

RECHTSKUNDIG WEEKBLAD

P. DUINSLAEGER, Het probleem van het contradictoire karakter van het deskundigenonderzoek in strafzaken 217

Rechtsgeldigheid – Stilzwijgende aanvaarding door verpachter
Vred. Harelbeke 15 april 1999 246

Rechtspraak

Verdrag – Rechtstreekse werking – Voorwaarden – Norm voldoende nauwkeurig en volledig – Bron van subjectieve rechten en verplichtingen voor particulieren – Verdrag inzake de rechten van het kind – Bescherming van het belang van het kind – Wijze waarop de biologische afstamming wordt vastgesteld

Cass. 4 november 1999 (*met noot*) 232

1. Burgerlijke rechtspleging – Eis – Verzoek van een partij rekening te houden met de belangen van het kind – Verplichting van de rechter uitspraak te doen over alle onderdelen van de vordering – **2. Vonnissen en arresten** – Motiveringsplicht – Beantwoording van conclusie van de andere partij – **3. Verdrag** – Rechtstreekse werking – Voorwaarden – Norm voldoende nauwkeurig en volledig – Bron van subjectieve rechten en verplichtingen voor particulieren – Verdrag inzake de rechten van het kind – Bescherming van het belang van het kind – Wijze waarop de biologische afstamming wordt vastgesteld

Cass. 4 november 1999 (*met noot van A. Vandaele* «Een vergiftigd verjaardagsgeschenk van het Hof van Cassatie bij de tiende verjaardag van het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind») 232

Deskundigenonderzoek – Strafzaken – Vonnisgerecht – Beoordeling van de strafvordering – Burgerlijke belangen
Cass. 8 februari 2000 (*met noot*) 238

Echtscheiding – Door onderlinge toestemming – Voorafgaande overeenkomst – Toepassing regelen verbintenissenrecht – Beding inzake onderhoudsgeld tussen echtgenoten – Bedrog – Nietigheid – Geen aantasting van de echtscheiding zelf

Cass. 16 juni 2000 (*met noot van W. Pintens* «De vernietiging van de overeenkomsten bij echtscheiding door onderlinge toestemming») 238

Ondernemingsraad en Comité voor preventie en bescherming – Beschermde werknemer – Ontslag – Beschermingsperiode
Arbeidshof Antwerpen 10 september 1999 242

Hypothecaire publiciteit – Overschrijving – Tegenwerpelijheid – Faillissement

Hof Brussel 10 november 1999 (*met noot*) 243

Overeenkomst – Van onbepaalde duur – Opzegging – Geen motivering vereist – Gevolg – Tenietgaan – Geen gedwongen uitvoering

Kh. Hasselt 14 september 1999 244

Pacht – 1. Toepassingsgebied – Landbouwexploitatie in bijberoep – Bewijs – 2. Recht van voorkoop – Afstand in authentieke akte – Geen tussenkomst van de verpachter –

Europese rechtspraak in kort bestek

Milieu – Milieueffectrapportering – Richtlijn 85/337 – Vaststelling van drempelwaarden en automatische uitsluiting niet toegelaten – Vorderingsrecht particulieren
H.v.J. 16 september 1999 en 21 september 1999 (*door G. Van Calster*) 247

Milieu – Water – Begrip «lozing» – Mogelijkheid voor verdergaande maatregelen – Verhouding tussen richtlijnen
H.v.J. 29 september 1999 (*door G. Van Calster*) 248

Milieu – Afval – Richtlijn 75/442 – «Voorlopige opslag» – «Beheer» van afvalstoffen – Naleving van algemene beginselen (voorzorgsbeginsel en beginsel van preventief handelen)

H.v.J. 5 oktober 1999 (*door G. Van Calster*) 250

Gelijke behandeling van mannen en vrouwen – Gelijke beloning – Gratificaties – Zwangerschapsverlof – Ouderschapsverlof

H.v.J. 21 oktober 1999 (*door P. Humblet*) 251

Gelijke behandeling van mannen en vrouwen – Bescherming van de vrouw – Militairen

H.v.J. 26 oktober 1999 (*door P. Humblet*) 251

Vrij verkeer van diensten – Inkomstenbelasting – Aftrek van uitgaven voor cursussen voor beroepsopleiding

H.v.J. 28 oktober 1999 (*door J. Bocken*) 252

Gemeenschappelijke handelspolitiek – Rechtstreekse werking GATT/WTO

H.v.J. 23 november 1999 (*door T. Haenebalcke*) 253

E.E.X. – Art. 16, §1 – Geschillen inzake huur en verhuur van onroerende goederen – Exclusieve bevoegdheid van de rechtbank van de ligging

H.v.J. 27 januari 2000 (*door I. Couwenberg*) 254

Aangekondigd

254

Mededelingen

Fernand Collin-prijs 2000 256

Voordracht: Intellectuele rechten: Actie tegen oneerlijke concurrentie 256

Symposium: Patenting Genes 256

Elfde Dag van De Bedrijfsjurist 256

39ste Wetenschappelijk Congres van de Vlaamse Juristenvereniging: Mediatie en minnelijke schikking 256

RECHTSKUNDIG WEEKBLAD

Opgericht in 1931, verschijnt iedere week van september tot juni.

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

Redactie: A. Van Oevelen (hoofredacteur), E. Dirix, J. Laenens, J.R. Rauws, M. van Damme, A. Vandeplas

Redactiesecretaris: Mevr. C. Meeusen

Vaste medewerkers:

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

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

Abonnementen, advertenties: N.V. INTERSENTIA, Churchillaan 108, 2900 Schoten
tel.: 03/680.15.50 - fax: 03/658.71.21
Abonnementsprijs: 4.950 f., Advocaten-stagiair: 4.650 f., Studenten: 2.950 f.

Richtlijnen voor de auteurs:

De teksten van hoofdartikelen en annotaties worden, samen met een diskette (WP of Word) toegezonden aan het redactiesecretariaat. Getypt op anderhalve interlinie bedraagt een hoofdartikel bij voorkeur niet meer dan 25 bladzijden, een annotatie niet meer dan 6 bladzijden. De redactie dankt bij voorbaat alle auteurs voor het in acht nemen van deze richtlijnen.

HR
CS

HOGE RAAD VOOR DE JUSTITIE
CONSEIL SUPERIEUR DE LA JUSTICE

Werving van magistraten. Oproep tot de kandidaten.

De Nederlandstalige en Franstalige benoemings- en aanwijzingscommissies van de Hoge Raad voor de Justitie organiseren in de loop van het gerechtelijk jaar 2000-2001 examens die toegang verlenen tot de magistratuur en tot de gerechtelijke stage.

Examen inzake beroepsbekwaamheid:

Deelnemingsvoorwaarden:

1. Belg zijn;
2. houder zijn van het diploma van doctor of licentiaat in de rechten.

Mogelijke materies:

Burgerlijk recht;
Strafrecht;
Sociaal recht.

Vergelijkend toelatingsexamen tot de gerechtelijke stage:

Deelnemingsvoorwaarden:

1. Belg zijn;
2. houder zijn van het diploma van doctor of licentiaat in de rechten;
3. ten minste één jaar stage bij de balie hebben doorlopen of andere juridische functies hebben uitgeoefend op 30 oktober 2000.

Mogelijke materies:

Één van de 5 materies opgenomen in het examenprogramma (zie ministerieel besluit van 28 september 2000 - B.S. van 30 september 2000).

De uiterste inschrijvingsdatum is vastgesteld op 30 oktober 2000, bij middel van een aangetekende brief gericht aan de Voorzitter van de Hoge Raad voor de Justitie, op onderstaand adres. Bij te voegen documenten: curriculum vitae, eensluidende kopie diploma lic. in de rechten en, in voorkomend geval, een attest waaruit blijkt dat aan voorwaarde 3 (zie hierboven) is voldaan.

Het examenprogramma kan op schriftelijk verzoek bekomen worden bij: Hoge Raad voor de Justitie | Stephaniesquare | Louizalaan 65 bus 1 | 1050 Brussel | Fax: (02) 535.16.20.

HET PROBLEEM VAN HET CONTRADICTOIRE KARAKTER VAN HET DESKUNDIGENONDERZOEK IN STRAFZAKEN

**Uittreksel uit de conclusie van advocaat-generaal
P. Duinslaeger bij het arrest van het Hof van Cassatie van
8 februari 2000**

I. AFBAKENING VAN HET PROBLEEM

1. Het twistpunt dat het Hof dient te beslechten, kan worden herleid tot de vraag of een deskundigenonderzoek dat werd bevolen door de strafrechter als feitenrechter en dat enkel betrekking heeft op de nog resterende burgerlijke rechtsvordering, dient te verlopen volgens de voorschriften (inzake de tegenspraak) van art. 962 e.v. Ger.W.

De discussie omtrent het al dan niet contradictoir karakter van het deskundigenonderzoek in strafzaken is niet nieuw en was, in het verleden, reeds het voorwerp van tal van uitspraken van zowel nationale als internationale rechtsorganen en van ettelijke artikelen in de rechtsleer. Het is een bijzonder omvattende debatstof, die een veelvoud van complexe en verwante problemen aanvoert. De verleiding is dan ook groot om die verschillende problemen gelijktijdig aan te pakken. De bekoring zal wellicht nog worden versterkt door de werkwijze die gevolgd zal worden en die uitgaat van een «historisch» perspectief.

Nochtans kan het niet de bedoeling zijn om vandaag een oplossing aan te reiken voor al deze problemen. Het enige probleem waarover het Hof vandaag uitspraak moet doen, blijft beperkt tot de vraag omtrent het vereiste van tegenspraak van slechts één bepaalde categorie van deskundigenonderzoeken, namelijk die welke worden bevolen door de strafrechter *in zijn hoedanigheid van vonnisrechter* en die *uitsluitend betrekking hebben op de afhandeling van de nog resterende burgerlijke belangen en geen enkele invloed hebben op de strafvordering*.

II. OVERZICHT VAN DE EVOLUTIE VAN DE RECHTSPRAAK

A. De rechtspraak in België vóór 1997

In het navolgende «historisch» overzicht zullen evenwel ook de deskundigenonderzoeken die worden bevolen (door de parketmagistraat of door de onderzoeksrechter) in vroegere fases van de rechtspleging, alsmede de expertises die alleen op de strafvordering of gelijktijdig op de strafvordering én de burgerlijke rechtsvordering betrekking hebben, aan bod moeten komen om na te gaan of een eventueel verschil in benadering kan worden verantwoord. De rechtspraak omtrent deze laatste twee categorieën van deskundigenonderzoeken staat hier vandaag evenwel geenszins ter discussie.

2. De vraag die hiervoor reeds werd herleid tot het onderzoek naar de toepasselijkheid van art. 962 e.v. Ger.W. dient nog verder te worden uitgezuiverd.

Het Hof dient namelijk niet meer te onderzoeken volgens welke «algemene» vormvoorschriften of procedureregels de

afhandeling van de burgerlijke rechtsvordering, die gelijktijdig met de strafvordering aan de strafrechter werd voorgelegd, dient te verlopen: het antwoord op deze vraag is gekend.

Uit zuiver theoretisch oogpunt zijn er twee systemen denkbaar: ofwel worden op het hele proces dezelfde procedureregels toegepast ofwel verloopt de afhandeling van elke vordering volgens haar eigen specifieke pleegvormen. Beide opties bieden voor- en nadelen en voor beide stelsels zijn argumenten te vinden. Uw Hof heeft resoluut gekozen voor de eerste oplossing.

Voor de oplossing van dit probleem wordt traditioneel verwezen naar de noot van procureur-generaal P. Leclercq onder het arrest van het Hof van 22 mei 1922,¹ hoewel de basisstelling ook reeds kan worden teruggevonden in het arrest van uw Hof van 19 februari 1912.² In deze noot verdedigde procureur-generaal P. Leclercq de stelling dat de rechtspleging wordt bepaald door de «aard van het gerecht» waarvoor het geschil aanhangig is en niet door de «aard van de belangen» die worden betwist. Uit deze stelling mag evenwel niet worden afgeleid dat de «aard van de belangen» niet meer als criterium in aanmerking komt, wel integendeel: de «aard van de belangen» blijft zonder meer het «primaire» criterium. Volgens procureur-generaal P. Leclercq is het immers juist aan de hand van de aard van de in het geding zijnde belangen dat (in de regel) zal worden bepaald welke rechter bevoegd is om van de zaak kennis te nemen, en is het slechts uit deze eerste bevoegdheidsbepaling dat zal volgen welke procedureregels moeten worden toegepast. Het gaat bijgevolg om een «tweestappen»-redenering.

In de mate waarin de procedureregels, die verschillen naargelang van de aard van het gerecht, de algemene wijze en de algemene modaliteiten regelen volgens welke, voor dit specifieke gerecht, recht wordt gesproken en geschillen worden beslecht, belangt de naleving ervan, volgens procureur-generaal P. Leclercq, ook, in zekere mate, de openbare orde aan (en ontsnappen zij dus aan de vrije beschikking van de partijen).

Deze stelling heeft als logisch gevolg dat ook de burgerlijke rechtsvordering die bij de strafrechter wordt ingesteld, (in principe) wordt behandeld volgens de procedureregels van het strafproces. Er zij onmiddellijk opgemerkt dat deze stelling, die nadien nog herhaaldelijk door uw Hof werd herbevestigd,³ een «algemene» draagwijdte heeft, in die zin dat het principe dat «de aard van het (geadieerde) gerecht» de «aard van de te volgen procedure» bepaalt, door uw Hof werd toegepast op een grote verscheidenheid van situaties,

¹ Cass., 22 mei 1922, *Pas.*, 1922,I, 317, met noot procureur-generaal P. LECLERCQ.

² Cass., 19 februari 1912, *Pas.*, 1912,I, 122.

³ Cass., 6 januari 1946, *Pas.*, 1946,I, 5, met noot procureur-generaal R. HAYOT DE TERMICOURT, Cass., 15 oktober 1986, A.R. 5141, nr. 88; Cass., 28 oktober 1957, *Arr. Cass.*, 1958, 101; F. PIEDBOEUF, «L'expertise et la réparation du dommage», *Ann. Fac. Dr. Liège*, 1980, 273 e.v.

die allemaal als gemeenschappelijk kenmerk hadden dat telkens de toepasselijkheid van het burgerlijk procesrecht op bepaalde onderdelen van het strafproces werd aangevoerd. Voor sommige van deze situaties bestond er geen enkele specifieke «eigen» regeling in het strafprocesrecht, in andere gevallen waren de regels van het burgerlijk procesrecht (fundamenteel) verschillend van die van het strafprocesrecht. De stelling van P. Leclercq werd dus ook toegepast op totaal andere materies dan het probleem van het contradictoir karakter van het deskundigenonderzoek in strafzaken.

De regel dat de burgerlijke rechtsvordering, vanuit procesrechtelijk standpunt bekeken, het regime van de strafvordering moet volgen is dus een zuivere toepassing van de stelling van procureur-generaal P. Leclercq: de strafvordering (primaar criterium) moet inderdaad voor de strafrechter worden gebracht, en omdat de bevoegde rechter de strafrechter is, dienen de regels van het strafprocesrecht te worden gevolgd, ook voor de burgerlijke rechtsvordering die gelijktijdig voor die strafrechter wordt gebracht en die slechts het «accessorium» is van de strafvordering. Deze stelling wordt door het Hof consequent doorgetrokken, ook wanneer al een beslissing is gevallen omtrent de strafrechtelijke aspecten en dus alleen nog de burgerlijke rechtsvordering overblijft: de bevoegde rechter is nog steeds de strafrechter en de te volgen procedureregels zijn bijgevolg die van het strafprocesrecht.

Het door P. Leclercq voorgestelde criterium – dat overigens van toepassing is op *alle* rechtsplegingen (zie *infra*) – is dus niet dienstig om het probleem dat vandaag rijst op te lossen: dit probleem valt immers niet te situeren op het niveau van de vraag naar het «algemeen» toepasselijke procesrecht, maar wel op het niveau van de vraag *welke procedureregels* dienen te worden toegepast wanneer dit «algemeen» toepasselijke procesrecht, *in casu* het strafprocesrecht, *stilzwijgend* blijft of *leemtes* vertoont.

Wat deze laatste vraag betreft, heeft de toepassing van de stelling van P. Leclercq blijkbaar aanleiding gegeven tot misverstanden.

Ten onrechte hebben sommigen het criterium van P. Leclercq rechtstreeks gekoppeld aan art. 2 Ger.W. Nochtans dient het criterium dat P. Leclercq voorstelt, te worden beschouwd als een algemeen geldend criterium, dat van toepassing is op *alle* rechtszaken en op *alle* rechtsplegingen. Het zou dan ook verkeerd zijn te beweren dat wij hier staan voor een «rechtsbeginsel» dat uitsluitend van toepassing is in strafzaken, dat exclusief behoort tot het strafprocesrecht of dat alleen de strafrechtspleging regelt. Daaruit volgt dat het ook niet kan worden beschouwd als een «rechtsbeginsel» *als bedoeld in art. 2 Ger.W.*: in die zin komt het principe van P. Leclercq dus niet in rechtstreekse concurrentie met de bepaling van art. 2 Ger.W., zoals sommigen,⁴ waaronder het Arbitragehof⁵ (zie *infra*), – minstens impliciet –, lijken aan te nemen. Het criterium van P. Leclercq kan dus geen beletsel zijn om de toepassing van

art. 2 Ger.W., in zoverre dit voorschrijft dat de bepalingen van dit wetboek van toepassing zijn op «*alle rechtsplegingen*», uit te sluiten.

Wanneer deze rechtstreekse koppeling toch zou worden gemaakt – wat zou inhouden dat de jurisprudentiële stelling van P. Leclercq moet worden gelijkgesteld met een algemeen «rechtsbeginsel *behorende tot het strafprocesrecht*» –, dan zou dit tot gevolg hebben dat de wettelijke regel van art. 2 Ger.W. (volledig) zou worden uitgehold. Wanneer het immers uitsluitend «de aard van het gerecht» zou zijn die de procedureregels in strafzaken bepaalt – ook wanneer het strafprocesrecht leemtes vertoont –, dan zou dit noodzakelijkerwijze tot gevolg hebben dat elke toepassing van «vreemde» regelen op absolute wijze zou worden uitgesloten, wat totaal in strijd is met het principe van art. 2 Ger.W., dat bepaalt dat de regels van het wetboek het gemeene procesrecht vormen, dat suppletief moet worden toegepast telkens als dit noodzakelijk (en niet onverenigbaar) blijkt.

Het feit dat uw Hof, ondanks de herhaalde herbevestiging van het principe dat de «aard van het gerecht» de procedure bepaalt, toch een aantal regelen van het Gerechtelijk Wetboek van toepassing heeft verklaard om bestaande leemtes in het strafprocesrecht op te vullen, toont evenwel aan dat het criterium van P. Leclercq niet als een «rechtsbeginsel *behorende tot de strafrechtspleging*» kan worden beschouwd.

De vraag waarmee uw Hof vandaag wordt geconfronteerd, heeft dus enkel betrekking op de wijze waarop de afwezigheid van enige precieze regeling in het strafprocesrecht omtrent het verloop van het deskundigenonderzoek, moet worden opgevuld. Het probleem moet bijgevolg worden gesitueerd in de ruimere context van de toepassing van de principes vervat in art. 2 Ger.W. en meer bepaald in de vraag naar de verzoenbaarheid⁶ van (de) voorschriften van het Gerechtelijk Wetboek met de specificiteit van het strafproces, in zoverre binnen dit strafproces een deskundige wordt aangesteld om de rechter in staat te stellen (ook nog) een uitspraak te doen over de burgerlijke belangen.

3. Art. 2 Ger.W. aanvaardt als basisprincipe dat «*de in dit wetboek gestelde regels (...) van toepassing (zijn) op alle rechtsplegingen*». Het Gerechtelijk Wetboek of de regelen van het gerechtelijk privaatrecht vormen dus het «*ius commune*»⁷ voor de rechtspleging. Dit blijkt duidelijk uit de parlementaire voorbereiding en uit het verslag van Charles Van Reepinghen: «Men heeft aldus de onzekerheid willen verhelpen die ontstaan is uit het stilzwijgen van de wet in aangelegenheden waarin de regelen van de formaliteiten niet uitdrukkelijk werden bepaald; het Gerechtelijk Wetboek vormt voortaan het gemeen recht van de rechtspleging».⁸ Procureur-generaal E. Krings is enigszins meer genuanceerd wanneer hij schrijft dat de betekenis van art. 2 Ger.W. niet zozeer is de bepalingen van de burgerlijke rechtspleging als een soort gemeen recht van de rechtsple-

⁶ De wet spreekt van «verenigbaarheid» of «compatibiliteit» (art. 2 Ger.W.).

⁷ B. DE SMET, «De afbrokkeling van het geheim karakter van het deskundigenonderzoek in strafzaken», *R.W.* 1998-99, 106.

⁸ Memorie van Toelichting van het ontwerp van wet houdende het Gerechtelijk Wetboek, *Parl. St.*, Senaat, 1963-64, nr. 60, p.IV; Ch. VAN REEPINGHEN, *Verslag over de gerechtelijke hervorming*, I, Brussel, 1964, p. 33.

⁴ F. PIEDBOEUF, *o.c.*, 303. Ook A. MASSET lijkt van die visie uit te gaan in zijn noot onder het arrest van het Arbitragehof van 30 april 1997, «L'expertise pénale du fond (enfin) contradictoire», *J.L.M.B.*, 1997, 792.

⁵ Arbitragehof, 30 april 1997, nr.24/97, *J.L.M.B.*, 1997, 788 met noot A. MASSET.

ging te beschouwen, dan wel leemtes aan te vullen, telkens als dit noodzakelijk blijkt te zijn.⁹

Datzelfde art. 2 Ger.W. voorziet evenwel onmiddellijk in een dubbele uitzondering op dit basisprincipe, namelijk «wanneer (de rechtspleging) geregeld (wordt) door niet uitdrukkelijk opgeheven wetsbepalingen» of «(wanneer de rechtspleging) geregeld wordt door rechtsbeginselen, waarvan de toepassing niet verenigbaar is met de toepassing van de bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek».¹⁰ De toepasselijkheid van het Gerechtelijk Wetboek als «aanvulling» op het strafprocesrecht is dus aan een dubbele voorwaarde onderworpen: de strafrechtspleging moet een leemte vertonen en de bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek waardoor men deze leemte wenst aan te vullen, moeten gebaseerd zijn op beginselen die met het strafprocesrecht verenigbaar zijn.¹¹

4. Het Hof heeft het probleem van de «aanvulling» van de leemtes van het strafprocesrecht met de regelen van het burgerlijk procesrecht steeds zeer behoedzaam en omzichtig benaderd en het heeft beide uitzonderingen van art. 2 Ger.W. steeds vrij ruim geïnterpreteerd: zo wordt de eerste uitzondering toegepast van zodra er bijzondere procedure-regelen bestaan, zelfs al zwijgen deze regelen over een bepaald onderdeel van die rechtspleging.

Daarnaast heeft het Hof herhaaldelijk ook de tweede uitzondering, die betrekking heeft op de «met de toepassing van de bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek niet verenigbare rechtsbeginselen» als «dam» gebruikt om een «insijpeling» van de regelen van het gerechtelijk privaatrecht in het strafproces(recht) tegen te gaan. Ook hier wordt een ruime interpretatie gehanteerd: werkelijke onverzoenbaarheid wordt immers niet vereist.¹²

5. Het Hof heeft, op die wijze, enerzijds, het Wetboek van Strafvordering en de andere wetten betreffende de strafrechtspleging steeds, in hun geheel, beschouwd als een «*lex specialis*», die, – overigens met toepassing van art. 2 Ger.W. –, voorrang moet krijgen op de regelen van het «*ius commune*», zoals dit vervat ligt in het Gerechtelijk Wetboek, terwijl, anderzijds, ook het argument van de eigenheid¹³ van het strafproces, – gebaseerd op de specifieke finaliteit, op de specifieke kenmerken¹⁴ ervan en op de specifieke rol van de strafrechter, die «wezenlijk» afwijken van die van het burgerlijk proces, – herhaaldelijk werd ingeroepen om de transpositie van het «gemene» gerechtelijk recht op het strafproces af te wijzen.

6. De arresten die verwijzen naar de stelling van P. Declercq werden hiervoor reeds belicht: het principe, dat de

aard van het gerecht de te volgen vormvoorschriften bepaalt, werd door het Hof inderdaad ook toegepast op het probleem van het contradictoir karakter van het deskundigenonderzoek in strafzaken. Voor zover zij werden gewezen vóór de inwerkingtreding van het Gerechtelijk Wetboek, moeten deze arresten opnieuw in hun historisch kader worden geplaatst. Uit de bespreking (zie *supra*, nr. 2) is gebleken dat dit principe een beginsel is met algemene gelding, dat van toepassing is op *alle* rechtsplegingen. Het is dus geen *rechtsbeginsel van de strafrechtspleging*, dat zich «als zodanig», in de zin van art. 2 Ger.W., tegen de toepassing van de regelen van het Gerechtelijk Wetboek zou verzetten, omdat het met de toepassing ervan onverenigbaar is. Zo deze stelling *in se* dus niet in aanmerking komt als «obstakel» om de leemtes van het strafprocesrecht inzake de deskundigenonderzoeken aan te vullen met de regelen van het Gerechtelijk Wetboek, dan rest er ons nog na te gaan of er eventueel andere «aan het strafproces eigen» rechtsbeginselen zijn, die zich tegen een dergelijke transplantatie verzetten. Een overzicht van de rechtspraak kan hierbij behulpzaam zijn, omdat het de krijtlijnen zal aantonen die het Hof bij het onderzoek van dit probleem getrokken heeft.

7. Een belangrijke opmerking bij dit overzicht is, dat het, op basis van de arresten alleen, niet steeds mogelijk is om uit te maken of de beslissing betrekking had op een deskundigenonderzoek bevolen door de onderzoeksrechter of door de feitenrechter en dat het ook niet altijd even duidelijk is of het deskundigenonderzoek enkel betrekking had op de strafvordering of exclusief de burgerlijke rechtsvordering betrof, dan wel een gemengd karakter had.

8. In zijn arrest van 28 maart 1927,¹⁵ op voorziening van de beklaagde, besliste het Hof dat het (toenmalig) art. 317 van de *Code de procédure civile*, dat inhoudelijk ongeveer overeenstemde met het huidige art. 978 Ger.W., niet van toepassing was op deskundigenonderzoeken bevolen door een strafgerecht. Als verantwoording voor deze stelling preciseert het Hof, enerzijds, dat art. 153 en 190 Sv. (net zoals art. 211)¹⁶ (enkel) betrekking hebben op de openbaarheid van de terechtzitting,¹⁷ waarop het verslag van de deskundige zal moeten worden naar voor gebracht, waar de rechtbank er kennis van zal nemen en waar de partijen hun opmerkingen kunnen laten kennen, en, anderzijds, dat in strafzaken, geen enkele wet(sbepaling) voorschrijft dat de deskundige zijn opzoekingen (in het openbaar en) in het bijzijn van de partijen moet verrichten, noch dat hij zijn bevindingen met de partijen moet bespreken.

Het arrest van 16 februari 1948¹⁸ volgt dezelfde redenering, maar geeft nog een bijkomende precisering, wanneer het stelt dat art. 315 (dat inhoudelijk overeenkomt met het huidige art. 973 Ger.W.) en 317 (oud) Wetboek van Burgerlijke Rechtspleging, in zoverre zij de oproeping van de partijen bij de werkzaamheden van de deskundige voorschrijven, niet van toepassing zijn op de door een strafgerecht bevolen deskundigenonderzoeken, «*zelfs wanneer dit gerecht nog slechts van de vordering van de burgerlijke partij kennis te nemen heeft*». Deze regel, die uitdrukkelijker in de samen-

⁹ J.E. KRINGS, «De toepassing van de regelen van het Gerechtelijk Wetboek op de rechtsplegingen in strafzaken, tuchtzaken, fiscale zaken e.a.», in *Actuele problemen van gerechtelijk privaatrecht*, Leuven, Acco, 1976, 9.

¹⁰ Zie betreffende deze problematiek R. DECLERCQ, «Raakvlakken gerechtelijk privaatrecht – strafprocesrecht», *T.P.R.*, 1980, 32 e.v.

¹¹ J. D'HAENENS, *Belgisch Strafvocesrecht*, 36.

¹² P. VAN ORSHOVEN, «Tussen laksheid en formalisme – Voor een grondwettige interpretatie van het procesrecht», *R.W.* 1997-98, 707.

¹³ M. FRANCHIMONT, *Manuel de procédure pénale*, 11.

¹⁴ R. HAYOIT DE TERMICOURT, «Considérations sur le projet de Code judiciaire», *Openingsrede*, 1966, 15.

¹⁵ Cass., 28 maart 1927, *Pas.*, 1927, I, 187.

¹⁶ Cass., 13 maart 1961, *Pas.*, 1961, I, 753.

¹⁷ Deze rechtspraak werd eveneens herhaaldelijk herbevestigd: Cass., 9 oktober 1973, *Arr. Cass.*, 1974, 160.

¹⁸ Cass., 16 februari 1948, *Arr. Cass.*, 1948, 93.

vatting terug te vinden is dan in het arrest zelf, is opnieuw een zuivere toepassing van de stelling van P. Leclercq.

Ook de arresten van 5 november 1951, 20 april 1953, 13 maart 1961, 26 september 1971, 26 oktober 1977 en 20 december 1977¹⁹ hebben dezelfde strekking. In de arresten gewezen vóór de inwerkingtreding van het Gerechtelijk Wetboek, met name die van 5 november 1951 en 20 april 1953, wordt de stelling herbevestigd dat de wijze waarop de rechtspleging wordt gevoerd, *door de wet*²⁰ niet volgens de aard van de in het geding betrokken belangen wordt bepaald, maar volgens de aard van het geadieerde gerecht. Daaruit volgt opnieuw, steeds volgens het Hof, in het arrest van 5 november 1951, «dat de bepalingen van het Wetboek van Strafvordering op de door het strafgerecht bevolen deskundigenonderzoeken van toepassing blijven, zelfs wanneer dit gerecht enkel nog van de vordering van de burgerlijke partij behoeft kennis te nemen». De toevoeging in de arresten van 5 november 1951 en 20 april 1953 van de precisering «*door de wet*», lijkt niet alleen te verwijzen naar de onderliggende redenering die P. Leclercq volgde in zijn noot onder het arrest van 22 mei 1922, maar ook naar het specifieke eigen karakter (en inzonderheid naar de inquisitoriale kenmerken) van het strafprocesrecht.

De hiervoor geciteerde arresten voegen evenwel, net zoals het arrest van 9 oktober 1973,²¹ nog een ander nieuw element toe aan het bovenvermelde arrest van 28 maart 1927, aangezien het Hof telkens beslist dat «de rechten van de verdediging niet geschonden worden door het feit dat aanlegger de werkzaamheden van de deskundigen niet zou hebben kunnen bijwonen, omdat aanlegger dit verslag in de loop van de debatten ter zitting in bespreking heeft kunnen brengen en zijn opwerpingen dienaangaande heeft kunnen laten gelden».

Uit deze arresten kunnen dus, benevens het reeds besproken principe van P. Leclercq, drie nieuwe argumenten worden gedistilleerd, die door het Hof werden aangewend om de toepassing uit te sluiten van bepalingen (uit het Wetboek van Burgerlijke Rechtspleging of uit het latere Gerechtelijk Wetboek) die de tegenspraak voorschrijven, namelijk:

1° Het feit dat art. 153, 190 en 211 Sv., die voorzien in een openbare en contradictoire procedure, alleen gelden voor de «terechtzing».

Dit eerste argument, dat enkel wordt teruggevonden in de arresten van 28 maart 1927, 13 maart 1961 en 9 oktober 1973, dient onmiddellijk te worden gerelativeerd: telkens werd immers door de eisers gepoogd om, op basis van art. 153, 190 en 211 Sv., het vereiste van de tegenspraak uit te breiden naar stadia van de rechtspleging die de eigenlijke terechtzitting voorafgingen. Stelselmatig antwoordde het Hof hier terecht op dat deze artikelen enkel gelden voor de terechtzitting. Dit antwoord houdt (enkel) in dat men uit *die specifieke artikelen* geen argumenten kan putten om de

voorafgaande fases ook openbaar en contradictoir te laten verlopen, precies omdat *die artikelen enkel betrekking hebben op de terechtzitting zelf*. Deze stelling is onbetwistbaar correct: men kan geen recht voor een specifiek onderdeel van de rechtspleging opeisen door zich te baseren op wetsbepalingen die dat recht enkel voorschrijven voor een ander onderdeel van de procedure.

Betekent dit evenwel dat elke fase, gesitueerd tussen de verwijzing naar de vonnisrechter en de eigenlijke terechtzitting, hierin begrepen alle tussenliggende onderzoeksmaatregelen die door de vonnisrechter worden bevolen, noodzakelijkerwijze van de waarborgen die deze drie artikelen bieden, moet worden uitgesloten? F. Piedboeuf²² meent alvast van niet en hij voert hierbij onder meer als argument aan dat uw Hof nooit een expertise heeft geweerd wegens het contradictoire verloop ervan. Uit de juistheid van de eerste stelling kan alleszins niet automatisch tot de onjuistheid van de tweede stelling worden besloten. Art. 153, 190 en 211 Sv. leggen dus, als zodanig, geen verbod van tegenspraak op voor de voorgaande fase (tussen verwijzing en terechtzitting), zij leggen enkel de verplichting op van openbaarheid en tegenspraak voor de terechtzitting zelf. Zij staan een contradictoir deskundigenonderzoek bevolen door de vonnisrechter dus niet in de weg, tenzij men zou uitgaan van de veronderstelling dat deze artikelen juist zouden inhouden dat de wetgever uitdrukkelijk heeft gewild dat de procedure tot op het ogenblik van de terechtzitting absoluut inquisitoriaal zou blijven. Deze laatste interpretatie strookt evenwel niet met de filosofie die ten grondslag ligt aan een aantal min of meer recente wetswijzigingen en is evenmin te verzoenen met het feit dat de regeling van de rechtspleging contradictoir is.

2° Het feit dat geen enkele wetsbepaling voorschrijft dat de deskundige zijn opzoeken (in het openbaar) en in het bijzijn van de partijen moet verrichten, noch dat hij zijn bevindingen met de partijen moet bespreken.

De pertinentie van dit argument, dat blijkbaar enkel terug te vinden is in arresten die dateren van vóór de inwerkingtreding van het Gerechtelijk Wetboek, moet precies om deze reden eveneens in vraag worden gesteld. Indien het onderzoek naar het bestaan van tegenstrijdige wetsbepalingen of naar met het strafproces onverenigbare rechtsbeginselen negatief zou blijken, dan zal moeten worden vastgesteld dat deze stelling niet (langer) kan worden gehandhaafd: art. 2 Ger.W. schrijft dan immers zelf voor dat de bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek dienen te worden toegepast.

3° Het feit dat de rechten van de verdediging niet worden geschonden door het gebrek aan tegenspraak, aangezien de partijen het verslag in de loop van de debatten ter zitting in bespreking kunnen brengen en hun opmerkingen kunnen laten kennen.

Zoals aangegeven bij het begin van het tweede deel van deze tussenkomst, kan uw Hof zich in deze concrete zaak niet beperken tot deze enkele appreciatie om het eerste middel te beantwoorden. Bovendien, en veel belangrijker, zal verder ook blijken dat het loutere feit dat een partij formeel in de mogelijkheid wordt gesteld om het verslag ter terechtzitting te bespreken en aan kritiek te onderwerpen, naar het oordeel van het Europese Hof voor de rechten van

¹⁹ Cass., 5 november 1951, *Arr. Cass.*, 1952, 102; Cass., 20 april 1953, *Arr. Cass.*, 1953, 557; Cass., 13 maart 1961, *Pas.*, 1961, I, 753; Cass., 26 september 1971, *R.W.* 1971-72, 1485; Cass., 26 oktober 1977, *Arr. Cass.*, 1978, 262; Cass., 20 december 1977, *Arr. Cass.*, 1978, 482.

²⁰ De toevoeging «*door de wet*» vindt men enkel terug in de hiervoor geciteerde arresten van 5 november 1951 en 20 april 1953.

²¹ Cass., 9 oktober 1973, *Arr. Cass.* 1974, 160.

²² F. PIEDBOEUF, «L'expertise et la réparation du dommage», *Ann.Fac.Dr.Liège*, 1980, 304.

de Mens (arrest Mantovanelli – zie *infra*) en van het Arbitragehof niet langer kan volstaan.

De drie voornoemde argumenten volstaan bijgevolg niet (langer) om de tegenspraak in deskundigenonderzoeken, bevolen door de strafrechter en die de burgerlijke rechtsvordering tot voorwerp hebben, uit te sluiten.

9. Dat de hiervoor vermelde rechtspraak van het Hof overigens niet in zijn meest absolute betekenis werd geïnterpreteerd mag blijken uit het arrest van 24 december 1970 van het Hof van Beroep te Brussel.²³ In dit arrest herhaalt het hof van beroep eerst het principe dat in strafzaken de accessoire burgerlijke rechtsvordering onderworpen blijft aan de regelen van het strafprocesrecht (zelfs na de afhandeling van de strafvordering), zodat het deskundigenonderzoek in strafzaken zijn niet-contradictoir karakter behoudt en de deskundige bijgevolg niet ertoe gehouden is de partijen uit te nodigen om de onderzoeksverrichtingen bij te wonen. Het hof van beroep voegt er evenwel onmiddellijk aan toe dat (ondanks dit gegeven) er geen enkele wettelijke bepaling aan de deskundige verbiedt om, vóór de indiening van zijn verslag, de partijen in te lichten over de resultaten van (bepaalde van) zijn onderzoeksverrichtingen of om, door overleg met de technische raadgevers van de partijen, zijn bevindingen opnieuw af te wegen. Het hof van beroep preciseert overigens als antwoord op een ander verweermiddel – voorzichtigheidshalve, maar terecht – dat de standpunten die bij dit overleg worden aangenomen op geen enkele wijze de betrokken partijen binden ten aanzien van het debat over de grond van de zaak.

10. In zijn arrest van 16 december 1980²⁴ onderzoekt het Hof de relatie tussen, enerzijds, het (al dan niet) contradictoir verloop van het deskundigenonderzoek in strafzaken en, anderzijds, het vereiste van de eerlijke behandeling van de zaak, als voorgeschreven door art. 6, eerste lid, E.V.R.M. Na te hebben herinnerd aan het principe dat, om te beoordelen of de zaak eerlijk werd behandeld, moet worden nagegaan of de zaak, *in haar geheel*, het voorwerp van een eerlijk proces heeft uitgemaakt, preciseert het Hof dat «wanneer een deskundigenonderzoek (in strafzaken)²⁵ niet volgens de overigens niet op straffe van nietigheid voorgeschreven regelen (van het Gerechtelijk Wetboek, die het contradictoir karakter ervan waarborgen) zou zijn gebeurd, daaruit niet kan worden afgeleid dat de zaak niet eerlijk werd behandeld, wanneer de partijen voor het rechtscollege dat ten gronde uitspraak moest doen, de mogelijkheid hadden het deskundigenverslag te betwisten, niet enkel met betrekking tot de aangevoerde onregelmatigheden, maar ook met betrekking tot de vaststellingen en de besluiten van de deskundige». Ook deze stelling werd door het Hof herhaaldelijk herbevestigd, zowel in strafzaken²⁶ als in tuchtzaken.²⁷ Zoals hiervoor reeds werd gemeld, dient ook dit standpunt te worden herbekeken in het licht van het

arrest «Mantovanelli» van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens, dat preciseert dat «deze mogelijkheid om het verslag te betwisten» een «adequate mogelijkheid tot daadwerkelijke betwisting» moet uitmaken (zie *infra*).

11. Het arrest van het Hof van 17 november 1981²⁸ voegt niets toe aan de hiervoor vermelde rechtspraak, maar is bijzonder in die zin, dat het Hof expliciet overweegt «dat art. 973 Ger.W. als dusdanig niet van toepassing is in strafzaken». Deze stelling is door zijn (al te) formeel karakter wellicht te verregaand: art. 973 Ger.W. handelt namelijk niet alleen over de oproeping van de partijen om de verrichtingen bij te wonen (art. 973, derde lid), maar tevens over het toezicht van de rechter op de deskundige bij het vervullen van zijn opdracht. Het spreekt voor zich dat de strafrechter, die als feitenrechter een deskundige aanstelt (zij het in zuiver strafrechtelijke aangelegenheden of in het raam van de afhandeling van de burgerlijke rechtsvordering), net zoals de onderzoeksrechter overigens, toezicht moet uitoefenen op de wijze waarop de deskundige de hem opgelegde opdracht vervult. Deze stelling is door zijn «absoluut» karakter des te verwonderlijker, wanneer men, bij verdere nalezing van het arrest, moet vaststellen dat het middel blijkbaar precies betrekking had op een beweerd gebrek aan toezicht van de rechter.

12. De hiervoor (zie *supra*, nr. 10) besproken rechtspraak met betrekking tot de niet-schending van art. 6.1. E.V.R.M. of de niet-miskenning van het recht van verdediging door het enkele feit dat een deskundigenonderzoek in strafzaken op niet-contradictoire wijze wordt uitgevoerd, vindt men terug in een arrest van het Hof van 23 april 1982.²⁹ Belangrijker is evenwel dat het Hof in dit arrest, blijkbaar voor het eerst,³⁰ de absolute stelling enigszins afzwakt en ruimte schijnt te scheppen voor uitzonderingen. Het Hof beslist immers «dat, indien het deskundigenonderzoek in strafzaken in beginsel niet op contradictoire wijze wordt uitgevoerd en het deskundigenonderzoek in burgerlijke zaken in beginsel wel op contradictoire wijze wordt uitgevoerd, dit onderscheid op zichzelf geen miskenning inhoudt van de artikelen 6.1. 2.b E.V.R.M. en van het recht van verdediging». Sindsdien lijkt de toevoeging van de nuance «in beginsel»³¹ of «in de regel»³² een vaste gewoonte geworden te zijn³³ van het Hof.

B. Het arrest «Mantovanelli»

13. Alle hiervoor vermelde elementen zijn terug te vinden in de rechtspraak van het Hof van vóór 1997. Het lijkt raadzaam om hier het «historisch verloop» van de cassatierechtspraak te onderbreken om even stil te staan bij het

²⁸ Cass., 17 november 1981, *Arr. Cass.*, 1981-82, 371.

²⁹ Cass., 23 april 1982, *Arr. Cass.*, 1981-82, 1020.

³⁰ Ook in andere arresten kan men al een «opening» in die zin vinden : zo oordeelt het arrest van 26 oktober 1977, (*Arr. Cass.* 1978, 262) dat de oproeping van de partijen voor de verrichtingen van de deskundige «niet verplichtend» is, waaruit kan worden afgeleid dat het evenmin «verboden» is om ze op te roepen.

³¹ Cass., 1 juni 1988, A.R. 6545, nr. 603.

³² Cass., 7 februari 1995, A.R. P.95.0002.N, nr. 75

³³ Toch zijn er nog arresten die meer formeel klinken: Cass., 26 mei 1995, *R.W.*, 1995-96, 109, met conclusie van advocaat-generaal BRESSELEERS (in tuchtzaken).

²³ Brussel, 24 december 1970, *J.T.* 1971, 132.

²⁴ Cass., 16 december 1980, *Arr. Cass.*, 1980-81, 440.

²⁵ Het arrest van 16 december 1980 bevestigt in feite een standpunt dat het Hof reeds eerder had ingenomen inzake de regelmatigheid van een deskundigenonderzoek in burgerlijke aangelegenheden (Cass., 22 mei 1978, *Arr. Cass.*, 1978, 1109).

²⁶ Cass., 23 april 1982, *Arr. Cass.*, 1981-82, 1020.

²⁷ Cass., 26 mei 1995, *R.W.*, 1995-96, 109, met conclusie van advocaat-generaal BRESSELEERS.

arrest «Mantovanelli» van 18 maart 1997 van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens en bij een aantal arresten van het Arbitragehof, die eveneens betrekking hebben op de problematiek van het (niet-)contradictoir karakter van het deskundigenonderzoek.

14. In het arrest «Mantovanelli tegen Frankrijk»³⁴ onderzocht het Europese Hof voor de Rechten van de Mens het probleem van het niet-contradictoir karakter van een geneeskundige expertise, bevolen door de Franse administratieve rechtbank te Nancy, in het raam van een schade-eis ingediend door het echtpaar Mantovanelli wegens het overlijden van hun dochter Jocelyne, ingevolge professionele fouten, begaan door de behandelende geneesheren.

Voor het Europese Hof voor de Rechten van de Mens voerde het echtpaar aan dat hun recht op een eerlijk proces, in de zin van art. 6.1 E.V.R.M., werd miskend omdat het deskundigenonderzoek niet contradictoir verlopen was.

Het echtpaar argumenteerde dat het zelf, noch hun raadslieden, in strijd met de voorschriften van art. R.123 van de Franse «Code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel», werden ingelicht van de datum van de onderzoeksverrichtingen (met name het verhoor van de behandelende geneesheren) en dat de deskundige in zijn verslag bovendien verwees naar stukken waarvan zij geen kennis hadden gekregen en die zij evenmin hadden kunnen verkrijgen van de ziekenhuisadministratie. Het echtpaar Mantovanelli voerde aan dat hen daardoor de mogelijkheid werd ontzegd om de personen, die verhoord werden door de deskundige, zelf ook te ondervragen, om aan die deskundige de nodige opmerkingen te maken betreffende de onderzochte stukken of de getuigenverklaringen of om aanvullende onderzoeksverrichtingen te laten uitvoeren. De inhoud van het (definitieve) deskundigenverslag werd hen weliswaar ter kennis gebracht en werd eveneens onderworpen aan een contradictoir debat voor de administratieve rechtbank, maar zij werden, naar eigen zeggen, niet in de mogelijkheid gesteld om «met gelijke wapens» mede te werken aan het opmaken van dit rapport.

De Europese Commissie voor de Rechten van de Mens was van oordeel dat het eerbiedigen van het contradictoir karakter van een rechtspleging impliceert dat, wanneer een rechtbank een deskundigenonderzoek beveelt, de partijen de mogelijkheid moeten hebben om de elementen die de deskundige in aanmerking neemt om zijn opdracht te vervullen, in zijn bijzijn, te betwisten. Drie redenen liggen, volgens de Commissie, ten grondslag aan dit principe: a) een dergelijk deskundigenonderzoek, uitgevoerd onder het gezag en ter verdere voorlichting van de rechtbank, maakt integraal deel uit van de rechtspleging; b) de rechtbank is niet in staat om zelf alle technische vraagstukken te beoordelen, zodat het deskundigenonderzoek dat wordt gevoerd door de expert van aard is om het gerechtelijk onderzoek te vervangen («l'investigation menée par l'expert tend à remplacer l'enquête judiciaire»); c) de enkele mogelijkheid om het deskundigenverslag te betwisten (tijdens de procedure) voor de

rechtbank waarborgt, op zichzelf, niet een daadwerkelijke uitwerking van het principe van de tegenspraak («ne permet pas une mise en oeuvre efficace du contradictoire»), omdat het deskundigenverslag in dit stadium van de rechtspleging (reeds) een definitief karakter heeft. Volgens de Europese Commissie werd art. 6.1. E.V.R.M. bijgevolg miskend.

De Franse Staat voerde aan dat het, naar Frans (intern) recht, aan de administratieve rechter toekomt het resultaat van de onderzoeksmaatregelen, die hij beveelt, te beoordelen, zodat deze rechter ook een deskundigenonderzoek dat was totstandgekomen was zonder dat de voorschriften van art. R.123 van de *Code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel* werden nageleefd, in aanmerking kon nemen. Volgens de Franse regering kwam het betwiste deskundigenonderzoek, in dit specifieke geval en ondanks de onregelmatigheid die er aan kleefde, tegemoet aan de uiteindelijke bedoeling ervan: het voorlichten van de rechtbank. Nog volgens Frankrijk was de kritiek van het echtpaar Mantovanelli gericht tegen de bewijswaardering door de rechter, wat aan de beoordeling van het Europees Hof ontsnapt. Tenslotte argumenteerde de Franse regering dat, voor de beoordeling van het contradictoire karakter van de zaak, enkel de procedure voor de rechter van tel is: het deskundigenverslag werd aan het echtpaar Mantovanelli medegedeeld en kon dus het voorwerp uitmaken van een contradictoir debat, terwijl de Franse rechtspraak bovendien toestaat dat de verzoekers toegang konden krijgen tot het medisch dossier door tussenkomst van een door hen daartoe aangestelde geneesheer.

Met verwijzing naar zijn vroegere rechtspraak (arresten Lobo Machado t/ Portugal van 20 februari 1996; Vermeulen t/ België van 20 februari 1996 en Nideröst-Huber t/ Zwitserland van 18 februari 1997) herinnert het Europese Hof in eerste instantie aan het algemene principe: een van de elementen van een eerlijk proces in de zin van art. 6.1. E.V.R.M. is het contradictoire karakter van de rechtspleging. Elke partij moet, *in principe*, de mogelijkheid hebben om niet alleen alle elementen bij te brengen die noodzakelijk zijn om haar argumenten te doen aannemen («qui sont nécessaires au succès de ses prétentions»), maar ook om van alle stukken en van alle opmerkingen die aan de rechter worden voorgelegd om zijn beslissing te beïnvloeden, kennis te nemen en deze te betwisten.

Het Europese Hof preciseert evenwel onmiddellijk³⁵ dat de eerbied voor het contradictoire karakter van de rechtspleging, net zoals de andere waarborgen vermeld in art. 6.1. E.V.R.M. betrekking hebben op de rechtspleging voor een «rechtbank»: uit deze bepaling kan volgens het Europese Hof geen algemeen en abstract principe worden afgeleid volgens welk, bij de aanstelling van een deskundige door de rechtbank, de partijen *in alle gevallen* de mogelijkheid moeten hebben om de onderzoeksverrichtingen van de deskundige bij te wonen of om mededeling te krijgen van alle stukken waarop hij zich baseert. Het Europese Hof oordeelt dus dat een niet-contradictoir deskundigenonderzoek op zichzelf niet noodzakelijk een schending van art. 6 E.V.R.M. vormt, op voorwaarde evenwel dat het proces, in zijn geheel, als eerlijk kan worden bestempeld.

Uit deze voorafbeschouwing van het Europese Hof kunnen twee elementen worden afgeleid: enerzijds houdt art. 6

³⁴ E.H.R.M., 18 maart 1997, *J.T.*, 1997, p. 495, eveneens besproken door A. SADZOT, «Le caractère contradictoire des expertises aux différents stades de la procédure pénale: derniers rebondissements», (noot onder Cass., 24 juni 1998 en Arbitragehof, 24 juni 1998, *J.L.M.B.* 1998, 1289) en door B. DE SMET, «Het arrest Mantovanelli t/ Frankrijk: de dageraad van een tegensprekelijk deskundigenonderzoek?», *Panopticon*, 1998, 182.

³⁵ Zie § 33 van het arrest.

E.V.R.M. geen algemene of absolute verplichting in om het deskundigenonderzoek «*in alle gevallen*» op tegenspraak te laten verlopen, anderzijds kan, zelfs in het geval van een niet-contradictoir deskundigenonderzoek, aan het vereiste van een eerlijk proces worden voldaan door andere waarborgen³⁶ die, tijdens het verdere verloop van het proces, het evenwicht herstellen. Het niet-contradictoire karakter van het deskundigenonderzoek alleen is dus geen «voldoende voorwaarde» om te kunnen besluiten dat niet aan het vereiste van een eerlijk proces is voldaan. De conformiteit van het proces met de voorschriften van art. 6 E.V.R.M. moet «*in concreto*» worden nagegaan, waarbij het niet-contradictoire karakter van het deskundigenonderzoek (slechts) één element is (maar zeker geen afdoend element waaruit «*a priori*» een schending zou kunnen worden afgeleid), en rekening houdend met het hele verloop van de procedure. Het nazicht van de conformiteit met art. 6 E.V.R.M. zal dus onvermijdelijk moeten uitmonden op een «individuele» toetsing, geval per geval, van de «aangeklaagde» procedure aan de voorschriften van deze verdragsbepaling: het Europese Hof gaat verder in het arrest dan ook tot die individuele en concrete toetsing over.

Essentieel blijft dus dat de partijen op een «adequate» wijze kunnen deelnemen aan de procedure «*voor de rechtbank*».

Het Europese Hof bepaalt verder de grenzen van zijn tussenkomstmogelijkheden, in antwoord op het verweer aangevoerd door de Franse Staat: de bewijsregelen worden als zodanig niet door het E.V.R.M. gereguleerd. Het Europese Hof kan bijgevolg de toelaatbaarheid van een bewijselement, dat werd verzameld conform de regelen van het nationale recht, niet principieel of *in abstracto* uitsluiten: het komt aan de interne rechtscolleges toe (de waarde van) deze bewijselementen te appreciëren. Nochtans – en hier wordt de hierboven vermelde stelling herhaald – staat het aan het Europese Hof om na te gaan of de «procedure in haar geheel», hierin begrepen de wijze waarop het bewijs werd geleverd, voldoet aan het vereiste van een eerlijk proces, voorgeschreven door art. 6.1. E.V.R.M.

Na deze voorbeschouwingen buigt het Europese Hof zich over het concrete geval. Er wordt vastgesteld dat de «*zuiver gerechtelijke fase*» (lees: voor de rechtbank) verlopen is met eerbied voor het contradictoire karakter. Het enkele feit dat art. R.123 van de Franse *Code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel* (dat bepaalt dat de partijen dienen te worden ingelicht van de datum van de onderzoeksverrichtingen) *in casu* niet werd nageleefd, kan volgens het Europese Hof «*op zichzelf*» niet volstaan om het eerlijke karakter van de gevolgde procedure op ernstige gronden te betwisten. Nochtans is het Europees Hof er niet van overtuigd dat, – nu het echtpaar Mantovanelli inderdaad de mogelijkheid had om de inhoud en de besluiten van het deskundigenverslag, waarvan zij (achteraf) mededeling verkregen, voor de administratieve rechtbank te betwisten en aan te vechten, – de verzoekers op dat ogenblik (lees: voor de rechtbank) (nog) een daadwerkelijke mogelijkheid³⁷

hadden om dit deskundigenverslag op een doeltreffende of adequate wijze te bespreken.

Ook uit deze overweging van het Europese Hof kan worden afgeleid dat het euvel van het niet-contradictoire karakter naderhand nog kan worden «verholpen», maar dit «rechttrekken van de situatie» of dit «herstel van het evenwicht» moet alleszins van die aard zijn dat «een daadwerkelijke mogelijkheid» wordt geboden om (alsnog) «op adequate en doeltreffende wijze» te kunnen tussenkomen.

Volgens het Europese Hof was dit in de zaak «Mantovanelli» niet het geval. Het Europese Hof vervolgt immers: de vraag die de deskundige diende te beantwoorden viel volledig samen met de vraag die door de rechtbank diende te worden beantwoord en had (bovendien) betrekking op een technisch probleem dat de (eigen) kennis van de rechtbank oversteeg. Zo de administratieve rechtbank weliswaar niet juridisch gebonden was door de bevindingen van de deskundige, dan nog waren deze bevindingen van aard om bijzonder zwaar door te wegen bij de beoordeling van de feiten door deze rechtbank («*les conclusions de l'expertise litigieuse (...) étaient susceptibles d'influencer de manière prépondérante son appréciation des faits*»). Daaruit volgt, volgens het Europese Hof, dat het echtpaar Mantovanelli, – dat zijn vraag om een nieuwe expertise overigens door de Franse administratieve rechtscolleges afgewezen zag –, enkel in de mogelijkheid zou geweest zijn om daadwerkelijk zijn stem te laten horen, indien dit had kunnen gebeuren vooraleer het definitieve verslag werd ingediend. Daarbij kwam nog dat, althans volgens het Europese Hof, er, enerzijds, geen enkel technisch obstakel bestond om het echtpaar Mantovanelli niet (reeds in een vroeger stadium) te betrekken bij het opmaken van het deskundigenverslag, terwijl, anderzijds, er wel personen werden verhoord die werden tewerkgesteld door de (eventueel verantwoordelijke) tegenpartij, van wie redelijkerwijze kon worden aangenomen dat zij zouden getuigen in het voordeel van deze tegenpartij. Het Europese Hof wijst erop dat het echtpaar Mantovanelli niet de gelegenheid kreeg deze getuigen aan een tegenverhoor te onderwerpen, terwijl zij van bepaalde stukken, waarmee door de deskundigen rekening werd gehouden, bovendien slechts kennis kregen bij de indiening en de mededeling van het eindverslag.

De gedetailleerde verwijzing naar de specifieke gegevens³⁸ van de zaak in deze overwegingen van het Europese Hof toont nog maar eens aan dat het Hof tot een onderzoek «*in concreto*» overging.

Het Europese Hof beslist bijgevolg dat het echtpaar Mantovanelli niet de kans kreeg om een essentieel bewijselement op adequate wijze te bespreken, zodat er schending was van art. 6.1. E.V.R.M.

C. De arresten van het Arbitragehof

15. Het probleem van het contradictoire karakter van het deskundigenonderzoek was ook herhaaldelijk het voorwerp van onderzoek door het Arbitragehof.

16. In zijn arrest van 30 april 1997³⁹ diende het Arbitragehof te antwoorden op twee prejudiciële vragen omtrent de

³⁶ B. DE SMET, «De afbrokkeling van het geheim karakter van het deskundigenonderzoek in strafzaken», *R.W.* 1998-99, 105.

³⁷ B. DE SMET, «Deelname van de verdachte aan het deskundigenonderzoek» (noot onder Politie rechtbank Gent, 11 maart 1998), *R.W.* 1998-99, 892.

³⁸ Zie § 36 van het arrest.

³⁹ Arbitragehof, arrest nr. 24/97 van 30 april 1997, *J.L.M.B.*, 1997, 788, met noot A. MASSET.

verzoenbaarheid van artikelen 43, 44 en 148 Sv., geïnterpreteerd in de zin dat zij geen verplichting inhouden voor de deskundige, aangesteld door de strafrechter als feitenrechter, om de regelen van de tegenspraak na te leven, zoals deze worden voorgeschreven door art. 962 e.v. Ger.W., met de grondwettelijke regelen inzake de «gelijkheid voor de wet» en de niet-discriminatie (art. 10 en 11 Grondwet), gecombineerd met art. 6 E.V.R.M.

De eerste prejudiciële vraag, gesteld door de rechtbank van eerste aanleg te Brussel, had betrekking op een deskundigenonderzoek, bevolen door de rechtbank zelf in het raam van een strafzaak betreffende een verkeersongeval, waarbij aan de expert werd opgedragen na te gaan of er een oorzakelijk verband bestond tussen het verkeersongeval en het latere overlijden van het slachtoffer. Het betrof dus, in tegenstelling tot de zaak die ons vandaag bezighoudt, een deskundigenonderzoek waarvan het resultaat ook een belang vertoonde voor de strafvordering, gezien de invloed ervan op de uiteindelijke kwalificatie. De beklaagde voerde voor de rechtbank het gebrek aan contradictoir karakter van het deskundigenonderzoek aan en wees op de niet op objectieve criteria berustende ongelijkheid in behandeling tussen, enerzijds, de verweerder in een burgerlijke zaak strekkende tot het verkrijgen van schadevergoeding, die wel aanspraak kan maken op een contradictoire expertise, en, anderzijds de beklaagde die wordt vervolgd voor onvrijwillige doodslag, die geen aanspraak kan maken op deze tegenspraak, terwijl in beide gevallen het deskundigenonderzoek betrekking heeft op dezelfde materie, namelijk het beoordelen van dezelfde fout en van hetzelfde oorzakelijk verband.

De tweede prejudiciële vraag ging uit van de raadkamer te Namen, die zich, als bodemrechter in het raam van een internering en uitspraak doende over de burgerlijke rechtsvordering, afvroeg of de niet-contradictoire psychiatrische expertise geen probleem opleverde van niet-conformiteit met art. 10 en 11 Grondwet.

Het Arbitragehof herformuleert de twee vragen en gaat na of art. 43, 44 en 148 Sv. en art. 962 e.v. Ger.W., geïnterpreteerd in die zin dat zij de deskundige aangesteld door de *strafrechter in zijn hoedanigheid van vonnisrechter* niet zouden verplichten de regelen van de tegenspraak, voorgeschreven door de hierboven vermelde artikelen van het Gerechtelijk Wetboek, na te leven, art. 10 en 11 van de Grondwet, in combinatie met art. 6 E.V.R.M., schenden. Het Arbitragehof beperkt dus zeer expliciet⁴⁰ zijn analyse tot het (al dan niet) contradictoire karakter van een deskundigenonderzoek bevolen door de strafrechter *in zijn hoedanigheid van vonnisrechter*.

Het Arbitragehof tekent eerst de krijtlijnen uit voor zijn beslissing:

a) volgens de rechtspraak zijn art. 962 tot 991 Ger.W., waarvan sommige vereisen dat het deskundigenonderzoek op tegenspraak verloopt, niet op verplichte wijze van toepassing op de deskundigenonderzoeken voor de strafrechten.

b) er ontstaat dientengevolge een ongelijkheid in behandeling tussen de partijen in een proces voor de burgerlijke rechter en de partijen in een proces, gevoerd voor de strafrechten: enkel de eerstgenoemden kunnen aanspraak

maken op een deskundigenonderzoek dat verplicht op tegenspraak moet verlopen.

c) de grondwettelijke regelen inzake gelijkheid en niet-discriminatie sluiten niet uit dat er ongelijkheid van behandeling bestaat tussen (verschillende) categorieën van personen, op voorwaarde evenwel dat dit verschil in behandeling berust op een objectief criterium en redelijk verantwoord kan worden. Een dergelijke verantwoording moet worden beoordeeld, rekening houdende, (enerzijds), met het doel en met de gevolgen van de betwiste regel en (anderzijds) met de aard van de in het gedrang zijnde principes. Zo wordt het principe van de gelijkheid geschonden wanneer komt vast te staan dat er geen redelijk proportioneel verband bestaat tussen de aangewende middelen en het beoogde doel.

d) de hierboven omschreven ongelijkheid in behandeling berust op een objectief criterium, namelijk de aard van het geëdieerde rechtscollege, zelfs wanneer (op dat ogenblik) enkel nog de burgerlijke aspecten dienen te worden onderzocht.

Hierop voortbouwend komt het Arbitragehof tot het besluit dat «zowel wanneer de (straf)rechter beslist over de strafvordering, als wanneer hij uitspraak doet over de burgerlijke rechtsvordering – waarbij de belangen van de burgerlijke partij zich niet onderscheiden van de belangen van elke (andere) partij bij een burgerlijk proces en waarbij het voorwerp van het deskundigenonderzoek (volledig) identiek kan zijn – het verschil in behandeling niet redelijk kan worden verantwoord.» De procedure is, in dit stadium (lees: voor de bodemrechter, dus niet alleen ter terechtzitting, maar vanaf de verwijzing...) immers contradictoir en de afwezigheid van tegenspraak leidt ertoe dat de bewijslevering zou «kunnen» gebeuren ten koste van een aantasting van het recht van verdediging, aangezien dit recht pas kan worden uitgeoefend bij de bespreking van het deskundigenverslag tijdens het (contradictoire) debat ter terechtzitting. Deze laatste mogelijkheid waarborgt «niet noodzakelijk» de inachtneming van de rechten van de verdediging: het tijdsverloop sinds de feiten, het teloorgaan van materiële elementen en de onmogelijkheid om later nog te laten overgaan tot onderzoeksverrichtingen die slechts korte tijd na de feiten kunnen worden uitgevoerd, zijn volgens het Arbitragehof even zovele elementen die de mogelijkheid om de (niet-contradictoire) expertise naderhand op afdoende en nuttige wijze te kunnen betwisten, beperken.

Het eerste besluit van het Arbitragehof luidt dan ook dat de interpretatie van de in de prejudiciële vraag aangehaalde artikelen, in die zin dat zij de deskundige, die werd aangesteld door de strafrechter in zijn hoedanigheid van vonnisrechter, niet zouden verplichten de regelen van de tegenspraak te eerbiedigen, art. 10 en 11 Grondwet, afzonderlijk of gelezen in samenhang met art. 6 E.V.R.M., schendt.⁴¹

Dit besluit leidt tot een eerste algemene bedenking. Het Arbitragehof komt immers tot een zeer formele conclusie, namelijk «dat het verschil in behandeling niet kan worden verantwoord» terwijl de premisse veel minder formeel en absoluut is, aangezien het Arbitragehof enkel wijst op een

⁴⁰ Zie overweging B.5 van het arrest.

⁴¹ De publicatie van het arrest van 30 april 1997 van het Arbitragehof in het *R.W.* 1997-98, 713 bevat een bijzonder storende fout: in het eerste deel van het beschikkend gedeelte wordt precies het tegenovergestelde weergegeven dan wat door het Arbitragehof werd beslist.

«potentieel» probleem, door te oordelen dat (door het niet-contradictoire verloop van het deskundigenonderzoek) het bewijs ten koste van een schending van de rechten van de verdediging «*kan*» («*puisse se faire*») worden gezocht. Dezelfde tegenstelling vindt men overigens ook even verder in dezelfde considerans (B.7) terug, waarin het Arbitragehof oordeelt dat de mogelijkheid om nadien een verslag van een gerechtelijke expertise te betwisten «*niet noodzakelijk*» («*pas nécessairement*») de inachtneming van de rechten van de verdediging waarborgt. Het Arbitragehof zegt dus in feite dat de mogelijkheid van tegenspraak die aan de partij wordt geboden in een later stadium van de rechtspleging, een schending van het recht van verdediging niet «op absolute wijze» uitsluit. Dit laatste standpunt is ongetwijfeld juist en stemt overigens volledig overeen met wat ook het Europese Hof in de zaak «Mantovanelli» uiteindelijk besliste, evenwel na het «individueel» onderzoek van de «concrete» zaak.

De zwakke schakel in de analyse van het Arbitragehof ligt in de formulering waarbij wordt uitgegaan van een «getemperde negatie» door het gebruik van de woorden «*niet noodzakelijk*»: minstens in een aantal gevallen, waarin het deskundigenonderzoek niet op tegenspraak verliep, zal de latere mogelijkheid om het expertisverslag te betwisten dus wel degelijk (de inachtneming van) de rechten van de verdediging waarborgen. In die gevallen zal dus ook, zelfs zonder contradictoire expertise, aan het vereiste van art. 6 E.V.R.M. zijn voldaan. Dit wijst erop dat er inderdaad moet worden overgegaan tot een onderzoek «*in concreto*» van de zaak (cfr. arrest Mantovanelli). Het Arbitragehof moet dat overigens zelf ook (impliciet) toegeven, want in het arrest wordt verwezen naar de «concrete» elementen, die van aard kunnen zijn om de mogelijkheid van de partij, om het deskundigenonderzoek op adequate wijze te kunnen betwisten, ondergraven: het tijdsverloop sinds de feiten, het teloorgaan van materiële elementen, de onmogelijkheid om bepaalde onderzoeksverrichtingen te hernemen.

De vraag rijst bijgevolg of de wijze waarop het Arbitragehof de prejudiciële vraag heeft heromschreven en waarbij een verband werd gelegd tussen, enerzijds, art. 10 en 11 van de Grondwet en, anderzijds, art. 6 E.V.R.M., geen verwarring heeft doen ontstaan in de benadering van de onderscheiden principes die uit deze artikelen zijn af te leiden. De schending van art. 10 en 11 van de Grondwet wordt «*in abstracto*» onderzocht, en afgeleid uit een, opnieuw «*in abstracto*» vastgestelde «potentiële», «mogelijke» of «niet uit te sluiten» schending van het recht op verdediging of van het recht op een eerlijk proces, maar er wordt voorbijgegaan aan het feit dat dergelijke schendingen steeds «*in concreto*» (cfr. arrest Mantovanelli) dienen te worden onderzocht.

Het standpunt van het Arbitragehof reikt, in zijn consequenties, hoe dan ook beduidend veel verder dan het standpunt van het Europese Hof. Terwijl het Europese Hof in het arrest «Mantovanelli» immers besliste dat uit art. 6 E.V.R.M. geen «algemeen en abstract principe kan worden afgeleid volgens welk, bij de aanstelling van een deskundige door de rechtbank, de partijen *in alle gevallen* de mogelijkheid moeten hebben om de onderzoeksverrichtingen van de deskundige bij te wonen of om mededeling te krijgen van alle stukken waarop hij steunt», volgt uit het eerste besluit van het Arbitragehof noodzakelijkerwijze dat het contradictoire karakter van het deskundigenonderzoek, bevolen

door de feitenrechter, tot principe zou moeten worden verheven.

Een tweede algemene bedenking heeft betrekking op het feit dat het Arbitragehof, vertrekkende van de vaststelling dat de belangen van de burgerlijke partij niet onderscheiden zijn van die van «elke» partij in een burgerlijk proces en van het gegeven dat het onderwerp van het deskundigenonderzoek identiek kan zijn, besluit dat het verschil in behandeling niet kan worden verantwoord, (noch) wanneer de (straf)rechter uitspraak doet over de strafvervolgning, (noch) wanneer hij uitspraak doet over de burgerlijke rechtsvordering. Men zal in het arrest van het Arbitragehof evenwel tevergeefs zoeken naar de verdere uitwerking van het precieze fundament dat het mogelijk maakt de toepassing van deze conclusie, die vertrekt van de positie van de burgerlijke partij, uit te breiden tot de strafvordering.

Er zijn ongetwijfeld vele raakpunten tussen de positie van de burgerlijke partij in het strafproces en de positie van een partij in een burgerlijk proces: in beide gevallen streeft deze partij immers enkel een oplossing na voor een geschil dat betrekking heeft op zijn particuliere belangen. De positie van de beklaagde is evenwel essentieel en fundamenteel verschillend, zodat de uitbreiding van de vaststelling «dat het verschil in behandeling niet redelijk kan worden verantwoord» tot de gevallen «waarin de rechter uitspraak doet over de strafvervolgning» een meer logisch onderbouwde argumentatie verdiende, die het arrest niet biedt.

Aan deze tweede bedenking kan overigens worden toegevoegd dat het bevreemdend blijft te moeten vaststellen dat het Arbitragehof, hoewel de redenering vertrekt vanuit de positie van de burgerlijke partij, op geen enkel ogenblik art. 4 Voorafgaande Titel Sv. in zijn analyse betreft. Dit artikel laat aan de benadeelde de uiteindelijke keuze om zijn vordering hetzij voor de strafrechter, hetzij voor de burgerlijke rechter te brengen. Bij deze keuze zal de benadeelde rekening moeten houden met de voordelen, maar evenzeer met de nadelen, die elk van beide opties inhouden. Hij moet zich bij het maken van deze keuze bijgevolg ook bewust zijn van het feit dat het contradictoire karakter anders is georganiseerd in beide systemen en dat zijn positie, wat dit aspect betreft, minder «comfortabel» zal zijn voor de strafrechter. Hij plaatst zichzelf evenwel in die minder comfortabele positie door voor de strafrechter te opteren. Het is duidelijk dat ook dit element zijn belang heeft bij het onderzoek naar het «in redelijkheid objectief verantwoord zijn» van het verschil in behandeling. Het argument, dat het Arbitragehof met dit element geen rekening hield omdat het *in casu* de verdachte was die de prejudiciële vraag uitlokte, is terzake niet pertinent, aangezien het Arbitragehof zelf verwijst naar het gegeven «dat de belangen van de burgerlijke partij niet onderscheiden zijn van die van elke partij in een burgerlijk proces» en zich dus niet lijkt te beperken tot een onderzoek vanuit het enkele standpunt van de verdachte.

Een volgende bedenking bij het arrest van 30 april 1997 betreft het feit dat het Arbitragehof vertrekt van het uitgangspunt dat «*de rechtspleging in die stadia*» op tegenspraak verloopt: uit de context blijkt dat het Arbitragehof het contradictoire karakter laat spelen vanaf het ogenblik van de verwijzing naar de vonnisrechter. Zoals hiervoor reeds werd uiteengezet (zie *supra*, nr. 8, 1^o), is dit standpunt niet noodzakelijk in tegenstrijd met de rechtspraak van uw Hof, dat herhaaldelijk heeft beslist dat art. 153, 190 en 211 Sv.

alleen gelden voor de terechtzitting,⁴² maar ook dit standpunt wordt niet verder becommentarieerd in het arrest.

In een tweede tijd onderzoekt het Arbitragehof, vertrekkende van de beginselen van art. 2 Ger.W., of er ook een grondwetsconforme interpretatie mogelijk is. Volgens het Arbitragehof verzet art. 2 Ger.W. zich ertegen dat «onder meer» de bepalingen van dit wetboek, die betrekking hebben op het akkoord van de partijen of die sommige gevolgen afhankelijk stellen van het initiatief zelf van die partijen, van toepassing zouden zijn op strafzaken, waar er geen ruimte is voor de wilsautonomie van privé-personen. De verwijzing naar het begrip «wilsautonomie» werd verder geëxpliciteerd door uw Hof in zijn arrest van 24 juni 1998⁴³ (zie *infra*).

De principes van art. 2 zouden evenwel worden miskend, vervolgt het Arbitragehof, wanneer men ervan zou uitgaan dat de enkele omstandigheid dat het deskundigenonderzoek werd bevolen door een *strafrechter*, op zichzelf voldoende zou zijn om de toepassing uit te sluiten van die bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek – die het contradictoire karakter van de rechtspleging waarborgen –, die wel degelijk verzoenbaar of bestaanbaar zijn met de principes van het strafrecht. Het Arbitragehof preciseert: «Er bestaan (immers) geen wettelijke bepalingen die het door een strafrechter bevolen deskundigenonderzoek beheersen, die de toepassing op dat deskundigenonderzoek van alle bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek die het contradictoire karakter van het deskundigenonderzoek in burgerlijke zaken waarborgen, zouden verbieden of onmogelijk maken. Er bestaan evenmin rechtsbeginselen die de toepassing van al die bepalingen op het deskundigenonderzoek dat door een strafrechter wordt bevolen, zouden uitsluiten».

Samengevat kan dus worden gesteld dat het Arbitragehof van oordeel is dat het enkele feit dat de expertise door de strafrechter werd bevolen, niet voldoende kan zijn om de toepasselijkheid van (sommige⁴⁴ bepalingen van) het Gerechtelijk Wetboek uit te sluiten, ongeacht of de expertise betrekking heeft op de strafvordering of op de burgerlijke rechtsvordering, voor zover de toepassing van de beginselen

die erin vervat liggen (tegelijkertijd)⁴⁵ verenigbaar zijn met de wettelijke voorschriften die het deskundigenonderzoek in strafzaken regelen en met de beginselen van de strafwetgeving.⁴⁶ Volgens het Arbitragehof zijn alvast («onder meer») de bepalingen, die het akkoord of een initiatief van de partijen inhouden, onverenigbaar (in de zin van art. 2 Ger.W.) met de beginselen van de strafwetgeving, aangezien er voor de wilsautonomie van de partijen geen plaats is in het strafproces. Het Arbitragehof verlaat dus duidelijk het criterium van de «aard van het gerecht» en verschuift het gewicht terug naar «de aard van het geschil».⁴⁷

Hier kan een laatste bedenking worden gemaakt omtrent de concrete toepasbaarheid of het concrete gevolg van het arrest van het Arbitragehof op de deskundigenonderzoeken die (mede) betrekking of invloed hebben op strafvordering zelf: een snelle analyse leert dat het uitsluiten van de bepalingen die verwijzen naar het akkoord van de partijen of die afhankelijk zijn van hun initiatief, «omdat de wilsautonomie van de partijen geen plaats heeft in het strafproces», tot gevolg heeft dat – automatisch en onmiddellijk – een groot aantal artikelen van het Gerechtelijk Wetboek buiten het toepassingsgebied van dit arrest zullen (moeten) blijven. Het arrest lijkt inderdaad een interne tegenstrijdigheid te bevatten: enerzijds wordt geoordeeld dat «er geen rechtsbeginselen zijn die de toepassing van het Gerechtelijk Wetboek uitsluiten», maar anderzijds preciseert het Arbitragehof dat art. 2 Ger.W. zich verzet tegen de toepassing van bepalingen die een verband houden met de «wilsautonomie van de partijen» waarvoor er «geen plaats is in strafzaken». Kan dit iets anders betekenen dan dat «het feit dat er in strafzaken geen plaats is voor de wilsautonomie van de partijen» nu juist een «rechtsbeginsel is dat eigen is aan het strafproces» in de zin van art. 2 Ger.W.? De precisering die uw Hof aan deze rechtspraak toevoegde door zijn arresten van 24 juni 1998 en 24 november 1998 is enkel van aard om dit toepassingsgebied nog te verenigen (zie *infra*).

Ten slotte lijkt het gebruik van de woorden «onder meer» («notamment») in het arrest erop te wijzen dat de opsomming van de niet-toepasselijke bepalingen, waarbij wordt verwezen naar het *akkoord* of naar het *initiatief* van de partijen, niet exhaustief, maar louter exemplatief is. Ook deze formulering valt moeilijk te verzoenen met de vaststelling, door het Arbitragehof, dat er «geen rechtsbeginselen zijn die de toepassing Ger.W. uitsluiten».

Terloops kan worden gewezen op het feit dat sommige auteurs de draagwijdte van dit arrest lijken te beperken tot die gevallen waarin de beklaagde rechtstreeks wordt geconfronteerd met een burgerlijke partij: alleen in die gevallen zou de beklaagde zich kunnen beroepen op het feit dat de expertise op tegenspraak dient te gebeuren.⁴⁸ De vraag rijst of dit wel een juiste lezing is van het arrest: deze interpretatie voert immers een nieuwe ongelijkheid in tussen twee categorieën van beklaagden, waarbij het antwoord op de vraag of de expertise al dan niet op tegenspraak dient te

⁴² Zie onder meer de reeds vermelde arresten van Cass., 13 maart 1961, *Pas.*, 1961, I, 753; Cass., 9 oktober 1973, *Arr. Cass.*, 1974, 160.

⁴³ Cass., 24 juni 1998, A.R. P.97.1075.F, met conclusie van advocaat-generaal X. DE RIEMAECKER.

⁴⁴ De Franstalige en de Nederlandstalige versie van de eerste paragraaf van het beschikkend gedeelte van het arrest zijn niet gelijklopend: in de Nederlandstalige versie spreekt het Arbitragehof over «de» regelen betreffende het contradictoire karakter, terwijl de (negatief opgestelde) Franstalige versie het heeft over «geen enkele» van de regelen betreffende de tegenspraak.

⁴⁵ Het arrest van 30 april 1997 van het Arbitragehof heeft blijkbaar zelf ook al aanleiding gegeven tot uiteenlopende interpretaties m.b.t. de vraag welke van de artikelen 962 en volgende van het Gerechtelijk Wetboek van toepassing (kunnen) zijn: zie hieromtrent de verwijzingen aangehaald door A. SADZOT in «Le caractère contradictoire des expertises aux différents stades de la procédure pénale: derniers rebondissements», (noot onder de arresten van 24 juni 1998 van het Hof van Cassatie en het Arbitragehof), *J.L.M.B.*, 1998, 1289, voetnoot 6.

⁴⁶ A. MASSET, «L'expertise pénale du fond (enfin) contradictoire» (noot onder Arbitragehof, 30 april 1997), *J.L.M.B.*, 1997, 792.

⁴⁷ B. DE SMET, «Deelname van de verdachte aan het deskundigenonderzoek» (noot onder Politie rechtbank Gent, 11 maart 1998), *R.W.* 1998-99, 893 en B. DE SMET «Tegenspraak in het deskundigenonderzoek tijdens het onderzoek ter terechtzitting», *Panopticon*, 1998, 466.

⁴⁸ A. MASSET, *o.c.*, 794.

gebeuren, uitsluitend afhangt van de (toevallige) aanwezigheid van een burgerlijke partij.⁴⁹

Omtrent het antwoord op de vraag of er nog een onderscheid in (graad van) tegenspraak kan bestaan tussen het deskundigenonderzoek dat in zuiver burgerrechtelijke aangelegenheden werd bevolen door de strafrechter in zijn hoedanigheid van feitenrechter, enerzijds, en het deskundigenonderzoek dat door diezelfde rechter werd bevolen in zuiver strafrechtelijke aangelegenheden of in gemengd «strafrechtelijke én burgerlijke» aangelegenheden, blijft het arrest bijzonder vaag, wat al aanleiding heeft gegeven tot betwistingen in de rechtsleer. Volgens sommigen⁵⁰ maakt het Arbitragehof inderdaad een onderscheid: het deskundigenonderzoek, bevolen door de strafrechter in zijn hoedanigheid van feitenrechter in een (puur) burgerlijke aangelegenheid zou, in deze lezing, moeten worden onderworpen aan *alle* regelen van het Gerechtelijk Wetboek met betrekking tot het deskundigenonderzoek, terwijl een soortgelijk deskundigenonderzoek, bevolen in strafrechtelijke aangelegenheden, nooit kan worden onderworpen aan de bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek die verwijzen naar het akkoord van de partijen of die sommige gevolgen afhankelijk maken van het initiatief van de partijen. Wanneer deze zienswijze wordt gevolgd, zal een «gemengd» deskundigenonderzoek, dat betrekking heeft op zowel de strafrechtelijke aspecten als de burgerlijke aspecten, noodzakelijkerwijze ook aan het meest beperkende regime moeten worden onderworpen.

17. In zijn arrest van 27 mei 1998⁵¹ bevestigde het Arbitragehof zijn eerdere rechtspraak.

18. In zijn arrest van 24 juni 1998⁵² onderzocht het Arbitragehof het probleem van het contradictoire karakter van het deskundigenonderzoek bevolen, hetzij tijdens het opsporingsonderzoek door het openbaar ministerie, hetzij tijdens het gerechtelijk onderzoek door de onderzoeksrechter. Het Arbitragehof oordeelt ditmaal dat het niet-contradictoire karakter van dergelijke deskundigenonderzoeken geen schending uitmaakt van art. 10 en 11 van de Grondwet, al dan niet gelezen in samenhang met art. 6 E.V.R.M.

Het hoofdargument waarop het Arbitragehof zich baseert om tot deze beslissing te komen, is de vaststelling dat de wetgever heeft gewild dat de strafrechtspleging in dit stadium van de procedure op inquisitoriale wijze verloopt om, enerzijds, rekening houdende met het vermoeden van onschuld, te vermijden dat personen onnodig in diskrediet worden gebracht en, anderzijds, met het oog op doeltreffendheid, snel te kunnen handelen, zonder de schuldigen op de hoogte te brengen. Het verschil in behandeling berust dus op een objectief criterium en is bovendien redelijk ver-

antwoord. Het Arbitragehof preciseert evenwel, enerzijds, dat de van toepasselijke wetsartikelen (ook) in die zin moeten worden geïnterpreteerd dat zij niet *verbieden* dat het deskundigenonderzoek op tegenspraak zou worden gevoerd wanneer de magistraat die het beveelt in het stadium van het opsporingsonderzoek of van het gerechtelijk onderzoek van oordeel is dat te dezen de tegenspraak geen afbreuk doet aan de hierboven beschreven doelstellingen van de wetgever en, anderzijds, dat geen enkele (wet)tekst bepaalt dat de feitenrechter bij zijn oordeel gebonden zou zijn door de vaststellingen of de bevindingen van de deskundige, zodat hij bij zijn oordeel ook rekening kan houden met het al dan niet contradictoire karakter van het deskundigenonderzoek.

Naast deze «open uitnodiging» aan het adres van de magistraten om, waar mogelijk, ook een meer contradictoire karakter te geven aan deze voorafgaande fase van de procedure of, minstens, met het niet-contradictoire karakter rekening te houden bij de beoordeling, geeft het Arbitragehof overigens ook een duidelijke wenk aan de wetgever «die, zonder het gelijkheidsbeginsel te schenden (de) optie (van het inquisitoriaal (voorafgaand) onderzoek) kan milderen en kan bepalen in welke gevallen en onder welke voorwaarden een deskundigenonderzoek contradictoire moet zijn, zelfs in het stadium van het opsporingsonderzoek of het gerechtelijk onderzoek».⁵³ Het Arbitragehof bevestigde, in identieke termen, deze rechtspraak in zijn arrest van 13 januari 1999.⁵⁴ Overigens blijft ook uw Hof in deze materie, – zoals blijkt uit zijn arrest van 10 februari 1999⁵⁵ –, getrouw aan zijn vroegere rechtspraak, die wil dat een deskundigenonderzoek bevolen door de onderzoeksrechter, *in de regel*, op niet-contradictoire wijze wordt uitgevoerd, en dat hieruit op zichzelf geen schending van het recht van verdediging kan worden afgeleid, wanneer de vaststellingen van de deskundige ter terechtzitting worden onderworpen aan een debat op tegenspraak.

D. De arresten van het Hof van Cassatie van 24 juni 1998 en 24 november 1998

19. Op 24 juni 1998 heeft ook uw Hof een belangrijk arrest gewezen omtrent het contradictoire karakter van het deskundigenonderzoek in strafzaken.⁵⁶ Het betrof opnieuw een deskundigenonderzoek bevolen door de strafrechter in zijn hoedanigheid van feitenrechter, maar, anders dan in de zaak die ons hier aanbelangt, had de opdracht van de deskundige betrekking op zowel de burgerlijke als de strafrechtelijke aspecten, en inzonderheid op de aan de feiten te geven kwalificatie.

De eiser in cassatie voerde een schending aan van art. 2 Ger.W., art. 10 en 11 van de Grondwet en art. 6 E.V.R.M. en van het recht van verdediging, door, met bijna letterlijke herneming van de formule van het arrest van het Arbitragehof van 30 april 1997, de vraag te stellen of de appelrechters hun beslissing, waarbij schadevergoeding werd toegekend aan de burgerlijke partij, naar recht verantwoord hadden, daar zij zich baseerden op een deskundigen-

⁴⁹ In die zin B. DE SMET, «De afbrokkeling van het geheim karakter van het deskundigenonderzoek in strafzaken», *R.W.* 1998-99, 107.

⁵⁰ In die zin: A. SADZOT, «Le caractère contradictoire des expertises aux différents stades de la procédure pénale: derniers rebondissements», *J.L.M.B.*, 1998, 1288-1289, met verwijzing naar een andersluidende stelling van A. MASSET en J. LAENENS (voetnoot 6).

⁵¹ Arbitragehof, 27 mei 1998, nr. 60/98, *Arresten Arbitragehof* 1998, 727 en *B.S.* 15 augustus 1998.

⁵² Arbitragehof, 24 juni 1998, nr. 74/98, *J.L.M.B.*, 1998, 1280 met noot A. SADZOT; *B.S.* 25 september 1998, *Arresten Arbitragehof*, 1998, nr. 74/98, 899.

⁵³ Overweging B.5 van het arrest.

⁵⁴ Arbitragehof, 13 januari 1999, *B.S.* 2 april 1999.

⁵⁵ Cass., 10 februari 1999, A.R. P.98.0826.F.

⁵⁶ Cass., 24 juni 1998, A.R. 9.97.1075.F, nr. 332, met conclusie van advocaat-generaal X. DE RIEMAECKER.

onderzoek dat niet opgesteld was conform de voorschriften van het Gerechtelijk Wetboek.

Het Hof heeft, op gelijklopende conclusie van het openbaar ministerie, de voorziening verworpen op basis van de volgende consideransen: a) de wetgever heeft, rekening houdende met de complexiteit van het strafproces, voor de strafrechtspleging bijzondere regelen bepaald om een snelle waarheidsvinding te verzekeren, op een wijze waarbij de rechten en de vrijheden van de vervolgte en berechte persoon worden verzoend met de noodzaak om de maatschappij tegen misdrijven te beschermen; b) het voorwerp zelf van de strafrechtspleging verzet zich ertegen dat het verloop van het strafproces afhankelijk zou worden gemaakt van de wilsautonomie van de partijen.

Het Hof beslist dan ook dat art. 2 Ger.W. het verbod inhoudt om die bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek die, hetzij verwijzen naar het akkoord van de partijen, hetzij sommige gevolgen afhankelijk maken van het initiatief van de partijen, hetzij de positie van de rechter als leidingvoerende instantie in het strafproces aantasten, toe te passen op de rechtspleging voor de strafrechter, «wanneer deze laatste uitspraak moet doen over de strafvordering».

Het Hof preciseert zijn gedachtegang door deze redenering toe te passen op art. 973 Ger.W.: het in dit artikel bepaalde vereiste dat de partijen moeten worden opgeroepen om aanwezig te zijn bij alle verrichtingen van de deskundige, is een regel waarvan de toepassing, *in strafzaken*, een debat op tegenspraak buiten de aanwezigheid van de rechter zou mogelijk maken. De toepassing van die regel is bijgevolg niet verenigbaar met die van de wetsbepalingen en van de rechtsbeginselen die eigen zijn aan de strafrechtspleging, gelet op het voorwerp ervan.

De verdere analyse van dit arrest nodigt uit tot een aantal bijkomende bedenkingen.

In de eerste plaats moet erop worden gewezen dat de zaak die het Hof op 24 juni 1998 diende te onderzoeken, enige gelijkenis vertoont met de huidige zaak, maar daarnaast op twee essentiële punten verschilt van de zaak die thans dient te worden onderzocht. In beide gevallen gaat het om een deskundigenonderzoek dat werd bevolen door de strafrechter, in zijn hoedanigheid van feitenrechter. Het eerste verschil heeft betrekking op de hoedanigheid van de partij die cassatieberoep aantekende: in de zaak die aanleiding gaf tot het arrest van 24 juni 1998 ging het cassatieberoep uit van de beklaagde zelf, terwijl in de zaak die ons thans bezighoudt het cassatieberoep uitgaat van de burgerlijke partij. Een tweede – en belangrijker – verschil betreft de draagwijdte en de omvang van de opdracht die aan de deskundige werd toevertrouwd: in de zaak die aanleiding gaf tot het arrest van 24 juni 1998 betrof het een opdracht die zowel betrekking had op zowel de strafvordering (namelijk op de kwalificatie) als de burgerlijke rechtsvordering (begroting van de schade), terwijl de opdracht in de huidige zaak alleen de burgerlijke rechtsvordering tot voorwerp had (omvang van de schade).

De gebalde stijl van het arrest van 24 juni 1998 van het Hof verplicht de lezer tot een bijzondere waakzaamheid: elk woord en elke toevoeging werden blijkbaar afgewogen en hebben hun belang. Er kan hieromtrent overigens ook worden verwezen naar de conclusies die het arrest voorafgaan, waarin het openbaar ministerie uitdrukkelijk de aandacht van het Hof vestigde op het risico van een «*a con-*

trario»-redenering. In dit licht moet worden vastgesteld dat het Hof tot tweemaal toe *expressis verbis* de draagwijdte van zijn standpunt, met betrekking tot de niet-toepasselijkheid van de bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek op de deskundigenonderzoeken in strafzaken, lijkt te beperken. In een eerste tijd preciseert het Hof dat deze stelling geldt in het geval «waarin de strafrechter uitspraak moet doen over de strafvordering» («*lorsqu'il est appelé à statuer sur l'action publique*») en verder in het arrest verduidelijkt het Hof dat het gaat om een toepassing «in strafzaken» («*en matière répressive*»). Het Hof laat hier dus enige ruimte open voor het geval waarin de strafrechter enkel en alleen (nog) uitspraak moet doen over de burgerlijke rechtsvordering. Niet iedereen lijkt evenwel eenzelfde lezing te hebben van dit arrest: zo stelt A. Sadzot⁵⁷ dat het Hof in zijn arrest van 24 juni 1998 zonder enige dubbelzinnigheid elk element van tegenspraak verwerpt, zonder overigens een onderscheid te maken tussen burgerlijke of strafrechtelijke expertises, noch tussen deskundigenonderzoeken bevolen door de vonnisrechter, het parket of de onderzoeksrechter. Deze lezing lijkt mij, om bovengenoemde redenen, niet te stroken met de inhoud zelf van het arrest.

Het Arbitragehof had in zijn arrest van 30 april 1997 (zie *supra*, nr. 16) het beginsel van de van toepasselijkheid van de bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek (en dus van de tegenspraak) vooropgesteld, tenzij die bepalingen (1) verwijzen naar het akkoord van de partijen of (2) sommige gevolgen afhankelijk maken van het initiatief van de partijen. Het Arbitragehof ondersteunde deze stelling door te preciseren dat «de wilsautonomie van privé-personen geen plaats heeft in strafzaken».⁵⁸ Uw Hof heeft in zijn arrest van 24 juni 1998 deze eerste twee uitzonderingen hernomen, maar voegde er een (nieuwe) precisering aan toe, namelijk «wanneer de toepassing van de bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek de positie van de rechter, als leidingvoerende instantie in het strafproces, aantasten». De vraag rijst of deze precisering een uitbreiding is van de uitzonderingen die door het Arbitragehof werden aangenomen – stelling die wordt verdedigd door A. Sadzot⁵⁹ – dan wel een loutere (meer verfijnde) toepassing van het principe dat ook reeds door het Arbitragehof zelf werd aanvaard, namelijk «dat de wilsautonomie van de partijen geen plaats heeft in het strafproces». Voor dit laatste standpunt, dat ook werd verdedigd in de conclusies van het openbaar ministerie, is een argument terug te vinden in het arrest zelf, waarin het Hof uitdrukkelijk verwijst naar het feit dat «de aard zelf van het strafproces zich er tegen verzet dat het verloop ervan afhankelijk zou worden gemaakt van de wilsautonomie van de partijen». Door zo te oordelen voegt het Hof bijgevolg niets toe aan het arrest van het Arbitragehof, maar expliciteert het alleen de zinsnede «dat de wilsautonomie van de partijen geen plaats heeft in het strafproces»: deze zinsnede kan inderdaad niets anders betekenen dan dat het principe van de «leidingvoerende» rol van de strafrechter,

⁵⁷ A. SADZOT, «Le caractère contradictoire des expertises aux différents stades de la procédure pénale: derniers rebondissements» (noot onder de arresten van 24 juni 1998 het Hof van Cassatie en van het Arbitragehof), *J.L.M.B.*, 1998, 1290.

⁵⁸ Zie overweging B.8, tweede lid, van het arrest van 30 april 1997 van het Arbitragehof.

⁵⁹ A. SADZOT, *o.c.*, 1292.

wanneer hij uitspraak moet doen over de strafvordering, onverkort moet blijven gelden. Daaruit volgt dat ook alle bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek met betrekking tot het contradictoire karakter van het deskundigenonderzoek, die een aantasting (zouden kunnen) inhouden van dit principe van de «leidingvoerende positie» van de strafrechter, niet van toepassing (kunnen) zijn in aangelegenheden die de strafvordering zelf aanbelangen.

20. In zijn arrest van 24 november 1998⁶⁰ herhaalt het Hof de standpunten vervat in zijn arrest van 24 juni 1998, maar past nu het principe niet alleen toe op art. 973 Ger.W., maar op «art. 962 e.v. Ger.W., waarvan de toepassing een debat op tegenspraak buiten de aanwezigheid van de rechter zou mogelijk maken. De toepassing van deze regelen is bijgevolg niet verenigbaar met die van de wetbepalingen en van de rechtsbeginselen die eigen zijn aan de strafrechtspleging, gelet op het voorwerp ervan.» Ook hier weer preciseert het Hof dat zijn standpunt (enkel) betrekking heeft op het deskundigenonderzoek bevolen door de strafrechter, «die uitspraak moet doen over de strafvordering».

III. VERDERE ANALYSE EN EINDBEOORDELING

21. Het leek mij raadzaam te vertrekken van deze uitgebreide «historische» inleiding om de voorgestelde oplossing voor de specifieke vraag, die vandaag aan uw Hof wordt voorgelegd, beter te situeren in de (schoksgewijze) evolutie die de rechtspraak betreffende de problematiek van de tegenspraak inzake deskundigenonderzoeken in strafzaken kenmerkte.

Uit dit overzicht blijkt dat een belangrijk onderscheid dient te worden gemaakt tussen de verschillende categorieën van deskundigenonderzoeken. Het criterium voor dit onderscheid is dubbel: het betreft, enerzijds, de fase van de rechtspleging waarin tot de aanstelling van de deskundige wordt overgegaan en, anderzijds, de draagwijdte van de opdracht die aan de expert wordt toevertrouwd.

De reden waarom dit onderscheid dient te worden gemaakt is verbonden aan het «eigen wezen» en de «eigen finaliteit» van het optreden van de strafrechter, omdat hij, als exclusief bevoegde instantie, uitspraak doet over de openbare vordering. Zolang geen uitspraak werd gedaan over de strafvordering zelf, wordt de strafrechter immers geconfronteerd met het samenlopen van (minstens) drie verschillende belangen: de belangen van de samenleving die van de verdachte en die van de burgerlijke partij.

Wanneer wij de belangen van de maatschappij even buiten beschouwing laten, stellen wij vast dat de belangen van de verdachte en de belangen van de burgerlijke partij zich op een totaal ander niveau bevinden.

De belangen van de verdachte hebben, in het raam van de uitspraak over de openbare vordering, in eerste instantie betrekking op zijn persoonlijke vrijheid en op zijn morele integriteit, die beiden bedreigd worden. De belangen van de burgerlijke partij zijn daarentegen essentieel van pecuniaire aard. Het lijdt geen enkele twijfel dat zowel de persoonlijke vrijheid als de morele integriteit, als *grondrechten*, in de hiërarchie van de waarden en de normen veel hoger scoren dan de louter pecuniaire particuliere belangen. Dit verschil

in rangorde rechtvaardigt een verschil in spelregelen en in vormvoorschriften. De strafrechter, die de exclusieve bevoegdheid kreeg toevertrouwd om bij vaststelling van de schuldige verantwoordelijkheid de dader van de feiten te veroordelen – en dus deze grondrechten te beknotten of in te perken – moet daarom ook bij de (voorbereiding van de) uitspraak over de strafrechtelijke aspecten de regie en de leiding over de procesvoering behouden, zonder daarbij afhankelijk te zijn van welkdanig initiatief ook van (één van) de partijen. De aard van de in het gedrang zijnde belangen van de verdachte (en van de samenleving) verzetten zich tegen het feit dat de neutrale, onafhankelijke en onpartijdige leiding van de strafrechter zou worden aangetast door afspraken, akkoorden, discussies of debatten die zich afspelen buiten hem om. De regelen inzake het contradictoir verloop van de deskundigenonderzoeken die een dergelijke aantasting zouden (kunnen) meebrengen, kunnen bijgevolg niet – principieel of op algemene wijze – van toepassing zijn, omdat zij precies in strijd zijn met de wijze waarop de strafrechter geacht wordt uitspraak te doen over de openbare vordering.

Anderzijds dient ook rekening te worden gehouden met de precare positie van de verdachte, die zolang er geen uitspraak werd gedaan omtrent de strafvordering, beschermd wordt door het «vermoeden van onschuld». Dit vermoeden van onschuld impliceert, naast andere waarborgen, dat de beklagde of de inverdenkinggestelde zelf zijn verdedigingsstrategie kan bepalen. Hij kan ervoor opteren actief mede te werken aan de bewijsvoering, maar hij kan er net zo goed voor kiezen passief te blijven, het stilzwijgen te bewaren of zelfs tegen te werken. Behoudens de wettelijk bepaalde uitzonderingen kan hij er in geen geval, noch rechtstreeks, noch onrechtstreeks, toe verplicht of gebracht worden zijn (min of meer actieve) medewerking te verlenen aan een rechtspleging die tot zijn strafrechtelijke veroordeling zou kunnen leiden. Dit recht om zich volledig te onthouden van elke medewerking speelt niet alleen tijdens het vooronderzoek of tijdens het gerechtelijk onderzoek: de verdachte behoudt dit privilege tot op het ogenblik zelf van de uitspraak over de strafvordering. Deze vaststelling heeft uiteraard ook gevolgen voor het vereiste van tegenspraak bij de deskundigenonderzoeken die vóór de uitspraak op de strafvordering worden bevolen: het beginsel van de «*equality of arms*» impliceert immers dat *elke* partij recht heeft op deze mogelijkheid tot tegenspraak.

Dit brengt uiteindelijk mee dat de invoering van de tegenspraak voor de deskundigenonderzoeken, in de fase vóór de uitspraak op de strafvordering, onvermijdelijk tot gevolg zal kunnen hebben dat de verdachte, die er uitdrukkelijk voor koos om geen enkele medewerking te verlenen aan het onderzoek, enkel en alleen wegens het loutere feit dat de burgerlijke partij wel aanspraak kan maken op die tegenspraak, noodzakelijkerwijze in een positie zal worden gebracht waarin hij – «noodgedwongen» – ook zelf zijn medewerking zal moeten verlenen aan dit deskundigenonderzoek, waarvan, op dat ogenblik, nog niet is geweten of het mogelijkerwijze enige invloed kan hebben op de openbare vordering (kwalificatie, verzwarende omstandigheid, ...). Deze zuiver hypothetische mogelijkheid dat een dergelijke toepassing van de regelen inzake de tegenspraak – rechtstreeks of onrechtstreeks – zou kunnen leiden tot een uitholling van het «*zwijgrecht*» lijkt mij, op zichzelf, vol-

⁶⁰ Cass., 24 november 1998, *R.W.*, 1999-2000, 843, met noot B. DE SMET.

doende te zijn om dit denkspoor resoluut en radicaal af te wijzen. Het staat buiten kijf dat een dergelijke toepassing van de tegenspraak niet verzoenbaar is met dit «zwijgrecht», dat is gebaseerd op het (aan het strafproces «eigen») rechtsbeginsel van het «vermoeden van onschuld». Precies daarom zullen de regelen van de «burgerlijke tegenspraak» ook niet kunnen worden toegepast wanneer de strafrechter, als vonnisrechter, aan de deskundige een opdracht toevertrouwt die zowel een burgerlijk als een strafrechtelijk aspect heeft.

Men zou tegen deze redenering kunnen aanvoeren dat er nog steeds een ongelijkheid blijft bestaan, namelijk tussen, enerzijds, de benadeelde voor de burgerlijke rechter en, anderzijds, de burgerlijke partij voor de strafrechter, wier toestand zal verschillen al naargelang wel of niet reeds een uitspraak werd gedaan over de strafvordering. Dit is zonder meer juist, maar het probleem is niet zozeer de eigenlijke ongelijkheid, maar wel het «in redelijkheid verantwoord zijn» van dit verschil in behandeling. Welnu, deze ongelijkheid is in redelijkheid verantwoord én door de specifieke opdracht van de strafrechter die verantwoordelijk is voor de «leiding» van het strafproces én door de specifieke bescherming die de verdachte, wiens grondrechten in het gedrang zijn, geniet. Deze elementen moeten blijven primeren en verantwoorden de minder comfortabele positie van de burgerlijke partij, die alleen haar essentieel particuliere en pecuniaire belangen verdedigt en die haar recht op betwisting van de vaststellingen van de deskundige zal moeten uitstellen tot op de terechtzitting, waarop zij dit recht alsnog zal kunnen uitoefenen. Hieraan zij overigens toegevoegd dat deze burgerlijke partij, zoals hiervoor aangegeven, zelf kon kiezen voor de «andere weg» door haar vordering voor de burgerlijke rechter in te leiden.

Het hierboven voorgestelde onderscheid leidt tot een onderverdeling in drie categorieën van expertises.

Een eerste categorie expertises betreft die bevolen door de onderzoeksrechter of door de parketmagistraat, tijdens het gerechtelijk onderzoek of tijdens het opsporingsonderzoek: voor deze gevallen blijkt dat er, benevens het hiervoor besproken probleem van het «zwijgrecht», een «rechtsbeginsel» bestaat dat «eigen is aan de strafrechtspleging», en dat zich verzet tegen de toepassing van de bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek op deze deskundigenonderzoeken. Volgens het Arbitragehof is dit «rechtsbeginsel» het gegeven «dat de wetgever heeft gewild dat de strafrechtspleging in dit stadium van de procedure op inquisitoriale wijze zou verlopen, om, enerzijds, rekening houdend met het vermoeden van onschuld, te vermijden dat personen onnodig in diskrediet worden gebracht en, anderzijds, met het oog op doeltreffendheid, snel te kunnen handelen, zonder de schuldigen op de hoogte te brengen».

De tweede categorie deskundigenonderzoeken zijn die welke werden bevolen door de strafrechter, handelende als feitenrechter en die hetzij uitsluitend betrekking hebben op de strafvordering, hetzij een gemengd karakter hebben omdat zij zowel de strafvordering als de burgerlijke rechtsvordering betreffen. Ook hier speelt het probleem van het «zwijgrecht» en kan de toepassing van de bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek in conflict komen met een «rechtsbeginsel» dat eigen is aan het strafproces, namelijk het gegeven dat er «in strafzaken (lees: wanneer de rechter uitspraak moet doen over de strafvordering) geen plaats is voor

de wilsautonomie van de partijen». Dit betekent dat («onder meer») de bepalingen «die verwijzen naar het akkoord van de partijen of die sommige gevolgen afhankelijk stellen van het initiatief zelf van die partijen» niet van toepassing zijn. Dit is zowel de zienswijze van het Arbitragehof als van uw Hof, dat evenwel preciseerd dat evenmin van toepassing zijn «de bepalingen die de positie van de rechter, als leidingvoerende instantie in het strafproces, aantasten». Dit rechtsbeginsel vindt zijn grondslag, – zoals het Hof het formuleerde –, in de «economie van het Wetboek van Strafvordering»⁶¹, in het feit «dat de wetgever, gelet op het belang en de complexiteit van het strafproces, bijzondere regelen heeft uitgevaardigd om op een snelle wijze de waarheidsvinding te verzekeren, waarbij de rechten en de vrijheden van de persoon die wordt vervolgd worden verzoend met het vereiste om de maatschappij te beschermen tegen misdrijven», in het feit «dat het voorwerp zelf van het strafproces zich ertegen verzet dat het verloop van het strafproces afhankelijk zou worden gesteld van de wil van de partijen» en, ten slotte, in het gegeven dat «in strafzaken een debat op tegenspraak buiten de aanwezigheid van de rechter» niet mogelijk is.⁶²

Voor beide categorieën van expertises wordt er dus verwezen naar het eigen «wezen» of naar de eigen «finaliteit» van het strafproces waarin er geen ruimte is voor het «processueel zelfbeschikkingsrecht»⁶³ van de partijen. Het komt aan de strafrechter toe, in het raam van zijn strafrechtelijke opdracht, ambtshalve alle nuttige onderzoeksdaten te stellen om de waarheid te ontdekken, zonder vooraf met de partijen te moeten overleggen en zonder gebonden te zijn aan akkoorden tussen de partijen. Als «leider» van het onderzoek heeft hij steeds het laatste woord over de aanstelling van de deskundige en de omvang van diens opdracht. De deskundige wordt in strafrechtelijke aangelegenheden aangesteld om de rechter in te lichten. Zijn aanstelling hangt geenszins van de wil van de partijen af. Hij geniet het vertrouwen van de rechter en dat volstaat.⁶⁴

Zoals eerder aangegeven, is deze rechtspraak vandaag evenwel niet aan de orde en staan deze beslissingen hier niet ter discussie. Het komt, voor deze categorieën van deskundigenonderzoeken, alleen aan de wetgever toe nieuwe initiatieven te ontwikkelen. Bij een eventuele wetwijziging zal ook de wetgever er, zoals uiteengezet, nauwgezet over moeten waken dat de invoering van een grotere mate van tegenspraak inzake expertises die (mede) betrekking hebben op de strafvordering niet leidt tot een situatie waarbij de in verdenking gestelde weinig anders kan doen dan (actief) mee te werken aan onderzoeksverrichtingen, die uiteindelijk als finaliteit hebben bewijselementen op te leveren, die zich

⁶¹ Cass., 6 januari 1941, *Pas.*, 1941, I, 5, ook aangehaald en bekritiseerd door F. PIEDBOEUF, «L'expertise et la réparation du dommage», *Ann. Fac. Dr. Liège*, 1980, 302.

⁶² Cass., 24 juni 1998, A.R. P.97.1075.F, nr. 332, met conclusie advocaat-generaal X. DE RIEMAECKER.

⁶³ B. DE SMET, «De afbrokkeling van het geheim karakter van het deskundigenonderzoek in strafzaken», *R.W.* 1998-99, 106.

⁶⁴ E. KRINGS, «De toepassing van de regelen van het Gerechtelijk Wetboek op de rechtsplegingen in strafzaken, tuchtzaken, fiscale zaken e.a.», in *Actuele problemen van gerechtelijk privaatrecht*, Leuven, Acco, 1976, 17.

tegen hem zullen keren. Een dergelijke rechtstreekse of onrechtstreekse druk is strijdig met het «zwijgrecht».

Om mogelijke misverstanden te vermijden heb ik voor de beide soorten van expertises doelbewust gepreciseerd dat de tegenspraak hier niet op *algemene* en *principiële* wijze kan worden doorgevoerd. Dat betekent evenwel niet dat hieruit *a contrario* zou mogen worden afgeleid dat er voor deze expertises een absoluut verbod van tegenspraak zou bestaan. Voor zover de rechter van oordeel is dat het contradictoire verloop van geen enkele invloed is op zijn leidinggevende rol en dat anderzijds deze tegenspraak, of bepaalde modaliteiten ervan, de grondrechten van de verdachte niet in het gedrang brengen, kan hij, bij de omschrijving van de opdracht van de deskundige, ook aspecten van tegenspraak laten spelen. De rechter heeft de bevoegdheid en de keuze om, hetzij een deskundige aan te stellen, hetzij te weigeren een deskundige aan te stellen: daaruit volgt dat hij ook kan kiezen voor een van de vele tussenliggende mogelijkheden, waarbij hij de modaliteiten voor het verloop van het deskundigenonderzoek (onder meer wat het aspect van de tegenspraak betreft) zal kunnen bepalen, rekening houdende met alle andere principes die spelen.

Wat de laatste reeks van expertises betreft, – namelijk die waarbij de deskundige werd aangesteld door de strafrechter als vonnisrechter, met een opdracht die enkel en alleen betrekking heeft op de nog resterende burgerlijke aspecten van de zaak –, werd, bij de analyse van de rechtspraak, vastgesteld, enerzijds, dat er geen wetsbepalingen bestaan die het contradictoir karakter van dergelijke expertises uitsluiten en, anderzijds, dat de argumenten, die in het verleden werden aangevoerd om de toepassing van de bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek af te wijzen, niet (langer) kunnen worden beschouwd als «rechtsbeginselen» in de zin van art. 2 Ger.W., die de door ditzelfde artikel voorgeschreven toepassing van de bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek, wegens onverenigbaarheid, kunnen uitsluiten. Aangezien de rechtspleging, in de hypothese waarvan bij deze categorie van expertises wordt uitgegaan, alleen maar betrekking heeft op de (nog resterende) burgerlijke belangen, is het «eigen wezen» of de «eigenlijke finaliteit» van de strafvordering hier niet meer in het gedrang: de strafvordering heeft immers al haar eigen finaliteit bereikt en de rol van de strafrechter «als rechter die over de strafvordering uitspraak moet doen» is uitgespeeld. De strafrechter treedt enkel nog op «als rechter die met toepassing van art. 4 Voorafgaande Titel Sv., van de wetgever, (ook nog) de bevoegdheid kreeg om uitspraak te doen over de burgerlijke rechtsvordering». De rechtsbeginselen, die voor de eerste en de tweede categorie van deskundigenonderzoeken de toepassing van het Gerechtelijk Wetboek uitsloten, kunnen hier dan ook niet meer gelden. De specifieke opdracht van de rechter en de specifieke positie van de (inmiddels veroordeelde) verdachte zijn – gelet op de aard van de in het geding zijnde (particuliere en pecuniaire) belangen – niet langer van tel.

Langs de positieve zijde van de balans dient rekening te worden gehouden met de rechtspraak van het Arbitragehof en van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens. Beide rechtscolleges beklemtonen dat de tegenspraak een van de essentiële elementen is van een eerlijk proces.

Het besluit moet dan ook zijn dat, bij ontstentenis van enige wettelijke bepaling of van enig «rechtsbeginsel eigen aan de strafrechtspleging», er geen enkel «wettelijk» beletsel

meer bestaat om de hoofdregel van art. 2 Ger.W. op dit soort van expertises toe te passen. De afwezigheid van «wettelijke» beletsels houdt dus in dat dergelijke expertises, *in principe* of *in de regel* contradictoir dienen te verlopen. De precisering *in principe* of *in de regel* lijkt nuttig, omdat er, zelfs bij afwezigheid van «rechtsbeginselen» in de zin van art. 2 Ger.W., nog altijd andere bezwaren kunnen rijzen die zich in bepaalde concrete gevallen tegen een volledig contradictoir verloop van een specifiek deskundigenonderzoek kunnen verzetten: het zal in die gevallen aan de rechter toekomen de precieze modaliteiten voor het verloop van de expertise te bepalen.

Dit besluit stelt het Hof in staat om zijn rechtspraak, wat de laatste categorie van expertises betreft, volledig af te stemmen op de hierboven vermelde rechtspraak van het Arbitragehof en op de principes die uit de beslissingen van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens volgen. De voorgestelde verfijning van de rechtspraak zou overigens ook nauwer aansluiten bij de wens van een (groot) aantal auteurs en bij de houding die een aantal magistraten thans reeds in de praktijk aannemen.⁶⁵ (...)

P. Duinslaeger

Advocaat-generaal bij het Hof van Cassatie

⁶⁵ F. PIEDBOEUF, «L'expertise et la réparation du dommage», *Ann. Fac. Dr. Liège*, 1980, 286; F. HUTSEBAUT, «Het deskundigenonderzoek in strafzaken», in *Strafprocesrecht voor rechtspractici*, 145; A. CLOQUET, *Deskundigen onderzoek*, in *A.P.R.*, 1960, p. 131, nr. 237; H.-D. BOSLY, *Eléments de droit de la procédure pénale*, 1997, 130 en noot onder Arbitragehof, 30 april 1997, *Revue régionale de droit*, 1997, 340; H. BEKAERT en Ph. QUARRE, «Il faut, en matière pénale, rendre à la procédure d'audience le caractère accusatoire qu'elle a perdu», *J.T.*, 1978, 445; L. CORNIL, «De la nécessité de rendre à l'instruction préparatoire, en matière pénale, le caractère légal qu'elle a perdu», *R.D.P.*, 1931, 825; T. DE LA HAYE, *Code judiciaire – Jurisprudence. Art. 870 à 1016. Les preuves*, Brugge, Die Keure, losbladig, art. 962, punt 1.6-A.2; J. DU JARDIN, «La personne lésée dans l'action pénale», *R.D.P.*, 1967-68, 691; A. FETWEIS «A propos du caractère contradictoire de l'expertise pénale», in J. GILLARDIN en P. JADOUL (red.), *L'expertise*, Facultés universitaires Saint Louis, 1994, en aangehaalde rechtsleer in voetnoot 3, p. 97; M. FRANCHIMONT, *Manuel de procédure pénale*, 332 en 791 (voetnoot 185); A. JABOBS, «Plaidoyer pour une expertise entièrement contradictoire en matière pénale», *J.L.M.B.*, 1998, 38; J. LAENENS, «L'expertise», in VERHEYDEN-JEANMART (red.), *Droit de la preuve*, Liège, Formation permanente CUP, 1997, 195; P. LURQUIN, *Traité de l'expertise en toute matière*, II, *Expertise pénale*, 1987, p. 37, nr. 543; A. MASSET, «Le caractère non contradictoire de l'expertise pénale», *T.Vred.*, 1986, 316; Ph. TRAEST, *Het bewijs in strafzaken*, Gent, 1992, 476; R. VERSTRAETEN, *De burgerlijke partij en het gerechtelijk onderzoek*, Antwerpen, 1994, p. 495, nr. 765.

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 4 NOVEMBER 1999

Voorzitter-rapporteur: de h. Verougstraete

Openbaar ministerie : mevr. De Raeve

Advocaat: mr. Geinger

Verdrag – Rechtstreekse werking – Voorwaarden - Norm voldoende nauwkeurig en volledig – Bron van subjectieve rechten en verplichtingen voor particulieren – Verdrag inzake de rechten van het kind – Bescherming van het belang van het kind – Wijze waarop de biologische afstamming wordt vastgesteld

Om rechtstreeks toepasselijk te kunnen worden beschouwd, moet de norm van een internationaal verdrag voldoende nauwkeurig en volledig zijn.

De artikelen 3.1. en 3.2. van het verdrag inzake de rechten van het kind, ook al kunnen zij nuttig zijn bij de interpretatie van teksten, zijn op zichzelf niet voldoende nauwkeurig en volledig om directe werking te hebben, omdat zij verscheidene mogelijkheden aan de Staat laten om aan de vereisten van het belang van het kind te voldoen, inzonderheid om te bepalen hoe de belangen van het kind het best worden beschermd in verband met de wijze waarop de biologische afstamming wordt vastgesteld. Zij kunnen niet gelden als bron van subjectieve rechten en van verplichtingen voor particulieren.

De W. t/ M. e.a.

Gelet op het bestreden arrest, op 12 maart 1998 gewezen door het Hof van Beroep te Gent;

...

Overwegende dat, om rechtstreeks toepasselijk te kunnen worden beschouwd, de norm van een internationaal verdrag voldoende nauwkeurig en volledig moet zijn;

Overwegende dat krachtens art. 3.1 van het Verdrag van 20 november 1989 inzake de rechten van het kind, bij alle maatregelen betreffende kinderen, ongeacht of deze worden genomen door openbare of particuliere instellingen voor maatschappelijk welzijn of door rechterlijke instanties, bestuurlijke autoriteiten of wetgevende lichamen, de belangen van het kind de eerste overweging vormen;

Dat art. 3.2 van dit verdrag bepaalt dat de Staten die partij zijn, zich ertoe verbinden het kind te verzekeren van de bescherming en de zorg die nodig zijn voor zijn welzijn, rekening houdende met de rechten en de plichten van zijn ouders, wettige voogden of anderen die wettelijk verantwoordelijk zijn voor het kind, en nemen hiertoe alle passende wettelijke en bestuurlijke maatregelen;

Overwegende dat die bepalingen, ook al kunnen zij nuttig zijn bij de interpretatie van teksten, op zichzelf niet voldoende nauwkeurig en volledig zijn om directe werking te hebben, omdat zij verscheidene mogelijkheden aan de Staat laten om aan de vereisten van het belang van het kind te voldoen; dat zij niet kunnen gelden als bron van subjectieve rechten en van verplichtingen voor particulieren;

Dat zij inzonderheid de mogelijkheid openlaten voor de verbonden Staten en overheden te bepalen hoe de belangen van het kind het best worden beschermd in verband met de wijze waarop de biologische afstamming wordt vastgesteld;

Dat het in een dergelijk geval niet aan de rechter toekomt de bescherming van de belangen van het kind die door de wetgever is geboden terzijde te schuiven ten voordele van een eigen appreciatie die de rechter meer gepast vindt;

...

NOOT – Zie hierna in dit nummer de noot van A. Vandaele «Een vergiftigd verjaardagsgeschenk van het Hof van Cassatie bij de tiende verjaardag van het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind», onder een arrest van het Hof van Cassatie van dezelfde datum.

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 4 NOVEMBER 1999

Voorzitter-rapporteur: de h. Verougstraete

Openbaar ministerie : mevr. De Raeve

Advocaten: mrs. De Bruyn en Bützler

1. Burgerlijke rechtspleging – Eis – Verzoek van een partij rekening te houden met de belangen van het kind – Verplichting van de rechter uitspraak te doen over alle onderdelen van de vordering – 2. Vonnissen en arresten – Motiveringsplicht – Beantwoording van conclusie van de andere partij – 3. Verdrag – Rechtstreekse werking – Voorwaarden – Norm voldoende nauwkeurig en volledig – Bron van subjectieve rechten en verplichtingen voor particulieren – Verdrag inzake de rechten van het kind – Bescherming van het belang van het kind – Wijze waarop de biologische afstamming wordt vastgesteld

1. Geen punt van de vordering in de zin van art. 1138, 3^o, Ger. W., is het feit dat een partij opwerpt dat bij de beoordeling van het geschil rekening moet worden gehouden met het belang van het kind, zodat de rechter niet verplicht is over dit punt uitspraak te doen.

2. Een partij mag een gebrek aan antwoord op een conclusie van een andere partij slechts aanvoeren als een schending van de motiveringsverplichting, indien de berechting van de door die conclusie opgeworpen betwisting hetzelfde belang heeft voor het geschil tussen de eiser in cassatie en de verweerder.

3. De artikelen 3.1. en 3.2. van het verdrag inzake de rechten van het kind, ook al kunnen zij nuttig zijn bij de interpretatie van teksten, zijn op zichzelf niet voldoende nauwkeurig en volledig om directe werking te hebben, omdat zij verscheidene mogelijkheden aan de Staat laten om aan de vereisten van het belang van het kind te voldoen. Zij kunnen niet gelden als bron van subjectieve rechten en verplichtingen van particulieren.

Deze verdragsbepalen laten inzonderheid de mogelijkheid open voor de verbonden Staten en overheden om te bepalen hoe de belangen van het kind het best worden beschermd in verband met de wijze waarop de biologische afstamming wordt vastgesteld. De artikelen 330, § 2, en 332 B.W. hebben in een regeling voorzien waarbij de belangen van het kind worden beschermd.

Van H. t/ Van D. e.a.

Gelet op het bestreden arrest, op 30 januari 1998 gewezen door het Hof van Beroep te Gent;

Over het middel, gesteld als volgt:

schending van de artikelen 330 in fine, 332bis B.W., 1138, 3°, Ger. W., 149 van de Grondwet en 3.1 van het Verdrag van 20 november 1989 inzake de rechten van het kind, opgemaakt te New-York, goedgekeurd bij wet van 25 november 1991,

...

Wat het eerste onderdeel betreft:

Overwegende dat geen punt van de vordering is het feit dat een partij opwerpt dat bij de beoordeling van het geschil rekening moet worden gehouden met het belang van het kind;

Dat het onderdeel, in zoverre het schending aanvoert van art. 1138, 3°, Ger. W., niet kan worden aangenomen;

Overwegende dat een partij een gebrek aan antwoord op een conclusie van een andere partij slechts mag aanvoeren indien de berechting van de door die conclusie opgeworpen betwisting hetzelfde belang heeft voor het geschil tussen de eiser in cassatie en de verweerder;

Overwegende dat de voogdes *ad hoc* zich heeft gedragen naar de wijsheid van de rechtbank en in haar appèlconclusie van 5 september 1997 heeft aangevoerd dat bij de beoordeling rekening zou worden gehouden met het feit dat zij de belangen van het kind moet verdedigen; dat zij in haar voor de appèlrechters hernomen conclusie heeft geargumenteerd in de zin van de afwijzing van de vordering van eiseres;

Overwegende dat hieruit volgt dat het belang van eiseres anders is dan het belang van de concluderende voogdes *ad hoc*, zodat eiseres niet kan aanvoeren dat de conclusies van de voogdes *ad hoc* niet zijn beantwoord;

Dat het middel niet kan worden aangenomen;

Wat het tweede middel betreft:

...

Overwegende dat, om rechtstreeks toepasselijk te kunnen worden beschouwd, de norm van een internationaal verdrag voldoende nauwkeurig en volledig moet zijn;

Overwegende dat krachtens art. 3.1 van het Verdrag van 20 november 1989 inzake de rechten van het kind, bij alle maatregelen betreffende kinderen, ongeacht of deze worden genomen door openbare of particuliere instellingen voor maatschappelijk welzijn of door rechterlijke instanties, bestuurlijke autoriteiten of wetgevende lichamen, de belangen van het kind de eerste overweging vormen;

Dat artikel 3.2 van dit verdrag bepaalt dat de Staten die partij zijn, zich ertoe verbinden het kind te verzekeren van de bescherming en de zorg die nodig zijn voor zijn welzijn, rekening houdende met de rechten en de plichten van zijn ouders, wettige voogden of anderen die wettelijk verantwoordelijk zijn voor het kind, en nemen hiertoe alle passende wettelijke en bestuurlijke maatregelen;

Overwegende dat die bepalingen, ook al kunnen zij nuttig zijn bij de interpretatie van teksten, op zichzelf niet voldoende nauwkeurig en volledig zijn om directe werking te hebben; dat zij verscheidene mogelijkheden aan de Staat laten om aan de vereisten van het belang van het kind te

voldoen; dat zij niet kunnen gelden als bron van subjectieve rechten en van verplichtingen voor particulieren;

Dat zij inzonderheid de mogelijkheid openlaten voor de verbonden Staten en overheden te bepalen hoe de belangen van het kind het best worden beschermd in verband met de wijze waarop de biologische afstamming wordt vastgesteld; dat de artikelen 330, § 2, en 332 B.W. in een regeling hebben voorzien waarbij de belangen van het kind worden beschermd;

Dat het onderdeel dat ervan uitgaat dat de justitiabelen subjectieve rechten kunnen putten uit het genoemde art. 3, in zoverre faalt naar recht.

NOOT – Een vergiftigd verjaardagsgeschenk van het Hof van Cassatie bij de tiende verjaardag van het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind

I. Inleiding

1. In de twee hierboven afgedrukte arresten van 4 november 1999 verwerpt de eerste kamer van het Hof van Cassatie de directe werking van de artikelen 3, § 1, en 3, § 2, van het Internationaal Verdrag tot bescherming van de Rechten van het Kind van 20 november 1989 (hierna af te korten als I.V.R.K.). Art. 3, § 1, I.V.R.K. bepaalt: «Bij alle maatregelen betreffende kinderen, ongeacht of deze worden genomen door openbare of particuliere instellingen voor maatschappelijk welzijn of door rechterlijke instanties, bestuurlijke autoriteiten of wetgevende lichamen, vormen de belangen van het kind de eerste overweging.» Art. 3, § 2, luidt als volgt: «De Staten die partij zijn, verbinden zich ertoe het kind te verzekeren van de bescherming en de zorg die nodig is voor zijn welzijn, rekening houdend met de rechten en de plichten van zijn ouders, wettige voogden of anderen die wettelijk verantwoordelijk zijn voor het kind, en nemen hiertoe alle passende wettelijke en bestuurlijke maatregelen.»

In deze noot wordt vooral stilgestaan bij de vragen die deze arresten met betrekking tot de directe werking van het I.V.R.K. oproepen. Om een dergelijke analyse mogelijk te maken, is eerst een korte uiteenzetting van de feiten noodzakelijk.

II. Cass. 4 november 1999 inzake De W. t/ M. e.a.

2. Het eerste arrest handelt over een *vaderlijke erkenning* van drie kinderen. Nadat R.M., echtgenoot van B.G., drie kinderen van zijn echtgenote erkent, beweert A. De W. de echte vader van de kinderen te zijn. A. De W. wil ook de kinderen erkennen en stelt tegelijk een vordering tot nietigverklaring in van de erkenning van de kinderen door R.M. Tijdens de procedure neemt de vonnisrechter akte van de bekentenis van de moeder van de kinderen, waarbij deze toegeeft dat A. De W. de biologische vader was, dit niet-tenstaande andersluidende verklaringen nadien. Bovendien leverde de moeder het bewijs niet dat A. De W. de biologische vader niet was. Aangezien de moeder van de kinderen niet instemt met de erkenning van A. De W., moet deze laatste een beroep doen op art. 319, § 3, B.W. In het licht van de belangrijke arresten van het Arbitragehof van 21 december 1990 (Arbitragehof nr. 39/90, 21 december 1990, R.W. 1990-91, 1231, noot) en 8 oktober 1992 (Arbi-

tragehof nr. 63/92, 8 oktober 1992, *R.W.* 1992-93, 455) moet de rechter, voor zover het bewijs niet wordt geleverd dat de verzoeker niet de genetische vader is, art. 319, § 3, B.W. weigeren toe te passen of het Arbitragehof opnieuw ondervragen over de grondwettigheid van de wetbepaling. In elk geval is de rechtbank niet gerechtigd om nog een opportuniteitsoordeel te vellen over de gevraagde machtiging (zie onder meer P. Senaev, «Materieelrechtelijke problemen in het nieuwe afstammingsrecht» in P. Senaev (red.), *Vijf jaar toepassing van het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven, Acco, 1993, (19), nrs. 177-226).

Het Hof van Beroep te Gent nuanceerde echter deze rechtspraak. In het bestreden arrest van 12 maart 1998 oordeelde het Hof van Beroep dat de afstamming niet kan worden losgekoppeld van de concrete beleving van de familie en de familiale band. Uit art. 3 I.V.R.K. volgt dat een eventuele vernietiging van de bestaande en de vestiging van de nieuwe afstammingsband moet gebeuren in het licht van de «concrete beleving van deze afstammingsband». Aldus hield het Hof van Beroep rekening met opportuniteitsargumenten. De leefomgeving en levenswandel van A. De W. worden dan ook nauwgezet uit de doeken gedaan. Het besluit van het Hof is dat er ernstige twijfels zijn over de opportuniteit van het vaststellen van de afstamming ten aanzien van de kinderen, «gezien de strijdigheid van deze erkenning met hun belangen». Meteen is er ook geen reden om de voorafgaande vernietiging van de erkenning door R.M. te vragen.

Het Hof van Cassatie is het echter niet eens met deze zienswijze. Het Hof stelt dat art. 3, § 1, en 3, § 2, I.V.R.K. geen directe werking hebben en dat het dan ook aan de rechter niet toekomt om de bescherming van de belangen van het kind die door de wetgever is geboden, terzijde te schuiven ten voordele van een eigen appreciatie die de rechter meer gepast vindt. De erkenning van A. De W. mocht dus niet worden vernietigd op basis van opportuniteitsargumenten, zoals afgeleid uit art. 3, § 1, en 3, § 2, I.V.R.K. Een dergelijke vernietiging was enkel mogelijk wanneer vaststond dat A. De W. de biologische vader niet was.

III. Cass. 4 november 1999, inzake Van H. t/Van D. e.a.

3. Terwijl het eerste geannoteerde arrest handelt over een vaderlijke erkenning, is in het tweede arrest een betwisting van een vaderlijke afstamming aan de orde. N.D., derde verweerster in cassatie, erkent op 8 september 1989 het kind S.D. op volkomen vrijwillige basis, nadat hij in het huwelijk was getreden met L. Van D., moeder van het kind en eerste verweerster in cassatie. N.D. en L. Van D. vormen met S.D. een gezin van einde 1988 tot einde 1991. G. Van H., de nieuwe partner van N.D. en eiseres in cassatie, betwist deze erkenning met succes voor de vonnisrechter. L. Van D. trekt naar het Hof van Beroep te Gent, dat het vonnis van de eerste rechter vernietigt, omdat het meisje tegenover N.D. het bezit van staat heeft verworven. Art. 330, § 2, B.W. bepaalt immers dat het verzoek tot betwisting van de erkenning moet worden afgewezen wanneer het kind het bezit van staat ten aanzien van de erkenner heeft verworven. Het Hof van Beroep leidt daaruit af dat de wetgever de sociale realiteit heeft laten primeren op de biologische.

Aan het Hof van Beroep wordt in het eerste onderdeel verweten dat het niet heeft geantwoord op de opwerping van de voogdes *ad hoc*, dit is de tweede verweerster in cassatie, dat men rekening moet houden met het belang van het kind. Daarenboven stelt het tweede onderdeel dat het Hof van Beroep zelf ook heeft nagelaten rekening te houden met art. 3, § 1, I.V.R.K.

Het Hof van Cassatie maakt komaf met dit procedurele argument van het eerste onderdeel. Omdat het belang van de eiseres en de tweede verweerster niet gelijklopend is, kan de eiseres niet aanvoeren dat de conclusies van de voogdes *ad hoc* niet zijn beantwoord. Vooral het antwoord van het Hof op het tweede onderdeel is echter belangwekkend. Het Hof oordeelt, net zoals in het eerste arrest van 4 november 1999, dat art. 3, § 1, en 3, § 2, I.V.R.K. geen directe werking hebben. Daarenboven beslist het Hof dat art. 330, § 2, en 332 B.W. (bedoeld wordt artikel 332bis B.W.) reeds een regeling bevatten waarbij de belangen van het kind worden beschermd.

IV. Art. 3 I.V.R.K. als imperatief voor de wetgever en de rechter

4. De centrale vraag is of het Hof van Cassatie een goede toepassing heeft gemaakt van het verdragsrecht, en meer bepaald van art. 3 I.V.R.K. Cruciaal hierbij is dat de Belgische Staat zich in art. 3 I.V.R.K. ertoe heeft verbonden om het belang van het kind als primordiaal beginsel te hanteren. Het belang van het kind is dan ook een imperatief voor zowel de wetgevende, de uitvoerende als de rechterlijke macht. Beide arresten komen in elk geval in hun motivering op het eerste gezicht aan deze eis tegemoet.

Het Hof is in de arresten van oordeel dat art. 3 I.V.R.K. wel degelijk een juridische waarde heeft als een interpretatief principe. Het Hof van Cassatie oordeelt daarenboven in het eerste arrest inderdaad impliciet dat het belang van het kind is geboden door de wettelijke bepaling in kwestie, namelijk art. 319, § 2, B.W. Het tweede arrest vermeldt nog uitdrukkelijker «dat de artikelen 330, § 2, en 332 B.W. in een regeling hebben voorzien waarbij de belangen van het kind worden beschermd.» Uit deze passage blijkt dat de wetgevende macht, naar de mening van het Hof van Cassatie, haar verdragsrechtelijke verplichting is nagekomen.

V. De directe werking van art. 3 I.V.R.K. en de situering van de arresten van 4 november 1999 in het licht van andere rechtspraak

5. De vraag blijft echter of deze wettelijke regelingen, zoals hier geïnterpreteerd door het Hof van Cassatie, ook *daadwerkelijk* en *in concreto* het belang van het kind incorporeren. Dit is de vraag naar de directe werking van art. 3 I.V.R.K., die, zo zal blijken, niet zonder belang is. Sinds het bekende *Franco-Suisse le Ski*-arrest van het Hof van Cassatie heeft de rechter immers de bevoegdheid om een wetgevende norm, die strijdig is met een direct werkende verdragsbepaling, buiten toepassing te verklaren (Cass. 27 mei 1971, *Arr. Cass.*, 1971, 959 en *J.T.* 1971, 460, met conclusie van W.J. Ganshof Van Der Meersch).

De vraag of aan het I.V.R.K. directe werking toekomt, heeft het voorwerp uitgemaakt van uitvoerige discussie (zie bijvoorbeeld verwijzingen bij B. Vanlerberghe, «Het Hof van Cassatie en de directe werking van het VN-Verdrag

inzake de rechten van de kind», (noot onder Cass. 11 maart 1994), *Jaarboek Mensenrechten* 1994, (323), 324, voetnoot 5). In vroegere rechtspraak heeft het Hof van Cassatie reeds de directe werking van een aantal bepalingen van het I.V.R.K. erkend. Zo werd voor het Hof van Cassatie opgeworpen dat bij de toekenning van een omgangsrecht aan een moeder, de vader de gelegenheid niet kreeg om zijn standpunt uiteen te zetten, wat strijdig is met art. 9, § 2, I.V.R.K. Het Hof van Cassatie stelde vast dat de vader wel degelijk over de gevorderde maatregel verweer had gevoerd, zodat de genoemde verdragsbepaling niet was geschonden; impliciet verleende het Hof aldus directe werking aan art. 9, § 2, I.V.R.K. (Cass. 11 maart 1994, *Arr. Cass.* 1994, 253, noot J.D.J. en *Jaarboek Mensenrechten* 1994, 320, noot B. Vanlerberghe). In een arrest van 1 oktober 1997 toetste het Hof de verplichting om kinderen in te enten tegen poliomyelitis aan o.m. art. 16 I.V.R.K., dat het recht van het kind erkent op eerbiediging van zijn privé-leven en zijn gezinsleden; het Hof kwam tot de conclusie dat de inmenging in dat recht niet willekeurig of onwettig was, in navolging van de rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (Cass. 1 oktober 1997, *J.L.M.B.* 1998, 796, met noot C. Meunier, «Vaccination et vie privée» en *KIDS*, Deel 3, 3.6, 7). Ten slotte toetste het Hof bepalingen inzake adoptie en de toepassing die daarvan gemaakt was door de feitenrechter aan art. 21 I.V.R.K., dat voorschrijft dat bij adoptie het belang van het kind de voornaamste overweging moet zijn (Cass. 4 november 1993, *Arr. Cass.* 1993, 919; *R.W.* 1994-95 30 en *KIDS*, Deel 3, 3.1, 2). Met uitzondering van het laatste arrest, zijn het vooral eerder klassieke rechten en vrijheden van het I.V.R.K. waarvan het Hof van Cassatie de directe werking heeft erkend (voor een niet-exhaustief overzicht van rechtspraak over de directe werking van het I.V.R.K., zie A. Vandaele, «De directe werking van het VN-Verdrag inzake de rechten van het kind: een stand van zaken» in E. Verhellen, G. Cappelaere, G. Decock, e.a., (red.), *Kinderrechtengids: Commentaren, regelgeving, rechtspraak en nuttige informatie over de maatschappelijke en juridische positie van het kind*, Gent, Mys en Breesch, Deel 1 – 1.1. Vandaele (1998) 1-47).

6. Met de twee arresten van 4 november 1999 lijkt het Hof echter een nieuwe trend te bevestigen, die een negatieve houding aanneemt tegenover de erkenning van de directe werking van het I.V.R.K. In een arrest van 31 maart 1999 ontkende de tweede kamer van het Hof van Cassatie de directe werking van art. 25 I.V.R.K. (Cass. 31 maart 1999, *J.L.M.B.* 1999, 1430 en *T.J.K.* 2000, 60). Art. 25 waarborgt aan een kind dat is geplaatst het recht op een periodieke evaluatie van de behandeling en van alle andere omstandigheden die verband houden met zijn plaatsing. In de procedure werd aangevoerd dat een plaatsingsmaatregel enkel werd genomen om de relatie met de vader te herstellen, wat in tegenspraak was met het decreet van de Franse Gemeenschap terzake, dat een dergelijke maatregel enkel mogelijk maakt met het oog op behandeling, opvoeding, het te volgen onderwijs, of de beroepsopleiding. Het Hof interpreteerde art. 25 blijkbaar in het licht van art. 4 I.V.R.K., krachtens hetwelk verdragspartijen zich ertoe verbinden om alle mogelijke wettelijke, bestuurlijke en andere maatregelen te nemen om de verbintenissen van het I.V.R.K. na te komen. Daarenboven is voor wat de economische, sociale en culturele rechten betreft, gestipuleerd dat de verdrags-

partijen deze maatregelen nemen in de ruimste mate waarin de hun ter beschikking staande middelen zulks mogelijk maken en, indien nodig, in het raam van internationale samenwerking. Op basis daarvan komt het Hof tot de conclusie dat art. 4 en 25 «ne créent d'obligations qu'à la charge des Etats parties, de sorte qu'elles ne peuvent être directement invoquées devant les juridictions nationales».

In een arrest van 10 november 1999 (Cass. 10 november 1999, *T.J.K.* 2000, 63 (verkort)) wijst dezelfde kamer van het Hof de directe werking van art. 3 en 12 I.V.R.K. af met de korte motivering dat deze bepalingen «niet rechtstreeks van toepassing zijn voor de strafrechter, bij wie de wegens schending van art. 369bis Sw. ingestelde vervolgingen ahangig zijn». Vooral de houding van het Hof over art. 12 wekt hier verwondering in het licht van de hierboven vermelde rechtspraak over deze bepaling in burgerlijke zaken.

VI. Criteria voor de toekenning van directe werking

7. Beide geannoteerde arresten gebruiken een gelijke motivering om de directe werking van art. 3, § 1, en 3, § 2, I.V.R.K. te ontkennen, namelijk dat deze bepalingen «op zichzelf niet voldoende nauwkeurig en volledig zijn om directe werking te hebben, omdat zij verscheidene mogelijkheden aan de Staat laten om aan de vereisten van het belang van het kind te voldoen; dat zij niet kunnen gelden als bron van subjectieve rechten en van verplichtingen voor particulieren». Het Hof van Cassatie vindt art. 3, § 1, en 3, § 2, I.V.R.K. blijkbaar te vaag, omdat deze «de mogelijkheid openlaten voor de verbonden Staten en overheden te bepalen hoe de belangen van het kind het best worden beschermd in verband met de wijze waarop de biologische afstamming wordt vastgesteld».

8. Het criterium voor de toekenning van directe werking is hier dus het zogenaamde objectieve criterium, dat als synoniem voor de *duidelijkheid* van de verplichting wordt gebruikt. Dit criterium vertolkt de klassieke stelling van het Hof van Cassatie, dat naast het objectieve criterium ook het subjectieve criterium als voorwaarde voor de inroeping van directe werking vereist. Dit laatste wijst op de intentie van partijen om directe werking aan een verdragsbepaling toe te kennen (zie het principiële arrest Cass. 21 april 1983 (*R.C.J.B.* 1985, 22, met noot M. Waelbroeck. Over deze criteria, zie onder meer A. Alen, *Handboek van het Belgisch Staatsrecht*, Antwerpen, Kluwer, 1995, nr. 49). Het Hof van Cassatie gebruikt echter het objectieve criterium niet altijd in zijn rechtspraak. Het hierboven vermelde arrest van 31 maart 1999 hanteert bijvoorbeeld als criterium niet de duidelijkheid van de verdragsbepaling, maar wel *tot wie* deze bepaling zich richt. Als de bepaling zich enkel tot staten richt, kan er geen sprake van directe werking zijn. In het arrest van 10 november 1999 laat het Hof zelfs volledig na om te motiveren waarom het de directe werking van de ingeroepen bepalingen afwijst.

VII. Een ruimere problematiek

9. Deze afwijkende motiveringen om de directe werking af te wijzen dragen in elk geval niet bij tot de eenvormigheid van het leerstuk van de directe werking van het I.V.R.K. Meer fundamenteel rijst de vraag of het door het Hof van Cassatie gehanteerde objectieve criterium een *adequaat* cri-

terium is voor de vaststelling van de directe werking van een verdragsbepaling. Het zogenaamde objectieve criterium of de manier waarop een verdragsbepaling voldoende duidelijk en precies is geformuleerd, zoals gebruikt in de geannoteerde arresten, biedt geen voldoening. Dit criterium suggereert immers dat directe werking een eigenschap van de verdragsbepaling zelf is, en maakt abstractie van de actieve rol van de rechter. Hierop wijst ook de kritiek die het Hof van Cassatie in het eerste geannoteerde arrest aan het adres van het Hof van Beroep maakt. Deze kritiek bestaat erin dat het Hof van Beroep de bescherming van de belangen van het kind die door de wetgever is geboden, terzijde heeft geschoven ten voordele van een eigen appreciatie die de rechter meer gepast vindt.

De meeste mensenrechten zijn echter helemaal niet nauwkeurig en duidelijk, en vereisen dan ook een actieve tussenkomst van de rechter. De onnauwkeurigheid of onduidelijkheid van mensenrechten wordt veroorzaakt doordat ze *open normen* of abstracte gedragsstandaarden zijn. Eigen aan open normen is dat ze vaag zijn en de wetgever ruimte laten voor rechterlijke concretisering in het licht van specifieke omstandigheden. Deze vaagheid is een karakteristiek die van nature vervat ligt in mensenrechtenverdragen. Daarenboven hebben vage en abstract geformuleerde mensenrechtennormen ook een praktisch nut: «Not only would it be very difficult [to formulate human rights in a precise way], it would not even be practical to try to avoid general concepts. Because these texts are meant to govern a vast area of situations, and because they are intended to remain unchanged for a very long period of time, vague notions are very useful» (E. Brems, «The Margin of Appreciate Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights», *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 1996, (240) 295).

Toespist op de problematiek van de directe werking betekent dit dat een verdragsbepaling, hoe precies die ook is geformuleerd, nooit een perfect duidelijke en volledige verbintenis tot voorwerp heeft. Er kunnen steeds situaties en domeinen van het recht zijn waarin het voorwerp van de verplichting die op de overheid rust, helemaal niet precies is en waarin de overheid uitvoeringsmaatregelen moet nemen. Het is dan aan de rechter om het voorwerp van de verdragsbepaling in het licht van de concrete (juridische) context te verfijnen, alsook om na te gaan welke de beleidsruimte en de marges zijn. Tot nu toe werd heel weinig aandacht besteed aan de rol die de rechter speelt in het algemene leerstuk van de integratie van het internationale recht in het nationale recht (P. Eisemann, «Avant-propos», in P. Eisemann, *The Integration of International and European Community Law into the National Legal Order*, Den Haag, Kluwer Law International, 1996, (vii) vii). Dit is zeker het geval voor de figuur van de directe werking.

10. De besproken arresten, gelezen in samenhang met de motivering van de arresten van 31 maart en 10 november 1999, tonen dus uitdrukkelijk aan dat er een behoefte is aan eenvormigheid van goede criteria voor de vaststelling van directe werking. Dit is des te meer geboden wanneer een verdrag, zoals het I.V.R.K., niet voorziet in de oprichting van een supranationaalrechtelijk orgaan, dat in zijn uitspraken kan aangeven aan welke verdragsbepalingen het directe werking toekent. Dit laatste is bijvoorbeeld het geval bij het Europese Hof voor de Rechten van de Mens.

VIII. Een mogelijke oplossing

11. Om de bestaande onduidelijkheid op te helderen, kan men zich afvragen of de rechtspraak niet meer baat zou hebben bij het gebruik van een alternatief criterium. Aldus werd voorgesteld om directe werking toe te kennen aan een verdragsbepaling in de mate dat er een *sterke, verbindende kracht* uitgaat van deze bepalingen. De ruimte en de marge die de Staat heeft om zijn verdragsverplichtingen na te komen, is bepalend voor de directe werking (zie in die zin A. Alen en W. Pas, «De directe werking van het VN-Verdrag inzake de rechten van het kind» in E. Verhellen, G. Cappelaere, G. Decock, e.a., (red.), *Kinderrechtsgids: Commentaren, regelgeving, rechtspraak en nuttige informatie over de maatschappelijke en juridische positie van het kind*, Gent, Mys en Breesch, Deel 1 – 1.1. Alen en Pas (1994) Deel 1, 1.1, nr. 10-17). Wanneer de wetgever buiten de grenzen van zijn beleidsvrijheid treedt, zal de rechter de directe werking van de bepaling kunnen toepassen (*ibid.*, nr. 10). Het onderzoek naar deze marge gebeurt niet *in abstracto*, maar in concrete geschillen voor de rechter, in de verschillende domeinen van het recht (*ibid.*, nr. 34).

12. In tegenstelling tot het objectieve criterium van de voldoende nauwkeurigheid en duidelijkheid, zoals gebruikt in de geannoteerde arresten, zou een dergelijke houding tegenover directe werking ertoe leiden dat ook vager geformuleerde verdragsbepalingen directe werking zouden kunnen krijgen. In de mate waarin de wetgever de door hem in de verdragsbepaling gelaten beleidsruimte overschrijdt, zou de rechter kunnen besluiten dat er directe werking aan een verdragsbepaling toekomt. In die zin zou men kunnen spreken van *gradaties* van directe werking.

13. Concreet is het gevolg van een dergelijke visie dat art. 3 I.V.R.K. toch onmiddellijk inroepbare verplichtingen kan genereren wanneer de overheid de grenzen van haar beleidsvrijheid overschrijdt: «het feit dat het begrip «belang van het kind» een open norm is, die interpretatie en concretisatie behoeft, sluit de directe werking niet uit, maar verplicht de rechter ertoe in het hem voorliggende geval door een belangenafweging de inhoud ervan *in concreto* na te gaan» (A. Alen en W. Pas, *l.c.*, nr. 10). Het is dan ook onvoldoende, zoals in de geannoteerde arresten te lezen valt, dat de wettelijke bepalingen het belang van het kind incorporeren. Het belang van het kind moet daarenboven *in concreto* worden geëvalueerd.

Dit betekent dat het Hof van Cassatie in de geannoteerde arresten aan art. 3, § 1, en 3, § 2, I.V.R.K. toch directe werking had kunnen toekennen, voor zover *in concreto* duidelijk was dat het belang van het kind niet was gediend. Noch de wetgever, noch de rechter mogen immers nalaten om in elk concreet geval na te gaan of het belang van het kind werd gerespecteerd. In die mate is de beleidsvrijheid van zowel de wetgever als de rechter beperkt. In die zin kan men de referentie in beide arresten lezen dat art. 3, § 1, en 3, § 2, I.V.R.K. «nuttig zijn bij de interpretatie van teksten». Deze interpretatie is echter niet vrijblijvend. Op basis van de verdragsrechtelijke verplichting van de rechter kan men immers argumenteren dat deze laatste een wettelijke regeling buiten toepassing moet verklaren wanneer zou blijken dat de toepassing ervan *in concreto* tegen het belang van het kind indruist.

Hierbij moet de rechter ook rekening houden met andere verdragsrechtelijke bepalingen. In afstammingszaken is bijvoorbeeld art. 7, § 1, I.V.R.K. belangrijk: «Het kind wordt onmiddellijk na de geboorte ingeschreven en heeft vanaf de geboorte het recht op een naam, het recht een nationaliteit te verwerven en, voor zover mogelijk, het recht zijn ouders te kennen en door hen te worden verzorgd». De onderhandelaars van het I.V.R.K. gingen er dus klaarblijkelijk van uit dat, in het algemeen, het kennen van de ouders het belang van het kind dient. Art. 7 is echter niet de ultieme belichaming van het belang van het kind. Dit kan men afleiden uit de voorbereidende teksten van het I.V.R.K., waarbij bijvoorbeeld de vertegenwoordiger van Zweden erop wees dat hij de ontwerptekst van artikel 7 kon goedkeuren, «on the understanding that the provisions of this article should be interpreted in the best interests of the child» (Zie S. Detrick (red.), *The United Nations Convention on the Rights of the Child: A Guide to the «Travaux Préparatoires»*, Dordrecht, Kluwer Law International, 129). Het belang van het kind is dus een bijkomend richtsnoer voor art. 7 I.V.R.K., dat *in concreto* moet worden geëvalueerd. In beide arresten komt de onderlinge relatie van art. 7 en 11 I.V.R.K. jammer genoeg niet aan bod (over de relatie van de artikelen 3 en 7 I.V.R.K. in het eerste geannoteerde arrest, zie K. Hanson, «Directe werking van het IVRK en het belang van het kind» (noot onder Cass. 31 maart 1999, Cass. 4 november 1999 en Cass. 10 november 1999), *T.J.K.* 2000, (63) nrs. 6-8).

14. Voor wat de *vaderlijke erkenning* betreft, zoals neergelegd in art. 319, § 2, B.W. en behandeld in het eerste geannoteerde arrest, heeft de rechtspraak van het Arbitragehof, zoals vermeld, tot gevolg dat de rechtbank de erkenning niet mag weigeren op grond van opportunitetsredenen, voor zover het bewijs niet wordt geleverd dat de verzoeker niet de genetische vader is (zie P. Senaev, *Compendium van het Personen- en familierecht*, II, Leuven, Acco, 1999, nr. 825). Dit betekent dat het belang van het kind aldus geen element is dat in aanmerking kan worden genomen (G. Mahieu en D. Pire, *Droit des personnes – La filiation*, Brussel, Larcier, 1999, nr. 103).

Wanneer echter zou blijken dat door de toepassing van art. 319, § 2, B.W. een afstamming wordt gevestigd die flagrant het belang van het kind schendt, zou men op grond van art. 3 I.V.R.K. kunnen argumenteren dat de rechter verplicht is om deze bepalingen terzijde te schuiven en rekening te houden met opportunitetsoverwegingen. *In casu* zou men dus op basis van art. 3 I.V.R.K. tot het besluit kunnen komen, zoals het Hof van Beroep had gedaan, dat de erkenning tegen de belangen van het kind inging. Niettegenstaande art. 3 I.V.R.K. duidelijk een ruime beleidsvrijheid laat en niettegenstaande art. 7 mede in aanmerking moet worden genomen, is het niet mogelijk om in een *concrete* zaak *volledige* abstractie te maken van het belang van het kind.

15. Ook voor de *betwisting van een vaderlijke vaststelling van afstamming*, als bepaald in art. 330, § 2 en 332 B.W. en inzet in het tweede geannoteerde arrest, is een betwisting van de erkenning enkel en alleen mogelijk op basis van de genetische band t.a.v. de aspirant-erkenner (zie P. Senaev, *Compendium van het Personen- en familierecht*, II, nr. 839, verwijzend naar Cass. 28 april 1995, *Arr. Cass.* 1995, 429 en Cass. 11 september 1995, *Arr. Cass.* 1995, 766). Het belang van het kind speelt hier dus niet meer. Niettemin wordt de vordering tot betwisting onontvankelijk verklaard, wanneer

het kind tegenover de eerste erkenner het bezit van staat heeft (over het begrip bezit van staat, zie P. Senaev, «Materieelrechtelijke problemen in het nieuwe afstammingsrecht» in P. Senaev (red.), *Vijf jaar toepassing van het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven, Acco, 1993, (19) nrs. 125-155). Aangezien het begrip «bezit van staat» rekening houdt met de realiteit van de situatie van de minderjarige (zie M. Remond-Gouilloud, «La possession d'état d'enfant», *Revue trimestrielle de droit civil* 1975, (459) nr. 4), wordt de afwezigheid van toetsing aan het belang van het kind grotendeels opgevangen door het bezit van staat van het kind (zie in die zin G. Verschelden, «Belang van het kind speelt slechts indirect», *De Juristenkrant*, 2000, afl. 2, 4). De mogelijke invloed van de directe werking is hier dan ook minder sterk, omdat het belang van het kind grotendeels wordt opgevangen door het begrip «bezit van staat».

IX. Besluit

16. In de twee geannoteerde arresten staat het Hof van Cassatie, net als in zijn arresten van 31 maart 1999 en 10 november 1999, negatief tegenover de directe werking van de ingeroepen bepalingen van het I.V.R.K. (art. 3, 12 en 25 I.V.R.K.). In vroegere rechtspraak had het Hof, althans impliciet, wel reeds de directe werking van enkele bepalingen erkend, waaronder art. 3 en 12 I.V.R.K. De motivering van beide besproken arresten, namelijk dat art. 3, § 1, en 3, § 2, I.V.R.K. «niet voldoende nauwkeurig en volledig» zijn, overtuigt niet. Men kan zich immers de vraag stellen welke mensenrechtenbepaling wel aan deze voorwaarden beantwoordt. Daarenboven wekt het Hof de indruk dat de rechter, bij de vaststelling van de directe werking en de interpretatie van art. 3, § 1, en 3, § 2, een passieve houding aanneemt.

Vanuit rechtsbeschermend oogpunt verdient een alternatieve benadering van het concept «directe werking» aanbeveling. Hier werd voorgesteld dat de rechter moet nagaan of de wetgever de beleidsvrijheid, hem door de verdragsbepaling gelaten, effectief heeft gerespecteerd, en eventueel de wettelijke bepaling buiten toepassing moet verklaren. Gelet op de verdragsrechtelijke verplichting voor de rechter om het belang van het kind in aanmerking te nemen, moet dit belang in aanmerking worden genomen bij de concrete beslechting van afstammingsverschillen. Dit beginsel moet worden gelezen in samenhang met en dient als correctie op art. 7 I.V.R.K.

De vrees dat een beoordeling van het belang van het kind «de zaken te gecompliceerd en de uitspraken totaal onvoorstelbaar [zou] maken» (G. Verschelden, *l.c.*, 4) lijkt geen afdoende reden om artikel 3 I.V.R.K. niet na te komen. Deze kritiek wordt enigszins gerelativeerd doordat de rechter ook rekening moet houden met art. 7 I.V.R.K. Deze reactie toont wel aan dat een fundamentele en algemene bezinning nodig is over het concept «directe werking», de rol van de rechter hierbij en de terechte bezorgdheid voor het behoud van de rechtszekerheid.

17. Op 20 november 1999 werd de tiende verjaardag van de ondertekening van het I.V.R.K. zowel internationaal alsook in België uitbundig gevierd. De rol van de nationale rechters bij de naleving van het I.V.R.K. is van cruciaal belang, zeker gelet op de zwakke internationale afdwingbaarheidsmechanismen en het ontbreken van een individueel petitie-recht. Voor zover de twee besproken arres-

ten, gelezen in samenhang met andere recente arresten, wijzen op een nieuwe houding van het Hof van Cassatie tegenover de directe werking van het I.V.R.K., zadelde het Hof het I.V.R.K. op met een voortijdig en vergiftigd verjaardagsgeschenk.

Arne Vandaele
Wetenschappelijk medewerker Instituut
voor Constitutioneel Recht
K.U. Leuven

HOF VAN CASSATIE

2e VOLTALLIGE KAMER – 8 FEBRUARI 2000

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

Deskundigenonderzoek – Strafzaken – Vonnisgerecht – Beoordeling van de strafvordering – Burgerlijke belangen

Geen bepaling in het Wetboek van Strafvordering regelt de wijze waarop het deskundigenonderzoek in strafzaken moet geschieden.

Zodra het door het vonnisgerecht bevolen deskundigenonderzoek strekt tot de beoordeling van de strafvordering zelf, staat het aan de rechter de modaliteiten ervan te bepalen, rekening houdende met het recht van verdediging en met de vereisten van de strafvordering. De in art. 973 en 978 Ger. W. vermelde verplichtingen aan hen kenbaar te maken en hun opmerkingen aan te tekenen, zijn dan niet van toepassing.

Wanneer in strafzaken een door het vonnisgerecht bevolen deskundigenonderzoek evenwel uitsluitend burgerlijke belangen betreft, zijn de door art. 973 en 978 Ger. W. aan de deskundige opgelegde verplichtingen wel van toepassing.

R. t/ R.

Gelet op het bestreden vonnis, op 13 maart 1997 in hoger beroep gewezen door de Correctionele Rechtbank te Tongeren;

Over het eerste middel, gesteld als volgt:

schending van art. 10 en 11 van de gecoördineerde Grondwet, 43, 44, 148 Sv., 962 e.v., meer bepaald 965, 972, 973, 978, 979 Ger. W., 6.1. E.V.R.M., van de rechten van de verdediging en van het algemeen beginsel dat een procedure op tegenspraak moet worden gevoerd,

doordat het bestreden vonnis, het door eiser om reden van schending van het contradictoire karakter van het voorliggend deskundigenonderzoek als bepaald in het Gerechtelijk Wetboek gevraagd bijkomend deskundigenonderzoek afwijst en het vonnis a quo bevestigt om reden dat: «de regelen van het Gerechtelijk Wetboek niet van toepassing zijn op het deskundigenonderzoek in strafzaken (...) en het feit dat zijn werkzaamheden niet contradictoir gebeuren noch art. 6 E.V.R.M. noch de rechten van verdediging schendt»,

terwijl, eerste onderdeel, de regels van het Gerechtelijk Wetboek, meer bepaald de in art. 973 en 978 vermelde

verplichting voor de deskundige om de partijen op te roepen en zijn vaststellingen aan de partijen kenbaar te maken en hun opmerkingen aan te tekenen, ook van toepassing zijn op het vonnisgerecht in strafzaken dat voor de oplossing van burgerlijke gevolgen van een misdrijf een deskundigenonderzoek beveelt (schending van art. 43, 44 en 148 Sv. en 962, 965, 972, 973, 978, 979, Ger. W.); minstens een deskundig onderzoek door de rechter ten gronde bevolen in strafzaken ter bepaling van de burgerlijke belangen van de partijen op tegenspraak dient te gebeuren (schending van art. 6 E.V.R.M. en van het algemeen beginsel dat een procedure op tegenspraak moet zijn en van de rechten van de verdediging);

...

Wat het eerste onderdeel betreft:

Overwegende dat krachtens art. 2 Ger. W. de in dit wetboek gestelde regels van toepassing zijn op alle rechtsplegingen, behoudens wanneer deze worden geregeld door niet uitdrukkelijk opgeheven wetsbepalingen of door rechtsbeginselen waarvan de toepassing niet verenigbaar is met de toepassing van de bepalingen van dit wetboek;

Overwegende dat geen bepaling in het Wetboek van Strafvordering de wijze regelt waarop het deskundigenonderzoek in strafzaken moet geschieden;

Overwegende dat zodra het deskundigenonderzoek, bevolen door het vonnisgerecht, strekt tot de beoordeling van de strafvordering zelf, het aan de rechter staat de modaliteiten ervan te bepalen, rekening houdende met het recht van verdediging en met de vereisten van de strafvordering;

Dat de in art. 973 en 978 Ger. W. vermelde verplichtingen voor de deskundige om de partijen op te roepen en zijn vaststellingen aan hen kenbaar te maken en hun opmerkingen aan te tekenen, dan niet van toepassing zijn;

Dat het onderzoek in dat geval door de deskundige slechts op tegenspraak moet worden uitgevoerd, voor zover en in de mate dit hem in zijn opdracht door de rechter wordt opgelegd;

Overwegende evenwel dat wanneer een deskundigenonderzoek uitsluitend burgerlijke belangen betreft, art. 973 en 978 Ger. W. moeten worden toegepast;

Overwegende dat het bestreden vonnis dat anders beslist, zijn beslissing niet naar recht verantwoordt;

Dat het onderdeel in zoverre gegrond is;

...

NOOT – Zie het in dit nummer als hoofdartikel opgenomen uittreksel uit de conclusie van advocaat-generaal P. Duinslaeger bij dit arrest.

HOF VAN CASSATIE

1e VOLTALLIGE KAMER – 16 JUNI 2000

Voorzitter: de h. Marchal
Rapporteur: de h. Waüters
Openbaar ministerie: de h. Dubrulle
Advocaten: mrs. Verbist en Gérard

Echtscheiding – Door onderlinge toestemming – Voorafgaande overeenkomst – Toepassing regelen verbintenissen-

**recht – Beding inzake onderhoudsgeld tussen echtgenoten –
Bedrog – Nietigheid – Geen aantasting van de echtscheiding zelf**

De voorafgaande overeenkomst bij echtscheiding door onderlinge toestemming is onderworpen aan de regelen van het verbintenissenrecht.

De nietigheid van een beding inzake onderhoudsgeld tussen echtgenoten kan de echtscheiding zelf niet aantasten, wat de vernietiging van het beding op grond van bedrog niet in de weg staat.

V. t/ D.B.

Gelet op de bestreden vonnissen, op 26 maart 1993 en op 16 december 1994 gewezen door de Rechtbank van Eerste Aanleg te Gent, zitting houdende in hoger beroep;

...

II. In zoverre het middel gericht is tegen het eindvonnis van 16 maart 1994:

Overwegende dat het te dezen toepasselijke art. 1287, eerste lid, Ger.W., bepaalt dat de echtgenoten die besloten zijn tot echtscheiding door onderlinge toestemming over te gaan, ertoe gehouden zijn vooraf hun wederzijdse rechten te regelen waaromtrent het hun vrij staat een vergelijk te treffen;

Dat krachtens het te dezen toepasselijke art. 1288, 4°, Ger.W. de echtgenoten ertoe gehouden zijn hun overeenkomst omtrent het bedrag van de eventuele uitkering te betalen door de ene echtgenoot aan de andere gedurende de proeftijd en na de echtscheiding, bij geschrift vast te leggen;

Overwegende dat overeenkomstig het te dezen toepasselijke art. 1298 Ger.W., wanneer blijkt dat naar het oordeel van de rechtbank de partijen aan de voorwaarden hebben voldaan en de formaliteiten hebben in acht genomen die door de wet zijn bepaald, zij de echtscheiding toestaat;

Dat krachtens het te dezen toepasselijke art. 1304 Ger.W. het vonnis of arrest waarbij de echtscheiding wordt toegestaan, zijn gevolgen heeft vanaf de dag van de overschrijving;

Overwegende dat de overeenkomst houdende de voorafgaande regeling van de wederzijdse rechten van de echtgenoten waaromtrent zij kunnen overeenkomen, onderworpen is aan de regelen van het verbintenissenrecht;

Dat deze overeenkomst een vereiste is waaraan moet worden voldaan opdat de rechtbank de echtscheiding kan toestaan;

Dat wanneer de echtscheiding voltrokken is, uit de aard van dat instituut volgt dat de nietigheid van het beding bedoeld in art. 1288, 4°, Ger.W. de echtscheiding zelf niet kan aantasten;

Dat het vorenstaande er niet aan in de weg staat dat dit beding wordt vernietigd op grond van bedrog;

...

NOOT – De vernietiging van de overeenkomsten bij echtscheiding door onderlinge toestemming

I. De feiten

In een overeenkomst bij echtscheiding door onderlinge toestemming verbindt een man zich ertoe aan zijn echt-

genote een geïndexeerde onderhoudsbijdrage te betalen gedurende een periode van vijf jaar, ingaande bij de eerste verschijning. De appèlrechter leidde uit de feitelijke omstandigheden van de zaak af dat de man slechts tot deze verbintenis bereid was geweest in de veronderstelling dat zijn vrouw geen relatie had met een andere man en een nieuw huwelijk op korte termijn dus niet te verwachten was. Na de echtscheiding blijkt dat de vrouw reeds tijdens de echtscheidingsonderhandelingen een relatie had, die reeds zes weken na de overschrijving van het echtscheidingsvonnis tot een nieuw huwelijk leidde. De feitenrechter stelt vast dat de vrouw deze relatie bedrieglijk verborgen had gehouden. De man had zich tevens verbonden tot een onderhoudsbijdrage voor een gemeenschappelijk kind van wie later kwam vast te staan dat hij er niet de vader van was; van dit feit was de vrouw op de hoogte. De feitenrechter kwalificeert deze beide elementen als een omstandig stilzwijgen dat gelijkstaat met bedrog en verklaart het beding *ab initio* nietig, zodat de man de betaalde onderhoudsbijdragen kan terugvorderen.

II. De band tussen de overeenkomsten en de echtscheiding

De voorziening in cassatie stelt dat de voorafgaande overeenkomsten met de echtscheiding een geheel vormen en derhalve iedere betwisting van deze overeenkomsten is uitgesloten. Het cassatiemiddel vertolkt derhalve het standpunt van de klassieke rechtspraak en rechtsleer. Dit wijst er in hoofdzaak op dat de regeling van de echtscheidingsgevolgen een definitief karakter heeft en in geen geval kan worden aangevochten. Op grond van een absoluut vermoeden wordt de overeenkomst op onweerlegbare wijze geacht de rechten van beide partijen te voldoen. De band tussen de echtscheiding en de echtscheidingsgevolgen is het belangrijkste argument. Terugkomen op de echtscheidingsovereenkomst betekent in deze opvatting terugkomen op de echtscheiding zelf, wat uitgesloten is (Piérard, *Divorce et séparation de corps*, II, Brussel, 1928, nr. 657, p. 335. Voor verdere verwijzingen zie Pintens, *Echtscheiding door onderlinge toestemming*, Antwerpen 1982, p. 296 e.v. Voor een recente toepassing zie Rb. Brussel 16 november 1999, *J.T.* 2000, 69). Dit standpunt betekent dat de voorafgaande overeenkomsten slechts aantastbaar zijn wanneer tegen het echtscheidingsvonnis zelf kan worden opgekomen.

Tal van andere argumenten worden aangevoerd om de onaantastbaarheid van de overeenkomst te ondersteunen. Allereerst zou de mogelijkheid om de overeenkomsten te vernietigen een te grote onzekerheid voor de partijen meebrengen (Rubellin-Devichi, *Droit de la famille*, Parijs, 1999, nr. 701, p. 245). Vervolgens wordt erop gewezen dat het in vraag stellen van de overeenkomst de rechter zou verplichten de redelijkheid van bepaalde bedingen te toetsen en dat deze dan zou moeten peilen naar de motieven die een partij ertoe heeft gebracht bepaalde toegevingen te doen. De rechtsleer voegt eraan toe dat de wetgever de herziening juist heeft willen vermijden door de inlassing van een proeftijd (zie de verwijzingen bij Pintens, *o.c.*, nr. 496, p. 297).

Reeds in mijn proefschrift heb ik op deze restrictieve opvatting kritiek uitgeoefend (Pintens, *o.c.*, p. 300 e.v. Zie ook Rigaux/Meulders-Klein, *Les Personnes*, I, Mise à jour, Brussel, 1978, nr. 247, p. 133-134 en recent Leleu, «Les conventions patrimoniales préalables au divorce par consentement mutuel», *T.B.B.R.* 1999, 387-388). De band tus-

sen de echtscheiding en de echtscheidingsgevolgen kan nooit rechtvaardigen dat een partij wordt gedwongen een overeenkomst na te leven die door bedrog is totstandgekomen. De vernietiging wegens bedrog kan daarenboven de echtscheiding zelf niet aantasten. De partij die zich op het bedrog beroept, droeg er geen kennis van. De tegenpartij kan zich evenmin op de aantasting van de echtscheiding beroepen, daar zij het risico kende (vgl. Lindon/Bénabent, «La convention définitive dans le divorce sur requête conjointe», *Sem. J.* 1981, doct., 3021).

De loskoppeling van overeenkomsten en echtscheiding tast de rechtszekerheid niet aan. De nietigverklaring van overeenkomsten zal eerder uitzonderlijk blijven, gelet op de vereisten en de bewijsproblematiek. De wetenschap dat de overeenkomsten wegens wilsgebreken kunnen worden vernietigd, zal de echtgenoten aanzetten tot voorzichtigheid en het bedrog eerder doen afnemen.

III. Rechtsvergelijking

In het Franse recht homologeert de rechter de overeenkomsten (art. 232, eerste lid, C.c.). Hierdoor worden ze een bestanddeel van het echtscheidingsvonnis (art. 279 C.c.). De vraag of de overeenkomsten na de echtscheiding nog konden worden aangevochten wegens wilsgebreken verdeelde de rechtspraak. Uiteindelijk besliste het Hof van Cassatie in 1987 dat «le prononcé du divorce et l'homologation de la convention définitive ont un caractère indisociable et ne peuvent plus être remis en cause hors des cas limitativement prévus par la loi» (Cass. fr. 6 mei 1987, *Bull. civ. II*, nr. 102, *D.* 1987, 358, noot Groslière, *Gaz. Pal.* 1988, I, 3, noot Massip; in dezelfde zin: Cass. fr. 2 april 1997, *Bull. civ. II*, nr. 103, *Rép. Défrenois* 1998, 302, noot Massip; Cass. fr. 21 mei 1997, *Droit de la famille* 1997, nr. 120, noot Lécuyer, *Rép. Défrenois* 1998, 302, noot Massip; Cass. fr. 24 juni 1998, *Rép. Défrenois* 1998, 1111, noot Massip).

Maar ondanks de homologatie achtte de wetgever het nodig in een belangrijke uitzondering te voorzien met betrekking tot het onderhoudsgeld dat in het Franse recht de vorm van een *prestation compensatoire* aanneemt. Hoewel deze prestatie in beginsel onveranderlijk is, zal de wijziging toch mogelijk zijn indien de gevolgen van een gebrek aan herziening uitzonderlijk zwaar zijn (art. 273 C.c.). Ofschoon de prestatie dikwijls een geheel vormt met de overige vermogensrechtelijke afspraken en een herziening tot een onevenwicht met betrekking tot het geheel kan leiden, wordt deze mogelijkheid thans ook op de echtscheiding door onderlinge toestemming toegepast (Cass. fr. 6 februari 1985, *D.* 1986, 452, noot Potiron, *J.C.P.* 1986 II, nr. 20580, noot Lindon/Bénabent).

Daarnaast heeft het Franse Hof van Cassatie, ondanks zijn strikt standpunt, in bepaalde omstandigheden toch de band tussen overeenkomsten en echtscheiding doorbroken. Indien bijvoorbeeld de schuldeisers derden-verzet uitoefenen tegen de overeenkomst en deze hen niet tegenwerpbaar wordt verklaard, waardoor de inhoud van de overeenkomsten ook tussen echtgenoten niet meer kan worden uitgevoerd, laat dit de echtscheiding zelf onaantast (Cass. fr. 6 december 1985, *D.* 1986, 1785, noot Derrida, *J.C.P.* 1986, II, nr. 20646, noot Lindon/Bénabent).

Maar ook in het Franse systeem, dat dus wegens de homologatie niet vergelijkbaar is met het Belgische, is er in de

rechtsleer een sterke minderheidsopvatting aanwezig die het strakke standpunt van het Hof van Cassatie bekritiseert, vooral gelet op het hierboven vermelde cassatiearrest van 1985. Malaurie en Aynès wijzen op het incoherente van de cassatierechtspraak en vinden het choquerend dat de schuldeisers die het slachtoffer zijn van een fraude, beter worden beschermd dan de echtgenoot die het slachtoffer is van een fraude. Tevens onderstrepen zij dat de cassatierechtspraak aan de gehomologeerde overeenkomst een bindende kracht verleent die aan geen enkel ander contract is verbonden. De homologatie veegt elke fraude weg, zelfs indien de rechter niets heeft opgemerkt en niets kon opmerken (*Droit civil. La famille*, Parijs, 1995, nr. 355, p. 212).

In de meeste rechtsstelsels wordt de mogelijkheid tot vernietiging van echtscheidingsovereenkomsten wegens wilsgebreken dan ook niet betwist (zie Verschraegen, *Die einverständliche Scheidung aus rechtsvergleichender Sicht*, Berlijn, 1991, *passim*).

IV. Het arrest en zijn gevolgen

Het Hof van Cassatie heeft zich vóór het hierboven gepubliceerde arrest nooit uitdrukkelijk over de vraag naar de mogelijkheid tot vernietiging van de echtscheidingsovereenkomsten uitgesproken. Het vaak geciteerde arrest van 11 december 1958 handelde niet over de vernietiging van de overeenkomsten wegens bedrog, maar vernietigde een arrest van het Hof van Beroep te Luik van 12 juli 1956 (*Jur. Liège* 1956- 57, 65), dat had geweigerd het statuut van een goed dat niet in de vermogensrechtelijke overeenkomsten was opgenomen, te onderzoeken, omdat dit zou ingaan tegen de bestaande transactionele regeling (*Pas.* 1959, I, 372, *Rec. gén. enr. not.* 1962, 62, noot). Maar in zijn overwegingen stelt het Hof van Cassatie, eigenlijk in een *obiter dictum*, zonder enige reserve «que les motifs de l'arrêt attaqué reviennent en substance à rappeler le caractère définitif et irréfragable du règlement transactionnel intervenu au cours de l'instance en divorce par consentement mutuel et l'absence de recours contre ce règlement, ainsi qu'à énoncer le principe que le règlement est réputé, en vertu d'une présomption absolue, remplir chacune des parties de ses droits» (*Pas.* 1959, I, 374). Op basis van deze ongereserveerde overname zou kunnen worden geargumenteed dat het Hof van Cassatie impliciet de onaantastbaarheid van de overeenkomsten heeft aanvaard. Dat het hier geannoteerde arrest in voltallige terechtzitting werd gewezen, zou erop kunnen wijzen dat het Hof meende van zijn rechtspraak af te wijken.

Het geannoteerde arrest breekt in elk geval met de klassieke tendensen in rechtspraak en rechtsleer en neemt een vooruitstrevend standpunt in. Hoewel het Hof zich uitsluitend op het punt van het onderhoudsgeld tussen echtgenoten heeft uitgesproken, kan aan het arrest een algemene draagwijdte worden toegekend. Het Hof onderwerpt de voorafgaande regeling van de wederzijdse rechten van de echtgenoten aan het verbintenissenrecht. Gelet op de algemene bewoordingen geldt dit allicht niet alleen voor het onderhoudsgeld tussen echtgenoten, maar voor alle vermogensrechtelijke afspraken tussen echtgenoten, zoals de regelingen inzake roerende en onroerende goederen, schulden en huwelijksvoordelen. De toepassing van de regelen van het verbintenissenrecht impliceert dat de overeenkomst wegens

wilsgebreken kan worden vernietigd. Uiteraard dient hier rekening te worden gehouden met de aard van de overeenkomst. Hierbij moet een onderscheid worden gemaakt tussen de verschillende overeenkomsten.

De vermogensrechtelijke overeenkomsten, de zogenaamde regelingsakte, hebben het karakter van een dading (ook al is het theoretisch mogelijk te vereffenen en te verdelen volgens de regelen van het huwelijksvermogensstelsel, waardoor de overeenkomst geen dading is, zal in de praktijk altijd een dading worden gesloten) (over de rechtsaard van de overeenkomst en haar gevolgen, zie Pintens, *o.c.*, p. 175-176 en 296 e.v.; Rigaux/Meulders-Klein, *o.c.*, nr. 247, p. 134). Dit betekent dat de dading alleen kan worden vernietigd wegens dwaling omtrent de zaak, bedrog en geweld, maar niet wegens dwaling omtrent het recht en evenmin wegens benadeling (art. 2052 B.W.). Weliswaar staat art. 888 B.W. de vordering tot vernietiging toe tegen elke handeling die tot doel heeft de onverdeeldheid onder mede-erfgenamen te doen ophouden, zelfs mocht die handeling een dading genoemd zijn. Dit artikel, dat uitsluitend de onverdeeldheid onder mede-erfgenamen uitdrukkelijk vermeldt, wordt door de rechtspraak ook toegepast bij de verdeling van de huwelijksgemeenschap (Brussel 16 juli 1966, *Pas.* 1966, II, 302; Brussel 18 april 1985, *J.T.* 1985, 745). Er bestaat controverse over het antwoord op de vraag of art. 888 B.W. voorrang heeft op art. 2052 B.W. (hierover Sluyts, in Coene/Pintens/Vastersavonds, *Artikelgewijze commentaar Erfrecht, Schenkingen en Testamenten*, art. 888, nr. 2). Het Hof van Cassatie interpreteert art. 888 B.W. extensief en verleent het voorrang op art. 2052 B.W. (Cass. 21 oktober 1943, *Pas.* 1944, I, 18, noot R.H.; Cass. 21 november 1946, *J.T.* 1947, 68, noot Ferrier, *R.C.J.B.* 1947, 96, noot Piret). De rechtsleer is thans ten dele de mening toegedaan dat art. 888 B.W. restrictief moet worden geïnterpreteerd en uitsluitend kan worden ingeroepen tegen een overeenkomst die de partijen verkeerdelijk als dading hebben gekwalificeerd, maar dat voor werkelijke dadingen uitsluitend art. 2052 B.W. geldt (zie De Gavre, *Le contrat de transaction en droit civil et en droit judiciaire privé*, I, Brussel, 1967 p. 119 e.v.; voor een toepassing: Gent 28 december 1990, *T. Not.* 1992, 217, noot Bouckaert).

Maar zelfs bij onverkorte toepassing van art. 2052 B.W. rijst de vraag of hetzelfde resultaat niet kan worden bereikt door zich op de gekwalificeerde benadeling te beroepen. Daar de gekwalificeerde benadeling niet moet worden gerangschikt onder de benadeling zelf, maar als een vorm van bedrog moet worden beschouwd, kan zij dus in beginsel ook tegen een dading bij echtscheiding door onderlinge toestemming worden ingeroepen. Zal de echtgenoot die de echtscheidingswens van zijn partner gebruikt om een voordelige regeling uit de brand te halen, na de echtscheiding een vordering tot nietigverklaring wegens misbruik van omstandigheden moeten verwachten? Wanneer de voorwaarden voor een gekwalificeerde benadeling zijn vervuld, is dit in beginsel niet uitgesloten. Dit is het geval bij een klaarblijkelijke wanverhouding tussen de verbintenissen van beide echtgenoten die haar oorsprong vindt in het misbruik dat een partij van de inferieure positie van de tegenpartij heeft gemaakt en dit misbruik bepalend is geweest voor de wilsuiging van de schuldenaar (zie Cornelis, *Algemene theorie van de verbintenis*, Antwerpen, 2000, p. 70 e.v.; Pintens, *o.c.*, nr. 504, p. 302; Van Gerven, *Algemeen deel*, Antwerpen,

1969, p. 350 e.v.). In de praktijk zal de toepassing van de leer der gekwalificeerde benadeling op de echtscheidingsovereenkomsten eerder twijfelachtig zijn. In Nederland, waar de leer van het misbruik van omstandigheden ruime ingang heeft gevonden, staan rechtspraak en rechtsleer eerder afkeurend tegenover de toepassing van deze leer in het echtscheidingsrecht. In het zogenaamde weduwepensioenarrest overwoog de Hoge Raad: «dat immers de wet aan de echtgenoot die recht heeft om echtscheiding te vorderen, de keus laat om al of niet van dit recht gebruik te maken, en het deze echtgenoot niet onder alle omstandigheden euvel kan worden geduid dat hij van deze positie gebruik maakt door in geval de wederpartij echtscheiding wenst, zijn bereidheid om daaraan mede te werken van bepaalde door de wederpartij of door een derde te vervullen voorwaarden afhankelijk te stellen; dat de sterke positie waarin de echtgenoot die recht heeft echtscheiding te vorderen, aldus door de wet is geplaatst, ertoe kan leiden dat deze echtgenoot van de wederpartij of een derde voordelen bedingt waarop hij in redelijkheid geen aanspraak kan maken; dat in zodanig geval de door de wederpartij of een derde aangegane overeenkomst door misbruik van omstandigheden is totstandgekomen en derhalve in strijd moet worden geacht met de goede zeden; dat het evenwel ook mogelijk is dat de echtgenoot door bepaalde voordelen te bedingen niet onredelijk handelt, en in dat geval de overeenkomst rechtsgeldig is; ... (H.R. 29 april 1971, *N.J.* 1972, noot E.A.A.L.; *Ars Aequi* XX, 504, noot Van Der Grinten; hierover Van Mourik/Verstappen, *Handboek voor het Nederlands vermogensrecht bij echtscheiding*, derde druk, Deventer, 1997, p. 58-59). Met andere woorden, de Hoge Raad acht niet noodzakelijk misbruik van omstandigheden aanwezig indien een echtgenoot het verlangen van de tegenpartij om de echtscheiding te verkrijgen benut om bepaalde voordelen te bedingen. De rechter zal moeilijk kunnen afwegen tot waar een regeling aangepast is aan de omstandigheden en waar de gekwalificeerde benadeling een aanvang neemt. De aanwending van deze theorie zal alleen verantwoord zijn in zeer uitzonderlijke omstandigheden die uiteindelijk bewijzen dat een partij in een overeenkomst heeft toegestemd die, mede gelet op de bijzondere echtscheidings situatie, een onredelijk karakter heeft (Pintens, *o.c.*, nr. 504, p. 303).

De overeenkomst inzake de uitkering tussen echtgenoten maakt deel uit van de familierechtelijke overeenkomsten. In de regel gaat het hier over een gewone verbintenis die niet het karakter van een dading heeft (zie Pintens, *o.c.*, p. 316 e.v. en de verwijzingen aldaar). De leer van de wilsgebreken is in volle omvang van toepassing, al zal hier aan de benadeling in de praktijk weinig betekenis toekomen. De uitkering zal trouwens dikwijls een geheel met de overige vermogensrechtelijke regeling vormen.

Dit brengt ons bij de vraag naar de omvang van de nietigheid. Indien de partijen in hun overeenkomsten geen regeling over de draagwijdte van de nietigheid van een beding hebben getroffen, zal de nietigheid van een bepaald beding bijvoorbeeld inzake onderhoudsgeld niet de nietigheid van overige delen van de overeenkomst meebrengen, tenzij het nietig verklaard beding met de overige delen van de overeenkomst een onverbreekbaar geheel vormt (Cass. 13 oktober 1960, *Pas.* 1961, I, 160; zie Van Gerven, *o.c.*, p. 424 e.v.). De wil van de partijen is bepalend. Blijkt deze wil niet, dan zal de rechter het onverbreekbaar karakter van het beding

en de gehele overeenkomst moeten afleiden uit de structuur van de rechtshandeling (Van Gerven, *o.c.*, p. 426; vgl. Cornelis, *o.c.*, p. 720 e.v.). Het lijkt dus raadzaam voortaan in de echtscheidingsovereenkomsten een clausule op te nemen waarin de draagwijdte van de nietigheid van een beding wordt vastgelegd.

Ten slotte oordeelt het Hof van Cassatie dat de nietigheid van de overeenkomst de echtscheiding niet aantast, maar dat dit de vernietiging van een beding niet in de weg staat. Met deze overweging verbreekt het Hof de band tussen de echtscheiding en de voorafgaande overeenkomsten en sluit het zich aan bij de hierboven beschreven tendensen in de rechtsleer. Noch de nietigheid van een beding, noch de nietigheid van de hele overeenkomst kunnen de nietigverklaring van de echtscheiding tot gevolg hebben. De echtscheiding zelf kan slechts worden aangetast door een nietigheid die niet de overeenkomsten maar de echtscheiding zelf betreft (zie hierover Piérard, *o.c.*, II, p. 619 e.v.). Dit zal het geval zijn wanneer de echtscheiding zelf door bedrog werd verkregen (bijvoorbeeld de man wiens vrouw weigert een tweede keer voor de rechter te verschijnen, slaagt erin de identiteitskaart te bemachtigen en verschijnt met een vriendin waarop de rechter de echtscheiding zonder medeweten van de vrouw uitspreekt).

W. Pintens
Gewoon hoogleraar
K.U.Leuven

ARBEIDSHOF TE ANTWERPEN

2e KAMER – 10 SEPTEMBER 1999

Voorzitter: de h. Duys

Raadsheren in sociale zaken: de hh. Masschelier en Gevers
Advocaten: mrs. Grootjans en Van Camp loco Mergits

Ondernemingsraad en Comité voor preventie en bescherming – Beschermde werknemer – Ontslag – Beschermingsperiode

Een werknemer die wordt ontslagen, maar van wie achteraf blijkt dat hij zich binnen de door de wet bepaalde periode en op een geldige wijze kandidaat heeft gesteld om deel te nemen aan de sociale verkiezingen, heeft recht op de beschermingsvergoeding. Het feit dat hij niet langer voorkomt op de kandidatenlijst, die na de weigering tot reïntegratie is ingediend, leidt niet tot het verlies van de ontslagbescherming. Ook het feit dat achteraf geen sociale verkiezingen in het bedrijf plaatsvonden, is niet relevant.

N.V. S. t/ Van D.

Overwegende dat de betwisting in rechte in hoofdzaak de vraag betreft in hoeverre geïntimeerde bescherming genoot als gevolg van haar kandidatuurstelling voor de verkiezing van het Comité voor Veiligheid en Gezondheid in het raam van de wet van 19 maart 1991 (in het bijzonder de artikelen 2, 14, 16 en 17), daar zij niet meer voorkwam op de defi-

nitieve kandidatenlijst en er bovendien uiteindelijk geen verkiezingen hebben plaatsgevonden.

Overwegende dat bij de beoordeling volgende data en feiten door het hof bewezen en relevant geacht worden: ontslag: 3 juni 1991; kandidaatstelling: 10 juni 1991; vraag tot reïntegratie: 14 juni 1991; aanplakking verkiezingen: 25 juni 1991; nieuwe kandidatenlijst: 23 juli 1991.

Overwegende dat de ontslagbescherming van de wet van 19 maart 1991 ingaat vanaf de dertigste dag vóór de aanplakking van het bericht dat de verkiezingsdatum vaststelt; dat deze aanplakking plaatsvond op 25 juni 1991 en de beschermingsperiode een aanvang nam op 25 mei 1991; dat het ontslag, gegeven op 3 juni 1991, gelegen is binnen deze periode.

Overwegende dat overeenkomstig art. 31 van het K.B. van 31 oktober 1990 kandidatenlijsten geldig kunnen worden ingediend tot 35 dagen na de aanplakking van het bericht dat de verkiezingsdatum vaststelt; dat de kandidaatstelling van geïntimeerde heeft plaatsgevonden op 10 juni 1991 en dus binnen de voorgeschreven wettelijke termijn, zodat geïntimeerde vanaf dat moment de hoedanigheid van kandidaat bij de sociale verkiezingen verwierf;

dat een werknemer die ontslagen wordt na de dertigste dag vóór de bekendmaking van de verkiezingsdatum, zich nog rechtsgeldig kandidaat kan stellen, m.a.w. een werknemer die zich kandidaat stelt in de beschermingsperiode, zelfs wanneer hij vóór zijn kandidaatstelling ontslagen is, een geldige kandidaat blijft (art. 19, vierde lid Bedrijfsorganisatiewet en art. 1, § 4, 28° lid Veiligheidswet Werknemers);

dat een werknemer zich derhalve nog kandidaat kan stellen, zelfs indien hij op het ogenblik van het indienen van de kandidatuur niet meer aan de verkiesbaarheidsvoorwaarden voldoet (Cass. 22 oktober 1965, *T.S.R.* 1966, 28); dat niet betwist kan worden dat de kandidaatstelling van geïntimeerde tijdig (tussen de dag van de aanplakking en de vijfendertigste dag na de aanplakking van het verkiezingsbericht) en regelmatig (door de brief van de BBTK van 10 juni 1991) werd ingediend;

dat bij een geldige kandidaatstelling het genot van de bescherming blijft bestaan, zelfs indien achteraf geen sociale verkiezingen plaatsvinden binnen het bedrijf;

dat de werkgever zich immers bij de uitoefening van zijn ontslagmacht niet kan laten leiden door speculaties omtrent het feit of de verkiezingen al dan niet zullen plaatsvinden en de wet deze beperking van de ontslagbescherming niet bevat (Arbh. Brussel 25 mei 1971, *R.W.* 1972-72, 339).

Overwegende dat de vraag rijst of de omstandigheid dat geïntimeerde niet langer voorkwam op de kandidatenlijst die door de BBTK werd ingediend na de weigering tot reïntegratie, de ongeldigheid van haar kandidatuur en of het verlies van de ontslagbescherming van de wet van 19 maart 1991 tot gevolg had;

dat alleen kandidaten die op definitieve lijsten voorkomen de bijzondere ontslagbescherming van de wet van 19 maart 1991 kunnen genieten, en dit uitgangspunt alleen juist is indien de betrokken kandidaat nog deel uitmaakt van het personeel;

dat zodra de betrokken kandidaat door een weigering van de werkgever tot reïntegratie geen deel meer uitmaakt van het personeel, het geen zin heeft om hem nadien nog op een kandidatenlijst te plaatsen, aangezien, ondanks de geldig-

heid van zijn kandidaatstelling, zijn verkiezing ongeldig zou zijn;

dat, hoewel het standpunt van appellante in verband met de afwezigheid van geïntimeerde op de definitieve kandidatenlijst kan worden aanvaard indien deze lijst ter kennis wordt gebracht van de werkgever vóór een weigering tot reïntegratie, dit standpunt niet kan worden volgehouden in de situatie waarin een nieuwe lijst wordt ingediend na de afwijzing door de werkgever van de reïntegratie; dat door deze interpretatie van appellante de werkzaamheid van de bijzondere ontslagregeling zodanig wordt beperkt dat de belangrijke morele en materiële inzet van de wet van 19 maart 1991, die in een uitgesproken bescherming van het vakbondsmandaat voorziet, op onaanvaardbare wijze wordt uitgehold;

dat het derhalve cruciaal is dat geïntimeerde op een geldige en tijdig ingediende kandidatenlijst heeft gestaan en binnen de voorgeschreven termijn en op de voorgeschreven wijze, bepaald in art. 14 van de wet van 19 maart 1991, een aanvraag tot reïntegratie indiende;

dat de weigering van de gevraagde herplaatsing door de werkgever dan ook tot gevolg heeft dat hij gehouden is de bijzondere ontslagvergoeding te betalen (Cass. 30 maart 1992, *J.T.T.*, 1992, 483);

dat het arrest van het Hof van Cassatie van 22 juni 1992 en de daaraan voorafgaande conclusie van procureur-generaal Lenaerts, waarnaar wordt verwezen door appellante, betrekking heeft op een andere situatie dan die welke het voorwerp uitmaakt van onderhavige casus, omdat in die zaak de kandidaat voor de sociale verkiezingen geen reïntegratie had gevraagd aan zijn werkgever; dat bovendien in voornoemd arrest van het Hof van Cassatie en in de conclusie van procureur-generaal Lenaerts men veeleer argumenten tegen de stelling van appellante vindt in verband met de irrelevantie van de afwezigheid van geïntimeerde op de definitieve lijst voor de sociale verkiezingen;

dat procureur-generaal Lenaerts o.a. schrijft: «... De herplaatsing zelf heeft wel belang om het mandaat van personeelsafgevaardigde in de ondernemingsraad en het veiligheidscomité te kunnen uitoefenen, zo men verkozen is. Want, luidens de artikelen 21, § 1, derde lid, ten tweede, van de Bedrijfsorganisatiewet en *1bis*, § 1, eerste lid, ten tweede, van de Gezondheids- en Veiligheidswet, eindigt dit mandaat indien de betrokkene geen deel meer uitmaakt van het personeel. Is hij geen personeelslid, dan kan hij ook geen zitting hebben in de ondernemingsraad en in het veiligheidscomité...»;

dat voorts uit de conclusie van procureur-generaal Lenaerts blijkt dat de geldigheid van de kandidaatstelling niet verhindert dat de verkiezing van de kandidaat ongeldig is, wanneer hij niet opnieuw in dienst werd genomen (Cass. 22 juni 1992, *Arr. Cass.* 1992, 116);

dat de ongeldigheid van de verkiezing van de kandidaat of om het even welke andere omstandigheid, ook die welke betrekking heeft op het verdere verloop van de verkiezingsprocedure, na een geldige kandidaatstelling, in geen enkel opzicht afbreuk doet aan het recht van de betrokkene op de gevorderde beschermingsvergoeding, na een tijdig en regelmatig ingesteld verzoek tot reïntegratie dat door de werkgever werd afgewezen.

Overwegende dat appellante niet aantoonde dat de kandidaatstelling van geïntimeerde gebeurde met de uitsluitende

bedoeling een regelmatig gegeven ontslag te verhinderen (zie D. Votquenne, noot onder Cass. 30 maart 1992, *J.T.T.*, 1992, 486 en de aldaar geciteerde rechtspraak);

dat derhalve geen misbruik van recht kan worden ingeroepen;

...

HOF VAN BEROEP TE BRUSSEL

8e KAMER – 10 NOVEMBER 1999

Voorzitter: mevr. Van Cauwelaert

Raadsheren: de hh. Blondeel en Raes

Advocaten: mrs. Cuypers, Stevens, Nyssen loco De Maeseneer, Celis

Hypothecaire publiciteit – Overschrijving – Tegenwerpelijheid – Faillissement

Bij gebreke aan overschrijving kan een verkoopakte niet worden tegengeworpen aan derden die zonder bedrog hebben gecontracteerd (art. 1 Hyp. W.). Er is sprake van bedrog van de failliete boedel indien alle schuldeisers kennis hadden van de verkoop op de dag van opening van het faillissement.

N.V. B. t/ N.V. K., D., V.

Overwegende dat de N.V. K. en de echtgenoten D. en V. vrijwillig zijn tussengekomen in het geding om te besluiten tot afwijzing van deze eis; dat de partijen D. en V. een tussenvordering hebben ingesteld, ertoe strekkend:

- te horen zeggen dat de verkoopovereenkomst tussen de N.V. B. en de gefailleerde is ontbonden en minstens te zeggen voor recht dat de verkoopovereenkomst niet tegenwerpelijk is aan de curator;
- hen akte te geven van hun aanbod om het vermelde pand aan te kopen tegen betaling van 10.100.000 frank, na herhaald opbod bij conclusies verhoogd tot 10.600.000 frank;
- de curator te veroordelen tot toepassing van art. 1193^{ter} Ger. W.;

...

Overwegende dat appellante stelt dat de verkoopovereenkomst van 12 maart 1998, die rechtsgeldig werd aangegaan, aan de curator tegenwerpelijk is en dat deze gehouden blijft om de notariële akte te laten verlijden, ondanks het faillissement van de verkoper;

Overwegende dat de faillissementscurator in de uitoefening van zijn wettelijke opdrachten de belangengemeenschap behartigt die ontstaat met de opening van het faillissement en waarin zowel de gefailleerde als diens schuldeisers genoopt worden tot deelname; dat deze belangengemeenschap die na het faillissement ontstaat, als entiteit een eigen juridisch stelsel kent en kenmerken heeft die onderscheiden zijn van die van de individuele deelnemers eraan; dat de handelingen die de curator binnen het beheer van dit failliet vermogen stelt, worden toegerekend aan de gezamenlijke deelnemers aan deze massa als zodanig, zodat binnen deze perken de curator ook de deelnemers aan de massa vertegenwoordigt;

Overwegende dat niet ter discussie staat dat de verkoopovereenkomst op 12 maart 1998 geldig werd aangegaan tussen appellante en de N.V. Groep V.; dat ingevolge deze overeenkomst tussen deze partijen gold dat het verkochte pand het vermogen van de verkoper heeft verlaten en dat deze schuldeiser is geworden ten belope van de onbetaalde prijs;

Overwegende dat krachtens art. 1, eerste lid, Hypotheekwet men zich niet op een akte tot overdracht of aanwijzing van onroerende zakelijke rechten, andere dan voorrechten en hypotheeken, kan beroepen tegen derden die zonder bedrog hebben gecontracteerd, dan vanaf hun overschrijving op het hypotheekkantoor;

Overwegende dat de entiteit van gefailleerde schuldenaar en schuldeisers, die wordt gevormd na een faillissement, een derde is in de zin van art. 1, eerste lid, Hypotheekwet (Cass., 5 maart 1982, *Pas.*, 1982, I, 803);

Overwegende dat, nu de akte van 12 maart 1998 houdende de overeenkomst tot eigendomsverkrijging niet was overgeschreven op het hypotheekkantoor toen het faillissement op 29 juli 1998 werd geopend, appellante zich ten opzichte van de failliete boedel niet kan beroepen op haar rechten als koper, tenzij blijkt dat de derde, te dezen de failliete boedel, met bedrog zou handelen;

Overwegende dat de failliete boedel bedrog toerekenbaar is, in de persoon van de curator *qq.*, indien blijkt dat alle schuldeisers die eraan deelnemen, kennis hadden van de verkoop op de dag van de opening van het faillissement;

Overwegende dat appellante beweert dat de tweede en derde geïntimeerden reeds geruime tijd vóór het faillissement kennis hadden van de verkoop, wat juist blijkt, maar zulks niet volstaat om de verkoop tegenwerpelijk te maken aan de persoon van de curator *qq.*; dat derde geïntimeerden niet eens schuldeiser zijn, terwijl niet wordt betwist dat naast tweede geïntimeerde, die eerst ingeschreven hypothecair schuldeiser is, er schuldeisers in de massa zijn; dat tweede geïntimeerde voorts enkel heeft ingestemd met de voorgenomen onderhandse verkoop, voor zover de gehele verkoopprijs haar werd overgemaakt;

Overwegende dat nu appellante niet bewijst dat alle schuldeisers in de failliete boedel kennis hadden van de verkoop op de dag dat het faillissement werd geopend, zij haar rechten uit de verkoopovereenkomst van 12 maart 1998 niet kan tegenwerpen aan eerste geïntimeerde;

Overwegende dat het aanbod tot bewijslevering met getuigen betreffende de twee door appellante aangegeven feiten niet dienend is, omdat, zelfs indien deze feiten bewezen zouden worden, zij niet kunnen veroorzaken dat de verkoopovereenkomst aan eerste geïntimeerde tegenwerpelijk is;

Overwegende dat appellante tot staving van haar vordering primair tegen de curator ook geen argument kan putten uit het feit dat de onderhandse akte vóór het faillissement werd geregistreerd noch uit het feit dat laatstgenoemde betaling heeft gevraagd en verkregen van het voorschot van 1.250.000 frank;

Overwegende dat hierboven reeds werd gesteld dat noch de datum, noch de geldigheid van de verkoopovereenkomst worden betwist, terwijl de registratie van de overeenkomst haar enkel een vaste datum bezorgt;

Overwegende dat de curator voorts tegen een bestuurder van de failliete N.V. V. betaling heeft gevraagd van het door

hem ontvangen voorschot, wat volkomen normaal was aangezien deze betaling toekwam aan de vennootschap, terwijl de bestuurder het bedrag blijkbaar voor zich had gehouden; dat uit deze houding van de curator dus niets kan worden afgeleid omtrent het eventueel beamen van de verkoopovereenkomst door de curator;

Overwegende dat de primair geformuleerde eis bijgevolg niet kan worden ingewilligd;

...

NOOT – Zie Antwerpen 13 februari 1996, *R.W.* 1996-97, 1161 met noot Dirix; Luik 17 maart 1995, *R.G.E.N.* 1998, nr. 24.772.

RECHTBANK VAN KOOPHANDEL TE HASSELT

KORT GEDING – 14 SEPTEMBER 1999

Voorzitter: de h. Vanhelfmont

Advocaten: mrs. Robben, Van Stippelen loco Dewael

Overeenkomst – Van onbepaalde duur – Opzegging – Geen motivering vereist – Gevolg – Tenietgaan – Geen gedwongen uitvoering

Een overeenkomst van onbepaalde duur kan in de regel zonder motivering worden opgezegd. De kortgedingrechter kan dan ook niet bij wijze van voorlopige maatregel de partij die door opzegging een einde wil maken aan een kredietovereenkomst, verplichten om de motieven voor de opzegging bekend te maken.

De eenzijdige beëindiging zonder gegronde reden van een overeenkomst van onbepaalde duur heeft het tenietgaan van die overeenkomst tot gevolg en brengt mee dat de rechter niet de gedwongen uitvoering ervan kan opleggen.

N.V. C. t/ N.V. K.

Verweerster heeft bij brief van 20 november 1997 aan eiseres een krediet toegestaan van 18 miljoen frank. De vestigingsbrief vermeldt dat het krediet wordt beheerst door de Kredietregeling, waarvan aan eiseres een exemplaar was bezorgd. Die bepaalt in art. 10 dat het krediet wordt toegestaan voor onbepaalde duur en dat de kredietnemers en de bank steeds het recht hebben het krediet op te zeggen op de wijze bepaald in art. 11. Art. 11 bepaalt dat de opzegging één maand vooraf wordt betekend aan de andere partij per aangetekende brief.

Eiseres voert aan dat verweerster het krediet enkel wenste toe te staan op voorwaarde dat eiseres al haar bankrelaties met andere banken zou beëindigen en dat verweerster via haar plaatselijke kantoordirecteur had medegedeeld dat de opzegtermijn van één maand een loutere formaliteit was, waarvan geen toepassing zou worden gemaakt. Verweerster betwist dat. Stukken worden daaromtrent niet neergelegd.

In conclusie stelt eiseres, zonder op dit stuk door verweerster te worden tegengesproken, dat de periode van kredietverlening zes jaar duurde, zodat wij aannemen dat het krediet van 20 november 1997 in de plaats is gekomen van eerdere kredieten. Vervolgens betoogt eiseres dat ver-

weerster gedurende de looptijd van het krediet geen enkele opmerking heeft gemaakt ten aanzien van de kredietnemer.

Bij aangetekende brief van vrijdag 23 juli 1999, waarvan eiseres beweert slechts kennis te hebben genomen op 27 juli 1999, maakte verweerster gebruik van de mogelijkheid om een einde te maken aan het krediet «krachtens het door art. 11 van de 'Kredietregeling' verleende recht». Zij vroeg de aangetekende brief te willen beschouwen als een opzegging en de nodige schikkingen te willen treffen met het oog op de volledige terugbetaling van de vordering één maand na de verzendingsdatum van de brief.

Allereerst voert eiseres aan dat de opzegging pas uitwerking kan hebben wanneer de bestemming van de opzegging er kennis van heeft gekregen of er redelijkerwijze kennis van kon nemen en dat, aangezien verweerster aanvoert dat het krediet dient te worden terugbetaald binnen één maand van de verzending van de aangetekende brief, de opzegging onregelmatig is geschied.

Vervolgens betoogt zij dat een overhaaste en onverantwoorde opzegging, zonder voorafgaand onderzoek naar de vermogenstoestand van de kredietnemer en zonder opgave van de precieze redenen van beëindiging, moet worden beschouwd als een miskennis van de goede trouw en als rechtsmisbruik. Zij is immers de mening toegedaan dat het stilzwijgen van verweerster omtrent de plotse redenen van beëindiging van het krediet haar ernstige schade toebrengt, omdat het kaskrediet haar werkkapitaal is en dat het haar in die omstandigheden onmogelijk wordt gemaakt in volle vakantieperiode een nieuw kaskrediet aan te vragen, zeker wanneer verweerster weigert enige reden te geven waarom het toegestane krediet werd beëindigd. Dientengevolge vordert zij dat wij verweerster zouden veroordelen om de redenen van de opzegging mede te delen. Bovendien meent zij dat, rekening houdende met de concrete omstandigheden (de duur van het krediet en onderbemanning van andere banken wegens de vakantieomstandigheden, waardoor het onmogelijk is dat op 27 dagen over een nieuwe kredietaanvraag zou worden beslist), verweerster haar contractuele bepalingen niet te goeder trouw uitvoert. Dientengevolge vordert zij dat verweerster bovendien dient te worden veroordeeld om een redelijke opzegtermijn van drie maanden in acht te nemen.

Zij acht de zaak spoedeisend, want zij zou wegens het gedrag van verweerster wel eens genoodzaakt kunnen zijn om haar handelsactiviteit stop te zetten, gelet op de afwezigheid van werkkapitaal, de terughoudendheid van andere bankinstellingen wegens het totaal ongemotiveerd karakter van de opzegging en het geheel ontijdige karakter van de opzegging.

Verweerster antwoordt hierop dat de opzegging zonder motivering inherent is aan een overeenkomst van onbepaalde duur. De opzeggingsmogelijkheid *ad nutum* van overeenkomsten van onbepaalde duur is van openbare orde en wordt gegrondvest op de individuele vrijheid. Omdat een partij zelf uitmaakt wanneer zij haar vrijheid wenst te herwinnen, is een motivering van de opzegging in het gemene recht niet vereist. Als zodanig zou de opzegbaarheid *ad nutum* van verbintenissen van onbepaalde duur een uitzondering vormen op het principe van art. 1134 B.W. Volgens verweerster dient de rechter zijn controle *a posteriori* te beperken tot de rechtsgeldigheid en de rechtmatigheid van de opzegging. Dat laatste heeft geen betrekking op (het ge-

brek aan motief), maar op zogenaamde ontijdige of brutale opzeggingen.

Vervolgens betoogt volgens verweerster dat het in acht nemen van een opzeggingstermijn van drie maanden een herstel van de (opgezegde) kredietovereenkomst inhoudt, wat in strijd is met het verbod tot herstel *in natura* van opgezegde overeenkomsten van onbepaalde duur. Een mogelijk rechtsmisbruik van verweerster zou enkel aanleiding kunnen geven tot een schadevergoeding.

Ten slotte stelt verweerster dat de opzeggingstermijn begint te lopen van de datum van de verzending van de aangetekende brief die de opzegging inhoudt en niet vanaf de datum van de kennisgeving, indien partijen – en dat is hier het geval – aldus overeenkwamen.

...

Een contract van onbepaalde duur kan in de regel zonder motivering worden opgezegd en de kortgedingrechter kan dan ook niet bij wijze van voorlopige maatregel de partij, die een einde wenst te maken aan een kredietovereenkomst, verplichten om de motieven voor de opzegging bekend te maken. Overigens is opzegging zonder motivering van kredietovereenkomsten een courante praktijk in de banksector, en nemen wij niet aan dat het onbekend zijn van het motief op zichzelf eiseres zal benadelen in haar zoektocht naar een nieuwe kredietverschaffer.

Rechtsleer (Stijns S., «De beëindiging van de kredietovereenkomst: macht en onmacht van de (kort geding-) rechter», *T.B.H.*, 1996, 145) bevestigt dat de kredietverlener die de opzeggingsbevoegdheid aanwendt, geen verantwoordingsplicht heeft en zeker geen motief moet aangeven. Bovendien zou de kredietnemer, die een contractuele tekortkoming zou inroepen, zich van beëindigingsregime vergissen en verplicht zijn een beroep te doen op het ontbindingsregime van art. 1184 B.W. of op een uitdrukkelijk ontbindend beding.

Sinds Cass., 9 maart 1973 (*Arr.Cass.*, 1973, 671) kan worden aangenomen dat de eenzijdige beëindiging zonder gegronde reden van een overeenkomst van onbepaalde duur het tenietgaan van de overeenkomst meebrengt en de toevlucht tot de gedwongen uitvoering uitsluit, zodat de opgezegde partij enkel recht heeft op het herstel van de schade door de beëindiging. Met groot gezag heeft recente rechtsleer (Stijns S. *o.c.*) dientengevolge aangetoond dat de rechter in kort geding een eenzijdige kredietovereenkomst van onbepaalde duur niet opnieuw in werking kan stellen. Wij sluiten ons daarbij aan. In zoverre de vordering ertoe strekt verweerster op te leggen een opzeggingstermijn van drie maanden in acht te nemen, wordt een gedwongen uitvoering beoogd en wordt de vordering ongegrond verklaard.

De rechter heeft immers een controle op de rechtsgeldigheid van de opzegging en zou bijvoorbeeld kunnen vaststellen dat de opzegging niet heeft plaatsgevonden. De discussie tussen partijen omtrent de vertrekdatum van de opzegging kan nochtans niet tot gevolg hebben dat de rechter, die terzake het standpunt van de kredietnemer zou volgen, tot de gevolgtrekking zou komen dat de opzegging niet zou hebben plaatsgevonden of onwerkzaam zou zijn. Wat er ook van zij, indien wij zouden kunnen bevelen dat het krediet diende te worden instandgehouden tot 27 augustus 1999, dan zou zo'n bevel achterhaald zijn door het tijdsverloop en is een dergelijke vordering zonder voorwerp.

VREDEGERECHT TE HARELBEKE

15 APRIL 1999

Rechter: de h. Henderickx

Advocaten: mrs. Mittenaere en Vandekerckhove loco Sus-tronck

Pacht – 1. Toepassingsgebied – Landbouwexploitatie in bijberoep – Bewijs – 2. Recht van voorkoop – Afstand in authentieke akte – Geen tussenkomst van de verpachter – Rechtsgeldigheid – Stilzwijgende aanvaarding door verpachter

1. De omstandigheid dat eisers respectievelijk als gemeentewerkman en huisvrouw worden aangeduid, belet niet dat zij daarnaast ook landbouwers en dus pachters kunnen zijn. Het bewijs van bedrijfsmatige exploitatie en van het feit dat de producten voor verkoop bestemd zijn, wordt geleverd door o.a. de registratie bij de mestbank, attesten van de sociale zekerheid voor zelfstandigen en de aanslagen personenbelastingen.

2. De pachter die eenzijdig bij een authentieke akte verklaart afstand te doen van zijn recht van voorkoop, doet via een eenzijdige wilsuiking verbintenissen ontstaan.

Zelfs als men aanneemt dat de verpachter de afstand van recht van voorkoop, gedaan in een authentieke akte, moet aanvaarden, dan nog hoeft deze aanvaarding niet te blijken uit een formele akte. Het feit dat de verpachter bij de verkoop het recht van voorkoop niet meer op formele wijze heeft aangeboden aan de pachter, bevestigt die aanvaarding.

L. en C. t/ B.V.B.A. J. S.

1. Eisers hebben uitgelegd dat zij pachters zijn van een hofstede met bijhorigheden en landerijen gelegen te D.

Eisers stellen nu dat zij bij een eenzijdige verklaring op 23 augustus 1995 voor de notaris S. te D. afstand hebben gedaan van het recht van voorkoop met betrekking tot bovenvermeld goed; dat de eigenaar, de B.V.B.A. J. S., het pachtgoed daarop heeft verkocht bij akte verleden op 19 september 1995 voor de notaris S. met tussenkomst van de notaris P. te H. aan de N.V. L. uit D.

Het is de stelling van de eisers – pachters – dat, volgens art. 53 van de Pachtwet, de pachter slechts afstand kan doen van zijn recht van voorkoop op de wijze bepaald in art. 14, tweede lid, van dezelfde wet, dat bepaalt: «Partijen kunnen een einde aan de lopende pacht maken op voorwaarde dat hun akkoord wordt vastgesteld bij authentieke akte of bij een verklaring voor de vrederechter afgelegd op diens ondervraging»; dat, daar de afstand is gebeurd op eenzijdige wijze – weliswaar bij authentieke akte – deze derhalve samen met de akte nietig is en dit standpunt gedeeld wordt door een groot deel van de rechtsleer. Gevolg is derhalve voor eisers dat het pachtgoed op 19 september 1995 verkocht werd met miskenning van het recht van voorkoop van de pachters en deze dan ook gerechtigd zijn op de forfaitaire schadevergoeding van 20 % van de verkoopprijs (art. 51, § 1, Pachtwet).

2. De verweerster betwist de vordering in feite en in rechte en stelt dat: 1) de eisers geen pachters zijn en de Pachtwet dus uiteraard niet van toepassing is op huidige casus; 2) dat de afstand van het voorkooprecht ingevolge de Pachtwet wel

van toepassing is en wel geldig is gedaan bij notariële akte; 3) subsidiair de verweerster niet diende toe te stemmen in de afstand van het voorkooprecht in dezelfde akte en hoogstens de afstand diende te aanvaarden;

...

4. Overwegende dat reeds uit de lectuur van de hierboven geciteerde notariële akten blijkt dat de stelling door verweerster ontwikkeld, door te stellen dat eisers geen landbouwers zouden zijn en dus de Pachtwet niet van toepassing zou zijn, moeilijk kan worden volgehouden, daar in feite zowel het O.C.M.W. als de opvolgende eigenaar de eisers als pachter behandelen.

Dat de omstandigheid dat L. als gemeentewerkman wordt aangeduid en zijn echtgenote als huisvrouw, niet belet dat zij daarnaast ook landbouwers en dus pachters kunnen zijn.

Eisers leggen daarenboven een reeks van stukken voor: fotoreportage met zicht op het landbouwbedrijf; oppervlakte aangifte oogst 1996 en 1997 met het oog op het verkrijgen van premies voor bepaalde akkergewassen; registratie van cultuurgronden in gebruik 1996 en teeltplan 1997 bestemd voor de mestbank; attest van de sociale verzekering voor zelfstandigen; aanslagen in de personenbelastingen met inkomsten 1994 en 1995, enz.).

Overwegende dat daarenboven volgens Ons eigen proces-verbaal van plaatsopneming van 28 februari 1997 inzake L. tegen huidige eisers *de visu* kon worden vastgesteld dat het werkelijk gaat om de uitbating van een (klein) landbouwbedrijf. Dat dit trouwens werd bevestigd in het daaropvolgende vonnis dat het plaatsbezoek genoegzaam had uitgewezen dat het hoevetje als dusdanig nog een bedrijfsmatige exploitatie kent en dat de producten van het bedrijf zeker voor verkoop bestemd zijn.

Dat derhalve eisers zeker als pachters dienen te worden beschouwd en daarom ook de Pachtwet van toepassing is op huidige casus.

5. Overwegende dat volgens art. 53 van de Pachtwet als niet bestaande moet worden beschouwd elke overeenkomst waarbij de pachter *vooraf* geheel of ten dele afstand doet van het recht van voorkoop. Gedurende de pacht kan hij dit echter wel, maar op de wijze zoals bepaald in art. 14, tweede lid, van de pachtwet. Concreet zou dit inhouden dat het akkoord over de afstand van het recht van voorkoop pas kan worden gesloten *nadat de pachtovereenkomst uitvoering heeft verkregen*, of dat de overeenkomst over de afstand van het recht van voorkoop gesloten wordt *na* het sluiten van de pachtovereenkomst (cfr. Eeckloo en Gotzen, *Pacht en voorkoop*, nr. 232, p. 398).

Er zij nu opgemerkt dat, volgens de algemene bepalingen vermeld in art. 56 van de Pachtwet, art. 53 niet vermeld staat als zijnde van gebiedend recht, wat dan wel het geval is voor de verwijzing in vermeld artikel naar art. 14, tweede lid, dat bepaalt: «Partijen kunnen een einde aan de lopende pacht maken op voorwaarde dat er een akkoord wordt vastgesteld bij een authentieke akte of bij een verklaring voor de vrederechter afgelegd op diens ondervraging». Dat meteen dient te worden opgemerkt dat art. 14 deel uitmaakt van de vierde afdeling van de wet, handelend over: «De opzegging door de pachter en beëindiging in onderlinge overeenstemming».

6. De vraag is nu of het formalisme gesteld voor het beëindigen van de pachtovereenkomst in art. 14 ook dient te worden toegepast voor de afstand van het recht van voor-

koop uiteraard geformuleerd nadat eerder het pachtcontract was gesloten.

Het lijkt geen twijfel dat de pachtovereenkomst een wederzijds contract is zodat het nogal normaal voorkomt dat het akkoord van beide contracterende partijen vereist is voor het vroegtijdig beëindigen van de overeenkomst.

Een afstand van het *recht* van voorkoop is en blijft een *eenzijdig* recht dat de pachter en hij alleen *mag en kan* gebruiken. Het kan hem dus niet worden opgedrongen en hem ook niet worden afgenomen!

Als hij er bijgevolg afstand van doet, doet hij geen afstand van een wederkerig recht zoals dit het geval zou zijn bij het voortijdig beëindigen van de pachtovereenkomst.

Het enige wat naar Ons oordeel wel van belang is terzake bij het vastleggen van de afstand van het recht van voorkoop, is dat juist geen manoeuvres kunnen worden gebruikt om op de een of andere manier bij de verkoop de pachter onder druk te zetten. Hij moet volledig vrij zijn keuze kunnen maken.

De waarborg die hij dan geniet wordt verwoord door art. 14, nl. dat hij van zijn verklaring akte *laat* nemen voor een ministerieel ambtenaar, de notaris of voor de vrederechter. Dit kan dan stroken met de geest van art. 53 van de Pachtwet, waarbij als niet bestaande wordt beschouwd de overeenkomst waarin van deze afstand *vooraf* akte wordt genomen, d.w.z. vóór de pacht ingaat.

Dat trouwens het belang van het zagezegde akkoord met de afstand van het recht van de verpachter of eigenaar toch eerder symbolisch voorkomt of overkomt, daar de vraag kan worden gesteld of de verpachter-verkoper zich zelfs zou kunnen *verzetten tegen de afstand* van het recht van voorkoop van zijn eigen pachter ...

Men kan aannemen dat een *eenzijdige* verklaring van de pachter, waarbij hij afstand doet van zijn recht van voorkoop, rechtsgeldig is; men moet immers aannemen dat de eenzijdige wilsuiking van de pachter een bron van verbintenissen kan zijn – (cfr. E. Stassijns *Pacht* in A.P.R., nr. 516, p. 535).

Zelfs als men aanneemt dat de verpachter de afstand moet aanvaarden, dan nog zegt dit niets over de vorm. De aanvaarding van de verpachter kan stilzwijgend zijn en kan *impliciet blijken uit het feit dat hij het voorkooprecht niet aanbiedt*. Met andere woorden: het is niet omdat de verpachter moet akkoord gaan met de afstand van de pachter en het aanbod van de pachter moet aanvaarden dat deze aanvaarding door de verpachter *moet blijken uit een formele akte*. (cfr. E. Stassijns, *ibid.*).

7. Overwegende dat, nu *in casu* de verweerster-verkoopster, die het goed verkocht aan de N.V. L., aangeduid als koopster, bij de akte van afstand het verkooprecht *niet meer* op formele wijze heeft aangeboden aan de pachter, hiermee ook haar «aanvaarding» bevestigt en het daarenboven nogmaals uitdrukt in de verkoopakte opgesteld op 19 september 1995.

Dat derhalve wanneer er misschien niet voldaan werd aan de vorm, wel gehandeld werd naar de geest van de wet, daar enerzijds de pachter volledig vrij aan zijn recht heeft afstand gedaan voor de instrumenterende notaris en anderzijds de verpachter zowel in zijn houding als in zijn verklaring de afstand heeft aanvaard.

Dat derhalve de pachter hierop zelf niet meer kan terugkomen en de vordering derhalve ongegrond is.

EUROPESE RECHTSPRAAK IN KORT BESTEK

Hof van Justitie, 16 september 1999 en 21 september 1999

Milieu – Milieueffectrapportering – Richtlijn 85/337 – Vaststelling van drempelwaarden en automatische uitsluiting niet toegelaten – Vorderingsrecht particularieren

De «bijlage II»-projecten blijven in de toepassing van milieueffectrapportering (hierna: MER) voor problemen zorgen. Volgens art. 2, eerste lid, van richtlijn 85/337 betreffende de milieueffectbeoordeling van bepaalde openbare en particuliere projecten (*Pb. L.*, 5 juli 1985, nr. 175, 40) nemen de lidstaten «de nodige maatregelen om te verzekeren dat, voordat een vergunning wordt verleend, de projecten die een aanzienlijk milieueffect kunnen hebben, met name gezien hun aard, omvang of ligging, worden onderworpen aan een beoordeling van die effecten. Deze projecten worden omschreven in art. 4.» Art. 4 maakt op zijn beurt een onderscheid tussen projecten van de categorieën genoemd in bijlage I, die moeten worden onderworpen aan de in de richtlijn omschreven MER, en die van bijlage II, die aan een MER kunnen worden onderworpen «indien de lidstaten van oordeel zijn dat hun kenmerken zulks noodzakelijk maken. Met het oog hierop kunnen de lidstaten met name bepaalde projecttypes die aan een beoordeling moeten worden onderworpen, specificeren of criteria en/of drempelwaarden vaststellen die noodzakelijk zijn om te bepalen welke projecten van de in bijlage II genoemde categorieën moeten worden onderworpen aan een beoordeling overeenkomstig de artikelen 5 tot en met 10».

De verschillende toepassing van MER op Bijlage II-projecten was een van de belangrijkste moeilijkheden die de Commissie in 1993 rapporteerde aangaande de uitvoering van de Richtlijn (COM(93) 28). De amendering door richtlijn 97/11 (*Pb. L.*, 14 maart 1997, nr. 73, 5) beoogt onder andere de beoordelingsruimte in te perken van de lidstaten met betrekking tot het al dan niet onderwerpen van bijlage II-projecten aan een MER. Te dien einde laat ze de lidstaten nu drie opties bij het screenen van een bijlage II-project (i.e. de beslissing of er al dan niet tot MER wordt overgegaan): ga over tot een geval-per-geval-beoordeling van elk individueel project; leg drempelwaarden of algemene criteria vast; combineer beide benaderingen. Welke aanpak de lidstaten ook kiezen, er mag enkel rekening worden gehouden met de (eerder vage) selectiecriteria die in een nieuwe bijlage III zijn opgenomen.

De hier besproken arresten *WWF e.a. t/ Autonome Provinz Bozen e.a.*, en *Commissie t/ Ierland*, passen weliswaar de oude versie van richtlijn 85/337 toe, maar hebben o.i. ook een directe invloed op de nieuwe richtlijn.

In *WWF* verzetten omwonenden van een vliegveld zich tegen de Italiaanse wet die door haar drempelwaarden de herstructurering van een bepaald bestaand vliegveld met een landingsbaan bij voorbaat van een milieueffectenbeoordeling vrijstelt. In *Commissie t/ Ierland* argumenteert de Commissie dat de Ierse uitvoeringswetgeving in strijd is met de richtlijn, daar ze absolute drempelwaarden vastlegt voor bepaalde in Bijlage II genoemde categorieën (met name in de landbouwsector).

Het Hof oordeelt in *WWF* dat de doelstelling van de richtlijn, als neergelegd in art. 2(1), is, dat geen enkel project dat aanzienlijke milieueffecten kan hebben, van MER wordt uitgesloten, tenzij het specifieke project op grond van een algemene beoordeling kan worden geacht niet een aanzienlijk milieueffect te hebben. Die «algemene beoordeling» wordt voorts omschreven als een individueel onderzoek dat de overheden in staat stelt de al dan niet aanzienlijke milieueffecten van het project juist te beoordelen. De nationale rechter moet nagaan of zulke beoordeling mogelijk was. Categorieën van projecten of individuele projecten kunnen enkel worden uitgesloten van MER wanneer zij op grond van voormelde «algemene beoordeling» kunnen worden geacht niet een aanzienlijk milieueffect te hebben. Het Hof bevestigt ook dat de richtlijn in die zin directe werking heeft, dat wanneer de (wetgevende, zoals in dit geval, of de bestuurlijke) overheden hun beoordelingsmarge hebben overschreden, particulieren zich tot een rechter kunnen wenden om te bereiken dat de nationale overheden de ermee strijdige nationale regelen of maatregelen buiten toepassing moeten laten.

In *Commissie t/ Ierland* oordeelt het Hof, in soortgelijke bewoordingen als hierboven vermeld, dat door het hanteren van drempelwaarden die enkel rekening houden met de omvang van de projecten en niet met de aard of de ligging ervan, een lidstaat niet kan uitmaken of bepaalde projecten al dan niet aanzienlijke milieueffecten kunnen hebben. Zulke waarden schenden dan ook art. 2(1) van de richtlijn.

Art. 2(1) werd niet gewijzigd door richtlijn 97/11. De vraag rijst nu in welke mate de redenering van het Hof de toepassing van de nieuwe richtlijn beïnvloedt, omdat deze laatste de lidstaten uitdrukkelijk toelaat drempelwaarden of algemene criteria vast te leggen. Het Hof bepaalt in *WWF* dat drempelwaarden *de facto* nooit aanvaardbaar zijn. De door het Hof als voorwaarde gestelde «algemene beoordeling» om aanzienlijke milieueffecten na te gaan impliceert weliswaar dat geen MER noodzakelijk is die voldoet aan alle in de richtlijn opgenomen voorwaarden (met betrekking tot draagwijdte, betrekking van het publiek, enz.). Zo een «verwaterde» MER wordt doorgaans «screening» genoemd, gericht op het detecteren van projecten met aanzienlijke milieueffecten (filterfunctie).

«Drempelwaarden» impliceren echter dat er gevallen zijn waarin zelfs individuele screening niet noodzakelijk is. *Commissie t/ Ierland* kan zo worden gelezen dat automatische uitsluiting wel mogelijk is, voor zover het gebeurt op basis van drempelwaarden die niet enkel rekening houden met de omvang van de projecten, maar tevens met de aard of de ligging ervan. Deze interpretatie van art. 2(1) zou dan kunnen worden gekoppeld aan de lijst van criteria die bij de geamendeerde richtlijn is opgenomen (Bijlage III). Dit sluit tevens aan bij overweging nummer 8 van richtlijn 97/11: deze toont aan dat het de lidstaten wordt toegestaan om drempelwaarden of algemene criteria vast te leggen, zonder dat vervolgens projecten die onder de drempelwaarden of buiten de algemene criteria vallen, geval per geval toch nog moeten worden onderzocht. Weliswaar geeft art. 4(2) van de MER richtlijn de lidstaten de mogelijkheid drempelwaarden of algemene criteria te gebruiken; art. 4(3) verbindt echter uitdrukkelijk zowel drempelwaarden als algemene criteria aan de lijst van criteria vastgelegd in Bijlage III. In de

voorgestelde interpretatie zouden «drempelwaarden» dus zowel kwalitatief als kwantitatief moeten worden bepaald.

De door de auteur ondernomen poging tot consistente interpretatie ten spijt, kan men niet anders dan vaststellen dat de tekst van de nieuwe richtlijn niet helemaal duidelijk is en dat wellicht opnieuw naar Luxemburg zal moeten worden getrokken ter verduidelijking. Benieuwd welke lidstaat (door de Commissie of een particulier) het boetekleed zal worden aangetrokken.

(Zesde Kamer – Zaak C-435/97 – *WWF e.a. t/ Autonome Provinz Bozen e.a.*; Vijfde Kamer – Zaak C-392/96 – *Commissie t/ Ierland*).

Geert Van Calster

Hof van Justitie, 29 september 1999

Milieu – Water – Begrip «lozing» – Mogelijkheid voor verdergaande maatregelen – Verhouding tussen richtlijnen

In twee arresten van dezelfde datum heeft het Hof van Justitie het begrip «lozing» geïnterpreteerd in de zin van richtlijn 76/464 betreffende de verontreiniging veroorzaakt door bepaalde gevaarlijke stoffen die in het aquatisch milieu van de Gemeenschap worden geloosd (*Pb. L*, 23 mei 1976, nr. 129, 23). Het behandelde tevens de mogelijkheid van lidstaten om verdergaande maatregelen te nemen dan vastgelegd in harmonisatierichtlijnen. *Nederhoff* is het meest bepalende van beide arresten; *van Rooij* veeleer een toepassing.

Nederhoff gebruikt met creosootolie behandelde houten palen als oeverbeschoeiing. Zij had geen vergunning aangevraagd voor het aanbrengen van deze palen in oppervlaktewateren. In 1995 vraagt zij alsnog een vergunning aan bij de bevoegde overheden, met toepassing van de Wet verontreiniging oppervlaktewateren hierna: (WVO), die de richtlijn in Nederland omzette. Creosootolie bevat polycyclische aromatische koolwaterstoffen (hierna: PAKs), een groep van stoffen die wordt genoemd in bijlage bij richtlijn 76/464. PAKs worden genoemd in lijst I van de bijlage; daar echter nog geen emissiegrenswaarden door de Gemeenschap zijn vastgesteld, vallen ze vooralsnog onder «lijst II» van de bijlage. Het lijst II-regime verplicht de lidstaten om alle passende maatregelen te nemen ter vermindering van de verontreiniging van de oppervlaktewateren door de betrokken stoffen (onder het «lijst I»-regime moeten de lidstaten streven naar de beëindiging van de verontreiniging door de betrokken stoffen en moeten de vastgelegde emissiegrenswaarden worden nageleefd). Art. 2 van de richtlijn bepaalt uitdrukkelijk dat de verplichtingen waarin ze voorziet slechts een eerste stap zijn om het doel ervan te bereiken; artikel 10 bepaalt dat een of meer lidstaten, afzonderlijk of gezamenlijk, strengere voorschriften kunnen vaststellen dan die welke bij de richtlijn worden beoogd. De voormelde vastlegging van grenswaarden en kwaliteitsdoelstellingen voor een aantal lijst I-stoffen is gebeurd door richtlijn 86/280 (*Pb. L*, 4 juli 1986, nr. 181, 16). Deze richtlijn bevat echter ook voorschriften waarin richtlijn 76/464 niet voorziet. Met name verplicht het de lidstaten om voor lijst II-stoffen (stoffen waarvoor ook in richt-

lijn 86/280 nog geen waarden zijn vastgelegd) specifieke programma's op te stellen ter voorkoming of wegneming van de verontreiniging die afkomstig is uit andere bronnen dan die welke aan communautaire grenswaarden of nationale emissienormen zijn onderworpen (waaronder meer-voudige bronnen).

Een verdere complicatie is richtlijn 76/769 inzake gevaarlijke stoffen en preparaten (*Pb. L.*, 27 september 1976, nr. 262, 201). Deze richtlijn bevat voorschriften met betrekking tot het gebruik van onder andere creosootolie. Art. 1 van de richtlijn luidt «*Onverminderd de toepassing van andere desbetreffende voorschriften heeft deze richtlijn betrekking op de beperking van het op de markt brengen en het gebruik van de in bijlage genoemde gevaarlijke stoffen en preparaten in de lidstaten van de Gemeenschap*» (cursivering toegevoegd).

De overheden wijzen de aanvraag tot vergunning af, daar ze een beleid hadden aangenomen dat het bronbeginsel hanteerde: er kan niet worden voorkomen dat de PAKs uit de betrokken palen uitlogen en dus moest in de eerste plaats op zoek worden gegaan naar geschikte alternatieven (het hanteerde hierbij het «BATNEEC»-beginsel: Best Available Techniques Not Entailing Excessive Costs).

Nederhoff ging tegen de weigering in beroep. Het argumenteerde primair dat de WVO enkel van toepassing was op directe lozingen, niet op diffuse verontreinigingsbronnen. Het redeneerde dat de lidstaten weliswaar de mogelijkheid wordt gegeven om strengere lozingsnormen in te voeren, maar niet om andere bronnen van waterverontreiniging binnen de vergunningsplicht te brengen (waaronder diffuse bronnen). Subsidiair argumenteerde het ook dat het door de overheden gevoerde beleid erop neerkwam dat vergunningsverlening nagenoeg onmogelijk werd. Dit komt neer op een algemeen verbod, wat in strijd is met de verplichting van de lidstaten om louter tot een vermindering te komen.

De centrale vraag die de Nederlandse Raad van State aan het Hof stelde, was of het plaatsen van met creosootolie behandelde houten palen kan worden beschouwd als «lozing» in de zin van richtlijn 76/464.

In *van Rooij* ging het om het bedrijf van Aarle dat een stoomfixatiemethode toepast om hout te verduurzamen, waarvoor het over een vergunning beschikt. Tijdens de procedure komt stoom vrij die indirect neerslaat op het nabijgelegen oppervlaktewater, waaronder een achter het bedrijf van Aarle gelegen sloot. Van Rooij woont naast het bedrijf en argumenteert dat in de stoom arsenicum, koper en chroom voorkomen, stoffen die zijn opgenomen in voornoemde lijst II van richtlijn 76/464. Van Rooij vraagt aan de overheden om met toepassing van artikel 24 WVO (dat de bestuursorganen opdraagt om zorg te dragen «voor de bestuurlijke handhaving van het bij of krachtens deze wet bepaalde met betrekking tot het betrokken brengen van stoffen in oppervlaktewater») bestuurlijke handhavingmaatregelen te nemen.

De centrale vraag in *van Rooij* was of het neerslaan van verontreinigende stoom op oppervlaktewater kan worden beschouwd als «lozing» in de zin van richtlijn 76/464.

In *Nederhoff* beslist het Hof dat «lozing» in de zin van richtlijn 76/464 aldus moet worden opgevat, dat het ziet op elke aan een persoon toe te schrijven handeling waarbij een van de in de lijst I of lijst II genoemde stoffen direct of indirect in de wateren waarop de richtlijn van toepassing is,

wordt gebracht. Daaronder valt ook Nederhoff's handeling. Overeenkomstig de bepalingen van de richtlijn die de lidstaten toestaan om strengere voorschriften vast te stellen dan die welke de richtlijn beoogt, oordeelt het Hof bovendien dat Nederland in de mogelijkheid is om personen te verplichten onderzoek te doen naar of te kiezen voor minder milieubelastende alternatieven, zelfs als vergunningen hierdoor onmogelijk worden. In dit verband stelt het Hof dat de verplichting om vervuiling door lijst I-stoffen uit te schakelen eerder dan te verminderen, ook geldt wanneer nog geen waarden zijn vastgesteld (en de stof dus technisch onder lijst II valt). Wat de verhouding betreft met de richtlijn gevaarlijke stoffen en preparaten, volstaat het Hof met een verwijzing naar de bepaling «onverminderd (...) andere desbetreffende communautaire voorschriften».

In *van Rooij* beslist het Hof dat de emissie van verontreinigende stoom (in dit geval met stoffen uit lijst II) die op het oppervlaktewater valt, ook onder het begrip «lozing» valt. Dit geldt ook voor de emissie van stoom die eerst neerslaat op terreinen en daken en vervolgens via een hemelwaterriool in het oppervlaktewater terechtkomt, onafhankelijk van het feit of het riool aan de betrokken inrichting toebehoort dan wel aan een derde. Wat eventueel wel van belang kan zijn, is de afstand tussen het oppervlaktewater en de plaats van uitstoot, in die zin dat de verontreiniging niet langer kan worden toegeschreven aan de veroorzaker van de stoom wanneer de verontreiniging volgens de algemene ervaringsregels niet langer als voorzienbaar kan worden beschouwd.

De bevindingen inzake verdergaande maatregelen zijn opmerkelijk kort; het Hof geeft de lidstaten hier *carte blanche* op basis van art. 10 van richtlijn 76/464. Het besteedt hierbij geen aandacht aan voorwaarden die de uitoefening van deze bevoegdheid gelden (in tegenstelling tot advocaat-generaal Saggio die hier uitvoering op inging). Ook de argumentatie inzake de richtlijn gevaarlijke stoffen en preparaten bevatte een aantal interessante argumenten (richtlijn 76/769 bevat een aantal beperkingsvoorwaarden inzake het gebruik van creosootolie; kan de uitoefening van het beleid inzake water het gebruik van zo'n olie in andere omstandigheden vervolgens nagenoeg onmogelijk maken?), maar werd door het Hof resoluut terzijde geschoven.

Met zijn arresten verduidelijkt het Hof de verhouding tussen richtlijnen 76/464 en 86/280, voor wat de stoffen betreft waarvoor communautaire richtwaarden noch nationale emissiegrenzen zijn vastgelegd. De bepalingen van art. 3 en 7 van richtlijn 76/464, inclusief een vergunningsplicht, gelden voor vervuiling die aan een persoon kan worden aangerekend, namelijk die welke lozing (in de door het Hof aangenomen brede zin) heeft veroorzaakt; de nationale programma's die de lidstaten overeenkomstig art. 5 moeten vastleggen, zijn gericht op de gevallen waarin geen vervuiling aan een bepaalde persoon kan worden toegerekend.

Belangrijk is ook de voormelde opvatting van het Hof dat de lidstaten moeten streven naar een beëindiging van vervuiling door lijst I-stoffen, ook al zijn er nog waarden vastgelegd door de Gemeenschap. Vergunningen die in deze zin voorwaarden opleggen, kunnen dus in geen geval strijdig met de richtlijn worden genoemd.

Wat Vlaanderen betreft, laat de wetgeving in ieder geval voldoende ruimte om ook indirecte lozingen aan te pakken. Art. 2 van de wet van 26 maart 1971 op de bescherming van

de oppervlaktewateren tegen verontreiniging (*B.S.*, 1 mei 1971) verbiedt onder andere het deponeren van vaste stoffen of vloeistoffen op een plaats vanwaar ze door een natuurlijk verschijnsel in de oppervlaktewateren kunnen terechtkomen, tenzij men over een milieuv vergunning beschikt. Of het in de praktijk ook zo een vaart loopt, is minder duidelijk. Met name voor wat diffuse lozingen betreft (stoom is het meest voor de hand liggende voorbeeld), wordt in de praktijk veelal geen vergunning op grond van de wet van 1971 aan gevraagd.

Net zoals in ieder geval in het Verenigd Koninkrijk (zie Mark Brumwell in *Environmental Law Review*, ter perse, en Richard Macrory in *ENDS-Report*, November 1999) en in Nederland (Hanna Sevenster in *Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht*, 1999, 323) hoeven de wetteksten in Vlaanderen niet te worden aangepast, maar de praktijk wellicht wel.

(Zesde Kamer – Zaak C-232/97 – L. Nederhoff & Zn. t/ Dijkgraaf en Hoogheemraden van het Hoogheemraadschap Rijnland; Zesde Kamer – Zaak C-231/97 – A.M.L. van Rooij t/ Dagelijks bestuur van het waterschap de Dommel).

Geert Van Calster

Hof van Justitie, 5 oktober 1999

Milieu – Afval – Richtlijn 75/442 – «Voorlopige opslag» – «Beheer» van afvalstoffen – Naleving van algemene beginselen (voorzorgsbeginsel en beginsel van preventief handelen)

Onderwerping aan het EG-afvalregime brengt een belangrijke financiële en administratieve last mee, in de vorm van de nodige vergunningen, de verplichting om met gespecialiseerde bedrijven te werken, enzovoort. Of men onder het regime valt, en zo ja, onder welke bepalingen precies, maakt het voorwerp uit van een schijnbaar onuitputtelijke reeks arresten van het Hof van Justitie. De uitspraak in de strafzaken tegen *Lirussi en Bizzaro* legt opnieuw een stukje van de puzzel.

Lirussi en Bizzaro staan in Italië terecht wegens onregelmatige opslag van afvalstoffen. Beiden kregen van de regionale milieudienst vergunning voor de voorlopige opslag van toxische en gevaarlijke afvalstoffen die door hun ondernemingsactiviteit ontstonden en die voor *Lirussi* in loodhoudende batterijen en voor *Bizzaro* in door de distillatie van een machine voor chemische reiniging geproduceerd slib bestonden. *Lirussi* had na afloop van de vergunning nog een hoeveelheid batterijen opgeslagen, die bovendien de in de vergunning toegestane hoeveelheid overtrof; *Bizzaro* was begonnen met de voorlopige opslag vóór de vergunning was afgeleverd en had eveneens meer afvalstoffen opgeslagen dan was toegestaan.

Het openbaar ministerie zag tijdens het proces af van verdere vervolging, daar het volgens hem ging om activiteiten van «voorlopige opslag» in de zin van de Italiaanse wetgeving, die onder zekere voorwaarden waren vrijgesteld van vergunningsplicht. De prejudiciële vraag werd alsnog gesteld, teneinde na te gaan of de Italiaanse regeling verenigbaar was met het Gemeenschapsrecht, met name of de feiten kunnen worden aangemerkt als «voorlopige opslag»,

en ten einde na te gaan welke maatregelen de lidstaten moeten nemen ten aanzien van «voorlopige opslag».

De kaderrichtlijn afval 75/442 (*Pb. L.*, 25 juli 1975, nr. 194, 39, als gewijzigd door richtlijn 91/156, *Pb. L.*, 26 maart 1991, nr. 78, 32), voorziet in een verschillend regime al naargelang het gaat om de nuttige toepassing dan wel de verwijdering van afvalstoffen. Ze bevat als bijlage een (niet-limitatieve) opsomming van handelingen van nuttige toepassing en van verwijdering. «Voorafgaande opslag» met het oog op nuttige toepassing dan wel verwijdering, wordt in beide bijlagen onder de respectieve handelingen geklasseerd, echter uitdrukkelijk met uitzondering van «voorlopige opslag» voorafgaand aan inzameling op de plaats van productie. De hypothese is die van een ondernemingsactiviteit waardoor afvalstoffen ontstaan en die op de plaats van ontstaan worden ingezameld om er door een gespecialiseerde onderneming te worden opgehaald.

Voor zover het, zoals in de betrokken feiten, om gevaarlijke afvalstoffen gaat die vallen onder het toepassingsgebied van richtlijn 91/689 (*Pb. L.*, 31 december 1991, nr. 377, 20), blijven de algemene bepalingen van de kaderrichtlijn van toepassing (inclusief de bepaling van het begrip «afval»), maar gelden een aantal bijkomende waarborgen, waaronder de bepaling dat de lidstaten de nodige maatregelen moeten nemen ter verzekering van een deugdelijke verpakking bij inzameling, vervoer en tijdelijke opslag.

Het Hof onderstreept dat voorlopige opslag is uitgesloten van zowel de bijlage «nuttige toepassing» als van de bijlage verwijdering en dat het gaat om een handeling voorafgaand aan elk «beheer van afvalstoffen» in de zin van art. 1, d, van de kaderrichtlijn. De bedoeling van deze uitdrukkelijke uitsluiting is dat de ondernemingen niet op de enkele grond van de voorlopige opslag worden onderworpen aan de strenge voorschriften van de richtlijn. Dit betekent echter niet dat de lidstaten ten aanzien van de voorlopige opslag de ondernemingen zomaar kunnen laten betijen. In dit verband oordeelt het Hof dat art. 4(1) van de richtlijn ten aanzien van de lidstaten weliswaar enkel de verplichting inhoudt om ervoor te zorgen dat de nuttige toepassing of de verwijdering van afvalstoffen plaatsvindt zonder gevaar voor het leefmilieu en de gezondheid van de mens, maar dat het tweede lid van art. 4 aan de lidstaten bovendien oplegt om in het algemeen de nodige maatregelen te nemen teneinde het onbeheerd achterlaten of het ongecontroleerd lozen of verwijderen van afvalstoffen te verbieden. Het Hof wijst ook op art. 8 van de kaderrichtlijn, dat de lidstaten oplegt ervoor te zorgen dat elke houder van afvalstoffen deze afgeeft aan een erkende ophaler of verwerker van afvalstoffen dan wel de afvalstoffen zelf beheert in overeenstemming met de bepalingen van de richtlijn. Dit, zo zegt het Hof nog, is een toepassing van het beginsel van preventief handelen en van het voorzorgsbeginsel, als neergelegd in art. 130 R EG-Verdrag (thans, na wijziging, art. 174 EG).

De uitsluiting van «voorlopige opslag» van zowel nuttige toepassing als verwijdering, ontslaat de lidstaten dus niet van hun algemene regulerende en controlerende plicht op basis van de artikelen 4(2) en 8 van de kaderrichtlijn (hoewel het Hof zich hier niet over uitsprak, bleef de Italiaanse wetgever in dit verband wellicht niet in gebreke).

Het oordeel van het Hof heeft weinig implicaties voor de betrokken zaak; de overwegingen van het Hof onderstrepen echter dat de lidstaten niet achteloos kunnen voorbijgaan

aan schijnbaar algemene en weinig richtinggevende verplichtingen die in richtlijnen zijn opgenomen (ze zijn niet ontalrijk in de milieusector). Men heeft soms de neiging om dit soort van algemene verplichtingen, typisch voorkomend in de aanvangsartikelen van richtlijnen, af te doen als weinig concreet, om zich vervolgens te concentreren op de artikelen die de nodige techniciteit bevatten. Een onterechte reflex, zo blijkt nogmaals (zie ook de in dit nummer besproken arresten C-435/97 en C-392/96 inzake milieueffectrapportering).

(Vierde kamer – Gevoegde Zaken C-175/98 en C-177/98 – Strafzaken tegen P. Lirussi en F. Bizzaro).

Geert Van Calster

Hof van Justitie, 21 oktober 1999

Gelijke behandeling van mannen en vrouwen – Gelijke beloning – Gratificaties – Zwangerschapsverlof – Ouderschapsverlof

Net zoals een aantal Belgische werkgevers, geven ook sommige Duitse ondernemers hun werknemers rond de jaarwisseling een premie. *In casu* was mevrouw Lewen met ouderschapsverlof, maar claimde zij desondanks een kerstgratificatie. De drie prejudiciële vragen die door het *Arbeitsgericht Gelsenkirchen* aan het Hof werden gesteld, zijn interessant, omdat de behandelde problematiek niet alleen raakpunten heeft met het art. 119 EG-Verdrag (thans, na wijziging, art. 141 EG), maar ook met de richtlijn 92/85/EEG inzake de tenuitvoerlegging van maatregelen ter bevordering van de verbetering van de veiligheid en de gezondheid op het werk van werknemers tijdens de zwangerschap, na de bevalling en tijdens de lactatie (*Pb. L.*, 28 november 1992, nr. 348, 1) en met de richtlijn 96/34/EEG betreffende de door de UNICE, het CEEP en het EVV gesloten raamovereenkomst inzake ouderschapsverlof (*Pb. L.*, 19 juni 1996, nr. 145, 4).

Het Hof heeft de situatie van de werknemers getoetst aan de voormelde teksten en heeft dan in antwoord op de vragen drie principes geformuleerd.

Eerst en vooral belet het communautaire recht niet dat de betaling van een gratificatie als buitengewone vrijwillige uitkering ter gelegenheid van bv. Kerstmis wordt geweigerd aan een vrouw die ouderschapsverlof geniet, wanneer als enige voorwaarde geldt dat de werknemer op het tijdstip van de toekenning ervan in actieve dienst is.

Anders is het indien de premie een beloning is met terugwerkende kracht voor in het jaar van toekenning verrichte arbeid. In dat geval worden werknemers die met ouderschapsverlof zijn, maar die in het jaar van de toekenning van de gratificatie hebben gewerkt, door de weigering van de wetgever – op de enkele grond dat hun arbeidsovereenkomst is geschorst op het tijdstip van toekenning – benadeeld t.o.v. degenen wier overeenkomst ten tijde van de toekenning niet is geschorst en die de gratificatie wel ontvangen als beloning voor in de loop van het jaar verrichte arbeid. Een dergelijke weigering is discriminatoir indien vrouwelijke werknemers (veel) vaker ouderschapsverlof opnemen dan hun mannelijke collega's.

Tot slot vermeldt het Hof dat de wetgever bij de berekening van de premie rekening mag houden met de tijd-

vakken van ouderschapsverlof en de uitkering naar evenredigheid mag verlagen. Dit geldt echter niet voor tijdvakken van zwangerschapsverlof (of arbeidsverboden wegens zwangerschap). In dat geval worden immers (in de huidige stand van de wetenschap) alleen maar vrouwen geviserd.

(Zesde kamer – Zaak C-333/97 – Lewen t/ Denda).

Patrick Humblet

Hof van Justitie, 26 oktober 1999

Gelijke behandeling van mannen en vrouwen – Bescherming van de vrouw – Militairen

Wie herinnert zich het arrest *Johnston* (arrest van 15 mei 1996, zaak C-222/84, *Jur.* 1986, 1651) niet meer? Vrouwen werden in Noord-Ierland geweerde als gewapende politieagenten, o.a. omdat zij dan potentiële schietschijven werden voor het I.R.A. Het Hof oordeelde in die zaak dat art. 2, derde lid, richtlijn 76/207/EEG weliswaar de ongelijke behandeling toestaat ter bescherming van vrouwen, maar dat dit niet geldt tegen risico's en gevaren zoals die waaraan iedere gewapende politiebeambte bij de uitoefening van zijn taak in een bepaalde situatie blootstaat en die niet specifiek vrouwen als zodanig betreffen. Het ridderlijke ideaal waarbij de vrouw als frêle wezen moet worden beschermd, was definitief passé. Of toch niet ...? Na de uitspraak in de zaak *Sirdar* kan men daaraan alleszins twijfelen.

Angela Maria Sirdar diende in het Britse leger als kok(kin) en behoorde sinds 1990 tot een commandoregiment van de artillerie. Om economische redenen stond haar baan op de tocht. In juli 1994 werd haar een overplaatsing aangeboden naar de Royal Marines, op voorwaarde dat zij een voorselectie en een commandotraining zou doorlopen. Zover kwam het echter niet, want volgens een interne regel worden vrouwen niet in de rangen van dit keurkorps getolereerd. Deze politiek is niet strijdig met de *Sex Discrimination Act*. Paragraaf 85(4) van deze wet bepaalt immers dat een uitzondering op het gelijkheidsbeginsel is toegestaan ter verzekering van de gevechtskracht van de strijdkrachten. Desondanks maakte mevrouw Sirdar – nadat zij was ontslagen – een vordering wegens geslachtsdiscriminatie aanhangig bij het *Industrial Tribunal*, dat dienaangaande een aantal prejudiciële vragen stelde aan het Hof.

In eerste instantie moest worden uitgemaakt of beslissingen op het gebied van de toegang tot de arbeid, de beroepsopleiding en de arbeidsvoorwaarden bij de strijdkrachten, die door de lidstaten worden genomen in het belang van de gevechtskracht, al of niet binnen de werkingssfeer van het gemeenschapsrecht vallen. Ondanks tegenkantingen van verscheidene lidstaten meent het Hof dat dit het geval is. Deze stellingname is niet zonder belang voor België. Niet iedereen is ervan overtuigd dat de Wet Gelijke Man-Vrouw (d.i. de wet die de richtlijn 76/207/EEG in het nationale recht implementeert) ook van toepassing is op onze strijdkrachten. Art. 182 G. W. bepaalt immers dat de aanwerving, de bevordering en de rechten en plichten van militairen door een aparte wet moeten worden geregeld (voor een commentaar zie J. Jacquemain, noot onder R.v.St. 24 september 1997, *Soc.Kron.* 1998, 64-65).

Het was in het verleden dan ook niet duidelijk hoe vrouwelijke militairen konden reageren op geslachtsdiscriminatie. Daar bestaat nu geen twijfel meer over. Een vrouw die zich binnen het Belgische leger gediscrimineerd voelt, kan zich voor de nationale rechter beroepen op de bepalingen van de richtlijn.

Een andere reeks vragen betrof dan of, en zo ja, onder welke voorwaarden, de uitsluiting van vrouwen in de dienst in commando-eenheden als de Royal Marines, gerechtvaardigd kan zijn.

De mariniers vervullen een speerpuntfunctie ingeval van een gewapend conflict. Het korps is dan ook op een zeer speciale manier gestructureerd, namelijk volgens het principe van de «interoperabiliteit». Al deze elitesoldaten – ongeacht hun specialisatie – moeten kunnen opereren als commando in de eerste linie. Volgens de Britse legerleiding verantwoordt deze specifieke situatie het unisekse karakter van de eenheid.

De zaak *Johnston* indachtig leek het wel alsof de Britten in het zand zouden moeten bijten. Bij de bespreking van dat arrest wordt evenwel altijd gefocust op het «vrouwvriendelijke» gedeelte van het dictum, namelijk de toetsing aan art. 2, derde lid, 2, richtlijn 76/207/EEG. Het Hof heeft echter ook geoordeeld dat art. 2., tweede lid, aldus moet worden uitgelegd dat bij de beoordeling of wegens de voorwaarden voor de uitoefening van politiewerkzaamheden het geslacht daardoor een bepalende factor is, een lidstaat de eisen van de bescherming van openbare veiligheid in aanmerking mag nemen teneinde in een door veelvuldige aanslagen gekenmerkte binnenlandse situatie de algemene politietaken voor te behouden aan met vuurwapens uitgeruste mannen, bv. wanneer het dragen van vuurwapens door vrouwelijke agenten een extra risico van moordaanslagen kan meebrengen en dus in strijd is met de eisen van openbare veiligheid (arrest van 15 mei 1986, zaak C-222/84, *Johnston*, *Jur.* 1986, 1651, r.o. 36). Hieraan werd wel toegevoegd dat lidstaten bij het maken van uitzonderingen op het beginsel van gelijke behandeling rekening moeten houden met een aantal bijkomende voorwaarden. De activiteiten moeten op gezette tijden worden onderzocht om na te gaan of het, gezien de sociale ontwikkeling, gerechtvaardigd is de desbetreffende afwijking van de richtlijn te handhaven. Daarnaast moet ook het evenredigheidsbeginsel worden nageleefd en mogen de afwijkingen niet verder gaan dan passend en noodzakelijk is ter verwezenlijking van het nagestreefde doel. Deze principes zijn in latere rechtspraak bevestigd geworden. Zo heeft het Hof geoordeeld dat het geslacht een bepaalde factor kan zijn voor een beroep als bewaker in een gevangenis (arrest van 30 juni 1988, zaak C-318/86, *Commissie t/ Franse republiek*, *Jur.* 1988, 3559, rechtsoverweging 12). In het verlengde hiervan wordt *in casu* besloten dat de uitsluiting van vrouwen van de dienst in commando-eenheden als de Royal Marines eventueel gerechtvaardigd kan zijn. Hoewel deze uitspraak consequent is, hebben wij toch enkele bedenkingen.

Uiteraard moeten lidstaten de mogelijkheid krijgen om bepaalde beroepen voor te behouden aan personen van één bepaald geslacht. Zo horen vrouwelijke bewakers die dagelijks in contact komen met gevangenen niet thuis in mannengevangenissen; niet alleen omdat zij (waarschijnlijk) gemakkelijker kunnen worden overmeesterd dan hun mannelijke collega's, maar ook omdat hun aanwezigheid een bron van excitatie kan zijn. Maar wat – behalve mis-

plaatst mannelijk chauvinisme – zou de reden kunnen zijn om een vrouw onvoorwaardelijk uit te sluiten uit de rangen van een elitekorps? En impliceert respect voor het gelijkheidsbeginsel niet dat steeds moet worden gekozen voor de minst discriminatoire oplossing? Had men i.p.v. soldaat Sirdar botweg te weigeren wegens haar geslacht niet beter fysieke proeven laten afleggen en slechts daarna geoordeeld of ze al of niet geschikt was?

(Voltallig Hof – Zaak C-273/97 – Sirdar t/ The Army Board en Secretary of State for Defence)

Patrick Humblet

Hof van Justitie, 28 oktober 1999

Vrij verkeer van diensten – Inkomstenbelasting – Aftrek van uitgaven voor cursussen voor beroepsopleiding

De Deense wet op de rijksbelastingen bepaalt dat kosten gemaakt voor de verkrijging van het inkomen aftrekbaar zijn van het belastbaar inkomen. Welke specifieke uitgaven aftrekbaar zijn, wordt bepaald in de administratieve praktijk en de rechtspraak. Uit de handleiding van het Deense Skatteministeriet blijkt dat de uitgaven voor deelname aan cursussen voor beroepsopleiding aftrekbaar zijn indien de cursussen tot doel hebben de praktische en theoretische kennis van de deelnemers op peil te houden. De aftrekbaarheid vervalt evenwel indien de cursussen in het buitenland worden georganiseerd (in het bijzonder in toeristenoorden), tenzij de belastingplichtige de specifieke cursuslocatie om professionele redenen kan rechtvaardigen. De Deense belastingadministratie hanteert dus een weerlegbaar vermoeden dat cursussen georganiseerd in het buitenland een te toeristisch karakter hebben, zodat de kosten hiervoor niet aftrekbaar zijn.

De heer B. Vestergaard, registeraccountant, nam in Kreta deel aan een belastingcursus, georganiseerd voor en door Deense accountants. Tijdens het verblijf van zeven dagen werden drie volle en twee halve dagen aan de cursus gewijd. De vennootschap waarvan de heer Vestergaard werknemer en tevens enige aandeelhouder is, nam de kosten voor deze cursus in rekening als opleidingskosten. De aftrek van deze uitgaven als opleidingskosten werd evenwel niet aanvaard. De administratie beschouwde de kosten voor het congres in Kreta als een loontoeslag voor de heer Vestergaard.

Deze laatste ging tegen de beslissing van de Deense belastingadministratie in beroep. De rechtbank van eerste aanleg kwam tot het besluit dat Vestergaard er wel degelijk in geslaagd was te weerleggen dat de in Kreta georganiseerde cursus een toeristisch karakter had.

De fiscus ging met deze zienswijze niet akkoord en stelde hoger beroep in. Tijdens deze procedure voerde Vestergaard aan dat de Deense fiscale praktijk in strijd is met art. 6 en 59 EG-Verdrag (thans, na wijziging, art. 12 en 49 EG). Deze stelling werd in een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie voorgelegd.

Het Hof werd dus in essentie gevraagd of de Deense regelgeving die voorziet in een vermoeden dat in het buitenland georganiseerde cursussen een toeristisch karakter hebben, waardoor de kosten daarvan niet kunnen worden afgetrokken – terwijl dit vermoeden niet geldt voor in De-

nemarken georganiseerde cursussen – in overeenstemming is met de principes van het vrij verkeer van diensten.

Het Hof bevestigt in zijn arrest allereerst de ruime draagwijdte van art. 59 EG-Verdrag (thans, na wijziging, art. 49 EG). Art. 59 EG-Verdrag is in de eerste plaats van toepassing wanneer de dienstverrichter en degene voor wie de dienst wordt verricht in verschillende lidstaten zijn gevestigd. Daarnaast geldt het ook in alle gevallen waarin een dienstverrichter zijn diensten aanbiedt in een andere lidstaat dan die waarin hij is gevestigd en dit ongeacht de plaats van vestiging van degene voor wie de diensten zijn bestemd. Het principe van het vrij dienstenverkeer verzekert tenslotte ook de vrijheid van degene voor wie de diensten worden verricht, om zich met het oog daarop naar een andere lidstaat te begeven.

Wat de grond van de zaak betreft, is het Hof van mening dat de Deense regelgeving in strijd is met art. 59 EG-Verdrag (thans, na wijziging, art. 49 EG), aangezien ze leidt tot een verschil in behandeling op grond van de plaats waar de dienst wordt verricht. Het feit dat de Deense belastingplichtige het vermoeden dat in het buitenland georganiseerde cursussen een toeristisch karakter hebben, moet weerleggen om de kosten ervan te mogen aftrekken, onderwerpt de dienst die bestaat in het organiseren van cursussen in het buitenland aan een andere fiscale behandeling dan de organisatie van cursussen in Denemarken. Door deze regeling worden cursussen georganiseerd in het buitenland voor de consument dan ook minder aantrekkelijk.

De Deense overheid beroept zich op dwingende behoeften in een poging om haar regelgeving te rechtvaardigen. Volgens de Deense overheid is de maatregel noodzakelijk, met name om de doeltreffendheid van de fiscale controles en de samenhang van het fiscaal stelsel te kunnen waarborgen. Het Hof is van oordeel dat er minder ingrijpende maatregelen kunnen worden genomen om de aftrekbaarheid van kosten duidelijk en nauwkeurig te controleren. Ook het argument van de samenhang van het fiscale stelsel wordt door het Hof niet aanvaard. Het Hof oordeelt dat er *in casu* geen rechtstreeks verband bestaat tussen enige vorm van belastingheffing en de aftrekbaarheid van de kosten voor de deelneming aan cursussen voor beroepsopleiding. De samenhang van het Deense fiscaal stelsel komt dan ook op geen enkele wijze in gevaar.

Het arrest Vestergaard is exemplarisch voor de verregaande inwerking van het Gemeenschapsrecht op exclusief nationale bevoegdheden. Hoewel de organisatie van de directe belasting en de vaststelling van het belastbaar inkomen vooralsnog nationale aangelegenheden zijn, zijn de lidstaten wel degelijk verplicht deze bevoegdheden in overeenstemming met het Gemeenschapsrecht uit te oefenen.

(Zesde Kamer – Zaak C-55/98 – B. Vestergaard).

Jan Bocken

Hof van Justitie, 23 november 1999

Gemeenschappelijke handelspolitiek – Rechtstreekse werking GATT / WTO

Daar de General Agreement on Tariffs and Trade (hierna: GATT, 1947) «wordt gekenmerkt door een grote soepelheid van haar bepalingen, met name die betreffende de uitzon-

deringsmogelijkheden (...) en de regeling van geschillen tussen de verdragsluitende partijen» (zie arrest van 12 december 1972, gevoegde zaken 21-24/72, International Fruit Company, *Jur.*, 1972, 1219, rechtsoverweging), ontzegt vaste rechtspraak van het Hof de justitiabelen de mogelijkheid om zich binnen de communautaire rechtsorde op deze overeenkomst te beroepen. In beginsel staan «deze bijzondere kenmerken van het GATT (...) ook eraan in de weg dat het Hof de bepalingen van de Algemene Overeenkomst in aanmerking neemt» in de context van een door een lidstaat ingeleide procedure tot wettigheidscontrole. Enkel voor zover «de Gemeenschap uitvoering heeft willen geven aan een in het raam van het GATT aangegane bijzondere verplichting of indien de gemeenschapshandeling uitdrukkelijk naar specifieke bepalingen van de Algemene Overeenkomst verwijst» acht het Hof zich traditioneel bevoegd een gemeenschapshandeling op haar verenigbaarheid met de GATT te onderzoeken (zie arrest van 5 oktober 1994, zaak C-280/93, Duitsland t/ Raad, *Jur.*, 1994, I-5039, rechtsoverwegingen 109 en 111).

Dit wellicht veeleer door (handels-)politieke dan door juridische motieven ingegeven standpunt was steeds sterk omstreden. In het bijzonder sinds de «juridisering» van de GATT in het raam van de Wereldhandelsorganisatie (hierna: WTO, 1994) werd herziening ervan dan ook vanuit diverse hoeken (waaronder advocaat-generaal Saggio in voorliggende zaak) vurig bepleit. Nadat het door Portugal verzocht werd uitspraak te doen over de wettigheid van het besluit van de Raad van 26 februari 1996 houdende de sluiting van twee Memoranda van Overeenstemming tussen de Gemeenschap en India, respectievelijk Pakistan inzake markttoegang voor textielproducten (*Pb. L.*, 27 juni 1996, nr. 153, 47) – onder meer op grond van vermeende onverenigbaarheid met de WTO-regelgeving – heeft nu ook het Hof zich uitdrukkelijk over deze kwestie gebogen.

Hoewel het Hof erkent dat de WTO-akkoorden wezenlijk verschillen van de GATT 1947, in het bijzonder wat de versterkte geschillenregeling betreft, ontwaart het desalniettemin nog steeds een te ruime marge voor onderhandelde oplossingen opdat de bezwaren, geformuleerd tegen rechtstreekse werking van de GATT 1947, zouden zijn overwonnen. Immers, wanneer een partij nalaat een met de WTO onverenigbare regeling binnen een redelijke termijn in te trekken, kunnen in het raam van de WTO-geschillenregeling weliswaar tijdelijke compensaties worden toegekend, maar over de vorm en de omvang daarvan wordt dan bij voorkeur door de betrokken partijen onderhandeld. Indien nu evenwel op het Hof en/of de nationale rechter de verplichting zou rusten communautaire rechtshandelingen die strijden met de WTO-voorschriften te vernietigen, zou zulks de Gemeenschap en haar lidstaten de (door de WTO voorziene) optie op een onderhandelde uitweg ontnemen. Deze vaststelling wordt, volgens het Hof, nog verzaamd doordat de (juridische instanties van de) belangrijkste handelspartners van de Gemeenschap weigeren de WTO-regelgeving rechtstreeks werking te verlenen binnen hun respectieve rechtsordes. Indien enkel de Gemeenschap rechtstreekse werking van WTO-bepalingen zou erkennen, zou zulks kunnen resulteren in een onevenwichtige toepassing van de WTO-regels en bijgevolg indruisen tegen het beginsel van wederkerigheid en wederzijdse voordeel waarop de WTO (alook haar voorganger) is gebaseerd.

Het Hof besluit dan ook dat de wettigheid van een communautaire rechtshandeling in beginsel niet kan worden beoordeeld in het licht van haar verenigbaarheid met de WTO-regelgeving. Naar analogie met zijn traditionele rechtspraak jegens de GATT 1947 nuanceert het Hof dit standpunt evenwel door toetsing van de WTO mogelijk te maken voor zover bijzondere aanknopingspunten zulks rechtvaardigen (met name indien een gemeenschapshandeling uitvoering verleent aan een in het raam van de WTO aangegane verbintenis dan wel uitdrukkelijk verwijst naar specifieke WTO-bepalingen).

Omdat het Hof – zeer laconiek – oordeelde dat in de voorliggende zaak geen van deze situaties voorhanden was, werd het middel van schending van WTO-voorschriften afgewezen. Daar tevens de overige aangevoerde middelen faalden, besloot het Hof dat het aangevochten besluit niet door onwettigheid was aangetast.

In het voorliggende arrest trekt het Hof aldus zijn traditionele rechtspraak inzake niet-toekenning van rechtstreekse werking aan GATT 1947 bepalingen ten volle door naar de WTO-akkoorden. Een opmerkelijk verschil in vergelijking met de oude jurisprudentie vormt evenwel het feit dat het Hof de voorheen nauwelijks uitgesproken overwegingen van eerder (handels-) politieke aard ditmaal ook openlijk in zijn arrest opneemt.

(Voltallig Hof – Zaak C-149/96 – Portugal t/ Raad).

Tom Haenebalcke

Hof van Justitie, 27 januari 2000

E.E.X. – Art. 16, § 1 – Geschillen inzake huur en verhuur van onroerende goederen – Exclusieve bevoegdheid van de rechtbank van de ligging

De heer Götz, een Duitser, huurt via Dansommer, een Deense reisorganisator, een huis in Denemarken om daar enkele weken vakantie door te brengen. Na afloop van zijn verblijf blijkt de woning niet schoongemaakt en op enkele plaatsen beschadigd. Gesubrogeerd in de rechten van de Deense eigenaar, vordert Dansommer schadevergoeding voor de Duitse rechtbank. Het Landgericht van Heilbronn betwijfelt echter of het wel bevoegd is om kennis te nemen van deze vordering. Immers, krachtens art. 16 § 1.a, EEX kunnen geschillen inzake de huur en verhuur van onroerende goederen uitsluitend worden gebracht voor de gerechten van de verdragsstaat waar het onroerend goed is gelegen. Aan deze exclusieve bevoegdheid kan door partijen geen afbreuk worden gedaan door bijv. een bevoegdheidsbeding (art. 17 EEX) of een vrijwillige verschijning (art. 18 EEX). Indien een dergelijk geschil voor een andere rechtbank komt, moet deze zich *ambtshalve* onbevoegd verklaren (art. 19 EEX). Concreet vraagt het Duitse Landgericht het Hof dan ook te verduidelijken of een contract waarbij de vakantiewoning ter beschikking wordt gesteld door een reisagent, die hierin ook bijkomende verbintenissen (zoals een automatische annulatieverzekering en terugbetaling van de betaalde prijs ingeval van faillissement) op zich neemt, als een «huur» in de zin van dit art. 16, § 1, EEX kan worden beschouwd.

In de eerste plaats bevestigt het Hof zijn vaste rechtspraak dat een schadevergoeding wegens onvoldoende onderhoud en beschadiging van de gehuurde woning rechtstreeks verbonden is met de huur en dus onder de exclusieve bevoegdheid van art. 16, § 1, EEX valt (Zie ook H.v.J., 15 januari 1985, *Rösler*, Zaak 241/83, *Jur.*, 1985, I-99). Dit is logisch. De rechter van de ligging van het gehuurde goed is immers het beste geplaatst om zich op de hoogte te stellen van eventuele schade aan de woning.

In de tweede plaats verduidelijkt het Hof dat het feit dat het contract werd gesloten door een professionele reisorganisator de kwalificatie van de overeenkomst als «huur» niet beïnvloedt, op voorwaarde dat de belangrijkste contractuele prestatie de terbeschikkingstelling van de vakantiewoning is. De huur mag m.a.w. geen onderdeel vormen van een meer complexe overeenkomst waarin de reisagent een «totaalpakket» (inclusief advies bij de keuze van boeking, de reservering van de vakantiewoning en de vervoerstickets, de ontvangst van de vakantiegangers ter plaatse, etc.) verzorgt (Vgl. H.v.J., 26 februari 1992, *Hacker*, C-280/90, *Jur.*, 1992, I-1111). Indien gesubrogeerd in de rechten van de eigenaar, kan de betrokken organisator zich zonder problemen beroepen op art. 16, § 1, EEX.

Tot slot dient nog te worden vermeld dat de bijzondere regeling voor de huur van vakantiewoningen, sinds het Verdrag van San Sebastián opgenomen in art. 16, § 1.b, EEX, *in casu* niet kon worden ingeroepen. Volgens deze bepaling kan een geschil over de huur van woningen voor korte duur eveneens voor de gerechten van de woonplaats van de verweerder worden gebracht, op voorwaarde dat de huur voor hoogstens zes opeenvolgende maanden werd gesloten en dat huurder en verhuurder natuurlijke personen zijn die in hetzelfde land wonen. Aan deze laatste voorwaarde werd *in casu* niet voldaan.

(Zesde Kamer – Zaak C-8/98 – Dansommer).

Ilse Couwenberg

AANGEKONDIGD

ALGEMEEN

J. LEPAFFE, Chr. LEPAFFE en Cl. LEPAFFE, *Recueil annuel de jurisprudence belge 2000*, Gent, Larcier, 1.734 p., 22.250 fr.

J.B.J.M. TEN BERGE en J.H. NIEUWENHUIS (red.), *Kluwer College Bundel 2000 – 2001* (twee delen), Deventer, Kluwer, 3.730 p., 99 fl.

A. MICHIELSENS, *Notarieel wetboek – Editie 2000-2001*, Gent, Mys & Breesch, 1.374 p., 15.000 fr.

G.C.J.J. VAN DEN BERGH, *Geleerd recht*, vierde druk, Deventer, Kluwer, 228 p., 51 fl.

R.J.S. SCHWITTERS, *Recht en samenleving in verandering*, Deventer, Kluwer, 278 p., 45 fl.

L. MATTHIJSEN, *Jurisprudentiedatabanken* (ITeR-reeks 34), Deventer, Kluwer, 104 p., 47,50 fl.

BURGERLIJK RECHT

A.S. RUEB, H.E.M. VROLIJK en E.E. DE WIJKERSLOOTH-VINKE, *Huurrecht memo 2000/2001*, Deventer, Kluwer, 434 p.

C.H. SIEBURGH, *Toerekening van een onrechtmatige daad*, Deventer, Kluwer, 306 p., 85 fl.

S. STUNS en H. VUYE, *Zakenrecht – Boek IV: Burenhinder*, Antwerpen, Kluwer, Rechtswetenschappen, 532 p., 7.140 fr.

Y. MERCHERS, *Bijzondere overeenkomsten*, zevende druk, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 396 p., 4.895 fr.

J. SMITS en S. STIJNS, *Remedies in het Belgisch en Nederlands contractenrecht*, Antwerpen/Groningen, Intersentia, 394 p., 3.250 fr.

J. VAN DE VELDE, *Timesharing van onroerend goed*, Antwerpen/Groningen, Intersentia, 924 p., 6.450 fr.

L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Antwerpen/Groningen, 998 p., 7.950 fr.

A. HEIDA, *Gids geregistreerd partnerschap*, Deventer, Kluwer, 98 p., 59 fl.

M.L.C.C. DE BRUIJN-LÜCKERS en O.I.M. YDEMA, *Memo echtscheiding en alimentatie 2000*, Deventer, Kluwer, 244 p., 53 fl.

J.M. BARENDRECHT, M.A.B. CHAO-DUIVIS en H.A.W. VERMEULEN (red.), *Beginnelen van contractenrecht*, Deventer, Tjeenk Willink, 164 p., 52 fl.

M.J.A. VAN MOURIK, *Nieuw erfrecht*, tweede druk, Deventer, Tjeenk Willink, 222 p., 55 fl.

W.H. VAN BOOM, *Verhaalsrechten van verzekeraars en risicodragers*, Deventer, Tjeenk Willink, 140 p., 45 fl.

J.H. NIEUWENHUIS, *Hoofdstukken vermogensrecht*, zesde druk, Deventer, Kluwer, 188 p., 55 fl.

A.V.T. DE BIE en J. DE JONG VAN LIER, *Zeug Geel-113 en 132 andere vermogensrechtelijke arresten, ten behoeve van praktijk en studie*, derde druk, Deventer, Tjeenk Willink, 166 p., 37,50 fl.

J. SPIER, T. HARTLIEF, G.E. VAN MAANEN en R.D. VRIESENDORP, *Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding*, tweede druk, Deventer, Kluwer, 352 p., 64 fl.

STAATS- EN BESTUURSRECHT

J. BOSSUYT e.a., *Stedenbouwwetboekje 1999*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 652 p., 3.032 fr.

J. HEYMAN en L. SMOUT, *Milieuwetboek – Afval & Water*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1.038 p., 3.596 fr.

P. MORRENS en P. DE BRUYCKER, *Afvalgids 2000*, zevende herwerkte editie, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 796 p., 6.250 fr.

G. VAN HOORICK, *Juridische aspecten van het natuurbehoud en de landschapszorg*, Antwerpen/Groningen, Intersentia, 842 p., 5.950 fr.

C. BERX, *Rechtsbescherming van de burger tegen de overheid*, Antwerpen/Groningen, Intersentia, 650 p., 4.750 fr.

B. VAN KLINK en W. WITTEVEEN (red.), *De overtuigende wetgever*, Deventer, Tjeenk Willink, 280 p., 68 fl.

R. ERGEC, *protection européenne et internationale des droits de l'homme*, Gent, Mys & Breesch, 172 p., 1.950 fr.

J. ROBBE, *De bestemmingsplanprocedure en de zelfstandige projectprocedure*, Deventer, Kluwer, 368 p., 87,50 fl.

M.L. VAN EMMERIK en C.V. SMALS-VAN DIJK (red.), *Een nationale mensenrechtencommissie in Nederland?*, Leiden, Stichting NJCM-Boekerij, 120 p., 42,50 fl.

P.P.T. BOVEND'EERT en H.R.B.M. KUMMELING, *Het Nederlandse Parlement*, negende druk, Deventer, Kluwer, 428 p., 62,50 fl.

J.W. VAN ZUNDELT (red.), *Ruimtelijk bestuursrecht*, tweede druk, Deventer, Kluwer, 674 p., 145 fl.

F.H. VAN DER BURG, P.J.J. VAN BUUREN en J.H. VAN DER VEEN, *AB Klassiek*, vierde druk, Deventer, Tjeenk Willink, 434 p., 49 fl.

HANDELS- ECONOMISCH EN FINANCIËEL RECHT

S.J.A. MULDER, *Hoofdzaken waardepapieren en tussenpersonen*, derde druk, Deventer, Kluwer, 92 p., 33,50 fl.

E. BREWAEYS en I. BAELE, *Verjaring in het verzekeringsrecht*, tweede druk, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 116 p., 1.750 fr.

A.F.J.A. LEUTEN e.a., *Conflicten rondom de rechtspersoon*, Deventer, Kluwer, 160 p., 47,50 fl.

J.I. KRIKKE, *Het bibliotheekprivilege in de digitale omgeving* (ITeR-reeks 29), Deventer, Kluwer, 210 p., 69,50 fl.

B. AALBERTS en S. VAN DER HOF, *Digital signature blindness* (ITeR-reeks 32), Deventer, Kluwer, 76 p., 39,50 fl.

A. PRÜM en I. CORBISIER, *Droit des sociétés*, Brussel, Bruylant, 735 p., 5.900 fr.

AEDBF/EVBFR Belgium, *Bancassurfinance*, Brussel, Bruylant, 380 p., 3.500 fr.

AEDBF/EVBFR Belgium, *De revisorale controle van de statutaire en geconsolideerde jaarrekeningen*, Brussel, Bruylant, 332 p., 2.900 fr.

F. WITLOX, *Goederenvervoer: courante afkortingen en acroniemen*, Gent, Mys & Breesch, 272 p., 1.950 fr.

J. MUYLDERMANS, *Het Gemeenschappelijk Motorwaarborgfonds*, Gent, Mys & Breesch, 44 p., 450 fr.

Jan RONSE Instituut (red.), *Nieuw vennootschaps- en financieel recht 1999*, Kalmthout, Biblo, 582 p.

C.M. GRUNDMANN-VANDEKROL, *Koersen door het effectenrecht*, Deventer, Tjeenk Willink, 534 p., 76 fl.

G. VAN EMPEL en J.B. HUIZINK, *Goederenvervoer over zee, binnenwater en over de weg*, vijfde druk, Deventer, Kluwer, 148 p., 46,50 fl.

J.H. NIEUWENHUIS, C.J.J.M. STOLKER, W.L. VALK en L. TIMMERMAN, *Ondernemingsrecht*, Deventer, Kluwer, 1.380 p., 225 fl.

GERECHTELIJK RECHT

H.W.M. SCHOOF e.a., *NAI 50 jaar – Arbitrage: in wiens handen?*, Deventer, Kluwer, 182 p., 110 fl.

P. ROOSE, *Gerechtelijk Wetboek – Zesde editie 2000-2001*, Gent, Mys & Breesch, 814 p., 4.950 fr.

Trends in het notariaat; de nieuwe notariswet alweer verouderd? (Lustrumbundel Vevanos), Deventer, Kluwer, 78 p., 42 fl.

R. BARENTS, *EG-Executieverdrag*, Deventer, Kluwer, 738 p., 125 fl.

Internationalisering & het notariaat, Deventer, Kluwer, 110 p., 34 fl.

STRAF- EN PROCESRECHT

R.H. HAVENMAN, F.P. ÖLCER, Th.A. DE ROOS en A.L.J. VAN STRIEN (red.), *Seks, zeden en strafrecht*, Deventer, Gouda Quint, 208 p., 45 fl.

P. ARNOU en M. DE BUSSCHER, *Misdrijven en sancties in de Wegverkeerswet*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 480 p., 5.796 fr.

R. LAMP, *Misdaadvermogen en het internationaal strafrecht*, Deventer, Gouda Quint, 594 p., 92,50 fl.

P.J.P. TAK, *Heimelijke opsporing in de Europese Unie*, Antwerpen/Groningen, 838 p., 5.450 fr.

B.-J. KOOPS, *Verdachte en ontsleutelplicht: hoe ver reikt nemo tenetur?* (ITeR-reeks 31), Deventer, Kluwer, 122 p., 52,50 fl.

G.L. COOLEN, *Militair straf- en strafprocesrecht*, derde druk, Deventer, Tjeenk Willink, 242 p., 75 fl.

D. DE BACKER, *Leidraad en modellen voor de strafrechtspleging in het stadium van het opsporingsonderzoek en het gerechtelijk onderzoek* (met CD-rom), Gent, Mys & Breesch, 64 p., 4.950 fr.

T. DESCHEPPEL, *Wetboek Strafvordering – Vierde editie 2000 – 2001*, Gent, Mys & Breesch, 236 p., 3.000 fr.

BELGISCH-LUXEMBURGSE UNIE VOOR HET STRAFRECHT (red.), *Perspectieven uit de recente rechtspraak in strafzaken*, Gent, Mys & Breesch, 196 p., 2.950 fr.

S. SONCK, *Le pourvoi en cassation en matière pénale*, Gent, Mys & Breesch, 128 p., 1.650 fr.

C.F. RÜTER en M. BOSCH (red.), *Arresten strafrecht/strafprocesrecht met annotaties – Editie 2000*, Deventer, Tjeenk Willink, 1.490 p., 67,50 fl.

K. VAN CAUWENBERGHE, *Drugsvademecum – Editie 2000*, Diegem, Kluwer, 122 p., 995 fr.

ARBEIDS- EN SOCIALEZEKERHEIDRECHT

F.J.L. PENNINGS, *De WAO*, Deventer, Kluwer, 338 p., 85 fl.

P.F. VAN DER HEUDEN, *Arbeidsrecht – Tekst en commentaar*, Deventer, Kluwer, 570 p., 125 fl.

M.G. ROOD, *Introductie in het sociaal recht*, achtste druk, Deventer, Gouda Quint, 306 p., 70 fl.

D.J.B. DE WOLFF, *Wet aanpassing arbeidsduur*, Deventer, Kluwer, 146 p., 50 fl.

F.M. NOORDAM, *Socialezekerheidsrecht*, vijfde druk, Deventer, Kluwer, 476 p.

F.J.L. PENNINGS, *Grondslagen van het Europese Socialezekerheidsrecht*, derde druk, Deventer, Kluwer, 390 p., 90,50 fl.

FISCAAL RECHT

FISKOFOON (red.), *Inkomstenbelastingen 1980-1998*, Gent, Larcier, 618 p., 3.260 fr.

A. TIBERGHIEN, *Handboek voor fiscaal recht 2000*, Gent, Larcier, 1.088 p., 8.800 fr.

Cl. CHEVALIER, *Vademecum vennootschapsbelasting 2000*, Gent, Larcier, 1.628 p., 6.350 fr.

Ph. GOEMINNE en D. THUIS, *Historisch wetboek inkomstenbelastingen - Editie 2000*, Gent, Larcier, 492 p., 5.700 fr.

R. BARENTS, *Belastingen op inkomen, winst en kapitaal*, Deventer, Kluwer, 446 p., 92,50 fl.

J.W. ILSINK en R.H. HAPPE, *Algemeen fiscaal bestuursrecht*, Deventer, Kluwer, 252 p.

M.P. BONGARD, *De registratiewet 1970*, Deventer, Kluwer, 58 p., 52,50 fl.

EUROPEES RECHT

P. VAN NUFFEL, *De rechtsbescherming van nationale overheden in het Europees recht*, Deventer, Kluwer, 672 p., 112,50 fl.

A.W.H. MEIJ en Z.F. PENDERS (red.), *Europocket - Verdrags teksten EG-Europese Unie c.a.*, tiende druk, Deventer, Kluwer, 458 p., 49,50 fl.

METARECHT

C. GITS en J. Baron DELVA, *Het natuurrecht: werkelijkheid of mythe?*, Gent, Mys & Breesch, 356 p., 1.700 fr.

MEDEDELINGEN

Fernand Collin-prijs 2000

Op 18 oktober 2000 zal te Brussel de Fernand Collin-prijs worden uitgereikt. Deze prijs wordt tweejaarlijks toegekend aan een auteur, jonger dan 40 jaar, die met een in het Nederlands geschreven werk een belangrijke bijdrage heeft geleverd tot de ontwikkeling van de rechtswetenschap in België.

De kandidaten worden voorgedragen door professoren van Vlaamse rechtsfaculteiten.

De jury bestaat uit de professoren W. Van Gerven, G. Baeteman, H. Bocken, L. De Gryse, J. D'Haenens en H. Swennen.

Uit acht inzendingen koos de jury twee werken ex aequo, het ene van de heer P. Van Nuffel (K.U. Leuven en thans referendaris bij het Gerecht van eerste aanleg van de Europese Gemeenschappen te Luxemburg) over «De rechten van nationale overheden in het Europees Recht», het andere van mevrouw A. Wylleman (U. Gent en thans deeltijds docent in burgerlijk en notarieel recht U. Gent en notaris) over «Onvolwaardige wilsvorming en onbekwaamheid in het materieel en het formeel privaatrecht».

Voordracht : Intellectuele rechten : Actie tegen oneerlijke concurrentie

Op 19 oktober 2000 organiseert de Vereniging voor de Studie van het Mededingingsrecht te Brussel een lunch-causerie door mr. A. Puttemans over het thema intellectuele rechten.

Inlichtingen en inschrijvingen op het secretariaat van de Vereniging: Woluwedal 46/18, 1200 Brussel, tel. 02/778.62.00 en fax 02/778.62.22

Symposium: Patenting Genes

Op 23 oktober 2000 organiseert het Centrum voor Intellectuele Rechten van de K.U. Leuven-K.U. Brussel te Brussel een symposium over «Patenting Genes», in samenwerking met de Koninklijke Academie voor Kunsten en Wetenschappen, het Vlaams Interuniversitair Instituut voor Biotechnologie en Belgo Biotech.

Inlichtingen en inschrijvingen: prof. G. Van Overwalle, CIR, Minderbroedersstraat 5, 3000 Leuven, tel. 016/32.37.30 of C. Van Craenenbroek, Belgo Biotech, Square Marie Louise 49, 1000

Brussel, tel. 02/238.97.88; fax. 02/231.13.01 of raadpleeg het web: <http://www.fedichem.be/belgobiotech>.

Elfde Dag van De Bedrijfsjurist

Op 26 oktober 2000 organiseert de Belgische Vereniging van Bedrijfsjuristen te Brussel haar Elfde Dag van De Bedrijfsjurist met als onderwerp «Produktonderzoek en -ontwikkeling».

Programma:

- Contractuele aspecten (D. Philippe en J.F. Bellis)
- Veiligheid, waarborg en aansprakelijkheid (J.L. Fagnart en F. Walschot)
- Bescherming van het resultaat (P. Maeyaert en D. Kaesmacher)
- Leefmilieu (M. Deketelaere)

Inlichtingen en inschrijvingen op het secretariaat van de Vereniging: Stuiversstraat 8, 1000 Brussel, tel. 02/512.74.33, fax 02/502.65.70 en e-mail BVBj@lexnet.be

39ste Wetenschappelijk Congres van de Vlaamse Juristenvereniging: Mediatie en minnelijke schikking

Op 17 november 2000 vindt het 39^{ste} Congres van de Vlaamse Juristenvereniging plaats in Auditorium Z. Van Hee te Leuven met als thema «Mediatie en minnelijke schikking».

Programma:

- 13u.30 : Lunch
- 14u. : Openingszitting
Verwelkoming door F. Vanistendael, decaan Rechtsfaculteit K.U. Leuven
Inleiding: Mediatie, de derde weg door S. Parmentier, K.U. Leuven
- 14u.40 : Sectievergaderingen:
 - Sectie A: Familierecht
Rapporteur: H. Casman (V.U.B. en U.L.B.)
Respondent: S. Brouwers (advocaat Antwerpen)
Voorzitter: P. Senaev (K.U. Leuven)
 - Sectie B: Fiscaal Recht
Rapporteur: R. Tournicourt (advocaat Brussel)
Respondent: L. Van Heeswyck (advocaat Brussel)
Voorzitter: A. Spruyt (V.U.B.)
 - Sectie C: Handelsrecht
Rapporteur: G. Straetmans (U. Leiden, U. Antwerpen en K.U. Leuven)
Respondent: P. Van Helmont (voorzitter Kh. Hasselt)
Voorzitter: H. Swennen (U. Antwerpen)
 - 15u.40 : Koffie/theepauze
 - 16u.10 : Sectievergaderingen (vervolg)
 - Sectie D: Procedurerecht
Rapporteur: J. Laenens (U. Antwerpen)
Respondent: P. Taelman (U. Gent)
Voorzitter: F. Evers (vrederechter Gent)
 - Sectie E: Administratief recht
Rapporteur: B. Hubeau
Respondent: M. van Damme (V.U.B.)
Voorzitter: M. Boes (K.U. Leuven)
 - Sectie F: Strafrecht
Rapporteur: B. de Ruyver (U. Gent)
Respondent: I. Carmen (procureur des Konings Leuven)
Voorzitter: A. De Nauw (V.U.B.)
 - 17u.10 : Conclusies: Quo vadimus door H. Van Houtte (K.U. Leuven)
 - 17u.25 : Slotrede door J. Laenens (voorzitter Vlaamse Juristenvereniging)
 - 17u.45 : Receptie

De deelnameprijs bedraagt 2.000 fr. voor leden van de Vlaamse Juristenvereniging en 3.500 fr. voor niet-leden.

De organisatie van het congres berust bij Prof. H. Van Houtte en Prof. S. Parmentier, K.U. Leuven. Verdere inlichtingen zijn te verkrijgen bij mevr. V. Verbist, tel. 016/32.51.30, fax 016/32.54.64 en e-mail viviane.verbist@law.kuleuven.ac.be

Vennootschapsbelang

Het vennootschapsbelang in het Belgische vennootschapsrecht
Inhoud & grondslagen

A. FRANÇOIS

1999: ISBN 90-5095-070-1; 800 blz.; 4.950 BEF; gebonden met harde kaft

Het vennootschapsbelang is onmiskenbaar één van de sleutelbegrippen in het hedendaagse vennootschapsrecht.

In dit boek onderzoekt de auteur de inhoud van het vennootschapsbelang en de grondslagen van de verplichting tot behartiging van dat belang.

In een inleidend hoofdstuk wordt nagegaan welke de houding is van de wetgever t.a.v. het vennootschapsbelang.

Het boek is vervolgens opgedeeld in drie delen.

In een eerste deel wordt een rechtstheoretische analyse ondernomen van de twee rechtsbegrippen die in het vennootschapsbelang zijn te herkennen. Dat resulteert in een onderzoek naar de rechtsaard van de vennootschap enerzijds, en naar het belang als een op zichzelf bestaand rechtsbegrip anderzijds.

Het tweede deel van het boek is de neerslag van een vnl. rechtshistorisch onderzoek naar de plaats van het vennootschapsbelang in het gemeen vennootschapsrecht. Daarbij wordt onderzocht welke de inhoud en de grondslagen zijn van het vennootschapsbelang in de diverse fasen van het 'leven' van het vennootschapscontract, m.n. zijn ontstaan, uitvoering en beëindiging.

In het derde deel onderzoekt de auteur de inhoud en de grondslagen van het vennootschapsbelang in het recht van de (handels)vennootschappen met rechtspersoonlijkheid. Centraal in dat deel staat de uitvoerige bespreking van vnl. de enge, maar ook de ruime, variabele en ontkenkende opvattingen die betreffende de inhoud en de grondslagen van het vennootschapsbelang zijn ontwikkeld. Het derde deel bevat voorts nog een bespreking van de voornaamste deelbelangen bij het vennootschapsgebeuren en van de plaats van het vennootschapsbelang in de vennootschappen die in groepsverband opereren.

Het boek wordt uitgeleid met een besluitend hoofdstuk, waarin de onderweg verzamelde resultaten op systematische wijze worden samengevat.

Alain François is doctor in de rechten en master of laws en is werkzaam als advocaat te Brussel.

Reeds eerder verschenen:

Corporate Governance, Instituut voor bestuurders; 2de herwerkte druk

1999; ISBN 90-5095-105-8; 244 blz.; 1.450 BEF

inter
sentia

Rechtsbescherming van de burger tegen de overheid

Een analyse van het systeem van administratieve rechtspraak in België

C. BERX

2000; ISBN 90-5095-045-0; 652 blz.; 4.750 BEF

In dit boek maakt dr. C. Berx een fundamentele analyse van het systeem van de rechtsbescherming van de burger tegen de overheid. Het boek gaat uit van het recht van eenieder op toegang tot de rechter en van de eisen die dit grondrecht impliceren. Een van die eisen is transparantie. Transparantie met betrekking tot de precieze aard van het orgaan dat de rechtsbescherming moet verlenen - is het wel een rechter? - en met betrekking tot de juiste rechtsmachts- en bevoegdheidsafbakening tussen de diverse administratieve rechters. In dit licht wordt de huidige rechtsmachtsafbakening tussen de Raad van State en de burgerlijke rechter en de bevoegdheidsverdeling tussen de verschillende administratieve rechtscolleges kritisch onderzocht. Vervolgens onderzoekt de auteur alle overige rechtsvragen met betrekking tot de oprichting, samenstelling, bevoegdheden en de werking van verschillende bijzondere administratieve rechtscolleges.

In een volgend hoofdstuk gaat de auteur, aan de hand van een grondige analyse van de gelijkenissen en de verschillen tussen de beginselen van behoorlijk bestuur en de beginselen van behoorlijke rechtspleging na of het onderscheid tussen de rechtsprekende handeling en de bestuurshandeling nog wel zo relevant is in het Belgische recht.

Achtereenvolgens komen het onafhankelijkheids- en onpartijdigheidsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel, het rechtzekerheids- en het vertrouwensbeginsel, het gelijkheids-, proportionaliteits- en redelijkheidsbeginsel, de rechten van de verdediging, de openbaarheid en het motiveringsbeginsel aan bod. Vervolgens analyseert de auteur de rechtsgevolgen die het nationale en supranationale recht verbindt aan de bestuursbeslissing resp. de rechterlijke beslissing.

Eens is aangetoond dat het onderscheid tussen beide soorten overheidshandelingen nog wel degelijk van belang is, formuleert de auteur een antwoord op de cruciale vraag naar de kenmerken van een rechterlijke handeling, alsook naar de eisen waaraan een overheidsorgaan c.q. -handeling moet beantwoorden om als rechterlijk te worden (h)erkend.

Omdat nogal wat zogenaamde rechters en rechtscolleges niet aan de gefundeerd vooropgezette eisen beantwoorden, rondt de auteur haar boek af met voorstellen tot een grondige hervorming van het systeem van rechtbescherming van de burger tegen de overheid in België.

**inter
sentia**