordelingen; anderdeels dat voor de tenuitvoerlegging van dergelijke veroordelingen geen betalingsaanvraag moet worden voorgelegd;

«Dat uit een en ander volgt dat het Vlaamse Gewest ter zake niet wettig als de rechtsopvolger van de Staat kan worden beschouwd; dat tevens uit geen van de bepalingen van de Financieringswet van 16 januari 1989 volgt dat het Vlaamse Gewest inzake zulk een geschil de procesrechtelijke opvolger van de Staat zou zijn.»

(Voorzitter-rapporteur: de h. Rauws — Openbaar ministerie: de h. du Jardin — Advocaten: mrs. Bützler en Delahaye — In de zaak: Belgische Staat t/ N.V. S.)

Hof Antwerpen (8e Kamer), 10 juni 1992

Cheque — Wegmaking van fonds — Onenigheid betreffende de onderliggende verbintenis

«Overwegende dat de beklaagde wordt vervolgd om op 24 november 1989 een cheque ten belope van 30.000 fr. te hebben uitgegeven ten voordele van René Van Hassel; dat de cheque weliswaar niet werd gehonoreerd bij de aanbieding, maar dat aan het licht is gekomen dat de beklaagde het fonds onbeschikbaar had gemaakt daags na de uitgifte van deze cheque;

...

«Overwegende dat de omstandigheid dat onenigheid ontstaan is tussen de trekker en de begunstigde betreffende de onderliggende verbintenis, geen wettige reden oplevert om het fonds terug te nemen tijdens de wettelijke termijn van aanbieding van de cheque; dat de beklaagde zich schuldig gemaakt heeft aan een overtreding van de artikelen 61 en

66 van de wet van 1 maart 1961 door het fonds van zijn rekening af te halen onmiddellijk na de uitgifte van de cheque.»

(Voorzitter-rapporteur: de h. Vandeplas – Raadsheren: de hh. Luyckx en Michiels – Openbaar ministerie: mevr. Van Leuven – Advocaat: mr. Brees – In de zaak: T.)

NOOT – Zie ook Hof Antwerpen, 14 januari 1988, *R.W.*, 1987-88, 923, en de noot.

BOEKEN

B. VERSCHRAEGEN, *Die einverständliche Scheidung in rechtsvergleichender Sicht*, in *Schriften zum Bürgerlichen Recht*, Band 142, Berlin, Duncker & Humblot, 1991, XV + 737 pp., 128 DM

Dit boek is de publikatie van een proefschrift waarmee de auteur (van Belgische afkomst) het aggregaat voor het hoger onderwijs in de rechtsvergelijking en het internationaal privaatrecht behaalde aan de Universiteit van Wenen. Het werk werd bekroond met de *Förderungspreis* 1989 van de stad Wenen.

De auteur behandelt haar onderwerp vanuit het Belgische, Franse, Zwitserse, Duitse en Oostenrijkse recht. Zij brengt weliswaar een algemene en kritische beschrijving van de krachtlijnen van elk systeem, waarbij zowel de materiële als de procesrechtelijke regels worden behandeld (wat voor Zwitserland, waar deze materie tot de kantonale bevoegdheid behoort, een enorme klus betekende), maar het werk concentreert zich in hoofdzaak op het probleem van de toestemming en onderzoekt de vraag of, na afsluiting van de procedure, de echtscheiding zelf en de overeenkomsten nog kunnen worden aangevochten wegens een gebrek in de toestemming. Dit probleem is in het Belgische recht amper aan de orde van de dag geweest en wordt in de rechtspraak en in de rechtsleer al te vlug afgedaan door te wijzen op het verband tussen echtscheiding en echtscheidingsovereenkomst. Terugkomen op de overeenkomst betekent terugkomen op de echtscheiding zelf, wat uitgesloten is. De auteur ontkracht terecht dit standpunt door erop te wijzen dat de overeenkomst geen bestanddeel van het echtscheidingsvonnis vormt, aangezien de rechter de overeenkomst niet homologeert. Tevens wijst de auteur erop dat de overweging dat de aanvechting van de overeenkomst aan deze echtscheidingsvorm haar fundament ontnemt, nl. de onderlinge toestemming, niet erg overtuigend is. Deze stelling leidt er alleen toe dat de rechtsorde de echtgenoot die bedrog heeft gepleegd, in bescherming neemt ten nadele van de echtgenoot te goeder trouw die deze bescherming verdient (zie p. 95).

De auteur onderzoekt met grote nauwkeurigheid en op basis van een uitgebreide bibliografie van meer dan veertig bladzijden en een analyse van een omvangrijke rechtspraak de oplossingen die aan dit probleem in de besproken rechtsordes wordt gegeven.

Het werk is van grote informatieve en dogmatische waarde. Ook de Belgische wetgever, die eindelijk weer de draad van de hervorming van het echtscheidingsrecht heeft opgenomen, zou er met nut gebruik van kunnen maken.

W. Pintens

Wetboek Medisch Recht, bewerkt door HERMAN NYS, m.m.v. LIEVE VANDENHOECK, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu Uitgevers, 1991, 290 pp., 695 fr.

Het medisch recht is een conglomeraat van regels die in verschillende rechtstakken en in bijzondere wetten zijn terug te vinden. Vaak is het geen sinecure om door de bomen nog het bos te zien. Het is dan ook een uitstekend initiatief die verspreide wetbepalingen in één boek bijeen te brengen. De Serie Wettteksten van Maklu Uitgevers werd onlangs uitgebreid met een Wetboek Medisch Recht waarin de belangrijkste wettteksten ter zake zijn opgenomen.

Weliswaar kan men hier, in het licht van het voorgaande, twijfelen aan de juistheid van de benaming «Wetboek». Wordt daaronder verstaan een «systematische van de wetgevende macht uitgaande, althans door haar goedgekeurde verzameling van rechtsbepalingen voor een staatsgebied, hetzij algemeen of voor een bijzonder terrein» (woordenboek Van Dale), dan kan voor het medisch recht moeilijk van een heus «wetboek» worden gewaagd. Wellicht was het opschrift «Wettteksten Medisch Recht» of «Codex Medisch Recht» accurater geweest.

Hoe dan ook, het hier besproken boek bevat een mooie verzameling wettteksten die van groot belang zijn voor al wie zich voor het medisch recht interesseert. Teneinde de omvang van dit «wetboek» binnen de perken te houden, zijn de auteurs verplicht geweest een selectie te maken tussen de talrijke wettteksten ter zake. Voornamelijk de wettteksten die rechtstreeks de beroepsuitoefening in de gezondheidszorg raken, zijn opgenomen. Wetten i.v.m. financiering en organisatie van de gezondheidszorg worden buiten beschouwing gelaten, ofschoon een uitzondering is gemaakt voor de regelgeving inzake de medische raad in het ziekenhuis.

De verzameling wettteksten is in drie thema's ingedeeld. Het eerste, en omvangrijkste, deel handelt over de wettelijk geregelde uitoefening van de belangrijkste beroepen in de gezondheidszorg. In dit deel zijn o.m. wettteksten opgenomen over de uitoefening van de geneeskunst, de Orde der Geneesheren, het statuut van de ziekenhuisarts, de vrije vestiging in de E.G., de uitoefening van de tandheelkunde en van de artsennijbereikende, de bevoegdheden van vroedvrouwen en verpleegkundigen, enz.

Als tweede thema werd gekozen voor de geneesmiddelen, de medische hulpmiddelen en de specifieke medische handelingen. Hierin vinden we o.m. terug: de drugwet, de wet betreffende de therapeutische bestanddelen van menselijke oorsprong, de geneesmiddelenwet en de wet betreffende het wegnemen en transplanteren van organen.

In het derde deel wordt een origineel idee uitgewerkt. Zowel de burgerrechtelijke (artt. 56, 81, 909, 2272 B.W., art. 19 Hyp.W., Wet op persoon en goederen geesteszieken) als de strafrechtelijke bepalingen (artt. 203, 204, 348, 350, 351, 352, 377, 422bis, 458 Sw.) die rechtstreeks de uitoefening van de geneeskunde aanbelangen, zijn hier samengebracht. Het blijken er uiteindelijk een stuk meer te zijn, dan men op het eerste gezicht zou vermoeden. Wel kan men zich afvragen of de artt. 392, 418, 421, 361, 422ter Sw., art. 44bis Sv. en art. 63 Wegverkeerswet ook geen plaats in deze opsomming hadden verdiend.

Besluitend kan worden gesteld dat de auteurs zich voortreffelijk van hun taak hebben gekweten. Dit «wetboek» bevat een verzameling wettteksten die voor de praktijk van dagelijks belang zijn. De selectie van de wettteksten werd accuraat uitgeoefend. De lezer wordt een handig werkinstrument aangeboden tegen een redelijke prijs.

Tot slot nog een bedenking. Vlaanderen telt nu twee verzamelingen «wettteksten medisch recht». Enerzijds is er het zojuist besproken «wetboek» en anderzijds bestaat er de door A. Prims samengestelde *Codex gezondheidsrecht* (uitgegeven bij Uga, 2 vol., 691 pp., 1750 fr.; zie mijn bespreking in *R.W.*, 1987-88, 967, en de bespreking van de tweede druk door H. Nys in *R.W.*, 1990-91, 1143). Aan de ene kant kan men zich verheugen over de activiteit van de gezondheidsjuristen. Aan de andere kant kan men zich afvragen of Vlaanderen zonodig behoefte heeft aan twee wettenverzamelingen medisch recht. Is dit voor ons kleine taalgebied niet van het goede te veel?

Weliswaar kan worden opgemerkt dat de opzet en dus gedeeltelijk het doelpubliek van beide boeken enigszins verschilt. Beide codices vertonen kenmerken die men bij de andere niet terugvindt. De *Codex gezondheidsrecht* is omvangrijk want streeft volledigheid na in de opname van de wettteksten, en bevat ook een commentaar op sommige medisch-juridische thema's (o.m. beroepsgeheim, sterilisatie, aansprakelijkheid, medisch dossier,...) die voornamelijk door de rechtspraak en de rechtsleer zijn uitgewerkt. Bovendien is het interessant dat telkens wordt verwezen naar de vindplaats van de wetten en uitvoeringsbesluiten in het Belgisch Staatsblad en dat de datum van de wetwijzigingen wordt opgegeven. Het *Wetboek Medisch Recht* bevat de tekst van de burgerrechtelijke en strafrechtelijke bepalingen omtrent de medische beroepsuitoefening en heeft tevens een uitgebreid alfabetisch trefwoordenregister. Het is uitgegeven in pocketformaat wat bv. handig kan zijn om het mee op een congres te nemen.

Beide verzamelingen leveren betrouwbare kwaliteit tegen een, hun omvang in acht genomen, redelijke prijs. Afhankelijk van de interesse, de behoefte en de financiële draagkracht van de lezer zal de voorkeur naar de ene dan wel naar de andere wettenverzameling uitgaan.

Thierry Vansweevelt (U.I.A.)

H. DE GROOT en P.A. STEIN, **Grondtrekken van het handelsrecht**, Zwolle, Tjeenk Willink, 5e druk 1991, XIX + 344 pp.

In een land waar sinds 1934 het handelsrecht geleidelijk aan opviel een autonome rechtstak te vormen naast en onderscheiden van het burgerlijk recht en waar, telkens als een nieuw boek van het Nieuwe Burgerlijke Wetboek wordt ingevoerd, de materies geregeld in het nog (in beperkte mate) geldende Wetboek van Koophandel wat meer opgaan in het Burgerlijk Wetboek, lijkt het schrijven van een leerboek handelsrecht een hachelijke onderneming en behoeft zij een rechtvaardiging. De auteurs voeren daartoe aan dat de aan het handelsrecht gewijde literatuur steeds een eigen plaats heeft ingenomen binnen de aan het privaatrecht gewijde rechtsleer; verder dat het handelsrecht een aantal onderwerpen uit het privaatrecht omvat die door de gedetailleerdheid van de regeling en eigen karakteristieken voor studenten moeilijk toegankelijk zijn. Wat men ook van deze motivering moge denken, de auteurs zijn erin geslaagd een bijzonder helder en overzichtelijk handboek te schrijven, dat door zijn manier van behandelen van de materie ook voor buitenlandse juristen interessante literatuur vormt. De auteurs hebben de stof zeer overzichtelijk ingedeeld en geven namelijk bij de behandelde punten telkens de essentie aan, wat wordt weergegeven in een groter lettertype, en een verdere precisering, die dan in een kleiner lettertype werd gezet.

De behandelde materies zijn achtereenvolgens: van handelsnaam ondernemingsrecht; de handelsonderneming; het mededingingsrecht (oneerlijke mededinging en intellectuele rechten); ondernemingsrecht (220 van de 344 blz.), waarin de verschillende vennootschapstypes, met nadruk op het statuut van de N.V. en de B.V., aan bod komen; verzekering; order- en toonderpapieren; het schip en zijn exploitatie; de tussenpersonen in de handel; faillissement en surséance van betaling.

Men kan van mening verschillen over de omvang van de verschillende hoofdstukken en — mits men het daaruit mag afleiden — over het relatieve belang dat dienovereenkomstig aan elk leerstuk wordt toegekend. Vaststaat dat de lectuur van dit handboek ook de buitenlandse jurist aanzet om na te denken over de redenen waarom een bepaalde wettelijke regeling is wat ze is: het handboek tracht immers de regels niet alleen aan te leren, het tracht ze ook te verantwoorden en de logica ervan aan te tonen. Dat het daarin meestal ook slaagt, is geen geringe verdienste.

G.L. Ballon

BALIE

Conferentie van de Jonge Balie te Ieper — Samenstelling van het Bestuur

Voorzitter: mr. Herman Baron; past-voorzitter: mr. Rik Camerlynck; secretaris: mr. Luc Billiet; penningmeester: mr. Patrick Geelhand de Merxem; vertegenwoordiger der stagiairs: mr. Sabien Battheu; bestuurslid: mr. Francis Ver Elst.

MEDEDELINGEN

«De mededingingsregels in een uitgebreid Europa: de Europese economische ruimte»

De Vereniging voor de Studie van het Mededingingsrecht organiseert een voordracht-lunch op donderdag 3 december 1992 om 12u00 stipt in «Het Autohuis», Woluwedal 46, 1200 Brussel.

Spreker is mevrouw Jakob-Siebert, administrateur bij de E.G.-Commissie, over «De mededingingsregels in een uitgebreid Europa: de Europese economische ruimte».

Inlichtingen: Vereniging voor de Studie van het Mededingingsrecht, Woluwedal 46/9, 1200 Brussel (tel. 02/711.00.80; fax: 02/771.16.55).

Studiedag «Sociale aspecten van ondernemingen in herstructurerings»

De Alumnivereniging Associare van het Seminarie voor Sociaal Recht van de Universiteit Gent organiseert deze studiedag op 4 december 1992 in de Aula van de universiteit, Voldersstraat 9 te Gent.

Programma:

- 9u00 Verwelkoming door prof. dr. W. Van Eeckhoutte, voorzitter Vakgroep Sociaal Recht (U.G.)
- 9u40 Algemene inleiding door de heer J.L. Duplat, voorzitter van de Commissie voor het Bank- en Financiewezen
- 10u15 Praktijkgeval 1: een werkgeversvisie — Herstructureren in de textielsector door de heer F. Verbeke (Verbeke Textielgroep)
- 11u15 Praktijkgeval 2: een vakbondvisie — Herstructureren binnen GB-Inno-BM door de heer E. De Deyn (B.B.T.K.-A.B.V.V.)
- 14u00 Uiteenzetting individueel-arbeidsrechtelijke aspecten door prof. dr. W. Van Eeckhoutte
- 15u00 Uiteenzetting collectief-arbeidsrechtelijke aspecten door prof. dr. O. Vanachter (K.U.Leuven)
- 15u45 Vragen, discussie en algemeen debat
- 16u15 Synthese en internationaal- en Europeesrechtelijke perspectieven door prof. dr. B. Dubois (U.G.)

Inlichtingen: mevr. C. Van Poucke, Secretariaat Vakgroep Sociaal Recht, Universiteitstraat 4, 9000 Gent (tel. 091/64.68.43; fax: 091/64.69.94)

Colloquium «La transparence administrative en Belgique»

De Association Francophone des Sciences de l'Administration et de la Gestion Publiques (A.F.S.A.) organiseert op 6 november 1992 een Colloquium met als thema: «La transparence administrative en Belgique».

Inlichtingen: Centre de Droit Public de l'Université Libre de Bruxelles, F.D. Rooseveltlaan 50, 1050 Brussel (tel. 02/650.39.68; fax: 02/650.40.74).

Colloquium «L'Auto-régulation ou le droit élaboré par ses destinataires»

Dit colloquium, georganiseerd door het Centre de Droit Privé et de Droit Economique van de Université Libre de Bruxelles, vindt plaats op 16 december 1992, in het Auditorium Dupréel van het Instituut de Sociologie te Brussel.

Programma:

- 9u00 Verwelkoming door mevrouw F. Thys-Clément, rector van de U.L.B., en de heer M. Hanotiau, voorzitter van het Centre de Droit Privé et de Droit Economique
- 9u15 Le droit de la consommation door prof. J.L. Fagnart (U.L.B.)
- 10u00 La déontologie publicitaire door de heer D. Fesler (U.L.B.)
- 10u45 La déontologie financière door prof. E. Wymeersch (U.G.)
- 11u30 Le droit au travail door mevr. V. Vannes, rechter in de Arbeidsrechtbank te Brussel
- 14u30 Le droit économique international door de heer X. Dieux en mevr. V. Simonart (U.L.B.)
- 15u15 Le droit de la concurrence door prof. J. Steenberghe (K.U. Leuven)
- 17u00 Samenvatting door prof. P. Van Ommeslaghe (U.L.B.)

Inlichtingen: mevr. V. De Laeter, Centre de Droit Privé et de Droit Economique, CP 137, F.D. Rooseveltlaan 50, 1050 Brussel (tel.: 02/650.38.72; fax: 02/650.40.74).