

RECHTSKUNDIG WEEKBLAD

N. DE CAMPS, De interferentie van het fiscaal controle-onderzoek met het strafonderzoek in het licht van de raming van het wederrechtelijk verkregen vermogensvoordeel 289

Rechtspraak

1. Arbitragehof – Beroep tot vernietiging – Belang – Politieke partij – Kieswetgeving – **2. Grondwet** – Gelijkheid en niet-discriminatie – **Verkiezingen** – Bescherming van het letterwoord

Arbitragehof 6 april 2000 302

Gehandicapte – Hulp aan bejaarden – Bestaansmiddelen
Cass. 22 februari 1999 304

Strafdossier – Weren van stukken – Nietige stukken
Cass. 3 november 1999 (*met noot van C. Idomon*, «Nietigverklaring van voor de beklaagde voordelige stukken») 305

Landschappen en monumenten – Herstelplicht – 1. Onderhouds- en instandhoudingswerken vorige toestand – Toestand als vastgelegd in het beschermingsbesluit – 2. Aard en draagwijdte – Uitspraak ten laste van de veroordeelde
Cass. 23 november 1999 307

Erfdienstbaarheid – 1. Begrip – 2. Afschaffing door de rechter – Geen verlies van elk nut
Cass. 28 januari 2000 309

1. Pand – Pand handelszaak – Schuldvorderingen – Anterioriteitsregel – **2. Aanneming van werk** – Geregistreerde aannemer – Faillissement – Inhouding – Art. 400 W.I.B. – Wederpartij van de aannemer
Hof Antwerpen 22 maart 1999 309

1. Diefstal – Nacht – **2. Misdrijf** – Herhaling – Vermelding in verwijzingsbeschikking
Hof Antwerpen 23 december 1999 (*met noot van A. Vandeplas* «Over de herhaling») 310

Internationaal privaatrecht – Afstamming – Overspelig kind *a matre* – Toepasselijke wet – Exceptie van Belgische internationale openbare orde

Rb. Antwerpen 30 juni 1998 (*met noot van K. Swerts* «In het spanningsveld van de Belgische internationale openbare orde en het Marokkaans afstammingsrecht») 311

1. Sociale zekerheid werknemers – Bijdragen – Aanneming van werk – Verjaring – Stuiting – Niet geregistreerde aannemer – Opdrachtgever – Hoofdelijkheid – **2. Grondwet** – Gelijkheid en niet-discriminatie – **Sociale zekerheid werknemers** – Bijdragen – Hoofdelijkheid – Niet geregistreerde aannemer – Particuliere opdrachtgever – **3. Verbintenis** – Hoofdelijkheid en ondeelbaarheid – Sociale zekerheid werknemers – Bijdragen – Hoofdelijkheid – Niet geregistreerde aannemer – Opdrachtgever – Goede trouw – **4. Architect** – Taak – Aansprakelijkheid – Niet geregistreerde aannemer – Controle
Arbrb. Hasselt 2 juni 1999 (*met noot*) 314

1. Verbintenis – Onverschuldigde betaling – Aanvaarding van door verzekeraar gedaan vergoedingsaanbod «zonder erkenning van aansprakelijkheid» – Definitieve regeling van rechten – **2. Overeenkomst** – Wilsgebreken – Bedrog – Vereiste van opzet, uitgaand van de wederpartij – **3. Verzekering** – Motorrijtuigen – a) Bestuurder – Begrip – b) Vergoedingsregeling art. 29bis – Uitsluiting – Risicoaanvaarding – Onverschoonbare fout – Begrip – Kortstondig vasthouden van het stuurwiel voorafgaand aan de door de bestuurder zelf uitgevoerde rijbeweging
Pol. Brugge 23 november 1998 (*met noot*) 318

Wetgeving in kort bestek

Opschorting, uitstel en probatie 321
Snelrecht 321
Verkrijgen van de Belgische nationaliteit – Procedure 322
Militairen – Ontslag en rendementsperiode 322
Huwelijk – Bijkomende wijzigingen 323
Faillissementswet – Interpretatie art.101, derde lid 324
Wapenwet – Definitief verbod op antipersoonsmijnen 324
Ruimtelijke ordening – Wijzigingsdecreet 324

Boeken

P. Legrand, *Fragments on Law-as-Culture* (door M. Adams) 326
E. Verhellen, J. Van Gils, H. Annoot, V. Van Achter, *Rechten van het kind in en door het onderwijs* (door R. Verstegen) 327
T. Loenen (red.), *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar. 1999* (door P. Humblet) 327
S. Gerbrandy, *De andere kant van de maan. Sprekende minderheden in Straatsburg* (door J. Velaers) 327

Mededelingen

Studiedagen: Het Federalisme in België in de 21^{ste} eeuw 328
Paneldiscussie. De institutionele hervorming van de Europese Unie: Europa op de tweesprong 328
Colloquium: Zeerecht 328
Studiedag: Zakenrecht 328
Studienamiddag: Het decreet Ruimtelijke Ordening 328

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.

NOTARISSENKANTOOR TE IEPER

zoekt:

**dynamische, leergierige
medewerker (m/v)**

- notariële ervaring of jurist
- fulltime
- spoedige indiensttreding
- kennis tekstverwerking vereist

Sollicitatie met CV sturen naar:

*Notaris Johanna De Witte, D'Hondstraat 21
(057/20.03.51)*

of

*Notaris Ann Allaer, Korte Torhoutstraat 4
(057/21.81.21)*

DE INTERFERENTIE VAN HET FISCAAL CONTROLEONDERZOEK MET HET STRAFONDERZOEK IN HET LICHT VAN DE RAMING VAN HET WEDERRECHTELIJK VERKREGEN VERMOGENSVOORDEEL

I. INLEIDING

De strafrechter kreeg door de wet van 17 juli 1990¹ de bevoegdheid om de uit een misdrijf verworven vermogensvoordelen verbeurd te verklaren. Indien de wederrechtelijk verworven voordelen niet kunnen worden teruggevonden in het vermogen van de veroordeelde, kan de rechter de geldwaarde van deze voordelen ramen en een daarmee overeenstemmend bedrag confisqueren.

De raming van de geldwaarde dient door de strafrechter te gebeuren «met inachtneming van alle beschikbare gegevens inzake rechtstreekse of onrechtstreekse voordelen inzake de activiteit of transactie die het misdrijf vormt en die aan de voordelen ten grondslag liggen en, inzake ieder feitelijk gegeven dat nuttig kan blijken».² In vele gevallen zullen deze gegevens niet voortvloeien uit het gerechtelijk of opsporingsonderzoek, voornamelijk wegens de dadergerichtheid van de klassieke opsporingsmethodes.³ De strafrechter zal zich derhalve meer dan eens genoodzaakt zien om zijn toevlucht te nemen tot de raming *ex aequo et bono*.⁴ Deze raming *ex aequo et bono* werd niet enthousiast onthaald in de rechtsleer gezien de mogelijke willekeur waartoe de raming van een straf op grond van «de billijkheid» aanleiding kan geven.⁵

Verscheidene stemmen gingen op om het gebrek aan informatie omtrent het vermogen van de veroordeelde in te

vullen met fiscale gegevens. Vooral vanuit bestuurlijke hoek kwamen er voorstellen die een nauwere samenwerking en gegevensuitwisseling beoogden tussen de fiscale administratie en het gerecht ter vereenvoudiging van het strafrechtelijk onderzoek naar het wederrechtelijk verworven vermogen.⁶

In deze bijdrage wordt er nader ingegaan op de vraag of het gebruik van fiscale gegevens in strafzaken n.a.v. de begroting van het wederrechtelijk verkregen vermogensvoordeel, in overeenstemming te brengen is met de algemene rechtsbeginselen van de strafprocedure en in het bijzonder met de rechten van verdediging.

Te dien einde wordt eerst de onderlinge verhouding behandeld tussen de medewerkingverplichtingen van de belastingplichtige in een fiscaal controleonderzoek en het zwijgrecht van de verdachte in een strafonderzoek, alsook het onregelmatig bewijs dat eruit zou kunnen voortvloeien. Vervolgens worden de medewerkingplichten van derden in een fiscaal controleonderzoek vergeleken met de getuigenis in strafzaken. Hierbij wordt in het bijzonder aandacht besteed aan de draagwijdte van het beroepsgeheim in de onderscheiden procedures. Ten slotte wordt er nagegaan of de raming van de belastbare grondslag in de fiscale procedure verenigbaar is met het regime van het bewijs in strafzaken.

Deze studie blijft beperkt tot de onderzoeksbevoegdheden en de medewerkingverplichtingen in het regime van de B.T.W. en de inkomstenbelasting.

II. DE MEDEWERKINGVERPLICHTINGEN VAN DE BELASTINGPLICHTIGE EN HET ZWIJGRECHT VAN DE VERDACHTE IN HET RAAM VAN HET BEWIJS IN STRAFZAKEN

A. De medewerkingverplichtingen van de belastingplichtige

De medewerkingverplichtingen van de belastingplichtige kaderen in een fiscale procedure die bij het bepalen van de belastbare grondslag de werkelijkheid zo dicht mogelijk wil benaderen.⁷ Daarom is deze procedure gericht op het verkrijgen van alle relevante gegevens die nodig zijn om een juiste aanslag te kunnen vestigen.⁸ De hiertoe aan de administratie toegekende bevoegdheden zijn echter niet onbegrensd. Teneinde deze beperkingen te compenseren organiseert de fiscale wet, met het oog op een doelmatige controle, een ware samenwerkingsverplichting tussen de belasting-

⁷ VAN HOUTTE, J., *Beginselen van het Belgisch belastingrecht*, Gent-Leuven, Story-Scientia, 1979, 389.

⁸ ROZIE, M., «Het gebruik van resultaten van een fiscaal controle-onderzoek in een fiscaalrechtelijk onderzoek», in M. ROZIE (ed.) *Fiscaal Strafrecht en Strafprocesrecht*, Gent, Mys en Breesch, 1996, 2.

¹ Wet 17 juli 1990 tot wijziging van de artikelen 42, 43 en 505 van het Strafwetboek en tot invoeging van een artikel 43bis in hetzelfde wetboek, *B.S.* 15 augustus 1990.

² Memorie van Toelichting, *Parl. St.* Kamer, 1989-90, nr. 987/1, 5.

³ DE SWAEF, M., «De bijzondere verbeurdverklaring van vermogensvoordelen uit misdrijven», *R.W.* 1990-91, 492; DE BIE, B. en MICHOT, A., «De buit ontnomen: De aanpak van de profijtgerichte criminaliteit: een symbolische strijd?», *Politeia* 1998, afl. 4, 18.

⁴ Cass. 14 december 1994, *Arr. Cass.* 1994, 1108.

⁵ DE NAUW, A., «De voordeelontneming, een eerste evaluatie van de rechtspraak», in *Liber Amicorum José Vanderveeren*, Brussel, Bruylant, 1997, 51; FAURE, M., «Recente ontwikkelingen in de rechtspraak inzake verbeurdverklaring van vermogensvoordelen bij milieudelicten», *T.M.R.* 1997, 256; ROZIE, M., «De bijzondere verbeurdverklaring van vermogensvoordelen toegepast op fiscale delicten», in M. ROZIE (ed.), *Fiscaal Strafrecht en Strafprocesrecht*, Gent, Mys en Breesch, 1996, 214; VAN CAENEGHEM, P., «Art. 43bis Sw. en de raming *ex aequo et bono*. Het arrest van het Hof van Cassatie van 14 december 1994», *R. Cass.* 1995, 99.

⁶ *Actieplan tegen de economische, financiële en fiscale delinquentie*, 5; Dienst voor Strafrechtelijk Beleid, Jaarverslag, Brussel, 1996-1997, 122; «Eindverslag van de Parlementaire Commissie van onderzoek naar de georganiseerde criminaliteit in België», *Parl. St.* Senaat, 1998-99, nr. 1-326/9, 529-530; «Oriëntatienota van de minister van Justitie inzake de aanpak van de georganiseerde criminaliteit», *Parl. St.* Senaat, 1998-99, nr. 1-326/9, 573.

plichtige en de administratie.⁹ Deze samenwerkingsverplichting reveleert zich voornamelijk als een informatieverplichting voor de belastingplichtige.¹⁰

Zowel inzake de B.T.W. als inzake de inkomstenbelasting is de belastingplichtige ertoe gehouden een aangifte te doen.¹¹ In de fiscale procedure is het immers de belastingplichtige zelf die de gegevens moet verstrekken op grond waarvan de administratie de belastbare grondslag zal bepalen. Het verzuim van de aangifteverplichting kan zowel tot administratieve als tot strafrechtelijke sancties aanleiding geven.

Het W.I.B. voorziet in een administratieve boete van 2000 tot 50.000 frank¹² per overtreding, een ambtshalve aanslag,¹³ een belastingsverhoging van 10% tot 200% op de niet aangegeven inkomsten wanneer deze minimum 25.000 frank bedragen¹⁴ en correctionele straffen indien het verzuim gebeurde met een bedrieglijk opzet of met het oogmerk om te schaden.¹⁵

Het W.B.T.W. bepaalt eveneens een administratieve boete van 1000 tot 20.000 frank,¹⁶ een ambtshalve aanslag,¹⁷ een bijkomende administratieve geldboete gelijk aan het dubbele van de ontdoken of niet tijdig betaalde belasting¹⁸ en correctionele straffen in het geval van een verzuim met bedrieglijk opzet of met het oogmerk om te schaden.¹⁹ In beide belastingregimes kan een onvolledige of foutieve aangifte worden beteugeld met dezelfde sancties.

Vervolgens is de belastingplichtige ertoe gehouden zijn medewerking te verlenen aan een door de administratie verricht controleonderzoek. Deze medewerking aan een controleonderzoek is vrijwel gelijklopend in de inkomstenbelasting als in de B.T.W. Zij concretiseert zich voornamelijk in drie verplichtingen voor de belastingplichtige:

Allereerst dient de belastingplichtige de boeken, stukken en bescheiden die hij ingevolge de wet verplicht is op te stellen of te houden en te bewaren, op verzoek van de ad-

ministratie, ter inzage voor te leggen teneinde de belastbare grondslag te bepalen of te controleren.²⁰ Indien de belastingplichtige gebruik maakt van een geïnformatiseerd systeem om deze boeken, stukken en bescheiden te houden, is hij er eveneens toe gehouden de informatiedragers op verzoek van de administratie voor te leggen, zodat zij in een leesbare en verstaanbare vorm kennis kan nemen van de op de informatiedragers geplaatste gegevens.²¹ Bovendien kan de administratie vragen om kopies te maken alsook bepaalde informaticabewerkingen uit te voeren teneinde de belastbare grondslag vast te stellen.

Voorts behoort de belastingplichtige mondeling of schriftelijk alle inlichtingen te verstrekken die van hem worden gevorderd met het oog op het onderzoek van zijn fiscale toestand.²²

Ten slotte moet de belastingplichtige vrije toegang verlenen aan de ambtenaren van de administratie tot de gebouwen en terreinen waar een activiteit wordt verricht of vermoedelijk wordt verricht, om aldaar de ambtenaren binnen te laten, de aard en de belangrijkheid van de werkzaamheid vast te stellen, het bestaan en de hoeveelheid van de voorraden en goederen met inbegrip van installaties en rollend materieel te bepalen en de betrouwbaarheid van de geïnformatiseerde gegevens na te gaan.²³ Tot particuliere of bewoonde woningen hebben de ambtenaren echter slechts toegang met een machtiging van de politierechter van vijf uur 's ochtends tot negen uur 's avonds.²⁴

Wanneer de belastingplichtige deze medewerkingsverplichtingen niet nakomt, stelt hij zich bloot aan dezelfde administratieve en strafrechtelijke sancties die van toepassing zijn op het verzuim van de aangifteverplichting.²⁵

Volledigheidshalve moet worden opgemerkt dat de belastingplichtige niet enkel tot de medewerkingsverplichtingen gehouden is in het raam van een controleonderzoek verricht door de administratie inkomstenbelastingen of B.T.W., maar eveneens deze verplichtingen dient na te komen in een

⁹ THUIS, D., «Mogelijkheden tot samenwerking tussen de gerechtelijke overheden en de ambtenaren van de belastingsadministraties» in R. Blanpain en I. Carmen (ed.), *Onderneming en Parket*, Antwerpen, Maklu, 1999, 87.

¹⁰ SERYN, M., «De wisselwerking tussen de fiscale controle en het strafrechtelijk onderzoek», in S. VAN CROMBRUGGE (ed.) *Gentse Geschriften - De fiscale controle*, Kalmthout, Biblo, 1993, 252; VAN CROMBRUGGE, S., *Het handvest van de belastingsplichtige*, in *Fiscale programmawet 1986*, Kalmthout, Biblo, 1986, 66.

¹¹ Art. 305 W.I.B.; art. 307-311. W.I.B.; art. 53 eerste lid, 3^o W.B.T.W.; art. 53ter, 1^o, W.B.T.W.; art. 53nonies, § 1, W.B.T.W.

¹² Art. 445 W.I.B.

¹³ Art. 351 W.I.B.

¹⁴ Art. 444 W.I.B. Bij ontstentenis van kwade trouw wordt er echter afgezien van het minimumpercentage. Het bedrag van de belasting op het niet aangegeven inkomen, samen met de belastingverhoging mag nooit hoger zijn dan het bedrag van de niet aangegeven inkomsten.

¹⁵ Art. 449 e.v. W.I.B.

¹⁶ Art. 70, § 4, W.B.T.W. K.B. nr. 44 van 21 oktober 1993 tot wijziging van het K.B. nr. 41 van 30 januari 1987 tot vaststelling van het bedrag van de proportionele fiscale geldboeten op het stuk van de belasting over de toegevoegde waarde, B.S. 28 oktober 1993.

¹⁷ Art. 66 W.B.T.W.

¹⁸ Art. 70, § 1, W.B.T.W.

¹⁹ Art. 73 e.v. W.B.T.W.

²⁰ Art. 315 W.I.B.; art. 61 § 1, eerste lid, W.B.T.W.; art. 61, § 2, W.B.T.W. voorziet eveneens in het recht van de administratie om de afgesloten boeken tegen een ontvangstbewijs te behouden telkens als zij van mening is dat deze de verschuldigdheid van een belasting kan aantonen of daartoe kan bijdragen.

²¹ Art. 61, § 1, tweede lid, W.B.T.W.; art. 315bis eerste en tweede lid, W.I.B. In het geval van de inkomstenbelasting heeft deze voorleggingsplicht eveneens betrekking op de analyses, de programma's en het beheer van het gebruikte systeem.

²² Art. 62, § 1, W.B.T.W.; art. 316 W.I.B. In het regime van de inkomstenbelastingen dienen de gevorderde inlichtingen te worden verstrekt binnen de termijn van een maand, te rekenen vanaf de datum van verzending van de vraag naar inlichtingen.

²³ Art. 63 W.B.T.W.; art. 319 W.I.B. De ambtenaren van de B.T.W.-administratie mogen zich te allen tijde toegang verschaffen tot dergelijke lokalen, terwijl de ambtenaren van inkomstenbelastingadministratie zich enkel toegang mogen verschaffen tot deze lokalen tijdens de uren dat er een werkzaamheid wordt uitgeoefend.

²⁴ De B.T.W.-administratie heeft eveneens het recht om te allen tijde, alle vervoermiddelen tegen te houden en te onderzoeken, met inbegrip van containers die worden gebruikt of vermoedelijk worden gebruikt om belastbare handelingen te verrichten, teneinde de vervoerde goederen, boeken en stukken te onderzoeken.

²⁵ Behoudens art. 70, § 4, W.B.T.W. en het K.B. nr. 44 dat een administratieve boete bepaalt van 100.000 frank voor het niet nakomen van een medewerkingsverplichting in de plaats van 1000 tot 20.000 frank voor het niet nakomen van de aangifteverplichting.

controleonderzoek verricht door de bijzonder belasting-inspectie of door de administratie van de ondernemings- en inkomensfiscaliteit. De bijzondere belastinginspectie (B.B.I.) houdt zich bezig met controles van een grotere omvang met het oog op het voorkomen en het opsporen van grote fraudestromingen.²⁶ De administratie van de ondernemings- en inkomensfiscaliteit (A.O.I.F.) verricht grondige verificaties van de ondernemingen, zowel inzake inkomensbelastingen als inzake B.T.W.²⁷ Daartoe verleent art. 87 van de wet van 8 augustus 1980²⁸ aan de B.B.I. en de A.O.I.F. dezelfde bevoegdheden als die welke door de wettelijke en reglementaire bepalingen inzake belastingen, rechten en taksen worden verleend aan de fiscale administraties. Aldus kunnen de B.B.I. en de A.O.I.F. controles uitvoeren en verificaties doen van om het even welke belasting, maar zij mogen hierbij slechts de controlemiddelen gebruiken omschreven in een fiscale wetgeving eigen aan de belasting die het voorwerp uitmaakt van de controle.²⁹

Hoewel deze medewerkingverplichtingen absoluut noodzakelijk zijn in een fiscale procedure, is het gebruik in een strafproces van de gegevens verworven op basis van deze verplichtingen een andere materie. In een strafproces omvatten de rechten van verdediging immers een zwijgrecht voor de verdachte.

B. Het zwijgrecht in strafzaken

Het zwijgrecht vormt een onderdeel van het *nemo-tenetur* beginsel. Over de oorsprong van het '*nemo tenetur prodere seipsum*'-beginsel bestaan er verscheidene theorieën. Terwijl sommigen het recht van de verdachte om niet mee te werken aan zijn eigen veroordeling zien als een eeuwenoud beginsel uit het strafrecht, ontwaren anderen slechts een (beperkte) erkenning van dit recht op het einde van de negentiende eeuw.³⁰

Tot een eenvormige interpretatie van de inhoudelijke draagwijdte van het zwijgrecht is het echter nog niet gekomen. Ofschoon zowel het Belgische Hof van Cassatie als het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: E.H.R.M.) het bestaan van het zwijgrecht aanvaarden, funderen zij deze erkenning op basis van verschillende gronden.

In de zaak Funke t/ Frankrijk³¹ besloot het E.H.R.M. voor de eerste maal tot een schending van het recht van de verdachte om te zwijgen en niet bij te dragen tot zijn eigen

²⁶ DE MOT, F., *Fiscaal Strafprocesrecht, Het charter van de belastingsplichtige in de context van het fiscaal strafprocesrecht*, Antwerpen, Kluwer, 1988, 113.

²⁷ VAN VRECKEM, E., «De herstructurering van de fiscale administraties en het nieuwe controlebeleid», *A.F.T.* 1998, 111.

²⁸ Wet 8 augustus 1980 betreffende de budgettaire voorstellen 1979-1980, *B.S.* 15 augustus 1980; gewijzigd door art. 95 van de wet van 15 maart 1999 betreffende de beslechting van fiscale geschillen, *B.S.* 27 maart 1999, 9882.

²⁹ DE MOT, F., *o.c.*, 114. Bijgevolg mag de B.B.I. niet de in het W.B.T.W. toegekende bevoegdheden gebruiken om een controle inzake de inkomstenbelasting uit te voeren.

³⁰ DE HERT, P., «Het zwijgrecht van verdachten en getuigen», *Vigiles* 1999, afl. 2, 20.

³¹ Hof Mensenrechten, arrest Funke van 25 februari 1993, *Publ. Cour*, Série A, nr. 485.

veroordeling. Dit was het gevolg van een actie van de Franse douane om Jean-Gustave Funke strafrechtelijk te laten veroordelen wegens het niet overhandigen van bepaalde documenten waarvan de douane het bestaan veronderstelde maar niet kon bewijzen. Het Hof zag in deze handelwijze een schending van de waarborg van eenieder op een eerlijk proces (art. 6, § 1, E.V.R.M.) waarvan het zwijgrecht naar het inzicht van het Hof deel uitmaakt.³²

Deze visie werd verduidelijkt in het arrest van 8 februari 1996 inzake Murray t/ Verenigd Koninkrijk, waarin het Hof stelde: «Er bestaat geen twijfel over dat het recht om te zwijgen en het recht op bescherming tegen zelfincriminatie algemeen erkende internationale maatstaven zijn die behoren tot de kern van het begrip «eerlijke behandeling van de zaak» in de zin van art. 6, § 1 E.V.R.M., ook al worden zij niet specifiek omschreven in dit artikel. Door de verdachte te beschermen tegen het onaanvaardbaar gebruik van dwang door autoriteiten, dragen deze immuniteiten bij tot het vermijden van rechterlijke dwaling en tot het verzekeren van de doelstellingen van art. 6 E.V.R.M.».³³

Een criterium ter afbakening van de inhoudelijke draagwijdte van het zwijgrecht kwam er pas met het arrest Saunders t/ Verenigd Koninkrijk. In deze zaak oordeelde het Hof dat het recht om zichzelf niet te incrimineren in de eerste plaats het respect betreft voor de wens van de beklaagde om te zwijgen. Het zwijgrecht strekt zich bijgevolg niet uit tot het gebruik in strafzaken van materiaal dat van de verdachte is verkregen door het aanwenden van dwangmiddelen en *bestaat onafhankelijk van de wil der verdachte*. Als voorbeelden vernoemt het Hof: documenten die op grond van een gerechtelijk bevel zijn verkregen, adem-, bloed- en urinemonsters en lichamelijk weefsel ten behoeve van DNA-tests. Hoewel dit criterium een eerste afbakening van de draagwijdte van het zwijgrecht vormt, ligt een eenduidige interpretatie ervan niet voor de hand.

Aangenomen mag worden dat het criterium van «de wil van de verdachte» centraal wordt geplaatst om aansluiting te vinden bij het uitgangspunt van het zwijgrecht, namelijk het recht van de verdachte om niet te moeten meewerken aan de tegen hem ingestelde vervolgingen wanneer hij dit niet wenst.

Deze visie sluit aan bij de rechtspraak van het Amerikaanse Supreme Court, waar het E.H.R.M. volgens Lenos de spreekwoordelijke mosterd gaan halen is.³⁴ Bijgevolg zouden de documenten die worden gevonden tijdens een huiszoeking buiten het bestek van het zwijgrecht vallen. Maar de vervolgende instantie zou, ter gelegenheid van deze huiszoeking, op de verdachte geen dwang mogen uitoefenen om de bergplaats van deze documenten te onthullen wanneer zij van het bestaan ervan en de locatie niet zeker is, laat staan dat zij van de verdachte zou mogen eisen om op straffe van een sanctie deze documenten zelf te produceren. In beide laatste gevallen zou immers een medewerking *tegen de wil* van de verdachte vereist zijn die een impliciete erkenning

³² Hof Mensenrechten, arrest Funke van 25 februari 1993, *Publ. Cour*, Série A, nr. 485, § 44.

³³ Hof Mensenrechten, arrest Murray van 8 februari 1996, *Publ. Eur.* Série A, nr. 300-A, § 45 en *J.L.M.B.*, 1997, 458, met noot SADZOT, A.

³⁴ LENOS, E.E.V., «De sociale en fiscale inlichtingenplicht en het zwijgrecht sinds Saunders», *N.J.B.* 1997, 796.

zou inhouden van het bestaan en van het bezit van het materiaal en waartoe hij niet zou overgaan zonder de op hem uitgeoefende dwang.

Het onderscheid tussen communicatieve en non-communicatieve medewerking is mijns inziens dan ook irrelevant. De vraag is immers niet op welke wijze de verdachte informatie aan het gerecht heeft verstrekt (verbaal, geschreven, door de stilzwijgende overhandiging van gevraagde documenten,...), maar wel of hij deze informatie, waarvan het bestaan nog niet vaststond, onder de dwang van mogelijke sancties verstrekt heeft tegen zijn «wil».

Een bijzondere vraag is of de documenten, waar de verdachte wettelijk toe verplicht is ze op te maken en te houden, onder het zwijgrecht vallen. Het opmaken en houden van deze documenten wordt immers door de wet voorgeschreven op straffe van administratieve en strafrechtelijke sancties. In dergelijke gevallen kan de vervolgende overheid zich op het zeker bestaan van de documenten verlaten. De verplichte medewerking van de verdachte kan dan ook nooit een impliciete erkenning van het bestaan of van het bezit van deze documenten inhouden, aangezien het bestaan en de locatie reeds vooraf vaststonden. Bijgevolg kan de afgifte van deze documenten van de verdachte worden gevorderd en mag deze vordering van de administratie of van het parket niet worden beschouwd als een miskenning op het zwijgrecht.³⁵

Het zwijgrecht wordt eveneens in het BUPO-verdrag waarborgd. Art. 14, 3, g bepaalt: «Bij het bepalen van de gegrondheid van een tegen hem ingestelde strafvervolgning heeft eenieder, in volle gelijkheid, het recht...niet te worden gedwongen tegen zichzelf te getuigen of een bekentenis af te leggen». Hoewel deze bepaling directe werking heeft in de Belgische rechtsorde, is de betekenis ervan eerder beperkt.³⁶ De oorzaak hiervan ligt voornamelijk in de efficiëntie van het toezichtsmechanisme op de in het BUPO-verdrag bepaalde rechten.³⁷ Terwijl de jurisdictie van het E.H.R.M. de Belgische rechtspraktijk in sterke mate beïnvloedt,³⁸ waarborgt het Comité voor de Mensenrechten de in het BUPO-verdrag vastgelegde rechten eerder langs een politieke weg.³⁹ De in het E.V.R.M. bepaalde beroepstermijn van zes maanden en de «*non bis in idem*»-regel⁴⁰ maken bovendien dat men zich eerst tot het E.H.R.M. zal wenden alvorens een 'mededeling' aan het Comité van de Mensenrechten te richten.⁴¹

Het zwijgrecht wordt evenzeer in de interne Belgische rechtsorde erkend. Maar noch de Grondwet, noch het

Wetboek van Strafvordering voorzien in een bepaling die aan de verdachte dit recht toekent. Pas in het principiële arrest van het Hof van Cassatie van 13 mei 1986 werd aanvaard dat het zwijgrecht een onderdeel uitmaakt van het algemeen rechtsbeginsel van de rechten van verdediging. Terzake werd het zwijgrecht niet geëerbiedigd door de bijzondere belastinginspectie, omdat zij de onwettige belofte deed, met het oog op het verkrijgen van de door haar geleverde verklaringen, dat er geen strafvervolgelingen zouden worden ingesteld. Deze belofte was namelijk van een dergelijke aard om de belastingplichtige andere verklaringen te laten afleggen dan in het geval waarin deze belofte niet zou zijn gedaan.⁴² Uitgaande van de toen nog geldende regel dat art. 6, § 1, E.V.R.M. en art. 14 BUPO enkel van toepassing waren op de rechtspleging ter terechtzitting, beteugelde het Hof van Cassatie een schending van het zwijgrecht in de fase van het vooronderzoek op grond van een schending van het algemeen rechtsbeginsel van de rechten van verdediging. Deze rechtspraak werd naderhand verscheidene malen bevestigd.⁴³

Onder invloed van de doctrine bestaat een tendens in de Belgische rechtspraak om, naast het zwijgrecht van de verdachte, ook een zwijgrecht van de getuige te erkennen. In de gevallen waarin een getuige het risico loopt zich door zijn eigen verklaringen te incrimineren, heeft hij het recht te weigeren te antwoorden op de vragen die hem als getuige worden gesteld. Hij heeft dan de mogelijkheid om van het zwijgrecht van de verdachte gebruik te maken. Het zwijgrecht van de getuige wordt in die zin als het ware gerechtvaardigd door het zwijgrecht van de verdachte.⁴⁴ Het Hof van Cassatie was dezelfde mening toegedaan in de Uniop-zaak en oordeelde dat getuigen in een strafzaak tegen wie een gerechtelijk onderzoek loopt in een aanverwante zaak, alvorens te worden gehoord, daarvan op de hoogte moeten worden gebracht, zodat zij hun zwijgrecht rechtsgeldig kunnen uitoefenen.⁴⁵ Het zwijgrecht van deze bijzondere categorie van getuigen werd vroeger, lang vóór de totstandkoming van internationale verdragen inzake mensenrechten en vóór de bekrachtiging van het algemeen beginsel inzake de rechten van verdediging, aanvaard in de rechtspraak, maar werd naderhand verworpen.⁴⁶

Nu de draagwijdte van het zwijgrecht duidelijk is, rijst de vraag naar de strafprocesrechtelijke repercussies van de gegevens die in strijd met het zwijgrecht verworven zijn. Bijgevolg is een analyse nodig van het onrechtmatig bewijs in strafzaken.

³⁵ LENOS, E.E.V., *l.c.*, 796.

³⁶ DE HERT, P., *l.c.*, 20.

³⁷ HAECK, Y., LATHOUWERS, J., TOBBACK, B., VANDE LANOTTE, J. en VAN DE PUTTE, M., *Het Europees Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens*, I, Antwerpen, Maklu, 1997, 238.

³⁸ VANDE LANOTTE, J. en VAN DE PUTTE, M., «De Belgische rechtspraak met betrekking tot het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke rechten» in INTERUNIVERSITAIR CENTRUM MENSENRECHTEN (ed.) *De Betekenis van het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten voor de interne rechtsorde*, Antwerpen, Maklu, 1993, 95.

³⁹ HAECK, Y., LATHOUWERS, J., TOBBACK, B., VANDE LANOTTE, J. en VAN DE PUTTE, M., *o.c.*, 229.

⁴⁰ Art. 35 E.V.R.M.

⁴¹ HAECK, Y., LATHOUWERS, J., TOBBACK, B., VANDE LANOTTE, J. en VAN DE PUTTE, M., *o.c.*, 228.

⁴² Cass., 13 mei 1986, *Arr. Cass.* 1985-1986, 1233, met conclusie van advocaat-generaal J. DU JARDIN.

⁴³ Cass., 11 maart 1992, *Arr. Cass.* 1991-1992, 659; Cass., 6 mei 1993, *Arr. Cass.* 1993, 455, met conclusie van advocaat-generaal G. BRESSELEERS; Cass., 13 januari 1999, *F.J.F.* 1999, 318.

⁴⁴ KLEES, O., «De l'obligation de témoigner au droit au silence», (noot onder Hof Mensenrechten 13 oktober 1992), *Rev. Trim. Dr. H.* 1994, 255.

⁴⁵ Cass., 16 februari 1996, *Arr. Cass.* 1996, 198.

⁴⁶ Cass., 21 februari 1882, *Pas.* 1882, I, 74; *contra*: Cass., 10 juli 1916, *Pas.* 1917, I, 195.

C. Het onregelmatig of onrechtmatig bewijs in het Belgische strafprocesrecht

De klassieke leer onderscheidt twee oorzaken die kunnen leiden tot bewijsuitsluiting: de ontoelaatbaarheid van het bewijs en de onregelmatigheid of onrechtmatigheid van het bewijs. Terwijl de ontoelaatbaarheid tot bewijsuitsluiting leidt door de wijze waarop het bewijsmateriaal in het strafproces is voorgebracht, zal de uitsluiting van onregelmatig of onrechtmatig bewijs het gevolg zijn van de manier waarop het bewijsmateriaal zelf is verkregen.⁴⁷ Gelet op de relevantie in het raam van het besproken onderwerp zal er binnen het bestek van dit artikel enkel verder worden ingegaan op de onregelmatigheid of onrechtmatigheid van het bewijs.

Reeds in 1923 oordeelde het Hof van Cassatie dat een bewijs onrechtmatig is wanneer het werd verkregen door een daad die in strijd is met de wet.⁴⁸ Uit de conclusie van toenmalig eerste advocaat-generaal P. Leclercq voor een in gelijkluidende bewoordingen geformuleerd arrest van 10 december 1923 kunnen we de achterliggende beweegredenen van het Hof afleiden: «La police judiciaire, comme la définit l'article 8 du Code d'Instruction criminelle, recherche les crimes, les délits et les contraventions, en rassemble les preuves et en livre les auteurs aux tribunaux chargés de les punir. Dans l'accomplissement de cette mission, les agents, chargés de cette police, ne peuvent précisément *parce qu'ils n'existent que pour faire respecter la loi, accomplir aucune action illégale. Toute illégalité dont ils se rendraient coupables est sans effet au point de vue de l'exécution de leur tâche. Le fait que cette action illégale leur aurait permis de constater, légalement n'est pas constaté. Quand l'administration prétend tirer profit du renseignement obtenu à l'aide de cette illégalité, mettre à fruit cette illégalité, elle oublie que la chose frugifère étant une action illégale, toutes les conséquences qu'elle en tire contre l'homme qui en a été victime, sont entachées du même vice d'illégalité. N'existant que pour assurer le respect de la loi, l'administration se nie elle-même en voulant s'appuyer sciemment sur les illégalités commises par ses agents*».⁴⁹ Of anders gezegd: juist omdat de finaliteit van de vervolgende instantie erin bestaat de wet te doen naleven, mag zij zich niet bedienen van wat op een onwettige wijze is vergaard om een misdrijf te bewijzen of daartoe bij te dragen.

Het voormelde principiële arrest van 13 mei 1986 is niet enkel belangrijk omdat het een erkenning inhield van het zwijgrecht als onderdeel van het algemeen beginsel van de rechten van verdediging. Het arrest voorzag eveneens in een doorwerking van de onregelmatigheid in het strafproces wanneer deze begaan was door een administratieve overheid in de voorfase en in een uitgebreidere definitie van het onregelmatig bewijs. Het speelt dus geen rol of de strafvervolgung reeds is ingesteld op het ogenblik dat de on-

regelmatigheid wordt begaan; ook wanneer de strafvervolgung pas naderhand wordt ingesteld zal de onregelmatigheid doorwerken in het strafproces.⁵⁰ Daarnaast is het onregelmatig bewijs niet enkel het bewijs dat is verkregen door een daad die uitdrukkelijk door de wet is verboden, maar ook door een daad die onverenigbaar is met de substantiële regelen van de rechtspleging in strafzaken of met de algemene rechtsbeginselen.⁵¹ Dit arrest verruimde op een gevoelige wijze de draagwijdte van het verbod op het gebruik van onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal. Niet alleen het bewijs dat is verkregen door een onwettige daad maakt een onrechtmatig bewijs uit. Zelfs wanneer de wijze van bewijsgaring binnen de perken van de wet valt, dient de vervolgende overheid erop toe te zien dat de bewijsgaring niet onverenigbaar is met de algemene rechtsbeginselen.

De eerst door P. Leclercq geponeerde stelling werd jarenlang in de rechtspraak bevestigd, ongeacht of de onwettigheid of onverenigbaarheid met een algemeen rechtsbeginsel het gevolg was van een daad gesteld door de vervolgende instantie dan wel door een derde.⁵² Het Hof van Cassatie leek dus enkel rekening te houden met de oorsprong van het bewijselement en niet met de vraag wie de onregelmatigheid had begaan.⁵³

Een eerste kentering in deze visie kwam er met het arrest van 17 januari 1990.⁵⁴ Het Hof oordeelde dat een onregelmatige bewijsgaring geen aanleiding diende te geven tot een onregelmatig bewijs, wanneer de onregelmatigheid niet werd begaan door de met het onderzoek belaste personen of door de aangever van het misdrijf en er geen verband bestond tussen de onwettige bewijsgaring en de aangifte van het verkregen bewijs aan de met het onderzoek belaste personen. In latere arresten kwam het Hof verscheidene malen tot dezelfde conclusie.⁵⁵ Zodoende kan men spreken van een relativisering van de regel inzake bewijsuitsluiting van onrechtmatig bewijs wanneer de onregelmatigheid is gesteld door een derde. Enkel wanneer het bewijs is verkregen door de opsporingsambtenaren, de aangever of een derde met het oog op de overheveling ervan aan de opsporingsdiensten, d.m.v. een strafbaar feit of een andere onrechtmatige handeling, zal dit bewijs niet in aanmerking worden genomen door de rechter.⁵⁶

⁵¹ Cass., 13 mei 1986, *Arr. Cass.* 1985-1986, 1233, met conclusie van advocaat-generaal J. DU JARDIN. DE NAUW, A., «Les règles d'exclusion relatives à la preuve en procédure pénale belge», *Rev. dr. pén.* 1990, 710.

⁵² Cass. 29 oktober 1962, *Pas.* 1963, I, 272; K.I. Luik, 22 september 1988, *J.T.* 1988, 655; Corr. Brussel 18 april 1986, *R.W.* 1987-88, 60.

⁵³ TRAEST, P., *Het bewijs in strafzaken*, Gent, Mys & Breesch, 1992, 350, nr. 671.

⁵⁴ Cass. 17 januari 1990, *Arr. Cass.* 1989-90, 655; *R.W.* 1990-91, 463, met noot L. HUYBRECHTS.

⁵⁵ Cass. 17 april 1991, *Arr. Cass.* 1990-91, 834; *R.D.P.* 1992, 94, met noot C. DE VALKENNEER; Cass. 4 januari 1994, *Arr. Cass.* 1994, I, met conclusie van advocaat-generaal J. DU JARDIN; *R. Cass.* 1994, 75, met noot P. TRAEST.

⁵⁶ TRAEST, P., «Wanneer is het door een derde verkregen bewijs ontoelaatbaar», (noot onder Cass. 4 januari 1994), *R. Cass.* 1994, 72; D'HONT, F., «Gebruik van onrechtmatig verkregen bewijs in het strafproces: is het tij reeds gekeerd?», (noot onder Cass. 4 januari 1994), *R.W.* 1994-95, 190.

⁴⁷ ARNOU, L., «Toelaatbaarheid van bewijs in strafzaken en recht van verdediging», *R. Cass.* 1997, 10.

⁴⁸ Cass., 12 maart 1923, *Pas.* 1923, I, 233.

⁴⁹ Cass., 10 december 1923, *Pas.* 1924, I, 66, met conclusie van eerste advocaat-generaal P. LECLERCQ.

⁵⁰ *Contra*: THUIS, D., «Mogelijkheden tot samenwerking tussen de gerechtelijke overheden en de ambtenaren van de belasting-administraties», *l.c.*, 103.

Deze redenering werd door het Hof van Cassatie verijnd in drie arresten van 30 mei 1995. *In casu* werd de onregelmatigheid telkenmale begaan door een buitenlandse overheid. Dit belette het Hof echter niet om te oordelen dat «het bewijs van een misdrijf niet hetzelfde is als de bekendmaking van een misdrijf» en «dat een bekendmaking niet voor onbestaande kan worden gehouden». Het Hof maakte aldus een subtiel onderscheid tussen de aangifte of de bekendmaking van een strafbaar feit en het bewijs ervan. Derhalve mag een onrechtmatigheid enkel doorwerken bij de aangifte, zijnde de kennisgeving aan de overheid dat er een misdrijf is gepleegd, maar niet bij de bewijsvoering. Het Hof concludeerde dat een door een derde gepleegde onrechtmatigheid geen beletsel vormt, indien de derde niet handelde in overleg met de opsporingsdiensten en noch de aangever noch de opsporingsdiensten een onrechtmatigheid hadden begaan, m.a.w. indien de doorwerking van de onrechtmatigheid werd verbroken.⁵⁷ De nieuwe zienswijze van het Hof betekent duidelijk een nuancering van de traditionele rechtspraak omtrent onrechtmatig bewijs en de uitsluiting ervan.

In een recent arrest van 13 januari 1999 lijkt het Hof eerder terug te grijpen naar de traditionele aanpak van het onrechtmatig bewijs. Wenst het Hof hiermee het probleem van het moeilijke onderscheid tussen de aangifte en het bewijs van een misdrijf te verlaten? *In casu* ging het om een door de Franse administratie van douane en accijnzen gepleegde schending op het zwijgrecht van de verdachte. Hierdoor kon de Belgische administratie van douane en accijnzen een proces-verbaal tegen de verdachte opstellen. Op basis van dit proces-verbaal werd een vervolging ingesteld tegen de verdachte. Het Hof oordeelde dat de door de Belgische overheden verzamelde bewijzen *een rechtstreeks en onmiddellijk gevolg* waren van de door de Franse overheden ingezamelde bewijzen, die aangetast waren door een onrechtmatigheid wegens een schending van het zwijgrecht. Bijgevolg konden de Belgische overheden geen voordeel trekken uit de gegevens die in strijd met het recht te zwijgen waren verkregen.⁵⁸ Met deze uitspraak lijkt het Hof in ieder geval terug te komen op zijn voorgaande zienswijze uit de arresten van 30 mei 1995 inzake het onregelmatig bewijs, wanneer dit is verkregen door een onrechtmatigheid begaan door een derde-overheid. Het valt echter nog uit te maken of deze rechtspraak zich zal consolideren in de toekomst.

Een nog onbesproken aspect van het onrechtmatig bewijs is de sanctie die eraan wordt verbonden. In het voormelde arrest van 10 december 1923, met bijhorende conclusie van procureur-generaal P. Leclercq,⁵⁹ oordeelt het Hof dat het op een onwettige wijze verkregen bewijsmateriaal op geen enkele manier, noch direct, noch indirect tot het bewijs van het misdrijf mag bijdragen. Derhalve konden het onregelmatig bewijsmateriaal en de vruchten ervan niet worden aangegrepen door de rechter ten gronde om zijn innerlijke

overtuiging op te vestigen. In een later arrest van 10 maart 1929⁶⁰ neemt het Hof in een zelfde aangelegenheid een veel stringenter positie in en besluit het dat het onwettig bewijs tot de onontvankelijkheid van de strafvordering leidt. Heden ten dage is deze kwestie nog steeds niet opgelost. Sedert de jaren twintig hebben de hoven en rechtbanken afwisselend de ene of de andere oplossing gekozen, zonder hun keuze te motiveren.⁶¹ Samen met Leclercq en Traest meen ik dat onrechtmatig bewijs, behoudens het geval van een onregelmatigheid *ab initio*, niet automatisch hoeft te leiden tot de onontvankelijkheid van de strafvordering. Het staat als een paal boven water dat een veroordeling niet op een onrechtmatig bewijs, noch op de vruchten ervan mag steunen. Zulks hoeft daarom nog niet de onontvankelijkheid van de strafvordering tot gevolg te hebben; deze kan immers nog worden bewezen op grond van andere 'rechtmatige' bewijzen.⁶²

D. Conclusie

De fiscale procedure is gebaseerd op een samenwerking tussen de belastingplichtige en de administratie. Deze samenwerking is noodzakelijk en gerechtvaardigd, omdat de fiscale administratie, bij het bepalen van de belastbare grondslag, de werkelijkheid zo dicht mogelijk wil benaderen. Daarom is de belastingplichtige gehouden tot bepaalde medewerkingverplichtingen, waarvan de naleving wordt gewaarborgd door verscheidene administratieve en strafrechtelijke sancties.

De administratieve en strafrechtelijke sancties in de fiscale wetten zijn dwangmiddelen in handen van de administraties om hen te verzekeren van de medewerking van de belastingplichtigen. Deze medewerking van de belastingplichtige bestaat onder meer in een spreekplicht en een verplichting inzage te verschaffen in zijn documenten. De spreekplicht in de fiscale procedure staat in regelrechte tegenstrijd met het zwijgrecht van de verdachte in het strafproces. Uit de rechtspraak van het E.H.R.M. kunnen we afleiden dat dit ook het geval is met de verplichting inzage te verlenen in bepaalde documenten, wanneer de administratie zich niet kan verlaten op het zeker bestaan van deze documenten. In deze hypothese houdt de inzage immers een erkenning in door de verdachte van het bestaan en het bezit van deze documenten, wat voor hem een incriminerend gevolg kan hebben.

Het Hof van Cassatie heeft in 1986 geoordeeld dat de gegevens die in strijd met het zwijgrecht zijn verkregen, een onrechtmatig bewijs vormen in een strafproces. In hetzelfde arrest stelde het Hof dat een schending van het zwijgrecht eveneens doorwerkt in een strafproces, wanneer zij is begaan door de administratie in de fase vóór het instellen van de strafvervolgelingen. Al weet men niet meer ten gevolge van het arrest van 17 januari 1999 of het onderscheid tussen de onrechtmatige aangifte en het bewijs van een misdrijf uit de arresten van 30 mei 1995 wordt aangehouden door het Hof van Cassatie, de voormelde gegevens blijven hoe dan ook een onregelmatig bewijs uitmaken, aangezien de onrecht-

⁵⁷ Cass. 30 mei 1995, *A.C.*, 1995, 540, met conclusie van advocaat-generaal P. GOEMINNE; *R. Cass.*, 1996, 150, met noot TRAEST, P.; Cass. 30 mei 1995, *Arr. Cass.* 1995, 537; Cass. 30 mei 1995, *Arr. Cass.* 1995, 532.

⁵⁸ Cass. 13 januari 1999, *F.J.F.* 1999, 318.

⁵⁹ Cass. 10 december 1923, *Pas.* 1924, I, 66, met conclusie van eerste advocaat-generaal P. LECLERCQ.

⁶⁰ Cass. 4 maart 1929, *Pas.* 1929, I, 118.

⁶¹ TRAEST, P., *Het bewijs in strafzaken*, Gent, Mys & Breesch, 1992, 348, nr. 666.

⁶² DECLERCQ, R., *La preuve en matière pénale*, Brussel, Swinnen, 1988, 59; TRAEST, P., *o.c.*, 668.

matigheid is verricht door de aangever zelf, *in casu* de belastingadministratie.⁶³ De relativisering van de sanctie van de bewijsuitsluiting door de arresten van 17 januari 1990 en 17 april 1991 verandert niets aan deze situatie. De door de fiscale administratie in strijd met het zwijgrecht verworven gegevens op basis van de medewerkingverplichting van de belastingplichtige kunnen bijgevolg in het strafdossier niet worden toegelaten. Dezelfde conclusie geldt ongetwijfeld in het licht van artikel 6.1. E.V.R.M.

De rechter ten gronde kan zijn innerlijke overtuiging niet op deze gegevens laten steunen. Vraag is of hij het misdrijf nog bewezen zou kunnen houden op grond van andere 'rechtmatige' gegevens, misschien afkomstig van derden.

III. DE MEDEWERKINGVERPLICHTING VAN DERDEN IN DE FISCALE PROCEDURE EN HET GETUIGENBEWIJS IN STRAFZAKEN

A. De medewerkingplichten van derden in de fiscale procedure⁶⁴

Terwijl de medewerkingverplichtingen van de belastingplichtige zelf gelijklopend zijn in het W.B.T.W. en het W.I.B., is dit niet het geval voor de medewerkingverplichtingen van derden, daar het W.I.B. deze uitvoeriger behandelt dan het W.B.T.W..

Allereerst dient er te worden opgemerkt dat art. 317 W.I.B. bepaalt dat de op basis van het inzage-recht en de spreekplicht ingewonnen inlichtingen eveneens kunnen worden ingeroepen met het oog op het belasten van een derde. Ofschoon dit artikel geen bijzondere medewerkingverplichting inhoudt voor een derde, voorziet het wel in het recht van de administratie om de naar aanleiding van een controleonderzoek bij een belastingplichtige ingewonnen inlichtingen niet enkel te gebruiken om de juistheid van de aangifte van deze laatste na te gaan, maar ook om deze aan te wenden ter taxatie van derden.

Art. 322 W.I.B. omvat twee onderscheiden middelen van onderzoek voor de administratie t.o.v. een derde, *wat een individueel bepaalde belastingplichtige betreft*. Enerzijds mag de administratie geschreven attesten inzamelen en van bepaalde derde personen, binnen bepaalde termijnen, de inlichtingen vorderen die zij nodig acht. Anderzijds heeft de administratie het recht derden te horen en een onderzoek in te stellen. Dit verhoor betreft het bewijs door getuigen en dient te verlopen volgens de regels bepaald in de artikelen 325 en 326 W.I.B.⁶⁵ De procedure vermeld in deze twee artikelen heeft eerder een exceptioneel karakter. Normaal worden inlichtingen aan derden schriftelijk gevraagd. De procedure zal pas worden ingesteld wanneer de belastingplichtige de juistheid of de oprechtheid betwist van de inlichtingen die schriftelijk door de derde zijn verstrekt of die

bij deze laatste ter gelegenheid van een controleonderzoek werden ingewonnen.⁶⁶ Overeenkomstig art. 325 W.I.B. worden de getuigen en de belastingplichtige opgeroepen bij een ter post aangetekende brief. Vervolgens legt de getuige de eed af conform artikel 934 Ger. W. en wordt hij verhoord. Tijdens het verhoor is de *getuige verplicht getuigenis af te leggen over alle daden en feiten waarvan hij kennis heeft en waarvan de vaststelling nuttig kan zijn voor de toepassing van de belastingwetten op de feiten waarover het geschil handelt*.⁶⁷ De belastingplichtige mag erom verzoeken dat aan de getuige de vragen zouden worden gesteld die hij zelf wenst en die op de twistpunten betrekking hebben.⁶⁸ Van de verklaringen van de getuige en van de belastingplichtige wordt een proces-verbaal opgemaakt overeenkomstig art. 326 W.I.B. Het niet naleven van deze verplichtingen door een derde kan aanleiding geven tot een administratieve boete van 2000 tot 50.000 frank⁶⁹ en in geval van niet-verschijning of een weigering om te getuigen tot de strafrechtelijke sanctie bepaald in art. 452 W.I.B. Indien het verzuim van de vermelde verplichtingen werd begaan met een bedrieglijk opzet of met het oogmerk om te schaden, kan de derde daarenboven worden bestraft met een strafrechtelijke sanctie bepaald in art. 449 W.I.B.

Voorts heeft de administratie het recht om binnen een bepaalde termijn van derden, voor alle of een deel van hun verrichtingen of activiteiten, de overlegging te vorderen van inlichtingen slaande *op elke persoon of groep van personen, zelfs niet met name aangeduid*, met wie zij rechtstreeks of onrechtstreeks in betrekking zijn geweest uit hoofde van die verrichting of activiteit.⁷⁰

Daarnaast kan de administratie de juistheid van de uit de naleving van de vorige verplichtingen verstrekte inlichtingen nagaan.⁷¹ Dit impliceert dat zij het recht heeft kennis te nemen van de bescheiden op zicht waarvan de inlichtingen werden verstrekt.⁷² Opnieuw zal het verzuim om als derde te voldoen aan de twee voormelde verplichtingen aanleiding kunnen geven tot een administratieve sanctie van 2000 tot 50.000 frank⁷³ en een mogelijke strafrechtelijke sanctie wanneer de verplichting niet werd nageleefd met een bedrieglijk opzet of met het oogmerk om te schaden.⁷⁴

Zoals voorheen werd vermeld, besteedt het W.B.T.W. veel minder aandacht aan de medewerkingverplichtingen van derden. De medewerkingverplichtingen van de B.T.W.-plichtigen in een controleonderzoek waarvan zij zelf het voorwerp uitmaken, gelden immers eveneens in een controleonderzoek waarin zij in de hoedanigheid van een derde optreden. Dienaangaande dient echter te worden opgemerkt dat art. 62, § 1, W.B.T.W. houdende de verplichting van éénieder om op het verzoek van de administratie mondeling of schriftelijk alle inlichtingen te verschaffen die hem worden gevraagd, teneinde de juiste heffing van de belasting ten

⁶⁶ Com. IB, 1992, 325/1.

⁶⁷ Art. 325, tweede lid, W.I.B.

⁶⁸ Com. IB, 1992, 325/4.

⁶⁹ Art. 445 W.I.B.

⁷⁰ Art. 323 W.I.B.

⁷¹ Art. 324 W.I.B.

⁷² Com. IB, 1992, 324/1.

⁷³ Art. 445 W.I.B.

⁷⁴ Art. 449 W.I.B.

⁶³ THUIS, D., «Mogelijkheden tot samenwerking tussen de gerechtelijke overheden en de ambtenaren van de belastingadministraties», *l.c.*, 105.

⁶⁴ Hoewel het W.I.B. en W.B.T.W. bepaalde overheidsdiensten de verplichting opleggen om alle gevraagde inlichtingen te verstrekken op verzoek van de belastingadministratie, zullen de informatieverplichtingen van de overheid t.o.v. de fiscale administratie niet worden besproken binnen het bestek van deze bijdrage.

⁶⁵ Com. IB, 1992, 322/2.

aanzien van hem of ten aanzien van derden na te gaan, een bijzonder algemene draagwijdte heeft en niet enkel beperkt is tot B.T.W.-plichtigen. Bijgevolg kan iedereen, dus ook een niet B.T.W.-plichtige, bij het niet nakomen van deze verplichting een administratieve geldboete oplopen van 1000 tot 100.000 frank per overtreding⁷⁵ en een strafrechtelijke sanctie wanneer de overtreding is begaan met een bedrieglijk opzet of met een oogmerk om te schaden.⁷⁶

B. De medewerkingverplichtingen van bijzondere derden in de fiscale procedure⁷⁷

Zowel het W.I.B. als het W.B.T.W. bevatten een bijzondere regeling in het geval de tot de medewerkingverplichtingen gehouden derde het Bestuur van de Postcheck, een bank-, wissel-, krediet- of spaarinstelling betreft. Deze instellingen hebben immers een discretieplicht na te komen t.o.v. hun cliënten, waardoor de administratie niet over dezelfde uitgebreide bevoegdheden beschikt als bij andere derden.

Het W.B.T.W. voorziet in een afwijking van de medewerkingverplichting, wanneer deze een verzoek tot de inzage in boeken en stukken betreft⁷⁸ of een verzoek tot het verstrekken van inlichtingen teneinde de belasting in de persoon van een derde na te gaan.⁷⁹ Deze medewerking mag slechts van het Bestuur der Postcheck, of van een bank-, wissel-, krediet- of spaarinstelling door een ambtenaar van de administratie gevorderd worden, wanneer hij optreedt op grond van een machtiging van de directeur-generaal van die administratie.⁸⁰

Het W.I.B. daarentegen voorziet in een afwijking op de medewerkingverplichting van een belastingplichtige om inlichtingen te verschaffen met het oog op het belasten van een derde.⁸¹ De administratie is niet gemachtigd om in de rekeningen, boeken en documenten van de bank-, wissel-, krediet- en spaarinstellingen inlichtingen in te zamelen met het oog op het belasten van hun cliënten.⁸² Indien evenwel tijdens de uitoefening van het inzage-recht⁸³ of bij het vergaren van inlichtingen omtrent de fiscale toestand van de belastingplichtige zelf⁸⁴ concrete elementen aan het licht gekomen zijn die het bestaan of de voorbereiding van een mechanisme van belastingontduiking kunnen doen vermoeden, dan kan de directeur-generaal van de administratie die het onderzoek heeft uitgevoerd, met het gezamenlijk akkoord

van de administrateur-generaal en de adjunct-administrateur-generaal van de belastingen, een ambtenaar ermee belasten uit de rekeningen, boeken en documenten van deze instellingen, inlichtingen te putten die het mogelijk maken de door deze cliënt verschuldigde belasting te bepalen. Vroeger was het vermoeden vereist van de medeplichtigheid van de cliënt aan het mechanisme. Sedert het K.B. van 20 december 1996 is dit evenwel niet meer het geval.⁸⁵

Sommige derde personen die het voorwerp kunnen uitmaken van een vordering tot het verstrekken van inlichtingen omtrent de fiscale toestand van een belastingplichtige, kunnen het beroepsgeheim inroepen. Dit zijn allereerst de personen die worden bedoeld in art. 458 Sw., namelijk de geneesheren, heilkundigen, officieren van gezondheid, apothekers, vroedvrouwen en alle andere personen die uit hoofde van hun staat of beroep kennis dragen van geheimen die hun zijn toevertrouwd. Het Hof van Cassatie interpreteert deze laatste woorden in de zin dat het artikel moet worden toegepast op alle personen die een beroep met een vertrouwelijk karakter uitoefenen en die door de wet, de traditie of de gewoonte als noodzakelijke bewaarders worden beschouwd van de hen toevertrouwde geheimen.⁸⁶ Het Hof oordeelt dat naast de in art. 458 Sw. vermelde personen, eveneens advocaten, notarissen en gerechtsdeurwaarders gehouden zijn aan het in art. 458 Sw. vermelde beroepsgeheim. Voorts bepalen art. 61 van de wet op de hervorming van het bedrijfsrevisoraat⁸⁷ en art. 58, lid 3 van de wet betreffende de boekhoudkundige en fiscale beroepen⁸⁸ dat bedrijfsrevisoren, externe accountants, externe belastingconsulenten, externe boekhouders, erkende boekhouders-fiscalisten, stagiairs en de personen voor wie zij staan, gebonden zijn door een beroepsgeheim als omschreven in art. 458 Sw.

Wanneer de administratie der inkomstenbelastingen van dergelijke personen inzage in hun boeken en bescheiden of inlichtingen wil vorderen, dan verzoekt zij de territoriaal bevoegde tuchtoverheid om tussenkomst opdat deze zou oordelen of, en in voorkomend geval, in welke mate, het verzoek om inlichtingen of de overlegging van boeken en bescheiden verzoekenbaar is met de eerbiediging van het beroepsgeheim.⁸⁹ Het oordeel van de tuchtoverheid in dezen is bindend zowel voor de administratie als voor de houder van het terzake geldende beroepsgeheim.

Voor de beroepen die gehouden zijn tot een beroepsgeheim, maar waarvoor geen tuchtoverheid bestaat, moet de administratie zelf een standpunt innemen ten aanzien van het bezwaar opgeworpen door de belastingplichtige die het beroepsgeheim aanvoert. Hierbij moet de administratie zich laten leiden door de rechtsleer en de rechtspraak en inzonderheid door de interpretatie die door de hoven en rechtbanken aan art. 458 Sw. wordt gegeven.⁹⁰ Ten gevolge van

⁷⁵ Art. 70, § 4, W.B.T.W.

⁷⁶ Art. 73 e.v. W.B.T.W.

⁷⁷ Naast de hierna besproken medewerkingverplichtingen van bijzondere derden, leggen het W.I.B. en W.B.T.W. nog andere plichten op aan bepaalde personen (bv. de notificatieplicht van de notaris, en de verplichtingen van kredietinstellingen). Deze plichten kaderen echter niet in een medewerking van deze derden aan een door de administratie verricht controleonderzoek; bijgevolg zullen zij niet worden behandeld binnen de perken van deze bijdrage.

⁷⁸ Art. 61, § 1, W.B.T.W.

⁷⁹ Art. 62, § 1, W.I.B.

⁸⁰ Art. 62bis W.B.T.W.

⁸¹ Art. 317 W.I.B.

⁸² Art. 318, vijfde lid W.I.B.

⁸³ Art. 315 W.I.B.

⁸⁴ Art. 316 W.I.B.

⁸⁵ HUYBRECHTS, L., «Het zaken-, bank- en beroepsgeheim in het strafproces», in B. TILLEMANS (ed.), *Ondernemingsstrafrecht*, Brugge, Die Keure, 1999, 170.

⁸⁶ Cass. 20 februari 1905, *Pas.* 1905, I, 141.

⁸⁷ Wet van 21 februari 1985 tot hervorming van het bedrijfsrevisoraat, *B.S.* 28 februari 1985.

⁸⁸ Wet van 22 april 1999 betreffende de boekhoudkundige en fiscale beroepen, *B.S.* 11 mei 1999.

⁸⁹ Art. 334 W.I.B.

⁹⁰ Com. IB, 1992, 334/5.

de wet van 22 april 1999 betreffende de boekhoudkundige en fiscale beroepen die enkel voor belastingconsulenten en accountants een tuchtregeling invoert, bevinden alleen boekhouders en fiscalisten zich nog in deze situatie. Het Beroepsinstituut van erkende boekhouders en fiscalisten is immers wel een beroepsorganisatie, maar heeft geen tuchtbevoegdheid.

Het W.B.T.W. voorziet niet in een soortgelijke bepaling m.b.t. het beroepsgeheim. Hieruit leidt de doctrine af dat inzake de B.T.W. de administratie zelf, op basis van de geldende rechtspraak, uitmaakt welke stukken onderworpen zijn aan het beroepsgeheim.⁹¹ Toch doet de B.T.W.-administratie in de praktijk veelal een beroep op de tuchtverheden om een oordeel te vellen of een advies te geven over de vraag of bepaalde inlichtingen al dan niet onder het beroepsgeheim vallen.

Er dient op te worden gewezen dat de hierboven beschreven bijzondere procedure, die van toepassing is in het geval de belastingplichtige een beroepsgeheim kan opwerpen, niets te maken heeft met belastingplichtigen die gehouden zijn tot een contractuele discretieplicht, waaronder de wisselagent⁹² en de bankier.⁹³

C. De getuigenis in strafzaken

Met het oog op een relevante vergelijking met de medewerkingverplichtingen van derden in een controleonderzoek, zullen in dit hoofdstuk enkel het getuigenverhoor in een opsporingsonderzoek en het getuigenverhoor in een gerechtelijk onderzoek worden behandeld. De getuigenis ter terechtzitting heeft immers niets te maken met de behandelde materie in de fiscale procedure. Bovendien is voor de vooropgestelde vergelijking enkel vereist een beperkt aantal regelen in herinnering te brengen.

De onderzoeksrechter en de procureur des Konings mogen alle ambtsverrichtingen stellen die ertoe kunnen bijdragen de waarheid te openbaren. Aldus hebben zij beiden de bevoegdheid om over te gaan tot een getuigenverhoor. Nochtans bestaan er wezenlijke verschillen tussen een getuigenverhoor in een opsporingsonderzoek en een getuigenverhoor in een gerechtelijk onderzoek, in die zin dat een afzonderlijke behandeling nodig is.

Hoewel dit niet uitdrukkelijk wordt vermeld in de wet, belet niets dat politieambtenaren binnen het raam van het opsporingsonderzoek vragen mogen stellen aan personen die bereid zijn hierop te antwoorden. Zij kunnen deze verklaringen opnemen en verdere inlichtingen inwinnen over de betrokken feiten.⁹⁴

Het gaat hier echter niet om een getuigenverhoor in de strikte betekenis van het woord.⁹⁵ De ondervraagde persoon legt immers geen eed af, en is ook niet verplicht op de gestelde vragen te antwoorden.

⁹¹ GEINGER, H., «De onderzoeksmachten van de B.T.W.-administratie», in M. STORME en S. VAN CROMBRUGGE (ed.) *Actuele problemen van fiscaal recht*, Antwerpen, Kluwer, 1989, 188.

⁹² Cass. 26 september 1966, *Pas.* 1967, I, 89.

⁹³ Cass. 25 oktober 1978, *Pas.* 1979, I, 237.

⁹⁴ Cass. 24 oktober 1960, *Pas.* 1961, I, 205; VERSTRAETEN, R., *Handboek Strafvordering*, Antwerpen, Maklu, 1999, 232.

⁹⁵ VAN DEN WYNGAERT, C., *Strafrecht en strafprocesrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 1999, 726.

De onderzoeksrechter kan éénieder als getuige verhoren die nuttige inlichtingen kan verschaffen over het misdrijf, de persoon van de dader of de omstandigheden ervan (art. 71 Sv.). De getuige wordt meestal opgeroepen met een eenvoudige verwittiging. Op verzoek van de onderzoeksrechter kan de getuige evenwel worden gedagvaard door een gerechtsdeurwaarder of door een agent van de openbare macht (art. 72 Sv.). Indien de getuige in dit laatste geval niet verschijnt, kan hij een geldboete oplopen tot maximum 100 frank. Hierover beslist de onderzoeksrechter, zonder enige mogelijkheid van beroep. Bovendien kan deze getuige het voorwerp uitmaken van een bevel tot medebrenging en zodoende worden gedwongen te verschijnen (art. 80 Sv. en art. 4 Voorlopige Hechteniswet), waarna hij binnen 24 uur te rekenen vanaf de betekening van het bevel, moet worden ondervraagd door de onderzoeksrechter (art. 5 Voorlopige Hechteniswet).

De getuige heeft de verplichting de eed af te leggen en de hem gestelde vragen te beantwoorden. Indien hij weigert, wordt hij gelijkgesteld met een getuige die weigert te verschijnen en loopt hij het risico als zodanig te worden gestraft (art. 80 Sv.). Daarnaast is hij er toe gehouden de waarheid te zeggen op straffe van te worden gestraft wegens een vals getuigenis (art. 218-219 Sw.). De rechtspraak lijkt echter te aanvaarden dat een vals getuigenis voor de onderzoeksrechter niet onmiddellijk strafbaar is. De feiten zijn pas strafbaar wanneer de getuige volhardt tot op het einde van de debatten en zijn getuigenis bijgevolg onherroepelijk is geworden.⁹⁶

De getuige heeft een zwijgrecht wanneer hij door zijn eigen verklaringen zichzelf zou blootstellen aan vervolgingen.⁹⁷ Zoals hierboven vermeld, houdt dit zwijgrecht verband met art. 14, 3^o, g, BUPO en vloeit het op een impliciete wijze voort uit art. 6 E.V.R.M.

De houder van een beroepsgeheim die in rechte moet getuigen, heeft de verplichting te verschijnen en de eed af te leggen. Pas dan kan hij verklaren niet te willen antwoorden op de aan hem gestelde vragen, omdat hij gehouden is door zijn beroepsgeheim.⁹⁸ Hij oordeelt persoonlijk of het beroepsgeheim hem al dan niet belet te spreken. De rechter kan zich hierbij niet in de plaats stellen van de houder van het beroepsgeheim. Hij kan enkel oordelen op grond van de gegevens eigen aan de zaak of het beroepsgeheim niet van zijn maatschappelijk doel wordt afgewend,⁹⁹ m.a.w. of er gezien de omstandigheden van de zaak wel een beroepsgeheim bestaat. Eens dat het bestaan echter is vastgesteld, mag de rechter niet oordelen of er moet gesproken of gezwegen mag worden.¹⁰⁰

⁹⁶ Cass. 26 november 1985, *Arr. Cass.* 1985-86, 440; DECLERCQ, R., *Beginnelen van de strafrechtspleging*, Deurne, Kluwer, 1999, 189.

⁹⁷ Cass. 21 februari 1882, *Pas.* 1882, I, 74; Cass. 6 mei 1993, *Arr. Cass.* 1993, 445; *R.W.* 1993-1994, 382, met noot A. DE NAUW en M. VANDEBOTERMET; Cass. 16 februari 1996, *Arr. Cass.* 1996, 198; Cass. 16 september 1998, *Rev. dr. pén.* 1999, 106; *contra*: Cass., 10 juli 1916, *Pas.* 1917, I, 195.

⁹⁸ DECLERCQ, R., *o.c.*, 189; VERSTRAETEN, R., *o.c.*, 337.

⁹⁹ Cass. 23 september 1986, *Arr. Cass.* 1986-87, 96; Cass. 29 oktober 1991, *Arr. Cass.* 1991-92, 197.

¹⁰⁰ DECLERCQ, R., *o.c.*, 190.

D. De huiszoeking

De huiszoeking is een onderzoeksmaatregel die ertoe strekt gegevens te verzamelen inzake een misdrijf in privé-plaatsen. Als dusdanig is de huiszoeking een dwangmaatregel en vormt zij een schending van het recht van de onschendbaarheid van de woning (art. 15 G.W.) en van het recht op eerbiediging van het privé-leven (art. 8 E.V.R.M. en art. 17 BUPO). Derhalve kan een huiszoeking enkel worden uitgevoerd in de door de wet bepaalde gevallen (art. 15 G.W. en art. 8.2. E.V.R.M.). In principe mag een huiszoeking enkel worden gedaan door een onderzoeksrechter.

In vele gevallen zal de huiszoeking gepaard gaan met een inbeslagname. Het doel bestaat erin de in beslag genomen voorwerpen te bewaren met het oog op de bewijsvoering, de verbeurdverklaring of de teruggave.¹⁰¹ Daartoe kan de onderzoeksrechter alle roerende voorwerpen in beslag nemen die kunnen bijdragen tot het ontdekken van de waarheid of aanleiding kunnen geven tot een verbeurdverklaring op grond van art. 42 Sw. (art. 35-37 Sv.). De onderzoeksrechter kan evenzeer bij gerechtsdeurwaardersexploot een bewarend beslag leggen voor een duur van vijf jaar, welke termijn kan worden vernieuwd, op een onroerend goed dat een uit een misdrijf verkregen vermogensvoordeel schijnt te vormen.

Niets verzet zich tegen een huiszoeking en inbeslagneming bij een houder van het beroepsgeheim. Wanneer de huiszoeking geschiedt m.b.t. een misdrijf waarvan de houder van het beroepsgeheim niet verdacht is, kunnen echter de stukken die onder het beroepsgeheim vallen niet in beslag worden genomen. Het beroepsgeheim verzet zich nochtans niet tegen de inbeslagname van overtuigingsstukken (als bedoeld in art. 42, 1^o en 2^o Sw.) en bewijsstukken. Daarentegen kunnen de voorwerpen die afkomstig zijn uit de persoonlijke betrekking tussen de houder van het beroepsgeheim en zijn cliënt (en evenzeer bewijsstukken kunnen uitmaken) niet in beslag worden genomen. Daarom laat de onderzoeksrechter zich in de meeste gevallen bijstaan door de tuchtoverheid van de betrokkene. De rol van de afgevaardigde van een tuchtoverheid bestaat er juist in om de stukken in te kijken en de onderzoeksrechter te adviseren of zij al dan niet onder het beroepsgeheim vallen. Hoewel de onderzoeksrechter in de meeste gevallen dit advies zal volgen, is hij niet gebonden door het advies van de tuchtoverheid en beslist hij ten slotte zelf of hij een bepaald stuk al dan niet in beslag zal nemen.

In het raam van deze bijdrage past het erop te wijzen dat de hierboven beschreven procedure niet door de onderzoeksrechter zal worden gevolgd bij iedere drager van het beroepsgeheim. In een nota van de procureur-generaal G. Demanet van 19 juni 1991, goedgekeurd in het college van de procureurs-generaal bij de hoven van beroep, wordt geoordeeld dat de bestaande gebruiken niet kunnen worden uitgebreid tot de bedrijfsrevisoren en de accountants. Dit onderscheid wordt gegrond op de aard van het beroepsgeheim van de accountants en de bedrijfsrevisoren, aangezien dit beroepsgeheim is ingesteld in het algemeen belang en niet enkel in het belang van diegene die hen heeft ge-

kozen.¹⁰² Derhalve zal de onderzoeksrechter, in het geval van een huiszoeking bij een accountant of bedrijfsrevisor, de relevante tuchtoverheid slechts uitnodigen uit eerbied voor de beroepsorganisatie, maar de rol van deze tuchtoverheid zal zich beperken tot het louter bijwonen van de huiszoeking. Het zal bijgevolg enkel de onderzoeksrechter zijn die, zonder advies van de tuchtoverheid, zal uitmaken welke stukken worden gedekt door het beroepsgeheim. Ondanks hevige tegenstand van de beroepsorganisatie voor accountants, lijkt deze evolutie zich door te zetten in een arrest van het Arbitragehof van 27 maart 1997.¹⁰³ In dit arrest oordeelde het Hof dat het in de wet van 30 juni 1994 ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer¹⁰⁴ gemaakte onderscheid tussen het beroepsgeheim van advocaten en artsen enerzijds, en het beroepsgeheim van de andere beroepen die onder art. 458 Sw. vallen anderzijds, bij het af luisteren van telecommunicatie geen schending vormt van art. 10 en 11 G.W. Devloo besluit hieruit dat het niet uitgesloten is dat het college van procureurs-generaal zich door deze beslissing van het Arbitragehof gesteund zal voelen in zijn standpunt.¹⁰⁵

Hoewel de draagwijdte van dit arrest beperkt is tot de in de procedure voor het Arbitragehof betrokken beroepen, lijkt het mij logisch dat dezelfde conclusie eveneens geldt voor externe belastingconsulenten, externe boekhouders en erkende boekhouders-fiscalisten, die een beroepsgeheim kregen toegewezen door de wet van 22 april 1999 betreffende de boekhoudkundige en fiscale beroepen.¹⁰⁶

E. Conclusie

Bij een vergelijking tussen de medewerkingverplichtingen van derden in een fiscaal controle-onderzoek en de soortgelijke dwangmiddelen t.o.v. derden in een strafrechtelijk vooronderzoek stuiten we op een aantal wezenlijke verschillen.

In het algemeen gezien kan een verschil worden vastgesteld in de positie van een derde in een fiscaal controle-onderzoek en de positie van deze derde in een strafrechtelijk vooronderzoek.

De om inlichtingen verzochte derde in een fiscaal onderzoek is verplicht getuigenis af te leggen over alle daden en feiten waarvan hij kennis heeft en waarvan de vaststelling nuttig kan zijn voor de toepassing van de belastingwetten op de feiten waarover een geschil bestaat (art. 325 W.I.B.), zonder dat de administratie hem daadwerkelijk naar deze daden en feiten moet vragen. In een strafrechtelijk vooronderzoek moet de getuige naar waarheid een verklaring afleggen, maar enkel als antwoord op de vraagstelling van de onderzoeksrechter of de procureur.

¹⁰³ Arbitragehof 27 maart 1996, *R.W.* 1996-97, 427, met noot R. DEVLOO.

¹⁰⁴ Wet van 30 juni 1994 ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer tegen het af luisteren, kennisnemen en opnemen van privé-communicatie en telecommunicatie, *B.S.* 24 januari 1995.

¹⁰⁵ DEVLOO, R., «Het beroepsgeheim van de accountant na het arrest van het Arbitragehof nr. 26/96 van 27 maart 1996, (noot onder Arbitragehof nr. 26/96, 27 maart 1996), *R.W.* 1996-97, 425.

¹⁰⁶ Wet van 22 april 1999 betreffende de boekhoudkundige en fiscale beroepen, *B.S.* 11 mei 1999.

¹⁰¹ VERSTRAETEN, R., *o.c.*, 344.

¹⁰² HUYBRECHTS., L., «Gebruik en misbruik van het beroepsgeheim, inzonderheid door revisoren, accountants en advocaten», *T.B.H.* 1995, 590.

Voorts zijn de sancties die een derde kan oplopen wegens niet medewerking aan een fiscaal onderzoek zwaarder dan die waaraan een derde zich blootstelt in een strafrechtelijk vooronderzoek. Bovendien is een vals getuigenis in een strafrechtelijk vooronderzoek niet strafbaar indien de getuige zijn valse getuigenis niet volhoudt tot op het einde van de debatten bij de zitting ten gronde, terwijl een vals getuigenis in een controleonderzoek onmiddellijk aanleiding kan geven tot bestraffing. Hieruit kan men besluiten dat de derde in een fiscaal controleonderzoek, op zijn zachtst gezegd, een actievare houding zal aannemen dan een getuige in een strafrechtelijk vooronderzoek.

De getuige in een strafrechtelijk vooronderzoek heeft het recht te zwijgen wanneer hij door zijn eigen verklaringen zichzelf zou blootstellen aan een vervolging. De derde die het voorwerp uitmaakt van een vraag om inlichtingen in een fiscaal controleonderzoek, beschikt niet over dit recht. De derde in een fiscaal onderzoek verkeert in eenzelfde positie als de belastingplichtige die er het voorwerp van uitmaakt. Zij hebben beiden een spreekplicht op straffe van administratieve en mogelijke strafrechtelijke sancties. De vraag rijst of de verklaringen of inlichtingen die van die bijzondere categorie derden in een fiscaal onderzoek zijn verkregen in strijd met het zwijgrecht, en waardoor zij zichzelf dus incrimineren, een onrechtmatig bewijs uitmaken wanneer zij worden gebruikt in een strafprocedure tegen de verdachte? Deze verklaringen zouden immers niet kunnen worden verkregen in een strafrechtelijke procedure, wanneer deze derde aldaar zou worden gehoord als een getuige, gezien hij in dit geval de mogelijkheid zou hebben te zwijgen. Gelet op het absolute karakter van het zwijgrecht, waardoor de verkregen gegevens bij schending van dit recht een onrechtmatig bewijs uitmaken, onafhankelijk van de persoon tegen wie ze worden gebruikt, dienen wij deze vraag affirmatief te beantwoorden. De in het strafprocesrecht geldende waarborgregels beogen immers meer dan alleen de belangen van de verdachte te beschermen. Ze omvatten de door de wet beschermde belangen van elk individu.¹⁰⁷

Wat de personen betreft die een beroepsgeheim of «bankgeheim» kunnen opwerpen, kunnen de volgende verschillen worden vastgesteld.

Voor de bank-, wissel-, krediet- en spaarinstellingen werd in de fiscale wetboeken een bijzondere procedure uitgewerkt wanneer zij het voorwerp van een fiscaal onderzoek uitmaken. Het strafprocesrecht kent daarentegen geen uitzonderingsprocedure voor dergelijke instellingen. Het Hof van Cassatie oordeelde in een arrest van 25 oktober 1978¹⁰⁸ dat banken en andere instellingen die slechts gehouden zijn tot een contractuele discretieplichting, geen houder zijn van een beroepsgeheim.

Wat de houders van het beroepsgeheim betreft, anderen dan diegenen die nominatum vermeld staan in art. 458 Sw. of die het Hof van Cassatie ermee gelijkgesteld heeft, is de situatie ook wezenlijk verschillend. Wanneer zij het be-

roepsgeheim opwerpen in een fiscale procedure, zal de administratie steeds de territoriaal bevoegde tuchtoverheid verzoeken om te oordelen welke stukken onder het beroepsgeheim vallen. Indien er geen tuchtoverheid bestaat zal de administratie zelf haar standpunt bepalen m.b.t. deze stukken, waarbij ze zich zal richten naar de heersende rechtspraak en rechtsleer. Wat een strafrechtelijk vooronderzoek betreft, zal de onderzoeksrechter ter gelegenheid van een huiszoeking deze beroepsorganisaties in het beste geval slechts uitnodigen om de huiszoeking passief bij te wonen. Hij zal echter zelf bepalen welke stukken onder het beroepsgeheim vallen. Dit laatste verschilpunt kan voor de verdachte tot gevolg hebben dat tegen hem meer belastend materiaal in een strafrechtelijk onderzoek wordt verzameld dan in een fiscaal controleonderzoek.

IV. DE RAMING VAN DE BELASTBARE GRONDSLAG IN DE FISCALE PROCEDURE EN HET REGIME VAN HET BEWIJS IN STRAFZAKEN

A. De taxatie op basis van tekenen en indiciën

Art. 341, eerste lid, W.I.B. bepaalt: Behoudens tegenbewijs mag de raming van de belastbare grondslag, zowel voor de rechtspersonen als voor de natuurlijke personen, worden gedaan volgens tekenen en indiciën waaruit een hogere graad van gegoedheid blijkt dan uit de aangegeven inkomsten.

De administratie van de directe belastingen kan in twee gevallen de belastbare grondslag bewijzen op basis van tekenen en indiciën. Allereerst wanneer zij geen genoegen neemt met de aangifte van de belastingplichtige en zij een ander inkomen in de plaats wil stellen dan de aangegeven inkomsten. Voorts kan zij dit bewijsmiddel gebruiken bij een ambtshalve aanslag met het oog op het vaststellen van het bedrag van de vermoedelijke inkomsten.¹⁰⁹

De administratie moet de belastbare grondslag bewijzen op basis van tekenen en indiciën die blijken uit de levenswijze van de belastingbetaler. De tekenen en indiciën mogen niet op loutere vermoedens steunen. Aangezien zij zelf bestemd zijn om vermoedens te vormen, dienen zij noodzakelijk het voorafgaande bewijs in te houden van een feit, van een concreet element dat wijst op een zekere graad van gegoedheid van de belastingplichtige. Voorbeelden zijn: de betaling van een hoge huur, van weeldeuitgaven, van een levenswijze die wijst op een hogere gegoedheid.¹¹⁰

Vervolgens heeft de administratie de verplichting om aan de hand van feitelijke vermoedens te bewijzen hoeveel sommen de belastingplichtige nodig heeft gehad om deze gegoedheid te bereiken. Zodra de administratie deze sommen heeft bewezen, mag zij op grond van art. 341 W.I.B. vermoeden dat de bestede sommen afkomstig zijn van belastbare inkomsten.¹¹¹ De administratie mag er echter niet van uitgaan dat deze belastbare inkomsten allemaal zijn behaald in het laatste aanslagjaar. Behoudens in het geval

¹⁰⁷ DE NAUW, A., «De hantering van de begrippen belang en normdoel bij de toepassing van de nietigheidssanctie wegens niet-naleving van de regels uit het strafprocesrecht», in *De norm achter de regel. Hommage aan Marcel Storme*, Gent, Story-Scientia, 1995, 101-119.

¹⁰⁸ Cass. 25 oktober 1978, *Arr. Cass.* 1978-1979, 223; SPREUTELS, J., «Secret bancaire et droit pénal», *Rev. dr. pén.* 1979, 433.

¹⁰⁹ MAES, L., «De aanslag volgens tekenen en indiciën», in M., STORME en S., VAN CROMBRUGGE (ed.) *Actuele problemen van fiscaal recht*, Antwerpen, Kluwer, 1989, 61.

¹¹⁰ Com. IB, 1992, 341/2.

¹¹¹ MAES, L., «De aanslag volgens tekenen en indiciën, evolutie van de indiciaire belastingheffing in 50 jaar», *T.F.R.* 1988, 227.

dat bepaalde omstandigheden kunnen aantonen dat de behaalde aangroei van de inkomsten slechts is kunnen ontstaan in de loop van een bepaald aanslagjaar, dient de administratie te vermoeden dat de vermogensaangroei is geschied gedurende opeenvolgende aanslagjaren.¹¹²

Eens dat de administratie de belastbare inkomsten volgens tekenen en indiciën heeft vastgesteld, rust op de belastingplichtige het tegenbewijs om aan te tonen dat hij geen hogere graad van goeioheid bezit dan die welke uit de aangegeven inkomsten blijkt. Wanneer het tegenbewijs betrekking heeft op verkopen van roerende waarden of andere financiële instrumenten die de belastingplichtige als belegging heeft aangeschaft, dan heeft het bewijs door koop- of verkoopborderellen of -documenten slechts bewijskracht tegenover de administratie indien ze de vermelding «op naam» dragen en zijn opgesteld ten name van de belastingplichtige of van personen van wie hij rechthebbende is (art. 341, tweede lid, W.I.B.). Het bewijs door dergelijke documenten aan toonder wordt uitgesloten om het gebruik ervan te vermijden door andere personen dan degenen die de verrichtingen werkelijk hebben uitgevoerd.¹¹³

B. De schatting van goederen en diensten in de ambtelijke aanslag van de B.T.W.

De ambtelijke aanslag is een middel dat aan de administratie wordt ter hand gesteld om de wet toe te passen ondanks de fiscale tekortkomingen of de passiviteit van de belastingplichtige.¹¹⁴ De aanslag maakt de heffing van de belasting mogelijk ondanks de niet-aangifte van de belastbare handelingen, het gebrek aan antwoord op de vraag om inlichtingen, alsmede het niet uitreiken, niet bijhouden, het niet voorleggen of het niet inschrijven door de belastingplichtige van de door het W.B.T.W. of de ter uitvoering ervan genomen besluiten voorgeschreven stukken of boeken. De ambtelijke aanslag wordt opgelegd op grond van art. 66 W.B.T.W. en ten uitvoer gelegd volgens de procedure omschreven in het K.B. nr. 9 van 12 maart 1970.¹¹⁵

De administratie moet het bewijs leveren van de omstandigheden die het opleggen van de ambtelijke aanslag verantwoorden. Dit kan zij doen aan de hand van alle bewijsmiddelen van het gemene recht, uitgezonderd de eed, alsook aan de hand van de in het W.B.T.W. ingestelde wettelijke vermoedens.

De ambtelijke aanslag wordt opgelegd tot beloop van de belasting die verschuldigd is over het vermoedelijke bedrag van de handelingen die de belastingplichtige heeft verricht gedurende het tijdvak waarop de aanslag betrekking heeft. Hierbij moet de administratie zo dicht mogelijk de werkelijkheid benaderen en moet zij zich baseren op terzake dienende gegevens en vermoedens. De ambtelijke aanslag kan onder meer beredeneerd worden op de boekhouding van de belastingplichtige, de vergelijking tussen de input en output van de onderneming, de B.T.W.-aangiften die door de be-

trokkene voor vroegere aangifteperioden werden ingediend, de opgave der leveranciers-belastingplichtigen, ...¹¹⁶

Art. 67, eerste lid, W.B.T.W. bepaalt: «Wanneer de in artikel 66 bedoelde persoon de hem ambtshalve opgelegde aanslag betwist, moet hij bewijzen dat deze aanslag overdreven is».

De ambtelijke aanslag heeft tot gevolg de bewijslast om te keren. Door de ambtelijke aanslag wordt de administratie geacht het bewijs van de verschuldigdheid van de belasting te hebben geleverd. De belastingplichtige kan de ambtshalve opgelegde aanslag afwenden door te bewijzen dat deze aanslag overdreven is. Hiertoe hoeft hij niet het juiste bedrag van de belastbare handelingen te bewijzen, maar moet hij door bewijskrachtige gegevens aantonen dat de handelingen die door de administratie als belastbaar werden beschouwd, door hem niet werden verricht, dat zij vrij van belasting waren of dat het vastgestelde bedrag hoger is dan het werkelijke. Het tegenbewijs van de belastingplichtige kan er onder meer toe strekken aan te tonen dat de ambtelijke aanslag steunt op onjuiste feiten of op niet dienende vermoedens, dat bij de ambtelijke aanslag ten onrechte geen rekening wordt gehouden met de belasting voor beroepsuitgaven, dat al voor een deel van de handelingen waarvoor in de aanslag de belasting wordt gevorderd, dat de belasting werd betaald of dat er vrijstelling van belasting bestaat, ...¹¹⁷

Hierbij kan de belastingplichtige het bewijs leveren aan de hand van alle middelen van het gemene recht, getuigen en vermoedens inbegrepen, uitgezonderd de eed. De belastingplichtige mag zich echter niet baseren op gezegden, beweringen, veronderstellingen en eenvoudige gissingen waarvan de echtheid of de oprechtheid niet kan worden nagegaan.¹¹⁸

C. De bewijslast in strafzaken

In strafzaken geniet de beklaagde het vermoeden van onschuld. Niet zijn onschuld moet worden bewezen, maar wel zijn schuld. Het vermoeden van onschuld is nergens terug te vinden in de Grondwet, noch in het Wetboek van Strafvordering. Het is een algemeen rechtsbeginsel, bekrachtigd door het Hof van Cassatie,¹¹⁹ volgens welk de vervolgende partij of de burgerlijke partij het bewijs moet leveren van een misdrijf.¹²⁰ Dit vermoeden is gewaarborgd door art. 6.2. E.V.R.M. en art. 14.2. BUPO.

Het adagium «*in dubio pro reo*» volgt uit het vermoeden van onschuld. Twijfel over de schuld van de beklaagde leidt tot vrijspraak. Het gaat enkel om ernstige twijfel die onzekerheid schept over de schuld van de beklaagde.¹²¹

Voorts vloeit uit het vermoeden van onschuld van de beklaagde de fundamentele regel inzake de bewijslast voort: «*actori incumbit probatio*». De vervolgende partij moet het bewijs leveren van wat zij de beklaagde ten laste legt. Hierdoor moet de vervolgende partij het bewijs leveren van

¹¹² Com. IB, 1992, 341/4.

¹¹³ Com. IB, 1992, 341/9.

¹¹⁴ Fisc. Doc. Vandewinckele, B.T.W., 66/7.

¹¹⁵ K.B. nr. 9 van 12 maart 1970 met betrekking tot de ambtelijke aanslag inzake belasting over de toegevoegde waarde, B.S., 18 maart 1970.

¹¹⁶ Fisc. Doc. Vandewinckele, B.T.W., 66/20-22.

¹¹⁷ Fisc. Doc. Vandewinckele, B.T.W., 67/7.

¹¹⁸ Fisc. Doc. Vandewinckele, B.T.W., 67/8.

¹¹⁹ Cass. 11 december 1984, Arr. Cass. 1984-85, 506.

¹²⁰ TRAEST, P., *Het bewijs in strafzaken*, Gent, Mys & Breesch, 1992, 217 e.v.; VERSTRAETEN, R., o.c., 635.

¹²¹ DECLERCQ, R., o.c., 543.

de constitutieve bestanddelen van het misdrijf, zowel het materiele als het morele element. De bewijslast van de vervolgende partij eindigt hier echter niet. Het vervolg op voormeld adagium, «*reus in excipiendo fit actor*», is daarentegen niet van toepassing in strafzaken. Bijgevolg moet de beklaagde niet het bewijs leveren van de werkelijkheid van een door hem aangevoerde rechtvaardigingsgrond, schulduitsluitingsgrond, verschoningsgrond, of elke omstandigheid die belet dat een van de bestanddelen van het misdrijf bewezen is. De vervolgende partij zal in de regel de ontstentenis van dergelijke rechtsfiguren niet moeten bewijzen wanneer de beklaagde dergelijke excepties louter aandraagt. Deze regel is nochtans niet absoluut. De vervolgende partij zal hiervan slechts het tegenbewijs moeten leveren wanneer de beklaagde een dergelijke exceptie opwerpt op een geloofwaardige wijze die niet van alle grond of waarschijnlijkheid is ontbloot.

Er dient op te worden gewezen dat deze bewijslastregeling niet wegneemt dat de rechter vrij en naar eigen overtuiging de bewijswaarde van het aangedragen bewijs waardeert om tot zijn innerlijke overtuiging te komen, m.a.w. hij bepaalt vrij welk geloof hij aan bepaalde bewijzen hecht. Hierbij mag hij echter niet de bewijskracht van het bewijsstuk schenden. Hij mag aan de akte geen andere betekenis of uitlegging geven dan die welke met de bewoordingen van de akte verenigbaar is.¹²² Aldus vormt de bewijskracht van de akte een limiet aan de vrije beoordeling van de bewijswaarde door de rechter.

D. Conclusie

De vraag rijst of de hierboven beschreven methodes van raming en schatting, die de fiscale administratie meestal toepast wanneer zij een ambtshalve aanslag oplegt, niet zouden mogen gebruikt worden voor de raming van de vermogensvoordelen door de strafrechter die de verbeurdverklaring ervan moet bevelen. Beide situaties vertonen een zekere gelijkenis. In beide gevallen is er immers sprake van een vermoedelijk vermogen. In de fiscale procedure gaat de administratie uit van de gegevens omtrent het vermogen van de belastingplichtige, terwijl in het strafrecht de raming mogelijk gebaseerd is op enkele karige elementen uit het dossier.¹²³

Het gebruik van de taxatie op basis van tekenen en indiciën omschreven in art. 341 W.I.B. werd echter in een zaak voor de correctionele rechtbank te Brussel niet toegestaan.¹²⁴ De rechtbank oordeelde dat het gebruik van de taxatie op basis van tekenen en indiciën vreemd is aan de bewijsregeling in de strafprocedure, terwijl het aan de vervolgende partij toekomt om het bewijs te leveren van de constitutieve elementen van het misdrijf, zonder de omkering van de bewijslast.¹²⁵ De rechtbank voegt eraan toe dat het gebruik van de voormelde methode niet aan te bevelen was in een strafprocedure, *gelet op het gebrek aan precisie ervan, wat primordiaal is in strafzaken*.

Hoewel er geen gelijke rechtspraak bestaat omtrent het gebruik van de schatting van geleverde goederen en diensten omschreven in art. 66 W.B.T.W. in een strafprocedure, lijkt hiervoor dezelfde conclusie gelden. Ook deze methode wordt immers gekenmerkt door een omkering van de bewijslast en het gebruik van vermoedens inzake de omvang van het vermogen.

Het gebruik van deze methodes of van gegevens die door het aanwenden van dergelijke methodes verworven zijn, lijkt niet de adequate oplossing voor de verbeurdverklaring van het wederrechtelijk verworven vermogen. De verbeurdverklaring is immers een straf, waarvan de uitspraak en de strafmaat overeenkomstig art. 195 Sv. «nauwkeurig, maar op een wijze die beknopt mag zijn» door de rechter dienen gemotiveerd te worden op basis van «precieze» gegevens die op hun beurt door het openbaar ministerie moeten worden bewezen. In het licht van het voormelde vonnis kan men zich afvragen of dezelfde bezwaren niet kunnen worden opgeworpen tegen het voorstel ter verdeling van de bewijslast aangaande de herkomst van goederen waarvan wordt vermoed dat zij voortkomen uit een met georganiseerde criminaliteit verbonden activiteit.¹²⁶ Hoewel dit voorstel een verdeling van de bewijslast voorstaat, komt dit immers *de facto* neer op een omkering van de bewijslast nadat de vervolgende partij de onrechtmatige oorsprong van bepaalde goederen «aannemelijk» heeft gemaakt.

V. BESLUIT

Het voorgestelde gebruik van fiscale gegevens in een strafproces naar aanleiding van de raming van het wederrechtelijk verkregen vermogensvoordeel stuit duidelijk op aantal wezenlijke bezwaren.

De spreekplicht van de belastingplichtige in de fiscale procedure staat haaks op het zwijgrecht van de verdachte in een strafproces. Dezelfde conclusie geldt voor de verplichting van de belastingplichtige tot het verlenen van inzage aan de administratie in bepaalde documenten, wanneer de administratie van het bestaan en de locatie van deze documenten niet zeker is. In dit geval zal de verplichting tot het verlenen van inzage immers een bekentenis impliceren van de belastingplichtige m.b.t. het bestaan en het bezit van de documenten. Deze afgedwongen bekentenis kan zelf-incriminerend zijn en maakt bijgevolg een schending van het zwijgrecht uit (punt II.D.).

Los van de actieve houding die een belastingplichtige dient aan te nemen in een fiscaal controleonderzoek, waarvan hij niet het voorwerp uitmaakt, zullen zijn medewerkingverplichtingen eveneens een schending van het zwijgrecht in strafzaken inhouden wanneer zij een zelf-incriminerend karakter vertonen (punt III, E.).

De gegevens die door de fiscale administratie zijn verkregen op basis van de medewerkingverplichtingen van de belastingplichtige en van derden die dreigen zichzelf te moeten beschuldigen, kunnen in de hierboven omschreven

¹²² Cass. 24 september 1992, *Pas.* 1992, I, 1052.

¹²³ Cass. 14 december 1994, *Arr. Cass.* 1994, 1108.

¹²⁴ Corr. Brussel, 25 juni 1986, *F.J.F.*, 1987, 45.

¹²⁵ THUS, D., «Mogelijkheden tot samenwerking tussen de gerechtelijke overheden en de ambtenaren van de belastingadministraties», *l.c.*, 99.

¹²⁶ DE MEESTER, T. en TRAEST, P., *Spijtoptanten, aanmoediging en vergemakkelijking van de getuigenis in het kader van de strafrechtspleging, omkering van de bewijslast aangaande de herkomst van goederen waarvan wordt vermoed dat zij voortkomen uit een met de georganiseerde criminaliteit verbonden activiteit*, onderzoeksrapport in opdracht van het Ministerie van Justitie, Universiteit Gent, onuitgegeven 1996-1997, 324.

omstandigheden een onregelmatig bewijs in strafzaken uitmaken. Aangezien de administratie optreedt in de hoedanigheid van aangever van het bewijsmateriaal zal dit meestal het geval zijn. Bijgevolg kunnen deze gegevens niet worden toegelaten in een strafdossier. De uitsluiting betreft niet enkel de kwetsieuze gegevens, maar evenzeer de vruchten ervan. Het zal voorwaar geen gemakkelijke zaak zijn om uit te maken welke gegevens uit een fiscaal controleonderzoek uiteindelijk mogen worden opgenomen in een strafdossier.

De gegevens afkomstig uit een ambtshalve aanslag van de fiscale administratie moeten worden uitgesloten uit het strafdossier, omdat de gebruikte methode, die tot deze gegevens aanleiding gaf, onverenigbaar is met de beginselen van het strafrecht, wegens de omkering van de bewijslast en de onpreciesheid van de in de fiscale procedure gebruikte methodes (punt IV, D.).

Tot besluit kan worden gesteld dat het voorgestelde gebruik van fiscale gegevens in een strafdossier ter compensatie van het gebrek aan informatie omtrent het wederrechtelijk verkregen vermogensvoordeel van de beklaagde met het oog op de verbeurdverklaring van dit vermogensvoordeel, niet de adequate oplossing is die dit probleem verdient. Hoewel het gebruik van fiscale gegevens op het eerste gezicht aantrekkelijk lijkt, toont een grondiger analyse aan dat het gebruik van deze gegevens ten koste zou

gaan van essentiële proceswaarborgen van de verdediging en zou indruisen tegen een reeks basisbeginselen van het strafprocesrecht. Hierbij zij opgemerkt dat de E.C.R.M. in de zaak Zegwaard t/ Nederland op 9 september 1998 heeft geoordeeld dat art. 6, tweede lid, E.V.R.M. geschonden is door de rechter die een ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel mede grondt op strafbare feiten waarvoor de verdachte niet met zoveel woorden heeft moeten terechtstaan, maar min of meer gelijksoortig zijn aan de tenlasteleggingen. De voordeelontneming kan niet mede worden bepaald door een schuldigverklaring die niet volgens de normale straf procesrechtelijke weg is totstandgekomen.¹²⁷ Gegevens afkomstig uit een fiscaal controleonderzoek mogen bijgevolg bij de bepaling van de straf niet worden gebruikt op een wijze die strijdig is met het vermoeden van onschuld.

Niko DE CAMPS

Navorser straf- en strafprocesrecht V.U.B.

¹²⁷ E.C.R.M., nr. 26493/95, 9 september 1998, *N.J.C.M.-Bulletin* 1999, 675, noot E. MYJER. Dit oordeel is overgenomen door het Comité van Ministers in resolutie *DH* (99) 295 van 15 april 1999; MOLS, G., «Ontneming wederrechtelijk verkregen voordeel en de *presumptio innocentiae*», *Nieuwsbrief Strafrecht* 1999, 125.

RECHTSPRAAK

ARBITRAGEHOF

6 APRIL 2000

Voorzitter: de h. Melchior

Rapporteurs: de hh. Martens en De Groot

Advocaten: mrs. Laquay, Mahieu en Thiry

1. Arbitragehof – Beroep tot vernietiging – Belang – Politieke partij – Kieswetgeving – 2. Grondwet – Gelijkheid en niet-discriminatie – Verkiezingen – Bescherming van het letterwoord

1. Politieke partijen die feitelijke verenigingen zijn, hebben in beginsel niet de vereiste bekwaamheid om voor het Arbitragehof een beroep tot vernietiging in te stellen, behoudens wanneer zij optreden in aangelegenheden, zoals de kieswetgeving, waarvoor zij als afzonderlijke eenheden worden erkend en wanneer, terwijl hun optreden bij de wet is voorgeschreven, sommige aspecten daarvan in het geding zijn.

2. De bepalingen van de wet van 18 december 1998 tot regeling van de gelijktijdige of kort opeenvolgende verkiezingen voor de federale Wetgevende Kamers, het Europese Parlement en de Gewest- en Gemeenschapsraden, schenden niet de artikelen 10 en 11 van de Grondwet doordat ze voortaan vereisen dat enkel de politieke formaties die door minstens twee parlementsleden in een van beide Kamers vertegenwoordigd zijn, een verzoek kunnen indienen tot

bescherming van het letterwoord dat zij wensen te vermelden in de akte van voordracht van de kandidaturen.

Arrest nr. 43/2000

Onderwerp van de beroepen

...

b) Bij verzoekschrift dat aan het Hof is toegezonden bij op 24 juni 1999 ter post aangetekende brief, hebben D. Féret en het «Front National», beroep tot vernietiging gesteld van art. 3, 1^o en 2^o, en van art. 7, 1^o en 2^o, van de wet van 18 december 1998 tot regeling van de gelijktijdige of kort opeenvolgende verkiezingen voor de federale Wetgevende Kamers, het Europese Parlement en de Gewest- en Gemeenschapsraden.

...

In rechte

...

Ten aanzien van de ontvankelijkheid van de beroepen

Ten aanzien van de zaak nr. 1632

...

Ten aanzien van de zaak nr. 1714

B.2.1. In de hoedanigheid van voorzitter van het «Front National» of als lid van de Kamer van volksvertegenwoordigers, doet D. Féret niet blijken van een persoonlijk belang bij zijn beroep.

B.2.2.1. De feitelijke vereniging «Front National», tweede verzoekende partij, acht zich door de bestreden bepalingen gediscrimineerd omdat zij, met slechts één verkozenen in het federale Parlement, voortaan geen bescherming van haar letterwoord kan krijgen.

B.2.2.2. Volgens de Ministerraad staat het aan die verzoekende partij aan te tonen dat de aangevochten bepalingen de aangelegenheden raken waarvoor de politieke formaties zijn erkend en waarvoor zij optreden, voorwaarde waaraan de ontvankelijkheid van een beroep van een feitelijke vereniging onderworpen is.

B.2.2.3. Naar luid van art. 2, 2^o, van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof dient de verzoekende partij voor het Hof een natuurlijke persoon of een rechtspersoon te zijn die doet blijken van een belang. De politieke partijen die feitelijke verenigingen zijn, hebben in beginsel niet de vereiste bekwaamheid om voor het Hof een beroep tot vernietiging in te stellen. Anders is het wanneer zij optreden in aangelegenheden, zoals de kieswetgeving, waarvoor zij wettelijk als afzonderlijke entiteiten worden erkend en wanneer, terwijl hun optreden bij de wet is voorgeschreven, sommige aspecten daarvan in het geding zijn.

B.2.2.4. Te dezen kennen de in het geding zijnde bepalingen aan de politieke partijen het recht toe om, onder de voorwaarden die zij vaststellen, de bescherming van hun letterwoord te vragen. De verzoekende partij wordt rechtstreeks en ongunstig door de bestreden bepalingen geraakt doordat zij het haar niet mogelijk maken om, zoals andere formaties die in het Parlement zijn vertegenwoordigd en zich bij de verkiezingen voordragen, de bescherming van een letterwoord te verkrijgen.

B.2.2.5. Daaruit volgt dat de verzoekende partij als een persoon moet worden beschouwd in de zin van art. 2, 2^o, van de voormelde bijzondere wet van 6 januari 1989 en dat zij van het vereiste belang doet blijken.

Aangezien de verzoekende partij, overeenkomstig haar statuten, geldig vertegenwoordigd is door haar voorzitter, is haar beroep ontvankelijk.

*Ten gronde**Ten aanzien van het eerste middel*

B.3.1. In haar eerste middel beweert de verzoekende partij dat de betwiste bepalingen een discriminatie teweegbrengen tussen de politieke formaties die door één federaal parlements lid zijn vertegenwoordigd en die welke door ten minste twee parlementsleden zijn vertegenwoordigd, temeer daar voor de verkiezing van het Europese Parlement het verkrijgen van een beschermd letterwoord samengaat met de toekenning van een gemeenschappelijk volgnummer dat op nationaal vlak is geloot, wat tot gevolg heeft dat aan de andere lijsten een minder gunstig volgnummer wordt toegewezen, naast het feit dat zij aldus het risico lopen dat hun letterwoord door een concurrerende formatie wordt gebruikt.

B.3.2. Uit de wetswijziging van 18 december 1998 vloeit voort dat voortaan enkel de politieke formaties die door minstens twee parlementsleden in een van beide Kamers zijn vertegenwoordigd, een verzoek kunnen neerleggen tot bescherming van het letterwoord dat zij wensen te vermelden in de akte van voordracht van de kandidaturen, terwijl de in het geding zijnde wetten, in hun vroegere versie, in die zin konden worden geïnterpreteerd dat zij elke politieke formatie die in een van beide Kamers vertegenwoordigd was, toestonden een dergelijk verzoek in te dienen, zelfs indien haar vertegenwoordiging tot één lid beperkt was.

B.3.3. Tussen de politieke formaties die slechts één verkozenen tellen in één van beide federale wetgevende Kamers en die welke over minstens twee verkozenen beschikken, bestaat een objectief verschil, dat gegrond is op het niveau van hun vertegenwoordiging.

B.3.4. De door de wetgever nagestreefde doelstellingen bestaan erin «te vermijden dat er aanvragen ingediend zouden worden (...) om onconventionele letterwoorden te beschermen (...)» (*Parl. St.*, Kamer, 1997-98, nr. 1729/1, p. 5). De Ministerraad voegt in zijn memories eraan toe dat de wetgever het recht op een bescherming van de letterwoorden bij verkiezingen wil openen enkel voor de politieke formaties die een voldoende drempel van representativiteit bereiken.

B.3.5. Het streven om de bescherming van onconventionele lijsten te vermijden zou niet voldoende zijn, gelet op de vereisten van het gelijkheidsbeginsel, mocht daaraan niet de andere doelstelling worden toegevoegd die erin bestaat de lijsten met een minimale vertegenwoordiging te beschermen. In dat opzicht staat het aan de wetgever, in het raam van de ruime beoordelingsvrijheid waarover hij beschikt bij de regeling van het kiesstelsel, de drempel vast te stellen waaronder een in het Parlement vertegenwoordigde politieke formatie niet voldoende representatief lijkt te zijn. De bekritiseerde maatregel, namelijk de aanwezigheid van ten minste twee parlementsleden in een wetgevende vergadering, stemt overeen met het nagestreefde doel.

B.3.6. De in het geding zijnde maatregel doorstaat de grondwettigheidstoetsing in het licht van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet evenwel slechts indien hij niet onevenredig is met het nagestreefde doel.

B.3.7. De personen en de politieke formaties wordt door de aangevochten bepalingen geenszins het recht ontzegd om zich bij de verkiezingen voor te dragen.

Die maatregel schendt geenszins het recht van alle politieke formaties om zich voor te dragen onder het letterwoord van hun keuze, waaraan enkel de bij de wet georganiseerde bescherming wordt ontzegd. De ontstentenis van bescherming belet de betrokken formaties niet het voordeel te genieten van art. 21, § 2, vijfde lid, van de wet van 23 maart 1989 en van art. 116, § 4, vierde lid, van het Kieswetboek, wanneer hun kandidatenlijsten worden voorgedragen, voorzien van hun letterwoord, op grond van art. 21 van de wet van 23 maart 1989 en art. 116 van het Kieswetboek. Die twee bepalingen, ingevoegd respectievelijk bij de artikelen 4 en 9 van de in het geding zijnde wet, bepalen immers dat, wanneer de voordracht van de kandidaten wordt neergelegd samen met de vermelding van een letterwoord, elke andere voordracht van kandidaten datzelfde letterwoord niet meer mag gebruiken.

B.3.8. De wedijver die op dat ogenblik kan bestaan en de grotere haast die aan de partijen wordt opgelegd om de bescherming van hun letterwoord te verkrijgen, zijn niet van die aard dat aan de maatregel een kennelijk onredelijk karakter wordt gegeven. Die nadelen zijn niet van die aard dat zij een discriminerende schending zouden inhouden van het wezen zelf van het recht om te worden verkozen.

B.3.9. Het middel is niet gegrond.

Ten aanzien van het tweede middel

B.4.1. In haar tweede middel klaagt de verzoekende partij aan dat de aangevochten bepalingen de politieke formaties met één federaal parlements lid op voet van gelijkheid stellen met om het even welke splintergroep die enkele maanden vóór de verkiezingen wordt opgericht. Zij acht die identieke behandeling van personen die zich in verschillende situaties bevinden onverantwoord.

B.4.2. De Ministerraad acht het middel verward en derhalve onontvankelijk.

B.4.3. Het middel vermeldt voldoende duidelijk dat het, afgeleid uit de schending van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, de aangevochten bepalingen verwijt dat zij de politieke formaties die in het federale Parlement vertegenwoordigd zijn en die welke het niet zijn, op dezelfde manier behandelen.

De door de Ministerraad opgeworpen exceptie van onontvankelijkheid van het middel wordt verworpen.

B.4.4. De twee middelen zijn op een verschillende manier voorgesteld, maar uiten dezelfde kritiek ten aanzien van de aangevochten bepalingen. Er is wellicht een verschil tussen de partijen die een verkozenen hebben en die welke er geen hebben. Maar de overwegingen betreffende de representativiteitsdrempel, vermeld in B.3.5 tot B.3.8, zijn van die aard dat zij verantwoord zijn dat die twee categorieën van partijen op dezelfde manier worden behandeld.

B.4.5. Het middel is niet gegrond.

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER – 22 FEBRUARI 1999

Voorzitter: de h. Marchal

Rapporteur: mevr. Bourgeois

Openbaar ministerie: mevr. De Raeve

Advocaten: mrs. van Hecke en Bützler

Gehandicapte – Hulp aan bejaarden – Bestaansmiddelen

Art. 17 van het K.B. van 5 maart 1990 m.b.t. de tegemoetkoming voor hulp aan bejaarden bepaalt dat, wanneer de gehandicapte, zijn echtgeno(o)t(e) of de persoon met wie hij een huishouden vormt, (on)roerende goederen om niet of onder bezwarende titel hebben afgestaan in de loop van tien jaar vóór de aanvraag, een inkomen in rekening wordt gebracht dat forfaitair wordt vastgesteld op de verkoopwaarde van de goederen op het tijdstip van de afstand. Indien deze goederen in onverdeeldheid waren en op het ogenblik van de aanvraag één van de partners is overleden, moet hiermee rekening worden gehouden. De verkoopwaarde van de afgestane goederen moet

worden vermenigvuldigd met een breuk die de belangrijkheid van de gerechtigde in de afgestane goederen uitdrukt.

Belgische Staat, minister van Sociale Zaken t/ J.

Gelet op het bestreden arrest, op 8 januari 1998 gewezen door het Arbeidshof te Antwerpen;

...

Overwegende dat krachtens art. 6, § 1, van het K.B. van 5 maart 1990 betreffende de tegemoetkoming voor hulp aan bejaarden, deze tegemoetkoming wordt toegekend in verhouding tot het resultaat van een onderzoek naar het inkomen; dat, onverminderd de toepassing van § 2, alle inkomsten, ongeacht hun aard of oorsprong, waarover de gehandicapte, en eventueel zijn niet feitelijk noch van tafel en bed gescheiden echtgenoot of de persoon met wie de gehandicapte een huishouden vormt, beschikken, in aanmerking worden genomen;

Overwegende dat krachtens art. 17 van hetzelfde K.B., wanneer de gehandicapte, zijn echtgenoot of de persoon met wie hij een huishouden vormt, roerende of onroerende goederen om niet of onder bezwarende titel hebben afgestaan in de loop van de tien jaren vóór de datum waarop de aanvraag om tegemoetkomingen uitwerking heeft, een inkomen in rekening wordt gebracht dat forfaitair wordt vastgesteld door op de verkoopwaarde van de goederen op het tijdstip van de afstand de bij art. 16 beoogde berekeningsmodaliteiten toe te passen;

Dat krachtens art. 18 van hetzelfde K.B., voor de toepassing van art. 17 de verkoopwaarde van de afgestane roerende of onroerende goederen, waarvan de aanvrager, zijn echtgenoot of de persoon met wie hij een huishouden vormt, eigenaar of vruchtgebruiker in onverdeeldheid waren, vermenigvuldigd wordt met de breuk die de belangrijkheid van de rechten van de aanvrager, zijn echtgenoot of de persoon met wie hij een huishouden vormt, uitdrukt;

Overwegende dat uit het verband tussen deze artikelen volgt dat met de verkoopwaarde van de afgestane goederen op het tijdstip van de afstand rekening wordt gehouden, maar dat slechts wanneer de gehandicapte op het ogenblik van de toekenning van de tegemoetkoming nog met zijn echtgenoot samenwoont of met een ander persoon een huishouden vormt, de verkoopwaarde van de afgestane goederen wordt vermenigvuldigd met de breuk die de belangrijkheid uitdrukt van de gezamenlijke rechten van de gehandicapte, zijn echtgenoot of de persoon met wie hij een huishouden vormt, dit wanneer ten tijde van de afstand diezelfde personen eigenaar of vruchtgebruiker in onverdeeldheid waren;

Dat hieruit volgt dat ten aanzien van de alleenstaande gerechtigde, wiens inkomen alleen krachtens artikel 6 van het koninklijk besluit van 5 maart 1990 moet worden onderzocht voor de toekenning van de tegemoetkoming, de verkoopwaarde van de afgestane goederen vermenigvuldigd wordt met de breuk die de belangrijkheid van de rechten van de gerechtigde alleen in de afgestane goederen uitdrukt;

Overwegende dat het arrest oordeelt dat 1) na de afstand om niet op 22 juni 1985 van een onroerend goed ter waarde van 800.000 frank dat in mede-eigendom aan verweerster en haar op 5 oktober 1988, dit is vóór de toekenning van de tegemoetkoming, overleden echtgenoot behoorde, slechts de

helft van de waarde van dit goed in haar patrimonium is gevallen; 2) de waarde van dit onverdeeld onroerend goed wordt vermenigvuldigd met een breuk die het zakelijk recht zelf uitdrukt, te dezen 400.000 frank;

Overwegende dat het arrest, op grond van die vaststellingen zijn beslissing naar recht verantwoordt;

...

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER – 3 NOVEMBER 1999

Voorzitter-rapporteur: de h. Ghislain

Openbaar ministerie: de h. Spreutels

Advocaat: mr. Bützler

Strafdossier – Weren van stukken – Nietige stukken

Door de beklaagde het recht te ontzeggen gebruik te maken van de inhoud van een getuigenis, die afgenomen werd in de loop van een onderzoek dat wegens een gebrek in de procedure is vernietigd, en die hij tot staving van zijn verdediging wil aanvoeren, miskent het arrest het algemeen rechtsbeginsel van het recht van verdediging.

Van M. t/ O.M.

Gelet op het bestreden arrest, op 22 januari 1999 door het Hof van Beroep te Brussel gewezen;

...

Overwegende dat het arrest, door de beklaagde het recht te ontzeggen gebruik te maken van de inhoud van een getuigenis, die werd afgenomen in de loop van een onderzoek dat wegens een gebrek in de procedure is vernietigd, en die hij, tot staving van zijn verdediging, wil aanvoeren, het algemeen rechtsbeginsel van het recht van verdediging miskent;

Dat het middel in zoverre gegrond is;

...

NOOT – Nietigverklaring van voor de beklaagde voordelige stukken

1. De in deze zaak wegens verkrachting en aanranding van de eerbaarheid vervolgte beklaagde beriep zich voor het hof van beroep, tot staving van zijn verdediging, op een onder ede door het slachtoffer op een met gesloten deuren gehouden zitting van de correctionele rechtbank afgelegde verklaring. Het hof van beroep stelde vast dat de zaak op die zitting werd behandeld zonder dat overeenkomstig art. 148 van de Grondwet de sluiting van de deuren was bevolen en weigerde derhalve rekening te houden met de getuigenverklaring. Het hof voegde eraan toe dat het slachtoffer op zijn terechtzitting opnieuw werd verhoord, weliswaar niet meer onder ede, omdat het zich intussen burgerlijke partij had gesteld, en dat de beklaagde in alle vrijheid vragen kon stellen aan het slachtoffer en in zijn pleidooi kritiek kon formuleren op de door het slachtoffer gegeven versie van de feiten.

De beklaagde voerde voor het Hof van Cassatie aan dat hij, ingevolge het beginsel van het recht van verdediging, van

de waarborg van een eerlijk proces, van het vermoeden van onschuld en van de regelen inzake het bewijs in strafzaken, zijn onschuld mocht bewijzen aan de hand van stukken die uit het debat zijn geweerd wegens een onregelmatigheid in de rechtspleging. Het Hof van Cassatie volgde deze stelling en besliste «dat het arrest, door de beklaagde het recht te ontzeggen gebruik te maken van de inhoud van een getuigenis die werd afgenomen in de loop van een onderzoek dat wegens een gebrek in de procedure is vernietigd, en die hij, tot staving van zijn verdediging, wil aanvoeren, het algemeen rechtsbeginsel van het recht van verdediging miskent».

2. Luidens vaststaande rechtspraak van het Hof van Cassatie beoordeelt de strafrechter, tenzij de wet een bijzonder bewijsmiddel voorschrijft, vrij de bewijswaarde van de hem voorgelegde gegevens. De gegevens waarop de rechter zijn overtuiging grondt, dienen echter wel *op regelmatige wijze te zijn verkregen* en aan de tegenspraak van partijen te zijn onderworpen (Cass., 4 maart en 26 november 1997, *Arr. Cass.*, 1997, 297 en 1221). De rechter vermag derhalve niet het misdrijf bewezen te verklaren indien de daartoe aangewende bewijsmiddelen op onrechtmatige wijze zijn verkregen, maar hij mag de beklaagde wel veroordelen door zijn beslissing te baseren op andere, rechtmatig verkregen gegevens (Cass., 9 december 1997, *Arr. Cass.*, 1997, 1307; Cass., 23 december 1998, *Arr. Cass.*, 1998, 1166).

3. Indien de rechter echter weigert stukken, *die hem regelmatig zijn overgelegd* en die de beklaagde tot staving van zijn onschuld inroept, in aanmerking te nemen, schendt hij het recht van verdediging.

De rechter miskent aldus, door geen acht te slaan op alle stukken van de procedure, het recht van verdediging:

- wanneer hij weigert rekening te houden met een door de beklaagde aan de politie afgelegde verklaring omdat het proces-verbaal waarin deze verklaring is opgenomen, in strijd met de wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken werd opgesteld, maar de nietigheid van dit stuk door het vonnis van de eerste rechter werd gedekt (Cass., 3 september 1974, *Arr. Cass.*, 1975, 9);

- wanneer hij stukken uit de debatten weert om reden dat ze in een andere taal dan die van de rechtspleging zijn gesteld; eventueel dient hij de vertaling ervan te bevelen (Cass., 10 mei 1988, *Arr. Cass.*, 1987-88, 1180; Cass., 16 juni 1982, *Arr. Cass.*, 1981-82, 1296);

- door een ter terechtzitting afgelegde getuigenverklaring uit de debatten te weren omdat het proces-verbaal van de terechtzitting de leeftijd van de getuige niet vermeldt, wat echter geen substantieel vormvereiste is, noch op straffe van nietigheid is voorgeschreven (Cass., 11 februari 1974, *Arr. Cass.*, 1974, 627; Cass., 10 september 1974, *Arr. Cass.*, 1975, 29);

- door geen rekening te houden met de door het slachtoffer op een met gesloten deuren gehouden zitting afgelegde verklaring, nu uit de gedingstukken niet zou blijken dat door de rechtbank werd vastgesteld dat de openbaarheid een gevaar opleverde voor de openbare orde of de goede zeden, terwijl dit in werkelijkheid wel uit deze stukken blijkt (Cass., 22 juli 1981, *Arr. Cass.*, 1980-81, 1285);

- door de door de beklaagde ingediende medische attesten uit de debatten te weren omdat ze door zijn geneesheer aan zijn raadsman in strijd met het beroepsgeheim werden overhandigd, terwijl uit deze omstandigheid geen

schending van het beroepsgeheim kan worden afgeleid (Cass., 6 april 1982, *Arr. Cass.*, 1981-82, 980);

– door een deskundigenverslag uit de debatten te weren op de enkele grond dat de deskundige niet meer de nodige waarborgen van objectiviteit biedt; dit sluit evenwel niet uit dat met deze omstandigheid rekening kan gehouden worden bij de beoordeling van de bewijswaarde van het deskundigenverslag (Cass., 21 november 1989, *Arr. Cass.*, 1989-90, 387, met noot).

In al deze arresten werd de beslissing van de rechter vernietigd waarbij de gegevens waarop de beklaagde zijn verweer baseerde, ten onrechte als onregelmatig verkregen bewijselementen uit de debatten werden geweerd.

4. In het geannoteerde arrest, alsmede in het arrest van 13 januari 1998 (*Arr. Cass.*, 1998, 65), gaat het Hof van Cassatie nog een stap verder. Uit deze arresten blijkt dat het recht van verdediging tevens vereist dat soms rekening wordt gehouden met *nietige stukken* (Huybrechts, L., «Het gebruik in het strafproces van een ander strafdossier», in *Om deze redenen, Liber Americorum A. Vandeplas*, Gent, Mys & Breesch, 1994, p. 299, nr. 25).

In het arrest van 13 januari 1998 besliste het Hof van Cassatie dat zelfs wanneer een proces-verbaal nietig is wegens miskenning van de wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken, geen enkele wettelijke bepaling de rechter ontslaat van de verplichting om acht te slaan op de inlichtingen die de beklaagde uit dit stuk afleidt voor zijn verdediging. Het staat aan de rechter eventueel de nietige opsporings- of vaststellingshandeling op rechtsgeldige wijze te laten overdoen.

Uit de arresten van 13 januari 1998 en 3 november 1999 blijkt dat de rechter een door een beklaagde ingeroepen bewijselement, dat *nietig is wegens een onregelmatigheid in de rechtspleging*, niet zonder schending van het recht op verdediging uit de debatten kan weren.

Een bewijs kan echter niet alleen ontoelaatbaar zijn wegens schending van een regel van het formeel strafprocesrecht, maar ook omdat het werd verkregen door het plegen van een misdrijf (bv. door diefstal of een met het beroepsgeheim strijdige handeling) of met miskenning van een algemeen rechtsbeginsel (bv. schending van het recht van verdediging, het recht op privacy of van de loyaleit vereist in de bewijsvoering). De rechter mag een misdrijf op grond van dergelijke bewijsmiddelen niet bewezen verklaren, in zoverre de strafbare daad of de onrechtmatige handeling op grond waarvan zij werden verkregen, hetzij door de met het onderzoek, de vaststellingen, of de vervolgingen belaste overheid, hetzij door de aangever van het misdrijf werd begaan (Cass., 9 december 1997, *Arr. Cass.*, 1997, 1307; Cass., 23 december 1998, *Arr. Cass.*, 1998, 1166).

Nu het recht op een eerlijk proces vereist dat de beklaagde vrij kiest op welke wijze hij zijn onschuld wil staande houden (Cass., 24 augustus 1998, *Arr. Cass.*, 1998, 820), dient de rechter niet alleen rekening te houden met de door de beklaagde ingeroepen bewijselementen die nietig zijn wegens een gebrek in de procedure, maar tevens met die welke door een misdrijf of een andere onrechtmatige handeling werden verkregen (De Valkeneer, C., «De l'illégalité commise par un tiers dans l'administration de la preuve», (noot onder Cass., 17 april 1991), *R.D.P.*, 1992, 109; Europese Commissie voor de Rechten van de Mens, 16 december 1970, inzake Scheichelbauer, aangehaald door Velu, J., in *R.P.D.B.*, *Compl.*

VII, v^o *Convention européenne des droits de l'homme*, p. 299, nr. 490).

5. Wering van onregelmatige stukken uit de debatten kan sinds de wet van 12 maart 1998 tot verbetering van de strafrechtspleging in het stadium van het opsporingsonderzoek en van het gerechtelijk onderzoek, ook door de raadkamer of de kamer van inbeschuldigingstelling geschieden. Deze onderzoeksgerechten kunnen overeenkomstig art. 131 en 235bis, § 6, Sv. de nietigheid uitspreken van een handeling en van een deel of van het geheel van de erop volgende rechtspleging, wanneer zij een onregelmatigheid, verzuim of nietigheid vaststellen die invloed heeft op een handeling van het onderzoek of van de bewijsverkrijging. De aldus nietigverklarde stukken worden uit het dossier verwijderd en ter griffie neergelegd.

Bij deze nietigverklaring en vooral bij de hieropvolgende verwijdering van de stukken uit het dossier rijzen naar aanleiding van het geannoteerde arrest een hele reeks vragen betreffende de eerbiediging van het recht van verdediging van de beklaagde. Het is niet de bedoeling een volledige opsomming te geven van de mogelijke problemen in dit verband en evenmin om een kant-en-klare oplossing voor deze problemen te formuleren. Men kan zich overigens afvragen of op basis van de bestaande wetgeving wel een geschikte oplossing kan worden gevonden.

6. Laten we ervan uitgaan dat tijdens het gerechtelijk onderzoek een expertise werd gevoerd waarin voor de in verdenkinggestelde voordelige elementen aan het licht kwamen, maar dat de deskundige naliet de eed af te leggen.

De raadkamer wenst het deskundigenverslag, ambtshalve dan wel op verzoek van het openbaar ministerie of van de burgerlijke partij, nietig te verklaren. De in verdenkinggestelde, die de bevindingen van de deskundigen wil inroepen om aan te tonen dat er onvoldoende bezwaren bestaan om hem naar het vonnisgerecht te verwijzen, kan niet ontkennen dat het verslag nietig is. Hij kan wel aanvoeren dat, ondanks de nietigverklaring, het recht van verdediging vereist dat rekening wordt gehouden met het verslag bij de beoordeling van het bestaan van voldoende bezwaren.

Bovendien kan hij aanvoeren dat de nietigverklaring van het expertiseverslag tot gevolg heeft dat het materieel uit het dossier zal worden verwijderd, zodat hij er zich voor het vonnisgerecht niet meer zal kunnen op beroepen om zijn verdediging uit te oefenen. Niet zozeer de nietigverklaring, maar wel de door de wet voorgeschreven verwijdering van het nietigverklarde stuk uit het dossier, schendt het recht van verdediging van de beklaagde.

Het algemeen rechtsbeginsel betreffende het recht van verdediging en art. 6 E.V.R.M., waarin het recht op een eerlijk proces wordt gewaarborgd, dat rechtstreeks van toepassing is in de interne rechtsorde en voorrang heeft op een daarmee strijdige interne rechtsregel (Cass., 1 april 1993, *Arr. Cass.*, 1993, 350) lijken zich m.a.w. te verzetten tegen de toepassing van art. 131, § 2 en 235bis § 6, Sv.

Onderzoeksgerechten zijn weliswaar in beginsel niet gebonden door art. 6 E.V.R.M. Zij zijn dit echter wel wanneer de niet-naleving van deze bepaling vóór de aanhangigmaking bij de bodemrechter het eerlijke karakter van het proces ernstig in het gedrang kan brengen (Cass., 24 oktober 1997, *Arr. Cass.*, 1997, 1028; Cass., 29 september 1999, P.99.1228.F). Dit kan in de besproken hypothese wel degelijk worden aangevoerd.

Een mogelijke oplossing kan erin bestaan dat de raadkamer het deskundigenverslag zou nietig verklaren, maar tevens met toepassing van art. 6 E.V.R.M. en van het recht van verdediging zou beslissen dat er niettemin met dit verslag, in de mate dat de inverdenkinggestelde hieruit voordelige elementen put, bij het beoordelen van het bestaan van voldoende bezwaren voor verwijzing naar het vonnisgerecht rekening wordt gehouden en dat het verslag niet materieel uit het dossier mag worden verwijderd. Deze mogelijkheid werd door de wetgever niet voorzien. Overigens kunnen medebeklaagden, voor wie het deskundigenverslag minder gunstige elementen bevat, er precies belang bij hebben dat dit stuk materieel uit het dossier verdwijnt alvorens het vonnisgerecht er kennis van krijgt....

Wanneer het nietige deskundigenverslag ingevolge de beslissing van het onderzoeksgerecht uit het dossier is verwijderd en neergelegd ter griffie van de rechtbank van eerste aanleg, zal de beklaagde voor het vonnisgerecht opnieuw aanvoeren dat zijn recht van verdediging wordt geschonden, daar hij het deskundigenverslag niet kan inroepen om zijn onschuld aan te tonen. De mogelijkheid om het (terecht) nietig verklaarde verslag opnieuw aan het dossier toe te voegen wordt in het Wetboek van Strafvordering niet voorzien. Het opnieuw aan het dossier toevoegen van het stuk zou wel op art. 6 E.V.R.M. kunnen worden gebaseerd.

Het lijkt alleszins niet vanzelfsprekend deze delicate kwestie te omzeilen door vast te stellen dat, om te weten of de beklaagde een eerlijk proces kreeg, niet enkel rekening moet worden gehouden met het feit dat een voor hem voordelig stuk uit het dossier werd verwijderd, maar moet worden nagegaan of de zaak *in haar geheel* op een eerlijke wijze werd behandeld (Cass., 1 februari en 31 mei 1995, *Arr. Cass.*, 1995, 117 en 545).

Er rijzen tevens problemen wanneer een andere beklaagde rechtstreeks voor het vonnisgerecht wordt gedagvaard en deze zich, te zijner verdediging, wenst te beroepen op het deskundigenverslag dat, voorafgaand aan het ogenblik waarop hij in de rechtspleging werd betrokken, uit het dossier werd verwijderd (De Nauw, A., «De zuivering van de nietigheden door de kamer van inbeschuldigingstelling na de wet van 12 maart 1998. Een maat voor niets», in *Liber Amicorum J. Van Den Heuvel*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1999, 472).

Aangezien de door het onderzoeksgerecht nietig verklaarde stukken zich niet meer in het dossier bevinden op het ogenblik dat deze beklaagde ten tonele verschijnt, kan deze in principe geen kennis hebben van de inhoud van deze stukken en derhalve evenmin van het feit dat zij elementen in zijn voordeel bevatten.

Ontegensprekelijk bestaat aldus een ongelijkheid tussen de partijen die reeds van bij de aanvang van het onderzoek in de zaak waren betrokken en die welke pas in de fase voor het vonnisgerecht tussenkomen, wat overigens reeds tijdens de voorbereiding van de wet van 12 maart 1998 werd geheld (Van Den Wyngaert, C. en De Smet, B., «De sanctionering van vormverzuimen: een dissenting opinion bij het voorstel van de Commissie Strafrechtsrecht», in *Het tweede voorontwerp van de Commissie Strafrechtsrecht*, Belgisch-Luxemburgse Unie voor Strafrecht, Gent, Mys & Breesch, 1997, 80).

In de praktijk is het echter niet ondenkbaar dat de rechtstreeks gedaagde kennis kan krijgen van de inhoud van

het uit het dossier verwijderde stuk, bv. omdat de inhoud ervan werd opgenomen in de voor het onderzoeksgerecht ingediende conclusies (Traest, P., «Beoordeling van de regelmatigheid van de procedure binnen het kader van de regeling van de rechtspleging», in *Het tweede voorontwerp van de Commissie Strafrechtsrecht*, Belgisch-Luxemburgse Unie voor Strafrecht, Gent, Mys & Breesch, 1997, 115).

7. De wetgever ging bij de redactie van de wetgeving betreffende de zuivering van nietigheden wellicht uit van de veronderstelling dat de beklaagde er belang bij heeft dat nietige bewijselementen uit het gezichtsveld van de rechter verdwijnen. Dat zich ook de omgekeerde situatie kan voordoen, werd blijkbaar uit het oog verloren.

Art. 6 E.V.R.M. kan worden aangewend om de gevolgen van de Wet Franchimont te nuanceren, maar het lijkt niet vanzelfsprekend dat de rechter zijn griffier naar de kelders van het justitiepaleis zal sturen om het ingevolge de beslissing van de raadkamer uit het dossier verwijderde stuk opnieuw op te vissen. Het zou misschien eenvoudiger zijn de materiële verwijdering van de door de onderzoeksgerechten nietig verklaarde stukken uit de wetgeving te schrappen. Het is overigens twijfelachtig of het doel dat de wetgever met deze materiële verwijdering beoogde, nl. vermijden dat de bodemrechter onbewust zou worden beïnvloed door de inhoud van het nietig verklaarde stuk, steeds wordt bereikt. De materiële verwijdering van het stuk belet immers niet dat hiervan sporen in het dossier kunnen overblijven, bv. in de conclusies van partijen of in de motieven van de beslissing van het onderzoeksgerecht.

Catherine Idomon

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER – 23 NOVEMBER 1999

Voorzitter: de h. Forrier

Rapporteur: de h. Goethals

Openbaar ministerie: de h. Duinslaeger

Advocaten: mrs. Bützler en De Gryse

Landschappen en monumenten – Herstelplicht – 1. Onderhouds- en instandhoudingswerken vorige toestand – Toestand als vastgelegd in het beschermingsbesluit – 2. Aard en draagwijdte – Uitspraak ten laste van de veroordeelde

1. De toestand als door het beschermingsbesluit vastgelegd, is bepalend voor zowel de aard en de omvang van de onderhouds- en instandhoudingswerken als voor de in art. 15 van het decreet van 3 maart 1976 tot bescherming van monumenten en stads- en dorpsgezichten bepaalde herstellplicht.

2. De bij artikel 15, eerste lid, van het decreet van 3 maart 1976 bepaalde herstellplicht beoogt, als ambtshalve te bevelen maatregel van burgerlijke aard die tot de strafvordering behoort, de schadelijke gevolgen van de bij het decreet van 3 maart 1976 bepaalde misdrijven te doen ophouden. Deze plicht blijft onverminderd bestaan wanneer deze gevolgen mede door andere feiten, waarvoor geen strafvervolgingen zijn ingesteld, zijn veroorzaakt.

Deze herstelmaatregel die ertoe strekt het herstel van de wegens het misdrijf veroorzaakte schade effectief te verzekeren, moet ook ten laste van de veroordeelde worden uitgesproken.

Van E. en J. t/ Vlaams Gewest

Gelet op het bestreden arrest, op 6 juni 1997 door het Hof van Beroep te Gent gewezen;

A. In zoverre de voorziening gericht is tegen de beslissing op de tegen de eiseressen ingestelde strafvorderingen:

...

A.2. Wat de beslissingen betreft waarbij hen bevolen wordt de beschermde panden in hun vorige toestand te herstellen:

Over het eerste middel, gesteld als volgt:

...

Wat het eerste onderdeel betreft:

Overwegende dat luidens het toepasselijke art. 7, tweede lid, van het decreet van 3 maart 1976 tot bescherming van monumenten en stads- en dorpsgezichten het koninklijk besluit tot definitieve bescherming de algemene en eventuele specifieke voorschriften inzake instandhouding en onderhoud vermeldt;

Dat luidens art. 11, § 1, van hetzelfde decreet de eigenaars en vruchtgebruikers van een beschermd monument of van een in een beschermd stads- of dorpsgezicht gelegen onroerend goed, ertoe gehouden zijn door de nodige instandhoudings- en onderhoudswerken het onroerend goed in goede staat te behouden en het niet te ontsieren, te beschadigen of te vernielen;

Dat krachtens art. 11, § 2, van dit decreet, naast het bindend advies van de minister of zijn gemachtigde, voor alle vergunningen verleend op grond van de Stedenbouwwet, de in het beschermingsbesluit bepaalde algemene en specifieke voorschriften inzake instandhoudingen en onderhoud onverminderd van toepassing zijn;

Overwegende dat vermelde bepalingen beogen verdere wijzigingen, zonder behoorlijke machtiging, aan de bestaande toestand te voorkomen, en onder meer, iedere eigenaar of vruchtgebruiker ertoe te verplichten de hiertoe noodzakelijke instandhoudings- en onderhoudswerken, te dezen overeenkomstig de voorschriften bepaald bij K.B. van 6 december 1976 en naar het hierin gemaakte onderscheid, uit te voeren;

Dat luidens art. 2 van dit koninklijk besluit de eigenaar van een monument of van een ander onroerend goed, dat deel uitmaakt van een stads- of dorpsgezicht, verplicht is zorg te dragen voor de instandhouding en het onderhoud, onder meer door de in deze bepaling vermelde werken uit te voeren en de erin opgesomde maatregelen te nemen;

Overwegende dat de bepaling van art. 13, 1 van het decreet, als van toepassing, waarbij strafbaar wordt gesteld «hij die verzuimt de overeenkomstig art. 5, § 4, en art. 11, § 2, bij koninklijk besluit bepaalde voorschriften na te leven met betrekking tot de instandhouding en het onderhoud van voor bescherming vatbare of beschermde onroerende goederen», in samenhang met vermelde bepalingen van art. 7 en

art. 11, §§ 1 en 2, moet worden gelezen; dat hieruit volgt dat de toestand, als door het beschermingsbesluit vastgelegd, bepalend is voor zowel de aard en de omvang van de onderhouds- en instandhoudingswerken als voor de in art. 15 van het decreet bedoelde herstelplicht;

Overwegende dat de appèlrechters, door aan de eiseressen te bevelen om de beschermde panden op hun kosten in hun «vroegere toestand» terug te brengen, dit is een goede staat zoals die kon bestaan bij het nemen van het beschermingsbesluit, niet bevelen deze goederen «in zeer slechte staat» terug te brengen, maar binnen de grenzen en het voorwerp van de telastlegging blijven, mitsdien hun beslissing naar recht verantwoorden;

Wat het tweede onderdeel betreft:

Overwegende dat de bij art. 15, eerste lid, van het decreet bepaalde herstelplicht, als ambtshalve te bevelen maatregel van burgerlijke aard die tot de strafvordering behoort, beoogt de schadelijke gevolgen van de bij art. 13 van het decreet bepaalde misdrijven te doen ophouden;

Dat deze plicht onverminderd blijft voortbestaan wanneer deze gevolgen mede door andere feiten, waarvoor geen strafvervolgung zijn ingesteld, zijn veroorzaakt;

Dat wanneer de dader van het misdrijf tot het ontstaan van de schade heeft bijgedragen, in die zin dat zonder dit misdrijf die schade, zoals *in concreto* vastgesteld, niet zou zijn ontstaan, het te zijnen laste te bevelen herstel zich uitstrekt tot deze hele schade;

Dat niet daarenboven moet worden onderzocht of bij ontstentenis van een ander feit, diezelfde schade niet zou zijn ontstaan;

Overwegende dat de appèlrechters met de in het middel vermelde redenen vaststellen dat beide eiseressen in de aangenomen periode van de telastlegging als eigenaars wetens en willens, om de overheid bij een latere aanvraag van een vergunning voor meer lucratief geachte nieuwbouw, voor een voldongen feit te plaatsen, de verkrotting van hun panden in de hand hebben gewerkt, en dat hun nalatigheid om de – nochtans mogelijke en verantwoorde – instandhoudings- en beschermingswerken uit te voeren, die de goederen tegen verder verval zouden hebben behoed, naast het in gebreke blijven van de nieuwe eigenaar, mede rechtstreeks tot het slopen van de goederen uit veiligheidsoverwegingen heeft geleid;

Dat de appèlrechters op grond van die vaststellingen wettig vermochten aan de eiseressen te bevelen om de beschermde panden op hun kosten in hun vroegere toestand terug te brengen;

Dat zij daarenboven niet dienden te onderzoeken in welke mate ook de nalatigheid van de nieuwe eigenaar of een eventuele voorbarige beslissing om te slopen, tot de vernieling van deze panden zou hebben bijgedragen;

Wat het derde onderdeel betreft:

Overwegende dat krachtens art. 15, tweede lid, van het decreet van 3 maart 1976 de minister of zijn gemachtigde bij het verstrijken van de in het vonnis vastgestelde termijn om de goederen in hun vroegere toestand terug te brengen, de werken op kosten van de eigenaar kan laten uitvoeren;

Dat de maatregel die ertoe strekt het herstel van de wegens het misdrijf veroorzaakte schade effectief te verzekeren,

ook ten laste van de veroordeelde moet worden uitgesproken;

Dat het middel niet kan worden aangenomen;

...

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 28 JANUARI 2000

Voorzitter: de h. Marchal

Rapporteur: de h. Storck

Openbaar ministerie: de h. Henkes

Advocaat: mr. De Bruyn

Erfdienstbaarheid – 1. Begrip – 2. Afschaffing door de rechter – Geen verlies van elk nut

1. *Er is sprake van een erfdienstbaarheid zodra de dienst in direct en onmiddellijk verband staat met het gebruik en de exploitatie van het erf, zelfs als die dienst geen ander gevolg heeft dan de toename van het gemak van dat gebruik en van die exploitatie. Door dat toegenomen gemak kent de dienst aan het erf een meerwaarde toe en is dus voor dat erf gevestigd overeenkomstig de artikelen 637 en 686, eerste lid, B.W., die niet in hun letterlijke betekenis mogen worden begrepen.*

2. *Een vonnis waarin wordt vastgesteld dat de erfdienstbaarheid een gemakkelijker, veiliger toegang tot de eigendom mogelijk maakt, het gemak van het heersende erf doet toenemen en er een meerwaarde aan verleent, beslist dat de erfdienstbaarheid nog steeds nuttig is voor het heersend erf.*

B. t/ C. en L.

Gelet op het bestreden vonnis op 30 juni 1998 in hoger beroep gewezen door de Rechtbank van Eerste Aanleg te Doornik;

...

Wat het tweede onderdeel betreft:

Overwegende dat de bewoordingen van de artikelen 637 en 686, eerste lid, B.W., waarop het middel steunt, niet in hun letterlijke betekenis mogen worden begrepen; dat de erfdienstbaarheid altijd van nut is voor personen; dat er sprake is van erfdienstbaarheid zodra de dienst in direct en onmiddellijk verband staat met het gebruik en de exploitatie van een erf, zelfs als die dienst geen ander gevolg heeft dan de toename van het gemak van dat gebruik en van die exploitatie; dat de dienst, door dat toegenomen gemak, aan het erf een meerwaarde toekent en dus voor dat erf gevestigd is, overeenkomstig de voornoemde wetsbepalingen;

Overwegende dat het bestreden vonnis vaststelt dat de litigieuze erfdienstbaarheid, luidens de akte op grond waarvan ze is gevestigd, ertoe strekt de eigenaars van het heersend erf en hun rechtopvolgers een recht op overgang te voet en met voertuig te verzekeren op het gedeelte van het terrein waarop ze betrekking heeft;

Overwegende dat uit de motiveringen van het bestreden vonnis die in het eerste onderdeel zijn weergegeven, volgt dat die erfdienstbaarheid, in de optiek van de appèlrechters, doordat ze een gemakkelijker, zelfs veiliger toegang tot de

eigendom van de verweerders mogelijk maakt, het gemak voor het heersend erf doet toenemen en er een meerwaarde aan verleent;

Dat het bestreden vonnis, op grond van die feitelijke beoordeling, wettig beslist dat de erfdienstbaarheid nog steeds van nut is voor het heersend erf en bijgevolg noch de wettelijke begrippen «erfdienstbaarheid» en «nut voor het heersend erf», noch de dwingende kracht van de overeenkomst waarbij zij is ingevoerd, miskent;

Dat het onderdeel niet kan worden aangenomen.

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

5ter KAMER – 22 MAART 1999

Voorzitter: de h. Hulpiau

Raadsheren: de hh. Brands en De Boel

Advocaten: mrs. Knapen loco Vanstreels, Vega loco Theunis en Simons loco De Winter

1. Pand – Pand handelszaak – Schuldvorderingen – Anterioriteitsregel – 2. Aanneming van werk – Geregistreeerde aannemer – Faillissement – Inhouding – Art. 400 W.I.B. – Wederpartij van de aannemer

1. *Wanneer het pand op de handelszaak ook de schuldvorderingen omvat, dan ontstaat dit pandrecht en neemt het rang vanaf de inschrijving van de pandakte.*

2. *De schuldeiser aan wie aan niet-geregistreeerde aannemer zijn schuldvorderingen op zijn opdrachtgevers heeft verpand en die tot inning van deze schuldvorderingen overgaat, is niet tot de inhouding krachtens art. 400 W.I.B. (1992) verplicht. Deze verplichting rust uitsluitend op de wederpartij van de aannemer.*

Belgische Staat t/ B., N.V. K. e.a.

Betwisting is ontstaan over het voorstel tot evenredige verdeling van de opbrengst van de verkoop van het handelsfonds van de gefailleerde N.V. M. en die concreet bestond in de inning van schuldvorderingen die de gefailleerde had ten opzichte van de N.V. H. en de N.V. I.

N.V. K. was pandhoudende schuldeiser op het handelsfonds van de gefailleerde. De Belgische Staat had derdenbeslag laten leggen bij voormelde schuldenaars van de gefailleerde.

De pandverzilveraar stelde een ontwerp van evenredige verdeling op waarin hij oordeelde dat de opbrengst (na aftrek van de kosten) toekwam aan N.V. K. omdat haar schuldvordering voorrang genoot en groter was dan de netto te verdelen opbrengst.

Het bestreden vonnis van de Rechtbank van Koophandel te Antwerpen van 3 maart 1997 heeft de tegenspraak van de Belgische Staat tegen dit voorstel van verdeling afgewezen, aldus het voorstel van verdeling van de pandverzilveraar bevestigend.

...

Terecht heeft de eerste rechter geoordeeld dat de door appellant gestelde discussie aangaande de tegenwerpbaarheid van de cessie van de betrokken facturen aan N.V. K. te

dezen zonder belang is voor de oplossing van het geschil. Geïntimeerde put haar rechten immers niet uit deze cessie, maar uit haar pandrechten. Het derdenbeslag dat appellant heeft laten leggen op de litigieuze schuldvorderingen verschaft hem anderzijds te dezen geen betere rechten bij de verdeling dan die welke hij reeds bezit krachtens zijn wettelijk voorrecht. Het hof beaamt en bevestigt de motieven desbetreffend van de eerste rechter.

De pandakte dateert van 11 januari 1995 en werd ingeschreven op het hypotheekkantoor op 25 januari 1995. Uitdrukkelijk werd in de pandakte bedongen dat de schuldvorderingen deel uitmaken van het handelsfonds en derhalve begrepen zijn in het pand. Het derdenbeslag van appellant dateert van 7 november 1995.

Gelet op de eerdere inschrijving van de pandrechten kan geïntimeerde haar pandrecht tegenwerpen aan appellant, ook al dateert de formele cessie van de bewuste schuldvorderingen van na het derdenbeslag.

Aldus heeft de eerste rechter terecht het probleem herleid tot de vraag welke van beide in het geding zijnde voorrechten voorrang geniet, namelijk het voorrecht van de fiscus (art. 422 W.I.B.) of dat van de pandhoudende schuldeiser op het handelsfonds.

De eerste rechter heeft ter oplossing van dit geschil terecht verwezen naar art. 20, 6°, Hyp. W., de bijzondere voorrechten op roerende goederen voorrang hebbende op de algemene voorrechten. De pandhoudende schuldeiser moet worden geacht een (bijzonder) voorrecht te genieten op de in pand gegeven zaak en op de opbrengst ervan. Geïntimeerde mocht zich bij voorrang doen uitbetalen boven appellant.

Appellant beroept zich tegenover de pandverzilveaar en geïntimeerde ten onrechte op de toepassing van art. 400 e.v. W.I.B. (1992).

De verplichting tot inhouding op de betalingen gedaan aan een niet-geregistreerde aannemer (de gefailleerde werd geschrapt bij beslissing van 29 maart 1996, bekendgemaakt in het *Belgisch Staatsblad* van 26 april 1996) en de bij deze wetbepaling opgelegde storting rust immers op de wederpartij van de aannemer. Indien deze opdrachtgever verzuimd heeft deze inhouding te doen, moet hij later met eigen gelden de schuld voldoen aan de fiscus. Met betrekking tot deze inhouding en storting is appellant zodoende geen schuldeiser van de gefailleerde.

De pandverzilveaar die, zoals te dezen, de betaling van de volledige schuldvordering kreeg, heeft geen onverschuldigde betaling ontvangen en appellant kan aan hem of aan geïntimeerde geen betaling vragen van de door de schuldenaar van de niet-geregistreerde aannemer niet gedane inhouding en storting. Het voorrecht dat appellant kan laten gelden op de opbrengst na pandverzilvering is haar hierboven vermeld algemeen voorrecht en art. 400 W.I.B. maakt hierop geen uitzondering.

Appellant vecht de toepassing aan van art. 17 en 19, 1°, Hyp. W. wat de kosten van de pandverzilvering betreft.

De pandverzilvering werd te dezen geheel conform de wettelijke bepalingen uitgevoerd en betreft een uitwinning van de schuldenaar op gerechtelijk gezag. Door de gerechtsdeurwaarder-pandverzilveaar werden enkel die kosten in zijn voorstel tot verdeling opgenomen die nodig waren om tot verzilvering te kunnen overgaan conform de wettelijke bepalingen terzake. Een gedetailleerde opgave werd hiervan opgenomen in het ontwerp van verdeling.

Zodoende werd voldaan aan de vereisten van art. 17 en art. 19, 1°, Hyp. W. om als een bevoorrechte schuldverdeling te kunnen worden aangemerkt. De omstandigheid dat uiteindelijk de verzilvering enkel ten goede is gekomen aan de pandhoudende schuldeiser doet aan het voorgaande geen afbreuk en spruit enkel voort uit het feit dat de opbrengst van de verzilvering niet meer heeft opgebracht.

Indien de opbrengst hoger ware geweest dan de schuldvordering van geïntimeerde, zou er een saldo zijn ten voordele van de andere (bevoorrechte en gewone) schuldeisers en zou meteen ook duidelijk zijn dat de uitwinning wel degelijk in voordeel van alle schuldeisers gebeurde.

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

7e KAMER – 23 DECEMBER 1999

Voorzitter: de h. Libert

Raadsheren: mevr. Transaux (rapporteur) en de h. Timmermans

Openbaar ministerie: de h. Schram

Advocaat: mr. Boes

1. Diefstal – Nacht – 2. Misdrijf – Herhaling – Vermelding in verwijzingsbeschikking

1. *De diefstal gepleegd meer dan een uur vóór zonsopgang en méér dan een uur na zonsondergang, wordt overeenkomstig art. 478 Sw. beschouwd als diefstal bij nacht.*

2. *De staat van wettelijke herhaling dient niet te worden vermeld in de verwijzingsbeschikking, daar deze omstandigheid vreemd is aan het misdrijf.*

O.M. t/ A.

Overwegende dat art. 478 Sw. bepaalt dat diefstal bij nacht is, de diefstal gepleegd meer dan een uur voor zonsopgang en meer dan een uur na zonsondergang; dat de diefstal gepleegd werd rond 5 uur op 11 september 1998, dit is meer dan een uur voor zonsopgang die – blijkens de gegevens van het KMI – plaats vond om 7 uur 11 minuten;

Overwegende dat de diefstal gebeurde, door middel van geweld, door twee personen en bij nacht; dat de artikelen 472 en 80, derde lid, Sw. met aanneming van verzachtende omstandigheden, een minimumstraf voorschrijven van twee jaar; dat de maximumstraf tien jaar bedraagt, daar beklaagde dit feit pleegde in staat van wettelijke herhaling;

Overwegende dat de staat van wettelijke herhaling niet vermeld is in de verwijzingsbeschikking en in het bestreden vonnis; dat zulks ook niet noodzakelijk is, daar deze bijzondere omstandigheid vreemd is aan het misdrijf; dat het openbaar ministerie deze bijzondere omstandigheid echter toevoegde in de dagvaarding om te verschijnen voor het Hof; dat, hoewel niet noodzakelijk, de beklaagde ervan kennis kreeg en de gelegenheid kreeg zich erop te verweren; dat de staat van wettelijke herhaling blijkt uit een vooreensluitend verklaard afschrift van het op tegenspraak gewezen vonnis van 27 november 1997, met de vermelding dat ertegen geen enkel rechtsmiddel gekend is;

...

NOOT – *Over de herhaling*

1. Daar de herhaling geen bestanddeel is van de tenlastelegging, hoeft ze niet in de dagvaarding te worden vermeld (Cass., 21 juni 1954, *Arr. Cass.*, 1954, 685; Cass., 7 maart 1966, *Pas.*, 1966, I, 867). Essentieel is dat de verdachte de gelegenheid heeft gekregen de stukken van de rechtspleging waaruit de herhaling blijkt, te onderzoeken (Cass., 25 juni 1962, *Pas.*, 1962, I, 1217).

2. Diefstal gepleegd onder twee van de in art. 741 Sw. vermelde omstandigheden, nl. bij nacht en door twee personen, wordt krachtens art. 742 Sw. bestraft met opsluiting van vijftien tot twintig jaar. Ingeval van verzachtende omstandigheden wordt deze straf overeenkomstig art. 80, derde lid, Sw., vervangen door opsluiting van tien tot vijftien jaar of door gevangenisstraf van ten minste twee jaar.

Ingeval van herhaling, zoals in het onderhavige geval, worden krachtens art. 56 Sw. zowel de minimumstraf als de maximumstraf verdubbeld. Wellicht heeft het Hof deze vuistregel uit het oog verloren.

He who never made a mistake, never made a discovery.

A. Vandeplass

BURGERLIJKE RECHTBANK TE ANTWERPEN

2e B KAMER – 30 JUNI 1998

Rechter: mevr. Tibos

Openbaar ministerie: mevr. Merlin

Advocaten: mr. Naeyaert loco G. Van Doosselaere

Internationaal privaatrecht – Afstamming – Overspelig kind *a matre* – Toepasselijke wet – Exceptie van Belgische internationale openbare orde

De vaststelling van de vaderlijke afstamming buiten het huwelijk is krachtens art. 3, derde lid, B.W. onderworpen aan het recht van het personeel statuut van het kind, zijnde in beginsel zijn nationaliteit.

De Marokkaanse afstammingswetgeving die geen enkele verwantschap doet ontstaan ten aanzien van de vader inzake buitenechtelijke afstamming, is strijdig met de Belgische internationale openbare orde.

H.

Overwegende dat het verzoek strekt tot het verkrijgen van de machtiging om over te gaan tot erkenning van het kind L.R., geboren te Mortsel op 3 december 1994.

Overwegende dat het kind van Marokkaanse nationaliteit is;

dat de vaststelling van de vaderlijke afstamming buiten het huwelijk overeenkomstig art. 3, derde lid, B.W. onderworpen is aan het recht van het personeel statuut van het kind, zijnde in beginsel zijn nationaliteit;

dat de Marokkaanse afstammingswetgeving derhalve van toepassing is;

dat art. 83, 2°, Mudawwana bepaalt dat de buitenechtelijke afstamming geen enkele verwantschap doet ontstaan

ten aanzien van de vader, enkel ten aanzien van de moeder, en art. 92 erkenning enkel toestaat indien het kind van onbekende afstamming is.

Overwegende dat een dergelijke uitsluiting van overspelige kinderen en het feit dat enkel de afstamming van moederszijde vastgesteld kan worden, hoe dan ook strijdig is met de Belgische internationale openbare orde;

dat de gelijkheid tussen huwelijkse en buitenhuwelijkse kinderen en de gelijkheid tussen man en vrouw immers als essentiële begrippen van de Belgische samenleving worden beschouwd, omdat zij de meest wezenlijke beginselen van de Belgische ethische, politieke en economische waarde van onze gemeenschap uitdrukken;

dat derhalve *in casu* het Belgische recht dient toegepast te worden, daar de desbetreffende regelen uit de Mudawwana onaanvaardbaar zijn voor de rechtsorde van het forum;

dat art. 320, eerste lid, B.W. *in casu* van toepassing is.

Overwegende dat de moeder van het kind, mevrouw Fatiha E.H. en de heer Noureddine R., hoewel behoorlijk opgeroepen, niet zijn verschenen;

Overwegende dat de voorwaarden gesteld bij art. 320, eerste lid, 3°, B.W. terzake vervuld lijken en dat er geen bezwaren tegen bestaan de gevraagde machtiging te verlenen.

NOOT – *In het spanningsveld van de Belgische internationale openbare orde en het Marokkaanse afstammingsrecht*

1. De erkenning van Marokkaanse overspelige kinderen in België

1. De feiten die aan het hierboven gepubliceerde vonnis ten grondslag liggen, zijn eenvoudig: een man van niet nader bepaalde nationaliteit wil van de rechtbank een machtiging verkrijgen om over te gaan tot de erkenning van een kind van Marokkaanse nationaliteit dat voortspruit uit zijn relatie met een gehuwde Marokkaanse vrouw. Alle partijen zijn gedomicilieerd in België. De rechtbank past de verwijzingsregel inzake personeel statuut toe en besluit dat in beginsel de Marokkaanse afstammingswetgeving van toepassing is. Deze wet moet volgens de rechtbank evenwel wijken voor de Belgische op grond van de exceptie van de internationale openbare orde, omdat het Marokkaanse recht de vaststelling van buitenhuwelijkse vaderlijke afstamming niet kent.

A. Vergelijk van de Belgische en de Marokkaanse conflictregels inzake afstamming

2. Vóór de hervorming van ons materieel afstammingsrecht door de wet van 31 maart 1987 knoopte het Belgisch I.P.R. de vaststelling van de buitenhuwelijkse afstamming door erkenning aan bij de gemeenschappelijke nationale wet van de erkenner en het kind, en bij verschil van nationaliteit doorgaans bij de nationale wet van het kind, maar soms ook bij die van de erkenner. Sedertdien is de nadruk komen te liggen op het belang van het kind. Dit komt in het I.P.R. tot uiting in een frequenter gebruik van zijn nationale wet en van de exceptie van internationale openbare orde. Wat meer in het bijzonder de erkenning door de biologische vader van een overspelig kind *a matre* betreft, wordt nu aangeknoopt bij de nationale wet van het kind (Zie ook Rb. Nijvel,

12 oktober 1998, *J.T.* 1999, 228; K. Lenaerts, «Afstamming-I.P.R. V» in *Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer – Personen- en Familierecht*, H. Casman, J. Gerlo, A. Heyvaert, J. Pauwels en P. Senaeve (red.), Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, p. 5, nr. 2; J. De Ceuster en K. Lenaerts, «De wetsconflicten in het personen- en familierecht: algemene schets» in *Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer – Personen- en Familierecht*, o.c., p. 41, nr. 62; M. Taverne, *Le droit familial maghrébin (Algérie-Maroc-Tunésie) et son application en Belgique*, Brussel, Larcier, 1981, p. 136, nr. 346; V. Van Den Eeckhout, «Navigeren doorheen Belgische, internationaalprivaatrechtelijke en Marokkaanse kanalen: sturing van huwelijkse vaderlijke afstamming», *T. Vreemd.* 1995, p. 342, nr. 7). Bovenstaand vonnis volgt deze nieuwe tendens.

3. Volgens het Marokkaanse I.P.R. wordt het persoonlijk statuut geregeld door de nationale wet van de belanghebbende (G. Rommel, «Le statut personnel marocain», *T. Vred.* 1980, p. 227, nr. 41). Het Marokkaanse I.P.R. heeft geen aparte verwijzingsregel voor de afstamming, zodat de nationale wet van de betrokkene onveranderd van toepassing is. Inzake buitenhuwelijkse afstamming geldt meer bepaald de nationale wet van het kind (A.M. Rchid, «Le droit international privé du Maroc indépendant en matière de statut personnel», in *Le statut personnel des musulmans: droit comparé et droit international privé*, J.Y. Carlier en M. Verwilghen, (red.), Brussel, Bruylant, 1992, 154; S.W.E. Rutten, *Erven naar Marokkaans recht. Aspecten van Nederlands internationaal privaatrecht bij de toepasselijkheid van Marokkaans erfrecht*, Groningen, Intersentia, 1997, p. 178). De Marokkaanse opvattingen terzake stemmen in grote mate overeen met die in andere islamitische staten: Tunesië (K. Meziou, «Pérennité de l'islam dans le droit tunisien de la famille», in *Le statut personnel des musulmans: droit comparé et droit international privé*, o.c. p. 88-89, nr. 226), Algerije (M. Issad, *Droit international privé*, Parijs, Editions Publisud, 1986, 263-266; A. Mebroukine, «Le droit international privé algérien de la famille», in *Le statut personnel des musulmans: droit comparé et droit international privé*, o.c. p. 88-89, nr. 223), Egypte, Syrië, Irak, Jordanië, Libië... (voor een overzicht zie J.J. Nasir, *The Islamic law of personal status*, Londen, Graham & Trotman, 1990, 37-40).

Omdat het Marokkaanse I.P.R. dezelfde verwijzingsregel hanteert als het Belgische I.P.R., diende in de besproken casus geen *renvoi* te worden toegepast. Toch is het interessant om weten dat het Marokkaanse recht geen *renvoi* aanvaardt in materies van personen- en familierecht. *Renvoi* aannemen zou immers leiden naar de toepassing van de muzulmaanse wet op niet-moslims, wat volgens de islamitische opvattingen moet worden vermeden.

B. Het onderscheid in materieelrechtelijke benadering van de buitenhuwelijkse afstamming tussen België en Marokko

4. De Belgische afstammingswetgeving steunde vóór 1987 op de voorrang van de huwelijkse afstamming. De Belgische wet maakte een strikt onderscheid tussen de «wettige» en de «natuurlijke» afstamming en verbond aan deze laatste slechts beperkte gevolgen. Voor de overspelige kinderen bestond er een verbod tot vaststelling van de afstamming aan vaderszijde. Principes van gelijkheid en non-dis-

criminatie vonden echter meer en meer ingang en leidden in de Afstammingswet van 31 maart 1987 naar principiële gelijkstelling van alle kinderen. Deze ideeën hebben in Marokko en in de meeste andere islamitische landen nog geen ingang gevonden.

5. In tegenstelling tot het Belgisch afstammingsrecht, kent het Marokkaanse Personen- en familiewetboek, de zgn. *Mudawwana*, nog steeds het onderscheid tussen «natuurlijke» en «wettige» kinderen. Luidens art. 83, tweede lid, *Mudawwana* kan enkel een afstammingsband totstandkomen tussen het natuurlijk kind en zijn moeder (A. Belamri en J.-Y. Carlier, «Overzicht van rechtspraak» in *Marokkaanse migrantenvrouwen in gezinsgeschillen: wat zijn passende juridische oplossingen?*, M.-C. Foblets, (red.), Antwerpen, Maklu, 1998, p. 121, nrs. 27-28).

De vaderlijke natuurlijke afstamming wordt, zoals gezegd, in Marokko niet erkend (zie ook S.W.E. Rutten, o.c., 52-53; S. Sarolea, «L'ordre public international et la Convention européenne des droits de l'homme en matière de la filiation», *Rev. trim. dr. fam.* 1996, 144-145). De Marokkaanse wet geeft de natuurlijke afstamming dus geen minder voordelig statuut, maar ontkent eenvoudig het bestaan ervan. Ze geeft het overspelige kind geen juridische afstamming ten aanzien van zijn biologische vader (A. Belamri en J.-Y. Carlier, «Overzicht van rechtspraak» in *Marokkaanse migrantenvrouwen in gezinsgeschillen: wat zijn passende juridische oplossingen?*, M.-C. Foblets, (red.), Antwerpen, Maklu, 1998, 122).

6. De uitleg voor deze regeling moet volgens Mernissi veeleer worden gezocht in een ethisch-religieus ideaal dat men middels het recht probeert te realiseren door een sanctie op te leggen bij een natuurlijke afstamming te sanctioneren, dan in een bekommernis om het wettig gezin te beschermen (S. Mernissi, «Quelques aspects de la codification du statut personnel marocain», in *Le statut personnel des musulmans: droit comparé et droit international privé*, o.c., 120). Hierbij valt op te merken dat het hedendaagse Marokkaanse recht tot eenzelfde regeling komt als ons Belgisch recht vóór 1987 (nl. achterstelling van overspelige natuurlijke kinderen). De reden voor deze regeling is echter verschillend: in België wou men wel het wettig gezin beschermen (K. Wauters-Lambien en W. Wauters, «De toepasselijke wet inzake de betwisting van vaderschap en de rem van de Belgische internationale openbare orde» (noot onder Rb. Gent, 10 februari 1994), *A.J.T.* 1994-95, p. 362, nr. 4) en slechts achterliggend ook de echtgenoot opvoeden tot een bepaalde huwelijksmoraal.

Marokko behoort tot die landen die erg onder invloed staan van de (traditionele) Malekitische traditie van het islamrecht, wat zijn stempel drukt op het familierecht (M.-C. Foblets, «De recente herziening van de Marokkaanse familiewetgeving. Nieuwe perspectieven voor het conflictenrecht?», *T. Vreemd.* 1994, 171.).

Naar Marokkaans recht kunnen geslachtsbetrekkingen alleen binnen het huwelijk. Overspelig geslachtsverkeer betekent zonde en is verboden (V. Van Den Eeckhout, «Tussen vaderschapsvermoeden en biologische werkelijkheid: komen opgelegde Marokkaanse afstammingswetten gelegen voor de ontrouwe echtgenote van een Marokkaanse man?», (noot onder Rb. Brussel 27 oktober 1993), *T. Vreemd.* 1994, 109). In het klassieke islamrecht golden zeer zware straffen voor ongeoorloofde seksuele betrekkingen (H. Bocken, F. Gorlé en G. Bourgeois, *Rechtsvergelijking*, Gent, E.

Story-Scientia, 1985, p. 364, nr. 378). Ook andere islamitische landen wijzen de erkenning van buitenechtelijke kinderen *a patre* af (voor Egypte zie H. Sadek en H. El Haddad, «Les règles matérielles de droit musulman en matière de statut personnel en Egypte», in *Le statut personnel des musulmans: droit comparé et droit international privé, o.c.*, 56; voor Tunesië zie K. Meziou, «Pérennité de l'islam dans le droit tunisien de la famille», in *Le statut personnel des musulmans: droit comparé et droit international privé, o.c.*, 260-261; voor Algerije zie J. Milliot en F.-P. Blanc, *Introduction à l'étude du droit musulman*, Parijs, Sirey, 1987, 120 en M. Mahieddin, «Quelques aspects des rapports entre parents et enfants en droit algérien de la famille», in *Le statut personnel des musulmans: droit comparé et droit international privé, o.c.*, 195 en M. Taverne, *o.c.*, p. 79, nrs. 194-195). In Tunesië erkent men in tegenstelling tot in andere Maghreblanden, wel de adoptieve afstamming, die het mogelijk maakt talrijke problemen in verband met de natuurlijke afstamming op te lossen (M. Taverne, *o.c.*, p. 88-89, nr. 226).

Dit leidt in veel van die landen tot een breuk tussen het recht en de huidige sociale realiteit, omdat ook daar overspelige afstamming meer en meer voorkomt. Het natuurlijk kind komt zo vanzelfsprekend in een inferieure situatie te staan.

De vraag rijst of het onderscheid dat de Marokkaanse *Mudawwana* maakt tussen de natuurlijke vaderlijke en moederlijke afstamming wel voldoende rechtvaardiging vindt. Ook overspelige vrouwen zouden immers nuttig gesensibiliseerd kunnen worden voor het aangevoerde ethisch-religieuze ideaal van de huwelijksrouw.

7. In de beperkte context waarin de erkenning in Marokko toegelaten is, steunt ze op de idee van een legitieme relatie tussen man en vrouw (S.W.E. Rutten, *o.c.*, 239). In tegenstelling tot de erkenning naar Belgisch recht onderstelt de Marokkaanse erkenning impliciet dat er een huwelijk werd gesloten en dit nog vóór de verwekking van het kind (V. Van Den Eeckhout, «Navigeren doorheen Belgische, internationaal privaatrechtelijke en Marokkaanse kanalen: sturing van huwelijkse vaderlijke afstamming», *l.c.*, p. 358, nr. 39). Anderzijds heeft de Marokkaanse erkenning wel dezelfde draagwijdte ten aanzien van het kind, aangezien dit hetzelfde juridisch statuut verwerft als een huwelijks kind. Omdat erkenning van onwettige kinderen uitgesloten is, hebben Marokkaanse kinderen dus steeds het statuut van wettig kind, wat in Belgische ogen toch ietwat hypocriet overkomt.

C. De regelende werking van de Belgische internationale openbare orde

8. Vanuit Belgisch oogpunt is de niet-toelaatbare vaststelling van overspelige afstamming *a patre* een aanfluiting van de fundamentele mensenrechten vervat in het E.V.R.M. en dus ook van onze Belgische internationale openbare orde, aangezien de mensenrechten worden geacht daar integraal deel van uit te maken (J. Velu en R. Ergéc, *vo* *Convention européenne des droits de l'homme* in *R.P.D.B.*, compl. VII, Brussel, Bruylant, 1990, p. 179, nr. 99 en p. 337, nr. 647; zie ook S. Sarolea, «L'ordre public international et la Convention européenne des droits de l'homme en matière de la filiation», *l.c.*, 141-163). In het bovenstaand vonnis wordt dan ook terecht een beroep gedaan op de exceptie van de

internationale openbare orde. Het vonnis sluit daarmee aan bij een gevestigde rechtspraak (Rb. Antwerpen 2 november 1983, *T. Vred.*, 114; Rb. Brussel 22 november 1988, *Rev. trim. dr. fam.* 1990, 253; Rb. Brussel 28 juni 1989, *Rev. trim. dr. fam.* 1990, 263. Rb. Brussel 16 december 1992, *Rev. trim. dr. fam.* 1993, 444; Rb. Antwerpen 6 mei 1993, *T. Vreemd.* 1992, 275 en *T.B.B.R.* 1994, 77; Rb. Brussel 29 juni 1994, *Rev. trim. dr. fam.* 1996, 231; K. Wauters-Lambien en W. Wauters, «De toepasselijke wet inzake de betwisting van vaderschap en de rem van de Belgische Internationale Openbare Orde» (noot onder Rb. Gent 10 februari 1994), *l.c.*, 362, nr. 4 en de aangehaalde referenties. Voor een verder overzicht van rechtspraak aangaande de wisselwerking tussen de exceptie van de internationale openbare orde en de afstamming, zie W. Wauters en K. Wauters-Lambien, «De exceptie van internationale openbare orde, enkele toepassingen in het I.P.R.», *T.G.R.* 1995, 134-135).

9. Het vonnis roept enige kritiek op in zoverre het overweegt dat «art. 83, 2^o, *Mudawwana* strijdig is met de Belgische internationale openbare orde». Met deze bewoordingen lijkt de rechter te oordelen over de degelijkheid van het materiële recht van een vreemde staat en geeft hij de indruk ten aanzien van het Marokkaanse recht een sanctie te mogen opleggen. Dit gaat in tegen de rechtspraak van het Hof van Cassatie volgens welke de rechter alleen moet nagaan of de mogelijke juridische gevolgen van de toepassing van de vreemde rechtsregel in de Belgische rechtsorde verenigbaar zijn met onze internationale openbare orde (Cass. 2 april 1981, *Rev. trim. dr. fam.* 1981, 394). De Belgische rechter vermag tegen de vreemde wet geen sanctie op te leggen; hij kan enkel de toepassing ervan weigeren en haar substitueren door zijn nationale wet (Rb. Antwerpen 25 maart 1997, *T. Not.* 1997, 544, met noot K. Lambien; J. De Ceuster en K. Lenaerts: «De wetsconflicten in het personen- en familierecht: algemene schets» in *Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer – Personen- en Familierecht, o.c.*, p. 57-58, nr. 91; V. Van Den Eeckhout, «Navigeren doorheen Belgische, internationaal privaatrechtelijke en Marokkaanse kanalen: sturing van huwelijkse vaderlijke afstamming», *l.c.*, p. 379, nr. 84).

II. Nog enkele bemerkingen omtrent de toepassing van art. 320 B.W.

10. Het besproken vonnis houdt ten slotte een interessante beslissing in met betrekking tot de vraag of de moeder van het kind en haar echtgenoot in een geding gebaseerd op art. 320 B.W. ter zitting moeten worden opgeroepen, zoals *in casu* gedaan werd. Tot nu toe bestaat daarover geen eensgezindheid in de rechtspraak en de rechtsleer (voor een overzicht van de standpunten zie A. Heyvaert, «B.W. art. 320» in *Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer – Personen- en Familierecht, o.c.*, p. 10-16, nrs. 9-10; J. Mellaerts, «Afstammingsgeschillen: een procesrechtelijke benadering», *T.P.R.* 1991, p. 1196-1201, nr. 149-158). In de meeste rechtbanken is het gebruikelijk de moeder en haar echtgenoot op te roepen (J. Mellaerts, *l.c.*, *T.P.R.*, 1991, p. 1198-199, nr. 153), maar deze praktijk berust meestal niet op een toepassing van art. 331*decies*, tweede lid, B.W. en mist bijgevolg een wettelijke basis (uitzondering op deze regel is de

beslissing van de burgerlijke rechtbank te Bergen, waarin het volgens de rechter raadzaam lijkt de echtgenoot en de moeder op te roepen met toepassing van art. 331*decies*, tweede lid, B.W.; Rb. Bergen 13 april 1988, *J.L.* 1988, 939, noot T. Cordier). Art. 331*decies*, tweede lid, B.W. laat de rechter toe om, zelfs ambtshalve, alle belanghebbenden jegens wie hij oordeelt dat de beslissing mede moet gelden, in het afstammingsgeding op te roepen. Moeder en echtgenoot treden dan op als partij. Vaak worden zij enkel opgeroepen om inlichtingen te geven. Zij worden dan geen partij in het geding. Dit onderscheid heeft gevolgen voor de rechtsmiddelen die openstaan voor de betrokkenen: als zij zijn tussengekomen in de procedure, kunnen zij hoger beroep aantekenen; zo niet kunnen zij enkel derdenverzet instellen (zie ook J. Mellaerts, «Afstammingsgeschillen: een procesrechtelijke benadering», *l.c.*, p. 1203-1204, nr. 170). Bovendien staat art. 330, § 1, eerste lid, B.W. alle «belanghebbenden» toe de erkenning te betwisten. Echtgenoot en moeder kunnen also tegen de vervanging van het vaderschap opkomen.

11. *In casu* beslist de rechtbank dat art. 320 B.W. van toepassing is, zonder dat zij expliciet aangeeft waarom er in deze zaak geen bezit van staat is van het kind ten aanzien van de echtgenoot van de moeder. Ook hier is de motivering van de rechtbank wat te summier. Eigenlijk zou zij moeten opgeven waarom er *in casu* geen bezit van staat is. Als negatieve vereiste voor de toepassing van art. 320 B.W. geldt dat het krachtens de artikelen 315 of 317 B.W. vaststaande vaderschap niet bevestigd mag worden door bezit van staat. Indien het kind niet werd betwist door de echtgenoot en bezit van staat heeft ten aanzien van die echtgenoot, is de erkenning onmogelijk (J. Gerlo, «De afstamming langs moederszijde- en vaderszijde» in *Afstamming en adoptie*, G. Baeteman (red.), Brussel, Story-Scientia, 1987, p. 96, nr. 100).

Kim Swerts
Assistente V.U.B.

ARBEIDSRECHTBANK TE HASSELT

1e KAMER – 2 JUNI 1999

Voorzitter: de h. Ceuppens

Rechters in sociale zaken: de hh. De Schaetzen en Morren

Openbaar ministerie: mevr. Wouters

Advocaten: mrs. Dinet, Deceuninck, Orij en Ilsen

1. Sociale zekerheid werknemers – Bijdragen – Aanneming van werk – Verjaring – Stuiting – Niet geregistreerde aannemer – Opdrachtgever – Hoofdelijkheid – 2. Grondwet – Gelijkheid en niet-discriminatie – Sociale zekerheid werknemers – Bijdragen – Hoofdelijkheid – Niet geregistreerde aannemer – Particuliere opdrachtgever – 3. Verbintenis – Hoofdelijkheid en ondeelbaarheid – Sociale zekerheid werknemers – Bijdragen – Hoofdelijkheid – Niet geregistreerde aannemer – Opdrachtgever – Goede trouw – 4. Architect – Taak – Aansprakelijkheid – Niet geregistreerde aannemer – Controle

1. *Dagvaarding of aangifte door de R.S.Z. in het passief van het faillissement van een niet geregistreerde aannemer stuit de verjaring ten aanzien van de hoofdelijk aansprakelijke opdrachtgever, zowel wat hoofdsom als interest betreft.*

2. *Het onderscheid inzake de hoofdelijke aansprakelijkheid voor socialezekerheidsbijdragen bij het beroep op een niet geregistreerde aannemer tussen een particuliere opdrachtgever die een eigen, voor bewoning bestemde eensgezinswoning opricht en andere opdrachtgevers die woningen doen oprichten voor handels- of beroepsdoeleinden, is gerechtvaardigd.*

3. *De goede trouw en de ingeroepen dwaling aan de zijde van de opdrachtgever die een beroep heeft gedaan op een niet geregistreerde aannemer, heft zijn hoofdelijke aansprakelijkheid voor de socialezekerheidsbijdragen niet op.*

4. *De met het toezicht op het werk belaste architect schiet tekort aan zijn zorgvuldigheidsplicht jegens de opdrachtgever door na te laten de registratie van de aannemer te controleren en de opdrachtgever te informeren. De architect moet in dit geval de voor de socialezekerheidsbijdragen hoofdelijk aansprakelijke opdrachtgever vrijwaren in verhouding tot de door deze zelf begane nalatigheid.*

R.S.Z. t/ N.V. I. en N.V. I. t/ N.V. S. e.a.

Feitelijke situering van het geschil

Verweerster, een onderneming voor het reinigen van tankwagens, opgericht in 1987, deed in het raam van de constructie van een bedrijfsgebouw (reinigingsstation) een beroep op de zesde verwerende partij op tussenkomst als architect, en liet dan in 1988 elektriciteitswerken uitvoeren door de eerste verweerster op tussenkomst zijnde een firma die als aannemersbedrijf van elektriciteitswerken actief was. De architectenovereenkomst tussen verwerende partij en zesde verwerende partij op tussenkomst dateert van 18 december 1987.

De waarde van de door eerste verweerster op tussenkomst bij verweerster geleverde materialen en uitgevoerde elektriciteitswerken bedroeg volgens de facturen van 11 maart 1988 en 28 april 1988 in het totaal 276.447 frank. De eraan voorafgaande offerte dateert van 13 januari 1988 of van 12 februari 1988 (verbeterde offerte).

De eerste verweerster op tussenkomst was op het ogenblik van de uitvoering van de werken een niet geregistreerde aannemer.

De schrapping van de registratie van de eerste verweerster op tussenkomst werd uitgevoerd op de zitting van de provinciale registratiecommissie van 14 april 1987 en werd gepubliceerd in de bijlage van het *Belgisch Staatsblad* van 2 juni 1987.

De eerste verweerster op tussenkomst werd bij vonnis van 9 mei 1988 failliet verklaard door de Rechtbank van Koophandel te Tongeren.

De R.S.Z. diende een schuldvordering in in het faillissement voor achterstallige en door de eerste verweerster op tussenkomst niet-betaalde S.Z.-bijdragen.

Bij vonnis van 11 oktober 1990 van de Rechtbank van Koophandel van Tongeren werd de schuldvordering van de R.S.Z. opgenomen in het passief van het faillissement.

Bij vonnis van 25 februari 1993 van de Rechtbank van Koophandel te Tongeren werd het faillissement van eerste verweerster op tussenkomst en vrijwaring gesloten verklaard.

Aangezien na herhaalde aanmaningen betaling van het gevorderde uitbleef, is eiseres op 31 juli 1995 tot dagvaarding van verweerster overgegaan.

...

Beoordeling in rechte

A. Hoofdeis en eiseres tegen verweerster

A.1. Ontvankelijkheid – Het ingeroepen middel van de verjaring

De verwerende partij, hierin bijgevallen door de tweede, derde, vierde en vijfde verwerende partij op tussenkomst, roept in dat de vordering verjaard is en voert daarmee een middel van niet-ontvankelijkheid aan.

De schuldvordering van de R.S.Z. is gebaseerd op art. 30bis, § 1 Socialezekerheidswet Werknemers, dat bepaalt dat eenieder die voor de bedoelde werkzaamheden een beroep doet op een niet geregistreerde aannemer, hoofdelijk aansprakelijk is voor de socialezekerheidsbijdragen (en aanhorigheden) die door de niet geregistreerde aannemer verschuldigd zijn, tot beloop van maximaal 50 % van de totale prijs van het werk, exclusief B.T.W.

De toepasselijke verjaringstermijn is die van art. 42 van de SZ-wet, als van kracht tot aan de wetwijziging van 29 april 1996 (vanaf dan is er een vijfjarige verjaringstermijn), waarbij bepaald is dat de schuldvorderingen van de R.S.Z. op de personen bedoeld bij art. 30bis, na drie jaar verjaren.

De aanvangsdatum van de driejarige verjaringstermijn van art. 42 SZ-wet is normalerwijze te situeren op het ogenblik dat een beroep wordt gedaan op de niet geregistreerde aannemer (vgl. Persyn, C. en Van Eeckhoutte, W., «Sociale zekerheid werknemers en zelfstandigen. Toepassingsgebied – Bijdrageregeling (1985-1991)», *T.P.R.*, 1992, nr. 49, p. 189).

De eerste offerte dateert van 13 januari 1988; een verbeterende offerte dateert van 12 februari 1988. De facturen dateren van 11 maart 1998 en 28 april 1988. Gerekend vanaf de vroegste datum, die van de eerste offerte van 13 januari 1988, zou, in de veronderstelling dat er geen verjaringstuitende handeling zou zijn verricht, de verjaring intreden na 3 jaren, d.i. op 13 januari 1991. Rekening houdende met deze datum, stelt de rechtbank vast dat hier vóór het verstrijken van de driejarige verjaringstermijn wel degelijk een tijdige en geldige stuiting van de verjaring heeft plaatsgevonden.

Aangezien het gaat om een hoofdelijke aansprakelijkheid van de verwerder, die gebaseerd is op de uitdrukkelijke bepalingen van art. 30bis, § 1, SZ-wet, zijn hier de gemeenrechtelijke principes inzake hoofdelijkheid en van de weerslag ervan op de verjaring van toepassing.

Er kan zodoende rekening worden gehouden met volgende gemeenrechtelijke principes:

– krachtens art. 1206 B.W. stuiten de vervolgingen tegen een van die hoofdelijke schuldenaren de verjaring ten aanzien van allen, en krachtens de bepalingen van art. 2249,

eerste lid, B.W. stuit de ingebrekestelling van een van de hoofdelijke schuldenaars de verjaring tegen alle overigen;

– luidens art. 2244 B.W. vormt onder meer «een dagvaarding voor het gerecht» een burgerlijke stuiting. Er wordt aangenomen dat de term «dagvaarding voor het gerecht» ruim moet worden uitgelegd, in de zin van iedere vordering in rechte die ertoe strekt het bedreigde recht rehtens te doen erkennen, hierbij onder meer inbegrepen de aangifte van een schuldvordering in het passief van een faillissement (cf. Van Oevelen, «Algemeen overzicht van de bevrijdende verjaring en de vervaltermijnen in het Belgisch privaatrecht», *T.P.R.*, 1987, nr. 48, p. 1807; vgl. Arbh. Antwerpen, 27 juni 1988, A.R. 367/86, N.V. P. t/ R.S.Z., onuitgegeven; vgl. eveneens Arbh. Gent, 16 januari 1992, *R.W.*, 1992-93, 620);

– als de burgerlijke stuiting het gevolg is van een akte van rechtsingang of van een daarmee gelijk te stellen akte, duurt de stuiting voort tijdens het aanhangig zijn van de zaak; een nieuwe verjaring zal enkel beginnen te lopen na het beëindigen van die aanleg (Van Oevelen, A., *o.c.*, nr. 54, p. 1816, met verwijzingen naar rechtspraak en rechtsleer; vgl. Arbh. Antwerpen, 5 september 1997, A.R. 701/96, C.V. D. t/ R.S.Z., onuitgegeven);

– een nieuwe verjaringstermijn, die naar zijn aard en termijn in principe dezelfde is als de oorspronkelijke, zal beginnen te lopen daags na de dag waarop de stuiting ophoudt (Van Oevelen, A., *ibidem*).

Toepassing van deze principes op de concrete gegevens van onderhavig geschil heeft dan tot gevolg:

– dat de op 13 januari 1988 (ten vroegste) aangevangen driejarige verjaringstermijn een eerste maal tijdig en rechtsgeldig werd gestuit ten aanzien van de verwerder, doordat de R.S.Z. een schuldvordering heeft ingediend in het faillissement van de niet geregistreerde aannemer; los van de niet nader gespecificeerde datum van aangifte van schuldvordering staat het hoe dan ook vast dat de schuldvordering in het passief van het faillissement werd opgenomen op 11 oktober 1990 bij vonnis van de Rechtbank van Koophandel te Tongeren;

– dat de stuiting van de verjaring bleef doorwerken tot op het ogenblik waarop het faillissement werd afgesloten, zijnde hier 25 februari 1993;

– dat daags na 25 februari 1993 een nieuwe driejarige verjaringstermijn is beginnen te lopen;

– dat deze nieuwe driejarige verjaringstermijn opnieuw tijdig en rechtsgeldig werd gestuit door de dagvaarding die op 31 juli 1995 aan de verweerster werd betekend en waarbij onderhavig geding werd ingeleid.

De geldige en tijdige stuiting van de verjaring geldt zowel ten aanzien van de hoofdsom als ten aanzien van de «aanhorigheden», met inbegrip van de moratoire interest, ongeacht of voor de interest al dan niet toepassing moet worden gemaakt van de vijfjarige verjaringstermijn van art. 2277 B.W.

De interest volgt, wat het aspect van de stuiting van de verjaring betreft, het lot van de hoofdsom («*accessorium sequitur principale*»): m.b.t. de hoofdsom is de verjaring rechtsgeldig en tijdig gestuit binnen de drie jaren, stuiting die dan ook geldt voor de interest.

De tegen de verweerster ingestelde vordering is derhalve in geen enkel opzicht verjaard. De vordering werd naar tijd en vorm op regelmatige wijze ingesteld en is ontvankelijk.

...

A.3. De door verweerster ingeroepen schending van het gelijkheidsbeginsel

Art. 30bis, § 6, van de Socialezekerheidswet Werknemers, bepaalt dat het artikel niet van toepassing is, op onder meer:

- het bouwen van een eengezinswoning die anders dan in groepsverband wordt opgericht op initiatief en voor rekening van een particulier (art. 30bis, § 6, eerste lid, 2°);
- particulieren ten aanzien van de enige woongelegenheden die zij laten oprichten (art. 30bis, § 6, tweede lid).

De verwerende partij stelt dat art. 30bis van de SZ-wet 1969 en art. 1 van het K.B. van 5 oktober 1978 strijdig zijn met het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel (art. 10 en 11 Grondwet), doordat er een onaanvaardbare discriminatie in de wet bestaat:

- tussen een fysieke persoon en een rechtspersoon als bouwheer;
- tussen de enige woongelegenheden van een particulier en het enig bedrijfsgebouw van een rechtspersoon.

De verweerster verzoekt de rechtbank om hierover een voorafgaande prejudiciële vraag aan het Arbitragehof te richten.

De rechtbank kan de stelling van de verweerster niet aannemen.

De grondwettelijke regels van de gelijkheid van de Belgen en van niet-discriminatie sluiten niet uit dat een verschil in behandeling tussen bepaalde categorieën van personen wordt ingesteld, voor zover voor het criterium van onderscheid een objectieve en redelijke verantwoording bestaat.

Een dergelijke verantwoording moet worden beoordeeld, rekening houdende met het doel en de gevolgen van de ter beoordeling staande norm en met de aard van de terzake geldende beginselen; het gelijkheidsbeginsel is geschonden wanneer vaststaat dat er geen redelijk verband van evenredigheid bestaat tussen de aangewende middelen en het beoogde doel (Meersschaet, F., «Overzicht van rechtspraak – De rechtspraak van het Arbitragehof ten behoeve van de private rechtspraak 1992-1997», *T.P.R.*, 1998, p. 907, nr. 22).

Het gelijkheidsbeginsel staat er niet aan in de weg dat een onderscheid gemaakt wordt tussen verschillende categorieën, zolang dit onderscheid niet willekeurig is. Aldus wordt niet willekeurig geacht het onderscheid of criterium dat kan worden verantwoord, dat voor enige rechtvaardiging vatbaar is, dat gebaseerd is op een als reëel aangemerkt verschil, dat volkomen objectief en onpersoonlijk is (Cass., 5 oktober 1990, *R.W.*, 1990-91, 328, met conclusie van advocaat-generaal D'Hoore).

Naar het oordeel van de rechtbank is er hier bij de toepassing van art. 30bis SZ-wet en bij de bepaling van de uitzonderingen die buiten de toepassing van de wet vallen (art. 30bis, § 6) klaarblijkelijk geen sprake van een schending van het gelijkheidsbeginsel, ten minste niet op de wijze als door verweerster wordt vooropgesteld.

De wetgever heeft op duidelijke wijze in een onderscheid willen voorzien tussen een particulier die een eigen eengezinswoning opricht die voor bewoning is bestemd en andere personen (eventueel rechtspersonen) die daarnaast een gebouw of woning oprichten dat (zelfs slechts gedeeltelijk) voor handels- of beroepsdoeleinden is bestemd (vgl. Cass., 21 mei 1990, *J.T.T.*, 1990, 304; *Arbh.* Bergen, 15 april 1994,

J.T.T., 1994, 388; zie eveneens: Persyn, C. en Van Eeckhoutte, W., «Sociale zekerheid werknemers en zelfstandigen. Toepassingsgebied – bijdrageregeling (1985/1991)», *T.P.R.*, 1992, p. 187, nr. 47).

Beschouwd vanuit het oogpunt van het doel van de toepasselijke reglementering, erin bestaande de koppelbazerij in de bouwsector te bestrijden, is het enigszins onduidelijk waarom particulieren wel en andere, ingeschakeld in het commerciële handelsverkeer, dan geen beroep zouden mogen doen op «koppelbazen». Maar naar de gevolgen en de aard van de wetgeving beschouwd, is een zodanig onderscheid wel degelijk in redelijkheid te verantwoorden. Particulieren hebben namelijk een geringere financiële draagkracht en hun bouwinitiatief is normaliter eenmalig; er wordt niet beoogd commerciële activiteiten te ontwikkelen gebaseerd op mogelijke sociale fraude (vgl. *Arbh.* Antwerpen, 7 juni 1996, A.R. 627/94, N.V. t/ R.S.Z. onuitgegeven).

De scheidingslijn tussen de algemene regel en de uitzonderingen vervat in art. 30bis, § 6 SZ-wet loopt trouwens niet parallel tussen de burger, bouwheer van een privé-woning en de beroepsbouwheer: «Zo volgt uit deze artikelen, als uitgevoerd in art. 31 van het K.B. van 5 oktober 1978, dat bijvoorbeeld uitgesloten zijn de particulieren wanneer ze met twee in groepsverband dezelfde niet geregistreerde aannemer aanspreken in een verkaveling om hun gezinswoning op te richten, maar niet als ze dit met drie doen. Doen zij het toch met drie, dan zijn ze niettemin uitgesloten zo hun woningen onderling niet 'gelijkaardig' zijn. Dit laatste criterium van 'gelijkaardigheid' is moeilijk als objectief criterium te beschouwen. (Flamme M.A. & Flamme Ph., «L'enrèglement des entrepreneurs», *J.T.*, 1979, 705, voetnoot 49)» (*Arbh.* Antwerpen, 7 juni 1996, A.R. 627/94, N.V. B. t/ R.S.Z., onuitgegeven).

Hier kan de gevolgtrekking worden gemaakt dat de door verweerster gestelde eventuele schending van het gelijkheidsbeginsel, indien zij er is, zich veeleer afspeelt tussen particulieren onderling, zoals mag blijken uit art. 31 van het K.B. van 5 oktober 1978. Een gebeurlijke uitspraak over de door verweerster voorgestelde vraag zou wellicht betrekking hebben op deze ongelijkheid, hetgeen als zodanig zonder invloed is op de eigen hoedanigheid van verweerster, die deel uitmaakt van de participanten in het commercieel handelsverkeer, zijnde een categorie van rechtzoekenden voor wie het gemaakte onderscheid in de wet wel redelijkerwijze te verantwoorden lijkt te zijn.

Het schijnt de rechtbank dan ook toe dat de voorgestelde prejudiciële vraagstelling niet onontbeerlijk of van determinerend belang is bij de beslechting van het huidige geschil. Op het door verweerster geformuleerd voorstel tot prejudiciële vraagstelling moet, rekening houdende met de bepalingen van art. 26, § 2, van de Bijzondere Wet op het Arbitragehof van 6 januari 1989, derhalve niet worden ingegaan door de rechtbank.

...

B.2. Betreffende de door verweerster tegen de eerste, tweede, derde, vierde en vijfde verwerende partij op tussenkomst gestelde vordering

Verweerster stelt dat zij op bedrieglijke wijze werd misleid door de genoemde verweerders op tussenkomst, die valsheid in geschrifte zouden hebben gepleegd, valse geschriften

zouden hebben gebruikt, en zich schuldig zouden hebben gemaakt aan oplichting. Verweerster vordert om de verweerders op tussenkomst te horen veroordelen tot vrijwaring van hetgeen waartoe zij eventueel zou worden veroordeeld.

De rechtbank kan deze stelling van de eisende partij niet aanvaarden. Naar het oordeel van de rechtbank is de realiteit van de door verweerster aan de verweerders op tussenkomst verweten gedragingen (valsheid in geschrifte, gebruik van valse stukken, oplichting) op geen enkele wijze aangetoond. Het bestaan van een aan genoemde (ex-)bestuurders verwijtbare fout of onrechtmatige daad wordt op geen enkele wijze bewezen geacht.

Het is zeer goed denkbaar dat de verweerders op tussenkomst, nadat zij niet langer geregistreerd waren als aannemer, enkel maar de nog beschikbare voorraad aan offerteformulieren en facturen, met daarop nog vermeld het oude registratienummer, hebben opgebruikt. Het zij opgemerkt dat voor de aannemers van bouwwerken geen verplichting tot registratie bestaat. Een aannemer begaat geen fout indien hij niet geregistreerd is of blijft. De registratie is een optie, maar geen verplichting.

De niet-registratie vormt geen met de eerlijke handelspraktijken strijdige daad (vgl. Dieusaert, L. en Devroey, M., «De registratie in de bouw», *T.Aann.*, 1985, bijzonder nummer, 3-5; eveneens Persyn, C. en Van Eeckhoutte, W., «Sociale zekerheid werknemers en zelfstandigen. Toepassingsgebied – bijdrageregeling (1985-1991)», *T.P.R.*, 1992, p. 180, nr. 40).

Zoals hierboven vermeld, diende verweerster zelf na te gaan of zij al dan niet met een geregistreerde aannemer te maken had, en diende zij hiertoe zelf de nodige voorzichtigheid aan de dag te leggen teneinde de eventuele nadelige gevolgen van het contracteren met een niet geregistreerde aannemer te voorkomen of te voorzien.

Verweerster heeft nagelaten om het bestaan van een registratie te verifiëren, en deze eigen nalatigheid kan niet worden afgewenteld op de genoemde verweerders op tussenkomst. De verwijzing van verweerster naar de bij haar bestaande goede trouw en de ingeroepen dwaling bij het contracteren met eerste verweerster op tussenkomst kan niet tot gevolg hebben dat verweerster als hoofdelijk gehoudene ontslagen is van haar jegens de R.S.Z. uit art. 30bis SZ-wet en art. 299bis W.I.B. voortvloeiende verplichtingen (vgl. Cass., 13 maart 1989, *R.W.*, 1989-90,86; Arbh. Antwerpen, 18 mei 1988, *J.T.T.*, 1988, 377; Arbh. Luik, 17 februari 1987, *T.S.R.*, 1987, 531; Arbh. Bergen, 21 december 1988, *J.T.T.*, 1989, 159; vgl. eveneens Persyn, C. en Van Eeckhoutte, W., «Sociale zekerheid werknemers en zelfstandigen. Toepassingsgebied – bijdrageregeling (1985-1991)», *T.P.R.*, 1992, p. 186, nr. 46).

Voor zoveel als nodig kan nog worden opgemerkt dat uit het bestaan van de wettelijk bepaalde hoofdelijkheid die geldt voor de opdrachtgever (verweerster) op geen enkele nuttige wijze de gevolgtrekking kan worden gemaakt dat de opdrachtgever een verhaalsrecht zou hebben tegen de niet geregistreerde medecontractant.

De verplichting die de opdrachtgever als hoofdelijk aansprakelijke heeft is een persoonlijke verplichting die rechtstreeks voortvloeit uit de wet zelf (vgl. Cass., 11 januari 1993, *R.W.*, 1993-94, 223). De opdrachtgever dient uit hoofde van de wet, dus niet uit vrije wil of op contractuele

basis of op grond van een gemeenschappelijke fout, in te staan voor de betaling van de voorziene sommen.

Aangezien het een persoonlijke verplichting betreft, dient verweerster zelf in te staan voor de eruit voortvloeiende gevolgen: gelet op het persoonlijke karakter van de verplichting kan verweerster geen aanspraken maken op een of ander verhaalsrecht tegen andere personen, hierbij inbegrepen de niet geregistreerde aannemer of de personen die als uitvoeringsagenten van deze niet geregistreerde aannemer zouden te beschouwen zijn.

De door verweerster tegen de eerste, tweede, derde, vierde en vijfde verweerders op tussenkomst gestelde eis tot vrijwaring is bijgevolg ongegrond.

B.3. Betreffende de door verweerster tegen de architect, de zesde verwerende partij in tussenkomst, gestelde vordering

Verweerster betoogt dat de architect gehouden was tot bijstand op grond van art. 22 van het reglement van beroepslichten, en dat de architect minstens aansprakelijk is op grond van art. 1382 en volgende B.W.

De zesde verwerder op tussenkomst van zijn kant stelt dat hij met de verwerende partij enkel verbonden was door een zeer beperkte opdracht, erin bestaande een uitvoeringsontwerp op te maken en het dossier tot een verkrijgen van een bouwaanvraag samen te stellen en dat zijn beperkte opdracht reeds was beëindigd op het tijdstip dat de bouwheer nog doende was offertes in te winnen voor de elektriciteitswerken.

Art. 21 van het K.B. van 18 april 1985 tot goedkeuring van het door de Nationale Raad van de Orde der Architecten vastgestelde Reglement van Beroepslichten (*B.S.*, 8 mei 1985) bepaalt dat de architect geen uitvoeringsontwerp mag opmaken zonder tegelijkertijd te zijn belast met de controle van de werken.

Van dat beginsel kan enkel worden afgeweken indien de architect de zekerheid heeft dat een collega met de controle is belast: «In dat geval geeft hij hiervan kennis aan het openbaar bestuur dat de bouwtoelating heeft verleend, evenals aan zijn Raad van de Orde, en deelt hij de naam mee van de architect die hem opvolgt. Hij zal op dezelfde wijze handelen wanneer hij, na een uitvoeringsontwerp te hebben afgeleverd, door de bouwheer van de controleopdracht wordt ontheven».

Verweerster stelt, zonder daarin op gefundeerde wijze door de zesde verwerder op tussenkomst te worden tegengesproken, dat deze laatste noch aan de gemeente, noch aan de Raad van Orde der Architecten gemeld heeft dat een collega-architect met de controle was gelast.

Uit de door verweerster bijgebrachte documenten blijkt immers dat de zesde verwerende partij verondersteld wordt belast te zijn geweest met het toezicht op de uitvoering van het werk.

Dit wordt bevestigd door de stadsdiensten van Beringen waar de bouwtoelating aangevraagd en verleend werd, en uit de door de zesde verwerende partij in tussenkomst zelf verstrekte inlichtingen op de bouwaanvraag van 24 december 1987 en op het «attest van de architect» van 22 december 1987:

– op de bouwaanvraag werd uitdrukkelijk het volgende vermeld: «Ingeval de in deze aanvraag omschreven werken worden uitgevoerd, is de architect die wordt belast met het toezicht op de uitvoering van de werken overeenkomstig de

bouwvergunning, de goedgekeurde plannen en de verordeningen: de voornoemde»;

– op het «attest van de architect» verklaarde de zesde verweerder in tussenkomst «belast te zijn met de plannen en de controle op de uitvoering van het hierboven beschreven bouwwerk».

Uit de door de stad Beringen verstrekte inlichtingen blijkt tevens dat de zesde verweerder op tussenkomst de stadsdiensten nooit op de hoogte heeft gebracht dat hij niet belast was met het toezicht op de uitvoering van de werken.

Uitgaande van deze feitelijke gegevens en van de door de zesde verweerder op tussenkomst zelf 'in tempore non suspecto' een overheidsdienst verstrekte verklaringen, dient de gevolgtrekking te worden gemaakt dat de zesde verweerder op tussenkomst immers geacht wordt de verplichting te hebben gehad – hetzij contractueel, hetzij uit hoofde van de algemene beroepsplichten als architect – gelast te zijn geweest met de controle op de voor verweerder uitgevoerde of uit te voeren bouwwerken.

Deze controle-opdracht omvat een algemene zorgvuldigheidsnorm van de architect ten aanzien van zijn cliënt. Art. 22 van het reglement van de beroepsplichten (K.B. van 18 april 1985, B.S., 8 mei 1985) bepaalt namelijk: «wat ook zijn statuut weze, staat de architect de opdrachtgever bij in de keuze van de aannemer met het oog op de verwezenlijking van het ontwerp in de beste voorwaarden naar prijs en kwaliteit. Hij vestigt de aandacht van zijn cliënt op de waarborgen welke de aannemer biedt».

Daaruit volgt tevens dat de architect, die verplicht is de opdrachtgever advies te geven, hem moet inlichten over de reglementering inzake registratie van aannemers en de mogelijke gevolgen daarvan, en dat hij de registratie van de aannemer bij het sluiten van en tijdens de overeenkomst moet nagaan. (...)

De zesde verwerende partij op tussenkomst is de op hem als architect rustende beroeps- en contractuele verplichtingen jegens zijn opdrachtgever, verwerende partij, onvoldoende nagekomen, doordat hij heeft nagelaten controle uit te oefenen op de registratie van de aannemers die met de verwerende partij contracteerden en doordat hij verweerder dienaangaande niet heeft ingelicht.

De rechtbank is echter van oordeel dat de zesde verweerder op tussenkomst niet gehouden dient te zijn tot integrale vergoeding of vrijwaring. Indien de andersluidende stelling zou worden aanvaard, dan zou dit erop neerkomen dat verweerder als hoofdelijk gehouden (op grond van art. 30bis SZ-wet en art. 299bis W.I.B.) zich indirect bevrijd zou weten van rechtstreeks op haar jegens de R.S.Z. (en de fiscus) rustende verplichtingen. Een dergelijk standpunt kan redelijkerwijze niet worden aanvaard.

Wel meent de rechtbank dat de foutieve nalatigheid van de zesde verwerende partij op tussenkomst, met toepassing van art. 1382 B.W., kan leiden tot de tenlasteneming van een deel van de schade veroorzaakt door zijn fout.

De fout en de omvang van de schade moeten worden afgewogen in verhouding tot de door verweerder zelf begane fout of nalatigheid en van de totale hieruit voortvloeiende schade.

De door de zesde verweerder op tussenkomst verschuldigde schadevergoeding kan volgens de rechtbank op die wijze *ex aequo et bono* proportioneel worden bepaald op 1/3 van de som die verweerder aan de R.S.Z. verschuldigd is

als hoofdsom, interest en gerechtskosten (d.w.z. enkel de door verweerder aan de R.S.Z. verschuldigde gerechtskosten, niet de ten opzichte van de tweede, derde, vierde en vijfde verwerende partij op tussenkomst gemaakte en te betalen gerechtskosten).

De door verweerder tegen de zesde verweerder op tussenkomst gestelde vordering is derhalve deels in die mate gegrond.

Rest volledigheidshalve nog op te merken dat, aangezien de vordering jegens de andere partijen op tussenkomst en vrijwaring niet werd aanvaard (cf. punt B.2.), de opmerkingen van de zesde verwerende partij op tussenkomst i.v.m. de eventuele hoofdelijkheid niet relevant of dienend zijn en door de rechtbank buiten beschouwing worden gelaten.

NOOT – Het uitvoeringsbesluit van 5 oktober 1978 is inmiddels vervangen door het K.B. van 26 december 1998 (B.S., 31 oktober 1998).

POLITIËRECHTBANK TE BRUGGE

1e KAMER – 23 NOVEMBER 1998

Rechter: de h. Soetemans

Advocaten: mrs. Soete en Coucke

1. Verbintenis – Onverschuldigde betaling – Aanvaarding van door verzekeraar gedaan vergoedingsaanbod «zonder erkenning van aansprakelijkheid» – Definitieve regeling van rechten – 2. Overeenkomst – Wilsgebreken – Bedrog – Vereiste van opzet, uitgaande van de wederpartij – 3. Verzekering – Motorrijtuigen – a) Bestuurder – Begrip – b) Vergoedingsregeling art. 29bis – Uitsluiting – Risicoaanvaarding – Onverschoonbare fout – Begrip – Kortstondig vasthouden van het stuurwiel voorafgaand aan de door de bestuurder zelf uitgevoerde rijbeweging

1. Door de aanvaarding van het vergoedingsaanbod van de verzekeraar en de betaling van het voorschot op de vergoeding van het schadegeval, hebben partijen hun rechten definitief willen regelen, zodat de vordering gebaseerd op de onverschuldigde betaling als ongegrond moet worden afgewezen.

Het gemaakte voorbehoud «zonder erkenning van aansprakelijkheid en onverminderd de rechten en vorderingen van de verzekerde» is niet strijdig met het definitieve karakter van de betaling en betekent alleen dat de schaderegeling niet als argument tegen de verzekerde kan worden ingeroepen indien deze in rechte zou worden aangesproken.

2. Bedrog als wilsgebrek onderstelt dat de ene partij met opzet de dwaling van de andere partij veroorzaakt. Als men iemand misleidt, zonder ooit die bedoeling te hebben gehad, is er geen sprake van bedrog.

Bedrog moet uitgaan van de wederpartij en mag niet het feit van een derde zijn.

3. a) Terwijl de bestuurder in de zin van art. 3 WAM-wet wordt opgesomd onder de personen wier aansprakelijkheid is gedekt door de verzekering en aldus een ruime interpretatie aanbeveling verdient, behoort het begrip bestuurder in art. 29bis WAM-wet tot de categorie van personen die zijn

uitgesloten van vergoeding, zodat hier een restrictieve interpretatie nodig is. Degene die op het ogenblik van het ongeval het motorrijtuig bestuurde en er ook de controle over uitoefende door het manipuleren van het stuurwiel en van de pedalen en door het op die manier aanwenden van de motorkracht van het voertuig, is bestuurder in de zin van art. 29bis WAM-wet.

b) Een loutere risicoaanvaarding kan geenszins worden beschouwd als een grond tot uitsluiting van de vergoedingsregeling van art. 29bis WAM-wet.

Een onverschoonbare fout in de zin van art. 29bis WAM-wet is enkel de vrijwillige fout van uitzonderlijke ernst, waardoor degene die ze heeft begaan, zonder geldige reden wordt blootgesteld aan een gevaar waarvan hij zich bewust had moeten zijn. Het kortstondig vasthouden van het stuurwiel voorafgaand aan de door de bestuurder zelf uitgevoerde rijbeweging, beantwoordt niet aan dit begrip.

N.V. R. t/ A.

II. Ten gronde:

A. Gegevens en voorwerp van de vordering

De vordering van eiseres, verweerster op tegeneis, strekt ertoe verweerster, eiseres op tegeneis, zich te zien en te horen veroordelen tot terugbetaling van een bedrag van 100.000 frank in hoofdsom, als schadevergoeding voor een verkeersongeval te Ruiselede op 16 maart 1996.

De vordering is gebaseerd op een beweerde onverschuldigde betaling, minstens op bedrog van huidige verweerster.

Verweerster betwist de terugvordering door eiseres van de provisie, uitbetaald krachtens art. 29bis van de WAM-wet.

Zij stelde bovendien een tegeneis in, strekkende tot betaling door eiseres op hoofdvordering van een provisioneel bedrag van 100.000 frank in hoofdsom, meer de aanstelling van een geneesheer-deskundige, als schadevergoeding voor hetzelfde verkeersongeval. De tegeneis is gebaseerd op art. 29bis WAM-wet.

B. Beoordeling

I. Feiten en voorgaanden:

Blijkens de overgelegde strafinformatie deed zich op 16 maart 1996 omstreeks 20.00 u te Ruiselede langs de Poekestraat een verkeersongeval voor, toen een voertuig Mercedes, verzekerd bij huidige eiseres, en bestuurd door Louis T. van de weg geraakte en tegen een duiker terecht kwam, waardoor zowel Louis T., als diens echtgenote, A. Caroline (huidig verweerster), als inzittende van bedoeld voertuig, gewond werden.

Blijkens de vaststellingen van de verbalisanten was het op het ogenblik van het ongeval nacht, maar droog weer. De aanrijding deed zich voor buiten de bebouwde kom en er was geen openbare verlichting. Een honderdtal meter voor de plaats van het ongeval maakte de rijbaan een bocht naar rechts.

Louis T. verklaarde aan de verbalisanten dat hij met zijn voertuig Mercedes de Poekestraat volgde in de richting Poekes en dat hij op een bepaald ogenblik zijn handen diende

in te wrijven met een crème, zodat zijn echtgenote (huidige verweerster) op dat ogenblik het stuur van zijn voertuig vasthield. Op een gegeven moment bemerkte Louis T. een tegenligger, welke afkwam met de grootlichten in werking. Ze kwamen toen juist in een lichte bocht naar rechts en in een reactie trok Louis T. het stuur naar rechts over, waardoor zijn voertuig in de gracht terechtkwam en tegen een duiker te pletter sloeg. Hoewel hij door de tegenligger niet werd gehinderd, was hij verrast bij het zien van de tegenligger. Zijn echtgenote, huidige verweerster, die naast hem zat, werd samen met Louis T. gewond overgebracht naar het ziekenhuis te Tielt. Blijkens de door partijen overgelegde medische stukken liep huidige verweerster ten gevolge van het ongeval vrij ernstige kwetsuren op.

Op 21 maart 1996 werd door Louis T. een eenzijdig aanrijdingsformulier ingevuld en ondertekend, waarin werd vermeld, dat hij zelf van de weg was geraakt en een duiker had aangereden, langs de weg Ruiselede-Poeke (Aalter).

Bij brief van 11 juli 1996 maakte huidige eiseres aan huidige verweerster een vergoedingsaanbod over ten bedrage van 100.000 frank als provisie op lichamelijke schade en diverse met de vermelding dat ze zich ertoe verbond om ter uitvoering van voormeld contract (verzekeringsovereenkomst BA motorvoertuigen) het bedrag als vergoeding van voormeld schadegeval uit te betalen en dat bedoelde betaling zou worden uitgevoerd na ontvangst van het vervulde en ondertekende document met eventuele bijlagen. Tevens werd vermeld dat het voorstel werd gedaan zonder erkenning van aansprakelijkheid en onverminderd de rechten en vorderingen van de verzekerde. Tevens werd vermeld dat de maatschappij (eiseres) in geval van discussie over het aangeboden bedrag, haar volledige beoordelingsvrijheid terug kreeg.

Zodra de betaling was uitgevoerd, trad de maatschappij in alle rechten, verhaal en vorderingen tegen alle borgen, aansprakelijken en/of verzekeraars tot dat bedrag. Bedoeld document werd door huidige verweerster ondertekend op 16 juli 1996, waarna eiseres overging tot uitbetaling van de provisie ten bedrage van 100.000 frank als voorschot.

Bij brief van 21 oktober 1996 liet de raadsman van huidige eiseres aan verweerster weten dat de maatschappij inmiddels kennis had gekregen van de strafinformatie en dat uit de erin vermelde verklaring van Louis T. bleek, dat niet T., maar huidige verweerster op het ogenblik van het ongeval het voertuig bestuurde, zodat de reeds uitbetaalde provisie werd teruggevorderd, aangezien eiseres niet de bestuurster diende te vergoeden.

Blijkens het inleidend proces-verbaal van vrijwillige verschijning vordert huidige eiseres dan ook van verweerster de betaling terug van de provisie ten bedrage van 100.000 frank, uitgekeerd overeenkomstig de bepalingen van art. 29bis van de WAM-wet, aanvoerend dat bedoelde betaling een onverschuldigde betaling betrof, minstens dat er sprake was van bedrog van huidige verweerster.

Verweerster betwist het standpunt van eiseres, aanvoerend dat niet zij, maar haar echtgenoot, Louis T., bestuurder was van het voertuig, zodat ze overeenkomstig de bepalingen van art. 29bis van de WAM-wet wel degelijk gerechtigd was op de automatische schadeloosstelling voor de door haar opgelopen lichamelijke schade en dat er geen sprake kon zijn van door haar gepleegd bedrog. Ze stelde dan ook een tegenvordering in, strekkende tot betaling door eiseres van een

aanvullende provisie van 100.000 frank, meer de aanstelling van een geneesheer-deskundige, waaromtrent huidige eiseres, verweerster op tegenvordering subsidiair aanvoert dat er ten aanzien van huidige verweerster minstens sprake is van risicoaanvaarding en/of een onverschoonbare fout.

II. Voorwerp van de vorderingen en bevoegdheid van de Politierechtbank:

...

III. Nopens de hoofdvordering:

Wanneer de vermogensverschuiving haar rechtvaardiging vindt in een overeenkomst tussen partijen, heeft ze een oorzaak en dient de terugvordering op basis van de (beweerde) onverschuldigde betaling of vermogensverschuiving zonder oorzaak te worden afgewezen (zie o.a. Gent, 24 september 1997, *A.J.T.*, 1998-99, 60, met noot R. Pascariello).

Uit de overgelegde stukken blijkt dat eiseres een vergoedingsaanbod deed en zich ertoe verbond om de provisie van 100.000 frank uit te betalen als voorschot op de vergoeding van het schadegeval, welk aanbod door huidige verweerster werd aanvaard door de ondertekening van bedoeld document op 16 juli 1996, waarna huidige eiseres overging tot betaling. Door de ondertekening en de betaling hebben partijen hun rechten derhalve definitief willen regelen, zodat de vordering, in zoverre gebaseerd op de onverschuldigde betaling, als ongegrond dient te worden afgewezen.

Het gemaakte voorbehoud «zonder erkenning van aansprakelijkheid en onverminderd de rechten en vorderingen van de verzekerde» is immers geenszins strijdig met het definitieve karakter van de betaling en betekent alleen dat de schaderegeling niet als argument tegen de verzekerde kan worden ingeroepen indien deze in rechte zou worden vervolgd (zie o.a. Antwerpen, 18 november 1994, *De Verz.*, 1995, 445).

Anderzijds moet worden vastgesteld dat bedrog onderstelt dat verweerster «met opzet» (kwaadwillig) de dwaling van eiseres heeft veroorzaakt en bijgevolg het (beweerde) bedrog, de kwade trouw van verweerster impliceert. Zo men iemand misleidt zonder ooit die bedoeling te hebben gehad, is er geen sprake van bedrog.

Bovendien dient het (beweerde) bedrog uit te gaan van verweerster zelf als wederpartij en mag het niet het feit van een derde zijn, terwijl het bedrog niet wordt vermoed, maar dient bewezen te worden.

Niet alleen werd het eenzijdig Europees aanrijdingsformulier niet door huidige verweerster, maar door haar echtgenoot ingevuld, maar bovendien kan uit de concrete ongevalsomstandigheden, zoals die aan de rechtbank worden voorgelegd, geenszins worden afgeleid dat met kwaadwillig opzet en/of frauduleuze bedoelingen in het Europees aanrijdingsformulier Louis T. als bestuurder werd aangeduid en werd vermeld dat hijzelf van de weg was geraakt en een duiker had aangereden (zie ook verder).

Eiseres faalt derhalve in haar bewijslast om ten aanzien van huidige verweerster enig bedrog en/of frauduleuze bedoelingen aan te tonen, zodat de hoofdvordering als ongegrond dient te worden afgewezen.

IV. Nopens de tegenvordering:

Krachtens de bepalingen van art. 29bis van de WAM-wet wordt bij een verkeersongeval waarbij een motorvoertuig is betrokken, met uitzondering van de stoffelijke schade, alle schade veroorzaakt aan elk slachtoffer of zijn rechthebbers en voortvloeiend uit lichamelijke letsels of het overlijden, vergoed door de verzekeraar die de aansprakelijkheid dekt van de eigenaar, de bestuurder of de houder van het motorrijtuig, overeenkomstig deze wet.

De bestuurder van het motorrijtuig en zijn rechthebbers kunnen zich niet beroepen op de bepalingen van dit artikel, terwijl de slachtoffers, die een onverschoonbare fout hebben begaan, die de enige oorzaak was van het ongeval, zich evenmin kunnen beroepen op de bepalingen van het eerste lid. Ten aanzien van hen wordt echter enkel de opzettelijke fout van uitzonderlijke ernst, waardoor degene die ze heeft begaan zonder geldige reden wordt blootgesteld aan een gevaar, waarvan hij zich bewust had moeten zijn, als onverschoonbaar aangemerkt.

Het begrip «bestuurder» vindt men terug in art. 3 van de WAM-wet, waarin deze wordt opgesomd onder de personen wier aansprakelijkheid is gedekt door de WAM-verzekering; om de inhoud en draagwijdte van dit begrip te bepalen zal men zich derhalve in de eerste plaats moeten richten naar art. 3, § 1, van de WAM-wet en de definitie die hieraan werd gegeven in de terzake geldende rechtspraak en rechtsleer.

Luidens art. 2.13 Wegverkeersreglement wordt onder «bestuurder» verstaan, al wie een voertuig bestuurt of trek-, last- en rijdieren geleidt of bewaakt, met dien verstande dat niet enkel een voertuig bestuurt, degene is die het stuurwiel hanteert, maar ook al wie overeenkomstig 8.1. een voertuig in beweging brengt (zie o.a. Cass., 30 juni 1981, *Arr. Cass.*, 1980-81, 1278).

Een dergelijke ruime interpretatie van het begrip «bestuurder» strookt evenwel niet met de rechtspraak van het Benelux-Gerechtshof, dat oordeelde dat onder «bestuurder» dient te worden verstaan, hij die het voertuig werkelijk en zelfstandig bestuurt en aldus in feite verantwoordelijk is voor het sturen (zie Benelux-Gerechtshof 8 december 1994, *Benelux Jur.*, 1994, 92, met conclusie van advocaat-generaal B. Janssens de Bisthoven).

Niettegenstaande het in art. 29bis en art. 3 van de WAM-wet om dezelfde begrippen gaat, dient men de nodige voorzichtigheid aan de dag te leggen, omdat het begrip «bestuurder», vervat in art. 29bis immers een totaal verschillende en zelfs tegenovergestelde functie vervult dan het begrip «bestuurder» in art. 3 van de WAM-wet. Terwijl de bestuurder in art. 3 van de WAM-wet wordt opgesomd onder de personen wier aansprakelijkheid is gedekt door de verzekering en aldus een ruime interpretatie zou aangewezen zijn, behoort de bestuurder in art. 29bis tot de categorie van personen die zijn uitgesloten van vergoeding, zodat hier een restrictieve interpretatie nodig is (zie o.a. B. Tuerlinckx, «Verkeersongevallen met zwakke weggebruikers: toepassing in de praktijk», in *Verslagboek tweede Leuvense Verzekeringsavonden*, nr. 66, blz. 37).

Uit de verklaring door Louis T. afgelegd aan de verbalisanten, blijkt dat hij op een bepaald ogenblik zijn handen met crème inwreef, terwijl zijn echtgenote (huidige verweerster) het stuur vasthield. Op een gegeven ogenblik zag hij evenwel een tegenligger, die afkwam met zijn groot-

lichten op, waardoor hij in een reactie zelf het stuur naar rechts overtrok en aldus in de gracht terecht kwam tegen een duiker.

Deze verklaring toont aan dat huidige verweerster voorafgaand aan het ongeval weliswaar tijdelijk het stuurwiel vasthield, maar dat het Louis T. zelf was die het stuurwiel opnieuw naar rechts overtrok met het ongeval tot gevolg, zodat T. op het ogenblik van het ongeval het motorvoertuig bestuurd en er ook de controle over uitoefende door het manipuleren van het stuurwiel en van de pedalen en het op die manier aanwenden van de motorkracht van het voertuig. Rekening houdende met het bovenstaande en de enge interpretatie die in art. 29bis aan het begrip «bestuurder» dient te worden gegeven, kan huidige verweerster dan ook geenszins als bestuurder van het in het ongeval betrokken voertuig worden aangemerkt.

Ten onrechte stelt huidige eiseres, verweerster op tegenvordering dat er ten aanzien van de inzittende, Caroline A. een risicoaanvaarding, minstens een onverschoonbare fout dient te worden aangenomen.

Gelet op de bepalingen van art. 29bis van de WAM-wet wordt een loutere (beweerde) risicoaanvaarding geenszins aangemerkt als uitsluitingsgrond voor de automatische vergoedingsregeling waartoe de verzekeraar van het betrokken motorvoertuig gehouden is. Opdat er sprake zou zijn van een onverschoonbare fout moet bovendien aan vier criteria cumulatief worden voldaan: «enkel de vrijwillige fout van uitzonderlijke ernst, waardoor degene die ze begaan heeft zonder geldige reden wordt blootgesteld aan een gevaar, waarvan hij zich bewust had moeten zijn». Het kortstondig vasthouden van het stuurwiel voorafgaand aan de rijbeweging, uitgevoerd door de bestuurder zelf, voldoet geenszins aan deze voorwaarden. Het betreft immers geenszins een vrijwillige fout van uitzonderlijke ernst van verweerster, eiseres op tegenvordering, waardoor deze zonder geldige reden werd blootgesteld aan een gevaar, waarvan ze zich bewust had dienen te zijn.

De oorzaak van het ongeval dient trouwens niet te worden gezocht in het vasthouden van het stuurwiel door Caroline A., maar wel in de paniecreactie van Louis T., die zelf opnieuw het stuur in handen nam en dit naar rechts overtrok met de aanrijding tot gevolg.

Rekening houdende met het bovenstaande dient Caroline A. dan ook te worden beschouwd als aanspraakgerechtigde op de vergoeding, bepaald in art. 29bis van de WAM-wet.

...

NOOT – Bovenstaand vonnis werd integraal bevestigd door Rb. Brugge, 10e Kamer, 13 januari 2000 (A.R. nr. 99/3443).

stand met medewerking van G. Debersaques, N. De Camps en E. Janssens.

Opschorting, uitstel en probatie

De wet van 22 maart 1999 (B.S., 1 april 2000) bepaalt dat een beknopt voorlichtingsrapport de tijdrovende en vaak overbodige maatschappelijke enquête kan vervangen bij het opleggen van probatiemaatregelen. Wanneer de verdachte vroeger niet veroordeeld is geweest tot een hoofdgevangenisstraf van meer dan twaalf maanden, kan de onderzoeksrechter, vóór het afsluiten van zijn onderzoek, een ambtenaar van de Dienst Justitiehuisen de opdracht geven om een beknopt voorlichtingsrapport op te stellen. Hetzelfde recht komt het openbaar ministerie toe voor de aanhangigmaking bij het vonnisgerecht, in het geval er geen gerechtelijk onderzoek werd gevorderd. Ook kunnen de onderzoeksrechter, de onderzoeksgerechten en de vonnisgerechten, met uitzondering van de hoven van assisen, ambtshalve of op verzoek van de delinquent, een ambtenaar van de Dienst Justitiehuisen de opdracht geven een maatschappelijke enquête uit te voeren m.b.t. diens gedragingen en milieu. Deze enquête kan het voorlichtingsrapport vervangen of aanvullen.

Indien het onderzoeksgerecht of het vonnisgerecht probatieuitstel of probatieopschorting overweegt, dient het de verdachte in te lichten over de draagwijdte van een dergelijke maatregel en hem te horen in zijn opmerkingen. De rechter kan pas een dienstverlening of een opleiding opleggen wanneer hij geen effectieve gevangenisstraf uitspreekt, behoudens wanneer deze gelijk is aan de door de betrokkene ondergane voorlopige hechtenis. Dienstverlening en opleiding kunnen samen worden uitgesproken en de probatiecommissie kan rekening houden met de belangen van het slachtoffer wanneer zij de aard en de plaats van de opleiding of de dienstverlening vaststelt.

Daarnaast versoepelt de wet het antecedentenvereiste betreffende de opschorting en de herroepingsvoorwaarden inzake het uitstel. De opschorting wordt voortaan mogelijk wanneer de beklaagde niet is veroordeeld tot een criminele straf of een hoofdgevangenisstraf van meer dan zes maanden. Het uitstel wordt voortaan van rechtswege herroepen wanneer gedurende de proeftijd een nieuw misdrijf is gepleegd dat een veroordeling tot een criminele straf of hoofdgevangenisstraf van meer dan zes maanden tot gevolg heeft. Het uitstel kan eveneens worden herroepen wanneer tijdens de proeftijd een misdrijf is gepleegd dat een veroordeling tot een effectieve hoofdgevangenisstraf van ten minste één maand en ten hoogste zes maanden tot gevolg heeft. Voorts regelt de wet de territoriale bevoegdheid van de probatiecommissies.

De wet vermeldt geen specifieke datum van inwerkingtreding.

N.D.C.

WETGEVING IN KORT BESTEK

Onder de zorg van de Faculteit van de Rechtsgeleerdheid van de V.U.B. (coördinatie: Prof. Dr. M. van Damme).

Dit overzicht betreft de wetgeving bekendgemaakt in het Belgisch Staatsblad van de maand april 2000 en kwam tot

Snelrecht

De wetten van 28 maart 2000 (B.S., 1 april 2000) voeren een procedure van onmiddellijke verschijning in bij de correctionele rechtbank. De procedure kan in hoofdlijnen als volgt worden samengevat.

Zij is mogelijk voor alle misdrijven, behalve voor de misdrijven waarvan de maximumgevangenisstraf lager is dan een jaar of hoger is dan tien jaar, overeenkomstig de wet van 4 oktober 1867 inzake de verzachtende omstandigheden. Hiertoe is vereist dat het misdrijf op heterdaad werd ontdekt, ofwel dat de bezwaren die binnen een maand na het plegen van het misdrijf werden aangevoerd, toereikend zijn om de zaak aan de rechter ten gronde voor te leggen. De procureur des Konings kan te dien einde bij de onderzoeksrechter een aanhoudingsbevel met het oog op onmiddellijke verschijning vorderen. Zodra het aanhoudingsbevel werd gevorderd, heeft de betrokkene recht op bijstand van een raadsman en wordt het dossier te zijner beschikking gesteld. De onderzoeksrechter kan pas een aanhoudingsbevel uitvaardigen na de verdachte te hebben gehoord. Dit aanhoudingsbevel blijft geldig tot aan de uitspraak van het vonnis, op voorwaarde dat die uitspraak geschiedt binnen zeven dagen te rekenen vanaf het aanhoudingsbevel.

Wanneer het aanhoudingsbevel werd uitgevaardigd, stelt de procureur des Konings de betrokkene via een proces-verbaal onmiddellijk in kennis van de plaats, de dag en het uur van de zitting van de correctionele rechtbank, waarvoor hij de betrokkene oproept. De zitting kan ten vroegste vier dagen en ten hoogste zeven dagen na de uitvaardiging van het aanhoudingsbevel plaatsvinden. De rechtbank kan op deze zitting onmiddellijk uitspraak doen of de zaak in beraad nemen. In het laatste geval dient zij uitspraak te doen binnen vijf dagen nadat de zaak in beraad werd genomen. Wanneer de rechtbank het daarentegen nodig acht om eerst getuigen te horen of een maatschappelijk onderzoek van de betrokkene te laten verrichten, kan zij de zaak uitstellen. De zaak dient evenwel in beraad te worden genomen uiterlijk de vijftiende dag na de aanvankelijke zitting. In beide gevallen zal de beklaagde echter na de zevende dag, volgend op het aanhoudingsbevel, in vrijheid worden gesteld.

Voorts kan de rechtbank beslissen dat de complexiteit van de zaak aanvullend onderzoek vereist. In dat geval zendt zij het dossier terug naar de procureur des Konings met het oog op een toepassing van de gewone strafprocedure. Bij dezelfde beslissing kan zij de hechtenis van de betrokkene handhaven tot de eventuele betekening van een «gewoon» aanhoudingsbevel binnen 24 uur. De belangen van de slachtoffers zullen in de voorgaande gevallen steeds worden gevrijwaard, doordat de correctionele rechtbank ambtshalve de burgerlijke belangen dient aan te houden.

Wat de regeling van inwerkingtreding betreft, zie respectievelijk de artikelen 7 en 11 van de wetten van 28 maart 2000.

N.D.C.

Verkrijgen van de Belgische nationaliteit – Procedure

1. Twee wetten van 1 maart 2000 brengen een aantal wijzigingen aan in het Wetboek van de Belgische nationaliteit (*B.S.*, 5 en 6 april 2000; inwerkingtreding op 1 mei 2000; voor een eerste uitvoeringsbesluit, zie *K.B.* van 16 april 2000, *B.S.*, 27 april 2000). Bij die wijzigingen wordt ervan uitgegaan dat het verkrijgen van de Belgische nationaliteit een belangrijke factor is van integratie van vreemdelingen in onze samenleving en dat een grotere vereenvoudiging van de procedures tot het verkrijgen van de Belgische nationaliteit

moet worden totstandgebracht (zie o.m. *Parl. St.*, Senaat, 1999-2000, nr. 2-308/3, p. 3-4).

In essentie kunnen de belangrijkste, in de wetten van 1 maart 2000 vervatte wijzigingen worden weergegeven als volgt:

- de procedure tot het verkrijgen van de Belgische nationaliteit door middel van de naturalisatie wordt op de bestaande procedure inzake nationaliteitsverklaring afgestemd. Zo wordt bv. de aanvraag tot naturalisatie kosteloos. De met de hand geschreven vermelding die sedert 1 september 1999 moet voorafgaan aan de handtekening van de aanvrager op het formulier van naturalisatieverzoek wordt in die zin gewijzigd dat een verklaring wordt toegevoegd waarbij de aanvrager bevestigt het E.V.R.M. te zullen naleven;
- rekening houdende met de vereiste coherentie van het Wetboek van de Belgische nationaliteit, waarin ervan wordt uitgegaan dat de procedure eenvoudiger wordt naarmate de band met België groter is, wordt in specifieke toegangsvoorwaarden voorzien, al naargelang het om een nationaliteitsverklaring dan wel om een naturalisatie gaat. De beide procedures worden vereenvoudigd en de toegang ertoe wordt uitgebreid door middel van een versoepeling van de voorwaarden waaraan de betrokken vreemdeling moet voldoen;
- het verloop van de procedures van nationaliteitsverklaring wordt versneld en sommige bevoegdheden van het parket worden herzien;
- naar analogie van hetgeen in het Burgerlijk Wetboek is geregeld m.b.t. het huwelijk, wordt in de mogelijkheid voorzien om de akte van geboorte te vervangen door een akte van bekendheid.

2. In aansluiting op de wijzigingen die de wetten van 1 maart 2000 aanbrengen in het Wetboek van de Belgische nationaliteit, wijzigt een andere wet van 1 maart 2000 een tweetal bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek (*B.S.*, 5 april 2000; inwerkingtreding op 1 mei 2000).

Art. 569 Ger. W. wordt aangevuld met een punt 33°, blijkens welk de rechtbank van eerste aanleg kennis neemt «van vorderingen tot homologatie van akten van bekendheid opgesteld krachtens de artikelen 71 en 72 van het Burgerlijk Wetboek en krachtens artikel 5 van het Wetboek van de Belgische nationaliteit».

De aanvulling van artikel 628, 9°, Ger. W., houdt in dat alleen bevoegd is tot kennisneming van de vordering, de rechter «van de hoofdverblijfplaats van degene die op grond van art. 5 van het (Wetboek van de Belgische nationaliteit) zich een akte van bekendheid laat verschaffen ter vervanging van een akte van geboorte».

M.V.D.

Militairen – Ontslag en rendementsperiode

De diverse statuten van de militairen bepalen dat de militair op om het even welk ogenblik schriftelijk zijn ontslag kan aanbieden, maar dat de minister van Landsverdediging dit ontslag kan weigeren indien hij oordeelt dat het strijdig is met het «dienstbelang». Als beheersregel werd dit dienstbelang bij middel van administratieve richtlijn omschreven als, althans in principe, een periode gedurende welke de militair, na zijn vorming op kosten van het departement

landsverdediging, gehouden wordt te dienen (*Parl. St.*, Kamer, 1999-2000, nr. 321/4, p. 3; i.e. de zogenaamde «rendementsperiode»).

De wet van 16 maart 2000 betreffende het ontslag van bepaalde militairen en de verbreking van de dienstneming of wederdienstneming van bepaalde kandidaat-militairen, de vaststelling van de rendementsperiode en het terugvorderen door de Staat van een deel van de door de Staat gedragen kosten voor de vorming en van een gedeelte van de tijdens de vorming genoten wedden (*B.S.*, 6 april 2000, inwerkingtreding op 16 april 2000) heeft twee doelstellingen: – enerzijds wordt het begrip «belang van de dienst» in de vorm van een verplichting tot vervulling van de rendementsperiode na de vorming op het niveau van de wet ingeschreven, wat meer rechtszekerheid moet bieden (*Parl. St.*, Kamer, 1999-2000, nr. 321-4, p. 3); het «*patere legem-principe*» geldt immers (per definitie) niet voor een richtlijn; – anderzijds wordt het principe van de terugbetaling van een gedeelte van de tijdens de vorming ontvangen wedde (en uitzonderlijk van de vormingskosten wat de piloten betreft) ingevoerd voor sommige militairen die hun ontslag of hun dienstverbreking hebben verkregen, zonder dat zij hun volledige rendementsperiode hebben vervuld, terwijl ze een wedde van het departement landsverdediging ontvingen (*Parl. St.*, Kamer, 1999-2000, nr. 321-4, p. 3).

De rendementsperiode wordt vastgesteld op anderhalve maal de duur van de genoten (gratis) opleiding op kosten van het ministerie van Landsverdediging, met een minimumduur van drie jaar en een maximumduur van twaalf jaar (art. 3, § 2). De vormingsduur die in aanmerking wordt genomen en de duur van de rendementsperiode worden vastgesteld in een tabel gevoegd bij de thans besproken wet.

De terugbetaling van de wedde, die de tegenprestatie vormt voor het voordeel dat de militairen halen uit de opleiding die zij op kosten van de gemeenschap genoten (*Parl. St.*, Kamer, 1999-2000, nr. 321/1, p. 4), is degressief en bedraagt een breukdeel van de 73% van de netto uitbetaalde wedden gedurende de vorming (artt. 4-7). De gehele wedde moeten terugbetalen zou immers kennelijk onredelijk zijn (zie ook Arbitragehof, nr. 34/96, 15 mei 1996). Het bedrag van de terug te betalen netto-wedde dient derhalve te worden verminderd met een «beschikbaarheidswaarde» voor de krijgsmacht van 27% (voor de berekening van deze waarde, zie *Parl. St.*, Kamer, 1999-2000, nr. 321/1, p. 4).

Louter ter informatie kan ten slotte worden vermeld dat ook de rijkswacht de mogelijkheid kent om een deel van de tijdens de opleiding genoten wedde terug te vorderen van het personeelslid wiens ontslag werd aangenomen. Terzake kan worden verwezen naar art. 31 van de wet van 27 december 1973 betreffende het statuut van het personeel van het operationeel korps van de rijkswacht (*B.S.*, 25 januari 1974).

G.D.

Huwelijk – Bijkomende wijzigingen

De wet van 4 mei 1999 tot wijziging van een aantal bepalingen betreffende het huwelijk (*B.S.*, 1 juli 1999) noopt tot een aantal bijkomende, technische wijzigingen van de bepalingen van het Burgerlijk Wetboek inzake het huwelijk. Die wijzigingen worden aangebracht door de wet van

1 maart 2000 (*B.S.*, 6 april 2000; geen specifieke datum van inwerkingtreding vermeld).

Luidens art. 167, laatste lid, B.W., kan tegen de weigering door de ambtenaar van de burgerlijke stand om het huwelijk te voltrekken, door de belanghebbende partijen «binnen de maand» beroep worden aangetekend bij de rechtbank van eerste aanleg. Ter wille van de rechtszekerheid wordt, naar analogie van het nieuwe art. 63, § 4, laatste lid, B.W., in het aangehaalde art. 167, laatste lid, B.W., de aanvangsdatum van de beroepstermijn nader omschreven, zijnde de datum van de kennisgeving van de weigeringsbeslissing van de ambtenaar van de burgerlijke stand.

De inhoud van art. 170 B.W. is niet in overeenstemming met het nieuwe art. 7 van de wet van 12 juli 1931 betrekking hebbende op zekere akten van de burgerlijke stand alsmede op de bevoegdheid der diplomatieke en consulaire ambtenaren inzake burgerlijke stand, zoals ingevoegd door art. 20 van de voornoemde wet van 4 mei 1999. Het desbetreffende artikel 7 laat immers toe dat diplomatieke en consulaire ambtenaren, aan wie de functie van ambtenaar van de burgerlijke stand is opgedragen, de huwelijken kunnen voltrekken wanneer één van de echtgenoten de Belgische nationaliteit heeft, terwijl art. 170, 3°, B.W., voor wat de vorm betreft, in België als geldig beschouwt de consulaire huwelijken waarbij de echtgenoot Belg is en de echtgenote vreemdeling en niet die waarbij de echtgenote Belg is en de echtgenoot vreemdeling. Dit leidt tot een situatie waarbij de bevoegde diplomatieke en consulaire ambtenaren in beginsel rechtsgeldig een huwelijk lijken te kunnen voltrekken tussen een Belgische vrouw en een vreemdeling, hoewel deze huwelijken in België naar de vorm niet als geldig worden beschouwd (*Gedr. St.*, Kamer, 1999-2000, nr. 50-0105/004, p. 8). Om die reden en omdat art. 170, 3°, B.W. bovendien een discriminatie van de vrouw bevat, terwijl de geldigheid van de consulaire huwelijken wordt beperkt tot de huwelijken waarbij de echtgenoot Belg is en de echtgenote vreemdeling, vervangt de wet van 1 maart 2000 art. 170, 2°, B.W., en heft zij art. 170, 3°, B.W. op.

Art. 192 B.W. voorziet in een sanctie voor de openbare ambtenaar (een geldboete van ten hoogste driehonderd frank) en van de contracterende partijen (een geldboete naar verhouding van hun vermogen) indien, bijvoorbeeld, het huwelijk niet is vooraafgegaan door de vereiste aangifte of indien de door de wet toegelaten vrijstellingen niet zijn verkregen. Teneinde willekeur tegen te gaan, worden, als gevolg van de wet van 1 maart 2000, in art. 192 B.W. meer nauwkeurige sancties ingeschreven (voor de openbare ambtenaar een geldboete van zesentwintig frank tot driehonderd frank, voor de gehuwden een geldboete van zesentwintig tot tweehonderd frank).

De verplichting om het huwelijk in het openbaar en voor de bevoegde ambtenaar van de burgerlijke stand te voltrekken werd opgelegd door art. 8 van de wet van 26 december 1891, maar wordt met ingang van 1 januari 2000 geregeld in het nieuwe art. 166 B.W. De verwijzing naar art. 8 van de wet van 26 december 1891, die in art. 193 B.W. voorkomt, diende derhalve te worden vervangen door een verwijzing naar art. 166 B.W.

Art. 8, 13°, van het Wetboek van zegelrechten bevatte nog steeds een verwijzing naar de akten van huwelijksafkondiging. Onder het systeem van de huwelijksafkondigingen

werd immers een zegelrecht geheven op de aangeplakte afkondigingen. Door de opheffing van het systeem van aanplakking is de verwijzing in het vermelde art. 8, 13°, echter zonder voorwerp geworden en wordt deze geschrapt.

M.V.D.

Faillissementswet – Interpretatie art. 101, derde lid

De wet van 12 maart 2000 (*B.S.*, 7 april 2000) interpreteert art. 101, derde lid, Faillissementswet. Luidens art. 101, eerste lid, van de voornoemde wet doet het faillissement geen afbreuk aan het recht van terugvordering van de eigenaar van de goederen die in het bezit zijn van de schuldenaar. Art. 101, tweede lid, van dezelfde wet voorziet in de mogelijkheid tot het invoegen van een, ingeval van faillissement afdwingbare clause van eigendomsvoorbehoud in overeenkomsten tot verkoop van roerende goederen. De «rechtsvordering tot terugvordering» diende, luidens art. 101, derde lid, Faillissementswet, op straffe van verval te «worden ingesteld» vóór de sluiting van het proces-verbaal van verificatie van de schuldvorderingen.

De Nederlandstalige rechtsleer, hierin gevolgd door de Nederlandstalige rechtspraak, leidde uit art. 101, derde lid, Faillissementswet, af dat op straffe van verval een gerechtelijke procedure diende te worden ingeleid (Dirix, E. «Eigendomsvoorbehoud», *R.W.*, 1997-98, 491; Braeckmans, H., Dirix, E. en Wymeersch, E., *Faillissement en gerechtelijk akkoord. Het nieuwe recht*, Kluwer rechtswetenschappen, Antwerpen, 1998, 407). Langs Franstalige zijde werd een dergelijke vereiste niet gesteld.

Teneinde elke rechtsonzekerheid omtrent de toepassing van art. 101, derde lid, Faillissementswet, te beëindigen, heeft de wetgever met de interpretatieve wet van 12 maart 2000 aangegeven dat het voldoende is dat «het recht van terugvordering wordt uitgeoefend». Een gewone aangezekende brief, waarin de schuldeiser zijn wil te kennen geeft dat hij het recht op terugvordering wil uitoefenen, is derhalve voldoende.

E.J.

Wapenwet – Definitief verbod op antipersoonsmijnen

Luidens art. 22, vierde lid, van de wet van 3 januari 1933 op de vervaardiging van, de handel in en het dragen van wapens en op de handel in munitie (*B.S.*, 22 juni 1933, hierna te citeren als de wapenwet) is het gebruik, het opslaan, het verkopen, de verwerving en het verstrekken van antipersoonsmijnen en valstrikmijnen of soortgelijke mechanismen door de Staat of de overheidsbesturen, verboden voor een periode van vijf jaar, waarbij deze termijn met eenzelfde periode kon worden verlengd (art. 22, vijfde lid, wapenwet).

De wet van 30 maart 2000 betreffende het definitieve verbod op antipersoonsmijnen (*B.S.*, 7 april 2000) schaft de voornoemde beperking tot vijf jaar af en voert derhalve een definitief verbod in tot gebruik, opslaan, verkopen, verwerven en verstrekken van voornoemde mijnen en soortgelijke mechanismen, onverminderd de uitzondering bepaald in het zesde lid (thans: vijfde lid) van art. 22 van de wapenwet.

Luidens de indieners van het voorstel heeft België overigens zijn stocks terzake vernietigd (*Parl. St.*, Senaat, 1999-2000, nr. 2-76/1, p. 2). Indien dit correct is, zijn derhalve de twee laatste leden van het genoemde art. 22 van de wapenwet zonder voorwerp geworden en konden ze eveneens worden opgeheven.

G.D.

Ruimtelijke ordening – Wijzigingsdecreet

Inleiding

De (recentste) wijziging van het decreet van 18 mei 1999 houdende de organisatie van de ruimtelijke ordening (*B.S.*, 8 juni 1999, tweede editie, hierna verkort te citeren als D.R.O.; voor eerdere wijzigingen, zie het decreet van 28 september 1999 houdende wijziging van de datum van inwerkingtreding van het decreet van 18 mei 1999 houdende de organisatie van de ruimtelijke ordening, *B.S.*, 30 september 1999, tweede editie, en art. 48 van het decreet van 22 december 1999 houdende bepalingen tot begeleiding van de begroting 2000 (*B.S.*, 30 december 1999, tweede editie), is geschied bij het decreet van 26 april 2000 houdende wijziging van het decreet van 18 mei 1999 houdende de organisatie van de ruimtelijke ordening en van het decreet betreffende de ruimtelijke ordening, gecoördineerd op 22 oktober 1996 (*B.S.*, 29 april 2000, inwerkingtreding op 1 mei 2000, hierna te noemen «wijzigingsdecreet»).

Het wijzigingsdecreet, dat 64 artikelen omvat, is tweeledig (zie *Parl. St.*, VI. Parl., 1999-2000, nr. 252-3, p. 8): enerzijds bevat het een bijsturing van het D.R.O., anderzijds wijzigt het het decreet betreffende de ruimtelijke ordening, gecoördineerd op 22 oktober 1996 (*B.S.*, 15 maart 1996, hierna genoemd «stedenbouwdecreet»).

De wijzigingen aan het D.R.O.

De wijzigingen aan het D.R.O. zijn op hun beurt tweeledig: het wegwerken van een aantal *technisch-juridische probleempunten* die bleken uit de implementatie in de praktijk van het nieuwe D.R.O., enerzijds, en het aanbrengen van een aantal verbeteringen en vereenvoudigingen in het raam van een *behoorlijk bestuur*, anderzijds.

Onder de technisch-juridische knelpunten die uit de toepassing van het D.R.O. bleken en die worden opgeruimd door het wijzigende decreet van 26 april 2000 moeten zeker worden vermeld (zie *Parl. St.*, VI. Parl., 1999-2000, nr. 252-3, 8-9):

1° verandering van de regelgeving inzake de «oude» gemeentelijke plannen. Het oorspronkelijke art. 172 D.R.O. voorzag in de opheffing van rechtswege van alle A.P.A.'s en B.P.A.'s die werden goedgekeurd vóór de inwerkingtreding van het besluit of de besluiten die het gewestplan hebben vastgesteld op de dag van de inwerkingtreding van het D.R.O. Een aantal ervan kon nadien, onder de voorwaarden bepaald in art. 190 D.R.O., «herleven». Het spreekt voor zichzelf dat een dergelijke juridische techniek aanleiding zou geven tot (nutteloze) geschillen. Om die reden werd art. 172 D.R.O. in die zin gewijzigd dat de voornoemde gemeentelijke plannen pas worden opgeheven

op de datum van de publicatie bij uittreksel van de beslissing van de Vlaamse regering waarbij werd beslist ze niet te behouden (art. 39 wijzigingsdecreet);

2° een aanpassing inzake de toepasselijke regelgeving op «oude» geschillen inzake planshade. Het oorspronkelijke art. 202 D.R.O. verklaarde de nieuwe artikelen 85 en 86 D.R.O. van toepassing op de lopende planshadevorderingen, wat opnieuw tot andermaal zinloze geschillen zou kunnen leiden. Om complexe en oeverloze discussies terzake te vermijden, werd voornoemd art. 202 D.R.O. opgeheven (art. 53 wijzigingsdecreet);

3° een uitbreiding van de toepassingsmogelijkheden van het planologisch attest. Een planologisch attest kon zich in de oorspronkelijke lezing van art. 136 D.R.O. alleen uitspreken over het antwoord op de vraag of een *wijziging* van een gemeentelijk ruimtelijk uitvoeringsplan kon worden overwogen, niet of de *opmaak* van een dergelijk plan kan (bv. ter vervanging van een bestaand gewestplan). Art. 28 zet deze anomalie recht.

Daarnaast zijn er nog talloze andere, eerder technisch-juridische wijzigingen, zoals het pas verschuldigd zijn van planbaten na het verkrijgen van een bouwvergunning of verkavelingsvergunning indien de aanvraag daartoe de dag voorafgaand aan de inwerkingtreding van het ruimtelijk uitvoeringsplan niet voor vergunning in aanmerking kwam (art. 88, § 3, eerste lid, *in fine*, als gewijzigd bij art. 14 wijzigingsdecreet); het afstemmen van de vergunningsplicht op de terminologie van het bos- en natuurdecreet (art. 99, § 1, D.R.O., als gewijzigd bij art. 16 wijzigingsdecreet); het verduidelijken van de publiciteitsverplichtingen van de instrumenterende ambtenaren (art. 137 D.R.O., gewijzigd bij art. 29 wijzigingsdecreet); het verlenen van de hoedanigheid van officier van gerechtelijke politie aan de stedenbouwkundige inspecteurs en het vereenvoudigen van de huiszoekingsprocedure (art. 148 D.R.O. gewijzigd bij art. 33 wijzigingsdecreet); het bepalen dat de strafvordering en het recht om een herstelmaatregel te vorderen vervallen door het definitief geworden vergelijk (art. 158 D.R.O., gewijzigd bij art. 35 wijzigingsdecreet), ...

Onder de bepalingen die een verbetering en vereenvoudiging van procedures in het raam van een behoorlijk bestuur beogen, moeten worden vermeld:

1° het afschaffen van de mogelijkheid een ontwerp van ruimtelijk uitvoeringsplan te wijzigen op basis van een «nieuw» gegeven dat onbekend was ten tijde van de voorlopige vaststelling van een plan (voor een kritiek: zie G. Debersaques, «Ruimtelijke uitvoeringsplannen» in *Het nieuwe decreet op de ruimtelijke ordening*, B. Hubeau (red.), Brugge, die Keure, 1999, (157), 195). Voortaan mogen bij de definitieve vaststelling van een plan ten opzichte van het voorlopig vastgestelde plan slechts wijzigingen worden aangebracht die gebaseerd zijn op of voortvloeien uit de tijdens het openbaar onderzoek geformuleerde bezwaren en opmerkingen of de adviezen uitgebracht door de aangewezen administraties en overheden, of het advies van de terzake bevoegde commissie voor ruimtelijke ordening (art. 42, § 6, 45, § 6 en 49, § 6, D.R.O., als gewijzigd bij art. 8-10 van het wijzigingsdecreet);

2° het verval van een stedenbouwkundige vergunning voor twee of meer afzonderlijke gebouwen (bv. een woning

met een afzonderlijke garage) wordt duidelijker omschreven, in die zin dat de stedenbouwkundige vergunning enkel vervalt voor de gebouwen waarvoor niet is voldaan aan de voorwaarden van verval bepaald in art. 128 D.R.O. Voorts wordt inzake het verval de expliciete koppeling met de milieuvergunning overgenomen uit het VLAREM-decreet (art. 128 D.R.O.);

3° bij een procedure voor de Raad van State wordt de schorsing van de uitvoeringstermijn ook toegepast op verkavelingsvergunningen, en dit naar analogie van de stedenbouwkundige vergunningen (art. 130bis D.R.O.);

4° de gemeenten kunnen thans zelf de vrijstelling en tariefdiversificaties bepalen voor de belasting op niet-bebouwde percelen, volgens het eigen gemeentelijk grondbeleid (art. 143, § 4, D.R.O.);

5° een specifieke, permanente regeling in verband met zonevreemde monumenten wordt ingeschreven in het D.R.O. (art. 195bis D.R.O.);

6° de regeling inzake overmacht (art. 145 D.R.O. gewijzigd bij art. 32) wordt gewijzigd.

De wijzigingen aan het gecoördineerde stedenbouwdecreet van 22 oktober 1996

Ofschoon het D.R.O. de vroegere regeling vervangt, is het een feit dat verschillende bepalingen uit het vroegere stedenbouwdecreet van 22 oktober 1996 nog geruime tijd van kracht zullen blijven (art. 171 D.R.O.). Om de overgang tussen het oude en het nieuwe decreet zo vlot mogelijk te laten verlopen, diende derhalve de oorspronkelijke regeling te worden aangepast. Bovendien was het noodzakelijk om het takenpakket van de centrale administratie gevoelig te verlichten en te vereenvoudigen (*Parl. St.*, VI. Parl., 1999-2000, nr. 252-3, p. 9).

Als belangrijkste wijzigingen kunnen worden vermeld:

1° de bepaling over de herzieningsmachtiging voor B.P.A.'s is opgeheven (art. 50 en 56 van het wijzigende decreet). Voortaan dient een gemeente niet langer aan de Minister te vragen of een B.P.A. kan worden herzien. Het volstaat de herziening te starten;

2° de decretale mogelijkheid om werken vrij te stellen van het voorafgaand advies van de gemachtigde ambtenaar is verruimd (art. 57 van het wijzigingsdecreet; voor het uitvoeringsbesluit, zie het besluit van de Vlaamse regering van 5 mei 2000 tot bepaling van de werken en handelingen die vrijgesteld zijn van het eensluidend advies van de gemachtigde ambtenaar, *B.S.*, 19 mei 2000). De Minister van Ruimtelijke Ordening beoogt hiermee twee doelstellingen te bereiken (*Parl. St.*, VI. Parl., 1999-2000, nr. 252-3, p. 9): ten eerste kan deze maatregel gevoelig de huidige achterstand en vertraging bij de behandeling van aanvragen voor een stedenbouwkundige vergunning reduceren, wat als bijkomend voordeel biedt dat de ambtenaren van de Vlaamse administratie van een deel van het routinewerk worden ontlast. Ten tweede kunnen de gemeenten zich aldus vertrouwd maken met het zelfstandig afhandelen van bepaalde stedenbouwkundige aanvragen. Er blijft enkel nog een kwaliteitscontrole van de toekomstige stedenbouwkundige ambtenaren over. Om die reden wordt de schorsingstermijn op twintig dagen gebracht (art. 58, 2°, van het wijzigingsdecreet);

3° een vereenvoudiging van de beroepsprocedure. Voortaan kan de aanvrager enkel nog bij de Vlaamse regering in hoger beroep gaan bij gebreke aan een beslissing van de bestendige deputatie, na afloop van de termijn waarbinnen deze moest plaatshebben (art. 53, § 2, tweede lid, van het stedenbouwdecreet, gewijzigd bij art. 60, 2°, van het wijzigingsdecreet). Deze wijziging is toepasselijk voor die dossiers waarvoor op 1 mei 2000 nog geen hoger beroep was ingesteld bij de bestendige deputatie (art. 61 van het wijzigingsdecreet);

4° het planologisch attest wordt versneld ingevoerd (art. 14bis van het stedenbouwdecreet, ingevoegd bij art. 55 van het wijzigingsdecreet). In dit attest, dat enkel kan worden aangevraagd door en voor een bedrijf dat onderworpen is aan de milieuvergunningplicht in de zin van het decreet van 28 juni 1985 betreffende de milieuvergunning, geeft het college van burgemeester en schepenen, na eensluidend advies van de planologische ambtenaar, aan of voor het gebied waarop het attest betrekking heeft, de opmaak of een wijziging van een bijzonder plan van aanleg zal worden overwogen, dat overeenkomstig art. 14, vijfde lid, stedenbouwdecreet, kan afwijken van het gewestplan. Bij afgifte van een positief attest wordt binnen zes maanden na afgifte ervan, het ontwerp van bijzonder plan van aanleg voorgelegd aan de bevoegde commissie van advies en adviserende instellingen en administraties. Het college van burgemeester en schepenen kan die termijn van zes maanden om gemotiveerde reden met maximum zes maanden verlengen;

5° het toepassingsgebied van art. 166 D.R.O. (ver- of herbouwen van zonevreemde gebouwen en woningen) wordt, behoudens de reeds bestaande voorzieningen voor het agrarisch gebied, het landschappelijk waardevol agrarisch gebied en het parkgebied, uitgebreid tot gebieden waar de open ruimte niet primeert, namelijk het industriegebied en daarmee gelijkgestelde gebieden en de gebieden voor gemeenschapsvoorzieningen en openbare nutsvoorzieningen (art. 43, § 2, zevende lid, stedenbouwdecreet, als gewijzigd bij art. 57, 5°, van het wijzigingsdecreet).

G.D.

BOEKEN

P. LEGRAND, *Fragments on Law-as-Culture*, Deventer, Tjeenk Willink, 1999, 163 p.

Indien ik dit boek van een ondertitel zou moeten voorzien, dan zou het «Vrijwel identieke variaties op een thema» zijn. Niet dat dit boek wat dat betreft uniek is – zouden de meeste wetenschappelijke geschriften zich immers niet moeten kenmerken door een thematische rode draad? –, maar hier is het thema wel heel pregnant aanwezig. Wat is dan het thema van dit boek?

Legrand heeft zich tot doel gesteld de magere theoretische grondslagen van de rechtsvergelijking te bestrijden. Hij wenst bloot te leggen wat er bij veel van de hedendaagse rechtsvergelijking fout loopt, namelijk het ontbreken van het besef dat recht in essentie cultureel bepaald is en dat daardoor het louter beschrijven en naast elkaar zetten van rechtsregels een zinloze aangelegenheid is. Wanneer je aan rechtsvergelijking doet, moet het culturele element van het recht worden geëxpliciteerd. Wanneer je als buitenstaander het Italiaanse recht wil kennen en begrijpen (om het vervolgens te vergelijken), is het volgens Legrand niet genoeg om een aantal re-

levante bepalingen uit de *Codice Civile* te koppelen aan uitspraken van de *Corte di Cassazione*. In een recente boekbespreking noemt Legrand op deze wijze tewerkgaan «the legal equivalent of a guide to car mechanics». Iemand die geen verstand heeft van auto-techniek, zal inderdaad met een boek terzake niet geholpen zijn wanneer hij wanhopig langs de kant van de weg staat. Zo is het ook met het recht. Wil je op adequate wijze kunnen kennismaken van het Italiaanse recht, dan moet je tevens weten hoe een Italiaans jurist denkt en werkt, hoe het Italiaanse recht opereert in een bepaalde interpretatieve gemeenschap, hoezeer het context-bepaald is enz. Je moet kortom weten hoe het Italiaanse recht is ingebed in de Italiaanse cultuur.

Het is immers zo dat de hedendaagse rechtsvergelijking lijdt aan theoretische bloedarmoede. Dat wil zeggen dat de meeste rechtsvergelijkers zich niet echt bewust zijn van de vooronderstellingen waarmee ze werken, en geen enkel theoretisch kader hanteren van waaruit ze werken (hoe moet ik vergelijken? waarom op deze wijze? enz.). Legrand heeft wat dat betreft een punt, maar hij overdrijft mijns inziens wanneer hij de beschrijvende rechtsvergelijking een zinloze aangelegenheid noemt. Het is immers zo dat het recht altijd is ingebed in een bepaalde cultuur, en een *vol begrip* ervan vereist dat deze cultuur wordt verdisconteerd in een vergelijkende bestudering van buitenlandse rechtssstelsels. Desondanks vertegenwoordigen rechtsregels (en de interpretatie daarvan) tegelijk ook vaak technische oplossingen voor bepaalde problemen. Een beschrijving daarvan heeft wat dat betreft wel degelijk (toegegeven: beperkte) informatieve waarde. Sterker nog, een beschrijving van buitenlands recht zal in principe altijd gepaard gaan met een zeker (impliciet) cultureel begrip. Wat de vraag doet rijzen wat Legrand nu precies wil bestrijden, want de meeste rechtsvergelijking die ik ken lijkt zich van dit gegeven wel bewust. Bestaat de louter beschrijvende rechtsvergelijking eigenlijk wel?

Het werk van Legrand is doordeesemd met citaten van allerlei filosofische, sociaal-wetenschappelijke en soms literaire snit. Deze citaten worden echter nauwelijks in een context geplaatst. Hier een stukje Heidegger, daar een beetje Oakeshott, dan weer wat Mill, Nietzsche of Goethe enz. Het lijkt daardoor een beetje op een kaartenhuis, en zoals we weten vallen die gemakkelijk in elkaar. Het boek gaat in die zin niet alleen over «Fragments», maar is zelfs enigszins fragmentarisch. Maakt Legrand zich daarmee niet schuldig aan datgene wat hij zelf onder meer wenst te bestrijden: het gebruik van materiaal buiten de context waarin het is totstandgekomen, zonder deze context te expliciteren? Bovendien hanteert de auteur overvloedig jargon dat wordt gegoten in onmogelijke zinsconstructies. Dit is jammer, want juist daardoor komt zijn in essentie belangrijke boodschap – «verdisconteer de (rechts)cultuur in het rechtsvergelijkende werk» –, minder goed over. Een voorbeeld vormt de volgende zin: «According to a categorical system which anticipates absolute knowing, «comparatists» draw a sharp, if apparently intuitive, dichotomy between, on the one hand, the mechanistic-material realm of State-sponsored expressions of what is apprehended as the characteristically legal (primarily, legislative enactments and appellate judicial decisions) and, on the other, the mental realm of stipulations of relevance, purposes and desires, fantasies, habits, inhibitions, and *prejudices* in which the (formally) binding law is but the externalized site fixing aspects of an interpretive community's contingent moral cosmology.» (p. 15). Aan het formuleren van alternatieven, met name de vraag hoe zoiets onbegrijpbaars en vaags als «cultuur» (op p. 27 geeft hij er een definitie van) juist te verdisconteren, is Legrand maar in beperkte mate toegekomen. Vooralsnog heeft hij zich vooral gedragen als een iconoclast. Diegenen met wie hij het niet mee eens is, krijgen er vaak op een ongenadigde wijze van langs.

De titel van het boek is goed gekozen; het gaat inderdaad om fragmenten die bovendien allemaal, steeds opnieuw, het belang van de cultuur van het recht beklemtonen. Dat het fragmenten zijn, is overigens geen toeval, aangezien het een verzameling betreft van eerder gepubliceerde geschriften (waaronder vier boekbesprekingen). Voor zover Legrand wil beklemtonen dat «cultuur» voor het begrip van (buitenlands) recht belangrijk is, is zijn betoog waardevol. Voor zover hij wil beklemtonen dat het met de meeste rechtsvergelijking helemaal mis gaat, slaat hij wat mij betreft de plank mis.

Maurice Adams

E. VERHELLEN, J. VAN GILS, H. AANNOOT, V. VAN ACHTER, **Rechten van het kind in en door het onderwijs** (DIROO-cahiers. Dialoogcentrum Reflectie op Opvoeding en Onderwijs 2), Leuven-Amersfoort, Acco, 1999, 144 p.

Dit boekje is voor juristen belangrijk, juist omdat het weinig juridisch is. In een eerste bijdrage schets E. Verhellen, de Gentse specialist van het Kinderrechtenverdrag, de grote betrachtingen ervan, gezien vanuit het onderwijs: recht op onderwijs, rechten in het onderwijs, rechten door het onderwijs. De overzichtelijke bijdrage (die eerder reeds verscheen in *T.O.R.B.* 1997, 73-81) zou een jurist wel iets indringender wensen. Nadruk wordt gelegd op het «bindend karakter» van het verdrag (p. 13-14), maar wat dat inhoudt, wordt niet echt toegelicht. Aan de directe werking van (sommige) bepalingen wordt één zin besteed (p. 19). De bijdragen van J. Van Gils en H. Annoot zijn, hoewel beide auteurs er niet helemaal in slagen hun eigen stokpaardje in toom te houden, voor juristen stimulerende lectuur. Van Gils toont de verbindingslijnen aan tussen de mensenrechten en kinderrechten en de «nieuwe» pedagogische stromingen die vertrekken vanuit het kind. Aan beide ligt het fundamenteel besef van de waardigheid van en respect voor het kind ten grondslag (o.m. p. 54). Goed begrepen blijken de kinderrechten en goede pedagogie geen concurrenten te zijn, maar bondgenoten. Dit is een troost voor de onderwijsjurist die zich bij onderwijskundigen wel eens op de beklaagdenbank voelt zitten. Dat hij daar voor een deel ook thuisheert, blijkt dan weer uit de bijdrage van H. Annoot, die vanuit zijn ervaring met de Steinerpedagogiek op de risico's van de kinderrechtendogmatiek wijst. De auteur is er beducht voor dat de ridders van het recht met ijzeren logica wapens smeden (alle mensenrechten gelden voor alle mensen, alle kinderen zijn mensen, alle mensenrechten gelden voor alle kinderen), daar de sociale werkelijkheid mee binnenvallen en er ravages aanrichten. De auteur beklemtoont de nood aan respect voor de eigen ontwikkelingsgang van kinderen. Recht op een eigen mening? Evident, maar ook het recht nog geen mening te moeten hebben, nog te mogen verkennen en zich een wereld van referentie op te bouwen. «Het snelle oordeel staat het werkelijk creatieve denken in de weg. Hoe vaak komen projecten waarbij men zogezegd rekening houdt met de stem van het kind niet neer op pure manipulatie?» (p. 107) Kinderen werden vroeger onmondig gehouden en moeten nu mondig zijn. Twee keer een vertekening van de werkelijkheid? «Toetsing aan het Internationaal Verdrag inzake de Bescherming van de Rechten van het Kind komt dan neer op het vaststellen van opiniedelicten: wordt wel vanuit het (enig) juiste kindbeeld (en dus mensbeeld) opgevoed?» (p. 113). Wie er nog eens het bekende arrest van het Hof van Beroep te Brussel van 21 februari 1996 op naleest, zal de auteur niet tegenspreken. Met pijnlijke zelfzekerheid wordt het onderscheid man-vrouw irrelevant verklaard voor de organisatie van het onderwijs en wordt uit de plicht om op te voeden «in een geest van gelijkheid van de geslachten» (art. 29.1.d, Internationaal Verdrag inzake de Bescherming van de Rechten van het Kind) een verdragsrechtelijk verbod van niet-gemengd onderwijs afgeleid. Maar wordt hier niet een bij ons verdedigde en verdedigbare politieke en maatschappelijke optie tot verdragsnorm verheven, en nog wel in een verdrag dat bijna universeel geldt, ook in talloze landen waar niet-gemengd onderwijs de regel is?

R. Verstegen

T. LOENEN (red.), **Gelijke behandeling: oordelen en commentaar**. 1999, Deventer, Kluwer, 2000, 413 p.

De Nederlandse Commissie gelijke behandeling (hierna: CGB) is een onafhankelijk en deskundig orgaan, belast met de bevordering en de naleving van de wetgeving inzake gelijke behandeling. Zij is bevoegd voor verschillende discriminatiegronden: geslacht, ras/nationaliteit, godsdienst, levensovertuiging, seksuele gerichtheid, burgerlijke staat, politieke gezindheid, arbeidsduur. Individuele personen die zich gediscrimineerd voelen, belangenorganisaties, magistraten, ondernemingsraden, enz. kunnen zich tot de CGB wenden om advies te vragen over het al of niet discriminatoire karakter van een bepaalde handeling. De oordelen van de commissie hebben weliswaar geen bindende kracht, maar volgens de Hoge Raad moeten voor beslissingen die afwijken van het oordeel van de CGB deugdelijke motieven worden aangevoerd (H.R. 13 november

1987, *N.J.* 1989, nr. 698). De commissie geniet dan ook een groot moreel gezag.

De oordelen kunnen worden geconsulteerd via de webstek van de commissie (<http://www.cgb.nl>). Wie de papieren versie verkliest, kan deze oordelen gebundeld in boekvorm consulteren. De editie m.b.t. het werkingsjaar 1999 verschilt van de vorige. Zij bevat slechts een selectie van de (interessantste) integrale oordelen. De overige worden samengevat. Daarnaast geven nu ook een aantal gerenommeerde specialisten hun meningen over de trends. Tevens werden uitspraken van rechtbanken opgenomen over zaken die voordien door de commissie reeds werden behandeld.

Wie de moeite heeft gedaan om deze recensie tot op dit punt te lezen, is een discriminatiewatcher en weet waarschijnlijk dat we in België een soortgelijke weg willen opgaan als de Nederlanders. Tot op heden beschikten wij over een gefragmenteerde regeling. Het wetsvoorstel ter bestrijding van discriminatie (*Parl.St.* Senaat, BZ 1999, nr. 2-12/1) voorziet in een algemene wet gelijke behandeling, waarbij het Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding een centrale rol zal spelen. Het voorstel gaat vooral uit van Franstalige parlementsleden, zodat het Nederlandse model niet echt richtinggevend was. Lectuur van de oordelenbundels van de CGB had echter verhelderend kunnen werken.

Het invoeren van een algemene wet gelijke behandeling kan belangrijke maatschappelijke gevolgen hebben. In het nieuwe concept zal b.v. discriminatie niet langer alleen verboden zijn in de relatie tussen werkgever en werknemer (zoals nu meestal het geval is), maar ook bij het aanbieden van diensten in de ruime zin van het woord. Daarnaast krijgt de procedure een lage drempel. Men kan zich in alle gevallen tot het Centrum voor gelijkheid van kansen wenden, dat dan in rechte kan optreden. Zoals het Nederlandse voorbeeld ons leert, genereren dergelijke factoren een explosie van aanvragen. Een aantal daarvan is eenvoudig (b.v. uitingen van primair racisme), maar het gros is tamelijk ingewikkeld. Men leze er maar oordeel 99-70 op na, waarbij een vermeende loondiscriminatie tussen Ghanesen, Sri Lankesen, Marrokanen, Engelsen, Canadezen en Nederlanders moest worden ontrafeld. Dit is specialistenwerk. Men moet er dan ook mee rekening houden dat een efficiënt discriminatiebeleid (zoals het Nederlandse) een aanzienlijk aantal hoogopgeleide stafmedewerkers (voor het Centrum) vereist en dus vrij duur is. Tevens zullen magistraten zich moeten inwerken in de vrij complexe problematiek van de discriminatie. Aanvullende scholing door experts zal waarschijnlijk nodig zijn. De geschiedenis leert echter dat onze overheid op het vlak van gelijke kansen vaak vrij krenterig is. Men moet ook incalculeren dat in een land als België met zijn vele levensbeschouwelijke en andere tegenstellingen, deze wetgeving voor commotie kan/zal zorgen. Zo beschouwt de CGB taaldiscriminatie als een vorm van rassendiscriminatie. Zit hierin geen munitie om de communautaire godsvrede te verstoren?

Tot slot nog een taaltip uit het oordelenbundel. In de rechtsliteratuur gebruiken we nog al te vaak het germanisme «tendensbedrijven» (*Tendenzbetriebe*). Dit staat o.a. voor instellingen met een godsdienstige en/of levensbeschouwelijke grondslag. Van Bijsterveld en Vermeulen bezigen daarentegen het – ons tot nu onbekende maar – veel betere «identiteitsgebonden instellingen». We kunnen van onze noorderburen dus niet alleen op het gebied van de discriminatiebestrijding nog iets opsteken.

Patrick Humblet

S. GERBRANDY, **De andere kant van de maan. Sprekende minderheden in Straatsburg**, Deventer, Kluwer, 1998, 105 p.

Een misleidende titel heeft dit boek wel. In eerste instantie is men immers geneigd te denken aan de uitingsrechten van minderheden in het E.V.R.M. In werkelijkheid gaat het evenwel om het fenomeen van de *dissenting opinions* bij de rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens: rechters die in een minderheid worden gesteld, hebben inderdaad het recht om hun opinie in een «*dissenting opinion*» weer te geven. Ook wat dit betreft blijft de titel echter misleidend. Het fenomeen van de «*dissenting opinions*» wordt niet als zodanig onderzocht. De rode draad door dit boek zijn de opinies waarin rechters een volgens hem te ruime, te evolutieve toepassing van het E.V.R.M. afwijzen en pleiten voor een interpretatie die meer aansluit bij de tekst van het Verdrag en bij wat de verdragsluitende partijen hebben gewild.

Aan de hand van een uiteenzetting over een aantal arresten en de «*dissenting opinions*» klaagt de auteur een aantal omstreden toepassingen van het E.V.R.M. aan. Komen daarbij o.m. aan bod de «autonome interpretatie» van art. 6 E.V.R.M. en meer in het bijzonder van de term «bij het vaststellen van burgerlijke rechten en verplichtingen». Volgens de auteur worden die woorden «weggeïnterpreteerd», wordt het verdrag niet gerespecteerd (hoofdstuk I). De arresten in de zaken Marckx, Keegan en Kroon, in familierechtelijke aangelegenheden, gaan volgens de auteur eveneens te ver. Het is immers nooit de bedoeling geweest van de verdragspartijen dat art. 8 van het E.V.R.M. «a whole code of family law» zou inhouden. Het Europese Hof interpreteert de term «gezinsleven» te ruim en eerbiedigt onvoldoende de beleidsruimte die hier aan staten behoort te worden gelaten (hoofdstuk II). De auteur klaagt ook aan dat de «evolutieve interpretatie» wordt gehanteerd om rechten te erkennen die niet erkend zijn in het E.V.R.M. (recht op toegang tot de rechter, recht op een gezinsband i.p.v. op een gezinsleven (familie i.p.v. family life)). Het Hof stelt zich hier boven het verdrag (hoofdstuk III). Ook de tendens in verschillende arresten om positieve verplichtingen voor de staat te lezen in verdragsbepalingen, waardoor klassieke liberale grondrechten worden «uitgerekt» tot sociale grondrechten, wordt aan de kaak gesteld (o.m. in de arresten Marckx, Keegan en Kroon) (hoofdstuk IV). Ook de onduidelijkheid in de toepassing van «margin of appreciation»-theorie, m.n. bij het beantwoorden van de vraag of een beperking «noodzakelijk» is, wordt gehekeld. Volgens de auteur hanteert het Hof daarbij ten onrechte de proportionaliteitstoets (hoofdstuk V). «Proportionaliteit is een mythe. Het Verdrag zegt noodzakelijk. Men houde zich daar aan.» (p. 59). In een laatste hoofdstuk «Weifelen en twijfelen» (hoofdstuk VI) ziet de auteur aanwijzingen van een «gouvernement des juges» in de wijze waarop het Hof het redelijk evenwicht tussen algemeen en particulier belang vaststelt in de toepassing van art. 1 van het Eerste Toegevoegd Protocol en nog in de wijze waarop het Hof de «schijn van partijdigheid» een plaats geeft in de rechtspraak over art. 6 E.V.R.M.

De auteur staft zijn kritiek op de rechtspraak van het Hof niet alleen aan de hand van de «*dissenting opinions*», maar ook door verwijzingen naar kritische rechtsleer. Wat we in dit boekje missen – dat overigens op het vlak van de structuur o.i. nogal te wensen over laat – is een ietwat meer principieel, theoretisch onderbouwen van de kritiek dat het Europees Hof zich aan «juridical activism» schuldig maakt. Wat is de eigen verantwoordelijkheid van een Europees Hof dat toeziet op de naleving van een zo belangrijk verdrag als het E.V.R.M. door veertig Europese staten? In welke mate kan de verdragsrechtelijke aard van het E.V.R.M. de interpretatievrijheid van het Hof beperken? In welke mate kan het Hof het E.V.R.M. als onderdeel van een Europese rechtsorde en zichzelf, als het ware, als een constitutioneel hof zien, dat moet instaan voor een autonome, Europese, evolutieve interpretatie ervan? En welke zijn de grenzen daarvan? De auteur gaat op geen van deze vragen op een systematische wijze in. Door alleen *dissenting opinions* naar voor te halen die een te ruime toepassing van het Verdrag door het Hof aan de kaak stellen, kiest de auteur wel duidelijk stelling in het debat, zonder evenwel de verschillende argumenten pro en contra op een rijtje te zetten. Desalniettemin een boek dat stof tot nadenken biedt.

Jan Velaers

MEDEDELINGEN

Studiedagen: Het Federalisme in België in de 21^{ste} eeuw

Op 6 en 7 november 2000 organiseren de Facultés universitaires Saint-Louis te Brussel een studiedag waarop de thema's autonomie, solidariteit en samenwerking als inzet van het federalisme zullen worden behandeld.

Volgende onderwerpen komen aan bod:

- Federalisme en verdeling van de fiscale bevoegdheden
- Federalisme en de organisatie van de sociale zekerheid

- Federalisme en financiële solidariteit
 - Coöperatief federalisme en institutionele vorming
- Inlichtingen en inschrijvingen: Facultés universitaires Saint-Louis, mevr. Taymans, tel.: 02/211.78.63, fax: 02/211.79.75, e-mail: taymans@fusl.ac.be en <http://www.fusl.ac.be/agenda>.

Paneldiscussie. De institutionele hervorming van de Europese Unie: Europa op de tweesprong

Het Departement Rechten van de UIA in het Instituut voor Internationaal Recht van de K.U.Leuven organiseren op woensdag 8 november 2000 een paneldiscussie over «De institutionele hervorming van de Europese Unie: Europa op de tweesprong» o.l.v. prof. J. Meeusen (UIA). Hierbij zal, naar aanleiding van de intergouvernementele conferentie, worden stilgestaan bij de institutionele problemen waarmee de Europese Unie vandaag wordt geconfronteerd.

Het panelgesprek gaat door van 16.00 tot 19.00u aan de Universitaire Instelling Antwerpen, Aula (Promotiezaal), Universiteitsplein 1, 2610 Wilrijk; in januari/februari 2001 volgt een tweede paneldiscussie aan de K.U.Leuven, die zal ingaan op de resultaten van de intergouvernementele conferentie.

De toegang is gratis; wel graag tevoren uw aanwezigheid melden via e-post: jmeeusen@uia.ua.ac.be of fax: 03/820.29.40 met vermelding «J. Meeusen – Panelgesprek Europese Unie». Verdere informatie kan worden bekomen bij prof. J. Meeusen (03/820.29.07) of prof. J. Wouters (016/32.51.22).

Colloquium: Zeerecht

Op vrijdag 10 november 2000 zal in de Aula QC van de Vrije Universiteit Brussel (Pleinlaan 2, 1050 Brussel) een internationaal colloquium doorgaan met de titel: «La zone économique exclusive et la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, 1982-2000: un premier bilan de la pratique des Etats/The Exclusive Economic Zone and the United Nations Convention on the Law of the Sea, 1982-2000: A First Assessment of State Practices».

De vele thema's die thans de actualiteit beheersen, waaronder overbevissing, olieverontreiniging, erbarmelijke staat van sommige schepen, piraterij, e.a., tonen op afdoende wijze het groeiende belang van het zeerecht in de hedendaagse samenleving aan.

Het volledige programma en nadere praktische inlichtingen zijn te vinden op het Internet op volgend adres '<http://www.vub.ac.be/INTR>' of kunnen verkregen worden bij Shirley De Meue, Vrije Universiteit Brussel, Faculteit de Rechtsgeleerdheid, Pleinlaan 2, 1050 Brussel, tel.: 02/629.26.38, fax: 02/629.36.98 en e-mail: sdemeue@vub.ac.be.

Studiedag: Zakenrecht

In het kader van de Onderzoeksschool *Ius Commune* en met een belangrijke financiële bijdrage van de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking wordt op vrijdag 10 november 2000 te Maastricht een studiedag georganiseerd met als titel *Property Law in Comparative and Historical Perspective*.

Inlichtingen en inschrijvingen: Universiteit Maastricht, Mevr. M. van Woerden, Privaatrecht, Postbus 616, 6200 MD Maastricht; tel.: 043/388.30.97; fax: 043/325.89.81; e-mail: m.vanwoerden@pr.unimaas.nl.

Studienamiddag: Het decreet Ruimtelijke Ordening

Op 17 november 2000 organiseert de Belgische Vereniging voor Agrarisch Recht te Brugge een studienamiddag over het decreet Ruimtelijke Ordening en meer in het bijzonder over de specifieke gevolgen voor het landelijk gebied.

Inlichtingen en inschrijvingen: B.V.A.R., p/a Vlaamse Landmaatschappij, Gulden-Vlieslaan 72, 1060 Brussel, de h. J. Paeme, tel.: 02/543.72.11 en de h. M. Heyerick, 02/543.72.08 en fax: 02/543.73.99 en e-mail: marc.heyerick@vlm.be.

BEDRIJFSJURIST SIDCENTER N.V.

Licentiaat Rechten - bij voorkeur enkele jaren ervaring

Bent u licentiaat in de rechten, beschikt u over enkele jaren bedrijfs- of balie-ervaring in de relevante rechts-domeinen (zie verder) en over een goede kennis van de Nederlandse, Franse en Engelse taal, eventueel zelfs aangevuld met kennis van een andere Europese taal, dan is de taakhoud van bedrijfsjurist alsook de werkomgeving die **SIDCENTER**, het coördinatiecentrum van de **SIDMAR-Groep**, u te bieden heeft, misschien wel dé opportuniteit waarop u zat te wachten, vooral omdat **SIDCENTER** de internationale groei van de Groep in eerste lijn op de voet volgt.

Samen met uw collega's bedrijfsjuristen zal u in teamverband optreden als raadgever met betrekking tot de diverse onderdelen van het **ondernemingsrecht**, zoals vennootschapsrecht, algemeen verbintenissenrecht, bijzondere overeenkomsten, intellectueel eigendomsrecht, economisch en financieel recht, milieurecht, strafrecht, Europees mededingingsrecht, e.d.m.

In deze domeinen zal u overeenkomsten opstellen of becommentariëren, met zin voor creativiteit zal u voorstellen ontwikkelen en u zal eveneens gerechtelijke geschillen begeleiden.

Vindt u zichzelf hierin terug? Maak u kenbaar en stuur een e-mail met recent curriculum naar:
Martin.Destoop@sidmar.be.

INTERSENTIA RECHTSWETENSCHAPPEN

Antwerpen • Groningen • Oxford

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

nieuw

Basiswetteksten inzake strafrecht en strafprocesrecht

T.L.W. SCHEIRS

1999; ISBN 90-5095-104-X; ca. 547 blz.; 795 BEF; 45 NLG
Tweede herwerkte druk - Reeks Verzamelde Wetteksten

Met gratis actualisering op <http://www.intersentia.be>

Alle wetteksten op het vlak van het strafrecht en het strafprocesrecht in één verzameling.

Door zijn volledigheid is dit hét strafwetboek voor studenten uit de licencies rechten én voor de rechtspraktijk. Het is tevens het meest actuele werk in deze materie - omdat de aanpassingen voor de gebruiker gratis op het internet geplaatst worden - het wetboek zelf is bijgewerkt tot 12 september 1999 en bevat naast alle huidige wetbepalingen o.a. ook de gecoördineerde "Octopus"-wetten (de Wet van 7 december 1998 tot organisatie van een geïntegreerde politiedienst, gestructureerd op twee niveaus, de Wet van 22 december 1998 betreffende de verticale integratie van het openbaar ministerie, het federaal parket en de raad van de procureurs des Konings en de Wet van 22 december 1998 tot wijziging van sommige bepalingen van deel II van het Gerechtelijk Wetboek met betrekking tot de Hoge Raad voor de Justitie, de benoeming en aanwijzing van magistraten en tot invoering van een evaluatiesysteem) en de nieuwe bepalingen betreffende de identificatieprocedure via DNA-analyse.

De schematische tabel met de data van inwerkingtreding van de nieuwe bepalingen, vormt een uiterst handig hulpmiddel voor de jurist.

Personen die het wetboek reeds aangeschaft hebben, kunnen eveneens gratis de actualisering raadplegen. Zo blijft ook voor deze mensen het wetboek actueel.

inter
sentia

Heimelijke opsporing in de Europese Unie

De normering van bijzondere opsporingsmethoden in de landen van de Europese Unie

PETER J.P. TAK (ED.)

2000; ISBN 90-5095-132-5, 872 blz.; 5.450 BEF, gebonden boek met harde kaft

Dit boek is een **standaardwerk** waarin de lezer per lidstaat van de EU een overzicht vindt van de meest gangbare bijzondere opsporingsmethoden. Vervolgens wordt per opsporingsmethode kerninformatie gegeven over wetgeving, rechtspraak en literatuur alsook over ervaringen die door deskundigen in de onderscheiden landen met de regelingen zijn opgedaan.

Per land vindt u een gestructureerd overzicht terug van wet en regelgeving inzake bijzondere opsporingsmethoden. De auteurs hebben zich beperkt tot de hoofdlijnen; details en verfijningen zijn weggelaten om de leesbaarheid en het praktisch gebruik te bevorderen. Hiervoor kan de lezer terecht bij de verwijzingen naar geselecteerde literatuur.

Om de toegankelijkheid van het werk te vergroten, werd voor ieder land een vaste structuur gehanteerd:

- De totstandkoming en aanleiding van wet- en regelgeving op het terrein van de bijzondere opsporingsmethoden.
- De taken en de bevoegdheden van de politie- en justitieorganen in het voorbereidend onderzoek.
- Het onderscheid tussen een voorbereidend onderzoek ter opheldering van een strafbaar feit en het voorbereidend onderzoek gericht op het verkrijgen van informatie over potentiële daders of strafbare feiten samen met het onderscheid tussen proactief en reactief onderzoek.
- Het toepassingsgebied van de bijzondere opsporingsmethoden. De strafbare feiten ten aanzien waarvan bijzondere opsporingsmethoden kunnen worden ingezet.
- De voorwaarden waaraan moet worden voldaan om de inzet van bijzondere opsporingstechnieken geoorloofd te doen zijn.
- Tot slot wordt een gedetailleerde beschrijving van de belangrijkste juridische aspecten van de bijzondere opsporingsmethoden gegeven. Per land worden in ieder geval de volgende opsporingstechnieken omschreven:
 1. observatie en volgen;
 2. observatie met behulp van technische apparatuur;
 3. onderscheppen van telecommunicatie;
 4. onderscheppen van gesprekken met behulp van technische apparatuur;
 5. heimelijk maken van beeldapparatuur;
 6. onderscheppen van brieven en poststukken;
 7. inzet van plaats plaatsbepalingsapparatuur;
 8. heimelijke inkijkoperaties;
 9. runnen van informanten;
 10. pseudokoop;
 11. inzet van infiltranten;
 12. gecontroleerde aflevering;
 13. het gebruik van storefrontorganisaties.

In totaal hebben dertien gerenommeerde internationale auteurs bijgedragen aan dit werk. Ph. Traest, J. Meese, C. Mulder, P. Tak, A. Jokela, P. Verrest, S. Kareklàs, E. Fitrikis, D. Walsh, P. McCutcheon, E. Manunza, F. Moyse, Y. Buruma, I. Zerbes, B. van Riel, M. Antunes, E. Zapater, I. van de Reyt, en J. Zila.

**inter
sentia**