

RECHTSKUNDIG WEEKBLAD

J. MEESE, Een eerste commentaar bij de wet van 22 maart 1999 betreffende de identificatieprocedure via DNA-onderzoek in strafzaken 1041

Rechtspraak

1. Grondwet – Gelijkheid en niet-discriminatie – **Pensioenstelsels** – Pensioen zelfstandigen – Gelijkheid mannen en vrouwen – **2. Pensioen zelfstandigen** – Gelijkheidsbeginsel – Pensioenleeftijd – Vervroegde pensionering – Pensioenvermindering

Arbitragehof 20 januari 1999 (*met noot*) 1052

Milieu – Milieustrafrecht – Onjuiste of onvolledige aangifte milieueffing – Vereiste van gebrek aan oprechtheid – Geen gelijkstelling met het bijzondere opzet vereist voor valsheid in geschrifte en gebruik van valse stukken

Cass. 2 februari 1999 1054

Dwangsom – Verjaring – Stuiting – Handelingen van tenuitvoerlegging – Duur van de stuiting

Cass. 8 april 1999 (*met noot*) 1054

1. Wetten, decreten en besluiten – Werking in de tijd – Arbeidsongeval – Gevolgen – Blijvende arbeidsongeschiktheid – Hulp van een ander persoon – Bijkomende vergoeding – Wet van 22 december 1989 – **2. Arbeidsongeval** – Gevolgen – Blijvende arbeidsongeschiktheid – Hulp van een ander persoon – Bijkomende vergoeding – Wet van 22 december 1989 – Werking in de tijd

Cass. 10 mei 1999 (*met noot van P. Popelier, «De temporele toepassing van de regeling van vergoedingen»*) 1055

Wetten, decreten en besluiten – Verordenend besluit – Raadpleging afdeling wetgeving van de Raad van State – Uitzondering – Hoogdringendheid – Motivering

R.v.St. 4 november 1999 1056

Verbintenis – Voorwaarde – Zuiver potestatieve voorwaarde van de zijde van de schuldenaar – Gevolg – Nietigheid

Hof Antwerpen 20 mei 1996 1058

Zeerecht – Loods – Taak – Adviesverlening aan de kapitein – Taak van de kapitein – Leiding en meesterschap over het vaartuig

Hof Gent 31 oktober 1996 1059

1. Faillissement – Voorwaarden – Handelaar – **2. Gerechtskosten** – Ten onrechte uitgesproken faillissement – Fout van de gewezen handelaar

Hof Antwerpen 15 februari 1999 1062

Pacht – Pachtoverdracht – Onrechtmatig – Ontbinding van de pachtovereenkomst – Vereiste van schade voor de verpachter

Rb. Brugge 12 december 1997 1063

Verzekering – Motorrijtuigen – Bestuurder – Uitsluiting van het recht op vergoeding voor lichamelijke schade – Bewijslast – Onverschoonbare fout – Risicoaanvaarding

Pol. Turnhout 3 juni 1999 (*met noot van C. Van Schoubroeck, «Bewijslast van de hoedanigheid van bestuurder in de zin van art. 29bis W.A.M.-wet»*) 1065

Rechtspraak in kort bestek

Herstel in eer en rechten – Afwijzing – Motivering

Cass. 4 februari 1998 (*met noot van A. Vandeplass, «Over het herstel in eer en rechten»*) 1069

Burgerlijke rechtspleging – Verzoekschrift – Vermelding van een tegenpartij

Cass. 25 februari 1999 (*met noot*) 1069

Vonnissen en arresten – Motiveringsplicht – Mondeling verweer

Cass. 26 februari 1999 1070

Burgerlijke rechtspleging – Eis – Tussengeschild – Aanvullende eis

Cass. 20 mei 1999 (*met noot*) 1070

Rechtsmiddelen – Burgerlijke zaken – Hoger beroep – Nakomend hoger beroep

Cass. 25 maart 1999 1070

Boeken

W.H. Van Boom, Hoofdelijke verbintenissen (*door R. Van Ransbeeck*) 1071

E. Hammerstein, Betalingsverkeer, wissel, orderbriefje en cheques (*door M. Tison*) 1071

G.J. Wiarda, Drie typen van rechtsvinding (*door M. Adams*) 1071

Aangekondigd

1072

RECHTSKUNDIG WEEKBLAD

Opgericht in 1931.

Hoofdredacteurs: 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. Vandeplas

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
H. Vanhees
S. Van Overbeke
J. Wouters

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

Gebrevetteerd Hofleverancier van België



— UNIFORMIER —

Kledingfabrikanten en specialisten in toga's

DIRK NEVENS

Nieuwe steenweg 8 - 1731 Zellik ☎ (02) 466 09 05

Fax (02) 466 63 24

Molenstraat 23 - 9300 Aalst ☎ (053) 21 47 77

rue du Midi 175 - 1000 Bruxelles ☎ (02) 511 88 06

EEN EERSTE COMMENTAAR BIJ DE WET VAN 22 MAART 1999 BETREFFENDE DE IDENTIFICATIEPROCEDURE VIA DNA-ONDERZOEK IN STRAFZAKEN

I. INLEIDING

1. Het DNA-onderzoek behoort tot de moderne bewijs-technieken waarvan de laatste jaren meer en meer gebruik wordt gemaakt in strafzaken.¹ Zo werd de methode in België onder meer toegepast in het onderzoek naar de Bende van Nijvel en de seriemoordenaar van Bergen. Vooral in dossiers waarin er sprake is van lichamelijke agressie kan de onderzoeksmethode een belangrijke bijdrage leveren voor de waarheidsvinding. Het gebruik van DNA-profielen in strafzaken heeft immers als voordeel dat het genetisch materiaal van ieder individu uniek is, zodat een DNA-profiel - net zoals een vingerafdruk - in beginsel niet identiek kan zijn bij verschillende personen. Daarenboven bevatten nagenoeg alle menselijke cellen DNA en is het DNA-onderzoek niet al te veeleisend wat betreft de kwantiteit, kwaliteit of leeftijd van het aangetroffen spoor van celmateriaal.²

Het uitwerken van een wettelijke regeling van deze onderzoeksmethode kon dan ook niet langer uitblijven. Deze regeling is terug te vinden in de wet van 22 maart 1999,³ waarvan de inwerkingtreding (alsmede een aantal praktische aangelegenheden) zal worden geregeld bij koninklijk besluit.

2. Het belang van een wettelijke regeling kan niet genoeg worden onderstreept. Er moet immers worden vastgesteld dat het DNA-onderzoek verschillende rechten tegelijkertijd op de helling zet.⁴ Allereerst is er het recht op lichamelijke onschendbaarheid,⁵ dat tot gevolg heeft dat de afna-

me van celmateriaal in beginsel niet onder dwang kan geschieden. De bescherming van de lichamelijke integriteit hoeft echter niet noodzakelijk te worden beperkt tot een *fysische* aantasting.⁶

Ook het zwijgrecht van de verdachte dient hier te worden vermeld.⁷ Dit grondrecht brengt mee dat de toestemming van een verdachte voor de afname van celmateriaal in beginsel vrij en bewust dient te worden gegeven.⁸ Het zwijgrecht impliceert tevens dat een verdachte niet kan worden gedwongen zijn medewerking te verlenen aan het onderzoek naar zijn strafrechtelijke aansprakelijkheid. Wanneer hij beslist zulks wel te doen, dient deze beslissing vrij en bewust te zijn genomen.⁹ Toch hoeft hieruit niet noodzakelijk te worden geconcludeerd dat het *nemo tenetur*-beginsel een DNA-onderzoek in strafzaken in de weg staat. Uit het Saunders-arrest¹⁰ blijkt immers dat de verklaringvrijheid van de betrokkene voor het E.H.R.M. een centrale rol inneemt bij het beoordelen van een eventuele schending van

E.V.R.M., art. 17 I.V.B.P.R. en art. 22 van de Grondwet. Ook art. 3 E.V.R.M. waarborgt de lichamelijke integriteit.

⁶ Zo werd in Nederland beslist dat een röntgenonderzoek dat zonder toestemming van de betrokkene werd verricht, een ernstige schending van de lichamelijke integriteit uitmaakt (Rb. Haarlem, 5 december 1989, *N.J.*, 1989, 549). Nochtans vereist een dergelijk onderzoek geen fysieke aanraking van het lichaam. In de Nederlandse doctrine wordt hieruit geconcludeerd dat ook afgescheiden celmateriaal onder de bescherming van de lichamelijke integriteit valt (E. BURG, «DNA-onderzoek in strafzaken en het recht op onaan-tastbaarheid van het lichaam», *Delikt en delinkwent*, 1993, 343). Deze stelling kan worden gevolgd wanneer de herkomst van het celmateriaal (en dus de identiteit van de betrokkene) gekend is. Zo zou de wettelijke regeling niet mogen worden misbruikt door een DNA-onderzoek te verrichten aan de hand van lichaamsmateriaal dat buiten medeweten van een nominatim gekende verdachte werd verzameld (bijv. speeksel dat hij heeft achtergelaten op een kopje). Overigens moet worden opgemerkt dat een dergelijke handelswijze in aanvaring kan komen met het vereiste van loyaliteit inzake de bewijsgaring (cf. art. 28bis, § 3, *in fine* en art. 56, § 1, tweede lid, Sv.).

⁷ Het zwijgrecht is gebaseerd op art. 6 (1) van het E.V.R.M. en art. 14, 3, G van het I.V.B.P.R., en wordt soms gekoppeld aan het vermoeden van onschuld (cf. Ph. QUARRÉ, «Le droit au silence», *J.T.*, 1974, 525; Ph. QUARRÉ, «Actualité du droit au silence», *Journ. proc.*, 1988, afl. 135, 12 en A. SADZOT, «Le droit au silence et le droit à l'assistance d'un avocat dès les premiers stades de la procédure», noot onder E.H.R.M., 8 februari 1996 [John Murray/Verenigd Koninkrijk], *J.L.M.B.*, 1997, 465). Zie over het *nemo tenetur*-beginsel en het gebruik van lichaamstoffen S.M. EASTON, «Bodily samples and the privilege against self-incrimination», *Crim. L.R.*, 1991, 18-29.

⁸ Cf. Corr. Brussel, 19 maart 1998, *Journ. proc.*, 1998, afl. 350, 27, met noot M.-N. VERHAEGEN Zie evenwel *infra*, nr. 5.

⁹ B. DE SMET, «La valeur de l'aveu en matière pénale», *Rev. dr. pén.*, 1994, 641.

¹⁰ E.H.R.M., 17 december 1996 (Saunders/Verenigd Koninkrijk), *Reports of judgments and decisions*, 1996, IV, 2044.

¹ Wat de technische aspecten van het DNA-onderzoek betreft, kan o.m. verwezen worden naar R. COQUOZ, «Les empreintes génétiques et la criminalistique. Passé, présent, futur», *Revue internationale de criminologie et de police technique*, 1989, 330-350; F. BONBLED en M.-A. SEPULCHRE, «L'identification des traces biologiques humaines par l'ADN en médecine légale», *Rev. dr. pén.*, 1993, 809-824; A. LERICHE, «Identification génétique: une revue des techniques d'aujourd'hui», *Politeia*, 1993, afl. 4, 23-26; M. BENECKE, «DNA typing in forensic medicine and in criminal investigations: a current survey», *Naturwissenschaften*, 1997, 181-188; A. LERICHE, «Profils génétiques: un exploit technologique en matière d'identification des individus», *Rev. dr. pén.*, 1999, 597-607 en B. HOSTE, «La preuve par l'ADN dans les affaires criminelles. Impact des résultats et calculs de probabilité», *Rev. dr. pén.*, 1999, 608-625.

² C. HENNAU-HUBLET en M.-N. VERHAEGEN, «Les tests d'identification génétique en matière pénale», *J.T.*, 1998, 801.

³ Wet van 22 maart 1999 betreffende de identificatieprocedure via DNA-onderzoek in strafzaken, *B.S.*, 20 mei 1999, err., *B.S.*, 24 juni 1999 (hierna: DNA-wet). Voor de parlementaire voorbereiding en de bespreking in plenaire vergadering kan respectievelijk worden verwezen naar *Parl. St.*, Kamer, 1996-97, nr. 1047/1-8 en *Hand.*, Kamer, 1998-99, 22 februari 1999, 11081-11086.

⁴ Zie hierover het Verslag namens de Kamercommissie voor de Justitie, *Parl. St.*, Kamer, 1996-97, nr. 1047/6, 5.

⁵ Dit grondrecht kan worden gerelateerd aan het recht op de bescherming van de privacy, dat wordt gewaarborgd door art. 8

dit beginsel.¹¹ Meer bepaald werd in dit arrest beklemtoond dat het gebruik van dwangmiddelen, waarbij de informatie onafhankelijk van de wil van de verdachte kan worden vergaard, geen schending uitmaakt op het recht zichzelf niet te incrimineren. De gegevens die besloten liggen in het DNA maken een mooi voorbeeld uit van informatie die beschikbaar is buiten de wil van de verdachte, omdat deze de samenstelling van zijn DNA onmogelijk kan beïnvloeden.¹² Overigens leidt dit gegeven ertoe dat het bevelen van een DNA-onderzoek geen repercussies heeft op de betrouwbaarheid van de resultaten ervan, en dit in tegenstelling tot hetgeen het geval is bij het afleggen van incriminerende verklaringen onder dwang, waarbij een verdachte er *de facto* toe gedwongen wordt meeneed te plegen.¹³

II. DE BEHOEFTE AAN EEN WETTELIJKE REGELING

A. De huidige situatie

3. Zoals in de inleiding reeds werd vermeld, moet de inwerkingtreding van de nieuwe wettelijke regeling inzake DNA-onderzoek nog worden vastgesteld bij koninklijk besluit. Het is dan ook niet zonder belang de situatie summier te schetsen zoals zij is tot aan de inwerkingtreding van de wet van 22 maart 1999.

4. Allereerst moet worden vastgesteld dat de procureur des Konings of de onderzoeksrechter ook zonder specifieke wettelijke regeling kan overgaan tot het vorderen van een deskundige teneinde een DNA-profiel te laten opstellen van sporen van celmateriaal die werden aangetroffen op de plaats van een misdrijf of op andere plaatsen die in rechtstreeks verband staan met dit misdrijf. Het verkrijgen van een DNA-profiel van de aangetroffen sporen zal het onderzoek echter niet veel verder helpen indien dit profiel niet kan worden vergeleken met het DNA-materiaal van een verdachte. Een DNA-onderzoek vereist dan ook steeds de afname van lichaamsmateriaal van een verdachte, zodat dit in de meeste gevallen een miskenning van dienst recht op lichamelijke integriteit zal meebrengen.¹⁴ Om deze reden is afname van celmateriaal onder dwang zonder wettelijke regeling onmogelijk, omdat niet aan de voorwaarden van art. 8 E.V.R.M. is voldaan.

¹¹ A.M. BERKHOUT-VAN POELGEEST, «Over 'slikken', 'duwers' en 'maatregelen' in het belang van het onderzoek. Het rapport van de commissie-Meijers besproken», *Delikt en delinkwent*, 1998, 19.

¹² S.W. MUL, «De huidige en toekomstige regeling van DNA-onderzoek in strafzaken», *Delikt en delinkwent*, 1999, 204. Deze auteur wijst tevens op het bestaan van een omgekeerd evenredige relatie tussen de betrouwbaarheid van het onderzoek en de miskenning van het *nemo tenetur*-beginsel. In tegenstelling tot bijv. afgedwongen verklaringen, kan een DNA-onderzoek onder dwang wél betrouwbaar bewijs leveren. De uitoefening van dwang heeft immers geen invloed op de samenstelling van het lichaamsmateriaal (in die zin ook P. DE HERT; «Het zwijgrecht van verdachten en getuigen», *Vigiles*, 1999, afl. 2, 28).

¹³ Cf. S.M. EASTON, *l.c.*, 25 en 28.

¹⁴ Ph. TRAESE, *Het bewijs in strafzaken*, Gent, Mys & Breesch, 1992, nr. 590 en P.J.P. TAK, *DNA en strafproces*, Arnhem, Gouda Quint, 1990, 2.

5. Enkel wanneer de betrokkene met de afname van celmateriaal instemt, kan dus gebruik worden gemaakt van het DNA-onderzoek in strafzaken. De ontstentenis van de mogelijkheid om de afname van celmateriaal bij een verdachte onder dwang te laten plaatsvinden, heeft uiteraard tot gevolg dat een verdachte het onderzoek kan blokkeren door het weigeren van de vereiste toestemming. De weigering van de betrokkene kan immers geen aanleiding zijn voor een negatief vooroordeel ten aanzien van een verdachte, omdat het Hof van Cassatie terecht heeft geoordeeld dat een weigering deel uitmaakt van het recht van verdediging en niet mag worden geïnterpreteerd als een bewijs van schuld.¹⁵

De toestemming is ook vereist in geval van betrapting op heterdaad. Uiteraard kan de procureur des Konings zich bij heterdaad voor de afname van een bloedmonster beroepen op art. 44bis Sv., maar in een dergelijk geval kan het bloed enkel worden getest teneinde vaststellingen te doen omtrent de staat van *dronkenschap* van de vermoedelijke dader en van het slachtoffer van het misdrijf.

Door verschillende auteurs werd in het verleden reeds beklemtoond dat de toestemming uitdrukkelijk dient te worden verleend, wat impliceert dat de betrokkene wordt ingelicht over het doel van de afname van celmateriaal.¹⁶ Deze stelling kan worden toegeschreven aan het zwijgrecht van de verdachte. In één arrest oordeelde het Hof van Cassatie niettemin dat de voorafgaande kennisgeving van de op het bloedstaal te verrichten onderzoeksdaad niet vereist is voor de regelmatigheid van de toestemming van de persoon tot het nemen van een bloedstaal voor de noodwendigheden van het strafonderzoek.¹⁷ Wat het gebruik van DNA-onderzoek betreft, is deze cassatierechtspraak echter hoe dan ook een kort leven beschoren, omdat de DNA-wet een gewogen toestemming voorschrijft.¹⁸

B. De internationale context

6. Ook vanuit internationaal oogpunt liet de behoefte aan een wettelijke regeling van het DNA-onderzoek in strafzaken zich reeds gevoelen. Meer bepaald werden in het raam van de Raad van Europa reeds een aantal aanbevelingen gericht tot de lidstaten. Het betreft de aanbevelingen R (92) 1 van 10 februari 1992 inzake het gebruik van DNA-analyses in strafzaken en R (97) 5 van 13 februari 1997 betreffende de bescherming van medische gegevens,¹⁹ alsook de aanbeveling R (87) 15 van 17 september 1987 betreffende de reglementering van het gebruik van gegevens in het politiewezen.

¹⁵ Cf. Cass., 7 maart 1975, *R.W.*, 1974-75, 2335 en *Arr. Cass.*, 1975, 764.

¹⁶ Zie o.m. Ph. TRAESE, *o.c.*, nr. 593; R. VERSTRAETEN, *Handboek strafvordering*, Antwerpen, Maklu, 1994, nr. 524 en M.-N. VERHAEGEN, «Quand le droit au silence se fait entendre» (noot onder Brussel, 19 maart 1998), *Journ. Proc.*, 1998, afl. 350, 29-31.

¹⁷ Cass., 25 februari 1997, *Arr. Cass.*, 1997, 280. In die zin ook F. GORLÉ, J. DE CODT EN D. VANDERMEERSCH, «Chronique semestrielle de jurisprudence», *Rev. dr. pén.*, 1999, 693, waar de vergelijking wordt gemaakt met de huiszoeking met toestemming. Ook R. VERSTRAETEN lijkt ondertussen dit standpunt te hebben ingenomen *Handboek strafvordering*, Antwerpen, Maklu, 1999, nr. 824).

¹⁸ Cf. *infra*, nr. 13.

¹⁹ Deze aanbevelingen zijn consulteerbaar via <http://www.coe.fr>.

Daarenboven nam de Raad van de Europese Unie op 9 juni 1997 een resolutie aan over de uitwisseling van genetische gegevens, waarin de lidstaten worden verzocht DNA-gegevensbanken te creëren met het oog op de onderlinge uitwisseling van deze gegevens.²⁰

Een aantal landen beschikt dan ook al langer over een wettelijke regeling van het DNA-onderzoek in strafzaken en het gebruik van DNA-gegevensbanken.²¹⁻²² Zo werd het Nederlandse Wetboek van Strafvordering reeds in 1993 aangepast.²³

III. DE NIEUWE WETTELIJKE REGELING

7. De wet van 22 maart 1999 kan worden ingedeeld in een tweetal aspecten. Allereerst is er de regeling van het gebruik van DNA-onderzoek in het raam van het vooronderzoek. Hiervoor moet worden verwezen naar de artikelen 2 en 3 van de DNA-wet, die respectievelijk de artikelen 44ter en 90undecies in het Wetboek van Strafvordering invoegen. Deze bepalingen kennen een aantal bevoegdheden toe aan de procureur des Konings en de onderzoeksrechter.

Een tweede belangrijke vernieuwing betreft de oprichting van twee DNA-gegevensbanken en het voorzien in een regeling met betrekking tot het opslaan, verwerken en gebruiken van de gegevens uit deze databanken. Deze materie wordt geregeld door art. 4 en 5 van de DNA-wet. Het is niet onbelangrijk te onderstrepen dat de DNA-wet zelf als bijzondere wet zal blijven bestaan, omdat niet alle bepalingen in het Wetboek van Strafvordering werden opgenomen.²⁴

A. Enkele algemene bemerkingen

1° De aard van het celmateriaal dat voor een DNA-onderzoek kan worden aangewend

²⁰ Resolutie van 9 juni 1997 inzake de uitwisseling van DNA-analyseresultaten, *P.B.*, C 193/2, 24 juni 1997.

²¹ Voor een rechtsvergelijkend overzicht kan worden verwezen naar P.J.P. TAK, *o.c.*, 114 p; P.J.P. TAK, «Grensoverschrijdende aspecten van het DNA-onderzoek», *Delikt en delinkwent*, 1996, 735-746 en N. LAVRANOS, «DNA-profiling and information technology: a new weapon for crime detection and prevention?», *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 1994, (359), 364-373. Zie over de situatie in Engeland en Wales tevens C. WALKER en I. CRAM, «D.N.A. profiling and police powers», *Crim. L.R.*, 1990, 479-493.

²² Engeland en Wales beschikken sedert 10 april 1995 over een nationale databank (zie hierover M. REDMAYNE, «The DNA database: civil liberty and evidentiary issues», *Crim. L.R.*, 1998, 437-454).

²³ Wet van 8 november 1993 tot aanvulling van het Wetboek van Strafvordering met voorzieningen ten behoeve van DNA-onderzoek in strafzaken (*Stb.*, 1993, 596), in werking getreden per 1 september 1994. Zie over de wettelijke regeling in Nederland o.m. J. HIELKEMA, *Deskundigen in Nederlandse strafzaken*, s.l., Sdu, 1996, 28-31 en 64-66; G.J.M. CORSTENS, *Het Nederlandse strafprocesrecht*, Arnhem, Gouda Quint, 1995, 264, 323 en 420-422. Zie ook S.W. MUL, *l.c.*, 196-225.

²⁴ Behoudens voor wat betreft de regeling inzake de DNA-gegevensbanken zal ook voor de strafbepalingen die in het raam van het DNA-onderzoek werden voorzien, de DNA-wet moeten worden geraadpleegd (cf. *infra*, nr. 45). De strafbepalingen werden immers niet ingevoegd in het Strafwetboek.

8. Het DNA-profiel²⁵ van een persoon kan uit verschillende lichaamsstoffen worden gedistilleerd. Uiteraard worden, wat de aard van de aangetroffen sporen betreft, geen restricties opgelegd. Wanneer de wetenschap het mogelijk maakt aan de hand van deze sporen een DNA-profiel op te stellen, kan dit, net zoals ook voor het totstandkomen van de wettelijke regeling steeds het geval is geweest, worden aangewend in het strafonderzoek. Dit is niet meer dan logisch, omdat hieruit geen schending van het recht op privéleven kan worden afgeleid.

Anders is het met de afname van celmateriaal dat zich in het lichaam van een verdachte of een andere persoon bevindt. De wet voorziet enkel in de afname van bloed, wangslijmvlies en haarwortels. Met betrekking tot de betrouwbaarheid van de resultaten wordt geen onderscheid gemaakt tussen deze verschillende lichaamseigen stoffen.

9. Het gebruik van bloedstalen zou als voordeel hebben dat één staal voldoende materiaal bevat om alle nodige controles uit te voeren.²⁶ Daar tegenover staat dat de afname van bloed steeds de aanwezigheid van een arts vereist.²⁷ Om deze reden is het afnemen van wangslijmvlies meer voor de hand liggend, omdat dit ook door speciaal hiertoe opgeleide politieofficieren kan gebeuren. Het gebruik van haarwortels ten slotte, is minder interessant, daar een relatief groot aantal haren dient te worden uitgetrokken om de laboratoria voldoende materiaal te verschaffen.

2° Het doel van het DNA-onderzoek in strafzaken

10. Het door de wet ingevoegde artikel 44ter Sv. bepaalt dat het vergelijkend DNA-onderzoek enkel tot doel heeft de DNA-profielen van aangetroffen of afgenomen menselijk celmateriaal te vergelijken, teneinde de bij een misdrijf betrokken personen direct of indirect te kunnen identificeren.

Het gebruik van DNA-materiaal in strafzaken moet dus steeds gepaard gaan met een *vergelijking*, wat betekent dat enkel een beroep kan worden gedaan op deze onderzoeksmethode indien er effectief sporen werden aangetroffen in een concrete strafzaak. In eerste instantie kan worden gedacht aan de mogelijkheid na te gaan of bepaalde sporen van celmateriaal die in de context van een specifieke zaak relevant worden geacht, afkomstig zijn van een persoon van wie - hetzij met toestemming, hetzij onder dwang - celmateriaal wordt afgenomen. Het DNA-onderzoek maakt het echter

²⁵ De wetgever heeft geoordeeld geen definitie te moeten geven van dit begrip, omdat zulks niet nodig werd geacht voor de verzenlijking van het vooropgestelde doel (Verslag namens de Kamercommissie voor de Justitie, *Parl. St.*, Kamer, 1996-97, nr. 1047/6, 27 en 75).

²⁶ A. LERICHE, Advies aan de Kamercommissie voor de Justitie, *Parl. St.*, Kamer, 1996-97, nr. 1047/6, 73. Enkel wanneer de betrokkene net een bloedtransfusie heeft ondergaan, is het gebruik van bloedstalen niet aangewezen, omdat de mogelijkheid bestaat dat op dat ogenblik ook het genetisch profiel van de donor kan worden aangetroffen.

²⁷ Daarenboven is een bloedproef niet mogelijk in geval van medische tegenindicaties (zoals hemofilie of hartinsufficiënties) of wanneer het bloed van de betrokkene geen geschikt materiaal kan opleveren, wat onder meer het geval kan zijn bij een recente bloedtransfusie of een beenmergtransplantatie (*Parl. St.*, Kamer, 1996-97, nr. 1047/2, 13).

ook mogelijk vast te stellen dat niet-geïdentificeerde sporen uit verschillende strafzaken afkomstig zijn van dezelfde persoon,²⁸ wat het opsporen van daders van verschillende misdrijven uiteraard ook kan vereenvoudigen.

11. DNA-onderzoek hoeft niet noodzakelijk te worden toegepast op een verdachte. Zo kan het van belang zijn een DNA-profiel van de ouders van een slachtoffer te verkrijgen met de bedoeling uitsluitel te bieden omtrent de identiteit van dit slachtoffer. Ook het slachtoffer zelf kan worden gevraagd om celmateriaal af te staan. Dit zou bijvoorbeeld kunnen gebeuren wanneer bloedsporen werden aangetroffen op de kleding van een verdachte en deze laatste beweert het slachtoffer niet te kennen.²⁹ Ook wanneer bloed wordt aangetroffen met een dubbel genetisch profiel - wat erop wijst dat het bloed van twee personen, bijvoorbeeld slachtoffer en dader, werd vermengd - kan het aangewezen zijn om een DNA-profiel van het slachtoffer op te stellen. Op die manier kan diens genetisch profiel immers uit het aangetroffen profiel worden verwijderd, om zo een DNA-profiel van de dader te verkrijgen.³⁰ Ten slotte kunnen ook personen, van wie vaststaat dat ze niet rechtstreeks bij een misdrijf betrokken waren (zoals getuigen), sporen hebben achtergelaten. Door het vergelijken van de sporen met het DNA-profiel van deze personen, kan worden vermeden dat het onderzoek een verkeerde richting uitgaat.

Meteen stelt de wet evenwel voorop dat de vergelijking van DNA-profielen enkel betrekking kan hebben op niet-coderende DNA-segmenten.³¹ In deze bepaling schuilt een uitermate belangrijke waarborg voor de privacy, omdat uit de niet-coderende DNA-segmenten geen gegevens kunnen worden geput die betrekking hebben op een aantal fysieke³² en psychische eigenschappen van een persoon. Dit is althans de situatie volgens de huidige stand van de wetenschap. Het is immers niet uitgesloten dat in de toekomst wordt achterhaald wat de functie van de niet-coderende DNA-segmenten is.³³

B. Het gebruik van DNA-materiaal tijdens het opsporingsonderzoek

12. In het oorspronkelijke wetsvoorstel werd de mogelijkheid tot het instellen van een DNA-onderzoek beperkt tot het gerechtelijk onderzoek. Door een amendement van de regering werd het toepassingsgebied van het DNA-on-

derzoek in strafzaken evenwel uitgebreid tot het opsporingsonderzoek.³⁴

Meer bepaald kan de procureur des Konings op basis van art. 44ter, § 2, Sv. bij gemotiveerde beslissing een deskundige aanstellen om een DNA-profiel op te stellen van aange troffen sporen van menselijk celmateriaal.³⁵ Daarenboven kan hij, wanneer zulks «in het belang van het opsporingsonderzoek» gebeurt, aan een meerderjarige de toestemming vragen om van hem een hoeveelheid celmateriaal af te nemen. Er moet dus steeds een concrete band met een strafzaak kunnen worden aangetoond, zodat een massa-identificatie uitgesloten is.³⁶

Wat deze bevoegdheden van de procureur des Konings betreft, stelt de wet geen beperkingen inzake de strafbare feiten. Zowel het DNA-onderzoek van aangetroffen sporen als het DNA-onderzoek op celmateriaal dat bij een persoon werd afgenomen met diens toestemming, kan in beginsel dus bij elk misdrijf worden aangewend. Of het celmateriaal wordt verkregen aan de hand van een afname van bloed, wang-slijmvlies of haarwortels hangt af van de keuze van de betrokkene. De afname van wang-slijmvlies of haarwortels kan door een officier van gerechtelijke politie, hulpofficier van de procureur des Konings, gebeuren. Wanneer het een bloedafname betreft, is echter steeds de tussenkomst van een arts vereist.

13. De afname met toestemming is enkel mogelijk indien op zijn minst een spoor van menselijke cellen is aangetroffen en verzameld in het raam van de zaak die bij de procureur des Konings aanhangig is gemaakt. De toestemming zelf dient schriftelijk te worden gegeven en - hoewel zulks niet uitdrukkelijk in de wet werd opgenomen - de afname van celmateriaal vooraf te gaan.³⁷ Daarenboven kan de toestemming enkel worden gegeven wanneer de betrokkene op de hoogte werd gebracht van de omstandigheden van de zaak. Dit betekent dat hij onder meer moet worden geïnformeerd over het doel van de afname van het celmateriaal, namelijk dat zijn DNA-profiel aan een vergelijkend onderzoek zal worden onderworpen. De toestemming dient dus uitdruk-

³⁴ Amendement nr. 1 van de regering, *Parl. St.*, Kamer, 1996-97, nr. 1047/2.

³⁵ Uit de plaats die de regeling van het DNA-onderzoek in het raam van het opsporingsonderzoek in het Wetboek van Strafvordering heeft gekregen, mag niet worden afgeleid dat de bevoegdheden van de procureur des Konings enkel gelden bij betrappping op heterdaad. Wel kan de vraag worden gesteld of hierdoor wel van een «deskundigenonderzoek» in de ware zin van het woord kan worden gesproken, omdat dit enkel is voorzien in geval van betrappping op heterdaad (cf. R. DECLERCO, *Beginselen van strafrechtspleging*, Antwerpen, Kluwer, 1999, nr. 297). Het belang van deze vraag ligt in het al dan niet verplichtend karakter van de eedaflegging van de aangestelde deskundige.

³⁶ C. VAN DEN WYNGAERT, *Strafrecht en strafprocesrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Kluwer, 1999, 728.

³⁷ *Parl. St.*, Kamer, 1996-97, nr. 1047/2, 10 en Verslag namens de Kamercommissie voor de Justitie, *Parl. St.*, 1996-97, nr. 1047/6, 10. De vraag kan worden gesteld waarom dit vereiste niet uitdrukkelijk in de wet werd opgenomen. Dit is bijv. wel het geval in het raam van de huiszoeking met toestemming, en dit op grond van art. 55 van de wet van 15 augustus 1992 op het politiebambt (*B.S.*, 22 december 1992) en art. 1bis van de wet van 7 juni 1969 tot vaststelling van de tijd gedurende welke geen opsporing ten huize of huiszoeking mag worden verricht (*B.S.*, 28 juni 1969).

²⁸ *Parl. St.*, Kamer, 1996-97, nr. 1047/2, 9.

²⁹ *Ibid.*, 12.

³⁰ A. LERICHE, Advies aan de Kamercommissie voor de Justitie, *Parl. St.*, Kamer, 1996-97, nr. 1047/6, 79.

³¹ Concreet betekent dit dat enkel het niet-coderend gedeelte van het DNA - dat op zichzelf volstaat om iemand te kunnen identificeren - kan worden geregistreerd en gebruikt als basis voor een vergelijking, wat niet wegneemt dat het gehele DNA na een analyse bekend is.

³² Men denke bijv. aan de aanwezigheid van eventuele erfelijke ziekten.

³³ A. LERICHE, Advies aan de Kamercommissie voor de Justitie, *Parl. St.*, Kamer, 1996-97, nr. 1047/6, 78. Zie ook N. LAVRANOS, *l.c.*, 361, die ervan uitgaat dat de distinctie tussen coderend en niet-coderend DNA in de nabije toekomst irrelevant zal worden.

kelijk te worden verleend. Aan de betrokkene moet tevens worden gemeld dat zijn DNA-profiel kan worden vergeleken met de profielen van in andere strafzaken aangetroffen sporen. Dit zal meer bepaald het geval zijn indien een positief verband wordt vastgesteld tussen zijn DNA-profiel en het DNA-profiel van de in de betrokken zaak aangetroffen sporen. In de schriftelijke toestemming van de betrokkene wordt melding gemaakt van het informeren van de betrokkene.

14. Voor de afname van celmateriaal van een *minderjarige* is de tussenkomst van een onderzoeksrechter vereist. De wetgever is er immers van uitgegaan dat een minderjarige geen toestemming kan geven om over te gaan tot een DNA-onderzoek, net zoals ook art. 90bis Sv. niet toestaat dat een onderzoek aan het lichaam plaatsvindt met toestemming van een minderjarige. Ook wanneer de betrokkene geen toestemming verleent voor de afname van celmateriaal, moet een beroep gedaan worden op een onderzoeksrechter. Dit betekent echter niet noodzakelijk dat een gerechtelijk onderzoek dient te worden begonnen. Het DNA-onderzoek kan immers worden gevorderd bij wijze van mini-instructie.³⁸ De lijst met uitzonderingen waarvoor geen mini-instructie kan geschieden (art. 28septies Sv.) werd immers niet aangevuld met het DNA-onderzoek.³⁹ Uiteraard beschikt de onderzoeksrechter in geval van een mini-instructie steeds over de mogelijkheid om de zaak te evoceren.

15. Ten slotte kan de procureur des Konings, op grond van art. 4, § 3, en art. 5, § 4, van de DNA-wet, bij gemotiveerde beslissing een deskundige verbonden aan het Nationaal Instituut voor Criminalistiek en Criminologie (NICC) opdracht geven het DNA-profiel van aangetroffen sporen van menselijk celmateriaal of het DNA-profiel van afgenomen celmateriaal te vergelijken met de gegevens opgenomen in de twee door de wet gecreëerde gegevensbanken.⁴⁰ Een belangrijke waarborg voor de betrokkene ligt in het feit dat deze deskundige niet op de hoogte wordt gebracht van de identiteit van diegene van wie het celmateriaal afkomstig is, omdat moet worden gewerkt met een codenummer toegekend door de procureur des Konings. De wet schrijft tevens voor dat de deskundige een gemotiveerd verslag uitbrengt omtrent de uitvoering van zijn opdracht. Wanneer de vergelijking een positief verband aantoon, brengt hij de procureur des Konings hiervan ambtshalve op de hoogte.

C. Het gebruik van DNA-materiaal tijdens het gerechtelijk onderzoek

16. Uiteraard kan de onderzoeksrechter, net zoals de procureur des Konings in het raam van het opsporingsonderzoek, overgaan tot de afname van celmateriaal wanneer de betrokkene hiermee instemt. Dit blijkt overigens uit het nieuwe art. 90undecies, § 2, *in fine* Sv., dat bepaalt dat van de redenen van de eventuele weigering *of van de instemming* van de betrokkene met de maatregel melding gemaakt wordt in het proces-verbaal van de onderzoeksrechter.

³⁸ Verslag namens de Kamercommissie voor de Justitie, *Parl. St.*, Kamer, 1996-97, nr. 1047/6, 18.

³⁹ Deze lijst blijft dus beperkt tot de aanhouding, de telefoontap en de huiszoeking.

⁴⁰ Cf. *infra*, nrs. 34 en volgende.

Toch wordt deze mogelijkheid niet vermeld in de wet, die voor het gerechtelijk onderzoek enkel de afname onder dwang vermeldt. Ook de bevoegdheid van de procureur des Konings om een deskundige aan te stellen met het oog op het onderzoek van aangetroffen sporen van menselijk celmateriaal,⁴¹ werd dus niet overgenomen in art. 90undecies Sv. De bevoegdheid van de onderzoeksrechter om een opsporingsdaad te stellen waarvoor enkel in het raam van het opsporingsonderzoek een wettige regeling werd getroffen, moet echter worden afgeleid uit art. 56, § 1, derde lid, Sv. Ook uit de parlementaire voorbereidingsstukken blijkt dat de onderzoeksrechter het opstellen van een profiel van aangetroffen sporen kan vorderen.⁴² Dat de bevoegdheden van de procureur des Konings *a fortiori* ook gelden ten aanzien van de onderzoeksrechter is trouwens logisch, te meer daar geen dwang is vereist voor het laten analyseren van aangetroffen sporen.

17. Indien de betrokkene minderjarig is of zijn toestemming tot afname van celmateriaal niet verleent, maakt het DNA-onderzoek een exclusieve bevoegdheid van de onderzoeksrechter uit. Het gaat dan ook om een uitgesproken dwangmaatregel, omdat de afname van celmateriaal desnoods met geweld kan worden ten uitvoer gelegd. In een dergelijk geval wordt de dwang uitgeoefend door politieambtenaren onder het bevel van de officier van gerechtelijke politie met de hoedanigheid van hulpofficier van de procureur des Konings die met de afname van het celmateriaal werd belast. Tussenkomst van een arts is in dit geval niet noodzakelijk, omdat de wet het gebruik van een bloedmonster bij afname onder dwang niet toestaat. Er kan overigens worden betwijfeld of de deontologie toestaat dat een arts met geweld bloed afneemt.⁴³

Door het invoeren van de mogelijkheid om de afname van celmateriaal eventueel met behulp van fysieke dwang te realiseren, gaat de wetgever dus een stuk verder dan hetgeen geldt voor de gemeenrechtelijke bloedproef, de bloedproef in verkeerszaken, of het onderzoek aan het lichaam, waarvoor deze optie niet beschikbaar is.⁴⁴ Dit heeft uiteraard ten dele te maken met het gebrek aan een volwaardig alternatief. Zo heeft het weinig zin om de persoon die weigert zich te onderwerpen aan de maatregel, een sanctie op te leggen.⁴⁵ Het zou immers disproportioneel zijn om aan de wei-

⁴¹ Cf. art. 44ter, § 2, Sv.

⁴² *Parl. St.*, Kamer, 1996-97, nr. 1047/2, 23, waarin terecht wordt verwezen naar bovenvermelde bepaling.

⁴³ In die zin *Parl. St.*, Kamer, 1996-97, nr. 1047/6, 77 en nr. 1047/5, 4.

⁴⁴ Wat het onderzoek aan het lichaam betreft, bestaat in de rechtsleer evenwel verdeeldheid over het antwoord op de vraag of deze onderzoeksmaatregel ook tegen de wil van de betrokkene kan worden bevolen. Zo oordeelt R. DECLERCQ dat een onderzoek aan het lichaam ook onder dwang moet kunnen worden opgelegd (*o.c.*, nr. 404), terwijl anderen dan weer van oordeel zijn dat de betrokkene mag weigeren (zie o.m. R. VERSTRAETEN, *o.c.*, nr. 544 en F. HUTSEBAUT, «Onderzoek aan het lichaam», in A. VANDEPLAS en P. ARNOU (red.), *Strafrecht en strafvordering. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Antwerpen, Kluwer, 1984, nr. 10).

⁴⁵ Zoals is bepaald bij de weigering om mee te werken aan een ademtest, ademanalyse of afname van een bloedmonster in verkeerszaken (art. 34, § 2, 3° van het K.B. van 16 maart 1968 betreffende de politie over het wegverkeer, *B.S.*, 27 maart 1968).

gering dezelfde sanctie te koppelen als de straf die kan worden opgelegd voor het misdrijf waartoe het DNA-onderzoek bewijselementen kan aandragen. Zo zou een weigering in het raam van een verkrachtingszaak moeten worden bestraft met opsluiting.⁴⁶ Ook het beschouwen van de weigering als een bewijselement ten laste kan bij ernstige feiten niet worden aanvaard. *De facto* komt dit immers neer op een (minstens gedeeltelijke) omkering van de bewijslast, waardoor het principe van het vermoeden van onschuld al te sterk op de helling wordt gezet.⁴⁷

18. In art. 90*undecies*, § 1, Sv. wordt - net zoals in art. 44*ter*, § 3, Sv. - verwezen naar het belang van het onderzoek, zodat steeds een concrete band moet bestaan met de zaak waarvoor de onderzoeksrechter is geadieerd. De beoordeling hiervan komt in eerste instantie toe aan de onderzoeksrechter. In de parlementaire voorbereidingsstukken wordt als voorbeeld vermeld dat in een lokale verkrachtingszaak op basis van art. 90*undecies*, § 1, Sv. geen DNA-onderzoek kan worden gestart bij de hele mannelijke dorpsbevolking.⁴⁸ Oorspronkelijk werd verwezen naar de «noodwendigheden van het gerechtelijk onderzoek», maar deze woorden werden gewijzigd met de bedoeling te beklemtonen dat de DNA-analyse geen subsidiaire onderzoeksdaad is.⁴⁹ De wetgever is immers de mening toegedaan dat de analyse van het DNA dermate belangrijke informatie oplevert dat het niet efficiënt zou zijn om te wachten tot het einde van het gerechtelijk onderzoek en de aanwending van alle andere mogelijke middelen om ze te laten uitvoeren.⁵⁰

19. Het bestaan van een concrete band met de strafzaak in kwestie is echter niet voldoende om een DNA-onderzoek onder dwang te laten plaatsvinden. De wet bepaalt expliciet dat een afname ex art. 90*undecies* Sv. enkel kan worden bevolen indien de onderzoeksrechter beschikt over aanwijzingen dat de betrokkene een directe band heeft met de totstandkoming van de feiten.

Dit laatste betekent echter niet noodzakelijk dat een DNA-onderzoek onder dwang enkel kan worden bevolen ten aanzien van een in verdenkinggestelde. Ook andere personen die zich op de plaats van de feiten bevonden (zoals bewoners, bezoekers van een woning of een politieambtenaar die ter plaatse de vaststellingen heeft gedaan) kunnen immers worden geacht rechtstreeks betrokken te zijn geweest bij de totstandkoming van de feiten.⁵¹ Hiermee gaat de wetgever verder dan de regeling in de meeste andere landen. Zo is dwanguitvoering in Nederland enkel en alleen mogelijk ten aan-

zien van de verdachte.⁵² Ook de Europese aanbeveling R (92) van het Comité van ministers van de Raad van Europa⁵³ vermeldt de mogelijkheid van dwanguitvoering ten aanzien van andere personen dan de verdachte niet.⁵⁴

Deze ruime mogelijkheden inzake de afname onder dwang werden tijdens de parlementaire besprekingen van de DNA-wet bekritiseerd.⁵⁵ Ter weerlegging van deze kritiek werd erop gewezen dat het niet altijd gemakkelijk is om de verdachten, de getuigen en de slachtoffers reeds in het begin van het onderzoek te onderkennen, zodat een getuige in de loop van het gerechtelijk onderzoek mededader kan worden. Om deze reden werd geopteerd voor een ruime formulering, die de beoordelingsvrijheid van de onderzoeksrechter vrijwaart.⁵⁶ Vanuit pragmatisch oogpunt is deze optie in elk geval verdedigbaar, omdat zij ertoe leidt dat kan worden vermeden dat gemakkelijk identificeerbare sporen (zoals die welke afkomstig zijn van het slachtoffer, van diens partner of van getuigen) onopgelost blijven. Toch mag niet over het hoofd worden gezien dat de dwangmaatregel in aanvaring komt met een aantal grondrechten van het individu,⁵⁷ te meer daar niet kan worden uitgesloten dat de wetenschap ontdekt welke informatie in het niet-coderend gedeelte van het DNA besloten zit. De maatregel moet dan ook met omzichtigheid worden toegepast.

20. Omdat het DNA-onderzoek steeds een vergelijkend onderzoek is, dient daarenboven minstens een spoor van menselijk celmateriaal aangetroffen en verzameld te zijn. Daar het bevel van de onderzoeksrechter steeds dient te worden gemotiveerd, kan het feit of al dan niet voldaan is aan deze voorwaarden, reeds enigszins worden gecontroleerd bij het uitvoeren van het bevel.

21. De belangrijkste voorwaarde voor het bevelen van een DNA-onderzoek betreft ongetwijfeld de strafdrempel die hieraan wordt gekoppeld: de onderzoeksmaatregel is slechts mogelijk indien het feit waarvoor de onderzoeksrechter is geadieerd, strafbaar is gesteld met een maximumstraf van vijf jaar gevangenisstraf of een zwaardere straf. De wetgever heeft dus niet gekozen voor het opstellen van een lijst van misdrijven waarvoor dwanguitvoering mogelijk is. Dit heeft als grote voordeel dat geen aanpassingen vereist zijn wanneer nieuwe incriminaties worden ingevoerd of wanneer zich een wijziging voor doet omtrent het maatschappelijke belang dat aan een bepaald misdrijf wordt gehecht.⁵⁸

⁵² Art. 195d, eerste lid, van het Nederlandse Wetboek van Strafvordering, vermeldt immers enkel de afname van bloed van de verdachte. Zie ook S.W. MUL, *l.c.*, 203.

⁵³ Cf. *supra*, nr. 6.

⁵⁴ Zulks kan worden afgeleid uit art. 4, tweede lid, van de aanbeveling: «Indien het interne recht toestaat dat zonder de toestemming van de verdachte celmateriaal wordt afgenomen, zou die afname slechts mogen plaatsvinden als de omstandigheden van de zaak een dergelijke maatregel vereisen.»

⁵⁵ Verslag namens de Kamercommissie voor de Justitie, *Parl. St.*, Kamer, 1996-97, nr. 1047/6, 13.

⁵⁶ *Ibid.*, 16.

⁵⁷ Cf. *supra*, nr. 2.

⁵⁸ Zo werd bijv. de lijst van art. 90*ter* Sv. betreffende de afname van celmateriaal door de wet van 10 juni 1998 tot wijziging van de wet van 30 juni 1994 ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer tegen het afluisteren, kennismaken en opnemen van privécommunicatie en -telecommunicatie (*B.S.*, 22 september 1998) aan-

⁴⁶ *Parl. St.*, Kamer, 1996-97, nr. 1047/2, 10.

⁴⁷ Zie bijv. C. HENNAU-HUBLET en M.-N. VERHAEGEN, *l.c.*, 805. Wel werd door het Europese Hof voor de Rechten van de Mens reeds geoordeeld dat het *nemo tenetur*-beginsel niet absoluut is, zodat de vraag of het trekken van belastende conclusies uit het zwijgen van een verdachte een schending van art. 6 E.V.R.M. oplevert enkel kan worden beantwoord in het licht van de omstandigheden van een concrete zaak (E.H.R.M., 8 februari 1996 [John Murray/Verenigd Koninkrijk], *Reports of judgments and decisions*, 1996, I, 30, eveneens gepubliceerd in *J.L.M.B.*, 1997, 452, met noot A. SADZOT en *Rev. dr. pén.*, 1996, 949, met noot I. WATTIER).

⁴⁸ *Parl. St.*, Kamer, 1996-97, nr. 1047/2, 12.

⁴⁹ Verslag namens de Kamercommissie voor de Justitie, *Parl. St.*, Kamer, 1996-97, nr. 1047/6, 34.

⁵⁰ *Ibid.*, 32.

⁵¹ Cf. *ibid.*, 33.

Naar aanleiding van een amendement dat tot doel had de strafdrempel te verhogen tot criminele straffen,⁵⁹ werd tijdens de parlementaire voorbereiding verwezen naar het voorbeeld van Nederland. Meer bepaald werd aangestipt dat de grens bij onze noorderburen op acht jaar is vastgelegd, maar dat men er ondertussen tot de vaststelling is gekomen dat deze drempel te hoog is, omdat de onderzoeksmaatregel niet kon worden aangewend bij een onderzoek naar een reeks van inbraken en diefstallen, waarvoor de vergelijking van DNA-profielen net bijzonder waardevol zou zijn.⁶⁰ Nochtans moet het belang van de strafdrempel toch enigszins worden genuanceerd. Zo mag niet over het hoofd worden gezien dat het DNA-profiel van veroordeelden of geïnterneerden in sommige gevallen wordt opgenomen in een gegevensbank,⁶¹ zodat de afname onder dwang bij deze personen slechts eenmaal hoeft te geschieden.⁶² Het is dus mogelijk dat in een zaak waar de strafdrempel niet werd bereikt, toch gebruik kan worden gemaakt van een vergelijking van DNA-profielen, ook al had de betrokkene niet de intentie om zijn toestemming te verlenen voor de afname van celmateriaal.

Er dient op te worden gewezen dat de strafdrempel als bepaald in art. 90*undecies*, § 1, Sv. enkel van toepassing is indien de afname van celmateriaal onder *dwang* dient te geschieden. Noch voor een afname met toestemming van de betrokkene noch voor het laten opstellen van een profiel van aangetroffen sporen is dus vereist dat het feit waarvoor de onderzoeksrechter is geadieerd, strafbaar wordt gesteld met een correctionele straf van vijf jaar gevangenisstraf. Dit laatste betekent meteen ook dat een inverdenkinggestelde in eender welke strafzaak - en met als enige voorwaarde dat effectief sporen van menselijk celmateriaal werden aangetroffen - gebruik kan maken van art. 61*quinquies* Sv. om de onderzoeksrechter te verzoeken een vergelijkend DNA-onderzoek te laten plaatsvinden aan de hand van het eigen celmateriaal.⁶³⁻⁶⁴ De verdediging zal deze onderzoeksmaatregel dus steeds kunnen aanwenden om bewijselementen à *décharge* te verkrijgen. Uit het verleden is reeds gebleken dat het DNA-onderzoek wat dit betreft een bijzonder adequaat be-

wijsmiddel kan uitmaken, zodat het reeds werd omschreven als de grote redder om gerechtelijke dwalingen te voorkomen.⁶⁵

22. Ten slotte legt art. 90*undecies*, § 2, Sv. de onderzoeksrechter de verplichting op om - net zoals bij een aanhouding - de persoon die het voorwerp uitmaakt van het DNA-onderzoek te horen, alvorens over te gaan tot het bevelen van de onderzoeksmaatregel.⁶⁶ Tevens dient hij de betrokkene in kennis te stellen van de omstandigheden van de zaak en de mogelijkheid dat wordt overgegaan tot vergelijking met de profielen van in andere strafzaken aangetroffen sporen. Het horen van de betrokkene stelt de onderzoeksrechter in staat het belang van de maatregel toe te lichten. Tevens wordt de betrokkene aldus in de mogelijkheid gesteld om eventuele bezwaren naar voren te brengen.⁶⁷

23. Een laatste bevoegdheid in het raam van het DNA-onderzoek betreft de mogelijkheid om - net zoals de procureur des Konings zulks kan in het raam van het opsporingsonderzoek - bij gemotiveerde beslissing een deskundige te belasten met het vergelijken van het DNA-profiel van aangetroffen of afgenomen celmateriaal met de gegevens opgenomen in de gegevensbanken «Criminalistiek» en «Veroordeelden» bij het NICC.⁶⁸ In voorkomend geval gelden dezelfde bepalingen als vermeld in het raam van het opsporingsonderzoek, met dien verstande dat uiteraard niet de procureur des Konings, maar wel de onderzoeksrechter het codenummer bepaalt dat aan het celmateriaal wordt gekoppeld, net zoals het ook de onderzoeksrechter is die door de deskundige op de hoogte dient te worden gebracht indien er een positief verband kan worden aangetoond.

D. Contradictoir karakter en deskundigheid van het DNA-onderzoek

1° Aangetroffen celmateriaal

24. Op grond van art. 44*ter* § 1, Sv. kan de procureur des Konings - en via de omweg van art. 56 Sv. ook de onderzoeksrechter⁶⁹ - een deskundige aanstellen om een DNA-profiel op te stellen van aangetroffen sporen van menselijk celmateriaal. Deze deskundige dient erover te waken dat hij voldoende sporen van celmateriaal bewaart om een tegenonderzoek mogelijk te maken. Indien zulks niet kan, maakt hij hiervan melding in zijn verslag.

2° Afgenomen celmateriaal

⁶⁵ G. VAN DRIEM, «Gedwongen DNA-onderzoek: het rapport van de Commissie Moons», *Delikt en delikwent*, 1991, afl. 8, 865, waarin tevens een voorbeeld wordt gegeven van een strafzaak waarin het DNA-onderzoek tot een vrijspraak leidde.

⁶⁶ De vraag kan worden gesteld hoe aan deze verplichting kan worden voldaan wanneer de betrokkene buiten bewustzijn verkeert. Wellicht zal het in de meeste gevallen aangewezen zijn om de afname van celmateriaal uit te stellen tot een verhoor mogelijk is, te meer daar dit geen onmiddellijk gevaar voor het onderzoek meebrengt (het DNA-profiel kan immers niet worden gewijzigd). Indien de betrokkene echter in comateuze toestand verkeert, kan het vereiste van een voorafgaand verhoor het onderzoek evenwel belemmeren.

⁶⁷ *Parl. St.*, Kamer, 1996-97, nr. 1047/2, 14.

⁶⁸ *Cf. infra*, nrs. 34 en volgende.

⁶⁹ *Cf. supra*, nr. 16.

gevuld met de ontvoering van minderjarigen en een aantal hormonenmisdriven, en door de wet van 10 januari 1999 betreffende de criminele organisaties (*B.S.*, 26 februari 1999) met de misdrijven die verband houden met een criminele organisatie.

⁵⁹ Amendement nr. 6 van de heren LESPAGNARD EN DU BUS DE WARNAFFE, *Parl. St.*, Kamer, 1996-97, nr. 1047/3, 5.

⁶⁰ Verslag namens de Kamercommissie voor de Justitie, *Parl. St.*, Kamer, 1996-97, nr. 1047/6, 33. Om deze reden heeft de Nederlandse regering in november 1998 een wetsvoorstel aangeboden aan het Parlement met het oog op de verruiming van de regeling van het DNA-onderzoek in strafzaken (*TK*, 1998-1999, 26.271, nrs. 1-3). Zie hierover C.M. PELSER, «Straf(proces)recht», *Katern 71* (kwartaalbijlage bij *Ars Aequi*, 1999, afl. 6), 3551 en S.W. MUL, *L.c.*, 216 en volgende.

⁶¹ *Cf. infra*, nrs. 39 en volgende.

⁶² In die zin ook S.W. MUL, *L.c.*, 203.

⁶³ Ook een burgerlijke partij zou zulks kunnen verzoeken wanneer hierdoor kan worden vermeden dat het onderzoek op een dwaalspoor belandt.

⁶⁴ Wanneer een DNA-onderzoek op het celmateriaal van een derde wordt gevraagd, moet uiteraard wel rekening worden gehouden met de drempelstraf van vijf jaar. Voor andere misdrijven is afname enkel mogelijk indien deze derde hiermee instemt.

25. De wet schrijft voor dat de procureur des Konings of de onderzoeksrechter - al naargelang het geval - een deskundige aanstelt om het DNA-profiel van het afgenomen celmateriaal op te stellen en een vergelijkend DNA-onderzoek uit te voeren. Deze deskundige zendt zijn verslag over binnen negentig dagen na ontvangst van de vordering. Op diens gemotiveerd verzoek kan evenwel een bijkomende onderzoekstermijn worden toegestaan.

Terwijl het oorspronkelijke wetsontwerp nog uitging van een min of meer contradictoir deskundigenonderzoek, werd uiteindelijk geopteerd voor een mogelijkheid tot tegenexpertise die nauw aanleunt bij het regime van de gemeenschappelijke bloedproef.

26. De regeling is gelijklopend voor de afname van celmateriaal in het raam van het opsporingsonderzoek en het gerechtelijk onderzoek, en werd respectievelijk opgenomen in de paragrafen vier en vijf van art. 44ter en art. 90undecies Sv.

In beide scenario's van het vooronderzoek wordt de uitslag van het DNA-onderzoek ter kennis gebracht van de betrokkene. Deze beschikt vanaf de kennisgeving over een termijn van vijftien dagen om de procureur des Konings of de onderzoeksrechter te verzoeken een tegenonderzoek te doen uitvoeren door een deskundige die de betrokken persoon zelf kan aanduiden, met dien verstande dat ook deze deskundige verbonden dient te zijn aan een erkend laboratorium. De deskundige brengt hierover een gemotiveerd verslag uit bij de betrokken magistraat, die op zijn beurt de betrokken persoon op de hoogte brengt. De wijze waarop dit dient te gebeuren, zal worden bepaald bij koninklijk besluit.

27. De vraag rijst of de keuze van de betrokkene om een deskundige aan te duiden niet al te ernstig wordt beknot. Het aantal laboratoria dat in België in staat is om de nodige analyses te verrichten, zou immers niet groot zijn,⁷⁰ zodat de keuze tussen erkende laboratoria nog beperkter wordt. Ook werd er reeds op gewezen dat de deskundigen verbonden aan een erkend laboratorium tevens analyses verrichten voor de opsporingsinstanties, zodat de onpartijdigheid van de deskundigen niet zonder meer kan worden aangenomen.⁷¹

28. Het tegenonderzoek zelf wordt verricht aan de hand van nieuw celmateriaal afgenomen van de betrokkene, dat wordt vergeleken met het gedeelte van het celmateriaal dat niet werd gebruikt tijdens de eerste expertise. Dat nieuw celmateriaal moet worden afgenomen bij de betrokkene, geldt zowel in geval de eerste afname onder dwang als wanneer ze met toestemming is gebeurd. Het nut van art. 90undecies, § 3, derde lid, Sv. - dat bepaalt dat de persoon die door de onderzoeksrechter met de afname van het staal is belast, een voldoende hoeveelheid dient af te nemen om een tegenonderzoek mogelijk te maken - is dan ook uitermate gering.⁷²

Indien uit het verslag van het aanvankelijke onderzoek blijkt dat de hoeveelheid aangetroffen menselijk celmateriaal ontoereikend is voor het nogmaals opstellen van een

DNA-profiel, gebeurt de vergelijking aan de hand van het door de eerste deskundige opgestelde DNA-profiel.

29. De kosten van het tegenonderzoek zijn ten laste van de verzoeker, tenzij de eerste expertise niet wordt bevestigd, in welk geval zij door de Staat worden terugbetaald. De bedoeling hiervan is dat louter dilatoire verzoeken tot tegenanalyse worden ontmoedigd.⁷³

30. De wet bevat tevens richtlijnen voor de vernietiging van het afgenomen celmateriaal door de deskundige. Krachtens art. 44ter, § 5, Sv. moet deze hiertoe overgaan zodra hij door het parket wordt geïnformeerd van de afwezigheid van een verzoek tot tegenonderzoek of van het feit dat de uitslag van het tegenonderzoek ter kennis werd gebracht van de betrokken persoon. Vreemd is dat deze bepaling letterlijk werd overgenomen in art. 90undecies, § 5, Sv., zodat de taak om de deskundige van deze gegevens op de hoogte te brengen ook op het openbaar ministerie rust wanneer de onderzoeksrechter werd verzocht een tegenonderzoek te doen uitvoeren. Sterker nog, de wet bepaalt tevens dat de deskundige binnen een maand na de kennisgeving door het openbaar ministerie *aan dit laatste* dient mee te delen dat het celmateriaal vernietigd is. Enkel het parket wordt dus op de hoogte gebracht van de vernietiging van het celmateriaal, ook al vindt het DNA-onderzoek plaats in het raam van een gerechtelijk onderzoek. De wet vermeldt echter niet wanneer en hoe het parket door de onderzoeksrechter op de hoogte moet worden gebracht van de afwezigheid van een verzoek tot tegenonderzoek of van de kennisgeving van de resultaten ervan. De vraag rijst dan ook hoe het openbaar ministerie de gegevens zal verkrijgen die het aan de deskundige moet bezorgen. Het ware wellicht beter geweest de woorden «openbaar ministerie» in deze bepaling te vervangen door 'onderzoeksrechter'.⁷⁴

Het is duidelijk dat deze bepaling enkel van toepassing is op het *afgenomen* celmateriaal, en dus niet op het DNA-materiaal in het algemeen. Het kan immers allerminst de bedoeling zijn dat ook het *aangetroffen* celmateriaal wordt vernietigd. Dit zou tot gevolg hebben dat de bodemrechter nooit in staat zou kunnen worden gesteld om - wanneer bijvoorbeeld gegronde redenen bestaan om de oorspronkelijke expertise in twijfel te trekken - een nieuwe vergelijking van de DNA-profielen te bevelen. Zeker wanneer de betrokkene niet om een tegenonderzoek heeft verzocht, zal het in bepaalde gevallen noodzakelijk zijn om - in overeenstemming met het onmiddellijkheidsbeginsel - het DNA-onderzoek te laten overdoen. De behoefte hieraan zou zich bijvoorbeeld kunnen voordoen wanneer de deskundige die de analyse heeft verricht, in opspraak is gekomen. Bijkomend probleem is dan echter dat de wet de bodemrechter geen enkele bevoegdheid geeft om een afname van celmateriaal onder dwang te laten plaatsvinden. Afname van celmateriaal op verzoek van de rechter ten gronde is dus enkel mogelijk mits de betrokkene hiermee instemt.⁷⁵

⁷³ Parl. St., Kamer, 1996-97, nr. 1047/2, 22.

⁷⁴ De vraag kan overigens worden gesteld of het hier geen materiële vergissing van de wetgever betreft.

⁷⁵ Ook het openbaar ministerie kan na de adiëring van het vonnisgerecht evenwel nog aanvullende onderzoeksmaatregelen treffen (cf. Cass., 17 februari 1976, *Arr. Cass.*, 1976, 707). Tevens dient in dit verband te worden verwezen naar art. 148 en 303 Sv., die resp.

⁷⁰ Verslag namens de Kamercommissie voor de Justitie, *Parl. St.*, Kamer, 1996-97, nr. 1047/6, 28.

⁷¹ B. DE SMET, «DNA-onderzoek verpakt in wettelijke vorm», *Juristenkrant*, 1999, afl. 5, 4.

⁷² Enkel in geval van een tegenexpertise *post mortem* kan het van belang zijn dat nog celmateriaal van de overledene voorhanden is.

31. Overigens moet erop worden gewezen dat ook de vernietiging van het *afgenomen* celmateriaal tot problemen kan leiden wanneer de persoon van wie dit celmateriaal werd afgenomen - een andere dan de verdachte ⁷⁶ - in de loop van het onderzoek komt te overlijden. In dit geval zal het opstellen van een nieuw DNA-profiel van deze persoon op verzoek van de bodemrechter immers niet altijd evident zijn. Hoewel het concept van de vernietiging van het afgenomen celmateriaal in het licht van het recht op privacy zeker lovenswaardig kan worden genoemd, is de regeling dienaangaande in de DNA-wet dus niet zonder risico's.

3° Tegenspraak door anderen dan de betrokken persoon

32. De wet organiseert aangaande het DNA-onderzoek enkel tegenspraak voor diegene van wie celmateriaal werd afgenomen. Zo bestaan voor de verdachte geen mogelijkheden tot tegenspraak wanneer een afname van celmateriaal geschiedt bij het slachtoffer en vice versa. Wat dit aspect betreft, dient dus te worden verwezen naar het gemene recht. ⁷⁷ In het licht van de rechtspraak van het Arbitragehof dient het contradictoire karakter van een DNA-onderzoek op verzoek van de rechter ten gronde in elk geval te worden gewaarborgd. ⁷⁸ Tijdens het opsporingsonderzoek of het gerechtelijk onderzoek acht het Arbitragehof een niet-

de politierechter en de voorzitter van het hof van assisen de bevoegdheid verlenen om vóór de aanvang van de terechtzitting het onderzoek te vervolledigen of te laten vervolledigen. Deze bevoegdheid wordt echter niet bepaald voor de correctionele rechtbank en het hof van beroep. Zie hierover M. ROZIE, «De onderzoeksbevoegdheden van het vonnisgerecht», in Ph. TRAEST en A. DE NAUW (red.), *Wie is er bang van het strafrecht? Postuniversitaire cyclus Willy Delva 1997/1998*, Gent, Mys & Breesch, 1998, 243-252.

⁷⁶ Indien de verdachte overlijdt, vervalt immers de strafverdeling.

⁷⁷ Zie meer bepaald Ph. TRAEST, «Actualia Strafprocesrecht», in X., *CBR Jaarboek 1997-98*, Antwerpen, Maklu, 1998, nrs. 55-61; A. MASSET, «L'expertise (enfin) contradictoire?», *J.L.M.B.*, 1997, 790-796; B. DE SMET, «De afbrokkeling van het geheim karakter van het deskundigenonderzoek in strafzaken», *R.W.*, 1998-1999, 105-110; B. DE SMET, «Het arrest Mantovanelli t. Frankrijk: de dagenraad van een tegensprekelijk deskundigenonderzoek?», *Panopticon*, 1998, 182-183; B. DE SMET, «Het geheim karakter van het deskundigenonderzoek tijdens de voorbereidende fase van het strafproces», *A.J.T.*, 1998-99, 413-417; B. DE SMET, «Tegenspraak in het deskundigenonderzoek tijdens het onderzoek ter terechtzitting», *Panopticon*, 1998, 466-468; B. DE SMET, «Deelname van de verdachte aan het deskundigenonderzoek» (noot onder Pol. Gent, 11 maart 1998), *R.W.*, 1998-99, 891-894; B. DE SMET, «De toepassing van art. 962-991 Ger. W. in strafzaken» (noot onder Arbitragehof, 24 juni 1998), *R.W.*, 1998-1999, 1140-1142 en J. MESE, «De tegensprekelijkheid van het deskundigenonderzoek in strafzaken» (noot onder Gent, 20 en 27 november 1998), *T.M.R.*, 1999, 220-222.

⁷⁸ Arbitragehof, 30 april 1997, nr. 24/97, *B.S.*, 19 juni 1997; *R.W.*, 1997-98, 713; *J.L.M.B.*, 1997, 788, met noot A. MASSET en *Rev. dr. pén.*, 1997, 792. Zie over dit arrest tevens Ph. TRAEST, *l.c.*, nrs. 58-61. Het Arbitragehof heeft zijn standpunt bevestigd in het arrest van 27 mei 1998 (nr. 60/98, *B.S.*, 15 augustus 1998). Zie evenwel Cass., 24 juni 1998, *J.T.*, 1998, 640 en *J.L.M.B.*, 1998, 1286, met noot A. SADZOT.

contradictoir deskundigenonderzoek evenwel niet strijdig met het gelijkheidsbeginsel. ⁷⁹⁻⁸⁰

E. De bewijswaarde van gegevens aan de hand van een DNA-onderzoek

33. Wanneer een positief verband wordt aangetoond tussen het DNA-profiel van de verdachte en dat van de aange troffen sporen van menselijk celmateriaal, kan hieruit niet zonder meer worden besloten tot de schuld van de verdachte. Het DNA-onderzoek maakt het immers alleen mogelijk na te gaan of een aangetroffen spoor al dan niet afkomstig is van een bepaalde persoon, zonder dat hierdoor met zekerheid kan worden gesteld dat die persoon schuldig is of niet. ⁸¹ Zo is het perfect mogelijk dat de dader celmateriaal van een onschuldige op de plaats van het misdrijf heeft achtergelaten. ⁸²

Tijdens de parlementaire voorbereiding van de DNA-wet werd hieruit geconcludeerd dat een (tegen)expertise niet zal kunnen aantonen dat de betrokkene niet schuldig is, zodat de onschuld door specifieke omstandigheden van de zaak zal moeten worden aangetoond. ⁸³ Deze redenering is slechts ten dele juist. Het DNA-onderzoek kan immers gemakkelijker de *onschuld* van een verdachte aantonen dan de *schuld*. Zo kan de onschuld van een verdachte in een verkrachtingszaak in de meeste gevallen voldoende blijken uit het niet overeenstemmen van zijn DNA-profiel met dat van het op het slachtoffer aangetroffen spoor. ⁸⁴ Indien echter wel een positief verband kan worden aangetoond tussen beide profielen, is dit niet noodzakelijk voldoende om de schuld van de betrokkene te bewijzen. Hiervoor dient naar de feitelijke omstandigheden van de zaak te worden gekeken. ⁸⁵

⁷⁹ Arbitragehof, 24 juni 1998, nr. 74/98, *R.W.*, 1998-99, 1139, met noot B. DE SMET; *Journ. Proc.*, 1998, afl. 353, 25, met noot P. CHOMÉ en N. GALAND; *J.L.M.B.*, 1998, 1280 en *J.T.*, 1998, 551. Zie ook Arbitragehof, 13 januari 1999, nr. 1/99, *R.W.*, 1999-2000,

⁸⁰ Toch zou ook hier een zekere mate van tegenspraak de betrouwbaarheid van het deskundigenonderzoek en de rechten van verdediging ten goede komen, zodat een wetgevend optreden nodig is om te bepalen in welke gevallen en onder welke voorwaarden de expertise in elk geval contradictoir dient te geschieden (J. MESE, *l.c.*, 222; zie ook A. JACOBS, «Plaidoyer pour une expertise entièrement contradictoire en matière pénale», *J.L.M.B.*, 1998, 38-43). Deze problematiek gaat echter het bestek van de hier besproken wet te buiten (dit was ook het oordeel van de regering: cf. *Parl. St.*, Kamer, 1996-97, nr. 1047/2, 13).

⁸¹ Ook omtrent de betrouwbaarheid van de methode zelf werden in het verleden reeds vragen gesteld. Zie hierover o.m. S. YOUNG, «DNA-evidence: beyond a reasonable doubt?», *Crim. L.R.*, 1991, 264-267; Ph. NEIL Mc. LEOD, «English DNA evidence held inadmissible», *Crim. L.R.*, 1991, 583-590 en P. ALLDRIDGE, «Recognising novel scientific techniques: DNA as a test case», *Crim. L.R.*, 1992, 687-698, inz. 689-691. Zie ook D.J. BALDING en P. DONNELLY, «The prosecutor's fallacy and DNA evidence», *Crim. L.R.*, 1994, 711-721.

⁸² Verslag namens de Kamercommissie voor de Justitie, *Parl. St.*, Kamer, 1996-97, nr. 1047/6, 14.

⁸³ *Ibid.*, 17.

⁸⁴ Dit uiteraard voor zover het misdrijf niet door verscheidene personen werd gepleegd.

⁸⁵ Zo kan de verdachte ook de (ex-)partner van het slachtoffer zijn. Eveneens mogelijk maar wellicht minder waarschijnlijk is dat

F. De oprichting van DNA-gegevensbanken (art. 4 en 5 DNA-wet)

34. De oprichting van twee gegevensbanken inzake DNA binnen het Nationaal Instituut voor Criminalistiek en Criminologie (NICC) is onder meer het gevolg van het tweede Bendeverslag.⁸⁶

1° De gegevensbank «Criminalistiek»

35. De oprichting van deze gegevensbank wordt geregeld door art. 4 van de DNA-wet. Aan deze databank worden verschillende gegevens toevertrouwd. In de eerste plaats betreft het de DNA-profielen van aangetroffen sporen van menselijk celmateriaal die werden verkregen overeenkomstig het nieuwe art. 44ter Sv. Het is duidelijk dat ook de sporen die werden aangetroffen door de onderzoeksrechter - en waarvan deze laatste een DNA-profiel laat opstellen op grond van de algemene bevoegdheid vervat in art. 56, § 1, derde lid, Sv.⁸⁷ - aan de gegevensbank Criminalistiek dienen te worden bezorgd.

Samen met dit DNA-profiel worden ook een aantal andere gegevens toegezonden, die worden opgesomd in art. 44ter, § 2, vierde lid, Sv. Het betreft het notitienummer van het strafdossier, de naam van de magistratuur belast met dit strafdossier, de naam en het adres van het laboratorium waarin het DNA-profiel werd opgesteld, alsook het dossiernummer, de biologische aard van het spoor en het geslacht van de persoon van wie het spoor afkomstig is.

36. Indien de procureur des Konings of de onderzoeksrechter op grond van art. 4, § 3, of art. 5, § 4 van de DNA-wet een deskundige verbonden aan het NICC heeft verzocht om over te gaan tot een vergelijking van DNA-profielen,⁸⁸ en dit heeft geleid tot een positief verband met andere DNA-profielen opgenomen in een van beide gegevensbanken, wordt ook dit positief verband, samen met het door de magistratuur toegekende codenummer dat het DNA-profiel verbindt met de naam van de betrokken persoon, opgenomen in de gegevensbank «Criminalistiek».

37. De gegevens vervat in de databank «Criminalistiek» mogen uitsluitend worden aangewend om - met de bedoeling te komen tot een identificatie - een verband te leggen tussen DNA-profielen van aangetroffen sporen van menselijk celmateriaal of tussen deze laatste en DNA-profielen van materiaal dat werd afgenomen van personen met toepassing van de nieuwe art. 44ter en 90undecies Sv.

38. Verwijdering van deze gegevens uit de databank dient te geschieden wanneer de bewaring ervan niet of niet meer

nuttig is voor de strafprocedure. De verwijdering kan enkel geschieden op bevel van het openbaar ministerie.⁸⁹

Niet-geïdentificeerde DNA-profielen dienen in elk geval uit de gegevensbank te worden verwijderd na dertig jaar. Wat de geïdentificeerde DNA-profielen betreft, geldt de definitieve uitspraak als uiterste limiet voor het bewaren van de gegevens.⁹⁰

2° De gegevensbank «Veroordeelden»

39. Eveneens binnen het NICC wordt een gegevensbank opgericht die het DNA-profiel bevat van iedere persoon die werd veroordeeld voor het plegen van een van de misdrijven uit een in de wet opgenomen limitatieve lijst, alsmede van iedere persoon van wie de internering definitief is gelast voor het plegen van een van deze delicten. De lijst waarvan sprake bevat de misdrijven gijzeling, ontvoering van minderjarigen, aanranding van de eerbaarheid en verkrachting, doodslag, opzettelijk toebrengen van zware lichamelijke letsels, foltering, diefstal met geweld, zware diefstal of afpersing van kernmateriaal, brandstichting met verwondingen aan een of meer personen tot gevolg, en vernieling of beschadiging van roerende eigendommen met behulp van geweld of bedreiging en met het toebrengen van lichamelijke letsel tot gevolg.⁹¹

40. Indien in het raam van de procedure die heeft geleid tot de veroordeling of de internering reeds een DNA-profiel werd opgesteld, kan dit uiteraard worden gebruikt voor de opname in de gegevensbank. Dit gebeurt op bevel van het parket, dat de betrokkene in kennis stelt van de opname en van het feit dat de DNA-profielen van sporen van menselijk celmateriaal die in het raam van andere strafzaken worden ontdekt, kunnen worden vergeleken met zijn profiel.

Werd er nog geen DNA-profiel van de betrokkene opgesteld, dan vordert het parket een officier van gerechtelijke politie met de hoedanigheid van hulpofficier van de procureur des Konings of een geneesheer teneinde een hoeveelheid wangslimvlies of haarwortels te laten afnemen. Ook het afnemen van bloed is mogelijk, mits hiervoor een arts wordt ingeschakeld. Eventueel kan fysieke dwang worden aangewend, zij het dat bloedafname in dat geval verboden is. Van de afname wordt proces-verbaal opgesteld. Uiteraard wordt ook in dit geval de betrokkene in kennis gesteld van de afname en de gevolgen hiervan.

De deskundige die wordt verzocht om een DNA-profiel op te stellen van het in dit verband afgenomen celmateriaal, vernietigt onmiddellijk het afgenomen celmateriaal.

Net zoals in de databank «Criminalistiek», worden ook hier de gegevens opgesomd in art. 44ter, § 2, vierde lid, Sv. opgenomen.⁹²

een verkrachting werd gepleegd door een tweelingbroer van de verdachte (voorbeeld vermeld in A. LERICHE, Advies aan de Kamercommissie voor de Justitie, *Parl. St.*, Kamer, 1996-97, nr. 1047/6, 80).

⁸⁶ Parlementair onderzoek naar de noodzakelijke aanpassingen van de organisatie van het politie- en justitiewezens op basis van de moeilijkheden die gerezen zijn bij het onderzoek naar de «Bende van Nijvel». Verslag namens de Onderzoekscommissie uitgebracht door de heren Renaat LANDUYT en Jean-Jacques VISEUR, *Parl. St.*, Kamer, 1995-96, nr. 537/7, 81.

⁸⁷ Cf. *supra*, nr. 16.

⁸⁸ Zie respectievelijk nr. 15 en nr. 23.

⁸⁹ Deze bepaling geldt ongeacht het DNA-onderzoek plaatsvindt in het raam van een opsporingsonderzoek of in het raam van een gerechtelijk onderzoek (zie ook *supra*, nr.30).

⁹⁰ De vraag kan worden gesteld of dit geen problemen kan scheppen wanneer gebruik wordt gemaakt van de herziening in strafzaken.

⁹¹ Het betreft art. 347bis, 368, 369, 372 tot 378, 393 tot 397, 400, 401, 438, 471 tot 475, 477sexies, 518, 531 en 532 Sw.

⁹² Cf. *supra* voor een opsomming van deze gegevens (nr.35).

41. De gegevens vervat in deze databank mogen uitsluitend worden aangewend teneinde al dan niet rechtstreeks bij een misdrijf betrokken personen, te kunnen identificeren.

42. Verwijdering van de gegevens gebeurt op bevel van het parket tien jaar na het overlijden van de persoon waarop ze betrekking hebben.

43. Bij wijze van overgangsmaatregel heeft de wetgever ook de opname in de databank mogelijk gemaakt van gegevens van personen die voor feiten opgenomen in bovenvermelde lijst van misdrijven definitief zijn veroordeeld tot een vrijheidsstraf, wanneer deze straf nog niet definitief werd ten uitvoer gelegd. Hetzelfde geldt ten aanzien van personen die een definitieve interneringsmaatregel opgelegd kregen. Indien de straf of maatregel op het ogenblik van de inwerking-treding van de wet aanleiding is voor een vrijheidsberoving, wordt het DNA-profiel pas opgesteld als de betrokkene in vrijheid wordt gesteld.

3° Toepassingsgebied van de privacywet⁹³

44. Uit het advies van de commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer blijkt dat DNA-profielen te beschouwen zijn als persoonsgegevens, ook al betreft het niet-geïdentificeerde profielen.⁹⁴ Dit is overigens logisch, omdat art. 1, § 5, van de privacywet het begrip «persoonsgegevens» definieert als zijnde de gegevens die betrekking hebben op een natuurlijke persoon die is of kan worden geïdentificeerd. Aangezien uit de niet-coderende segmenten van het DNA (vooralsnog) geen gegevens met betrekking tot de gezondheid kunnen worden afgeleid, betreft het evenwel geen «medische gegevens» in de zin van art. 7 van bovenvermelde wet, zodat het toezicht van een geneesheer niet vereist is.

Tevens kunnen de begeleidende gegevens die in de databanken worden opgenomen, een verwerking van gerechtelijke gegevens uitmaken.⁹⁵ De commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer is van oordeel dat de gegevens vervat in de databank «Veroordeelden» in elk geval als gerechtelijke gegevens moeten worden beschouwd.⁹⁶

Ten slotte wijst de commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer er terecht op dat de opname van een DNA-profiel in een van beide databanken niet uitsluit dat het profiel ook aanwezig blijft in het strafdossier.⁹⁷ De commissie concludeert hieruit dat desbetreffende strafdossiers

⁹³ Wet van 8 december 1992 tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer ten opzichte van de verwerking van persoonsgegevens, *B.S.*, 18 maart 1993. Zie over het conflict tussen rechtshandhaving en de bescherming van het privé-leven ook I.E. VASSALIKI, «Crime investigation versus privacy protection - an analysis of colliding interests», *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 1994, 39-49.

⁹⁴ *Parl. St.*, Kamer, 1996-97, nr. 1047/6, 49 (advies uitgebracht op 14 mei 1998) en *Parl. St.*, Kamer, 1996-97, nr. 1047/6, 61 (advies uitgebracht op 26 augustus 1998).

⁹⁵ Zie hierover F. ROBBEN, «De verwerking van gevoelige en gerechtelijke gegevens in het licht van de Belgische Wet Verwerking Persoonsgegevens», *Compuerrecht*, 1995, 90-99.

⁹⁶ *Parl. St.*, Kamer, 1996-97, nr. 1047/6, 50.

⁹⁷ *Ibid.*

een manueel bestand kunnen uitmaken in de zin van art. 1, § 4, van de wet van 8 december 1992, omdat de DNA-profielen en de bijbehorende identificatiegegevens in dat geval kunnen worden beschouwd als een verwerking.⁹⁸

De aanwezigheid van het DNA-profiel in het strafdossier kan in de praktijk overigens vreemde consequenties hebben. Zo zou het parket zich in principe kunnen baseren op het DNA-profiel dat van een verdachte in het raam van een andere strafzaak werd opgesteld (waarin deze bijvoorbeeld als getuige voorkwam), indien deze verdachte weigert toestemming te verlenen voor de afname van celmateriaal en de feiten waarvan de betrokkene wordt verdacht niet strafbaar zijn met een gevangenisstraf van vijf jaar of meer, zodat niet aan de voorwaarden is voldaan om de afname onder dwang te laten bevelen door de onderzoeksrechter. In een dergelijk geval kan het openbaar ministerie voor de bewijslevering immers gebruik maken van het andere strafdossier als overtuigingsstuk, op voorwaarde dat de stukken in kwestie regelmatig werden verkregen en aan de vereiste tegenspraak werden onderworpen.⁹⁹ De vraag kan echter gesteld worden of het op een dergelijke manier 'ontwijken' van de drempelstraf van vijf jaar niet als deloyaal dient te worden beschouwd, inzonderheid wanneer de betrokkene in het eerdere strafdossier niet werd veroordeeld of niet als verdachte voorkwam.

G. Strafbepalingen

45. In art. 6 van de DNA-wet worden een aantal misbruiken bestraft die de resultaten van het DNA-onderzoek betreffen.

Zo wordt gestraft hij die, zonder daartoe gemachtigd te zijn, wetens kennisneemt van de uitslag van het vergelijkend DNA-onderzoek. De strafmaat is bepaald op een gevangenisstraf van zes maanden tot een jaar en een geldboete van 200 tot 10.000 frank of een van die straffen. De term «wetens» impliceert dat opzet wordt vereist.¹⁰⁰

De straf wordt opgetrokken voor degene die bepaalde gegevens gebruikt heeft voor andere doeleinden dan de strafprocedure. Zo kan het gebeuren dat verzekeringsmaatschappijen celmateriaal trachten te verkrijgen van bepaalde personen.¹⁰¹

⁹⁸ Het is evenwel niet steeds duidelijk in welk geval een (straf)dossier onder de reikwijdte van het gegevensbeschermingsrecht valt. Zie hierover P. DE HERT, *Art. 8 E.V.R.M. en het Belgisch recht. De bescherming van privacy, gezin, woonst en communicatie*, Gent, Mys & Breesch, 1998, nr. 97, en de verwijzingen aldaar (voetnoot 220).

⁹⁹ Zie hierover J. DE PEUTER, «Uit het strafdossier te weren stukken» (noot onder Cass., 2 september 1980), *R.W.*, 1980-81, 1070-1074; Ph. TRAEEST, *o.c.*, nr. 718; R. VERSTRAETEN, *o.c.*, nr. 1087 en L. HUYBRECHTS, «Het gebruik in het strafproces van een ander strafdossier», in *Om deze redenen. Liber Amicorum Armand Vandeplas*, Gent, Mys & Breesch, 1994, 283-304. Zie eveneens Cass., 12 februari 1986, *Arr. Cass.*, 1985-86, 817, waarin wordt gesteld dat de rechter, om de waarde van een deskundigenverslag te beoordelen, rekening mag houden met een ander deskundigenverslag dat in een andere procedure is neergelegd.

¹⁰⁰ Verslag namens de Kamercommissie voor de Justitie, *Parl. St.*, Kamer, 1996-97, nr. 1047/6, 41.

¹⁰¹ Zie ook K. JACOBS, «Genetische informatie en verzekeringen», *Recht en Kritiek*, 1997, afl. 1, 16-38.

De zwaarste straf (tot vijf jaar gevangenisstraf) is bepaald voor degene die wetens een DNA-onderzoek uitvoert of doet uitvoeren buiten de gevallen die de wet bepaalt of zonder inachtneming van de voorschriften die zij formuleert.

H. En de toekomst ?

46. Zoals reeds werd gesteld, zal de inwerkingtreding van de wet van 22 maart 1999 worden bepaald bij koninklijk besluit. In de uitvoeringsbesluiten moeten evenwel ook nog een aantal praktische en technische aangelegenheden worden geregeld, onder meer in verband met de voorwaarden tot erkenning van de laboratoria die voor de analyse van niet-coderend DNA van celmateriaal in aanmerking komen en de wijze waarop de analyse dient te gebeuren. In elk geval is het van belang de nodige aandacht te besteden aan de onderlinge compatibiliteit van de werkprocedures enerzijds, en aan de internationaal aanvaarde standaarden anderzijds. Dit laatste heeft uiteraard alles te maken met de intentie om op

termijn ook uitwisselingen van DNA-gegevens op Europees vlak mogelijk maken.¹⁰²

Dat het gebruik van DNA-onderzoek in strafzaken wettelijk wordt geregeld, is ontegenzeggelijk een stap vooruit. Vanuit strafproceessueel oogpunt is het immers niet logisch dat een dermate gevoelige opsporingstechniek wordt aangewend zonder de minste wettelijke basis, terwijl minder instructieve opsporingstechnieken wel een wettelijke grondslag kennen.¹⁰³ Toch moet worden geconstateerd dat de wet van 22 maart 1999 een aantal onvolkomenheden en onduidelijkheden bevat die waarschijnlijk toe te schrijven zijn aan de snelle redactie ervan. Deze bevinding doet de nieuwsgierigheid naar de uitvoeringbesluiten enkel toenemen.

Joachim MEESE
Assistent strafprocesrecht
Universiteit Gent
Advocaat

¹⁰² Zoals wordt vooropgesteld door de resolutie van de Raad van de Europese Unie van 9 juni 1997 (cf. *supra*, voetnoot 20).

¹⁰³ Zo kan op grond van art. 46bis, § 1, 1° Sv. aan de operator van een telecommunicatienetwerk worden gevraagd de abonnee of de gewoontelijke gebruiker van een telecommunicatiedienst te identificeren, wat duidelijk een veel minder ingrijpende maatregel inhoudt dan het vergelijkend DNA-onderzoek.

RECHTSPRAAK

ARBITRAGEHOF

20 JANUARI 1999

Voorzitter: de h. De Grève

Rapporteurs: de hh. Arts en Delruelle

Advocaten: mrs. Aerts en Gilliams

1. Grondwet – Gelijkheid en niet-discriminatie – Pensioenstelsels – Pensioen zelfstandigen – Gelijkheid mannen en vrouwen – 2. Pensioen Zelfstandigen – Gelijkheidsbeginsel – Pensioenleeftijd – Vervroegde pensionering – Pensioenvermindering

1. en 2. Het onderscheid tussen mannen en vrouwen op het stuk van hun pensioenrechten als zelfstandigen, wat betreft de pensioenleeftijd en de daarmee samenhangende vermindering van het pensioen bij vervroegde pensionering, is verantwoord, gelet op de feitelijke verschillen tussen mannen en vrouwen terzake van de loopbaan van zelfstandigen in de voorbije decenia.

Arrest nr. 6/99

I. Onderwerp van de prejudiciële vraag

Bij vonnis van 14 januari 1998 in zake L. M. tegen het Rijksinstituut voor de Sociale Verzekeringen der Zelfstan-

digen, heeft de Arbeidsrechtbank te Antwerpen de volgende prejudiciële vraag gesteld: «Vormt art. 3, § 1, van het K.B. nr. 72 van 10 november 1967 betreffende het rust- en overlevingspensioen van zelfstandigen een schending van het gelijkheidsbeginsel en het discriminatieverbod vervat in de artikelen 10 en 11 van de Grondwet in zoverre het bepaalt dat een onderscheid dient te worden gehanteerd in de pensioenleeftijd van mannen en vrouwen die een zelfstandige loopbaan hebben opgebouwd?»

...

IV. In rechte

...

B.1. De prejudiciële vraag betreft de bestaanbaarheid met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet van art. 3, § 1, van het K.B. nr. 72 van 10 november 1967 betreffende het rust- en overlevingspensioen der zelfstandigen, in zoverre uit die bepaling een onderscheid voortspuit tussen mannen en vrouwen op het stuk van hun pensioenrechten.

B.2. Art. 3, § 1, van het K.B. nr. 72 bepaalt:

«Het rustpensioen kan toegekend worden vanaf de eerste van de maand die volgt op de 65e of de 60e verjaardag van de aanvrager, naargelang het een man of een vrouw betreft.

Voor wat de mannen betreft kan het nochtans, naar keuze en op verzoek van de belanghebbende, ingaan binnen de periode van vijf jaar, die de normale pensioenleeftijd voor-

afgaat; in dat geval wordt het verminderd met 5 t.h. per jaar vervroeging.

Voor de toepassing van de verminderingcoëfficiënt, wordt rekening gehouden met de leeftijd die de aanvrager bereikte op zijn verjaardag die de ingangsdatum van het pensioen onmiddellijk voorafgaat.

De in lid 2 beoogde vermindering wordt niet toegepast ten aanzien van de mannen die vóór de leeftijd van 65 jaar, in hoedanigheid van werknemer het rustpensioen bekomen overeenkomstig de bepalingen van artikel 5bis van het K.B. nr. 50 van 24 oktober 1967 betreffende het rust- en overlevingspensioen voor werknemers.»

B.3. Krachtens art. 142 van de Grondwet en de artikelen 1 en 26 van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof is het Hof bevoegd ten aanzien van normen die door een wetgevende vergadering zijn aangenomen.

Het K.B. nr. 72 is vastgesteld op basis van de wet van 31 maart 1967 «tot toekenning van bepaalde machten aan de Koning ten einde de economische heropleving, de bespoediging van de regionale reconversie en de stabilisatie van het begrotingsevenwicht te verzekeren». Die wet schreef niet voor dat de besluiten genomen op basis van die wet dienden te worden bekrachtigd.

Te dezen staat in het bijzonder het tweede lid van art. 3, § 1, van het K.B. nr. 72 ter discussie. Volgens het eerste lid kunnen vrouwen vanaf hun zestigste levensjaar aanspraak maken op een rustpensioen en mannen op hun vijftenzestigste, maar krachtens het tweede lid kunnen mannen niettemin kiezen voor een vervroegde oppensioenstelling op zestig jaar, zij het dat in dat geval een verminderingcoëfficiënt van 25 procent wordt toegepast. Uit de feiten in het bodemgeschil blijkt dat de eiser voor het verwijzende rechtscollege precies tegen die vermindering opkomt.

Dat tweede lid is gewijzigd bij art. 1 van het K.B. nr. 416 van 16 juli 1986, waarbij de woorden «Het kan nochtans» zijn vervangen door de woorden «Voor wat de mannen betreft kan het nochtans». In de oorspronkelijke versie van de betwiste bepaling was zowel voor vrouwen als voor mannen een vervroegde oppensioenstelling mogelijk tot vijf jaar voorafgaand aan de in het eerste lid vastgestelde pensioenleeftijd, mits voor beide categorieën van personen de verminderingcoëfficiënt werd toegepast.

Nu het aangeklaagde verschil in behandeling te dezen zijn oorsprong vindt in de bepaling die is gewijzigd door het voormelde K.B. nr. 416, dat bij art. 13, 2°, van de wet van 15 december 1986 is bekrachtigd, moet worden aangenomen dat de wetgever zich de betwiste bepaling eigen heeft gemaakt en staat het aan het Hof om dat door de wetgever bekrachtigde verschil in behandeling te beoordelen op zijn bestaanbaarheid met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet.

B.4. In tegenstelling tot wat de Ministerraad in hoofdorde betoogt, zijn mannen en vrouwen op het stuk van het rustpensioen niet in die mate verschillend dat zij niet pertinent met elkaar zouden kunnen worden vergeleken.

B.5. De in het geding zijnde bepaling maakt deel uit van een geheel van maatregelen die de gelijkberechtiging van mannen en vrouwen op het stuk van de pensioenen beogen. Met de Ministerraad kan in een historisch perspectief worden gewezen op verschillen tussen mannen en vrouwen op het stuk van hun professionele activiteiten als zelfstandige, die een verantwoording kunnen bieden voor een onderscheid in behandeling tussen die categorieën van personen

wat het stelsel van de rustpensioenen voor zelfstandigen betreft. Uit tal van gegevens voorgebracht door de Ministerraad blijkt inzonderheid dat vrouwelijke zelfstandigen in de voorbije decennia veel minder lang als zelfstandige actief zijn geweest, terwijl voor het bepalen van het bedrag van het rustpensioen voor zelfstandigen in hoofdzaak de duur van de loopbaan (en in mindere mate het beroepsinkomen) in aanmerking wordt genomen. Uit de gegevens waarover het Hof beschikt blijkt derhalve dat er in de in aanmerking te nemen referentieperiode van de voorbije decennia op het vlak van de loopbaan van zelfstandigen feitelijke verschillen bestonden tussen mannen en vrouwen, die objectief en in redelijkheid een onderscheid tussen die categorieën op het stuk van de pensioenleeftijd konden verantwoorden.

B.6. Het Hof merkt op dat ook bij de regelgeving in het raam van de Europese Unie rekening wordt gehouden met de bestaande verschillen tussen mannen en vrouwen in de pensioenstelsels van de lidstaten en met de noodzaak om die verschillen geleidelijk weg te werken. Inzonderheid wat de rustpensioenen betreft, geldt de richtlijn nr. 79/7/EEG van de Raad van 19 december 1978 «betreffende de geleidelijke tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen op het gebied van de sociale zekerheid». Volgens art. 7, eerste lid, doet de richtlijn «geen afbreuk aan de bevoegdheid van de lidstaten om van haar werkingsfeer uit te sluiten: a) de vaststelling van de pensioengerechtigde leeftijd met het oog op de toekenning van ouderdoms- en rustpensioenen en de gevolgen die hieruit kunnen voortvloeien voor andere prestaties; (...)». Volgens het Hof van Justitie moet die bepaling aldus worden uitgelegd dat wanneer een nationale regeling een verschil in pensioenleeftijd tussen mannelijke en vrouwelijke werknemers heeft gehandhaafd, de betrokken lidstaat het bedrag van het pensioen verschillend mag berekenen naar gelang van het geslacht van de werknemer (H.v.J., 30 april 1998, De Vriendt e.a., samengevoegde zaken C-377/96 tot C384/96, *Jur.*, I-1247, en 22 oktober 1998, Wolfs en Rijksdienst voor Pensioenen, zaak C-154/96). In die beide arresten, die betrekking hadden op het K.B. nr. 50 van 24 oktober 1967 betreffende het rust- en overlevingspensioen voor werknemers, overwoog het Hof dat uit de aard van de in art. 7, eerste lid, van de richtlijn voorkomende uitzonderingen kan worden afgeleid dat de communautaire wetgever de lidstaten heeft willen toestaan tijdelijk de aan vrouwen toegekende voordelen op pensioengebied te handhaven, teneinde hen in staat te stellen hun pensioenstelsels op dit punt geleidelijk aan te passen zonder het ingewikkelde financiële evenwicht van die stelsels – een aspect dat niet kon worden genegeerd – te verstoren (arrest De Vriendt, rechtsoverweging 26; arrest Wolfs, rechtsoverweging 25).

B.7. Te dezen heeft de maatregel weliswaar tot gevolg dat mannen die vervroegd hun rustpensioen willen genieten, rekening moeten houden met een verminderingcoëfficiënt van 5 procent per jaar vervroeging. Toch kan die maatregel niet als kennelijk onevenredig worden beschouwd, rekening houdende met de noodzaak om het stelsel van de rustpensioenen voor zelfstandigen betaalbaar te houden.

Die financiële overweging kan niet verantwoorden dat op het stuk van de pensioenleeftijd een verschil in behandeling op basis van het geslacht blijvend wordt gehandhaafd, te meer daar de feitelijke achterstelling van de vrouwen in het arbeidsproces gaandeweg vermindert. Het komt evenwel de

wetgever toe te bepalen op welke wijze en binnen welke tijdspanne de gelijkberechtiging tussen mannen en vrouwen op het stuk van de pensioenen kan worden verwezenlijkt, onder voorbehoud van een kennelijk onredelijke beoordeling, wat te dezen niet het geval is. Het Hof stelt immers vast dat de wetgever met ingang van 1 juli 1997 heeft voorzien in een geleidelijke aanpassing van het stelsel van de rustpensioenen voor zelfstandigen met het oog op een gelijkberechtiging van mannen en vrouwen, waarbij de pensioengerechtigde leeftijd voor vrouwen zoals voor mannen op 65 jaar wordt gebracht (volledige gelijkstelling per 1 januari 2009) met voor beide categorieën eenzelfde noemer van de loopbaanbreuk in 45sten en een gelijke mogelijkheid van vroege oppensioenstelling mits een verminderingcoëfficiënt van 5 procent per jaar vervoeging wordt toegepast (K.B. van 30 januari 1997 «betreffende het pensioenstelsel der zelfstandigen met toepassing van de artikelen 15 en 27 van de wet van 26 juli 1996 tot modernisering van de sociale zekerheid en tot vrijwaring van de leefbaarheid van de wettelijke pensioenstelsels en van artikel 3, § 1, 4°, van de wet van 26 juli 1996 strekkende tot realisatie van de budgettaire voorwaarden tot deelname van België aan de Europese en Monetaire Unie», bekrachtigd bij art. 6 van de wet van 26 juni 1997).

B.8. Uit het vorenstaande volgt dat de prejudiciële vraag ontkennend moet worden beantwoord.

NOOT – Voor H.v.J. 30 april 1998, Devriendt e.a., zie R.W., 1998-99, 1291. Voor de analoge problematiek m.b.t. de pensioenen van de werknemers, zie ook Cass. 8 maart 1999, Soc. Kron., 1999, 265.

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER – 2 FEBRUARI 1999

Voorzitter: de h. Holsters
Rapporteur: de h. Goethals
Openbaar ministerie: de h. Goeminne
Advocaat: mr. Delahaye

Milieu – Milieustrafrecht – Onjuiste of onvolledige aangifte milieuheffing – Vereiste van gebrek aan oprechtheid – Geen gelijkstelling met het bijzondere opzet vereist voor valsheid in geschrifte en gebruik van valse stukken

Het gebrek aan oprechtheid, dat een constitutief bestanddeel is van de onjuiste of onvolledige aangifte tot milieuheffing krachtens de artikelen 47ter, § 1, 47quater, § 2 en 56, 1°, Afvalstoffendecreet, is niet gelijk te stellen met het bedrieglijk inzicht of oogmerk om te schaden, die bestanddelen zijn van het misdrijf van valsheid in geschrifte en gebruik van valse stukken (art. 193 e.v. SW). Bij ontstentenis van het bijzonder opzet staan de bijzondere strafbepalingen er niet aan in de weg dat er in voorkomend geval toepassing wordt gemaakt van de artikelen 193 en volgende Sw.

De K. t/ O.M.

Gelet op het bestreden arrest, op 24 oktober 1997 door het Hof van Beroep te Gent gewezen;

...
Overwegende dat krachtens de artikelen 47ter, § 1, en 47quater, § 2, Afvalstoffendecreet, de milieuheffing gegeven wordt op basis van de in de loop van de maanden april, juli, oktober en januari in te dienen aangiften, die op grond van art. 2 van het besluit van de Vlaamse regering van 14 februari 1990 houdende nadere regelen betreffende de milieuheffingen op vaste afvalstoffen, art. 1 van het M.B. van 22 maart 1990 houdende vaststelling van het aangifteformulier vereist voor het verrichten van de aangifte voor de milieuheffing en van de bij dit besluit gevoegde bijlage, bekleed zijn met de formule dat de heffingsplichtige verklaart dat de in de aangifte vermelde gegevens oprecht en volledig zijn; dat eenieder die deze voorschriften overtreedt door een onjuiste aangifte in te dienen, strafbaar is gesteld door art. 56, 1°, Afvalstoffendecreet;

Overwegende dat het gebrek aan oprechtheid, dat een bestanddeel is van het bij de artikelen 47ter, § 1, 47quater, § 2 en 56, 1°, Afvalstoffendecreet, bepaalde misdrijf van onjuiste of onvolledige aangifte tot milieuheffing, niet gelijk te stellen is met het bedrieglijk inzicht of oogmerk om te schaden, dat een bestanddeel is van het misdrijf van valsheid in geschrifte en gebruik van valse stukken;

Dat bij ontstentenis van het vermelde bijzondere opzet als constitutief bestanddeel, de aangewezen bijzondere strafbepalingen een toepassing, in voorkomend geval, van de artikelen 193 en volgende Sw. niet in de weg staan;

...
Om die redenen,
Verwerpt de voorziening;

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 8 APRIL 1999

Voorzitter-rapporteur: mevr. Charlier
Openbaar ministerie: de h. Henkes
Advocaat: mrs. Draps en Van Ommeslaghe

Dwangsom – Verjaring – Stuiting – Handelingen van tenuitvoerlegging – Duur van de stuiting

De verjaring van de dwangsom kan worden gestuit door handelingen van tenuitvoerlegging en meer bepaald door een bevel tot betaling betekend aan de schuldenaar. Deze stuiting duurt voort tot de beëindiging van het geding betreffende deze daad van stuiting.

D. en R. t/ W. e.a.

Gelet op het bestreden arrest, op 13 mei 1997 gewezen door het Hof van Beroep te Bergen;

...
Overwegende dat krachtens art. 1385octies Ger.W. een dwangsom verjaart door verloop van zes maanden na de dag waarop zij is verbeurd; dat de verjaring van de dwangsom wordt gestuit door de handelingen van tenuitvoerlegging en

meer bepaald door het bevel tot betaling dat wordt betekend aan degene die men wil beletten de verjaring te verkrijgen; dat die stuiting voortduurt tot de beëindiging van het geding betreffende de daad van stuiting;

Overwegende dat het arrest vaststelt 1) dat het bevel tot betaling van 21 september 1994 de verjaring stuit 2) dat in de beschikking van 30 maart 1995 geen uitspraak werd gedaan over het bevel van 21 september 1994, maar over het exploit van 4 augustus 1994;

Dat het hof van beroep, bijgevolg, niet zonder de artikelen 138 *Socties* Ger.W. en 2244 B.W. te schenden, kon beslissen dat de verjaring was opgehouden te lopen tot 30 maart 1995;

Dat het onderdeel gegrond is;

...

NOOT – Zie ook: Cass., 7 december 1995, *R.W.*, 1995-96, 1416; Beslagnr. Brussel, 8 oktober 1991, *R.W.*, 1993-94, 234, met noot J. Laenens.

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER – 10 MEI 1999

Voorzitter: de h. Marchal

Rapporteur: de h. Waüters

Openbaar ministerie: mevr. De Raeve

Advocaten: mrs. Bützler en Houtekier

1. Wetten, decreten en besluiten – Werking in de tijd – Arbeidsongeval – Gevolgen – Blijvende arbeidsongeschiktheid – Hulp van een ander persoon – Bijkomende vergoeding – Wet van 22 december 1989 – 2. Arbeidsongeval – Gevolgen – Blijvende arbeidsongeschiktheid – Hulp van een ander persoon – Bijkomende vergoeding – Wet van 22 december 1989 – Werking in de tijd

1. In de regel is een nieuwe wet niet alleen van toepassing op toestanden die na haar inwerkingtreding ontstaan, maar ook op toekomstige gevolgen van de onder de vroegere wet ontstane toestanden die zich voordoen of voortduren onder de gelding van de nieuwe wet, voor zover die toepassing geen afbreuk doet aan reeds onherroepelijk vastgestelde rechten.

2. De bijkomende vergoeding vastgesteld ten behoeve van de getroffen wiens toestand volstrekt de geregelde hulp van een ander persoon vergt, vastgesteld bij art. 38 van de wet van 22 december 1989, dat art. 24, vierde lid, Arbeidsongevallenwet wijzigt en van kracht werd op 9 januari 1990, is niet van toepassing op de gevolgen van een arbeidsongeval die zich vóór 9 januari 1990 voordeden, ook al zijn er na die datum nog gevolgen van dit arbeidsongeval.

N.V. K. t/ M.

Gelet op het bestreden arrest, op 16 maart 1998 gewezen door het Arbeidshof te Antwerpen, afdeling Hasselt;

Over het middel, gesteld als volgt:

Schending van het algemeen rechtsbeginsel volgens welk de wet geen terugwerkende kracht heeft, als bevestigd in art. 2 B.W., van art. 24 van de Arbeidsongevallenwet van 10 april

1971, inzonderheid het vierde lid, zoals dit van kracht was vóór de wetwijziging bij art. 38 van de Programmawet van 22 december 1989, en voor zoveel als nodig van deze laatstgenoemde bepaling zoals zij werd gewijzigd door de genoemde Programmawet van 22 december 1989. (...)

Overwegende dat art. 24, vierde lid, van de Arbeidsongevallenwet van 10 april 1971 de bijkomende vergoeding bepaalt waarop het slachtoffer van een arbeidsongeval met blijvende arbeidsongeschiktheid aanspraak kan maken voor noodzakelijke hulp van derden;

Dat die wetsbepaling werd gewijzigd bij art. 38 van de Programmawet van 22 december 1989, gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad van 30 december 1989 en van kracht geworden op 9 januari 1990;

Dat de wet van 22 december 1989 geen terugwerkende kracht bepaalt voor die wetwijziging;

Overwegende dat art. 2 B.W. bepaalt dat de wet alleen beschikt voor de toekomst en dat zij geen terugwerkende kracht heeft;

Dat in de regel een nieuwe wet niet alleen van toepassing is op toestanden die na haar inwerkingtreding ontstaan, maar ook op toekomstige gevolgen van de onder de vroegere wet ontstane toestanden die zich voordoen of voortduren onder de gelding van de nieuwe wet, voor zover die toepassing geen afbreuk doet aan reeds onherroepelijk vastgestelde rechten;

Overwegende dat uit het voorgaande volgt dat de voormelde wetwijziging niet van toepassing is op gevolgen van een arbeidsongeval die zich vóór 9 januari 1990 voordoen, ook al zijn er na die datum nog gevolgen van dit arbeidsongeval;

Overwegende dat het arrest de bepalingen van art. 24, vierde lid, van de Arbeidsongevallenwet van 10 april 1971, zoals die werden gewijzigd bij art. 38 van de Programmawet van 22 december 1989, toepast op de voor verweerder noodzakelijke hulp van derden voor de periode van 1 januari 1988 tot en met 8 januari 1990;

Dat het arrest aldus de in het middel aangewezen wetsbepalingen en algemeen rechtsbeginsel miskent;

Dat het middel gegrond is.

NOOT – *De temporele toepassing van de regeling van vergoedingen*

1. De verweerder werd op 14 juli 1986 het slachtoffer van een arbeidsongeval, dat vanaf 1 januari 1988 een blijvende arbeidsongeschiktheid meebracht, met noodzakelijke, beperkte hulp van derden. De regeling van de modaliteiten van de vergoeding voor hulp van derden is terug te vinden in art. 24, derde en vierde lid, van de Arbeidsongevallenwet van 10 april 1971, dat werd gewijzigd door de programmawet van 22 december 1989.

Art. 24, derde en vierde lid van de Arbeidsongevallenwet luidt, sinds de wijziging bij wet van 22 december 1989: «Indien de toestand van de getroffen volstrekt de geregelde hulp van een ander persoon vergt, kan hij aanspraak maken op een bijkomende vergoeding, vastgesteld in functie van de noodzakelijkheid van deze hulp, op basis van het gewaarborgd gemiddeld maandelijks minimumloon zoals vastgesteld voor een voltijds werknemer, door collectieve arbeidsovereenkomst gesloten in de Nationale Arbeidsraad. Het jaarlijks bedrag van deze bijkomende vergoeding mag het be-

drag van het gewaarborgd gemiddeld maandelijks minimumloon, vermenigvuldigd met 12, niet overschrijden» (zie over deze wetwijziging: J. Huys, «Wijzigingen aan de Arbeidsongevallenwet van 10 april 1971 door de Programmawet van 22 december 1989», *Soc. Kron.*, 1990, (193), 196).

Het rechtsprobleem betreft de temporele toepassing van dat art. 24.

2. Het Hof van Cassatie houdt de klassieke formulering aan om de principes van overgangsrecht neer te leggen: «Een nieuwe wet is niet alleen van toepassing op toestanden die na haar inwerkingtreding ontstaan, maar ook op toekomstige gevolgen van onder de vroegere wet ontstane toestanden die zich voordoen of voortduren onder de gelding van de nieuwe wet, voor zover die toepassing geen afbreuk doet aan reeds onherroepelijk vastgestelde rechten». De nodeloze ingewikkeldheid van die constructie is reeds voldoende bekritiseerd (zie P. Popelier, *Toepassing van de wet in de tijd*, in *A.P.R.*, Antwerpen, Kluwer, 1999, 32-34).

De problematiek van het overgangsrecht wordt minder complex wanneer men de principes en de temporele functies met wat meer helderheid formuleert. Het is steeds de nieuwe wet die bepaalt of de oude dan wel de nieuwe wet van toepassing is op een rechtsfeit. In principe heeft de nieuwe wet onmiddellijk werking, wat betekent dat zij van toepassing is op alle feiten die zich voordoen vanaf de inwerkingtreding van de wet. Het is ook de nieuwe wet die bepaalt wat zij als relevant «feit» beschouwt, waarvan de voltrekking haar toepassing kan meebrengen. Het bepalen van het relevante rechtsfeit en dus het aanknopingspunt voor de toepassing van de wet is niet steeds eenvoudig, maar alleszins minder arbitrair dan het bepalen van wat de basis«toestand» en welke de «gevolgen» zijn en wanneer er sprake is van «verkregen rechten».

3. De wet van 22 december 1989 werd gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad van 30 december 1989 en is in werking getreden op 9 januari 1990. De overgangsregelingen voorzien niet in een bijzondere bepaling met betrekking tot artikel 24 (zie wel art. 24bis). In dat geval geldt de principiële regel van de onmiddellijke werking. Voor het bepalen van het relevante rechtsfeit dient naar art. 24 zelf te worden gekeken – dat weinig verhelderend is over dit punt – alsook naar het rechtsfeit dat in de rechtsleer en rechtspraak als determinerend wordt beschouwd.

4. Voor het vaststellen van de toepasselijke wet die de aansprakelijkheid van een persoon vastlegt en de vraag beantwoordt of al dan niet een vergoeding is verschuldigd, geldt als relevant rechtsfeit de schadeveroorzakende daad (vb. Cass., 5 februari 1970, *Arr.Cass.*, 1970, 522; Cass., 22 maart 1982, *Arr.Cass.*, 1981-82, 904; Cass., 15 november 1991, *Arr.Cass.*, 1991-92, 241). Voor het vaststellen van de betalingsmodaliteiten en de berekening van de vergoeding wordt gekeken naar het ogenblik waarop de betaling wordt gedaan of de vergoeding definitief is vastgesteld, ongeacht het ogenblik waarop het schadeverwekkend feit zich heeft voorgedaan (vb. Cass., 21 oktober 1966, *Arr.Cass.*, 1967, 246; Cass., 25 september 1974, *Arr.Cass.*, 1975, 116; Cass., 2 februari 1987, *Arr.Cass.*, 1986-87, 715).

De nieuwe wet bepaalt dus de modaliteiten en de berekening van de vergoeding indien de betaling wordt gedaan of de vergoeding definitief wordt vastgesteld op een ogenblik na de inwerkingtreding van deze wet. De oude wet blijft van toepassing op vroegere betalingen en op betalingen die

een eerdere definitieve beslissing uitvoeren. In geval van periodieke betalingen kan een wetwijziging dus zorgen voor een opdeling. Indien de nieuwe wet onmiddellijk werking heeft, geldt zij voor de betalingen die worden gedaan vanaf haar inwerkingtreding.

5. De rechter in beroep hield enkel rekening met het criterium van de definitieve vaststelling van de vergoeding. Omdat de definitieve vaststelling nog niet was gebeurd vóór de inwerkingtreding van de nieuwe wet, achtte de rechter de nieuwe regeling ook voor de voorbije periode van toepassing. Indien de definitieve vaststelling van de vergoeding het enige aanknopingspunt zou zijn, zou dit formeel gezien geen terugwerkende kracht meebrengen. In de rechtspraak worden echter ook de «betalingen» als aanknopingspunt genomen, zodat de toepassing van de nieuwe wet op vroegere betalingen wel retroactief zou zijn. Het Hof van Cassatie heeft dit terecht bekritiseerd. Art. 24 spreekt echter over het «jaarlijks bedrag» van de bijkomende vergoeding. De nieuwe regeling moet dus niet worden toegepast vanaf de datum van de inwerkingtreding van de wet, maar pas vanaf de uitbetaling van de jaarlijkse vergoeding.

Patricia Popelier

*Postdoctoraal onderzoeker FWO-Vlaanderen
Deeltijds docente UIA*

RAAD VAN STATE

7e KAMER – 4 NOVEMBER 1999

Voorzitter-rapporteur: de h. Stevens

Auditoraat: de h. Adams

Advocaten: mrs. Coppens en Bruggeman loco Bronders

Wetten, decreten en besluiten – Verordenend besluit – Raadpleging afdeling wetgeving van de Raad van State – Uitzondering – Hoogdringendheid – Motivering

Het besluit van de Vlaamse regering dat bepaalt dat geen afwijkingen van de voorschriften van de (ontwerp-)gewestplannen kunnen worden toegestaan indien de inrichting is gelegen of komt te liggen, onder meer in een natuurgebied, is van reglementaire aard. Het inroepen door de Vlaamse regering van de hoogdringendheid om aan de adviesverplichting te ontsnappen, is onvoldoende gemotiveerd, omdat niet de bijzondere redenen worden aangegeven waarop de hoogdringendheid is gebaseerd.

T. t/ Vlaamse Gewest

Arrest nr. 83.329

Gezien het verzoekschrift dat M. T. op 12 mei 1999 heeft ingediend om de schorsing te vorderen van de tenuitvoerlegging van het besluit van 12 maart 1999 van de Vlaamse minister van leefmilieu en tewerkstelling waarbij het beroep, aangetekend door de gemachtigde ambtenaar van de afdeling AROHM West-Vlaanderen tegen het besluit van 17 september 1998 van de bestendige deputatie van de provincieraad van West-Vlaanderen houdende het gedeeltelijk verle-

nen van de vergunning aan M. T. voor het veranderen van een bestaand benzinestation met autoherstellingswerkplaats gelegen (...) te Oostduinkerke (Koksijde), gegrond wordt bevonden, het beroepen besluit wordt opgeheven en de gevraagde vergunning wordt geweigerd;

...

1. Feiten

Overwegende dat de feitelijke toedracht van de zaak als volgt kan worden samengevat:

De verzoeker baat op het bovenvermelde perceel een benzinestation met garage uit. De inrichting verkreeg daartoe oorspronkelijk een ARAB-vergunning, verleend door de bestendige deputatie van de provincieraad van West-Vlaanderen, op 27 november 1969.

Door de vaststelling van het gewestplan Veurne-Westkust van 6 december 1976 komt de inrichting in een natuurgebied te liggen. Toch worden nadien door de bestendige deputatie nog vergunningen toegekend op 29 mei 1975, 24 september 1981 en 14 januari 1982, voor respectievelijk de uitbreiding met een mazouttank, de verplaatsing van de verfspuitcabine en de uitbreiding van de garage-werkplaats, en de uitbreiding met een bovengrondse propaangashouder van 1.600 l en een ingegraven gasoliehouder van 7.000 l.

Op 6 december 1991 wordt aan de verzoeker nog een bouwvergunning verleend voor het verbouwen van de garage en het bouwen van een toonzaal.

Op 9 april 1998 vraagt de rechtsvoorganger van de verzoeker een milieuvergunning klasse 1, met als voorwerp een autoherstellingswerkplaats en een benzinestation verder te exploiteren en te veranderen door wijziging, uitbreiding of toevoeging, zodat deze voortaan zou omvatten een verfspuitcabine, ruimten voor het stallen van voertuigen, een garagewerkplaats met hefbruggen, een wasplaats, opslag van brandstoffen en oliën, benzinepompen, lozing van afvalwaters en een inrichting voor de opslag en de mechanische behandeling van negen voertuigwrakken.

De bestendige deputatie verleent op 17 september 1998 de gevraagde vergunning grotendeels.

De gemachtigde ambtenaar van AROHM West-Vlaanderen tekent hiertegen beroep aan.

Het bestreden besluit willigt dit beroep in en weigert de gevraagde vergunning op grond van volgende motivering: «Overwegende dat deze inrichting gelegen is in een natuurgebied volgens het gewestplan; dat het geheel strijdig is met de voorziene bestemming en vigerende planologische voorschriften; dat volgens het besluit van 29 september 1993 van de Vlaamse regering tot uitvoering van het decreet van 23 juni 1993 houdende aanvulling met een art. 88 van de wet van 29 maart 1962 houdende organisatie van de ruimtelijke ordening en van de stedenbouw (thans art. 43, § 6 tot en met 12 van het decreet betreffende de ruimtelijke ordening, gecoördineerd op 22 oktober 1996) afwijkingen van de voorschriften van de gewestplannen niet kunnen worden toegestaan voor onderhavige aanvraag; overwegende dat vanuit oogpunt van de stedenbouwkundige en ruimtelijke aspecten gesteld kan worden dat de exploitatie van de inrichting die het voorwerp van de voormelde milieuvergunningsaanvraag uitmaakt, niet verenigbaar is met de toepasselijke ruimtelijke en stedenbouwkundige voorschriften»;

2. Ten gronde

Overwegende dat krachtens art. 17, § 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State slechts tot schorsing van de tenuitvoerlegging kan worden besloten onder de dubbele voorwaarde dat ernstige middelen worden aangevoerd die de vernietiging van de aangevochten akte of verordening kunnen verantwoorden en dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden akte of verordening een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen;

2.1. Ernstig middel

...

Overwegende dat het middel ernstig is om de volgende redenen:

De bestreden weigering is gebaseerd op de vaststelling dat de betrokken inrichting onverenigbaar is met de gewestplanbestemming «natuurgebied» en op de onmogelijkheid om met toepassing van art. 43, §§ 6 en volgende van het decreet betreffende de ruimtelijke ordening, gecoördineerd op 22 oktober 1996, af te wijken van die bestemming.

Die onmogelijkheid wordt door het bestreden besluit gesteld op het besluit van de Vlaamse regering van 29 september 1993 tot uitvoering van het decreet van 23 juni 1993 houdende aanvulling met een art. 88 van de wet van 29 maart 1962 houdende organisatie van de ruimtelijke ordening en van de stedenbouw.

Dit besluit bepaalt, ter uitvoering van art. 43, § 11, van het voormelde gecoördineerde decreet, dat de afwijkingen van de voorschriften van de (ontwerp-)gewestplannen bedoeld in art. 43, §§ 6, 7, en 8, van het gecoördineerde decreet, niet kunnen worden toegestaan indien de inrichting is gelegen of komt te liggen, onder meer in een natuurgebied.

De verwerende partij voert op het eerste gezicht ten onrechte aan dat het middel een overtollig motief betreft.

De verwijzing in het bestreden besluit naar het bedoelde besluit van 29 september 1993 lijkt er immers op te wijzen dat de verwerende partij de mogelijkheid om de decretale afwijkingsmogelijkheid toe te passen, heeft overwogen.

Een onderzoek van de mogelijkheid om van het gewestplan af te wijken lijkt *in casu* gerechtvaardigd, omdat onderzoekers inrichting pas in 1976, dus geruime tijd na het verkrijgen van de oorspronkelijke ARAB-vergunning, door het vaststellen van het gewestplan Veurne-Westkust, zonevreemd is geworden en voor die inrichting nadien nog verscheidene exploitatie- en bouwvergunningen werden verleend.

Indien op onwettige wijze zou zijn besloten tot de onmogelijkheid de decretale afwijkingsregeling toe te passen, dient de overheid die mogelijkheid aan een nieuw onderzoek te onderwerpen en kan eventueel, indien de wettelijke voorwaarden daartoe zijn vervuld, toch nog een vergunning worden toegestaan.

Aldus lijkt het betrokken weigeringsmotief niet overtollig te zijn, en heeft de verzoeker belang bij het middel.

Art. 3, § 1, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State bepaalt dat, buiten het met bijzondere redenen omklede geval van hoogdringendheid, alle ontwerpen van reglementaire besluiten aan het met redenen omkleed advies van de afdeling wetgeving moeten onderworpen worden. Deze wettelijke verplichting is substantieel.

Het betrokken regeringsbesluit is *prima facie* van reglementaire aard. Dit wordt overigens door de verwerende partij niet betwist.

Het invoeren door de Vlaamse regering van de hoogdringendheid om aan de adviesverplichting te ontsnappen, geeft aan dat die regering bij het opstellen van het besluit dezelfde mening was toegedaan.

De afdeling wetgeving van de Raad van State werd niet om advies over het ontwerp dat het voormelde regeringsbesluit van 29 september 1993 is geworden verzocht, op grond van volgende motivering: «Overwegende dat omwille van de vrijwaring van de ruimtelijke kwaliteit het dringend noodzakelijk is om conform de bepalingen van art. 45, § 5 en 11 van de wet van 29 maart 1962, houdende organisatie van de ruimtelijke ordening en de stedenbouw, zoals ingevoegd bij het decreet van 23 juni 1993 houdende aanvulling met een art. 88 van deze wet, de gebieden aan te wijzen en de categorieën van bedrijven te bepalen waarop de bepalingen van de §§ 6, 7 en 8 die door het voormelde decreet eveneens aan art. 45 zijn toevertrouwd, niet van toepassing zijn».

Deze motivering lijkt niet de bijzondere redenen aan te geven waarop de hoogdringendheid is gebaseerd.

De loutere affirmatie dat het «omwille van de vrijwaring van de ruimtelijke kwaliteit» dringend noodzakelijk is om onder meer de gebieden aan te wijzen waarin de decretale afwijkmogelijkheid niet van toepassing is, is immers op het eerste gezicht nietszeggend. Minstens had concreet moeten zijn aangetoond waarom het voor de vrijwaring van de ruimtelijke kwaliteit onmogelijk was zelfs enkele dagen te wachten op een spoedadvies, met toepassing van art. 84 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, van de afdeling wetgeving.

Een dermate hoge dringendheid lijkt trouwens op het eerste gezicht te worden tegengesproken door de vaststelling dat het na het nemen van het desbetreffende besluit nog vier maanden heeft geduurd alvorens het in het *Belgisch Staatsblad* werd gepubliceerd. De verwerende partij brengt geen enkel concreet gegeven aan waaruit blijkt dat zij de nodige stappen heeft gezet om een publicatie binnen enkele dagen van het betrokken besluit te bewerkstelligen;

2.2. Moeilijk te herstellen ernstig nadeel

Overwegende dat ook deze schorsingsvoorwaarde is vervuld; dat de verzoeker immers op goede gronden aanvoert dat hij zonder de gevraagde schorsing van de tenuitvoerlegging van het bestreden besluit zijn bedrijf zal moeten sluiten, waardoor zijn inkomen en dat van zijn gezin verloren gaat; dat de verwerende partij de verzoeker ten onrechte verwijt investeringen te hebben gedaan in natuurgebied, daar met het bedrijf werd begonnen lang vóór het gewestplan werd vastgesteld, en omdat uit het feitenrelaas *prima facie* blijkt dat hij na die vaststelling nog diverse exploitatie- en bouwvergunningen heeft verkregen;

Overwegende dat bijgevolg voldaan is aan de voorwaarden gesteld in art. 17, § 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State die vervuld moeten zijn wil een vordering tot schorsing worden toegewezen.

(Volgt: schorsing van het aangevochten besluit).

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

5e KAMER – 20 MEI 1996

Voorzitter: de h. Leemans

Raadsheren: de hh. Peeters en Lemmens

Advocaten: mrs. Wouters en Vervaeke

Verbintenis – Voorwaarde – Zuivere potestatieve voorwaarde van de zijde van de schuldenaar – Gevolg – Nietigheid

Als een partij een verbintenis aangaat tot vergoeding van een andere partij voor de ontwikkeling van nieuwe producten, onder de opschortende voorwaarde dat zij een aanvraag tot productontwikkeling indient, is deze verbintenis nietig, omdat ze is aangegaan onder een zuivere potestatieve opschortende voorwaarde van de zijde van de schuldenaar. De aanvraag tot productontwikkeling is te dezen immers een toekomstige en onzekere gebeurtenis waarvan de verwezenlijking enkel van de schuldenaar afhangt.

N.V. V. t/ V. e.a.

Gelet op het beroepen vonnis van de Rechtbank van Koophandel te Antwerpen van 16 januari 1995, waarbij de eis van geïntimeerden reeds gedeeltelijk gegrond werd verklaard door appellante te veroordelen tot de betaling van een provisie van 750.000 fr. aan alle geïntimeerden samen en van een provisie van 2.000.000 fr. aan tweede en derde geïntimeerden alleen, waarbij, alvorens verder recht te doen over het saldo van de eis van geïntimeerden, een deskundigenonderzoek werd bevolen en de heer L. Van der S. werd aangesteld als gerechtsdeskundige om advies te verstrekken over de afrekening van partijen in verband met de maandelijksse voorschotfacturen van geïntimeerden aan appellante en de hierop aangerekende intrest naar rato van 12%, alsook om een onderzoek te doen naar de jaarrekeningen en het zakencijfer van appellante en naar de juiste afrekening van partijen in verband met de toepasselijke commissies op de verkopen van appellante binnen de Benelux en op haar export buiten de Benelux, en waarbij de verwijzing in de gedingkosten werd aangehouden;

Gelet op het verzoekschrift in hoger beroep neergelegd ter griffie van dit Hof op 10 maart 1995;

Overwegende dat het doel en de grondslag van de oorspronkelijke eis van geïntimeerden zowel in feite als in rechte blijken uit de inleidende dagvaarding van 30 maart 1993 en het beroepen vonnis; dat het Hof hiernaar verwijst;

Dat appellante vordert (...) dat zou worden gezegd voor recht dat de relatie van partijen wordt beheerst door de overeenkomst van 1 mei 1989 en dat met toepassing daarvan vervolgens de eis van geïntimeerden volledig ongegrond zou worden verklaard en dezen op tegeneis zouden worden veroordeeld tot betaling aan haar de som van 616.858 fr. (...);

Dat geïntimeerden in hun conclusies vermelden de bevestiging van het vonnis *a quo* te vorderen; dat zij echter tegelijkertijd de grondslagen hebben aangevochten waarop de eerste rechter de gedeeltelijke afwijzing van de eis van eerste geïntimeerde heeft gebaseerd, namelijk de overeenkomst van 1 mei 1989, die zij als nietig beschouwen;

...

Overwegende dat geïntimeerden hun oorspronkelijke eis hebben gebaseerd op de overeenkomst van 25 augustus 1971, aangevuld en gewijzigd door de overeenkomsten van 7 december 1971 («Bijvoegsel») en van 1 januari 1979 («Bijvoegsel nr. 2»); dat zij laten gelden dat appellante zich aldus verbond hen gedurende 20 jaar vanaf 25 augustus 1971 een maandelijks vergoeding te betalen wegens de verkoop van een aantal merken van cosmeticaproducten, van de fabricagemethodes en de know how hiervan, van de exclusieve exploitatierechten in de Benelux en in de landen waarvoor afzonderlijk zou worden overeengekomen; dat geïntimeerden aanvoeren dat deze vergoeding op grond van het «Bijvoegsel nr. 2» van 1 januari 1979 van dan af moest worden berekend ten belope van 1,5% van het volledige zakencijfer van appellante, vermeerderd met 3,5% op de uitvoer buiten de Benelux;

Dat geïntimeerden aanvoeren dat appellante haar verbintenis tot betaling slechts gedeeltelijk is nagekomen; dat zij het saldo vorderen, waarop zij zich gerechtigd achten;

Overwegende dat appellante tegenwerpt dat de contractuele relatie van partijen niet langer wordt beheerst door de voormelde overeenkomsten, maar wel door het contract van 1 mei 1989; dat appellante en eerste geïntimeerde hierbij bedongen dat de prijs voor de overdracht, voorwerp van de voormelde overeenkomsten, nog 50.000 fr. per maand zou bedragen vanaf het ogenblik waarop appellante in gebreke was gebleven haar zakencijfers mede te delen tot op 25 augustus 1991 en dat ook de bijkomende 3,5%-vergoeding op de exportverrichtingen van appellante zou vervallen;

Dat appellante aanvoert dat deze laatste overeenkomst geldig totstandkwam en alle geïntimeerden bindt; dat zij beweert dat zij met toepassing hiervan recht heeft op terugbetaling van de som van 616.858 fr. ten laste van geïntimeerden; dat zij thans een tegeneis in terugbetaling van deze som heeft gesteld;

Overwegende dat de eerste rechter zijn oordeel heeft gebaseerd op de overeenkomst van 1 mei 1989, in zover het de eis van eerste geïntimeerde betrof; dat deze eis met toepassing van deze overeenkomst slechts gedeeltelijk werd toegekend; dat de eerste rechter aannam dat tweede en derde geïntimeerden geen contractpartij hierbij waren; dat hun eis werd beoordeeld op grond van de overeenkomst van 25 augustus 1971, zoals aangevuld en gewijzigd door de bijvoegsels van 7 december 1971 en van 1 januari 1979;

Overwegende dat geïntimeerden de nietigheid van de overeenkomst van 1 mei 1989 inroepen, omdat deze zou gesloten zijn onder een louter potestatieve voorwaarde; dat zij beweren dat de verbintenis van appellante tot vergoeding van eerste geïntimeerde voor de ontwikkeling van nieuwe cosmeticaproducten werd aangegaan onder de opschortende voorwaarde van haar aanvraag tot productontwikkeling;

Dat deze aanvraag een toekomstige en onzekere gebeurtenis is die enkel appellante vermag te doen plaatsvinden; dat haar verbintenis dan ook afhangt van een voorwaarde die potestatief is in de zin van art. 1170 BW.

Dat niet gebleken is dat het indienen van een dergelijke aanvraag nog van andere elementen, buiten de wil van appellante, afhankelijk is;

Dat appellante wel inroept dat de vervulling van de opschortende voorwaarde de medewerking van eerste geïntimeerde vereist omdat deze de nieuwe producten nog moet ontwikkelen; dat deze bewering echter is gebaseerd op een verwarring tussen de opschorting van de verbintenis zelf en

de incidenten van de uitvoering ervan; dat immers, eens dat de aanvraag is gedaan, het proces van contractuitvoering werkelijk op gang is gebracht en iedere betrokken partij ertoe gehouden is haar verbintenis te goeder trouw uit te voeren; dat de verbintenis van appellante tot vergoeding van eerste geïntimeerde voor de aangevraagde productontwikkeling van bij de aanvraag niet langer is opgeschort; dat de uitvoering ervan weliswaar nog de invloed ondergaat van verschillende factoren, zoals van de nakoming van de verbintenis van eerste geïntimeerde zelf, van de tijd die nodig is om de ontwikkelde producten op de markt te brengen en van de omvang van de verkoop; dat deze factoren echter slechts de modaliteiten van de uitvoering van de verbintenis van appellante determineren en eventueel zelfs tot een uitstel tijdens de uitvoering zullen leiden, zonder echter de verbintenis zelf nog op te schorten;

Dat de voorwaarde in kwestie zuiver potestatief blijkt te zijn en de verbintenis, die ze betreft, met toepassing van art. 1174 BW nietig is;

Dat de overeenkomst van 1 mei 1989 zowel het akkoord van betrokkenen aangaande de ontwikkeling van nieuwe cosmeticaproducten als een regeling voor de contractuele relatie uit het verleden beoogt; dat deze laatste regeling reële toegevingen van eerste geïntimeerde bevat, zoals het genoegen nemen met een forfaitaire maandelijks vergoeding van 50.000 fr. en de afstand van de 3,5%-vergoeding op de export van appellante buiten de Benelux; dat deze toegevingen zo nauw samenhangen met het vooruitzicht op nieuwe inkomsten ingevolge de aangekondigde productontwikkeling, dat zij ermede de tegenprestatie van zijn; dat zij er dan ook één geheel mee vormen; dat de nietigheid van de voormelde verbintenis, aangegaan onder een zuiver potestatieve voorwaarde, dan ook de nietigheid van het gehele contract tot gevolg heeft, inclusief de getroffen regeling voor het verleden;

Dat aldus blijkt dat appellante, ongeacht nog de kwestie of ook tweede en derde geïntimeerden tot het contract van 1 mei 1989 kunnen gehouden worden, alleszins ten onrechte haar verweer en haar tegeneis baseert op dit nietige contract;

...

HOF VAN BEROEP TE GENT

7e KAMER – 31 OKTOBER 1996

Voorzitter: de h. Staessens

Raadsheren: de hh. Delbeke en Debucquoy

Advocaten: mrs. De Vos, Franck, Van Hoorebeke, Keyzer, Cattoir en Standaert

Zeerecht – Loods – Taak – Adviesverlening aan de kapitein – Taak van de kapitein – Leiding en meesterschap over het vaartuig

Uit art. 5 van de loodswet van 3 november 1967 en uit art. 64 van de Zeewet volgt dat de loods geen bevelen geeft aan de machinisten en aan de roerganger, maar enkel adviezen aan de kapitein.

Hoewel de kapitein geen gezag over de loods heeft en al is deze laatste zijn aangestelde niet, toch heeft beloodsing van het schip niet tot gevolg dat de loods zonder meer in de plaats van de kapitein treedt. De kapitein mag de raadgevingen van de

loods niet blindelings volgen, maar is ertoe gehouden toezicht en controle uit te oefenen op de assistentie die de loods hem verleent.

De kapitein mag de besturing van het schip niet volledig aan de loods overlaten. Als hij dit wel doet en het meesterschap over de leiding en het manoeuvre van zijn schip volledig uit handen geeft, dan geschiedt dit op zijn verantwoordelijkheid.

Daar de kapitein ertoe gehouden is persoonlijk op het schip aanwezig te zijn, kan aan de stilzwijgende en lijdzame aanwezigheid van de kapitein geen andere betekenis worden gehecht dan een stilzwijgende instemming en een volledige goedkeuring van de bevelen die door de loods werden gegeven. De fout die de loods daarbij beging, heeft de kapitein op die wijze tot de zijne gemaakt.

N.V. A. e.a. t/ M. e.a.

Het hof heeft in openbare terechtzitting de partijen in hun middelen en conclusies gehoord alsmede inzage genomen van de stukken waaronder:

- de op 21, respectievelijk 23 en 29 december 1993 ter griffie neergelegde verzoekschriften waarbij de N.V. V. B. (voorheen N.V. B.-D.V.) en de N.V. A.I.G. Europe (voorheen N.V. A. I. U.) enerzijds, de N.V. E. S. anderzijds en voorts nog M. H. C., afzonderlijk hoger beroep instelden tegen het vonnis van 7 september 1993, op tegenspraak gewezen door de Rechtbank van Koophandel te Gent, derde kamer;
- de dagvaarding van 26 april 1994 waarbij de N.V. V. B. en de N.V. A.I.G. Europe jegens L.S.O.M.A. Ltd. en de B.V.B.A. L. & Co. gemeenverklaring vorderen van het tussen te komen arrest, maar ook veroordeling tot betaling van 20.392.750,- frank aan eerstgenoemde en van 13.595.165,- frank aan tweedgenoemde, telkens met vergoedende, gerechtelijke en gekapitaliseerde interesten en met kosten van het geding;
- de dagvaarding van 7 december 1994 waarbij de N.V. V. B. en de N.V. A.I.G. Europe jegens de B.V.B.A. L. & Co. andermaal gemeenverklaring en veroordeling vorderen zoals hierboven;
- de op 26 maart 1996 ter griffie neergelegde akte waarbij de N.V. A. B. verklaart het geding te hervatten;
- de dagvaarding van 7 mei 1996 waarbij het Vlaamse Gewest tussende Belgische Staat gemeenverklaring vordert van het tussen te komen arrest en vrijwaring van alle veroordelingen;
- de op 22 mei 1996 ter griffie neergelegde akte waarbij de N.V. A. B. verduidelijkt gefusioneerd te zijn met de N.V. V. B. en het geding in de plaats van deze laatste te hervatten en verder te zetten.

...

I. Wat de ontvankelijkheid van de hogere beroepen betreft

...

II. Feiten en procedure-voorgaanden

1. De geschillen der partijen betreffen het schadegeval dat zich op 26 juli 1985 om 04.44 uur voordeed in het Sifferdok te Gent, toen het beloodste (220 meter lange en 32,20 meter brede) stortgoederenschip ms. «*Leandros*», dat aan bakboordzijde diende afgemeerd te worden, met de boeg aanbotsde tegen de binnen de kaaimuur staande laadtoren van de N.V. E. S.

Op verzoek van deze laatste werd door de voorzitter van de Rechtbank van Koophandel te Gent bij beschikking van 26 juli 1985 deskundigenonderzoek bevolen door kapitein D. G. naar de omstandigheden, oorzaken en verantwoordelijkheid en naar de omvang van de door E. S. opgelopen schade. Op verzoek van M. H., scheepseigenaar-reder, werd dezelfde deskundige bij beschikking van 13 maart 1986 gelast met het ramen van de schade aan het zeeschip.

2. Na tussenvonnissen van 26 mei 1987 en van 2 februari en 18 oktober 1988 werden M. H., de Belgische Staat, het Vlaamse Gewest en loods B. op 17 september 1991 bij verstek veroordeeld om hoofdelijk te betalen:

- aan de N.V. E.-S.: 17.597.559,- frank en 7.196.296,- frank, vermeerderd met vergoedende interesten en de gerechtskosten;
 - aan de N.V. D. B.-D. V.: een provisie van 13 miljoen frank met vergoedende en gerechtelijke interesten;
 - aan de N.V. A. I. U.: een provisosom van 9 miljoen frank met vergoedende en gerechtelijke interesten;
- terwijl de zaak voor wat het door beide laatstgenoemden meer gevorderde, voor verdere afhandeling naar de bijzondere rol werd verzonden.

3. Het bestreden vonnis van 7 september 1993:

- verklaart het verzet van de Belgische Staat, het Vlaamse Gewest en B. tegen het verstekvonnis van 17 september 1991 gegrond en stelt hen buiten zake;

...

- verklaart het verzet van M. tegen het verstekvonnis van 17 september 1991 ongegrond en legt de kosten daarvan ten hare laste;

- verklaart de vordering van D.B.-D.V. en A.V. tegen de Unie der reddings- en sleepdienst ongegrond en verwijst hen in de desbetreffende kosten;

- verklaart het meer en anders gevorderde ongegrond.

Het aangevochten vonnis is gebaseerd op de wet van 30 augustus 1988 die de aansprakelijkheid van de loods met terugwerkende kracht beperkte tot gevallen waarin deze zich schuldig maakt aan opzet of grove schuld.

De eerste rechter was van oordeel dat de loods weliswaar een met het schadegeval in causaal verband staande fout beging door verkeerde inschatting van de aanlegruimte en manoeuvreermogelijkheden en door niet tijdig vaart te vermindere, maar desondanks niet aansprakelijk was, daar hij niet opzettelijk foutief handelde, terwijl hem geen zware fout kan worden verweten, omdat het door hem gekozen manoeuvre hoe dan ook uitvoerbaar was en hij verrast werd door de traagheid waarmee het schip reageerde op zijn laatste bevel «*halve kracht achteruit*»).

Volgens de eerste rechter is het schadegeval ook te wijten aan de fout van de kapitein, die niet doelmatig tussenkwam bij de uitvoering van het manoeuvre en de loods lijdzaam liet begaan. Omdat het schip luidens de wet van 30 augustus 1988 ook aansprakelijk is voor schade die tijdens beloodsing ervan wordt aangericht en dus niet enkel voor de daden van de kapitein, maar ook voor deze van de loods, oordeelde de eerste rechter dat de rederij M. H. op grond van art. 1384 B.W. tot vergoeding van de volledige schade gehouden was.

4. Nu het Europese Hof voor de Rechten van de Mens bij arrest van 20 november 1995 geoordeeld heeft dat de wet van 30 augustus 1988, in de mate waarin zij betrekking heeft op feiten die zich vóór 17 september 1988 hebben voorgedaan, een schending inhoudt van art. 1 van het Protocol nr. 1 van

de Europese Conventie Voor de Rechten van de Mens, terwijl vast staat dat het bestreden vonnis op grond van die wet werd gewezen en het feiten betreft die zich op 26 juli 1985 hebben voorgedaan, kan enkel worden vastgesteld dat dit vonnis strijdig is met de Europese openbare orde en dienengevolge in geen geval kan worden bekrachtigd.

III. Wat de aansprakelijkheid van loods en kapitein betreft

1. Met de eerste rechter is het Hof van oordeel dat zowel door de kapitein als door de loods fouten werden begaan die in oorzakelijk verband staan met de aangerichte schade.

2. Wat de loods betreft blijkt uit zijn eigen verklaring dat hij in feite de leiding van het schip waarnam en het aanlegmanoeuvre naar eigen inzicht heeft bepaald en uitgevoerd. Volgens de expert heeft de loods gekozen voor een moeilijke manoeuvreersituatie door het schip naar de meerpaal 124-125 te richten en de kaai met een invalshoek van 30 à 35 te naderen, terwijl veiliger kon worden gemanoeuvreerd door het schip naar de meerpaal 128-129 te richten en de invalshoek op die manier tot 10 à 15 te verminderen.

De door de loods voorgestane wijze van manoeuvreren was weilsaar niet onuitvoerbaar, maar uit het deskundigenonderzoek en de daarbij opgetekende verklaringen van kapitein en loods, van roerganger en sleepbootkapiteins en van havendienst- en kaaipersoneel, blijkt zeer duidelijk dat het schadegeval hoofdzakelijk te wijten is:

- aan het feit dat geen gebruik werd gemaakt van de aangeworven sleepboten om bijtijds de vaart uit het schip te halen en het tijdig naar stuurboord te doen uitwijken;
- dat die tekortkoming zelf te wijten is aan het feit dat van bij de aanvang van het manoeuvre (600 à 700 meter vóór de aanlegplaats) geen bevelen meer werden gegeven of geen toezicht werd uitgeoefend op het al dan niet opvolgen van gegeven bevelen.

Het staat vast dat de voordien aan de sleepbootkapiteins gegeven bevelen (losgooiing van de twee aan bakboord varende sleepboten) door de loods werden gegeven en wel, zoals gebruikelijk, in het Nederlands, taal die de Griekse kapitein niet verstond.

Terwijl hij, als feitelijk bestuurder van het schip, in de eigenlijke manoeuvreerfase geen bevelen meer gaf of de uitvoering van gebeurlijk gegeven bevelen niet heeft gecontroleerd en anderzijds uit deskundigenonderzoek vaststaat dat het schip daardoor de kaaimuur aan te hoge snelheid is genaderd en niet bijtijds door de vooraan nog vastgehechte sleepboot naar stuurbootzijde werd getrokken, is de schade wel degelijk aan het foutieve toedoen van de loods te wijten.

3. Het staat ook vast dat de loods bij dit alles de perken van zijn wettelijke opdracht te buiten is gegaan.

Luidens art. 5 van de Loodswet van 3 november 1967 bestaat loodsen immers in het verlenen van *assistentie* aan de kapiteins van zeevaartuigen en treedt de loods op als *raadgever* van de kapitein, terwijl *alleen* deze laatste *meester* is over de *leiding* en de *manoeuvres* van het vaartuig.

Uit die wettelijke bepaling en uit art. 64 van de Zeewet, luidens welk de kapitein bij het in- en uitvaren van havens persoonlijk op het schip aanwezig moet zijn, volgt dat de loods geen bevelen geeft aan de machinisten en aan de roerganger, maar enkel adviezen aan de kapitein.

Terzake staat uit deskundigenonderzoek en uit de eigen verklaring van de loods, alsook uit die van de kapitein, de

sleepbootkapiteins en de roerganger, vast dat de loods zich geenszins beperkt heeft tot raadgeving en tot assistentie van de kapitein, maar in feite het meesterschap over de leiding en over het aanlegmanoeuvre van deze laatste heeft overgenomen. Het is de loods die terzake beslist heeft op welke wijze dit manoeuvre zou uitgevoerd worden en, ter uitzondering van het ultieme, werden alle bevelen door de loods gegeven.

Dat een dergelijke gang van zaken met overschrijding van de wettelijke opdracht zich in de praktijk frequent voordoet, is niet van aard de persoonlijke fout van loods B. en diens verantwoordelijkheid voor het schadegeval af te zwakken.

4. Niettemin staat vast dat het schadegeval ook aan fout van de kapitein is te wijten.

Heeft de kapitein geen gezag over de loods en is deze laatste zijn aangestelde niet, toch heeft beloodsing van het schip niet tot gevolg dat de loods zonder meer in de plaats van de kapitein treedt. Zo en in de mate waarin dit terzake wel het geval was, volgt daar, in strijd met wat scheepseigenaar M. H. beweert, geenszins uit dat de loods «*de kapitein is*».

De kapitein mag de raadgevingen van de loods niet blindelings volgen. Ingevolge de artikelen 5 van de loodswet en 64 van de zeewet mag hij zich niet volledig op de loods verlaten en is hij ertoe gehouden toezicht en controle uit te oefenen op de assistentie die de loods hem verleent. Hij mag de besturing van het schip niet volledig aan de loods overlaten.

Doet hij dat wel en geeft hij het meesterschap over de leiding en het manoeuvre van zijn schip volledig uit handen of laat hij zich dat meesterschap volledig uit handen nemen, dan geschiedt dit op zijn verantwoordelijkheid. Zelfs in geval van reglementair verplichte beloodsing staat het de kapitein vrij de raad van de loods al dan niet op te volgen. De desbetreffende beslissing, ook die tot opvolging van de gegeven raad, neemt de kapitein alweer en steeds op eigen verantwoordelijkheid.

Terzake staat vast dat de kapitein het meesterschap over de leiding van het schip volledig aan loods B. heeft overgelaten en het pas weer tot zich getrokken heeft wanneer de botsing niet meer kon worden vermeden. Uit zijn eigen verklaring blijkt dat hij zich niet vooraf liet informeren omtrent de wijze waarop de loods zinnens was het aanlegmanoeuvre uit te voeren noch omtrent de invalshoek en evenmin omtrent de kracht van de onderscheiden sleepboten en de aan hun kapiteins gegeven onderrichtingen en bevelen.

Ten onrechte gewaagt M. H. van een ernstige handicap m.b.t. de gebruikte taal. Dat B. en de kapitein wel degelijk met elkaar overleg konden plegen in het Engels, blijkt uit het gesprek dat zij volgens de kapitein om 04.46 uur gevoerd hebben. Hoe dan ook blijkt uit zijn eigen verklaring dat de kapitein:

- kennis had van de bevelen die de loods tussen 04.25 uur en 04.42 uur in het Engels heeft gegeven;
- zich rekenschap gaf van het feit dat de achtste sleepboot (De Wandelaar) minder krachtig naar achter trok dan de voorste sleeppost (President Gerling) naar voor trok en derhalve de vaart uit het schip niet haalde;
- besepte dat de sleepboten zijn schip aan te hoge snelheid voorttrokken bij het naderen van de kaaimuur en desondanks geen enkele opmerking aan de loods gemaakt heeft «*I didn't make any remarks to the pilot that the tugs were pulling the vessel too hard when we approached the quay*».

Zo niet kan worden ontkend dat de kapitein in de praktijk de leiding van zijn schip niet zelden aan de loods overlaat, dan blijft dat hij in zo'n situatie ertoe gehouden is het meesterschap over de leiding weer tot zich te trekken wanneer hij vaststelt dat de loods een fout begaat door verkeerde inschatting van de verdragingsmogelijkheden van het schip en door ondoelmatige afremming met behulp van de sleepboten.

In het licht van zijn eigen verklaringen heeft de kapitein te lang gewacht alvorens de leiding van het schip weer tot zich te nemen en aan de loods te onttrekken. Dat de loods niet onder zijn gezag stond en zijn aangestelde niet was, kon en mocht hem niet beletten dit tijdig te doen. De leiding van het schip, die door de loods alleen maar feitelijk en tijdelijk werd uitgeoefend, bleef immers al die tijd in rechte toekomen aan de kapitein. Door het meesterschap opnieuw tot zich te trekken geeft de kapitein aan de loods geen bevelen die deze laatste verplicht is uit te voeren, maar beveelt hij in werkelijkheid aan de bemanning om niet langer aan de loods maar weer aan hemzelf te gehoorzamen.

Vruchteloos werpt de scheepseigenaar op dat de bevelen aan de sleepboten door de loods in het Nederlands werden gegeven. Niets belette immers de kapitein om de loods naar de inhoud van die bevelen te bevragen, wat hij terzake niet gedaan heeft.

Daar hij, ook in geval van verplichte beloodsing, gehouden is persoonlijk en bestendig op het schip aanwezig te zijn, kan aan de stilzwijgende en lijdzame aanwezigheid van de kapitein terzake geen andere betekenis worden gehecht dan van een stilzwijgende instemming en een volledige goedkeuring van de bevelen die door de loods aan de bemanning, de roerganger en de sleepbootkapiteins werden gegeven. De fout die de loods daarbij beging, heeft de kapitein op die wijze tot de zijne gemaakt.

Naar het oordeel van het Hof is de schade dan ook aan samenlopende fouten van loods en kapitein te wijten en hebben die fouten in gelijke mate de schade teweeggebracht. Jegens E. S. derde-schadelijder, zijn loods en kapitein, gelet op hun samenlopende fouten, hoofdelijk aansprakelijk en tot vergoeding van de hele schade gehouden.

IV. Wat de aansprakelijkheid van de scheepseigenaar betreft

Voor de door de kapitein begane fout en hoofdelijk met hem is scheepseigenaar M. H. aansprakelijk op grond van art. 46 § 1, van de Zeewet (vóór de wijziging door de wet van 11 april 1989 luidende als volgt: «Ieder eigenaar van een schip... is burgerlijk aansprakelijk voor de handelingen van den kapitein en staat in voor de verbintenissen, door laatstgenoemde aangegaan in de uitoefening van zijnen dienst»). Gelet op de samenlopende fouten van kapitein en loods is M. H. jegens E. S. hoofdelijk met de loods gehouden tot vergoeding van de volledige door hen geleden schade.

...

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

5e KAMER – 15 FEBRUARI 1999

Voorzitter: de h. Leemans

Raadsheren: de hh. Hulpiau en Embrechts

Openbaar ministerie: de h. De Mot

Advocaten: mrs. Carlier en Hermans

1. Faillissement – Voorwaarden – Handelaar – 2. Rechtskosten – Ten onrechte uitgesproken faillissement – Fout van de gewezen handelaar

1. Een natuurlijke persoon kan niet failliet worden verklaard indien uit de feiten blijkt dat hij in de periode van zes maanden voorafgaand aan de faillietverklaring geen handel meer heeft gedreven.

2. Wanneer een gewezen handelaar een fout heeft begaan die er mede toe geleid heeft dat hij ten onrechte failliet werd verklaard, moet hij zelf de kosten van het faillissement dragen.

K. t/ Faillissement K.

Bij een onderzoek door de Rechtbank van Koophandel van Tongeren werd vastgesteld dat sinds 16 december 1996 ten laste van K. (appellant) voor ruim 40 miljoen diverse beslagen werden gelegd en verstekvonnissen werden uitgesproken. K. werd met een aangetekende brief van 19 november 1997 uitgenodigd om te verschijnen voor de rechtbank van koophandel. Na verslag van het depistage-onderzoek werd appellant bij een vonnis van 29 december 1997 ambtshalve failliet verklaard. Tegen dit vonnis heeft appellant verzet gedaan bij exploitatiedatum op 15 januari 1998.

Appellants hoofdargument is dat hij sedert meer dan zes maanden, voorafgaand aan het faillietverklarend vonnis, geen handelaar meer was, hierbij verwijzend naar de omstandigheid dat hij zijn persoonlijke handel zou hebben overgedragen aan de B.V.B.A. K. M. (die ook op dezelfde dag failliet werd verklaard). Ten gronde betwistte hij weliswaar de staking van betaling en het wankelen van krediet, maar gedroeg zich desbetreffende naar de wijsheid.

De curator zijnerzijds wijst op de bestaande inschrijving in het handelsregister en het behoud van een B.T.W.-nummer en voert een aantal elementen aan (o.m. een beweerde bestelling in eigen naam in juli 1997), waaruit hij afleidt dat appellant in de periode van zes maanden voor de uitspraak van het bestreden vonnis nog handelsdaden had gesteld.

De eerste rechter was van oordeel dat op grond van de door curator aangevoerde elementen bewezen was dat appellant handelaar was in de bedoelde periode en heeft het verzet afgewezen.

Appellant handhaaft zijn vordering tot opheffing van zijn faillietverklaring; hij vraagt tevens te worden gemachtigd om op zijn kosten publicatie te doen van een uittreksel van het terzake uit te spreken arrest in het Belgisch Staatsblad en Het Belang van Limburg of een andere krant van zijn keuze.

De curator vraagt de afwijzing van het hoger beroep. Subsidiair vraagt hij, indien het faillissement zou worden opgeheven, zijn staat te begroten op 75.000 fr. provisioneel, eventueel te verhogen met de kosten van publicatie van de beslissing die het faillissement opheft en appellant te veroordelen tot betaling van dit bedrag.

Overwegende dat het ophouden te betalen en het wankelen van krediet redelijkerwijze niet ter discussie staat en voldoende blijken uit de door geïntimeerde voorgebrachte elementen; dat aldus ter beoordeling van huidig geschil enkel moet worden nagegaan of appellant, van wie het faillissement was uitgesproken onder de destijds geldende faillissementwet, al dan niet handel dreef in de periode van zes maanden voorafgaand aan de faillietverklaring, d.i. in de periode van 29 juni 1997 tot 29 december 1997;

dat niet wordt betwist dat appellant in die periode nog was ingeschreven in het handelsregister en zijn B.T.W.-nummer nog had behouden;

overwegende dat de omstandigheid dat appellant als zelfstandige bleef ingeschreven en zijn bijdrage hiervoor heeft betaald, op zichzelf niet het bewijs levert van enig handel drijven, daar zijn sociaal statuut van zelfstandige als zaakvoerder van een besloten vennootschap behouden is gebleven en hij derhalve gehouden bleef een dergelijke bijdrage te betalen;

overwegende dat uit de aan de curator gerichte brieven die betrekking hebben op schuldvorderingen van schuldeisers in het faillissement van appellant wel kan worden afgeleid dat appellant aan hen schulden heeft, maar niet aantonen dat in genoemde periode appellant handel zou hebben gedreven; dat o.m. de schuldvordering van U. overduidelijk betrekking heeft op prestaties voorafgaand aan genoemde periode;

dat appellant de vennootschap K. M. B.V.B.A. in oktober 1996 heeft opgericht en deze vennootschap, zoals blijkt uit haar briefpapier, de handelsnaam S. die ook K. gebruikte, vanaf december 1996 op haar beurt heeft gebruikt met op haar briefpapier het eigen andere B.T.W.- en handelsregisternummer; dat uit de overgelegde gedetailleerde boekhoudkundige stukken blijkt dat appellant zijn hele handelszaak aan de genoemde K. M. B.V.B.A. heeft overgedragen en, consequent hiermee, de vereiste overboekingen heeft uitgevoerd; dat de kennisgeving in november-december 1996 aan de cliëntèle voldoende duidelijk maakte dat S. in een nieuwe juridische vorm, nl. in de vorm (en onder de naam) van een K. M. B.V.B.A. zou handelen; dat een aantal facturen gericht aan S. in de bedoelde periode dan ook geenszins de stelling ondersteunt dat appellant dan handel zou hebben gedreven; dat het stuk 11 van geïntimeerde een verklaring inhoudt, gedateerd op 10 juli 1997, op briefpapier van de vennootschap waarin K. erkent op die dag een bedrag te hebben ontvangen voor leveringen en zich verbond die leveringen uit te voeren; dat desbetreffend wordt vastgesteld dat het vonnis dat K. M. B.V.B.A. failliet verklaarde o.m. vermeldt als motivering voor het vaststellen van het ophouden van betalen ten aanzien van deze vennootschap, dat deze vennootschap op verzoek van de schuldeiser van deze verbintenis (C. E.) werd veroordeeld tot uitvoering van de hierin opgenomen verbintenis; dat, aangezien de schuldeiser van de verbintenis zelf van oordeel was dat de vennootschap (K. M.) schuldenaar was, er geen reden toe bestaat hieruit af te leiden dat appellant zelf in persoonlijke naam deze handelsverbintenis op zich zou hebben genomen;

dat de omstandigheid dat appellant in augustus 1997 als huurder akkoord is gegaan om een wijziging aan te brengen in een vroeger (in januari 1996) aangegane handelshuur, nl. die waarbij de bestemming van het gehuurde goed wordt gewijzigd van winkelruimte in kantoorruimte, evenmin aantoonst dat na het overdragen van zijn handelszaak appellant nog handel zou hebben gedreven; dat een eventuele beweerde vermenging van vermogens op zichzelf evenmin ten genoegen van recht aantoonst dat appellant in die periode handel zou hebben gedreven; dat het behoud van een B.T.W.-nummer na de overdracht van de handelszaak gewenst is voor de bewerkingen van afsluiting van de handelszaak; dat een natuurlijke persoon handelaar niet, zoals een vennoot-

schap-rechtspersoon, gehouden is aan het handelsregister mee te delen dat hij zijn handelszaak vereffent;

dat, aangezien uit het geheel van de voorgelegde elementen is gebleken dat appellant in de bedoelde periode van zes maanden voorafgaand aan het vonnis van 29 december 1997 geen handel heeft gedreven, hij niet in staat van faillissement had mogen worden verklaard;

Overwegende dat, zoals hierboven vermeld, appellant zijn handelsregister heeft behouden; dat hij geen adequate antwoorden heeft verstrekt wanneer hij door de depistage-commissie werd opgeroepen; dat derhalve hij fout draagt dat lastens hem het faillissement werd uitgesproken; dat hieruit volgt dat hij de kosten van het faillissement zelf zal moeten dragen.

BURGERLIJKE RECHTBANK TE BRUGGE

10e KAMER – 12 DECEMBER 1997

Voorzitter: mevr. Van de Putte

Rechters: de h. Van Hove en mevr. Devisscher

Pacht – Pachtoverdracht – Onrechtmatig – Ontbinding van de pachtovereenkomst – Vereiste van schade voor de verpachter

Om de pachtovereenkomst wegens een onrechtmatige pachtoverdracht te kunnen ontbinden, is het niet voldoende het bewijs van de wanprestatie te leveren. Er zal eveneens moeten worden onderzocht of de niet-naleving van de pachtersverplichtingen schade heeft veroorzaakt aan de verpachters. Te dezen leidt de rechtbank deze schade af uit de niet-tijdige betaling van de pachtprijs, uit de noodzaak van een meer nauwlettende en meer doorgedreven controle op de uitbating van het pachtgoed door de pachtovernemer, alsmede uit de onzekerheid nopens de verkoopbaarheid van het pachtgoed.

B. t/ L.

I. Procedure

Het dossier dat aan deze rechtbank wordt overgelegd, bevat de rechtsplegingsdossiers met een voor eensluidend verklaard afschrift van het bestreden vonnis op tegenspraak tussen partijen gewezen door de vrederechter van het kanton Torhout op 15 oktober 1996; een gemotiveerd verzoekschrift tot hoger beroep tegen voormeld vonnis door appellanten neergelegd op 12 november 1996 ter griffie van de rechtbank alhier.

...

II. Bijzonderste gegevens van de zaak

1. Op basis van de grieven als geformuleerd in het inleidend verzoekschrift tot hoger beroep, die hier als herhaald worden beschouwd en bij de beoordeling nader zullen worden ontmoet, wordt hoger beroep aangetekend tegen voormeld vonnis, waarin de eerste rechter, op basis van de door hem aangenomen motieven die hier eveneens als herhaald worden beschouwd, de oorspronkelijke vordering ontvankelijk en deels gegrond verklaarde in navolgende mate:

– Hij zegde voor recht dat de tussen partijen bestaande pachtovereenkomst met betrekking tot het pachtgoed gelegen te Diksmuide (...), ontbonden is ten laste van de oorspronke-

lijke verweerders (thans appellanten) met ingang van 6 februari 1996.

– Hij beval de oorspronkelijke verweerders voormeld pachtgoed te ontruimen en ter vrije en volle beschikking te stellen van de oorspronkelijke eisers, binnen de maand na betekening van het vonnis *a quo*.

– Hij veroordeelde de oorspronkelijke verweerders *in solidum* tot betaling van de oorspronkelijke eisers van een bezettingsvergoeding van 200 frank per dag vanaf de datum van ontbinding tot de dag der effectieve ontruiming alsmede tot betaling van een schadevergoeding van 150.000 frank, vermeerderd met de gerechtelijke interesten vanaf dagvaarding tot de dag van de volledige betaling, tevens vermeerderd met de gedingkosten.

– Hij wees het meergevorderde af als ongegrond en verklaarde het bestreden vonnis uitvoerbaar bij voorraad, niet-tegenstaande elke voorziening en zonder borgstelling.

In hun beroepsakte vorderen appellanten de vernietiging van het vonnis *a quo*, en opnieuw rechtdoende, in hoofdorde de afwijzing van de oorspronkelijke vordering als ongegrond met veroordeling van geïntimeerden tot de gedingkosten van beide aanleggen; subsidiair de aanstelling van een deskundige met de opdracht na te gaan of de litigieuze pachtgoederen volgens de regels van de kunst worden geëxploiteerd.

III. Beoordeling

1. Vooraf

Wat betreft de feitelijke voorgaanden evenals de standpunten van de partijen in de eerste aanlegprocedure kan worden verwezen naar het vonnis *a quo*, waarin dit alles duidelijk werd uiteengezet. De argumentatie van partijen is ten andere ook grotendeels gelijk gebleven, zowel in rechte als in feite, met dien verstande evenwel dat, hoewel het hoger beroep strekt tot de afwijzing van de oorspronkelijke vordering, de grieven van appellanten beperkt zijn tot die overwegingen van de eerste rechter waarin deze besloot tot de aanwezigheid van schade voor de verpachters, voorwaarde om tot pachtontbinding op grond van art. 29 van de Pachtwet te kunnen besluiten. Appellanten verzetten zich derhalve niet tegen de overwegingen van de eerste rechter op grond waarvan hij besluit tot een onrechtmatige pachtoverdracht in strijd met art. 30 van de Pachtwet en art. 7 van de pachtovereenkomst, nu deze gebeurde middels inbreng in de N.V. B. zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de verpachters, noch in zoverre deze verder overwoog dat een dergelijke pachtoverdracht als een miskennis van de pachtersverplichtingen moet worden aangemerkt, welke aanleiding kan geven tot pachtontbinding. M.a.w. appellanten verzetten zich kennelijk niet (meer) tegen de toepasbaarheid van art. 29 van de Pachtwet maar betwisten enkel de voorwaarde van het bestaan van schade bij geïntimeerden.

...

3. Vordering in pachtontbinding:

In het raam van hun incidenteel hoger beroep blijven geïntimeerden zich in hoofdorde verder beroepen op de artikelen 1184 en 1741 B.W. als rechtsgrond voor de door hen gevorderde pachtontbinding om aldus te besluiten dat het reeds voldoende zou zijn de wanprestatie in te roepen om de ont-

binding van de pachtovereenkomst te rechtvaardigen, zonder dat het bewijs van schade zou moeten worden geleverd.

Daar geïntimeerden zich nochtans van bij de aanvang hebben gebaseerd op de onrechtmatige pachtoverdracht, kan art. 1741 B.W. alleen geen afdoende rechtsgrond bieden om de pachtontbinding te verkrijgen. Het Hof van Cassatie heeft reeds diverse malen bevestigd dat een pachter, die in strijd met art. 30 van de Pachtwet zijn pacht geheel of ten dele overdraagt aan anderen, zonder schriftelijke en voorafgaande toestemming van de verpachter of die in strijd met art. 34 van de Pachtwet aan de echtgenoot van één van zijn afstammelingen, zonder toestemming van de verpachter, zijn pacht enkel ten dele en niet geheel overdraagt, een bepaling van de Pachtwet niet nakomt en zich in het bijzonder schuldig maakt aan een overtreding van art. 29 van de Pachtwet (zie Cass., 23 december 1988, *R.W.*, 1988-89, 1087; Cass., 11 oktober 1991, *R.W.*, 1991-2, 623; Cass., 15 april 1993, *R.W.*, 1993-94, 339; *T.P.R.* 1997, p. 959, nr. 504). Het Hof overweegt telkenmale verder dat uit het gebruik in art. 29 van de Pachtwet van de bewoordingen «daardoor schade ontstaat voor de verpachter» en «naar gelang van de omstandigheden», alsmede uit de verplichting van de pachter tot vergoeding van die schade «in geval van ontbinding door (zijn) schuld», moet worden afgeleid dat het de bedoeling van de wetgever is geweest dat de feitenrechter oordeelt of de niet-uitvoering van de pachtovereenkomst ernstig genoeg is om ontbinding uit te spreken en dat het ernstige karakter van de niet-uitvoering dient te worden beoordeeld op grond van het al dan niet bestaan van schade aan de zijde van de verpachter. Voorts neemt het Hof aan dat die regel niet afwijkt van art. 1741 B.W. en dat door de ontbinding van de pacht uit te spreken, zonder na te gaan of de verpachter schade heeft geleden, het vonnis art. 29 van de Pachtwet en art. 1741 B.W. heeft geschonden. Het is derhalve niet voldoende zoals geïntimeerden in hoofdorde beweren, enkel het bewijs van de wanprestatie te leveren (art. 1741 B.W.); er zal eveneens moeten worden onderzocht of de niet-naleving van de pachtersverplichtingen, *in casu* de onrechtmatige pachtoverdracht, schade heeft veroorzaakt aan de verpachters.

Zoals hierboven reeds vermeld hebben geïntimeerden zich subsidiair eveneens op art. 29 van de Pachtwet beroepen. In dit verband dient te worden verwezen naar hetgeen hierboven in (1) werd uiteengezet, meer bepaald waarin reeds werd vastgesteld dat door appellanten kennelijk niet (meer) wordt betwist dat er inderdaad een onrechtmatige pachtoverdracht aan de N.V. B. heeft plaatsgevonden en dit als een dusdanige contractuele wanprestatie te beschouwen is die van aard is de pachtontbinding te rechtvaardigen.

Bijkomende voorwaarde is evenwel het bestaan van een schade voor geïntimeerden als verpachters. Geïntimeerden beroepen zich hierbij op volgende schade-elementen: niet-tijdige of niet-betaling van de pacht; vereiste van meer doorgedreven controle door de bezetting door de N.V. of B.V.B.A. B.; onzekerheid en verwarring bij potentiële kopers, waardoor deze afzagen van de aankoop van het pachtgoed.

De eerste rechter wees de niet-tijdige betaling van de pacht-prijs vervallen op 1 oktober 1995 (pas betaald op 11 juni 1996 en dan nog door N.V. B.) af als schade-element, omdat deze niet-tijdige betaling in werkelijkheid voortvloeide uit het feit dat geïntimeerden weigerden de N.V. B. als hun pachter-overneemster te beschouwen en zodoende weigerden de pacht-prijs in ontvangst te nemen. Uiteindelijk hebben zij

deze betalingen verricht via twee postwissels ten bedrage van 50.000 frank en 5.270 frank toch aanvaard, maar enkel onder voorbehoud en ter ontlasting van appellanten persoonlijk, met toepassing van art. 1326, tweede lid B.W. Aangezien ook interessen werden medebetaald, beschouwde de eerste rechter dit niet als schade.

Sedert het in beraad nemen van de zaak door de eerste rechter hebben geïntimeerden evenwel moeten vaststellen dat de pachtprijs vervallen per 1 oktober 1996 andermaal niet werd betaald. Hoewel de rechtbank ditmaal geen kennis heeft van enige navolgende betaling van de pachtprijs, blijkt hieruit dan toch dat de pachtbetalingen zeker moeizaam verlopen en geïntimeerden niet kunnen rekenen op correcte en stipte betalingen, wat op zichzelf een schadelement is.

De eerste rechter volgde terecht het standpunt van geïntimeerden waarin zij beweerden dat hen een vennootschap werd opgedrongen waarvan zij noch de uitbatingsmogelijkheden noch de financiële draagkracht kenden, waardoor zij genoodzaakt zijn tot een meer nauwlettende en meer doorgedreven controle op de uitbating van het pachtgoed en de personen die deze uitbating daadwerkelijk waarnemen. Dit is *in casu* des te meer het geval, aangezien op het adres (...) te Koekelare maar liefst drie vennootschappen met gelijkaardige benamingen en maatschappelijke doeleinden hun maatschappelijke zetel hebben, nl. de N.V. B., opgericht bij notariële akte van 16 februari 1990, en aan wie de pacht-overdracht zou gebeurd zijn, de B.V.B.A. Geert B., opgericht bij notariële akte van 5 februari 1993 en de B.V.B.A. B. Gebroeders, opgericht bij notariële akte van 31 februari 1995. Nu de drie vennootschappen rechtstreeks betrokken zijn bij de landbouw, zal het dan ook steeds moeilijk uit te maken zijn door welke rechtspersoon het pachtgoed zal worden uitgebaat, wat de controle op de uitbating door geïntimeerden nog meer bemoeilijkt. Opmerkelijk is trouwens dat appellanten in hun beroepsakte stellen dat zij hun landbouwbedrijf exploiteren onder de naam B.V.B.A. B., terwijl zij steeds hebben beweerd, ook in briefwisseling n.a.v. de aanbidding van het recht van voorkoop, hun pachtrechten te hebben ingebracht in de N.V. B. Niet enkel bewijst dit dat verwarring zeker tot de mogelijkheden behoort, kennelijk reeds bij appellanten zelf, laat staan voor geïntimeerden als verpachters, maar bovendien toont dit eveneens aan dat een permanente uitbating door de N.V. B. zeker niet wordt gegarandeerd, gelet op het bestaan van de drie vennootschappen en hun onderscheiden maatschappelijke doeleinden die elkaar zeker ten dele overlappen. De noodzaak tot bijkomende meer diepgaande controle, die er ongetwijfeld zal zijn, zal zeker tot bijkomende kosten nopen, zodat dit als schade-element in rekening moet worden gebracht.

Voorts overwoog de eerste rechter terecht dat de pacht-overdracht heeft geleid tot onzekerheid nopens de verkoopbaarheid van het pachtgoed. Deze onzekerheid is niet enkel hypothetisch, maar blijkt uit de feitelijke gegevens zelf, meer bepaald het feit dat de aanstaande kopers van het pachtgoed nl. de echtgenoten Guido D. en Vera D., aan wie het pachtgoed reeds was verkocht bij overeenkomst van 18 augustus 1995 weliswaar onder opschortende voorwaarde van niet-uitoefening van het recht van voorkoop door de pachters, uiteindelijk van deze aankoop hebben afgezien, welke beslissing zij bij brief van 5 oktober 1995 gericht aan notaris Pierre Maere te Diksmuide als volgt motiveerden: «Uit de

brief van de heer (...) en na ons laatste gesprek met U moet ik opmaken dat het niet duidelijk is wie nu pachter is van de landbouwgrond en aan wie het recht van voorkoop moet worden aangeboden. Wij wensen niet het slachtoffer te worden van deze miserie en zien af van aankoop wegens deze onduidelijkheden. U begrijpt ook dat, wanneer wij wensen op te zeggen voor eigen gebruik, wij minstens moeten weten aan wie dit moet gedaan worden, anders moet er weer jarenlang worden geprocedeerd en kan de landbouwgrond zolang niet gebruikt worden...». Het is duidelijk dat, aangezien de aanstaande kopers van de koop afzagen, geïntimeerden hierdoor schade hebben geleden. De overeengekomen koopprijs bedroeg immers méér dan drie miljoen frank, wat ongetwijfeld als belegging een grotere opbrengst had opgeleverd dan de jaarlijkse pachtprijs.

Appellanten van hun kant menen het bestaan van voormelde schadeposten te weerleggen door te verwijzen naar het voorrecht van de verpachter vervat in art. 20 Hypotheekwet, naar de hoofdelijkheid tussen overlater en overnemer, als bepaald in art. 34, tweede lid, van de Pachtwet, en door aan te voeren dat zij de exploitatie van het pachtgrond nooit hebben gestaakt.

Geen van deze argumenten kan even worden aangenomen.

In de eerste plaats merken geïntimeerden terecht op dat, gelet op de complexiteit van de diverse vennootschappen, het steeds moeilijk zal zijn met zekerheid te achterhalen wie nu de eigenlijke exploitant van het pachtgoed is, welke problematiek zeker niet denkbeeldig is, gelet juist op de handelswijze van appellanten, die reeds in het verleden hun pachtrechten overlieten via inbreng in één van hun vennootschappen, zonder geïntimeerden als verpachters hiervan op een ordentelijke manier in kennis te brengen. Dit voorrecht zal dus zeker niet volstaan om iedere schade te neutraliseren, des te meer daar dit voorrecht, vervat in art. 20, 1°, Hypotheekwet, enkel betrekking heeft op de pachtgelden, en de schadeposten uiteraard veel omvangrijker zijn.

De hoofdelijkheid als vastgesteld in art. 34, tweede lid, van de Pachtwet is al evenmin doorslaggevend, aangezien dit enkel kan gelden ingeval van een regelmatige pachtoverdracht, welke *in casu* niet voorhanden is. Bovendien zou ook deze hoofdelijkheid onvoldoende zijn om de volledige schade te dekken, omdat deze zeker niet zou kunnen worden ingeroepen ter compensatie van gedeerde winsten ingevolge het niet doorgaan met de geplande verkoop aan derden en evenmin ter compensatie van de bijkomende kosten noodzakelijk om een meer diepgaande controle op de uitbating mogelijk te maken.

Dat appellanten ten slotte het pachtgoed verder zouden hebben geëxploiteerd, is zeker onjuist en wordt tegengesproken door de brief van hun voormalige raadsman van 13 september 1995 als antwoord op het aangeboden voorkooprecht.

Daar het bestaan van schade bij geïntimeerden aldus genoegzaam bewezen wordt, ging de eerste rechter aldus terecht in op de vordering tot pachtontbinding ten laste van appellanten.

...

POLITIERECHTBANK TE TURNHOUT

3e KAMER – 3 JUNI 1999

Rechter: de h. Draulans

Advocaten: mrs. Devos, Pante loco Sol en Luyten

Verzekering – Motorrijtuigen – Bestuurder – Uitsluiting van het recht op vergoeding voor lichamelijke schade – Bewijslast – Onverschoonbare fout – Risicoaanvaarding

Aangezien art. 29bis, W.A.M.-wet een uitzondering vormt op de algemene regel dat elk slachtoffer van een verkeersongeval voor zijn lichamelijke schade dient te worden vergoed, dient degene die de exceptie inroept, hiervan ook het bewijs te leveren. Aldus dient de verzekeraar te dezen te bewijzen wie van beide slachtoffers bestuurder was van het betrokken voertuig.

Noch het feit mee te rijden met een dronken bestuurder, noch het feit van het niet-dragen van de veiligheidsgordel doet af aan de verplichting van de verzekeraar om overeenkomstig art. 29bis W.A.M.-wet schade voortvloeiend uit lichamelijk letsel te vergoeden.

H. t/ N.V. K.-V. en V.

Overwegende dat in de zaak gekend onder A.R. 97/752 de heer H. van N.V. K.-Verzekeringen een schadevergoeding vordert van 500.000 fr., met aanstelling van een geneesheer-deskundige en te vermeerderen met interesten en kosten voor schade die hij leed ingevolge een verkeersongeval dat op 16 december 1995 gebeurde te Laakdal;

Dat in de zaak gekend onder A.R. 97/820 voor schade die zij ingevolge ditzelfde ongeval leden van de heer H. en N.V. K.-Verzekeringen een schadevergoeding wordt gevorderd van 5.000.000 fr. provisioneel door de heer J. V. en van 1.000.000 fr. provisioneel door de heer en mevrouw V.-T., beide bedragen te vermeerderen met interesten en kosten; dat zij tevens de aanstelling van een geneesheer-deskundigen vorderen;

Overwegende dat de zaken gekend onder A.R. 97/752 en A.R. 97/820 betrekking hebben op hetzelfde ongeval zodat, overeenkomstig art. 30 Ger. W., het passend voorkomt deze te voegen;

Dat de heer H. zijn vordering tegen N.V. K.-Verzekeringen uitbreidde tot de heer J. V.;

Dat N.V. K.-Verzekeringen voorbehoud vraagt om regres uit te oefenen tegen de heer J. V. of tegen de heer J. H.

Overwegende dat de vorderingen ontvankelijk voorkomen.

Feiten

Op 16 december 1995 omstreeks 7.20 uur gebeurde er een zeer zwaar verkeersongeval te Laakdal doordat een personenwagen in Veerledorp inreed op twee benzinepompen.

In dit voertuig zaten twee personen, de heer J. H. en de heer J. V., die beiden de hele nacht op vermaakuitstap waren geweest;

Beiden werden door de klap van de aanrijding uit het voertuig geslingerd en werden ernstig gekwetst;

Het wordt niet betwist dat het ongeval uitsluitend werd veroorzaakt door een fout van de bestuurder van de personenwagen;

Wel bestaat er betwisting wie van beide betrokken personen, de heer H. of de heer V., op het ogenblik van de aanrijding deze personenwagen bestuurde;

In rechte

Overwegende dat in eerste instantie dient te worden onderzocht of het mogelijk is vast te stellen wie op het ogenblik van het ongeval het voertuig dat betrokken was in het ongeval bestuurde;

De heer V. stelt dat uit de voorhanden zijnde gegevens blijkt dat de heer H. zou hebben gereden, terwijl de heer H. stelt dat de heer V. zou hebben gereden;

N.V. K.-Verzekeringen voert aan dat niet kan worden achterhaald wie van de beiden het voertuig op het ogenblik van de aanrijding bestuurde;

Na het ongeval werd er een strafdossier opgesteld door de rijkswacht te Turnhout;

Er waren geen getuigen van het ongeval;

Beide betrokkenen zeggen zich niet meer te herinneren wie op het ogenblik van het ongeval met het voertuig reed;

Gezien de ernst van de aanrijding en de door de betrokkenen opgelopen kwetsuren, alsmede het feit dat vaststaat dat beiden de hele nacht op vermaakuitstap waren geweest en niet wordt ontkend dat zij hierbij veel alcoholische dranken hadden gedronken, kan worden aangenomen dat inderdaad noch de heer V. noch de heer H. weten wie er bestuurder was;

De heer V., die zeer ernstig werd gekwetst (dwarslaesie, hersenschudding, sleutelbeenbreuk, ernstige snijwonden aan rechteroer) verklaarde dat hij zich tot vier dagen na het ongeval niets meer herinnerde en de heer H. erkende uitdrukkelijk dat hij te dronken was om nog te weten wie het voertuig bestuurde;

Het voertuig behoorde toe aan de heer H. en de heer V. beschikte over geen rijbewijs;

Uit deze elementen kan, ook niet op grond van vermoedens, worden afgeleid dat de heer H. het voertuig bestuurde;

Uit ondervraging van personen die voordien in het gezelschap van de betrokkenen waren blijkt immers dat de heer H. eerder op de avond andere personen met zijn voertuig had laten rijden en zelfs de heer J. V., hoewel deze dus geen rijbewijs bezat, met de wagen had gereden;

De verbalisanten duiden de heer H. wel aan als vermoedelijke bestuurder, maar het blijkt niet dat zij zich voor hun «vermoeden» op andere elementen baseerden dan het feit dat deze eigenaar van de wagen was;

Uit de ligplaats van de betrokkenen na het ongeval kan evenmin worden afgeleid welke plaats dezen in het voertuig hadden ingenomen, aangezien het voertuig door het ongeval minstens een halve draai heeft gemaakt en na het ongeval met de voorzijde in de richting van Diest stond gekeerd, zijnde de richting van waaruit het voertuig aanvankelijk kwam gereden;

Dat de twee inzittenden, die vermoedelijk ook geen gordel droegen, in twee verschillende richtingen werden gekatapulteerd, maar gelet op de draaibeweging van de wagen, de oorspronkelijke positie van de betrokkenen niet met zekerheid kan worden bepaald;

Uit de kwetsuren kan ook de oorspronkelijke positie van de heer V. of de heer H. niet worden afgeleid, aangezien beiden door de voorruit uit de wagen werden geslingerd en de kwetsuren eveneens kunnen veroorzaakt zijn door het neerkomen op het wegdek;

Na het ongeval werd het voertuig, op verzoek van A.V. (thans K.V.), onderzocht door een zekere heer De K., zijnde een detective;

Blijkbaar was de heer H. van oordeel dat het om een technisch raadsman van zijn verzekeraar ging;

Er wordt nergens gesteld dat de heer De K. aan de betrokkenen zou hebben gemeld dat hij geen technisch raadsman was;

De heer H. stelt dat hem na het onderzoek van de heer De K. was gezegd dat hij het wrak niet langer meer beschikbaar diende te houden;

Het staat alleszins vast dat de heer H. *de facto* het wrak niet stiekem heeft weggemaakt en er voor de belanghebbenden wel degelijk de mogelijkheid was om, eventueel via de rechtbank, een autodeskundige te laten aanstellen om te onderzoeken of het mogelijk was na te gaan wie de bestuurder was;

Dat de heer De K. tot de slotsom kwam dat hij geen uitsluitel kon geven wie bestuurder was op het ogenblik van het ongeval en een gespecialiseerd onderzoek noodzakelijk was;

Dat A.-V. (thans K.-V.), die toch ook wel belanghebbende partij was en als verzekeringsmaatschappij toch wel ervaring heeft met de afwikkeling van schadegevallen evenwel geen verdere stappen ondernam om op het ogenblik dat het wrak nog beschikbaar was een autodeskundige met een onderzoek te belasten;

Thans is het wrak niet meer voorhanden en komt de aanstelling van een autodeskundige of een college van deskundigen niet meer nuttig voor;

Gelet op de bovenvermelde elementen wordt, ook niet door middel van gewichtige, bepaalde en met elkaar overeenstemmende vermoedens, afdoende bewezen dat hetzij de heer V., hetzij de heer H. op het ogenblik van het ongeval de betrokken wagen bestuurde;

De vordering van de heer H. tegen de heer V. dient dan ook ongegrond te worden verklaard, alsook de vorderingen van de heer J. V. en de heer en mevrouw V. gesteld tegen de heer H.

Vorderingen tegen N.V. K.-V.

a. vordering op basis van art. 3 W.A.M.-wet

Overwegende dat zowel de heer H. als de heer V. stellen dat wanneer niet kan worden uitgemaakt wie op het ogenblik van het ongeval de bestuurder van het ongeval was, N.V. K.-V. hen beiden dient te vergoeden, aangezien volgens art. 3 van de W.A.M.-wet de verzekeraar de benadeelden ingeval van burgerrechtelijke aansprakelijkheid van de bestuurder dient te vergoeden;

Dat wordt gesteld dat de burgerrechtelijke aansprakelijkheid van de bestuurder, hoewel deze nominatim niet is gekend, vaststaat en N.V. K.-V. niet bewijst wie van beiden van dekking uitgesloten is doordat hij bestuurder was van het verzekerde voertuig (art. 4 W.A.M.-Wet);

Dat de heer H. en de heer V. evenwel geen rekening houden met de bepalingen van art. 3, tweede lid van de W.A.M.-Wet;

Dat aldaar wordt gesteld: «de verzekering moet de schade omvatten welke aan personen en aan goederen wordt toegebracht... Hierin is begrepen de schade toegebracht aan personen die, onder welke titel ook, worden vervoerd door het verzekerde motorrijtuig»;

Overwegende dat de bestuurder van het motorrijtuig dat de schade heeft veroorzaakt niet mede kan worden begrepen onder «de personen die, onder welke titel ook, worden vervoerd», wier schade door de verzekering moet worden gedekt;

Dat de heer V., noch de heer H. bewijzen dat zij «een vervoerde persoon» betroffen, zodat hun vordering op grond van art. 3 van de W.A.M.-wet ongegrond voorkomt (cfr. analoge zaak Hof Luik, 18 november 1991, *R.G.A.R.*, 1995, nr. 12410, die verbroken werd door een arrest van het Hof van Cassatie van 22 juni 1995, *Arr.Cass.*, 1995, nr. 321 na vraag tot uitleg aan Benelux-Gerechtshof (Cass., 6 mei 1993, *Arr.Cass.*, 1993, nr. 223 en Benelux Hof 8 december 1994, *Benelux Jur.*, 1994, 92, met conclusie van advocaat-generaal B. Janssens de Bisthoven);

b. vordering op basis van art. 29bis van de W.A.M.-Wet

Overwegende dat art. 29bis, § 1, van de W.A.M.-Wet bepaalt: «Bij een verkeersongeval waarbij een motorrijtuig betrokken is, wordt, met uitzondering van de stoffelijke schade, alle schade veroorzaakt aan elk slachtoffer of zijn rechthebbers en voortvloeiend uit lichamelijke letsels of het overlijden, vergoed door de verzekeraar die de aansprakelijkheid dekt van de eigenaar, de bestuurder of de houder van het motorrijtuig overeenkomstig deze wet».

§ 2 van dit artikel bepaalt: «De bestuurder van een motorrijtuig en zijn rechthebbers kunnen zich niet beroepen op de bepalingen van dit artikel».

Dat vaststaat dat de wagen verzekerd door N.V. K.-V. in het ongeval betrokken was;

Dat volgens het Groot Woordenboek der Nederlandse taal (Van Dale) een slachtoffer is: «iemand die door de gevolgen van bepaalde handelingen of gebeurtenissen zwaar wordt getroffen»;

Dat zowel de heer H. als de heer V. door het ongeval zwaar werden getroffen, zodat zij beiden slachtoffer zijn van een verkeersongeval waarbij een motorvoertuig werd betrokken en hun schade voortvloeiend uit hun lichamelijke letsels dient te worden vergoed door de verzekeraar van de eigenaar, bestuurder of houder van het motorrijtuig;

Dat er geen betwisting kan over bestaan dat N.V. K.-V. de verzekeraar is van de eigenaar en de bestuurder, hoewel deze niet met naam is gekend, van het motorrijtuig;

Overwegende dat N.V. K.-V. verwijst naar § 2 van art. 29bis en stelt dat de bestuurder zich niet kan beroepen op de bepalingen van art. 29bis, § 1, van de W.A.M.-wet, zonder dat zij evenwel aanduidt of bewijst wie de bestuurder was;

Dat in zoverre art. 29bis, § 2, van de W.A.M.-Wet een uitzondering betreft op de algemene regel dat elk slachtoffer van een verkeersongeval voor zijn lichamelijke schade dient te worden vergoed, diegene die deze exceptie inroept, hiervan ook het bewijs dient te leveren (art. 1315 B.W.);

Dat het aldus aan N.V. K.-V. is om te bewijzen wie van beiden, de heer V. of de heer H. bestuurder was van het betrokken voertuig;

Dat N.V. K.-V. in conclusie zelf stelt dat het onduidelijk is wie van beiden bestuurder was, zodat zij niet afdoende bewijst dat de heer H. dan wel de heer V. zich niet kan beroepen op art. 29bis, § 1, van de W.A.M.-Wet en N.V. K.-V. in principe dan ook gehouden is om van beiden de schade voortvloeiend uit de opgelopen lichamelijke letsels te vergoeden;

Onverschoonbare fout

Overwegende dat N.V. K.-V. stelt dat, indien zij passagier waren, de heer V., zowel als de heer H. een onverschoonbare fout zouden hebben begaan;

Dat kan worden gesteld dat wie er ook bestuurder was, hetzij de heer V., die niet over een rijbewijs beschikte, hetzij de heer H., die zelf zegt dat hij zeer dronken was, de passagier alleszins een zware fout begin door plaats te nemen naast de betrokken bestuurder;

Dat evenwel volgens de bepalingen van de wet enkel slachtoffers die een onverschoonbare fout begaan die de enige oorzaak van het ongeval was, zich niet kunnen beroepen op art. 29bis, § 1, van de W.A.M.-wet;

Dat het plaatsnemen in een voertuig dat wordt bestuurd door een bestuurder die niet (meer) bekwaam is om te rijden op zichzelf niet de oorzaak en zeker niet de enige oorzaak was van het ongeval, maar dit ongeval ook werd veroorzaakt door de rijwijze van de bestuurder zelf;

Dat *in casu* aldus niet is voldaan aan de voorwaarde om de slachtoffers uit te sluiten van vergoeding voor hun schade voortvloeiend uit de opgelopen lichamelijke letsels;

Risico-aanvaarding

Overwegende dat kan worden aangenomen dat wie er ook bestuurder was, de andere persoon door mee te rijden diende te beseffen dat er een ernstig risico bestond om in een ongeval te worden betrokken;

Dat dit evenwel niets afdoet aan de verplichting voor de verzekeraar om overeenkomstig art. 29bis van de W.A.M.-wet aan de slachtoffers de schade voortvloeiend uit de opgelopen lichamelijke letsels te vergoeden;

Dat het feit of de schade van de slachtoffers al dan niet werd beïnvloed door het feit dat zij hun veiligheidsgordel niet droegen evenmin invloed heeft op de omvang van de vergoedingsplicht van N.V. K.-V.;

Recht op regres

Overwegende dat N.V. K.-V. niet bewijst wie bestuurder was op het ogenblik van het ongeval, zodat de gestelde regresvordering ongegrond dient te worden verklaard;

Dat bovendien de N.V. K.-V. de verplichting opgelegd door art. 88, tweede lid, van de wet op de landverzekeringsovereenkomst (tijdsge kennisgeving van de intentie om verhaal uit te oefenen) niet heeft nageleefd, zodat haar recht hierop is komen te vervallen;

Besluit

Gelet op hetgeen hierboven is geregeld, is N.V. K.-V. er toe gehouden om de schade te vergoeden die voortvloeit uit de bij het ongeval van 16 december 1995 opgelopen letsels, zowel die van de heer H. als die van de heer J.V.;

...

NOOT – *Bewijslast van de hoedanigheid van bestuurder in de zin van art. 29bis W.A.M.-wet*

In de betrokken zaak kon noch uit de omstandigheden van het ongeval, noch uit de verwondingen, noch uit enig ander element met zekerheid worden afgeleid wie op het ogenblik van het ongeval bestuurder of passagier was van het motorrijtuig. In deze omstandigheden rijst het probleem van de toepasselijkheid van regeling van art. 29bis W.A.M.-wet en in het bijzonder de vraag op wie de bewijslast rust van de hoedanigheid van bestuurder. Deze vraag is bijzonder rele-

vant, omdat art. 29bis W.A.M.-wet de vergoeding regelt van de lichamelijke schade van alle slachtoffers van verkeersongevallen, maar de bestuurder en zijn rechthebbenden uitdrukkelijk van het toepassingsgebied van deze regeling uitsluit.

In casu oordeelt de rechter dat, aangezien art. 29bis, § 2, W.A.M.-wet een exceptie betreft op de algemene regel dat elk slachtoffer van een verkeersongeval voor zijn lichamelijke schade dient te worden vergoed, diegene die de exceptie inroept, zijnde de verzekeraar, hiervan het bewijs moet leveren. Daar de verzekeraar *in casu* volgens de rechter niet bewijst wie van beide slachtoffers de bestuurder was van het betrokken voertuig, is hij dientengevolge gehouden om de schade van beiden te vergoeden (zie voor gelijkaardige rechterlijke beslissingen betreffende het begrip «bestuurder» in de zin van art. 3 W.A.M.-wet, Van Schoubroeck, C., Jocqué, G., Vanderspikken, A. en Cousy, H., «Overzicht rechtspraak verzekering motorrijtuigen (1980-1997)», *T.P.R.*, 1998, p. 116, nr. 27.3).

Dit probleem kadert in de algemene problematiek van de verdeling van de bewijslast tussen verzekeraar en verzekerde en in het bijzonder het daarbij gemaakte onderscheid tussen enerzijds uitsluiting van verzekeringsdekking en anderzijds verval van verzekeringswaarborg (zie omtrent deze problematiek o.m., De Rode, H., «Les clauses d'exclusion des contrats d'assurance: charge de la preuve et validité», *De Verz.*, 1996, 575-595; Fontaine, M., *Droit des assurances*, Brussel, Larcier, 1996, 168; De Rode, H., «La notion de déchéance et la faute intentionnelle», in Cousy, H. en Van Schoubroeck, C. (ed.), *Liber Amicorum Hubert Claassens. Verzekering: theorie en praktijk*, Reeks CRIS, 12, Antwerpen, Maklu, en Brussel, Academie-Bruylant, 1998, 106; H. Cousy, «De nieuwe wet op de landverzekeringsovereenkomst komt in actie!», (noot onder Kh. Bergen, 17 april 1997), *T.B.H.*, 1997, 718; L. Cornelis en A.S. Maertens, «De opzettelijke risicoveroorzaking in de rechtsbijstandsverzekering», in P. Colle en J.L. Fagnart (ed.), *Bijzondere vraagstukken rechtsbijstandsverzekering*, Antwerpen, Maklu, Brussel, Bruylant, 1998, 72; J.L. Fagnart, «Le régime des exclusions et des déchéances dans les assurances de responsabilité», in *Les assurances de responsabilité*, Brussel, Jeune Barreau, 1999, 165-205; Vanderspikken, A., «Over bewijslast en opzet in verzekeringen», (noot onder Bergen 11 mei 1998), *T.B.H.*, november 1999). Rechtspraak en rechtsleer oordelen unaniem dat op de verzekeraar de bewijslast rust van het verval van waarborg. Daarentegen bestaat er nog steeds rechtsonzekerheid over het antwoord op de vraag op wie de bewijslast van de uitsluiting rust. In het arrest van 5 januari 1995 oordeelde het Hof van Cassatie dat «de verzekerde, die jegens zijn verzekeraar doet gelden dat hij recht heeft op een betaling, niet enkel de schade moet bewijzen, maar ook de gebeurtenis die daartoe aanleiding gaf, en aantonen dat het verzekeringscontract wel degelijk in dat schadegeval voorziet en het niet uitsluit» (Cass., 5 januari 1995, *Arr.Cass.*, 1995, 19; *R.W.*, 1995-96, 29; *J.L.M.B.*, 1996, 336, *De Verz.*, 1996, 605, met noot; *R.G.A.R.*, 1999, nr. 13.058; waartegen de voorziening tot cassatie werd verworpen door Cass., 13 maart 1998, A.R. 97.0241, niet gepub.). De lagere rechtspraak volgt niet altijd deze stelling van het Hof van Cassatie (zie o.m. Brussel, 19 oktober 1995, *R.G.A.R.*, 1997, nr. 12.809 (i.v.m. uitsluiting van schade door huiszwammen in de waarborg waterschade); Luik, 30 oktober 1995, *R.R.D.*, 1995, 488 (i.v.m. de toepassing van

een 'joy-riding'-clausule uit een polis «B.A.-privéleven»); Luik, 6 december 1995, *R.R.D.*, 1996, 421 (i.v.m. de berekeningswijze van de verschuldigde schadevergoeding in een omniumpolis auto); Rb. Neufchâteau, 13 december 1995, *R.R.D.*, 1996, 92 (i.v.m. een individuele ongevallenverzekering); tevens rechtspraak geciteerd door P. Colle, *Algemene beginselen van het Belgisch verzekeringsrecht*, Brussel, Bruylant, 1997, 61, voetnoot 138; Delvaux, P.H., «Responsabilité et assurances de l'entreprise», in *Les assurances de responsabilité*, Brussel, Jeune Barreau, 1999, 6, voetnoot 11.

Specifiek voor wat betreft de wettelijke uitsluiting van de bestuurder uit de vergoedingsregeling van art. 29bis W.A.M.-wet rijzen twee vragen. Allereerst blijft het onduidelijk of voornoemde cassatierechtspraak ook geldt ingeval van een algemene uitsluiting die dwingend door de wet is opgelegd, zoals *in casu* de uitsluiting in art. 29bis, § 2, W.A.M.-wet. Daarnaast rijst de vraag of en welk vermoeden in de bedoelde wettelijke uitsluiting is verwoord. Eén en ander is nochtans niet zonder belang. Immers, is er een vermoeden van hoedanigheid van niet-bestuurder, dan mag worden aangenomen dat op de verzekeraar de bewijslast van de hoedanigheid van bestuurder rust; wordt daarentegen de hoedanigheid van bestuurder vermoed, dan komt het toe aan degene die aanspraak maakt op vergoeding om zijn hoedanigheid van slachtoffer-niet-bestuurder te bewijzen. In dit verband kan worden verwezen naar de rechtspraak van het Franse Hof van Cassatie. Met betrekking tot de uitsluiting van de bestuurder als bepaald in de wet Badinter, lijkt deze het vermoeden van de hoedanigheid van niet-bestuurder aan te nemen. Dientengevolge oordeelt dit Hof dat bij afwezigheid van het tegenbewijs door de verzekeraar, het motorrijtuig wordt geacht geen bestuurder te hebben (zie hierover o.m. Groutel, H., «La loi du 5 juillet 1985 et la 2e Chambre civile de la Cour de Cassation: encore des interrogations», *Resp. Civ. et Ass.*, december 1998, *Chron.*, 5; Landel, J., noot onder *Cass.fr.*, 5 november 1998, *R.G.D.A.*, 1999, 124).

C. Van Schoubroeck

RECHTSPRAAK IN KORT BESTEK

Hof van Cassatie (2e Kamer) 4 februari 1998

Herstel in eer en rechten – Afwijzing – Motivering

Op de volgende gronden vernietigt het Hof een arrest van het Hof van Beroep te Brussel, kamer van inbeschuldigingstelling, van 2 oktober 1997:

«Over het ambtshalve aangevoerde middel: schending van art. 149 van de Grondwet:

«Overwegende dat het arrest de verwerping van de door eiseres ingediende aanvraag tot herstel in eer en rechten enkel grondt op de overweging 'dat de voorwaarden voor het herstel in eer en rechten niet vervuld zijn';

«Dat het Hof op grond van die enige overweging niet in staat is de beslissing te toetsen».

(Voorzitter: de h. Ghislain – Rapporteur: de h. Fisher – Openbaar ministerie: de h. Spreutels – In de zaak: C.).

NOOT – *Over het herstel in eer en rechten*

1. Het herstel in eer en rechten is geen gunst, maar een recht waarop de veroordeelde aanspraak kan maken als de wettelijke voorwaarden vervuld zijn. Het hof van beroep oordeelt weliswaar op onaantastbare wijze of de veroordeelde blijk heeft gegeven van verbetering en van goed gedrag (*Cass.*, 13 juni 1960, *Arr.Cass.*, 1960, 921; *Cass.*, 28 februari 1978; *Arr.Cass.*, 1977-78, 763), maar dat sluit niet in dat deze beslissing willekeurig mag zijn.

2. Het Hof van Cassatie behoudt zich het recht voor na te gaan of de redenen die de kamer van inbeschuldigingstelling aanvoert om het verzoek tot herstel in eer en rechten af te wijzen, relevant zijn. Zo werd reeds eerder beslist dat het verzoek niet kan worden afgewezen met de overweging dat de feiten die aanleiding gaven tot de veroordeling zwaarwichtig waren en dat niet werd voldaan aan alle voorschriften en voorwaarden van de wet (*Cass.*, 16 november 1964, *R.W.*, 1965-66, 489).

3. De veroordeelde heeft het recht te vernemen waarom zijn verzoek werd afgewezen: wordt hem verweten dat hij de voorwaarden niet vervult, dan krijgt hij de gelegenheid de inlichtingen ingewonnen door de procureur-generaal te weerleggen. In elk geval wordt hij gehoord vooraleer zijn verzoek wordt afgewezen.

Ten slotte screent het Hof van Cassatie de motivering van de afwijzing. Het Hof zegt niet met zoveel woorden dat de afwijzing met redenen omkleed moet zijn, maar het komt er niettemin op neer.

Il n'est jamais défendu à la réponse de précéder la question.

A. Vandeplass

Hof van Cassatie (1e Kamer) 25 februari 1999

Burgerlijke rechtspleging – Verzoekschrift – Vermelding van een tegenpartij

Op de volgende gronden vernietigt het Hof een arrest van het Hof van Beroep te Antwerpen van 18 december 1995:

«Overwegende dat krachtens art. 584 Ger.W. een zaak bij volstreekte noodzakelijkheid bij eenzijdig verzoekschrift voor de voorzitter van de rechtbank aanhangig kan worden gemaakt;

«Dat nog art. 1025 en 1026 Ger.W. noch enige andere wettelijke bepaling in de regel vereisen dat een eenzijdig verzoekschrift een tegenpartij zou vermelden of gericht zou zijn tegen een reeds geïdentificeerde partij;

«Dat de volstreekte noodzakelijkheid waarvan sprake immers te wijten kan zijn aan de omstandigheid dat geen tegenpartij zou vermelden of gericht zou zijn tegen een reeds geïdentificeerde partij;

«Dat de volstreekte noodzakelijkheid waarvan sprake immers te wijten kan zijn aan de omstandigheid dat geen tegenpartij bekend is;

«Overwegende dat het arrest dat zijn beslissing grondt op de reden dat 'het duidelijk is dat een verzoekschrift in burgerlijke zaken effectief tot minstens een bepaalde persoon – fysiek of moreel – dient gericht te zijn', art. 584, 1025 en 1026 Ger.W. schendt».

(Voorzitter-rapporteur: de h. Verougstraete – Openbaar ministerie: de h. De Riemaecker – Advocaten: mrs. Gérard en Nelissen Grade – In de zaak: N.V. B. t/ V.Z.W. G.B.).

NOOT – Zie Monard, E. en Degreef, D., *Het eenzijdig verzoekschrift*, Antwerpen, Kluwer, 1998, 26, nr. 15; Storme, M., «Arbeidsrecht en Gerechtelijk Recht. Verstaan zij zich met elkaar?», *T.P.R.*, 1999, (61), 68-73.

Hof van Cassatie (1e Kamer) 26 februari 1999

Vonnissen en arresten – Motiveringsplicht – Mondeling verweer

De voorziening tegen een vonnis in hoger beroep gewezen door de Rechtbank van Eerste Aanleg te Dendermonde op 23 september 1997 wordt om de volgende redenen verworpen:

«Overwegende dat uit de stukken waarop het Hof vermag acht te slaan niet blijkt dat eiseres ter terechtzitting het bedoelde mondelinge verweer heeft gevoerd;

«Overwegende dat de rechter niet verplicht is in te gaan op een mondeling verweer van een partij en een dergelijk verweer niet moet beantwoorden;

«Dat dit ook het geval is wanneer van dit verweer melding is gemaakt in de conclusie of pleitnota van een andere partij;

«Overwegende dat de bestreden beslissing de vaststelling dat eiseres geen uitvoering *in natura* wenste, niet baseert op een uitlegging van het proces-verbaal van de terechtzittingen of op de pleitnota van verweerster;

«Dat het aldus de bewijskracht van deze akten niet miskent;

«Overwegende dat de rechter het recht van verdediging niet miskent door het enkele feit dat hij een subsidiair opgeworpen verweer negeert».

(Voorzitter: de h. Verougstraete – Rapporteur: de h. WaÛters – Openbaar ministerie: de h. du Jardin – Advocaat: mr. Bützler – In de zaak: B.V.B.A. H.B. t/ N.V. W.P.B.).

Hof van Cassatie (1e Kamer) 20 mei 1999

Burgerlijke rechtspleging – Eis – Tussengeschied – Aanvullende eis

Op de volgende gronden vernietigt het Hof een vonnis in hoger beroep gewezen door de Rechtbank van Eerste Aanleg te Hasselt op 4 maart 1996:

«Overwegende dat krachtens art. 808 Ger.W. de partijen in elke stand van het geding, zelfs bij verstek, de interesten, rentetermijnen, huurgelden en elk toebehoren, sedert de instelling van de vordering verschuldigd of vervallen, kunnen vorderen en zelfs de later bewezen verhogingen of schadevergoedingen; dat die wetsbepaling niet toelaat dat andere vorderingen dan aanvullingen op de oorspronkelijke vorderingen zouden worden ingesteld;

«Dat de rechter over de bij hem aanhangige vordering weliswaar uitspraak moet doen met inachtneming van de feiten die zich in de loop van het geding hebben voorgedaan en een

weerslag hebben op het geschil, maar bij het beoordelen van aanvullende vorderingen de grenzen door art. 808 Ger.W. gesteld, niet mag overschrijden;

«Overwegende dat uit de stukken waarop het Hof vermag acht te slaan, blijkt dat de vordering van verweerster voor de eerste rechter en in hoger beroep strekte tot betaling van een vergoeding voor huurschade aan het door haar aan de eisers in huur gegeven onroerend goed, alsmede tot betaling van een vergoeding, gelijk aan een maand huur, om reden dat de eisers de huurovereenkomst hebben beëindigd tijdens het derde huurjaar;

«Dat verweerster voor het eerst in hoger beroep de veroordeling van de eisers vorderde tot betaling van een vergoeding, om reden dat de eisers bij het beëindigen van de huurovereenkomst de wettelijk voorziene opzegstermijn van drie maanden niet hadden nageleefd;

«Overwegende dat die voor het eerst in hoger beroep gestelde vordering niet kan worden beschouwd als een aanvulling van de voormelde voor de eerste rechter gestelde vorderingen;

«Dat het bestreden vonnis oordeelt dat art. 808 Ger.W. geldt voor «eisen die worden beschouwd als accessoria of bijkomende vorderingen ofwel het rechtstreeks gevolg uitmaken van het instellen van de hoofdvordering» en dat de voormelde voor het eerst in hoger beroep gestelde vordering als zodanig dient te worden beschouwd;

«Dat het aldus art. 808 Ger.W. schendt».

(Voorzitter: de h. Verougstraete – Rapporteur: de h. WaÛters – Openbaar ministerie: de h. De Swaef – Advocaat: mr. Geinger – In de zaak: B. en H. t/ W.).

NOOT – Zie Broeckx, K., *Het recht op hoger beroep en het beginsel van de dubbele aanleg in het civiele geding*, Antwerpen, Maklu, 1995, p. 299, nrs. 658 e.v.

Hof van Cassatie (1e Kamer) 25 maart 1999

Rechtsmiddelen – Burgerlijke zaken – Hoger beroep – Nakomend hoger beroep

Op de volgende gronden vernietigt het Hof een arrest van het Hof van Beroep te Gent van 20 november 1995:

«Overwegende dat, hoewel volgens art. 1068, eerste lid, Ger.W. hoger beroep tegen een eindvonnis of tegen een vonnis alvorens recht te doen het geschil zelf aanhangig maakt bij de rechter in hoger beroep, het evenwel aan de partijen staat door het hoofdberoep of door het incidenteel beroep de perken te bepalen waarbinnen de appèlrechter over de aan de eerste rechter voorgelegde betwistingen uitspraak moet doen;

«Dat wanneer een beperkt hoger beroep wordt ingesteld tegen een vonnis, geen nakomend hoger beroep kan worden ingesteld door de appellant tegen de overige beslissingen waartegen hij geen hoger beroep had ingesteld wanneer ingevolge de betekening van het vonnis de termijn van hoger beroep is verstreken;

«Overwegende dat het arrest vaststelt dat 1) het bestreden vonnis op 20 mei 1994 was betekend; 2) verweerster tijdig en regelmatig hoger beroep heeft ingesteld; 3) het hoger beroep beperkt was tot de vordering tot echtscheiding

van eiser op grond van art. 231 B.W.; 4) verweerster bij conclusie van 10 juli 1995 de volledige vernietiging heeft gevraagd van het beroepen vonnis dat de vordering tot echtscheiding van eiser op grond van art. 232 B.W. zonder voorwerp heeft verklaard en dat over de vordering van verweerster tot onderhoudsgeld niet heeft kunnen oordelen;

«Overwegende dat het arrest oordeelt dat verweerster haar hoger beroep in conclusie heeft uitgebreid en deze uitbreiding toelaatbaar is;

«Dat het aldus art. 28, 1051, eerste lid, en 1068 Ger.W. schendt».

(Voorzitter: de h. Verougstraete – Rapporteur: mevr. Bourgeois – Openbaar ministerie: de h. De Riemacker – Advocaten: mrs. De Gryse en Verbist – In de zaak: L. t/ S.).

BOEKEN

W.H. VAN BOOM, **Hoofdelijke verbintenissen**, Deventer, Tjeenk Wilink, 1999, 284 p.

Het is algemeen bekend dat de invoering van het Nieuw Nederlands Burgerlijk Wetboek (N.N.B.W.) het Nederlands burgerlijk recht op heel wat punten heeft gewijzigd en vernieuwd. Ook het leerstuk van de hoofdelijkheid is niet aan de aandacht van de opstellers van het N.N.B.W. ontsnapt. Het is dan ook de grote verdienste van de auteur W.H. Van Boom om het begrip «hoofdelijkheid», zoals dit in het oude Nederlandse burgerlijk wetboek en in het N.N.B.W. voorkomt, aan een grondig onderzoek te onderwerpen.

De auteur gaat in zijn boek op zoek naar de betekenis van het begrip «hoofdelijkheid». Hij probeert deze vraag op te lossen door middel van drie deelvragen: wanneer doet zich hoofdelijkheid voor, welke zijn de gevolgen van de hoofdelijkheid voor de betrokken schuldenaren tot de schuldeiser, en welke zijn de gevolgen van de hoofdelijkheid voor de schuldenaren in hun onderlinge verhouding?

In het tweede hoofdstuk wordt gezocht naar een antwoord op de eerste deelvraag. Hiervoor gaat de auteur eerst op zoek naar de herkomst van de hoofdelijkheidsfiguur, waarna hij probeert om de verschillende gedaanten waarin hoofdelijkheid in het Nederlandse recht verschijnt tot één gemeenschappelijke noemer terug te brengen. Uiteindelijk komt hij tot het besluit dat er sprake is van hoofdelijkheid wanneer de nakoming door een schuldenaar in de ene verbintenis mede het tenietgaan van de verbintenis van een ander meebrengt; deze wederzijdse bevrijding doet zich voor indien en omdat de verschuldigde prestaties een identiek «object» hebben of omdat zij dezelfde vermogenswaarde vertegenwoordigen in het vermogen van de crediteur. Het toepassingsgebied van de hoofdelijkheid in het Nederlands burgerlijk recht is dan ook veel ruimer dan in het Belgische of in het Franse recht, waarin hoofdelijkheid steeds een zekere lotsverbondenheid impliceert.

De tweede en derde deelvraag worden behandeld in de daaropvolgende hoofdstukken. In het derde hoofdstuk wordt aandacht besteed aan de gevolgen van bepaalde rechtsfeiten, zoals verzuim en verjaring, op het voortbestaan en de omvang van de verbintenis. Tevens wordt nagegaan of die rechtsfeiten gevolgen hebben voor de verbintenissen van de andere schuldenaren in hun verhouding tot de schuldeiser. In het vierde hoofdstuk wordt vervolgens de verhouding tussen de hoofdelijke debiteuren onderling onderzocht, als ook de rechtsfeiten die deze verhouding beïnvloeden. Het vijfde hoofdstuk houdt een bespreking in van de rechtsfeiten die de hoofdelijkheidsband zowel in de externe als in de interne verhoudingen kunnen verstoren.

Ten slotte komen in het zesde hoofdstuk nog enkele procesrechtelijke aspecten van de hoofdelijkheid aan bod. In dit hoofdstuk wil de auteur slechts een inventarisatie geven van de procesrechtelijke obstakels bij de driehoeksverhouding van de hoofdelijkheid.

Dit boek mag zonder meer worden beschouwd als een uitstekend en overzichtelijk algemeen werk over de hoofdelijkheid in het Nederlandse burgerlijk recht, waardoor de lezer zonder meer een

duidelijk beeld krijgt van de betekenis van dit begrip in het Nederlandse recht.

Raf Van Ransbeeck

E. HAMMERSTEIN, **Betalingsverkeer, wissel, orderbriefje en cheques**. Serie Bank- en effectenrecht, volume 8, 2e druk, Deventer, Kluwer 1998.

De Serie Bank- en Effectenrecht heeft tot doel om belangwekkende onderwerpen in de materies van het Nederlandse en internationale bank- en effectenrecht in beknopte monografieën te analyseren. Onderhavig boek vormt de tweede, gewijzigde uitgave gewijd aan de waardepapieren gebruikt in het betalingsverkeer.

Het boek kadert volledig in de traditie van de voormelde serie: het vormt een beknopte, maar bijzonder helder geschreven en overzichtelijke analyse van achtereenvolgens de wisselbrief, het orderbriefje en de cheque. Het bondige betoog gaat evenwel niet ten koste van de diepgang en bruikbaarheid ervan. De lezer zal er geen uitgebreid voetnotenapparaat in terugvinden, wel referenties aan de voornaamste gezaghebbende rechtspraak en doctrine.

Het werkje zal ook voor de Belgische rechtspracticus relevantie vertonen, omdat de verschillende behandelde waardepapieren alle terugvallen op eenvormige wetten, die ook in België uitwerking hebben. De auteur aarzelt overigens niet om in bepaalde stukken beperkte rechtsvergelijkende gegevens in de analyse te verwerken, onder meer door verwijzing naar de Belgische rechtsleer of particulariteiten in de Belgische omzetting van de eenvormige wetten. Men denkt hierbij ondermeer aan de rechten op het fonds bij de wisselbrief (p. 25-26).

Bij de inhoudelijke uitwerking steunt de auteur in sterke mate op de conceptuele analogieën tussen de verschillende categorieën van waardepapieren: het orderbriefje, en in beperktere mate de cheque, zijn in juridisch-technische zin in grote mate terug te brengen tot de cambiaire mechanismen van de wisselbrief. Dit komt ook tot uiting in de relatief beperkte omvang van de hoofdstukken «orderbriefje» en vooral «cheque». Ook hier is enige voorzichtigheid geboden met de transpositie van de regeling krachtens Nederlands recht op de Belgische situatie. Men denke bijvoorbeeld aan de materie van de aansprakelijkheid bij diefstal van cheques, waarvoor in België een specifieke regeling geldt (art. 35bis Chequewet).

Bepaalde themata komen niet aan bod in dit boek, onder meer de internationaal privaatrechtelijke vragen van het cheque- en wisselverkeer, en details omtrent de praktische organisatie van het incasso-verkeer en clearing van deze waardepapieren.

Ondanks deze beperkte lacunes vormt het boek beslist een aanrader, omdat de auteur erin slaagt om in een heldere en beknopte taal een vrij complexe materie aan te brengen.

Michel Tison

G.J. WIARDA, **Drie typen van rechtsvinding**, bewerkt en van een nabeschouwing voorzien door mr. T. Koopmans, Zwolle, Tjeenk Wilink, 1999, 150 p.

De Nederlandstalige *canon* over de zogenaamde rechtsvindingsproblematiek omvat met name de volgende vier publicaties: de twee versies van het zogenaamde *Algemeen Deel* uit de befaamde Asser-serie van respectievelijk P. Scholten (uit 1931) en J. Vranken (uit 1995), Van Gervens *Het beleid van de rechter*, en Wiarda's *Drie typen van rechtsvinding*. Wanneer u deze boeken in huis heeft, is uw bibliotheek, tenminste voor wat het Nederlandse taalgebied betreft, min of meer compleet. En aangezien de Nederlandstalige rechtsleer met betrekking tot dit onderwerp een grote cultuur en ontwikkeling kent, is de stelling dat u het daarbij ook internationaal gezien kunt laten niet echt gedurfd (met uitzondering wellicht van de opvattingen van de uit de V.S.A. afkomstige *Critical Legal Studies*-beweging, die bij ons echter nooit is doorgebroken).

Van het boek van Wiarda is nu een nieuwe, vierde, druk verschenen. De gebruikte voorbeelden in de derde druk uit 1988 waren verouderd, en er hadden zich nieuwe ontwikkelingen voorgedaan. Gelukkig heeft prof. T. Koopmans het aangedurfd om een moeilijk (en wellicht zelfs ondankbaar) karwei als het bewerken van een publicatie van een ander, op zich te nemen. Ook na deze bewerking is

het boek nog steeds de moeite waard. Koopmans heeft in beperkte mate gesnoeid in de oorspronkelijke tekst, nieuwe voorbeelden gegeven en een nieuw hoofdstuk geschreven over de invloed van het Europese recht. Daarbij heeft hij getracht trouw te blijven aan de gedachtegang en ideeën van Wiarda. Hij is als het ware in de huid van de oorspronkelijke auteur gekropen. In het herwerkte geschrift van Wiarda zelf komen aldus nog steeds twee zaken sterk naar voren. Enerzijds de zogenaamde «*Flucht in die Generalklauseln*», en anderzijds de ontwikkeling van een heteronome naar een meer autonome rechtsvinding. In het laatste hoofdstuk, een nabeschouwing geheel van de hand van Koopman zelf, komt de bewerker volledig op eigen verantwoordelijkheid aan het woord. Koopmans heeft hiervoor gekozen, omdat hij aandacht wenste te besteden aan een aantal ontwikkelingen die niet in de denkbeelden van Wiarda bleken in te passen. Het gaat dan met name om het duiden van de groei van een precedentenstelsel en de conflicten tussen rechtspraak en politiek.

Een van de meest discutabele stellingen van Wiarda is, dat wanneer slechts feitelijke geschilpunten in het geding zijn en er over de betekenis van de daarbij ingeroepen rechtsregels geen verschil van mening kan bestaan, «dan zal de rechter, na omtrent die feitelijke geschilpunten tot een conclusie te zijn gekomen, inderdaad door een eenvoudig syllogisme tot zijn beslissing kunnen komen. Wat de rechtsvinding betreft, is zijn taak in die gevallen dus volledig heteronoom bepaald. Hij behoeft niet meer of anders te zijn dan 'spreekbuis van de wet'.» (p. 20). Wiarda lijkt ervan uit te gaan dat de inhoud van de wet duidelijk kon zijn op basis van de woorden zelf van die wet, dat wil zeggen zonder met enige context rekening te houden. De toepassing van een wetsnorm op een casus kan in deze optiek onprobleematisch zijn. Deze opvatting noemt men ook wel de «duidelijke tekst»-doctrine. Vandaar het adagium «*Interpretatio cessat in claris*». Deze opvatting is door de hedendaagse rechtsvindingstheorie echter volledig achterhaald. De beslissing namelijk dat een tekst duidelijk is, is altijd een keuze binnen een bepaalde context. De Amerikaanse rechtsfilosoof en taaltheoreticus S. Fish zegt het als volgt: «It is within the assumption of a context – one so deeply assumed that we are unaware of it – that the words acquire what seems to be their literal meaning.» Bij ons heeft Mark Van Hoecke in zijn doctoraatsproefschrift over de interpretatievrijheid van de rechter een soortgelijke stelling geponeerd.

De belangrijkste kwaliteit van het boek van Wiarda is gelegen in het feit dat het een toegankelijk, beknopt en toch behoorlijk compleet overzicht biedt van de rechtsvindingsproblematiek. Het is vanuit die optiek dan ook zeer bruikbaar voor het onderwijs.

Maurice Adams

AANGEKONDIGD

ALGEMEEN

W.G. HUIJGEN en A.J.H. PLEYSIER, *De wetgeving op het notarisambt*, Deventer, Kluwer, 208 p., 69 fl.

E. ÖRÜCÜ, *Critical comparative law: Considering paradoxes for legal systems in transition* (preadvies uitgebracht voor de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking), Deventer, Kluwer, 196 p., 47,50 fl.

BURGERLIJK RECHT

S.C.J.J. KORTMANN, N.E.D. FABER en J.A.M. STRENS-MEULEMEESTER (red.), *Vertegenwoordiging en tussenpersonen*, Deventer, Tjeenk Willink, 636 p., 125 fl.

J.-F. ROMAIN, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé*, Brussel, Bruylant, 1.024 p., 6.900 fr.

A.R. DE BRUIJN, *Het Nederlandse huwelijksvermogensrecht* (derde druk), Deventer, Gouda Quint, 594 p., 179 fl.

M.P. VAN ACHTERBERG, *Overgang van vorderingen en schulden en afstand van vorderingen*, Deventer, Kluwer, 108 p., 45 fl.

M.V. ANTOKOLSKAIA, W.A. DE HONDT en G.J.W. STEENHOFF, *Een zoektocht naar Europees familierecht* (preadvies uitgebracht voor de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking) Deventer, Kluwer, 142 p., 42,50 fl.

D. SIMOENS, *Buitencontractuele aansprakelijkheid – Deel II: Schade en schadeloosstelling*, Antwerpen, E. Story-Scientia, 434 p., 5.661 fr.

C.J.H. BRUNNER, *Verbintenissenrecht – Algemeen*, Deventer, Kluwer, 290 p., 65 fl.

J.H. NIEUWENHUIS, C.J.J.M. STOLKER en W.L. VALK (red.), *Vermogensrecht – Tekst en commentaar*, Deventer, Kluwer, 1.822 p., 195 fl.

C. COLLARD e.a., *Mémento du logement Wallonne*, Diegem, Kluwer, 476 p., 2.000 fr.

STAATS- EN BESTUURSRECHT

A.A.M. SCHRAUWEN (red.), *Flexibility in constitutions*, Amsterdam, Hogendorp Centrum, 140 p., 22 fl.

Vlaem – Editie 2000, Brussel, Larcier, 540 p., 3.150 fr.

F. DEWALLENS e.a., *Tuchtrect voor medische beroepen*, Gent, Mys & Breesch, 94 p., 1.450 fr.

G. PLAS, *Het vergaderingsrecht, de ordehandhaving en de bestuurlijke overheden*, Heule, Uga, 172 p., 1.275 fr.

J.M. VERSCHUUREN, *De laatste wilde hamster in Nederland en de grondslagen van het Europees en internationaal milieurecht* (rede uitgesproken bij de aanvaarding van het ambt van hoogleraar aan de K.U. Brabant), Deventer, Tjeenk Willink, 32 p., 29,50 fl.

I.C. VAN DER VLIES e.a., *Bestuursgeschillen*, Deventer, Tjeenk Willink, 214 p., 52 fl.

L. ASSCHER, *Constitutionele convergentie van pers, omroep en telecommunicatie* (IteR-reeks nr. 26), Deventer, Kluwer, 148 p., 62,50 fl.

W. LAMBRECHTS, *Overzicht van het Belgisch milieurecht* (4e editie 1999), Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 466 p., 4.165 fr.

A. ALEN en F. MEERSCHAUT, *De grondwet van het federale België* (derde uitgave 1999), Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 164 p., 996 fr.

M. PÂQUES (red.), *Recente ontwikkelingen inzake vergunningen met betrekking tot milieu en ruimtelijke ordening*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 204 p., 3.525 fr.

HANDELS- ECONOMISCH- EN FINANCIËEL RECHT

P.J. DORTMOND, *Stemovereenkomsten rondom de eeuwwisseling*, (rede uitgesproken bij de aanvaarding van het ambt van hoogleraar aan de Universiteit Leiden), Deventer, Kluwer, 28 p., 27,60 fl.

T.M. BOS, *Grensoverschrijdend faillissementsrecht in Europees perspectief*, Deventer, Kluwer, 422 p., 89,50 fl.

J. DEVOS en J. LEYSEN, *Informatiseren in een KMO – Management en juridische aspecten*, Gent, Mys & Breesch, 118 p.

M. KOELEMEEIJER, *Redelijkheid en billijkheid in kapitaalvennootschappen*, Deventer, Kluwer, 390 p., 82,50 fl.

LINKLATERS & ALLIANCE, *Telecommunications and electronic business*, Deventer, Kluwer, 170 p., 59,50 fl.

B. WESSELS, *Verificatie van schuldvorderingen*, Deventer, Kluwer, 136 p., 59,50 fl.

B. WESSELS, *Het akkoord*, Deventer, Kluwer, 134 p., 59,50 fl.

G.J. VAN DER ZIEL, *Het cognossement, naar een functionele benadering* (rede uitgesproken bij de aanvaarding van het ambt van hoogleraar aan de Erasmus Universiteit Rotterdam), Deventer, Kluwer, 34 p., 25 fl.

GERECHTELIIK RECHT

M. KREMER, *Onrechtmatig verkregen bewijs in civiele zaken*, Deventer, Tjeenk Willink, 326 p., 80 fl.

STRAFRECHT EN STRAFPROCEDURE

R. POTE en F. GLORIEUX, *Wegverkeer*, vijfde editie, Gent, Mys & Breesch, 230 p., 3.680 fr.

J.J. GUYT, *Daderidentificatie door middel van herkenning door ooggetuigen*, Deventer, Gouda Quint, 158 p., 49,50 fl.

J. PRADEL en G. CORSTENS, *Droit pénal européen*, Paris, Dalloz, 570 p., 248 fr.

ARBEIDS- EN SOCIALEZEKERHEIDRECHT

F.M. NOORDAM, *Hoofdzaken socialezekerheidsrecht*, Deventer, Kluwer, 100 p., 35 fl.

A.C. HENDRIKS, *Gelijke toegang tot de arbeid voor gehandicapten*, Deventer, Kluwer, 374 p., 70 fl.

H. BUYSSENS, *Het bewijs in sociale zaken – Arbeidsrecht*, Gent, Mys & Breesch, 96 p.

FISCAAL RECHT

F. KRANSFELD en J. VANDEN BRANDEN, *Inkomstenbelastingen 1980-1998 – Deel I: Algemene beginselen*, Brussel, Larcier, 156 p., 2.800 fr.

Rechtspraak verzekeringsrecht

Y. MERCHIEERS, PH. COLLE, K. BERNAUW, D. SCHUERMANS

2000; ISBN 90-5095-043-4; 543 blz.; 2.450 BEF (studenten 995 BEF);
Reeks basisjurisprudentie

Met dit boek wordt door middel van de geciteerde rechtspraak beoogd de volledige materie van het verzekeringsrecht in de ruimste zin begrepen te illustreren: de algemene beginselen die de verzekeringsovereenkomst beheersen, de bijzondere reglementeringen, de ondernemingsrechtelijke en publiekrechtelijke aspecten van het verzekeringswezen.

Door het overaanbod van rechtspraak in de verzekeringsmaterie beperkt dit boek zich hoofdzakelijk tot cassatierechtspraak. Niettemin werd, in mindere mate, ook verwezen naar enkele arresten van het Europese Hof van Justitie (mededinging, vrije dienstverlening), het Benelux-Gerechtshof (motorrijtuigenverzekering) en de Raad van State (levensverzekering, verzekeringsbemiddeling).

In de materies waar de cassatierechtspraak schaars is gebleven werden de uitspraken van Hoven en Rechtbanken opgenomen in de mate dat ze voor de praktijk interessante of principiële zaken beslechten (brandverzekering, gezins aansprakelijkheidsverzekering, levensverzekering, rechtsbijstandsverzekering).

De overvloedige rechtspraak, waaruit geselecteerd moest worden, toont aan hoe levendig het verzekeringsrecht is en hoe belangrijk het rechtspreken is voor de ontwikkeling van deze rechtstak.

De geselecteerde rechtspraak betreft zowel basisarresten die de algemene beginselen van het verzekeringsrecht bevestigen en/of vastleggen, als arresten en vonnissen die meer specifieke of technische problemen behandelen.

Het geheel is als een nuttig werkinstrument uitgegroeid, onmisbaar zowel voor de practicus van het verzekeringsrecht als voor de studie ervan in het algemeen.

De Vereniging van Vlaamse Balies vertegenwoordigt meer dan 7000 Vlaamse advocaten.

Voor de uitbouw van haar team is zij op zoek naar:

Stafmedewerker communicatie en permanente vorming (m/v)

FUNCTIE EN TAKEN:

- begeleiden van het communicatiebeleid van de Vereniging van Vlaamse Balies: o.m. redactie nieuwsbrieven, actualisering website www.advocaat.be, opstellen brochures i.v.m. diverse onderwerpen (juridische onderwerpen, rol van de advocatuur,...), opmaken persmededelingen.
- opvolgen van de permanente vorming van de advocatuur: briefwisseling en contacten met de diverse cursusaanbieders, opvolging vormingsinitiatieven,...

PROFIEL:

- jurist bij voorkeur met balie-ervaring of licentiaat communicatiewetenschappen
- interesse voor IT, communicatief (zowel mondeling als schriftelijk), zin voor initiatief

Kandidaturen met handgeschreven c.v. mogen worden overgemaakt aan de Vereniging van Vlaamse Balies, t.a.v. voorzitter Geneviève Boliau, Koningsstraat 148, 1000 Brussel. Tel.: 02/227.54.70

INTERSENTIA RECHTSWETENSCHAPPEN

Antwerpen • Groningen • Oxford

Churchillaan 108 • 2900 Schoten (Antwerpen) • Tel.: 03/680.15.50 • Fax: 03/658.71.21 • e-mail: mail@intersentia.be

nieuw

Wie waakt over de kwaliteit van de wet?

M. ADAMS EN P. POPELIER (eds)

2000; ISBN 90-5095-110-4; ca.300 blz.; 1.950 BEF; verschijnt april 2000

Na vele jaren van klachten over de magere kwaliteit van onze regelgeving is de overheid recent actief geworden met het nadenken over een structureel wetgevingsbeleid. Er is een groeiende interesse merkbaar voor de kwaliteit van de wetgeving.

Dit boek geeft de stand van zaken met betrekking tot het Belgisch wetgevingsbeleid en bespreekt de recente ontwikkelingen. Het boek geeft aan wat de kwaliteitseisen zijn van een wet en op welke wijze de besluitvormingsprocedure daarop dient te worden ingericht om te verzekeren dat de wet zo goed mogelijk aan die kwaliteitseisen voldoet.

In dit boek zijn bovendien een aantal bijdragen opgenomen die dieper ingaan op de Europese en de lokale dimensie van het wetgevingsbeleid en werd tevens een bijdrage toegevoegd die een andere - niet-juridische - benadering voorstelt van de evaluatie van wetgeving.

**inter
sentia**