

# RECHTSKUNDIG WEEKBLAD

G. MAES, De inzage in het strafdosier 481  
T. ONGENA, De kamer van inbeschuldigingstelling als contro-  
leorgaan van het Gerechtelijk onderzoek 490

## Rechtspraak

**Grondwet** – Gelijkheid en niet-discriminatie – **Belasting**  
– Provincie- en gemeentebelastingen – Bezwaar – Beroep –  
Jurisdictionele waarborgen – Verschil in behandeling tussen  
de gewesten  
Arbitragehof, 18 maart 1998 (*met noot*) 501  
**Arbeidsovereenkomst** – Verbindende kracht – Eenzijdige  
wijziging – Vrij onderwijs – Klasleraar  
Cass., 13 oktober 1997 (*met noot*) 502  
**Onrechtmatige daad** – Schade en schadeloosstelling –  
Schade – Rechtmatig belang – Behoud van een toestand in  
strijd met de openbare orde  
Cass., 2 april 1998 (*met noot*) 502  
**Wisselbrief** – Vermeldingen – Naam en woonplaats van  
trekker – Plaats en handtekening van trekker en betrokkene  
Hof Gent, 30 april 1997 503  
**Aanneming van werk** – Registratie – Beslissing provinciale  
registratiecommissie – Quasi-jurisdictionele handeling –  
Onpartijdigheid – Motiveringsplicht – Rechten van  
verdediging  
Hof Antwerpen, 19 januari 1998 503  
**Aanranding van de eerbaarheid** – Verkrachting – Tongkus –  
Seksuele penetratie  
Hof Brussel, 8 april 1998 (*met noot van A. Vandeplass, «Over  
de tongkus en de seksuele penetratie»*) 505  
**Gerechtelijk akkoord** – Voorwaarden (art. 9 en 15 Wet Ge-  
rechtelijk akkoord) – Onderzoek door de rechtbank  
Kh. Gent, 19 juni 1998 505  
**Faillissement** – Vereffening van het faillissement – Ver-  
koop activa – Onderhandse verkoop door de curator van on-  
roerende goederen – Rechterlijke machtiging – Draagwijd-  
te  
Kh. Gent, 25 juni 1998 508  
**Faillissement** – Gefailleerde – Verschoonbaarverklaring  
(art. 82 Faill.W.) – Voorwaarden  
Kh. Leuven, 30 juni 1998 508

## Europese rechtspraak «Rechten van de mens» in kort bestek

Art. 6, § 1, E.V.R.M. – Geschil over burgerlijke rechten – Be-  
zwaar van burgers tegen verlenging van exploitatievergun-  
ning voor kerncentrale – Afwezigheid van toegang tot recht-  
bank  
E.H.R.M., 26 augustus 1997 (*door P. Lemmens*) 509  
Art. 8 E.V.R.M. – Recht op eerbiediging van het privé-leven  
– Mededeling van medische persoonsgegevens door zieken-  
huis aan socialezekerheidsinstelling – Geoorloofde inmen-  
ging in privé-leven  
E.H.R.M., 27 augustus 1997 (*door W. Vandenhole*) 510  
Art. 6, § 1, E.V.R.M. – Begrip «Strafvervolgung» – Toepas-  
sing op fiscale boeten – Verhaalbaarheid op erfgenamen –  
Art. 6, § 2, E.V.R.M. – Vermoeden van onschuld – Schending  
t.a.v. erfgenamen  
E.H.R.M., 29 augustus 1997 (*door A. Borms*) 511  
Art. 10 E.V.R.M. – Recht op vrijheid van meningsuiting –  
Pers – Kritische gerechtsverslaggeving – Verenigbaarheid  
met recht van verdachte op een eerlijk proces  
E.H.R.M., 29 augustus 1997 (*door B. Vanlerberghe*) 512  
Art. 6, § 1, E.V.R.M. – Begrip «Burgerlijke rechten» – Toe-  
passing op geschillen in ambtenarenzaken  
E.H.R.M., 2 september 1997 (*door P. Lemmens*) 513  
1. Art. 3 E.V.R.M. – Verbod op foltering en onmenselijke of  
vernederende behandeling of bestraffing – Verkrachting  
van Koerdisch meisje door Turkse overheidsagenten – 2.  
Art. 13 E.V.R.M. – Recht op daadwerkelijke rechtshulp –  
Grondig en effectief onderzoek van klacht door vervolgende  
overheid  
E.H.R.M., 25 september 1997 (*door E. Brems*) 514  
Art. 2 E.V.R.M. – Recht op leven – Doding door gewapende  
overheidsagenten bij interventie in huiselijke twist – Nood-  
zaak van het gepleegde geweld  
E.H.R.M., 9 oktober 1997 (*door E. Brems*) 515  
Art. 10 E.V.R.M. – Recht op vrijheid van meningsuiting –  
Leden van de krijgsmacht – Wet die beledigingen door leden  
van de krijgsmacht aan het adres van het leger strafbaar stelt  
E.H.R.M., 25 november 1997 (*door A. Borms*) 517  
Art. 6, § 1, E.V.R.M. – Recht op toegang tot de rechter – On-  
middellijke toepassing van gewijzigde procedurewet op han-  
gende rechtsgedingen  
E.H.R.M., 19 december 1997 (*door B. Vanlerberghe*) 518  
Art. 11 E.V.R.M. – Recht op vrijheid van vereniging – Toe-  
passelijkheid op politieke partij door beslissing van Grond-  
wettelijk Hof – Ongeoorloofde beperking  
E.H.R.M., 30 januari 1998 (*door W. Vandenhole*) 519

# RECHTSKUNDIG WEEKBLAD

Opgericht in 1931.

Hoofdredacteuren: René Victor (1931-1984), Edgar Boonen (1984-1993), Camiel Caenepeel (1993-1998)

VERSCHIJNT IEDERE WEEK VAN SEPTEMBER TOT JUNI

**Redactie:** A. Van Oevelen (hoofdredacteur),  
E. Dirix, J. Laenens, J.R. Rauws,  
M. van Damme, A. Vandeplass

**Redactiesecretaris:** Mevr. C. Meeusen

**Redactieadres:** V.Z.W. Rechtskundig Weekblad  
Mechelsesteenweg 210 bus 6  
2018 Antwerpen  
(redactiesecretariaat bereikbaar  
van 9 tot 12 uur)  
Tel. 03/248.49.84  
Fax 03/248.08.70

**Vaste medewerkers:**

A. Alen  
F. Aps  
R. Boes  
Gh. Dhaeyer  
J. Erauw  
M. Gelders  
P. Humblet  
W. Lambrechts  
R. Leysen  
J. Meeusen  
H. Nys  
I. Opdebeek  
W. Pintens  
W. Rauws  
D. Simoens  
G. Suetens-Bourgeois  
S. Van Overbeke  
J. Wouters

**Abonnementen, advertenties:** N.V. INTERSENTIA, Churchilllaan 108, 2900 Schoten  
tel.: 03/680.15.50 - fax: 03/658.71.21  
Abonnementsprijs: 4.550 f., voor studenten 2.950 f.

INTERSENTIA RECHTSWETENSCHAPPEN

Antwerpen • Groningen • Oxford

Churchilllaan 108 • 2900 Schoten (Antwerpen) • Tel.: 03/680.15.50 • Fax: 03/658.71.21

nieuw

## Basiswetteksten inzake handels- en economisch recht

H. VANHEES

1998; ISBN 90-5095-056-6; 596 blz.; 795 BEF

*Reeks verzamelde wetteksten*

In dit wetboek werden een groot aantal basiswetteksten - bijgewerkt tot augustus 1998 - uit het domein van handels- en economisch recht samengebracht.

Zijn o.a. opgenomen:

- het wetboek van koophandel (met o.a. titel IX handelsvennootschappen);
- de chequewet;
- de alleenverkoopwet;
- het K.B. tot coördinering van de wetten betreffende het handelsregister;
- de wet op het consumentenkrediet;
- de W.H.P.C.;
- de wet tot bescherming van de economische mededinging;
- de wet betreffende de handelsagentuurovereenkomst;
- de wet betreffende het gerechtelijk akkoord;
- de faillissementswet;

Tevens werd in dit wetboek de integrale tekst van het E.G.-verdrag opgenomen, zoals deze van kracht zal zijn na de inwerkingtreding van het Verdrag van Amsterdam.

## DE INZAGE IN HET STRAFDOSSIER

### I. INLEIDING

Met de 'wet tot verbetering van de strafrechtspleging in het stadium van het opsporingsonderzoek en het gerechtelijk onderzoek',<sup>1</sup> gewoonlijk de «wet Franchimont» genoemd, heeft de wetgever getracht de strafrechtprocedure aan de nieuwe maatschappelijke behoeften aan te passen. Hiertoe was eerder een Commissie Strafprocesrecht opgericht.<sup>2</sup> Een van de voorstellen van deze Commissie bestond erin om aan de niet-aangehouden verdachte en de burgerlijke partij een inzage-recht in het strafdossier te verlenen.

Het vooronderzoek in strafzaken, zoals vastgesteld in het wetboek van strafvordering, verloopt immers geheim, schriftelijk en niet-contradictoir.<sup>3</sup> Dit inquisitoire karakter heeft tot doel de waarheidsvinding te bevorderen en de goede naam van de verdachte (het 'vermoeden van onschuld') te beschermen.<sup>4</sup> In deze situatie is er geen plaats weggelegd voor de betrokken partijen. Noch voor de verdachte, noch voor het slachtoffer bestaat de mogelijkheid om het dossier in te zien, het optreden van justitie te controleren en te corrigeren. De tegenspraak zal immers ter zitting worden georganiseerd.

Nochtans zijn deze beginselen in bepaalde situaties reeds getemperd en staan ze in andere minstens ter discussie. De waarheidsvinding en het vermoeden van onschuld worden door de Commissie Strafprocesrecht uitdrukkelijk bevestigd en alleen bij wet kan er worden van afgeweken.<sup>5</sup> Art. 61ter Sv. is dan ook slechts bedoeld als uitzondering op deze beginselen.

Na een veroordeling van België door het Hof voor de Rechten van de Mens te Straatsburg, werd reeds aan de aangehouden verdachte en zijn raadsman de mogelijkheid toegekend om bij de verschijning voor de raadkamer het strafdossier in te kijken (art. 21, § 3 en 22, derde lid, Voorlopige Hechteniswet). Tijdens de voorlopige hechtenis moet de aangehouden verdachte immers, op grond van art. 5.4. E.V.R.M. over dit inzage-recht in zijn strafdossier beschikken, met het oog op de behartiging van zijn belangen.<sup>6</sup>

Voor de niet-aangehouden verdachten en voor de burgerlijke partij bleef het vooronderzoek in principe niet-contradictoir verlopen. Alleen bij de regeling der rechtspleging is aan beiden de mogelijkheid verleend om gedurende ten minste 48 uur vooraf het strafdossier te raadplegen.<sup>7</sup>

De burgerlijke partij beschikt daarnaast nog over de mogelijkheid de procureur-generaal, op grond van art. 125 van

het K.B. van 28 december 1950 houdende het algemeen reglement op de gerechtskosten in strafzaken, om inzage in het strafdossier te verzoeken. Dit is geen afdwingbaar recht, maar eerder een 'gunst'. Het is geen 'jurisdictionele beslissing', en bijgevolg is tegen een eventuele weigering geen hoger beroep mogelijk.<sup>8</sup> Het Arbitragehof heeft besloten dat deze regeling een ongrondwettige ongelijkheid inhoudt tussen de gedetineerde verdachte en de burgerlijke partij, in de mate dat er geen weigeringsmodaliteiten en geen beroepsmogelijkheid zijn voorzien.<sup>9</sup>

De huidige maatschappelijke ontwikkelingen hebben de traditionele opvattingen over de strafprocedure nog meer onder druk gezet. Voor een verdachte in 1808 was het gebrek aan tegenspraak tijdens het vooronderzoek niet onoverkomelijk, omdat in de procedure ter zitting het onmiddellijkheidsbeginsel<sup>10</sup> gold. De vonnisrechter voert dan ter zitting, en dus openbaar, een eigen onderzoek uit en steunt niet zomaar op de bewijsgegevens die tijdens het vooronderzoek in het strafdossier zijn samengebracht. Zo zal hijzelf opnieuw de getuigen ter zitting ondervragen. Tijdens dit onderzoek ter terechtzitting is er de nodige ruimte voor een volledig contradictoir en mondeling debat over de bewijsmiddelen.<sup>11</sup> In dergelijk stelsel is er geen acute behoefte om tegenspraak in het vooronderzoek in te bouwen, daar deze fase louter terreinverkenning is.

Het onmiddellijkheidsbeginsel heeft sindsdien veel aan betekenis verloren. Doorgaans steunt de rechter zijn innerlijke overtuiging op stukken uit het dossier, zonder een eigen onderzoek te verrichten.<sup>12</sup> Hierdoor verschoof het zwaartepunt van het proces naar het vooronderzoek.<sup>13</sup> Om een eerlijk proces te garanderen, met voldoende aandacht voor de rechten van de verdediging, moet de verdachte de resultaten van het vooronderzoek kunnen nuanceren. Hij dient dan ook over mogelijkheden te beschikken om de zorgvuldigheid en de volledigheid van het onderzoek te controleren en te corrigeren. De rechtsbescherming van de verdachte, de tegenspraak,<sup>14</sup> die niet langer ter zitting geboden wordt, zal dan moeten georganiseerd worden tijdens het vooronderzoek.<sup>15</sup>

Van de Commissie werd in die zin dan ook verwacht het strafdossier open te trekken naar de partijen toe. Hierbij kwam het er ook op aan de ongelijkheid tussen de aange-

<sup>8</sup> K.I. Luik, 13 juni 1996, *J.L.M.B.*, 1996, 1295 en Brussel, 19 september 1996, *J.L.M.B.*, 1996, 1455.

<sup>9</sup> Arbitragehof, 18 juli 1997, *B.S.*, 3 oktober 1997.

<sup>10</sup> DE SMET, B., *De hervorming van het strafrechtelijk vooronderzoek in België*, Antwerpen, Intersentia, 1997, 709-713.

<sup>11</sup> VAN DEN WYNGAERT, C., *o.c.*, 427 e.v.

<sup>12</sup> VAN DEN WYNGAERT, C., *o.c.*, 742-746.

<sup>13</sup> KNIGGE, G., 'De Strafvordering in het geding', in *Herbezinning op (de grondslagen van) het Wetboek van Strafvordering*, Handelingen Nederlandse Juristen-Vereeniging, Zwolle, Tjeenk Willink, 1994, 70.

<sup>14</sup> Cfr. Art. 6 E.V.R.M.: een contradictoir, maar niet noodzakelijk een accusatoir debat.

<sup>15</sup> KNIGGE, G., *o.c.*, 56.

<sup>1</sup> Wet van 12 maart 1998 tot verbetering van de strafrechtspleging in het stadium van het opsporingsonderzoek en het gerechtelijk onderzoek, *B.S.*, 2 april 1998.

<sup>2</sup> M.B. van 23 oktober 1991, *B.S.*, 11 november 1991.

<sup>3</sup> VAN DEN WYNGAERT, C., *Strafrecht en Strafprocesrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 1994, 424 e.v.

<sup>4</sup> VAN DEN WYNGAERT, C., *o.c.*, 409.

<sup>5</sup> COMMISSIE STRAFPROCESRECHT, *Verslag van de Commissie Strafprocesrecht*, Antwerpen, Maklu, 1994, p. 10.

<sup>6</sup> Europees Hof voor de Rechten van de Mens, 30 maart 1989, inzake Lamy t/ België, *Publ. Cour Eur. D. H.*, Série A, nr. 151.

<sup>7</sup> VAN DEN WYNGAERT, C., *o.c.*, 666.

houden en de niet-aangehouden verdachte uit de wereld te helpen.

Hoewel in het ontwerp Franchimont vooral rechten aan de verdediging werden toegekend, kreeg dit ontwerp in de media vooral belangstelling door de grotere bescherming van het slachtoffer. De Commissie had immers, reeds voor de publieke opinie hierdoor werd bewogen, de keuze gemaakt om het slachtoffer op dezelfde manier te behandelen als de verdachte.<sup>16</sup> Deze herwaardering van het slachtoffer is het resultaat van diepe maatschappelijke wijzigingen. Het gaat hierbij om de sterke toename van de criminaliteit, de grotere mondigheid van de burger, de vrouwen-emancipatie<sup>17</sup> en het gewijzigd recht(vaardigheid)saanvoelen waarvan het E.V.R.M. de uitdrukking maar tevens de deeltjesversneller is. Het strafproces kan op vandaag maar rechtsvrede brengen in de mate dat de slachtoffers worden betrokken in de procedure en houder zijn van eigen slachtofferrechten.

## II. WETSWIJZIGING

Een van de fundamentele hervormingen van de Wet Franchimont is het nieuwe art.61ter Sv. Het geeft aan de niet-aangehouden verdachte en aan de burgerlijke partij (eindelijk)<sup>18</sup> het recht op inzage in het strafdossier. De verzoeker krijgt niet het hele strafdossier te zien, maar slechts dat deel van het dossier dat betrekking heeft de feiten die tot de in verdenkingstelling of tot de burgerlijke partijstelling hebben geleid (§ 1). Het inzage-recht is een noodzakelijke voorwaarde om op een behoorlijke wijze bijkomende onderzoeksmaatregelen te kunnen vorderen. Partijen in het strafproces kunnen zonder inzage haast onmogelijk een gemotiveerd verzoek voor bijkomende onderzoeksdaeden indienen (art. 61quinquies).<sup>19</sup>

Opdat de niet-aangehouden verdachte dit recht kan uitoefenen, dient de onderzoeksrechter de verdachte formeel in verdenking te stellen, tenzij er een gerechtelijk onderzoek nopens een bepaald persoon is gelast (art. 61bis Sv.). Voor het slachtoffer is het vereist dat het zich burgerlijke partij stelt voor de onderzoeksrechter (art. 63 Sv.).

De betrokkenen richten een verzoekschrift aan de onderzoeksrechter met de vraag om inzage in het strafdossier. Zij kunnen dit niet-gemotiveerd verzoekschrift pas op rechtsgeldige wijze indienen op de griffie van de rechtbank van eerste aanleg ten vroegste een maand na de in verdenkingstelling, na het instellen van de strafvordering of na de burgerlijke partijstelling. Het verzoek wordt ingeschreven in een register. De griffier zendt van het verzoek een afschrift aan de procureur des Konings opdat deze de vorderingen kan nemen die hij nuttig acht (§ 2, eerste lid).

De onderzoeksrechter doet over het verzoek uitspraak uiterlijk een maand na de indiening van het verzoekschrift (§

2, tweede lid). Binnen acht dagen na de beslissing wordt de uitspraak meegedeeld aan de procureur des Konings en ter kennis gebracht per fax of bij aangetekende brief aan de verzoeker en eventueel diens advocaat (§ 2, derde lid).

Indien de onderzoeksrechter de inzage toestaat, kan de verzoeker het dossier inzien ten vroegste na acht dagen (gelet op de beroepstermijn voor de procureur des Konings), maar binnen vijftien dagen na de beslissing. De verzoeker en diens advocaat kunnen dan gedurende een periode van ten minste achtenveertig uur het dossier raadplegen. De griffier zal per fax of bij aangetekende brief de verzoeker en diens advocaat meedelen op welk tijdstip zij het dossier kunnen inzien (§ 4, eerste lid).

De onderzoeksrechter beschikt ook over de mogelijkheid om de inzage van het hele dossier, of van stukken ervan, te weigeren. Indien hij dit doet, moet hij zijn beslissing motiveren op basis van een van de vier (limitatieve) gronden die in de wet zijn opgenomen.

Er zijn twee algemene gronden en twee die eigen zijn aan de situatie van de burgerlijke partij. Zo kan de onderzoeksrechter inzage weigeren indien de noodwendigheden van het onderzoek dit vereisen of indien inzage een gevaar zou opleveren voor personen of een ernstige inbreuk op hun privé-leven zou inhouden. De gronden eigen aan de burgerlijke partij zijn de gevallen waarin de burgerlijke partijstelling onontvankelijk lijkt of waarin de burgerlijke partij van geen rechtmatige beweegredenen tot het raadplegen van het dossier doet blijken (§ 3).

Tegen de beslissing van de onderzoeksrechter kunnen de procureur des Konings en de verzoeker beroep aantekenen bij de kamer van inbeschuldigingstelling. De procureur des Konings kan dit doen tegen een positieve beslissing, de verzoeker tegen een negatieve beslissing. Zij leggen hiertoe binnen acht dagen een met redenen omkleed verzoekschrift neer op de griffie van de rechtbank van eerste aanleg. De termijn van acht dagen loopt voor de procureur des Konings vanaf de dag waarop de beschikking hem werd meegedeeld en voor de verzoeker vanaf de dag van de kennisgeving. De aanwending van een rechtsmiddel door de procureur des Konings heeft een schorsende werking ten aanzien van de (positieve) beschikking van de onderzoeksrechter (§ 5, eerste lid).

De kamer van inbeschuldigingstelling doet, zonder debat, uitspraak binnen vijftien dagen na het indienen van het verzoekschrift (§5, tweede lid). De griffier brengt de verzoeker en eventueel diens advocaat hiervan op de hoogte per fax of bij aangetekende brief (§5, derde lid). De K.I. beslist zonder voorafgaand debat, maar toch kan de procureur-generaal zijn schriftelijke vorderingen tot haar richten. Aan de onderzoeksrechter staat het vrij een rapport aan de K.I. te richten. Daarnaast beschikt de K.I. over de mogelijkheid om de procureur-generaal, de onderzoeksrechter en de verzoeker of diens advocaat afzonderlijk te horen (§5, vierde lid). De controle door de K.I. werkt niet alleen bij een expliciete beslissing van de onderzoeksrechter. Ook als de onderzoeksrechter niet tijdig reageert, kan de verzoekende partij de K.I. inschakelen. Zonder deze correctie zou de onderzoeksrechter immers de waarborg van de inzage in het strafdossier gemakkelijk kunnen omzeilen. Concreet kan de verzoekende partij zich tot de K.I. wenden binnen acht dagen, nadat de termijn van een maand waarbinnen de onderzoeksrechter tot een beslissing moet komen, verstreken is (§ 6).

<sup>16</sup> COMMISSIE STRAFPROCESRECHT, o.c., 12 e.v.

<sup>17</sup> GROENHUIJSEN, M. en PENDERS, L., 'De positie van slachtoffers van delicten in het burgerlijk en het strafrecht', in *Slachtoffers van misdrijven*, SOETENHORST- DE SAVORNIN LOKMAN (ED.), Arnhem, Gouda Quint, 1989, 26-27.

<sup>18</sup> Reeds sinds het begin van deze eeuw zijn er pogingen en voorstellen geweest om inzage te verlenen in het strafdossier tijdens het gerechtelijk onderzoek (zie voor een opsomming: COMMISSIE STRAFPROCESRECHT, o.c., 1994, p. 12-13).

<sup>19</sup> DE SMET, B., o.c., nrs. 682 en 685.

De verzoeker mag de gegevens die hij door inzage heeft verkregen, slechts aanwenden in het belang van zijn verdediging, mits hij het vermoeden van onschuld, de rechten van verdediging van derden, het privé-leven en de waardigheid van de persoon in acht neemt (§4, tweede lid).

Hierbij heeft de wetgever het nodig geacht om een strafbepaling op te nemen die misbruik moet voorkomen en eventueel beteugelen. Indien de verzoeker de gegevens toch aanwendt om het gerechtelijk onderzoek te dwarsbomen, om derden te schaden in hun fysieke of morele integriteit of in hun goederen, dan voorziet art. 460ter Sw. in een strafbaarstelling met gevangenisstraf van acht dagen tot één jaar of met een geldboete van 26 tot vijfhonderd frank. Dit neemt evenwel niet weg dat het de betrokkenen vrijstaat om bij de onderzoeksrechter bijkomende onderzoeksdaden te vorderen (art. 63quinquies Sv.).

Pas drie maanden na de laatste beslissing kan men een nieuw verzoek indienen met hetzelfde voorwerp (§ 7). Aan het einde van het gerechtelijk onderzoek biedt het nieuwe art. 127 Sv. aan de inverdenkinggestelde, de burgerlijke partij en hun advocaten de mogelijkheid om het dossier gedurende ten minste vijftien dagen in te zien en er kopie van te vragen. Het betreft hier een onbeperkt recht, waarbij de onderzoeksrechter niet over de bevoegdheid beschikt om de inzage te weigeren of te beperken tot een bepaald deel. Tijdens deze termijn kunnen de inverdenkinggestelde, de burgerlijke partij en hun advocaten de onderzoeksrechter ook nog om bijkomende onderzoekshandelingen verzoeken. Het recht op inzage en de mogelijkheid om nog onderzoeksdaden te vragen houden een belangrijke waarborg in voor het evenwicht in het dossier. Vooral wanneer de betrokken partijen tijdens het onderzoek weinig invloed op het dossier hebben gehad, laat de bepaling van art. 127 Sv. alsnog ruimte om vóór de regeling der rechtspleging bijsturend op te treden. De termijn van vijftien dagen wordt evenwel ingekort tot drie dagen indien een van de inverdenkinggestelden zich in voorlopige hechtenis bevindt.

### III. HET RECHT OP INZAGE: EEN RECHT VAN VERDEDIGING OF DE CIVILISERING VAN HET GERECHTELIJK ONDERZOEK?

#### A. Gerechtelijk onderzoek

Vreemd is dat de waarborgen opgenomen in de Wet Franchimont enkel in het gerechtelijk onderzoek zijn ingebouwd. Hoewel de hervorming erop gericht was storende ongelijkheden weg te werken, dreigen er nieuwe discrepanties te ontstaan.<sup>20</sup>

Verdachten in een opsporingsonderzoek (90 % van de gevallen) beschikken immers niet, anders dan in Nederland (art. 30 Sv.),<sup>21</sup> over de mogelijkheid een verzoek om inzage

<sup>20</sup> Wetsontwerp tot verbetering van de strafrechtspleging in het stadium van het opsporingsonderzoek en het gerechtelijk onderzoek - Memorie van toelichting, *Gedr. St., Kamer*, 1996-97, nr. 857/1, p. 120; DE BÉCO, R., 'Le projet de loi relatif à l'amélioration de la procédure pénale au stade de l'information et de l'instruction, dit «projet Franchimont»', *Journal des procès*, 1997, 10.

<sup>21</sup> Art 30, eerste lid, van het Nederlandse Wetboek van Strafvordering luidt: «Tijdens het gerechtelijk vooronderzoek staat de rech-

in te dienen. Ook het inzagerecht van een verdachte in het opsporingsonderzoek kan bijkomende bewijsgegevens aan het licht brengen, zodat het dossier ter zitting (meer) volledig en objectief is.<sup>22</sup> De verdachten kunnen zelf geen gerechtelijk onderzoek op gang brengen. Zij zijn bijgevolg volledig afhankelijk van de goodwill van hun natuurlijke tegenstander, het O.M., aan wie het toekomt een onderzoeksrechter in te schakelen.<sup>23</sup>

Daarbij komt dat dwangmiddelen niet langer vast samenhangen met een gerechtelijk onderzoek. In een aantal gevallen volstaat de eenvoudige machtiging van de onderzoeksrechter, zonder dat het O.M. de leiding van het onderzoek moet afstaan ('mini-instructie'). Ook deze wijziging kan aanleiding geven tot ongelijkheden.

#### B. Slachtoffer - burgerlijke partij

Het slachtoffer bevindt zich in een minder precare positie, want het kan een gerechtelijk onderzoek doen starten door klacht met burgerlijke partijstelling voor de onderzoeksrechter in te dienen<sup>24</sup> (art. 63 Sv.). Naar geldend Belgisch recht is de figuur van de burgerlijke partijstelling eenzijdig gericht op het verkrijgen, via de strafrechtbank, van vergoeding voor de schade veroorzaakt door het misdrijf. Naar civiel aansprakelijkheidsrecht maakt een misdrijf een onrechtmatige daad uit en moet de schadeverwekker de daardoor ontstane schade vergoeden. Daarom is het ook mogelijk dat de burgerlijke partij niet het slachtoffer in de enge zin is. Ieder die naar de normen van het burgerlijk aansprakelijkheidsrecht recht heeft op vergoeding, bijvoorbeeld door subrogatie,<sup>25</sup> kan zich burgerlijke partij stellen. In Nederland kan, op basis van vaststaande rechtspraak van de Hoge Raad, alleen het rechtstreekse slachtoffer zich voegen bij de procedure.<sup>26</sup> In België kan het slachtoffer op deze wijze de strafvordering ook op gang brengen, maar daarna komt deze alleen aan het O.M. toe, die er de verantwoordelijkheid over draagt.<sup>27</sup>

Door de burgerlijke partijstelling wordt het slachtoffer dus geen echte partij in het strafproces. Het slachtoffer is oorspronkelijk uit de procedure gehouden om wraak te vermij-

ter-commissaris en overigens tijdens het voorbereidend onderzoek het openbaar ministerie, aan de verdachte op diens verzoek toe van de processtukken kennis te nemen».

<sup>22</sup> DE SMET, B., *o.c.*, 714-715.

<sup>23</sup> Wetsontwerp tot verbetering van de strafrechtspleging in het stadium van het opsporingsonderzoek en het gerechtelijk onderzoek - Advies Raad van State, *Gedr. St., Kamer*, 1996-97, nr. 857/1, p. 122.

<sup>24</sup> De burgerlijke partij is wel gehouden tot het betalen van een borgsom, op grond van art. 108 van het K.B. van 28 december 1950 houdende algemeen reglement op de gerechtskosten in Straffzaken. Voor minvermogenden voorziet art. 672 Ger. W. in de mogelijkheid van bijstand.

Deze regeling blijkt op blijvende sympathie te kunnen rekenen in het Parlement: *Gedr. St., Senaat*, 1996-97, nr. 1-9/4, p. 22.

<sup>25</sup> VERSTRAETEN, R., *o.c.*, 738 en art. 63 Sv. 'benadeeld'.

<sup>26</sup> CORSTENS, G.J.M., *Het Nederlandse Strafvorderingrecht*, Arnhem, Gouda Quint, 1993, 80.

<sup>27</sup> Art. 1 V.T.Sv.: «de rechtstreekse vordering tot toepassing van de straffen kan niet worden uitgeoefend dan door de ambtenaren die de wet daarmee belast»; Cass., 21 mei 1928, *Pas.*, 1928, I, 164.

den. Het is a.h.w. de prijs voor een eerlijk en onbevooroordeeld onderzoek naar het ten laste gelegde feit.<sup>28</sup> De behartiging van de belangen van het slachtoffer werd tot de publiekrechtelijke verplichtingen van het strafrecht gerekend.<sup>29</sup>

Niettemin bestaat de tendens om aan het slachtoffer een ruimere armslag in het proces te geven. Het slachtoffer beschikt tot op vandaag weliswaar niet over een verdragsrechtelijke bescherming.<sup>30</sup> Art. 6, eerste lid, E.V.R.M. beoogt enkel de bescherming in de strafrechtelijke context van degene tegen wie de strafvordering is ingesteld en *niet degene die beweert door het misdrijf benadeeld te zijn*.<sup>31</sup> Het slachtoffer heeft krachtens art. 6 eerste lid, E.V.R.M. wel het recht om het herstel van de schade te vorderen. Deze vordering stelt burgerlijke rechten en plichten<sup>32</sup> vast en moet dus niet noodzakelijkerwijze voor de strafrechter worden beslecht. Trechsel heeft er wel voor gepleit om een slachtofferartikel<sup>33</sup> in het E.V.R.M. in te voegen, wat de erkenning van het slachtoffer zou inhouden als direct betrokken partij.<sup>34</sup> Hierbij dient een subtiel evenwicht te worden nagestreefd tussen de rechten van de verdachte en die van het slachtoffer.<sup>35</sup>

De Wet Franchimont houdt reeds een civilisering in van het strafproces, waarbij de verdachte en de burgerlijke partij meer en meer tegenover elkaar komen te staan.<sup>36</sup> Dergelijke evolutie kan de eigen doelstellingen van het strafproces ontwrichten. Partijen die het onderzoek beïnvloeden en mee leiden, zullen niet noodzakelijk de waarheidsvinding bevorderen. De onderzoeksrechter verliest daarbij in zekere mate de autonome leiding over zijn onderzoek. Daarom is het goed dat de onderzoeksrechter in bepaalde omstandigheden inzage kan weigeren, niet in het minst wanneer de burgerlijke partijstelling onontvankelijk lijkt.

<sup>28</sup> GROENHUIJSEN, M. en PENDERS, L., *o.c.*, in SOETENHORST-DE SAVORNIN LOKMAN, J., (ed.), *Slachtoffers van misdrijven*, 28.

<sup>29</sup> NAEYÉ, J., 'De Reikwijdte van fundamentele rechten in strafzaken', in HANDELINGEN NEDERLANDSE JURISTEN-VERENIGING, *De Reikwijdte van fundamentele rechten*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1995, 244; FENWICK, H., 'Procedural 'rights' of victims of crime: public or private ordering of the criminal justice process?', *Michigan Law Review*, 1997, 319 e.v.

<sup>30</sup> 'Art. 6 EMRK lässt den Verletzten jedoch völlig schutzlos, ignoriert ihn geradz', in TRECHSEL, S., «Die Bedeutung der Europäischen Menschenrechtskonvention im Strafrecht», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1989, 826. In dezelfde zin: NAEYÉ, J., *o.c.*, 244.

<sup>31</sup> VERSTRAETEN, R., De burgerlijke partij en het gerechtelijk onderzoek, Antwerpen, Maklu, 1990, nr. 21.

<sup>32</sup> VERSTRAETEN, R., *o.c.*, 20.

<sup>33</sup> 'Ich meine, dass dieses Problem in einem weiteren Zusatzprotokoll zur Konvention gelöst werden müsste.', in TRECHSEL, S., 'Die Bedeutung', *l.c.*, 826.

<sup>34</sup> ELIAS, R., *The politics of victimization, victims, victimology and human rights*, Oxford, 1986, als geciteerd in voetnoot 28 bij: GROENHUIJSEN, M. S., 'Mensenrechten van slachtoffers van delicten en verdachten in het strafproces', in BRANTS, C.H., KELK, C., MOERINGS, M., (ED.) *Er is meer - Opstellen over mensenrechten in internationaal en nationaal perspectief*, Deventer, Gouda Quint, 1996, 176; VERSTRAETEN, R., *o.c.*, 697-707.

<sup>35</sup> Europees Hof voor de Rechten van de Mens, 26 maart 1996, 1996, inzake Doorson t/Nederland, N.J., nr. 741, met noot KNIGGE.

<sup>36</sup> NAEYÉ, J., De reikwijdte van fundamentele rechten in strafzaken, *l.c.*, 250.

*De lege lata* komt de status van burgerlijke partij immers nog altijd toe aan ieder die *beweert* benadeeld te zijn door het misdrijf. Het slachtoffer moet op dat ogenblik geen bewijs van schade leveren. Het volstaat dat het een verklaring bij de onderzoeksrechter aflegt. Het komt aan de vonnisrechter of aan het onderzoeksgerecht toe de ontvankelijkheid van de burgerlijke vordering te beoordelen.<sup>37</sup> Dergelijke regeling kan echter aanleiding geven tot obstructie van het onderzoek, vooral in zaken van georganiseerde criminaliteit.<sup>38</sup> Een lid van een criminele organisatie zou zich wel eens kunnen voordoen als slachtoffer, om te weten te komen wat de verdachte aan de onderzoeksrechter heeft verklaard.<sup>39</sup> Om hieraan tegemoet te komen werd het inzage-recht van de burgerlijke partij beperkt tot dat deel van het dossier dat aanleiding heeft gegeven tot de burgerlijke partijstelling (art. 61ter, §1).<sup>40</sup>

Bovendien heeft de onderzoeksrechter de mogelijkheid inzage in het dossier aan de burgerlijke partij te weigeren indien de burgerlijke partijstelling onontvankelijk lijkt. Volgens M. Franchimont houdt die weigeringsgrond in dat de onderzoeksrechter de ontvankelijkheid van de burgerlijke partijstelling mag onderzoeken.<sup>41</sup> Anderen gaan er daarentegen van uit dat enkel het vonnisrecht zich over de ontvankelijkheid van de burgerlijke partijstelling mag uitspreken.<sup>42</sup> De eerste mening verdient de voorkeur, omdat de onderzoeksrechter daarbij de nodige munitie krijgt aangeboden om de efficiëntie van zijn onderzoek te verdedigen. Hij kan obstructie van het onderzoek en misbruik van de verkregen rechten door malafide burgerlijke partijen voorkomen. Tegen zijn beslissing staat het noodzakelijke<sup>43</sup> jurisdictionele beroep open bij de K.I. Door deze beslissing vervalt de burgerlijke partijstelling niet. Het staat haar vrij om na verloop van het moratorium nogmaals een verzoek tot inzage in te dienen. De definitieve beoordeling van de burgerlijke partijstelling blijft plaatshebben voor het vonnisrecht of voor het onderzoeksgerecht. De onderzoeksrechter voert alleen een *prima facie*-beoordeling uit om de doeltreffendheid van het onderzoek te waarborgen.

### C. Niet-aangehouden inverdenkinggestelde persoon

Het verslag van de eerste Bendecommissie bevatte reeds de aanbeveling om de niet-aangehouden verdachte inzage in zijn strafdossier te verlenen. De Commissie meende dat

<sup>37</sup> Normaal - wanneer er een gerechtelijk onderzoek lopend is en het slachtoffer zich hierbij voegt als burgerlijke partij - doet de vonnisrechter ter zitting uitspraak over de ontvankelijkheid. Indien de burgerlijk partijstelling tot doel heeft de strafvordering op gang te brengen, maar er volgt geen vordering van het O.M. zal het onderzoeksgerecht de burgerlijke partijstelling beoordelen.

<sup>38</sup> VANDERMEERSCH, D., 'Vers uns plus grande transparence', *l.c.*, 30.

<sup>39</sup> VERSTRAETEN, R., *o.c.*, nr. 759.

<sup>40</sup> *Gedr. St., Senaat*, 1996-97, nr. 9/4, p. 36-37.

<sup>41</sup> *Gedr. St., Kamer*, 1996-97, nr. 857/17, p. 125-126.

<sup>42</sup> *Gedr. St., Senaat*, 1996-97, nr. 9/4, p. 38; VERSTRAETEN, R., *o.c.*, nr. 760.

<sup>43</sup> Arbitragehof, 18 juli 1997, B.S., 3 oktober 1997, rechtsoverweging B.16.

er zonder deze maatregel 'onmiskenaar een discriminatie'<sup>44</sup> bestond met de aangehouden verdachte, die op grond van de wet op de voorlopige hechtenis toegang heeft tot zijn dossier.

Er bestaat tussen de aangehouden en niet-aangehouden verdachte weliswaar een objectief onderscheid, op basis van een algemene en voldoende toegankelijke rechtsregel gemaakt, dat tevens een legitiem doel nastreeft. Het inzage-recht moet de aangehouden verdachte in de mogelijkheid stellen zich voor te bereiden op de controle van de beperking van het grondrecht op persoonlijke vrijheid. Het probleem is dan ook eerder te situeren bij het proportioneel verband tussen het nagestreefde doel en de aangewende middelen. De niet-aangehouden verdachte wordt op grond van het vermoeden van onschuld en de waarheidsvinding in volledige onwetendheid gelaten gedurende vaak lange periodes. Hij kan zich dan ook veel moeilijker voorbereiden op de terechtzitting, terwijl de aangehouden verdachte reeds tijdens het vooronderzoek zijn verweer kan opbouwen.<sup>45</sup>

### 1° Materieel criterium

De nieuwe wettelijke regeling komt hieraan tegemoet door inzage te verlenen aan de persoon die door de onderzoeksrechter in verdenking is gesteld, en aan de persoon tegen wie de strafvordering is ingesteld. De onderzoeksrechter zal, op grond van art. 61bis Sv., moeten overgaan tot de inverdenkingstelling van elke persoon tegen wie ernstige aanwijzingen van schuld bestaan. De proceswaarborgen worden dus niet aan een *materieel* criterium gekoppeld,<sup>46</sup> waarbij een persoon de rechten van een verdachte kan uitputten zodra hij vermoedt dat 'er ernstige aanwijzingen van schuld (tegen hem) bestaan'. Indien de onderzoeksrechters hun gewoonte handhaven om slechts zelden over te gaan tot een formele inverdenkingstelling, zou dit criterium de verdachte een zeer effectieve bescherming bieden.<sup>47</sup> Daarnaast sluit het ook aan bij de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens. Er is immers ook reeds sprake van vervolging van zodra de verdachte redelijkerwijze kan aannemen dat hij zich zal moeten verdedigen. Vanaf dat ogenblik moet hij dan ook zijn proceswaarborgen kunnen uitoefenen. De vraag of de onderzoeksrechter de verdachte in verdenking heeft gesteld, is hierbij niet dienend.<sup>48</sup>

<sup>44</sup> Parlementair Onderzoek naar de wijze waarop de bestrijding van het banditisme en het terrorisme georganiseerd wordt - Verslag namens de onderzoekscommissie uitgebracht door de heren Van Parys en Laurent, *Gedr. St., Kamer*, 1988, nr. 59/8, p. 379.

<sup>45</sup> DE SMET, B., o.c., 686.

<sup>46</sup> DE SMET, B., o.c., 701.

<sup>47</sup> DE SMET, B., o.c., 705 en VANDERMEERSCH, D., 'Vers une plus grande transparence de la phase préparatoire du procès pénal', in BELGISCH-LUXEMBURGSE UNIE VOOR STRAFRECHT, *Het tweede voorontwerp van de Commissie Strafprocesrecht*, Gent, Mys & Breesch, 1995, 24.

<sup>48</sup> Europees Hof voor de Rechten van de Mens, 27 februari 1980, inzake Deweer t/ België, *Publ. Cour Eur. D. H.*, Série A, nr. 35; Europees Hof voor de Rechten van de Mens, 10 december 1982, inzake Corigliano t/ Italië, *Publ. Cour Eur. D. H.*, Série A, 57. Zie ook: VAN DEN WYNGAERT, C., o.c., 541 en RIMANQUE, K., PEETERS, B. en VERMEIRE, L., *De toepassing van het E.V.R.M. in de praktijk*, Antwerpen, Kluwer, 1987, 29.

Dit systeem heeft enkele nadelen, o.m. procesmisbruik door personen die zichzelf verdachte 'voelen', en leidt tevens tot een paradox dat de verdachte zelf aannemelijk moet maken dat er een strafvordering tegen hem is op gang gebracht.<sup>49</sup> Sommige auteurs zijn echter voorstander van deze opvatting, omdat ze aansluit bij de eerder accusatoire opvatting die art. 6 E.V.R.M. in zich draagt, waarbij de verdachte autonoom over zijn proceswaarborgen moet kunnen beslissen. Elk van de rechten in het E.V.R.M. heeft een nagestreefd doeleinde; de rechten gelden dan ook van zodra en zolang ze tot dit doeleinde bijdragen.<sup>50</sup> Tevens menen zij dat de waarborgen van de verdachte tegen een eenzijdig optreden van de onderzoekende overheid nauw aansluiten bij de liberale grondrechtentheorie.<sup>51</sup>

### 2° Formeel criterium

De wetgever heeft dus voor een *formeel* criterium gekozen. De onderzoeksrechter bepaalt dus het ogenblik waarop de verdachte zijn procedurerechten zal kunnen uitoefenen. Daartoe dient hij de verdachte in verdenking te stellen (en op de hoogte te brengen van de tenlastelegging en de feiten). Deze positieve handeling dient hij te stellen zodra er voldoende aanwijzingen van schuld bestaan tegen de verdachte.<sup>52</sup> Nochtans kunnen de 'noodwendigheden van het onderzoek' rechtvaardigen dat deze formele stap nog enigszins wordt uitgesteld, omdat eventuele onderzoeksdaaden die nog gesteld worden toch resultaat zouden hebben.<sup>53</sup>

Een te late inverdenkingstelling dient niet noodzakelijkerwijze negatieve gevolgen mee te brengen voor de verdachte. De onderzoeksrechter is immers belast met een onderzoek à charge en à décharge. Mocht hij toch een eenzijdig onderzoek voeren of informatie (vooral à décharge) over het hoofd zien, zodat er zelfs ter zitting geen afdoend herstel meer kan worden aangebracht, dan komt het aan de vonnisrechter toe om de meest passende maatregel te nemen. Daarbij zou hij de strafvervolging onontvankelijk moeten verklaren, indien blijkt dat de verdachte wegens de te late inverdenkingstelling geen degelijke verdediging kan opbouwen.<sup>54</sup>

Ook deze opvatting is niet per se in strijd met de rechtspraak van het Hof voor de Rechten van Mens te Straatsburg. Nergens heeft het Hof immers uitdrukkelijk gesteld dat de proceswaarborgen voor een verdachte moeten gelden zodra hij vermoedt dat er een strafzaak tegen hem wordt opgebouwd.<sup>55</sup> Men kan niet in het algemeen beweren dat de beginselen van art. 6 E.V.R.M. (niet) op het vooronderzoek van toepassing zijn. Van belang is het na te gaan in welke mate het betrokken onderdeel doorweegt op het gehele pro-

<sup>49</sup> COMMISSIE STRAFPROCESRECHT, o.c., 1995, 77; DE SMET, B., o.c., 702; ROZIE, M., «Meer tegenspraak in het vooronderzoek», in BELGISCH-LUXEMBURGSE UNIE VOOR STRAFRECHT, *Het tweede voorontwerp van de Commissie Strafprocesrecht*, Gent, Mys & Breesch, 1995, 54.

<sup>50</sup> DEN HARTOG, A., o.c., 120.

<sup>51</sup> DEN HARTOG, A., o.c., 61.

<sup>52</sup> DE SMET, B., o.c., 705.

<sup>53</sup> DE SMET, B., o.c., 707.

<sup>54</sup> DE SMET, B., o.c., 708.

<sup>55</sup> DE SMET, B., o.c., 704 en DEN HARTOG, A., o.c., 123.

ces.<sup>56</sup> In de mate dat de vonnisrechter de bewijzen tijdens een openbare zitting aan de tegenspraak van partijen onderwerpt (onmiddellijkheidsbeginsel), is de invloed van het vooronderzoek op het uiteindelijke oordeel van de rechter eerder beperkt. De directe confrontatie met het bewijsmateriaal stelt de verdachte in de mogelijkheid het bewijs te controleren en het eventueel te betwisten.

Nu het onmiddellijkheidsbeginsel niet langer strikt wordt toegepast, weegt het vooronderzoek veel zwaarder door op de procedure ten gronde en op het uiteindelijke oordeel. De rechter steunt zijn innerlijke overtuiging meer en meer op gegevens die zich in het strafdossier bevinden, zonder nog langer een eigen onderzoek te voeren. Om een eerlijk proces te waarborgen en de rechten van de verdediging niet te schenden, dient de niet-aangehouden verdachte het vooronderzoek te kunnen controleren en bijsturen.<sup>57 en 58</sup> Het inzagerecht en de mogelijkheid om bijkomende onderzoeksdaden te stellen, zijn hier praktische toepassingen van.

Een nadeel van dit formele systeem is dat de onderzoeksrechter eventueel niet overgaat tot, en zelfs (al té lang) wacht om tot inverdenkingstelling over te gaan, met als enig doel te verhinderen dat er een vraag om inzage van de verdachte komt. De verdachte beschikt niet over een beroep tegen het stilzitten van de onderzoeksrechter. Hij kan er dan ook niet zelf voor zorgen dat hij zijn rechten als inverdenkinggestelde kan uitoefenen.<sup>59</sup> Verder bestaat het gevaar dat het O.M. de tussenkomst van de onderzoeksrechter zal uitstellen, om te verhinderen dat de verdachte te vroeg op de hoogte komt van het onderzoek.

Het inzagerecht van de niet-aangehouden verdachte is dan ook geen stevige waarborg. Vereist is immers dat het O.M. tijdig een gerechtelijk onderzoek instelt en de onderzoeksrechter een inverdenkingstelling uitvaardigt zodra er voldoende schuldaanwijzingen bestaan. De Wet Franchimont komt de positie van de verdachte slechts ten goede als het O.M. en de onderzoeksrechter bereid zijn hun opdracht in die zin uit te voeren.

#### D. Inzage in het strafdossier

Vanaf het eerste ontwerp reeds verzette de Commissie Strafprocesrecht zich tegen een periodiek inzagerecht, zoals bij de handhaving van de voorlopige hechtenis.<sup>60</sup> Dit zou immers een te zware belasting betekenen voor ons juridisch apparaat, een gevaar opleveren voor de efficiëntie van de opsporing.<sup>61</sup> Art. 61ter Sv. bewaart dus het geheim van het onderzoek, zij het dat de onderzoeksrechter dit principe kan

doorbreken in het voordeel van de niet-aangehouden verdachte en de burgerlijke partij.<sup>62</sup>

#### 1°. Verzoek om inzage

De niet-gedetineerde verdachte of de burgerlijke partij die inzage wensen te krijgen, dienen daartoe een verzoek in bij de griffie van de rechtbank van eerste aanleg. Dit verzoekschrift moet niet gemotiveerd zijn, dit in tegenstelling tot het verzoek bij de kamer van inbeschuldigingstelling (§5) en het verzoekschrift om bijkomende onderzoeksdaden te vragen (art. 61quinquies Sv.).<sup>63</sup> Een motiveringsplicht stelt bijvoorbeeld de onderzoeksrechter in staat om concreet verzoekers motieven voor bijkomende onderzoeksdaden te beoordelen. Men kan zich afvragen of een dergelijke motiveringsplicht niet moet worden uitgebreid naar het inzagerecht toe. De onderzoeksrechter zou zo beter in staat worden gesteld om te beoordelen wat de ware bedoeling van de verzoeker is. Gelet op de rechtspraak in de zaak Bendenoun<sup>64</sup> (t.a.v. de verdachte) en van het Arbitragehof<sup>65</sup> (t.a.v. het slachtoffer) was dit ook juridisch te verdedigen geweest.

Het verzoekschrift is pas ontvankelijk na het verlopen van een volle maand<sup>66</sup> sinds de inverdenkingstelling, het instellen van de strafvordering<sup>67</sup> of de burgerlijke partijstelling. Dit stelt de onderzoeksrechter in staat om zich eventueel nog dieper in te werken in een zaak die hij nog niet ten volle beheerst. Hij kan trachten snel resultaat te boeken in reeds aangevatte onderzoeksdaden. Daarnaast kan hij nog gedurende een korte tijd in volle onafhankelijkheid een geheim onderzoek voeren. Dit zijn immers vaak twee vereisten om vooruitgang te boeken in de zoektocht naar de waarheid. Deze termijnregeling moet tevens een rem zijn op onbezonnen verzoeken.

Bij deze termijnregeling kan zich een probleem voordoen met een verdachte die aangehouden was (en daardoor al dan niet toegang had tot het dossier) en daarna in vrijheid werd gesteld. De Commissie en de wetgever gingen ervan uit dat het inzagerecht tijdens de voorlopige hechtenis en het inzagerecht van art. 63ter Sv. niet kunnen worden gecumuleerd. Bij de berekening van de termijnen waarbinnen een verzoek om inzage in het dossier moet worden ingediend, moet dus rekening worden gehouden met de mogelijkheden tot inzage tijdens de voorlopige hechtenis.<sup>68</sup> Een persoon die

<sup>62</sup> *Gedr. St., Senaat*, 1996-97, nr. 9/4, p. 17.

<sup>63</sup> *Gedr. St., Senaat*, 1996-97, nr. 9/4, p. 42-43.

<sup>64</sup> Europees Hof voor de Rechten van de Mens, 24 februari 1994, inzake Bendenoun t/Frankrijk, *Publ. Cour Eur. D. H.*, Série A, nr. 284, § 52.

<sup>65</sup> Arbitragehof, 18 juli 1997, *B.S.*, 3 oktober 1997, rechtsoverweging B.14.

<sup>66</sup> Professor Franchimont verklaarde in die zin in de Kamercommissie Justitie dat de termijn van vijf dagen uit de Wet Voorlopige Hechtenis te kort is (zie *Gedr. St., Kamer*, 1996-97, nr. 857/17, p. 121). Onderzoeksrechter Vandermeersch vindt de periode van één maand nog te kort: (VANDERMEERSCH, D., 'Vers une plus grande transparence', *l.c.*, 32).

<sup>67</sup> Amendement nr. 72 van de heer BOURGEOIS, *Gedr. St., Kamer*, 1996-97, nr. 857/7: de personen tegen wie de strafvordering wordt ingesteld krijgen dezelfde rechten, dus ook inzage. Dit amendement werd eenparig aangenomen.

<sup>68</sup> *Gedr. St., Senaat*, 1996-97, nr. 9/4, p. 34.

<sup>56</sup> VAN DEN WIJNGAERT, C., *o.c.*, 542-543.

<sup>57</sup> Voorstel van wet houdende invoeging van een artikel 61 bis in het Wetboek van Strafvordering - Memorie van toelichting, *Gedr. St., Senaat*, 1990 - 91, nr. 1285-1, p. 3-4.

<sup>58</sup> DE SMET, B., *o.c.*, 301.

<sup>59</sup> Wetsontwerp - Advies Raad van State, *Gedr. St., Kamer*, 1996-97, nr. 857/1, p.122, randnummer 2.

<sup>60</sup> VERSTRAETEN, R., *o.c.*, 764.

<sup>61</sup> Wetsontwerp tot verbetering van de strafrechtspleging in het stadium van het opsporingsonderzoek en het gerechtelijk onderzoek - amendementen, *Gedr. St., Kamer*, 1996-97, nr. 857/8, amendement nr. 75 van de heer Bourgeois. Voor de bespreking zie: *Gedr. St., Kamer*, 1996-97, nr. 857/17, p. 120-123.



bij de eerste verschijning voor de raadkamer in vrijheid wordt gesteld, zal dus ten vroegste een maand na de inzage in het raam van de voorlopige hechtenis een verzoek tot inzage kunnen indienen. Hij heeft immers de dag vóór de zitting van de raadkamer het dossier mogen inzien (art. 21, § 3, Voorlopige Hechteniswet). Zou hij toch reeds een maand na de inverdenkingstelling, die per hypothese gebeurde onmiddellijk na de aanhouding, een ontvankelijk verzoek tot inzage kunnen indienen, dan zouden de termijnen van de beide regimes met elkaar worden gecumuleerd. Natuurlijk zou de termijn voor een verdachte die tijdens zijn aanhouding geen inzage heeft gekregen, wel vanaf de inverdenkingstelling mogen berekend worden. Anders zou hij op een onrechtvaardige manier worden behandeld. Het zal er voor de onderzoeksrechter dus steeds op aankomen nauwkeurig na te gaan wanneer de verzoeker reeds inzage heeft gekregen. Indien minder dan een maand is verlopen, is het verzoek onontvankelijk *ratione temporis*. Het is hierbij van geen belang of de verzoeker inzage verkreeg in het raam van de voorlopige hechtenis dan wel op grond van art. 63ter Sv.

De verzoeker mag ook pas een nieuw verzoekschrift met hetzelfde voorwerp indienen indien een termijn van drie maanden is verstreken sinds de laatste beslissing over hetzelfde voorwerp (§ 7). Zonder dit «moratorium» zou de onderzoeksrechter immers te pas en te onpas bestookt worden met verzoeken, waardoor hij zich niet meer op de opsporing kan concentreren. De senatoren hebben het moratorium beperkt tot een verzoekschrift met hetzelfde voorwerp. Het voorwerp van het verzoek is strikt gesproken de vraag om inzage in dat deel van het dossier dat op de zoekende partij betrekking heeft. De verzoeker zou dus tijdens het moratorium kunnen vragen om inzage in de stukken van het dossier die in het dossier zijn gevoegd sinds de vorige inzage. Die stukken bestonden bij de vorige inzage immers materieel nog niet en maakten er dus niet het voorwerp van uit. Naar de letter is dergelijke oplossing mogelijkkerwijze te verdedigen, maar ze is waarschijnlijk in strijd met de geest van de wet. Het doel van dit moratorium is juist te waarborgen dat de onderzoeksrechter nog over voldoende tijd beschikt om het onderzoek uit te voeren.

## 2° Beslissing door de onderzoeksrechter

### a) Termijn

Na heel wat parlementaire discussie<sup>69</sup> is de termijn waarbinnen de onderzoeksrechter uitspraak zal doen over het verzoek, vastgelegd op één maand. Ook deze termijn stelt de onderzoeksrechter in staat om eventueel nog snel enige voortgang in het dossier te maken. Hij kan ook een reeks verzoeken bundelen, want zelden is er maar één verdachte en één slachtoffer. Bovendien dient de onderzoeksrechter over enige tijd te beschikken om als magistraat in eer en geweten zijn beslissing te nemen.<sup>70</sup>

Toch menen de onderzoeksrechters dat de termijn nog te kort is. Het gevaar lijkt dan ook te bestaan dat de onderzoeksrechters systematisch niet zullen (kunnen, willen of durven) beslissen en de werklast zullen verschuiven naar de

K. I.'s.<sup>71</sup> Deze evolutie zal twee nefaste gevolgen hebben: enerzijds vereist dit het (veelvuldig) transport van het strafdossier,<sup>72</sup> waardoor cruciale stukken dreigen verloren te gaan, en anderzijds stremt dit het onderzoek. Bij afwezigheid van het dossier kan de onderzoeksrechter niet verderwerken en tikt de klok van de verjaring weg in het voordeel van de verdachte en ten nadele van het slachtoffer, die zo door de uitoefening van eigen verkregen rechten er eventueel zal toe bijdragen dat de dader vrijuit gaat.<sup>73</sup>

De onderzoeksrechter kan zowel een positieve als een negatieve beslissing nemen. Het stilzwijgen van de onderzoeksrechter na het verloop van de termijn van een maand wordt niet gelijkgesteld met een positieve beslissing,<sup>74</sup> maar wel met een negatieve en biedt de verzoeker de mogelijkheid een beroepsprocedure te starten (§ 6).

### b) Weigering(sgronden)

Het was niet de bedoeling van de Commissie Strafprocesrecht dat een verzoek automatisch aanleiding zou geven tot inzage. Naar Nederlands voorbeeld kan de onderzoeksrechter inzage weigeren mits hij zijn beschikking motiveert.<sup>75</sup> Omdat de onderzoeksrechter inzage in het strafdossier kan weigeren, zullen er minder parallelle dossiers ontstaan. Daarnaast vermindert de weigeringsmogelijkheid de kans dat de onderzoeksrechter de inverdenkingstelling van de verdachte langdurig zal uitstellen. Deze praktijken zouden ertoe leiden dat de waarborgen contraproductief werken.<sup>76</sup> Het gevaar is nu denkbeeldig omdat de onderzoeksrechter meester blijft van de toegang tot het dossier.

De verzoeker krijgt slechts inzage in dat deel van het dossier dat betrekking heeft op feiten die aanleiding hebben gegeven tot de inverdenkingstelling of de burgerlijke partijstelling. Ook door deze beperking neemt de noodzaak af om inzage te weigeren. Deze regeling werkt in het voordeel van de verdachte en de burgerlijke partij en voorkomt dat de verzoeker op een negatief antwoord zou stuiten. Wanneer de onderzoeksrechter meent dat enkele cruciale stukken geheim moeten blijven, dient hij een gedeeltelijke inzage toe te staan.

Indien de onderzoeksrechter de inzage weigert, moet hij zijn beslissing uitdrukkelijk motiveren. Dit is trouwens ook

<sup>71</sup> *Gedr. St., Kamer*, 1996-97, nr. 857/17, p. 119.

<sup>72</sup> De kopijen die van de strafdossiers zullen genomen worden, zullen immers niet alle problemen oplossen, maar veeleer nieuwe discussiepunten doen ontstaan. Een praktisch probleem zal erin bestaan in middelen (financieel, materieel en temporeel) te voorzien voor het kopiëren van de dossiers. Daarbij rijst de vraag welk dossier het 'authentieke' zal zijn indien er verschillen bestaan tussen de dossiers.

<sup>73</sup> VAN DEN WYNGAERT, C. en DE SMET, B., «De verjaring van de strafvordering in België: een onoverbrugbare hindernis voor de berechting van complexe zaken?», *R.W.*, 1997-98, 172.

<sup>74</sup> *Gedr. St., Kamer*, 1996-97, nr. 857/17 p. 132. Onderzoeksrechter Moyersoen wijst erop dat in bepaalde dossiers tot driehonderd burgerlijke partijen zijn en dat, wanneer die allen een verzoek tot inzage indienen, het onmogelijk wordt daar tijdig op te antwoorden.

<sup>75</sup> *Gedr. St., Kamer*, 1996-97, nr. 857/17, p. 127.

<sup>76</sup> *Gedr. St., Senaat*, 1996-97, nr. 9/4, p. 24, evenals het Luxemburgse voorbeeld zoals uiteengezet bij DE SMET, B., *o.c.*, nr. 326.

<sup>69</sup> *Gedr. St., Senaat*, 1997-98, nr. 704/4, p. 230.

<sup>70</sup> *Gedr. St., Kamer*, 1996-97, nr. 857/17, p. 120-121.

de noodzakelijke voorwaarde om een adequate toetsing van de beschikking door de K.I. mogelijk te maken. De K.I. zal zich waarschijnlijk niet beperken tot een legaliteitsoordeel, maar tevens een opportunitieoordeel vellen. Nochtans kan een uitdrukkelijke motiveringsplicht er ook toe leiden dat een onderzoeksrechter die in het belang van het onderzoek geen inzage wenst te verlenen, zelf zijn eigen onderzoek in gevaar brengt. Hij weigert inzage omdat dit zijn onderzoek kan schaden, maar om de weigering inhoudelijk te motiveren en aannemelijk te maken, zal hij in bepaalde gevallen verplicht zijn de onderzoeksstrategie (minstens ten dele) te onthullen.

De wet bevat een limitatieve lijst met weigeringsgronden die de onderzoeksrechter in zijn motivering zal opnemen. Dit verkleint de bevoegdheid van de onderzoeksrechter, maakt zijn taak meer transparant en dus eenvoudiger te controleren.<sup>77</sup>

Verschillende elementen zijn van doorslaggevend belang om positief te antwoorden op een verzoek om inzage: allereerst de ontvankelijkheid *'ratione temporis'*: het betreft hier de termijn sinds de inverdenkingstelling of burgerlijke partijstelling en het moratorium van drie maanden.

Vervolgens het onderzoek naar de ontvankelijkheid *'ratione personae'*: de hoedanigheid van de verzoeker: betreft het wel effectief een inverdenkinggestelde persoon of een burgerlijke partij?

De positie van de burgerlijke partij bij inzage is in die zin meer beperkt: er is een controle op de ontvankelijkheid en op haar beweegredenen. En tot slot zijn er twee algemene 'zuivere' weigeringsgronden.

#### (i) hoedanigheid

De eerste opdracht waarvoor de onderzoeksrechter staat, is na te gaan in welke mate de verzoeker voldoet aan de hoedanigheid die wordt vereist door deze regeling. Gaat het verzoek uit van de verdachte, dan moet de onderzoeksrechter inzage weigeren als deze nog niet in verdenking is gesteld. Is de verzoeker burgerlijke partij, dan ontbreekt een louter formeel criterium. Aan de onderzoeksrechter komt het slechts toe inzage te weigeren als de burgerlijke partijstelling onontvankelijk lijkt.<sup>78</sup> Hierdoor wordt de burgerlijke partijstelling niet geweigerd, maar kan toch worden opgetreden tegen de burgerlijke partijstelling die 'manifestement abusive' is.<sup>79</sup> Volgens professor Franchimont betekent dit, zoals reeds uiteengezet, dat de onderzoeksrechter de thans geldende ontvankelijkheidsvoorwaarden reeds in het vooronderzoek beoordeelt.<sup>80</sup> Dit klopt maar ten dele. Een negatieve beslissing leidt immers niet tot de definitieve onontvankelijkheid van de burgerlijke partijstelling. Het gaat slechts om een *prima facie*-oordeel.

<sup>77</sup> *Gedr. St., Senaat*, 1996-97, nr. 9/4, p. 37 en *Gedr. St., Senaat*, 1997-98, nr. 704, p. 235.

<sup>78</sup> *Gedr. St., Kamer*, 1996-97, nr. 857/18, p. 10.

<sup>79</sup> VANDERMEERSCH, D., 'Vers une plus grande transparence', *l.c.*, 29.

<sup>80</sup> *Gedr. St., Kamer*, 1996-97, nr. 857/17, p. 126.

#### (ii) De beweegredenen van de burgerlijke partij

De toetsing van de beweegredenen voor de inzage heeft enkel plaats ten aanzien van de burgerlijke partij. De vraag rijst of dit geen nieuwe ongelijkheid inhoudt met de niet-aangehouden verdachte voor wie een soortgelijke bepaling niet is opgenomen, terwijl deze waarschijnlijk ook niet altijd even eerbare doeleinden nastreeft wanneer hij om inzage verzoekt.<sup>81</sup> Trouwens, hoe zal de onderzoeksrechter de beweegredenen van partijen controleren zonder gemotiveerd verzoekschrift? De Kamer oordeelde dat de controle van K.I. terzake een vaste jurisprudentie zal doen ontstaan. De vraag blijft evenwel op grond van welke criteria.

#### (iii) Het gevaar voor andere personen

Deze weigeringsgrond wil vooral vermijden dat (voornamelijk) een burgerlijke partij in het dossier genoemde derden publiek als schuldigen gaat aanwijzen. De burgerlijke partij zal bij de inzage soms kunnen vaststellen dat er vage vermoedens van schuld tegen een bepaalde persoon bestaan. Het gevaar is dan niet denkbeeldig dat de burgerlijke partij de goede naam van deze persoon zal schaden, onder meer via verklaringen in de pers. Nog erger zou het worden indien de burgerlijke partij op grond van de verkregen inlichtingen geweld zou gebruiken tegen de vernoemde derde persoonlijk of tegen diens goederen. Indien de onderzoeksrechter van oordeel is dat hiertoe gevaar bestaat zal hij de inzage in het dossier weigeren. Dit gevaar bestond op vandaag in geringere mate. De burgerlijke partij kreeg slechts inzage in het dossier bij de regeling van de rechtspleging, op welk ogenblik het onderzoek reeds was afgelopen. Het was dan ook duidelijk of de vermoedens al dan niet terecht waren.

De niet-aangehouden verdachte zal zijn aandacht eerder richten op personen die belastende verklaringen hebben afgelegd. Een 'strafexpeditie' tegen de persoon en de goederen van de derde behoren ook hier tot de mogelijkheden. De onderzoeksrechter zal inzage in het straf dossier weigeren indien hij vreest dat hierdoor de veiligheid van die derde niet langer verzekerd is.

#### (iv) Het gevaar voor het onderzoek.

Vanuit de bespreking in het Parlement is de mening gegroeid dat dit een *passé-partout* wordt voor een weigering. Elk onderzoek verloopt het eenvoudigst wanneer er een volstrekte geheimhouding is. Van zodra iemand meekijkt en eventueel van gegevens op de hoogte is, groeit het gevaar dat het onderzoek hinder zal ondervinden.

#### 3° Hoger beroep

De raadsheren in de K.I.'s waren zeer ontstemd over het voorstel van de Commissie om, eveneens naar Nederlands model, te voorzien in een beroep tegen een negatieve beschikking.

De Raad van State en de regering<sup>82</sup> meenden evenwel dat de opname van weigeringsgronden zonder beroepsmogelijk-

<sup>81</sup> VANDERMEERSCH, D., 'Vers une plus grande transparence', *l.c.*, 34.

<sup>82</sup> *Gedr. St., Senaat*, 1996-97, nr. 9/4, p. 13.

heid, een discriminatie zou vormen. De aangehouden verdachte heeft immers een volledige en *onvoorwaardelijke* toegang tot het dossier. Nochtans is er een wezenlijk en objectief verschil: de aangehouden verdachte is aangetast in zijn persoonlijke vrijheid en moet dan ook werkelijk over alle middelen beschikken om zijn vrijheid te kunnen herwinnen.<sup>83</sup> De definitieve tekst kent een recht op hoger beroep toe bij de K.I. Een beroepsmogelijkheid kan de onderzoeksrechter tot meer zorg aanzetten.<sup>84</sup> De keuze voor de K.I. berust op het vermoeden dat daar meer gezag en meer afstandelijkheid aanwezig zijn. In de raadkamer nemen rechters op het niveau van eerste aanleg, net zoals de onderzoeksrechter, zitting, terwijl nu raadsheren de beslissing zullen nemen.<sup>85</sup> Tevens worden zo alle beroepsmogelijkheden uit de nieuwe wet samengebracht bij de K.I.

Er zijn drie hypothesen te onderscheiden inzake hoger beroep. Allereerst die waarin de onderzoeksrechter inzage weigert en de verzoeker hiertegen opkomt. Daarnaast het hoger beroep door diezelfde verzoeker indien de onderzoeksrechter verzuimd heeft binnen een maand uitspraak te doen. En tot slot het hoger beroep door de procureur des Konings tegen een positieve beslissing. Dit laatste brengt mee dat de procureur des Konings het dossier bij de onderzoeksrechter zal moeten blijven volgen. In grotere arrondissementen is dit niet vanzelfsprekend. Het beroep door de procureur des Konings heeft een schorsende werking ten aanzien van de beschikking van de onderzoeksrechter.

De termijn om hoger beroep in te stellen is acht dagen (§ 5, eerste lid), terwijl de termijn voor hoger beroep in het raam van het strafrechtelijk kort geding en in het raam van het verzoek om bijkomende onderzoeksdaaden te verrichten, vijftien dagen is. Men kan dus betreuren dat de wetgever geen gelijke beroepstermijnen heeft ingevoerd ter wille van de eenvormigheid en eenvoud.

Voor de K.I. heeft er geen tegenspraak plaats. De procureur-generaal kan wel zijn vorderingen richten tot de K.I. De onderzoeksrechter kan een rapport opstellen dat aan de K.I. wordt overgemaakt. De raadsheren in de K.I. kunnen het wel nuttig achten om de procureur-generaal, de onderzoeksrechter en de verzoeker of diens advocaat te horen. Dit maakt het mogelijk om de beoordeling open te trekken van een legaliteitsoordeel naar een opportuniteitsoordeel. De K.I. zal de vraag om inzage en de aangebrachte bezwaren ook inhoudelijk beoordelen.

Indien er inzage wordt verleend, kan de verzoeker het dossier raadplegen gedurende een periode van minimaal 48 uur. Deze periode valt ten vroegste acht dagen na de beschikking van de onderzoeksrechter, maar maximum vijftien dagen. Indien de betrokkene bij de inzage echter meent dat het dossier 'dat op hem betrekking heeft' of het deel dat hij mag inzien, hem toch niet volledig werd voorgelegd, beschikt hij niet over de mogelijkheid om hiertegen beroep in te stellen. Dit is een ernstige lacune in de nieuwe regeling, waardoor het verkregen inzagerecht sterk kan worden uitgehold.

#### 4° Misbruik van informatie

Om misbruik van de verkregen informatie te voorkomen, heeft de wetgever een nieuwe strafbaarstelling uitgevaardigd (art. 460ter Sw.). Dit artikel straft met een correctionele straf (acht dagen tot een jaar) diegene die de informatie aanwendt om het onderzoek te verhinderen, of om de fysieke of morele integriteit of de goederen van derden die in het dossier genoemd zijn, te schaden.<sup>86</sup> Dit artikel wil een systeem van interne openbaarheid creëren.

Daarnaast bepaalt paragraaf 4 dat de verkregen informatie slechts kan worden aangewend in de mate dat de finaliteit van het inzagerecht wordt nagestreefd: het belang van de verdediging. De gegevens mogen worden ingepast in de vrijheid van strategie waarover voornamelijk de in verdenkinggestelde beschikt. Maar zijn vrijheid houdt op daar waar die van de anderen begint, dit wil zeggen geen schending van het vermoeden van onschuld, van de rechten van de verdediging van derden en van de waardigheid en het privé-leven van anderen.<sup>87</sup> Een soortgelijke bepaling is opgenomen met betrekking tot eventuele mededelingen aan de pers (art. 28quinquies Sv.).

Een probleem bestaat erin dat de tekst ook spreekt over de verdediging van de burgerlijke partij. Nochtans komt deze niet tussen in de strafprocedure en moet deze zich niet verdedigen in de strafzaak. Er komt haar alleen een civielrechtelijke vordering (zij het voor de strafrechter) toe.

Een ander probleem betreft de afdwingbaarheid van de beperkingsgronden van paragraaf 4. Zal een strafrechtelijke sanctie (art. 460ter Sw.), die bijzonder opzet vereist, de nodige waarborgen bieden? Had men ter preventie niet eerder een systeem moeten uitbouwen waarin, bij misbruik van de verkregen informatie, naar de toekomst toe een verval van het recht op inzage zou gelden? Deze bepaling lijkt mij dan ook meer een morele verantwoordelijkheid uit te drukken, eerder dan een juridisch afdwingbare regel te bevatten.

## IV. SAMENVATTEND BESLUIT

De Wet Franchimont verleent de niet-aangehouden verdachte inzage in het strafdossier en maakt hiermee een einde aan een discriminerende toestand. De aangehouden verdachte kreeg in het raam van de wet op de voorlopige hechtenis een onvoorwaardelijke en volledige toegang tot het strafdossier. Door het inzagerecht van art. 61ter Sv. te beperken tot het gerechtelijk onderzoek, is er een nieuwe ongelijkheid totstandgekomen. De verdachte tijdens een opsporingsonderzoek blijft nog steeds van essentiële rechten van verdediging verstoken. Hij zal in vergelijking met een verdachte in een gerechtelijk onderzoek, zijn verdediging pas veel later zinvol kunnen opbouwen. Hij kan ook zelf geen gerechtelijk onderzoek opstarten.

Binnen een gerechtelijk onderzoek is het de onderzoeksrechter die zal bepalen vanaf wanneer de verdachte over zijn rechten kan beschikken. Het is niet voldoende dat de verdachte vermoedt dat er ernstige aanwijzingen van schuld tegen hem bestaan. Hij dient niet zelf aannemelijk te maken dat hij verdachte is. De onderzoeksrechter dient de verdachte vooraf in verdenking te stellen, tenzij de strafvordering tegen hem is ingesteld. De inverdenkingstelling is op van-

<sup>83</sup> *Gedr. St., Kamer*, 1996-97, nr. 857/1, p. 50.

<sup>84</sup> *Gedr. St., Kamer*, 1996-97, nr. 817/17, p. 128.

<sup>85</sup> *Gedr. St., Kamer*, 1996-97, nr. 857/17, p. 127.

<sup>86</sup> DE BÉCO, R., 'Le projet...', *l.c.*, 23.

<sup>87</sup> *Gedr. St., Senaat*, 1997-98, nr. 704/4, p. 240.

daag een uitzonderlijke gebeurtenis. De onderzoeksrechters zullen hun gewoonten dan ook in die zin moeten aanpassen. De verdachte zelf kan deze positieve daad van de onderzoeksrechter niet afdwingen. Indien de verdachte door de te late inverdenkingstelling geen degelijke verdediging meer kan opbouwen, zal de vonnisrechter de strafvordering onontvankelijk moeten kunnen verklaren.

Ook het slachtoffer dat zich burgerlijke partij heeft gesteld, kan om inzage in het strafdossier verzoeken. Deze hervorming heeft in de media veel aandacht gekregen. Ze vertolkt immers de brede maatschappelijke genegenheid voor slachtofferbejegening. De slachtoffers treden meer en meer naar voren en eisen ook in het strafproces hun rol op. Het gevaar is hierbij niet denkbeeldig dat het inquisitoire model langzaam ingeruild wordt voor het accusatoire.

Het brandpunt van het strafproces is verschoven naar het vooronderzoek. De vonnisrechter voert niet langer ter zitting een eigen onderzoek, maar steunt op de gegevens in het

strafdossier. De Wet Franchimont maakt het mogelijk dat partijen reeds tijdens het onderzoek tegenspraak leveren op de bewijsmiddelen. Hiertoe kunnen ze stukken van het strafdossier inzien en bijkomende onderzoeksdaten vorderen. Partijen nemen het onderzoek dan ook meer en meer zelf in handen. Hierbij kan de eigen inbreng van partijen haaks komen te staan op de waarborg die de onderzoeksrechter biedt. De toenemende civilisering van de strafprocedure mag op termijn niet leiden tot verminderde aandacht voor de waarheidsvinding. De opgesmukte procedure, met rechten en rechtsmiddelen voor de partijen, beantwoordt weliswaar aan een maatschappelijk verlangen, maar kan als averechts gevolg hebben dat de verjaring de berechting meer en meer onmogelijk maakt.

Gunter MAES

Wetenschappelijk medewerker UIA

## DE KAMER VAN INBESCHULDIGINGSTELLING ALS CONTROLEORGaan VAN HET GERECHTELIJK ONDERZOEK

*Een bespreking van de nieuwe bepalingen in de Wet Franchimont*<sup>1</sup>

### INLEIDING

Hoewel slechts in ongeveer 5 % van alle strafzaken een onderzoeksrechter wordt ingeschakeld, blijft het gerechtelijk onderzoek een belangrijke schakel in de strafprocedure. De Commissie Strafprocesrecht (ook wel - naar haar voorzitter - «Commissie Franchimont» genoemd) heeft geopteerd voor het behoud van het gerechtelijk onderzoek onder de leiding van een onafhankelijke onderzoeksrechter, wiens taak dus niet beperkt wordt tot die van een passieve «rechter van het onderzoek».

Omdat die onderzoeksrechter over uitgebreide bevoegdheden beschikt - waardoor hij reeds door Napoleon «de machtigste man van Frankrijk» zou genoemd zijn -, moet worden voorzien in een controle op zijn doen en laten in het raam van een gerechtelijk onderzoek. De Commissie Strafprocesrecht stelde voor die controle vrijwel geheel over te laten aan de kamer van inbeschuldigingstelling (K.I.). Deze krijgt door de «Wet tot verbetering van de strafrechtspleging in het stadium van het opsporingsonderzoek en het gerechtelijk onderzoek» (hierna «Wet Franchimont» genoemd)<sup>2</sup> heel wat

nieuwe taken toebedeeld. Het is de bedoeling van de wet de K.I. een grotere rol te geven bij de controle op het vooronderzoek in strafzaken.

In de eerste plaats werd haar traditionele taak van beroepsinstantie uitgebreid. Zo zal de K.I. nu in een aantal gevallen kennis kunnen nemen van een *hoger beroep* ingesteld tegen een handeling of een weigering een bepaalde handeling te stellen door de procureur des Konings of de onderzoeksrechter in het vooronderzoek.<sup>3</sup>

Krachtens het nieuwe art. 235bis Sv. werd de K.I. daarenboven een nieuwe rol toebedeeld bij de *zuivering van de nietigheden* tijdens het vooronderzoek. Het opleggen van sancties bij vormverzuimen is daardoor geen exclusieve taak meer van de vonnisgerechten. Op deze twee nieuwe uitgebreide taken zal in het bestek van deze bijdrage echter niet verder worden ingegaan.

Deze bijdrage zal zich beperken tot de derde - nieuwe - opdracht die aan de K.I. werd toebedeeld, namelijk die van *controleorgaan op het gerechtelijk onderzoek*. Doordat de hoedanigheid van officier van gerechtelijke politie aan de on-

<sup>1</sup> Met dank aan Prof. Dr. C. VAN DEN WYNGAERT en Dr. B. DE SMET, voor hun gewaardeerde hulp bij het tot stand komen van deze bijdrage.

<sup>2</sup> Wet van 12 maart 1998 tot de verbetering van de strafrechtspleging in het stadium van het opsporingsonderzoek en het gerechtelijk onderzoek, B.S. 2 april 1998.

<sup>3</sup> Hierbij kan worden verwezen naar de nieuwe artikelen 28sexies en 61quater (hoger beroep in het raam van het zgn. «strafrechtelijk kort geding»), art. 61ter (hoger beroep bij een weigering of geen beslissing tot inzage van het dossier) en art. 61quinquies (hoger beroep bij een weigering of geen beslissing op het verzoek tot bijkomende onderzoekshandelingen) Sv.

derzoeksrechter werd ontnomen, achtte men het nodig ruimere controlebevoegdheden aan de K.I. toe te kennen.

Eerst volgt een kort overzicht van de toestand vóór de Wet Franchimont. Er zal worden nagegaan hoe de controle op het gerechtelijk onderzoek en de onderzoeksrechter in de «oude» wetgeving was geregeld en welke problemen daarbij naar voren kwamen. In een tweede deel zullen de bepalingen van de Wet Franchimont worden besproken, om ten slotte, in een laatste deel, deze nieuwe bepalingen te evalueren.

## I. DE BEPERKTE CONTROLE OP HET GERECHTELIJK ONDERZOEK VOOR DE WET FRANCHIMONT

Gezien de ruime bevoegdheden van de onderzoeksrechter tijdens het gerechtelijk onderzoek, heeft men van bij het opstellen van het Wetboek van Strafvordering in 1808 erover gewaakt diens handelingen aan verschillende vormen van controle te onderwerpen. Dit toezicht wordt uitgeoefend zowel door het openbaar ministerie als door de kamer van inbeschuldigingstelling.

### A. Controle door het O.M.

Het O.M. beschikt in de eerste plaats over mogelijkheden om richting te geven aan het gerechtelijk onderzoek. Zo heeft de procureur des Konings krachtens art. 61 Sv. een *inzage- en vorderingsrecht*: hij kan te allen tijde aan de onderzoeksrechter vragen hem het strafdossier mee te delen en op grond van het dossier kan de procureur des Konings beslissen of hij eventueel aanvullende onderzoeksdaeden vordert. De onderzoeksrechter is ertoe gehouden aan de vorderingen van de procureur des Konings gevolg te geven, hetzij door de gevorderde daad te verrichten of te doen verrichten, hetzij door de vordering af te wijzen door middel van een «strijdig bevel». Tegen deze beschikking kan de procureur des Konings hoger beroep instellen bij de K.I.

Daarnaast was tot vóór de Wet Franchimont controle door het O.M. mogelijk langs het *disciplinair toezicht van de procureur-generaal* om. Aan de onderzoeksrechter werd door het Wetboek van Strafvordering namelijk een dubbele hoedanigheid toegekend. Niet alleen was hij een rechter, een lid van de rechtbank van eerste aanleg (zie art. 79 Ger.W.), wiens optreden als waarborg werd gezien voor de uitvoering van een onpartijdig onderzoek,<sup>4</sup> maar hij had ook de hoedanigheid van officier van gerechtelijke politie (art. 9 Sv.).<sup>5</sup> Het was juist in deze laatste hoedanigheid<sup>6</sup> dat de onderzoeks-

rechter onder het disciplinair toezicht viel van de procureur-generaal, zoals bepaald in de artikelen 279-281 Sv.:<sup>7</sup> de procureur-generaal kon de onderzoeksrechter in geval van nalatigheid een waarschuwing geven (art. 280 Sv.) en, in geval van herhaling binnen het jaar, de onderzoeksrechter dagvaarden voor de K.I. (art. 281 Sv.).

Het toezicht van de procureur-generaal strekte zich echter enkel uit op handelingen die de onderzoeksrechter in zijn functie van onderzoeksinstantie stelde (d.i. wanneer hij handelde als officier van gerechtelijke politie, bv. wanneer hij een huiszoeking zelf uitvoerde). Jurisdictionele beslissingen (zoals de verlening van een bevel tot huiszoeking of de uitvaardiging van een aanhoudingsbevel) waren derhalve onttrokken aan zijn controle.<sup>8</sup> De aflijning tussen opsporingsdaeden en jurisdictionele handelingen lag echter niet voor de hand, en binnen de rechtsleer was men het grondig oneens.<sup>9</sup> «Samenvattend kan men zeggen», zo stelde Van Camp, «dat de onderzoeksrechter handelt als officier van gerechtelijke politie wanneer hij de misdrijven opspoorde, de bewijzen ervan inzamelt en de daders ervan ontdekt. Hij treedt op als rechter wanneer hij de elementen van de bundel beoordeelt om hierna een beslissing te nemen.»<sup>10</sup>

Het toezicht van de procureur-generaal was ook beperkt, in die zin dat hij de onderzoeksrechter enkel ter verantwoording mocht roepen voor tekortkomingen aan zijn ambtsverplichtingen. De procureur-generaal had niet het recht de gang van het onderzoek voor te schrijven of het afleveren van bepaalde bevelen voor te schrijven of de door de rechter in het raam zijner bevoegdheid gestelde daeden te laken.<sup>11</sup>

Hoewel de bevoegdheid van de procureur-generaal dus beperkt bleef, toch werd het disciplinair toezicht op de onderzoeksrechter als ongepast ervaren. De onafhankelijkheid van deze laatste zou er al te zeer door worden aangetast. In het tweede deel wordt deze problematiek uitvoeriger behandeld.

### B. Controle door de K.I.

Ook zonder de Wet Franchimont was en is de kamer van inbeschuldigingstelling nog steeds meer dan een loutere beroepsinstantie ten aanzien van de raadkamer. In het raam van het gerechtelijk strafonderzoek heeft ze uitgebreide eigen machten als onderzoeksgerecht, waardoor ze o.m. toe-

<sup>7</sup> Zie ook het oude art. 112 Sv., dat de procureur-generaal de mogelijkheid verleende de onderzoeksrechter te waarschuwen wanneer die naliet rekening te houden met een verplichting tot het stellen van een daad van gerechtelijke politie, wanneer die nalatig was in de afwerking van het onderzoek of het verstrekken van de gevraagde inlichtingen, of nog wanneer die de rechtsvormen voorgeschreven voor de bevelen tot verschijning, tot medebrenging en tot aanhouding niet naleefde.

<sup>8</sup> B. DE SMET, *De hervorming van het strafrechtelijk vooronderzoek in België*, Antwerpen-Groningen, Intersentia, 1996, 88. Zie ook M. FRANCHIMONT, *l.c.*, 852-853.

<sup>9</sup> Zie R. VERSTRAETEN, *l.c.*, 531 en de talrijke verwijzingen aldaar.

<sup>10</sup> C. VAN CAMP, *o.c.*, 67.

<sup>11</sup> B. DE SMET, *o.c.*, 88 en C. VAN CAMP, *o.c.*, 69. Volgens VERSTRAETEN speelt deze beperking in de praktijk niet: indien de procureur-generaal het oneens is met een beslissing van de onderzoeksrechter, kan hij in elk geval via de procureur des Konings een vordering tot hem richten. (R. VERSTRAETEN, *l.c.*, 531).

<sup>4</sup> R. VERSTRAETEN, «Enige bedenkingen omtrent de strafprocesrechtelijke implicaties van de voorstellen van de parlementaire onderzoekscommissie inzake banditisme en terrorisme», *Panopticon* 1990, 530.

<sup>5</sup> Volgens FRANCHIMONT had de onderzoeksrechter zelfs een driedelige hoedanigheid: rechter in de rechtbank, onderzoeksmagistraat en officier van gerechtelijke politie. Zie M. FRANCHIMONT, «Le statut personnel et institutionnel du juge d'instruction», *R.D.P.* 1990, 851-852. Zie ook C. VAN CAMP, *De Onderzoeksrechter*, Antwerpen, Standaard Uitgeverij, 1959, 62.

<sup>6</sup> In zijn hoedanigheid van rechter was de onderzoeksrechter - en is hij nog steeds - tevens onderworpen aan de tuchtvoorschriften die de wet op de rechterlijke inrichting heeft voorgeschreven.

zicht kan uitoefenen en daadwerkelijk kan optreden in de strafonderzoeken. Derhalve is de K.I. meer dan een onderzoeksgerecht in tweede aanleg en bezit ze met name de «volheid van onderzoeksbevoegdheid». <sup>12</sup>

Deze volheid van bevoegdheid komt op verschillende manieren tot uiting. In de eerste plaats heeft de K.I. de bevoegdheid om *nieuwe onderzoeken te bevelen* (art. 228 Sv.). Wanneer ze vaststelt dat het onderzoek onvolledig is, kan zij «nieuwe onderzoeken» bevelen ter vervollediging van het onderzoek. De K.I. geeft dan aan de onderzoeksrechter of aan een andere rechter van dezelfde rechtbank opdracht hetzij om een bijkomend onderzoek, hetzij één of meer bepaalde onderzoeksverrichtingen uit te voeren. <sup>13</sup> De rechter die de opdracht krijgt moet uitvoeren wat bevolen wordt. <sup>14</sup> Aan het openbaar ministerie kunnen geen bevelen worden gegeven, en evenmin kan de K.I. zelf overgaan tot de vervollediging van het onderzoek. <sup>15</sup> Na afloop van het bijkomend onderzoek wordt de zaak niet aan de raadkamer, maar rechtstreeks aan de K.I. voorgelegd. <sup>16</sup>

De K.I. kan tevens nieuwe onderzoeken bevelen wanneer ze in het dossier nietige processtukken ontdekt. Ze kan dan die nietigheden doen herstellen en het onderzoek doen herbeginnen vanaf de nietige akte, zonder de zaak aan de onderzoeksrechter te onttrekken en aan één van haar leden toe te bedelen in het raam van een evocatie (art. 235 Sv.). <sup>17</sup>

Op grond van artikel 235 Sv. kan de K.I. echter ook overgaan tot de *uitbreiding van de vervolging* of zelfs tot *evocatie*. In de eerste plaats kan ze «*ambtshalve vervolgingen gelasten*». Zij kan een persoon die noch door de onderzoeksrechter noch door het openbaar ministerie, noch door de burgerlijke partij in verdenking is gesteld, als verdachte in de zaak betrekken. <sup>18</sup> Ook kan zij de vervolging uitbreiden tot feiten die tot dan toe niet het voorwerp van het onderzoek hebben uitgemaakt. Op die manier wordt dan voor die feiten de strafvordering op gang gebracht. Daartoe is echter wel vereist dat de K.I. sporen van die feiten ontdekt in een dossier dat haar regelmatig overgelegd wordt. Zij moet de feiten in de uitoefening van haar functie vernemen. <sup>19</sup>

<sup>12</sup> Cass., 27 februari 1922, *Pas.* 1922, I, 176, concl. Proc. gen. DECLERCO; zie J. CONSTANT, «Les mises en accusation», in *Les Nouvelles, Procédure Pénale*, t. II, vol. I, nr. 124, p. 39-40; J. D'HAENENS, *Belgisch Straffprocesrecht*, Gent, Story-Scientia, 1985, 191-192; R. DECLERCO, *Onderzoeksgerechten*, in *A.P.R.*, Gent, Story-Scientia, 1993, 185; A. DE NAUW, «Recente tendensen in het onderzoek in strafzaken (1)», *Panopticon* 1988, 244 en R. VERSTRAETEN, *Handboek Strafvordering*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 1993, 277.

<sup>13</sup> R. DECLERCO, *o.c.*, 186.

<sup>14</sup> R. DECLERCO, *o.c.*, 187 en R. VERSTRAETEN, *Handboek Strafvordering*, 278.

<sup>15</sup> J. CONSTANT, *l.c.*, nr. 137, p. 41 en R. VERSTRAETEN, *Handboek Strafvordering*, 278. Wanneer de K.I. de opdracht zou geven aan één van haar leden, maakt ze geen toepassing van art. 228 Sv., maar van haar evocatierecht zoals bepaald in art. 235 Sv. (cf. *infra*).

<sup>16</sup> Cass. 20 februari 1980, *Arr. Cass.* 1979-80, 744.

<sup>17</sup> Cass. 5 september 1984, *Arr. Cass.* 1984-85, nr. 12; zie R. DECLERCO, *o.c.*, 187 en R. VERSTRAETEN, *Handboek Strafvordering*, 278-279.

<sup>18</sup> Zie bv. K.I. Bergen 18 oktober 1991, *R.D.P.* 1992, 678.

<sup>19</sup> R. DECLERCO, *o.c.*, 189. Hier ligt het verschil met het injunctierecht van het hof van beroep (art. 343 Ger. W.). De K.I. kan zich met een nieuw feit pas inlaten als het haar ter kennis komt tijdens

Daarnaast kan de K.I. ook overgaan tot *evocatie*, het aan zich trekken van de zaak. Een van de drie leden van de K.I. zal daarbij worden aangewezen als «raadsheer-onderzoeker», om in die zaak als onderzoekend magistraat op te treden (art. 236 Sv.), <sup>20</sup> en de onderzoeksrechter wordt van zijn opdracht ontslagen. Na afloop van dit onderzoek moet de zaak door de procureur-generaal aan de K.I. worden voorgelegd (art. 238 Sv.). <sup>21</sup>

De K.I. kan ambtshalve tot evocatie overgaan of op verzoek van een der partijen. Zij is echter nooit verplicht te evoceren. <sup>22</sup> Hoewel de K.I. te Luik in de jaren '80 herhaaldelijk gebruik gemaakt heeft van haar evocatierecht <sup>23</sup>, blijft deze proceshandeling toch uitzonderlijk. In het recente verleden kan geen toepassing worden gevonden van het evocatierecht.

Om echter een van haar bijzondere machten te kunnen uitoefenen, moet vooraf worden onderzocht of de zaak op een of andere manier geldig bij de K.I. is aangebracht. Dat levert gewoonlijk geen problemen op als de zaak aanhangig werd gemaakt doordat de raadkamer overeenkomstig art. 133 Sv. het toesturen van het dossier aan de procureur-generaal bevelen heeft voor een misdaad. Problemen kunnen er echter wel rijzen wanneer de zaak voor haar belandt doordat een partij hoger beroep aantekende tegen een beschikking van de raadkamer of van de onderzoeksrechter (art. 135 Sv.). Er moet dan eerst worden nagegaan of het hoger beroep regelmatig en ontvankelijk is. <sup>24</sup> Stelt zij bv. de onontvankelijkheid vast van het hoger beroep tegen de beslissing van de raadkamer, dan kan zij haar bijzondere bevoegdheden niet uitoefenen. <sup>25</sup>

de gewone uitoefening van haar functie. De verenigde kamers van het hof van beroep kunnen vervolgingen bevelen als een raadsheer aangifte doet, zonder dat een verband met enige hangende rechtspleging daartoe vereist is.

<sup>20</sup> In tegenstelling tot de hypothese voorzien in art. 228 Sv. kan de K.I. haar taak niet delegeren aan een onderzoeksrechter. Zij moet één van haar leden aanduiden. Zie J. CONSTANT, *l.c.*, nr. 167, 45.

<sup>21</sup> DECLERCO gaat hierbij verder in op de vraag of de raadsheer-onderzoeker achteraf in de K.I. mag zitting nemen om de rechtspleging te regelen. «Ziet men in de raadsheer-onderzoeker een magistraat die het ambt van onderzoeksrechter uitoefent en in de K.I. een onderzoeksgerecht, dan ontstaat er, in het licht van de recente rechtspraak (met betrekking tot de onderzoeksrechter, vanaf Cass. 23 januari 1985, *Arr. Cass.* 1984-85, nr. 302), een ernstig probleem van incompatibiliteit. Legt men in tegendeel het accent op het fenomeen evocatie, dan beschouwt men het zo dat de K.I. het onderzoek aan zich heeft getrokken en dat zij zelf het onderzoek doet, weliswaar enkel bij monde van haar gedelegeerde, de raadsheer-onderzoeker, die dan slechts de emanatie is van de hele kamer. In die opvatting is er geen enkele onvereenigbaarheid» (R. DECLERCO, *o.c.*, 193).

<sup>22</sup> R. VERSTRAETEN, *Handboek Strafvordering*, 278.

<sup>23</sup> Voor een overzicht, zie A. DE NAUW, *l.c.*, 244-245.

<sup>24</sup> R. DECLERCO, *o.c.*, 193.

<sup>25</sup> Cass. 11 maart 1986, *Arr. Cass.* 1985-86, nr. 441: het betrof hier een cassatieberoep tegen een arrest van de K.I. te Gent, dat van oordeel was dat de volheid van onderzoeksbevoegdheid slechts kan worden uitgeoefend zolang niet definitief werd beslist omtrent de verwijzing. In deze zaak was ook verzet aangetekend tegen de beschikking tot verwijzing van de raadkamer. Nu dat verzet niet ontvankelijk was en de zaak derhalve niet op een rechtsgeldige wijze bij de

Naast deze bijzondere bevoegdheden had de K.I. ten slotte krachtens art. 136bis Sv. een *eigen toezichtsbevoegdheid over langdurige onderzoeken*. Overeenkomstig het oude art. 136bis Sv.<sup>26</sup> kon de K.I. door de procureur-generaal, na verslag van de procureur des Konings, verzocht worden om een bijzonder toezicht uit te oefenen omtrent alle zaken waarover de raadkamer geen uitspraak heeft gedaan binnen zes maanden vanaf de vordering van de procureur des Konings of de burgerlijke partijstelling.

Aan de basis van dit artikel lag de bekommernis van de wetgever om paal en perk te stellen aan gerechtelijke onderzoeken die onnodig lang aanslepen door nalatigheid, een onverstandige aanpak, door te blijven hangen in onbenulligheden of door overbodige onderzoeksmaatregelen. De wetgever meende dat de K.I. te weinig de kans kreeg om van haar advocatierecht gebruik te maken en wilde dan ook in een systeem voorzien van een wettelijke verplichting om de K.I. in kennis te stellen van alle gerechtelijke onderzoeken die langer dan zes maanden aanslepen.<sup>27</sup>

Hoewel de tekst volgens de letter en volgens de intentie van de wetgever een gebiedend karakter had, werd daarmee hoogst zuinig omgesprongen. De procureurs des Konings stelden wel verslagen op ten behoeve van «hun» procureur-generaal, maar het gebeurde zelden dat deze op zijn beurt verslag uitbracht bij de K.I.. Men ging ervan uit - op grond van zuiver pragmatische redenen - dat de in vornoemd artikel omschreven verplichting slechts gold in die gevallen waarin het gerechtelijk onderzoek nodeloos lang aansleepte, bijvoorbeeld wegens het falen van de onderzoeksrechter.<sup>28</sup> Op deze houding van de parketten leverde de rechtsleer soms scherpe kritiek.<sup>29</sup>

Dat het voorschrift meestal dode letter bleef, had ook te maken met het feit dat het Hof van Cassatie reeds in 1887 besliste dat de naleving van het artikel niet substantieel was voor de strafprocedure.<sup>30</sup> In zijn arrest van 25 november 1986 besliste het Hof van Cassatie zelfs dat art. 136bis Sv. slechts als een maatregel van inwendige orde moest bestem-

K.I. werd aanhangig gemaakt, was de verwijzing definitief, zodat de K.I. de volheid van haar bevoegdheid niet meer kon invoeren om een aanvullend onderzoek te bevelen. Het Hof van Cassatie volgde deze zienswijze. Zie ook A. DE NAUW, *l.c.*, 245 en R. VERSTRAETEN, *Handboek Strafvordering*, 278. DECLERCQ meent echter dat het Hof van Cassatie zich in deze zaak niet expliciet heeft uitgesproken over de vraag of regelmatige saisine vereist is of niet. «Het bestreden arrest was immers geen eindbeslissing en deed geen uitspraak over een bevoegdheidsbetwisting». (R. DECLERCQ, *o.c.*, 195).

<sup>26</sup> Oud art. 26 van de wet van 20 april 1874 op de voorlopige hechtenis, dat door art. 45 van de wet van 20 juli 1990 uit de wet op de Voorlopige Hechtenis werd gelicht en werd ingevoegd in het Wetboek van Strafvordering (art. 136bis).

<sup>27</sup> Zie L. DUPONT, «Toezicht over langdurige onderzoeken», *Panopticon* 1983, 336.

<sup>28</sup> *Ibidem*, 335.

<sup>29</sup> Zie DUPONT die schrijft: «Als de wet niet geschikt is om het doel te dienen waarvoor ze gemaakt werd, dan moet de wet verbeterd of afgeschaft worden. Doch dit is niet het werk van de parketten; dit is een exclusief prerogatief van de wetgever.» (L. DUPONT, *l.c.*, 339).

<sup>30</sup> Cass. 7 februari 1887, *Pas.* 1887, I, 104; Cass. 28 april 1902, *Pas.* 1902, I, 213 en Cass. 5 mei 1913, *Pas.* 1913, I, 216, zoals geciteerd door J. CONSTANT, *l.c.*, nr. 201, p. 49; L. DUPONT, *l.c.*, 335 en R. VERSTRAETEN, *Handboek Strafvordering*, 281.

peld worden, waarvan de toepassing niet op straffe van nietigheid was voorgeschreven.<sup>31</sup>

## II. DE UITGEBREIDE CONTROLE OP HET GERECHTELIJK ONDERZOEK NA DE WET FRANCHIMONT

In de Wet Franchimont wordt de controle op het gerechtelijk onderzoek op een andere leest geschoeid. De Commissie Strafprocesrecht - daarin gevolgd door de Kamer en de Senaat - opteerde voor de afschaffing van de hoedanigheid van officier van gerechtelijke politie van de onderzoeksrechter. Omdat er dan echter geen controle meer mogelijk is van de procureur-generaal, werd die taak nu toevertrouwd aan de kamer van inbeschuldigingstelling, van wie men het controleorgaan bij uitstek heeft gemaakt (nieuwe artikelen 136 en 136bis Sv.).

### A. De onderzoeksrechter is niet langer officier van gerechtelijke politie

Reeds in het verslag van de zgn. Eerste Bendecommissie lezen we dat «(...) de onderzoeksrechter beter niet langer als officier van gerechtelijke politie zou optreden. Dat is immers niet essentieel voor de uitoefening van zijn ambt en aldus zouden heel wat problemen en betwistingen worden voorkomen».<sup>32</sup> De Bendecommissie had inderdaad vastgesteld dat de bestaande spanningen tussen onderzoeksrechters en parket één van de oorzaken kon zijn van het slecht functioneren van het strafrechtelijk vooronderzoek. Men stelde dan ook voor om de onafhankelijkheid van de onderzoeksrechter te versterken, door hem via de opheffing van zijn hoedanigheid van officier van gerechtelijke politie aan het toezicht van de procureur-generaal te onttrekken.<sup>33</sup> Op die manier moet de onderzoeksrechter in staat worden gesteld om op volledig onpartijdige wijze een controle uit te oefenen op alle onderzoeken van zodra één van de belanghebbenden om zijn tussenkomst verzoekt.<sup>34</sup>

Wat dit onderdeel betreft, volgt de Commissie Strafprocesrecht de Eerste Bendecommissie.<sup>35</sup> De redenering van deze laatste wordt dan ook in de memorie van toelichting van de Commissie Strafprocesrecht overgenomen, en dit in art. 2 van de Wet Franchimont. Dit artikel bepaalt dat de woorden «en door de onderzoeksrechter» moeten geschrapt worden uit art. 9 Sv., dat opsomt wie de hoedanigheid van officier van gerechtelijke politie heeft.

Hiermee volgt de Commissie het voorbeeld van de Franse wetgever, die reeds in 1959 - bij de invoering van de nieuwe *Code de Procédure Pénale* - de disciplinaire band brak tussen onderzoeksrechter en procureur-generaal. Ook daar oordeelde men dat deze band de onderzoeksrechter «*plaçait*

<sup>31</sup> Cass. 25 november 1986, *Arr. Cass.* 1986-87, nr. 185.

<sup>32</sup> Verslag van de parlementaire onderzoekscommissie naar de wijze waarop de bestrijding van het banditisme en het terrorisme wordt georganiseerd, *Parl. St., Kamer*, 1989-90, nr. 59/8, 318.

<sup>33</sup> *Ibidem*, 379.

<sup>34</sup> R. VERSTRAETEN, *l.c.*, 535.

<sup>35</sup> Op essentiële onderdelen verschillen de Commissie Strafprocesrecht en de Eerste Bendecommissie van mening. Zo werd o.m. het voorstel de rol van de onderzoeksrechter om te vormen tot die van een «rechter van het onderzoek» niet gevolgd.



*dans une position subordonnée et dépendante par rapport au Parquet général, peu compatible avec sa fonction jurisdictionnelle».*<sup>36</sup>

De Commissie Strafprocesrecht schuift ook nog andere argumenten naar voren. Door de onderzoeksrechter zijn hoedanigheid van officier van gerechtelijke politie te ontnemen wordt de kiese vraag of deze optreedt als rechter dan wel als officier van gerechtelijke politie zonder voorwerp.<sup>37</sup> Daarenboven is het statuut van officier van gerechtelijke politie voor de onderzoeksrechter niet noodzakelijk, daar hem uitdrukkelijk de bevoegdheid wordt gegeven om onderzoekshandelingen te stellen (zie het nieuwe art. 56, derde lid, Sv.).<sup>38</sup> Ten slotte zou de grotere onafhankelijkheid ook beantwoorden aan de verzuchtingen van de onderzoeksrechters zelf, daar de verhouding tussen de onderzoeksrechters en het parket-generaal door hen wordt ervaren als een beperking van hun autonomie.<sup>39</sup>

Het hoofdmotief is dus de onafhankelijkheid van de onderzoeksrechter te versterken. Daarbij wordt verwezen naar het arrest De Cubber van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens.<sup>40</sup> In dat arrest plaatste het Hof te Straats-

burg vraagtekens bij de onpartijdigheid van de Belgische onderzoeksrechter. Volgens het Hof bestaat de vrees dat de onderzoeksrechter, om niet in aanvaring te komen met zijn disciplinaire overste, zich niet meer onpartijdig opstelt.<sup>41</sup> Alzo ontstaat de schijn dat de onderzoeksrechter zich moet schikken naar de instructies van het parket.<sup>42</sup> Deze schijn van partijdigheid was dan ook een van de redenen waarom het Hof te Straatsburg in de betrokken zaak oordeelde dat er een schending was van art. 6, eerste lid, E.V.R.M.: «Justice must not only be done, it must also be seen to be done».<sup>43</sup>

Er kunnen echter nog andere vragen rijzen bij de hoedanigheid van officier van gerechtelijke politie van de onderzoeksrechter en bij het disciplinair toezicht van de procureur-generaal dat daarmee samenhangt. Hoewel de verwittigingen en opmerkingen van de procureur-generaal in geen geval betrekking mogen hebben op de onderzoeksstrategie van de onderzoeksrechter, bestaat niettemin het risico dat de onderzoeksrechter die een verwittiging krijgt zich nadien meer verplicht zal voelen rekening te houden met de zienswijze van het parket.<sup>44</sup>

Een knelpunt is tevens dat de procureur-generaal mee adviseert over een verdere aanstelling van de onderzoeksrechter.<sup>45</sup> Alzo is het voor de onderzoeksrechter van belang een goede verstandhouding met het parket en het parket-generaal te onderhouden. Ook dit gegeven kan de onderzoeksrechter ertoe aanzetten om zijn koers bij te sturen en om toch rekening te houden met de visie van het parket.<sup>46</sup>

Ten slotte kunnen er rechtsstatelijke bezwaren worden gemaakt tegen het disciplinair toezicht van de procureur-generaal. Doordat deze verantwoording verschuldigd is aan de minister van Justitie, staat ook de onderzoeksrechter onrechtstreeks onder diens supervisie. Deze band doet vragen rijzen over de onafhankelijkheid van de onderzoeksrechter.<sup>47</sup> C. Van Camp meent zelfs onomwonden dat deze zeggenschap van de regering over een orgaan van de rechterlijke macht niet te verantwoorden is.<sup>48</sup>

Hoewel er dus sterke argumenten gelden om de onderzoeksrechter zijn hoedanigheid van officier van gerechtelijke politie te ontnemen, toch rijst de vraag of de grotere on-

DE NAUW, J. D'HAENENS EN M. STORME, (red.), *Actuele problemen van strafrecht*, Antwerpen, Kluwer, 1988, 283-287.

<sup>41</sup> Zie overweging §29: «... le contraste entre magistrat du parquet et magistrat instructeur se révèle moins qu'à première vue si l'on examine de près les textes légaux. Le juge d'instruction figure, avec les 'procureurs du Roi et leurs substituts', parmi les officiers de police judiciaire, soumis à la surveillance du procureur général; en outre il peut, 'dans le cas réputé flagrant délit', 'faire directement' et en personne 'les actes attribués au procureur du Roi'». Ook geciteerd in B. DE SMET, *o.c.*, 422 en R. VERSTRAETEN, *l.c.*, 541.

<sup>42</sup> B. DE SMET, *o.c.*, 422.

<sup>43</sup> Zie P. LEMMENS, *l.c.*, 2420.

<sup>44</sup> Zie B. DE SMET, *o.c.*, 422.

<sup>45</sup> Zie bijvoorbeeld onlangs nog het (negatief) advies van procureur-generaal THILY (Luik) over de verlenging van de opdracht van onderzoeksrechter CONNEROTTE.

<sup>46</sup> B. DE SMET, *o.c.*, 422.

<sup>47</sup> *Ibidem*, 423.

<sup>48</sup> C. VAN CAMP, *o.c.*, 34. Zie ook M. FRANCHIMONT, *l.c.*, 852 en Memorie van toelichting bij het wetsontwerp tot verbetering van de strafrechtspleging in het stadium van het opsporingsonderzoek en het gerechtelijk onderzoek, *Parl. St., Kamer*, 1996-97, nr. 857/1, 5.

<sup>36</sup> H. BOSLY, «L'institution et le statut du juge d'instruction en droit comparé», *R.D.P.* 1990, 831.

<sup>37</sup> Zie ook M. FRANCHIMONT, *l.c.*, 854. Hiervoor zagen we reeds dat de aflijning tussen opsporingsdaden en jurisdictionele handelingen inderdaad niet voor de hand lag.

<sup>38</sup> Hier volgt de Commissie Strafprocesrecht het verslag van koninklijk commissaris BEKAERT, waarin ook reeds een onderscheid werd gemaakt tussen enerzijds de hoedanigheid van officier van gerechtelijke politie en anderzijds de mogelijkheid om bevoegdheden van gerechtelijke politie uit te oefenen. «Inderdaad», zo stelt de Commissie, «ook al wordt hem de hoedanigheid van officier van gerechtelijke politie ontnomen, toch kan de onderzoeksrechter krachtens art. 56, derde lid, Sv. zelf alle handelingen stellen die behoren tot de gerechtelijke politie, het opsporingsonderzoek of het gerechtelijk onderzoek.» De hoedanigheid van officier van gerechtelijke politie is dan ook niet langer nodig. Zie COMMISSIE STRAFPROCESRECHT, *Hervorming van het strafprocesrecht. Voorontwerp van wet tot verbetering van de strafrechtspleging in het stadium van het opsporingsonderzoek en het gerechtelijk onderzoek, bijgewerkt na raadplegingen (1995)*, Antwerpen, Maklu, 1995, 51; COMMISSIE STRAFPROCESRECHT, 1994. 1: *Verslag van de Commissie. 2: Voorontwerp van wet tot verbetering van de strafrechtspleging in het stadium van het opsporings- en gerechtelijk onderzoek. 3: Onderzoek in gerechtelijke kringen*, Antwerpen, Maklu, 1994, 20 en Memorie van toelichting bij het wetsontwerp tot verbetering van de strafrechtspleging in het stadium van het opsporingsonderzoek en het gerechtelijk onderzoek, *Parl. St., Kamer*, 1996-97, nr. 857/1, 17.

<sup>39</sup> Memorie van toelichting bij het wetsontwerp tot verbetering van de strafrechtspleging in het stadium van het opsporingsonderzoek en het gerechtelijk onderzoek, *Parl. St., Kamer*, 1996-97, nr. 857/1, 17-18. Zie ook COMMISSIE STRAFPROCESRECHT, *o.c.*, 1995, 50-51 en COMMISSIE STRAFPROCESRECHT, *o.c.*, 1994, 20.

<sup>40</sup> E.H.R.M., 26 oktober 1984, inzake De Cubber t/België, *Publ. Cour eur. D.H.*, Serie A, nr. 86. Zie Memorie van toelichting bij het wetsontwerp tot verbetering van de strafrechtspleging in het stadium van het opsporingsonderzoek en het gerechtelijk onderzoek, *Parl. St., Kamer*, 1996-97, nr. 857/1, 6; COMMISSIE STRAFPROCESRECHT, *o.c.*, 1995, 39 en COMMISSIE STRAFPROCESRECHT, *o.c.*, 1994, 8. Voor een bespreking van het arrest, zie P. LEMMENS, «De onderzoeksrechter als vonnisrechter in de correctionele rechtbank», *R.W.* 1984-85, 2418-2423 en A. WINANTS, «De onpartijdige rechter: invloed op de Belgische rechtspraak van de arresten Piersack en De Cubber» in A.



afhankelijkheid die men geeft aan de onderzoeksrechter niet in tegenspraak is met de uitbreiding van de bevoegdheden van de procureur des Konings en met de overdracht van sommige bevoegdheden van de onderzoeksrechter aan het openbaar ministerie in het kader van de «mini-instructie». <sup>49-50</sup> Deze kritiek is echter slechts gedeeltelijk terecht. Het is juist dat de uitbreiding van de bevoegdheden van de procureur des Konings in het kader van een «mini-instructie» een herwaardering van het gerechtelijk onderzoek in de weg staat. Nog meer dan nu reeds het geval is, zal een gerechtelijk onderzoek de uitzondering zijn en een opsporingsonderzoek de regel. Toch is dit niet in tegenspraak met een grotere onafhankelijkheid van de onderzoeksrechter. Ook wanneer deze «slechts» een machtiging moet geven, zonder de leiding van het gehele dossier over te nemen, is het belangrijk dat hij deze machtiging in volledige onafhankelijkheid kan geven, zonder dat hij onder druk kan gezet worden door het parket via het toezicht van de procureur-generaal.

### B. De opheffing van de artikelen 136 Sv. en 136bis Sv.

De nieuwe controletaak van de kamer van inbeschuldigingstelling werd omschreven in de vernieuwde artikelen 136 en 136bis Sv. Hierdoor verdwenen bepaalde principes uit het systeem, zoals de veroordeling tot schadevergoeding van de burgerlijke partij (1°) of de controle op langdurige gerechtelijke onderzoeken op uitsluitend initiatief van de procureur-generaal (2°).

#### 1° De opheffing van oud art. 136 Sv.

Krachtens het oude art. 136 Sv. werd de burgerlijke partij tot schadevergoeding veroordeeld indien zij op haar verzet tegen een buitenvervolginstelling van de verdachte in het ongelijk werd gesteld. De kamer van inbeschuldigingstelling was verplicht een dergelijke veroordeling tot schadevergoeding uit te spreken, «ongeacht het al dan niet foutief karakter van het door de burgerlijke partij aangetekende verzet». <sup>51</sup> De bepaling van art. 136 Sv. werd door de wetgever in 1808 beschouwd als een tegengewicht voor de uitgebreide bevoegdheden die door art. 135 Sv. aan de burgerlijke partij werden toegekend. <sup>52</sup> Op het gebied van het hoger beroep tegen een buitenvervolginstelling was er immers een gelijkstelling tussen het Openbaar Ministerie en de burgerlijke partij. <sup>53</sup> De verdachte diende daarom te worden beschermd tegen een al te lichtvaardige of tergende aanwending van het recht van hoger beroep. Hij hoefde ingevolge

art. 136 Sv. geen afzonderlijke procedure te voeren voor het verkrijgen van schadevergoeding.

In haar oorspronkelijk ontwerp van 1994 opteerde de Commissie Strafprocesrecht ervoor art. 136 Sv. te laten vervallen. <sup>54</sup> Men oordeelde dat de bepaling een anomalie was en dat de vordering tot schadevergoeding het voorwerp moest uitmaken van een andere procedure op basis van art. 1382 B.W., voor de burgerlijke rechter, of ingeval van een vordering inzake eerroof en laster, voor de strafrechten. <sup>55</sup> De zin van het oude art. 136 Sv. kon inderdaad in twijfel worden getrokken. Zo lijkt het in zekere zin tegenstrijdig een partij tot schadevergoeding te veroordelen wanneer het haar door de wet uitdrukkelijk toegekende rechtsmiddel tot een negatief resultaat leidt. Daarenboven heeft het volledig loskoppelen van schadevergoeding en fout in sommige gevallen tot gevolg dat alle logica overboord wordt gegooid. <sup>56</sup> Zo lijkt een veroordeling van de burgerlijke partij tot schadevergoeding onbillijk wanneer haar verzet werd afgewezen omdat de verjaring van de strafvordering sinds het aantekenen van het verzet is ingetreden, zonder dat dit enigszins aan de burgerlijke partij kan worden verweten. <sup>57</sup>

In de aangepaste versie van 1995, die uiteindelijk het voorontwerp van wet werd dat voor advies naar de Raad van State werd gestuurd, werd art. 136 Sv. evenwel heropgevestigd, zij het in een aangepaste versie. De mogelijkheid voor de verdachte om voor de K.I. een schadevergoeding te eisen tegen de burgerlijke partij die verzet had aangetekend tegen de buitenvervolginstelling, maar in het ongelijk werd gesteld, is wel behouden, maar enigszins versoepeld. Er werd voorgesteld de veroordeling tot schadevergoeding in de toekomst facultatief te maken, zodat de K.I. niet langer verplicht zou zijn de in het ongelijk gestelde burgerlijke partij tot schadevergoeding te veroordelen. Volgens de Commissie Strafprocesrecht gebeurde die veroordeling in de praktijk trouwens lang niet meer automatisch. <sup>58</sup>

De Raad van State maakte in zijn advies bij het voorontwerp van wet echter voorbehoud bij de voorgestelde regeling. Hij verwees hierbij naar de twee arresten van het Arbitragehof van 6 juni 1995 en 9 november 1995 m.b.t. art. 136 Sv. <sup>59</sup> In beide gevallen werd het onderscheid aan de orde gesteld tussen het openbaar ministerie en de burgerlijke partij, die beiden tegen een beschikking van buitenvervolginstelling hoger beroep instellen krachtens art. 135 Sv. De Staat kon in geval van bevestiging van de buitenvervolginstelling niet tot schadevergoeding jegens de verdachte worden veroordeeld, terwijl de burgerlijke partij door de K.I. verplicht tot schadevergoeding jegens de verdachte diende te worden

<sup>54</sup> Zie COMMISSIE STRAFPROCESRECHT, *o.c.*, 1994, 90 (art. 27).

<sup>55</sup> *Ibidem*, 66.

<sup>56</sup> R. VERSTRAETEN, *De burgerlijke partij en het gerechtelijk onderzoek*, 320.

<sup>57</sup> Zie K.I. Brussel, 5 juni 1980, *J.T.* 1981, 46, eveneens geciteerd in R. VERSTRAETEN, *De burgerlijke partij en het gerechtelijk onderzoek*, 319.

<sup>58</sup> Zie COMMISSIE STRAFPROCESRECHT, *o.c.*, 1995, 100 (art. 22) en de Memorie van toelichting bij het wetsontwerp tot verbetering van de strafrechtspleging in het stadium van het opsporingsonderzoek en het gerechtelijk onderzoek, *Parl. St., Kamer*, 1996-97, nr. 857/1, p. 65.

<sup>59</sup> Arbitragehof nr. 43/95, 6 juni 1995, *B.S.* 10 augustus 1995 en Arbitragehof nr. 76/95, 9 november 1995, *B.S.* 18 januari 1996.

<sup>49</sup> Voor de meeste dwangmaatregelen zou een eenvoudige machtiging van de onderzoeksrechter volstaan, zonder dat het dossier volledig naar hem wordt overgeheveld en er een gerechtelijk onderzoek wordt gestart. Zie het nieuwe art. 28septies Sv..

<sup>50</sup> Zie R. DE BECO, «Le projet de loi relatif à l'amélioration de la procédure pénale au stade de l'information et de l'instruction, dit 'projet Franchimont'», *Journ. Proc.* 1997, nr. 328, 9.

<sup>51</sup> Cass. 10 november 1992, *Arr. Cass.* 1991-92, 1297-1298.

<sup>52</sup> R. VERSTRAETEN, *De burgerlijke partij en het gerechtelijk onderzoek*, Antwerpen, Maklu, 1990, 311.

<sup>53</sup> Art. 135 Sv. geeft zowel de burgerlijke partij als de procureur des Konings o.m. het recht binnen 24 uur hoger beroep aan te tekenen bij de kamer van inbeschuldigingstelling tegen een buitenvervolginstelling van de raadkamer.

veroordeeld. Het Arbitragehof oordeelde echter in beide gevallen dat deze regeling niet in strijd was met het gelijkheidsbeginsel, aangezien er een fundamenteel verschil bestaat tussen het openbaar ministerie en de burgerlijke partij. Terwijl de eerste optreedt in het belang van de maatschappij, treedt de tweede enkel op voor het persoonlijk belang.<sup>60</sup> Daardoor was het verantwoord dat een veroordeling tot schadevergoeding enkel kon ten laste van de burgerlijke partij. De wetgever mocht dan ook een ongepast verzet - waardoor het onderzoek wordt verlengd om redenen die geen verband houden met het algemeen belang - ontmoedigen en van een sanctie voorzien.<sup>61</sup>

«De vraag», zo stelde de Raad van State, «rijst evenwel, in het licht van de verruimde mogelijkheden voor de verdachte om hoger beroep in te stellen (ontworpen art. 135 Sv.<sup>62</sup>), of het daaruit voortvloeiende verschil in behandeling tussen de verdachte en de burgerlijke partij wel verantwoord is. De burgerlijke partij zou immers, in geval van afwijzing van haar hoger beroep tegen de beschikking tot buitenvolvoeringstelling, tot schadevergoeding jegens de verdachte kunnen veroordeeld worden, maar in een schadevergoeding voor de burgerlijke partij, in geval van een afwijzing van het hoger beroep van de verdachte tegen een verwijzingsbeschikking, wordt niet voorzien. Het komt de Raad van State voor dat voor dat verschil geen afdoende verantwoording kan gegeven worden.» «Art. 136 Sv. zou dan ook, hetzij in zijn geheel moeten opgeheven worden, hetzij moeten gewijzigd worden in een zin die ook in een schadevergoeding jegens de burgerlijke partij voorziet», besluit het advies.<sup>63</sup>

Het advies viel niet in dovemansoren en de wetgever koos uiteindelijk voor het eerste voorstel van de Raad van State, de opheffing van art. 136 Sv. Het leek de Commissie Strafrechtsrecht - m.i. terecht - verkieselijk de mogelijkheid tot veroordeling van de burgerlijke partij tot schadevergoeding wegens onwerkdadig hoger beroep in zijn geheel op te heffen, eerder dan eenzelfde mogelijkheid in te voeren ten nadele van de verdachte.<sup>64</sup>

## 2° De (gedeeltelijke) opheffing van oud art. 136bis Sv.

De opheffing van art. 136bis kende een minder «bewogen» geschiedenis. Zoals in het eerste onderdeel reeds werd

<sup>60</sup> Overweging B.2. in beide arresten.

<sup>61</sup> Overweging B.3. in beide arresten.

<sup>62</sup> Ingevolge het nieuwe art. 135 Sv. beschikt de verdachte over uitgebreidere mogelijkheden om hoger beroep in te stellen tegen een verwijzingsbeschikking van de raadkamer. Terwijl vóór de Wet Franchimont hij dit enkel kon bij onbevoegdheid van de raadkamer of de onderzoeksrechter, kan hij dit nu ook (onder strikte voorwaarden) in geval van onregelmatigheden, verzuim of nietigheden met betrekking tot een onderzoekshandeling of met betrekking tot wat men algemeen de bewijsverkrijging noemt.

<sup>63</sup> Zie advies van de Raad van State bij het wetsontwerp tot verbetering van de rechtspleging in het stadium van het opsporingsonderzoek en het gerechtelijk onderzoek, *Parl. St., Kamer*, 1996-97, nr. 857/1, 130.

<sup>64</sup> Memorie van toelichting bij het wetsontwerp tot verbetering van de strafrechtspleging in het stadium van het opsporingsonderzoek en het gerechtelijk onderzoek, *Parl. St., Kamer*, 1996-97, nr. 857/1, 66.

besproken, hield art. 136bis Sv. een toezicht in van de kamer van inbeschuldigingstelling op langdurige onderzoeken en dit op verzoek van de procureur-generaal bij het hof van beroep. Er werd reeds opgemerkt dat deze bepaling in de praktijk veelal dode letter bleef.

In het oorspronkelijke ontwerp van de Commissie Strafrechtsrecht van 1994 werd het bestaande art. 136bis Sv. ongemoeid gelaten. Voor de nieuwe controletaken van de K.I. had men de aanvulling van art. 218 Sv. voor ogen, waarbij aan het bestaande art. 136bis Sv. niet behoefde geraakt te worden.<sup>65</sup>

Pas in haar tweede ontwerp, namelijk dat van 1995, wilde de commissie een volledig nieuw hoofdstuk 10 invoeren in het Wetboek van Strafvordering, waarbij er nieuwe artikelen 136bis tot 136quater zouden worden ingevoegd. Het oude art. 136bis Sv. zou worden opgeheven. Men oordeelde dat de stelselmatige vraag naar verslagen aanleiding gaf tot vertraging, waardoor de adiëring door de procureur-generaal in onbruik was geraakt.<sup>66</sup>

Uiteindelijk werd een gedeelte van het oude art. 136bis Sv. hernomen: de verslagen door de procureurs des Konings aan de procureur-generaal werden behouden. Waaron men beslist heeft de verslagen van de procureur des Konings - die eerder nog als oorzaak voor een eventuele vertraging van het onderzoek werden gebrandmerkt - alsnog te behouden is onduidelijk. In de besprekingen in de Kamercommissie voor Justitie laat professor Franchimont verstaan dat de gedeeltelijke herinvoering van art. 136bis Sv. er kwam op voorstel van de regering.<sup>67</sup>

## C. De invoeging van Hoofdstuk X: de K.I. als hét controleorgaan bij uitstek

Zoals reeds vermeld, heeft de Commissie Strafrechtsrecht voorgesteld de controle op het doen en laten van de onderzoeksrechter voortaan te laten verrichten door de kamer van inbeschuldigingstelling.<sup>68</sup> In het Wetboek van Strafvordering werd daarom een nieuw hoofdstuk X ingevoerd,<sup>69</sup> met als opschrift: «Hoofdstuk X - Toezicht op het onderzoek door de kamer van inbeschuldigingstelling», houdende de artikelen 136 tot (uiteindelijk) 136bis. Hierna zullen beide nieuwe artikelen van naderbij worden besproken.

<sup>65</sup> COMMISSIE STRAFPROCESRECHT, *o.c.*, 1994, 60.

<sup>66</sup> COMMISSIE STRAFPROCESRECHT, *o.c.*, 1995, 100.

<sup>67</sup> Verslag bij het wetsontwerp tot verbetering van de strafrechtspleging in het stadium van het opsporingsonderzoek en het gerechtelijk onderzoek en het wetsontwerp houdende invoeging van een art. 61bis in het Wetboek van Strafvordering, *Parl. St. Kamer* 1996-97, nr. 857/17, p. 140.

<sup>68</sup> Ook DE SMET schrijft: «Als de procureur-generaal zijn disciplinair gezag over de onderzoeksrechter zou verliezen, dient het toezicht van de K.I. evenredig verruimd te worden». (B. DE SMET, *o.c.*, 424).

<sup>69</sup> In de oorspronkelijke versie van het ontwerp-Franchimont (1994) wilde men gewoon het bestaande art. 218 Sv. aanvullen met een tweede lid, namelijk: «De kamer van inbeschuldigingstelling kan een van haar leden machtigen om het verloop van de gerechtelijke onderzoeken te controleren, verslag te vragen over de stand van de zaken, kennis te nemen van de dossiers en uitspraak te doen overeenkomstig de bepalingen van dit hoofdstuk». Zie COMMISSIE STRAFPROCESRECHT, *o.c.*, 1994, 87 (art. 17).

1. *Het ambtshalve toezicht van de K.I. en de adiëring ervan door de inverdenkinggestelde en de burgerlijke partij (art. 136 Sv.)*

In de eerste plaats houdt het nieuwe art. 136 Sv. het ambtshalve toezicht in dat de K.I. voert op de gerechtelijke onderzoeken. De Commissie Strafprocesrecht was van oordeel dat de kamer van inbeschuldigingstelling het best geplaatst was om dit toezicht te houden. Het stemde volgens haar volledig overeen met de oorsprong van de K.I. «*qui constitue le centre d'instruction des affaires criminelles et correctionnelles*». <sup>70</sup> Professor Franchimont argumenteerde dat de raadkamer niet zo geschikt is voor die opdracht, omdat er op het niveau van de raadkamer, zowel ten opzichte van de procureur des Konings als ten opzichte van de onderzoeksrechter, niet dezelfde onafhankelijkheid geldt. <sup>71</sup>

Concreet kan de K.I. in het raam van haar ambtshalve toezicht voortaan verslagen vragen over de stand van de lopende zaken, kennis nemen van de dossiers, eventueel de vervolging uitbreiden of de zaak geheel evoceren op grond van art. 235 Sv. (zoals in het eerste deel reeds besproken) of uitspraak doen overeenkomstig krachtens art. 235bis Sv. (zuivering van nietigheden bij de regeling van rechtspleging door de K.I. naar aanleiding van een evocatie of bij de beoordeling van het beroep tegen de beschikking van de raadkamer). Logisch is dat de K.I. ook bijkomende opsporingen kan bevelen zonder de zaak te evoceren (krachtens het bestaande art. 228 Sv.), zij het dat het nieuwe art. 136 Sv. daarover niets vermeldt. Belangrijk is dat de K.I. voortaan niet meer moet wachten op een (regelmatige) adiëring om te kunnen overgaan tot het bevelen van nieuwe onderzoeken of het geheel evoceren van de zaak.

Voorts hebben de inverdenkinggestelde en de burgerlijke partij de mogelijkheid om de K.I. in te schakelen wanneer het gerechtelijk onderzoek meer dan één jaar tijd in beslag neemt. Dit is in feite een uitbreiding van het oude art. 136bis Sv., waarin dit recht enkel aan de procureur-generaal toekwam (hetgeen in het nieuwe art. 136bis Sv. bevestigd wordt, zie hierna). De lat wordt dus uiteindelijk gelijkgelegd voor alle partijen in het geding, wat aanvaardbaar is omdat langdurige gerechtelijke onderzoeken niet alleen de belangen van de maatschappij, maar ook particuliere belangen kunnen schaden.

Men heeft daarbij een termijn vastgesteld van één jaar. Hoewel sommigen voorstelden deze termijn te verminderen tot zes maanden, hetgeen voor de indieners van het amendement billijker leek, <sup>72</sup> werd toch vastgehouden aan één jaar. De Minister wees erop dat de inverdenkinggestelde en de burgerlijke partij voordien al de gelegenheid hebben gekregen bijkomende onderzoekshandelingen te vragen.

<sup>70</sup> Zie de Memorie van toelichting bij het wetsontwerp tot verbetering van de rechtspleging in het stadium van het opsporingsonderzoek en het gerechtelijk onderzoek, *Parl. St., Kamer*, 1996-97, nr. 857/1, 66 met verwijzing naar J. CONSTANT, *l.c.*, nr. 1, 23.

<sup>71</sup> Verslag bij het wetsontwerp tot verbetering van de strafrechtspleging in het stadium van het opsporingsonderzoek en het gerechtelijk onderzoek en het wetsontwerp houdende invoeging van een art. 61bis in het Wetboek van Strafvordering, *Parl. St., Kamer* 1996-97, nr. 87/17, 47.

<sup>72</sup> Zie amendement nr. 66, *Parl. St., Kamer*, 1996-97, nr. 857/9, 7.

Hierbij moet ook worden opgemerkt dat zowel voor de burgerlijke partij als voor de inverdenkinggestelde een «*moratorium*» geldt van zes maanden, d.w.z. dat een nieuw verzoek aan de K.I. op grond van art. 136 Sv. maar ten vroegste zes maanden na het vorige verzoek mogelijk is.

De hele regeling is vergelijkbaar met die van Frankrijk, waarin de verdachte en de burgerlijke partij zich tot de K.I. kunnen wenden indien het onderzoek langer dan één jaar aansleept. Verschilpunt is echter dat de verdachte of de burgerlijke partij pas de K.I. kunnen inschakelen wanneer de onderzoeksrechter langer dan één maand blijft stilzitten <sup>73</sup> na hun verzoek om aan zijn opsporingen een einde te maken (art. 175-1 C.P.P.). <sup>74</sup> Daarenboven bepaalt een *circulaire* van 27 januari 1993 dat de K.I. die in deze omstandigheden geadieerd werd, niet mag overgaan tot evocatie. <sup>75</sup>

2° *De adiëring door de procureur-generaal (art. 136bis Sv.)*

In het nieuwe art. 136bis Sv. werd de controle van het openbaar ministerie op het gerechtelijk onderzoek aangescherpt. Allereerst is de procureur des Konings verplicht om verslag uit te brengen bij de procureur-generaal over alle langlopende gerechtelijke onderzoeken. De termijn in het oude art. 136bis Sv. werd echter wel verdubbeld: een gerechtelijk onderzoek is nu pas langlopend indien het ten minste één jaar aansleept (in plaats van zes maanden).

Voor het overige werd de procedure zoals die bestond in het oude art. 136bis Sv., grondig gewijzigd. Men had daarbij vooral de versoepeling van de procedure voor ogen. Terwijl de oude procedure strikte termijnen vastlegde, geeft de nieuwe regeling de procureur-generaal meer bewegingsvrijheid. Zo hoeft hij niet meer te wachten op het verslag van de procureur des Konings, dat nu pas na één jaar te verwachten is, maar kan hij nu optreden wanneer hij dit noodzakelijk acht voor het goede verloop van het onderzoek en de regelmatigheid van de procedure. Hij kan dus ook een verslag vragen voor andere redenen dan vertraging van het onderzoek.

Eens dat de K.I. door de procureur-generaal geadieerd is, kan deze dezelfde maatregelen nemen als die welke zijn bepaald in art. 136 Sv., met name verslagen vragen, kennis nemen van de dossiers, eventueel de vervolging uitbreiden of de zaak geheel evoceren op grond van art. 235 Sv. of uitspraak doen krachtens art. 235bis Sv. Ook hier geldt de opmerking dat de K.I. wellicht ook haar bevoegdheden overeenkomstig art. 228 Sv. (nieuwe onderzoeken bevelen zonder te evoceren) kan uitoefenen.

In de memorie van toelichting werd opgemerkt dat het nieuwe art. 136bis Sv. de procureur-generaal de mogelijkheid biedt toezicht uit te oefenen op de onderzoeksrechter, niettegenstaande het feit dat deze niet meer de hoedanigheid heeft van officier van gerechtelijke politie. Het gaat hierbij dan wel om een begrensd toezicht op het goede verloop van het onderzoek en niet meer om een disciplinair toe-

<sup>73</sup> Wanneer de onderzoeksrechter het verzoek gemotiveerd afwijst, hebben noch de verdachte noch de burgerlijke partij een recht op hoger beroep bij de K.I.

<sup>74</sup> Zie M. DELMAS-MARTY (ed.), *Procédures pénales d'Europe*, Paris, Presses universitaires de France, 1995, 246.

<sup>75</sup> J. DUMONT, «*Ordonnances de règlement (art. 175 à 184)*», *Juris Classeur de Procédure Pénale*, II, 4.

zicht.<sup>76</sup> Daarenboven zal de procureur-generaal nu zelf geen beslissingen meer kunnen nemen t.a.v. de onderzoeksrechter, maar zal hij enkel de K.I. kunnen adiëren. Aldus wordt niet geraakt aan de versterkte onafhankelijkheid van de onderzoeksrechter.

De K.I. kan beslissen zowel het verslag van de onderzoeksrechter te horen als de toelichtingen van de inverdenking-gestelde en de burgerlijke partij. De K.I. is daartoe evenwel niet verplicht. Men wilde vooral vermijden dat de K.I. het proces zou maken van de onderzoeksrechter. «Zijn aanwezigheid is slechts noodzakelijk om de kamer van inbeschuldigingstelling in te lichten over de voortgang van de rechtspleging en de moeilijkheden die hij tijdens het onderzoek op zijn weg vindt.»<sup>77</sup> In de Kamercommissie werd voorgesteld in de mogelijkheid te voorzien dat de K.I. de onderzoeksrechter hoort in afwezigheid van de partijen.<sup>78</sup> Het voorstel werd unaniem aanvaard: wanneer de K.I. het nuttig acht voor het verloop van het onderzoek en het geheim ervan, kan ze de onderzoeksrechter horen buiten de aanwezigheid van de partijen.

### 3. Evaluatie van het voorgestelde systeem

In de Wet Franchimont werd voorgesteld het toezicht op het gerechtelijk onderzoek te centraliseren bij de kamer van inbeschuldigingstelling. Deze instantie heeft er dan ook heel wat taken bij gekregen, waardoor de vraag rijst of de K.I. al haar nieuwe taken wel zal aankunnen. Reeds op het colloquium te Brussel van 26 mei 1994 - waarop de eerste versie van het ontwerp-Franchimont werd voorgesteld en besproken - vreesden de magistraten dat de K.I. zou worden overstelpt met voorzieningen tegen beschikkingen van de onderzoeksrechter of de procureur des Konings, waardoor deze onmogelijk al haar taken nog zou kunnen vervullen.<sup>79</sup> Haar nieuwe algemene controletaak op het gerechtelijk onderzoek zou dan ook wel eens een doodgeboren kind kunnen worden.

Ook de Raad van State merkte in zijn advies op dat het ambtshalve toezicht dat bij het ontworpen art. 136 Sv. aan de kamer van inbeschuldigingstelling wordt opgedragen, «indien het regelmatig wordt uitgeoefend», een zware bijkomende belasting voor die kamer zou meebrengen. «De wetgever», zo besluit de Raad van State, «dient zich dan ook af te vragen of de ontworpen wijziging niet gepaard moet gaan met een uitbreiding van het personeel en de middelen die ter beschikking staan van de kamer van inbeschuldigingstelling.»<sup>80</sup> Professor Franchimont liet in de Kamercommissie eenzelfde geluid horen: «opdat de kamers van inbeschuldigingstelling hun rol ten volle zouden vervullen, dienen ze

worden te versterkt.» Volgens hem vormt die uitbreiding de enige voorgestelde ingreep uit het ontwerp die aanzienlijke kosten zal meebrengen.<sup>81</sup>

Het staat buiten kijf dat de kamers van inbeschuldigingstelling aanzienlijk moeten versterkt worden. Indien een dergelijke versterking uitblijft, zal vooral haar nieuwe algemene controletaak, en meer in het bijzonder haar ambtshalve toezicht, ernstig in het gedrang komen. Wanneer ze inderdaad zal worden overstelpt met «adiëringen»<sup>82</sup> tot beroep tegen beschikkingen van onderzoeksrechters en procureurs des Konings, zal ze haar nieuwe taken, opgedragen in art. 136 Sv., misschien als eerste laten varen.

De federale regering heeft in haar «Meerjarenplan justitie en veiligheid» rekening gehouden met de hervormingen en heeft er dan ook bijkomende mankracht en middelen voor voorzien. Het plan voorziet in de aanwerving van 240 bijkomende magistraten en 320 bijkomende griffiers, secretarissen en ander administratief personeel, gespreid over drie jaar (1998-2000). In haar motivering wordt de «wet Franchimont» expliciet vermeld als zijnde één van de redenen waarom het magistratenkorps dient te worden aangepast.<sup>83</sup> Te hopen valt dat de onderzoeksgerechten daarvan een graantje meepikken.

Zowel in de Kamer als in de Senaat werd een tweede mogelijke oplossing voorgesteld. In plaats van het kader uit te breiden stelden sommige kamerleden en senatoren voor om het de K.I. mogelijk te maken zitting te houden met één raadsheer, in plaats van met drie raadsheren (via de invoeging van een nieuw art. 136<sup>quater</sup> Sv.).<sup>84</sup> De indieners argumenteerden dat deze mogelijkheid nodig was opdat de K.I. al haar oude en nieuwe taken ook effectief zou kunnen vervullen. Telkens achtte men het echter - «rekening houdende met de belangrijke taken (van de K.I.) en met het oog op de eenheid van jurisprudentie» - noodzakelijk de collegiale vorm van het rechtscollege te behouden.<sup>85</sup>

<sup>81</sup> Verslag bij het wetsontwerp tot verbetering van de strafrechtspleging in het stadium van het opsporingsonderzoek en het gerechtelijk onderzoek en het wetsontwerp houdende invoeging van een artikel 61bis in het Wetboek van Strafvordering, *Parl. St., Kamer*, 1996-97, nr. 857/17, 47.

<sup>82</sup> De Commissie heeft voor de term «adiëring» geopteerd, daar het «beroep» in het raam van het zgn. strafrechtelijk kort geding (voorgestelde artikelen 28<sup>sexies</sup> en 61<sup>quater</sup> Sv.) bij de K.I. tegen een beschikking van de procureur des Konings, geen «hoger beroep» is in de eigenlijke zin van dit woord. Een beslissing van het openbaar ministerie heeft namelijk geen gerechtelijk karakter, zodat er geen «hoger beroep» - in de letterlijke betekenis - tegen kan ingesteld worden. Vanuit een bekommernis van eenvormigheid heeft men de term «adiëren» ook gebruikt bij de onderzoeksrechter, hoewel er daar eigenlijk wel sprake kan zijn van «hoger beroep». Zie het Verslag bij het wetsontwerp tot verbetering van de strafrechtspleging in het stadium van het opsporingsonderzoek en het gerechtelijk onderzoek, *Parl. St., Senaat*, 1997-98, nr. 704/4, 27-28.

<sup>83</sup> Zie Meerjarenplan justitie en veiligheid als bijlage E bij het Senaatsverslag bij het ontwerp Franchimont, *Parl. St., Senaat*, 1997-98, nr. 1-704/4, 457.

<sup>84</sup> Zie amendement nr. 89, *Parl. St., Kamer*, 1996-97, nr. 857/9, 8 en amendement nr. 99, *Parl. St., Senaat*, 1997-98, nr. 704/2, 49-50.

<sup>85</sup> Zie Verslag bij het wetsontwerp tot verbetering van de rechtspleging in het stadium van het opsporingsonderzoek en het gerechtelijk onderzoek, *Parl. St., Senaat*, 1997-98, nr. 704/4, 314.

<sup>76</sup> Memorie van toelichting bij het wetsontwerp tot verbetering van de rechtspleging in het stadium van het opsporingsonderzoek en het gerechtelijk onderzoek, *Parl. St., Kamer*, 1996-97, nr. 857/1, 68.

<sup>77</sup> *Ibidem*.

<sup>78</sup> Zie amendement nr. 67, *Parl. St., Kamer*, 1996-97, nr. 857/7, 7.

<sup>79</sup> Zie G. RENAULT, «Colloque: vers une nouvelle procédure pénale», *R.D.P.* 1994, 994-995.

<sup>80</sup> Advies van de Raad van State bij het wetsontwerp tot verbetering van de rechtspleging in het stadium van het opsporingsonderzoek en het gerechtelijk onderzoek, *Parl. St., Kamer*, 1996-97, nr. 857/1, 131.

Behalve de vraag of de K.I.'s voldoende gewapend zullen worden om hun nieuwe taken te vervullen, kunnen ook vragen worden gesteld bij de wijze waarop de K.I. haar - vooral ambtshalve - toezicht zal uitoefenen.<sup>86</sup> Zal de K.I. in staat zijn een gerechtelijk onderzoek van nabij te volgen? Reeds het oude art. 136bis Sv. (hetgeen uiteindelijk behouden werd in het nieuwe) voorzag in een verslag van de procureur des Konings aan de procureur-generaal, juist omdat men ervan uit moest gaan dat deze veel dichter bij het gerechtelijk onderzoek stond dan de procureur-generaal. Wanneer men aanneemt dat de procureur-generaal te ver van het gebeuren staat om zelfstandig toezicht te kunnen uitoefenen, moet men dit zeker ook vrezen voor de K.I.. De afstand tussen controlerende en gecontroleerde instantie is wellicht te groot opdat er van een effectieve en regelmatige ambtshalve controle sprake zal kunnen zijn.

Was het daarom niet raadzaam de controle op het gerechtelijk onderzoek over te laten aan de raadkamer in plaats van aan de K.I.? Hierbij kan worden verwezen naar de Nederlandse regeling. Het toezicht op de rechter-commissaris (vgl. onderzoeksrechter) wordt in Nederland niet uitgeoefend door een kamer van inbeschuldigingstelling (die men in Nederland niet kent), maar door de *raadkamer* bij de *rechtbank*, die samengesteld is uit drie rechters van die *rechtbank* (vgl. rechtbank van eerste aanleg).<sup>87</sup> De rechter-commissaris is zelf ook lid van de *rechtbank*, waardoor in Nederland de controle dus uitgeoefend wordt door «collega's» die zich op hetzelfde niveau bevinden.<sup>88</sup> Dit heeft ongetwijfeld als voordeel dat het ambtshalve toezicht efficiënter kan verlopen, daar de afstand tussen de raadkamer en de onderzoeksrechter en zijn gerechtelijk onderzoek minder groot is. -

Toch rijzen er heel wat bezwaren tegen een controle door de raadkamer. Bij de parlementaire besprekingen van het ontwerp Franchimont heeft professor Franchimont deze idee uitdrukkelijk verworpen. «De hoogleraar denkt niet dat er op het niveau van de raadkamer, zowel ten opzichte van de

procureur des Konings als ten opzichte van de onderzoeksrechter, noodzakelijkerwijs dezelfde onafhankelijkheid is.»<sup>89</sup> Inderdaad, als argument tegen de controle door de raadkamer kan men opwerpen dat ze in dat geval controle zou moeten uitoefenen op een gelijke. De onderzoeksrechter en de raadkamer bevinden zich namelijk op hetzelfde niveau, namelijk dat van de rechtbank van eerste aanleg. Ook het feit dat de raadkamer sinds de wet van 25 oktober 1919 nog slechts is samengesteld uit één alleenzettelende rechter was voor de Commissie Strafrechtsrecht een reden om niet te kiezen voor de raadkamer. Een derde argument vindt de Commissie in het feit dat de raadkamer niet bevoegd is onderzoeksdaden te bevelen, maar die enkel kan suggereren, en dit in tegenstelling tot de K.I. (zie art. 228 Sv.). Aan dit principe wenste men niet te raken. Een laatste argument dat wordt aangevoerd door professor Traest is dat de K.I. ook de bevoegdheid heeft gekregen uitspraak te doen over onregelmatigheden (zie nieuwe art. 235bis Sv.) en dat door beide bevoegdheden (uitspraak over onregelmatigheden en controle op het gerechtelijk onderzoek) aan hetzelfde gerecht te verlenen een eenheid van rechtspraak kan worden bereikt.<sup>90</sup>

Deze argumenten zijn echter niet helemaal overtuigend. Het feit dat de raadkamer en de onderzoeksrechter in wezen gelijken zijn, mag de controletaak van de raadkamer niet in de weg staan. Daarbij kan niet enkel worden verwezen naar de Nederlandse regeling; ook de wet van 20 juli 1990 betreffende de Voorlopige Hechtenis voorziet in een controle door de raadkamer op de onderzoeksrechter (zie de art. 20, 21 en 25, § 2 Voorlopige Hechteniswet).

Ook het feit dat de raadkamer sedert de wet van 25 oktober 1919 nog maar is samengesteld uit één enkele rechter is geen valabele reden om haar uit te sluiten van elke controlebevoegdheid op het gerechtelijk onderzoek. Waarom ziet men geen graten in de controle door de alleenzettelende rechter in de raadkamer op het aanhoudingsbevel van de onderzoeksrechter en doet men dit wel als het gaat om ambtshalve toezicht of het toezicht op langdurige onderzoeken?

Het derde argument, namelijk het feit dat de raadkamer niet bevoegd is zelf onderzoeksdaden te bevelen, verhindert evenmin dat ze toch de controlerende instantie kan zijn op het gerechtelijk onderzoek. Is het niet voldoende dat het controlerende orgaan de onderzoeksrechter aanmaant in plaats van diens bevoegdheden zelf te gaan uitoefenen? Moet de raadkamer dus zelf onderzoeksdaden kunnen bevelen opdat er maar een effectieve controle kan zijn? M.i. is dit geen absolute noodzaak.

Wellicht het sterkste argument pro de controle door de raadkamer is de afstand tussen de K.I. en de onderzoeksrechter en zijn gerechtelijk onderzoek. De K.I. staat in de regel ver af van het gerechtelijk onderzoek, waardoor het voor haar moeilijk is een dergelijke controle uit te oefenen. Voor de raadkamer is er helemaal geen afstand, waardoor dit rechtscollege (hoewel samengesteld uit één enkele rechter), beter geplaatst is voor het uitoefenen van een ambts-

<sup>89</sup> Zie Verslag bij het wetsontwerp tot verbetering van de strafrechtspleging in het stadium van het opsporingsonderzoek en het gerechtelijk onderzoek en het wetsontwerp houdende invoeging van een artikel 61bis in het Wetboek van Strafvordering, *Parl. St., Kamer*, 1996-97, nr. 857/17, 47.

<sup>90</sup> *Ibidem*, 33.

<sup>86</sup> Ook in de Kamercommissie werd een soortgelijke opmerking gemaakt, waarop echter niet verder is ingegaan. Zie Verslag bij het wetsontwerp tot verbetering van de strafrechtspleging in het stadium van het opsporingsonderzoek en het gerechtelijk onderzoek en het wetsontwerp houdende invoeging van een artikel 61bis in het Wetboek van Strafvordering, *Parl. St., Kamer*, 1996-97, nr. 857/17, 141.

<sup>87</sup> De raadkamer is er dus nog steeds samengesteld uit drie rechters (zonder de onderzoeksrechter zelf evenwel). Sinds de wet van 25 oktober 1919 (door de Wet-Franchimont overgeheveld naar artikel 127 Sv.) is dit in België niet meer het geval. De raadkamer bestaat in België nog slechts uit één enkele rechter.

<sup>88</sup> De *rechtbank* moet waken voor een nodeloos lange duur - waarbij verwezen wordt naar de «redelijke termijn» van art. 6 E.V.R.M. - van een door de rechter-commissaris gevoerd onderzoek. Zij kan haar toezicht niet alleen ambtshalve uitoefenen, maar ook op de vordering van de *officier van Justitie* (vgl. procureur des Konings) of op het verzoek van de verdachte. De burgerlijke partij (die in de Nederlandse strafprocedure sowieso een beperkte rol speelt) heeft geen vorderingsrecht. De *rechtbank* kan daarop de processtukken doen overleggen en de onverwijld of spoedige beëindiging van het onderzoek bevelen (art. 180 Sv.). Tegen afwijzing van zijn daartoe strekkende vordering heeft de officier van Justitie krachtens art. 446 Nederlands Sv. het recht hoger beroep in te stellen bij het *gerechtshof* (vgl. Hof van Beroep). Zie A. MINKENHOF, *De Nederlandse strafvordering*, Arnhem, Gouda Quint, 1990, 157.

halve toezicht op de lopende gerechtelijke onderzoeken. Daarbij komt dat men het woord «afstand» ook letterlijk moet nemen: door de controle te laten uitoefenen door de raadkamer vermijdt men dat het dossier en de verdachte moeten worden overgebracht naar de kamer van inbeschuldigingstelling. Dit zou niet alleen veel kosten besparen, maar vermindert ook het risico op ontvluchting door de verdachte tijdens zijn overbrenging.

Natuurlijk veronderstelt de overheveling van het ambtshalve toezicht naar de raadkamer eenzelfde overheveling van het toezicht op vordering van de inverdenkinggestelde en de burgerlijke partij, alsmede die op de vordering van de procureur-generaal. Het zou niet raadzaam zijn het ambtshalve toezicht naar de raadkamer over te hevelen en de controle op de vordering aan de K.I. te laten. In het belang van de eenheid van rechtspraak moeten alle controle-bevoegdheden in één en hetzelfde orgaan worden geconcentreerd, namelijk de raadkamer.

Even vanzelfsprekend moet men ook het vorderingsrecht dat men nu heeft toebedeeld aan de procureur-generaal, overhevelen naar de desbetreffende procureur des Konings. Het zou niet opgaan dat de procureur-generaal - die zich op het niveau van het hof van beroep bevindt - zijn vordering tot toezicht zou moeten instellen bij de raadkamer, die deel uitmaakt van de rechtbank van eerste aanleg. Daarbij komt dat de procedure van het oude art. 136bis Sv. - die men nu al heeft vereenvoudigd - nog verder wordt versimpeld. In plaats van de rol van de procureur des Konings te beperken tot het doorsturen van verslagen aan de procureur-generaal, krijgt deze nu zelf de bevoegdheid om de vordering tot toezicht in te stellen. Aldus zal deze nu zelf rechtstreeks het controle-rend orgaan aanspreken wanneer hij meent dat de onderzoeksrechter «zijn» ex-dossier verwaarloost. De tijdrovende omweg via het parket-generaal zal niet meer nodig zijn.

### Besluit

In de memorie van toelichting bij het ontwerp Franchimont lezen we dat het ontwerp zeven krachtlijnen kent. Zo o.m. de omschrijving van de rol van de onderzoeksrechter en het toezicht op de regelmatigheid door de onderzoeksgerechten, respectievelijk de tweede en de zesde krachtlijn.<sup>91</sup> Onder de tweede krachtlijn valt het ontnemen aan de onderzoeksrechter van zijn hoedanigheid van officier van gerechtelijke politie. Men oordeelde dat deze hoedanigheid raakte aan zijn onafhankelijkheid tegenover het parket (door het disciplinair toezicht van de procureur-generaal) en aan het beginsel van de scheiding der machten. Ter compensatie voorzag men echter in een grotere rol voor de kamer van inbeschuldigingstelling voor wat de controle op het verloop van de gerechtelijke onderzoeken betreft. Deze grotere rol vormt een onderdeel van de zesde krachtlijn en werd uitge-

<sup>91</sup> Voor alle krachtlijnen, zie memorie van toelichting bij het wetsontwerp tot verbetering van de strafrechtspleging in het stadium van het opsporingsonderzoek en het gerechtelijk onderzoek, *Parl. St., Kamer*, 1996-97, nr. 857/1, p. 4.

werkt in een nieuw Hoofdstuk X in het Wetboek van Strafvordering. Behalve een (nieuw) ambtshalve toezicht en een (nieuwe) mogelijkheid van de verdachte en de burgerlijke partij om de K.I. te adiëren, werd ook gesleuteld aan het bestaande vorderingsrecht van de procureur-generaal inzake langdurige onderzoeken, dat opgenomen was in het bestaande art. 136bis Sv., maar dat in de praktijk vaak dode letter bleef.

Met het ontnemen van de hoedanigheid van officier van gerechtelijke politie aan de onderzoeksrechter kan alleen maar worden ingestemd. Te veel argumenten pleiten tegen een dergelijke hoedanigheid. Het ontnemen ervan kan de noodzakelijke onafhankelijkheid van de onderzoeksrechter alleen maar ten goede komen.

Tegen de meer uitgebreide controlebevoegdheden voor de K.I. rijzen er echter wel bezwaren. Zo kan men zich in de eerste plaats afvragen of de K.I.'s voldoende gewapend zullen worden om hun nieuwe taken uit te voeren. In de huidige bezetting moet deze vraag wellicht negatief worden beantwoord. Wil men dus aan de K.I. als controleorgaan vasthouden dan zullen deze gevoelig moeten versterkt worden. Zoniet riskeert men dat het gewenste toezicht dode letter blijft.

Meer fundamenteel is de vraag echter of de keuze voor de K.I. wel een goede keuze was. Het risico bestaat immers dat de afstand tussen de K.I. en het gerechtelijk onderzoek te groot is voor een effectieve - vooral ambtshalve - controle. Daarom had men er wellicht beter aan gedaan te opteren voor de raadkamer als toezichthoudend orgaan. Ondanks enkele argumenten tegen een dergelijke overheveling, wegen deze niet op tegen de voordelen ervan. Zo zal de ambtshalve controle op het gerechtelijk onderzoek wellicht veel efficiënter zijn wanneer deze wordt uitgeoefend door de veel dichterbij het onderzoek staande raadkamer dan wanneer dit gebeurt door de K.I.. De raadkamer zal veel sneller kunnen ingrijpen en zo veel dichterbij de bal spelen. Dit komt de efficiëntie van de controle alleen maar ten goede. Maar niet alleen de ambtshalve controle zal vlotter verlopen, ook de controle op de vordering van de partijen en het parket. Zo wordt de omweg via het parket-generaal vermeden en kan de procureur des Konings zelf overgaan tot de adiëring van de raadkamer. Om al deze redenen had men misschien toch ernstig kunnen overwegen de raadkamer in plaats van de K.I. bevoegd te maken voor de toekomstige controle op het gerechtelijk onderzoek.

De praktijk zal echter moeten uitwijzen of een dergelijke aanpassing van het voorgestelde systeem nodig zal zijn. Wanneer de kamers van inbeschuldigingstelling voldoende versterking krijgen en zij hun werk op een doordachte wijze organiseren is een efficiënte ambtshalve controle, alsmede een controle op vordering van de partijen of van de procureur-generaal, zeker niet uit te sluiten. Misschien moeten we de nieuwe Wet Franchimont - althans wat dit onderdeel betreft - het voordeel van de twijfel gunnen.

Tom ONGENA  
Wetenschappelijk medewerker ULA

# RECHTSPRAAK

## ARBITRAGEHOF

18 MAART 1998

Voorzitter: de h. Melchior

Rapporteurs: de hh. Martens en De Baets

Advocaten: mrs. Bourtembourg, Thiry, Mahieu en Leus

### **Grondwet – Gelijkheid en niet-discriminatie – Belasting – Provincie- en gemeentebelastingen – Bezwaar – Beroep – Jurisdictionele waarborgen – Verschil in behandeling tussen de gewesten**

*Art. 9 van de wet van 24 december 1996 betreffende de vestiging en de invordering van de provincie- en gemeentebelastingen schendt de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, doordat het ertoe leidt dat in het Vlaamse en in het Waalse Gewest de belastingplichtigen verstoken zijn van de jurisdictionele waarborgen die de belastingplichtigen in het Brusselse Hoofdstedelijke Gewest genieten.*

Arrest nr. 30/98

#### *Onderwerpen van de beroepen*

Bij verzoekschriften die aan het Hof zijn toegezonden bij op 30 juni 1997 ter post aangetekende brieven, hebben de gemeente Schaarbeek, de stad Charleroi en de Waalse regering beroep tot vernietiging ingesteld van de wet van 24 december 1996 betreffende de vestiging en de invordering van de provincie- en gemeentebelastingen.

#### *In rechte*

(...)

#### *Ten aanzien van de in het geding zijnde bepalingen*

De aangevochten wet van 24 december 1996 wijzigt de regelen betreffende de vestiging en de invordering van de provincie- en gemeentebelastingen. Zij bevat bepalingen betreffende de invordering (art. 3), de kohieren (art. 4), het aanslagbiljet (art. 5), de ambtshalve vaststelling van de belastingaanslag (art. 6), de vaststelling van overtredingen (art. 7), de onderzoeksbevoegdheden van de ambtenaren (art. 8), de bezwaren en beroepen (art. 9 tot 11), de verwijzing naar diverse bepalingen van het Wetboek van de inkomstenbelastingen (art. 12), opheffingsbepalingen (art. 13 en 14) alsmede de vaststelling van de inwerkingtreding van de wet (art. 15).

(...)

Art. 9 van de aangevochten wet onderwerpt de bezwaren tegen provincie- of gemeentebelastingen voortaan aan twee verschillende soorten beroepen: in het Vlaamse en het Waalse gewest vormen zij het voorwerp van een administratief beroep; in het Brusselse Hoofdstedelijke Gewest vormen zij het voorwerp van een jurisdictioneel beroep.

Wanneer de federale wetgever een jurisdictioneel beroep heeft georganiseerd dat openstond voor elke persoon die een bezwaar indiende tegen een provinciale of een gemeentelijke belasting, mag hij de belastingplichtigen van een gewest de jurisdictionele waarborgen niet ontnemen die de wet aan de belastingplichtigen van een ander gewest blijft toekennen, tenzij objectieve en redelijke argumenten dat verschil in behandeling verantwoorden.

De bepaling van art. 9 die stelt dat de bestendige deputatie voortaan als administratieve overheid handelt, werd verantwoord door de overweging dat in de praktijk het onderzoek van de bezwaren door de bestendige deputatie werd toevertrouwd aan ambtenaren van het provinciale bestuur en dat, aangezien een administratief karakter wordt toegekend aan het bezwaar voor de bestendige deputatie, de wetgever enkel de bestaande situatie zou bevestigen (*Parl.St., Kamer, 1995-1996, nr. 461/4, p. 24*).

Een dergelijke vaststelling kan niet verantwoorden dat aan een categorie van belastingplichtigen de waarborgen die door een jurisdictioneel beroep worden geboden worden ontzegd.

In het Brusselse Hoofdstedelijke Gewest, waarvan het grondgebied onttrokken is aan de indeling in provincies, was het niet mogelijk de bezwaren aan een bestendige deputatie toe te vertrouwen en het werd niet opportuun geacht ze aan de Brusselse regering toe te vertrouwen.

Maar dat structureel verschil kan niet verantwoorden dat in het Vlaamse Gewest en in het Waalse Gewest de belastingplichtigen verstoken zijn van de jurisdictionele waarborgen die de belastingplichtigen in het Brusselse Hoofdstedelijke Gewest genieten.

De middelen zijn gegrond in zoverre zij zijn afgeleid uit de schending van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet.

Vanwege hun onlosmakelijk karakter dienen de art. 9, 10 en 11 van de aangevochten wet te worden vernietigd, alsmede, bij wege van gevolgtrekking, de art. 13 en 14, 5°, en art. 14, 6°, in zoverre het de bepalingen van de wet van 23 december 1986 betreffende de invordering en de geschillen terzake van provinciale en plaatselijke heffingen, die werden vervangen door de bepalingen die moeten worden vernietigd, opheft.

Er is daarentegen geen reden om art. 4, § 3, 9°, dat niet onlosmakelijk is verbonden met de artikelen die moeten worden vernietigd en waartegen geen enkel middel wordt aangevoerd, te vernietigen.

*Ten aanzien van het tweede middel van de Waalse regering gericht tegen andere bepalingen van de wet van 24 december 1996*

De Waalse regering verwijt de aangevochten wet dat zij de wet van 23 december 1986 betreffende de invordering en de geschillen terzake van provinciale en plaatselijke heffingen afschaft, zonder in overgangsbepalingen te hebben voorzien, wat de rechtszekerheid zou schaden en zou leiden tot discriminaties onder de in 1996 belaste belastingplichtigen. Het middel is gericht tegen art. 15 van de aangevochten wet, dat de inwerkingtreding ervan vaststelt.



Sommige in 1996 geheven belastingen die echter niet vóór 31 december 1996 konden worden ingekohierd, zouden onder toepassing van de aangevochten wet vallen, terwijl de belastingen van 1996 die wel vóór 31 december 1996 werden ingekohierd, zouden worden onderworpen aan de wet van 23 december 1986. De ontstentenis van een overgangsregeling zou tot gevolg hebben dat het voor de gemeenten onmogelijk zou zijn over te gaan tot invordering. Ambtenaren zouden in 1996 inbreuken hebben vastgesteld, terwijl zij niet waren «beëdigd [en] daartoe speciaal aangewezen [...] door de overheid die [...] bevoegd is om de belastingkohieren vast te stellen», zoals wordt vereist door art. 7 van de aangevochten wet.

Zo ook zou de procedure van ambtshalve vaststelling van de belastingaanslag, waarin art. 6 voorziet, niet in werking kunnen worden gesteld indien zij niet zo strikt was georganiseerd in de belastingvordering van het jaar 1996. De belastingplichtigen, ingekohierd vóór 31 december 1996, die de vereiste betalingen vóór die datum hebben verricht, zouden daarentegen niet onder de toepassing van de aangevochten wet vallen.

In het middel worden discriminaties aangeklaagd waarvan in het ene geval sommige belastingplichtigen, en in het andere geval sommige belastingheffende overheden het slachtoffer zouden zijn.

In het geval van de belastingplichtigen is het enkele feit dat sommigen onder hen, zelfs voor het dienstjaar 1996, aan de nieuwe modaliteiten inzake vestiging en invordering onderworpen zouden zijn, terwijl anderen aan de oude modaliteiten onderworpen zouden blijven, niet voldoende om een discriminatie vast te stellen.

In het geval van de belastingheffende overheden is het mogelijk, zoals de Waalse regering aanvoert, dat de nieuwe wet moeilijkheden oplevert die door overgangsbepalingen hadden kunnen worden vermeden. Maar een dergelijke grief alleen is niet voldoende om aan te tonen dat gemeenten of provincies daardoor het slachtoffer zouden zijn van een discriminatie die van de aangevochten wet zou zijn toe te schrijven.

Het middel is niet gegrond.

*Ten aanzien van de handhaving van de gevolgen van de vernietigde bepalingen*

In acht genomen de moeilijkheden die zouden voortvloeien uit de terugwerkende kracht van de vernietiging bij de behandeling van de lopende bezwaren, dienen met toepassing op art. 8, tweede lid, van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof, de gevolgen van de vernietigde bepalingen te worden gehandhaafd ten aanzien van de beslissingen die door de bestendige deputaties zijn gewezen vóór de datum van bekendmaking van dit arrest in het *Belgisch Staatsblad*.

NOOT – Aangaande de aangevochten wet van 24 december 1996 betreffende de vestiging en de invordering van de provincie- en gemeentebelastingen en de gedeeltelijke vernietiging ervan door bovenstaand arrest, raadplege men de bijdrage van P. Van Orshoven, «De lokale belastingen opnieuw in een nieuw kleedje», *R. W.*, 1997-98, 1449-1469.

**HOF VAN CASSATIE**

*3e KAMER – 13 OKTOBER 1997*

Voorzitter: de h. Marchal

Rapporteur: de h. Parmentier

Openbaar ministerie: de h. Leclercq

Advocaten: mrs. De Bruyn en Draps

**Arbeidsovereenkomst – Verbindende kracht – Eenzijdige wijziging – Vrij onderwijs – Klasleraar**

*De eenzijdige wijziging door de vrije school van een arbeidsovereenkomst door een personeelslid de reeds lang uitgeoefende functie van klasleraar te ontnemen, is strijdig met de verbindende kracht van de overeenkomst, die de werkgever verbiedt de overeengekomen voorwaarden eenzijdig te wijzigen of te herroepen ook al is die wijziging onbelangrijk of slaat zij op een bijkomstig element.*

B. t/ V.Z.W. Instituut N.-D.

Gelet op het bestreden arrest, op 11 januari 1996 gewezen door het Hof van Beroep te Bergen;

Wat het tweede onderdeel (van het tweede middel) betreft:

Overwegende dat het arrest vaststelt dat eiseres twintig jaar lang de functie van klasleraar heeft uitgeoefend en dat verweerder haar in september 1980 die functie heeft ontnomen; dat het beslist dat die ontheffing van de functie van klasleraar neerkomt op een eenzijdige wijziging van het door eiseres uitgeoefende ambt;

Overwegende dat, krachtens art. 1134 B.W., alle overeenkomsten die wettig zijn aangegaan, degenen die ze hebben aangegaan tot wet strekken; dat zij niet kunnen worden herroepen dan met hun wederzijdse toestemming of op de gronden door de wet erkend;

Dat art. 20, 1°, van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten de werkgever verplicht de werknemer te doen arbeiden op de wijze, tijd en plaats als is overeengekomen;

Dat uit die wetsbepalingen volgt dat de werkgever, niet zonder tekort te schieten in zijn contractuele verplichtingen, de overeengekomen voorwaarden eenzijdig kan wijzigen of herroepen, ook al is die wijziging weinig belangrijk of slaat zij op een bijkomstig gegeven van de overeenkomst;

Dat het arrest, nu het daarover anders beslist, de artikelen 1134 B.W. en 20, 1°, van de wet van 3 juli 1978 schendt;

NOOT – Vaste jurisprudentie van het Hof van Cassatie.

**HOF VAN CASSATIE**

*1e KAMER – 2 APRIL 1998*

Voorzitter: de h. Verougstraete

Rapporteur: mevr. Bourgeois

Openbaar ministerie: de h. De Swaef

Advocaten: mrs. Houtekier en Nelissen Grade



**Onrechtmatige daad – Schade en schadeloosstelling –  
Schade – Rechtmatig belang – Behoud van een toestand in  
strijd met de openbare orde**

*De krenking van een belang kan enkel tot een rechtsvorde-  
ring tot vergoeding van schade leiden als het om een rechtma-  
tig belang gaat. Degene die enkel het behoud van een toestand  
in strijd met de openbare orde nastreeft, heeft geen rechtmatig  
belang.*

C.V. P. 1 V. t/ D.

Gelet op het bestreden arrest, op 17 mei 1994 gewezen  
door het Hof van Beroep te Antwerpen;

Overwegende dat, krachtens art. 17 Ger.W. de rechtsvorde-  
ring niet kan worden toegelaten indien de eiser geen be-  
lang heeft om ze in te dienen;

Dat de krenking van een belang enkel tot een rechtsvorde-  
ring tot vergoeding kan leiden als het om een rechtmatig  
belang gaat;

Dat degene die enkel het behoud van een toestand in strijd  
met de openbare orde nastreeft, geen rechtmatig belang heeft;

Overwegende dat het arrest beslist dat eiseres geen recht-  
matig belang heeft om vergoeding te verkrijgen van schade  
toegebracht aan een met art. 44 van de wet van 29 maart 1962  
houdende organisatie van de ruimtelijke ordening en van de  
stedenbouw strijdig geplaatste vaste inrichting;

Overwegende dat het arrest evenwel niet vaststelt dat de  
vordering tot herstel van de schade enkel het behoud be-  
oogt van de wederrechtelijke instandhouding van de vaste  
inrichting;

Dat het onderdeel in zoverre gegrond is;

NOOT – Enkel een krenking van een rechtmatig be-  
lang komt voor vergoeding in aanmerking. De omstandig-  
heid dat de benadeelde zich in een ongeoorloofde situatie  
bevindt, heeft echter niet noodzakelijk tot gevolg dat hij geen  
rechtmatig belang kan doen gelden. Zie hierover: J. Ronse,  
*Schade en schadeloosstelling*, in *A.P.R.*, 1984, 39, nr. 34 en de  
talrijke toepassingsgevallen bij: E. Dirix, *Het begrip schade*,  
Antwerpen, 1984, 70-72.

**HOF VAN BEROEP TE GENT**

7e KAMER – 30 APRIL 1997

Voorzitter: de h. Staessens

Raadsheren: de hh. Teirlinck en Floren

Advocaten: mrs. Dufait en Lust

**Wisselbrief – Vermeldingen – Naam en woonplaats van  
trekker – Plaats en handtekening van trekker en betrokke-  
ne**

*Voor de geldigheid van de wisselbrief is niet vereist dat de  
naam en de woonplaats van de trekker op het papier worden  
vermeld. De wisselbrief ondertekenen als betrokkene kan en-  
kel in de voor acceptatie of aval bestemde ruimten, terwijl de  
plaats van de titel waarop de trekker ondertekent, zonder enig  
belang is voor de geldigheid ervan.*

H. t/ S.

Het tijdig en op rechtsgeldige wijze ingesteld hoger be-  
roep betreft het tussenvonnissen van 5 september 1991 en het  
eindvonnissen van 30 januari 1992, beide op tegenspraak gewe-  
zen door de Rechtbank van Koophandel te Brugge, eerste  
kamer, die appellante na persoonlijke verschijning van par-  
tijnen veroordeelde tot betaling van 300.000 fr. vermeerderd  
met de gerechtelijke interesten en de kosten van het geding,  
met uitzondering van de uitgavenvergoeding betreffende de  
persoonlijke verschijning die in gelijke mate tussen partijen  
werden omgeslagen.

(...)

Ten onrechte blijft appellante stellen dat de wisselbrie-  
ven nietig zijn. Daarop komt telkens slechts een handteke-  
ning voor. Dat die eigenhandig aangebrachte handtekening  
van haar hand zijn, betwist appellante niet. Het Hof stelt vast  
dat ze telkens aangebracht werden op de plaats waarop ge-  
bruikelijk voor de trekker wordt getekend, namelijk rechts  
onderaan op de voorzijde van het waardepapier. Appellan-  
te geeft dit uitdrukkelijk toe.

Door op die wijze te tekenen heeft appellante zich de in-  
houd van de akte toegeëigend, meer bepaald het aan de be-  
trokkene gericht verzoek om de wisselsom op de gestelde  
vervaldag aan order van geïntimeerde te betalen.

Vruchteloos blijft zij aanvoeren dat zij tekende «als be-  
trokkene maar op de verkeerde plaats (die van trekker)». Haar  
handtekening wijst haar immers aan als uitgever van de  
wissels, zij het als trekker ervan. Aan het loutere feit dat  
haar naam en adres enkel werden ingevuld in de voor aan-  
wijzing van de betrokkene bestemde rubriek en niet meteen  
in de rubriek waarin de naam en het adres van de trekker  
kunnen ingevuld worden, kan geen andere betekenis wor-  
den gehecht dan dat zij als trekker zichzelf meteen als be-  
trokkene aangewezen heeft.

Voor de geldigheid van de wisselbrief is niet vereist dat  
naam en woonplaats van de trekker op het papier worden  
vermeld. Tekenen als betrokkene heeft geen zin en blijft zon-  
der enig gevolg, tenzij voor acceptatie of aval, maar dit kan  
enkel door tekening in de voor acceptatie of aval bestemde  
ruimten (artt. 25, eerste lid en 31, derde lid, Wisselbriefwet,  
terwijl de plaats van de titel waarop de trekker tekent zon-  
der enig belang is voor de geldigheid ervan).

Appellante heeft derhalve als trekker en op de voor teke-  
ning als trekker gebruikelijke plaats getekend en zij heeft  
zichzelf ook als betrokkene aangewezen. Zulke aanwijzing  
is volkomen rechtsgeldig (art. 3, tweede lid, Wisselbriefwet).  
De exceptie van nietigheid is dienvolgens ongegrond.

(...)

**HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN**

5e KAMER – 19 JANUARI 1998

Voorzitter: de h. Leemans

Raadsheren: de hh. Hulpiau en Lemmens

Advocaten: mrs. Buyckx loco Van Der Straten en Gymza  
loco Nulens en Graré

**Aanneming van werk – Registratie – Beslissing provinciale registratiecommissie – Quasi-jurisdictionele handeling – Onpartijdigheid – Motiveringsplicht – Rechten van verdediging**

*De beslissingen van de provinciale registratiecommissies hebben een quasi-jurisdictionele aard. De commissie is verplicht haar beslissing te motiveren, zonder dat zij er evenwel toe gehouden is om op iedere grief te antwoorden. De aanwezigheid in de commissie van vertegenwoordigers van het Ministerie van Sociale Voorzorg en van het Ministerie van Tewerkstelling en Arbeid levert geen schending op van de rechten van verdediging.*

Provinciale registratiecommissie te Antwerpen t/ N.V. L.B.

Appellante had bij beslissing van 28 juni 1995 de schrapping bevolen van het registratienummer van geïntimeerde als aannemer, beslissing gebaseerd op een achterstand bij de R.S.Z., het niet doorgeven van adreswijziging en handelingen in strijd met de wet van 24 juli 1987 betreffende de tijdelijke arbeid, de uitzendarbeid en de terbeschikkingstelling van werknemers (hetgeen zou blijken uit een procesverbaal van de Inspectie van Sociale Wetten van 20 februari 1995).

Na kennisgeving van deze beslissing, werd op verzoek van geïntimeerde, een hoorzitting gehouden op 11 oktober 1995 en heeft appellante haar beslissing van 20 juni 1995 gehandhaafd, maar thans enkel wegens inbreuken op de wet van 24 juli 1987.

Geïntimeerde heeft tegen appellante een vordering ingesteld teneinde de beslissing van 28 juni 1995, bevestigd op 11 oktober 1995, teniet te doen en teneinde vergoeding te verkrijgen voor de schade die zij hierdoor heeft geleden...

(...)

Overwegende dat uit de voorgelegde stukken, bevestigd ter zitting waarop de zaak behandeld werd, gebleken is dat inmiddels geïntimeerde haar registratie als aannemer terug heeft verkregen; dat, zoals opgemerkt op genoemde zitting, bijgevolg geïntimeerde thans geen belang meer heeft tot de nietigverklaring op zich van de beslissing tot schrapping van haar registratie als aannemer, tenzij dat, indien de aangevochten beslissing een fout zou inhouden, zij aanspraak zou kunnen maken op schadevergoeding; dat geïntimeerde aan de aangevochten beslissing verweet dat deze werd genomen met schending van haar rechten van verdediging, dat de beslissing niet behoorlijk werd gemotiveerd, dat zij voorbarig was genomen en, ten gronde, dat appellante bij de beoordeling van de aan haar (geïntimeerde) verweten inbreuk op de (boven genoemde) wet van 24 juli 1987 ten onrechte heeft aangenomen dat zij werkgeversgezag over de bedoelde arbeiders zou hebben uitgeoefend, terwijl (volgens geïntimeerde) deze arbeiders in werkelijkheid werkten voor derden-onderaannemers;

dat appellante in haar conclusies argumenteert tegen deze door geïntimeerde verdedigde stellingen;

Overwegende dat, alhoewel geïntimeerde ook voor de eerste rechter schadevergoeding heeft gevorderd (die wellicht zou moeten gesteund zijn op een fout), partijen geen debat hebben gevoerd over fout en/of schuld in hoofde van appellante en over de aanspreekbaarheid van appellante om eventueel een schade te vergoeden;

Overwegende dat, voor zoveel als nodig, gelet op het bovengestelde, de bij vergissing onjuiste vermelding (in de brief van 19 oktober 1995 uitgaande van appellante) van de datum van de vergadering waarvoor geïntimeerde werd uitgenodigd, ondanks andersluidende affirmaties van geïntimeerde, niet een schending van de rechten van verdediging uitmaakt; dat de toelichting die werd verstrekt door vertegenwoordigers van het ministerie van Tewerkstelling en Arbeid en van het ministerie van Sociale Voorzorg, die deel uitmaken van de commissie en dus mede beraadslagen, evenmin een schending is van de rechten van verdediging; dat immers, om tot haar beslissing te komen, appellante beraadslaagt, d.i. tot een beslissing komt door en na de uiteenzetting van de standpunten van haar leden; dat niet ingezien wordt waarom de personen die krachtens de wet mede moeten beraadslagen niet mede hun standpunt zouden mogen uiteenzetten (eventueel met overtuiging);

dat de omstandigheid dat appellante haar beslissing heeft gesteund op volgens geïntimeerde onvoldoende door bewijskrachtige stukken gestaafde elementen, een beoordelingsfout kan uitmaken, maar dat hierdoor op zichzelf de rechten van verdediging niet worden geschonden; dat de omstandigheid dat geen lijsten met criteria zijn meegedeeld als maatstaf tot verbalisering evenmin een schending is van de rechten van verdediging; dat deze criteria richtsnoeren inhouden voor de ambtenaren, maar deze criteria geen wettelijke of reglementaire basis hebben of moeten hebben;

Overwegende dat appellante haar beslissing heeft gesteund op haar overtuiging dat het gebruiken van ter beschikking gesteld personeel, het niet inschrijven van het ter beschikking gestelde personeel in de personeelsregisters en het niet opstellen van individuele rekeningen van werknemers werd vastgesteld; dat appellante aldus haar administratieve beslissing heeft gemotiveerd; dat de wet aan appellante geen eigenlijke jurisdictionele functie heeft verleend, maar een administratieve beslissingsbevoegdheid inzake de aanvraag tot registratie of schrapping ervan (zij het dat deze is onderworpen aan rechterlijke controle en tegen die beslissing een jurisdictioneel beroep kan worden ingesteld); dat appellante op grond van de haar voorgelegde feiten een gemotiveerde beslissing moet nemen, gelet op haar quasi-jurisdictioneel karakter, d.i. haar beslissing moet verantwoorden, maar niet ertoe gehouden is elk punt afzonderlijk, dat de betrokken aannemer opwerpt, te beantwoorden; dat *in casu* appellante (al of niet terecht) gemotiveerd heeft geantwoord op de essentiële vraag of de bedoelde arbeiders werkten onder gezag en toezicht van geïntimeerde dan wel arbeid presteerden voor (onder gezag en toezicht van) door geïntimeerde gecontracteerde onderaannemers; dat het de taak is van de registratiecommissie op grond van de voor haar gebrachte elementen een beslissing te nemen en zij niet moet afwachten of er al dan niet een (straf)vervolgning zal komen, noch uiteraard het gevolg dat eventueel hieraan zal worden gegeven;

Overwegende dat de enkele omstandigheid dat de voorgebrachte elementen anders beoordeeld worden door een registratiecommissie (appellante) dan door de rechter bij wie «beroep» tegen de genomen beslissing wordt ingediend, op zichzelf niet een fout van genoemde commissie bewijst; dat het noodzakelijk voorkomt de heropening der debatten te bevelen teneinde partijen in staat te stellen hun vordering betreffende de schadevergoeding (fout, schade en degene

die voor de schade kan aangesproken worden) waarover zij geen debat hebben gevoerd, nader te omschrijven en te argumenteren;

(...)

## HOF VAN BEROEP TE BRUSSEL

13e KAMER – 8 APRIL 1998

Voorzitter-rapporteur: de h. Raspé

Raadsheren: de h. Mahieu en mevr. Maes-Nichels

Openbaar ministerie: de h. De Bruyne

Advocaten: mrs. Gooris en Van Bavel

### Aanranding van de eerbaarheid – Verkrachting – Tongkus – Seksuele penetratie

*Wie een slachtoffer in het aangezicht grijpt en verwondt, terwijl hij zijn tong kwaadschiks in diens mond brengt, pleegt geen verkrachting of geen aanranding van de eerbaarheid, maar maakt zich schuldig aan opzettelijke slagen en verwondingen.*

*De verkrachting, die in art. 375 Sw. wordt omschreven als «elke daad van seksuele penetratie», vereist niet dat een seksueel orgaan wordt gepenetreerd.*

O.M. en L. t/ R.

Overwegende dat de beslissing van de eerste rechter met betrekking tot de tenlastelegging sub A – herkwalficatie van «verkrachting» naar «aanranding van de eerbaarheid» – een tegenstrijdigheid bevat;

Dat immers niet kan worden besloten dat er geen verkrachting plaatshad wanneer wordt aanvaard, wat de eerste rechter deed, zoals blijkt uit de wijze waarop de gepleegde feiten in het bestreden vonnis werden beschreven, dat de aanranding van de eerbaarheid (die dus wordt bewezen verklaard) bestond in het opdringen van een «tongkus» bij wijze van penetratie in de mond van het slachtoffer;

Dat de eerste rechter niet dienstig motiveerde dat de mond (wel een erogene zone maar) geen seksueel orgaan is; «seksuele penetratie» vereist immers niet dat een seksueel orgaan wordt gepenetreerd;

Overwegende dat de beklaagde terecht aanvoert dat het feit van de tenlastelegging sub A noch het misdrijf verkrachting, noch het misdrijf aanranding van de eerbaarheid uitmaakt;

Dat bewezen is dat de beklaagde het in de tenlastelegging vermelde slachtoffer in het aangezicht greep om haar mond te openen, waarbij hij haar verwondde – de verbalisanten en de geneesheer die door het slachtoffer werd geraadpleegd stelden snijwonden in het aangezicht vast –, en dat hij, tegen haar wil, zijn tong in haar mond bracht;

Dat wel het bewijs voorligt dat er penetratie plaatshad, maar dat het seksueel aspect van deze penetratie niet voorhanden is;

Dat de hierboven beschreven, door de beklaagde gestelde handeling evenmin als onfatsoenlijk op geslachtelijk gebied kan worden aangemerkt;

Dat hetzelfde feit dat werd omschreven door de oorspronkelijke tenlastelegging sub A, moet worden geherkwalfi-

ceerd als volgt: «op 19 januari 1994, opzettelijk verwondingen te hebben toegebracht aan K.»;

Dat de beklaagde zich, met betrekking tot deze herkwalficatie, heeft verdedigd voor het Hof;

Overwegende dat de tenlastelegging sub B, die door de eerste rechter bewezen werd verklaard, bewezen is gebleven na onderzoek van de zaak door het Hof;

Dat er geen reden is om te twifelen aan de waardigheid van de verklaring van het slachtoffer V. V., die heeft verklaard dat de beklaagde haar jas opentrok, onder haar jas voelde en haar borsten betastte, terwijl hij haar voorstelde geslachtsbetrekkingen te hebben;

Dat dergelijk, tegen de wil van het slachtoffer, handelen van de beklaagde, ook rekening houdende met het criterium door de beklaagde aangegeven, namelijk de «gangbare zeden en gewoonten in onze hedendaagse cultuur», onfatsoenlijk is op geslachtelijk gebied en (dus) een aanranding van de eerbaarheid heeft uitgemaakt zoals in de tenlastelegging sub B omschreven;

...

### NOOT – Over de tongkus en de seksuele penetratie

1. Bij agressie wordt het seksuele karakter van de aanranding afgeleid uit de objectieve aard van de feiten en niet uit het subjectieve oogmerk van de dader of uit de individuele gewaarwordingen van het slachtoffer (*Hand., Senaat, 5 juni 1985, p. 2813; D. Merckx, Verkrachting – Het misdrijf, nr. 27, in Comm. Strafr.*).

Zowel bij aanranding van de eerbaarheid als bij verkrachting is een bepaalde zwaarwichtigheid vereist, waardoor de seksuele integriteit van de persoon wordt aangetast (*Cass., 7 januari 1997, R.W., 1997-98, 116*).

2. Een opgedrongen tongkus, het inbrengen van een potlood in het oor of een vibrator in de mond van het slachtoffer, kunnen bezwaarlijk worden beschouwd als een aanranding van de seksuele integriteit (*Verslag Weckx, Gedr. St., Senaat, 1981-82, nr. 306/3, p. 4*).

Dit neemt echter niet weg dat een dergelijke vrijpostigheid onder de toepassing van art. 563, 3° Sw. valt (*Rigaux-Trousse, Codes de police, I, 422; A. Vandeplass, Feitelijkeid, nr. 9, in Comm. straf.*).

3. In het onderhavige geval ging het niet louter om onwelvoeglijk gedrag, maar om een duidelijke geweldpleging, aangezien de huisarts snijwonden in het aangezicht had vastgesteld. Het is dan ook logisch dat de strafrechter de feiten heeft gerekwalificeerd als opzettelijke slagen en verwondingen. Ce qui a été compris n'existe plus...

A. Vandeplass

## RECHTBANK VAN KOOPHANDEL TE GENT

1e KAMER – 19 JUNI 1998

Voorzitter: de h. Matthys

Rechters in handelszaken: de hh. Heylbroeck en Van Verdeghe

Openbaar ministerie: de h. Verhegge

Advocaat: mr. Van de Gehuchte

**Gerechtigd akkoord – Voorwaarden (art. 9 en 15 Wet Gerechtigd Akkoord) – Onderzoek door de rechtbank**

*De rechtbank dient na te gaan of aan de cumulatieve voorwaarden van art. 9 en 15 Wet Gerechtigd Akkoord is voldaan. Dit onderzoek dient op grondige wijze te geschieden en kan zich niet beperken tot een 'prima facie'-beoordeling.*

N.V.D.

Overwegende dat verzoekster in haar inleidend verzoekschrift beweert in de voorwaarden te verkeren bepaald in art. 9 van de wet van 17 juli 1997 betreffende het Gerechtigd Akkoord en, derhalve, overeenkomstig art. 15, § 1, van bedoelde wet, om de toekenning van de voorlopige opschorting van betaling verzoekt;

Overwegende dat art. 9, § 1, van hiervoren vermelde wet bepaalt dat het gerechtigd akkoord aan de schuldenaar kan worden toegestaan indien hij tijdelijk zijn schulden niet kan voldoen of indien de continuïteit van zijn onderneming bedreigd wordt door moeilijkheden die op min of meer korte termijn tot het ophouden van betalen kunnen leiden; dat art. 9, § 2, van dezelfde wet bepaalt dat het gerechtigd akkoord alleen kan worden toegestaan indien, gelet op de te verwachten rentabiliteit, de financiële toestand van de onderneming kan worden gesaneerd en het economisch herstel ervan mogelijk blijkt; dat ten slotte, art. 15, § 1, eerste lid, van dezelfde wet bepaalt dat, indien aan de voorwaarden van art. 9 is voldaan, er geen sprake is van kennelijke kwade trouw, en de rechtbank, op grond van een voorlopige beoordeling, oordeelt dat de continuïteit van de onderneming geheel of gedeeltelijk kan worden gehandhaafd, een voorlopige opschorting van betaling kan worden toegekend;

Overwegende dat voorafgaand aan het nazicht van het verzoekschrift en de tot staving van het verzoek gevoegde stukken, het beslist opmerking verdient dat met betrekking tot de onderzoeksopdracht van de rechtbank bij de al dan niet toekenning van een voorlopige opschorting van betaling, verzoekster in haar memorie van antwoord niet kan worden gevolgd wanneer zij ongenueanceerd schrijft dat de rechtbank zich moet beperken tot een loutere beoordeling op het eerste zicht van de voorwaarden om tot het gerechtigd akkoord te worden toegelaten en grondige onderzoeksdaden naar een later procedureel stadium moeten worden verschoven.

Overwegende inderdaad, dat rekening houdende met de draagwijdte van de te nemen beslissing, meer bepaald het starten van de akkoordprocedure voor een periode die tot negen maanden kan uitlopen met een algemeen moratorium tot gevolg, door de rechtbank uiteraard zorgvuldig moet worden nagegaan of de cumulatieve voorwaarden vastgelegd in de hierboven vermelde artikelen 9 en 15 van de wet wel degelijk zijn vervuld vooraleer de aanvraag tot het verkrijgen van het gerechtigd akkoord in te willigen; dat immers, naar de duidelijke wil van de wetgever, alléén ondernemingen die redelijkerwijs en binnen de parameters van de wet kunnen worden gered, in aanmerking komen voor de akkoordprocedure en alléén dan de van de schuldeisers gevraagde tegemoetkoming verantwoord zijn; dat de hierna volgende passussen uit de parlementaire voorbereiding deze «ratio legis» illustreren:

– «De noodzakelijke juridische instrumenten mogen er even-

wel niet toe leiden dat de normale marktmechanismen worden verstoord door, langs rechterlijke beslissingen om, ondernemingen kunstmatig in de markt te houden: veroordeelde ondernemingen moeten worden geëlimineerd, gezien het gevaar dat zij de diverse partners doen lopen. De wet moet aan de rechter de mogelijkheid bieden het economisch beleid te verzoenen met de imperatieve regels van het insolventierecht, maar mag de rechter geen economisch beleid toevertrouwen» (memorie van toelichting bij het wetsontwerp van 28 maart 1994, onmiddellijke voorganger van het wetsontwerp van 8 december 1995, *Parl. St., Kamer*, 199394, nr. 1406/1, p. 2).

- «De Minister is zich er zeer goed van bewust dat alles zal afhangen van de wijze waarop de nieuwe wetgeving wordt toegepast. Hij hoopt dat zulks op een positieve wijze zal verlopen en dat de ondernemingen niet onnodig aanvragen gaan indienen, gewoon om een situatie te blokkeren. *De rechter moet elke aanvraag grondig onderzoeken*» (*Parl. St., Senaat*, 1996-97, nr. 498/11, p. 17 – Verslag Hatry uitgebracht namens de werkgroep opgericht in de schoot van de Commissie voor de Justitie bij het wetsontwerp van 8 december 1995, blz. 17).
- J.P. Renard «La procédure concordataire» in *La faillite et le concordat en droit positif belge après la réforme de 1997*, 47ème séminaire de la Commission Droit et Vie des Affaires, Faculté de Droit de l'Université de Liège, Ed. Collection Scientifique de la Faculté de Droit de Liège, 1998, blz. 579, schrijft, als volgt vertaald, op blz. 585 en 586 dat «de rechtbank over uitgecijferde gegevens moet beschikken die, nu de wet melding maakt van de te verwachten rendabiliteit, het bewijs zullen moeten leveren van de mogelijkheid van een financieel herstel van de onderneming. Deze *nauwkeurigheid* impliceert niet dat de rechter een deskundige moet aanstellen of een audit moet organiseren» en verder met verwijzing naar *Parl. St., Kamer*, 1994-95, nr. 613/13, p. 203, als volgt vertaald: «Deze toevoeging heeft enkel tot doel de rechter *aan te zetten tot een analyse op grond van zo objectief mogelijke gegevens, zelfs indien het voorlopige gegevens zijn*».

Overwegende dat ook uit de uiteraard nog schaarse rechtspraak blijkt dat de rechtbanken op vrij grondige wijze een analyse doorvoeren van de toestand van de voorstellen, te meer dat indien de akkoordaanvraag wordt verworpen, in hetzelfde vonnis het faillissement van de schuldenaar kan worden uitgesproken na hem in het bijzonder te hebben gehoord over de faillissementsvoorwaarden (Kh. Nijvel, 4 februari 1998, *J.L.M.B.*, 1998, 613; Kh. Gent (5° Kamer), 7 mei 1998 inzake B.V.B.A. Panel Constructs, onuitgegeven); dat derhalve in het verlengde van het voorgaande, de voorlopige beoordeling waarvan sprake in art. 15, § 1, geen synoniem is van een oppervlakkige beoordeling, zoals ten onrechte - of ingevolge een ongelukkig woordgebruik? - door een bepaalde doctrine wordt beweerd. (I. Verougstraete, *Manuel de la faillite et du concordat*, 1998, p. 84);

Overwegende dat in het licht van deze preliminaire opmerking, het ingediende verzoek, aangevuld met enerzijds de mondelinge toelichtingen verstrekt op de door de rechtbank op de zitting van 22 mei 1998 gestelde vragen en anderzijds, maar inzonderheid, gegevens vervat in de memorie als reëliek op het advies van het openbaar ministerie, aan de voorwaarden beantwoorden gesteld in respectievelijk art. 9, § 1 en § 2 (grondvoorwaarden), en art. 11, § 1 en 2 (vorm-

voorwaarden), en art. 15, § 1, 1° (toekenningsvoorwaarden); dat inderdaad, de slechts in de memorie van antwoord op uitvoerige en klare wijze verstrekte toelichtingen en erbij gevoegde stavingsstukken, de door het openbaar ministerie terecht aangevoerde feitelijkheden en vragen, gebaseerd op onduidelijkheden en onvolledigheden in het neergelegd verzoekschrift en zijn bijlagen, hebben beantwoord; dat kortom, het openbaar ministerie, dat met betrekking tot het gerechtelijk akkoord veel meer is dan een louter adviesgevend orgaan, nu de procureur des Konings wettelijk vermag zelf de akkoordprocedure in te leiden (art. 11, § 2), met een andere en betere kennis van zaken had kunnen adviseren indien de gegeven vervat in de memorie van antwoord reeds eerder waren verwerkt in het op 7 mei 1998 neergelegd verzoekschrift, hetgeen best had gekund, nu blijkt dat bedoelde gegevens reeds bij de neerlegging van het verzoekschrift beschikbaar waren; dat dezelfde vaststelling geldt voor de toelichtingen op de door de rechtbank gestelde vragen, die eveneens verband hielden met gegevens nopens de antecedenten en de toestand op het ogenblik van de indiening van de aanvraag;

Overwegende dat de voorstellen van verzoekster in de eerste plaats een dividend inhouden voor de chirografische schuldeisers a rato van 2.164.265 frank (= eerste dividend reeds uitbetaald door de afgevaardigde-bestuurder en aandeelhouder), voorts 4.163.874 frank (waarde activa per 20 mei 1998 onder voorbehoud van het resultaat van hun daadwerkelijke tegeldemaking) en ten slotte 2.000.000 frank als bijkomende inspanning van de heer L.), zegge in totaal nagenoeg 8,3 miljoen frank; dat vervolgens dezelfde voorstellen een heroriëntering bevatten die haar economisch herstel mogelijk doet lijken en geschraagd is door een cash-flow-prognose die de te verwachten rendabiliteit aangeeft, van aard de mogelijkheid van een financieel herstel van de onderneming aan te tonen; dat ten slotte, een gunstige vooropgestelde mening van de bestaande chirografaire schuldeisers en toekomstige synergieën met bevriende en gezonde ondernemingen in niet geringe mate tot het welslagen van het herstel- of betalingsplan van verzoekster kunnen bijdragen;

Overwegende dat, wat de duur van de observatieperiode betreft, de rechtbank van oordeel is dat een duur van zes maanden te lang is; dat immers, enkel nog tot de verfijning van het herstelplan moet worden overgegaan, waarvan de krachtlijnen nu reeds duidelijk voorhanden zijn, o.m. met het oog op het houden van de stemming die in het belang van de schuldeisers zo vlug mogelijk moet plaatshebben; dat, rekening houdende met het nakend gerechtelijk reces, de observatieperiode dient te worden bepaald op twee maanden, te verlengen met twee maanden, zegge tot 23 oktober 1998;

Overwegende dat, wat de aanstelling van de commissaris inzake opschorting betreft, één commissaris voldoende lijkt en hiervoor een bedrijfsrevisor passend voorkomt; dat de door de commissaris aan verzoekster te verlenen machtiging voor het verrichten van daden van bestuur of beschikking, de rechtbank niet noodzakelijk voorkomt;

Overwegende dat, wat de termijn voor de aangifte van de schuldvorderingen betreft, er geen reden is om te dien einde een lange termijn te bepalen; dat tot de vlotte verderzetting van de procedure één maand volstaat, nu alle schuldeisers blijkbaar gekend zijn en zij dus ook een individuele kennisgeving zullen ontvangen;

Overwegende dat, wat de bepaling betreft van de plaats, de dag en het uur waarop de rechtbank moet beslissen over het al dan niet toestaan van een definitieve opschorting, de hoorzitting dient plaats te hebben uiterlijk vijftien dagen vóór de vastgestelde rechtsdag waarop over bedoelde definitieve opschorting uitspraak wordt gedaan, nu tot het voorkomen van een juridisch vacuüm, de rechtsdag voor uitspraak over de toekenning van een definitieve opschorting dient te worden vastgesteld uiterlijk op de dag van de beëindiging van de observatieperiode (art. 16, tweede volzin, en art. 31 en 33, eerste lid);

*Op die gronden,  
de rechtbank*

Verklaart het verzoek ontvankelijk en gegrond,

Verleent aan de verzoekster een voorlopige opschorting van betaling gedurende een observatieperiode van twee maanden, te rekenen vanaf 19 juni 1998 en verlengd tot 23 oktober 1998,

Wijst aan als commissaris inzake opschorting, belast met de opdrachten en de bevoegdheden zoals bepaald in de wet van 17 juli 1997 op het gerechtelijk akkoord, E.V., bedrijfsrevisor;

Bepaalt dat de commissaris inzake opschorting binnen vijftien dagen na het aanvaarden van zijn opdracht, rekening houdende met de hiervoor bepaalde observatieperiode, een gemotiveerd voorstel tot ereloon zal indienen bij deze rechtbank, waarbij de omvang van de opdracht wordt omschreven, onder meer rekening houdende met het zaken-cijfer, het aantal personeelsleden, de bedrijfssector en de boekhoudkundige staat van het vermogen van verzoekster;

Bepaalt dat dit voorstel zal worden opgemaakt op basis van een raming van het aantal werkuren noodzakelijk voor de uitvoering van de opdracht en rekening houdende met het binnen de beroeps-categorie van de commissaris gebruikelijk uurtarief dat tevens de rechtstreeks met de opdracht verbonden administratieve en secretariaatskosten omvat;

Bepaalt tevens dat de commissaris inzake opschorting ertoe gehouden is om, voor zover tijdens de uitvoering van zijn opdracht mocht blijken dat het geformuleerde ereloonvoorstel zal worden overschreden, de rechtbank hiervan onverwijld in kennis te stellen, met opgave van de redenen van deze overschrijding;

Bepaalt ten slotte dat de commissaris inzake opschorting conform art. 19, eerste lid, van de wet van 17 juli 1997 op het Gerechtelijk Akkoord, tegen 10 augustus 1998 een eerste schriftelijk verslag zal uitbrengen over zijn verrichtingen en dit ter griffie van deze rechtbank zal neerleggen, teneinde in het dossier van opschorting te worden gevoegd;

Zegt voor recht dat verzoekster ertoe gehouden is om bij wijze van voorschot aan de commissaris tot opschorting een bedrag te betalen gelijk aan de helft van het ingediende ereloonvoorstel, en dit uiterlijk binnen acht dagen nadat de commissaris inzake opschorting om betaling zal hebben verzocht;

Laat verzoekster toe daden van bestuur of beschikking te verrichten zonder de machtiging van de commissaris inzake opschorting;

Beveelt de schuldeisers ter griffie van deze rechtbank aangifte te doen van hun schuldvorderingen binnen de dertig dagen van heden, zegge vóór 20 juli 1998;

...

**RECHTBANK VAN KOOPHANDEL TE GENT**

5e KAMER – 25 JUNI 1998

Voorzitter: de h. De la Ruelle

Rechters in handelszaken: de hh. Bottequin en Delens

Advocaat: mr. Remerie

**Faillissement – Vereffening van het faillissement – Verkoop activa – Onderhandse verkoop door de curator van onroerende goederen – Rechterlijke machtiging – Draagwijde**

*De rechtbank van koophandel kan krachtens art. 1119ter Ger.W., in het belang van de boedel, de curator machtigen om een onroerend goed uit de hand te verkopen. De rechtbank kan echter geen machtiging verlenen om tot een verkoop met een bepaalde kandidaat-koper over te gaan.*

Faillissement N.V. U.

Op grond van het door de wet van 18 februari 1981 ingevoegd art. 1193ter Ger.W., gewijzigd door de wet van 8 augustus 1997, vordert verzoeker *q.q.* dat de rechtbank hem zou machtigen het hiernavolgend van het faillissement afhankelijk onroerend goed uit de hand te verkopen: een nijverheidscomplex omvattende gebouwen, nijverheidsinstallaties en gronden te Eeklo, ... gekadastréerd volgens huidig kadaster Eeklo,... voor een oppervlakte volgens huidig kadaster van vier hectare negen are achtenvijftig centiare (4ha 9a 58ca), voor de prijs van 20.000.001 Belgische frank.

Overwegende dat, hoewel inzake de tegeldemaking van onroerende goederen afhankelijk van een faillissement in de regel tot de openbare verkoop dient te worden overgegaan, de curator niettemin over de mogelijkheid beschikt om krachtens art. 1193ter Ger.W. de rechtbank van koophandel om een machtiging te verzoeken om uit de hand te verkopen; dat de procedure tot het verkrijgen van de bedoelde machtiging niet noodzakelijk dient te geschieden nadat de curator reeds werd geconfronteerd met een door verdere onderhandelingen met kandidaat-kopers gedane hoogste bieding, die hij dan aan de rechtbank bij wijze van een procedure op grond van art. 1193ter Ger.W. voorlegt; dat het immers op grond van art. 1193ter Ger.W. niet tot de bevoegdheid van de rechtbank behoort om buiten de te verlenen machtiging op zichzelf, te bepalen dat de curator wordt gemachtigd om uit de hand te verkopen aan de hoogste bidder;

Overwegende dat de curator tevens de mogelijkheid heeft om, nog vooraleer er op het onroerend goed in kwestie enig bod is uitgebracht, reeds de procedure van art. 1193ter Ger.W. te voeren, om zich nadien, voorzien van de verkregen machtiging en rekening houdende met de eventueel vastgestelde minimum verkoopprijs, op de markt te begeven; dat art. 1193ter Ger.W. immers bepaalt dat de machtiging wordt verleend indien het belang van de gefailleerde boedel zulks vereist, en het duidelijk is dat aan deze voorwaarde ook kan voldaan zijn nog vooraleer enig bod is uitgebracht; dat de wet ontegenzeggelijk de laatstvermelde handelwijze beoogt, blijkt uit de bepaling van art. 1193ter Ger.W. zelf, daar deze de overlegging van een schattingsverslag vereist, en tevens uitdrukkelijk bepaalt dat de verkoop van een minimum verkoopprijs afhankelijk kan worden gemaakt; dat wanneer een

hoogste bieding op grond van art. 1193ter Ger.W. aan de rechtbank wordt voorgelegd, er immers geen sprake meer is van een «minimumprijs», maar de rechtbank in feite wordt geconfronteerd met de maximumprijs die tot op dat ogenblik door onderhandelingen met gegadigde kopers werd verkregen;

Overwegende dat, zelfs wanneer op basis van eerder gevoerde onderhandelingen verkregen hoogste bieding bij wijze van een procedure art. 1193ter Ger.W. aan de rechtbank wordt voorgelegd, dit tot dan toe hoogste bod de rechtbank niet kan binden; dat krachtens art. 1993ter Ger.W. de rechtbank bij de beoordeling immers uitsluitend het belang van de gefailleerde boedel, en de door de gefailleerde of belanghebbende schuldeisers eventueel gevorderde bijkomende voorwaarden dient te beoordelen en gebeurlijk zelf een minimum verkoopprijs kan vaststellen, dit laatste overeenkomst art. 1193ter, derde lid, *in fine* Ger.W.; dat de rechtbank enkel de machtiging tot onderhandse verkoop op zich kan verlenen, met eventueel daaraan gekoppelde bijzondere voorwaarden, en geen machtiging kan verlenen om tot onderhandse koop aan één of andere kandidaat-koper over te gaan;

Overwegende dat uit het door de curator ingediende verzoekschrift blijkt dat sedert de datum van het faillissement zich diverse kandidaat-kopers hebben aangeboden en biedingen hebben gedaan, en dat het tot op heden hoogst uitgebrachte bod 20.000.001 BEF bedraagt; dat de hiervoor vermelde hypothecaire schuldeiser zijn akkoord met dit bod heeft bevestigd; dat uit het door de curator overgelegd en op 12 mei 1998 opgemaakt schattingsverslag evenwel blijkt dat de verkoopwaarde van de kwestige terreinen en nijverheidsgebouwen als volgt wordt bepaald:

- Bij «vrijwillige onderhandse verkoop»: 22.500.000 BEF (Tweeëntwintig miljoen vijfhonderdduizend frank);
- Bij «gedwongen publieke verkoop»: 20.500.000 BEF (Twintig miljoen vijfhonderdduizend frank);

Overwegende dat, daar het op heden hoogst uitgebrachte bod beduidend lager ligt dan de in het schattingsverslag bepaalde verkoopwaarde in gedwongen openbare verkoop, niet zonder meer kan worden gesteld dat een verkoop uit de hand aan de prijs van minstens 20.000.001 BEF het belang van de failliete boedel dient; dat rekening houdende met de gegevens van het schattingsverslag, de rechtbank van oordeel is dat de door de curator gevraagde machtiging om de bedoelde terreinen en bedrijfsgebouwen uit de hand te verkopen kan worden ingegaan, met dien verstande evenwel dat de minimum verkoopprijs dient te worden bepaald op het gemiddelde van de bij het schattingsverslag bepaalde verkoopwaarden, namelijk 21.500.000 BEF; dat een onderhandse verkoop aan voormelde minimum verkoopprijs het belang van de failliete boedel dient, omdat deze de in geval van gedwongen publieke verkoop bepaalde verkoopwaarde overtreft;

...

**RECHTBANK VAN KOOPHANDEL TE LEUVEN**

1e KAMER – 30 JUNI 1998

Voorzitter: de h. Coelst

Rechters in handelszaken: de hh. Heylen en Stroobants

Advocaten: mrs. De Ridder en Vanosmael

**Faillissement – Gefailleerde – Verschoonbaarverklaring (art. 82 Faill.W.) – Voorwaarden**

*De verschoonbaarheid in de Faillissementswet is de regel. Hiervan wordt enkel afgeweken wanneer er gegevens voorhanden zijn die erop wijzen dat de gefailleerde geen betrouwbare partner is in het handelsverkeer en dat diens economische activiteiten het algemeen belang niet zullen ten goede komen.*

A. t/ V.

Overwegende dat het begrip «verschoonbaarheid» niet nieuw is in het recht; dat in de loop van de geschiedenis de handelaar die zijn schulden niet kon betalen, meestal opgesloten werd in de gevangenis, hetgeen genoemd werd de «contrainte par corps»; dat de gefaalde evenwel kon vrijkomen, mits hij «verschoonbaar» werd geacht, in de zin van «eerlijk». Men noemde dit de «excusabilité»; dat bij wet van 27 juli 1871 de «contrainte par corps» werd afgeschaft, maar men liet de «excusabilité» verder bestaan in de Faillissementswet van 18 april 1851; dat in diezelfde wet, die dus tot einde september 1997 van toepassing was (art. 534) dat de rechtbank, na advies van de rechter-commissaris, de gefailleerde kon verschoonbaar verklaren, mits deze geen strafbare feiten had gepleegd in het raam van het faillissement; dat in de praktijk deze bepalingen echter in onbruik geraakten, daar de verschoonbaarheid slechts een platonisch brevet van betrouwbaarheid verleende, zonder verdere juridische gevolgen.

Overwegende dat het faillissement traditioneel de connotatie van een straf heeft; dat uit getuigenissen van eerlijke ex-gefailleerde is gebleken hoezeer ze hun faillissement als een vernederende en ontterende ervaring hebben aangevond, maar vooral hoe het trauma van de mislukking hen in lengte van dagen bleef achtervolgen; dat voortaan, dankzij de nieuwe Faillissementswet, de gefailleerde bij het afsluiten van zijn faillissement door de rechtbank verschoonbaar kan worden bevonden (art. 73 en art. 82); dit is de toepassing van o.a. de Amerikaanse doctrine van de «fresh start»;

Overwegende dat de ex-gefailleerde nochtans aan bepaalde criteria moet beantwoorden, die niet expliciet in de nieuwe wet zijn bepaald; dat de wet slechts een negatief criterium hanteert door een aantal gevallen op te sommen die de verschoonbaarheid van rechtswege uitsluiten (art. 81); dat al deze gevallen te doen hebben met de eerlijkheid; dat wie gestraft werd wegens diefstal, knevelarij, oplichting, misbruik van vertrouwen, valsheid in geschriften en ontrouw van rekenplichtigen, voogden en beheerders, niet mag verschoonbaar worden verklaard; dat de wetgever met name «in abstracto» verbiedt om oneerlijke en onbetrouwbare personen een bevoorrechte kans op een nieuwe start te laten geven;

Overwegende dat de nieuwe Faillissementswet, zoals ze is opgesteld, derhalve laat uitschijnen dat de verschoonbaarheid de regel is, waarvan slechts zal moeten worden afgeweken voor zoveel de gefailleerde valt onder toepassing van art. 81 of andere elementen aantonen dat hij niet op een eerlijke wijze handel dreef; dat het feit dat een pand niet meer zal kunnen worden verwezenlijkt, terzake geen element is dat wijst op een oneerlijkheid van eerste verweerster;

Overwegende dat aanlegster trouwens ook niet aantoonde dat er aanwijzingen zijn die kunnen laten vermoeden dat eerste verweerster naar redelijke verwachtingen in de toekomst

geen betrouwbare wederpartij meer zal zijn en wier economische activiteiten het algemeen belang niet kunnen ten goede komen;

Overwegende dat uit het verslag van de rechter-commissaris blijkt dat eerste verweerster de nodige medewerking verleende en ten gepaste tijde de nodige rekening en verantwoording aflegde; dat geen elementen worden vernoemd die wijzen op een oneerlijke manier van handeldrijven of op zware tekortkomingen; dat zij niet valt onder één van de gevallen bepaald in art. 81;

...

## **EUROPESE RECHTSPRAAK «RECHTEN VAN DE MENS» IN KORT BESTEK**

*Woord vooraf*

Tussen 1981 en 1986 verscheen in dit tijdschrift een kroniek «Rechten van de mens», waarin op geregelde tijdstippen arresten van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens werden besproken. Op de vooravond van de fusie tussen de Europese Commissie en het Europese Hof voor de Rechten van de Mens wordt deze rubriek hernomen.

Het is de bedoeling dat op geregelde tijdstippen een bespreking verschijnt van een aantal geselecteerde arresten van het Hof en eventueel ook van andere nieuwe ontwikkelingen op het vlak van de rechten van de mens. De bespreking zal telkens beknopt zijn, maar toch méér inhouden dan een droog relaas van de feiten; enige duiding wordt nagestreefd.

De rubriek wordt verzorgd door het Instituut voor de Rechten van de Mens en de K.U. Leuven.

*Paul Lemmens*

### **E.H.R.M., 26 augustus 1997**

*Art. 6, § 1, E.V.R.M. – Geschil over burgerlijke rechten – Bezwaar van burgers tegen verlenging van exploitatievergunning voor kerncentrale – Afwezigheid van toegang tot rechtbank*

1. Op 26 augustus 1997 heeft het Europese Hof voor de Rechten van de Mens een arrest gewezen waarin het besliste dat art. 6, § 1, E.V.R.M. niet van toepassing was op een bepaald bestuursgeschil. Voor het Hof ging het kennelijk om een belangrijke zaak, althans als men mag voortgaan op het feit dat het arrest door een grote kamer van het Hof is gewezen.

2. De tien verzoekers woonden allen in de onmiddellijke nabijheid van de kerncentrale van Mühleberg (kanton Bern). Samen met meer dan 28.000 (!) anderen hadden ze bij de regering bezwaren ingediend tegen een aanvraag van de exploitant tot het verkrijgen van een verlenging van zijn exploitatievergunning. De verzoekers voerden met name aan dat de centrale niet meer voldeed aan de meest recente veiligheidseisen.

Na onderzoek van de bezwaren besliste de regering de gevraagde vergunning niettemin toe te kennen. Naar Zwitsers recht was tegen die beslissing geen enkel beroep mogelijk.



Die onmogelijkheid om de beslissing voor een rechter te bestrijden, vormde het voorwerp van de klacht die het Europese Hof had te onderzoeken.

3. Het Hof ging in de eerste plaats na of art. 6, § 1, E.V.R.M. van toepassing was op het geschil dat de verzoekers met de exploitant van de kerncentrale hadden. Zijn vroegere rechtspraak herhalend, overwoog het dat art. 6, § 1, in zijn «burgerlijk» gedeelte slechts van toepassing was als er een «geschil» was over een «recht» waarvan op verdedigbare wijze kon worden aangenomen dat het door het interne recht was erkend. Het moest gaan om een werkelijk en ernstig geschil; dat geschil kon betrekking hebben op het bestaan zelf van het recht, de omvang ervan of de wijze van uitoefening ervan. Ten slotte moest de afloop van het geschil rechtstreeks bepalend zijn voor het betrokken recht (§ 32).

Het Hof stelde vast dat de verzoekers het in hun bezwaar bij de regering hadden over het risico voor het leven en de gezondheid van de in de omgeving wonende bevolking. Zij beriepen zich aldus op het door het nationale recht erkende recht op bescherming van hun fysieke integriteit tegen de risico's van het gebruik van kernenergie. Aan het vereiste dat het geschil moest gaan om een «recht», bleek dus voldaan te zijn (§§ 33-34).

Het Hof verwierp voorts het argument van de regering dat het ging om een geschil dat zich niet leende voor een beoordeling door een rechter. Het Hof wees er integendeel op dat de regering, overeenkomstig de wetgeving terzake, o.m. moest nagaan of de aanvrager van de vergunning voldeed aan de wettelijke voorwaarden. Die beoordeling was er een die bij uitstek door een rechter kon worden overgedaan (§§ 35-37).

Het Hof stelde verder vast dat er niet aan getwijfeld kon worden dat het geschil reëel en ernstig was (§ 38).

Restte dan nog de vraag of de afloop van de procedure rechtstreeks bepalend was geweest voor het door de verzoekers ingeroepen recht. In dit verband stelde het Hof vast dat de verzoekers zich in hun bezwaren beriepen op de dreiging die van de kerncentrale uitging voor de bevolking en het leefmilieu in het algemeen. Volgens het Hof hadden de verzoekers daarentegen niet aangetoond dat zij persoonlijk blootgesteld waren aan een dreiging die niet enkel ernstig, maar ook precies en vooral imminent was («une menace non seulement sérieuse, mais également précise et surtout imminente»). Bij gebreke van bewijs van een zodanige dreiging, waren de gevolgen voor de bevolking van de door de regering te nemen maatregel dan ook van hypothetische aard. Het Hof leidde hieruit af dat noch de gevaren, noch de remedies de graad van waarschijnlijkheid vertoonden die vereist was opdat de afloop van de procedure rechtstreeks bepalend zou zijn voor het door de verzoekers ingeroepen recht. De band tussen de door de regering te nemen beslissing en het bedoelde recht was m.a.w. te los (§§ 39-40).

Gelet op die laatste vaststelling, concludeerde het Hof dat art. 6, § 1, E.V.R.M. niet van toepassing was op het geschil waarover de regering zich had uitgesproken. Die conclusie werd aangenomen met 12 stemmen tegen 8.

4. De uitspraak van het Hof is verrassend. In geen van de tot nu gewezen arresten heeft het Hof de toepasselijkheid van art. 6, § 1, E.V.R.M. ontkend, als eenmaal vaststond dat het geschil betrekking had op een recht dat door het intern recht als zodanig erkend was.

Het arrest is overigens ook voor kritiek vatbaar. Volgens art. 6, § 1, E.V.R.M. zijn de in dat artikel vervatte waarborgen van toepassing telkens als er een geschil is dat betrekking heeft op de (burgerlijke) rechten van een persoon. De betrokkene heeft dan in de eerste plaats het recht om zich tot een rechter te wenden. Voorts moet hij de structurele en procedurele waarborgen van een eerlijk proces genieten. Het vereiste van de directe band tussen de afloop van de procedure en het recht dat het voorwerp van het geschil is, lijkt in dat laatste kader te moeten bekeken worden: de structurele en procedurele waarborgen van art. 6, § 1, E.V.R.M. zijn van toepassing zolang het gaat om een fase in de procedure die een afloop kan hebben die rechtstreeks bepalend is voor het betrokken recht. Men kan zich inderdaad inbeelden dat dit in sommige stadia niet het geval is. Zo is bijvoorbeeld de afloop van een procedure voor de arrondissementsrechtbank, over een exceptie van onbevoegdheid, niet rechtstreeks bepalend voor het in het geding zijnde recht. Als de procedure in een zodanige fase zou verlopen op een wijze die niet helemaal beantwoordt aan de vereisten van art. 6, § 1, E.V.R.M. zou daardoor het recht op een eerlijke behandeling van de zaak zelf niet in het gedrang komen.

Het Europees Hof ziet het in het arrest Balmer-Schafroth echter anders: het vereiste van het rechtstreeks verband wordt er toegepast op het *geschil zelf*, hetgeen tot gevolg heeft dat art. 6, § 1, E.V.R.M. voor het genot van het recht van toegang tot een rechter een soort «persoonlijk belang» bij de vordering vereist, dat enger kan zijn dan door het nationale recht als voorwaarde gesteld.

Het valt te betwijfelen of die opvatting strookt met het beginsel dat art. 6, § 1, E.V.R.M. gelet op het belang van het recht op een eerlijk proces in een democratische samenleving, niet op een restrictieve manier mag worden uitgelegd (zie E.H.R.M., 17 januari 1970, Delcourt, *Publ. Cour*, reeks A, vol. 11, pp. 14-15, § 25).

(Zaak Balmer-Schafroth t/ Zwitserland)

Paul Lemmens

#### E.H.R.M., 27 augustus 1997

*Art. 8 E.V.R.M. – Recht op eerbiediging van het privé-leven – Mededeling van medische persoonsgegevens door ziekenhuis aan socialezekerheidsinstelling – Geoorloofde inmenging in privé-leven*

1. Op 27 augustus 1997 deed het Europees Hof voor de Rechten van de Mens uitspraak in een zaak die vragen deed rijzen over het meedelen van vertrouwelijke medische gegevens.

2. M.S. was een kleuterleidster die sinds haar jeugd leed aan een ziekte die chronische rugpijn kon veroorzaken. Na een val op het werk in oktober 1981, waarbij ze haar rug bezeerde, was ze niet meer in staat opnieuw te gaan werken. In maart 1991 diende ze bij de dienst voor sociale verzekering een eis tot schadevergoeding in op grond van de arbeidsongevallenwet. Deze dienst verwierp haar eis, nadat hij informatie ingewonnen had bij het behandelende ziekenhuis, waaruit bleek dat haar ziekteverlof niet was veroorzaakt door een arbeidsongeval.



Op het ogenblik van de val was M.S. zwanger. Na haar val had ze zich laten onderzoeken in het ziekenhuis waar ze voor haar zwangerschap in behandeling was. De dienst voor sociale verzekering had medische informatie opgevraagd en verkregen van het behandelende openbaar ziekenhuis, waaruit onder meer bleek dat M.S. bij latere klachten over rugpijn niet meer gesproken had van een arbeidsongeval. Er werd ook informatie verstrekt over een abortus die ze in 1985 had laten uitvoeren, omdat de zwangerschap haar rugpijn verergerde. M.S. werd niet geraadpleegd over het vrijgeven van die informatie.

3. M.S. diende in 1992 een klacht in bij de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens, die haar klacht in 1995 ontvankelijk verklaarde en oordeelde dat art. 8 E.V.R.M. (eerbiediging van het privé-leven) geschonden was.

4. Het Europese Hof voor de Rechten van de Mens concludeerde in de eerste plaats dat art. 8 E.V.R.M. *toepasselijk* was, omdat uit het indienen van een eis tot schadevergoeding bij de dienst niet kon worden afgeleid dat M.S. op onduidelijke wijze afstand had gedaan van haar recht op eerbiediging van het privé-leven wat betreft de medische gegevens verzameld in het ziekenhuis (§ 32). In de tweede plaats ging het Hof na of er een «*inmenging*» in het privé-leven van M.S. had plaatsgehad. Alhoewel de gegevens vertrouwelijk waren behandeld, ging het volgens het Hof toch om een inmenging, omdat zeer persoonlijke en gevoelige informatie was bekendgemaakt en vervolgens was aangewend met een ander doel dan het doel waarvoor de gegevens waren verzameld (§ 35).

Het Hof onderzocht vervolgens of de inmenging al dan niet *geoorloofd* was. Een inmenging is geoorloofd voor zover ze in overeenstemming is met het recht, een legitiem doel dient en noodzakelijk is in een democratische samenleving. Het Hof besloot dat de inmenging in overeenstemming was met het recht, alhoewel de wet bepaalde dat enkel de gevraagde informatie mocht worden verstrekt en het ziekenhuis meer informatie had verstrekt dan was gevraagd; het bepalende element voor de omvang van de plicht tot het medelen van informatie was volgens het Hof immers eerder de *relevantie* van de informatie dan de verwoording van de aanvraag tot informatie (§ 37). Het Hof oordeelde vervolgens ook dat de inmenging een legitiem doel diende – namelijk de bescherming van het economisch welzijn van het land – aangezien de mededeling van de gegevens mogelijk bepalend was voor de toewijzing van openbare gelden aan eventuele rechthebbenden (§ 38).

Ten slotte moest ook worden onderzocht of de inmenging noodzakelijk was in een democratische samenleving. Het Hof beklemtoonde in dit verband allereerst dat de bescherming van persoonsgegevens – in het bijzonder van medische gegevens – van cruciaal belang is voor iemands recht op eerbiediging van het privé-leven en het gezinsleven. Daarbij is het belangrijk dat zowel het gevoel van privacy van een patiënt wordt geëerbiedigd alsook het vertrouwen in de medische sector wordt behouden. Het nationale recht moet dan ook voorkomen dat een mededeling of openbaarmaking van persoonlijke medische gegevens in strijd met art. 8 E.V.R.M. plaatsvindt (§ 41). Het Hof ging achtereenvolgens na of de ingeroepen redenen ter verantwoording van de inmenging relevant en toereikend waren en of de maatregel in verhouding stond tot het nagestreefde legitieme doel. Het Hof beantwoordde de eerste vraag affirmatief, daarbij onder meer

wijzend op de noodzaak voor de dienst om de informatie door M.S. zelf bezorgd, te verifiëren aan de hand van de gegevens afkomstig van het ziekenhuis. Bovendien bleek alle verstrekte informatie betrekking te hebben op de rugproblemen en op de periode waarop de eis sloeg. De maatregel stond volgens het Hof in verhouding tot het nagestreefde doel, gezien de belangrijke beperkingen die erop stonden en gezien de effectieve en toereikende garanties tegen misbruik (§ 42-44).

5. Uit dit arrest kan worden afgeleid dat wetgeving die voorziet in een beperkte mededeling van medische persoonsgegevens aan een openbare instantie, met belangrijke beperkingen en effectieve en adequate garanties tegen misbruik, art. 8 E.V.R.M. niet schendt. In een andere recente zaak (arrest Z. / Finland van 25 februari 1997) over de bescherming van medische persoonsgegevens (meer bepaald van een drager van het H.I.V.-virus) had het Hof al gewezen op twee garanties die ook in de zaak M.S. / Zweden voorkomen: enerzijds de burgerrechtelijke en/of strafrechtelijke aansprakelijkheid indien de voorwaarden verbonden aan de mededeling niet wordt nageleefd, en anderzijds de verplichting tot vertrouwelijke behandeling door de ontvanger. In laatstgenoemde zaak wijst het Hof er ook op dat enkel relevante informatie, en slechts op verzoek van een openbare instelling, meegedeeld is.

6. Art. 7, vierde lid, van de Belgische Wet Verwerking Persoonsgegevens verbiedt in principe de mededeling van medische persoonsgegevens aan derden. Het laat drie uitzonderingen toe: afwijkingen door of krachtens de wet, met de bijzondere schriftelijke toestemming van de betrokkene of in spoedgevallen. Afwijkingen die door of krachtens de wet worden toegelaten, moeten binnen de in dit arrest door het Hof getrokken krijtlijnen vallen. De Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer heeft zich in 1994 al uitgesproken over de mededeling van medische gegevens in het raam van het sluiten of uitvoeren van een verzekeringscontract (zie Commissie voor de Bescherming van de Persoonlijke Levenssfeer, *Verslag over de werkzaamheden 1994-1995*, p. 143-147). Ze oordeelde toen dat art. 95 Wet landverzekeringsovereenkomst, dat voorziet in een wettelijke verplichting voor de behandelende arts om medische gegevens mee te delen, een wettelijke afwijking op het mededelingsverbod inhoudt. De in de Wet Landverzekeringsovereenkomst opgenomen beperkingen en garanties – mededeling enkel op verzoek van de (kandidaat)verzekerde, beperking van de medische verklaringen tot die welke nodig zijn voor het sluiten of uitvoeren van de overeenkomst, verplichting tot geheimhouding voor de verzekeraars – lijken te voldoen aan de door het Hof gestelde voorwaarden.

(Zaak M.S. t/ Zweden)

Wouter Vandenhole

E.H.R.M., 29 augustus 1997

*Art. 6, § 1, E.V.R.M. – Begrip «Strafvervolgung» – Toepassing op fiscale boeten – Verhaalbaarheid op erfgenamen – Art. 6, § 2, E.V.R.M. – Vermoeden van onschuld – Schending t.a.v. erfgenamen*

1. In oktober 1985 ontdekte de Zwitserse belastingdienst dat de heer P., die intussen reeds enige tijd overleden was,

verzuimd had een aantal inkomsten aan te geven. Na afloop van een administratieve procedure werden de verzoekers, erfgenamen van P., veroordeeld tot betaling van de verschuldigde belastingen, alsook van een aanzienlijke fiscale boete.

De erfgenamen meenden dat zij, in strijd met art. 6, § 2, E.V.R.M., werden veroordeeld voor een strafbaar feit dat door de erflater was begaan. Nadat de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens, in haar rapport van 18 april 1996, had geoordeeld dat art. 6, § 1, maar niet art. 6, § 2, E.V.R.M. was geschonden, werd de zaak doorverwezen naar het Europese Hof voor de Rechten van de Mens.

2. Het Hof boog zich eerst over de vraag of art. 6 E.V.R.M. van toepassing was, en meer bepaald of sprake was van een *strafvervolging* in de zin van art. 6 E.V.R.M. Het Hof herinnerde eraan dat aan dit begrip een verdragsautonome interpretatie moest worden gegeven, die tot op zekere hoogte losstond van internrechtelijke kwalificaties. Voor die interpretatie deed het Hof een beroep op drie criteria: de classificatie van de litigieuze overtreding in het interne recht, de aard van de inbreuk, en de aard en ernst van de sanctie die de persoon in kwestie dreigt op te lopen (§ 39).

M.b.t. het laatste criterium oordeelde het Hof dat de erfgenamen een boete werd opgelegd die niet onaanzienlijk was en die zelfs nog hoger zou zijn geweest, indien de belastingdienst geen rekening had gehouden met hun coöperatieve houding (§ 40).

Wat de aard van de inbreuk betreft, stelde het Hof vast dat de Zwitserse wetgeving aan de niet-naleving van een aantal fiscale verplichtingen sancties – in dit geval een boete – verbond. Die opgelegde boete was volgens het Hof niet bedoeld als een geldelijke vergoeding voor schade, maar had hoofdzakelijk een bestraffend en afschrikkend karakter (§ 41).

M.b.t. de classificatie in het nationale recht merkte het Hof ten slotte op dat ook het Zwitserse federale Hof had verwezen naar het «penale» karakter van de boete en naar de «schuld» van de belastingplichtige (§ 42).

Rekening houdende met bovenstaande drie factoren besloot het Hof, met zeven stemmen tegen twee, dat art. 6, E.V.R.M., in zijn strafrechtelijk gedeelte van toepassing was.

3. De in deze zaak door het Hof gehanteerde criteria zijn niet nieuw. Ze werden reeds toegepast in het arrest *Engel* van 8 juni 1976 (*Publ. Cour*, reeks A, vol. 22), waarin de toepasselijkheid van art. 6 E.V.R.M. bij een disciplinair vergrijp aan de orde was. Dezelfde methode werd ook gehanteerd in het arrest *Öztürk* van 21 februari 1984 (*Publ. Cour*, reeks A, vol. 73), dat handelde over een inbreuk op het verkeersreglement, waaraan een «administratieve boete» was gekoppeld.

Ook bij een aantal fiscaalrechtelijke geschillen had het Hof reeds vroeger, en op grond van dezelfde criteria, geoordeeld dat art. 6 E.V.R.M. van toepassing was, bijvoorbeeld bij de veroordeling wegens weigering om bepaalde documenten voor te leggen aan de douane (arrest *Funke* van 25 februari 1993, *Publ. Cour*, reeks A, vol. 256-A), en bij een administratieve sanctie in de vorm van een belastingverhoging (arrest *Bendenoun* van 24 februari 1994, *Publ. Cour*, reeks A, vol. 284).

4. Wat de toepasselijkheid van art. 6 E.V.R.M. op fiscale administratieve boeten betreft, heeft het Belgische Hof van Cassatie de bovenvermelde vaste rechtspraak van het

E.H.R.M. steeds genegeerd. Het hield tot nog toe steeds staande dat fiscale administratieve boeten geen strafsancities zijn, en niet onder de bescherming van art. 6 E.V.R.M. vallen (zie o.m. Cass., 15 januari 1991, *Arr.Cass.*, 1990-91, 504; Cass., 27 september 1991, *Arr.Cass.*, 1991-92, 99-104; Cass., 12 januari 1995, *Arr.Cass.*, 1995, 36-38). Deze houding heeft ernstige gevolgen voor de rechtsbescherming van de belastingplichtige. Zo zou de bevoegdheid van de rechter beperkt blijven tot een loutere wettigheidscontrole, zouden administratieve boeten en formele strafvervolgingen kunnen worden gecumuleerd, hoeft geen rekening te worden gehouden met de *praesumptio innocentiae* (*infra*, nr. 5). In de rechtsleer wordt deze houding bekritiseerd. Ook een aantal lagere rechtbanken legt zich niet neer bij de stellingname van het Hof van Cassatie.

5. Terug naar het arrest A.P., M.P., en T.P. / Zwitserland. Nadat het Hof had geoordeeld dat art. 6 E.V.R.M. toepasselijk was, onderzocht het of art. 6, § 2, E.V.R.M. (waarin het vermoeden van onschuld wordt verwoord), geschonden was. Het Hof vond het normaal dat de door P. *niet-betaalde belastingen* werden ingevorderd van diens erfgenamen (§ 46). Dat deze laatsten evenwel ook een *fiscale boete* werd opgelegd voor handelingen die ogenschijnlijk door P. waren begaan, was een andere zaak. Het Hof oordeelde dat het een grondregel van het strafrecht is, dat de strafrechtelijke aansprakelijkheid de dader van de strafbare handeling niet overleeft. Dit beginsel wordt door het Zwitserse strafrecht erkend en volgt volgens het Hof ook uit het vermoeden van onschuld, zoals het is ingeschreven in art. 6, § 2 E.V.R.M. Het erven van de schuld van de overledene is onverenigbaar met de normen van het strafrecht in een rechtsstaat. Deze overwegingen deden het Hof, met zeven stemmen tegen twee, besluiten dat art. 6, § 2, E.V.R.M. werd geschonden (§ 48).

6. Met betrekking tot de vraag of fiscale boeten kunnen worden ingevorderd van de erfgenamen van een persoon die inkomstenbelastingen heeft ontdoken, ligt het Belgische recht in de lijn van de uitspraak van het Hof. Zelfs indien de Belgische hogere rechtspraak moeite heeft om fiscale administratieve boeten als «straffen» te beschouwen, en de algemene strafrechtelijke beginselen over het persoonlijke karakter van de straf (artt. 39 en 86 Sw.) bijgevolg buiten beschouwing zou laten, biedt de gebruikelijke interpretatie van art. 398 W.I.B./92 wellicht voldoende garanties. Op grond van deze interpretatie zouden van de erfgenamen enkel de verschuldigde belastingen, en geen boeten in welke vorm ook, kunnen worden gevorderd.

(Zaak A.P., M.P. en T.P. t/ Zwitserland)

*Annemie Borms*

#### **E.H.R.M., 29 augustus 1997**

*Art. 10 E.V.R.M. – Recht op vrijheid van meningsuiting – Pers – Kritische gerechtverslaggeving – Verenigbaarheid met recht van verdachte op een eerlijk proces*

1. Op 29 augustus 1997 wees het Europese Hof voor de Rechten van de Mens een arrest waarin het uitspraak deed over het recht van de pers verslag te doen van hangende rechtszaken.

2. De feiten in deze zaak waren de volgende. In de loop van 1991 had in Oostenrijk een proces plaats tegen voormalig minister Androsch. Hij werd ervan beschuldigd fiscale fraude te hebben gepleegd tijdens de periode dat hij Minister was. Bij vonnis van 8 oktober 1991 werd Androsch schuldig verklaard.

In de loop van de behandeling van de zaak verscheen een door Worm, journalist, geschreven artikel in het magazine *Profil*. In dit artikel werd de houding die Androsch ter zitting had aangenomen besproken en bekritiseerd. De auteur van het artikel ging zonder meer uit van de schuld van voormalig minister Androsch.

Na in eerste aanleg te zijn vrijgesproken, werd Worm door het Hof van Beroep te Wenen veroordeeld wegens het wederrechtelijk uitoefenen van invloed op het strafproces (toepassing van art. 23 van de mediawet). Worm voerde aan dat hierdoor zijn recht op vrije meningsuiting, gewaarborgd door art. 10 E.V.R.M., geschonden was.

3. Het Europese Hof voor de Rechten van de Mens was van oordeel dat deze inmenging in de vrijheid van meningsuiting noodzakelijk was in een democratische samenleving ter bescherming van het gezag en de onpartijdigheid van de rechterlijke macht.

Zijn vroegere rechtspraak herhalend, overwoog het Hof dat de vrijheid van meningsuiting in beginsel het recht omvat verslag te doen van hangende rechtszaken en deze te commentariëren. Art. 10, § 2, E.V.R.M., en in het bijzonder de bescherming van het gezag en de onpartijdigheid van de rechterlijke macht, staat niet toe dat elk publiek debat over hangende rechtszaken wordt uitgesloten. Geschillen moeten weliswaar in beginsel door de rechtbanken worden beslecht, maar deze zaken kunnen tot discussie aanleiding geven in gespecialiseerde tijdschriften, de pers of het publiek in het algemeen. Het recht om rechtszaken te bespreken vloeit immers tevens voort uit de openbaarheid van de behandeling van de zaak, zoals gewaarborgd door art. 6, § 1, E.V.R.M. Niet alleen heeft de pers tot taak deze informatie door te geven; het publiek heeft tevens een recht deze informatie te ontvangen (§ 50).

4. Deze overwegingen betreffende het weergeven van de gerechtelijke debatten in de pers gelden *a fortiori* wanneer de beklagde, zoals in deze zaak, een politicus is, aldus nog het Hof. Politici stellen zich onvermijdelijk bloot aan een nauwgezette controle door de pers en door het publiek. Er is dan ook meer kritiek mogelijk op een politicus dan op een gewone burger (§ 50). Ook deze overweging is een herhaling van vroegere rechtspraak van het Hof (zie bijvoorbeeld E.H.R.M., Lingens t/ Oostenrijk, 8 juli 1986, *Publ. Cour*, Reeks A, vol. 103, § 42).

5. Het Hof vervolgde dat het recht om kritiek te geven evenwel begrensd wordt door het recht van de procespartijen op een eerlijk proces en door de noodzaak het gezag en de onpartijdigheid van de rechterlijke macht te beschermen.

Hoewel politici meer kritiek moeten verdragen, hebben zij niettemin recht op een eerlijk proces. Perscommentaren op hangende rechtszaken mogen dan ook niet tot gevolg hebben dat het recht op een eerlijk proces in het gedrang komt (§ 50). De vrijheid van meningsuiting wordt aldus beperkt door de rechten van de anderen.

6. Het recht verslag te doen van hangende gedingen wordt voorts beperkt door de noodzaak het «gezag en de onpar-

tijdigheid van de rechterlijke macht » te beschermen. Het «gezag van de rechterlijke macht» werd door het Europese Hof omschreven als de idee dat de rechtbanken de geschikte organen zijn om te oordelen over geschillen en om zich over de schuld of onschuld van een verdachte uit te spreken, dat het publiek de rechtbanken als dusdanig beschouwt en dat de geschiktheid zich van hun taak te kwijten eerbied en vertrouwen inboezemt. De «onpartijdigheid van de rechterlijke macht» werd door het Hof omschreven als de afwezigheid van vooroordeel of partijdigheid. De onpartijdigheid en het vertrouwen dat de rechtbanken moeten genieten, hangen nauw samen. De overheid moet dan ook bij machte zijn de fundamentele rol van de rechtbanken in een democratische samenleving te beschermen (« 40).

Het Hof wees op het feit dat het voeren van processen in de media op lange termijn het vertrouwen in het gerecht kan aantasten. Het is dan ook niet noodzakelijk dat er, door het schrijven van een welbepaald artikel, een werkelijke invloed op het strafproces is geweest (§ 54). *In casu* bleek duidelijk uit het artikel dat de auteur Worm overtuigd was van de schuld van Androsch. Meer nog, de lezer kreeg, volgens het Hof, onvermijdelijk de indruk dat de strafrechter niet anders kon dan Androsch te veroordelen (§ 52). De veroordeling van Worm was in die omstandigheden noodzakelijk om het gezag en de onpartijdigheid van de rechterlijke macht te waarborgen.

7. De beslissing van het Hof in deze zaak ligt in de lijn van vroegere beslissingen. Hoewel art. 10 E.V.R.M. in beginsel een recht inhoudt verslag te doen van en kritiek uit te oefenen op hangende gedingen, moet dit met de nodige omzichtigheid gebeuren. Het gerecht moet immers het vertrouwen van de bevolking genieten, zonder hetwelk het niet kan functioneren. Dit betekent dat rechtbankverslagen in gematigde bewoordingen moeten zijn opgesteld en alle facetten van de zaak moeten belichten, zonder partij te kiezen. Op het functioneren van de rechterlijke macht mag wel kritiek worden uitgeoefend, maar hierbij moet rekening worden gehouden met het feit dat het gerecht zich niet kan verdedigen, zoals politici dit kunnen. Het vertrouwen van de bevolking in het gerecht moet dan ook kunnen worden beschermd tegen ongerechtvaardigde aanvallen (vgl. E.H.R.M., Prager en Oberschlick t/ Oostenrijk, 26 april 1995, *Publ. Cour*, Reeks A, vol. 313, § 34; E.H.R.M., Barfod t/ Denemarken, 22 februari 1989, *Publ. Cour*, Reeks A, vol. 149; E.H.R.M., De Haes en Gijssels t/ België, 24 februari 1997, *Recueil des arrêts et décisions*, 1997-98, § 37).

(Zaak Worm t/ Oostenrijk)

*Beatrix Vanlerberghe*

**E.H.R.M., 2 september 1997**

*Art. 6, § 1, E.V.R.M. – Begrip «Burgerlijke rechten» – Toepassing op geschillen in ambtenarenzaken*

1. Op 2 september 1997 heeft het Europese Hof voor de Rechten van de Mens uitspraak gedaan in achttien zaken die de redelijke termijn betroffen van procedures voor Italiaanse administratieve rechtscolleges. Het belang van die arresten heeft te maken met de beslissingen van het Hof inzake het toepassingsgebied van art. 6, § 1, E.V.R.M.: in vier za-

ken achtte het Hof die bepaling van toepassing, in de 14 overige niet. De achttien arresten samen geven een duidelijk beeld van de wijze waarop het Hof thans de voorwaarden begrijpt voor de toepasselijkheid van art. 6, § 1, E.V.R.M. op geschillen in ambtenarenzaken.

2. In alle achttien arresten herinnert het Hof vooreerst aan zijn vroegere rechtspraak, waaruit reeds de beginselen i.v.m. de toepasselijkheid van art. 6, § 1, E.V.R.M. kunnen worden afgeleid.

Zo heeft het Hof vroeger reeds geoordeeld dat geschillen betreffende de aanwerving de loopbaan en de beëindiging van de activiteiten van ambtenaren in beginsel buiten het toepassingsgebied van art. 6, § 1, E.V.R.M. vallen (arresten van 24 augustus 1993, Massa, *Publ. Cour*, reeks A, vol. 265-B, p. 20, § 26, en 17 maart 1997, Neigel, *Rec.*, 1997-II, p. 410, § 43).

Uitzonderlijk vallen ambtenarenzaken wel onder toepassing van art. 6, § 1, E.V.R.M. Dit is het geval wanneer de ambtenaar een zuiver patrimonial recht wil doen erkennen, dat weliswaar verbonden is met zijn statuut, maar waaraan een verplichting voor de overheid beantwoordt die vreemd is aan de uitoefening van haar discretionaire bevoegdheid (arrest Neigel, geciteerd, p. 411, § 43).

3. In het arrest Neigel van 17 maart 1997 had het Hof die beginselen al eens toegepast op een geschil dat betrekking had op de beslissing van een overheid om een ambtenaar – *in casu* een stenodactylo van een gemeente – na de beëindiging van een periode van terbeschikkingstelling opnieuw in het actief kader op te nemen. Volgens het Hof had het beroep tegen die beslissing betrekking op de aanwerving, de loopbaan en de beëindiging van de activiteit van de verzoekster en had het aldus gerezen geschil geen betrekking op een «burgerlijk» recht, in de zin van art. 6, § 1, E.V.R.M. Aan die conclusie werd volgens het Hof geen afbreuk gedaan door het feit dat de verzoekster ook nog de betaling vorderde van het loon dat ze zou ontvangen hebben, indien ze in het actief kader was wederopgenomen: de toekenning van zo'n vergoeding was immers rechtstreeks afhankelijk van de voorafgaande vaststelling dat de weigering tot wederopneming onwettig was (arrest Neigel, geciteerd, p. 411, § 44).

In veertien arresten van 2 september 1997 volgt het Hof dezelfde redenering. Telkens wanneer een geschil i.v.m. het statuut van een ambtenaar betrekking heeft op een beslissing die de overheid in de uitoefening van haar discretionaire bevoegdheid heeft genomen, moet worden aangenomen dat het geschil geen «burgerlijk» recht tot voorwerp heeft. Dit is het geval met het beroep tegen een beslissing waarbij de overheid weigert iemand, na afloop van een periode van contractuele tewerkstelling, vast te benoemen (zaak Fusco), waarbij ze weigert een ambtenaar te bevorderen (zaak Soldani), of waarbij ze het verzoek afwijst van een op pensioen gesteld personeelslid om opnieuw in het actief kader te treden (zaak Ryllo). Hetzelfde geldt voor het beroep tegen een beslissing waarbij de overheid op een bepaald ogenblik aan een ambtenaar een graad of een kwalificatie toekent, die deze niet in overeenstemming vindt met de werkelijk door hem uitgeoefende functie (zaken Spurio, Zilaghe, Laghi, Viero, Di Luca en Saluzzi, Pizzi, Scarfò, Argento en Trombetta), alsmede voor het beroep tegen een beslissing waarbij de datum wordt bepaald met ingang waarvan de bij een bepaalde graad horende wedde zal worden uitbetaald (zaak Orlandini). Ten slotte, en niet in het minst, wordt die

redenering ook toegepast op het beroep tegen een tuchtmaatregel (zaak Gallo; het ging om een schorsing, met gedeeltelijke inhouding van wedde). Al die zaken liggen volgens het Europese Hof voor de Rechten van de Mens buiten het toepassingsgebied van art. 6, § 1, E.V.R.M., zelfs als er naast het beroep tot vernietiging van een beslissing ook een vordering tot betaling van een vergoeding wordt ingesteld (zie i.h.b. de zaken Spurio, Viero en Trombetta).

In vier zaken komt het Hof tot de conclusie dat art. 6, § 1, E.V.R.M. wel toepasselijk is. Twee van die zaken hebben betrekking op het beweerde verzuim van de overheid om een wedde uit te betalen (zaken Lapalorcia en Nicodemo), de twee andere zaken betreffen een betwisting over de weddeschaal die van toepassing is op de door eiser beklede functie (zaken De Santa en Abenavoli). Het Hof wijst erop dat in geen van die zaken de discretionaire bevoegdheid van de overheid ter discussie staat. Bijgevolg wegen de aspecten van privaatrecht zwaarder door dan die van publiekrecht, en is het door de verzoeker aangevoerde recht telkens van «burgerlijke» aard.

4. Kon het arrest Neigel eventueel nog een verrassing worden genoemd, dan staat het nu wel vast dat het Hof in ambtenarenzaken een restrictieve interpretatie van art. 6, § 1, E.V.R.M. wil aanhouden. De leer van het arrest Neigel is inmiddels trouwens nogmaals bevestigd, ditmaal i.v.m. een betwisting rond het ambtshalve in verlof stellen van een ambtenaar (arrest Huber van 19 februari 1998, te verschijnen in *Rec.*, 1998).

Uit de rechtspraak van het Hof blijkt dat het niet voldoende is dat een ambtenaar de wettigheid van een overheids-handeling betwist, opdat het geschil tussen hem en de overheid onder toepassing van art. 6, § 1, E.V.R.M. valt. Vereist is bovendien dat het geschil betrekking heeft op wat, naar Belgisch recht, een «subjectief recht» genoemd wordt, d.w.z. een recht waaraan een precieze verplichting van de overheid beantwoordt. Heeft het geschil daarentegen in essentie betrekking op de wijze waarop de overheid ten aanzien van die ambtenaar een discretionaire bevoegdheid heeft uitgeoefend, dan moet worden aangenomen dat geen «burgerlijk» recht, in de zin van art. 6, § 1, E.V.R.M. in het geding is.

Betwistingen i.v.m. het statuut van ambtenaren vormen aldus een bijzondere categorie, vanuit het oogpunt van art. 6, § 1, E.V.R.M. (Alleen) voor die betwistingen is het van belang te weten of het geschil gaat over subjectieve rechten dan wel over de enkele wettigheid van een overheids-handeling). Er is op dit ogenblik geen reden om aan te nemen dat dit onderscheid relevant is voor andere soorten bestuursgeschillen, met name die waarbij het de burger is die tegenover de overheid staat: zodra de wettigheid wordt betwist van een overheids-handeling die gevolgen heeft voor de uitoefening van een «burgerlijk» recht van de burger, lijkt art. 6, § 1, E.V.R.M. van toepassing te zijn.

(Zaak Spurio e.a. t/ Italië)

Paul Lemmens

#### E.H.R.M., 25 september 1997

1. Art. 3 E.V.R.M. – *Verbod op foltering en onmenselijke of vernederende behandeling of bestraffing – Verkrachting van Koerdisch meisje door Turkse overheidsagenten*

– 2. *Art. 13 E.V.R.M. – Recht op daadwerkelijke rechtshulp – Grondig en effectief onderzoek van klacht door vervolgende overheid*

1. Op 25 september 1997 deed het Europese Hof voor de Rechten van de Mens uitspraak in een zaak met bijzonder ernstige feiten.

Sükran Aydin, een Turks meisje van Koerdische afkomst, was zeventien jaar oud toen een groep dorpswachten en een rijkswachtofficier haar dorp bezochten. Ze ondervroegen onder meer haar familie over contacten met de PKK (de Koerdische Arbeiderspartij). Samen met haar vader en schoonzus werd Sükran geblinddoekt meegenomen naar het hoofdkwartier van de rijkswacht. Daar werd ze drie dagen lang geblinddoekt vastgehouden, ondervraagd en mishandeld. Ze werd onder meer naakt in een autoband gestopt en rondgedraaid, geslagen en met koud water uit een hogedrukspuit bespoten. Ze werd ook verkracht.

2. Deze feiten werden betwist door de Turkse regering. Het Europese Hof voor de Rechten van de Mens nam ze echter voor waar aan op basis van het grondige onderzoek van de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens terzake. De Commissie had haar oordeel over de feiten onder meer gebaseerd op de getuigenissen die een Commissiedelegatie in Turkije had gehoord en op medische onderzoeken.

3. Dat dergelijke feiten een schending van art. 3 E.V.R.M. uitmaken, staat buiten twijfel. Deze bepaling verbiedt, in dalende mate van ernst, foltering, onmenselijke behandeling of bestraffing en vernederende behandeling of bestraffing. Het begrip «foltering» is voorbehouden voor opzettelijke onmenselijke behandeling die zeer ernstig en wreed lijden veroorzaakt (§ 82). Vooraleer het Hof te maken kreeg met een aantal zaken van Koerden tegen Turkije, had het nog nooit foltering vastgesteld. Dit gebeurde voor de eerste maal in de zaak *Aksoy t/ Turkije* (18 december 1996).

4. Ook in de *Aydin*-zaak werd foltering vastgesteld (met veertien stemmen tegen zeven). Het opzettelijke karakter werd afgeleid uit het feit dat de behandeling van het meisje enkel te maken kan hebben gehad met de veiligheidssituatie in Zuid-Oost-Turkije, waar zich al sinds 1985 ernstige ongeregeldehanden voordoen tussen de PKK en de veiligheidsdiensten, en met de behoefte van deze laatsten om informatie te verkrijgen. Wat de ernst van de feiten betref, meende het Hof dat verkrachting op zichzelf al foltering uitmaakt. Verkrachting van een gevangene door een overheidsagent moet volgens het Hof worden beschouwd als een bijzonder ernstige en gruwelijke vorm van mishandeling, wegens het gemak waarmee de dader de kwetsbaarheid en de verminderde weerbaarheid van zijn slachtoffer kan uitbuiten. Bovendien zijn er de fysieke pijn en de diepe en blijvende psychologische wonden (§ 83).

Ook de andere fysieke en mentale mishandelingen maken samen foltering uit, zeker in het licht van de jeugdige leeftijd en het geslacht van de betrokkene en van de omstandigheden waaronder ze werd vastgehouden (§ 84).

5. Een gevolg van de confrontatie in de «Koerdische» zaken met dergelijke zeer ernstige mensenrechtenschendingen, is dat het Hof in zijn rechtspraak het concept «foltering» nader gaat uitwerken. Door verkrachting als foltering te beschouwen, volgt het Hof de nieuwste ontwikkelingen in het internationale recht van de mensenrechten. Daarin is het

voorafgegaan door onder meer de Inter-Amerikaanse Commissie voor Mensenrechten, de Speciale Verslaggever over Foltering van de Verenigde Naties en de aanklagers bij het Internationaal Strafrechtelijk Tribunaal voor Voormalig Joegoslavië (§ 51). Het feit dat in deze zaak een uitspraak wordt gedaan over die belangrijke principiële kwestie, is waarschijnlijk de reden waarom ze door het Hof behandeld is in grote kamer.

6. Sükran Aydin kloeg ook over een schending van art. 6, § 1 (recht op toegang tot een rechtbank) en 13 (recht op daadwerkelijke rechtshulp bij schending van de rechten van het E.V.R.M.), omdat de openbare aanklager bij wie zij klacht had neergelegd, haar zaak nauwelijks had onderzocht. Daardoor was er geen bewijsmateriaal beschikbaar op basis waarvan zij een vordering tot schadevergoeding had kunnen indienen. Het Hof besloot deze klacht enkel onder art. 13 E.V.R.M. te behandelen en stelde een schending vast (zes- tien stemmen tegen vijf). Het herhaalde de stelling die het reeds eerder in de zaak *Aksoy t/ Turkije* had geformuleerd: wanneer een individu een verdedigbaar argument heeft dat hij of zij is gefolterd door overheidsagenten, houdt «daadwerkelijke rechtshulp» in, dat er naast eventuele schadevergoeding ook een grondig en effectief onderzoek moet komen dat tot de identificatie en bestraffing van de verantwoordelijken kan leiden, en waarbij de eiser effectief toegang heeft tot de onderzoeksprocedure (§ 103). Het Hof specificerde in de zaak *Aydin* dat een grondig en effectief onderzoek naar een klacht over verkrachting in hechtenis door een overheidsagent bovendien inhoudt dat het slachtoffer met de nodige gevoeligheid moet worden onderzocht door artsen met een bijzondere deskundigheid in dit domein en wier onafhankelijkheid niet beperkt is door instructies van de vervolgende overheid met betrekking tot de omvang van het onderzoek (§ 107). In het voorliggende geval was niet aan deze voorwaarden voldaan en was art. 13 E.V.R.M. bijgevolg geschonden.

7. Er werd ook een schending ingeroepen van het petitierecht bij de Straatsburgse instellingen (art. 25 E.V.R.M.), omdat Sükran Aydin en haar familie na het indienen van hun verzoekschrift bij de E.C.R.M. zouden geïntimideerd en lastiggevallen geweest zijn door de politie en de openbare aanklager. Het E.H.R.M. meende echter dat deze klacht onvoldoende was bewezen.

8. Ten slotte werd Turkije veroordeeld tot het betalen van Sükran Aydin's kosten (ten belope van 37.360 £, rechtstreeks te betalen aan de advocaten) en van 25.000 £ morele schadevergoeding.

(Zaak *Aydin t/ Turkije*)

*Eva Brems*

**E.H.R.M., 9 oktober 1997**

*Art. 2 E.V.R.M. – Recht op leven – Doding door gewapende overheidsagenten bij interventie in huiselijke twist – Noodzaak van het gepleegde geweld*

1. Art. 2 E.V.R.M. beschermt het recht op leven. Volgens het Europese Hof voor de Rechten van de Mens is dit één van de meest fundamentele bepalingen van het Verdrag (§171).

Nochtans is dit artikel nog niet vaak aan de orde geweest in de rechtspraak van het Hof. Na *McCann en anderen t/ U.K.* (27 september 1995), is *Andronicou en Constantinou t/ Cyprus* (9 oktober 1997) de tweede belangrijke zaak in die zin.

2. Het recht op leven is in het E.V.R.M. geen absoluut recht. Art. 2, (2), E.V.R.M. bepaalt: «De beroving van het leven wordt niet geacht in strijd met dit artikel te zijn geschied, ingeval zij het gevolg is van geweld, dat absoluut noodzakelijk is: a) ter verdediging van wie dan ook tegen onrechtmatig geweld; b) teneinde een rechtmatige arrestatie te verrichten of het ontsnappen van iemand, die op rechtmatige wijze gevangen wordt gehouden, te voorkomen; c) teneinde, door middel van wettige maatregelen, een oproer of opstand te onderdrukken.»

3. In *Andronicou en Constantinou* gaat het, net zoals trouwens in *McCann*, om de vraag of het geweld waarmee gewapende overheidsagenten (politie, leger) burgers gedood hebben ter verdediging tegen onrechtmatig geweld of om een arrestatie te verrichten, niet meer was dan absoluut noodzakelijk om dat doel te bereiken.

4. De feiten die aan dit arrest ten grondslag lagen waren dat er op 24 december 1993 vanaf 's ochtends ruzie was ontstaan tussen Lefteris Andronicou en zijn verloofde, Elsie Constantinou, met wie hij samenleefde. Elsie riep om hulp. Buren haalden de politie erbij. Het bleek dat Lefteris Andronicou Elsie Constantinou tegen haar wil verhinderde de flat te verlaten, en dat hij gewapend was met een jachtgeweer. De hele dag hadden er onderhandelingen plaats tussen vrienden, familie, bekenden en de politie en Lefteris Andronicou, met de bedoeling hem ervan te overtuigen Elsie Constantinou te laten gaan. Er werden geen psychologen of professionele onderhandelaars bij betrokken. Tegen de avond liet Lefteris Andronicou weten dat hij nog Kerstmis wilde vieren met zijn verloofde, en dat de politie haar nadien, om 0h05, mocht komen halen. Gedurende diverse gesprekken met Lefteris Andronicou groeide bij de politie echter de indruk dat het zijn bedoeling was, op het symbolische uur van middernacht op Kerstavond, zijn verloofde te vermoorden en vervolgens zelfmoord te plegen. Er werd een beroep gedaan op een speciaal interventieteam van de politie, dat de flat zou binnenvallen om Elsie Constantinou te bevrijden en Leftheris Andronicou gevangen te nemen.

Toen de onderhandelingen om middernacht geen resultaat hadden opgeleverd, ging het interventieteam tot de actie over. Toen de agenten de flat binnenkwamen, loste Lefteris Andronicou twee schoten, waardoor een agent en Elsie Constantinou gewond raakten. In reactie daarop vuurden twee andere agenten tientallen kogels af, met machinegeweren. Zij doodden daarbij niet enkel Lefteris Andronicou, maar ook Elsie Constantinou.

5. De Cypriotische onderzoekscommissie die het incident onderzocht, kwam tot de conclusie dat geen buitenproportioneel geweld was gebruikt en dat er geen onzorgvuldigheid was geweest in de planning van de operatie.

6. De nabestaanden van beide slachtoffers trokken echter naar Straatsburg. De Europese Commissie voor de Rechten van de Mens oordeelde, met vijftien stemmen tegen drie, dat art. 2 E.V.R.M. geschonden was. De Commissie vond vooral de beslissing om het interventieteam te doen uitrukken in een huiselijke twist een fundamentele fout in de plan-

ning van de operatie, waardoor de risico's voor de slachtoffers enorm waren toegenomen (§ 180).

7. Het Europese Hof voor de Rechten van de Mens was een andere mening toegedaan. Met een nipte meerderheid van vijf stemmen tegen vier oordeelde het dat er niet meer geweld was gebruikt dan strikt noodzakelijk en dat er dus geen schending van art. 2 E.V.R.M. was.

8. Nochtans stelde het Hof dat een erg strikte proportionaliteitstest moest worden toegepast, omdat het ging om een zeer belangrijk recht en om het opzettelijk gebruik van dodelijk geweld (§ 171).

Net zoals in de *McCann*-zaak, beoordeelde het Hof afzonderlijk de planning en de uitvoering van de operatie.

9. Wat de planning betreft, weigerde het Hof alternatieven voor de reddingsoperatie, die achteraf gezien waarschijnlijk beter waren geweest, in aanmerking te nemen. Het ging enkel na of de overheid ervoor gezorgd had bij de planning van de interventie de risico's voor het leven van het koppel zo klein mogelijk te houden, en of ze niet nalatig was geweest bij de keuze van de actie (§ 181). Het Hof meende dat de beslissing om het interventieteam in te zetten verantwoord was in de omstandigheden van de zaak, aangezien er een redelijke vrees bestond dat Elsie Constantinou om middernacht gevaar zou lopen en aangezien onderhandelingspogingen hadden gefaald (§ 185). Dat het ging om agenten die waren opgeleid om te schieten om te doden, en dat zij machinegeweren meedroegen, stoorde het Hof niet, aangezien het gebruik van wapengeweld niet was voorzien in het plan, en de agenten instructies hadden meegekregen om enkel te vuren indien hun eigen leven of dat van Elsie Constantinou in gevaar was (§ 185).

10. Ook in de uitvoering van de operatie zag het Hof geen graten. Het wees erop dat het geweld van de agenten een reactie was op het geweld dat Lefteris Andronicou gebruikte toen zij de flat binnenstormden (§ 191). Hoewel het Hof betreurde dat zoveel vuurwapengeweld was gebruikt, meende het dat de agenten in de situatie waarin ze zich bevonden redelijkerwijze ervan konden uitgaan dat het nodig was Lefteris Andronicou te doden om hun eigen leven en dat van Elsie Constantinou te beschermen (§ 192). Het feit dat die overtuiging achteraf verkeerd bleek te zijn, doet volgens het Hof niet terzake.

11. De verzoekers kloegen ook over het feit dat er geen systeem van rechtsbijstand bestond, zodat zij geen vordering tot schadevergoeding hadden kunnen instellen in Cyprus. De regering had hun echter wel een aanbod gedaan om tussen te komen in de kosten, en het Hof meende dat Cyprus hiermee was tegemoetgekomen aan zijn verplichting krachtens art. 6 E.V.R.M. om het recht van toegang tot de rechter te verzekeren. Deze bepaling laat de staat immers vrij in de keuze van middelen; een systeem van rechtsbijstand is niet de enige manier om eraan te voldoen (§ 199).

12. Wie de interpretatie van art. 2, (2), E.V.R.M. in dit arrest vergelijkt met die in de zaak *McCann*, komt tot de conclusie dat de rechtspraak van het E.H.R.M. in dit domein nog vrij onzeker is. In *McCann* ging het om geheel andere feiten: Britse soldaten hadden ongewapende IRA-leden doodgeschoten omdat zij dachten dat dezen een bom tot ontploffing zouden brengen. De fouten die werden gemaakt, zijn echter in beide zaken vergelijkbaar: te weinig aandacht in de planning voor preventieve of minder gewelddadige alternatieven, een aantal verkeerde uitgangspunten, waardoor de

uitvoerders de situatie verkeerd inschatten, en wanneer er werd geschoten, schieten om te doden. In *McCann* besloot het Hof met tien stemmen tegen negen dat art. 2 E.V.R.M. geschonden was. Men zou verwachten dat de proportionaliteitseis nog strikter zou zijn in een zaak tussen twee verloofden dan in een confrontatie met terroristen. Nochtans lijkt het Hof in *Andronicou en Constantinou* minder streng te zijn geworden en meer krediet te geven aan de inschatting van de personen die op het terrein de beslissing tot actie moeten nemen. Aangezien elk van beide zaken beslist is met een meerderheid van een stem, is het echter nog te vroeg om conclusies te trekken naar toekomstige rechtspraak toe.

(Zaak *Andronicou en Constantinou* t/ Cyprus)

*Eva Brems*

**E.H.R.M., 25 november 1997**

*Art. 10 E.V.R.M. – Recht op vrijheid van meningsuiting – Leden van de krijgsmacht – Wet die beledigingen door leden van de krijgsmacht aan het adres van het leger strafbaar stelt*

1. Grigoriades, een militair bij het Griekse leger, liep in 1989 een veroordeling op wegens belediging van de krijgsmacht. In een brief aan één van zijn oversten had hij het leger onder meer omschreven als »een crimineel en terroristisch apparaat», «gekant tegen mens en maatschappij», en «een apparaat dat door het creëren van een sfeer van intimidatie en door het vernielen van het spirituele welzijn van de radicale jeugd, de menselijke natuur ruïneert (...)».

De brief was niet bedoeld als publiek document: enkel de geadresseerden, de briefschrijver en één enkele collega van de briefschrijver zouden op de hoogte zijn geweest van de inhoud ervan.

Het Grieks militair gerecht was, zowel in eerste aanleg als in beroep, van oordeel dat een inbreuk was gepleegd op het Militair Strafwetboek, waarin beledigingen door leden van de krijgsmacht aan het adres van het leger strafbaar werden gesteld. Het Griekse Hof van Cassatie vernietigde die uitspraak niet.

Grigoriades meende dat de opgelopen veroordeling een schending inhield van art. 10 E.V.R.M. Bovendien vond hij dat toepassing was gemaakt van een te vage strafwetsbepaling, in strijd met art. 7 E.V.R.M.

2. «*Article 10 does not stop at the gates of army barracks*». Met deze uitspraak bevestigde het Hof (grote kamer) nogmaals dat grondrechten, en in dit geval het grondrecht op vrije meningsuiting, ook gelden voor de leden van de krijgsmacht (§ 45). In vroegere arresten had het Hof hiervoor verwezen naar artt. 1 en 14 van het E.V.R.M., waaruit volgt dat iedereen die onder de rechtsmacht van de verdragsstaten ressorteert, zonder onderscheid, grondrechtsbescherming geniet. Ten aanzien van militairen verwierp het Hof met andere woorden «*impliciete beperkingen*» van de expressievrijheid, die zouden ontsnappen aan de toetsing aan de beperkingsvoorwaarden van art. 10, § 2, E.V.R.M. De veroordeling van Grigoriades diende bijgevolg voorzien te zijn bij wet, een legitiem doel na te streven en noodzakelijk te zijn in een democratische samenleving.

Aan het eerste vereiste – «*bij wet voorzien*» – was volgens het Hof voldaan. De veroordeling van Grigoriades vond een grondslag in het Grieks Militair Strafwetboek (§ 34). Hoewel het betrokken artikel in zeer algemene termen was geformuleerd, en geen definitie of nadere specificering bevatte van het begrip «belediging», oordeelde het Hof bovendien dat voldaan was aan de eis van «foreseeability» die, volgens vaste rechtspraak, voortvloeit uit de uitdrukking «voorzien bij wet» (§ 37-38). Meteen gaf het Hof daarmee ook een (negatief) antwoord op de vraag of art. 7 E.V.R.M. geschonden was (§ 49).

Dat de inmenging in Grigoriades' expressievrijheid een «*legitiem doel*» nastreefde, werd niet betwist. Opdat een leger operationeel zou kunnen blijven en de verdediging van het land zou kunnen verzekeren, is een gepaste mate van discipline nodig. Beperkingen van de vrije meningsuiting van militairen die nodig zijn ter bescherming van die discipline, dienen daarom «'s lands veiligheid» en «de openbare veiligheid», rechtsgoederen die zijn opgesomd in art. 10, § 2, E.V.R.M. (§ 41).

Het meest gevoelige punt voor het Hof was de vraag of de veroordeling van Grigoriades «*nodig was in een democratische samenleving*». Het Hof oordeelde dat het toegestaan is beperkingen op te leggen op de expressievrijheid «*where there is a real threat to military discipline*». Het wees er bovendien op dat beperkingen niet mogen worden ingegeven door de enkele bedoeling de uiting van meningen te verijdelen, zelfs indien die meningen rechtstreeks gericht zijn tegen het leger als instituut (§ 45). Toegepast op de zaak Grigoriades, leidde dit standpunt tot de conclusie dat de inmenging in de expressievrijheid niet noodzakelijk was. Vooral omdat Grigoriades' brief niet was verspreid onder een breed publiek, en omdat de inhoud ervan niet was gericht tegen een welbepaalde overste, maar eerder tegen het leger als instituut, oordeelde het Hof dat de weerslag ervan op de militaire discipline niet significant genoeg was om als een «*real threat*» te worden beschouwd. Het Hof concludeerde, met twaalf stemmen tegen acht, dat art. 10 E.V.R.M. geschonden was (§§ 47-48).

3. In vergelijking met de uitspraken van het Hof in de zaak *Engel* (*Publ. Court*, reeks A, vol. 22), en de zaak *Hadjianastassiou* (*Publ. Court*, Reeks A, vol. 252), waarin de expressievrijheid van militairen eveneens aan de orde was, lijkt het Hof nu minder terughoudend op te treden bij de toetsing aan de beperkingsvoorwaarden van art. 10, § 2, E.V.R.M. De terughoudendheid in de zaken *Engel* en *Hadjianastassiou* hield verband met het belang dat het Hof toen hechtte aan «*the particular characteristics of military life*», «*the specific 'duties' and 'responsibilities' incumbent on members of the armed forces*» en «*the margin of appreciation that Article 10 § 2 (...) leaves to the Contracting States*».

In de (recentere) zaken *Vereinigung Demokratischer Soldaten Österreichs en Gubi* (*Publ. Court*, Reeks A, vol. 302) en *Grigoriades* lijkt het Hof aan die factoren minder aandacht te besteden. Het Hof ontkent weliswaar niet dat «*the proper functioning of an army is hardly imaginable without legal rules designed to prevent servicemen from undermining it*», maar verwijst niet meer expliciet naar de in art. 10, § 2, E.V.R.M. vermelde «*plichten en verantwoordelijkheden*» die de uitoefening van de expressievrijheid meebrengt. Precies die «*plichten en verantwoordelijkheden*» hadden het Hof in het verleden in staat gesteld een ruimere interpretatie van



de beperkingsmogelijkheden toe te passen bij bepaalde categorieën van personen waarop bijzondere verplichtingen rusten (ambtenaren, militairen,...).

Ook de omvang van de «*nationale appreciatiemarge*», die medebepalend is voor de mate waarin het Hof bereid is de lidstaten op de vingers te tikken, lijkt te zijn ingekrompen. Uit de rechtspraak van het Hof was al eerder gebleken dat die nationale appreciatiemarge gedifferentieerd was, al naargelang de aard van de ingeroepen beperkingsgrond. Zo gaven de «bescherming van de goede zeden» en «'s lands veiligheid» in het verleden vaak aanleiding tot een ruime appreciatievrijheid voor de lidstaten en bijgevolg een beperkte Straatsburgse controle. In recentere uitspraken waarin dergelijke beperkingsgronden werden ingeroepen, zoals in de zaken *Vereinigung Demokratischer Soldaten* en *Grigoriades*, neemt het Hof evenwel een andere, meer controlerende houding aan. Uit de verschillende *dissenting opinions* die bij het arrest *Grigoriades* zijn gevoegd, blijkt echter dat zelfs binnen het Hof geen eensgezindheid bestaat over deze koerswijziging.

4. Net als in Griekenland en in de andere lidstaten van de Raad van Europa, bestaan in België tucht- en strafrechtelijke regels die de expressievrijheid van militaire beperken. Of de Belgische beperkingen een Straatsburgse toetsing aan art. 10, § 2, E.V.R.M. zouden doorstaan, zal voornamelijk afhangen van de vraag of zij als «noodzakelijk in een democratische samenleving» kunnen worden aangemerkt. Reeds vóór de uitspraken in de zaken *Vereinigung Demokratischer Soldaten* en *Grigoriades*, waarin het Hof zich op dat vlak minder terughoudend opstelde, rees hierover twijfel in de Belgische rechtsleer (zie o.m. J. Velaers, *De beperkingen van de vrijheid van meningsuiting*, Antwerpen, Maklu, 1991, II, 670-676). Vooral de politieke uitingvrijheid van militairen wordt volgens sommigen, meer dan voor een democratie noodzakelijk is, ingeperkt. Zelfs het leger zélf is volgens sommigen weinig gebaat bij onmondige, weinig kritische en blindelings gehoorzamende militairen. Die auteurs menen dat, méér dan aan kadaverdiscipline, moet worden gewerkt aan de verantwoordelijkheidszin van militairen (zie o.m. O. Triffterer, *Les droits de l'homme dans les forces armées*, Brussel, 1978, 239).

(Zaak *Grigoriades t/ Griekenland*)

*Annemie Borms*

#### **E.H.R.M., 19 december 1997**

*Art. 6, § 1, E.V.R.M. – Recht op toegang tot de rechter – Onmiddellijke toepassing van gewijzigde procedurewet op hangende rechtsgedingen*

1. De zaak *Brualla Gómez de la Torre* betreft de onmiddellijke toepassing van de gewijzigde procedurewet op de hangende rechtsgedingen.

Na in eerste aanleg te zijn afgewezen, werd de vordering tegen mevrouw *Brualla Gómez de la Torre* in hoger beroep ingewilligd. Mevrouw *Brualla Gómez de la Torre* legde op 3 maart 1992 een verklaring neer waarbij ze haar intentie kenbaar maakte cassatieberoep te willen instellen. Partijen werden daarna uitgenodigd binnen veertig dagen cassatiebe-

roep in te stellen. Verzoekster stelde binnen deze termijn, namelijk op 22 mei 1992, cassatieberoep in.

Ondertussen, namelijk op 6 mei 1992, was een wet in werking getreden die de ontvankelijkheidsvoorwaarden voor cassatieberoep had gewijzigd. Uit de wet zelf bleek niet onduidelijk of deze moest worden toegepast in het geval dat de verklaring reeds was neergelegd, maar het cassatieberoep nog niet was ingesteld. In een principiële arrest van 12 mei 1992 besloot het hoogste gerechtshof tot de toepasselijkheid van de nieuwe wet in deze omstandigheid. Het door de verzoekster ingestelde cassatieberoep werd met toepassing van de nieuwe wet niet ontvankelijk verklaard.

2. Voor het Europese Hof voor de Rechten van de Mens voerde verzoekster aan dat haar recht van toegang tot de rechtbank, zoals gewaarborgd door art. 6 E.V.R.M., hierdoor werd geschonden. Het hoogste gerechtshof zou o.m. de nationale wet verkeerd hebben toegepast. Het nationale recht zou eveneens de tegenovergestelde conclusie, namelijk de toelaatbaarheid van het cassatieberoep, mogelijk hebben gemaakt.

Het Europese Hof oordeelde hierover, in navolging van zijn vroegere rechtspraak, dat het in de eerste plaats aan de nationale instanties toekomt de interne wet te interpreteren. Indien er bij de interpretatie van de wet een keuze moet worden gemaakt, is het niet aan het Hof de opportuniteit van deze keuze te beoordelen. Het Hof gaat enkel na of de aangenomen interpretatie van de wet geen schending van het verdrag tot gevolg heeft (§§ 31-32).

3. Het Europese Hof voor de Rechten van de Mens besliste voorts dat art. 6 E.V.R.M. het recht van toegang tot de rechter waarborgt. Dit recht is evenwel onderhevig aan impliciete beperkingen, zoals ontvankelijkheidsvoorwaarden voor het instellen van een rechtsmiddel. De beperkingen van de toegang tot de rechter mogen evenwel niet tot gevolg hebben dat het recht in zijn essentie wordt aangetast. Opdat een beperking zou toegelaten zijn, moet deze een wettig doel nastreven en moet er een redelijke verhouding van proportionaliteit bestaan tussen de gebruikte middelen en het nagestreefde doel (§ 33);

Het Hof overwoog dat de aangenomen oplossing in feite gewoon een toepassing is van het algemeen erkend principe van de onmiddellijke toepassing van de gewijzigde procedurewet op hangende gedingen (§ 35). Dit beginsel wordt in België vastgelegd in art. 3 Ger.W.

De door de wet nagestreefde doelstelling, namelijk het vermijden van een overdreven werklast van het hoogste gerechtshof, is wettig (§ 36). Het Europese Hof is in het algemeen gevoelig voor overwegingen die het verminderen van de werklast van de rechtscolleges betreffen. Zo is ook het recht op een openbare en mondelinge terechtzitting, dat in beginsel door art. 6, § 1, E.V.R.M. wordt gewaarborgd, onderhevig aan impliciete beperkingen die onder meer een vermindering van de werklast van de rechtbanken tot doel hebben (bijv. E.H.R.M., *Helmerts t/ Zweden*, 29 oktober 1991, *Publ. Cour*, Reeks A, vol. 212-A, § 36).

4. De beperking mag het recht van toegang tot de rechter evenwel niet in zijn essentie aantasten. Art. 6, § 1, E.V.R.M. verplicht de staat niet tot het creëren van rechtsmiddelen, maar indien deze rechtsmiddelen bestaan, moet het recht van toegang tot deze rechtbanken wel worden gewaarborgd. Anderzijds moet de naleving van art. 6 E.V.R.M. worden onderzocht in het licht van de hele procedure en meer in het



bijzonder rekening houdend met de rol die de hogere rechtscolleges daarin spelen (§§ 37-39).

Gelet op de bijzondere rol die het hoogste gerechtshof als cassatiegerechtshof toebedeeld kreeg, kan een groter formalisme voor dit gerechtshof worden aanvaard. Aangezien de zaak van verzoekster reeds in eerste aanleg en in hoger beroep was behandeld door rechtscolleges met volle rechtsmacht, was er geen disproportionele beperking van het recht van toegang tot de rechter en werd dit recht niet in zijn essentie aangetast (§ 39). Er was bijgevolg geen schending van art. 6, § 1, E.V.R.M.

5. Dit arrest is niet zonder belang voor België. Door de wet van 3 augustus 1992 werd de mogelijkheid beperkt om rechtsmiddelen aan te wenden. Voortaan kan tegen beslissingen inzake bevoegdheid enkel hoger beroep worden ingesteld samen met het hoger beroep tegen de eindbeslissing (art. 1050, laatste lid, Ger.W.). Voorts werd de aanleggrens door deze wet gewijzigd. Vonnissen van de rechtbank van eerste aanleg en van de rechtbank van koophandel die uitspraak doen over een vordering waarvan het bedrag 75.000 frank niet overschrijdt, worden gewezen in laatste aanleg. Hetzelfde geldt voor vonnissen van de vrederechter die uitspraak doen over een vordering waarvan het bedrag niet hoger is dan 50.000 frank (art. 617 Ger.W.). Deze regels zijn van toepassing van art. 3 Ger.W. van toepassing op de hangende rechtsgedingen.

Hoewel de toegang tot het hoger beroep door bovenvernoemde regels wordt beperkt, is de kans gering dat het Europese Hof voor de Rechten van de Mens tot schending van het recht van toegang tot de rechter, gewaarborgd door art. 6, § 1, E.V.R.M., zou besluiten. Het recht van toegang tot de rechter is immers onderhevig aan impliciete beperkingen. De wetgever mag de toegang tot rechtsmiddelen beperken, op voorwaarde dat het recht van toegang tot de rechter niet in zijn essentie is aangetast, dat een wettig doel wordt nastreefd en dat er een redelijke band van proportionaliteit tussen de middelen en het doel bestaat. De beperking van het hoger beroep heeft tot doel de rechtbanken niet te overstelpen met bagatelzaken waarvan de waarde niet in verhouding staat tot de kosten en de duur van de beroepsprocedure. Deze doelstelling is ongetwijfeld wettig. Ook aan het proportionaliteitscriterium is voldaan. Ten slotte lijkt het moeilijk aan te nemen dat het Europese Hof voor de Rechten van de Mens van oordeel zou zijn dat het recht in zijn essentie is aangetast.

(Zaak Brualla Gómez de la Torre t/ Spanje)

*Beatrix Vanlerberghe*

**E.H.R.M., 30 januari 1998**

*Art. 11 E.V.R.M. – Recht op vrijheid van vereniging – Toepasselijkheid op politieke partij door beslissing van Grondwettelijk Hof – Ongeoorloofde beperking*

1. Dit arrest van 30 januari 1998 past in een rij van zaken tegen Turkije over de activiteiten van terrorismebestrijding in Oost-Turkije.

2. Tien dagen na de stichting, in 1990, van de Verenigde Communistische Partij van Turkije (TBKP), werd bij het Grondwettelijk Hof een aanvraag tot ontbinding ingediend.

Het Grondwettelijk Hof ontbond de partij iets meer dan een jaar later. Het voerde twee argumenten aan: 1) de TBKP had een door de wet verboden woord («communistisch») opgenomen in de naam van de partij, en 2) de vermelding van twee naties (Turkse en Koerdische) in de statuten van de TBKP zou het separatisme en de verdeeldheid van de Turkse natie aanmoedigen. De ontbinding had van rechtswege tot gevolg dat de activa van de partij naar de schatkist gingen en dat de leiders geen functie in een ander politiek orgaan mochten bekleden.

3. De zaak werd bij het Europese Hof voor de Rechten van de Mens behandeld door een Grote Kamer. De Turkse regering argumenteerde voor het Hof dat art. 11 E.V.R.M. niet van toepassing is op politieke partijen, omdat die te maken hebben met de fundamentele grondwettelijke structuren van een land. Volgens de Turkse regering was er in het E.V.R.M. geen sprake van politieke partijen en hadden de lidstaten nooit de bedoeling gehad hun grondwettelijke instellingen en de principes die ze als essentieel voor hun bestaan beschouwen, te onderwerpen aan de rechterlijke toetsing door de Straatsburgse instellingen (§ 21). De regering voerde voorts aan dat de statuten en het programma van de TBKP onverzoenbaar waren met de Turkse fundamentele grondwettelijke principes: de partij beoogde immers een onaanvaardbare (communistische) politieke orde tot stand te brengen en de verwezenlijking van haar politieke doelstellingen zou de Turkse territoriale en nationale integriteit ernstig ondermijnen.

4. Het Europese Hof voor de Rechten van de Mens volgde de redenering van de Turkse regering niet. In de eerste plaats wees het erop dat art. 11, E.V.R.M. wel degelijk toepasselijk is op politieke partijen: de bewoordingen van het artikel «met inbegrip van het recht om vakverenigingen op te richten» zijn immers niet limitatief bedoeld, en politieke partijen zijn een vorm van vereniging die essentieel is voor de goede werking van de democratie (§§ 24-25).

In de tweede plaats ging het Hof in op het argument van de Turkse regering dat de grondwettelijke structuren van een land niet aan de Straatsburgse toetsing onderworpen zijn. Het wees er in eerste stap op dat een vereniging (ook een politieke partij) niet buiten de bescherming valt van het verdrag en de toetsing van de Straatsburgse instellingen, enkel omdat haar activiteiten door de nationale overheid worden beschouwd als een ondermijning van de grondwettelijke structuren en volgens die nationale overheid noodzakelijk tot het opleggen van beperkingen. Nationale overheden moeten immers steeds handelen op een manier die verzoenbaar is met hun verplichtingen onder het verdrag en zijn altijd onderworpen aan toetsing door Straatsburg. De politieke en institutionele organisatie van de lidstaten (ongeacht of die opgenomen is in wettelijke of grondwettelijke bepalingen) moet de rechten en principes vervat in het verdrag respecteren (§§ 27-30). Vervolgens wees het Hof erop dat een onderscheid tussen enerzijds dat wat deel uitmaakt van de institutionele structuren van een staat, en anderzijds dat wat te maken heeft met grondrechten in de strikte zin, moeilijk te maken en kunstmatig is in de procedure voor het Hof. Dat was volgens het Hof in het bijzonder het geval met een bevel tot ontbinding van een politieke partij: gezien het belang van politieke partijen voor een democratie, heeft zo een bevel zowel te maken met de vrijheid van vereniging als met de democratie in het betrokken land (§ 31).

Het Hof concludeerde dat staatsinstanties het recht hebben hun instellingen te beschermen als die door de activiteiten van een vereniging worden bedreigd, maar dat elke interventie van de staat (zowel wat de stichting als de ontbinding van een vereniging betreft) in overeenstemming moet zijn met art. 11, § 2, E.V.R.M. Op die manier wordt een compromis bereikt tussen de vereisten voor het beschermen van een democratische samenleving en van individuele rechten (§ 32).

5. Nadat het Hof had vastgesteld dat art. 11 E.V.R.M. toepasselijk was, onderzocht het of dit artikel *in casu* was geschonden door de Turkse staat. In het onderzoek naar het goedgeoorloofd zijn van de inmenging stond de vraag centraal of het bevel tot ontbinding van de partij noodzakelijk was in een democratische samenleving om het legitieme doel, namelijk de bescherming van de Turkse nationale veiligheid, te bereiken.

Het Hof beklemtoonde de samenhang tussen de artt. 10 en 11 E.V.R.M.: de bescherming van meningen en de vrijheid van meningsuiting (art. 10) is een van de doelstellingen van de vrijheid van vergadering en vereniging (art. 11). Aangezien politieke partijen een essentiële rol spelen in het verzekeren van het pluralisme en de goede werking van de democratie, is die samenhang des te meer toepasselijk op politieke partijen. Pluralisme is volgens het Hof een noodzakelijke voorwaarde voor democratie, en houdt in dat ook beledigende, choquerende en verstorende informatie of ideeën beschermd worden door de vrijheid van meningsuiting. Het feit dat de activiteiten van politieke partijen deel uitmaken van een collectieve uitoefening van de vrijheid van meningsuiting, geeft politieke partijen op zichzelf het recht de bescherming van de artikelen 10 en 11 in te roepen (§§ 42-43). Vrijheid van meningsuiting vormt volgens het Hof een van de grondslagen van een democratische samenleving. De uitzonderingen in art. 11 E.V.R.M. moeten bijgevolg strikt worden opgevat wat politieke partijen betreft. Er is slechts een beperkte marge van appreciatie voor de lidstaten, en het Europese toezicht op de nationale rechtsregels en de beslissingen die ze toepassen moeten rigoureuus zijn (§ 45-46).

6. Voor de toepassing van voormelde algemene principes baseerde het Hof zich enkel op de statuten en het partijprogramma van de TBKP, aangezien de TBKP niet de kans had gehad haar activiteiten te beginnen. Met betrekking tot de eerste door het Grondwettelijke Hof aangenomen grond voor ontbinding (opname van het woord «communistisch» in de naam van de partij) oordeelde het Hof dat de naamkeuze van een politieke partij op zichzelf geen drastische beslissing als de ontbinding kan rechtvaardigen (§ 54). De tweede grond voor ontbinding lag in de vermeende bevordering door de TBKP van separatisme en verdeeldheid in de Turkse natie, door de verwijzingen in haar programma naar het Koerdische volk. Het Hof wees er echter op dat de doelstelling van de TBKP er volgens haar programma in bestond op het publieke forum een deel van de bevolking ter sprake te brengen, en deel te nemen aan het politieke leven om bevredigende oplossingen te vinden voor alle belanghebbenden, langs democratische regels. Bij gebrek aan enige reële activiteit was de TBKP dus eigenlijk gestraft voor gedrag dat uitsluitend te maken had met de vrijheid van meningsuiting (§ 58).

Het Hof oordeelde dan ook unaniem dat een drastische maatregel als de onmiddellijke en blijvende ontbinding van de TBKP, die bevolen werd vóór de partij zelfs maar begonnen was met activiteiten, en die gepaard ging met een verbod voor de leiders om enige andere politieke verantwoordelijkheid op te nemen, niet in verhouding stond tot het nastreefde doel, en bijgevolg niet noodzakelijk was in een democratische samenleving (§ 61).

7. De zaak heeft het Hof in staat gesteld te verduidelijken dat ook politieke partijen («par excellence») onder het toepassingsgebied van art. 11 E.V.R.M. vallen. Bovendien moeten de gevallen waarin de vrijheid van vereniging voor een politieke partij kan worden beperkt, strikt worden begrepen wegens de prominente rol die politieke partijen spelen in het verzekeren van het pluralisme en de goede werking van een democratie (§ 43). Uit dit arrest blijkt tevens dat een politieke partij in haar programma ook informatie mag verspreiden of ideeën mag verkondigen die beledigend, schokkend of storend zijn, voor zover het haar bedoeling is daarmee een probleem op het publieke forum te brengen en er volgens democratische regels een voor iedereen bevredigende oplossing voor te vinden, én voor zover geen andere (voor de staat en samenleving bedreigende) doelstellingen en bedoelingen blijken uit de handelingen of stellingnamen van de partij.

8. Het Hof heeft in deze zaak veel aandacht besteed aan de invulling van het begrip «democratie». Democratie is volgens het Hof het enige politieke model waaraan gedacht wordt in het E.V.R.M., en is bijgevolg het enige politieke model dat ermee verenigbaar is. Het verdrag is gericht op het behoud en de bevordering van de idealen en waarden van een democratische samenleving, zoals het principe dat procedures voor een rechter in tegenwoordigheid van de partijen en in het openbaar plaats hebben (art. 6) en de vrijheid van meningsuiting (art. 10) (§ 45). De reikwijdte en mogelijke beperking van een aantal individuele rechten in het verdrag (art. 8 t.e.m. 12) is bepaald door wat «noodzakelijk is in een democratische samenleving».

Politieke partijen spelen een essentiële rol in het garanderen van het pluralisme en de goede werking van een democratie (§ 25). Democratie is niet mogelijk zonder pluralisme en gedijt op de vrijheid van meningsuiting (§ 57). In de politieke sfeer kan pluralisme enkel worden gewaarborgd voor zover regelmatig vrije en geheime verkiezingen worden georganiseerd in omstandigheden waarin de vrije meningsuiting van het volk in de keuze van de wetgever is verzekerd (zie art. 3, Protocol nr. 1). Die vrije meningsuiting is ondenkbaar zonder de deelname van verscheidene politieke partijen, die de verschillende opinietendensen van de bevolking vertegenwoordigen, aan het politieke leven (§ 44).

(Verenigde Communistische Partij van Turkije e.a. t/ Turkije)

Wouter Vandenhole

## Basiswetteksten inzake strafrecht en strafprocesrecht

TOM L.W. SCHEIRS

1998; ISBN 90-5095-042-6; 464 blz.; 795 BEF

### Reeks Verzamelde Wetteksten

De belangrijkste wetteksten op het vlak van het strafrecht en het procesrecht in één verzameling in een handig pocketformaat. Door zijn volledigheid is dit hét strafwetboek voor studenten uit de licenties rechten én voor de rechtspraktijk. Het is tevens **het meest actuele werk in deze materie** - bijgewerkt tot 24 augustus 1998 - en het bevat o.a. de wet "Franchimont" van 12 maart 1998 tot verbetering van de strafrechtspleging in het stadium van het opsporingsonderzoek en het gerechtelijk onderzoek, de nieuwe wet van 5 maart 1998 over de voorwaardelijke invrijheidstelling en de nieuwe bepalingen in verband met het aftappen van de telefoon.

### Korte inhoudsopgave

- Gecoördineerde grondwet-excerpten
- Strafwetboek
- Wetboek van Strafvordering
- Wet van 6 maart 1818 betreffende de straffen uit te spreken tegen de overtredders van algemene verordeningen of te stellen bij provinciale of plaatselijke reglementen
- Wet Verzachtende Omstandigheden van 1867
- Wet op de Uitleveringen van 1833
- Uitleveringswet van 1874
- Wet Voorwaardelijke Invrijheidstelling van 1888
- Wet van 5 maart 1952 betreffende de opdecimes op de strafrechtelijke geldboeten
- Probatiwet van 1964
- Wet Bescherming Maatschappij van 1964
- Jeugdbeschermingswet van 1965
- Wet op de Politie van het Wegverkeer van 1968
- Huiszoekingswet van 1969
- Wet op de Voorlopige Hechtenis van 1990
- Wet op het Politieambt van 1992
- Wet tot afschaffing van de doodstraf en tot wijziging van de criminele straffen van 1996
- Wet van 20 mei 1997 betreffende de internationale samenwerking inzake de tenuitvoering van inbeslagnemingen en verbeurdverklaringen.
- Nieuwe wet van 5 maart 1998 betreffende de voorwaardelijke invrijheidstelling
- Nieuwe wet van 18 maart 1998 van de Commissies voor Voorwaardelijke Invrijheidstelling

### *Eveneens verschenen in de reeks Verzamelde Wetteksten:*

Basiswetteksten inzake het recht van de intellectuele eigendom, H. Vanhees

1997; ISBN 90-5095-022-1; 533 blz.; 975 BEF; Tweede druk

Basiswetteksten inzake handels- en economisch recht, H. Vanhees

1998; ISBN 90-5095-056-6; 596 blz.; 795 BEF

# Beginselen van vennootschapsrecht in binationaal perspectief

## Vergelijkende beschouwingen naar Belgisch en Nederlands recht

H.-J. DE KLUIVER EN J. WOUTERS (RED.)

1998; ISBN 90-5095-063-9; 367 blz; 2.750 BEF

### Nummer 26 in de Ius Commune Europaeum reeks

Deze bundel is het resultaat van de samenwerking tussen de Katholieke Universiteit Leuven, de Universiteit Maastricht en de Universiteit Utrecht in het kader van de Onderzoeksschool Ius Commune. Onderwerp is een vergelijkende beschouwing van Nederlands en Belgisch vennootschapsrecht op basis van een beginselmatige benadering, die overigens steeds wordt uitgewerkt in concrete rechtsvragen. De bijdragen zijn in drie groepen verdeeld. Allereerst vindt men beschouwingen die betrekking hebben op 'structuurbeginselen'. Dit leidt tot concrete vragen als de werking van goede trouw en de gebondenheid van een vennootschap in oprichting. Vervolgens wordt 'de positie van aandeelhouders' gezien. Aan bod komen het gelijkheidsbeginsel, de toelaatbaarheid van stemovereenkomsten en de vraag of aandeelhouders vergoeding van zogenaamde 'afgeleide' schade kunnen vorderen. Ten slotte wordt ingegaan op het 'bestuur van vennootschappen'. Onderwerpen zijn de rechtspositie van bestuurders, tegenstrijdig belang en de vele aspecten verbonden met 'Corporate Governance'. In dit verband worden ook de fiscale aspecten van overdracht van ondernemingen beschouwd.

*De bijdragen zijn van:* H.-J. de Kluiver, M. Koelemeijer, H. Laga, M. Deneff, J. Hamers, M. van Beek, R. Tas, D. Van Gerven, H. Vletter-van Dort, F. Hellemans, M. Kroeze, J. Vananroye, B. Tilleman, J.B. Wezeman, K. Geens, C. Schwarz, A. Dorresteyn, J. Wouters, H. Arts

#### *Uit de inhoud:*

- De betekenis van vermogensrechtelijke beginselen voor het vennootschaps- en rechtspersonenrecht
- Vennootschaps- en verbintenissenrecht, één recht?
- Afbakening tussen vennootschap, vereniging en stichting
- Het identiteitsvereiste bij handelen namens een vennootschap in oprichting
- Gelijkheid en gelijke behandeling van vennoten onder Belgisch en Nederlands recht
- Aandeelhouders en stemovereenkomsten naar Belgisch en Nederlands recht
- Zelfstandige vorderingsrechten van de aandeelhouder voor schade aan het vennootschapsvermogen
- De bestuurdersovereenkomst naar Belgisch recht
- Het statuut van bestuurder naar Nederlands recht
- Het leerstuk van het tegenstrijdig belang en zijn consequenties in Nederland en België
- Corporate governance en medezeggenschap
- Corporate governance, referentieaandeelhouders en autonome NV's
- De verliesverrekening voor de vennootschapsbelasting bij de overdracht en overgang van een onderneming in Nederland en België.

inter  
sentia