

RECHTSKUNDIG WEEKBLAD

I. VAN DAELE, De onmiddellijke verschijning in strafzaken 641

Rechtspraak

Arbitragehof – Prejudiciële vraag – Weigeringsgronden – Gelijkeheidsbeginsel

Cass. 19 mei 1999 656

Arbitragehof – Prejudiciële vraag – Weigeringsgronden – Gelijkeheidsbeginsel

Cass. 9 juni 1999 656

Internationaal privaatrecht – Overeenkomst – Toepasselijk recht – Europees Verdrag Overeenkomsten-i.p.r. – Schadebeding – Toetsing aan Belgische openbare orde

Cass. 17 juni 1999 (met noot J. Erauw, «Een contract onder vreemd recht alleen aan de internationale openbare orde toetsen») 657

Handelspraktijken – 1. Verkoper – Begrip – Vennootschap die informatie over geneesmiddelen verstrekt ter verwezenlijking van haar maatschappelijk doel – 2. Reclame – Begrip – Mededeling waardoor het imago van de steller ervan wordt begunstigd of versterkt

Cass. 12 november 1999 (met conclusie van advocaat-generaal X. De Riemaeker) 660

Arbitragehof – Prejudiciële vraag – Cassatieberoep – Bijzondere-machtenbesluit – Bekrachtigingswet

Cass. 23 maart 2000 (met noot van P. Popelier) 663

Arbeidsovereenkomst – Ontslag – Conventionele beperking – Forfaitaire vergoeding – Verbintenis voor het leven

Arbh. Antwerpen 13 januari 2000 663

Beslag en executie – Beslag inzake namaak – Vorderingsgerechtigden – Enuntiatieve opsomming in art. 1481, eerste lid, Ger.W. – Merkhouders

Hof Gent 22 februari 2000 664

Probatie, opschorting en uitstel – Uitstel – Geldboete – Verkeers-misdrijven

Corr. Leuven 22 juni 1999 (met noot van F. Goossens, «Het uitstel van de tenuitvoerlegging van de geldboete in verkeersstrafzaken: toepassing, motivering en besluitvorming») 665

Faillissement – Eigendomsvoorbehoud – Terugvordering – Dagvaarding tot afgifte van het goed of de goederen waarop het eigendomsvoorbehoud slaat

Kh. Hasselt 9 maart 2000 666

Geesteszieke – Voorlopig bewindvoerder – Omvang van bevoegdheden – Beheer van inkomsten – Levensonderhoud van het feitelijk gezin van de te beschermen persoon

Vred. Kortrijk 16 augustus 1999 667

Europese rechtspraak «Rechten van de mens» in kort bestek

1. **Art. 5, lid 1, E.V.R.M.** – Recht op persoonlijke vrijheid – Vrijheidsberoving – Rechtmatigheid – Langdurig verblijf van geïnterneerde in psychiatrische afdeling van een gevangenis –

2. **Art. 6, lid 1, E.V.R.M.** – Recht op een eerlijk proces – Recht op toegang tot de rechter – Geïnterneerde – Weigering van rechtsbijstand – 3. **Art. 3 E.V.R.M.** – Verbod van foltering en onmenselijke of vernederende behandeling of bestraffing – Langdurig verblijf van geïnterneerde in psychiatrische afdeling van gevangenis

E.H.R.M. 30 juli 1998 (door A. Dierickx) 670

Art. 8 E.V.R.M. – Recht op eerbiediging van het privé-leven – Transseksualiteit – Geen positieve verplichting van staten tot juridische erkenning van postoperatieve geslacht van transseksuelen

E.H.R.M. 30 juli 1998 (door W. Vandenhole) 671

Art. 10 E.V.R.M. – Recht op vrijheid van meningsuiting – Ambtenaren – Beperkingen m.b.t. de politieke expressievrijheid – Geoorloofdheid

E.H.R.M. 2 september 1998 (door A. Borms) 672

Art. 3 E.V.R.M. – Verbod van foltering en onmenselijke of vernederende behandeling of bestraffing – Positieve verplichting van staten om kinderen te beschermen tegen ernstige mishandeling door particulieren

E.H.R.M. 23 september 1998 (door W. Vandenhole) 673

Art. 10 E.V.R.M. – Recht op vrijheid van meningsuiting – Beperkingen – Openbare verdediging van misdaden van collaboratie – Strafrechtelijke sanctie – Onevenredige sanctie

E.H.R.M. 23 september 1998 (door E. Brems) 674

Art. 6, lid 1, E.V.R.M. – 1. Strafvervolgung – Begrip – Automatisch verlies van punten van rijbewijs na strafrechtelijke veroordeling – 2. Recht op toegang tot de rechter – Automatisch verlies van punten van rijbewijs na strafrechtelijke veroordeling – Rechterlijk toezicht geïncorporeerd in rechterlijke beslissing waarbij de beklaagde schuldig wordt verklaard

E.H.R.M. 23 september 1998 (door P. Lemmens) 676

Art. 2 E.V.R.M. – Recht op leven – Positieve verplichting van de Staat om het leven van burgers te beschermen tegen gevaarlijke individuen

E.H.R.M. 28 oktober 1998 (door W. Vandenhole) 677

Art. 6, lid 1, E.V.R.M. – 1. Burgerlijke rechten – Begrip – Recht op schadevergoeding wegens misdrijf – 2. Recht op toegang tot de rechter – Strafzaken – Benadeelde – Burgerlijke partijstelling – Consignatie – Evenredigheidsverband tussen de inkomsten van de benadeelde en het bedrag van de consignatie

E.H.R.M. 28 oktober 1998 (door P. Lemmens) 678

Boeken

F. Dewallens, e.a., Tuchtrect voor medische beroepen (door D. Holsters) 679

J.M. Verschuuren, De laatste wilde hamster in Nederland en de grondslagen van het Europees en internationaal milieurecht (door L. Lavrysen) 680

J. De Hullu, I. Koopmans en Th.A. De Roos, Het wettelijk strafmaximum (door S. Van Overbeke) 680

H.C.F. Schoordijk, Onverschuldigde betaling en ongerechtvaardigde verrijking bij zogenaamde driehoeksverhoudingen (door V. Sagaert) 680

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, Churchilllaan 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.

Bedrijfsrevisorenkantoor te Brussel

zoekt voor onmiddellijke samenwerking:

- deeltijdse jonge jurist of advocaat met interesse voor opzoekingswerk;
- Nederlandstalig, met grondige kennis Frans;
- algemeen juridische praktijk, doch voornamelijk handels- en vennootschapsrecht;
- prestaties en uren overeen te komen.

Handgeschreven sollicitatiebrief en gedetailleerd C.V. te sturen naar
Redactie Rechtskundig Weekblad
Churchilllaan 108 te 2900 Schoten
onder refertenummer RW 14/1

DE ONMIDDELLIJKE VERSCHIJNING IN STRAFZAKEN

I. INLEIDING

1. De wet tot invoeging van een procedure van onmiddellijke verschijning in strafzaken¹ heeft, zowel voor als na haar totstandkoming, aanleiding gegeven tot ruime aandacht in politieke, juridische en journalistieke middelen. «Belgisch snelrecht – Britse hooligans: 1-1», zo luidde de kop van een krantenartikel² dat berichtte over de eerste veroordeling van een Engelse «hooligan» door middel van de procedure van onmiddellijke verschijning in strafzaken. Het Europese voetbalkampioenschap was voor de regering immers aanleiding om aan de Raad van State te vragen zijn advies binnen korte tijd te verstrekken³ en om het wetsontwerp verder in ijltempo door het parlement te jagen. Het is dus niet verwonderlijk dat de nieuwe procedure uiteindelijk de status van «partij» in de krachtmeting van juni 2000 kreeg toebedeeld en dat de regering verweten wordt het Belgische recht met een gelegenheidswet (*loi de circonstance*)⁴ verrijkt te hebben. Als «hooliganwet» lijkt de wet van 28 maart 2000 alvast geen geschiedenis geschreven te hebben. De procedure van onmiddellijke verschijning blijkt in nog geen twintig gevallen toegepast te zijn wegens feiten in verband met Euro 2000.⁵ Men kan een strafrechtelijke procedure echter niet beoordelen aan de hand van een eenmalig evenement. Ook nadat de laatste buitenlandse supporters het Belgisch grondgebied al lang hebben verlaten, blijft de onmiddellijke verschijning aanwezig als de eerste verschijningsvorm van een «harde» heterdaadprocedure in ons strafprocesstelsel.

2. Onze strafprocedures kent al sinds enkele jaren een snelrechtprocedure in de vorm van de oproeping bij proces-verbaal (art. 216*quater* Sv.), ingevoerd door de wet van 11 juli 1994.⁶ Deze procedure is van toepassing op niet-

aangehouden verdachten en verschilt in feite enkel van de «klassieke» strafprocedure door de omstandigheid dat de verdachte door de parketmagistraat bij proces-verbaal (en niet bij gerechtsdeurwaardersexploot) wordt opgeroepen om te verschijnen, en dit binnen maximum twee maanden (de minimumtermijn blijft tien dagen).⁷ Inmiddels is overigens ook voor de jeugdrechtbank de oproeping bij proces-verbaal mogelijk.⁸ Deze eerste vorm van snelrecht wordt, buiten het gerechtelijk arrondissement Brussel,⁹ slechts incidenteel toegepast en ontkomt niet aan ernstige vertragingen door uitstel van de zaak, verstek en verzet.¹⁰

II. DE PROCEDURE VAN ONMIDDELLIJKE VERSCHIJNING

A. Voorgeschiedenis

3. Het was de bedoeling dat, naar Frans voorbeeld, de procedure van oproeping bij proces-verbaal samen met een procedure van onmiddellijke verschijning zou worden ingevoerd.¹¹ Omdat de procedure van oproeping bij proces-verbaal «minder moeilijkheden van juridische en organisatorische aard» meebracht,¹² maar allicht vooral omdat het voorstel voor de procedure van onmiddellijke verschijning op bijzonder veel kritiek werd onthaald, werd echter gekozen voor een «progressieve uitvoering» van de wetsontwerpen en werd in eerste instantie enkel art. 216*quater* Sv. ingevoerd. Mede aangespoord door het naderen van het Europese voetbalkampioenschap van het jaar 2000, was een parlamentslid reeds in 1998 van oordeel dat het tijd was «de tweede stap in de progressieve uitvoering te zetten».¹³ Het is echter pas met de komst van een nieuwe regeringscoalitie in

¹ Wet van 28 maart 2000 tot invoeging van een procedure van onmiddellijke verschijning in strafzaken, *B.S.* 1 april 2000, in werking getreden op 3 april 2000. Zie ook de wet van 28 maart 2000 tot wijziging van de rechterlijke organisatie ten gevolge van de invoering van een procedure van onmiddellijke verschijning, *B.S.* 1 april 2000.

² *De Morgen*, 24 juni 2000.

³ Advies Raad van State, *Parl. St. Kamer* 1999-2000, nr. 306/01, p. 25.

⁴ In de woorden van P. COLLIGNON, «La procédure de comparution immédiate devant le tribunal correctionnel», *J.T.* 2000, (345) 355.

⁵ Antwoord van de minister van Justitie op de mondelinge vraag van de heer Jean-Pol PONCELET aan de minister van justitie over «Euro 2000 en het snelrecht», *Hand. Kamer* 1999-2000, 6 juli 2000, p. 21.

⁶ Wet van 11 juli 1994 betreffende de politierechtbanken en houdende een aantal bepalingen betreffende de versnelling en de modernisering van de strafrechtspleging, *B.S.* 21 juli 1994.

⁷ Zie verder: P. TRAEST, «De wet van 11 juli 1994 betreffende de politierechtbanken en houdende een aantal bepalingen betreffende de versnelling en de modernisering van de strafrechtspleging», *Panopticon* 1995, 25-40; A. WINANTS, «Enkele beschouwingen over het snelrecht en andere actuele problemen van straf- en strafprocesrecht», in X. (ed.), *Om deze redenen. Liber amicorum Armand Vandeplas*, Gent, Mys & Breesch, 1994, 485-498.

⁸ Art. 46*bis* van de wet van 8 april 1965 betreffende de jeugdbescherming, ingevoegd bij art. 2 van de wet van 27 april 1999, *B.S.* 2 juni 1999.

⁹ Zie: P. VANDER STRAETEN en D. VAN DER NOOT, «La mise en oeuvre de la procédure accélérée: un premier bilan à Bruxelles», *Rev. dr. pén.* 1995, 605-615; D. VAN DER NOOT en B. MICHEL, «Justice accélérée ou justice expéditive: un regard critique sur l'application de l'article 216*quater* du Code d'instruction criminelle à Bruxelles», *Rev. dr. pén.* 1999, 139-176; C. SCOHIER, «L'évaluation de la procédure accélérée dans l'arrondissement judiciaire de Bruxelles», *Journal des Procès* 2000, nr. 385, 11-13.

¹⁰ Zie: M. BEUKEN, «L'évaluation de la procédure accélérée réalisée par le Service de la Politique criminelle», *Journal des Procès* 2000, nr. 385, p. 7-9; A. RAES, «L'évaluation de l'application de la procédure accélérée dans le ressort de la cour d'appel d'Anvers», *Journal des Procès* 2000, nr. 385, p. 9-11; A. RAES, «De oproeping bij proces-verbaal en de onmiddellijke verschijning: een hopeloos paar?», *De orde van de dag* 2000, nr. 9, p. 25-32.

¹¹ Ontwerp van wet houdende een aantal bepalingen tot versnelling en modernisering van de strafrechtspleging, *Parl. St. Senaat* 1992-93, nr. 819-1.

¹² Voorstel van wet betreffende de politierechtbanken. Verslag namens de commissie voor de justitie uitgebracht door de heer VAN BELLE, *Parl. St. Senaat* 1993-94, nr. 209/2, p. 12.

¹³ Wetsvoorstel tot invoeging van een snelrechtprocedure in het Wetboek van Strafvordering (ingediend door de heer Geert BOURGEOIS), *Parl. St. Kamer* 1997-98, nr. 1678/1, p. 4.

1999 dat de zaken in een stroomversnelling geraken,¹⁴ wat uiteindelijk leidt tot de wetten van 28 maart 2000. De minister van Justitie bestrijdt overigens met klem de kwalificatie als gelegenheidswet: «Deze wetgeving is niet alleen totstandgekomen om het evenement Euro-2000 te counten, maar is vooral het gevolg van de invulling van de doelstellingen die in het regeerakkoord voorkomen».¹⁵ Ook na Euro 2000 lijkt de regering immers het snelrecht niet los te laten. In het federale veiligheids- en detentieplan, dat de Eerste Minister in juni 2000 voorlegde aan Kamer en Senaat, vindt men onder de hoofding «een meer efficiënte strafprocedure» als enige project het snelrecht terug. De weerslag van de door de wet van 28 maart 2000 ingevoerde procedure op de werking van de justitiële diensten en eventuele secundaire effecten, in het bijzonder met betrekking tot de strafinrichtingen en de justitiehuisen, zullen worden geëvalueerd.¹⁶

4. De invoering van de procedure van onmiddellijke verschijning is reeds uitvoerig becommentarieerd.¹⁷ Het is niet de bedoeling van deze bijdrage om uitgebreid terug te komen op de vele overwegingen van strafrechtelijke politiek die in deze context gemaakt kunnen worden.¹⁸ Er zal eerder getracht worden een beknopte schets te maken van de nieuwe procedure en enige duidelijkheid te scheppen met betrekking tot enkele toepassingsproblemen. De omzendbrief van het college van procureurs-generaal betreffende de wet van 28 maart 2000¹⁹ zal hierbij een belangrijke leidraad zijn, aangezien de toepassing van de procedure door het openbaar ministerie hierdoor in belangrijke mate gestuurd zal worden.

B. Toepassingsvoorwaarden

5. Het openbaar ministerie kan de procedure van onmiddellijke verschijning enkel benutten indien cumulatief aan een aantal wettelijke voorwaarden is voldaan. Deze vereisten hebben betrekking op de strafmaat en op de complexiteit van de bewijsgaring.

¹⁴ Zie: A. RAES, «Snelrecht deel twee: De onmiddellijke verschijning. 'Spektakeljustitie'», *T.Strafr.* 2000, (53) 55-56.

¹⁵ Verslag, *Parl. St.* Senaat 1999-2000, nr. 2-347/3, p. 62.

¹⁶ Het federale veiligheids- en detentieplan, *Parl. St.* Senaat 1999-2000, nr. 2-461/1 en *Parl. St.* Kamer 1999-2000, nr. 716/01.

¹⁷ Zie met name: B. DE SMET, *De onmiddellijke verschijning voor de strafrechter*, in X., *CBR Jaarboek 1999-2000. Deel I*, Antwerpen, Maklu, 2000, 231-296.

¹⁸ Zie, buiten de reeds geciteerde werken: B. DE SMET, «Het onafgewerkte luik van het snelrecht: de onmiddellijke verschijning», *Panopticon* 1999, 401-411; R. DE BECO en M. NEVE, «L'avant-projet de loi insérant une procédure de comparution immédiate dans le Code d'Instruction criminelle», *Journal des Procès* 1999, nr. 379, 4-7; B. DE SMET, «La nécessité d'une procédure de comparution immédiate», *Journal des Procès* 1999, nr. 381, 4-6; F. HUTSEBAUT, «Kan snel recht wel goed recht zijn? Enkele bedenkingen bij het ontwerp snelrecht», *Jura Falconis* 1999-2000, 255-261; X., «Numéro spécial. Colloque de l'U.L.B. sur la comparution immédiate. Affirmation d'une justice à deux vitesses?», *Journal des Procès* 2000, nr. 385; X., «Thema: Versnel recht. Snelt het recht zichzelf voorbij?», *De orde van de dag* 2000, afl. 9.

¹⁹ Omzendbrief college van procureurs-generaal nr. COL 6/2000, aangevuld door Omzendbrief nr. COL 8/2000. Deze omzendbrieven zijn terug te vinden op de «website» van het Ministerie van Justitie (<http://just.fgov.be>) onder de hoofding «Beleid – omzendbrieven».

1^o Strafmaat

6. De procureur des Konings kan een bevel tot aanhouding met het oog op onmiddellijke verschijning vorderen indien het feit wordt gestraft met een gevangenisstraf die minstens een jaar bedraagt en die tien jaar niet te boven gaat (art. 20bis, § 1, 1^o, Voorlopige Hechteniswet). Het minimum van een jaar stemt duidelijk overeen met het gemene recht inzake het aanhoudingsbevel, dat de opstellers van de wet zoveel mogelijk toepasselijk hebben verklaard op de nieuwe procedure.²⁰ Art. 16, § 1, Voorlopige Hechteniswet vereist voor het uitschrijven van een aanhoudingsbevel door de onderzoeksrechter immers dat de verdachte een gevangenisstraf van een jaar of een zwaardere straf riskeert. Dit betekent niet dat de wettelijke minimumstraf een jaar moet bedragen: de wettelijke maximumstraf *in abstracto* is bepalend.²¹ Waarin het bevel tot aanhouding met het oog op onmiddellijke verschijning verschilt van het «klassieke» aanhoudingsbevel, is de bovengrens die een strafbedreiging van maximum tien jaar «overeenkomstig de wet van 4 oktober 1867 inzake de verzachtende omstandigheden» onderstelt. Dit betekent dat het openbaar ministerie ook op misdaden de procedure van onmiddellijke verschijning kan toepassen, indien deze voor correctionalisering in aanmerking komen en een gevangenisstraf van maximum tien jaar *in concreto* gepast lijkt.²² Volgens sommigen is dit enkel mogelijk indien de correctionele rechtbank niet meer dan tien jaar gevangenisstraf *kan* uitspreken.²³ In bepaalde omstandigheden is het immers mogelijk dat de correctionele rechter straffen van meer dan tien jaar oplegt, bijvoorbeeld in geval van herhaling van misdaad na misdaad (art. 54 Sw.) of bij samenloop van wanbedrijven (art. 60 Sw.) Hoewel terecht werd opgemerkt dat deze strafverzwaring of -cumulatie geenszins steeds een verplichting vormt voor de rechter²⁴ en dus geen obstakel zou mogen zijn voor de toepassing van de onmiddellijke verschijning, wordt, «gelet op de onduidelijkheid van de wet», het openbaar ministerie toch afgeraden deze procedure aan te vatten indien de verdachte een hoofdgevangenisstraf van meer dan tien jaar kan oplepen.²⁵

2^o Bewijsgaring

7. De procedure van onmiddellijke verschijning kan worden toegepast op heterdaadmisdrijven en andere (bewijsmatig) eenvoudige strafzaken. De procureur des Konings kan een bevel tot aanhouding met het oog op onmiddellijke verschijning vorderen indien het gaat om een op heterdaad ontdekt misdrijf of indien de bezwaren aangevoerd binnen een maand volgend op het plegen van het

²⁰ Memorie van toelichting, *Parl. St.* Kamer 1999-2000, nr. 306/01, p. 13.

²¹ B. DE SMET, «De onmiddellijke verschijning voor de strafrechter», *l.c.*, 244.

²² B. DE SMET, «De onmiddellijke verschijning voor de strafrechter», *l.c.*, 246.

²³ P. COLLIGNON, *l.c.*, 355.

²⁴ B. DE SMET, «De onmiddellijke verschijning voor de strafrechter», *l.c.*, 246-247.

²⁵ Omzendbrief college van procureurs-generaal nr. COL 6/2000, 20.

misdrifftoereikend zijn om de zaak aan de rechter ten gronde voor te leggen (art. 20bis, § 1, 2^o, Voorlopige Hechteniswet). Voor de beoordeling van de heterdaad wordt verwezen naar het gemene recht: art. 41 Sv. en de relevante rechtspraak.²⁶ Aan de hand van de arresten van het Hof van Cassatie waarnaar de memorie van toelichting bij wijze van voorbeeld verwijst, kan men besluiten dat ook de gelijkgestelde heterdaad door de wetgever wordt gevisieerd.²⁷ Wat niet op heterdaad betrapte misdrijven betreft, werd een strikte tijdslimiet van een maand bepaald om het opsporingsonderzoek af te ronden. De oorspronkelijk voorgestelde termijn van drie maanden werd te lang bevonden om nog te kunnen spreken van eenvoudige strafzaken die onvoldoende complex zijn om een gerechtelijk onderzoek te rechtvaardigen.²⁸ Bij ontstentenis van heterdaad vormt de periode van een maand voor bewijsgaring de grondvoorwaarde voor het vorderen van een aanhoudingsbevel met het oog op onmiddellijke verschijning, en de door het parket aangezochte onderzoeksrechter moet dan ook aandachtig nagaan of aan de wettelijke voorwaarden is voldaan.²⁹ Terwijl het openbaar ministerie dus binnen de maand volgend op het misdrijf een dossier dient samen te stellen dat voldoende bezwaren bevat om de zaak aan de rechter ten gronde te kunnen voorleggen, moet aan deze voorwaarde zijn voldaan op het ogenblik dat het dossier wordt voorgelegd aan de onderzoeksrechter.³⁰ De vonnisrechter kan de zaak weliswaar eenmaal of meermaals uitstellen (art. 216septies Sv.), maar deze mogelijkheid is enkel ingevoerd om getuigen te verhoren of een maatschappelijke enquête te doen verrichten en niet om het openbaar ministerie in staat te stellen zijn dossier alsnog te vervolledigen. Ten overvloede kan men opmerken dat de rechter het dossier dient terug te zenden indien hij van oordeel is dat aanvullend onderzoek vereist is (art. 216sexies Sv.)

8. De toetssteen van de procedure is dus de eenvoud van de zaak.³¹ Volgens de richtlijnen van strafrechtelijk beleid moet het gaan om zeer recente, alleenstaande zaken waarin de dader(s) de feiten (bekent) bekennen, op heterdaad werd(en) betrap of formeel werd(en) herkend door slachtoffer(s) en/of getuigen, en waarin alleszins geen enkel probleem van bewijsvoering te verwachten is. Hier dient nog aan toegevoegd te worden dat, indien de kwalificatie van het misdrijf (en dus de strafbedreiging) afhankelijk is van gevolgen die niet vast en zeker gekend zijn en niet precies kunnen worden begroot, de zaak niet in aanmerking komt voor de procedure van onmiddellijke verschijning.³² Men denkt hierbij natuurlijk aan slagen en verwondingen die een medische expertise vergen om de graad van arbeidsonge-

schiktheid vast te stellen, wat uitgesloten lijkt in de snelrechtprocedure.³³ Ook het aantal verdachten dient beperkt te zijn. Alleen zaken met maximum twee of drie verdachten komen in aanmerking, op voorwaarde dat het «praktisch vaststaat dat de onderzoeksrechter eenzelfde beslissing zal nemen ten aanzien van alle betrokken medeverdachten», dit laatste om een «fundamentele ongelijkheid in behandeling tussen de mededaders van eenzelfde feit» te vermijden.³⁴

3^o Toepassing *ratione materiae* en *personae*

9. Zoals hierboven uiteengezet, kan het openbaar ministerie een bevel tot onmiddellijke verschijning vorderen indien aan bepaalde voorwaarden van strafmaat en bewijscomplexiteit is voldaan. In de memorie van toelichting gaat men er echter van uit dat bepaalde soorten misdrijven beter niet met behulp van de nieuwe procedure worden vervolgd. Met name in geval van openbare betogingen of van ordeverstoringen als gevolg van maatschappelijk onbehagen, zou het aan de nodige sereniteit ontbreken «om misdrijven die eventueel worden gepleegd naar aanleiding van de uitoefening van de grondwettelijk gewaarborgde vrijheden in het juiste perspectief te beschouwen».³⁵ Gelet op de door de regering herhaaldelijk vermelde noodzaak om over de procedure van onmiddellijke verschijning te beschikken teneinde het hooliganisme dat werd verwacht in het raam van het Europese voetbalkampioenschap te bekampen, vroeg de Raad van State zich af welke objectieve reden een verschillende behandeling van beide soorten massa-evenementen kan wettigen.³⁶ In ieder geval is het in geval van hooliganisme en andere openbare geweldplegingen in groep dikwijls niet eenvoudig om de feiten en de daders te individualiseren, wat uiteraard een voorwaarde is om op korte termijn een volledig strafdossier te kunnen samenstellen en de toepassing van snelrecht mogelijk te maken.³⁷ Het wordt aan de minister van Justitie en het college van procureurs-generaal overgelaten om, in het raam van het strafrechtelijk beleid, in het algemeen te bepalen op welke vormen van criminaliteit de onmiddellijke verschijning bij voorrang kan worden toegepast.³⁸ Men kan zich vanuit het strafvorderlijk legaliteitsbeginsel vragen stellen bij deze techniek.³⁹ Het college van procureurs-generaal heeft zich inmiddels reeds

³³ Omzendbrief college van procureurs-generaal nr. COL 6/2000, 87.

³⁴ Omzendbrief college van procureurs-generaal nr. COL 6/2000, 89.

³⁵ Memorie van toelichting, *Parl. St.* Kamer 1999-2000, nr. 306/01, p. 6-7. De omzendbrief van het college van procureurs-generaal stelt, in navolging van deze opvatting, dat «sociale onlusten in het kader van openbare betogingen of van ordeverstoringen als gevolg van maatschappelijk onbehagen (...) in principe uitgesloten worden van de toepassing van deze procedure» (Omsendbrief college van procureurs-generaal nr. COL 6/2000, 87).

³⁶ Advies Raad van State, *Parl. St.* Kamer 1999-2000, nr. 306/01, p. 29.

³⁷ Omzendbrief college van procureurs-generaal nr. COL 6/2000, 87-88.

³⁸ Memorie van toelichting, *Parl. St.* Kamer 1999-2000, nr. 306/01, p. 7.

³⁹ B. DE SMET, «De onmiddellijke verschijning voor de strafrechter», *l.c.*, 248.

²⁶ Memorie van toelichting, *Parl. St.* Kamer 1999-2000, 306/01, p. 10.

²⁷ Omzendbrief college van procureurs-generaal nr. COL 6/2000, 21.

²⁸ Verslag, *Parl. St.* Kamer 1999-2000, nr. 306/04, p. 144-145.

²⁹ Memorie van toelichting, *Parl. St.* Kamer 1999-2000, nr. 306/01, p. 8.

³⁰ Omzendbrief college van procureurs-generaal nr. COL 6/2000, 22.

³¹ Omzendbrief college van procureurs-generaal nr. COL 6/2000, 85.

³² Omzendbrief college van procureurs-generaal nr. COL 6/2000, 86.

van zijn taak gekwetten en een enuntiatieve, richtinggevende lijst opgesteld van misdrijven die in hoofdzaak in aanmerking kunnen komen. Het gaat met name om allerlei vormen van diefstal (met geweld, met braak, in voertuigen, handtasdiefstallen, gauwdiefstallen en winkeldiefstallen gepleegd door dader(s) zonder gekende woonplaats in België, ...), slagen met tijdelijke arbeidsongeschiktheid, slagen aan politieagenten, weerspanning in groep of met wapens, vernielingen met geweld tegen personen, zware verkeersagressie (d.w.z. gepaard gaande met zware slagen en/of vernieling van voertuigen), «hooliganisme» (gepaard gaande met zware slagen, weerspanning in groep of met wapen(s), vernielingen, etc.), afpersing, ernstige gevallen van woningschennis en *stalking*, ernstige gevallen van onwettige of verboden wapendracht en overtredingen van «de wetgeving inzake verdovende middelen conform de geldende richtlijnen van strafrechtelijk beleid».⁴⁰ Dit laatste wijst er alvast op dat eenvoudig bezit van drugs niet met de procedure van onmiddellijke verschijning zal worden vervolgd.⁴¹ Dit heeft volgens de geldende richtlijnen van strafrechtelijk beleid immers de laagste vervolgingsprioriteit.⁴²

C. Voorbereidende fase

1^o Optreden van het openbaar ministerie

10. Indien het parket ten aanzien van een aangehouden verdachte⁴³ die, rekening houdende met de bovenvermelde criteria, in aanmerking komt om volgens de procedure van onmiddellijke verschijning in strafzaken te worden vervolgd, snelrecht wenst toe te passen, dient het een bevel tot aanhouding met het oog op onmiddellijke verschijning te vorderen bij de onderzoeksrechter. In deze fase van de procedure worden de verdachte⁴⁴ twee waarborgen toegekend door art. 20bis Voorlopige Hechteniswet de bijstand van een raadsman en de raadpleging van het strafdossier. Allereerst deelt de procureur des Konings⁴⁵ de verdachte mee dat hij het recht heeft een advocaat te kiezen. De procureur des Konings dient samen met de voorzitter van de rechtbank, de hoofdgriffiers en de plaatselijke orde van advocaten protocollen te sluiten met het oog op het zo snel mogelijk contacteren van de gekozen advocaat en de orde en het voorzien van de mogelijkheid tot onderhoud en overleg tussen verdachte en advocaat in een neutrale ruimte.⁴⁶ De verdachte heeft immers het recht om vóór de verschijning voor de onderzoeksrechter overleg te plegen met zijn advocaat

(art. 20bis, § 1 Voorlopige Hechteniswet). Indien de verdachte geen advocaat kiest, wordt «onmiddellijk» de stafhouder van de orde van advocaten of zijn gemachtigde ingeschakeld om een advocaat aan te stellen. Gezien de zeer sterke tijdsdruk, is het niet denkbeeldig dat de door de verdachte gekozen advocaat niet tijdig bereikt kan worden of niet in staat is tijdig bijstand te verlenen. De orde zal dan zo nodig in een plaatsvervanger dienen te voorzien, aangezien de verdachte moet worden bijgestaan door een raadsman, tenzij hij dit pertinent weigert.⁴⁷ Indien de verdachte «aantoont behoeftig te zijn»,⁴⁸ zendt de procureur des Konings «onverwijld» een verzoek om juridische bijstand overeenkomstig art. 184bis Sv. aan de vertegenwoordiger van het bureau voor juridische bijstand. De tweede essentiële waarborg voor de verdachte vanaf het vorderen van het bevel tot aanhouding met het oog op onmiddellijke verschijning, is de terbeschikkingstelling van het dossier aan hem en zijn advocaat (art. 20bis, § 2, Voorlopige Hechteniswet). Dit kan gebeuren in de vorm van eensluitend verklaarde afschriften, wat in de praktijk de regel zal zijn, gezien de beperkte tijd.⁴⁹ Op deze wijze is de verdediging op de hoogte van de resultaten van het opsporingsonderzoek voor de verschijning voor de onderzoeksrechter en heeft ze evenveel tijd om het dossier in te zien als deze laatste⁵⁰

2^o Voorlopige hechtenis

11. De toepassing van de procedure van onmiddellijke verschijning is onlosmakelijk verbonden met het uitvaardigen van een bevel tot aanhouding met het oog op onmiddellijke verschijning of het opleggen van vrijheid onder voorwaarden. Het tot voor kort «onafgewerkte deel» van het snelrecht is er immers op gericht aangehouden verdachten voor de rechter te kunnen brengen, zonder een gerechtelijk onderzoek te moeten instellen, wat de enige figuur is waarin de voorlopige hechtenis traditioneel mogelijk was (art. 28septies Sv.). De fundamentele criteria van de Voorlopige Hechteniswet zijn van strikte toepassing in het raam van het bevel tot aanhouding met het oog op onmiddellijke verschijning.⁵¹ Het was immers niet de bedoeling om de basisregels die het aanwenden van de voorlopige hechtenis beheersen, te «verdraaien».⁵² In zoverre het eerste wetsontwerp de algemene regeling van de Voorlopige Hechteniswet *mutatis mutandis* van toepassing verklaarde op de

⁴⁰ Omzendbrief college van procureurs-generaal nr. COL 6/2000, p. 91-92.

⁴¹ Verslag, *Parl. St. Kamer* 1999-2000, nr. 306/04, p. 88, punt 6.

⁴² Omzendbrief college van procureurs-generaal nr. COL 5/98: *Gemeenschappelijke richtlijn over het vervolgingsbeleid inzake bezit en detailhandel van illegale verdovende middelen*.

⁴³ Waarbij het gemene recht van toepassing is: art. 1 Voorlopige Hechteniswet in geval van heterdaad en art. 2 van dezelfde wet in de andere gevallen.

⁴⁴ Nota bene: de wettekst spreekt hier ten onrechte over «de beklaagde».

⁴⁵ In de praktijk zal dit meestal een politiedienst zijn (zie: Omzendbrief college van procureurs-generaal nr. COL 6/2000, 12).

⁴⁶ Omzendbrief college van procureurs-generaal nr. COL 6/2000, 14.

⁴⁷ Omzendbrief college van procureurs-generaal nr. COL 6/2000, 13.

⁴⁸ Krachtens art. 1, § 2, van het K.B. van 20 december 1999 dient een persoon die zich in voorlopige hechtenis bevindt en een beklaagde bedoeld in de wet betreffende de onmiddellijke verschijning te worden beschouwd als iemand wiens inkomsten onvoldoende zijn. (K.B. 20 december 1999 tot vaststelling van de voorwaarden van de kosteloosheid van de juridische eerstelijnsbijstand en van de gedeeltelijke of volledige kosteloosheid van de juridische tweedelijnsbijstand en de rechtsbijstand, B.S. 30 december 1999). Het is opmerkelijk dat dit K.B. reeds verwijst naar een procedure die pas meer dan drie maanden later wettelijk geregeld is!

⁴⁹ Omzendbrief college van procureurs-generaal nr. COL 6/2000, 15.

⁵⁰ Verslag, *Parl. St. Kamer* 1999-2000, nr. 306/04, p. 10.

⁵¹ Memorie van toelichting, *Parl. St. Kamer* 1999-2000, nr. 306/01, p. 5.

⁵² *Ibid.*, p. 9.

procedure van onmiddellijke verschijning, stuitte deze techniek op hevige kritiek van de Raad van State vanuit het oogpunt van de rechtszekerheid wegens het ontbreken van voldoende garanties met betrekking tot de uitlegging van de teksten.⁵³ Hieraan werd gedeeltelijk tegemoet gekomen door de verwijzing *in globo* te vervangen door de opsomming van een aantal artikelen. Zo is art. 16 Voorlopige Hechteniswet van toepassing verklaard wat betreft de grondvoorwaarden van de voorlopige hechtenis die het uitzonderlijke karakter van deze dwangmaatregel uitdrukken. Dit betekent dat het uitschrijven van een bevel tot aanhouding met het oog op onmiddellijke verschijning enkel mogelijk is in geval van volstrekte noodzakelijkheid voor de openbare veiligheid en indien het feit voor de verdachte een gevangenisstraf van minstens een jaar tot gevolg kan hebben.⁵⁴ Ook moet het bestaan van ernstige aanwijzingen van schuld worden vastgesteld (art. 16, § 5, Voorlopige Hechteniswet). Indien het strafmaximum bovendien vijftien jaar niet te boven gaat, kan het aanhoudingsbevel enkel worden verleend indien er ernstige redenen bestaan om te vrezen dat de verdachte recidive zou plegen, zich aan het optreden van het gerecht zou onttrekken, bewijzen zou pogen te laten verdwijnen of zich zou verstaan met derden (art. 16, § 1, Voorlopige Hechteniswet). Uiteraard mag ook deze nieuwe vorm van voorlopige hechtenis niet worden aangewend met het oog op onmiddellijke bestraffing of het uitoefenen van enige andere vorm van dwang (art. 16, § 1, Voorlopige Hechteniswet). Hierbij valt op te merken dat bij snelrecht, gezien de aard van de zaak, in beginsel geen verder onderzoek vereist is, zodat er een wel erg subtiële verhouding met het verbod op onmiddellijke bestraffing kan ontstaan.⁵⁵ De principiële afwezigheid van verder onderzoek leidt ertoe dat in de praktijk vooral het recidive- en onttrekkingsgevaar zal worden geverifieerd.⁵⁶ Dit laatste criterium kan alvast «personen en vreemdelingen zonder vast adres» in aanmerking doen komen voor de toepassing van de procedure van onmiddellijke verschijning.⁵⁷

12. Een essentieel verschil met de traditionele voorlopige hechtenis wordt gevormd door de korte duur van het aanhoudingsbevel met het oog op onmiddellijke verschijning: dit is geldig tot de uitspraak van het vonnis, op voorwaarde dat ze wordt gedaan binnen zeven dagen te rekenen van de beschikking. Als aan deze voorwaarde niet is voldaan, wordt de beklaagde onmiddellijk in vrijheid gesteld (art. 20bis, § 5, Voorlopige Hechteniswet). Hoewel deze termijn van zeven dagen de initiële geldigheidsduur van een aanhoudingsbevel door de onderzoeksrechter uitgevaardigd in het raam van een gerechtelijk onderzoek (dat binnen vijf dagen aan de raadkamer moet worden voorgelegd ter handhaving)⁵⁸ overtreft, werd dit verantwoord geacht,

omdat de voorlopige hechtenis in het raam van de procedure van onmiddellijke verschijning niet verlengd kan worden.⁵⁹ In het oorspronkelijke voorstel werd trouwens een termijn van vijf dagen vooropgesteld, maar deze werd verlengd tot zeven dagen, om problemen met weekends te vermijden.⁶⁰

3^o Vrijheid onder voorwaarden

13. Naast het uitvaardigen of weigeren⁶¹ van een bevel tot aanhouding met het oog op onmiddellijke verschijning, heeft de onderzoeksrechter ook de optie om de betrokkene vrij te laten onder oplegging van een of meer voorwaarden of tegen betaling van een borgsom (art. 35 Voorlopige Hechteniswet). De vrijheid onder voorwaarden kan door de onderzoeksrechter enkel worden toegestaan indien aan de toepassingsvoorwaarden voor de voorlopige hechtenis is voldaan en maximum voor drie maanden (art. 35, § 1 Voorlopige Hechteniswet). Na het verstrijken van deze termijn kan de vonnisrechter de opgelegde voorwaarden verlengen voor maximum drie maanden en uiterlijk tot het vonnis (art. 36, § 3, Voorlopige Hechteniswet). De wetgever heeft deze termijnen eigenaardig genoeg niet aangepast voor de procedure van onmiddellijke verschijning. Er bestaat dus een ernstige discrepantie tussen de maximumtermijn van de voorlopige hechtenis in het raam van de onmiddellijke verschijning (zeven dagen) en de maximumtermijn van de vrijheid onder voorwaarden (tot zes maanden). Het is echter uitgesloten dat deze lange termijn ooit volledig kan worden benut in de snelrechtprocedure. Vanaf de beslissing van de onderzoeksrechter dient de verdachte immers na ten hoogste zeven dagen voor de rechtbank te verschijnen en de vonnisrechter dient binnen vijf dagen uitspraak te doen (art. 216*quinquies*, § 3, Sv.). Uitstel is slechts mogelijk in enkele welomschreven gevallen en niet voor langer dan vijftien dagen (art. 216*septies* Sv.). Terwijl de op grond van een bevel tot aanhouding met het oog op onmiddellijke verschijning in hechtenis genomen verdachte terstond dient te worden vrijgelaten indien er geen vonnis wordt uitgesproken binnen zeven dagen (art. 20bis, § 5, Voorlopige Hechteniswet), vervallen de voorwaarden opgelegd op grond van art. 35 Voorlopige Hechteniswet echter niet na deze termijn,⁶² maar pas op het moment van het vonnis (art. 36, § 3, Voorlopige Hechteniswet). Dit zou een stimulans kunnen vormen om meer gebruik te maken van de vrijheid onder voorwaarden in het raam van de procedure van onmiddellijke verschijning.

Op de naleving van de voorwaarden wordt toegezien door de politiediensten of de Dienst Justitiehuisen van het Ministerie van Justitie (art. 38 Voorlopige Hechteniswet). Deze controle zal, veel meer dan in de gemeenschappelijke proce-

⁵³ Advies Raad van State, *Parl. St. Kamer* 1999-2000, nr. 306/01, p. 44.

⁵⁴ Wat overeenkomt met de ondergrens van art. 20bis, § 1, 1^o, Voorlopige Hechteniswet, zodat dit artikel in feite enkel een bovengrens invoert.

⁵⁵ Omzendbrief college van procureurs-generaal nr. COL 6/2000, 26; P. COLLIGNON, *l.c.*, 350.

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ Omzendbrief college van procureurs-generaal nr. COL 6/2000, 90.

⁵⁸ Art. 21, § 1, Voorlopige Hechteniswet.

⁵⁹ Verslag, *Parl. St. Kamer* 1999-2000, nr. 306/04, p. 7.

⁶⁰ Verslag, *Parl. St. Kamer* 1999-2000, nr. 306/04, p. 93.

⁶¹ In dit geval neemt de procedure van onmiddellijke verschijning een einde en dient het parket een alternatieve vorm te kiezen om de zaak aanhangig te maken. Nochtans kan de weigering van de onderzoeksrechter gemotiveerd zijn door overwegingen die enkel verband houden met de noodzaak van voorlopige hechtenis en die niets afdoen aan het feit dat het dossier compleet is en niets een snelle berechting in de weg staat. (P. COLLIGNON, *l.c.*, 351).

⁶² Omzendbrief college van procureurs-generaal nr. COL 6/2000, 64.

ture, parate middelen vereisen om snel te kunnen optreden binnen de korte duur van de snelrechtprocedure.⁶³ In geval van niet-naleving van de voorwaarden, kan de correctionele rechtbank een aanhoudingsbevel uitvaardigen (art. 38, § 2 Voorlopige Hechteniswet).⁶⁴

4^o Optreden van de onderzoeksrechter

14. De onderzoeksrechter heeft in deze procedure een «ad hoc»-rol die niet te vergelijken is met zijn optreden in het raam van het gerechtelijk onderzoek of de mini-instructie.⁶⁵ Hij krijgt het onderzoek niet in handen, maar wordt enkel door het openbaar ministerie aangezocht om een bevel tot aanhouding met het oog op onmiddellijke verschijning uit te vaardigen. De Minister merkte hierbij op dat dit als voordeel heeft «dat de onderzoeksrechter zich met deze zaken niet verder dient bezig te houden en dat hij zich zal kunnen toeleggen op de andere zwaardere dossiers».⁶⁶ Het evocatierecht dat de onderzoeksrechter bezit in het raam van de mini-instructie (art. 28septies, tweede lid, Sv.) bestaat dus geenszins in de snelrechtprocedure. Men zou kunnen aannemen dat de onmiddellijke verschijning mogelijk blijft indien tijdens het vooronderzoek een onderzoekshandeling werd gevorderd van de onderzoeksrechter en de zaak niet werd geëvoceerd. Het onderzoek is dan immers steeds in handen van het parket gebleven, en indien dit erin slaagt voldoende bezwaren aan te voeren binnen de wettelijke termijn van een maand (art. 20bis, § 1, 2^o, Voorlopige Hechteniswet), zou het in beginsel nog voor de onmiddellijke verschijning van de verdachte kunnen kiezen. Toch lijkt het niet raadzaam de snelrechtprocedure te gebruiken in deze hypothese. De onderzoeksrechter beslist immers soeverein of hij enkel de gevorderde onderzoekshandeling verricht dan wel of hij het volledige onderzoek naar zich trekt, wat uiteindelijk een onberekend risico betekent voor het parket. De onderzoeksrechter zou op die manier de strategie van het openbaar ministerie kunnen doorkruisen door zelf een gerechtelijk onderzoek aan te vatten en aldus de mogelijkheid om een onmiddellijke verschijning te vorderen, teniet te doen. Bovendien kan men ervan uitgaan dat dossiers waarin een mini-instructie nodig blijkt, per definitie te complex zijn om in aanmerking te komen voor de snelrechtprocedure voor aangehouden verdachten.⁶⁷

15. De onderzoeksrechter oefent als eerste rechterlijke instantie controle uit op de keuze van het openbaar ministerie voor de procedure van onmiddellijke verschijning.⁶⁸

⁶³ Omzendbrief college van procureurs-generaal nr. COL 6/2000, 39; Cf. P. COLLIGNON, *l.c.*, 351.

⁶⁴ In de veronderstelling dat de zaak bij de vonnisrechter aanhangig is gemaakt door de kennisgeving van plaats en tijdstip van de zitting door het openbaar ministerie (zie nr. 24).

⁶⁵ B. DE SMET, «De onmiddellijke verschijning voor de strafrechter», *l.c.*, 253.

⁶⁶ Verslag, *Parl. St.* Kamer 1999-2000, nr. 306/04, p. 93.

⁶⁷ Omzendbrief college van procureurs-generaal nr. COL 6/2000, 4.

⁶⁸ Memorie van toelichting, *Parl. St.* Kamer 1999-2000, nr. 306/01, p. 9 en Verslag, *Parl. St.* Kamer 1999-2000, nr. 306/04, p. 89.

⁶⁹ D.w.z. de specifieke wettelijke voorwaarden voor de onmiddellijke verschijning (art. 20bis, § 1, Voorlopige Hechteniswet). Zie nr. 6 e.v.

Zijn controle richt zich op de voorwaarden met betrekking tot de ernst en (bewijs)complexiteit van de zaak⁶⁹ en, uiteraard, de voorlopige hechtenis. Wat betreft het aannemen van verzachtende omstandigheden door het openbaar ministerie met het oog op correctionalisering, lijkt het uitgesloten dat de onderzoeksrechter deze mag beoordelen. Dit is immers de bevoegdheid van het openbaar ministerie, de onderzoeksgerechten en het vonnisgerecht.⁷⁰ Men kan echter wel aannemen dat de onderzoeksrechter kan weigeren een aanhoudingsbevel met het oog op onmiddellijke verschijning te verlenen indien het gaat om een niet-correctionaliseerbare misdaad of wanneer de maximumstraf voor de feiten niet ten minste een jaar bedraagt. Het is dan immers duidelijk dat de grondvoorwaarden voor de toepassing van de onmiddellijke verschijning niet vervuld zijn.⁷¹

16. Vooraleer een bevel tot aanhouding met het oog op onmiddellijke verschijning te verlenen, dient de onderzoeksrechter de verdachte te ondervragen over de hem ten laste gelegde feiten en zijn opmerkingen en, tenzij de verdachte weigert te worden bijgestaan, die van zijn advocaat te horen (art. 16, §2 *juncto* art. 20bis, § 3, Voorlopige Hechteniswet). De aanwezigheid van de raadsman van de verdachte is duidelijk een uitbreiding van de waarborgen van de verdachte in vergelijking met de gemeenrechtelijke voorhechtenisprocedure die, ondanks herhaalde voorstellen in die zin, de aanwezigheid van de advocaat tijdens de ondervraging niet inhoudt.⁷² Er kan een ernstig probleem rijzen indien de door de verdachte gekozen advocaat niet (op tijd) komt opdagen, afwezig of belet is, aangezien naar luid van art. 20bis, § 3, Voorlopige Hechteniswet het bevel tot aanhouding met het oog op onmiddellijke verschijning pas kan worden uitgevaardigd nadat de raadsman door de onderzoeksrechter is gehoord. Dit zou betekenen dat op deze manier het verderzetten van de procedure van onmiddellijke verschijning verhinderd kan worden, wat een ernstige lacune in de wet is. Het is dus in het belang van het openbaar ministerie om solide afspraken te hebben met de balie, zodat steeds een plaatsvervangende advocaat ter beschikking is. Indien ondanks alle voorzorgen de aanwezigheid van een advocaat niet verzekerd kan worden, is reeds voorspeld dat de rechtspraak in die zin zal evolueren dat de onderzoeksrechter de overmacht vaststelt en toch een aanhoudingsbevel uitvaardigt.⁷³ De onderzoeksrechter kan natuurlijk ook het openbaar ministerie op de hoogte brengen, in welk geval de procureur des Konings kan kiezen af te zien van de onmiddellijke verschijning, om vervolgens een gewoon bevel tot aanhouding te vorderen. De aanwezigheid van het openbaar ministerie tijdens de ondervraging door de onderzoeksrechter wordt niet vereist door de wet, wat uiter-

⁷⁰ Art. 1 van de wet van 4 oktober 1867 op de verzachtende omstandigheden.

⁷¹ B. DE SMET, «De onmiddellijke verschijning voor de strafrechter», *l.c.*, 255.

⁷² C. VAN DEN WYNGAERT, *Strafrecht en strafprocesrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 1999, 840.

⁷³ Omzendbrief college van procureurs-generaal nr. COL 6/2000, 28. Ook P. COLLIGNON is van oordeel dat de afwezigheid van een advocaat geen belemmering voor de afwikkeling van de procedure kan vormen (*l.c.*, 349).

aard niet wegneemt dat het parket deze mag bijwonen indien het dit verkiest.⁷⁴

De onderzoeksrechter moet de verdachte meedelen dat tegen hem een aanhoudingsbevel kan worden uitgevaardigd, en hij moet hem in zijn opmerkingen terzake horen. Al deze gegevens worden vermeld in het proces-verbaal van verhoor (art. 16, § 2, Voorlopige Hechteniswet), dat ook het uur van het begin en van het einde van de ondervraging en van eventuele onderbrekingen vermeldt (art. 16, § 7, Voorlopige Hechteniswet). Aangezien het verhoor door de onderzoeksrechter niet plaatsvindt in het raam van een gerechtelijk onderzoek, maar deel uitmaakt van het opsporingsonderzoek, dienen tevens de voorschriften van art. 47bis Sv. te worden nageleefd.⁷⁵

17. Het bevel tot aanhouding wordt dadelijk na de ondervraging van de verdachte door de onderzoeksrechter verleend (art. 16, § 3 Voorlopige Hechteniswet). De in laatstgenoemde bepaling opgenomen mogelijkheid voor de onderzoeksrechter om verdere onderzoeksmaatregelen te nemen, wordt echter door art. 20bis, § 4, Voorlopige Hechteniswet uitdrukkelijk uitgesloten. Dit is logisch, aangezien de onderzoeksrechter hier veeleer optreedt in de passieve rol van een «rechter van het onderzoek»,⁷⁶ die niet met het onderzoek als zodanig wordt belast. Het is de taak van het openbaar ministerie om een dossier aan de onderzoeksrechter voor te leggen dat voldoende zwaar weegt. In dezelfde logica is art. 20 Voorlopige Hechteniswet niet van toepassing bij een bevel tot aanhouding met het oog op onmiddellijke verschijning; er kan dus geen verbod van vrij verkeer worden opgelegd. Het onderzoek moet immers als voltooid worden beschouwd.⁷⁷

Het bevel tot aanhouding met het oog op onmiddellijke verschijning bevat de opgave van het feit waarvoor het wordt verleend en de toepasselijke strafbaarstelling, en stelt het bestaan vast van ernstige aanwijzingen van schuld (art. 16, § 5, Voorlopige Hechteniswet). Het feit dat de verdachte vooraf is verhoord, wordt eveneens vermeld. Het aanhoudingsbevel moet aan de verdachte worden betekend binnen 24 uur te rekenen vanaf de effectieve vrijheidsbeneming (art. 18, § 1, Voorlopige Hechteniswet). Art. 18 van deze wet verwijst ook naar een eventueel uitgevaardigd bevel tot medebrenging. Deze vermelding past eigenlijk niet in het raam van de procedure van onmiddellijke verschijning, aangezien er een aantal redenen zijn om aan te nemen dat het uitvaardigen van een dergelijk bevel onverenigbaar is met de snelrechtprocedure. Om te beginnen verbiedt art. 3 Voorlopige Hechteniswet het uitvaardigen van een bevel tot medebrenging tegen een verdachte die reeds ter beschikking van de onderzoeksrechter staat. Dit laatste zal steeds het geval zijn in de snelrechtprocedure voor aangehouden verdachten, waarbij in herinnering mag worden gebracht dat het bevel tot medebrenging geen artificieel middel mag zijn

om de maximumtermijn van 24 uur voor de aanhouding ter voorgeleiding te verlengen.⁷⁸ Bovendien wijst het uitvaardigen van een bevel tot medebrenging op een saisine van de onderzoeksrechter, wat onverenigbaar is met de snelrechtprocedure.⁷⁹ Deze vermelding in art. 18 Voorlopige Hechteniswet kan dus enkel enige relevantie hebben in de procedure van onmiddellijke verschijning indien het bedoelde bevel tot medebrenging is uitgevaardigd in het raam van een andere zaak dan die waarvoor de snelrechtprocedure wordt ingesteld.

18. Indien de onderzoeksrechter weigert een bevel tot aanhouding met het oog op onmiddellijke verschijning te verlenen, geeft hij een strijdig bevel. Art. 17 Voorlopige Hechteniswet is van toepassing, wat impliceert dat het moet gaan om een «met redenen omklede beschikking die hij onmiddellijk mededeelt» aan de procureur des Konings. Tegen deze beschikking staat geen rechtsmiddel (art. 17 en 20bis, § 7, Voorlopige Hechteniswet) open. Het dossier belandt dan terug in handen van het openbaar ministerie, dat moet kiezen volgens welke procedure het verder zal handelen. Welke opties het parket resten, zal afhangen van de redenen die de onderzoeksrechter tot een afwijzende beschikking hebben bewogen.⁸⁰ Indien de onderzoeksrechter van mening is dat weliswaar aan de voorwaarden voor de voorlopige hechtenis is voldaan, maar dat hij om andere redenen geen aanhoudingsbevel met het oog op onmiddellijke verschijning kan uitschrijven, staat het de procureur des Konings nog steeds vrij om een «klassiek» aanhoudingsmandaat (en dus een gerechtelijk onderzoek) te vorderen.⁸¹ Indien het strijdig bevel echter gebaseerd is op de afwezigheid van de noodzaak van een voorlopige hechtenis kan het openbaar ministerie, *ceteris paribus*, niet opnieuw een aanhoudingsbevel vorderen in het raam van een gerechtelijk onderzoek. Enkel indien de in vrijheid gelaten verdachte verzuimt bij enige proceshandeling te verschijnen of indien er nieuwe en ernstige omstandigheden zijn die een aanhoudingsbevel wettigen, kan de onderzoeksrechter, indien hij daartoe wordt gevorderd, de verdachte opnieuw aanhouden (art. 28, § 1, Voorlopige Hechteniswet).

5^o Rechtsmiddelen

19. Zolang de kennisgeving van plaats, dag en uur van de zitting door het openbaar ministerie zoals voorgeschreven door art. 216quinquies, § 1, tweede lid, Sv. niet heeft plaatsgevonden, kan de onderzoeksrechter, ambtshalve of op grond van een met redenen omkleed verzoek, het bevel tot aanhouding met het oog op onmiddellijke verschijning opheffen (art. 20bis, § 6, Voorlopige Hechteniswet). Hij doet dadelijk uitspraak bij een met redenen omklede beschikking die hij onmiddellijk aan de procureur des Konings bezorgt en waartegen geen enkel rechtsmiddel kan worden aangevend (art. 20bis, § 6 en 7, Voorlopige Hechteniswet). Deze

⁷⁴ Omzendbrief college van procureurs-generaal nr. COL 6/2000, 28-29.

⁷⁵ Omzendbrief college van procureurs-generaal nr. COL 8/2000, 2.

⁷⁶ B. DE SMET, «De onmiddellijke verschijning voor de strafrechter», *l.c.*, 256-257. Zie ook de aldaar in voetnoot terug te vinden verwijzingen voor beschouwingen over de figuur van de «rechter van het onderzoek».

⁷⁷ *Ibid.*; P. COLLIGNON, *l.c.*, 350.

⁷⁸ D. VANDERMEERSCH, «Le mandat d'amener», in B. DEJEMEPPE (ed.), *La détention préventive*, Brussel, Larcier, 1992, 90.

⁷⁹ Omzendbrief college van procureurs-generaal nr. COL 6/2000, 33.

⁸⁰ B. DE SMET, «De onmiddellijke verschijning voor de strafrechter», *l.c.*, 260-261; Omzendbrief college van procureurs-generaal nr. COL 6/2000, 32.

⁸¹ Verslag, *Parl. St.* Kamer 1999-2000, nr. 306/04, 145-146.

mogelijkheid werd reeds door de Minister als «louter theoretisch» omschreven, want het zou om een zeer korte periode van enkele minuten gaan.⁸² Het openbaar ministerie zal zich immers inspannen om de kennisgeving van de zitting ten gronde onmiddellijk na het uitschrijven van het aanhoudingsbevel te doen, teneinde de toepassing van art. 20bis, § 6, Voorlopige Hechteniswet zoveel mogelijk te neutraliseren.⁸³ Vanaf de kennisgeving tot de eindbeslissing ten gronde is art. 27 Voorlopige Hechteniswet van toepassing (art. 20bis, § 4, Voorlopige Hechteniswet). Dit betekent dat de beklaagde een verzoekschrift tot voorlopige invrijheidstelling kan richten aan het vonnisgerecht, dat hierover binnen vijf dagen uitspraak moet doen op straffe van invrijheidstelling van de verzoeker.

20. Naast het uitvaardigen van een bevel tot aanhouding kan de onderzoeksrechter de verdachte ook onder voorwaarden in vrijheid stellen. Tot de kennisgeving van de zitting ten gronde is art. 36, § 1, Voorlopige Hechteniswet van toepassing op de tenuitvoerlegging van de beslissing van de onderzoeksrechter (art. 20bis, § 4, Voorlopige Hechteniswet). Dit artikel bepaalt dat de onderzoeksrechter ambtshalve of op vordering van het openbaar ministerie een of meer nieuwe voorwaarden kan opleggen of reeds opgelegde voorwaarden geheel of gedeeltelijk kan opheffen, wijzigen of verlengen. Bovendien kan de verdachte vragen dat de opgelegde voorwaarden geheel of gedeeltelijk worden opgeheven of gewijzigd of dat hij wordt vrijgesteld van sommige of alle voorwaarden. Het laatste lid van art. 36, § 1, Voorlopige Hechteniswet bepaalt dat, indien de raadkamer binnen vijf dagen geen uitspraak doet over het verzoek van de verdachte, de bevolen maatregelen vervallen. Deze bepaling lijkt allerm minst op haar plaats in de snelrechtprocedure en is wellicht door de wetgever uit het oog verloren.⁸⁴ Hierbij valt op te merken dat, terwijl tegen de beschikkingen van de onderzoeksrechter in het raam van de procedure van onmiddellijke verschijning geen enkel rechtsmiddel kan worden aangewend (art. 20bis, § 7, Voorlopige Hechteniswet), tegen de beslissing van de raadkamer hoger beroep bij de kamer van inbeschuldigingstelling mogelijk is.⁸⁵ Men kan zich moeilijk indenken dat deze figuren uit de gemeenrechtelijke procedure zouden worden toegepast in de snelrechtprocedure. Gesteld dat de verdachte in de praktijk de mogelijkheid (tijd) zou hebben om de hem opgelegde voorwaarden aan te vechten bij de raadkamer, dan zou dit onderzoeksgerecht moeten vaststellen dat het verzoek zonder voorwerp is, aangezien ondertussen de kennisgeving m.b.t. tijdstip en plaats van de zitting ten gronde allicht heeft plaatsgevonden. Vanaf deze kennisgeving is art. 36, § 1, Voorlopige Hechteniswet niet meer van toepassing en is de feitenrechter bevoegd. Meer fundamenteel rijzen twijfels over de bevoegdheid van de onderzoeksgerechten in een procedure die niet gepaard gaat

met een gerechtelijk onderzoek, en men kan aannemen dat deze bepalingen, om welke reden ze ook verzeild zijn in de snelrechtprocedure, eenvoudigweg niet kunnen worden toegepast.⁸⁶ Vanaf de kennisgeving van plaats, dag en uur van de zitting ten gronde heeft de onderzoeksrechter immers geen bevoegdheden meer en beginnen die van de vonnisrechter.⁸⁷ Deze onduidelijkheden en tegenstrijdigheden zijn in ieder geval eens te meer een reden voor het openbaar ministerie om deze fase van de procedure van onmiddellijke verschijning snel af te grendelen.

6° De positie van het slachtoffer

21. De burgerlijke partijstelling in handen van de onderzoeksrechter is onontvankelijk vanaf het tijdstip dat de procureur des Konings een bevel tot aanhouding vordert met het oog op onmiddellijke verschijning en voor zover deze vordering niet wordt verworpen (art. 20bis, § 3, tweede lid Voorlopige Hechteniswet). Het spreekt vanzelf dat niet alleen het uitvaardigen van een bevel tot aanhouding, maar ook het toestaan van vrijheid onder voorwaarden door de onderzoeksrechter in het raam van de procedure van onmiddellijke verschijning de onontvankelijkheid van de burgerlijke partijstelling met zich meebrengt.⁸⁸ De burgerlijke partijstelling moet betrekking hebben op dezelfde verdachte en op hetzelfde feit als die waarvoor de onmiddellijke verschijning wordt gevorderd.⁸⁹ Men heeft aldus willen verhinderen dat het slachtoffer, door zich burgerlijke partij te stellen bij de onderzoeksrechter, het verloop van de procedure van onmiddellijke verschijning zou «hinderen».⁹⁰ Eenmaal dat de onderzoeksrechter een aanhoudingsbevel met het oog op onmiddellijke verschijning uitvaardigt, rijst dit probleem niet meer, aangezien het openbaar ministerie onmiddellijk hierna door de kennisgeving van plaats en tijdstip van de zitting⁹¹ de zaak aanhangig maakt bij het vonnisgerecht. Als de zaak in handen van de feitenrechter is, is de klacht met burgerlijke partijstelling bij de onderzoeksrechter niet meer ontvankelijk.⁹² De burgerlijke partijstelling zal dan voor het vonnisgerecht dienen plaats te vinden. Indien de burgerlijke partijstelling echter is neergelegd voordat het openbaar ministerie een bevel tot aanhouding met het oog op onmiddellijke verschijning vordert, betekent dit dat de onderzoeksrechter reeds belast is met de gehele zaak en dat de onmiddellijke verschijning niet zal kunnen plaatshebben.⁹³ In dezelfde zin verhindert ook een

⁸⁶ B. DE SMET, «De onmiddellijke verschijning voor de strafrechter», *I.c.*, 262.

⁸⁷ Verslag, *Parl. St.* Kamer 1999-2000, nr. 306/04, 157.

⁸⁸ P. COLLIGNON, *I.c.*, 354; Omzendbrief college van procureurs-generaal nr. COL 6/2000, 5.

⁸⁹ Omzendbrief college van procureurs-generaal nr. COL 6/2000, 5.

⁹⁰ Verslag, *Parl. St.* Kamer 1999-2000, nr. 306/04, p. 147.

⁹¹ Zie nr. 24.

⁹² R. VERSTRAETEN, «De actiemogelijkheden van de benadeelde partij voor en na de beslissing tot regeling der rechtspleging», (noot onder Cass. 24 september 1991), *R.W.* 1992-93, (182) 186.

⁹³ Omzendbrief college van procureurs-generaal nr. COL 6/2000, 6. Men zal dan wel uit de stukken moeten kunnen opmaken welke procedure het eerst werd ingesteld, wat onderstelt dat het exacte tijdstip wordt vermeld in de akte van burgerlijke partijstelling.

⁸² Verslag, *Parl. St.* Kamer 1999-2000, nr. 306/04, p. 161.

⁸³ Omzendbrief college van procureurs-generaal nr. COL 6/2000, 35.

⁸⁴ Hetzelfde geldt voor het eveneens onverkort toepasselijk verklaarde art. 37 Voorlopige Hechteniswet, dat bepaalt dat de verdachte tegen de beslissingen m.b.t. de vrijheid onder voorwaarden dezelfde rechtsmiddelen kan aanwenden als tegen die inzake de voorlopige hechtenis.

⁸⁵ Omzendbrief college van procureurs-generaal nr. COL 6/2000, 37.

rechtstreekse dagvaarding door het slachtoffer voor de vonnisrechter, de onmiddellijke verschijning.⁹⁴ Het openbaar ministerie zal dus best steeds⁹⁵ het slachtoffer zo snel mogelijk op de hoogte brengen van zijn voornemen om een procedure van onmiddellijke verschijning in te stellen tegen de verdachte, indien het zijn optreden niet doorkruist wil zien door initiatieven van het slachtoffer.

Indien de onderzoeksrechter de vordering van het openbaar ministerie verwerpt en weigert een bevel tot aanhouding met het oog op onmiddellijke verschijning (of vrijheid onder voorwaarden) op te leggen, «herleeft» de burgerlijke partijstelling die geschorst was door de vordering van het openbaar ministerie.⁹⁶

22. De beperking van het recht op burgerlijke partijstelling in het raam van de onmiddellijke verschijning in strafzaken, betekent niet dat het slachtoffer in deze procedure volledig in de kou komt te staan. Zijn rechten zijn zelfs uitgebreid ten opzichte van het gewone strafonderzoek. Art. 216*quinquies*, § 2, Sv. geeft het slachtoffer en zijn raadsman immers recht op inzage van het strafdossier zodra het bevel tot aanhouding met het oog op onmiddellijke verschijning wordt gevorderd. Hiervoor is wel vereist dat het slachtoffer een schriftelijk verzoek indient en dit op hetzelfde moment waarop het een verklaring van benadeelde persoon aflegt overeenkomstig art. 5*bis* Voorafgaande Titel Sv. Het dossier kan ter beschikking worden gesteld in de vorm van eensluitend verklaarde afschriften (art. 216*quinquies*, § 2, laatste lid, Sv.). Het openbaar ministerie dient voorts plaats, dag en uur van de verschijning voor de vonnisrechter met alle passende middelen aan de gekende slachtoffers mee te delen (art. 216*quinquies*, § 2, eerste lid, Sv.). Hierbij wordt door het college van procureurs-generaal als richtlijn gegeven dat alle gekende slachtoffers het dossier mogen raadplegen in de tijdspanne tussen de kennisgeving van plaats en tijdstip van de zitting aan de verdachte en de verschijning ten gronde.⁹⁷ Men gaat er hierbij van uit dat de regeling van art. 216*quinquies*, § 2, Sv. enkel van toepassing is gedurende de zeer korte periode die loopt van het tijdstip van het vorderen van het bevel tot aanhouding met het oog op onmiddellijke verschijning tot het tijdstip van mededeling van plaats en tijdstip van verschijning aan de verdachte.⁹⁸ Het was misschien verkieslijk geweest het slachtoffer pas inzage te verlenen na de oplegging door de onderzoeksrechter van een aanhoudingsbevel met het oog op onmiddellijke verschijning of vrijheid onder voorwaarden, aangezien dan pas vaststaat dat de snelrechtprocedure verder zal worden toegepast.⁹⁹

D. De correctionele zitting

1^o Verschijning

23. In de schoot van de correctionele rechtbank worden een of meer kamers bevoegd voor onder meer de procedures van onmiddellijke verschijning en van oproeping bij proces-verbaal.¹⁰⁰ De wetgever heeft er dus voor gekozen de snelrechtzaken (zowel die met aangehouden als die met vrije verdachten) te concentreren in gespecialiseerde kamers die de rechtbanken verplicht moeten organiseren. Volgens de minister van Justitie wou de regering zo «de zekerheid krijgen dat haar hervorming effectief totstandkomt».¹⁰¹ Door de toevoeging «onder meer» kunnen de kamers zich naast de snelrechtzaken nog wel over strafzaken buigen die niet in een versnelde procedure worden voorgebracht, wat de eenheid van de rechtspraak binnen de rechtbank kan dienen en in kleinere arrondissementen een verspilling van capaciteit kan vermijden.

24. De zaak wordt bij de correctionele rechtbank ahangig¹⁰² gemaakt door de kennisgeving door het openbaar ministerie van de plaats, de dag en het uur van de zitting aan de verdachte, die in het raam van de procedure van onmiddellijke verschijning in voorlopige hechtenis of in vrijheid onder voorwaarden is gesteld, en aan zijn advocaat (art. 216*quinquies*, § 1, Sv.). Deze kennisgeving dient «onmiddellijk» na de uitvaardiging van het bevel tot aanhouding met het oog op onmiddellijke verschijning te gebeuren en wordt vermeld in een proces-verbaal waarvan aan betrokkene onmiddellijk een afschrift wordt overhandigd. Wat het «onmiddellijke» karakter van de uitreiking van de kennisgeving betreft, wordt het openbaar ministerie opgedragen deze verrichting te doen op hetzelfde tijdstip waarop het bevel tot onmiddellijke verschijning of de beslissing van de onderzoeksrechter m.b.t. de vrijheid onder voorwaarden aan de betrokkene wordt betekend. Dit onderstelt dat de procureur des Konings reeds vooraf deze kennisgeving ter beschikking heeft en dat hij dus de rolregeling van de zitting ten gronde kent en regelt.¹⁰³ Dit onverwijlde optreden is er duidelijk op gericht procedureproblemen te vermijden (cf. *supra*, nr. 19). De kennisgeving bevat een omschrijving van de feiten die aan de beklagde ten laste worden gelegd¹⁰⁴

¹⁰⁰ Art. 76 Ger. W., als aangevuld door art. 2 wet 28 maart 2000 tot wijziging van de rechterlijke organisatie ten gevolge van de invoering van een procedure van onmiddellijke verschijning, *B.S.* 1 april 2000.

¹⁰¹ Verslag, *Parl. St.* Kamer 1999-2000, nr. 306/04, p. 168.

¹⁰² De opsomming van de wijzen van aanhangigmaking van zaken bij de correctionele rechtbank in art. 182 Sv. is aangevuld met «de oproeping met het oog op onmiddellijke verschijning overeenkomstig artikel 216*quinquies*» door art. 3 van de wet van 28 maart 2000 tot invoering van een procedure van onmiddellijke verschijning in strafzaken, *B.S.* 1 april 2000.

¹⁰³ Omzendbrief college van procureurs-generaal nr. COL 6/2000, 48-49.

¹⁰⁴ In de praktijk zal men hiervoor gebruik maken van de vordering die werd opgesteld voor het verkrijgen van een bevel tot aanhouding met het oog op onmiddellijke verschijning voor de onderzoeksrechter. Deze vordering zal reeds een volledige en duidelijke omschrijving van de feiten en een volledig uitgewerkte kwalificatie bevatten. Zie: Omzendbrief college van procureurs-generaal nr. COL 6/2000, 48.

⁹⁴ B. DE SMET, «De onmiddellijke verschijning voor de strafrechter», *I.c.*, 265.

⁹⁵ En met name wanneer het gebruik wil maken van de termijn van een maand voor voorbereidend onderzoek.

⁹⁶ Omzendbrief college van procureurs-generaal nr. COL 6/2000, 7.

⁹⁷ Omzendbrief college van procureurs-generaal nr. COL 6/2000, 55.

⁹⁸ Omzendbrief college van procureurs-generaal nr. COL 6/2000, 17.

⁹⁹ P. COLLIGNON, *I.c.*, 354.

alsook de tekst van art. 91 Ger.W. en geldt als dagvaarding om te verschijnen (art. 216*quinquies*, § 1, Sv.). Indien het openbaar ministerie de correctionalisering wenst toe te passen,¹⁰⁵ dienen de verzachtende omstandigheden te worden omschreven en aangenomen in de kennisgeving.¹⁰⁶

25. Art. 91 Ger.W., dat de bevoegdheid van de alleen zitting houdende rechter betreft, werd aangepast ten behoeve van de procedure van onmiddellijke verschijning.¹⁰⁷ Waar in een «gewone» procedure zonder verwijzingsbevel (zoals de rechtstreekse dagvaarding) de beklaagde binnen acht dagen na de dagvaarding of oproeping de verwijzing naar een kamer met drie rechters kan vragen, was deze termijn uiteraard niet aangepast aan de vereisten van een snelrechtprocedure. In het raam van de procedure van onmiddellijke verschijning kan de beklaagde dan ook zijn verzoek formuleren vóór zijn eerste verhoor door de rechter ten gronde. Indien men hier niet op voorbereid is, kan deze waarborg de toepassing van de snelrechtprocedure in gevaar brengen: als de beklaagde bij het begin van het onderzoek ter terechtzitting de verwijzing naar een kamer met drie rechters vraagt, en er worden niet meteen twee magistraten gevonden die de kamer kunnen aanvullen, zal de zaak moeten uitgesteld worden, wat al snel tot een overschrijding van de termijn van zeven dagen en dus tot de verplichte invrijheidstelling van de beklaagde zal leiden.¹⁰⁸ Dit risico kan echter perfect worden opgevangen door organisatorische maatregelen op het niveau van de rechtbanken, waardoor men steeds een zitting met drie rechters kan garanderen. Gezien de belasting die deze «voorzorgen» betekenen voor het magistratenkorps, kan men zich afvragen of de toestand uiteindelijk niet hetzelfde zou zijn geweest indien de snelrechtzaken verplicht voor een kamer met drie rechters moesten komen, zoals in Frankrijk.¹⁰⁹

26. De verschijning voor de rechtbank geschiedt na ten vroegste vier en ten hoogste zeven dagen te rekenen van de uitvaardiging van het bevel tot aanhouding met het oog op onmiddellijke verschijning¹¹⁰ (art. 216*quinquies*, § 3, Sv.). Er heerst onenigheid over de interpretatie van de bepaling «na ten vroegste vier dagen».¹¹¹ Volgens de omzendbrief van het college van procureurs-generaal betekent dit dat de eerste nuttige dag, te rekenen vanaf de dag van uitvaardiging van het aanhoudingsbevel met het oog op onmiddellijke verschijning of de invrijheidstelling onder voorwaarden, de

vijfde dag is.¹¹² De minister van Justitie spreekt echter eerst over de vierde dag na de uitreiking van het bevel tot aanhouding,¹¹³ terwijl later bij de verantwoording van een amendement van de regering weer gesproken wordt over een uitspraak «tussen de vijfde en de zevende dag van de aflevering van het specifiek aanhoudingsbevel».¹¹⁴ Deze laatste interpretatie lijkt het beste aan te sluiten bij de wettekst en is in ieder geval in het voordeel van de verdediging. De termijn van ten hoogste zeven dagen komt uiteraard overeen met de maximumgeldigheidsduur van het bevel tot aanhouding met het oog op onmiddellijke verschijning (art. 20*bis*, § 5, Voorlopige Hechteniswet). In het raam van de procedure van onmiddellijke verschijning dient de beklaagde dus voor de rechter te verschijnen op de vijfde, zesde of zevende dag te rekenen van het begin van zijn voorlopige hechtenis of invrijheidsstelling onder voorwaarden. Indien dit niet gebeurt, wordt hij onmiddellijk in vrijheid gesteld (art. 20*bis*, § 5, Voorlopige Hechteniswet). Na deze vrijlating kan de vonnisrechter enkel een nieuw aanhoudingsbevel uitvaardigen indien de beklaagde verzuimt bij enige proceshandeling te verschijnen (art. 28 Voorlopige Hechteniswet). De procedure ten gronde volgt immers de gewone regelen van de voorlopige hechtenis.¹¹⁵ Indien binnen de termijn van zeven dagen helemaal geen oproeping (en dus geen verschijning ter zitting) plaatsvindt, betekent dit het einde van de procedure van onmiddellijke verschijning en moet de procureur des Konings een andere weg kiezen om de zaak aanhangig te maken.¹¹⁶

2^o Verloop

27. De rechtbank doet uitspraak op de terechtzitting of binnen vijf dagen nadat de zaak in beraad is genomen (art. 216*quinquies*, § 3, Sv.). Indien de uitspraak niet volgt binnen genoemde vijf dagen, betekent dit niet dat de strafvordering ontoelaatbaar wordt of dat het openbaar ministerie een nieuwe, klassieke procedure moet beginnen, maar wel dat verder de gewone rechtspleging van toepassing is.¹¹⁷

28. De correctionele rechtbank oefent als tweede rechterlijke instantie controle uit op de fundamentele toepassingsvoorwaarden van de procedure van onmiddellijke verschijning, met name wat de complexiteit van de zaak betreft. Allereerst kan de vonnisrechter natuurlijk steeds de verzachtende omstandigheden die het openbaar ministerie eventueel heeft aangenomen met het oog op correctionalisering, beoordelen. De rechtbank heeft immers de mogelijkheid zich onbevoegd te verklaren indien ze het on-

¹⁰⁵ Met toepassing van art. 2, tweede lid, wet van 4 oktober 1867 op de verzachtende omstandigheden.

¹⁰⁶ Omzendbrief college van procureurs-generaal nr. COL 6/2000, 49.

¹⁰⁷ Art. 4 van de wet 28 maart 2000 tot wijziging van de rechterlijke organisatie ten gevolge van de invoering van een procedure van onmiddellijke verschijning, B.S. 1 april 2000.

¹⁰⁸ B. DE SMET, «De onmiddellijke verschijning voor de strafrechter», l.c., 266-267; Omzendbrief college van procureurs-generaal nr. COL 6/2000, 51.

¹⁰⁹ Art. 398-1 *Code de procédure pénale*.

¹¹⁰ Of, uiteraard, vanaf de invrijheidstelling onder voorwaarden.

¹¹¹ Het was de Raad van State die erop aandrong dat er een minimumtermijn werd bepaald waarbinnen de advocaat de verdediging van zijn cliënt kon voorbereiden (Advies Raad van State, *Parl. St.* Kamer 1999-2000, 306/01, p. 38).

¹¹² Omzendbrief college van procureurs-generaal nr. COL 6/2000, 56.

¹¹³ Verslag, *Parl. St.* Kamer 1999-2000, nr. 306/04, p. 10. P. COLLIGNON sluit zich hierbij aan en meent dat de berechting reeds op de vierde dag mogelijk is (l.c., 353, voetnoot 51). Ook in de Commissie voor de Justitie van de Senaat sprak de Minister van een verschijning ten vroegste op de vierde dag (Verslag, *Parl. St.* Senaat 1999-2000, nr. 2-347/3, 9).

¹¹⁴ Verslag, *Parl. St.* Kamer 1999-2000, nr. 306/04, p. 161.

¹¹⁵ B. DE SMET, «De onmiddellijke verschijning voor de strafrechter», l.c., 268-269; Omzendbrief college van procureurs-generaal nr. COL 6/2000, 42.

¹¹⁶ Omzendbrief college van procureurs-generaal nr. COL 6/2000, 56.

¹¹⁷ B. DE SMET, «De onmiddellijke verschijning voor de strafrechter», l.c., 270; Omzendbrief college van procureurs-generaal nr. COL 6/2000, 66.

eens is met de correctionalisering door het openbaar ministerie.¹¹⁸

29. Indien de zaak in de ogen van de rechtbank aanvullend onderzoek vereist, kan men een onderscheid maken tussen twee hypothesen. Ofwel is slechts beperkt aanvullend onderzoek nodig, en in dat geval kan de zaak eenmaal of meermaals worden uitgesteld op voorwaarde dat ze uiterlijk vijftien dagen na de inleidende zitting in beraad wordt genomen (art. 216septies Sv.). De rechtbank beslist ambtshalve of op verzoek van de beklaagden, de burgerlijke partij of de procureur des Konings over dit uitstel. Het moet echter wel degelijk gaan om «beperkt» aanvullend onderzoek,¹¹⁹ namelijk om getuigen te horen of een maatschappelijke enquête te doen verrichten (art. 216septies Sv.). Het aanvullend onderzoek kan enkel de vorm aannemen van deze twee soorten verrichtingen.¹²⁰ Indien andere onderzoeksverrichtingen vereist zijn, moet worden geconcludeerd dat de zaak te complex is om in het raam van een procedure van onmiddellijke verschijning te worden behandeld, en dient de rechtbank ze bij een met redenen omklede beslissing terug te zenden naar de procureur des Konings (art. 216sexies Sv.). Bij het dagvaarden van getuigen in het raam van het beperkt aanvullend onderzoek, wordt de termijn verminderd overeenkomstig art. 184, vierde lid, Sv. (art. 216septies Sv.). Hieruit volgt dat de getuigen kunnen worden gedagvaard om te verschijnen binnen een termijn die niet korter mag zijn dan drie dagen en dit krachtens een door de voorzitter van de rechtbank verleend¹²¹ cedel (art. 184, vierde lid *juncto* derde lid, Sv.). Het hoeft geen betoog dat indien een gewone oproeping niet volstaat en een getuige dient te worden gedagvaard, de grens van zeven dagen voorlopig hechtenis, zelfs met deze verkorte termijnen, meestal overschreden zal worden.¹²² De mogelijkheid om getuigen op te roepen is echter een belangrijke waarborg voor de rechten van de verdediging. De Raad van State heeft niet nagelaten hierop te wijzen, met verwijzing naar rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens.¹²³

30. Wanneer de rechtbank van oordeel is dat de complexiteit van de zaak aanvullend onderzoek vereist, kan zij bij een met redenen omklede beslissing het dossier terugzenden naar de procureur des Konings (art. 216sexies Sv.).

¹¹⁸ Art. 3, van de wet van 4 oktober 1867 op de verzachtende omstandigheden.

¹¹⁹ Omzendbrief college van procureurs-generaal nr. COL 6/2000, 62.

¹²⁰ Memorie van toelichting, *Parl. St.* Kamer 1999-2000, nr. 306/01, p. 17, en Verslag, *Parl. St.* Kamer 1999-2000, nr. 306/04, p. 9.

¹²¹ Wat impliceert dat een aparte procedure wordt ingeleid. Men kan zich afvragen waarom de wetgever niet gewoon naar art. 184, derde lid, Sv. verwijst, dat een automatische verkorting van de termijn tot 3 dagen toelaat indien de verdachte zich in voorlopige hechtenis bevindt (B. DE SMET, "De onmiddellijke verschijning voor de strafrechter", *l.c.*, 273).

¹²² Omzendbrief college van procureurs-generaal nr. COL 6/2000, 63; P. COLLIGNON, *l.c.*, 353.

¹²³ Advies Raad van State, *Parl. St.* Kamer 1999-2000, 306/01, p. 37-38. Voor een uitgebreidere bespreking van de vereisten die art. 6, § 1, E.V.R.M. op dit gebied stelt ten aanzien van de snelrechtprocedure, zie: B. DE SMET, "De onmiddellijke verschijning voor de strafrechter", *l.c.*, 271-272 en met name de verwijzingen naar relevante rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens.

«Aanvullend onderzoek» moet hier uiteraard worden geïnterpreteerd als onderzoek dat verder gaat dan het beperkt aanvullend onderzoek dat mogelijk is op grond van art. 216septies Sv. (getuigenverhoor en maatschappelijke enquête). De noodzaak van onderzoek dat niet doelmatig tijdens de procedure van onmiddellijke verschijning ten gronde kan worden uitgevoerd omdat het te omvangrijk of te tijdrovend is of omdat het optreden van een onderzoeksrechter vereist is, zal allicht steeds aanleiding geven tot de terugverwijzing van de zaak.¹²⁴ De rechtbank verwijst het dossier dus terug naar het openbaar ministerie indien ze van oordeel is dat het dossier dat wordt voorgelegd door het openbaar ministerie het haar niet mogelijk maakt om tot een uitspraak te komen. Het openbaar ministerie krijgt dan als het ware een tweede kans om de verdachte veroordeeld te krijgen: het mag zijn huiswerk overdoen in een andere procedure dan de onmiddellijke verschijning. Om de procureur des Konings de gelegenheid te geven een «gewone» voorlopige hechtenis te vorderen, kan de voorlopige hechtenis van de verdachte door de vonnisrechter worden verlengd met 24 uur (art. 216sexies, tweede lid, Sv.). Dit is uiteraard enkel mogelijk indien de maximum hechtenistermijn van zeven dagen nog niet is verstreken.¹²⁵ Tegen de «terugverwijzingsbeschikking» van de rechtbank staat geen enkel rechtsmiddel open (art. 216sexies, derde lid, Sv.).

3^o De uitspraak

31. De minister van Justitie is van mening dat de gevangenisstraf het *ultimum remedium* is en dat het onaanvaardbaar zou zijn een procedure van onmiddellijke verschijning uit te bouwen zonder de mogelijkheid om alternatieve straffen te verlenen.¹²⁶ De regering wil trouwens in het algemeen de toepassing van alternatieve straffen bevorderen.¹²⁷ Men kan zich hierbij wel de vraag stellen of het opportuun is een persoon in voorlopige hechtenis te nemen voor feiten waarvoor uiteindelijk een dergelijke straf wordt opgelegd.¹²⁸ In ieder geval zijn wetgevende inspanningen gedaan om de toepassing van alternatieve straffen ook in de procedure van onmiddellijke verschijning een kans te geven. Hiertoe is de wet van 22 maart 1999¹²⁹ gepubliceerd en meteen aangepast.¹³⁰ De door deze wet opgelegde verplichting voor de onderzoeksrechter en het openbaar mi-

¹²⁴ Omzendbrief college van procureurs-generaal nr. COL 6/2000, 61.

¹²⁵ Omzendbrief college van procureurs-generaal nr. COL 6/2000, 60. De beschikking van de rechtbank zal overigens het exacte uur moeten vermelden waarop ze geveld is om de termijn van 24 uren te kunnen toetsen.

¹²⁶ Verslag, *Parl. St.* Senaat 1999-2000, nr. 2-347/3, p. 22 en 37.

¹²⁷ Het federale veiligheids- en detentieplan, *Parl. St.* Senaat 1999-2000, nr. 2-461/1 en *Parl. St.* Kamer 1999-2000, nr. 716/01, p. 92-94. Een wetsvoorstel van de meerderheid strekt er trouwens toe de dienstverlening en de opleiding als autonome straffen in te voeren in ons strafrechtsbestel (Wetsvoorstel tot wijziging van het Strafwetboek en tot invoering van de dienstverlening en de opleiding als gevangenisvervangende straffen, *Parl. St.* Kamer 1999-2000, nr. 549/02).

¹²⁸ P. COLLIGNON, *l.c.*, 354.

¹²⁹ Wet van 22 maart 1999 tot wijziging van de wet van 29 juni 1964 betreffende de opschorting, het uitstel en de probatie, *B.S.* 1 april 2000.

nisterie¹³¹ om een beknopt voorlichtingsrapport te laten opstellen indien de verdachte voorheen niet werd veroordeeld tot een gevangenisstraf van meer dan twaalf maanden, is omgezet in een mogelijkheid (art. 2, § 1, Probatiwewet). Deze versoepeling¹³² maakt het mogelijk het vooronderzoek te versnellen, wat niet wegneemt dat het tijdig opstellen van een voorlichtingsrapport kan vermijden dat de vonnisrechter de zaak moet uitstellen.¹³³ Terwijl de wet van 22 maart 1999 het opleggen van dienstverlening of opleiding eerst afhankelijk maakte van een beknopt voorlichtingsrapport of een maatschappelijke enquête, werd deze verplichting weer opgeheven.¹³⁴ Het is dus aan de rechter om te oordelen of deze verrichtingen (die moeilijk op tijd te verwezenlijken zijn in het raam van de snelrechtprocedure) *in casu* opportuun zijn. Voor het beknopt voorlichtingsrapport en de maatschappelijke enquête is normaal gezien een termijn van respectievelijk hoogstens en minstens een maand bepaald.¹³⁵ In het raam van de procedure van onmiddellijke verschijning moet de maatschappelijke enquête echter als een beknopt voorlichtingsrapport worden opgevat,¹³⁶ wat een veel beperkter onderzoek onderstelt naar de haalbaarheid van een dienstverlening, een opleiding of een andere specifieke maatregel. De opdrachtgever moet de termijn bepalen waarbinnen de opdracht moet worden uitgevoerd. Deze termijn bedraagt ten minste vijf dagen.¹³⁷

32. De rechter kan een probatiemaatregel opleggen indien uit de stukken van het dossier blijkt dat de betrokkene daadwerkelijk dienstverlening kan verrichten of een opleiding kan volgen en zich hiervoor niet onredelijk ver moet verplaatsen (art. 1bis, § 3, eerste lid, Probatiwewet). De wet van 22 maart 1999 bevat nog andere essentiële wijzigingen: art. 1, § 2, tweede lid van de Probatiwewet bepaalde dat dienstverlening of opleiding enkel mogelijk waren indien uitstel werd verleend voor de gevangenisstraf in haar geheel, terwijl doorgaans de ondergane voorlopige hechtenis wordt gedekt door een effectieve gevangenisstraf. Dit betekende dat veroordeelden die voorlopige hechtenis hadden ondergaan, weinig kans maakten op alternatieve straffen.¹³⁸ De

wet van 22 maart 1999 heeft deze bepaling opgeheven en een nieuwe ingevoerd waardoor alternatieve straffen samen met effectieve gevangenisstraf kunnen worden opgelegd indien deze laatste hoogstens gelijk is aan de reeds ondergane voorlopige hechtenis (art. 1, § 3, tweede lid, Probatiwewet). Hoewel de minister van Justitie meedeelde dat de wet van 22 maart 1999 kan worden toegepast indien de procedure van onmiddellijke verschijning wordt gevolgd, merkte hij op dat deze bepaling «lichtjes zal moeten worden aangepast» om ook van toepassing te zijn in het geval van een onmiddellijke verschijning.¹³⁹ Indien deze interpretatie wordt gevolgd, moet men vaststellen dat de veroordeelden tegen wie een aanhoudingsbevel met het oog op onmiddellijke verschijning werd uitgevaardigd, zich niet kunnen beroepen op deze wetswijziging, aangezien de bepaling in kwestie niet werd aangepast. Dit laatste kan er echter ook op wijzen dat een wijziging niet nodig was en dat de bestaande tekst kan worden toegepast op personen die onderworpen zijn geweest aan een bevel tot aanhouding met het oog op onmiddellijke verschijning. Art. 1, § 3, tweede lid, Probatiwewet spreekt immers over «de betrokkene (die) voorlopige hechtenis heeft ondergaan». Er lijkt geen enkele reden te zijn om dit te beperken tot de personen die de «klassieke» vorm van voorlopige hechtenis hebben ondergaan.

33. Indien de beklaagde die op het ogenblik van de uitspraak in voorlopige hechtenis werd gehouden, wordt veroordeeld tot een gevangenisstraf zonder uitstel die langer is dan de reeds ondergane voorhechtenis, blijft hij aangehouden (art. 33, § 1, Voorlopige Hechteniswet). De wet van 28 maart 2000 heeft dit artikel aangevuld, in die zin dat art. 33, § 1, enkel wordt toegepast indien de veroordeling wordt uitgesproken binnen zeven dagen vanaf de uitvoerdiging van het bevel tot aanhouding met het oog op onmiddellijke verschijning. Dit betekent dat, indien er geen uitspraak is binnen de termijn van zeven dagen, de aanhouding niet automatisch wordt verlengd, maar de onmiddellijke aanhouding moet worden gevorderd door het openbaar ministerie. Hiervoor is wel vereist dat de beklaagde veroordeeld is tot een effectieve gevangenisstraf van minstens een jaar en er redenen zijn om te vrezen dat hij zich aan de uitvoering van zijn straf zal pogen te onttrekken (art. 33, § 2, Voorlopige Hechteniswet).

4° Positie van het slachtoffer

34. Art. 4, tweede lid, Voorafgaande Titel Sv. is van toepassing in de procedure van onmiddellijke verschijning.¹⁴⁰ Deze bepaling dateert van de invoering van de procedure van oproeping bij proces-verbaal en beoogt de vrijwaring van de burgerlijke belangen van het slachtoffer bij de toepassing van het snelrecht. Wanneer de zaak wat die belangen betreft immers nog niet in staat van wijzen is, houdt de rechtbank de burgerlijke belangen ambtshalve aan, zelfs bij ontstentenis van burgerlijke partijstelling. Het slachtoffer kan nadien bij eenvoudig verzoekschrift een uitspraak over de burgerlijke vordering uitlokken. Ook het slachtoffer dat nog niet betrokken was in het geding, kan van deze mogelijkheid gebruik maken. Het verzoekschrift

¹³⁰ Door art. 9 en 10 van de wet van 28 maart 2000 tot invoering van een procedure van onmiddellijke verschijning in strafzaken, *B.S.* 1 april 2000.

¹³¹ In de procedure van onmiddellijke verschijning komt het overigens enkel aan het openbaar ministerie toe om een beknopt voorlichtingsrapport te laten opstellen, bij gebreke aan de saisine van een onderzoeksrechter. (Omzendbrief college van procureurs-generaal nr. COL 8/2000, 3).

¹³² Die overigens niet tot de snelrechtprocedure beperkt is, maar een algemene draagwijdte heeft. (Omzendbrief college van procureurs-generaal nr. COL 8/2000, 3).

¹³³ B. DE SMET, «De onmiddellijke verschijning voor de strafrechter», *l.c.*, 270.

¹³⁴ Art. 9 van de wet van 28 maart 2000 tot invoering van een procedure van onmiddellijke verschijning in strafzaken, *B.S.* 1 april 2000.

¹³⁵ Art. 9 en 10 van het K.B. van 7 juni 2000 tot bepaling van de algemene principes inzake het gebruik van de maatschappelijke enquête en het beknopt voorlichtingsrapport in strafzaken, *B.S.* 10 juni 2000. (in werking getreden op 10 juni 2000).

¹³⁶ Art. 11 K.B. 7 juni 2000.

¹³⁷ *Ibid.*

¹³⁸ A. RAES, «Snelrecht deel twee: De onmiddellijke verschijning. 'Spektakeljustitie'», *l.c.*, 62.

¹³⁹ Verslag, *Parl. St.* Kamer 1999-2000, nr. 306/04, p. 87.

¹⁴⁰ Art. 2 van de wet 28 maart 2000 tot invoering van een procedure van onmiddellijke verschijning in strafzaken.

geldt dan als burgerlijke partijstelling (art. 4, tweede lid, Voorafgaande Titel Sv.).

E. Rechtsmiddelen

35. Een opmerkelijke afwijking in de procedure van onmiddellijke verschijning ten aanzien van het gemene recht ligt in de onmogelijkheid om verzet aan te tekenen tegen een verstekvonnis dat wordt uitgesproken binnen de termijnen voorgeschreven voor het snelrecht¹⁴¹ (art. 216*quinquies*, § 3, derde lid Sv.). Hoewel men in het raam van deze procedure veelal te maken zal hebben met aangehouden verdachten en een eerder beperkt aantal verstekvonnissen dus in de lijn der verwachtingen ligt, is het zo dat een gedetineerde kan verkiezen in zijn cel te blijven, al dan niet in het raam van zijn verdedigingsstrategie.¹⁴² Bij afwezigheid van de beklaagde moet zijn raadsman wel de gelegenheid krijgen om ter zitting op te treden. Het proces zal dan «geacht worden op tegenspraak» verlopen te zijn.¹⁴³ De minister van Justitie stond erop om het verzet uit te sluiten in de procedure van onmiddellijke verschijning, wegens onder meer de ervaringen met de oproeping bij proces-verbaal.¹⁴⁴ Hij wijst er bovendien op dat het nemen van maatregelen om verstekprocedures tegen te gaan, in overeenstemming is met de rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens.¹⁴⁵ Men kan zich echter afvragen of dit geen aanleiding had moeten zijn om de organisatie van de rechtsmiddelen binnen de Belgische rechtsorde in haar geheel te beoordelen, in plaats van het verzet uitsluitend in een specifieke procedure uit te sluiten, wat de vraag naar de verenigbaarheid met het gelijkheidsbeginsel kan doen rijzen.¹⁴⁶

36. In tegenstelling tot de procedure van oproeping bij proces-verbaal, zijn voor de procedure van onmiddellijke verschijning specifieke termijnen bepaald voor de behandeling van de zaak in hoger beroep.¹⁴⁷ Voor het instellen van hoger beroep gelden de gewone termijnen en vormvereisten (art. 209*bis* Sv.). Dit betekent dat de partijen bij het proces

in eerste aanleg vijftien dagen hebben om hoger beroep in te stellen (art. 203 Sv.) en de procureur-generaal bij het Hof van Beroep 25 dagen (art. 205 Sv.). Pas na deze fase vindt de versnelling van de procedure plaats:¹⁴⁸ de zaak dient te worden vastgesteld binnen vijftien dagen, met toepassing van art. 203 Sv. en binnen 45 dagen met toepassing van art. 205 Sv. (art. 209*bis*, tweede lid, Sv.). De dagvaardingstermijn voor het Hof werd verkort tot twee dagen (art. 209*bis*, derde lid, Sv.).

37. Het Hof van Beroep dient uitspraak te doen binnen vijf dagen nadat de zaak in beraad is genomen (art. 209*bis*, vijfde lid, Sv.). Het kan de zaak echter eenmaal of meermaals uitstellen, op voorwaarde dat het deze uiterlijk vijftien dagen na de inleidingszitting in beraad neemt (art. 209*bis*, vierde lid, Sv.). In tegenstelling tot de procedure in eerste aanleg, is er geen beperking opgelegd wat de aard van het bijkomend onderzoek betreft (cf. *supra* nr. 29). Ook is er geen beperking van de duur van de voorlopige hechtenis zoals in eerste aanleg. De beklaagde die in eerste aanleg tot een effectieve gevangenisstraf werd veroordeeld, blijft in hechtenis op grond van art. 33, § 1 Voorlopige Hechteniswet en kan een verzoek tot voorlopige invrijheidstelling indienen (art. 27, § 1, Voorlopige Hechteniswet). Er is geen enkele sanctie bepaald indien de termijn van vijftien dagen wordt overschreden. Men kan ervan uitgaan dat men in dat geval gewoon overgaat op de gemeenrechtelijke procedure.

37. Wanneer het Hof van Beroep van oordeel is dat de complexiteit van de zaak aanvullend onderzoek vereist, kan het Hof het dossier bij een met redenen omklede beslissing terugverwijzen naar de procureur-generaal (art. 209*bis*, laatste lid, Sv.). Hoewel dit de indruk kan geven dat in eerste aanleg ten onrechte een «complexe» zaak door middel van de procedure van onmiddellijke verschijning is afgehandeld, brengt het optreden van het Hof het vonnis van de correctionele rechtbank niet in het gedrang. De beklaagde wordt dus niet in vrijheid gesteld.¹⁴⁹ De terugverwijzing door het Hof van Beroep houdt enkel in dat het Hof in tweede aanleg kiest voor de gemeenrechtelijke procedure in plaats van snelrecht.¹⁵⁰ Het dossier wordt dus toegezonden aan de procureur-generaal, die het aangevuld terugstuurt, waarna de behandeling gewoon wordt verdergezet door dezelfde kamer die het verder afhandelt zoals een gewone zaak.¹⁵¹

39. Indien het Hof van Beroep uitspraak doet binnen de termijnen van art. 209*bis* Sv., is verzet onmogelijk. Art. 208 Sv. bepaalt immers dat de regelen m.b.t. het verzet in eerste aanleg (*in casu* art. 216*quinquies*, § 3, derde lid, Sv.) ook van toepassing zijn in hoger beroep.

De voorziening in cassatie is volledig aan de gemeenrechtelijke procedure onderworpen. Men zal in deze fase dan ook nog bezwaarlijk van snelrecht kunnen spreken.¹⁵²

¹⁴¹ Indien de termijn van twintig dagen wordt overschreden, kan men ervan uitgaan dat er geen snelrechtprocedure meer is en dat het gemeen recht van toepassing is, inbegrepen het recht op verzet (B. DE SMET, *De onmiddellijke verschijning voor de strafrechter*, o.c., 66; Omzendbrief college van procureurs-generaal nr. COL 6/2000, 66).

¹⁴² Verslag, *Parl. St. Kamer* 1999-2000, nr. 306/04, p. 106.

¹⁴³ B. DE SMET, *“De onmiddellijke verschijning voor de strafrechter”*, l.c., 276. Zie meer algemeen: P. TRAEST, «De vertegenwoordiging van de afwezige beklaagde», in BELGISCH-LUXEMBURGSE UNIE VOOR STRAFRECHT (red.), *Perspectieven uit de recente rechtspraak in strafzaken*, Gent, Mys & Breesch, 2000, 1-26.

¹⁴⁴ Verslag, *Parl. St. Kamer* 1999-2000, nr. 306/04, p. 106.

¹⁴⁵ Verslag, *Parl. St. Kamer* 1999-2000, nr. 306/04, p. 88. De Minister verwijst met name naar het arrest Lala. (Hof Mensenrechten, arrest Lala t/ Nederland van 22 september 1994, *Publ. Cour*, Série A, nr. 297-A).

¹⁴⁶ B. DE SMET, *“De onmiddellijke verschijning voor de strafrechter”*, l.c., 276; P. COLLIGNON, l.c., 354; Omzendbrief college van procureurs-generaal nr. COL 6/2000, 70.

¹⁴⁷ De wet schrijft echter geen speciale kamers bij het Hof van Beroep voor met het oog op de toepassing van deze procedure.

¹⁴⁸ Waarbij men zich kan afvragen of door het behouden van de termijnen van art. 203 en 205 Sv. geen opmerkelijke wanverhouding ontstaat (Omsendbrief college van procureurs-generaal nr. COL 6/2000, 71).

¹⁴⁹ Omzendbrief college van procureurs-generaal nr. COL 8/2000, 4.

¹⁵⁰ Tussenkomsten van de minister van Justitie en van de heren Erdman en Coveliers, Verslag, *Parl. St. Kamer* 1999-2000, nr. 306/04, p. 127-129. Er heerste grote verwarring over deze kwestie in de Commissie voor de Justitie van de Kamer.

¹⁵¹ Omzendbrief college van procureurs-generaal nr. COL 6/2000, 77.

¹⁵² B. DE SMET, *“De onmiddellijke verschijning voor de strafrechter”*, l.c., 280.

III. BESLUIT

40. De Belgische snelrechtprocedures zijn duidelijk geïnspireerd op de Franse *comparution immédiate* en *convocation par procès-verbal*. Op de plaatsen waar de Belgische en Franse procedures van elkaar afwijken, kan men zich afvragen of men enkele elementen niet ten onrechte heeft geweerd. Zo is de bevoegdheid om over de voorlopige hechtenis van de verdachte te beslissen in de procedure van onmiddellijke verschijning in België toebedeeld aan de onderzoeksrechter. In Frankrijk was dit sinds 1981 de voorzitter van de rechtbank of een door hem aangeduide rechter, die echter onlangs werd vervangen door de nieuwe figuur van de *juge des libertés et de la détention*.¹⁵³ In de memorie van toelichting bij het wetsontwerp dat in 1994 leidde tot de invoering van de oproeping bij proces-verbaal, verantwoordde de regering de keuze voor de voorzitter van de rechtbank of een door hem aangeduide rechter voor het uitvaardigen van de vrijheidsberoving van de verdachte in een procedure van onmiddellijke verschijning, met het argument dat de onderzoeksrechters aldus «ontlast worden van dossiers die hen thans slechts worden toevertrouwd omdat er een vrijheidsberoving wordt gevorderd, hoewel er daarbij geen aanleiding is tot een werkelijk gerechtelijk vooronderzoek».¹⁵⁴ De onderzoeksrechter zou zich dan volledig kunnen wijden aan zijn eigenlijke opdracht, namelijk «ernstige of ingewikkelde zaken te onderzoeken, in het bijzonder op het stuk van de georganiseerde misdaad of de financiële criminaliteit».¹⁵⁵ In het voorontwerp dat in oktober 1999 werd voorgelegd aan de Raad van State, was ook gekozen voor «de voorzitter van de rechtbank of de door hem aangewezen rechter».¹⁵⁶ De Raad van State vroeg zich echter af waarom deze bevoegdheid niet aan de onderzoeksrechter werd toebedeeld, gezien zijn ervaring terzake.¹⁵⁷ Uiteindelijk werd voor de onderzoeksrechter gekozen. Had men de reeds overbevraagde onderzoeksrechters een optreden in deze procedure niet beter kunnen besparen om het, bijvoorbeeld, aan de raadkamer toe te vertrouwen? Deze instantie heeft immers ervaring met zowel de beoordeling van de voorlopige hechtenis als met de verwijzing van dossiers naar de vonnisrechter.

41. Hoewel de onmiddellijke verschijning conceptueel zeer sterk gebonden is aan de toepassing van voorlopige hechtenis, is minister van Justitie Verwilghen er alvast van overtuigd dat in het raam van deze procedure de onderzoeksrechter sneller zal overgaan tot het toestaan van de vrijheid onder voorwaarden, waarbij hij opmerkt dat «op dit ogenblik de parketten en onderzoeksrechters misbruik

maken van de voorlopige hechtenis».¹⁵⁸ Men kan zich echter afvragen of de nieuwe snelrechtprocedure tot een ruimere toepassing van de vrijheid onder voorwaarden zal leiden, waar werd opgemerkt dat het in het raam van de gemeenrechtelijke procedure reeds moeilijk blijkt om binnen 24 uur een vrijheid onder voorwaarden op te starten.¹⁵⁹ In dit verband is ook de volgende opmerking in de omzendbrief van het college van procureurs-generaal interessant: «Er moet worden uitgegaan van het feit dat: (...) de procedure gevolgd wordt omdat de onmiddellijke vrijlating van verdachte het rechtvaardigheidsgevoel van de maatschappij (de publieke opinie) en van het slachtoffer zou schokken».¹⁶⁰ Dit uitgangspunt sluit wellicht goed aan bij de intentie van de opstellers om met de toepassing van snelrecht «dubbele victimisatie» van het slachtoffer te voorkomen en de burger te tonen dat «ook de minder zware of minder georganiseerde vormen van criminaliteit (...) werkelijk niet worden geduld»,¹⁶¹ maar geeft niet meteen veel hoop op een bredere toepassing van de vrijheid onder voorwaarden.

Men moet tevens vaststellen dat de afstand tussen de «harde» (de onmiddellijke verschijning) en de «zachte» snelrechtprocedure (de oproeping bij proces-verbaal) wel erg groot is. De Franse procedure van de *convocation par procès-verbal*, de inspiratiebron van de oproeping bij proces-verbaal, is daarentegen het uitverkoren toepassingsgebied van de *contrôle judiciaire* gebleken,¹⁶² de Franse versie van de vrijheid onder voorwaarden. De mogelijkheid om vrijheid onder voorwaarden op te leggen in de Belgische procedure van oproeping bij proces-verbaal zou allicht een belangrijke hervorming impliceren, maar zou kunnen leiden tot een beter uitgebalanceerd snelrechtstelsel met kansen om de vrijheid onder voorwaarden meer dan een theoretisch alternatief voor de voorlopige hechtenis te maken. Het kan hierbij dan niet de bedoeling zijn om «vrijheid zonder meer» te vervangen door vrijheid onder voorwaarden, maar om de vrijheid onder voorwaarden een procedureel kader te bieden waarin haar toepassing realistischer is dan in dat van de onmiddellijke verschijning.

42. De procedure van onmiddellijke verschijning dwingt de partijen in een erg strak procedureel keurslijf. Zo moet de volledige «voorbereidende fase» van de onmiddellijke verschijning plaatsvinden binnen de termijn van 24 uren die de aanhouding ter voorgeleiding toestaat. De termijnen voor de behandeling van de zaak ten gronde zijn ook niet bepaald ruim bemeten: de correctionele rechtbank moet na ten hoogste twintig dagen een vonnis vellen. Hierbij mag men wel niet vergeten dat, indien er geen uitspraak volgt binnen de drie dagen vanaf de eerste verschijning ten gronde, de voorlopige hechtenis van de beklaagde een einde neemt (zie nr. 26). In Frankrijk werd de maximumduur van de voorlopige hechtenis in het raam van de *comparution immédiate*

¹⁵³ Art. 396 *Code de procédure pénale*, als aangepast door art. 49 *Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes*, *Journal Officiel* n° 138 du 16 juin 2000.

¹⁵⁴ Ontwerp van wet houdende een aantal bepalingen tot versnelling en modernisering van de strafrechtspleging, *Memorie van toelichting*, *Parl. St.* Senaat 1992-1993, nr. 819/1, p. 4.

¹⁵⁵ *Ibid.*

¹⁵⁶ Voorontwerp van Wet, *Parl. St.* Kamer 1999-2000, nr. 306/01, p. 22.

¹⁵⁷ Advies Raad van State, *Parl. St.* Kamer 1999-2000, nr. 306/01, p. 43.

¹⁵⁸ Verslag, *Parl. St.* Senaat 1999-2000, nr. 2-347/3, p. 37.

¹⁵⁹ A. RAES, «Snelrecht deel twee: De onmiddellijke verschijning. 'Spektakeljustitie'», *I.c.*, 69.

¹⁶⁰ Omzendbrief college van procureurs-generaal nr. COL 6/2000, 89.

¹⁶¹ *Memorie van toelichting*, *Parl. St.* Kamer 1999-2000, nr. 306/01, p. 6.

¹⁶² F. CASORLA, «L'évolution des poursuites correctionnelles de 1990 à 1997», *Revue pénitentiaire et de droit pénal* 1999, (87) 95.

onlangs gehalveerd tot een maand.¹⁶³ De suggestie om een dergelijke termijn in de Belgische snelrechtprocedure in te voeren, vergezeld van een strikt toezichtsregime met bijvoorbeeld ambtshalve wekelijkse rechterlijke controle, zal allicht op veel weerstand kunnen rekenen, maar zou toch overwogen moeten worden. Het zou in ieder geval een afwikkeling van de procedure aan een meer menselijk tempo mogelijk maken en ruimere mogelijkheden bieden voor de vrijwaring van de kwaliteit van de bewijsvoering en het onderzoek naar de sociale en persoonlijke omstandigheden van de beklaagde. Bij een onrealistisch korte hechtenis-termijn kan men immers niet uitsluiten dat de vonnisrechter, uit vrees dat de beklaagde dient te worden vrijgelaten niet-tengestaande een voortdurend gevaar voor de openbare veiligheid, al te voortvarend optreedt om de zaak rond te krijgen binnen de termijn van zeven dagen.¹⁶⁴

43. Hoewel het dus zeker de moeite loont om bijsturingen van de nieuwe snelrechtprocedure te overwegen op strafprocesrechtelijke gronden, is het echter ook mogelijk dat ingrijpende wijzigingen van de procedure van onmiddellijke verschijning of van de gemeenrechtelijke procedure, noodzakelijk zullen zijn ten gevolge van rechtspraak van het Arbitragehof. Bij verschillende elementen van de procedure van onmiddellijke verschijning kan immers de vraag worden gesteld of het verschil in behandeling tussen een verdachte in de snelrechtprocedure en een verdachte in de «gewone» procedure een afweging aan het gelijkheidsbeginsel kan doorstaan.¹⁶⁵ Men kan hierbij denken aan de aanwezigheid van de raadsman tijdens het verhoor door de onderzoeksrechter, de inzage van het strafdossier door de verdachte voor de beslissing van de onderzoeksrechter, de inzage van het strafdossier door het slachtoffer, de uitsluiting van de mogelijkheid van verzet, de mogelijkheid om de uitspraak over de burgerlijke belangen uit te stellen. Omgekeerd kan de verdachte in de procedure van onmiddellijke verschijning dan weer geen beroep doen op de uitgebreide waarborgen rond het gerechtelijk onderzoek (evenmin overigens als enige andere verdachte in een opsporingsonderzoek).

43. Het Arbitragehof heeft inmiddels een prejudiciële vraag ontvangen van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Namen over de verenigbaarheid van de Wet op de Voorlopige Hechtenis met het gelijkheidsbeginsel.¹⁶⁶ Het gaat meer bepaald om twee vragen die werden samengevoegd, de eerste met betrekking tot de raadpleging van het strafdossier en de bijstand van een advocaat voor en tijdens de eerste onderzaging door de onderzoeksrechter, de tweede met betrekking tot de maximumtermijn van zeven dagen voor de voorlopige hechtenis in het raam van de snelrechtprocedure. Het Arbitragehof dient nu te oordelen of dit verschil in waarborgen rond de voorlopige hechtenis voor identieke

feiten, dat enkel afhankelijk is van de keuze van het openbaar ministerie voor de «gewone» of de snelrechtprocedure, gerechtvaardigd is.

45. Uit de bespreking van de procedure van onmiddellijke verschijning is gebleken dat de wet van 28 maart 2000 niet bepaald van zorgvuldige legistiek getuigt. Het is zeker geen overdrijving als in de uitvoerige omzendbrief van het college van procureurs-generaal gesproken wordt van «de dringende behoefte om bijstand» van de magistraten die de procedure op het terrein moeten toepassen. Zonder inhoudelijke richtlijnen zou deze toepassing ongetwijfeld tot «ernstige moeilijkheden» leiden, gezien het groot aantal onnauwkeurigheden en lacunes in de wettekst.¹⁶⁷ Los van deze juridisch-technische problemen zal de toepassing van het snelrecht echter vooral staan of vallen met de capaciteit van het strafrechtelijk apparaat en de aanwending hiervan. Reeds met betrekking tot de procedure van oproeping bij proces-verbaal werd door parketmagistraten de kritiek geuit dat andere dossiers blijven liggen om snelrechtzaken eerst te behandelen.¹⁶⁸ Het strakke procedurele keurslijf waarin de onmiddellijke verschijning het openbaar ministerie dwingt, zal deze tendens allerm minst veranderen. Een effectieve toepassing van snelrecht onderstelt investeringen in mensen en middelen en een aanpassing van de organisatie en de werkwijze van zowel de magistratuur, de advocatuur, de griffies, de probatiediensten, de penitentiaire instellingen als de politiediensten. Ontbreken deze elementen, alsook een zekere mate van voluntarisme bij de toepassing, dan zou het nieuwe snelrecht wel eens sneller vergeten kunnen zijn dan het Europese voetbalkampioenschap van het jaar 2000.

Ignace VAN DAELE

Wetenschappelijk medewerker FWO-Vlaanderen (UIA)

¹⁶³ Art. 397-3 *Code de procédure pénale*, als aangepast door art. 66 *Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes*, *Journal Officiel* n° 138 du 16 juin 2000.

¹⁶⁴ B. DE SMET, «De onmiddellijke verschijning voor de strafrechter», *l.c.*, 295.

¹⁶⁵ B. DE SMET, «De onmiddellijke verschijning voor de strafrechter», *l.c.*, 293-294.

¹⁶⁶ Officiële berichten. Arbitragehof. Bericht voorgeschreven bij artikel 74 van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof, *B.S.* 29 augustus 2000, p. 29353.

¹⁶⁷ Omzendbrief college van procureurs-generaal nr. COL 6/2000, 93.

¹⁶⁸ A. RAES, «De oproeping bij proces-verbaal en de onmiddellijke verschijning: een hopeloos paar?», *l.c.*, 26. Deze kritiek is ook te horen in Frankrijk, waarin de toepassing van snelrecht een enorme vlucht heeft genomen: «des affaires les plus importantes qui ont nécessité l'ouverture d'une information judiciaire attendant qu'un audiencement surchargé par les dossiers traités en temps réel veuille bien les accueillir» (G. ACCOMANDO en C. GUERY, «Les limites du Traitement à Grande Vitesse des affaires pénales», *Gaz. Pal.* 1997, Chron., (446) 447).

RECHTSPRAAK

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER – 19 MEI 1999

Voorzitter-rapporteur: de h. Ghislain

Openbaar ministerie: de h. Spreutels

Advocaat: mr. Auquier

Arbitragehof – Prejudiciële vraag – Weigeringsgronden – Gelijkeheidsbeginsel

De rechtscolleges wier beslissing vatbaar is voor hoger beroep zijn niet gehouden tot het stellen van een prejudiciële vraag aan het Arbitragehof, als zij oordelen dat de bedoelde wet de bepalingen waaraan het Arbitragehof vermag te toetsen, kennelijk niet schendt. De appèlrechters kunnen op grond daarvan terecht weigeren een prejudiciële vraag te stellen over de verenigbaarheid van het gelijkeheidsbeginsel van de wet, die de termijn voor een hoger beroep laat lopen vanaf de dag van de uitspraak van een op tegenspraak gewezen vonnis en niet vanaf de dag van de kennisgeving of betekening ervan, op grond dat de wet de beklaagde niet strenger behandelt dan enige andere gedaagde partij, omdat de termijn voor alle partijen begint te lopen vanaf de uitspraak.

A.-F. t/ O.M.

Gelet op het bestreden vonnis, op 22 oktober 1998 in hoger beroep gewezen door de Correctionele Rechtbank te Nijvel;
...

Overwegende dat eiser de appèlrechters verzocht heeft om aan het Arbitragehof de volgende prejudiciële vraag te stellen: «Zijn art. 172, tweede lid, en 203, § 1, Sv. verenigbaar met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in zoverre de termijn waarbinnen hoger beroep kan worden ingesteld tegen de door de politierechtbank op tegenspraak gewezen beslissingen, begint te lopen vanaf de dag van de uitspraak van het vonnis, en niet vanaf de dag van de kennisgeving ervan of vanaf de dag van de betekening ervan aan de veroordeelde door de meest gerede partij?»;

Overwegende dat eiser de beslissing van de appèlrechters om die vraag niet te stellen, betwist op grond dat de feitenrechters, niet zonder art. 26, § 2, van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof te schenden, alleen op de door hen aangegeven gronden hebben kunnen beslissen dat er geen grond bestond om die prejudiciële vraag te stellen; dat hij aldus kritiek oefent op de beslissing, die was gewezen op het geschil over de ontvankelijkheid van zijn hoger beroep;

Overwegende dat krachtens art. 26 van voornoemde bijzondere wet, de rechtscolleges verplicht zijn het Arbitragehof te verzoeken om, bij wege van prejudiciële beslissing, uitspraak te doen over een vraag betreffende, met name, de schending van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet door een wet; dat de rechtscolleges wier beslissing vatbaar is voor hoger beroep daar evenwel niet toe gehouden zijn, als zij oordelen dat de in art. 26bis van de Grondwet bedoelde wet,

decreet of regel de bij voornoemd art. 26, § 1, bedoelde regel of artikel van de Grondwet kennelijk niet schendt;

Overwegende dat de appèlrechters, op grond dat «de beklaagden niet strenger worden behandeld dan enige andere gedaagde partij, aangezien de termijn van hoger beroep, in geval van een op tegenspraak gewezen vonnis, voor alle partijen begint te lopen vanaf de uitspraak», hebben beslist dat de in de vraag opgesomde artikelen van het Wetboek van Strafvordering het in de Grondwet neergelegde gelijkeheidsbeginsel kennelijk niet miskenden en hun beslissing aldus naar recht hebben verantwoord;

Dat het middel niet kan worden aangenomen;

...

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER – 9 JUNI 1999

Voorzitter: de h. Lahousse

Rapporteur: de h. Close

Openbaar ministerie: de h. Spreutels

Advocaten: mrs. Lemmens en Draps

Arbitragehof – Prejudiciële vraag – Weigeringsgronden – Gelijkeheidsbeginsel

De appèlrechter die weigert een prejudiciële vraag te stellen aan het Arbitragehof op grond dat de wet een onderscheid invoert dat berust op criteria die het objectief en redelijk verantwoord zijn en dat er een redelijke verhouding bestaat tussen de aangewende middelen en het nagestreefde doel, heeft zich door die overwegingen de bevoegdheid van het Arbitragehof toegeëigend.

P. e.a. t/ D. en N.V. S.

Gelet op het bestreden arrest, op 16 december 1998 gewezen door het Hof van Beroep te Luik;

...

Overwegende dat de eisers subsidiair het hof van beroep verzochten de volgende prejudiciële vraag te stellen aan het Arbitragehof: «Is art. 46 van de Arbeidsongevallenwet van 10 april 1971, zo het aldus wordt uitgelegd dat niet alleen de gerechtigden op forfaitaire vergoedingen, maar ook alle rechthebbenden van de getroffen van een dodelijk arbeidsongeval, dat niet opzettelijk is veroorzaakt door de werkgever, uitgesloten zijn van het recht om de aansprakelijkheidsvordering naar gemeen recht in te stellen tegen de werkgever alsook van de vergoeding van de geleden morele schade, verenigbaar met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, inzonderheid wanneer het ongeval te wijten is aan een strafbaar feit van de werkgever?»;

Overwegende dat het bestreden arrest weigert die prejudiciële vraag te stellen aan het Arbitragehof, op grond «dat de beklaagde, in zijn hoedanigheid van werkgever van de

getroffene, enkel aansprakelijk is voor de schade die volgens de Arbeidsongevallenwet voor vergoeding in aanmerking komt; dat de grondwettelijke regels van de gelijkheid en de non-discriminatie, wat dat betreft, niet uitsluiten dat een onderscheid in behandeling wordt gemaakt tussen categorieën van personen, op voorwaarde dat het berust op een objectief criterium en redelijkerwijs is verantwoord; dat de wetgever, in zoverre hij slechts een forfaitaire vergoeding toekent aan de getroffen van een arbeidsongeval of aan hun rechthebbenden, en in zoverre hij, onder de laatstgenoemden, de lijst van de gerechtigden op forfaitaire vergoedingen beperkt, reeds in 1903 niet alleen de risico's tussen werkgever en getroffene heeft verdeeld, maar ook de getroffene ontslagen heeft van de verplichting om de schuld van de werkgever of het schadeveroorzakende gebrek van de zaak alsook het oorzakelijk verband tussen die schuld of dat gebrek en de geleden schade te bewijzen; dat, derhalve, het onderscheid dat volgt uit art. 46 van de Arbeidsongevallenwet van 10 april 1971 berust op criteria die het objectief en redelijk verantwoord; dat er een redelijke verhouding van evenredigheid bestaat tussen de aangewende middelen en het nagestreefde doel»;

Overwegende dat het hof van beroep zich door die overwegingen de bevoegdheid van het Arbitragehof heeft toegeëigend;

Dat het middel dienaangaande gegrond is.

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 17 JUNI 1999

Voorzitter: de h. Marchal

Rapporteur: de h. Parmentier

Openbaar ministerie: de h. Leclercq

Advocaat: mr. Van Ommeslaghe

Internationaal privaatrecht – Overeenkomst – Toepasselijk recht – Europees Verdrag Overeenkomsten-i.p.r. – Schadebeding – Toetsing aan Belgische openbare orde

De rechter die, na te hebben vastgesteld dat een overeenkomst aan het Luxemburgse recht is onderworpen, nagaat of het in die overeenkomst opgenomen schadebeding geldig is volgens het Belgische recht, schendt art. 3, § 1, van de wet van 14 juli 1987 houdende goedkeuring van het verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst.

N.V. naar Luxemburgs recht E. t/ D. en V.

Gelet op het bestreden arrest, op 13 maart 1996 gewezen door het Hof van Beroep te Bergen;

Over het middel: schending van de artikelen 149 van de Grondwet, 19, eerste lid, 23 tot 28 Ger. W., 6, 1134, 1319, 1320, 1322 B.W., 1152 van het Luxemburgse B.W., 1, 3, § 1, 7, § 1, van de wet van 14 juli 1987 houdende goedkeuring van het verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst, van het protocol en van twee gemeenschappelijke verklaringen, opgemaakt te Rome op 19 juni 1980, 3, § 1, en 7, § 1, van het verdrag van Rome van 19 juni 1980 inzake het recht dat van toepassing is op

verbintenissen uit overeenkomst, miskenning van het begrip «Belgische internationale openbare orde» en van het algemeen rechtsbeginsel volgens welk de rechtbanken van de wet kennen, ook de buitenlandse wet (adagium «*jura novit curia*»).

doordat het hof van beroep, in zijn arrest van 22 maart 1995, erop wijst dat «diezelfde overeenkomst (het huurcontract van 22 februari 1990) uitdrukkelijk onderworpen is aan het Luxemburgse recht (art. 16)»; dat het vaststelt dat «de partijen overeengekomen zijn het Luxemburgse recht toe te passen»; dat het hof vervolgens in het bestreden arrest beslist «dat ambtshalve moet worden nagegaan of voornoemd beding, dat voorkomt in art. 13 van de overeenkomst en krachtens welk (eiseres) aanspraak maakt op de betaling van het bedrag van 1.208.640 frank, dat overeenkomt met de 24 maanden huur die nog betaald moeten worden bij de ontbinding van de overeenkomst, vermeerderd met de interest tegen de wettelijke rentevoet, te rekenen van 5 december 1991, strijdig is met art. 6 B.W.»; dat uit de forfaitaire aard van het strafbeding volgt dat de rechter, van geval tot geval, moet oordelen of het hem voorgelegde beding een schadevergoedingsbeding is; dat zulks niet het geval is wanneer de forfaitaire vergoeding hoger is dan de schade die bij het sluiten van de overeenkomst normaal kan worden voorzien ingeval van wanprestatie, zodat zij de schuldeiser een winst oplevert die buiten verhouding staat tot wat de gewone uitvoering van de overeenkomst hem zou hebben opgebracht, waardoor die schuldeiser, van meet af aan, belang zou hebben bij de niet-uitvoering van de overeenkomst, veeleer dan bij de uitvoering ervan; dat de rechter bij de beoordeling van de wettigheid van een dergelijk beding en gelet op de aard en het voorwerp van zodanig beding, rekening moet houden met het tijdstip waarop de overeenkomst is gesloten, zodat hij niet dient na te gaan of het strafbeding in feite ertoe geleid heeft dat de eiser ten gevolge van het strafbeding een (hogere) schadevergoeding heeft gekregen dan die waarop hij volgens het gemene recht aanspraak had kunnen maken; dat de pogingen van (eiseres) om te bewijzen dat het in het strafbeding bepaalde bedrag overeenstemt met de schade die zij *in casu* werkelijk geleden heeft doordat zij het gehuurde voertuig pas in maart 1993, dus twintig maanden na de ontbinding van de overeenkomst, heeft kunnen recupereren, niet relevant zijn; (...); dat er niettemin dient op gewezen te worden dat het strafbeding, aangezien het hoe dan ook geen rekening houdt met de herverkoopwaarde van het door de verhuurder teruggenomen voorwerp, aan de schuldeiser de mogelijkheid biedt om meer voordeel te halen uit de wanprestatie van zijn schuldenaar dan uit de normale uitvoering van de overeenkomst; dat het aldus opgevatte strafbeding niet voldoet aan de criteria van een rechtmatig schadevergoedingsbeding; dat het litigieuze beding *in casu* vooral niet aanvaardbaar is daar het vervat is in een overeenkomst betreffende de verhuur van een nieuwe auto, die geen enkele bijzondere aanpassing aan de specifieke behoeften van de huurder heeft ondergaan en het dus van meet af aan te voorzien was dat het goed, in geval van teruggave in de loop van de contractuele verhuurperiode van 42 maanden, door de verhuurder voor een niet onaanzienlijke prijs, in zijn voordeel, zou kunnen worden doorverkocht; dat het algemeen gesproken, een beding volgens welk bij wanprestatie van de huurder (of de lessee in geval van een leasingcontract) aan de verhuurder (of aan de

lessor) een forfaitaire schadevergoeding moet worden betaald die gelijk is aan de nog te betalen huurgelden, vermeerderd, in voorkomend geval, met de bedongen restwaarde van het gefinancierde materieel, na aftrek van de prijs van de tegeldemaking van het materieel, de enige methode lijkt te zijn om bij niet-uitvoering van de overeenkomst op een forfaitaire en redelijke wijze de te voorziene schade te ramen; (...) dat *in casu* het beding volgens welk, bij de ontbinding van de huurovereenkomst, alle nog verschuldigde huurgelden ineens moeten worden betaald, zonder aftrek van de prijs van de verkoop van het teruggenomen voertuig, geen schadevergoedingsbeding is en bijgevolg nietig is omdat het strijdig is met art. 6 B.W.».

terwijl, eerste onderdeel, het arrest in het ongewisse laat of het hof van beroep dat strafbeding nietig heeft verklaard omdat het strijdig was met: - art. 6 van het Belgische B.W., waardoor het beslist dat de overeenkomst aan het Belgische recht onderworpen was (eerste hypothese); - art. 6 van het Luxemburgse B.W., waardoor het bevestigt dat de overeenkomst wel degelijk aan het Luxemburgse recht was onderworpen, zoals het heeft vastgesteld in zijn arrest van 22 maart 1995 (tweede hypothese); - de Belgische internationale openbare orde; waardoor het bevestigt dat de overeenkomst wel degelijk aan het Luxemburgse recht was onderworpen, maar dat recht uitsluit omdat de toepassing ervan strijdig zou zijn met de Belgische internationale openbare orde (derde hypothese); die dubbelzinnigheid in de motivering het Hof niet in staat stelt de juistheid van de beroepen beslissing na te gaan en gelijkstaat met het ontbreken van redengeving (schending van art. 149 van de Grondwet);

...
vijfde onderdeel, het arrest, in de eerste hypothese verwoord in het eerste onderdeel, niet heeft kunnen nagaan of het strafbeding in art. 13 van de overeenkomst geldig is volgens het Belgische recht, zonder daardoor het beginsel te miskennen dat overeenkomsten de partijen strekken tot wet, aangezien art. 16 van de overeenkomst bepaalde dat «alle geschillen m.b.t. de uitvoering en de uitlegging van deze overeenkomst worden voorgelegd aan de rechtbanken te Luxemburg die bij uitsluiting bevoegd zijn om ze te beslechten. Deze overeenkomst onderworpen is aan het Luxemburgse recht», en zonder tevens de regel van het wettenconflict te miskennen die is neergelegd in art. 3, § 1, van de wet van 14 juli 1987 houdende goedkeuring van het verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst, van het protocol en van twee gemeenschappelijke verklaringen, opgemaakt te Rome op 19 juni 1980, en 3, § 1, van het verdrag van Rome van 19 juni 1980 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst;

Wat het vijfde onderdeel betreft:

Overwegende dat ingevolge art. 3, § 1, van de wet van 14 juli 1987 houdende goedkeuring van het verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst, van het protocol en van twee gemeenschappelijke verklaringen, opgemaakt te Rome op 19 juni 1980, de overeenkomst wordt beheerst door het recht dat de partijen hebben gekozen;

Overwegende dat uit de stukken waarop het Hof vermag acht te slaan blijkt dat het hof van beroep, in een vorig arrest van 22 maart 1995 heeft vastgesteld dat de op 22 februari 1990 tussen de partijen gesloten overeenkomst was onderworpen aan het Luxemburgse recht;

Dat het bestreden arrest beslist dat moet worden nagegaan of het in art. 13 van die overeenkomst vervatte strafbeding «strijdig is met art. 6 B.W.»;

Overwegende dat het arrest, daar het nagaat of het strafbeding geldig is volgens het Belgische recht en dat beding nietig verklaart met toepassing van dat recht, hoewel de overeenkomst aan het Luxemburgse recht is onderworpen, de vorenaangehaalde wetsbepaling schendt;

Dat het onderdeel gegrond is.

NOOT – *Een contract onder vreemd recht alleen aan de internationale openbare orde toetsen*

1. Een arrest van het Hof van Beroep te Bergen van 13 maart 1996 werd aan het toezicht van het Hof van Cassatie onderworpen. Dat arrest was gebaseerd op een eerder, op 22 maart 1995, geveld tussenarrest. Daarin was beslist dat het geschil tussen een Luxemburgse vennootschap en twee Belgische particulieren een Luxemburgse overeenkomst betrof, namelijk een overeenkomst van autoverhuur gesloten op 22 februari 1990, omdat de partijen een contractueel beding hadden gesloten (art. 16) waarin de expliciete rechtskeuze stond. Het Hof velde daarna in 1996 zijn einduitspraak waarin het strafbeding in diezelfde overeenkomst in strijd met de openbare orde – art. 6 B.W. – werd genoemd, omdat de schadebegroting forfaitair was en ze geen rekening hield met de werkelijk geleden schade.

2. Toen het Hof van Beroep te Bergen zijn onderzoek deed naar de strijdigheid met de openbare orde, vernoemde het Hof tweemaal de toepasselijkheid van art. 6 B.W. Het was daarbij niet duidelijk of daarmee sprake was van het Belgische of van het Luxemburgse B.W. (het eerste onderdeel van het middel onderstreept dit).

Nu lag voor het Hof van Cassatie daar een belangrijk juridisch-technisch bezwaar. Het Hof besliste dat een referte aan art. 6 B.W., dat begrepen werd als een zich baseren op de openbare orde (zonder meer) niet toelaatbaar was in een zaak met een buitenlandse verbinding die *in casu* zo betekenisvol was dat een vreemd contractenrecht van toepassing was. Immers, zoals gezegd, hield art. 16 van de betrokken overeenkomst van autoverhuur een rechtskeuze in ten voordele van het Luxemburgse recht.

3. Het genoemde artikel van het contract hield niet alleen een rechtskeuze voor Luxemburgs recht in, maar bovendien ook een afspraak voor de bevoegdheid van de Luxemburgse rechters. Voor mij is het niet duidelijk op welk ogenblik de partijen van deze overeenkomst zijn afgeweken; maar een nieuw akkoord – om met name voor de Belgische rechtbank te procederen – moet er gekomen zijn, want een bevoegdheidsovereenkomst geeft exclusieve bevoegdheid onder het Europese bevoegdheidsverdrag, en dus waren rechters in België internationaal onbevoegd totdat de verwerende partij instemde om zich voor de Belgische rechter te verdedigen.

4. Qua verwijzingsregel van Belgisch internationaal privaatrecht is het Hof van Cassatie correct in het vermelden van art. 3, § 1, van de wet van 14 juli 1987 (de wet tot bekrachtiging van het verdrag van Rome van 19 juni 1980

met betrekking tot het nationaal recht dat op contractuele overeenkomsten van toepassing is – zie J. Erauw, *De Bronnen van internationaal privaatrecht*, Antwerpen, Kluwer, 1997, p. 228, nr. 230). Het is immers qua Belgische wet dat er voor de dag waarop de betrokken overeenkomst tot stand kwam een gedetailleerde regeling van contractenconflictenrecht van toepassing was.

De conventie van Rome (meestal afgekort als «EVO» – Europees Verdrag Overeenkomsten-i.p.r.; zie J. Erauw, *o.c.*, p. 244, nr. 241) trad pas *qua conventie* in werking op 1 april 1991 toen de zevende lidstaat officieel had bekrachtigd. Het Hof liet daarom in deze zaak de referte aan de Europese conventie achterwege en substitueerde dat voor de verwijzingsregel in het derde artikel van de Belgische wet. Het parlement had namelijk met deze bekrachtigingswet van 1987 niet alleen het verdrag bekrachtigd, maar had vervolgens al de verdragsbepalingen opgenomen en uitgevaardigd als geldend Belgisch recht. Zodoende kon de introductie van een goed contracten-i.p.r. in ons nationaal recht bespoedigd worden en hoefden wij niet te wachten op de trein van de andere lidstaten die nog moesten bekrachtigen. Het voorbeeld voor zo een initiatief was gegeven door Duitsland en Luxemburg, die ons voor waren met de effectieve introductie van dezelfde regelen. Dat waren nog eens de dagen. Nu is België herhaaldelijk zelf de laatste leerling in de klas bij het bekrachtigen van Europese verdragen inzake internationaal privaatrecht. Dat Belgisch i.p.r., dat anticipeerde op komend Europees i.p.r., moet dus voor de contracten gesloten tussen 1 januari 1988 en 31 maart 1991 toegepast worden. Er geldt immers een systeem van onmiddellijke werking (art. 17 van de wet van 14 juli 1987 en art. 17 van het EVO). Deze cassatieuitspraak die slaat op een contract uit 1990 zet wat dat betreft de puntjes op de i.

5. De inhoud van de verwijzingsregel in art. 3 (van de wet van 14 juli 1987 en) van het EVO is dat de rechtskeuze van de partijen voor de landswet die hun onderlinge overeenkomst moet beheersen, respect verdient (die regel gold overigens ook voorafgaand aan 1 januari 1988, met steun in de cassatierechtspraak van het Antverpia-arrest van 24 februari 1938.)

Wanneer er vanwege de conflictenregel vreemd recht als toepasselijk op de rechtsverhouding moet worden erkend, dan handelt men in strijd met de verwijzingsregel als men toepassing maakt van Belgische criteria voor het concept van de openbare orde. Dat zegt het Hof van Cassatie.

Het Luxemburgse recht was van toepassing, namelijk met zijn *suppletieve* bepalingen in contractenrecht maar als *lex contractus* ook evengoed met zijn *imperatieve* bepalingen. Mocht de Belgische feitenrechter een schending hebben vastgesteld van het Luxemburgse recht of van de openbare orde-bepalingen daarvan (art. 6 Lux. B.W.), dan kon er van een correcte beoordeling nog sprake zijn. Maar dat deed het Hof van Beroep niet. Het middel (zevende onderdeel) wijdt daarover uit en stelt dat de overeenkomst niet in strijd was met Luxemburgs recht over strafbedingen.

Het Hof van Cassatie overwoog dat het strafbeding door de rechters, bij hun toetsing, tegen het licht van het Belgische recht was gehouden. Wegens het verschil tussen de Belgische interne openbare orde en de Belgische internationale openbare orde kon het Hof van Cassatie een overtreding van de verwijzingsregel van Belgisch recht vaststellen (het vijfde onderdeel van het middel trof raak).

Elementen van ons Belgisch recht en van ons rechtsgevoel of maatschappelijk beleid die openbare-orde-karakter hebben voor internrechtelijke relaties, dringen zich immers niet op wanneer een zaak met het buitenland banden heeft. Essentieel is dat de *casus* een relativerende kijk verdiende omdat er vreemde connecties zijn, wat vreemde zeden mag meebrengen of een ander verwachtingspatroon kan rechtvaardigen. Bovendien zijn zulke grensoverschrijdende zaken niet zo fundamenteel gevoelig als interne aangelegenheden, al was het maar omdat ze minder vaak voorkomen en omdat de beheersing door onze rechtsorde in termen van ons conflictenrecht niet vereist is en dan ook niet zo strak kan zijn. De eigenlijke toepasselijkheid van vreemd recht op de *casus* lijkt daarbij een voorwaarde om voor een versoepeling uit hoofde van de *exceptie* van «Belgische internationaalprivaatrechtelijke openbare orde» in aanmerking te komen. Immers, de exceptie betekent een «afhaken» van het volgens onze i.p.r.-regel toepasselijk verklaard vreemd recht. Het gaat dus om een selectief te gebruiken correctief op de verwijzingsregel, waarbij de Belgische materieelrechtelijke bepaling dan de plaats moet innemen van de anders toe te passen (gewraakte) regel van vreemd recht. Over deze noties is het belangrijkste gezegd door J. Meeusen in *Nationalisme en internationalisme in het internationaal privaatrecht*, Antwerpen, Intersentia, 1997, p. 258-293 (en zie N. Watté in *R.C.J.B.* 1989, 66-104). Een juiste motivering voor het toepassen van openbare orde in het internationale geval is alleen dan aanwezig wanneer gezegd wordt dat het ingeroepen bezwaar tegen een regel van vreemd recht de uitwerking verdient van de concepten die behoren tot de «internationale» openbare orde.

Het Hof van Cassatie heeft, wat dat betreft, in het verleden zelf de afweging gedaan van hetgeen als rechtsbeginselen onder het concept thuishoort. Ook in dit geval laat het Hof onrechtstreeks zien – door de vernietiging, waarvoor er belang aanwezig was – dat een strafbeding anders moest worden bekeken in de overeenkomst die door de huurders van de auto's zelf een «Luxemburgs» contract werd genoemd.

6. De rechtsgrond voor de toetsing en voor de bepaling van de limieten van de onderwerping aan regelen van vreemd recht, is voor de internationale contracten daarom niet gelegen in art. 6 B.W., maar wordt gegeven in art. 16 van de wet van 14 juli 1987 (voor contracten vanaf 1 april 1991: art. 16 EVO). Daar ziet men dat het aangewezen (vreemde) recht slechts terzijde kan worden geschoven voor een «kennelijke» onverenigbaarheid met de openbare orde van het land van de rechter. En hoewel daar de referte gaat naar de concepten die worden gebruikt in *het land van de rechter*, moet de rechter motiveren dat er een voldoende sterke verstoring is of dat ze dreigt te ontstaan, om die exceptie te hanteren.

U ziet dat het allemaal een kwestie van klemtoon is. Maar het Hof van Cassatie heeft geoordeeld dat de miskennen van de overeenkomst tussen partijen niet voldoende gemotiveerd was, wellicht ook rekening houdende met het feit dat de opvattingen over de strafbedingen en hun afmeting aan de schadearomvang in België zelf ondertussen wat nadere verklaring van de zijde van rechters behoeft.

7. In beginsel ware een beroep op Belgisch imperatief recht ook mogelijk geweest. Ook dan was er een duidelijke motivering nodig. De Belgische rechter had op grond van de

bepaling van art. 7, tweede lid, EVO (en de Belgische wet van 1987) dwingend recht van België kunnen toepassen en had daarbij naar materieelrechtelijke principes van het Belgische contractenrecht kunnen verwijzen. Dat ware mogelijk indien het Hof van Beroep effectief zou hebben gevoeld dat die regels hun gelding in alle geval rechtstreeks opeisen, onafhankelijk van de internationale verwevenheid van de casus. Ook art. 3, derde lid, EVO maakt eventueel zo een ingreep mogelijk, vanuit het zogenaamd «politieel» recht (tegenwoordig zegt men: «dwingende bepalingen») van de contracten. Ook dat motief was niet aanwezig in de besproken zaak.

Prof. Johan Erauw
Universiteit Gent

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 12 NOVEMBER 1999

Voorzitter: de h. Marchal

Rapporteur: de h. Parmentier

Openbaar ministerie: de h. De Riemaeker

Advocaten: mrs. De Gryse en Nelissen Grade

Handelspraktijken – 1. Verkoper – Begrip – Vennootschap die informatie over geneesmiddelen verstrekt ter verwezenlijking van haar maatschappelijk doel – 2. Reclame – Begrip – Mededeling waardoor het imago van de steller ervan wordt begünstigd of versterkt

1. De rechter die vaststelt dat een naamloze vennootschap, waarvan alle daden worden vermoed daden van koophandel te zijn, diensten verleent die erin bestaan informatie over geneesmiddelen te verstrekken, en dat de verwezenlijking van de litigieuze studie overeenstemt met het maatschappelijk doel van die vennootschap, beslist wettig dat die vennootschap een verkoper is in de zin van art. 1, 6, a) Handelspraktijkenwet.

2. Een mededeling waardoor het imago van de steller ervan wordt begünstigd of versterkt en aldus onrechtstreeks de bevordering van de verkoop van zijn producten of diensten tot doel heeft, valt onder de omschrijving van het begrip «reclame» in art. 22 Handelspraktijkenwet.

N.V. S. t/ E.L.B.

Conclusie van de advocaat-generaal X. De Riemaeker

1. Het bestreden arrest, waarin de beslissing wordt gewijzigd van de voorzitter van de rechtbank van koophandel die uitspraak doet over een vordering tot staking van handelspraktijken, heeft in substantie bevolen dat eiseres, die zich voordoet als een secretariaat voor medische informatieverstrekking, niet langer een bepaald aantal documenten – informatie plus vragenlijst – over het geneesmiddel Prozac dat door verweerster in de handel wordt gebracht, naar Belgische huisartsen mag versturen.

In haar eerste middel verwijt eiseres het hof van beroep de miskenning van het wettelijk begrip «verkoper», in de zin van art. 1, 6, a), Handelspraktijkenwet, en in het tweede en

het derde middel de miskenning van het wettelijk begrip «reclame» in de zin van art. 22 van die wet.

De middelen bieden het Hof de gelegenheid over die twee begrippen uitspraak te doen. Sinds die wet in werking is getreden, heeft uw Hof immers over het begrip «verkoper» slechts uitspraak kunnen doen in een arrest van 13 maart 1998, dat verder in 't kort zal worden besproken. Over het begrip «reclame» als bedoeld in art. 22 van die wet heeft het nog geen uitspraak gedaan.

2. In haar eerste middel betoogt eiseres dat de appèl-rechter het begrip «verkoper» in de zin van de voornoemde wet heeft miskend, aangezien, volgens eiseres, art. 6, 1, a), van die wet bepaalt dat enerzijds, de dienst door de dienstverlenende persoon «te koop aangeboden of verkocht» moet worden en, anderzijds, dat voor die dienstverlening een tegenprestatie moet worden geleverd door degene aan wie de dienst ten goede komt.

2.1. Onder vigeur van de vorige wet van 14 juli 1971 gold het verbod op bepaalde handelspraktijken enkel voor handelaars en ambachtslieden. Precies omdat rechtsleer en rechtspraak aarzelden om een vordering tot staking tegen verenigingen zonder winstoogmerk, publiekrechtelijke rechtspersonen of curatoren aan te nemen, heeft de wet van 14 juli 1991 het begrip «verkoper» ingevoerd en aldus afstand genomen van de rechtspraak van uw Hof volgens welke het woord «handelaar» overeenstemt met het begrip koopman in art. 1 W. Kh. (Cass., 1 februari 1985, *R.W.*, 1984-85, 2911, met noot P. De Vroede.) De wetgever van 1991 heeft genoemd begrip «verkoper» ontleend aan de wet van 1 juli 1983 tot wijziging van de wet van 17 juli 1975 op de boekhouding en de jaarrekeningen van de ondernemingen. In dezelfde geest wilde de wetgever niet alleen de handelaars, ambachtslieden en andere beroepsmensen (landbouwers, tuinbouwers, veehouders, enz.) beogen die producten of diensten verkopen, maar ook de openbare instellingen, de verenigingen zonder winstoogmerk en de instellingen van openbaar nut die als zodanig een commerciële, financiële of industriële activiteit uitoefenen die producten of diensten verkopen. (*Parl. St.*, Senaat, nr. 947/1, p. 6 en 7.)

De memorie van toelichting van het wetsontwerp, zoals het op 24 en 26 februari 1987 in de Senaat is besproken, leert ons dat de wetgever een erg ruime definitie wilde gebruiken en het toepassingsgebied van de wet wilde uitbreiden. De parlementaire voorbereiding en vervolgens de wet omschrijven de verkoper als «elke handelaar of ambachtsman en elke natuurlijke persoon of rechtspersoon die producten of diensten te koop aanbieden in het kader van een beroepsactiviteit of met het oog op de verwezenlijking van hun statutair doel». (*Hand.*, Senaat, zitting van 24 februari 1987, p. 1199 en 1200, en van 26 februari 1987, p. 1298.)

De rechtsleer was, volgens mij terecht, van oordeel dat het gebruik van de term «verkoper» door de wetgever tot verwarring leidt, aangezien die term wordt gebruikt in een betekenis die helemaal anders is dan die in het Burgerlijk Wetboek. (J.-L. Fagnart, «Le projet de loi sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur», *T.B.H.*, 1991, 264; zelfde auteur, «Boutiquiers et consommateurs: même combat?», in *Les pratiques du commerce, l'information et la protection du consommateur*, Brussel, Bruylant, 1994, p. 7.)

A. De Caluwé, C. Delcorde en X. Leurquin wijzen er in dat verband op dat de term verkoper «ne correspond en rien à ce qu'il est censé définir. Depuis quand vend-on un service? Nous sommes donc confrontés à un mot dont on va retirer le sens intrinsèque, pour lui donner une signification *sui generis* au sens de la présente loi.» (A. De Caluwé, A. Delcorde en X. Leurquin, *Les pratiques du commerce*, Brussel, Larcier, aanvulling 15 april 1994, nr. 5.22.)

Andere auteurs stellen zich dezelfde vraag en komen tot de slotsom dat de verkoper, in de zin van de nieuwe wet, niet alleen degene is die verkoopt, maar ook degene die verhuurt, die financiert, die verzekert, die vervoert of die om het even welke dienst levert. (J.-L. Fagnart, *o.c.*, p. 266; zie ook P. De Vroede, «De wet betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en de bescherming van de consument», *R.W.*, 1991-92, 793 en J. Stuyck, «Algemene beschouwingen bij het wetsontwerp betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en de bescherming van de consument», in *Pratiques du commerce et information et protection du consommateur*, E. Balate en J. Stuyck, (red.), Brussel, Story-Scientia, 1988, p.11-15.)

In tegenstelling tot wat eiseres beweert, gaat het niet alleen om verkoop van diensten, maar ook om levering van diensten.

2.2. De wet omschrijft diensten als «alle prestaties die een handelsdaad uitmaken of een ambachtsactiviteit bedoeld in de wet op het ambachtsregister».

In zijn arrest van 13 maart 1998 diende het Hof te preciseren dat diensten een handelsdaad moeten uitmaken in de zin van art. 2 en 3 W. Kh. of een ambachtsactiviteit bedoeld in de wet op het ambachtsregister. (Cass., 13 maart 1998, *Arr. Cass.*, 1998, nr. 142.)

In casu komt het middel niet op tegen de beslissing van het hof van beroep in zoverre het oordeelde dat het wel degelijk om diensten ging, aangezien eiseres een naamloze vennootschap is waarvan alle daden vermoed worden daden van koophandel te zijn en aldus binnen het toepassingsgebied valt van art. 2 *in fine* W. Kh.

2.3. Blijft de vraag of, zoals eiseres beweert, de wet vereist dat voor de dienstverlening een tegenprestatie wordt geleverd door degene aan wie de dienst ten goede komt; eiseres betoogt immers dat de appèlrechter *in casu* had overwogen dat de dienstverlening gratis was.

Los van het feit dat laatstgenoemd punt het gevolg zou kunnen zijn van een verkeerde lezing van het bestreden arrest en dus feitelijke grondslag missen, aangezien de appèlrechter erop wijst dat er op «korte termijn» geen vergoeding is geweest, wat als zodanig niet uitsluit dat er op lange termijn wel een – eventueel onrechtstreekse – vergoeding kan worden betaald, komt het mij voor dat eiseres een voorwaarde aan de wet toevoegt, wanneer ze hoe dan ook stelt dat een tegenprestatie vereist is.

Zoals ik net heb uiteengezet, heeft de wet niet alleen de verkoop, maar ook de levering van diensten op het oog. Evenwel moet er alleen in geval van een verkoop, in de zin van het burgerlijk recht, een prijs of een vergoeding worden betaald, wat niet noodzakelijk het geval is bij een dienstverlening.

Overigens moet erop worden gewezen dat, los van het gelijkstellen van verkoper, handelaar, ambachtsman of de natuurlijke of rechtspersoon die producten te koop aanbiedt

of verkoopt of die diensten levert, art. 1, 6, a, eerste lid, Handelspraktijkenwet als enige bijkomende voorwaarde stelt dat die verrichting moet gebeuren in het raam van een beroepsactiviteit of met het oog op de verwezenlijking van een statutair doel. (A. De Caluwé, A. Delcorde en X. Leurquin, *o.c.*, nr. 5.23.)

De redenering van verweerster kan derhalve worden gevolgd in zoverre zij staande houdt dat een handelsvennootschap, overeenkomstig die bepaling, mits zij diensten levert in het raam van een beroepsactiviteit of met het oog op de verwezenlijking van haar statutair doel, een «verkoper» is in de zin van die bepaling, ook al krijgt zij voor een bepaalde dienstverlening geen vergoeding.

Terecht wijst verweerster in dat verband op het begrip «mededinging», wanneer ze overweegt dat een dergelijke kosteloze dienstverlening de mededinging kan verstoren, wat de wetgever precies heeft willen vermijden.

I. Verougstraete schrijft meer bepaald over die kwestie dat de bepaling m.b.t. het begrip «verkoper» de weergave is van het redelijk verlangen van de wetgever de wetten af te stemmen op objectieve toestanden en minder rekening te houden met formele categorieën; dat aldus de spanning die in de rechtspraak was ontstaan doordat verenigingen zonder winstoogmerk *de facto* straffeloos de mededinging konden verstoren, definitief uit de weg is geruimd. (I. Verougstraete, «Praktijken strijdig met de eerlijke gebruiken», in *De nieuwe wet handelspraktijken*, Brussel, Story-Scientia, 1992, p. 138.)

Derhalve kan volgens mij een handelsvennootschap die informatie ten behoeve van beroepsmensen verspreidt, als een verkoper in de zin van art. 1, 6, a), Handelspraktijkenwet worden beschouwd, als de winst van die dienstverlening de verwezenlijking van haar statutair doel ten goede komt.

Dat is wat het arrest *in casu* vaststelt. Het neemt immers de dienstverlening door een handelsvennootschap, wier handelingen in wezen daden van koophandel zijn, in aanmerking en stelt vast dat die diensten voor informatie en marktonderzoek overeenstemmen met het maatschappelijk doel van de vennootschap. Aldus heeft de appèlrechter wettig kunnen beslissen dat eiseres een verkoper is in de zin van de voornoemde wetsbepaling.

Het eerste middel lijkt mij dus naar recht te falen.

3. Het tweede en derde middel, die identiek zijn en respectievelijk betrekking hebben op de vragenlijst die eiseres aan de huisartsen heeft gestuurd en op een nieuwsbrief, berusten op de veronderstelling dat reclame in de zin van art. 22 Handelspraktijkenwet onderstelt dat bewezen moet zijn dat de steller van de voornoemde stukken de bedoeling heeft de verkoop van zijn producten of diensten in de hand te werken of te bevorderen.

3.1. De redenering van verweerster kan volgens mij niet worden gevolgd in zoverre zij van oordeel is dat de middelen zonder belang zijn doordat de appèlrechter tevens een schending van art. 93 van voornoemde wet in aanmerking neemt en de beslissing naar recht verantwoord blijft wegens de door de appèlrechter vastgestelde schending van voornoemd art. 93. Die schending is immers, volgens de vaststellingen van het bestreden arrest, op dezelfde feiten gegrond als die welke onder de noemer vallen van verboden reclame, die dus van tevoren wettig in aanmerking moet worden genomen.

3.2. Daarentegen falen die middelen volgens mij naar recht, in zoverre ze gegrond zijn op de voornoemde stelling.

Art. 22 Handelspraktijkenwet bepaalt: «Voor de toepassing van deze wet wordt als reclame beschouwd elke mededeling die rechtstreeks of onrechtstreeks ten doel heeft de verkoop van producten of diensten te bevorderen, met inbegrip van onroerende goederen, rechten en verplichtingen, ongeacht de plaats of de aangewende communicatiemiddelen».

We kunnen onmiddellijk constateren dat het gebruik van een vragenlijst en van een nieuwsbrief een van de communicatiemiddelen kan zijn bedoeld in voornoemd art. 22.

Voorts moet de mededeling, net zoals onder vigeur van de oude wet, rechtstreeks of onrechtstreeks commerciële promotie nastreven.

Aldus beantwoordt de publicatie van informatie met een louter liefdadig of wetenschappelijk doel niet aan de wettelijke voorwaarde. (L. Van Bunnem, «De l'information commerciale et de la publicité: examen critique de l'état actuel du droit et des réformes envisagées», in *Pratiques du commerce et information et protection du consommateur*, E. Balate en J. Stuyck, (red.), Brussel, Story-Scientia, 1988, p. 93.) Maar de wetgever, die zonder twijfel de omschrijving van reclame heeft willen verruimen, zoals blijkt uit de parlementaire voorbereiding, heeft toch willen preciseren dat het doel van de promotie niet noodzakelijk rechtstreeks hoeft te zijn. (*Parl. St.*, Senaat, 1984-85, nr. 947/1, p. 15.) Als de commerciële promotie het onrechtstreekse doel is en zelfs al is het rechtstreekse doel verschillend, dan dient de wet te worden toegepast. (A. De Caluwé, A. Delcorde en X. Leurquin, *o.c.*, nr. 11.10.)

In *casu* heeft de appèlrechter in aanmerking genomen dat de berichten, die van een naamloze vennootschap afkomstig zijn en binnen het kader van haar maatschappelijk doel vallen, eiseres de gelegenheid hebben geboden zich te profileren en op onrechtstreekse wijze haar imago als secretariaat voor medische informatie bij de Belgische geneesheren te bevorderen. Het doel dat door de publicatie van die documenten wordt nagestreefd, is dus het imago van de naamloze vennootschap te begunstigen of te versterken, wat mij een doelstelling lijkt te zijn die onrechtstreeks de commerciële promotie van die vennootschap beoogt.

Die middelen kunnen volgens mij dus niet worden aangenomen.

Conclusie: verwerping.

Arrest

Gelet op het bestreden arrest, op 6 maart 1998 gewezen door het Hof van Beroep te Brussel;

Over het eerste middel: schending van art. 1, 6, a), van de wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en de bescherming van de consument,

...

Overwegende dat luidens art. 1, 6, a), van de wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en de bescherming van de consument, voor de toepassing van deze wet onder verkoper moet worden verstaan, elke handelaar of ambachtsman en elke natuurlijke persoon of rechtspersoon, die producten of diensten te koop aanbieden of verkopen in het raam van een beroepsactiviteit of met het oog op de verwezenlijking van hun statutair doel;

Overwegende dat het arrest vaststelt dat eiseres «een naamloze vennootschap is waarvan alle daden worden vermoed daden van koophandel te zijn», dat zij diensten verleend die erin bestaan informatie over geneesmiddelen te verstrekken «(aan) de medische, paramedische en farmaceutische wereld, (aan) de verzorgingsinstellingen en eventueel (aan) de farmaceutica-industrie» en dat «de verwezenlijking van de (litigieuze) studie overeenstemt met het maatschappelijk doel van de vennootschap»;

Dat het hof van beroep op grond van die vaststellingen, waartegen het middel niet opkomt, wettig heeft kunnen beslissen dat eiseres een verkoper is in de zin van de voornoemde wetsbepaling.

Dat het middel niet kan worden aangenomen;

Over het tweede middel: schending van de artikelen 22, 23.3°, 4° en 5°, en 93 van de wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en de bescherming van de consument,

...

Overwegende dat art. 22 van voornoemde wet van 14 juli 1991 bepaalt dat voor de toepassing van die wet als reclame wordt beschouwd, elke mededeling die rechtstreeks of onrechtstreeks ten doel heeft de verkoop van producten of diensten te bevorderen, met inbegrip van onroerende goederen, rechten en verplichtingen, ongeacht de plaats of de aangewende communicatiemiddelen;

Dat onder meer een mededeling waardoor het imago van de steller ervan wordt begunstigd of versterkt en aldus onrechtstreeks de bevordering van de verkoop van zijn producten of diensten tot doel heeft, onder die omschrijving valt;

Overwegende dat het arrest, na erop gewezen te hebben dat «de verwezenlijking van de (litigieuze) studie overeenstemt met het maatschappelijk doel van eiseres», dat zij «niet bewijst dat de bewuste studie niets te maken heeft met haar handelsactiviteiten» en dat eiseres «een handelaar is op wie de wetten van koophandel van toepassing zijn», beslist dat, hoewel «de litigieuze brief in eerste instantie een enquête met vragenlijst is die aan de huisartsen is gestuurd i.v.m. de bijwerkingen van Prozac», hij nochtans tegelijkertijd (eiseres) de kans biedt op de voorgrond te treden en onrechtstreeks haar imago als secretariaat voor medische informatie bij de Belgische geneesheren te verbeteren»;

Dat het hof van beroep op grond van die vermeldingen wettig heeft kunnen beslissen dat het door eiseres verstuurd enquêteformulier onrechtstreekse reclame is in de zin van art. 22 van voornoemde wet van 14 juli 1991;

Dat het middel niet kan worden aangenomen;

Over het derde middel: schending van de artikelen 22, 23.3°, 4°, en 93 van de wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en de bescherming van de consument,

...

Overwegende dat uit het antwoord op het tweede middel volgt dat het hof van beroep, op grond van de daarin weergegeven redenen, wettig heeft kunnen beslissen dat «de circulaire van (eiseres) waarin zij meedeelt dat de resultaten van de enquête over de bijwerkingen van Prozac beschikbaar zijn» onrechtstreekse reclame is in de zin van art. 22 van voornoemde wet van 14 juli 1991;

Dat het middel niet kan worden aangenomen;

HOF VAN CASSATIE*1e KAMER – 23 MAART 2000*

Voorzitter-rapporteur: de h. Verougstraete

Openbaar ministerie: de h. Thijs

Advocaten: mrs. Geinger en Clacys Bouuaert

Arbitragehof – Prejudiciële vraag – Cassatieberoep – Bijzonderemachtenbesluit – Bekrachtigingswet

Het cassatieberoep ingesteld tegen een arrest dat, alvorens uitspraak te doen over het geschil zelf, de zaak verwijst naar het Arbitragehof, maar niet gericht is tegen die verwijzing, is voorbarig en mitsdien niet ontvankelijk. Indien het Hof thans uitspraak zou doen over de middelen zelf, zou het elk nuttig effect kunnen ontnemen aan de beslissing van het Arbitragehof.

N.V. A. t/ Belgische Staat, minister van Financiën

Gelet op het bestreden arrest, op 7 november 1996 gewezen door het Hof van Beroep te Gent;

...

Overwegende dat het cassatieberoep niet gericht is tegen de beslissing van de appelrechters de voorziening ontvankelijk te verklaren en een prejudiciële vraag te stellen aan het Arbitragehof;

Overwegende dat het arrest de rechtsgeldigheid van het betwiste koninklijk besluit nr. 149 onderzoekt en vaststelt dat dit besluit bekrachtigd werd bij wet van 1 juli 1983, zodat de vraag van de regelmatigheid van het koninklijk besluit niet meer ter sprake komt; dat het arrest, alvorens uitspraak te doen over het geschil zelf, de zaak verwijst naar het Arbitragehof teneinde te horen zeggen of art. 11 van de bekrachtigingswet al dan niet indruist tegen het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel; dat de appelrechters aannemen dat het antwoord op de gestelde vraag beslissend is voor hun eindbeslissing over de grond van de zaak;

Overwegende dat het Arbitragehof uitspraak heeft gedaan over de gestelde vraag bij arrest van 18 november 1997; dat het cassatieberoep reeds was ingesteld toen het Arbitragehof het prejudicieel arrest wees; dat het hof van beroep geen verdere uitspraak heeft gedaan;

Dat, indien het Hof thans uitspraak zou doen over de middelen zelf, het elk nuttig effect zou kunnen ontnemen aan de beslissing van het Arbitragehof;

Dat het cassatieberoep voorbarig is en mitsdien niet ontvankelijk.

NOOT – De eiseres betwistte de wettigheid van het K.B. nr. 149, onder meer omdat de Koning volgens haar zijn door de bijzonderemachtenwet verleende bevoegdheden had overschreden. Ze stelde dat dit besluit evenals de bekrachtigingswet strijdig waren met de artikelen 10 en 11 G.W. Ze vroeg het hof van beroep terzake twee prejudiciële vragen te stellen.

Het hof van beroep oordeelde dat er geen sprake was van bevoegdheidsafwending en dat door de bekrachtiging het K.B. kracht van wet verwierf en niet meer door de rechtsmacht kon worden beoordeeld. Het stelde een prejudiciële vraag over de verenigbaarheid van de inhoud van het art. 2, § 4, K.B. nr. 149, bekrachtigd door art. 11 van de wet van 1 juli 1983, met de artikelen 10 en 11 G.W. Het Arbitragehof

bevestigde die ongrondwettigheid in het arrest nr. 70/79 van 18 november 1997 (B.S., 4 februari 1998). De eiseres wendde zich tot het Hof van Cassatie, ten eerste, tegen de beslissing van het bestreden arrest dat het K.B. niet zijn rechtsgrond had overschreden – wat relevant is indien de bekrachtigingswet wordt opzijgeschoven – en ten tweede, omdat de prejudiciële vraag beperkt bleef tot art. 2, § 4, van het genummerde K.B. Wat dit laatste betreft, kan art. 29, § 2, van de Bijzondere Wet op het Arbitragehof in herinnering worden gebracht: «De beslissing waarbij een rechtscollege weigert een prejudiciële vraag te stellen, moet de redenen van de weigering aangeven. Tegen de beslissing van een rechtscollege kan, in zover dit een dergelijke vraag weigert te stellen, geen afzonderlijk rechtsmiddel worden aangewend».

Patricia Popelier

ARBEIDSHOF TE ANTWERPEN*2e KAMER – 13 JANUARI 2000*

Voorzitter: de h. Duys

Raadsheren in sociale zaken: de hh. De Neef en Lingier

Advocaten: mrs. Vanlangendonck loco De Backer en Servanx

Arbeidsovereenkomst – Ontslag – Conventionele beperking – Forfaitaire vergoeding – Verbintenis voor het leven

Een gedelegeerd bestuurder kan de vennootschap ertoe verbinden om na zijn overlijden de arbeidsovereenkomst van een werknemer niet eenzijdig te beëindigen, op straffe van betaling van een forfaitaire vergoeding. Een dergelijk beding wijst niet op een levenslange arbeidsovereenkomst.

N.V. P. t/ V.

...

Feiten

Geïntimeerde was in dienst als commercieel bediende sedert 1 juli 1973, en dit met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.

Bij brief van 4 augustus 1976 verklaarde de gedelegeerd bestuurder van appellante, de h. V. dat «... ingeval van overlijden van ondergetekende, dat de firma P. zich verbindt mevr. V. niet af te danken, of haar anders een vergoeding uit te betalen, gelijk aan 3 jaar (drie jaar) loon.»

V. kwam om in een auto-ongeval en werd opgevolgd door zijn dochter als gedelegeerd bestuurder. Deze ontsloeg geïntimeerde met aangetekende brief van 4 april 1986, met onmiddellijke uitbetaling van een opzeggingsvergoeding overeenstemmend met elf maanden loon en voordelen.

Daarop dagvaardde geïntimeerde tot betaling van de vergoeding overeenstemmend met drie jaar loon, met aftrek van de reeds betaalde opzeggingsvergoeding.

Ten gronde

...

4. Ongeldigheid van een arbeidsovereenkomst voor het leven gesloten

Overwegende dat uit de bewoordingen van het kwestieuze addendum niet kan worden afgeleid dat de werknemer zich levenslang had verbonden aan een arbeidsovereenkomst;

dat de verbintenis evenmin de onmogelijkheid inhield voor de werkgever om de werknemer met of zonder dringende reden te ontslaan bij leven van de gedelegeerd bestuurder;

dat werd voldaan aan de voorwaarden bepaald in art. 7 van de Arbeidsovereenkomstenwet en het beding in die zin geldig was.

5. Bijkomende forfaitaire vergoeding

Overwegende dat de werkgever zich wel verbonden had tot het betalen van «een vergoeding» overeenstemmend met drie jaar loon voor het geval, bij overlijden van de gedelegeerd bestuurder, de firma besliste – eenzijdig – een einde te maken aan de bestaande arbeidsovereenkomst;

dat de hoegrootheid van deze «vergoeding» vrij werd bepaald door de werkgever en enkel voor deze laatste een eenzijdige verbintenis uitmaakte ten voordele van de werknemer, zonder dat deze laatste in enige mate haar verbintenissen voortspuitende uit de arbeidsovereenkomst verzwaard of gewijzigd zag;

dat geen enkele wettelijke bepaling een dergelijke eenzijdige verbintenis, aangegaan tijdens de uitvoering van een arbeidsovereenkomst, uitsluit wanneer, zoals te dezen, die vergoeding blijkbaar een extravergoeding is die zich eventueel bij de wettelijk en uiteraard later naargelang o.a. de anciënniteit van de werknemer in het bedrijf, vast te stellen opzeggingsvergoeding zou kunnen voegen.

Overwegende dat appellante ten onrechte verwijst naar de juridische constructies van het strafbeding als voordien bedoeld in het oude art. 1226 B.W.; dat de werkgever geenszins iets bedong ten laste van de werknemer en in zijn voordeel; dat het evenmin gaat om een vergoeding die een bepaalde schade dient te herstellen en het beding of de verbintenis derhalve niet beantwoordt aan het schadebeding van het oude art. 1226 B.W.; dat er evenmin enige aanleiding voorhanden is om in dat verband tot inkorting van de aangegane verbintenis over te gaan;

Overwegende dat geïntimeerde derhalve zowel een opzeggingsvergoeding als de buitengewone forfaitaire vergoeding kon opeisen op het ogenblik dat zij werd ontslagen;

dat het de oorspronkelijk aanleggende partij vrij stond haar vordering zelf te beperken, in die zin dat zij bij dagvaarding de totale vergoeding, met inbegrip blijkbaar van de opzeggingsvergoeding, beperkte tot een bedrag overeenstemmend met drie jaar loon, waarvan zij reeds 11/36 uitbetaald zag;

HOF VAN BEROEP TE GENT

14e KAMER – 22 FEBRUARI 2000

Voorzitter: mevr. De Cooman

Advocaten: mrs. Van Bunnan en Lefebvre

Beslag en executie – Beslag inzake namaak – Vorderingsgerechtigden – Enuntiatieve opsomming in art. 1481, eerste lid, Ger. W. – Merkhouders

De in art. 1481 Ger. W. bepaalde procedure van het beslag inzake namaak is niet uitsluitend voorbehouden aan de in het eerste lid van die bepaling opgesomde houders van intellectuele eigendomsrechten. Mede gelet op het bepaalde in art. 13bis, tweede lid, Benelux Merkenwet, staat deze procedure eveneens open voor merkhouders.

B.V.B.A. P. t/ T. en P.

...

2. In deze instantie voert de appellante, die de rechten op de merknaam en het teken van de geïntimeerden niet betwist, nog slechts aan dat de merkhouders zich niet kan beroepen op art. 1481 Ger. W., dat limitatief de rechthouders zou opsommen die een beschrijvend beslag kunnen vorderen.

3. Art. 13bis werd aan de eenvormige Benelux Merkenwet (hierna: BMW) toegevoegd door art. I, M van het protocol van 2 december 1992 (van kracht vanaf 1 januari 1996).

De betwisting tussen de partijen heeft betrekking op de draagwijdte van art. 13bis BMW en inzonderheid van het tweede lid, luidende: «De bepalingen van het nationale recht omtrent middelen van bewaring van zijn recht (van de merkhouders) en omtrent rechterlijke tenuitvoerlegging van vonnissen en authentieke akten zijn van toepassing.»

In het bijzonder rijst de vraag of de merkhouders, ter bescherming van zijn rechten, art. 1481 Ger. W. kan invoeren, zoals de geïntimeerden beweren, daarin gevolgd door de eerste rechter.

3.1. Hoewel in de wet geen gewag is gemaakt van bescherming van de houders van tekeningen en modellen, wordt de toepasselijkheid van art. 1481 Ger. W. (meestal) aangenomen door de rechtspraak (zie ook Van Reepinghen, Ch., *Vervorming*, Brussel, Belgisch Staatsblad, 1964, 506).

Wanneer het beschrijvend beslag daarentegen werd uitgesloten voor inbreuken op de rechtsbescherming van chips, dan is dit – blijkens de memorie van toelichting bij de wet van 10 januari 1990 (p. 15) – niet gebeurd, omdat de wetgever daarin principiële bezwaren zag; gelet op de specifieke aard van het te beschermen recht, werd terecht gevreesd voor misbruiken en werd een herschrijving van art. 1481 Ger. W. met het oog daarop in het vooruitzicht gesteld.

Het argument dat art. 1481 Ger. W. noodzakelijk strikt dient te worden geïnterpreteerd en derhalve limitatief is voorbehouden aan de in de bepaling expliciet opgesomde houders van intellectuele rechten, is derhalve – gelet op het voorgaande – geenszins bewezen.

3.2. Er is meer: art. 13bis Benelux Merkenwet (ingevoegd bij het protocol van 2 december 1992) heeft klaarblijkelijk geen aanleiding gegeven tot een restrictieve houding van België; terzake dient *a contrario* te worden opgemerkt dat het protocol van 1992 er precies gekomen is om het arsenaal juridische middelen uit te breiden, ter bescherming van het merkenrecht en ter voorkoming van de namaak van merkproducten (de «piraterij»), afgezien en onverminderd de communautaire maatregelen (de douanecontrole, overeenkomstig de Europese verordening 1367/95 betreffende het

verbod namaakgoederen in het verkeer te brengen) en de reeds bestaande strafmaatregelen.

Ter benaerstiging van die extra-bescherming werd verwezen naar de nationale wetgeving van de verdragsluitende staten.

Het valt niet te betwijfelen dat in het Belgisch recht, waarnaar art. 13bis BMW verwijst, art. 1481 Ger. W. de cruciale bepaling terzake is en het middel bij uitstek om enerzijds inbreuken op intellectuele rechten (en inzonderheid de namaak en zijn omvang) vast te stellen door deskundigenbeschrijvingen van de nagemaakte goederen en berekeningen van omzet en andere, en anderzijds het bewarend beslag op die voorwerpen.

4. Gelet op het bovenstaande moet worden aangenomen dat, bij de totstandkoming van het protocol van 2 december 1992 – inzonderheid art. I, M – de Belgische overheden met middelen van bewaring van (merken)rechten, art. 1481 Ger. W. op het oog hadden en niet het bewarend beslag op zichzelf, nu dit moet voldoen aan bepaalde vereisten (een schuldvordering van die aard als bepaald in art. 1415 Ger. W., de urgentie in de zin van art. 1413 Ger. W.); het bewarend beslag op zichzelf is daarom niet verzoenbaar met het doel van art. 13bis BMW, dat de bescherming van merkenrechten beoogt, zonder dat daaraan een vorderingsrecht moet zijn gekoppeld.

Stellen dat met «middelen van bewaring van recht» voor België niets anders bedoeld kan zijn dan de gemeenrechtelijke kortgedingprocedure, bepaald in art. 584 Ger. W., overtuigt niet; immers, in die stelling werd door art. 13bis BMW niets toegevoegd, de bevoegdheid van de kortgedingrechter algemeen zijnde en geen innovatie.

Het komt het Hof, gelet op het bovenstaande, overbodig voor een vraag tot uitlegging te stellen aan het Benelux Gerechtshof; de bedoeling van de verdragsluitende partijen met art. I, M van het wijzigend en aanvullend Protocol is immers duidelijk, terwijl de wijze waarop de bescherming in art. 13bis BMW wordt gerealiseerd, een kwestie is van louter nationaal recht.

...

CORRECTIONELE RECHTBANK TE LEUVEN

20e KAMER – 22 JUNI 1999

Voorzitter: mevr. Van Ginderachter

Rechters: mevr. Frooninckx en de h. Stabel

Openbaar ministerie: de h. Poelmans

Advocaat: mr. Geens loco Durnez

Probatie, opschorting en uitstel – Uitstel – Geldboete – Verkeersmisdrijven

Het verlenen van het uitstel van de tenuitvoerlegging van de geldboete inzake verkeersmisdrijven sorteert geen effect, aangezien er geen specifieke vorm van herroeping inzake verkeersmisdrijven bestaat, zodat alleen maar toepassing kan worden gemaakt van de herroeping van rechtswege van het uitstel op grond van art. 14, § 1, van de wet van 29 juni betreffende de opschorting, het uitstel en de probatie.

C. t/ O.M.

Gezien door de rechtbank het hoger beroep, aangetekend door het openbaar ministerie bij akte van 1 maart 1999, tegen een op tegenspraak door de politierechtbank te Leuven op 15 februari 1999 gewezen vonnis, waarbij de beklaagde (...) veroordeeld werd tot één geldboete van vijfenzeventig frank, met 1.990 opdecimen gebracht op vijftienduizend frank, of een vervangende gevangenisstraf van acht dagen, met uitstel gedurende een termijn van drie jaar;

...

Overwegende dat de eerste rechter een passende geldboete uitsprak, aangepast aan de aard van de overtreding en rekening houdende met de persoonlijkheid van beklaagde;

Overwegende dat de politierechter evenwel ten onrechte uitstel voor de geldboete toestond, daar uitstel in verkeerszaken geen effect sorteert, aangezien er geen specifieke vorm van herroeping in verkeerszaken bestaat, zodat alleen maar toepassing kan worden gemaakt van art. 14, § 1, van de wet van 29 juni 1964, wat *in casu* ondoelmatig is;

...

NOOT – *Het uitstel van de tenuitvoerlegging van de geldboete in verkeersstrafzaken: toepassing, motivering en besluitvorming*

1. De beklaagde werd vervolgd uit hoofde van een zestal verkeersovertredingen, waaronder drie zware. De politierechtbank te Leuven veroordeelde hem hiervoor – na eenheid van opzet te hebben vastgesteld – tot één geldboete van 15.000 frank met uitstel gedurende drie jaar. Op hoger beroep van het parket werd de betrokkene door de correctionele rechtbank veroordeeld tot eenzelfde geldboete, maar ditmaal zonder uitstel. De appèlrechter was namelijk van oordeel dat «uitstel in verkeerszaken geen effect sorteert, aangezien er geen specifieke vorm van herroeping in verkeerszaken bestaat, zodat alleen maar toepassing kan worden gemaakt van art. 14, § 1, van de wet van 29 juni 1964, wat *in casu* ondoelmatig is».

2. De correctionele rechtbank te Leuven komt met haar vonnis, waarbij het in eerste aanleg toegekende uitstel herroepen werd, tegemoet aan haar motiveringsplicht inzake de straftoemeting, opgelegd door art. 195 Sv. (zie ook art. 149 G.W.). Dit artikel is ook inzake beslissingen tot toestaan of weigeren van uitstel van toepassing. Art. 8 van de wet van 29 juni 1964 betreffende de opschorting, het uitstel en de probatie is hierover duidelijk (zie ook: Cass. 6 december 1995, *Arr. Cass.* 1995, nr. 530). Wanneer we de motivering van het geannoteerde vonnis afwegen tegen art. 195 Sv., kunnen we zelfs stellen dat de rechters in hun argumentatie verder gingen dan wettelijk noodzakelijk. Art. 195, eerste lid, Sv. bepaalt namelijk dat ieder veroordelend vonnis, gewezen door een correctionele rechtbank, de feiten moet vermelden, waaraan de gedaagde schuldig of waarvoor hij verantwoordelijk geoordeeld wordt, de straf, de burgerlijke veroordelingen en de toegepaste wetsbepaling. Het tweede lid van het artikel, dat een nauwkeurige, eventueel beknopte vermelding oplegt van de redenen waarom de correctionele rechter, als de wet hem daartoe vrije beoordeling overlaat, een dergelijke straf of maatregel uitspreekt, en dat ook een rechtvaardiging in het vonnis vereist van de strafmaat, is

luidens het derde lid niet van toepassing, wanneer deze rechtbank uitspraak doet als appèlrechter, behoudens wanneer een verval van het recht tot besturen van een voertuig, een luchtschip en het geleiden van een rijder wordt uitgesproken. Aangezien de Leuvense correctionele rechtbank als appèlrechter oordeelde en aangezien zij niet de vermelde bijkomende straffen oplegde, had zij geen motiveringsplicht, zoals bedoeld in art. 195, tweede lid, Sv. (zie Cass. 23 mei 1989, *Arr. Cass.* 1988-89, nr. 541 en *Rev. dr. pén.* 1998, 243) en had zij kunnen volstaan met het vermelden van de feiten, de straf en de toegepaste wetbepaling.

3. Anders ware het, wanneer de beklaagde een vraag tot uitstel formuleerde en motiveerde in conclusies: er bestaat namelijk een principiële verplichting tot het beantwoorden van conclusies, ook al is het te geven antwoord volslagen evident (R. Verstraeten, *Handboek strafvordering*, Antwerpen, Maklu, 1999, 763. Voor toepassingen inzake een vraag tot uitstel, geformuleerd in besluiten, zie: Cass. 10 februari 1988; Cass. 3 januari 1995: beide arresten worden aangehaald in *F.B.W.* IV.5.-1-39). In een dergelijke hypothese – quod non in casu – zou echter de motivering voor de effectieve straf reeds kunnen volstaan als motivering voor de afwijzing van het uitstel (Cass. 17 mei 1995, *R.W.* 1996-97, 1057, noot S. Van Overbeke; R. Verstraeten, *o.c.*, 762). Het eenvoudig opleggen van een effectieve straf, zonder nadere motivering, daarentegen, zou alleszins onvoldoende zijn als antwoord op de in conclusies geformuleerde vraag uitstel te verlenen (S. Van Overbeke, «De motivering omtrent de opschorting van de uitspraak van de veroordeling en omtrent het uitstel van de tenuitvoerlegging van de straf» (noot onder Cass. 17 mei 1995), *R.W.* 1996-97, (1057), 1059).

4. Naast het feit dat de appèlrechters ruimschoots hun motiveringsplicht voldeden, dient te worden aangestipt dat bij de uitspraak ook de vereiste van unanimiteit, gesteld in art. 211bis Sv. en geldend voor de correctionele rechtbank zetelend als appèlrechter (Cass. 16 december 1987, *Arr. Cass.* 1987-88, nr. 237; Cass. 14 september 1994, *Arr. Cass.* 1994, nr. 378), nagekomen werd. Omdat de opheffing door de appèlrechters van een in eerste aanleg verleend uitstel wordt beschouwd als een verzwarende van de straf, zoals bedoeld in vermeld artikel (Cass. 14 november 1989, *Arr. Cass.* 1989-90, nr. 162), dient tot een dergelijke opheffing inderdaad met unanimiteit van de appèlrechters te worden besloten (zie hierover: A. Lorent, «La règle de l'unanimité du juge d'appel», *Rev. dr. pén.* 1981, 401; R. Verstraeten, *o.c.*, 814-816).

5. Het moge overigens duidelijk zijn dat het verlenen van uitstel in verkeerszaken – ook voor de zware overtredingen – perfect mogelijk is (zie onder meer: P. Arnou en M. De Busscher, *Misdrijven en sancties in de Wegverkeerswet in Recht en Praktijk*, Antwerpen, Kluwer, 1999, 21 en 45), indien aan de toepassingsvoorwaarden hiertoe, vervat in art. 8, § 1, van de wet van 29 juni 1964 betreffende de opschorting, het uitstel en de probatie, voldaan is: de politiestrafen, vervat in de Wegverkeerswet, vallen namelijk niet onder de straffen die volgens art. 20, § 2, van de wet van 1964 niet vatbaar zijn voor uitstel. Naargelang het individu dat voor een verkeersrechtbank verschijnt, beschikt de rechtbank derhalve – rekening houdende het strafrechtelijk verleden, de invloed van de dagvaarding op het individu en dergelijke – over de vrijheid al dan niet uitstel te verlenen,

naargelang de voorwaarden hiertoe vervuld zijn en wanneer de bedreiging met de tenuitvoerlegging van de uitgesproken straf – vanuit speciaal-preventief oogpunt – voldoende is om recidive te voorkomen (zie: L. Dupont, *Beginselen van strafrecht*, II, Leuven, Acco, 1998, 307). Althans de Leuvense correctionele rechtbank, uitspraak doende als appèlrechter in verkeerszaken, lijkt in het geannoteerde vonnis echter de deur toe te trekken voor de toepassing van uitstel in verkeersstrafzaken, vanuit haar – blijkens de gehanteerde formulering in het vonnis *a priori* – overtuiging dat uitstel in verkeerszaken geen effect sorteert en derhalve geen zin heeft, aangezien – dixit de rechtbank – geen specifieke vorm van herroeping in verkeerszaken bestaat. Het komt ons hierbij voor dat in deze stellingname de correctionele rechtbank te Leuven voorbijgaat aan het feit dat ook probatieuitsstel opgelegd had kunnen worden, wat maakt dat het uitstel op grond van art. 14, § 2, van de wet van 29 juni 1964 herroepen kan worden, indien de veroordeelde de opgelegde voorwaarden niet naleeft. Via het opleggen van een inzake verkeersmateries gepaste probatievoorwaarde kan de rechtbank wel degelijk een controle gedurende de proeftijd creëren en een extra-mogelijkheid tot herroeping van het uitstel totstandbrengen.

Franky Goossens

Assistent K.U. Leuven, Instituut voor Strafrecht

RECHTBANK VAN KOOPHANDEL TE HASSELT

2e KAMER – 9 MAART 2000

Voorzitter: de h. Beerten

Rechters in handelszaken: de hh. Smeets en Beulen

Advocaten: mrs. Dehaese en Vertessen loco Gregoir

Faillissement – Eigendomsvoorbehoud – Terugvordering – Dagvaarding tot afgifte van het goed of de goederen waarop het eigendomsvoorbehoud slaat

Een schuldeiser die zich beroept op een eigendomsvoorbehoud, dient binnen de door art. 101 Faill. W. voorgeschreven termijn de curator te dagvaarden in afgifte van het goed of de goederen waarop het eigendomsvoorbehoud slaat.

Faillissement C. t/ N.V. De M.

1. Verweerster verkocht aan C. een partij uurwerken en stelde hiervoor een reeks facturen op voor een bedrag van 558.060 fr.

Bij vonnis van 23 september 1999 werd C. failliet verklaard. In dat vonnis werd de datum waarop het proces-verbaal van verificatie van de schuldvorderingen zou worden gesloten, bepaald op 28 oktober 1999.

Op het ogenblik van het faillissement was C. aan verweerster nog een bedrag van 325.418 fr. verschuldigd, zodat deze laatste in het bevoorrechte passief een schuldvordering ten bedrage van 325.418 fr. indiende.

In de aangifte van schuldvordering van 4 oktober 1999 maakte verweerster eveneens melding van het bestaan van een clause van eigendomsvoorbehoud. Bij brief van 6 ok-

tober 1999 vroeg verweerster aan de curatoren op welke wijze zij de uurwerken opnieuw in haar bezit kon krijgen.

Bij brief van 7 oktober 1999 vroeg verweerster de medewerking van de curatoren tot afgifte van de uurwerken.

Bij brief van 13 oktober 1999 vroegen de curatoren om mededeling van de facturen, leverings- of bestelbons.

De raadsman van verweerster bezorgde aan de curatoren de facturen waarbij de uurwerken werden aangerekend en waarop een clause van eigendomsvoorbehoud werd aangebracht.

De curatoren achtten deze stukken onvoldoende. Zij waren van oordeel dat, om geldig te zijn, het eigendomsvoorbehoud uiterlijk bij de levering diende overeengekomen te zijn. Zulks kon volgens de curatoren enkel maar blijken zo er bestel- en of leveringsbonnen voorhanden waren, waarop een clause van eigendomsvoorbehoud was aangebracht. Aangezien dergelijke stukken niet werden bijgebracht, aanvaardden de curatoren het ingeroepen eigendomsvoorbehoud niet.

Bij brief van 26 oktober 1999 argumenteerde de raadsman van verweerster uitvoerig waarom hij de zienswijze van de curatoren niet deelde.

Bij brief van 30 september 1999 deelden de curatoren mede dat zij bij hun eerder ingenomen standpunt bleven.

Bij aangetekende brief van 30 november 1999 meldten de curatoren dat zij de vordering van verweerster betwistten en dat verweerster werd uitgenodigd om te verschijnen ter zitting van 13 januari 2000.

2. De curatoren zijn van oordeel dat verweerster zich niet meer kan beroepen op het eigendomsvoorbehoud en geen afgifte van de goederen meer kan vorderen, daar zij heeft nagelaten binnen de door art. 101 Faillissementswet voorgeschreven termijn een vordering (middels een dagvaarding of een proces-verbaal van vrijwillige verschijning) in te stellen.

Art. 101 Faillissementswet bepaalt dat op straffe van verval een rechtsvordering tot terugvordering moet worden ingesteld vóór de sluiting van het proces-verbaal van nazicht der schuldvorderingen (*in casu* 28 oktober 1999).

Verweerster voert aan dat zij aan dit vereiste heeft voldaan door zich op haar eigendomsvoorbehoud te beroepen vóór 28 oktober 1999.

3. Over de wijze waarop aan de voorwaarden, voorgeschreven door art. 101 Faillissementswet wordt voldaan, bestaat geen eensgezindheid.

Een strekking betoogt dat hij die zich beroept op een eigendomsvoorbehoud dat niet door de curator wordt aanvaard, binnen de door art. 101 Faillissementswet voorgeschreven termijn de curator dient te dagvaarden in afgifte van het goed of de goederen waarop het eigendomsvoorbehoud slaat (E. Dirix, «Eigendomsvoorbehoud», *R.W.*, 1997-98, 491; J. Meerts, in *Gerechtigd Akkoord en faillissement*, Kluwer, II H.20, 15; E. Dirix, «Schuldeisers en zekerheidsrechten», in *Faillissement en gerechtelijk akkoord, het nieuwe recht*, Antwerpen, Kluwer, 1998, 407; E. Van Camp, *De nieuwe faillissementswet*, Antwerpen, Kluwer, 1997, 301; Kh. Dendermonde, 5 oktober 1998, *R.W.*, 1998-99, 752; *T.B.H.*, 1999, 206; *A.J.T.*, 1998-99, 922).

Een andere strekking is van oordeel dat het voldoende is om binnen de in art. 101 Faillissementswet bepaalde termijn een verzoek tot teruggave van het goed of de goederen, op grond van het eigendomsvoorbehoud, tot de curatoren te

richten (I. Verougstraete, *Manuel de la faillite et du concordat*, Brussel, Kluwer, 1998, 465; J. Verlinden, «Overzicht van de nieuwe wetten betreffende het faillissement en het gerechtelijk akkoord», *T.R.V.*, 1998, 20).

De rechtbank meent zich te moeten aansluiten bij de eerste strekking. Het is immers voor de goede afwikkeling van de failliete boedel onontbeerlijk dat de curator binnen een beperkte termijn weet of bepaalde goederen terecht worden teruggevorderd en derhalve uit de boedel dienen te worden gesloten. In het andere geval zou het voldoende zijn om zich op het eigendomsvoorbehoud te beroepen, terwijl het debat ten gronde voor de rechtbank op om het even welk ogenblik zou kunnen worden ingeleid en beslecht, op gevaar af dat, wanneer een schuldeiser zich ten onrechte op een eigendomsvoorbehoud heeft beroepen en zulks slechts een hele tijd na het openvallen van het faillissement wordt beslecht, de goederen een gevoelige waardevermindering hebben ondergaan, en dit ten nadele van de boedel. Om dergelijke situaties te vermijden meent de rechtbank de eerste strekking te moeten volgen.

Dit houdt *in casu* dan ook in dat verweerster op basis van het eigendomsvoorbehoud geen afgifte meer kan vorderen van de goederen.

VREDEGERECHT TE KORTRIJK

16 AUGUSTUS 1999

Rechter: de h. Lambrecht

Advocaat: mr. M. D.D.

Geesteszieke – Voorlopig bewindvoerder – Omvang van bevoegdheden – Beheer van inkomsten – Levensonderhoud van het feitelijk gezin van de te beschermen persoon

De voogd van een onbekwaamverklaarde kan, zonder zijn aansprakelijkheid tegenover de erfgenamen van de onbekwaamverklaarde in het gedrang te brengen, diens inkomsten niet besteden aan het levensonderhoud van personen ten aanzien van wie de onbekwaamverklaarde geen wettelijke onderhoudsplicht heeft.

Art. 488bis, F, § 2, B.W. moet zo worden begrepen dat de rechter, gelet op de aard van te beheren goederen, meer bepaald inkomsten die normaal waren bestemd voor het onderhoud van het feitelijk gezin waartoe de te beschermen persoon behoorde op het ogenblik dat hij in comateuze toestand is gekomen, mag beslissen om een bewindvoerder te benoemen met als opdracht die inkomsten te ontvangen en verder te besteden aan dat gezin, ook al worden ze daardoor definitief onttrokken aan het vermogen van de persoon die erop gerechtigd was.

V.M. e.a. t/ V.J.

Met een verzoekschrift van 11 januari 1999 vorderen verzoekers de aanwijzing van een voorlopig bewindvoerder over de goederen van V.J., zulks met toepassing van art. 488bis B.W.

Art. 488bis, a, B.W. bepaalt dat de meerderjarige die, geheel of gedeeltelijk, zij het tijdelijk, wegens zijn gezond-

heidstoestand niet in staat is zijn goederen te beheren, met het oog op de bescherming ervan, een voorlopig bewindvoerder kan worden toegevoegd, als hem nog geen wettelijke vertegenwoordiger werd toegevoegd.

...

Op 9 februari 1999 hebben wij V.J. bezocht in het ziekenhuis. Wij stelden er vast dat hij in comateuze toestand verkeert.

In het verzoekschrift is uiteengezet: «Dat genoemde V.J. op 1 maart 1998 betrokken geraakte in een ernstig verkeersongeval. Dat hij zich sindsdien in comateuze toestand bevindt. Dat een en ander wordt bevestigd in de geneeskundige verklaring van 29 december 1998 van Dr. F., die, zoals door de wet wordt vereist, aan dit verzoekschrift wordt gehecht. Dat V.J. in die omstandigheden niet meer in staat is om zijn vermogen zelfstandig te beheren.» In de voormelde geneeskundige verklaring wordt bevestigd dat de coma blijvend en definitief is. In het verzoekschrift wordt gevraagd een bewindvoerder te benoemen «met de bevoegdheden waarvan sprake in art. 488bis, F, § 3, B.W.» Er wordt dus een bewindvoerder gevraagd die bevoegd zal zijn om V.J. te vertegenwoordigen «in alle rechtshandelingen», zulks onverminderd de bijzondere machtigingen bepaald in het voormelde art. 488bis, F, § 3. Er wordt gevraagd dat V.R. (vierde verzoeker) als bewindvoerder benoemd zou worden.

...

Uit de parlementaire voorbereidingsstukken van de wet van 18 juli 1991 blijkt dat het niet de bedoeling was om door de benoeming van een bewindvoerder een definitieve toestand in het leven te roepen (*Parl. St.*, Senaat, 1990-91, nr. 1102/3, p. 16). Ter verwerping van een amendement, dat ertoe strekte de term «voorlopig bewindvoerder» te vervangen door de term «toegevoegd bewindvoerder», werd door de vertegenwoordiger van de Minister geargumenteed dat het adjectief «voorlopig» van fundamenteel belang is om de aandacht te vestigen op het voorlopige karakter van de te nemen maatregel. Bedoelde vertegenwoordiger bevestigde dat de essentiële bedoeling van het ontwerp erin bestond tegemoet te komen aan een tijdelijke moeilijke situatie (*Parl. St.*, Senaat, 1990-91, nr. 1102/3, p. 21). Uit de voormelde geneeskundige verklaring van 29 december 1998 blijkt dat de comateuze toestand van V.J. als blijvend en definitief wordt aangemerkt. Het is dus niet wegens deze comateuze toestand dat er moet worden voorzien in de benoeming van een «voorlopige» bewindvoerder, eerder dan in de benoeming van een voogd. Daarenboven merken wij dat een voorlopige bewindvoerder geen zorg draagt voor de persoon wiens goederen hij beheert, zulks in tegenstelling tot een voogd die wel moet zorg dragen voor de persoon van de onbekwaamverklarde (art. 450 B.W. en art. 509 B.W.). Art. 488bis, F, § 5, B.W. bepaalt weliswaar: «Binnen de perken van de inkomsten die hij ontvangt betaalt de voorlopige bewindvoerder de kosten van onderhoud en behandeling die ten laste zijn van de beschermde persoon en stelt hem de sommen ter beschikking die hij nodig acht voor de verbetering van zijn lot», maar deze wetsbepaling houdt niet in dat een voorlopige bewindvoerder enige bevoegdheid heeft of van de vrederechter enige bevoegdheid kan krijgen om te beslissen over het onderhoud en de behandeling van de «beschermde persoon». De bewindvoerder betaalt de kosten van onderhoud en behandeling. De bewindvoerder en de vrederechter hebben geen enkele macht om te beslissen

hoe de «beschermde persoon» onderhouden moet worden en welke behandeling hij moet krijgen. Indien de «beschermde persoon» niet zelf kan beslissen daarover, dan biedt de wet van 18 juli 1991 geen oplossing daarvoor. Bij het benoemen van een voorlopige bewindvoerder moet daarmee rekening worden gehouden en moet meer bepaald worden vermeden dat, door te voorzien in een bescherming van goederen, de onterechte schijn wordt gewekt dat meteen ook is voorzien in een zorg over de persoon. In dit verband is het niet onbelangrijk op te merken dat er een latente tegenstrijdigheid bestaat tussen de zorg voor de persoon en het beheer van de goederen (Th. Delahaye, «L'administrateur provisoire», in *Les dossiers du Journal des Tribunaux*, 1999, nr. 146).

Bij de beoordeling van het verzoek moet worden nagegaan welke de goederen zijn met het oog op de bescherming waarvan een voorlopige bewindvoerder zou moeten worden benoemd. Uit de verklaringen van de verzoekers blijkt dat zij handelen met het oog op het instellen van een gemeenschappelijke vordering in schadevergoeding uit hoofde van inkomstenverlies en uit hoofde van morele schade, dat zij voorts handelen met het oog op het vermijden van een deficitaire nalatenschap en dat zij ook handelen met het oog op het terugvorderen van het vakantiegeld en de jaareindepremie die sinds het ongeval werden ontvangen door G.C.

Door verzoekers wordt niet betwist dat het inkomen van V.J. diende voor het onderhoud van het gezin dat hij vormde met G.C. en met de kinderen van deze laatste. Tussen samenwonenden kan een stilzwijgend mandaat bestaan om de inkomsten van de ene door de andere te laten ontvangen en te laten besteden ten behoeve van het gezin (B. Tilleman, *Lastgeving*, in *A.P.R.*, 1997, nr. 164). Er bestond een uitdrukkelijk mandaat voor wat betreft het eigenlijke loon van V.J. Deze laatste had immers opdracht gegeven om zijn loon te storten op een rekening van G.C.

Er bestond anderzijds een stilzwijgend mandaat voor wat betreft het vakantiegeld en de jaareindepremie. Dat leiden wij af uit het feit dat G.C. kennis heeft van de code door middel waarvan zij kon beschikken over de tegoeden op de rekening waarop het vakantiegeld en de jaareindepremie werden gestort. Er bestaat geen eigenlijk bewijs van die lastgevingsovereenkomsten, maar dat bewijs is niet nodig om vast te stellen dat die inkomsten normaal bestemd waren voor het onderhoud van het gezin waartoe V.J. behoorde. Wij zien geen reden om aan te nemen dat die inkomsten of het vervangingsinkomen dat ervoor in de plaats komt, waaronder de gemeenschappelijke vordering in schadevergoeding uit hoofde van inkomstenverlies, thans aan hun vorige bestemming zou moeten onttrokken worden wegens de comateuze toestand van V.J. Wij zien dus geen reden om ten behoeve van de toekomstige nalatenschap van V.J. een bewindvoerder te benoemen met het oog op het terugvorderen van het vakantiegeld en de jaareindepremie of met het oog op het invorderen van een schadevergoeding uit hoofde van inkomstenverlies. Anderzijds is het zo dat G.C. geen bewindvoerder nodig heeft om voor eigen rekening een schadevergoeding uit hoofde van inkomstenverlies te vorderen, voor zover althans wordt aangenomen dat het inkomen van V.J. verder besteed mag worden aan het gezin waartoe hij behoorde.

Wij zien ook geen reden om een voorlopige bewindvoerder te benoemen met het oog op het invorderen

van de morele schadevergoeding waarop V.J. gerechtigd is. Er is niet aangetoond dat zulks nodig is als bewarende maatregel, bijvoorbeeld om een verjaring te voorkomen. De bedoelde morele schadevergoeding komt toe aan V.J. Deze verkeert thans in comateuze toestand. Een bewindvoering dient niet om anticipatief een vordering *ex haereditate* in te stellen.

De vrees van verzoekers voor een toekomstige deficitaire nalatenschap is ingegeven door de eventualiteit dat G.C. de belastingen niet zou betalen die verschuldigd zijn op het vervangingsinkomen van V.J., welk inkomen door G.C. wordt ontvangen overeenkomstig de normale bestemming daarvan, zoals wij hierboven reeds hebben vastgesteld. Het blijkt niet dat er op vandaag enige belastingschuld niet betaald is. Wij zien geen reden om aan te nemen dat G.C. de belastingen niet zou betalen die verschuldigd zijn op het inkomen dat zij ontvangt. De ingeroepen eventualiteit is op zichzelf geen voldoende reden voor het benoemen van een voorlopige bewindvoerder.

Uit de behandeling van de zaak is gebleken dat, hoewel het inkomen van V.J. overeenkomstig de normale bestemming van dat inkomen verder ontvangen wordt door G.C., deze laatste sinds het ongeval van V.J. over geen rechtszekerheid meer beschikt met betrekking tot de bestemming die zij aan dat inkomen mag geven. Dit is uiteraard het gevolg van haar ongehuwd samenwonen, waardoor zij de bescherming mist die door het huwelijk wordt geboden. Het ontbreken van rechtszekerheid komt het scherpst tot uiting in de verklaring van verzoekers betreffende de terugvorderingen die volgens hen door een bewindvoerder zouden moeten worden gedaan. Hierboven hebben wij vastgesteld dat wij geen reden zien om daarvoor een bewindvoerder te benoemen, maar wettelijk is er geen enkel beletsel dat verzoekers ervan kan weerhouden om na het overlijden van V.J. de door hen beoogde vordering in te stellen. Wettelijk gezien kunnen verzoekers zelfs het geheel van inkomsten, die sinds het ongeval uitbetaald werden, terugvorderen. Er bestaat immers geen wettelijke onderhoudsplicht van V.J. tegenover G.C. en tegenover de kinderen van deze laatste. De omstandigheid dat men van oordeel kan zijn dat G.C. deze inkomsten ontvangen en besteed heeft overeenkomstig de normale bestemming van die inkomsten, biedt geen waarborg tegen eventuele vorderingen tot terugbetaling.

De tijdelijke moeilijke situatie, waaraan door een bewindvoering kan worden tegemoetgekomen, is die van G.C., die op vandaag niet weet of zij later al dan niet de inkomsten of een gedeelte van de inkomsten van V.J. zal moeten terugbetalen. Wij bemerken dat de voogd van een onbekwaamverklarde, zonder zijn aansprakelijkheid tegenover de erfgenamen van de onbekwaamverklarde in het gedrang te brengen, de inkomsten van de onbekwaamverklarde niet kan besteden aan het levensonderhoud van personen ten aanzien van wie de onbekwaamverklarde geen wettelijke onderhoudsplicht heeft. Zulke besteding zou juridisch worden beschouwd als een rechtshandeling om niet, welke rechtshandeling volstrekt verboden is voor een voogd (De Page, H., II, *Troisième Partie – Les Incapables*, nrs. 213-214 en 354*bis*). De vraag is nu of wij over de macht beschikken om te beslissen over een vermogensverschuiving, meer bepaald door een bewindvoerder te benoemen die als opdracht zal hebben de inkomsten van V.J. te besteden aan het le-

vensonderhoud van het gezin waartoe V.J. behoorde op het ogenblik dat V.J. in comateuze toestand is gekomen.

Art. 488*bis*, F, § 2, B.W. luidt als volgt: «De rechter bepaalt, met inachtneming van de aard en de samenstelling van de te beheren goederen evenals met de gezondheids-toestand van de beschermde persoon, de omvang van de bevoegdheden van de voorlopige bewindvoerder». Deze bepaling moet zo worden begrepen dat wij, gelet op de aard van de te beheren goederen, meer bepaald inkomsten die normaal bestemd waren voor het onderhoud van een gezin, mogen beslissen dat die inkomsten verder aan dat gezin moeten worden besteed, ook al worden die inkomsten daardoor definitief onttrokken aan het vermogen van de persoon die gerechtigd is op die inkomsten. Wij beslissen aldus een bewindvoerder te benoemen die als opdracht zal hebben de inkomsten van V.J. te ontvangen en te besteden aan het gezin van G.C. Onder «inkomsten» verstaan wij alle arbeidsrechtelijke en sociaalrechtelijke uitkeringen waarop V.J. gerechtigd is sinds zijn ongeval en ook de gemeenrechtelijke vordering in schadevergoeding uit hoofde van inkomstenverlies, zulks vanaf de datum van het ongeval tot op het ogenblik dat de opdracht van de voorlopige bewindvoerder eindigt, zulks eventueel van rechtswege ingevolge hetgeen bepaald is in art. 488*bis*, D, tweede lid, B.W. Dat wetsartikel luidt als volgt: «De opdracht van de voorlopige bewindvoerder eindigt van rechtswege zodra de wettelijke vertegenwoordiger, benoemd in geval van onbekwaamverklaring van de beschermde persoon, zijn taak aanvat, in geval van toevoeging van een voorlopige bewindvoerder krachtens art. 1246 Ger. W. of in geval van verklaring van de staat van verlengde minderjarigheid». Art. 1246 Ger. W. heeft betrekking op de procedure tot onbekwaamverklaring. Dat wetsartikel bepaalt: «Na de eerste ondervraging stelt de rechtbank, indien daartoe redenen zijn, een voorlopig bewindvoerder aan, om voor de persoon en de goederen van de verweerder zorg te dragen. De voorlopige bewindvoerder heeft de bevoegdheden van de voogd». Wij beschikken niet over de macht om iets te wijzigen aan de bevoegdheden van een na onbekwaamverklaring door de familieraad benoemde voogd of van een hangende procedure tot onbekwaamverklaring door de rechtbank van eerste aanleg aangestelde voorlopige bewindvoerder.

Onze beslissing om het geheel van de inkomsten van V.J. te laten besteden aan het gezin waartoe hij behoorde, is uiteraard ingegeven door de wetenschap dat de rekeningen betreffende de geneeskundige verzorging van V.J. worden betaald door de verzekeraar van de persoon die aansprakelijk is voor het ongeval.

Art. 488*bis*, C, § 1, tweede lid, B.W. bepaalt: «(De vrederechter) kiest bij voorkeur als voorlopige bewindvoerder de echtgenoot, een lid van de naaste familie of, in voorkomend geval, de vertrouwenspersoon van de te beschermen persoon». V.J. was niet gehuwd, maar woonde samen met G.C. zodat zij als vertrouwenspersoon in eerste instantie in aanmerking komt voor de bewindvoering, te meer daar de bewindvoering moet dienen om inkomsten te kunnen besteden aan het onderhoud van haar gezin. Hoewel G.C. ter zitting van 17 mei 1999 zich akkoord verklaarde met een aanwijzing van de heer V.R. (vierde verzoeker) als bewindvoerder, komt het ingevolge de bevoegdheden die wij aan de bewindvoerder verlenen toch aangewezen voor dat

G.C. zelf de taak van bewindvoerder zou uitoefenen. Er werd geen akkoord bereikt omtrent de bevoegdheden die aan de bewindvoerder moeten worden verleend. Er kan dus worden gevreesd voor moeilijkheden indien G.C. niet zelf de taak van bewindvoerder uitoefent. Daarenboven heeft het geen zin een derde persoon te gelasten met het ontvangen van inkomsten die integraal moeten worden afgestaan aan G.C.

EUROPESE RECHTSPRAAK «RECHTEN VAN DE MENS» IN KORT BESTEK

Coördinatie: Instituut van de Rechten van de Mens, K.U. Leuven

E.H.R.M. 30 juli 1998

1. Art. 5, lid 1, E.V.R.M. – Recht op persoonlijke vrijheid – Vrijheidsberoving – Rechtmatigheid – Langdurig verblijf van geïnterneerde in psychiatrische afdeling van een gevangenis – 2. Art. 6, lid 1, E.V.R.M. – Recht op een eerlijk proces – Recht op toegang tot de rechter – Geïnterneerde – Weigering van rechtsbijstand – 3. Art. 3 E.V.R.M. – Verbod van foltering en onmenselijke of vernederende behandeling of bestraffing – Langdurig verblijf van geïnterneerde in psychiatrische afdeling van gevangenis

1. Op 30 juli 1998 deed het Europese Hof voor de Rechten van de Mens uitspraak in een zaak betreffende de maandenlange internering van een persoon in de psychiatrische afdeling van een Belgische gevangenis.

2. De genaamde Aerts was het voorwerp van een strafvordering wegens het toebrengen van slagen met een hamer aan zijn ex-echtgenote. Bij beschikking van 15 januari 1993 beval de raadkamer van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Luik de internering van de beklaagde. Ze besliste ook dat de beklaagde voorlopig diende te worden geplaatst in de psychiatrische afdeling van de gevangenis van Lantin, in afwachting van de aanwijzing van een gespecialiseerde instelling door de commissie tot bescherming van de maatschappij. Overeenkomstig art. 14 van de wet van 1 juli 1964 tot bescherming van de maatschappij wees deze reeds op 22 maart 1993 een instelling aan, maar Aerts werd pas op 27 oktober van datzelfde jaar naar die instelling overgebracht. Dit uitstel had te maken met het feit dat er voor de Franse Gemeenschap te weinig plaatsen beschikbaar waren in gespecialiseerde instellingen. Het was al jaren een vaste praktijk dat de geïnterneerden gedurende een aantal maanden in de psychiatrische afdeling van de gevangenis bleven totdat een plaats vrijkwam in een gespecialiseerde instelling.

Aerts had via een procedure in kort geding gepoogd reeds eerder zijn transfer te bewerkstelligen. Maar in tegenstelling tot de voorzitter van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Luik, oordeelde het Hof van Beroep te Luik op 22 oktober 1993 dat de wijze waarop een beslissing van de commissie tot bescherming van de maatschappij werd uitgevoerd, meer bepaald door het hanteren van een wachtlijst, berustte op een door het bestuur gemaakte keuze. De beoordeling

hiervan ontsnapte aan de rechtsmacht van de gewone rechtbanken. Het Hof voegde eraan toe dat het regime in Lantin niet deed blijken van een onmenselijke of vernederende behandeling. Tegen dit arrest wilde Aerts een voorziening in cassatie instellen. Daartoe diende hij een verzoek in tot het verkrijgen van rechtsbijstand. Dit werd afgewezen door het bureau voor rechtsbijstand van het Hof van Cassatie, op grond dat de aanspraak van Aerts niet gegrond leek.

3. Voor het E.H.R.M. betwiste Aerts de overeenstemming van de internering met het fundamentele recht op persoonlijke vrijheid. Hij voerde ook aan dat het recht op toegang tot een rechterlijke instantie geschonden was. Ten slotte stelde hij dat zijn detentie te Lantin als een foltering of minstens als een onmenselijke of vernederende behandeling gezien moest worden.

4. Allereerst diende het Europese Hof de naleving van art. 5.1.e, E.V.R.M. te beoordelen. Aangezien art. 14 van de wet van 1 juli 1964 tot bescherming van de maatschappij geen tijdslimiet stelde aangaande het voorlopige verblijf in de psychiatrische afdeling van een gewone strafinrichting, stond de wettigheid van de vrijheidsberoving buiten kijf. Evenmin leek afbreuk gedaan te worden aan het doel van voornoemd verdragsartikel, meer bepaald de bescherming van het individu tegen arbitraire beslissingen (§ 46).

De beoordeling van de rechtmatigheid van de vrijheidsberoving hield volgens het Hof echter ook in dat de uitvoeringsmodaliteiten dienden te worden bekeken. Dat de toestand in de gevangenis van Lantin te wensen overliet, bleek uit o.m. een rapport van het Europese Comité voor het voorkomen van foltering en onmenselijke of vernederende behandeling of bestraffing van 14 oktober 1994. In de zaak van de verzoeker zelf liet de beslissing van de commissie tot bescherming van de maatschappij bovendien geen twijfel bestaan over de mogelijke negatieve gevolgen van het verblijf voor de reeds gestoorde geestesgesteldheid van verzoeker. Omdat de rechtmatigheid van de vrijheidsberoving van een psychisch gestoord persoon juist een permanente en kwalitatieve psychiatrische zorg in een kliniek, hospitaal of soortgelijke instelling vereiste, werd unaniem tot de schending van art. 5.1.e, E.V.R.M. besloten (§ 50).

5. Vervolgens werd de weigering tot rechtsbijstand voor een procedure voor het Hof van Cassatie getoetst aan art. 6.1. E.V.R.M. *In concreto* ging het immers over meer dan alleen de overbrenging van verzoeker naar een psychiatrisch centrum, maar betrof het in essentie het recht op persoonlijke vrijheid. Rekening houdende met de brede interpretatie van dit begrip, stelde het E.H.R.M. voor het eerst het burgerlijk karakter van dit recht op persoonlijke vrijheid vast (§ 59). Het E.H.R.M. besliste unaniem dat de weigering door het bureau voor rechtsbijstand een schending van het recht op een eerlijk proces uitmaakte. Enerzijds kwam het niet aan het bureau toe om de gegrondheid van de zaak te beoordelen. Anderzijds betekende de weigering van de rechtsbijstand voor Aerts dat hij geen beroep kon doen op een advocaat bij het Hof van Cassatie. Aangezien vertegenwoordiging verplicht was bij het hoogste gerechtshof, werd hem aldus *de facto* de toegang tot deze rechterlijke instantie ontnomen.

6. Ten slotte ging het Hof na of art. 3 E.V.R.M. was geschonden. Het rapport van het Europese Comité voor het

voorkomen van foltering en onmenselijke of vernederende behandeling of bestraffing, waarnaar het E.H.R.M. verwees, stelde tekortkomingen van de Belgische strafinrichtingen in het algemeen vast. Zowel de kwantitatieve als de kwalitatieve tekortkomingen in de psychiatrische opvang in de Belgische gewone strafinrichtingen werden als zijnde beneden de ethische en humanitaire minimumstandaard gekwalificeerd. Ze hielden immers ontegensprekelijk een risico in ten aanzien van de persoonlijke geestesgesteldheid. Het E.H.R.M. verwees wel naar het verslag van het Comité, maar kwam toch tot een andere conclusie. Ook al erkende het Hof dat het voor een geestesgestoord persoon uitermate moeilijk lag te beschrijven in welke mate zijn vrijheidsberoving hem mentaal beïnvloedde, toch vond het dat onvoldoende was aangetoond dat het verblijf in Lantin bij Aerts zelf gevolgen had teweeggebracht die maakten dat zijn behandeling «onmenselijk» of «vernederend» was in de zin van art. 3 E.V.R.M. (§ 66). Met zeven stemmen tegen twee besliste het Hof dan ook dat die laatste bepaling niet geschonden was.

7. Indien deze uitspraak misschien niet zo vernieuwend is was art. 5 E.V.R.M. betreft, dan is ze dit zeker wel met betrekking tot het toepassingsgebied van art. 6 E.V.R.M. Dat het E.H.R.M. het begrip «burgerlijke rechten en verplichtingen» ruim interpreteert, staat vast. In de Baraona-zaak oordeelde het Hof dat het recht op vergoeding voor een onrechtmatige hechtenis van burgerlijke aard is. Zodra een economisch belang op het spel staat, dienen de rechten vervat in art. 6 E.V.R.M. immers te worden gerespecteerd (E.H.R.M., Baraona t/ Portugal, 8 juli 1987, *Publ. Cour.*, reeks A, vol. 122). In de zaak Aerts gaat het Hof echter een stap verder, aangezien het recht op persoonlijke vrijheid *in se* wordt beschouwd als zijnde van burgerlijke aard. Beperkingen van de persoonlijke vrijheid doen dus niet langer alleen maar vragen rijzen met betrekking tot de fundamentele rechten vervat in art. 5 E.V.R.M.

De opvatting dat het bureau voor rechtsbijstand van het Hof van Cassatie zich niet mag inlaten met de gegrondheid van een eventuele voorziening in cassatie, berust volgens het Hof van Cassatie misschien op een misverstand: «het E.H.R.M. heeft blijkbaar gedacht dat het bureau een administratief orgaan was van het Hof van Cassatie, terwijl het bureau in werkelijkheid integrerend deel uitmaakt van het Hof» (*Jaarverslag van het Hof van Cassatie van België*, 1998-99, 77). Dit neemt niet weg dat het Hof van Cassatie het onderzoek van aanvragen tot het verkrijgen van rechtsbijstand heeft aangepast, in het licht van de bezwaren van het E.H.R.M. (zelfde *Jaarverslag*, 83).

8. Verrassend is ten slotte nog dat in de zaak Aerts wordt geoordeeld dat de door art. 3 E.V.R.M. vereiste graad van ernst niet is bereikt. Weliswaar worden ongewenste omstandigheden die gepaard gaan met elke vrijheidsberoving, terecht niet noodzakelijk als onmenselijk of vernederend aangemerkt. In de zaak Aerts waren de concrete omstandigheden van de vrijheidsberoving echter toch wel bedenkelijk. De vaststellingen van het Europese Comité voor het voorkomen van foltering en onmenselijke of vernederende behandeling of bestraffing wijzen ook in die richting. Het is dan ook verwonderlijk dat slechts twee van de zeven rechters van het Europese Hof van oordeel waren dat het langdurig verblijf in Lantin onder gekende omstandigheden, alsook het risico op psychische achteruitgang,

verzoeker mentaal leed bezorgden op een wijze die niet kon worden getolereerd.

(Zaak Aerts t/ België)

Ann Dierickx

E.H.R.M. 30 juli 1998

Art. 8 E.V.R.M. – Recht op eerbiediging van het privé-leven – Transseksualiteit – Geen positieve verplichting van staten tot juridische erkenning van postoperatieve geslacht van transseksuelen

1. Een grote kamer van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens heeft zich nogmaals gebogen over de kwestie of een staat krachtens art. 8 E.V.R.M. (eerbiediging van het privé-leven) de positieve verplichting heeft om een nieuwe seksuele identiteit na geslachtsverandering juridisch te erkennen.

2. Kristina Sheffield was bij haar geboorte als een persoon van het mannelijk geslacht geregistreerd, maar begon in 1986 een behandeling om van geslacht te veranderen. Ze liet haar voornaam aanpassen; deze nieuwe naam werd op haar paspoort en rijbewijs vermeld.

De operatie tot geslachtsverandering had verstrekkende negatieve gevolgen voor Sheffield. Als voorwaarde voor de operatie tot geslachtsverandering werd door de behandelende geneesheren gesteld dat Sheffield uit de echt zou scheiden. Bovendien werd door de rechter elk contact met haar dochter verboden. De operatie leidde tevens tot discriminatie op het werk en bij het vinden van een nieuwe job. Bovendien was de naamsverandering van Sheffield niet absoluut: haar originele voornaam en aanvankelijk geslacht bleven vermeld op haar geboorteakte en in bepaalde bestanden, en in een aantal gevallen was Sheffield verplicht haar aanvankelijke naam (en oorspronkelijk geslacht) bekend te maken.

3. Ook de tweede verzoekster, Rachel Horsham, was bij haar geboorte geregistreerd als van het mannelijk geslacht. Tussen 1990 en 1992 onderging ze een psychotherapie, een hormonenbehandeling en een operatie tot geslachtsverandering.

Horsham was Brits staatsburger. Sinds 1974 woonde ze in Nederland, en in 1993 had ze de Nederlandse nationaliteit verworven door naturalisatie. Ze verkreeg – na een vonnis van de Amsterdamse Arrondissementsrechtbank in die zin – een in Nederland opgestelde geboorteakte die haar nieuwe voornaam vermeldde, alsmede het feit dat ze van het vrouwelijk geslacht was. Het Britse consulaat had haar eerder ook een nieuw paspoort gegeven, met vermelding van haar nieuwe naam en geslacht. De oorspronkelijke Britse geboorteakte kon echter niet worden gewijzigd, en een geldig huwelijk met een man zou volgens de verzoekster niet mogelijk zijn in het Verenigd Koninkrijk. De verzoekster riep in dat ze door de juridische situatie in het Verenigd Koninkrijk gedwongen was in ballingschap te leven.

4. Het Europese Hof onderzocht in de twee zaken of art. 8 E.V.R.M. was geschonden. Het ging met name na of er een positieve verplichting bestond voor de verwerende staat om stappen te zetten die het bestaande systeem van geboorteregistratie wijzigden (§ 51).

Om uit te maken of er een positieve verplichting bestond, moest worden gezocht naar een billijk evenwicht tussen het algemeen belang en de belangen van het individu (§ 52). Aangezien het Hof in eerdere soortgelijke zaken tegen het Verenigd Koninkrijk (arrest Rees van 17 oktober 1986, *Publ. Cour.*, reeks A, vol. 106, en arrest Cossey van 27 september 1990, *Publ. Cour.*, reeks A, vol. 184) had vastgesteld dat er *geen* positieve verplichting bestond om het systeem van geboorteregistratie te wijzigen, onderzocht het Hof of er sinds de desbetreffende arresten medische of juridische ontwikkelingen hadden plaatsgevonden die noodzaakten tot het vinden van een nieuw evenwicht tussen het algemeen en het individueel belang, en dus tot het vaststellen van het bestaan van een positieve verplichting.

Het E.H.R.M. stelde in de eerste plaats vast dat in de medische wetenschap nog steeds twijfel heerste over de oorzaken van transseksualiteit. Bovendien leidde een operatie tot geslachtsverandering nog steeds niet tot het verwerven van alle biologische kenmerken van het andere geslacht. In de tweede plaats wees het erop dat de juridische ontwikkelingen evenmin van die aard waren dat kon worden besloten tot het bestaan van een gemeenschappelijke Europese benadering van de problemen ten gevolge van de juridische erkenning van het nieuwe geslacht na een operatie. Bijgevolg concludeerde het Hof dat de staat een appreciatiemarge behield waarop hij zijn weigering kon baseren om de gevolgen van een operatie tot geslachtsverandering te erkennen (§§ 56-58). Ook de ernst van het nadeel voor de verzoeksters in de concreet voorliggende gevallen was volgens het Europese Hof niet voldoende om de appreciatiemarge van de staat terzijde te schuiven (§ 59).

Het Hof besloot dat er geen positieve verplichting bestond krachtens art. 8 E.V.R.M. om het postoperatieve geslacht juridisch te erkennen, en dat dit artikel dus niet was geschonden. Het beklemtoonde dat de problematiek verder door de staten in het oog moest worden gehouden, gelet op de groeiende sociale aanvaarding van transseksualiteit en de toenemende erkenning van de problemen die postoperatieve transseksuelen ondervinden. Het wees het Verenigd Koninkrijk ook voorzichtig terecht voor het gebrek aan initiatief in verband met transseksualiteit sinds de zaak Cossey (§ 60).

5. Het Hof stelde met betrekking tot art. 12 E.V.R.M. (recht te huwen) vast dat dit artikel verwees naar het traditionele huwelijk tussen personen van een verschillend biologisch geslacht, en vooral beoogde het huwelijk te beschermen als basis voor het gezin. Elke lidstaat is vrij beperkingen op te leggen aan de uitoefening van het recht te huwen, voor zover deze beperkingen geen afbreuk doen aan de essentie van het recht. Het Hof stelde in deze zaak geen schending vast van art. 12, omdat het niet-toekennen van het recht op huwelijk aan personen van hetzelfde biologische geslacht geen afbreuk deed aan de essentie van het recht (§§ 66 en 68).

6. De uitspraak over de afwezigheid van een schending van art. 8 kan verrassen, omdat in de rechtspraak van het Europese Hof tot nog toe een geleidelijke evolutie merkbaar was naar het vaststellen van een positieve verplichting voor de lidstaten om het postoperatieve geslacht van transseksuelen te erkennen (voor een beschrijving van deze evolutie, zie de gezamenlijke gedeeltelijk afwijkende mening van de rechters Bernhardt e.a. bij het besproken arrest). In de

Commissie was de belangenafweging bijna unaniem (vijftien stemmen tegen één) in het voordeel van de verzoeksters beslecht. De nipte meerderheid binnen het Hof (elf stemmen tegen negen) en de afwijkende meningen bij dit arrest illustreren dat het niet onredelijk was te verwachten dat het Hof een verdere stap zou zetten in het vaststellen van positieve verplichtingen voor de lidstaten met betrekking tot het juridisch erkennen van het postoperatieve geslacht van transseksuelen.

Voor België lijkt dit arrest te betekenen dat de beperkte juridische erkenning van het postoperatieve geslacht van transseksuelen, zoals die in de rechtspraak is ontwikkeld, volstaat. In de Belgische rechtspraak bestaat er nagenoeg een consensus over de toelaatbaarheid van een vordering tot verbetering van de akten van de burgerlijke stand. Ook een vordering tot wijziging van staat wordt in toenemende mate in de rechtspraak onder bepaalde voorwaarden toegestaan. Beide aanpassingen resulteren in een melding op de kant van de geboorteakte. De verbetering van de voornaam wordt soms door de rechter bevolen, samen met de verbetering van de geboorteakte, of kan in een aparte procedure bij de minister van Justitie worden verkregen. Samen genomen lijken deze mogelijkheden te voldoen aan de beperkte positieve verplichting waarvan het Europese Hof het bestaan heeft vastgesteld in de zaak B. t/ Frankrijk van 25 maart 1992 (*Publ. Cour.*, reeks A, vol. 232-C).

7. Voor het beantwoorden van de vraag of een transseksueel het recht heeft te huwen met een persoon van hetzelfde geslacht als zijn of haar initieel biologisch geslacht, laat het Hof zich leiden door de traditionele definitie van het huwelijk en biedt het veel ruimte aan de lidstaten om een dergelijk huwelijk te verbieden. Er gaat dan ook vanuit het E.V.R.M. en de Europese mensenrechtenrechtspraak geen enkele suggestie uit in de zin dat het wenselijk is een transseksueel het recht te geven om te huwen met een persoon van het hetzelfde geslacht als zijn of haar initieel biologisch geslacht. Of dat ook betekent dat de ontbinding van een bestaand huwelijk kan worden geëist als een noodzakelijke voorwaarde voor het toestaan van een vordering tot wijziging van geslacht (zie Antwerpen 27 januari 1999, *T.B.B.R.* 1999, 260), is onduidelijk (zie ook L. Vandewiele en K. Schatteman, «De erkenning als rechtsbeginsel van het recht op geslachtsverandering door de Belgische rechtspraak», *R.W.* 1997-98, 179-180).

(Zaak Sheffield en Horsham t/ Verenigd Koninkrijk)

Wouter Vandenhoele

E.H.R.M. 2 september 1998

Art. 10 E.V.R.M. – Recht op vrijheid van meningsuiting – Ambtenaren – Beperkingen m.b.t. de politieke expressievrijheid – Geoorlooftheid

1. Reeds verscheidene malen heeft het Hof uitspraak gedaan over de vrijheid van meningsuiting van personen die in een bijzondere gezagsverhouding tot de overheid staan (militairen, gedetineerden, overheidspersoneel,...). Het arrest Ahmed e.a. van 2 september 1998, waarin de politieke neutraliteit van ambtenaren aan de orde is, vult de rij aan.

2. Met het doel de politieke neutraliteit van de administratie te optimaliseren, waren in het Verenigd Koninkrijk in

1990 de *Local Government Officers (Political Restrictions) Regulations* uitgevaardigd, waarin aan drie categorieën van ambtenaren beperkingen werden opgelegd m.b.t. bepaalde politieke activiteiten. Zo was het voor die ambtenaren verboden om op te treden als kandidaat, «election agent» (campagneleider) of «canvasser» (stemmenwerfer) tijdens de verkiezingen van het House of Commons, het Europese Parlement of een gemeenteraad. Evenmin mochten ze in het openbaar spreken of een artikel of kunstzinnig stuk publiceren met de klaarblijkelijke bedoeling om een bepaalde politieke partij publieke steun te verlenen.

Ahmed en de andere verzoekers behoorden tot een van de voornoemde categorieën van ambtenaren. Zij meenden dat de regeling onder meer een onaanvaardbare inmenging was in hun expressievrijheid. In het rapport van 29 mei 1997 was de E.C.R.M. (met dertien stemmen tegen vier) de mening toegedaan dat art. 10 E.V.R.M. (expressievrijheid) was geschonden. Het E.H.R.M. dacht er anders over.

3. In het arrest stelde het Hof vast dat ook ambtenaren een beroep kunnen doen op art. 10 E.V.R.M. (§ 41). Het bevestigt daarmee de stelling uit de Glasenapp- en Kosiek-arresten (E.H.R.M., 28 augustus 1986, *Publ. Cour.*, reeks A, vol. 104, § 49, resp. vol. 105, § 35) en het Vogt-arrest (E.H.R.M., 26 september 1995, *Publ. Cour.*, reeks A, vol. 323, § 53), die neerkomt op het afwijzen van «*impliciete beperkingen*» op de expressievrijheid voor overheidspersoneel. Een dergelijk standpunt heeft tot gevolg dat eventuele inmengingen in de expressievrijheid van ambtenaren niet kunnen ontsnappen aan de toets aan de beperkingsvoorwaarden van art. 10, tweede lid, E.V.R.M.

4. Het was niet betwist dat uit de *Regulations* beperkingen van de expressievrijheid voor de verzoekers voortvloeiden, meer bepaald beperkingen van hun recht om informatie en ideeën in de politieke context mee te delen aan derden. Restte dan nog het onderzoek of deze beperkingen waren opgelegd bij de wet, een legitiem doel dienden en nodig waren in een democratische samenleving. Aan de eerste twee voorwaarden was volgens het Hof voldaan. Het legitieme doel dat aan de orde was, omschreef het Hof als de bescherming van de rechten van anderen, zowel van de verkozenen als van het electoraat, op een daadwerkelijke politieke democratie op lokaal niveau (§ 54). De zienswijze dat het recht op «*effective political democracy*» tot de «rechten van anderen» behoort, die een beperking van de expressievrijheid kunnen rechtvaardigen, staat evenwel aan kritiek bloot: in de *dissenting opinion* werd de vrees geuit dat een al te extensieve interpretatie van het begrip «rechten van anderen» tot gevolg kan hebben dat dit begrip ieder onderscheidend vermogen verliest.

5. Wat het onderzoek naar de noodzakelijkheid van de beperkingen betreft, achtte het Hof het als taak om vast te stellen of de opgelegde beperkingen beantwoordden aan een *pressing social need*, en of zij evenredig waren aan het bovenvermelde legitieme doel. Daarbij was het van mening dat, wanneer de expressievrijheid van ambtenaren aan de orde is, de «*plichten en verantwoordelijkheden*» uit art. 10 E.V.R.M. een bijzondere betekenis krijgen, die verantwoordt dat aan de staat een zekere *margin of appreciation* wordt gelaten (§ 61). Deze overwegingen zijn niet nieuw. Ze kwamen ook in het Vogt-arrest voor. Toch leidden ze in het arrest Ahmed e.a. tot een andere beslissing: het Hof oordeelde dat de *Regulations* een terechte reactie waren van de

wetgever op een *pressing social need*, vastgesteld naar aanleiding van een onderzoek waaruit o.m. machtsmisbruik door lokale ambtenaren was gebleken. Volgens het Hof viel deze reactie bovendien binnen de *margin of appreciation*: de invulling van de lokale democratie te verzekeren, kunnen variëren van staat tot staat, afhankelijk van nationale tradities (§ 62). Bovendien hechtte het Hof er belang aan dat de *Regulations* een beperkte draagwijdte hadden, zowel wat de categorieën van ambtenaren betreft als de politieke activiteiten die hen werden ontzegd (§ 63). Met zes stemmen tegen drie besloot het daarom dat art. 10 E.V.R.M. niet was geschonden.

6. Samengevat blijkt uit dit arrest dat het Hof weliswaar geen impliciete beperkingen toelaat op de expressievrijheid van ambtenaren, maar wel een andere techniek hanteert om de lat voor de expressievrijheid van ambtenaren anders (hoger) te leggen dan voor andere burgers: de toepassing van een brede(re) *margin of appreciation*, die wordt gerechtvaardigd door het toekennen van een bijzondere betekenis aan het begrip «*plichten en verantwoordelijkheden*».

7. Het arrest Ahmed kan ook sporen nalaten in België, waarin het debat over de depolitiserende van het bestuur een heet hangijzer is. Ook van Belgische ambtenaren wordt loyaliteit gevraagd. Zij moeten de gebruikers van hun dienst «welwillend en zonder enige discriminatie» behandelen. Buiten de uitoefening van hun ambt moeten zij «elke handelwijze vermijden die het vertrouwen van het publiek in hun dienst kan aantasten» (zie o.m. K.B. 26 september 1994 tot bepaling van de algemene principes van het administratief en geldelijk statuut van de rijksambtenaren die van toepassing zijn op het personeel van de diensten van de Gemeenschaps- en Gewestregeringen en van de Colleges van de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie en van de Franse Gemeenschapscommissie, alsook op de publiekrechtelijke rechtspersonen die ervan afhangen, B.S. 1 oktober 1994). Welke «handelswijzen» precies worden bedoeld, wordt opengelaten. Voor de concrete invulling ervan kan voortaan ook worden teruggegrepen naar het arrest Ahmed. (Zaak Ahmed e.a. t/ Verenigd Koninkrijk)

Annemie Borms

E.H.R.M. 23 september 1998

Art. 3 E.V.R.M. – Verbod van foltering en onmenselijke of vernederende behandeling of bestraffing – Positieve verplichting van staten om kinderen te beschermen tegen ernstige mishandeling door particulieren

1. In de zaak A. t/ Verenigd Koninkrijk onderzocht het Europese Hof of op de staat een positieve verplichting rust om kinderen te beschermen tegen mishandeling van enige ernst door particulieren (*in casu* de stiefvader).

2. A., een kind van negen jaar op het ogenblik van de feiten, vertoonde blauwe plekken die volgens de kinderarts die hem onderzocht het resultaat waren van het meer dan eens met aanzienlijke kracht toebrengen van slagen met een tuinstak.

De stiefvader werd vervolgd wegens het toebrengen van slagen en verwondingen met lichamelijk letsel. De stiefvader gaf de feiten toe, maar voerde aan dat het toebrengen van stokslagen noodzakelijk en redelijk was, omdat A. een

moeilijke jongen was die niet gevoelig was voor ouderlijke tucht of schooldiscipline. De Engelse jury sprak de stiefvader vrij.

3. Het Europese Hof onderzocht achtereenvolgens of art. 3 E.V.R.M. (verbod van foltering of onmenselijke of vernederende behandeling of bestraffing) van toepassing was en of het artikel was geschonden.

Voor de *toepasselijkheid* van art. 3 is vereist dat mishandeling een minimumgraad van ernst vertoont. Het Hof oordeelde dat het herhaaldelijk en met aanzienlijke kracht slaan van een negenjarige jongen met behulp van een tuinstak de vereiste graad van ernst vertoont om onder het toepassingsgebied van art. 3 te vallen. Het hanteerde daarbij de reeds eerder ontwikkelde criteria van aard en context van de behandeling, de duur, de fysieke en mentale gevolgen, en het geslacht, de leeftijd en de gezondheidstoestand van het slachtoffer (§§ 20-21).

Vervolgens onderzocht het Hof of de staat verantwoordelijk moest worden gesteld voor de mishandeling van de verzoeker door zijn stiefvader. Het wees er in de eerste plaats op dat de staten in het licht van art. 1 (verplichting om de rechten en vrijheden van het E.V.R.M. te garanderen aan ieder die zich onder hun rechtsmacht bevindt) en art. 3 E.V.R.M. verplicht zijn maatregelen te nemen die verzekeren dat individuen die onder hun rechtsmacht vallen niet worden onderworpen aan foltering of onmenselijke of vernederende behandeling of bestraffing, met inbegrip van een dergelijke mishandeling die *door privé-individuen* wordt toegebracht. In de tweede plaats stelde het Europese Hof dat kinderen en andere kwetsbare individuen in het bijzonder gerechtigd waren tot bescherming door de staat in de vorm van effectieve afschrikking van dergelijke ernstige aantastingen van de persoonlijke integriteit (§ 22).

Het Hof concludeerde dat het Engelse recht geen afdoende bescherming bood tegen de behandeling of bestraffing van de verzoeker in strijd met art. 3 (wat door de Engelse regering ook werd erkend). Onder Engels recht kan men geweldpleging op kinderen immers rechtvaardigen als «redelijke tuchtiging». De bewijslast rust dan op de vervolgende partij om aan te tonen dat de geweldpleging de grenzen van rechtmatige bestraffing overschreed. Dit leidde er in deze concrete zaak toe dat de jury de stiefvader vrijspreekte voor feiten die ernstig genoeg waren om onder het toepassingsgebied van art. 3 te vallen (§ 23). Het Hof besloot dan ook unaniem dat het tekortschieten in het bieden van voldoende bescherming een schending was van art. 3 E.V.R.M. (§ 24).

4. Het Europese Hof legt in deze zaak voor het eerst de verplichting van staten vast om een gepaste juridische bescherming te bieden aan kinderen tegen het toebrengen van slagen van enige ernst door *particulieren*, in dit geval hun (stief)ouders. Met dit arrest breidt het Hof de eerder vastgestelde bijzondere verplichting tot bescherming van kinderen en andere kwetsbaren (X en Y t/ Nederland, 26 maart 1985, *Publ. Cour.*, reeks A, vol. 91, p. 11-13, §§ 21-27, en *Stubbings e.a. t/ Verenigd Koninkrijk*, 22 oktober 1996, *Rep.* 1996-IV, vol. 18, p. 1505, §§ 62-64) uit van bescherming tegen seksueel misbruik door particulieren naar bescherming tegen *mishandeling door particulieren*. Het arrest ligt tevens in het verlengde van enkele arresten tegen het Verenigd Koninkrijk met betrekking tot lijfstraffen op school (zie

o.m. Costello-Roberts, 25 maart 1993, *Publ. Cour.*, reeks A, vol. 247-C).

5. In België wordt het tuchtigingsrecht van ouders in de rechtsleer erkend als een bestanddeel van het ouderlijk gezag. Ouders mogen volgens die rechtsleer hun kinderen slaan indien dat in het belang van het kind gebeurt, in het raam van de opvoeding, niet ontaardt in mishandeling en in overeenstemming is met de evolutie van de zeden en de opvoedingsgebruiken (zie J. Velaers, «Het menselijk lichaam en de dood», in *Over zichzelf beschikken? Juridische en ethische bijdragen over het leven, het lichaam en de dood*, Antwerpen, Maklu, 1996, 138-139). Het opleggen van buitensporige sancties of het toebrengen van slagen en verwondingen kunnen daarentegen leiden tot de ontzetting uit het ouderlijk gezag op grond van slechte behandeling (zie J. Smets, *Jeugdbeschermingsrecht, A.P.R.*, Antwerpen, Kluwer, 1996, p. 241, nr. 610). Deze in art. 32 Jeugdbeschermingswet bedoelde maatregel (samen met de strafbaarstelling van slagen en verwondingen) beantwoordt wellicht aan de door het Hof vastgestelde bijzondere beschermingsplicht t.a.v. kinderen tegen mishandeling door particulieren.

(Zaak A. t/ Verenigd Koninkrijk)

Wouter Vandenhole

E.H.R.M. 23 september 1998

Art. 10 E.V.R.M. – Recht op vrijheid van meningsuiting – Beperkingen – Openbare verdediging van misdaden van collaboratie – Strafrechtelijke sanctie – Onevenredige sanctie

1. Op 13 juli 1984 verscheen in de krant *Le Monde* een paginagrote advertentie, ondertekend door de Vereniging ter Verdediging van de Nagedachtenis van maarschalk Pétain en door de Nationale Pétain-Verdun Vereniging. De tekst van de advertentie besprak in lovende bewoordingen de loopbaan van maarschalk Pétain. Wat de oorlogsjaren betreft, werd er beweerd dat hij alles had gedaan om Frankrijk, en in het geheim zelfs ook de geallieerden, te redden, in het licht van de «Duitse wandaden en barbarisme». Over zijn collaboratie met de Duitse bezetters als Frans staatshoofd, waarvoor Pétain in 1945 ter dood werd veroordeeld, zweeg de tekst.

Een vereniging van oud-strijders van de weerstand diende en klacht met burgerlijke partijstelling in tegen de directeur van *Le Monde*, wegens het misdrijf van openbare verdediging van misdaden van collaboratie met de vijand, en tegen de auteur van de tekst (Jacques Isomi, een van de advocaten die Pétain in 1945 verdedigde), en de voorzitters van beide ondertekenende verenigingen (onder wie Lehideux, oud-minister in de regering-Pétain), wegens medeplichtigheid aan dit misdrijf. Nog andere oud-strijdersverenigingen zouden zich later burgerlijke partij stellen.

Na een lang parcours via diverse Franse rechtscolleges (met inbegrip van de vernietiging van een vrijsprekend arrest door het Hof van Cassatie) resulteerde dit in 1990 in een uitspraak van het Hof van Beroep te Parijs waarbij de schuld van de beklaagden werd vastgesteld en zij werden veroordeeld tot betaling aan de burgerlijke partijen van een schadevergoeding van één franc. Tevens diende het arrest,

waarin het misdrijf van openbare verdediging van misdaden van collaboratie werd vastgesteld, te worden gepubliceerd in *Le Monde*.

Na de afwijzing van een nieuwe voorziening in cassatie trokken Lehideux en Isorni naar het Europese Hof voor de Rechten van de Mens, met een klacht over schending van hun vrijheid van meningsuiting. In de loop van de procedure overleden beide verzoekers (Isorni in 1995 op 84-jarige leeftijd, en Lehideux in juni 1998 op 94-jarige leeftijd), maar zij behaalden postuum hun gelijk.

2. Het Hof, dat de zaak voldoende belangrijk oordeelde om ze in grote kamer te behandelen, oordeelde met vijftien stemmen tegen zes dat art. 10 E.V.R.M. was geschonden.

Zoals in de meeste art. 10-zaken, diende het Hof in hoofdzaak te onderzoeken of de beperking van de vrijheid van meningsuiting noodzakelijk was in een democratische samenleving (art. 10, § 2). De Franse regering had ook art. 17 E.V.R.M. ingeroepen, de misbruikclausule die bepaalt dat de rechten van het E.V.R.M. niet «het recht inhouden enige activiteit aan de dag te leggen of enige daad te verrichten welke ten doel heeft de rechten of vrijheden welke in dit Verdrag zijn vermeld te vernietigen of deze rechten en vrijheden meer te beperken dan bij dit Verdrag is voorzien». In overeenstemming met de vaste lijn die de E.C.R.M. terzake aanhield en met zijn eigen recente rechtspraak (Verenigde Communistische Partij t/ Turkije, 30 januari 1998, *Rep.*, 1998-I, § 32), integreerde het Hof de evaluatie onder art. 17 in het onderzoek naar de «noodzaak in een democratische samenleving» onder art. 10, § 2, eerder dan van de naleving van art. 17 een voorafgaande sneuvelvoorwaarde te maken (§ 38).

Art. 17 werd dus niet gehanteerd als een bepaling die de verzoekers belette zich te beroepen op art. 10. Zo'n benadering was nochtans het voorwerp geweest van talrijke beslissingen van de E.C.R.M., telkens i.v.m. de veroordeling van personen wegens racistische of revisionistische meningsuitingen (zie o.m. Honsik t/ Oostenrijk, 18 oktober 1995, *D.R.*, vol. 83, 77; Marais t/ Frankrijk, 24 juni 1996, *D.R.*, vol. 86, 184). De E.C.R.M. zelf, en ook het E.H.R.M., oordeelden dat het in de zaak Lehideux en Isorni niet ging om meningen die onder toepassing van art. 17 vielen. Het E.H.R.M. wees er met name op dat de verzoekers niet hadden gepoogd duidelijk bewezen historische feiten, zoals de holocaust en de misdaden van het nazi-regime, te ontkennen of te minimiseren (§ 47).

De veroordeling van de verzoekers door het hof van beroep bleek vooral het gevolg te zijn van de omstandigheid dat de verzoekers hadden nagelaten melding te maken van bepaalde feiten waaruit kon worden afgeleid dat Pétain had bijgedragen tot de vervolging van de joden door nazi-Duitsland (§ 49).

Het Hof erkende dat verzwijgen van de medewerking van Pétain aan de nazi-misdaden moreel laakbaar was, maar vond dat het moest worden geëvalueerd in het licht van de andere omstandigheden van de zaak (§ 54). In dat verband wees het in de eerste plaats op de moeilijkheden voor de Fransen om met deze moeilijke bladzijde uit hun geschiedenis om te gaan. In dit verband hechtte het veel belang aan de omstandigheid dat het Franse parket, vertegenwoordiger van het algemeen belang, in deze zaak in eerste instantie de beschuldigingen wou laten vallen, en dat het nadien ook niet in beroep was gegaan tegen de vrijspraak. Bovendien voerde

het Hof aan dat in het licht van de inspanningen die elk land moest doen om een «open en kalm» debat te voeren over zijn geschiedenis, het niet gepast was om na verloop van veertig jaar de uitspraken van de verzoekers even streng te beoordelen als tien of twintig jaar eerder (§ 55).

Daarnaast argumenteerde het Hof nog dat de advertentie rechtstreeks beantwoordde aan het doel van de betrokken Pétain-verenigingen, die wettig waren en die nooit waren vervolgd wegens hun doelstellingen (§ 56). Ten slotte wees het Hof erop dat een strafrechtelijke veroordeling een ernstige maatregel was, gelet op het feit dat ook andere, burgerrechtelijke middelen voorhanden waren (§ 57).

De conclusie was dan ook dat de strafrechtelijke veroordeling onevenredig was, zodat het recht op vrije meningsuiting was geschonden (§ 58).

3. In het raam van de Straatsburgse rechtspraak over beperkingen van de rechten van extreem-rechts, is dit een arrest dat, net zoals het *Jersild*-arrest (*Jersild t/ Denemarken*, 23 september 1994, *Publ. Cour.*, A-298), de grenzen uitzet waarbinnen dergelijke beperkingen geoorloofd zijn. Het E.H.R.M. houdt een «harde lijn» aan inzake extreem-rechts, waarbij het vooral opvalt dat het in dit arrest uitdrukkelijk oordeelt dat bepaalde meningsuitingen «buiten de bescherming van art. 10» vallen (§ 47). In een eerder arrest (Verenigde Communistische Partij t/ Turkije, aangehaald, § 23) suggereerde het Hof dat dit slaat op meningsuitingen die tot doel hebben om geweld of haat te verspreiden of die gericht zijn tegen de democratie of tegen de rechten en vrijheden van anderen. Het zou een goede zaak zijn indien het Hof een dergelijk lijstje in zijn rechtspraak zou bevestigen. Wanneer men in de strijd tegen anti-democratische elementen naar het wapen van mensenrechtenbeperking grijpt, komt men in het «democratisch dilemma» terecht: men probeert de mensenrechten te beschermen door ze te beperken. Dit dient uiterst zorgvuldig te gebeuren aan de hand van duidelijke criteria, zodat de rechtszekerheid gewaarborgd blijft. Het Hof lijkt zich van het risico bewust en houdt de hand op de rem. In *Jersild* besliste het reeds dat racistische uitspraken in een documentair televisieprogramma niet aan de programmamaker konden worden aangewreven. In *Lehideux en Isorni* maakt het Hof duidelijk dat niet alles wat de Tweede Wereldoorlog betreft even «on-aantastbaar» is als de nazi-misdaden: er moet een onderscheid kunnen worden gemaakt tussen het verdedigen van iemand die «fout» was in de oorlog en het verdedigen van diens «foute» standpunten.

4. Anderzijds zou men kunnen aanvoeren dat het E.H.R.M. zich niet moet inlaten met de manier waarop staten omgaan met hun onverwerkt oorslogsverleden. In dat opzicht knoopt het arrest aan bij een van de grote actuele discussies in het internationale recht van de mensenrechten. Net zoals men de vraag kan stellen of de keuze van bijvoorbeeld de Zuid-Afrikanen om apartheidsmisdadigers niet te vervolgen de internationale gemeenschap niet het recht ontnemt om dit alsnog te doen, kan men de vraag stellen of de Franse keuze om Pétain-aanhangers te vervolgen, niet zou moeten worden gerespecteerd door het Europese Hof. De redenering van het Hof dat het Franse parket, eerder dan de Franse rechters, in dezen de keuze van de Franse samenleving vertolkt, is betwistbaar. De tegenstanders in deze zaak zijn van mening dat een ruime appreciatiemarge voor de Franse overheid op zijn plaats zou

zijn geweest, omdat de zaak te maken had met historische omstandigheden die eigen zijn aan Frankrijk en die enkel door de Franse instanties correct kunnen worden beoordeeld.

Tegen dit standpunt kan men dan weer inbrengen dat, indien deze zaak inderdaad de gemoederen in Frankrijk sterk beroert, het juist gepast is dat een internationaal rechtscollege zich uitsprekt, omdat het voor de nationale instanties mogelijk zou kunnen worden om voldoende afstand te nemen en uitsluitend de mensenrechten voor ogen te houden.

(Zaak Lehideux en Isorni t/ Frankrijk)

Eva Brems

E.H.R.M. 23 september 1998

Art. 6, lid 1, E.V.R.M. – 1. Strafvervolgning – Begrip – Automatisch verlies van punten van rijbewijs na strafrechtelijke veroordeling – 2. Recht op toegang tot de rechter – Automatisch verlies van punten van rijbewijs na strafrechtelijke veroordeling – Rechterlijk toezicht geïncorporeerd in rechterlijke beslissing waarbij de beklaagde schuldig wordt verklaard

1. Op een zomers namiddag vloog de toen negentienjarige Jérôme Malige met zijn motor tegen 172 km/u over een Franse rijsweg (waar een maximumsnelheid van 110 km/u gold). Hij werd tegengehouden door de gendarmerie, en een proces-verbaal werd opgesteld.

De snelheidsovertreding zou leiden tot een strafzaak, welke uitliep op een boete van 1500 FRF en een schorsing van het rijbewijs gedurende vijftien dagen. Op grond van de Franse Wegcode had die veroordeling bovendien automatisch tot gevolg dat de veroordeelde vier (van de twaalf) punten van zijn rijbewijs verloor. Het verlies van die punten diende te worden vastgesteld door de minister van Binnenlandse Zaken.

2. Voor het Europese Hof voerde Malige aan dat het systematisch en automatische verlies van een aantal punten, zonder mogelijkheid een beroep tegen die sanctie bij een rechter, een miskenning inhield van zijn recht op een rechterlijke instantie, gewaarborgd bij art. 6, lid 1, E.V.R.M.

De eerste vraag die het Hof diende te beantwoorden, was of het verlies van punten wel een «strafrechtelijke» maatregel was, wat een voorwaarde is voor de toepasselijkheid van art. 6, lid 1, E.V.R.M.

Het Hof erkent dat het verlies van punten volgens de Franse rechtspraak geen strafmaatregel is, maar een louter administratieve sanctie (§ 37). Die kwalificatie in het interne recht is echter niet doorslaggevend. Het Hof onderzoekt ook de aard en de ernst van de sanctie. Wat de aard van de sanctie betreft, wijst het Hof erop dat de sanctie een gevolg van rechtswege is van de strafrechtelijke veroordeling, die op haar beurt is gebaseerd op een strafrechtelijk misdrijf (§ 38). In verband met de ernst van de sanctie merkt het Hof op dat het verlies van punten op termijn kan leiden tot het verval van geldigheid van het rijbewijs, wat aan de maatregel niet enkel een preventief, maar ook een punitief en afschrikkend karakter geeft (§ 39). Uit een en ander volgt dat het verlies van punten beschouwd moet worden als het gevolg van een

«strafrechtelijke» tenlastelegging, en dat art. 6, lid 1, E.V.R.M. dus wel degelijk van toepassing is (§ 40).

3. Het Hof onderzoekt dan verder of de verzoeker, i.v.m. het verlies van punten, het recht heeft gehad op een effectief rechterlijk toezicht op die maatregel.

In dat verband stelt het Hof vast dat de klager zich m.b.t. de eigenlijke tenlastelegging (snelheidsovertreding) heeft kunnen verdedigen voor de strafgerichten. Daardoor heeft hij de elementen kunnen betwisten die na de uitspraak ten grondslag zouden liggen aan het verlies van punten van het rijbewijs (§ 48).

Weliswaar volgt het verlies van punten een vast tarief, dat in de strafwet is bepaald. Het Hof vindt nochtans dat dit kenmerk van het systeem geen afbreuk doet aan de evenredigheid van de sanctie, omdat de wet zelf het tarief heeft afgestemd op de mate waarin de betrokken bestuurder sneller heeft gereden dan het toegestane maximum (§ 49).

De conclusie is dan ook dat de door het E.V.R.M. vereiste rechterlijke controle «geïncorporeerd» is in de rechterlijke beslissing waarbij de beklaagde schuldig wordt verklaard. Een afzonderlijk beroep bij een rechter tegen de beslissing van de administratie waarbij het verlies van een bepaald aantal punten wordt vastgesteld, is in die omstandigheden niet meer nodig (§ 50).

Eenparig besluit het Hof dat art. 6, lid 1, E.V.R.M. niet is geschonden (§ 52).

4. Inmiddels heeft de «Conseil constitutionnel» de redenering van het Europese Hof overgenomen, zonder uitdrukkelijk naar het arrest Malige te verwijzen. Bij zijn beslissing nr. 99-411 CD van 16 juni 1999 heeft de «Conseil» o.m. beslist dat het automatisch verlies van punten, in geval van herhaling van een bepaald verkeersmisdrijf binnen het jaar na de veroordeling, niet strijdig is met de beginselen van het recht van verdediging en van het recht op beroep, en dat die sanctie niet onevenredig is ten aanzien van de feiten waarop ze is gebaseerd (de beslissing is te vinden op de website van de «Conseil constitutionnel»; zie <http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1999/99411/99441>).

5. In België is het rijbewijs met punten geregeld in de artikelen 24 en 25 van de Wegcode, vervangen bij de wet van 18 juli 1990. Die bepalingen zijn door de Koning echter nog niet in werking gesteld.

De Belgische regeling vertoont een aantal gelijkenissen met het Franse systeem. Bepaalde verkeersmisdrijven leiden tot de toekenning van een aantal strafpunten – door de Koning vast te stellen – zodra de betrokkene voor de overtredding heeft betaald of ervoor is veroordeeld bij een in kracht van gewijsde gegane beslissing. Per overtredding mag de Koning maximum drie punten vaststellen (art. 24, §§ 1 en 2). Als een bestuurder het totaal van zes punten bereikt, moet hij een veiligheidskursus volgen, op straffe van een schorsing van het rijbewijs voor een maand. Als de bestuurder binnen vijf jaar het totaal van zes punten opnieuw bereikt, wordt het rijbewijs gedurende drie maanden geschorst en moet de betrokkene ook de veiligheidskursus volgen (art. 24, § 3).

Op grond van het arrest Malige lijkt ervan uitgegaan te mogen worden dat ook die regeling de toets aan art. 6, lid 1, E.V.R.M. kan doorstaan.

(Zaak Malige t/ Frankrijk)

Paul Lemmens

E.H.R.M. 28 oktober 1998

Art. 2 E.V.R.M. – Recht op leven – Positieve verplichting van de Staat om het leven van burgers te beschermen tegen gevaarlijke individuen

1. In de zaak Osman heeft een grote kamer van het Europese Hof beslist dat op grond van art. 2 E.V.R.M. (recht op leven) op een staat onder bepaalde voorwaarden de positieve verplichting rust om bepaalde individuen preventief te beschermen tegen voor hen gevaarlijke individuen.

2. De feiten van deze zaak waren tragisch. In de loop van 1986 was voor de directie van een Londense school duidelijk geworden dat een van de leraren, Paul Paget-Lewis, een «genegenheid» had ontwikkeld voor zijn veertienjarige leerling Ahmet Osman. Deze «genegenheid» gaf in 1987 en het voorjaar van 1988 aanleiding tot een reeks van steeds ernstiger wordende incidenten. Aanvankelijk maakte Paget-Lewis het Leslie Green (een vriend van Ahmet) lastig uit jaloezie om de vriendschap tussen beide jongeren. Later vonden tal van incidenten plaats: in de omgeving van de school werden voor Leslie aanstootgevend graffiti aangetroffen; de dossiers van Ahmet en Leslie, en het dossier over tuchtmaatregelen t.a.v. personeel, werden uit de school gestolen; Paul Paget-Lewis liet zijn naam veranderen in Paul Ahmet Yildirim Osman; en het huis en de auto van de familie Osman waren herhaaldelijk het mikpunt van vandalisme en beschadiging. Elk incident werd aan de politie gemeld. In december 1997 werden alle voorgaande incidenten als geheel door de politie onderzocht, naar aanleiding van een aanrijding van de bestelwagen waarin Leslie werd vervoerd door Paget-Lewis. De politie wou daarop de leraar arresteren, maar trof hem niet thuis aan.

Reeds in de tweede helft van juni 1997 had de inrichtende macht Paul Paget-Lewis verboden verder les te geven in de school, na herhaaldelijk psychiatrisch onderzoek en na enkele alarmerende brieven van de schooldirectie. Nadat de leraar bedreigingen had geuit aan het adres van de assistent-hoofdonderwijzer Perkins, omdat hij hem verantwoordelijk achtte voor zijn ontslag, werd het huis van deze laatste wat in de gaten gehouden door de politie. Vanaf de tweede helft van december 1997 bleef Paget-Lewis weg van de (tweede) school waar hij inmiddels les gaf.

Op 7 maart 1998 schoot Paget-Lewis Ahmets vader dood en verwondde hij Ahmet zelf ernstig. Vervolgens verwondde hij ook Perkins en doodde hij diens zoon. De leraar werd later veroordeeld wegens doodslag en opgesloten in een psychiatrische instelling.

3. De verzoekers, de moeder van Ahmet en Ahmet zelf, voerden voor het Europese Hof aan dat de politie had gefaald om preventieve maatregelen te nemen om hen te beschermen, ondanks de herhaalde kennisgevingen dat het leven van Ahmet en van diens vader in gevaar was. Zodoende zou de overheid haar positieve verplichting krachtens art. 2 E.V.R.M. niet zijn nagekomen.

Het Hof preciseerde in de eerste plaats de betekenis van de eerste zin van art. 2, lid 1, E.V.R.M.: «Eenieders recht op leven wordt door de wet beschermd». Deze bepaling verplicht de staat om gepaste stappen te ondernemen om het leven van ieder die zich onder zijn rechtsmacht bevindt, te beschermen. Dat impliceert dat de staat de primaire plicht heeft effectieve strafrechtsbepalingen in te voeren om het

begaan van misdrijven tegen de persoon te ontmoedigen; die bepalingen moeten bovendien vergezeld zijn van een afdwingingsapparaat voor de preventie, de beteugeling en het opleggen van sancties bij schendingen. Deze positieve verplichting kan in bepaalde omstandigheden ook impliceren dat de overheid preventieve operationele maatregelen moet nemen om een individu wiens leven in gevaar is door de misdrijven van een ander individu, te beschermen (§ 115).

Deze laatste verplichting is niet absoluut: een verplichting tot het nemen van maatregelen bij elk beweerd gevaar voor iemands leven zou een onmogelijke of buitensporige last op de overheid leggen, en bovendien op gespannen voet staan met de beperkingen die gelden voor de politie bij het uitoefenen van haar bevoegdheden om misdrijven te controleren en te voorkomen (zie o.m. art. 5 en 8 E.V.R.M.). Concreet moeten in geval van beweerde schending van deze positieve verplichting twee elementen worden aangetoond: ten eerste dat de overheid *weet* had of moest hebben van een *reëel en onmiddellijk gevaar* voor het leven van een bepaald individu of bepaalde individuen, uitgaande van de misdrijven gepleegd door een derde; ten tweede dat de overheid is tekortgeschoten om binnen haar bevoegdheden *maatregelen* te nemen waarvan redelijkerwijze verwacht mocht worden dat ze dat *gevaar vermeden* zouden hebben. Met betrekking tot de tweede voorwaarde verduidelijkte het Hof dat het niet enkel ging om een tekortschieten dat te typeren was als een grove nalatigheid of als het opzettelijk negeren van de verplichting het leven te beschermen; het is voldoende dat de overheid niet alles heeft gedaan wat redelijkerwijze van haar verwacht kon worden om een werkelijk en onmiddellijk gevaar voor het leven, waarvan ze weet had of moest hebben, te vermijden (§ 116).

Het Hof onderzocht vervolgens of aan bovenstaande voorwaarden in deze concrete was voldaan. Het besloot na een gedetailleerd chronologisch onderzoek van de feiten dat de verzoekers niet aangetoond hadden dat de politie wist of moest weten dat de levens van de familie Osman reëel en onmiddellijk gevaar liepen door Paget-Lewis'gedrag (§ 121). Bijgevolg stelde het geen schending van art. 2 E.V.R.M. vast.

4. Het Europese Hof leest in art. 2 E.V.R.M. een verregaande positieve verplichting voor staten tot het beschermen van het leven van individuen tegenover andere, misdadige individuen: staten hebben niet enkel de verplichting een strafwetgeving in te voeren en die ook te voorzien van een effectief afdwingingsapparaat, maar zijn ook verplicht preventief *concrete beschermingsmaatregelen* te nemen tegenover misdadige individuen indien ze weten hebben of kunnen hebben van een reëel en onmiddellijk levensgevaar voor bepaalde burgers.

Enigszins in contrast met de formulering van deze verstrekkende verplichting *in abstracto*, heeft het Hof zich in het feitenonderzoek zeer tegemoetkomend opgesteld tegenover de politiediensten door te oordelen dat uit het steeds driestere optreden van de leraar niet op te maken was dat hij een reëel en onmiddellijk gevaar vormde voor de slachtoffers. Onder meer de Belgische rechter De Meyer heeft in afwijkende mening gesteld dat de politie wel degelijk in gebreke is gebleven en dat art. 2 E.V.R.M. bijgevolg geschonden was.

(Zaak Osman t/ Verenigd Koninkrijk)

Wouter Vandenhole

E.H.R.M. 28 oktober 1998

Art. 6, lid 1, E.V.R.M. – 1. Burgerlijke rechten – Begrip – Recht op schadevergoeding wegens misdrijf – 2. Recht op toegang tot de rechter – Strafzaken – Benadeelde – Burgerlijke partijstelling – Consignatie – Evenredigheidsverband tussen de inkomsten van de benadeelde en het bedrag van de consignatie

1. De verzoeker in de zaak Aït-Mouhoub was een Franse gevangene die, na zijn veroordeling, twee klachten met burgerlijke partijstelling indiende. De eerste klacht was gericht tegen rijkswachters die hadden deelgenomen aan het tegen hem gevoerde gerechtelijk onderzoek. De tweede klacht was gericht tegen een persoon die als getuige in zijn zaak was opgeroepen en tegen een persoon die, op het ogenblik van de arrestatie van de verzoeker, allerlei meubelen uit diens bar en restaurant gestolen zou hebben.

Met betrekking tot beide klachten vroeg Aït-Mouhoub de rechtsbijstand aan. Voor de eerste klacht werd de rechtsbijstand geweigerd, op grond dat op het ogenblik van de aanvraag nog een cassatieberoep tegen zijn veroordeling aanhangig was. Over de tweede aanvraag bleek het bureau voor rechtsbijstand zich nooit uitgesproken te hebben.

Overeenkomstig de wetgeving terzake, stelde de onderzoeksrechter in de beide zaken vast dat de verzoeker, als burgerlijke partij, een som in consignatie moest geven, waarvan hij het bedrag telkens bepaalde op 80.000 FRF. Daar Aït-Mouhoub die bedragen niet binnen de vastgestelde termijn betaalde, verklaarde de onderzoeksrechter de klachten met burgerlijke partijstelling nadien telkens onontvankelijk.

Voor het E.H.R.M. voerde Aït-Mouhoub aan dat hij, ten gevolge van de onontvankelijkheid van zijn klachten, geen toegang tot een rechterlijke instantie had gehad. Hij riep de schending in van art. 6, lid 1, E.V.R.M.

2. De Franse regering betwistte de toepasselijkheid van die verdragsbepaling. Volgens haar hadden de klachten van Aït-Mouhoub geen betrekking op de toekenning van een schadevergoeding, en ging het dus niet om «geschillen over burgerlijke rechten en verplichtingen», in die zin van art. 6, lid 1, E.V.R.M.

Het Hof verwerpt dit middel, hoofdzakelijk op grond van de kenmerken van de tweede klacht, meer bepaald in zoverre die melding maakte van een beweerde diefstal van goederen. Volgens het Hof had die klacht betrekking op een «burgerlijk recht» (zonder twijfel wordt het eigendomsrecht bedoeld), ook al had de verzoeker op het ogenblik van het indienen ervan nog geen berekening gemaakt van het bedrag van de door hem geleden schade (§ 44). Aangezien de klacht bovendien kon leiden tot een vaststelling van schuld van de beweerde dader en, diensgevolge, tot diens veroordeling op burgerlijk gebied, oordeelt het Hof dat de afloop van de procedure die was ingezet met de klacht, «bepalend» was voor het recht op schadevergoeding van de verzoeker (§ 45). Zoals het Hof al eerder heeft beslist in zaken tegen Frankrijk (arrest van 27 augustus 1992, Tomasi, *Publ. Cour.*, reeks A, vol. 241-A, p. 43, §§ 121-122; arrest van 21 november 1995, Acquaviva, *Publ. Cour.*, reeks A, vol. 333-A, p. 14-15, §§ 45-48), concludeert het ook in dit geval dat art. 6, lid 1, E.V.R.M. toepassing vindt (§ 46).

De eerste klacht, gericht tegen de rijkswachters, is volgens het Hof verbonden met de tweede klacht (die melding maakte van de medeplichtigheid van de rijkswachters aan de erin bedoelde feiten). Niet op grond van de eigen kenmerken van de eerste klacht (daar was er geen sprake van patrimoniale schade), maar wegens de band met de tweede klacht wordt art. 6, lid 1, E.V.R.M. ook hier van toepassing geacht (§ 47; vgl. de afwijkende mening van de Franse rechter Pettiti, die vindt dat de meerderheid al te gemakkelijk een verband tussen beide klachten heeft gelegd).

3. Nadat de klip van de toepasselijkheid van art. 6, lid 1, E.V.R.M. is genomen, blijft er nog te onderzoeken of die bepaling ten gronde is nageleefd.

Volgens het Hof zijn de door de onderzoeksrechter vastgestelde bedragen voor de consignaties onevenredig hoog, gelet op het totale gebrek aan inkomsten van Aït-Mouhoub. Het eisen van de betaling van die bedragen kwam er in de praktijk op neer dat aan de verzoeker het recht werd ontzegd om zich, m.b.t. zijn klachten, tot een rechter te wenden (§§ 57 en 61).

De conclusie is dan ook dat, i.v.m. de tweede klacht komt het Hof eenparig tot die conclusie, i.v.m. de eerste klacht beslist het Hof met acht stemmen tegen een, die van de Franse rechter Pettiti).

4. Ook in het Belgische strafprocesrecht bestaat de consignatie door de burgerlijke partij (zie hierover, o.m. A. Vandeplas, «Consignatie van de burgerlijke partij», *Comm. Strafr.*, 1992).

Art. 5 van de wet van 1 juni 1849 op de herziening van de tarieven in strafzaken bepaalt dat de burgerlijke partij, «wanneer zij rechtstreeks optreedt of wanneer een onderzoek het gevolg is geweest van de aanstelling van de burgerlijke partij», ter griffie de som moet storten die vermoedelijk nodig is voor de kosten van de rechtspleging. Art. 108 van het algemeen reglement op de gerechtskosten in strafzaken, vastgesteld bij K.B. van 28 december 1950, herhaalt die verplichting in dezelfde bewoordingen.

Weliswaar heeft het ontbreken van de consignatie niet tot gevolg, anders dan in de zaak Aït-Mouhoub, dat de burgerlijke vordering daardoor onontvankelijk wordt. Het ontbreken van de consignatie kan echter wel een «weerslag... hebben op het al dan niet aanvatten of voortzetten van de behandeling van de zaak door de rechter» (Cass., 13 november 1990, *Arr. Cass.*, 1990-91, 303). In wezen is de toestand van de burgerlijke partij in België dus niet erg verschillend van die van Aït-Mouhoub voor de Franse rechters.

Voor de vaststelling van het in consignatie te geven bedrag bestaat er geen vast tarief, geldend voor het hele land. Een rondvraag in de Vlaamse arrondissementen leert dat de onderzoeksrechters in beginsel een bedrag van 10.000 tot 25.000 frank vragen; voor klachten inzake familieverlating wordt een lager bedrag gevraagd (5.000 frank); als het onderzoek van de klacht de inzet van kostelijke opsporingsmiddelen vergt (aanstelling van een deskundige, afluisteren van telefoongesprekken,...), wordt een hoger bedrag gevraagd.

Wat in het bijzonder de klachten van minvermogenen betreft, bepalen art. 5, vijfde lid, van de wet van 1 juni 1849 en art. 108, vijfde lid, van het algemeen reglement op de gerechtskosten in strafzaken uitdrukkelijk dat de verplichting om een bedrag in consignatie te geven ook geldt voor de

burgerlijke partij aan wie rechtsbijstand is verleend. Art. 108, vijfde lid, van het algemeen reglement voegt hieraan echter toe dat die verplichting dan geldt «onder voorbehoud van de toepassing der artikelen 669, 672 en 674 van het Gerechtelijk Wetboek». Met name art. 672 Ger.W. biedt de mogelijkheid aan de burgerlijke partij om bij de onderzoeksrechter zelf een verzoek tot rechtsbijstand in te dienen (zie P. Van Caeneghem, «Rechtsbijstand in strafzaken», in *Strafrecht. Wie is er bang van het strafrecht?*, Ph. Traest en A. De Nauw, (red.), Gent, 1998, (307), p. 310-311, nr. 719).

5. Ten aanzien van minvermogens zal de consignatie, gelet op het arrest Aït-Mouhoub, slechts in beperkte mate aangewend kunnen worden als middel om misbruiken bij het indienen van klachten tegen te gaan. Voor alles zullen de onderzoeksrechters oog moeten hebben voor de kosten van de rechtspleging: in voorkomend geval moet het desbetreffende bedrag worden aangepast in het licht van het evenredigheidsverband dat moet bestaan tussen de inkomsten van de verzoeker en het bedrag van de consignatie. Het bedrag kan nooit zo hoog worden gesteld dat het op zichzelf de voortzetting van de procedure onmogelijk maakt.

(Zaak Aït-Mouhoub t/ Frankrijk)

Paul Lemmens

BOEKEN

F. DEWALLENS e.a., **Tuchtrecht voor medische beroepen**, Reeks Recht en Gezondheidszorg nr. 11, Gent, Mys en Breesch, 1999, X + 94 p.

Dit boekje is, zoals in het «woord vooraf» van mr. F. Dewallens, voorzitter van de Vlaamse Vereniging voor Gezondheidsrecht, vermeld, het verslagboek – met de tussenkomsten van de sprekers, maar zonder het afsluitende debat en de toespraak namens de minister van Volksgezondheid – van het veertiende symposium van de Vlaamse Vereniging voor Gezondheidsrecht dat in samenwerking met het Instituut voor Administratief Recht van de K.U.Leuven, plaatsvond te Leuven op 10 oktober 1998.

Prof. Herman Nys onderzoekt in een eerste deel de wettelijke grondslag en het doel, zowel in de wet als in de praktijk, van het bestaande medische tuchtrecht. Het tweede deel houdt een zoektocht in «naar het doel van het tuchtrecht in de gezondheidszorg, in het bijzonder het medische tuchtrecht, in de toekomst», waartoe eerst de voorontwerpen van wet Dehaene, Busquin en Colla (de terzake bestaande wetsvoorstellen blijven buiten beschouwing) tot reorganisatie van de Orde van Geneesheren worden bekeken en vervolgens recente ontwikkelingen van het medisch tuchtrecht in Engeland en Nederland worden belicht. Prof. Nys sluit af met enkele bedenkingen bij de materiële en formele voorwaarden waaraan het tuchtrecht in de gezondheidszorg moet voldoen om aan de doelstelling van «handhaven van een behoorlijk peil van de beroepsuitoefening» te beantwoorden.

Dr. Raoul Haché, ondervoorzitter van de Nationale Raad van de Orde van Geneesheren, gaat in op de noodzakelijke kwaliteit van de gezondheidszorg en op de onbetwistbare professionele plicht van de arts tot optimalisering ervan. Hij belicht nader de verschillende – naargelang van de positie in de zorgverstrekking, waaronder gebruikers en hulpverleners – invulling van het begrip «kwaliteit» en beraadt zich over de beoordeling (en verbetering) ervan via twee gangbare methodes: audit en (interne) toetsing van beschikbare meetbare indicatoren. Na de vaststelling dat audit niet direct tot de mogelijkheden behoort van een tuchtinstantie, onderzoekt Dr. Haché in hoeverre de Orde van Geneesheren door middel van

toetsing, meer bepaald door de normerende bevoegdheid van zijn Nationale Raad en door disciplinaire toetsing door de provinciale raden en de raden van beroep, kan instaan voor de kwaliteitsbewaking van de medische zorg, met de vaststelling hierbij dat «waar educatieve ingrepen hopeloos falen, repressieve tussenkomsten een noodzakelijk kwaad blijken te blijven».

Yvo Vermeylen stelt vast dat de tandarts, evengoed als een geneesheer, aan relevante gedragsregels gebonden is, maar, in tegenstelling tot vele andere vrije beroepen zoals de geneesheren, zich door het ontbreken van een Orde «zeer ondeontologisch kan gedragen zolang hij zich houdt aan de wettelijke bepalingen». Na de vaststelling dat de door de beroepsverenigingen van tandartsen in 1985 gezamenlijk opgestelde (niet-afdwingbare) Code van plichtenleer dringend aan herziening toe is, en de vraag naar de keuze tussen de uitvaardiging van een tuchtwet naar Nederlands model en de oprichting van een Orde van Tandartsen, onderzoekt de auteur het in 1990 door senator Diegenant ingediende wetsvoorstel tot oprichting van een dergelijke Orde, met de Orde van Geneesheren als uitgangspunt en wegwerking van de «tekortkomingen», vooral door herstructurering van de samenstelling en de bevoegdheid van de verschillende raden, herziening van de tuchtrechtelijke procedure, wijziging van het sanctiepakket en opwaardering van het klacht- en verhaalrecht. Spreker sluit af met enkele beschouwingen omtrent het dragen van de werkingskosten en de vraag of in de eerste plaats niet gedacht moet worden aan de (betere) bescherming van de rechten van de patiënten.

Na te hebben uiteengezet dat de uitoefening van het beroep van verpleegkundigen en paramedici weliswaar gereguleerd is, maar dat de beoefenaren ervan geen Orde hebben en er voor hen geen sprake is van enig tuchtrecht, onderzoekt Jan Van de Moortel de twee voorontwerpen van wet van minister Colla tot hervorming van de regelgeving en het tuchtrecht voor de gezondheidsberoepen, dat van toepassing zou zijn voor alle gezondheidsberoepen, maar met voor elk beroep, waaronder de verpleegkundigen en de paramedici, een eigen autonoom tuchtrecht (eigen Code) en met als regel door de overheid ingestelde administratieve rechtscolleges. Hij stelt voor dat voor beroepsfouten binnen de gezondheidssector een specifiek rechtscollege zou worden opgericht, dat, naast het opleggen van straffen en specifieke tuchtmateregelen ook over op de betreffende feiten gestoelde civielrechtelijke vorderingen, zoals schade-eisen van patiënten, zou kunnen oordelen.

Mr. Filip Dewallens stelt het ontbreken voor de ziekenhuizen vast van een voldoende uitgewerkt en genuanceerd handhavingsrecht en de mede door het bestaan van de afzetting als enige directe sanctie bestaande schroom om op te treden tegen ziekenhuisartsen. Hij brengt de «probleemgevallen» (tekortkomingen) onder in twee grote juridisch relevante categorieën: het disfunctioneel gedrag en de schuldige tekortkoming van de arts, met bijzondere aandacht voor de deelneming aan permanente(wacht)diensten. Hij besluit dat de behoefte aan een genuanceerd sanctierecht sterker zal worden naargelang de ziekenhuisarts verder wordt geïntegreerd in de ziekenhuisorganisatie, met als hieruit logisch volgend vereiste de uitwerking van een eigen – evenwichtig en afdwingbaar – handhavingsrecht op het niveau van het ziekenhuis.

Jules Beuls, eerste voorzitter van het Arbeidshof te Antwerpen en lid van de Commissie van Beroep bij de Dienst voor geneeskundige controle, bespreekt inleidend de betrokkenheid van de zorgverlener bij de ziekteverzekering en de overtredingen die deze in dit verband kan begaan, zoals het onterecht aanrekenen van verstrekkingen en medische overconsumptie, die de ziekteverzekering benadelen en aanleiding kunnen geven tot een administratieve sanctieprocedure in de schoot van de Dienst voor geneeskundige controle van het RIZIV. Eerste voorzitter Beuls bespreekt dan uitgebreid de overtredingen – schuldbegrip, bewijs en verjaring –, de mogelijke administratieve en repressieve sancties en de toepasselijke rechtspleging voor de bevoegde organen: verwijzing door het Comité van de Dienst en beslissing door de Beperkte Kamer(s) van het Comité, met mogelijk beroep bij de Commissie(s) van Beroep. Duidelijk bij vergissing wordt de bijdrage van eerste voorzitter Beuls besloten met het (herhaalde) besluit van Mr. Dewallens.

Naar mededeling van Mevr. Aelvoet, minister van Consumentenzaken, Volksgezondheid en Leefmilieu, zal het parlement eerlang een debat over (hervorming van) de Orde van Geneesheren organiseren, wat uiteraard een weerslag zal hebben op andere bestaande of op te richten Orden. De lezing van het besproken boekje

is meer dan een aanrader voor al degenen die, hopelijk op brede basis, in het debat zullen worden betrokken.

D. Holsters

J.M. VERSCHUUREN, *De laatste wilde hamster in Nederland en de grondslagen van het Europees en internationaal milieurecht*, Deventer, Tjeenk Willink, 2000, 30 p.

Het besproken boekje betreft de voor publicatie klaargemaakte – en overigens zeer vlot leesbare – rede die collega Verschuuren op vrijdag 14 januari 2000 uitsprak bij de aanvaarding van het ambt van hoogleraar in het Europees en internationaal milieurecht aan de Katholieke Universiteit Brabant te Tilburg. De auteur verkent de grondslagen van het internationaal en Europees milieurecht, inzonderheid de Rio-Conferentie over Milieu en Ontwikkeling, de op internationaal en Europees vlak erkende milieurechtelijke beginselen en de rol van milieuoorganisaties in het Europees en internationaal milieurecht. De auteur verwijst daarbij ook naar de milieurechtelijke actualiteit in o.m. België. In het laatste deel wordt duidelijk wat het verband is met de in Nederland met uitsterven bedreigde wilde veldhamster (*criticus criticus*). De intrigerende titel, de vlotte stijl en de beperkte omvang maken het boekje uitermate geschikt om bij leken in de materie de nodige belangstelling op te wekken voor een aantal belangrijke ontwikkelingen in het Europees en internationaal milieurecht.

L. Lavrysen

J. DE HULLU, I. KOOPMANS en Th. A. DE ROOS, *Het wettelijk strafmaximum*, Monografieën strafrecht, deel 24, Deventer, Gouda Quint, 1999, vi + 125 p.

In tegenstelling tot wat de titel zou kunnen laten vermoeden, bevat het voorliggende boekje geen strafrechtelijke of strafprocesrechtelijke analyse van deze of gene technische problemen m.b.t. de straftoemeting. Aan de orde is immers een rapport dat de neerslag bevat van een onderzoek dat werd gevoerd door de vakgroepen strafrecht van de Rijksuniversiteit Leiden en de Katholieke Universiteit Brabant, en dat strekte tot het in kaart brengen van de *ijkpunten* die door de Nederlandse strafwetgever in de loop der tijden in aanmerking werden genomen bij de vastlegging van de wettelijke strafmaxima. Het onderzoek kwam tot stand na een parlementair verzoek dienaangaande van de Nederlandse Tweede Kamer.

Na een korte voorstelling van de gevolgde onderzoeksmethode worden, aan de hand van de parlementaire voorbereiding, de diverse ijkpunten opgezocht die een rol speelden bij de bepaling van de strafmaxima van de vrijheidsstraffen die worden gesteld op de misdrijven, omschreven in het tweede boek van het Wetboek van Strafrecht, waarvan de titels systematisch worden overlopen. Hierbij werd gebruik gemaakt van een min of meer gestandaardiseerde lijst van «hypothetische ijkpunten», zoals de objectieve en de subjectieve ernst van het feit, de consistentie van de wetgeving, de behoefte aan differentiatie enz. Vervolgens wordt een soortgelijk onderzoek verricht m.b.t. enkele bijzondere wetten.

De conclusies die uit het onderzoek worden afgeleid, lijken al bij al nogal bescheiden te zijn. Zo b.v. wordt vastgesteld dat de objectieve ernst van het feit bij «commune delicten» meestal het belangrijkste ijkpunt inhoudt bij de bepaling van het wettelijke strafmaximum, terwijl bij de bijzondere wetten in dit verband veeleer «instrumentele overwegingen» een rol spelen. De auteurs merken in elk geval zelf op dat hun onderzoek «verkenkend van aard» is geweest.

Persoonlijk konden we na lezing van het voorliggende rapport slechts in beperkte mate worden overtuigd van het praktische nut van het onderzoek (waarbij wel moet worden beklemtoond dat de onderzoekers, die slechts ingingen op een verzoek van de Tweede Kamer, hiervoor niet verantwoordelijk kunnen worden geacht). Ongetwijfeld staan er, ook in Nederland, belangrijkere punten op de agenda dan een gebeurlijk «herijken» van de wettelijke strafmaxima.

H.C.F. SCHOORDIJK, *Onverschuldigde betaling en ongerechtvaardigde verrijking bij zogenaamde driehoeksverhoudingen*, Deventer, Kluwer, 236 p.

Dit boek handelt hoofdzakelijk over het vraagstuk van derdenbescherming bij driepartijenverhoudingen die ontstaan uit onverschuldigde betaling. Daarmee begeeft Schoordijk zich op vertrouwd terrein. Hij promoveerde in 1959 op een proefschrift over «Beschouwingen over driepartijen-verhoudingen van obligatoire aard» en publiceerde ook nadien tal van bijdragen over driepartijenverhoudingen in het privaatrecht.

Het door dit boek behandelde onderwerp van onverschuldigde betaling heeft in Nederland recent grote aandacht gekregen in de doctrine. Een groot deel van het doctrinale debat concentreerde zich rond het door de Hoge Raad gewezen arrest *Ontvanger/Hamm* (H.R. 5 september 1997, *N.J.* 1998, 437). Uit dit arrest is een doctrinale betwisting ontstaan omtrent de juridische aard van verrijkingsvorderingen in het algemeen en de vordering uit onverschuldigde betaling in het bijzonder: heeft deze vordering een zakelijke werking of heeft ze een louter obligatoir karakter?

Met deze discussie werd de aandacht afgeleid van een aantal arresten van de Hoge Raad die betrekking hadden op driehoeksverhoudingen die ontstonden ten gevolge van onverschuldigde betaling. De rode draad doorheen het boek is de kritiek die Schoordijk uit op het proefschrift van Scheltema over onverschuldigde betaling (M.W. Scheltema, *Onverschuldigde betaling*, in *Serie recht en praktijk*, Deventer, Kluwer, 1997, 357 p.). In dit proefschrift werd voor de beoordeling van onverschuldigde betaling bij driepartijenverhoudingen aansluiting gezocht bij de uit het Duitse recht afkomstige *Leistungskondition*. Dit «Leistungsdenken» bestaat erin dat de doelgerichtheid van de betaling als maatstaf wordt genomen voor de beoordeling van de vraag of een onverschuldigde betaling kan worden toegestaan bij een driepartijenrelatie. Het is dit uitgangspunt dat door Schoordijk op niet altijd even genuanceerde manier in vraag wordt gesteld.

Volgens de auteur moet men immers vertrekken vanuit de gedachte dat de betaling die wordt verricht in weerwil van een op te werpen verweermiddel, onverschuldigd is en dus aanleiding kan geven tot een terugvordering («ubi exceptio, ibi conditio»). De vraag of de betalingsplichtige een exceptie kan opwerpen, bepaalt dus de mogelijkheid van de onverschuldigde betaling. Die vraag wordt door Schoordijk beantwoord vanuit het leerstuk van de derdenbescherming. Dit fundamentele uitgangspunt past de auteur vervolgens toe op een aantal rechtsfiguren die een dergelijke driehoeksverhouding kunnen doen ontstaan: cessie van de vordering, delegatie, (middellijke en onmiddellijke) vertegenwoordiging, borgtocht, beding ten behoeve van een derde, enz. Bij elk van deze rechtsfiguren gaat hij na welke de gevolgen zijn van de gebreken die zich in de verschillende verhoudingen kunnen voordoen. Daarbij confronteert hij zijn uitgangspunt ook met de arresten van de Hoge Raad die recent binnen het domein van de onverschuldigde betalingen in driepartijenverhoudingen zijn totstandgekomen.

De auteur benadert het onderwerp vanuit een zeer brede invalshoek. Hoewel de nadruk komt te liggen op de onverschuldigde betaling, situeert hij dit vaak binnen het ruimere verrijkingsdenken waarvan de onverschuldigde betaling als een toepassing wordt gezien. Het boek wordt bovendien gekenmerkt door een doorgedreven rechtsvergelijkende benadering. Het Belgische, Franse, Anglo-Amerikaanse en vooral Duitse recht komen uitvoerig aan bod. Als men dit combineert met de rijke historische achtergrond waarin het onderwerp wordt omkaderd, realiseert men zich dat de nochtans zeer betwiste stellingnames die de auteur inneemt, vaak bogen op een zeer brede en stabiele uitvalsbasis.

Dit boek is een zeer waardevol en rijk gedocumenteerd naslagwerk omtrent een van de moeilijkste en meest omstrede onderwerpen die het privaatrecht te bieden heeft, namelijk de positionering van de verschillende partijen binnen driepartijenverhoudingen. Het betreft zeker geen louter dogmatische denkoefening. Het grijpt integendeel vaak terug naar de specifieke gevallenstudie zoals die blijkt in de concrete rechtspraak.

Steven Van Overbeke

Vincent Sagaert

NIEUW

OPBERGBANDEN RECHTSKUNDIG WEEKBLAD

Nu kan u op een eenvoudige en efficiënte manier de verschenen nummers van het Rechtskundig Weekblad klasseren en raadplegen door het gebruik van handige opbergbanden.

Een set van twee opbergbanden wordt u aangeboden voor de prijs van **1.500 BEF** (inclusief 21% BTW en verzendingskosten).

Bestelformulier

Terugsturen of faxen naar:

INTERSENTIA NV
Churchillaan 108
2900 SCHOTEN

Tel.: 03/680.15.50
Fax: 03/658.71.21
E-mail: mail@intersentia.be
Website: www.intersentia.be

☐ Ja, ik bestel set (s) opbergbanden van het Rechtskundig Weekblad aan **1.500 BEF per set** (inclusief 21% BTW en verzendingskosten).

Naam:

Straat + nummer:

Postcode:

Woonplaats:

Tel.:

Fax:

BTW nr.:

Datum:

Handtekening:



INTERSENTIA

U bent zelfstandige, oefent een vrij beroep
uit of staat aan het hoofd van een KMO?

Ontdek de voordelen van een telefooncentrale voor uw onderneming!



►► Een telefooncentrale vereenvoudigt
sterk uw dagelijkse werk. Zo'n centrale
beheert immers al uw telecom (telefoon,
fax, internet, enz.), zonder dat u er
omkijken naar hebt.

►► Belgacom laat u graag kennismaken
met haar **gamma ISDN-telefoon-**
centrales dat speciaal is afgestemd op
ondernemingen zoals de uwe.

►► De Belgacom telefooncentrales zijn
bijzonder gebruiksvriendelijk. Zij geven u
toegang tot de meest geavanceerde
technologie. **Daardoor communiceert u**
vlotter en verhoogt u uw rendabiliteit.

**Wenst u bijkomende informatie of
gepersonaliseerd advies?**

Ga even langs bij de dichtstbijzijnde
Telebusiness, bezoek onze site op
www.belgacom.be/pabx of bel ons
op het nummer:

 **0800-22 500**
Gratis

U inspireert ons elke dag.

 **BELGACOM**