

RECHTSKUNDIG WEEKBLAD

S. HORVAT en K. PEETERMANS, De rechten van de overtreder in milieuzaken

289

Rechtspraak

Grondwet – Gelijkheid en niet-discriminatie – **Rechterlijke macht** – Opleiding en werving van magistraten – Hoge Raad voor de Justitie – Plaatsvervangende rechters – Duitstalige magistraten – Mandaat van korpschef – Overgangsmaatregelen

Arbitragehof 25 januari 2001 298

Overheidsopdrachten – Opening van de inschrijvingen – Overhandiging van inschrijving na de opening van de zitting maar vóór de opening van de inschrijvingen – Geldigheid – Voorwaarden

Cass. 30 april 1999 305

Onrechtmatige daad – **Aansprakelijkheid** – Gebrekkige zaak – Op bewaarder rustend vermoeden van fout – Weerlegging – Schade te wijten aan een vreemde oorzaak – Onoverwinlijke onwetendheid omtrent het gebrek

Cass. 14 mei 1999 306

Deskundigenonderzoek – Strafzaken – Tegenspraak – Voorwaarde – Door de rechter gegeven opdracht – Beperking van de tegenspraak door de deskundige

Cass. 12 april 2000 (*met noot van B. De Smet* «De samenwerking tussen de deskundige en de partijen in strafzaken») 306

Arbeidsovereenkomst bedienden – Proeftijd – 1. Schorsing – Opzegging – Uitwerking – 2. Beëindiging vóór uitvoering – Opzeggingsvergoeding

Cass. 11 december 2000 308

1. Hypotheek – Rang – Recht van opstal na vestiging van hypotheek – Anterioriteitsbeginsel – **2. Eigendom** – Zakelijke subrogatie – Recht van opstal na vestiging van hypotheek – Niet-tegenwerpelijke aan de hypothecaire schuldeiser

Cass. 15 juni 2001 (*met noot van V. Sagaert* «Het conflict tussen de hypotheekhouder van de opstalhouder en de hypotheekhouder van de grondeigenaar») 308

Overeenkomst – Uitvoering te goeder trouw – Bedrag waarin de waarborg van een bepaald resultaat wordt gekoppeld aan de betaling – Verband tussen de niet-uitvoering van de betaling en het niet bereiken van het resultaat – Weerslag op exceptie van niet-uitvoering

Hof Antwerpen 27 april 1998 313

Vereffening en verdeling – Nalatenschap – Vruchtgebruik van de langstlevende echtgenoot – Omzetting – Gezinswoning – Weigering – Niet bij onverdeeld vruchtgebruik – Woonvergoeding

Hof Brussel 8 januari 2001 314

Aanneming van werk – Geregistreeerde aannemer – Niet-naleving van registratieverplichting – Inhoudings- en doorstortingsverplichting van bouwheer – 1. Reikwijdte – Bedragen door derde rechtstreeks aan aannemer betaald – 2. Onjuiste informatie door aannemer verstrekt nopens naleving van registratieverplichting – Gevolg

Kh. Hasselt 3 april 2000 318

Alimentatie – Echtscheiding – Provisionele onderhoudsuitkering – Referentiestandaard – Gemeenrechtelijke referentiestandaard van behoeftigheid

Vred. Westerlo 19 juli 2000 319

Wetgeving in kort bestek

Telewinkelmroepen 321

Vreemdelingen – Zelfstandige beroepsactiviteit 321

Amateurkunsten 322

Bescherming van de persoonlijke levenssfeer – Nieuw algemeen uitvoeringsbesluit 322

Bouwen en verbouwen – Tegemoetkoming 323

Verkeersbelasting – Transportsector 323

Raad van State – Vertaling van de arresten 323

Hof van assisen – Procedure 323

Minderjarigen – Strafrechtelijke bescherming 324

Federale ombudsmannen – Jaarverslag 325

Lokale besturen – Beleidsprogramma 325

Crematie – Bestemming van de as 325

Opvoedingsondersteuning 325

Inkomensgarantie voor ouderen 326

Vrederechter en rechters in de politierechtbank – Algemene vergadering 326

Algemeen reglement van de strafinrichtingen 326

Politiediensten – Grondwettelijke verankering 327

Boeken

R. Kaspersen, K. Stuurman, N. Van Duuren en E. Neppelenbroek, Contracten van internetproviders: een adequate basis voor zelfregulering (*door B. de Groot*) 327

S. Nouwt en J. Holvast, Toepassing van privacyregels op elektronische berichten (*door B. de Groot*) 328

J. Devos en J. Leysen, Informatiseren in een KMO – Management en juridische aspecten (*door B. de Groot*) 328

RECHTSKUNDIG WEEKBLAD

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

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

Redactie: A. Van Oevelen (hoofdredacteur), 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, A. De Wilde, 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, L. Vandenbergh, H. Vanhees, S. Van Overbeke, C. Van Schoubroeck, J. Wouters

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

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

Richtlijnen voor de auteurs:

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



Administratief Recht

De Themis-School voor Postacademische Juridische Vorming organiseert een recyclage omtrent het Administratief Recht.

Het programma luidt als volgt:

Prof. dr. M. Boes, Recente ontwikkelingen inzake ruimtelijke ordening

Prof. dr. A.M. Draye en I. Martens, Recente ontwikkelingen inzake onteigening

M. Deketelaere en Prof. dr. K. Deketelaere, Recente ontwikkelingen inzake bodemsanering

Prof. dr. D. D'Hooghe, Recente ontwikkelingen inzake procedures voor de Raad van State

Dit programma wordt achtereenvolgens aangeboden op de volgende plaatsen:

Leuven (KULeuven) 5 december 2001 (14u-18u), Kortrijk (KULAK) 10 december 2001 (17u30-21u30), Brussel (KUB) 17 januari 2002 (17u30-21u30), Diepenbeek (LUC) 22 januari 2002 (17u30-21u30).

Voor meer informatie kunt u terecht bij:

THEMIS – School voor Postacademische Juridische Vorming
Tiensestraat 41 – 3000 Leuven

Tel.: 016/32 54 84, Fax: 016/32 54 83 – E-Mail: Themis@law.kuleuven.ac.be

DE RECHTEN VAN DE OVERTREDER IN MILIEUZAKEN

I. INLEIDING: PREVENTIE EN VERVOLGING IN MILIEUZAKEN

1. In 1999 voerde de Vlaamse Milieu-inspectie 11.595 inspecties bij bedrijven uit, waarbij 785 processen-verbaal werden opgesteld wegens overtredingen van de milieuwetgeving. In 1998 ging het om 1.100 processen-verbaal op ongeveer 12.000 inspecties.¹ Preventieve en repressieve maatregelen inzake leefmilieu vullen mekaar nauw aan: de toezichthoudende ambtenaren zijn in België bekleed met verregaande bevoegdheden,² terwijl de exploitanten aan een hele resem verplichtingen moeten voldoen.

2. De rechten en plichten van de exploitant, die al dan niet in overtreding³ is, zijn wettelijk bepaald, zoals in deze bijdrage zal worden beschreven. Verschillende bepalingen in de milieuwetgeving leggen de exploitanten van inrichtingen periodieke en occasionele notificatieverplichtingen op.

De notificatieverplichting creëert in de praktijk delicate problemen voor vele bedrijfsleiders. De vraag rijst immers of dergelijke notificatieverplichtingen verenigbaar zijn met het zwijgrecht of het recht om niet mee te werken aan zijn eigen vervolging. De notificatieverplichting verplicht de overtredders immers een mechanisme op gang te brengen dat ontegensprekelijk kan leiden tot de bekentenis van een misdrijf.⁴

Zelfs indien de niet-nalevering van notificatieverplichting *in se* niet strafrechtelijk wordt beteugeld, blijft de verenigbaarheid van die verplichting met het zwijgrecht een heikel punt, omdat vele milieurechtelijke bepalingen ook administratiefrechtelijk bestraft kunnen worden. De aard van administratiefrechtelijke geldboetes heeft het voorwerp uitgemakt van een levendige discussie, maar thans wordt algemeen aanvaard dat dergelijke geldboeten echte straffen in de strafrechtelijke zin kunnen uitmaken.⁵

3. In deze bijdrage zullen wij een exemplatief overzicht geven van verschillende notificatieverplichtingen in het milieurecht, waarvan de overtreding tot een veroordeling kan leiden. Vervolgens zullen wij de juridische basis en het toepassingsgebied van het zwijgrecht in het Belgisch recht, en

specifiek in het milieurecht, uitdiepen, getoetst aan art. 14.3.g van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten, art. 6.1 E.V.R.M. en de rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens dienaangaande.

II. DE PLICHTEN VAN DE EXPLOITANT – DE RECHTEN VAN DE OVERTREDER

A. Notificatieverplichtingen in het milieurecht

4. Er kunnen *grosso modo* twee soorten notificatieverplichtingen worden onderscheiden. Het eerste type is een zuivere verplichting tot mededeling van bepaalde gegevens,⁶ terwijl de tweede categorie en zeer specifiek misdrijf uitmaakt in geval van niet-naleving van de notificatieplicht: het betreft het misdrijf van verhindering van toezicht.

De Belgische milieuwetgeving staat bol van allerhande meldings-, registratie- en aangifteverplichtingen, waarvan de meeste een wederkerend karakter hebben. Het is overigens opmerkelijk dat de termijnen vooral in het voorjaar geconcentreerd zijn.

In deze bijdrage trachten wij de twee essentiële begrippen «notificatie» en «verhindering van toezicht» te verduidelijken, maar wegens de omvang van de problematiek zijn wij genooddaakt om in de beschrijving louter exemplatief en illustrerend tewerk te gaan.

1^o Notificatie

5. In het Vlaams decreet van 5 april 1995 houdende algemene bepalingen aangaande het milieubeleid⁷ werd door het decreet van 19 april 1995⁸ een artikel 3.7.1 ingevoerd met een titel betreffende bedrijfsinterne milieuzorg. De noodzakelijke uitvoeringsmaatregelen werden op 26 juni 1996 door de Vlaamse Regering getroffen in het kader van VLAREM I en VLAREM II, waarbij het artikel 3.7.1 werd opgenomen in de sectie aangaande de informatieplicht (artikel 4.1.5.3 van VLAREM II).⁹

⁶ In Nederland wordt een onderscheid gemaakt tussen actieve en passieve rapportageplicht: actief rapporteren houdt in dat de exploitant de meetresultaten ter kennis brengt van het bevoegd gezag. Deze rapportageplicht kan periodiek of incidenteel zijn. Bij een passieve rapportageplicht moet men als overheid zelf naar het bedrijf toe dat dan vervolgens de meetgegevens op vordering van de toezichthouder moet kunnen tonen (DE LANGE, A., *l.c.*, p.129).

⁷ B.S., 3 juni 1995, hierna verkort: het decreet van 5 april 1995.

⁸ Decreet Vlaamse Raad van 19 april 1995 houdende vervollediging van het decreet van de Vlaamse Raad van 5 april 1995, houdende algemene bepalingen aangaande het milieubeleid met een titel betreffende bedrijfsinterne milieuzorg, B.S., 4 juli 1995.

⁹ Ter informatie: een gelijksoortige verplichting is opgenomen in art. 4.1.3.4 VLAREM II: ingeval van een voorval dat aanleiding kan geven tot ernstige schade of dreigend gevaar voor de omgeving, of van een vloeistoflek dat aanleiding geeft tot bodemverontreiniging of tot verspreiding in de riolering, de oppervlaktewateren, het grondwater of naburige eigendommen, moet de exploitant dit voorval en de corrigerende maatregelen melden aan de burgemees-

¹ Cijfers uit het Milieuhandlingsrapport 2000 van de milieuinspectie.

² Zie hierover: HORVAT, S. en PEETERMANS, K., «De bevoegdheden van de toezichthoudende ambtenaar in milieuzaken», *R.W.*, 2000-2001, p. 929 e.v.

³ Deze bijdrage handelt niet enkel over de rechten van de overtreder *sensu stricto*, maar ook over die van de exploitant die niet in overtreding is. Omdat wij ons evenwel in het bijzonder toespitsen op het zwijgrecht, dat veel meer binnen de sfeer van de overtreder wordt gesitueerd, hebben wij als titel de (strikt genomen te restrictieve) titel «De rechten van de overtreder» gebruikt.

⁴ Ook in Nederland komt dit vraagstuk in de rechtsleer aan bod: we verwijzen naar DE LANGE, A., «Zelfregulering en zelfincriminatie in het milieustrafrecht», *Milieu & Recht*, 1998, nr. 5, p. 128 e.v.

⁵ Zie hierover uitgebreid: BOES, M., *Administratieve sancties en artikel 6 E.V.R.M. in België*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1989; ALEN, A., «Administratieve geldboeten: hun internationaal- en internrechtelijke kwalificatie», in *Liber amicorum G. Baeteman*, Deurne, Kluwer Rechtswetenschappen, 1997, 394.

6. Art. 3.7.1, § 1 bepaalt dat de exploitant van een inrichting de nodige maatregelen neemt om in geval van accidentele emissies die verontreiniging kunnen veroorzaken:¹⁰ a) de bevoegde controleambtenaar daarvan onverwijld in kennis te stellen; b) derden die ten gevolge van de emissie schade kunnen lijden, onverwijld te waarschuwen met opgave van de maatregelen die zij kunnen nemen om het gevaar af te wenden dan wel te beperken;¹¹ c) de gevolgen voor mens en milieu zo veel mogelijk te beperken.

Art. 3.7.1, § 2 bepaalt dat, als de emissie gevaar kan opleveren voor beschadiging van een afvalwaterzuiveringsinstallatie, de exploitant bovendien onmiddellijk de beheerder van de betrokken installatie waarschuwt.

Ten slotte schrijft art. 1 3.7.1, § 3 voor dat, wanneer de zuiveringstechnische voorzieningen van een inrichting wegens storing of enige andere oorzaak uitvallen, of wanneer om enige andere reden de emissie- of immissienormen worden overschreden, de exploitant de bevoegde controleambtenaar daarvan onverwijld in kennis stelt.

7. Het decreet van 5 april 1995 rept met geen woord over wat men dient te verstaan onder «accidentele emissie».

Wij menen dat de term «accidenteel» dient te worden geïnterpreteerd als betrekking hebbende op een brand of een explosie tijdens de exploitatie van een inrichting.¹² In de toelichting wordt bij de bespreking van de term «emissie» het onderscheid gemaakt tussen emissies veroorzaakt door de mens en accidentele emissies zoals die welke betrekking hebben op een brand of op een explosie.¹³

8. Op de overtreding van de bepalingen van art. 3.7.1 van het decreet van 5 april 1985 staat een gevangenisstraf van

ter en de afdeling Milieu-inspectie. Ook het milieujaarverslag dat de exploitant ieder jaar vóór 1 april dient te bezorgen aan de afdeling Milieuvergunningen is een meldingsverplichting (art. 4.1.8.2 VLAREM II). De exploitant van een verbrandingsinrichting voor afvalstoffen verwittigt onmiddellijk de toezichthoudende ambtenaar en de afdeling Milieuvergunningen wanneer uit de metingen blijkt dat de emissiegrenswaarden zijn overschreden (art. 5.2.3.1.9 VLAREM II). Exploitanten van stallen en mestopslagplaatsen moeten een ernstig lek als gevolg van een accidentele gebeurtenis en dat aanleiding kan geven tot o.a. bodemverontreiniging, onmiddellijk melden aan de toezichthoudende ambtenaar en aan de burgemeester (art. 5.28.2.3 VLAREM II).

¹⁰ De termen «verontreiniging» en «emissie» worden gedefinieerd in het decreet van 5 april 1995. Onder «emissie» wordt verstaan elke inbreng door de mens van verontreinigingsfactoren in de atmosfeer, de bodem of het water. «Verontreinigingsfactoren» zijn vaste stoffen, vloeistoffen, gassen, micro-organismen, energievormen zoals warmte, stralingen, licht, geluid en andere trillingen. Onder «verontreiniging» verstaat men de door de mens veroorzaakte aanwezigheid van verontreinigingsfactoren in de atmosfeer, de bodem of het water die mens of milieu op rechtstreekse of onrechtstreekse wijze nadelig beïnvloedt of kan beïnvloeden.

¹¹ Deze bepaling is evenwel niet van toepassing wanneer de voorschriften, vastgesteld door de federale overheid in het raam van de civiele bescherming, van toepassing zijn.

¹² Deze interpretatie blijkt te worden bevestigd door de memorie van toelichting bij het decreet van 5 april 1995.

¹³ *Parl. St.*, VI. R., 1994-95, nr. 718/1, p. 18. Inzake calamiteiten bestaat er overigens een specifieke wetgeving: wet van 21 januari 1987 inzake de risico's van zware ongevallen bij bepaalde industriële activiteiten (Seveso-wet), *B.S.*, 10 maart 1987. Art. 2, 3° van de wet van 21 januari 1987 definieert het begrip «zwaar ongeval» als een gebeurtenis, zoals zware emissie, brand of explosie i.v.m. een ongewoon voorval bij een industriële activiteit die een ernstig,

een maand tot drie jaar en/of een geldboete van 100 fr. tot 10 miljoen fr. Deze sanctie heeft een totaal andere inhoud gekregen sinds de inwerkingtreding van de wet van 4 mei 1999 tot invoering van de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van rechtspersonen.¹⁴

9. Inzake bescherming van het leefmilieu bevat de Brusselse ordonnantie van 5 juni 1997 betreffende de milieuvergunningen een informatieverplichting¹⁵ van de vergunninghouders naar de bevoegde overheden toe, met name het Brussels Instituut voor Milieubeheer (B.I.M.). Deze verplichting bestaat erin het B.I.M. en de gemeente onmiddellijk op de hoogte te brengen van elk ongeval of incident dat het leefmilieu of de gezondheid en de veiligheid van de personen zou kunnen schaden. Degene die deze bepaling overtreedt, wordt met een gevangenis van acht tot twaalf maanden en met een boete van 100 tot 100.000 fr. of met een van die straffen gestraft.¹⁶

10. In het Waalse Gewest bevat het CWATUP¹⁷ een artikel 139 dat voorschrijft dat de houder van de (bouw-)vergunning binnen een termijn van dertig dagen te rekenen vanaf de voltooiing van de ruwbouwwerken met dak die aan een vergunning zijn onderworpen, of bij gebreke hiervan, vanaf het einde van de termijn waarbinnen ze voltooid moesten zijn, een aangetekende verklaring stuurt naar het college van burgemeester en schepenen en naar de gemachtigde ambtenaar, waarin hij bevestigt dat de werken al dan niet voltooid zijn of al dan niet overeenkomstig de afgegeven vergunning werden uitgevoerd. De decreetgever heeft geen enkele sanctie bepaald in geval van niet-naleving van deze verplichting. Nochtans zal de overtreder vervolgd kunnen worden voor de rechtbank op basis van het afleggen van valse verklaringen.¹⁸

onmiddellijk of later optredend gevaar oplevert voor de mens binnen of buiten de inrichting en/of voor het milieu, en waarbij een of meer gevaarlijke stoffen betrokken zijn.

¹⁴ *B.S.*, 22 juni 1999. Naar Belgisch recht konden rechtspersonen vóór de invoering van de wet van 4 mei 1999 niet gestraft worden (Cass., 10 oktober 1979, *Pas.*, 1980, I, 117; Cass., 20 juni 1995, *Pas.*, 1995, I, nr. 315; Cass., 12 september 1995, *Pas.*, 1995, I, nr. 377), hoewel algemeen werd aanvaard dat zij wel misdrijven konden plegen («*societas delinquere potest, sed non puniri potest*») (Cass., 8 april 1946, *Pas.*, 1946, I, 136; vaste rechtspraak sinds het arrest van 11 december 1967, *Pas.*, 1968, I, 489). Thans is een rechtspersoon strafrechtelijk verantwoordelijk voor misdrijven die intrinsiek verband houden met de verwezenlijking van zijn doel of de waarneming van zijn belangen, of die, naar blijkt uit de concrete omstandigheden, voor zijn rekening zijn gepleegd. Wanneer de rechtspersoon verantwoordelijk wordt gesteld (uitsluitend) wegens het optreden van een geïdentificeerde natuurlijke persoon, kan enkel degene die de zwaarste fout heeft begaan worden veroordeeld, en indien de geïdentificeerde natuurlijke persoon de fout wetens en willens heeft gepleegd, kan hij samen met de verantwoordelijke rechtspersoon worden veroordeeld.

¹⁵ Art. 63, § 1, vierde lid, Ordonnantie van 5 juni 1997.

¹⁶ Art. 96, 5° van de Brusselse Ordonnantie van 5 juni 1997.

¹⁷ CWATUP = Code wallon de l'aménagement du territoire, de l'urbanisme et du patrimoine, *B.S.*, 25 mei 1984, als gewijzigd bij decreet van de Waalse gewestraad van 27 november 1997, *B.S.*, 12 februari 1998 (decreet tot wijziging van het Waalse wetboek van ruimtelijke ordening, stedenbouw en patrimonium).

¹⁸ *Parl. St.*, Waalse Gewestraad, 1996-97, nr. 285/222, p. 231.

2^o Verhinderen van toezicht

11. Conform art. 47 van het Vlaamse Afvalstoffendecreet zijn de exploitanten van bepaalde vergunningsplichtige inrichtingen onderworpen aan een milieuheffing.

Art. 47ter, § 5, van het Vlaamse Afvalstoffendecreet bepaalt dat de heffingsplichtige verplicht is om op ieder verzoek van de ambtenaren belast met de controle op de naleving van de verplichtingen inzake de heffing, mondeling of schriftelijk alle inlichtingen te verschaffen die hem worden gevraagd om de voldoening van de heffing of de juistheid van de aangegeven bedragen na te gaan.

Degene die het krachtens dit decreet geregelde toezicht verhindert, wordt gestraft met een gevangenisstraf van een maand tot vijf jaar en/of met een geldboete van 100 fr. tot 10 miljoen fr.¹⁹

12. De Brusselse ordonnantie van 25 maart 1999 betreffende de opsporing, de vaststelling, de vervolging en de bestraffing van misdrijven inzake leefmilieu²⁰ bepaalt op algemene wijze de regelen die betrekking hebben op de toezichts- en dwangbepalingen van de ambtenaren belast met dit toezicht, toepasselijk op het geheel van de Brusselse milieuwetgeving.²¹

Elkeen die de toezichthoudende ambtenaren niet de gevraagde inlichtingen verstrekt of hen het materiaal weigert te tonen dat wordt gebruikt teneinde de goede werking van de installatie te controleren, wordt bestraft met een administratieve geldboete. Talloze gelijkaardige bepalingen komen voor in de meeste milieuwetten.

13. De personen die worden aangeduid in de milieuwetgeving hebben overeenkomstig de bepalingen van die milieuwetgeving betreffende de bestraffing van de verhindering van toezicht blijkbaar geen keuze en zouden aldus verplicht zijn om mee te werken met de milieuambtenaren. De vraag die thans rijst, is tot waar deze medewerkingsplicht zich in werkelijkheid uitstrekt. We zullen dit probleem in het volgende onderdeel behandelen.

B. Analyse van het zwijgrecht in België

1^o Algemene rechtsbeginselen – Rechten van de verdediging

14. Het zogenaamde «zwijgrecht» houdt in dat elkeen die wordt beschuldigd van een misdrijf, het recht heeft te zwijgen en niet mee te werken aan zijn eigen strafvervolging. Een dergelijk zwijgen kan niet worden beschouwd als een aanwijzing of een bewijs van zijn schuld of als een reden om strafrechtelijke sancties toe te passen.²²

¹⁹ Art. 56, § 1, 2^o, van het Vlaamse afvalstoffendecreet van 2 juli 1981.

²⁰ B.S., 24 juni 1999.

²¹ Zie: HORVAT, S. en PEETERMANS, K., «De bevoegdheden van de toezichthoudende ambtenaar in milieuzaken», *l.c.*

²² Zie DESMET, B., «La valeur de l'aveu en matière pénale», *R.D.P.*, 1994, (631), 639-644; KLEES, O., «De l'obligation de témoigner au droit au silence» (noot onder E.C.R.M., K. t/Oostenrijk, 13 oktober 1992, nr. 16002/90), *Rev. Trim. Dr. H.*, 1994, 248 e.v.; QUARRE, Ph., «Le droit au silence», *J.T.*, 1974, 525-528; QUARRE, Ph., «Actualité du droit au silence», *Journ. des Procès*, 1988, nr. 135, p. 12-14 en 1988, nr. 136, p. 14-17; QUARRE, Ph., «Les droits de l'homme et le procès équitable», in *Présence du droit public et des droits de l'homme. Mélanges offerts à Jacques*

15. Het zwijgrecht wordt expliciet erkend door art. 14.3.g van het Internationaal Verdrag van 19 december 1966 inzake burgerrechten en politieke rechten,²³ dat werd goedgekeurd en geratificeerd door België.²⁴ Dit artikel 14.3.g bepaalt dat niemand kan worden gedwongen om tegen zichzelf te getuigen of om een bekentenis af te leggen. Deze rechten maken deel uit van de minimumgaranties die van toepassing zijn bij het bepalen van de gegrondheid van een tegen die persoon ingestelde strafvordering.

In een arrest van 6 mei 1993 heeft het Hof van Cassatie aan dit artikel uitdrukkelijk directe werking toegekend.²⁵ Het kan dus rechtstreeks worden ingeroepen voor de Belgische rechtbanken.²⁶

16. In tegenstelling tot art. 14.3.g van het BuPo, vermeldt art. 6.1 E.V.R.M.²⁷ het zwijgrecht niet uitdrukkelijk, maar wel impliciet.²⁸ De arresten van het Europese Hof van de Rechten van de Mens hebben zowel betrekking op de bestraffing van het zwijgen van de verdachte als het gebruik, in een strafrechtelijke procedure, van inlichtingen die werden vergaard tijdens een administratief onderzoek onder het

Velu, II, 1992, (871), p. 857-878, VAN DEN WIJNGAERT, C., *Strafrecht en strafprocesrecht in hoofdlijnen*, II, 1994, p. 557-560; VELU, J. en ERGEC, R., *La convention européenne des droits de l'homme*, 1990, nrs. 559 e.v.; VELU, J., «Overwegingen omtrent de betrekkingen tussen de parlementaire onderzoekscommissies en de rechterlijke macht», *Arr. Cass.*, 1994, 5.

²³ Hierna verkort: het BuPo.

²⁴ Wet van 15 mei 1980, *B.S.*, 6 juni 1993.

²⁵ Cass., 6 mei 1993, *R.W.*, 1993-94, 382 met conclusie van advocaat-generaal BRESSELEERS en noot van DE NAUW, A. en VAN DE BOTERMET, M.; reeds in een arrest van 11 maart 1992 maakte het Hof van Cassatie allusie op het zwijgrecht door te verwijzen naar artikel 14.3.g. van het BuPo (Cass., 11 maart 1992, *Arr. Cass.*, 1991-92, p.657).

²⁶ Er moet worden opgemerkt dat bepaalde auteurs zich beroepen op de preliminaire overwegingen van het BuPo (m.b.t. het menselijk wezen) teneinde het standpunt te verdedigen dat het principe van het zwijgrecht enkel van toepassing is op fysieke personen (zie bijvoorbeeld het verslag van advocaat-generaal DARMON van 18 mei 1989, voorafgaand aan de arresten van het E.H.R.M. van 18 oktober 1989, nr. 374/87, Orkem, en nr. 57/88, Solvay, *S.E.W.*, 1990, 406). Er is echter nog geen specifieke rechtspraak aangaande het materiële toepassingsgebied van dit artikel, zodat bovenvermelde stelling vooralsnog niet bevestigd werd.

²⁷ De Belgische rechtspraak aanvaardt dat art. 6 E.V.R.M. directe werking heeft en dienvolgens rechtstreeks voor de Belgische rechtbanken kan worden ingeroepen door zowel fysieke als rechtspersonen (VELU, J. en ERGEC, R., *o.c.*, nr. 82-83). Overigens werd in 1983 een wetsvoorstel houdende het zwijgrecht ingediend door volksvertegenwoordiger DIERICKX (*Parl. St.*, Kamer, 1983-84, nr. 948/6). Op internationaal vlak erkennen de door de Veiligheidsraad aangenomen resoluties 827 (1993) en 955 (1994), die het statuut van de internationale tribunaal voor ex-Joegoslavië en Rwanda vastleggen, nu reeds een zwijgrecht voor de beschuldigde (wet van 22 maart 1996 houdende de erkenning van deze twee tribunaal, *B.S.*, 27 april 1996) en voorziet het statuut van het Internationaal Strafgerecht, aangenomen te Rome op 17 juli 1998, ook in een zwijgrecht voor de beschuldigde.

²⁸ Art. 6.1: «Bij het vaststellen van zijn burgerlijke rechten en verplichtingen of bij het bepalen van de gegrondheid van een tegen hem ingestelde strafvervolging heeft eenieder recht op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak, binnen een redelijke termijn, door een onafhankelijke en onpartijdige rechterlijke instantie welke bij de wet is ingesteld.»

dreigement van vervolgingen in geval van weigering om aan dit onderzoek deel te nemen.

17. Blijkens de tekst van art. 6.1 E.V.R.M. is het principe van toepassing op elke procedure die betrekking heeft op de gegrondheid van een strafvervolgung. Met betrekking tot het begrip «strafvervolgung» in de zin van art. 6.1 E.V.R.M. heeft de Belgische rechtspraak zeer lang de stelling verdedigd dat de in dit artikel bepaalde minimumgaranties slechts toepassing vonden in de loop van de vonnisfase van een strafrechtelijke procedure *sensu stricto*, aangezien enkel het vonnisgerecht zich kan uitspreken over de gegrondheid van een strafvervolgung. In die zin merkte advocaat-generaal Bresselleers in zijn conclusie voorafgaand aan het hierboven vermelde arrest van het Hof van Cassatie van 6 mei 1993 op dat het principe enkel van toepassing is op strafrechtelijke procedures.

De Europese rechtspraak en rechtsleer waren meer genuanceerd.²⁹ Dit belet echter niet dat in België de fase vóór de procedure voor het vonnisgerecht ontsnapte aan de minimumgaranties van art. 6 E.V.R.M.

18. De laatste jaren heeft zich een evolutie voorgedaan, zowel in de Europese als in de Belgische rechtspraak. Reeds in een arrest van 24 november 1986³⁰ heeft het Europese Hof voor de Rechten van de Mens geoordeeld dat het recht op een eerlijk proces geschonden zou worden indien men als bewijselementen inlichtingen zou aanwenden die werden vergaard tijdens een politieel onderzoek, zonder de rechten van de verdediging na te leven. Indien in de onderzoeksfase de niet-naleving van de vereisten van art. 6 E.V.R.M. het eerlijk karakter van het proces in het gedrang dreigt te brengen, moeten deze vereisten worden nageleefd, zelfs vóór het stadium van het vonnisgerecht.³¹

Het Hof van Cassatie heeft in een arrest van 15 januari 1991³² beslist dat, om te oordelen of een beklaagde een eerlijk proces voor het vonnisgerecht heeft gehad, de procedure in zijn geheel moet worden onderzocht en dat een gebrek dat betrekking heeft op een vroegere fase in de procedure de hele procedure kan aantasten: een schending van de rechten van de verdediging gedurende het voorbereidend onderzoek kan doorslaggevend zijn voor het verloop van de latere procedure en kan onherstelbaar zijn, in die zin dat het een eerlijk proces voor het vonnisgerecht onmogelijk kan maken.

19. Procureur-generaal Velu onderlijnde dat de begrippen «vervolgde» en «strafbaar feit» in art. 14.3.g van het BuPo, evenals de gelijksoortige bewoordingen in art. 6.1 E.V.R.M., een materiële en geen formele betekenis moesten krijgen. Het Europese Hof en de Europese Commissie verdedigen immers een duidelijk standpunt, waaruit blijkt dat de situatie van de vervolgde niet noodzakelijkerwijze impliceert dat

hij een «officiële notificatie van de betichting een strafrechtelijke inbreuk gepleegd te hebben, uitgaande van de bevoegde overheid»³³ moet ontvangen.³⁴ De beschuldiging kan ook de vorm aannemen van andere maatregelen die een dergelijke betichting inhouden en die belangrijke gevolgen voor de situatie van de verdachte kunnen teweegbrengen.³⁵ Procureur-generaal Velu voegde er tevens aan toe dat art. 14.3.g van het BulO eveneens zou kunnen worden toegepast op andere overheden dan de strafrechtelijke justitie en op procedures voorafgaand aan de strafprocedure in de enge zin van het woord.

2^o Rechtspraak van het E.H.R.M.

20. In het raam van het zwijgrecht verdienen een drietal arresten van het E.H.R.M. bijzondere aandacht, namelijk de arresten Funke (1993), Murray (1996) en Saunders (1996).

Op 25 februari 1993 heeft het Europese Hof voor de Rechten van de Mens een belangrijk arrest gewezen inzake Funke tegen Frankrijk. Dit arrest bevestigt het recht voor «elke vervolgde in de autonome zin van art. 6» om niet mee te werken aan zijn eigen vervolging.³⁶ Het arrest-Funke kan als een principiële arrest worden gekwalificeerd, omdat het voor de eerste keer aan elke verdachte het recht toekende te zwijgen en niet mee te werken aan zijn eigen vervolging.³⁷ Sinds het arrest-Funke wordt er algemeen aangenomen dat

³³ Betreffende art. 6 E.V.R.M., zie E.H.R.M. Ecker, 15 juli 1982, *Publ. C.E.D.H.*, Serie A, nr. 51, zie ook VAN DIJK, P.; «Acces to courts», in *The European system for the protection of human rights*, McDONALD, R., MATSCHER, F. en PETZOLD, H., (red.), 1993, p. 345.

³⁴ In Nederland houdt de Hoge Raad er een enigszins andere rechtspraak op na: de verdragsrechten ex art. 14.3.g BuPo en art. 6 E.V.R.M. komen uitsluitend toe aan degene die ervan wordt verdacht een strafrechtelijk misdrijf te hebben begaan. Volgens de Hoge Raad is daarvan pas sprake als door de Staat reeds een handeling is verricht, waaraan de verdachte in redelijkheid de gevolgtrekking heeft kunnen verbinden dat hij ervan beschuldigd wordt het misdrijf te hebben begaan (H.R., 26 oktober 1993, *NJ*, 1994, 629). Hiermee houdt de Raad art. 14.3.g BuPo en art. 6 E.V.R.M., voor wat betreft de toezichtsfase en een belangrijk deel van de opsporing, buiten de deur. Wij kunnen het met deze zienswijze niet eens zijn. In de praktijk zal bij milieudelicten de dagvaarding meestal de eerste, voor de verdachte herkenbare handeling namens de Staat zijn. Zoals De Lange terecht opmerkt, komt in dat geval de bescherming ex art. 6 E.V.R.M. en art. 14.3.g BuPo te laat, aangezien het bewijs al voor een belangrijk deel geleverd is (DE LANGE, A., *l.c.*, p. 131). Dit is ons inziens strijdig met de rechtspraak van het E.H.R.M., die stelt dat de beschuldiging niet noodzakelijkerwijze de vorm van een officiële notificatie van de betichting moet aannemen, maar ook op andere manieren kan geschieden. De beschuldiging kan met andere woorden reeds geschieden tijdens de toezichtsfase.

³⁵ E.H.R.M., Foti, 10 december 1992, *Publ. C.E.D.H.*, Serie A, nr. 56; zie ook Öztürk, 21 februari 1984, *Publ. C.E.D.H.*, Serie A, nr. 73 en Broziek, 19 december 1989, *Publ. C.E.D.H.*, Serie A, nr. 167.

³⁶ E.H.R.M., Funke t/ Frankrijk, 25 februari 1993, *Publ. C.E.D.H.*, Serie A, vol. 256-A.

³⁷ In het Nederlands spreekt men doorgaans van «zwijgrecht», een uitdrukking die vaak te beperkend is. In het Engels koppelt men aan de term «the right to remain silent» bijna altijd «the privilege against self-incrimination». Deze benaming is vollediger en dus juist. In het arrest-Funke heeft het Hof trouwens niet alleen het bestaan van het zwijgrecht erkend, maar ook het meer algemene recht niet mee te werken aan zijn eigen vervolging, met name te

²⁹ KOHL, A., «Implication de l'article 6 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme en procédure pénale», *J.T.*, 1988, 434-435; VERLINDEN, J., «De toepassing van artikel 6 van het Europees Verdrag van de Rechten van de Mens in strafzaken buiten het stadium van het vonnisgerecht», *Panopticon*, 1983, 6-13 en 103-119.

³⁰ E.H.R.M., Unterpertinger t/ Oostenrijk, 24 november 1986, *Publ. C.E.D.H.*, Serie A, nr. 87.

³¹ E.H.R.M., Imbrioscia, 24 november 1993, *Publ. C.E.D.H.*, Serie A.

³² Cass., 15 januari 1991, *Arr.Cass.*, 1990-91, p. 504, nr. 249.

het recht om niet tegen zichzelf te getuigen deel uitmaakt van het recht op een eerlijk proces, en dit ten voordele van elkeen die het voorwerp uitmaakt van een strafrechtelijke vervolging, omdat dit recht wordt beschermd door art. 6.1 E.V.R.M.

Twee andere arresten van het Hof, gewezen in de zaken «Murray»³⁸ en «Saunders»³⁹ (1996) hebben de Funke-rechtspraak bevestigd en hebben de omvang en de grenzen van het zwijgrecht uitgewerkt.

In het arrest-Murray erkende het Hof het bestaan van het zwijgrecht en knoopte het dit vast aan art. 6 E.V.R.M., dat het recht vóór elkeen op een eerlijk proces garandeert, maar dat niet uitdrukkelijk melding maakt van het zwijgrecht.

In het arrest-Saunders werd geoordeeld dat het aanwenden van verklaringen die werden afgedwongen onder dreiging van de wettelijk bepaalde strafrechtelijke vervolging bij weigering, een schending uitmaakt van art. 6 E.V.R.M.

a) *Het arrest-Funke*

21. In het arrest-Funke werd Frankrijk veroordeeld wegens schending van het fundamenteel recht van een onderdaan (Funke) op een eerlijk proces, omdat Funke werd veroordeeld op basis van een bepaling uit het Franse Wetboek van Inkomstenbelastingen, aangezien hij had geweigerd bepaalde documenten mede te delen die tot vervolging zouden kunnen leiden.⁴⁰

Immers, in het raam van een onderzoek aangaande eventuele overtredingen van de wetgeving betreffende financiële relaties met het buitenland, kreeg Funke een huisbezoek van de administratie der douane en accijnzen, die een zeker aantal documenten in beslag nam. De administratie eiste dat Funke de rekeninguittreksels van zijn verschillende rekeningen zou mededelen. Overeenkomstig het toenmalige Franse recht had de fiscale administratie het recht om eender welke informatie op te vragen die zij nuttig achtte voor de uitoefening van haar functies. In geval van weigering konden boetes en andere sancties worden opgelegd. Omdat Funke niet meewerkte met de administratie, werd hij gedagvaard voor de politierechtbank van Straatsburg, die hem op 27 september 1982 veroordeelde tot een boete van 1200 Franse fr., en tot de mededeling van de litigieuze documenten op straffe van dwangsom van 20 Franse fr. per dag.⁴¹ Het Hof van Beroep van Colmar bevestigde dit vonnis, maar bracht de dwangsom op 50 Franse fr. per dag

weigeren bepaalde documenten voor te leggen die een inbeschuldigingstelling zouden teweegbrengen. Het Hof gaat dus veel verder dan het zwijgrecht *stricto sensu*.

³⁸ E.H.R.M., 8 februari 1996, Murray t/ Verenigd Koninkrijk, R.D.P.C., 1996, 949 e.v., met noot WATTIER, I., zie eveneens J.L.M.B., 1997, 452 e.v., met noot NEVE, M. en SADZOT, A., zie eveneens FOIGHEL, I., *Judgments, reports and other material, European Court of Human Rights*, Copenhagen, Københavns Universitet Press, 1996, 59.

³⁹ E.H.R.M., 17 december 1996, Saunders t/ Verenigd Koninkrijk, J.T. dr. eur., 1997, 67.

⁴⁰ Funke is uiteindelijk niet vervolgd geworden wegens overtreding van de wetgeving houdende financiële relaties met het buitenland, maar is wel veroordeeld geworden voor zijn weigering mee te werken met de Franse administratie der douane.

vertraging. Het Hof van Cassatie verwierp de voorziening van Funke.

Uiteindelijk richtte Funke zich tot de Straatsburgse instanties.

22. Het Europese Hof van de Rechten van de Mens besloot tot een schending van art. 6 E.V.R.M.: «La Cour constate que les douanes (françaises) provoquent la condamnation de M. Funke pour obtenir certaines pièces, dont est supposée l'existence sans en avoir la certitude. Faute de pouvoir ou vouloir se les procurer par un autre moyen, elles tentèrent de contraindre le requérant à fournir lui-même la preuve de l'infraction qu'il aurait commise. Des particularités du droit douanier⁴² (...) ne sauraient justifier une telle atteinte au droit, pour tout «accusé» au sens autonome que l'article 6 attribue à ce terme, de se taire et de ne point contribuer à sa propre incrimination.»⁴³

Het recht om niet mee te werken aan zijn eigen vervolging spruit voort uit de rechten van verdediging en ontsnapt aan de politieke, economische of strafrechtelijke vereisten van de lidstaten.⁴⁴ Het Hof erkent dit recht op zeer uitdrukkelijke wijze. Het zwijgrecht geldt niet enkel ten aanzien van rechter, maar richt zich eveneens tot de wetgever, die geen bewijsmiddelen mag voorschrijven die onverenigbaar zijn met het zwijgrecht.⁴⁵

In tegenstelling tot de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens, heeft het Europese Hof voor de Rechten van de Mens de Franse verwijzing naar de specifieke omstandigheden van fiscale misdrijven niet aanvaard als afdoende rechtvaardiging voor de verplichting bepaalde documenten mede te delen. Opvallend genoeg besteedde het Hof zeer weinig bewoordingen aan deze eerder onverwachte jurisprudentie.⁴⁶

b) *Het arrest-Murray*

23. John Murray, IRA-lid, werd in eerste aanleg berecht door de Lord Chief Justice van Noord-Ierland, alleenrechtsprekende rechter, die uitspraak doet zonder jury. Murray werd veroordeeld tot acht jaar gevangenisstraf wegens mededaderschap aan de opsluiting van een zekere M.L. Het Hof van Beroep van Noord-Ierland bevestigde deze beslissing.

Tijdens zijn arrestatie, op 7 januari 1990, bevond Murray zich op de plaats van het misdrijf. Tijdens de twaalf ver-

⁴¹ BEERNAERT, M.-A., «Le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination et ses implications en droit pénal social belge», *Orientations*, 12 december 1997, p. 218-219.

⁴² Inzake douane en accijnzen zijn de invoerders, uitvoerders en elke tussenkommende partij in de invoer of de uitvoer van goederen (met inbegrip van de banken) verplicht om zonder verplaatsing op elk verzoek van de agenten van de douane en accijnzen, hun facturen, afschriften van brieven, inventarissen en dergelijke meer mede te delen, indien de administratie van oordeel is dat een dergelijke mededeling noodzakelijk is (art. 203 L.G.D.A.).

⁴³ Arrest-Funke, I.c., nr. 44.

⁴⁴ KEFER, F., *Le droit pénal du travail*, Brugge, Die Keure, 1997, 195.

⁴⁵ VIRRIOT-BARRIAL, D., «La preuve en droit dernier et la Convention Européenne des Droits de l'Homme», *Rev. Sc. Crim.*, 1994, 537 e.v.

⁴⁶ DE HERT, P., «Het zwijgrecht van verdachten en getuigen», *Vigiles, Tijdschrift voor Politie recht*, 1999, 2, p. 20.

horen die de politie afnam, verschaft Murray niet de minste uitleg aangaande zijn aanwezigheid op de plaats van het misdrijf. De politie had hem vóór de verhoren nochtans ingelicht omtrent het recht om niet te antwoorden op de vragen die gesteld zouden worden en de juridische gevolgen van een eventueel stilzwijgen. Overeenkomstig art. 3 van de Noord-Ierse Criminal Evidence Act 1988 kan dit stilzwijgen door de rechtbank in aanmerking worden genomen als een bewijselement ten laste. Op aanraden van zijn raadsman zweeg Murray gedurende de volledige procedure.

De rechter ten gronde trok uit het zwijgen van Murray negatieve gevolgtrekkingen. De rechter was van oordeel dat de bewijzen ten laste «verpletterend» waren en om een veroordeling vroegen. Te dien einde baseerde de rechter zich op een Noord-Ierse wet van 1988 betreffende bewijsvoering in strafrechtelijke zaken, die de rechter onder bepaalde omstandigheden toelaat om, enerzijds, besluiten te trekken uit het stilzwijgen van de beschuldigde tijdens zijn verhoor door de politie (art. 3) en tijdens het proces wanneer hij wordt uitgenodigd om te getuigen (art. 4), alsook uit zijn weigering om uitleg te verschaffen omtrent zijn aanwezigheid op een bepaalde plaats (artikel 6), en, anderzijds, om op basis van deze besluiten te overwegen dat een dergelijk stilzwijgen een bewijs ten laste is.

24. Murray richtte zich tot de Europese Commissie van de Rechten van de Mens, die de zaak doorverwees naar het Hof. Voor het Hof voerde Murray aan dat de Noord-Ierse wet van 1988 art. 6.1 E.V.R.M. schendt, doordat het zijn zwijgrecht en zijn recht om niet mee te werken aan zijn eigen vervolging zou miskennen. Murray was van oordeel dat deze rechten absolute rechten zijn, zonder uitzondering van toepassing op elke verdachte.

Het Europese Hof oordeelde dat, gezien de omstandigheden, de negatieve besluiten die werden getrokken uit het zwijgen van Murray met voldoende waarborgen waren omringd.⁴⁷ Het Hof heeft uiteindelijk besloten, rekening houdende met de omstandigheden van de zaak, dat art. 6 E.V.R.M. niet werd geschonden. Uit het arrest-Murray kan dus worden afgeleid dat het Europese Hof voor de Rechten van de Mens het zwijgrecht niet als een *absoluut* recht beschouwt.⁴⁸ Wederom besteedde het Hof weinig bewoordingen aan zijn jurisprudentie.

25. De erkenning van een absoluut zwijgrecht en van een absoluut recht om niet mee te werken aan zijn eigen vervolging was destijds overigens alles behalve evident, aangezien een dergelijk recht niet uitdrukkelijk werd toegekend door art. 6 E.V.R.M. Enkele jaren voordien was het Europese Hof van Justitie nog van oordeel dat het noch uit de bewoordingen van art. 6 E.V.R.M. noch uit de rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens bleek dit art. 6 een recht toekeende om niet tegen zichzelf te getuigen.⁴⁹

⁴⁷ SADZOT, A., «Cour Européenne des Droits de l'Homme: Murray c/ Royaume Uni» *J.L.M.B.*, 1997, 467.

⁴⁸ Het dient wel te worden opgemerkt dat het arrest-Murray geen eenparigheid van stemmen genoot. De afwijkende meningen van sommige rechters bij het arrest hebben heel wat commotie teweeggebracht (o.m. KUTY, F., «Le droit à un procès équitable au sens de la jurisprudence strasbourgeoise en 1996», *J.L.M.B.*, 1998, 158-161). Deze rechters verwierpen het meerderheidsstandpunt en wezen erop dat de aanvaarding van beperkingen op het zwijgrecht risico's genereert voor de kwaliteit van de bewijsvoering en de behoorlijke toepassing van de algemene rechtsbeginselen.

c) Het arrest-Saunders

26. In de zaak Saunders t/ Verenigd Koninkrijk had een Britse rechter in het raam van een strafrechtelijke procedure de verklaringen gebruikt die Saunders had afgelegd tijdens verscheidene onderhouds met de inspecteurs van het Ministerie van Buitenlandse Handel. Twee bedrijven vochten om de overname van een derde bedrijf. Achteraf bleek dat het «winnende bedrijf», Guinness, de prijs van zijn aandelen onwettig had opgedreven. Saunders was als directeur van Guinness betrokken bij deze illegale praktijken. Hij werd hierover door de controle-inspecteurs van het *Department of Trade and Industry* negen keer ondervraagd. Indien Saunders weigerde te antwoorden op de hem gestelde vragen, stelde hij zich bloot aan een straf die kon oplopen tot twee jaar opsluiting of een boete. Saunders was dus verplicht zichzelf te beschuldigen, bij gebreke waaraan hij zich blootstelde aan strafrechtelijke sancties.

In tegenstelling tot Funke, had Saunders toegegeven aan deze bedreiging, zodat het Hof zich niet diende uit te spreken over een veroordeling opgelopen door een verzoeker wegens het feit dat hij weigerde mede te werken aan zijn eigen vervolging. Het Hof diende zich dientengevolge enkel uit te spreken over het gebruik van stukken die waren verkregen van een verzoeker onder bedreiging van sancties, in het raam van een strafrechtelijke vervolging. Het Hof was van oordeel dat het Openbaar ministerie zeer gretig gebruik had gemaakt van de verklaringen die Saunders juridisch verplicht was af te leggen ten overstaan van de inspecteurs, zodat het Hof besloot tot een schending van art. 6.1 E.V.R.M.

De omstandigheid dat het *in casu* ging om verklaringen en dat dientengevolge de naleving van de wil van een beschuldigde om te zwijgen in het spel was (zwijgrecht *stricto sensu*) blijkt doorslaggevend te zijn geweest. Het Hof verduidelijkte immers dat het recht om niet mee te werken aan zijn eigen vervolging niet verhindert dat onderzoekers van de verdachte gegevens mogen verkrijgen die onafhankelijk van de wil van de verdachte bestaan, door hun toevlucht te nemen tot dwangmaatregelen, en deze gegevens vervolgens mogen gebruiken in de strafprocedure, zoals bloed-, urine- en ademstalen.⁵⁰

d) Analyse

27. De rechtspraak van de Straatsburgse instanties m.b.t. het recht voor elke beschuldigde om te zwijgen en niet deel te nemen aan zijn eigen vervolging is dus genuanceerd.⁵¹

Indien de weigering om deel te nemen aan zijn eigen vervolging een overtreding uitmaakt, schendt een strafrechtelijke veroordeling op deze basis art. 6 E.V.R.M. (arrest-Funke). Het Hof maakt duidelijk geen enkel voorbehoud dienaangaande. Het bestaan van een dergelijke overtreding maakt overigens een zodanig drukkingsmiddel uit dat de verklaringen die in voorkomend geval aldus onder

⁴⁹ Arrest Orkem.

⁵⁰ Het Hof van Justitie heeft het zwijgrecht nog in twee latere arresten aangesneden, namelijk het arrest-Serves (20 oktober 1997) en het arrest-Coëme (22 juni 2000). De bespreking van deze arresten is minder relevant in het raam van deze bijdrage.

⁵¹ BEERNAERT, M.A., *l.c.*, p. 221.

dwang verkregen zouden worden, niet gebruikt zullen mogen worden als bewijs ten laste in een latere procedure (arrest-Saunders). Documenten vallen echter niet onder de bescherming, met uitzondering van geschreven verklaringen.

Wanneer een beschuldigde zijn zwijgrecht gebruikt heeft van het begin tot het einde van een procedure, zonder dat dit gedrag *in se* een overtreding uitmaakt, is het loutere feit zijn stilzwijgen in overweging te nemen in de appreciatie van de schuld geen schending van art. 6 E.V.R.M. De veroordeling mag echter niet enkel of voornamelijk gefundeerd zijn op dergelijk stilzwijgen (arrest-Murray).

3^o Rechtspraak van het Hof van Cassatie

28. Overeenkomstig de rechtspraak van het Hof van Cassatie maakt het recht om niet deel te nemen aan zijn eigen vervolging een van de rechten van verdediging uit en is het aldus een algemeen rechtsbeginsel.

29. Reeds in een arrest van 21 februari 1882⁵² was het Hof van oordeel dat een getuige die werd verhoord door een onderzoeksrechter, kon weigeren te getuigen indien die getuigenis tot gevolg kon hebben hem in een compromitterende situatie te plaatsen of hem bloot te stellen aan vervolging. Dit standpunt is steeds door de meerderheid van de rechtsleer aanvaard geworden, hoewel het Hof zijn mening herzag in een arrest van 10 juli 1916.⁵³

De algemene erkenning van het recht om niet tegen zichzelf te getuigen geschiedde in een principiële arrest van het Hof van Cassatie van 13 mei 1986.⁵⁴ Dit arrest verwierp de voorziening tegen een arrest van het Hof van Beroep te Gent dat had beslist dat de belofte, die de bijzondere belastingsinspectie niet mocht maken aangezien zij hiertoe niet bevoegd was (belofte om de betrokkenen niet strafrechtelijk te zullen vervolgen), een onwettig middel was om verklaringen te verkrijgen, zodat strafvervolgning op grond van die verklaringen niet toelaatbaar was wegens schending van het recht van verdediging.

30. Het Hof van Cassatie weigerde vervolgens in het Transnuclear-arrest van 6 mei 1993⁵⁵ een beslissing van het Hof van Beroep te Antwerpen van 30 januari 1992 te vernietigen. Het arrest van het Hof van Beroep te Antwerpen verklaarde dat de strafvordering in een procedure waarin het strafdossier verklaringen bevatte die onder ede werden afgelegd voor een parlementaire onderzoekscommissie betreffende dezelfde feiten, weliswaar afzonderlijk gevoerd doch gelijktijdig met de strafvordering, de rechten van verdediging schond.⁵⁶

⁵² Cass., 21 februari 1882, *Pas.*, 1882, I, 74.

⁵³ Cass., 10 juli 1916, *Pas.*, 1916, I, 195.

⁵⁴ Cass., 13 mei 1986, *R.D.P.*, 1986, 905, met conclusie van advocaat-generaal DU JARDIN.

⁵⁵ Cass., 6 mei 1993, *l.c.*. Men dient op te merken dat bepaalde auteurs die dit arrest becommentarieerd (en vaak bekritiseerd) hebben, het beschouwen als een te subtiel arrest, gebaseerd op een feitelijke appreciatie, en niet als een principiële arrest: DE NAUW, A. en VAN DE BOTERMET, M. «Het ritueel bad dat van strafzonden zuivert en van strafzonden behoedt – Nog enkele overwegingen naar aanleiding van het Transnuclear-arrest», *R.W.*, 1993-94, 397 – 399.

⁵⁶ Zie eveneens Antwerpen 30 januari 1992, *R.W.*, 1991-92, 891, en 8 mei 1992, *R.W.*, 1992-93, 160; Vz. Rb. Luik, 6 juni 1986, *F.J.F.*, 1986, nr. 86/146.

In het bovenvermeld arrest van 6 mei 1993 was het Hof van Cassatie van oordeel dat het Belgische strafrecht geen enkel algemeen rechtsbeginsel bevat dat er zich tegen verzet dat een getuige, buiten de context van een strafvervolgning, onder ede wordt gehoord door een buiten de rechterlijke macht staande instantie, zelfs indien de gehoorde reeds verdachte is in een lopend gerechtelijk onderzoek over dezelfde feiten.⁵⁷ Zoals terecht opgemerkt door procureur-generaal Velu, lijkt dit niet tegenstrijdig met vorige rechtspraak van het Hof van Cassatie, omdat het Hof enkel oordeelde dat de enkele omstandigheid dat een getuige door een onderzoekscommissie onder ede wordt gehoord omtrent handelingen die hem blootstellen aan strafvervolgning, *als zodanig* geen schending oplevert van het recht van verdediging. Een rechtbank kan echter beslissen dat dit wel het geval is indien de getuigenis wordt gebruikt in de strafprocedure, bijvoorbeeld door de afgelegde verklaringen toe te voegen aan het lopende strafonderzoek tegen de verweerders, waarna zij in dit strafonderzoek daarover opnieuw worden ondervraagd,⁵⁸ ditmaal zonder eedaflegging.⁵⁹ Het Hof aanvaardde eveneens dat het Hof van Beroep in zulke omstandigheden kon beslissen dat een dergelijke schending van de rechten van verdediging niet meer rechtgezet kon worden (bijvoorbeeld door het verslag van de parlementaire commissie te weren uit de procedure) en dat de strafvervolgning onontvankelijk diende te worden verklaard.

Het Hof van Cassatie voegde er immers aan toe dat deze redenering vermeden kon worden door het feit dat een onder ede afgelegde verklaring voor een parlementaire onderzoekscommissie geen wettelijk bewijs is in een strafprocedure. De getuigenis is hoogstens een inlichting en de getuige kan zich op elk moment terugtrekken. Het Hof was van oordeel dat de omstandigheid dat getuigen het recht hebben om niet te antwoorden op de hun gestelde vragen, wanneer hun verklaringen later tegen hen aangewend zouden kunnen worden in een strafvervolgning, van generlei belang was in de gegeven omstandigheden. De meerderheid van de rechtsleer aanvaardt tegenwoordig dat een persoon die nog geen verdachte is onder ede verhoord kan worden door een onderzoeksrechter, en dat dit geen beletsel vormt voor het instellen van een latere strafvervolgning. Het is niettemin verkieselijk de eed niet op te leggen aan getuigen die verdachten kunnen worden.⁶⁰

⁵⁷ Cass., 6 mei 1993, *R.W.*, 1993-94, 392, met noot DE NAUW, A.; *Arr. Cass.*, 1993, 417, met noot MEERSSCHAUT, F., *J.T.*, 1994, 38; *Rev. Dr. Pén.*, 1994, 91; *Arr. Cass.*, 1993, 455, met conclusie van advocaat-generaal BRESSELEERS; *Jaarboek Mensenrechten 1993-1994*, 383; *Pas.*, 1993, 1, 452.

⁵⁸ Dit is ook de ruime interpretatie waarvoor het merendeel van de rechtsgeleerden opteert: voor toezicht mag medewerking wel verplicht worden gesteld en ook met straf worden bedreigd, maar dit is bij de opsporing/vervolgning niet toelaatbaar.

⁵⁹ VELU, J., *l.c.*, p. 33, die niet akkoord gaat met de impliciete redenering van het Hof dat art. 14.3 van het BuPo, art. 6 E.V.R.M. of de algemene beginselen van de verdediging niet van toepassing zouden zijn in procedures voor een parlementaire onderzoekscommissie. Uit de parlementaire voorbereidingsstukken van de wet van 3 mei 1880 houdende oprichting van parlementaire onderzoekscommissies blijkt immers duidelijk dat de getuige die de eed heeft afgelegd, het recht heeft niet te antwoorden op vragen die hem ertoe zouden dwingen te bekennen dat hij schuldig is aan een misdrijf en dat de aldus verkregen verklaringen niet kunnen worden ingeroepen tegen de getuige in een strafprocedure.

Procureur-generaal Velu besloot dat in bovenvermeld geval de beslissingen waarschijnlijk anders geweest zouden zijn (geen ontoelaatbaarheid van de vervolging) indien de getuigenis voor de parlementaire onderzoekscommissie, die werd gebruikt in de strafprocedure, verkregen zou zijn nadat de getuige op de hoogte was gebracht van zijn zwijgrecht.⁶¹ Dit is de befaamde «Miranda-waarschuwing» uit de Amerikaanse rechtspraak, die inhoudt dat een potentiële verdachte verplicht gewaarschuwd dient te worden dat zijn verklaringen eventueel tegen hem kunnen worden gebruikt. Deze regel vloeit voort uit het befaamde Miranda-arrest, gewezen op 13 juni 1986 door het Hooggerechtshof van de Verenigde Staten.⁶²

31. Het Hof van Cassatie bevestigde zijn eerdere rechtspraak in een recenter arrest, van 13 januari 1999.⁶³ Dit arrest betrof een burgerlijke rechtsvordering van het bestuur van douane en accijnzen tot invordering van ontdoken rechten. Het Hof beklemtoonde dat het bestuur voor de rechtsvordering tot invordering van deze rechten geen voordeel mag halen uit inlichtingen die naar aanleiding van een onderzoek dat tot strafvervolgning heeft geleid, zijn verkregen met miskenning van het recht van verdediging, meer bepaald van het recht om te zwijgen en om niet mee te werken aan de eigen in verdenkingstelling.

⁶⁰ VELU, J., *l.c.*, p. 29 met referenties; zie eveneens de conclusie van advocaat-generaal BRESSELEERS, G., *R.W.*, 1993-94, 386 en KLEES, O., *l.c.*, p. 262.

⁶¹ VELU, J., *l.c.*, p. 35; zie eveneens KLEES, O., *l.c.*, p. 260-261.

⁶² *Miranda t/ Arizona, Viniera t/ New York, Westover t/ United States, California t/ Stewart*, 384, US 436, p. 478-479, 16 led. 2d 694, p. 726, hernomen in de afwijkende opinie van rechter De Meyer, gepubliceerd naar aanleiding van het arrest *Imbrioscia t/ Zwitserland, Publ. C.E.D.H.*, Serie A, nr. 275 en *J.T.*, 1994, p. 495. Ook het Franse recht verplicht de onderzoeksrechter om de verdachte bij de eerste verschijning in te lichten over zijn mogelijkheid om geen verklaringen af te leggen. In Nederland geldt eveneens een wettelijk vastgelegd pressieverbod ten aanzien van verhoren, dat impliceert dat generlei druk op de verdachte mag worden uitgeoefend om verklaringen af te leggen. Om dit pressieverbod, dat is vastgelegd in art. 29, eerste lid, Nederl. Sv., te verwezenlijken, wordt aan iedere verhoerende ambtenaar de plicht opgelegd om vóór de aanvang van het verhoor de verdachte mee te delen dat hij niet tot antwoorden verplicht is (en dus mag zwijgen). Het derde lid van artikel 29 W. Sv. schrijft opnemings voor van het voldaan hebben aan deze zogenaamde cautiëplicht in het proces-verbaal. Spontaan gedane mededelingen van een verdachte aan de politie worden niet aangemerkt als (het resultaat van) een verhoor (H.R., 8 maart 1988, *N.J.* 1988, 795; BAL, P., «Rechtsbescherming onder druk. Over de uitholling van de 'Miranda rules' in Amerika en vergelijkbare tendensen met betrekking tot de cautie in Nederland», *Recht en Kritiek*, 19, 1993, p. 40). Een verhoor houdt in dat er eerst een verdenking moet zijn gerezen op grond van een redelijk vermoeden dat een persoon een (geconstateerd) strafbaar feit heeft begaan en dat het moet gaan om vragen die betrekking hebben op het (mogelijk) gepleegd hebben van dat feit (BAL, P., *ibid.*). Als aan de cautiëplicht niet is voldaan, moeten de in het verhoor afgelegde verklaringen in beginsel van het bewijs worden uitgesloten. Op de vraag of een weigering om een verklaring af te leggen tegen de verdachte mag worden gebruikt, heeft de Hoge Raad impliciet negatief geantwoord. Erg duidelijk is dit standpunt echter niet, aangezien de Hoge Raad slechts verklaarde dat een expliciet gedane mededeling niet op de feiten te willen ingaan niet kan worden opgevat als een weigering van feiten uit eigen wetenschap van de verdachte gekend (H.R., 24 juli 1972, *N.J.*, 1972, 492).

⁶³ Cass., 13 januari 1999, *Arr.Cass.*, 1999, 28.

In tegenstelling tot het hierboven vermelde standpunt van procureur-generaal Velu, besliste het Hof dat zelfs het «waarschuwen» van betrokkenen dat, hoewel zij niet onder ede dienden te getuigen, hun verklaringen tegen hen als bewijs konden worden gebruikt en dat alle valse of onjuiste inlichtingen die zij aan de onderzoekers zouden verstrekken hun strafrechtelijke aansprakelijkheid in het gedrang konden brengen, niet kon worden aanvaard. Het Hof oordeelde dat een dergelijke «waarschuwing» een drukingsmiddel uitmaakt dat betrokkenen ertoe dwingt feiten kenbaar te maken die zij zonder die «bedreiging» niet zouden hebben bekend. Het Hof was van oordeel dat dit een schending uitmaakt van art. 6.1 E.V.R.M.⁶⁴ Met dit arrest verwierp het Hof de voorziening tegen een arrest van 19 februari 1998 van het Hof van Beroep te Bergen en zette haar vaste rechtspraak dienaangaande voort.⁶⁵ Hoewel het duidelijk is dat het zwijgrecht in België een ongeschreven algemeen rechtsbeginsel vormt, zijn pogingen om naar aanleiding van het project-Franchimont het zwijgrecht en de zogeheten cautiëplicht⁶⁶ in het Wetboek van Strafvordering in te schrijven, mislukt.⁶⁷

Bovendien wordt aanvaard dat, in tegenstelling tot Frankrijk, Nederland en de Verenigde Staten, de onderzoeksrechter noch enige andere overheidsambtenaar de verdachte van dit zwijgrecht op de hoogte moet brengen,⁶⁸ hoewel een bepaalde rechtsleer hierop sterk aandringt, vooral wanneer de verdachte wordt ondervraagd door de onderzoeksrechter.⁶⁹

4^o Toepassing in het milieurecht

a) De notificatieverplichtingen *stricto sensu*

32. Het komt ons voor dat de notificatieverplichtingen (zoals die welke voortvloeien uit art. 3.7.1 van het Vlaams Decreet van 5 april 1995) op zichzelf geen directe schending uitmaken van het zwijgrecht.

De notificatieverplichting die van toepassing is op de uitbater van een inrichting of op bedrijfsleiders, heeft een wettelijk doel, namelijk de overheid in de mogelijkheid stellen onmiddellijk kennis te hebben van mogelijke oorzaken van vervuiling en de overheid aldus in staat te stellen de noodzakelijke maatregelen te nemen teneinde deze vervuiling te vermijden of te verminderen. De doelstelling is niet het vergemakkelijken van het bewijs van een strafrechtelijke betugelde overtreding.

⁶⁴ Het Hof gaat hiermee regelrecht in tegen de conclusie van advocaat-generaal De Riemaeker, die van oordeel was dat het zwijgrecht niet van toepassing is op de burgerlijke rechtsvordering van het bestuur van douane en accijnzen tot invordering van de ontdoken rechten.

⁶⁵ In Nederland is de Raad van State nochtans van oordeel dat, hoewel een rapportageplicht m.b.t. de kwaliteit en de kwantiteit van geloosde afvalstoffen door een bedrijf gebruikelijk is, een meldingsplicht voor overtredingen van voorschriften te verregaand is (Vz ABRvS, 5 september 1994, *AB*, 1995, 190).

⁶⁶ Zie voetnoot 63.

⁶⁷ DE HERT, P., *l.c.*, p. 24.

⁶⁸ Cass., 11 maart 1992, *Arr. Cass.*, 1991-92, nr. 362; Cass., 6 mei 1993, *J.T.*, 1994, 39; Gent, 14 november 1988, *T.G.R.*, 1988, 168.

⁶⁹ DE HERT, P., *l.c.*, p. 24.

33. Niettemin is het onrechtstreeks resultaat van dergelijke informatieverplichtingen dat de exploitant van een inrichting verplicht wordt feiten te bekennen die zeer vaak misdrijven uitmaken. Overeenkomstig art. 29 Sv. moet iedere gestelde overheid, iedere openbare officier of ambtenaar die in de uitoefening van zijn ambt kennis krijgt van een misdaad of van een wanbedrijf, daarvan dadelijk bericht geven aan de procureur des Konings bij de rechtbank binnen wier rechtsgebied die misdaad of dat wanbedrijf is gepleegd of de verdachte zou kunnen worden gevonden, en aan die magistraat alle desbetreffende inlichtingen, processen-verbaal en akten doen toekomen. Dit principe vindt uiteraard eveneens toepassing op de bevoegde controleambtenaren die informatie verkrijgen door de toepassing van bepaalde informatieverplichtingen. De informatieverplichting *stricto sensu* die strafrechtelijk beteugeld wordt, vindt toepassing vóór de strafvervolgung. Er is zelfs geen vooronderzoek. De uitbater moet de gevraagde inlichtingen mededelen, buiten elke procedure om.

Dit lijkt de toepassing van art. 14.3.g. van het BuPo en art. 6.1 E.V.R.M. uit te sluiten, hetgeen ons er echter onrechtstreeks toe zou brengen te besluiten tot een zelf-incriminatie-verplichting indien de inlichtingen worden gebruikt als bewijs in een latere strafrechtelijke procedure. Dit lijkt in tegenspraak te zijn met de rechten van de verdediging met inbegrip van het zwijgrecht of het recht niet mee te werken aan zijn eigen vervolging, zoals vastgesteld door het Hof van Cassatie. Indien het argument van de onrechtstreekse schending van het recht om niet mee te werken aan zijn eigen vervolging wordt aanvaard, zal het strafgerecht kunnen beslissen de strafrechtelijke tenlasteleggingen terzijde te laten indien het van oordeel is dat een dergelijke schending van de rechten van verdediging niet op een andere wijze hersteld kan worden (bijvoorbeeld door geen rekening te houden met het bewijs).

b) Verhinderen van toezicht

34. In het licht van de bovenstaande analyse lijkt de strafbaarstelling van de verhindering van toezicht in België ons moeilijk verenigbaar met de internationale verdragsrechtelijke verplichtingen.

In de eerste plaats zijn de bewoordingen van art. 14.3.g. van het BuPo duidelijk. Deze bepaling voorziet in geen enkele uitzondering⁷⁰ en de Belgische staat heeft geen enkel voorbehoud geformuleerd. Art. 14.3.g. is bijgevolg van toepassing op verdachten bij milieurechtelijke schendingen.

Vervolgens wijst de rechtspraak van het Europees Hof van de Rechten van de Mens, gebaseerd op art. 6.1 E.V.R.M., in diezelfde richting. Zoals hierboven uitgediept, heeft het Hof in de zaak-Funke het bestaan van het recht om te zwijgen erkend voor elkeen, maar eveneens het meer algemene recht om niet mee te werken aan zijn eigen vervolging en met name om te weigeren bepaalde documenten die een inbeschuldiging zouden kunnen teweegbrengen, mede te delen.

⁷⁰ Bijvoorbeeld Corr. Nijvel, 15 juli 1996, *J.L.M.B.*, 1997, 231: «... cette norme de droit international, qui prédomine sur le droit interne, ne connaît pas d'exception notamment en droit pénal social».

De casus die aan het Hof werd voorgelegd in de zaak-Funke vertoont veel gelijkenissen met de Belgische bepalingen die het hinderen van toezicht strafbaar stellen. In beide hypothesen bestraft de nationale wet de weigering om inlichtingen te verschaffen aangaande misdrijven die zouden begaan zijn. In het licht van het arrest-Funke lijkt het onbetwistbaar dat dit soort strafbaarstelling art. 6.1 schendt. Bovendien heeft het Europese Hof geweigerd in deze materie rekening te houden met de bijzonderheden van het Frans douanerecht. Gelet op de gelijkenissen tussen de zaak-Funke en het misdrijf van verhindering van toezicht, kan men stellen dat de bijzonderheden van het Belgische milieurecht evenmin een afwijkend regime kunnen verantwoorden.

Vanuit dit standpunt zou een vervolging wegens het hinderen van toezicht in geval van weigering om verklaringen af te leggen onontvankelijk moeten worden verklaard.⁷¹ De rechtspraak van het Hof erkent het zwijgrecht en het recht om niet tegen zichzelf te getuigen en niet mee te werken aan zijn eigen vervolging. Een dergelijke passieve houding kan op zichzelf geen vermoeden van schuld inhouden noch *a fortiori* een veroordeling rechtvaardigen. Het zwijgrecht kan worden tegengesproken aan de rechter en aan de wetgever.⁷²

Nog complexer is de vraag of verklaringen of documenten verkregen door milieuambtenaren onder dreiging van vervolging wegens het verhinderen van het toezicht, gebruikt zouden kunnen worden in een latere strafrechtelijke procedure.

Uit het bovenstaande vloeit voort dat de rechtspraak, hoewel ze zeer voorzichtig blijft, erkent dat de minimumgaranties van een eerlijk proces dienen te worden nageleefd tijdens de fase voorafgaand aan die van het vonnisgerecht wanneer een gebrek dat de voorafgaande fase aantast ook op doorslaggevende wijze de uitkomst van de procedure kan beïnvloeden.⁷³

⁷¹ Aldus: KEFER, F., *o.c.*, 204; BEERNAERT, M. A., *l.c.*, p. 222.

⁷² Anderen, zoals Heirman, delen dit standpunt niet. Zo is Heirman bijvoorbeeld van oordeel dat bovenvermelde redenering sterk genuanceerd moet worden (HEIRMAN, J., *o.c.*, p. 203) en dat er een onderscheid moet worden gemaakt wat betreft documenten die men verplicht moet hebben. Hij meent de basis van dit standpunt te vinden in het arrest-Funke zelf: uit het feit dat het Hof – zelfs indien het de schending van art. 6.1 E.V.R.M. vaststelde – heeft geoordeeld dat de douane de veroordeling van Funke had geprovoceerd teneinde bepaalde stukken te verkrijgen waarvan zij het bestaan vermoedde zonder hierover zekerheid te hebben, kan zijns inziens niet worden afgeleid dat *elke* weigering van mededeling in de toekomst niet meer bestraft kan worden; zie ook: DE HERT, P., *l.c.*, p.28. In Nederland is de Hoge Raad een andere mening toegedaan: een bedrijf is in het raam van de Wet Milieubeheer verplicht medewerking te verlenen aan hetgeen toezichthouders op grond van hun bevoegdheden vorderen, zelfs als het bedrijf daardoor zichzelf zou incrimineren (H.R., 9 maart 1993, *NJ*, 1993, 633, noot VAN VEEN). De Hoge Raad rechtvaardigt deze rechtspraak door te stellen dat het bestuurlijk toezicht zo essentieel is dat daaraan voorrang moet worden gegeven (DE LANGE, A., *o.c.*, p. 129).

⁷³ Voor documenten die onafhankelijk van de wil van de verdachte bestaan (rapporten, geregistreerde emissiegegevens...) geldt echter dat eenieder verplicht is om deze te bezorgen.

III. CONCLUSIE

35. De wetgever bekleedde zijn ambtenaren inzake leefmilieu met zeer verregaande bevoegdheden.⁷⁴ De exploitant van zijn kant wordt geconfronteerd met een (strafrechtelijk betugelde) verplichting om de bevoegde overheid in te lichten over bepaalde gebeurtenissen in zijn inrichting. Wettelijk is de exploitant bovendien ertoe gehouden om zijn medewerking te verlenen aan de controle door de toezichthoudende ambtenaar. Daardoor beschikt de toezichthoudende ambtenaar theoretisch over een uiterst belangrijke macht.

36. De verplichting tot medewerking door de exploitant lijkt ons nochtans in strijd met de rechten van verdediging. Er is immers een – onrechtstreekse – schending van het zwijgrecht, omdat de exploitant de gevraagde inlichtingen *moet* mededelen, buiten elke procedure om. Het zwijgrecht wordt nochtans uitdrukkelijk erkend in de internationale mensenrechtenverdragen die rechtstreekse werking hebben in België. Het exacte toepassingsgebied en de precieze weerslag van het zwijgrecht, in het bijzonder buiten een

strafrechtelijke procedure, blijven weliswaar vaag door afwezigheid van Belgische precedents die het zwijgrecht toepassen op de informatieverplichtingen in het milieurecht.

37. De wettelijke aantasting van het zwijgrecht en de strafbaarstelling van de verhindering van toezicht zijn ons inziens echter in elk geval onverenigbaar met art. 14.3.g van het BuPo en 6.1. E.V.R.M. Wij verwijzen ter staving van deze stelling naar de besproken rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens. Dergelijke strafbaarstelling moet immers worden beschouwd als een drukingsmiddel dat onverenigbaar is met het principe van het recht op een eerlijk proces. Het Belgische Hof van Cassatie volgde reeds enkele malen een soortgelijke redenering in andere rechtsgebieden, maar inzake milieurecht blijft het wachten op een Belgisch precedent.

Stanislas HORVAT
Advocaat te Brussel
Assistent V.U.B.

Katy PEETERMANS
Advocaat te Brussel

⁷⁴ Zie: HORVAT, S. en PEETERMANS, K., *l.c.*

RECHTSPRAAK

ARBITRAGEHOF

25 JANUARI 2001

Voorzitter: de h. Melchior

Rapporteurs: de hh. Martens en De Groot

Advocaten: mrs. Kittel, Zians, Tulkens en Wijnants loco Peeters

Grondwet – Gelijkheid en niet-discriminatie – Rechterlijke macht – Opleiding en werving van magistraten – Hoge Raad voor de Justitie – Plaatsvervangende rechters – Duitstalige magistraten – Mandaat van korpschef – Overgangsmaatregelen

Art. 259bis Ger. W. schendt niet art. 10 en 11 van de Grondwet in zoverre het bepaalt dat de leden van de Hoge Raad voor de Justitie worden gekozen uit beroepsmagistraten en daarbij dus niet de plaatsvervangende rechters in aanmerking neemt. Die bepaling schendt wel de vermelde grondwetsbepalingen in zoverre zij een onverenigbaarheid voorziet van de hoedanigheid van lid van die Raad met die van plaatsvervangend rechter.

Art. 21, derde lid, van de wet van 18 juli 1991, gewijzigd bij art. 89 van de wet van 22 december 1998, schendt art. 10 en 11 van de Grondwet doordat het de vóór 1 oktober 1993 benoemde plaatsvervangende rechters op discriminerende wijze behandelt ten opzichte van de andere kandidaten voor een gerechtelijke functie.

Art. 259bis Ger. W. voert inzake de samenstelling van de Hoge Raad voor de Justitie geen discriminatie in ten nadele

van Duitstalige magistraten. Die bepaling schendt evenmin art. 10 en 11 van de Grondwet in zoverre zij de benoeming van de korpsversten regelt voor de magistraten wier benoeming dateerde van vóór de inwerkingtreding van de nieuwe regelen terzake, noch in zoverre zij bepaalt dat het lidmaatschap van de Hoge Raad voor de Justitie onverenigbaar is met de uitoefening van een mandaat als korpschef.

Arrest Nr. 3/2001

In zake: de beroepen tot gedeeltelijke vernietiging van art. 45, 89 en 102 van de wet van 22 december 1998 tot wijziging van sommige bepalingen van deel II van het Gerechtelijk Wetboek met betrekking tot de Hoge Raad voor de Justitie, de benoeming en aanwijzing van magistraten en tot invoering van een evaluatiesysteem.

...

In rechte

...

Ten aanzien van het beroep in de zaak nr. 1747

Wat art. 259bis-2, § 1, en 259bis-3, § 2, 1^o, eerste lid, Ger. W. betreft

B.1. Art. 259bis-2, ingevoerd in het Gerechtelijk Wetboek bij art. 45 van de aangevochten wet van 22 december 1998, betreft de aanwijzing van de leden van de Hoge Raad voor

de Justitie, opgericht bij art. 151, § 2, van de Grondwet. Art. 259bis-2 behandelt, in de eerste paragraaf ervan, de verkiezing van de leden magistraten en, in de tweede paragraaf ervan, de benoeming door de Senaat van de leden niet-magistraten.

De aangevochten bepaling is het eerste lid van de eerste paragraaf, dat bepaalt: «De magistraten worden verkozen bij rechtstreekse en geheime verkiezing uit de beroepsmagistraten in actieve dienst door een Nederlandstalig en een Franstalig kiescollege dat bestaat uit de beroepsmagistraten van de taalrol die overeenstemt met die van de benoeming». De verzoekers vragen het Hof het woorddeel «beroeps» te vernietigen.

B.2. Art. 259bis-3, § 2, Ger. W. bepaalt:

«Het lidmaatschap van de Hoge Raad is tijdens de duur van het mandaat onverenigbaar met de uitoefening van:

- 1° een ambt van plaatsvervangend magistraat;
- 2° een bij verkiezing verleend openbaar mandaat;
- 3° een openbaar ambt van politieke aard;
- 4° een mandaat van korpschef».

De verzoekers vorderen de vernietiging van het 1° van die bepaling.

B.3. De Ministerraad is van oordeel dat het Hof niet bevoegd is om kennis te nemen van het beroep. Hij betoogt dat de verzoekers een keuze van de Grondwetgever bekritisieren die is uitgedrukt in de tekst van art. 151 van de Grondwet of op zijn minst in de parlementaire voorbereiding ervan, aangezien de Grondwetgever zijn goedkeuring heeft gehecht aan de wijze waarop de wetgever de bedoeling had art. 151, § 2, uit te voeren, met name door middel van de aangevochten bepalingen, die de Grondwetgever kende toen hij art. 151 heeft aangenomen.

B.4. Art. 151, § 2, van de Grondwet bepaalt:

«Er bestaat voor geheel België een Hoge Raad voor de Justitie. Bij de uitoefening van zijn bevoegdheden respecteert hij de onafhankelijkheid bedoeld in § 1.

«De Hoge Raad voor de Justitie bestaat uit een Nederlandstalig en uit een Franstalig college. Elk college telt evenveel leden en is paritair samengesteld enerzijds uit rechters en ambtenaren van het openbaar ministerie die rechtstreeks verkozen worden door hun gelijken onder de voorwaarden en op de wijze bij de wet bepaald, en anderzijds uit andere leden benoemd door de Senaat met een meerderheid van twee derden van de uitgebrachte stemmen onder de voorwaarden bij de wet bepaald.

(...))».

B.5. Hoewel die bepaling de pariteit vaststelt van de magistraten en de niet-magistraten, bevat ze geen enkele aanwijzing omtrent de vraag of de Grondwetgever de enkele beroepsmagistraten beoogde ofwel of hij daarin de plaatsvervangende magistraten wilde insluiten. Het is pas in art. 259bis-2, § 1, eerste lid, Ger. W. dat voor de eerste maal het woorddeel opduikt waarvan de verzoekers de vernietiging vorderen.

B.6. Hoewel tijdens de besprekingen die aan de wijziging van art. 151 van de Grondwet zijn voorafgegaan, is gesteld dat die bepaling moet worden «samengelezen met het voorstel» dat de aangevochten wet zou worden (*Parl. St.*, Kamer, 1997-98, nr. 1675/1, p. 2; nr. 1677/1, p. 114), heeft de Grondwetgever niettemin aan de wetgever de machtiging gegeven om de voorwaarden vast te stellen waaraan zowel de verkiezing van de magistraten als de benoeming van de

leden niet-magistraten zijn onderworpen. De normatieve bepaling waartegen de verzoekers bezwaar hebben, is dus vervat in de wet waarbij de wetgever gebruik heeft gemaakt van de hem verleende machtiging.

Daaruit volgt dat het Hof bevoegd is om kennis te nemen van het beroep.

B.7. De rol van de plaatsvervangende rechters wordt op de volgende wijze beschreven in art. 87 Ger. W.: «Er zijn plaatsvervangende rechters in de rechtbank van eerste aanleg, in de arbeidsrechtbank en in de rechtbank van koophandel; zij hebben geen gewone bezigheden en worden benoemd om verhinderde rechters of leden van het openbaar ministerie tijdelijk te vervangen.»

Plaatsvervangende rechters kunnen tevens worden benoemd in de zetel van de vrederechters en de politierechtbanken (art. 64 Ger. W.).

B.8. Om tot plaatsvervangend rechter te worden benoemd, moet men doctor of licentiaat in de rechten zijn en ten minste vijf jaar werkzaam zijn geweest aan de balie, een gerechtelijk ambt of het notarisambt hebben vervuld, of een ambt van staatsraad, auditeur, adjunct-auditeur, referendaris bij het Hof van Cassatie, referendaris, adjunct-referendaris bij de Raad van State of een ambt van referendaris bij het Arbitragehof of een ambt van referendaris of parketjurist bij de hoven van beroep en bij de rechtbanken van eerste aanleg hebben uitgeoefend of een academische of rechtswetenschappelijke functie hebben bekleed (art. 192 Ger. W.). Identieke voorwaarden worden vereist om benoemd te worden tot plaatsvervangend vrederechter, en de kandidaat moet bovendien ten minste 30 jaar oud zijn (art. 188 Ger. W.).

B.9. De plaatsvervangende rechters oefenen hun functie uit in dezelfde voorwaarden als de beroepsmagistraten en zij moeten aan dezelfde vereisten van onpartijdigheid en onafhankelijkheid voldoen. Zij zijn aan dezelfde tuchtregels onderworpen en ressorteren onder dezelfde tuchtverhoor als de werkende magistraten (art. 413 Ger. W.). Zij worden rechtstreeks voor het hof van beroep gedagvaard, zoals de beroepsmagistraten, wanneer zij ervan worden beschuldigd een misdrijf te hebben gepleegd in de uitoefening van hun ambt (art. 483 Sv.) of buiten hun ambt (art. 479 Sv.).

B.10. Hoewel de plaatsvervangende rechters grotendeels en op essentiële punten zijn gelijkgesteld met de beroepsmagistraten, verschilt hun statuut van datgene van laatstgenoemden, in zoverre zij meestal als hoofdberoep het beroep van advocaat of notaris uitoefenen. Art. 300 Ger. W. onderwerpt hen aan dezelfde onverenigbaarheden als de beroepsmagistraten, maar maakt een uitzondering wat betreft «de uitoefening van het beroep van advocaat en van notaris en de bezigheden die hun daardoor geoorloofd zijn».

B.11. Wegens dat verschil van statuut vermocht de wetgever, zonder het gelijkheidsbeginsel te schenden, te oordelen dat in een paritair uit magistraten en niet-magistraten samengesteld college enkel de beroepsmagistraten kiezers en kiesbaar zouden zijn bij verkiezingen aan de hand waarvan de rechters en de ambtenaren van het openbaar ministerie die in de Hoge Raad voor de Justitie zitting zouden nemen, worden aangewezen. Die uitsluiting is des te meer verantwoord daar onder de personen die de Senaat kan benoemen als leden niet-magistraten er inzonderheid minstens vier advocaten zijn, krachtens art. 259bis-1, § 3, 1°, Ger. W.

B.12. Daarentegen is de onverenigbaarheid van de hoedanigheid van lid van de Hoge Raad voor de Justitie met die van plaatsvervangend rechter niet redelijk verantwoord. De enkele omstandigheid dat de Grondwetgever, in de parlementaire voorbereiding van art. 151, had verwezen naar de door de wetgever bedoelde onverenigbaarheden (*Parl. St.*, Kamer, 1997-98, nr. 1675/1, p. 6) en dat de bekritiseerde onverenigbaarheid reeds in de oorspronkelijke versie stond van de bestreden bepaling, is niet voldoende om te verantwoorden dat de door de Senaat benoemde persoon die bovendien plaatsvervangend rechter zou zijn, verplicht wordt ontslag te nemen uit die functie om in de Hoge Raad voor de Justitie zitting te kunnen nemen. Laatstgenoemde zal dus de medewerking worden ontzegd van personen die, naast hun ervaring als advocaat, ook ervaring hebben die ze uit de occasionele uitoefening van hun gerechtelijke functies putten.

B.13. Het 1^o in art. 259bis-3, § 2, Ger. W. moet dus worden vernietigd.

B.14. De gevorderde vernietiging zou onevenredige gevolgen hebben, indien zij het mogelijk maakte de huidige samenstelling van de Hoge Raad voor de Justitie en de wettigheid van zijn handelingen te betwisten. Er dient dus, zoals de verzoekers overigens in hun memorie van antwoord suggereren, slechts voor de toekomst uitwerking te worden gegeven aan de vernietiging.

Krachtens art. 8, tweede lid, van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof dienen de gevolgen van de in het geding zijnde bepaling te worden gehandhaafd tot de volgende benoemingen die door de Senaat zullen worden gedaan.

Wat betreft art. 21, derde lid, van de wet van 18 juli 1991, gewijzigd bij art. 89 van de wet van 22 december 1998

B.15. Art. 21 van de wet van 18 juli 1991 tot wijziging van de voorschriften van het Gerechtelijk Wetboek die betrekking hebben op de opleiding en de werving van magistraten behandelt, in het tweede, derde en vierde lid ervan, de voorwaarden en de nadere regelen in verband met de plaatsvervangende rechters die kandidaat zijn voor een benoeming als werkend magistraat. Het tweede lid bepaalt in de versie die voortvloeit uit de bij de bestreden wet ingevoerde wijziging: «De plaatsvervangende rechters benoemd vóór 1 oktober 1993 en de plaatsvervangende rechters benoemd vóór 1 oktober 1993 maar aan wie wegens onverenigbaarheid ontslag om eervolle redenen is verleend, worden geacht geslaagd te zijn voor het examen inzake beroepsbekwaamheid, bedoeld in art. 259bis-9 van hetzelfde Wetboek».

B.16. In het benoemingsstelsel van vóór de oprichting van de Hoge Raad voor de Justitie moest de minister van Justitie, alvorens over te gaan tot de benoemingen, het advies inwinnen van het comité van het rechtsgebied waar de benoeming moest geschieden (vroeger art. 259ter, § 1, Ger. W.).

B.17. Art. 3 van de wet van 9 juli 1997 had het tweede lid van dat artikel 21 aangevuld, dat destijds bepaalde: «Bij de overdracht tot de benoeming in de ambten bedoeld in de artikelen 187, 188, 190 tot 194, 207, § 2, 208 en 209 van het Gerechtelijk Wetboek, houdt de minister van Justitie, wat betreft de voornoemde plaatsvervangende rechters, enkel

rekening met degenen over wie het adviescomité een unaniem gunstig advies heeft verleend».

Bij zijn arrest nr. 56/99 van 26 mei 1999 heeft het Hof geoordeeld dat het vereiste van eenparigheid noch relevant noch evenredig was met het nagestreefde doel en heeft het het woord «unaniem» in de voormelde bepaling vernietigd.

B.18. De aangevochten wet heeft art. 259ter, § 1, Ger. W. gewijzigd, dat voortaan bepaalt dat vooraleer de Koning overgaat tot de benoeming, de minister van Justitie het advies van de korpschef van het rechtscollege van ontvangst en van het rechtscollege van herkomst inwint alsmede van een vertegenwoordiger van de balie.

B.19. Dezelfde wet heeft een derde lid ingevoerd in art. 21 van de wet van 18 juli 1991, dat bepaalt: «Het dossier van de plaatsvervangende rechters benoemd vóór 1 oktober 1993, wordt slechts voor voordracht aan de bevoegde benoemingscommissie overgezonden voor zover alle individuele adviezen gunstig zijn».

B.20. Aangezien de vóór 1 oktober 1993 benoemde plaatsvervangende rechters geacht worden geslaagd te zijn voor het examen inzake beroepsbekwaamheid bedoeld in art. 259bis-9 Ger. W., is het niet onredelijk hun benoeming afhankelijk te maken van door gekwalificeerde personen gegeven beoordelingen.

B.21. De wetgever heeft evenwel, door te eisen dat alle adviezen gunstig moeten zijn opdat het dossier van een van die plaatsvervangende rechters wordt voorgelegd aan de benoemingscommissie, een maatregel genomen die noch relevant noch evenredig is met het nagestreefde doel.

B.22. In tegenstelling tot het vereiste van een gunstig of zeer gunstig advies, biedt het vereiste van eenparigheid van adviezen immers, wat de beroepskwaliteiten van de benoemde personen betreft, geen waarborg die het risico verantwoordt dat wordt gecreëerd door aan elke adviesverlener een vetorecht toe te kennen.

B.23. Daaruit volgt dat de vóór 1 oktober 1993 benoemde plaatsvervangende rechters op discriminerende wijze worden behandeld ten opzichte van de andere kandidaten voor een gerechtelijke functie.

B.24. Het derde lid van hebt voormelde art. 21 dient bijgevolg te worden vernietigd.

Ten aanzien van het beroep in de zaak nr. 1750

Wat het belang betreft

B.25. De eerste zestien verzoekers zijn beroepsmagistraten die verklaren in rechte te treden uit hoofde van de beroepsactiviteiten die ze uitoefenen, de enen bij het Hof van Beroep te Luik, de anderen in rechtscolleges die hun zetel hebben hetzij te Eupen, het zij te Verviers en Eupen, of nog te Sankt Vith wat de zestiende verzoeker betreft. De zeventiende verzoeker treedt in rechte in de hoedanigheid van plaatsvervangend rechter bij de rechtbank van eerste aanleg te Eupen. De achttiende verzoekende partij is de Orde van advocaten te Eupen, de negentiende verzoeker een advocaat wonende te Eupen, de twintigste een doctor in de rechten die te Eupen woont.

De eerste zeventien verzoekers verklaren tevens in rechte te treden in hun hoedanigheid van privé-personen die de Duitse taal spreken.

B.26. De eerste zeventien verzoekers doen, in hun hoedanigheid van magistraat en van plaatsvervangend rechter, van een voldoende belang blijken om bepalingen aan te vechten die een orgaan betreffen dat ertoe wordt gebracht een belangrijke rol te spelen in de loopbaan van de magistraten, aangezien zij betogen dat dit orgaan niet op behoorlijke wijze dossiers zou kunnen behandelen die zijn opgesteld in de Duitse taal en die op hen betrekking zouden kunnen hebben.

B.27. De Orde van advocaten van de balie te Eupen, welke instelling onderworpen is aan het specialiteitsbeginsel en waarvan de opdrachten bij de wet zijn vastgesteld, kan slechts doen blijken van het vereiste belang indien ze bepalingen aanvecht die de opdrachten betreffen die haar op beperkende wijze zijn toegekend in art. 455 tot 471 Ger. W.

De aangevochten bepalingen hebben betrekking op de advocaten in zoverre zij te maken hebben met de organisatie van de rechterlijke orde, de werking en de controle ervan. Zij regelen echter niet de uitoefening van het beroep van advocaat en betreffen geenszins de deontologie of de tucht van de advocaten.

De Orde van advocaten te Eupen kan dus enkel een onrechtstreeks belang doen gelden. Haar beroep is onontvankelijk.

B.28. De negentiende en de twintigste verzoeker zouden slechts eventueel en onrechtstreeks kunnen worden geraakt door de werking van de Hoge Raad voor de Justitie. De ontvankelijkheid van een dergelijk beroep aannemen zou neerkomen op het inwilligen van de *actio popularis*, wat de Grondwetgever niet gewild heeft. Hetzelfde geldt voor de andere verzoekers in zoverre zij verklaren te handelen als privé-personen die de Duitse taal spreken.

B.29. Het beroep is slechts onontvankelijk in zoverre het is ingesteld door de eerste zeventien verzoekers en uitsluitend in zoverre zij hun hoedanigheid van magistraat aanvoeren.

Wat de bevoegdheid van het Hof betreft

B.30. De Ministerraad betoogt dat de Grondwetgever, door in art. 151, § 2, tweede lid, van de Grondwet te bepalen dat de Hoge Raad voor de Justitie een orgaan *sui generis* is, samengesteld uit een Franstalig college en een Nederlandstalig college, zelf zou hebben beslist dat het Duits noch voor de samenstelling noch voor de werking van de Hoge Raad voor de Justitie een criterium vormt. Hij voegt daaraan toe dat art. 151 door de Grondwetgever is aangenomen, terwijl hij het wetsvoorstel kende dat de aangevochten bepaling bevatte, dat de parlementaire voorbereiding onderstreept dat het voorstel tot herziening van art. 151 moest worden gelezen in samenhang met dat wetsvoorstel en dat de Grondwetgever aldus zijn instemming heeft verleend aan de wijze waarop de wetgever de bedoeling had art. 151 van de Grondwet uit te voeren.

B.31. Uit het voormelde art. 151, § 2, van de Grondwet kan niet worden afgeleid dat de Grondwetgever, omdat hij zich niet zelf heeft bekommerd om de belangen van de Duitstalige magistraten, de wetgever impliciet zou hebben verzocht ze niet in aanmerking te nemen.

Er kan evenmin een argument worden afgeleid uit het stilzwijgen van de Grondwetgever of uit een impliciete goedkeuring die hij zou hebben verleend aan een wet vóór de aanneming ervan, om daaruit af te leiden dat die wet een

norm zou zijn met grondwettelijke waarde die aan de bevoegdheid van het Hof ontsnapt.

De bepalingen waartegen de verzoekers bezwaar indienen bevinden zich uitsluitend in wetteksten. Het gaat dus om normen waarvan het Hof, wanneer ze aan het Hof zijn voorgelegd, de grondwettigheid moet toetsen, op straffe van miskenning van de bevoegdheid die aan het Hof is verleend bij art. 1 van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof.

B.32. De exceptie van onbevoegdheid wordt verworpen.

Ten gronde

B.33. Om reden van de onontvankelijkheid van het beroep in zoverre het is ingediend door personen die respectievelijk hun hoedanigheid van privé-persoon of van advocaat aanvoeren, worden de middelen slechts onderzocht in zoverre zij discriminaties aanvoeren ten nadele van de Duitstalige magistraten.

B.34. De eerste grief van de verzoekers is gericht tegen art. 259bis-1 Ger. W. Zij verwijten dat artikel dat het vereist dat slechts een lid van het Franstalige college doet blijken van de kennis van het Duits, dat het geen identieke eis formuleert ten aanzien van het Nederlandstalige college, dat het niet bepaalt hoe de taalkennis moet worden bewezen en dat het niet preciseert wat het niveau van die kennis moet zijn.

B.35. De opdrachten die de Hoge Raad voor de Justitie zijn toevertrouwd bij art. 151, § 2, van de Grondwet vereisen niet dat een vertegenwoordiging van elke categorie van magistraten in zijn midden zou gewaarborgd zijn. De Grondwetgever heeft een pariteit geëist van Nederlandstaligen en Franstaligen, en de in het geding zijnde wet garandeert dat de groep magistraten, per college, minstens een lid telt van een hof of een openbaar ministerie bij een hof, een lid van de zetel, een lid van het openbaar ministerie en een lid per rechtsgebied van het hof van beroep. Hij heeft aldus elke andere geografische verdeling uitgesloten dan die waarin is voorzien door dat laatste vereiste, waarbij voor het overige wordt verwezen naar de evenwichten die zouden voortvloeien uit de stemming. Een gegarandeerde vertegenwoordiging van de magistraten die hun functie uitoefenen in het gerechtelijk arrondissement Eupen zou dat evenwicht hebben doorbroken en een discriminatie in het leven hebben geroepen ten nadele van de magistraten van de andere arrondissementen.

B.36. Er bestaat weliswaar een objectief verschil tussen, enerzijds, de magistraten die hun functie uitoefenen in het gerechtelijk arrondissement Verviers en Eupen of bij het Hof van Beroep te Luik wanneer de proceduretaal het Duits is, en, anderzijds, de magistraten die hun functie in andere arrondissementen uitoefenen: enkel de eerstgenoemden moeten doen blijken van de kennis van de Duitse taal.

Teneinde te beoordelen in welke mate dat verschil in overweging moet worden genomen, vermocht de wetgever redelijkerwijze rekening te houden met de bepalingen van de wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken.

B.37. In dat verband stelt het Hof vast dat niemand tot magistraat kan worden benoemd in het arrondissement Eupen «tenzij hij het bewijs levert van de kennis van het Duits en bovendien door zijn diploma bewijst dat hij de

examens van de licentie in de rechten in het Frans heeft afgelegd of het bewijs levert van de kennis van het Frans» (art. 45*bis*, § 1, van de wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken). Op dezelfde wijze moet de kandidaat, teneinde benoemd te worden in een gerechtelijk ambt bij het Hof van Beroep te Luik, door zijn diploma bewijzen dat hij de examens van het doctoraat of licentiaat in de rechten in het Frans heeft afgelegd, waarbij ten minste zes raadsheren bovendien het bewijs moeten leveren van de kennis van de Duitse taal (art. 43*bis*, § 1, van dezelfde wet). Ten slotte moeten, wat de rechtscolleges van het gerechtelijk arrondissement Verviers betreft, sommige magistraten het bewijs leveren van de kennis van het Duits (art. 45*bis*, § 2, van dezelfde wet), maar zij moeten allen de examens van het doctoraat of licentiaat in de rechten in het Frans hebben afgelegd (art. 43, § 1, eerste lid, gelezen in samenhang met art. 1 van dezelfde wet).

B.38. Daaruit volgt dat alle magistraten van de categorie waartoe de verzoekers behoren het Frans kennen en dat niet kan worden geacht dat zij moeilijkheden zouden hebben om met de Franstalige leden van de Hoge Raad voor de Justitie te communiceren.

B.39. De grieven van de verzoekers moeten worden onderzocht, rekening houdende met de werkelijke situatie van de Duitstalige magistraten, zoals zij wordt afgeleid uit de voormelde bepalingen van de wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken.

B.40. Art. 259*bis*-1 Ger. W. bepaalt dat de Hoge Raad voor de Justitie een Nederlandstalig en een Franstalig college omvat, waarbij elk college is samengesteld uit 22 leden, van wie een helft magistraten en een helft niet-magistraten. Het bepaalt in het laatste lid ervan: «Ten minste één lid van het Franstalig college moet het bewijs leveren van de kennis van het Duits».

B.41. Uit die bepaling kan niet worden afgeleid dat de magistraten die ertoe worden gebracht hun functie volledig of gedeeltelijk in de Duitse taal uit te oefenen, niet zouden kunnen worden begrepen door de leden van de Hoge Raad voor de Justitie of dat het de dossiers die op die magistraten betrekking hebben niet correct door de Raad zouden kunnen worden behandeld.

De Belgische Duitstalige magistraten hebben hun diploma behaald in de Franse taal, zodat het niet onredelijk is dat de kennis van het Duits van slechts één lid van het Franstalige college wordt geëist. Ten slotte spreekt het voor zich dat de Hoge Raad voor de Justitie kennis zal moeten nemen van in de Duitse taal geschreven stukken en, indien nodig, een beroep zal doen op tolken of vertalers.

B.42. Het Hof stelt vast dat art. 73, § 3, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State slechts van een staatsraad, een griffier en twee auditeurs de voldoende kennis van de Duitse taal vereist, dat art. 34, § 4, van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof de kennis van het Duits van slechts één lid van het Hof vereist en dat geen enkel vereiste wordt geformuleerd ten aanzien van het Hof van Cassatie. Die bepalingen hebben nooit die rechtscolleges verhinderd pleidooien in het Duits te horen, kennis te nemen van conclusies of memories die zijn opgesteld in die taal en beslissingen in het Duits te wijzigen als de wet hun die verplichting oplegde.

B.43. De wetgever vermocht redelijkerwijze te oordelen dat, ten aanzien van de Hoge Raad voor de Justitie, een

bepaling moest worden aangenomen die vergelijkbaar is met die welke van toepassing zijn op de drie hoogste rechtscolleges waarvan de territoriale bevoegdheid zich over heel België uitstrekt.

B.44. De wet preciseert wellicht niet het vereiste niveau van de kennis en de manier waarop die moet worden aangetoond. Het komt toe aan de overheden die belast zijn met de uitvoering van de wet om, in voorkomend geval, de nadere toepassingsregels ervan vast te stellen, zonder dat ervan kan worden uitgegaan dat ze dat op discriminerende wijze zullen doen.

B.45. De verzoekers bekritisieren tevens art. 259*bis*-2 Ger. W. Die bepaling beschrijft op welke wijze de magistraten worden verkozen en volgens welke procedure de niet-magistraten door de Senaat worden benoemd. Zij verwijten dat artikel dat het geen garantie biedt dat kandidaten die daadwerkelijk een voldoende kennis van het Duits hebben, kunnen worden verkozen.

B.46. De verzoekers richten hun grief tegen art. 259*bis*-4, § 4, Ger. W., dat bepaalt: «Elk lid van de Hoge Raad neemt zitting in één van de commissies van de colleges. Elk college wijst de leden van zijn commissies aan met een meerderheid van twee derden van zijn leden».

Zij achten die bepaling discriminerend in zoverre niet erin is voorzien dat het enkele lid dat moet doen blijken van de kennis van het Duits in verscheidene commissies kan zeten.

B.47. De verzoekers vechten art. 259*bis*-4, § 5, Ger. W. aan, dat bepaalt: «Het Nederlandstalige college en zijn commissies verrichten hun werkzaamheden in het Nederlands. Het Franstalige college en zijn commissies verrichten hun werkzaamheden in het Frans. De algemene vergadering en de verenigde commissies verrichten hun werkzaamheden in het Nederlands en het Frans. De leden gebruiken daarbij de taal van het college waartoe zij behoren. De Hoge Raad neemt de nodige maatregelen voor de vertaling».

Zij zijn van mening dat het lid van de Hoge Raad voor de Justitie dat doet blijken van kennis van de Duitse taal, die taal niet zal kunnen gebruiken bij de werkzaamheden van de Raad en dat men zich overigens kan afvragen wat de zin is van dat vereiste.

B.48. Met de in B.45, B.46 en B.47 samengevatte grieven vechten de verzoekers niet de erin vermelde bepalingen aan, maar het verzuim van de wetgever.

Die grieven geven, onder een andere voorstelling, de grieven weer die zijn onderzocht en verworpen in B.34 tot B.44. Om dezelfde redenen als die welke daarin zijn uitgedrukt, kunnen die grieven niet in aanmerking worden genomen.

B.49. De verzoekers bekritisieren art. 259*bis*-9, § 1, tweede lid, Ger. W., dat bepaalt: «Het examen inzake beroepsbekwaamheid en het vergelijkend toelatingsexamen tot de gerechtelijke stage zijn bedoeld om de voor de uitoefening van het ambt van magistraat noodzakelijke maturiteit en bekwaamheid te beoordelen en worden afgelegd in de taal van het diploma van doctor of licentiaat in de rechten van de kandidaat».

Zij zijn van mening dat die bepaling discriminerend is, omdat de Duitstalige kandidaten hun moedertaal niet zullen kunnen gebruiken. Zij voegen daaraan toe dat, mocht die bepaling zo worden geïnterpreteerd dat ze de organisatie toestaat van de examens en de vergelijkende examens in het

Duits, de aanwezigheid van een enkele Duitstalige binnen de Hoge Raad voor de Justitie niet toereikend zou zijn om die behoorlijk te organiseren.

B.50. Doordat de wetgever bepaalt dat het examen en het vergelijkend examen worden afgelegd in de taal van het diploma, heeft hij een maatregel genomen die in overeenstemming is met de bepalingen van de wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken, vermeld in B.37.

De zeventien verzoekers, die allen beroepsmagistraten zijn, geven niet aan hoe de categorie van personen waartoe zij behoren, gediscrimineerd zou worden door bepalingen betreffende examens die zij niet zullen moeten afleggen. De door hen gemaakte verwijzing naar art. 428bis en 428ter Ger. W. is niet relevant: die artikelen hebben betrekking op de examens waaraan de advocaten worden onderworpen die onderdaan zijn van een lidstaat van de Europese Unie en die zich vrij moeten kunnen verplaatsen en vestigen in andere landen van de Unie. Zulks is niet het geval voor de magistraten, die slechts toegang tot hun functie kunnen hebben indien zij de Belgische nationaliteit hebben.

B.51. De verzoekers bekritisieren art. 259bis-11, Ger. W., dat de advies- en onderzoekscommissies behandelt. Het wordt verweten dat het niet voorziet in een lid dat het bewijs zal moeten leveren van kennis van de Duitse taal, waarbij het Duitstalige lid noodzakelijkerwijze deel uitmaakt van de benoemingscommissie.

B.52. De verzoekers verwijten art. 259bis-15, Ger. W., wat de behandeling van de klachten betreft, dat klachten die in het Duits zouden zijn opgesteld niet in die taal kunnen worden behandeld.

B.53. De in B.51 en B.52 samengevatte grieven vallen samen met die welke zijn onderzocht en verworpen in B.34 tot B.44. Om die redenen die daarin zijn uiteengezet, kunnen ze niet worden aangenomen.

B.54. Daaruit volgt dat het beroep in de zaak nr. 1750 moet worden verworpen.

Ten aanzien van het beroep in de zaak nr. 1751

B.55. De verzoekers vorderen de vernietiging van art. 102, §§ 1 en 2, van de wet van 22 december 1998, dat bepaalt: «§ 1. De korpschefs die op het ogenblik van de inwerkingtreding van art. 259quater van het Gerechtelijk Wetboek vast zijn benoemd, en in voorkomend geval gedelegeerd zijn overeenkomstig art. 327 en 327bis van hetzelfde Wetboek, worden vanaf de eerste dag van de vierde maand volgend op de eerste bekendmaking in het *Belgisch Staatsblad* van de aantredende leden van de Hoge Raad geacht in de functie van korpschef te zijn aangewezen en terzelfder tijd in het ambt van magistraat te zijn benoemd in de hoven en rechtbanken of in de parketten bij die hoven en rechtbanken waar zij werkzaam zijn.

«Zij kunnen:

«1° hetzij hun functie van korpschef binnen een maand na de in het eerste lid bedoelde bekendmaking ter beschikking stellen. In dit geval wordt voor de resterende duur van het mandaat volgens de procedure bedoeld in art. 259quater een nieuwe korpschef aangewezen die, in afwijking van de artikelen 43, § 4, tweede lid, 43bis, § 4, tweede lid, 43ter, § 3, derde lid, en 43quater, tweede lid, van de wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken, behoort tot

hetzelfde taalstelsel. De uittredende korpschefs oefenen hun functie verder uit tot de aanwijzing van de nieuwe korpschef.

«2° hetzij hun functie van korpschef voor een termijn van zeven jaar verder uitoefenen. Bij het verstrijken van deze termijn kunnen zij zich voor deze functie nog éénmaal kandidaat stellen overeenkomstig art. 259quater van hetzelfde Wetboek.

«Na de terbeschikkingstelling van de functie van korpschef bedoeld in het 1° of het verstrijken van het mandaat bedoeld in 2°, blijven zij onder persoonlijke titel de hieraan verbonden wedde en weddeverhogingen ontvangen, tot de dag van hun inruststelling, hun ontslag, hun afzetting of, in voorkomend geval, hun benoeming of aanwijzing in een ander ambt of functie.

«§ 2. Voor de titularissen van een adjunct-mandaat die op het ogenblik van de inwerkingtreding van art. 259quinquies van hetzelfde Wetboek in deze functies zijn benoemd, begint de termijn van negen jaar te lopen vanaf de opneming van die functies en worden zij geacht als magistraat te zijn benoemd in de hoven en rechtbanken waar zij werkzaam zijn».

Ten aanzien van de ontvankelijkheid

B.56. De eerste verzoeker is, sinds 31 augustus 1988, voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg te Eupen. Hij kan rechtstreeks en ongunstig worden geraakt door de aangevochten bepalingen, omdat zij hem hoogstens de mogelijkheid laten zijn functie van voorzitter te behouden gedurende veertien jaar vanaf 2 augustus 2000 terwijl, indien de wetgever, zoals de verzoeker suggereert, de nieuwe bepalingen niet van toepassing had gemaakt op de magistraten in functie, hij voorzitter zou blijven tot 23 september 2017, datum waarop hij de leeftijd van 67 jaar zal bereiken. Het heeft weinig belang dat hij thans korpschef blijft of dat hij nadien de met dat ambt verbonden geldelijke voorwaarden behoudt. Het enkele feit dat de verzoeker wordt verplicht zijn functie eerder op te geven dan in de vroegere bepalingen was voorgeschreven, verantwoordt zijn belang om de vernietiging ervan te vorderen.

B.57. Hetzelfde geldt voor de tweede verzoeker. Als ondervoorzitter van de rechtbank van eerste aanleg te Eupen sinds januari 1988 was hij, onder de gelding van de vroegere bepalingen, geroepen om dat te blijven tot de pensioenleeftijd, behoudens indien hij zelf ervan zou afzien of naar een andere functie in de magistratuur zou dingen. Noch het behoud van financiële voordelen, noch de mogelijkheid om zijn adjunct-mandaat van ondervoorzitter te verlengen, indien hij de beoordeling «goed» behaalt, kunnen afbreuk doen aan zijn belang bij de vernietiging van bepalingen die het onafzetbare karakter van functies waarin hij, zonder enige beperking, bij een K.B. van 22 december 1997, is benoemd, opnieuw in het geding brengen.

B.58. De gronden van niet-ontvankelijkheid worden verworpen.

Ten aanzien van de bevoegdheid

B.59. Het Hof is niet bevoegd om te oordelen of een wetsbepaling rechtstreeks art. 152 van de Grondwet of art. 6 E.V.R.M. schendt.

B.60. Het verzoekschrift voert echter de schending van die bepalingen aan, in zoverre zij worden gecombineerd met

art. 10 en 11 van de Grondwet. In die mate is het Hof bevoegd om kennis te nemen van het beroep en in dezelfde mate wordt de door de Ministerraad opgeworpen exceptie van onbevoegdheid verworpen.

Ten gronde

B.61. Art. 152 van de Grondwet luidt:

«De rechters worden voor het leven benoemd. Zij worden in ruste gesteld op de bij de wet bepaalde leeftijd en genieten het bij de wet bepaalde pensioen.

Geen rechter kan uit zijn ambt worden ontzet of worden geschorst dan door een vonnis.

De overplaatsing van een rechter kan niet geschieden dan door een nieuwe benoeming en met zijn toestemming».

B.62. Het herziene art. 151 van de Grondwet koppelt de benoeming tot rechter, die een benoeming voor het leven blijft, los van de aanwijzing van de rechters als korpschefs of voor andere erin opgesomde functies, die voor een bij wet bepaalde duur geschiedt. De paragrafen 5 en 6 van art. 151 bepalen:

«§ 5. De eerste voorzitter van het Hof van Cassatie, de eerste voorzitters van de hoven en de voorzitters van de rechtbanken worden door de Koning in deze functies aangewezen onder de voorwaarden en op de wijze bij de wet bepaald.

Deze aanwijzing geschiedt op gemotiveerde voordracht van de bevoegde benoemings- en aanwijzingscommissie, bij een tweederde meerderheid overeenkomstig de modaliteiten bij de wet bepaald en na afweging van de bekwaamheid en geschiktheid. Deze voordracht kan enkel worden geweigerd op de wijze bij de wet bepaald en mits motivering.

In geval van aanwijzing tot de functie van eerste voorzitter van het Hof van Cassatie of van eerste voorzitter van de hoven geven de betrokken algemene vergaderingen van deze hoven, voorafgaandelijk aan de voordracht bedoeld in het vorige lid, een gemotiveerd advies op de wijze bij de wet bepaald.

De voorzitter en de afdelingsvoorzitters van het Hof van Cassatie, de kamervoorzitters van de hoven en de ondervoorzitters van de rechtbanken worden door de hoven en de rechtbanken in deze functies aangewezen uit hun leden onder de voorwaarden en op de wijze bij de wet bepaald.

Onverminderd de bepalingen van art. 152, bepaalt de wet de duur van de aanwijzingen in deze functies.

§ 6. Op de wijze bij de wet bepaald, worden de rechters, de titularissen van de functies bedoeld in § 5, vierde lid, en de ambtenaren van het openbaar ministerie onderworpen aan een evaluatie».

B.63. De aangevochten wet heeft de voormelde bepalingen van art. 151 van de Grondwet uitgevoerd door in het Gerechtelijk Wetboek een art. 259^{quater} in te voeren.

De in B.55 geciteerde aangevochten bepalingen bevatten de overgangsmaatregelen die van toepassing zijn op de magistraten in functie op de erin gepreciseerde datum.

B.64. De verzoekers zijn van mening dat de overgangsmaatregelen onverenigbaar zijn met art. 152 van de Grondwet, waarmee het nieuwe art. 151 eveneens strijdig zou zijn, in zoverre die maatregelen ertoe zouden leiden dat zij wettelijk voor het leven in die functie benoemde rechters voortijdig en zonder hun toestemming uit die functie zouden ontsetten, wat een kennelijke discriminatie zou vormen van

die magistraten ten opzichte van diegenen wier benoeming voor het leven niet wordt aangetast.

B.65. De eerste verzoeker is van mening dat de wetgever de nagestreefde doelstelling had kunnen bereiken met maatregelen die meer het belang van de betrokkenen in acht nemen, hetzij door die nieuwe bepalingen slechts van toepassing te maken op toekomstige situaties, hetzij door ze afhankelijk te maken van hun instemming, of nog door een ontzetting om legitieme redenen op te leggen.

B.66. Het Hof is niet bevoegd om te oordelen of het nieuwe art. 151 art. 152 van de Grondwet schendt. Het kan dus niet onderzoeken of het in art. 151 verankerde beginsel van de termijngebonden mandaten art. 10 en 11 van de Grondwet schendt, ongeacht de bepalingen waarmee die worden gecombineerd. Het kan dus enkel onderzoeken of het discriminerend is dat de bepalingen die dat beginsel in werking stellen van toepassing zijn gemaakt op de magistraten die de in art. 151, § 5, vermelde functies uitoefenden krachtens een benoeming die dateert van vóór de inwerkingtreding van de nieuwe bepalingen.

B.67. Het staat aan de wetgever te oordelen of de hervormingen die de Grondwetgever noodzakelijk heeft geacht inzake justitie onmiddellijk moeten worden toegepast dan wel of ze geleidelijk aan kunnen worden verwezenlijkt. Hij zou die doelstelling echter niet kunnen verwezenlijken door de categorie van personen die persoonlijk door de nieuwe maatregelen worden geraakt op discriminerende wijze te behandelen of door hun onevenredige offers op te leggen.

B.68. Doordat de wetgever het de korpschefs die in functie zijn mogelijk maakt, enerzijds, hun functies te blijven uitoefenen gedurende een periode van zeven jaar en hun kandidatuur in te dienen voor een tweede mandaat van zeven jaar en hun, anderzijds, indien zij hun functie van korpschef «ter beschikking» hebben gesteld of indien zij ze gedurende zeven jaar zijn blijven uitoefenen, op het einde van hun mandaat de wedde en de daarbij horende weddeverhogingen garandeert tot op de dag van hun pensioen, heeft hij maatregelen genomen die van dien aard zijn dat ze de rechten van de betrokkenen vrijwaren in een mate die verenigbaar is met het nastreven van de doelstellingen van algemeen belang die hij zonder verwijl meende te moeten verwezenlijken.

B.69. Wat de adjunct-mandaten betreft, heeft de wetgever bepaald dat de periode van negen jaar waarvoor die functies voortaan zullen worden toegekend, ingaat op het ogenblik waarop de houders ervan die functies hebben ingenomen. Hij heeft niet expliciet bepaald dat zij een voortzetting van hun mandaat zouden kunnen verkrijgen, maar uit art. 259^{undecies}, § 2, Ger. W. volgt dat de beoordeling «goed» de onmiddellijke verlenging van die mandaten zal meebrengen.

B.70. Bijgevolg blijkt dat de wetgever, ten aanzien van de categorieën van personen waartoe de verzoekers behoren, maatregelen heeft genomen die niet kennelijk onevenredig zijn ten aanzien van de doelstelling die hij zo snel mogelijk wenste te verwezenlijken.

B.71. De middelen zijn niet gegrond.

B.72. De verzoekers vechten tevens het 4^o van art. 259^{bis}-3, § 2, Ger. W. aan, in zoverre het het lidmaatschap van de Hoge Raad voor de Justitie onverenigbaar maakt met de uitoefening van een mandaat als korpschef.

B.73. Uit de parlementaire voorbereiding van art. 151 van de Grondwet volgt dat de wetgever heeft gewild dat de korpschefs, gedurende hun mandaat van zeven jaar, hun verantwoordelijkheid ten volle op zich nemen wat betreft de werking van het rechtscollege dat zij leiden, dat zij er moderne managementmethodes invoeren teneinde een betere werking ervan te verzekeren en dat zij het beleidsplan dat zij voortaan bij hun kandidaatstelling moeten voegen tot een goed einde kunnen brengen (*Parl. St.*, Kamer, 1997-98, nr. 1675/1, pp. 2 en 12).

B.74. Het is niet onredelijk te oordelen dat het vervullen van een dergelijke opdracht van de korpschef vereist dat hij zich volledig aan die fantasie wijdt en dat hij de uitoefening daarvan niet cumuleert met de prestaties die vereist zijn bij deelname aan de Hoge Raad voor de Justitie.

B.75. Bovendien bestaan de opdrachten van de Hoge Raad voor de Justitie met name erin inzake benoemingen en aanwijzingen voordrachten te doen op basis van een benoemingsdossier dat de adviezen van de betrokken korpschefs bevat (art. 259ter, § 1 en § 4). De advies- en onderzoekscommissie van de Hoge Raad voor de Justitie moet tevens de jaarlijkse verslagen ontvangen die over het algemeen door de korpschefs worden opgesteld (art. 259bis-14, § 2, Ger. W.); zij kan de korpschefs gelasten een onderzoek uit te voeren (art. 259bis-16, § 2, Ger. W.); zij kan geen enkele tuchtrechtelijke bevoegdheid uitoefenen (art. 151, § 3, 8°, van de Grondwet), terwijl de korpschefs tuchtoverheden zijn (art. 408bis Ger. W.). Er kan bijgevolg worden vermoed, dat de korpschefs die deel zouden uitmaken van de Hoge Raad voor de Justitie, vaker dan de andere personen die erin zitting nemen, zich in situaties van belangenconflict of onverenigbaarheid zouden kunnen bevinden die hen, krachtens art. 259bis-19, § 1, Ger. W. *in fine* ertoe zouden brengen zich vaak van een zaak te onthouden, wat de goede werking van de Raad zou schaden.

B.76. Het middel is niet gegrond.

B.77. Het beroep in de zaak nr. 1751 moet worden verworpen.

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 30 APRIL 1999

Voorzitter: de h. Verougstraete

Rapporteur: de h. Waûters

Openbaar ministerie: de h. Dubrulle

Advocaten: mrs. Bützler en De Gryse

Overheidsopdrachten – Opening van de inschrijvingen – Overhandiging van inschrijving na de opening van de zitting maar vóór de opening van de inschrijvingen – Geldigheid – Voorwaarden

Vanaf het ogenblik dat, inzake overheidsopdrachten, de voorzitter de zitting voor geopend heeft verklaard, mag geen inschrijving meer worden neergelegd. Van die regel, die steunt op de noodzaak de gelijkheid onder de inschrijvers in acht te nemen en onder meer mogelijke misbruiken, afspraken en manipulaties te vermijden, mag alleen worden afgeweken in de gevallen in art. 26, § 3, van het te dezen

toepasselijke K.B. van 22 april 1977 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, en daarenboven volgens de procedure vastgelegd in art. 30 van dat K.B.

De overtreding van die regel tast evenwel de geldigheid van de late inschrijving niet noodzakelijk aan indien uit de aard van de overtreding in concreto niet blijkt dat de mededinging onder de mededingers minder reëel wordt, hun kansen ongelijker en de onderlinge vergelijking van hun aanbiedingen minder doelmatig of nog dat die onregelmatigheid de manipulatie van de inschrijvingen door het bestuur of willekeur van het bestuur in de hand heeft gewerkt.

B.V.B.A. K. t/ V.Z.W. V.K.L.O.K.

Gelet op het bestreden arrest, op 9 juni 1995 gewezen door het Hof van Beroep te Gent;

Over het middel, gesteld als volgt:

schending van de artikelen 92 van de Grondwet en, voor zoveel als nodig, 144 van de op 17 februari 1994 gecoördineerde Grondwet, 1382 en 1383 B.W., 823 Ger. W., 12 van de wet van 14 juli 1976 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten (vóór het werd aangevuld bij K.B. van 19 augustus 1992), 26, §§ 2 en 3, 28, inzonderheid tweede lid, 3°, en 30 van het K.B. van 22 april 1977 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten,

...

Wat het tweede onderdeel betreft:

Overwegende dat art. 28 van het te dezen toepasselijk K.B. van 22 april 1977 bepaalt: «de inschrijvingen worden geopend in openbare zitting op plaats, dag en uur in het bestek bepaald. De verrichtingen verlopen in volgende orde ... 3° de voorzitter opent de zitting: vanaf dat ogenblik mag geen enkel stuk nog worden aanvaard»;

Dat vanaf het ogenblik dat de voorzitter de zitting voor geopend heeft verklaard, geen inschrijving meer mag worden neergelegd, en dat van die regel, die steunt op de noodzaak de gelijkheid onder de inschrijvers in acht te nemen en onder meer mogelijke misbruiken, afspraken, manipulaties te vermijden, alleen mag worden afgeweken in de gevallen bepaald in art. 26, § 3, en daarenboven volgens de procedure vastgesteld in art. 30;

Dat de overtreding van die regel evenwel de geldigheid van de late inschrijving niet noodzakelijk aantast indien uit de aard van de overtreding in concreto niet blijkt dat de mededinging onder de mededingers minder reëel wordt, hun kansen ongelijker en de onderlinge vergelijking van hun aanbiedingen minder doelmatig of nog dat die onregelmatigheid de manipulatie van de inschrijvingen door het bestuur of willekeur van het bestuur in de hand heeft gewerkt;

Overwegende dat het arrest vaststelt dat er nog een inschrijving werd overhandigd wanneer de voorzitter aan het verwelkomen was en in het bijzonder tijdens de voorstelling aan de leden van het college, dat de inschrijvingen nog niet

waren geopend en dat alle aanwezigen instemden met de neergelegde inschrijving;

Dat het zodoende *in concreto* oordeelt dat manipulaties of willekeur uitgesloten waren en de mededinging niet werd aangetast;

Dat het arrest, door te oordelen dat de betwiste inschrijving in die omstandigheden niet ongeldig was, de in het onderdeel aangewezen wetsbepalingen niet schendt;

Dat het onderdeel niet kan worden aangenomen.

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 14 MEI 1999

Voorzitter: de h. Verougstraete

Rapporteur: de h. Dirix

Openbaar ministerie: mevr. De Raeve

Advocaat: mr. Geinger

Onrechtmatige daad – Aansprakelijkheid – Gebrekkige zaak – Op bewaarder rustend vermoeden van fout – Weerlegging – Schade te wijten aan een vreemde oorzaak – Onoverwinnelijke onwetendheid omtrent het gebrek

Het vermoeden van fout dat krachtens art. 1384, eerste lid, B.W. op de bewaarder van de gebrekkige zaak rust, kan slechts worden weerlegd zo het bewijs wordt geleverd dat de schade niet aan een gebrek van de zaak, maar aan een vreemde oorzaak is te wijten. De onoverwinnelijke onwetendheid omtrent het gebrek van de zaak neemt de aansprakelijkheid van de bewaarder van de zaak voor de schade die de zaak veroorzaakte, niet weg.

Vlaams Gewest t/ N.V. M. & N.

Gelet op het bestreden vonnis, op 30 september 1997 in laatste aanleg gewezen door de Politierechtbank te Den dermonde;

...

Wat het tweede onderdeel betreft:

Overwegende dat het vermoeden van fout dat krachtens art. 1384, eerste lid, B.W. op de bewaarder van de gebrekkige zaak rust, slechts kan worden weerlegd zo het bewijs wordt geleverd dat de schade niet aan een gebrek van de zaak, maar aan een vreemde oorzaak is te wijten; dat de onoverwinnelijke onwetendheid omtrent het gebrek van de zaak, de aansprakelijkheid van de bewaarder van de zaak voor de schade die de zaak veroorzaakte, niet wegneemt;

Overwegende dat de rechter oordeelt dat de schade werd veroorzaakt door het gebrek van de zaak, maar dat verweerder, de bewaarder van de gebrekkige zaak, niet aansprakelijk kan worden gesteld wegens overmacht, en deze overmacht afleidt uit de onwetendheid dat de oorzaak van het gebrek door verweerder niet vooraf kon «worden aanvoeld noch visueel vastgesteld»;

Dat door aldus te oordelen de rechter de in het onderdeel aangewezen wetsbepaling (art. 1384, eerste lid, B.W.) schendt;

Dat het onderdeel gegrond is.

NOOT – Zie in dezelfde zin: Cass., 9 november 1979, *Arr. Cass.*, 1980, 309; *Pas.*, 1980, I, 320.

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER – 12 APRIL 2000

Voorzitter: de h. Lahousse

Rapporteur: de h. Fettweis

Openbaar ministerie: de h. Spreutels

Advocaat: mr. Bastin

Deskundigenonderzoek – Strafzaken – Tegenspraak – Voorwaarde – Door de rechter gegeven opdracht – Beperking van de tegenspraak door de deskundige

Wanneer een door de strafrechter bevolen deskundigenonderzoek strekt tot de beoordeling van de strafvordering zelf, staat het aan die rechter de modaliteiten ervan te bepalen, rekening houdend met het recht van verdediging en de vereisten van de strafvordering.

Het deskundigenonderzoek moet in dat geval door de deskundige slechts op tegenspraak worden verricht voor zover en in de mate dit hem in zijn opdracht door de rechter wordt opgelegd. Zelfs in dat geval, oordeelt de gerechtsdeskundige in welke mate een onderzoeksverrichting, vanuit technisch standpunt, al dan niet kan geschieden in aanwezigheid van een derde, zoals de technische raadsman van een partij.

D. t/ K.

Gelet op de bestreden arresten, op 6 oktober 1998, 24 juni 1999, 2 december 1999 en 21 december 1999 gewezen door het Hof van Beroep te Luik;

...

Overwegende dat, wanneer een door de strafrechter bevolen deskundigenonderzoek, zoals te dezen, strekt tot de beoordeling van de strafvordering zelf, het aan die rechter staat de modaliteiten ervan te bepalen, rekening houdend met het recht van verdediging en de vereisten van de strafvordering; dat de artikelen van het Gerechtelijk Wetboek, die aan het gerechtelijk deskundigenonderzoek een contradictoir karakter verschaffen al dan niet van toepassing zijn; dat het deskundigenonderzoek, in dat geval, door de deskundige slechts op tegenspraak moet worden verricht, voor zover en in de mate dit hem in zijn opdracht door de rechter wordt opgelegd; dat, zelfs in dat geval, de gerechtsdeskundige oordeelt in welke mate een onderzoeksverrichting, vanuit een technisch standpunt, al dan niet kan geschieden in aanwezigheid van een derde, zoals de technisch raadsman van een partij;

Dat het middel, dat de schending aanvoert van art. 962 e.v. Ger. W., volgens welke het deskundigenonderzoek op tegenspraak wordt verricht, faalt naar recht;

...

NOOT – *De samenwerking tussen de deskundige en de partijen in strafzaken*

1. In strafzaken komt het geregeld voor dat deskundigen de schade ramen volgens het scenario bepaald in art. 962-991 Ger. W. Vooral bij medische expertises is het gebruikelijk dat de deskundige wacht tot de «meest gerede partij», *in casu* het slachtoffer, het initiatief neemt en een voorschot betaalt (art. 965 en 990 Ger. W.). Vervolgens hoort de deskundige de partijen en maakt hij hen zijn voorlopige conclusies over (P. Lurquin, *Traité de l'expertise médicale*, Brussel, Bruylant, 1989, 64; P. Traest en P. Van Caeneghem, «De tegensprekelijkheid van het deskundigenonderzoek in strafzaken: een status questionis ten behoeve van de praktijk», *T. Strafr.* 2000, 51). De toepassing van civielrechtelijke voorschriften in strafzaken is gunstig voor de aanwerving van deskundigen. Vaak zijn deskundigen slechts bereid voor de strafrechter op te treden wanneer zij niet gebonden zijn aan de tariefschaal van het M.B. van 11 juni 1999 (*B.S.* 26 juni 1999), en, zoals in civiele zaken, zelf hun honorarium kunnen bepalen (art. 984 Ger. W.). Een ander voordeel is dat de partijen een verslag opgesteld na tegenspraak eerder zullen aanvaarden dan conclusies van een deskundige die in het geheim tewerkging. Om discussies over de rechten van de verdediging te vermijden, zijn strafrechters geneigd de expertise over burgerlijke belangen geheel af te stemmen op art. 962-991 Ger. W.

2. De vraag rijst echter of expertises uitgevoerd volgens het model in civiele zaken toelaatbaar zijn als bewijs voor de strafrechter. Veel hangt af van het rechtscollege dat men als steunpunt in de discussie gebruikt.

Het *Arbitragehof* gaat ervan uit dat expertises bevolen tijdens het onderzoek ter terechtzitting zoveel mogelijk moeten verlopen volgens art. 962-991 Ger. W. (*Arbitragehof*, 30 april 1997, *B.S.* 19 juni 1997; *R.W.*, 1997-98, 713; *Arbitragehof*, 27 mei 1998, *B.S.* 15 augustus 1998). Irrelevant daarbij is het doel van de expertise. Ook als de deskundige aspecten behandelt die relevant zijn voor de strafvordering, moeten de partijen inspraak krijgen, mits de centrale positie van de strafrechter niet in het gedrang komt. Bepalingen waarin de expertise afhangt van het akkoord van de partijen (vb. art. 977, § 2, Ger. W.), kunnen dan ook geen uitwerking hebben (A. Masset, «L'expertise pénale du fond (enfin) contradictoire», *J.L.M.B.* 1997, 790-796; B. De Smet, «De afbrokkeling van het geheim karakter van het deskundigenonderzoek in strafzaken», *R.W.* 1997-98, 105-110; P. Martens, «L'influence de la jurisprudence de la Cour d'Arbitrage sur l'expertise en matière pénale», in *Perspectives uit de recente rechtspraak in strafzaken*, Gent, Mys & Breesch, 2000, 106-109; P. Traest en P. Van Caeneghem, *l.c.*, 52).

Het *Hof van Cassatie* laat minder ruimte voor de partijen om het deskundigenonderzoek te beïnvloeden. Volgens het Hof dient de strafrechter enkel een expertise op tegenspraak te organiseren wanneer deze onderzoeksdaad uitsluitend is gericht op de afhandeling van de burgerlijke belangen. De partijen moeten dan de verrichtingen van de deskundige kunnen bijwonen (art. 973 Ger. W.) en opmerkingen kunnen formuleren over diens voorlopig verslag (art. 978 Ger. W.). De strafrechter kan ook andere bepalingen van het *Gerichtelijk Wetboek* toepassen, maar is daartoe niet verplicht. Is de expertise nuttig voor de beoordeling van de straf-

vordering, dan is tegenspraak geen automatisme meer. De strafrechter bepaalt dan vrij of de partijen aan de expertise kunnen deelnemen en binnen welke grenzen inspraak mogelijk is. Hij mag daarbij gebruik maken van de art. 962-991 Ger. W., mits de basisprincipes van het strafproces overeind blijven (Cass., 8 februari 2000, *R.W.* 2000-01, 238, met conclusie van P. Duinslaegher). Niets belet de strafrechter het deskundigenonderzoek zo te organiseren dat de partijen stukken aan de deskundige kunnen bezorgen (art. 972 Ger. W.), de verrichtingen van de deskundige kunnen bijwonen (art. 973 Ger. W.) en het expertiseverslag kunnen betwisten alvorens dit op de terechtzitting ter discussie staat (art. 978 Ger. W.).

3. In bovenstaand arrest beklemtoont het Hof van Cassatie dat de partijen geen deelname aan de expertise kunnen afdwingen, zelfs al treedt de deskundige op tijdens het onderzoek ter terechtzitting. Is de expertise bruikbaar voor de beoordeling van de strafvordering, dan kan de deskundige slechts samenwerken met de partijen onder de voorwaarden opgelegd door de rechter. De deskundige mag dus niet op eigen initiatief de partijen horen of zijn ontwerpverslag aan hen voorleggen, zo niet is de expertise nietig wegens schending van het beroepsgeheim (P. Lambert, *Le secret professionnel*, Brussel, Nemesis, 1985, 58-59; F. Hutsebaut, «Het deskundigenonderzoek in strafzaken», in *Strafrecht voor rechtspractici*, Leuven, Acco, 1986, 142-143). Opmerkelijk is dat de deskundige de marge voor tegenspraak mag versmallen. Volgens het Hof van Cassatie mag de deskundige weigeren samen te werken met de partijen of met technische raadslieden van de partijen als tegenspraak vanuit «technisch oogpunt» nefast zou zijn. Dit *vetorecht* van de deskundige moet uiteraard restrictief worden opgevat, aangezien de leiding van het proces aan de rechter toekomt. Enkel als tegenspraak de kwaliteit van de expertise zou aantasten, omdat deelname van de partijen een serene analyse van een bewijsstuk of technisch probleem verhindert, mag de deskundige zich verzetten tegen het tussenvonnissen waarbij inspraak aan de partijen wordt toegekend.

4. Wanneer de deskundige samenwerking met de partijen weigert, hoewel de rechter een expertise op tegenspraak heeft bevolen, is het expertiseverslag niet steeds ontoelaatbaar als bewijs. De partij die de nietigheid aanvoert, zal moeten bewijzen dat tegenspraak geen nadelig effect heeft op de kwaliteit van de expertise. Bovendien moet blijken dat de weigering van de deskundige om een discussie aan te gaan, de rechten van de verdediging op onherstelbare wijze heeft aangetast (R. Declercq, *Beginselen van strafrechtsspleging*, Antwerpen, Kluwer, 1999, 591). Een «tekort» aan tegenspraak kan soms worden weggewerkt door het onderzoek ter terechtzitting met bijkomende waarborgen te omringen. Zo kan de vonnisrechter de deskundige horen in aanwezigheid van de partijen (Pol. Gent, 11 maart 1998, *R.W.* 1998-99, 891, met noot B. De Smet) of de deskundige verplichten zijn verslag te herwerken op grond van de gegevens aangebracht door de partijen (P. Traest en P. Van Caeneghem, *l.c.*, 48). De rechter is bijgevolg enkel verplicht het expertiseverslag uit de debatten te weren als 1° de weigering van de deskundige om samen te werken met de partijen een zinvolle discussie over dit verslag verhindert en 2° een debat met de deskundige op de terechtzitting niet volstaat om een eerlijk proces te waarborgen. De vraag of het gebrek aan tegenspraak de waarborg van een eerlijk

proces uitholt is echter een feitenkwestie, waarover het Hof van Cassatie zich niet mag uitspreken. Het is dus de vonnisrechter die de vorm van de expertise bepaalt (geheim of contradictoir) en uitmaakt welke sanctie gepast is als de deskundige de spelregels niet naleeft. Hoewel de druk toeneemt om art. 961-992 Ger. W. toe te passen in strafzaken, blijft de kern van onze inquisitoire strafvordering, de dominante rechter, even hard en onbeweeglijk.

Dr. Bart De Smet
Substituut-procureur des Konings te Antwerpen

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER – 11 DECEMBER 2000

Voorzitter-rapporteur: de h. Boes
Openbaar ministerie: mevr. De Raeve
Advocaat: mr. Verbist

Arbeidsovereenkomst bedienden – Proeftijd – 1. Schorsing – Opzegging – Uitwerking – 2. Beëindiging vóór uitvoering – Opzeggingsvergoeding

1. In beginsel heeft de opzegging van een arbeidsovereenkomst met proeftijd door de werkgever of de bediende slechts uitwerking na de effectieve uitvoering van de proef gedurende minimum een maand, ongeacht de verlenging van de proeftijd ingevolge schorsing van de overeenkomst.

2. Wanneer de arbeidsovereenkomst met proefbeding wordt verbroken vooraleer de effectieve uitvoering van de proef is aangevangen, is een opzeggingsvergoeding verschuldigd gelijk aan het loon en de voordelen van een maand, vermeerderd met de wettelijke opzeggingstermijn van zeven dagen.

N.V. N. t/ M.

Gelet op het bestreden arrest, op 22 juni 1999 gewezen door het Arbeidshof te Brussel;

...

Overwegende dat krachtens art. 67, § 2, Arbeidsovereenkomstenwet de proeftijd in een bediendenovereenkomst niet minder dan een maand mag duren;

Dat krachtens art. 67, § 3, Arbeidsovereenkomstenwet de uitvoering van de bediendenovereenkomst tijdens de proeftijd wordt geschorst, de proeftijd wordt verlengd met een periode gelijk aan die van de schorsing;

Dat krachtens art. 81, § 1, Arbeidsovereenkomstenwet, onverminderd de toepassing van art. 79, van die wet, de bediendenovereenkomst tijdens de proeftijd zonder dringende reden niet eenzijdig kan worden beëindigd dan met inachtneming van een opzeggingstermijn van zeven dagen; dat wanneer de opzegging tijdens de eerste maand wordt gegeven, de beëindiging ten vroegste op de laatste dag van deze maand uitwerking heeft;

Dat krachtens art. 81, § 2, Arbeidsovereenkomstenwet de partij die de bediendenovereenkomst zonder dringende reden of zonder inachtneming van de in art. 81, § 1, van die wet bepaalde opzeggingstermijn beëindigt, ertoe gehouden is de andere partij een vergoeding te betalen die gelijk is aan

het lopende loon en de voordelen verworven krachtens de arbeidsovereenkomst, overeenstemmend, hetzij met de duur van de opzeggingstermijn, hetzij met het resterende gedeelte van die termijn; dat wanneer die beëindiging gebeurt tijdens de eerste maand van de proeftijd, de vergoeding gelijk is aan het lopende loon en de voordelen verworven krachtens de arbeidsovereenkomst, overeenstemmend met het resterende gedeelte van die maand, vermeerderd met de duur van de opzeggingstermijn;

Overwegende dat uit deze bepalingen volgt dat, wanneer de bediendenovereenkomst een beding van proeftijd bevat, de overeenkomst gedurende minstens een maand in het raam van de proef moet worden uitgevoerd, waarna pas tot beoordeling van de proef kan worden overgegaan; dat dientengevolge in beginsel de opzegging door de werkgever of de bediende slechts uitwerking heeft na de effectieve uitvoering van de bediendenovereenkomst gedurende de minimumperiode van de proef, ongeacht de verlenging van de proeftijd ingevolge art. 67, § 3, Arbeidsovereenkomstenwet;

Dat hieruit volgt dat, onverminderd de toepassing van art. 79, Arbeidsovereenkomstenwet, wanneer de overeenkomst wordt verbroken vooraleer de effectieve uitvoering van de proef wordt aangevangen, een opzeggingsvergoeding verschuldigd is, gelijk aan het loon en de voordelen van een maand, vermeerderd met de duur van de opzeggingstermijn van zeven dagen;

Overwegende dat het arrest, met overneming van de feitelijke gegevens vermeld in het beroepen vonnis, vaststelt dat:

1) de partijen een bediendenovereenkomst sloten op 12 december 1995, met indiensttreding van verweerder op 18 december 1995 en met een proefbeding met een termijn van zes maanden;

2) verweerder wegens ziekte afwezig was vanaf 18 december 1995 en vanaf februari 1996 elders begon te werken;

Overwegende dat het arrest zonder desaangaande te worden bekritiseerd, beslist dat verweerder «de van vóór de uitvoering geschorste arbeidsovereenkomst eenzijdig beëindigd heeft op 31 januari 1996, wat (eiseres) zodoende recht geeft op een verbrekingsvergoeding»;

Overwegende dat het arrest, dat op grond hiervan verweerder veroordeelt tot het betalen van een opzeggingsvergoeding aan eiseres van zeven dagen loon of 16.608 frank, zodoende art. 67 en 81 Arbeidsovereenkomstenwet schendt.

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 15 JUNI 2001

Voorzitter: de h. Verougstraete
Rapporteur: de h. Dirix
Openbaar ministerie: de h. Bresseleers
Advocaten: mrs. Nelissen Grade en Simont

1. Hypotheek – Rang – Recht van opstal na vestiging van hypotheek – Anterioriteitsbeginsel – 2. Eigendom – Zakelijke subrogatie – Recht van opstal na vestiging van hypotheek – Niet-tegenwerpelijke aan de hypotheccaire schuldeiser

1. *Zakelijke rechten die door de grondeigenaar worden verleend nadat een hypotheek op die grond werd gevestigd en die afbreuk doen aan de rechten van de hypothecaire schuldeiser zijn aan deze niet tegenwerpelijk. Door de toepassing van art. 45, tweede lid, Hyp. W. strekt de hypotheek zich uit tot de gebouwen, werken en beplantingen aangebracht door de houder van een recht van opstal dat door de grondeigenaar op een later tijdstip is verleend.*

2. *Diegene aan wie de grondeigenaar na de hypotheekvestiging een recht van opstal heeft verleend, heeft geen zakelijk recht dat tegenwerpelijk is aan de hypothecaire schuldeiser en kan mitsdien niet als een derde-bezitter in de zin van art. 103 Hyp. W. worden beschouwd.*

Gelet op het bestreden arrest, op 21 september 1998 gewezen door het Hof van Beroep te Antwerpen;

Over het middel, gesteld als volgt:

schending van de artikelen 149 van de Grondwet, 45, tweede lid, en 103 van de wet van 16 december 1851 op de Voorrechten en Hypotheken dat Titel XVIII van het Burgerlijk Wetboek uitmaakt (Hypotheekwet) en 1, 2, 5, 6 en 7 van de wet van 10 januari 1824 op het recht van opstal,

doordat de appèlrechters het hoger beroep van eerste verweerster gegrond verklaren en voor recht zeggen dat de opbrengst van de verkoop van de gebouwen aan eerste verweerster toekomt ingevolge haar hypothecaire rechten, en dit op grond van de volgende overwegingen: (...) dat de hypothecaire inschrijving van (eerste verweerster) dateert van 2 maart 1990 en expliciet zowel de grond als de op te richten gebouwen betreft; dat het zakelijk recht van opstal dateert van nadien en de hypothecaire inschrijving, genomen door (eiseres) op dit opstalrecht, dateert van 26 januari 1995; dat beide hypotheeken met elkaar in concurrentie treden wat de opgerichte gebouwen betreft; dat de oudste inschrijving primeert op de jongere inschrijving; dat hieraan geen afbreuk wordt gedaan door de beweerde goede trouw van (eiseres), die trouwens kennis heeft kunnen nemen van de eerdere inschrijving en de uitgebreidheid ervan ten tijde van haar eigen inschrijving; dat ook de omstandigheid dat de gebouwen werden opgericht door een derde, geen schuldenaar zijnde van (eerste verweerster), dezès hypothecaire rechten niet aantast; dat deze rechten zich uitstrekken tot alle verbeteringen die aan het gehypothekeerde onroerend goed werden aangebracht, ongeacht of deze verbeteringen door de schuldenaar dan wel door een derde werden aangebracht; dat uit niets blijkt dat (eerste verweerster), uitdrukkelijk of stilzwijgend, haar akkoord heeft betuigd met de vestiging van het zakelijk recht van opstal op het gehypothekeerde onroerend goed, laat staan akkoord is gegaan met de beperking van haar hypothecaire rechten tot uitsluitend de grond; dat dientengevolge de vestiging van een hypotheek op dit opstalrecht haar niet kan worden tegengeworpen als houdende een beperking in van haar eigen hypothecaire rechten; dat (eerste verweerster) terecht aanspraak maakt op de uitkering van de opbrengst van de verkoop van de gebouwen; dat niet betwist is dat de door de hypotheek gewaarborgde schuld groter is dan de opbrengst van de verkoop van het gehele gehypothekeerde goed»,

(...)

terwijl, eerste onderdeel, (...)

tweede onderdeel, luidens art. 45, tweede lid, van de Hypotheekwet, de verkregen hypotheek zich uitstrekt tot het

toebehoren dat als onroerend goed wordt beschouwd, en tot de verbeteringen die aan het met hypotheek bezwaard onroerend goed worden aangebracht; de hypotheek zich echter niet uitstrekt tot de verbeteringen, indien de eigenaar van het onroerend goed zelf geen eigenaar wordt van de verbeteringen; de derde die in een dergelijke hypothese een zakelijke aanspraak op de verbeteringen kan doen gelden, zoals de opstalhouder, zijn aanspraak kan inroepen tegen de hypothecaire schuldeiser; te dezen uit het bestreden arrest, en uit het beroepen vonnis waarnaar de appèlrechters voor de uiteenzetting van de feitelijke omstandigheden verwijzen, blijkt dat door derde verweerster aan tweede verweerster een opstalrecht was verleend dat werd overgeschreven op het tweede hypotheekkantoor te Tongeren op 9 december 1994; derde verweerster, gelet op de artikelen 5, 6 en 7 van de wet van 10 januari 1824 op het recht van opstal, geen eigenaar werd van de gebouwen die op haar gronden door tweede verweerster krachtens haar recht van opstal werden opgericht; de hypotheek van eerste verweerster zich bijgevolg niet uitstreckte tot deze gebouwen, opgericht door tweede verweerster,

zodat de appèlrechters, door te beslissen dat de hypotheek van eerste verweerster zich ook uitstreckte tot de gebouwen opgericht door tweede verweerster en eerste verweerster aldus als enige aanspraak kon maken op de opbrengst van de verkoop van die gebouwen, art. 45, tweede lid, van de Hypotheekwet en de artikelen 5, 6 en 7 van de wet van 10 januari 1824 op het recht van opstal schenden;

derde onderdeel, de derde-bezitter overeenkomstig art. 103 van de Hypotheekwet de door hem gedane uitgaven en verbeteringen van de hypothecaire of bevoorrechte schuldeisers kan terugvorderen ten belope van de meerwaarde die uit de verbetering is ontstaan; met «derde-bezitter» in de zin van deze wetsbepaling de eigenaar of degene die bezit als eigenaar wordt bedoeld, voor zover zij over een regelmatig overgeschreven titel beschikken; ook een opstalhouder die zijn titel regelmatig heeft laten overschrijven, als een derde-bezitter moet worden beschouwd, omdat het opstalrecht de opstalhouder overeenkomstig de artikelen 5, 6 en 7 van de wet van 10 januari 1824 op het recht van opstal een eigendomsrecht geeft op de opgetrokken gebouwen, werken of beplantingen; de hypotheek die de opstalhouder heeft gevestigd, bij wijze van zakelijke subrogatie overgaat op de vergoeding die krachtens art. 103 van de Hypotheekwet aan de opstalhouder verschuldigd is; eiseres derhalve, als begunstigde van de door derde verweerster verleende hypotheek op de opstallen, recht had op de vergoeding van de uit de verbeteringen ontstane meerwaarde op grond van art. 103 van de Hypotheekwet,

zodat de appèlrechters, door te beslissen dat de vestiging van een hypotheek op het opstalrecht aan eerste verweerster niet kan worden tegengeworpen als houdende een beperking in van haar eigen hypothecaire rechten en door de opbrengst van de verkoop van de gebouwen uitsluitend aan eerste verweerster toe te kennen, de artikelen 103 van de Hypotheekwet en 5, 6 en 7 van de wet van 10 januari 1824 op het recht van opstal schenden:

Wat het tweede onderdeel betreft:

Overwegende dat luidens art. 41 van de Hypotheekwet de hypotheek een zakelijk recht verleent op het onroerend goed waarop het is gevestigd;

Dat zakelijke rechten die door de grondeigenaar worden verleend na de hypotheekvestiging en die afbreuk doen aan de rechten van de hypothecaire schuldeiser, aan deze niet tegenwerpelijk zijn;

Overwegende dat luidens art. 45, tweede lid, van de Hypotheekwet de verkregen hypotheek zich uitstrekt tot het toebehoren dat als onroerend goed wordt beschouwd en tot de verbeteringen die aan het met hypotheek bezwaard goed worden aangebracht;

Dat de hypotheek zich ook uitstrekt tot de gebouwen, werken en beplantingen aangebracht door de houder van een recht van opstal dat door de grondeigenaar op een later tijdstip is verleend;

Dat het onderdeel faalt naar recht;

Wat het derde onderdeel betreft:

Overwegende dat wanneer het gehypothekeerd goed wordt vervreemd, de hypothecaire schuldeiser dit goed volgt in welke handen het ook overgaat;

Dat de derde-bezitter op grond van art. 103 van de Hypotheekwet evenwel gerechtigd is tot terugvorderingen van uitgaven en verbeteringen door hem gedaan ten belope van de meerwaarde die uit die verbeteringen is ontstaan;

Dat diegene aan wie de grondeigenaar op een later tijdstip een recht van opstal heeft verleend, geen zakelijk recht heeft dat tegenwerpelijk is aan de hypothecaire schuldeiser en mitsdien niet als een derde-bezitter kan worden beschouwd in de zin van deze bepaling;

Dat het onderdeel faalt naar recht;

...

NOOT – *Het conflict tussen de hypotheekhouder van de opstalhouder en de hypotheekhouder van de grondeigenaar*

1. In deze zaak kreeg het Hof van Cassatie te oordelen over de volgende casus. A, eigenaar van een stuk grond, verleent op die grond een hypotheek ten voordele van een schuldeiser (B). Nadat dit hypotheekrecht is ingeschreven, vestigt A een opstalrecht op zijn grond ten voordele van een derde (C), die zijn recht overschrijft in de hypothecaire registers. Vervolgens verleent C een hypotheek op zijn opstal ten voordele van een schuldeiser (D). Wanneer de grondeigenaar (A) failliet gaat, ontstaat een conflict tussen de hypothecaire schuldeiser van de grondeigenaar (B) en de hypothecaire schuldeiser van de opstalhouder (D).

Een dergelijk conflict is inderdaad mogelijk. Een opstalhouder kan geldig een hypotheek vestigen op de opstallen voor zover dit recht hem niet in de opstalakte is ontzegd (art. 45, 2°, eerste lid Hyp. W.). Zulks is, binnen de perken van het opstalcontract, mogelijk in de ruimst denkbare zin: zowel door de opstalhouder opgerichte gebouwen, door de grondeigenaar opgerichte gebouwen als toekomstige gebouwen (art. 45bis Hyp. W.) zijn voor hypotheekvestiging vatbaar. De hypothecaire schuldeiser van de grondeigenaar kan van zijn kant eveneens aanspraak maken op die opstallen, aangezien een hypotheek op de grond zich van rechtswege uitstrekt tot de verbeteringen, waaronder begrepen wordt de zaken die zich door natrekking verenigen met de grond, zoals gebouwen (art. 45, 2°, tweede lid Hyp. W.; voor de interpretatie van het begrip «verbeteringen», A. Cuypers, «Art. 45, 2°, tweede lid, Hyp. W.», in *Comm. Voorr. & Hyp.*, Antwerpen, Kluwer, 1994, nr. 18). Het Hof van Beroep te Antwerpen gaf in het conflict tussen beide

hypotheekhouders voorrang aan de eerst ingeschrevene, *in casu* de hypotheekhouder van de grondeigenaar. Hiertegen stelt de hypothecaire schuldeiser van de opstalhouder een cassatievoorziening in.

2. In de eerste plaats brengt de eiser in cassatie de stelling aan dat het hypotheekrecht van de grondeigenaar zich niet uitstrekt tot de verbeteringen die door derden worden totstandgebracht, aangezien art. 45, 2°, tweede lid, Hyp. W. in dat geval niet van toepassing zou zijn (zie in die zin: K. Byttebier, *Voorrechten en hypotheeken in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 1997, p. 569, nr. 646; E. Genin, *Traité des hypothèques et de la transcription*, in *Rép. not.*, Brussel, Larcier, 1988, X, nr. 1366-1367). Het Hof van Cassatie wijst deze benadering van de hand door te overwegen dat «de hypotheek zich ook uitstrekt tot de gebouwen, werken en beplantingen aangebracht door de houder van een recht van opstal dat door de grondeigenaar op een later tijdstip is verleend.» Aangezien het om een conflict tussen twee zakelijk gerechtigden gaat, lijkt immers te moeten worden uitgegaan van het anterioriteitsbeginsel volgens de peildatum van de hypothecaire publiciteit. Dit principe houdt in dat zakelijke rechten die bekendgemaakt zijn na hypothecaire inschrijving op de grond, de positie van de hypotheekhouder niet meer deren. Toegepast op de onderhavige casus, betekent zulks dat de rechten van de opstalhouder niet tegenwerpelijk zijn aan de hypotheekhouder en dus de normale werking van art. 45, 2°, tweede lid, Hyp. W. niet kunnen verhinderen. In het conflict met andere zakelijke rechten dan het opstalrecht staat de werking van het anterioriteitsbeginsel niet ter discussie. Wanneer aldus het later gevestigde zakelijk recht eveneens een hypotheekrecht is, nemen de hypothecaire schuldeisers rang in volgens de volgorde van hypothecaire inschrijving (art. 81 Hyp. W.). Maar ook wanneer de hypothecaire schuldeiser van de grondeigenaar in conflict komt met degene die op een later tijdstip een eigendomsrecht op die grond heeft verleend, kan het eigendomsrecht van de derde-verkrijger de uitoefening van het hypotheekrecht niet verlammen: de hypothecaire schuldeiser kan zijn hypotheek ten uitvoer leggen op de gebouwen, ook al zijn deze opgetrokken door de derde-verkrijger. Dit vloeit voort uit het volgrecht waarmee hypotheeken uitgerust zijn (Cass. 21 november 1986, *Pas.* 1987, I, 364 en *R.W.* 1986-87, 1823).

Dezelfde redenering is geldig wanneer een hypotheek op de grond geconfronteerd wordt met een later ingeschreven opstalrecht. Wanneer het volgrecht kan worden uitgeoefend na de vervreemding van de eigendom van zowel de grond als de opstallen, dan moet zulks *a fortiori* gelden wanneer de vervreemding zich beperkt tot (bestaande en/of toekomstige) opstallen (in dezelfde zin E. Martou, *Des privilèges et hypothèques*, Brussel, Decqua, 1857, III, p. 303, nr. 1247). Bovendien strookt zulks met de gedachte dat de hypothecaire schuldenaar niets mag ondernemen dat de rechten van de hypotheekhouder frustreert (zie hiervoor: H. De Page, *Traité élémentaire de droit civil belge*, Brussel, Bruylant, 1957, VII, nr. 573; E. Dirix en R. De Corte, *Zekerheidsrechten*, Antwerpen, Story-Scientia, 1999, p. 447, nr. 655). Dit concretiseert zich onder meer in het feit dat de hypothecaire schuldenaar zonder toestemming van de hypothecaire schuldeiser geen opstalrecht op zijn gehypothekeerde grond mag verlenen, aangezien zulks de werking van art. 45, 2°, tweede lid Hyp. W. dreigt te doorkruisen. Indien

de grondeigenaar toch een opstalrecht op zijn gehypotheekte grond verleent, moet aangenomen worden dat dit aan de hypothecaire schuldeiser niet tegenstelbaar is (vgl. J. Bonquet, «Art. 96 Hyp. W.», in *Comm. Voorr. & hyp.*, Antwerpen, Kluwer, 1995, nr. 7; *Pand. b.*, v^o *Droit de suite par hypothèque*, nr. 175; A. Van Muylder en J. Verstappen, «Actuele problemen inzake het recht van natrekking, de verzaking daaraan, en het recht van opstal», *T. Not.* 1992, p. 298, nr. 29). Uit het bovenstaande blijkt dat een later overgeschreven opstalrecht moet worden geacht geen bestaan te hebben in de verhouding tot de eerder ingeschreven hypothecaire schuldeiser (in dezelfde zin Brussel 25 februari 1902, *Pas.* 1902, II, 129; A. Cuypers, «Art. 45, 2^o, tweede lid, Hyp. W.», *l.c.*, p. 26, nr. 21; H. De Page, *Traité*, VII, nr. 580; A. Van Muylder en J. Verstappen, *l.c.*, p. 298, nr. 29. Voor Frankrijk: Parijs 28 december 1940, *J.C.P.* 1941, II, nr. 1629, noot E. Becque en *Rev. trim. dr. civ.* 1941, 293, kritische noot H. Solus; Bordeaux 28 februari 1905, *Rev. not. b.* 1902, 79). Aangezien de hypothecaire schuldeiser van de opstalhouder niet méér rechten kan laten gelden dan de opstalhouder zelf, kan ook het hypotheekrecht op de opstallen niet aan de hypothecaire schuldeiser van de grondeigenaar worden tegengeworpen. Deze laatste kan derhalve de uitwinning benaastigen, zonder daarvan nadeel te hoeven ondervinden.

Een andersluidend beding in de verhouding tussen de grondeigenaar en de opstalhouder kan de hypothecaire schuldeiser van eerstgenoemde niet binden (A. Cuypers, «Art. 45, 2^o, tweede lid, Hyp. W.», *l.c.*, p. 26, nr. 21). Indien de grondeigenaar de mogelijkheid wil behouden om een opstalrecht te verlenen dat buiten het bereik van de hypotheek blijft, dient hij die opstallen uitdrukkelijk uit te sluiten uit de hypotheekakte (P. Levie, *Constructions érigées sur le terrain d'autrui*, Parijs, L.G.D.J., 1951, p. 227, nr. 78).

Deze argumenten gelden uiteraard niet wanneer de opstalhouder zijn recht had overgeschreven vooraleer het hypotheekrecht was ingeschreven. In dat geval werkt het anterioriteitsbeginsel in omgekeerde zin, zodat de inschrijving van het hypotheekrecht geen nadeel mag toebrengen aan het oudere recht van opstal. De hypotheek is in dat geval door de tegenwerpelijke van het opstalrecht *ab initio* beperkt tot de grond, zodat art. 45, 2^o, tweede lid Hyp. W. geen uitwerking kan krijgen. De hypothecaire schuldeiser kan dan enkel tot tenuitvoerlegging van zijn hypotheek overgaan na de beëindiging van de opstalovereenkomst (J. Bonquet, «Art. 103, tweede lid Hyp. W.», in *Comm. Voorr. & Hyp.*, Antwerpen, Kluwer, 1995, p. 8, nr. 8; P. Levie, *o.c.*, p. 226, nr. 78; A. Van Muylder en J. Verstappen, *l.c.*, p. 301, nr. 34). Aangenomen moet worden dat zulks ook geldt voor een huurder. Een huurder is, behoudens andersluidend beding, tijdens de duur van de huurovereenkomst immers «eigenaar» van de door hem opgetrokken gebouwen. Pas op het einde van de huurovereenkomst treedt onroerende natrekking in (zie daarvoor o.a. H. De Page, *Traité*, VII, nr. 469; E. Genin, *o.c.*, nr. 142 e.v.). De door de huurder op die gebouwen toegestane hypotheek is dus tegenwerpeijk aan de hypothecaire schuldeiser van de eigenaar, indien de huurovereenkomst zelf aan deze laatste tegenwerpeijk is (wat het geval zal zijn indien de huur vaste dagtekening heeft verkregen vóór de hypothecaire inschrijving) (H. De Page, *Traité*, VII, p. 449, voetnoot 3; P. Levie, *o.c.*, p. 226, nr. 78). In die gevallen kan de hypotheekhouder van de grond-

eigenaar op grond van art. 79, eerste lid, Hyp. W. het krediet onmiddellijk opeisbaar stellen, voor zover het opstalrecht of huurrecht voor hem nog niet kenbaar was op het ogenblik van de hypotheekvestiging (D. Verhaegen, «Art. 79 Hyp. W.», in *Comm. Voorr. & Hyp.*, Antwerpen, Kluwer, 1999, p. 16, nr. 14; H. De Page, *Traité*, VII, p. 520, voetnoot 1).

3. Daarnaast baseren de eisers in cassatie zich ook op een argument geput uit art. 103 Hyp. W. Luidens deze bepaling kan de derde-bezitter tegenover de uitwinnende hypotheekhouder aanspraak maken op vergoeding voor de uitgaven en verbeteringen die hij aan het gehypotheekte goed heeft aangebracht. Hij kan een vergoeding vorderen voor de meerwaarde die hij heeft gerealiseerd, d.i. het verschil tussen de realisatiewaarde van het goed in zijn oorspronkelijke staat en de realisatiewaarde van het goed na de verbeteringen (F. Lepinois, *De la transcription, des privilèges et des hypothèques*, Namen, Godenne, 1900, VI, nr. 2411). De hypothecaire schuldeiser van de opstalhouder doet een beroep op deze bepaling, omdat hij dan door het mechanisme van zakelijke subrogatie een recht van voorrang zou kunnen claimen op de aan zijn schuldenaar (de opstalhouder) verschuldigde vergoeding.

Voor de beoordeling van dit onderdeel diende het Hof inhoudelijk invulling te geven aan het begrip «derde-bezitter» in de zin van art. 103, tweede lid, Hyp. W. Een derde-bezitter in de zin van art. 103 Hyp. W. moet, zo wordt traditioneel aangenomen, aan twee voorwaarden voldoen: hij is «*propter rem*» (en niet persoonlijk) gehouden tot nakoming van de door hypotheek gewaarborgde schuld én hij bezit een aan derden tegenwerpelijke titel (H. De Page, *Traité*, VII, nr. 852, E. Genin, *o.c.*, nr. 2734; F. Lepinois, *Traité*, VI, nr. 2307). Over de invulling van dit begrip bestaat echter geen eensgezindheid, mede omdat de Nederlandse tekst («derde-bezitter») en de Franse tekst («*tiers détenteur*») een verschillende draagwijdte hebben. In een oud arrest oordeelde het Hof van Cassatie reeds dat dit begrip restrictief dient te worden geïnterpreteerd: enkel de eigenaar en de bezitter *animo domini* vallen eronder, niet de louter feitelijke machthebber (Cass. 15 juli 1886, *Pas.* 1886, I, 304, met conclusie van advocaat-generaal Mestdach De Ter Kiele). Kunnen derhalve niet worden beschouwd als derde-bezitter: de verkrijger wiens titel vernietigd wordt omdat de verkrijging plaatsvond na de inschrijving van het onroerend beslag (Cass. 15 juli 1886, *gecit.*), degene die voor rekening van de grondeigenaar werken heeft uitgevoerd en daardoor schuldeiser is geworden van deze laatste (Brussel 25 februari 1902, *Pas.* 1902, II, 129), de derde-verkrijper van het onroerend goed die slechts een onderhandse koopakte kan voorleggen (Luik 23 december 1871, *Pas.* 1872, II, 87 en *Rec. gén. enr. not.* 1872, nr. 7698, noot), de zakelijke borg die verbeteringen heeft aangebracht aan het onroerend goed (H. De Page, *Traité*, VII, nr. 893; J. Bonquet, «Art. 103 Hyp. W.», *l.c.*, p. 10, nr. 12; *contra* E. Genin, *o.c.*, nr. 2805; M. Planiol en G. Ripert, *Traité pratique*, XIII, nr. 1184). Valt daarentegen wel onder de toepassing van die bepaling, de derde-verkrijper die vanuit zijn «*propter rem*»-gehoudenheid uitgewonnen wordt door de hypothecaire schuldeiser (Cass. 21 november 1986, *Pas.* 1987, I, 364 en *R.W.* 1986-87, 1823).

Deze omschrijving bood in de gegeven omstandigheden nog geen duidelijkheid: de opstalhouder moet in het rechtsverkeer weliswaar worden beschouwd als eigenaar van

de door hem opgetrokken opstallen, maar hij kan dit «eigendomsrecht» niet tegenwerpen aan de hypothecaire schuldeiser. Daarom bleef de rechtsleer verdeeld over het antwoord op de vraag of de houder van een zakelijk recht (vruchtgebruik, erfpacht, opstal) dat niet-tegenwerpelij is aan de hypothecaire schuldeiser, als een 'derde-bezitter' kan worden beschouwd. Bepaalde auteurs oordelen dat dit wel het geval is, op voorwaarde dat hun titel op het hypotheekkantoor is overgeschreven (A. Cuypers, *l.c.*, p. 27, nr. 21; E. Genin, *o.c.*, nr. 2753; F. Laurent, *Principes*, XXXI, nr. 247; P. Levie, *o.c.*, p. 226-227, nr. 78. In dezelfde zin voor Frankrijk: C. Aubry en C. Rau, *Cours de droit civil français*, Parijs, L.G.D.J., 1900, § 287, p. 712, voetnoot Ibis; G. Baudry-Lacantinerie, *Traité de droit civil*, 1906, Parijs, Larose, XXVII, nr. 2104). Deze auteurs gaan ervan uit dat het opstalrecht door de overschrijving tegenwerpelij is gemaakt in het rechtsverkeer, wat de tenuitvoerleggende hypotheekhouder noopt tot een uitoefening van zijn volgrecht (F. Laurent, *Principes*, XXXI, nr. 247; E. Martou, *Des privilèges et hypothèques*, II, nr. 1247; *Pand. b.*, v^o *Droit de suite par hypothèque*, nr. 175; E. Genin, *o.c.*, nr. 2753; F. Lepinois, *Des privilèges et des hypothèques*, VI, nr. 2312). Een andere strekking verdedigt daarentegen de zienswijze dat een toepassing van het volgrecht *in casu* overbodig is, doordat het beperkte zakelijk recht in de verhouding tot de hypothecaire schuldeiser moet worden geacht niet te bestaan. Aldus schrijft De Page: «Par le jeu même de l'inopposabilité du droit réel concédé postérieurement à l'hypothèque, celle-ci trouve en elle-même sa protection propre» (H. De Page, *Traité*, VII, nr. 580; J. Bonquet, «Art. 96 Hyp. W.», *l.c.*, p. 10, nr. 7). Bijgevolg komt men in de verhouding tot beperkt zakelijk gerechtigden wier rechten overgeschreven zijn na de hypotheek niet toe aan de uitoefening van het volgrecht, en dus ook niet aan de toepassing van art. 103 Hyp. W. (J. Bonquet, «Art. 96 Hyp. W.», *l.c.*, p. 10, nr. 7; H. De Page, *Traité*, VII, nr. 885D).

Logischerwijze volgt het Hof deze laatste zienswijze: op het eerste onderdeel had het reeds geoordeeld dat de schuldeiser zijn hypotheekrechten kan uitoefenen op de aan de opstalhouder toebehorende gebouwen op grond van art. 45, 2^o, tweede lid, Hyp. W., zonder dat art. 96 Hyp. W. in het vizier komt. Daarmee lijkt het Hof zich op de positie te plaatsen dat de hypotheekhouder van de grondeigenaar, om zijn aanspraken te laten gelden op de gebouwen, geen gebruik dient te maken van het volgrecht. Het verschil tussen de derde-verkrijger en de opstalhouder is dat eerstgenoemde weliswaar een aan de hypotheekhouder tegenwerpelij recht krijgt dat deze laatste door de uitoefening van het volgrecht evenwel buiten spel kan zetten, terwijl de opstalhouder zelfs geen aan de hypotheekhouder tegenwerpelij recht heeft, zodat de uitoefening van het volgrecht overbodig wordt. Hieruit dient ook te worden afgeleid dat de opstalhouder niet de mogelijkheid heeft om de opstallen van de voorafgaande hypotheek te zuiveren. De slotsom van deze rechtspraak moet dan ook zijn dat de derde-bezitter in de zin van art. 103 Hyp. W. zich identificeert met de derde-verkrijger (zie reeds E. Dirix en R. De Corte, *o.c.*, p. 415, nr. 596).

Levie oordeelt dat de schuldeiser krachtens art. 555 B.W. gehouden is tot de vergoeding van de meerwaarde aan de opstalhouder doordat hij bij de tenuitvoerlegging van zijn hypotheek de optie van art. 555 B.W. uitoefent in plaats van de grondeigenaar (P. Levie, *o.c.*, p. 226, nr. 78 e.v.). Deze

zienswijze kan niet worden bijgevalen: wanneer de hypotheekhouder tot uitwinning van de opstallen overgaat, oefent hij niet het recht van zijn schuldenaar van art. 555 B.W. uit, maar oefent hij een eigen recht uit krachtens art. 45, 2^o, tweede lid, Hyp. W. Voor de opvatting van het Hof kan trouwens bijkomende steun worden gevonden in het feit dat art. 103 Hyp. W. gebaseerd is op de gedachte dat de hypothecaire schuldeiser zich niet ongerechtvaardigd mag verrijken ten koste van de derde-bezitter (H. De Page, *Traité*, VII, nr. 885; F. Laurent, *Principes*, XXXI, nr. 304; E. Martou, *Des privilèges et hypothèques*, III, nr. 1322; M. Planiol en G. Ripert, *Traité pratique*, XII, nr. 388). Wanneer een derde wiens recht niet tegenstelbaar is aan de hypothecaire schuldeiser, door deze laatste wordt uitgewonnen, is diens «verrijking» niet ongerechtvaardigd. Ze vindt immers haar «causa» in de omstandigheid dat een hypotheek zich van rechtswege uitstrekt tot de verbeteringen (art. 45, 2^o, tweede lid Hyp. W.; zie ook *R.P.D.B.*, compl. VII, v^o *Hypothèques et privilèges immobiliers*, nr. 1369). Bovendien lijkt de verrijkingsgedachte die ten grondslag ligt aan art. 103 Hyp. W. te moeten worden uitgesloten op grond van de subsidiaire aard van het leerstuk van de ongerechtvaardigde verrijking. Aangezien de opstalhouder van de grondeigenaar een vergoeding kan krijgen op grond van art. 6 Opstalwet (zie *infra*, nr. 4), komt de verrijkingsgedachte niet aan bod.

4. De uitsluiting van art. 103 Hyp. W. betekent niet dat de opstalhouder op geen enkele wijze vergoeding kan krijgen voor de gemaakte kosten. Hij kan zich immers richten tot de grondeigenaar. Indien het een opstalrecht betreft, kan de opstalhouder vergoeding vorderen op grond van art. 6 Opstalwet. Indien de splitsing tussen de grond en de opstallen voortvloeit uit een huurcontract, kan de huurder bij het einde van de huurovereenkomst vergoeding vorderen op grond van het verbod van ongerechtvaardigde verrijking of de uitgaventheorie (in dat geval vindt art. 555 B.W. geen toepassing: Cass. 28 april 1991, *Arr. Cass.* 1990-91, 839; zie o.a. N. Verheyden-Jeanmart en N. Clavie, «Le sort des travaux et constructions réalisés par le preneur à la fin du bail», in *La fin de bail et son contentieux*, Brussel, 1998, (128) p. 135, nr. 10). Hoewel de opstalhouder in beginsel het retentierecht kan uitoefenen teneinde de grondeigenaar ertoe aan te zetten deze vergoedingsplicht na te komen (art. 6 *in fine* Opstalwet), kan dit retentierecht niet worden tegenworpen aan de hypothecaire schuldeiser. Het conflict tussen het retentierecht en het hypotheekrecht dient immers te worden beoordeeld volgens het anterioriteitsbeginsel (zie hiervoor: E. Dirix, «De tegenwerpelijheid van het retentierecht», *T.B.H.* 1996, 219-225). Aangezien het hypotheekrecht bij hypothese bestond vóór de «inbezitstelling» van de opstalhouder, kan deze laatste de afgifte niet afwenden met een beroep op zijn retentierecht.

5. Volgens de visie van het Hof van Cassatie moet in het conflict tussen de hypotheekhouder van de opstalhouder en de eerder ingeschreven hypotheekhouder van de grondeigenaar voorrang worden gegeven aan laatstgenoemde. Deze kan de gebouwen uitwinnen en is daarvoor geen vergoeding verschuldigd aan de opstalhouder. Naast de juridische argumenten die hierboven werden aangebracht, spoort deze opvatting ook met de functie van de hypothecaire publiciteit. De hypotheekhouder van de grondeigenaar heeft zijn vordering gewaarborgd door een hypotheekrecht dat hij liet inschrijven in de hypothecaire

registers. De opstalhouder, die de hypothecaire registers kon raadplegen, heeft zichzelf in een precaire positie gebracht. Zulks geldt *a fortiori* voor de hypothecaire schuldeiser van de opstalhouder, die door een eenvoudige lichting van een hypotheekstaat op de hoogte kon zijn van de eerder ingeschreven hypotheek.

Vincent Sagaert
Aspirant F.W.O.-Vlaanderen
Instituut voor Insolventierecht K.U. Leuven

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

5e KAMER – 27 APRIL 1998

Voorzitter: de h. Hulpiau

Raadsheren: de hh. Peeters en Lemmens

Advocaten: mrs. Oostvogels en Tritsmans

Overeenkomst – Uitvoering te goeder trouw – Bedrag waarin de waarborg van een bepaald resultaat wordt gekoppeld aan de betaling – Verband tussen de niet-uitvoering van de betaling en het niet bereiken van het resultaat – Weerslag op exceptie van niet-uitvoering

Wanneer in een contractueel beding de waarborg van een bepaald resultaat wordt gekoppeld aan de betaling van een geldsom door de wederpartij, vereist de goede trouw, ook in de interpretatie van dat beding, dat er een verband bestaat tussen de niet-uitvoering van die betaling en het niet bereiken van het resultaat. De goede trouw mag echter niet tot gevolg hebben dat de partij die tot de betaling van een geldsom verplicht is, de exceptie van niet-uitvoering niet zou mogen inroepen wanneer de voorwaarden daartoe vervuld zijn.

N.V. M. t/ N.V. B.C.E.

Appellante, een industriële wasserij, had met geïntimeerde, een consultant-bureau, na een voorafgaande analyse (zogenoemde fase 1), op 7 juli 1992 een overeenkomst gesloten betreffende de verbetering van het rendement en de daaruit voortvloeiende verhoging van de bedrijfswinst. De door geïntimeerde opgenomen verbintenissen werden opgedeeld in een fase 2 (implementatie) van 27 juli 1992 tot 31 maart 1993 en een fase 3 (bestendiging) van 1 april 1993 tot 31 december 1993. In art. 6 van de overeenkomst verbond geïntimeerde zich ertoe dat ten laatste op het einde van fase 3 de netto-bedrijfswinst van de afdeling Heusden-Zolder (van appellante) minstens 20.240.000 fr. per jaar meer zou bedragen dan voorheen.

De presentatie van fase 1 (de analyse) had appellante reeds betaald (573.500 fr.). Dit bedrag zou aan appellante worden terugbetaald in de vorm van vier kredietnota's van elk 143.375 fr., nl. na de negende, de achttiende, de zeventwintigste en de laatste projectweek van fase 2. De verdere door appellante te betalen vergoeding was als volgt: in de periode van 27 juli 1992 tot 31 december 1992 een totaal van 52,5 manweken aan 110.000 fr. per manweek, in de periode van 1 januari 1993 tot 31 december 1993 een totaal van 27,5 manweken tegen 430.000 fr. per manweek, met dien

verstande dat, zolang de netto-bedrijfswinst niet de verhoging bereikt van ten minste het door geïntimeerde ten laste van appellante gefactureerde, zoals aangegeven op de bij de overeenkomst gevoegde grafiek, de facturatie van 110.000 fr. per manweek behouden blijft, en 12 manweken (van fase 3) aan 220.000 fr. per manweek.

In art. 12 verbond geïntimeerde zich ertoe, indien op het einde van fase 3 de verhoogde netto-bedrijfswinst lager ligt dan 20.240.000 fr., aan appellante het verschil terug te betalen tussen 20.240.000 fr. en de bereikte verhoogde netto-bedrijfswinst. Tevens was bedongen dat de waarborg verviel indien appellante de overeengekomen betalingen niet zou hebben uitgevoerd. Uit de brief van 28 april 1993 van geïntimeerde aan appellante en het antwoord van appellante blijkt dat partijen erover akkoord gingen dat de voltooiing van fase 2 werd gepland voor kalenderweek 19/93 (15 mei 1993 i.p.v. 31 maart 1993) en dat de geplande 12 manweken voor fase 3 zouden worden besteed in de periode van kalenderweek 21/93 tot en met kalenderweek 13/94 (einde maart 1994). Tevens werden aangepaste facturatiemodaliteiten vastgelegd. De facturatie van het saldo van fase 2 (8.800.000 fr.) werd aangevangen op 4 oktober 1993. Appellante betaalde deze facturen tot 12 januari 1994.

Op 26 januari 1994 heeft appellante tegen geïntimeerde een vordering ingesteld om te horen zeggen voor recht dat geïntimeerde niet gerechtigd was verder te factureren omdat, volgens haar, reeds vaststond dat de door geïntimeerde gewaarborgde resultaten zeker niet bereikt zouden worden. Geïntimeerde bleef haar prestaties uitvoeren en het project voortzetten tot einde maart 1994 (met een eindverslag per 29 maart 1994). Tegen de vordering van appellante voerde geïntimeerde aan dat zij haar verbintenissen, inclusief die inzake de gegeven waarborg, had uitgevoerd en vorderde bij tegeneis de ontbinding van de overeenkomst ten laste van appellante en de betaling van haar facturen van januari 1994 ten bedrage van 1.482.995 fr. In kort geding was een deskundige aangesteld en in de loop van de procedure werd het resultaat van dit deskundigenonderzoek door appellante aangevoerd tot ondersteuning van haar stelling.

In het bestreden vonnis werd geoordeeld dat luidens de overeenkomst de waarborg verviel indien appellante de overeengekomen betalingen niet uitvoerde en, aangezien die betalingen niet werden uitgevoerd, appellante zich niet kon beroepen op het niet bereiken van het resultaat. Appellantes hoofdeis werd afgewezen en de tegeneis werd toegekend.

Appellante doet (in hoger beroep) als grief gelden dat haar argument dat geïntimeerde haar verbintenissen niet heeft uitgevoerd niet werd beantwoord. Zij stelt dat zij ook na 3 januari 1994 alle facturen, voortvloeiend uit de werken van fase 3, (enkel dertien facturen van de fase 2 werden niet betaald) verder heeft betaald, behalve de laatste twee. Zij wijst erop dat vanaf mei 1993 volgens de grafiek (die deel uitmaakt van de overeenkomst) haar uitgaven voor de vergoeding aan geïntimeerde een meerwinst hadden moeten opleveren, minstens een nuloperatie hadden moeten zijn, maar dat het in het vooruitzicht gestelde resultaat noch in mei 1993, noch op 31 december 1993, noch op 31 maart 1994 werd bereikt. Zij vordert, op grond van de (volgens haar niet bereikte) resultaten en rekening houdende met het reeds betaalde, terugbetaling van 3.365.048 fr. (in hoofdsom) en (vanzelfsprekend) de afwijzing van geïntimeerdes vordering. Geïntimeerde breidt haar tegeneis uit met de

facturen van februari, maart en april 1994 ten bedrage van 3.100.443 fr., waardoor de tegeneis in totaal wordt gebracht op 4.583.438 fr. Zij stelt dat, indien op het einde van fase 3 het beoogde resultaat niet zou zijn bereikt, zij de keuze heeft hetzij het project op eigen kosten voort te zetten totdat de beoogde winst wordt bereikt, hetzij het verschil terug te betalen tussen de door appellante betaalde prijs (van 20.240.000 fr.) en de gecumuleerde financiële resultaten op het einde van fase 3, en dat zij slechts hiertoe gehouden is indien appellante de overeengekomen betalingen stipt uitvoert. Zij betwist de door appellante aangevoerde berekeningen (waaruit zou blijken dat het beoogde resultaat niet werd bereikt) en vraagt de afwijzing van het hoger beroep en de toekenning van haar tegeneis.

Overwegende dat overeenkomsten niet alleen verbinden tot hetgeen daarin uitdrukkelijk werd bepaald, maar ook tot alle gevolgen die door de billijkheid, het gebruik of de wet aan de verbintenis, volgens de aard ervan, worden toegekend;

Overwegende dat de goede trouw (ook in de interpretatie van de overeenkomst) vereist dat het beding, waarbij de waarborg wordt gekoppeld aan de betaling, vereist dat er een verband bestaat tussen de niet-uitvoering van de betaling en het niet-bereiken van het resultaat, maar niet tot gevolg mag hebben dat appellante niet de exceptie van niet-nakoming zou mogen invoeren wanneer de voorwaarden daartoe zijn vervuld;

dat de andere stelling, zoals die voorgesteld door geïntimeerde, erop neerkomt dat appellante, zelfs wanneer wou worden vastgesteld dat geïntimeerde haar resultaatsverbintenis niet uitvoert of redelijkerwijze niet meer kan uitvoeren, desondanks zou gehouden zijn haar verbintenissen (tot betaling) volledig te blijven uitvoeren op straffe van verlies van de gegeven waarborg; dat, in die stelling, geïntimeerde er belang bij heeft dat de klant (*in casu* appellante) niet stipt betaalt, daar zij dan wel de volledige uitvoering van appellante's verbintenis (tot betaling) zou kunnen vorderen, zoals zij overigens ook doet, terwijl zij zelf dan ontslagen zou zijn van haar (resultaats)-verbintenis; dat deze door geïntimeerde verdedigde stelling niet strookt met de vereiste goede trouw bij interpretatie en uitvoering van overeenkomsten;

Overwegende dat, zoals vermeld, appellante de betaling van de facturen daterend na 4 januari 1994 heeft opgeschort, terwijl het resultaat (per 31 maart 1994) op het einde van fase 3 zou moeten zijn bereikt; dat *in casu* het niet betalen van facturen door appellante op een tijdstip (relatief dicht bij het tijdstip dat het gewaarborgde resultaat zou moeten worden bereikt) waarop zij meende vast te stellen dat geïntimeerde het gewaarborgde resultaat niet meer kon bereiken, geen enkel effect heeft gehad op het resultaat van geïntimeerde's prestaties (hetgeen geïntimeerde overigens ook niet beweert) en, zoals reeds gezegd, geïntimeerde normalerwijze verder haar diensten heeft verleend, deze prestaties heeft gefactureerd en hiervoor volledige betaling vordert;

Overwegende dat in de overeenkomst een clause betreffende de facturatie is opgenomen (art. 7.2), waarin wordt bepaald dat geïntimeerde zal factureren gedurende de periode van 1 januari 1993 tot 31 december 1993, «een totaal van 27,5 manweken tegen 430.000 fr. per manweek, met dien verstande dat, zolang de netto-bedrijfswinst niet de verhoging bereikt van ten minste het door B.C.E. ten laste van

N.V. M. gefactureerde (zoals aangegeven op de bij onderhavige overeenkomst gevoegde grafiek) de facturatie van 110.000 fr. per manweek behouden blijft»; dat uit de door partijen verschaft cijfermatige gegevens blijkt dat de facturatie van geïntimeerde niet beantwoordt aan dit beding;

Overwegende dat, op het door appellante aangevoerde argument betreffende het niet bereiken van het resultaat, gebaseerd op het reeds uitgevoerde deskundigenonderzoek, geïntimeerde betoogt dat de in kort geding aangestelde deskundige zich niet heeft uitgesproken over het resultaat; dat uit de cijfers opgenomen in het door geïntimeerde opgestelde voltooiingsverslag minstens *prima facie* blijkt dat de «doelstellingen» niet werden bereikt; dat geïntimeerde dit deskundigenonderzoek in kort geding heeft uitgelokt (onder betwisting dat het gewaarborgde resultaat niet zou zijn bereikt), maar uit haar conclusies (in kort geding) wordt begrepen (zoals ook de kortgedingrechter heeft begrepen) dat het (wellicht) niet bereiken van het resultaat te wijten zou zijn aan het niet of onvoldoende of niet onmiddellijk opvolgen door appellante van de economische voorstellen van geïntimeerde «met het gevolg dat de beoogde cijfers niet werden bereikt»; dat geïntimeerde tevens aan appellante een onjuiste facturatie verweet en verberging van juiste en werkelijke cijfers; dat hieruit eveneens impliciet kan worden afgeleid dat de doelstellingen (wellicht) niet werden bereikt daar, indien de doelstellingen wel zouden zijn bereikt, geïntimeerde geen reden had voor een dergelijk verwijt;

Dat, nu er geen verband bestaat tussen de opschorting van de betaling en het al of niet bereiken van het resultaat (en overigens geïntimeerde de volledige betaling vraagt van haar prestaties), terwijl gebleken is dat appellante redelijkerwijze van oordeel kon zijn dat geïntimeerde het gewaarborgde resultaat niet meer kon bereiken (derhalve *in casu* de exceptie van niet-nakoming mocht invoeren), appellante op grond van haar opschorting van betalingen net is vervallen van haar recht op de gewaarborgde resultaatsverbintenis van geïntimeerde;

Overwegende dat het lot van eis en tegeneis, d.i. de afrekening tussen partijen, afhankelijk is van het resultaat van geïntimeerde's prestaties en de (beweerde) respectieve fouten die het resultaat zouden hebben beïnvloed; dat hierover tussen partijen betwisting blijft bestaan en de overgelegde stukken het voor het Hof niet mogelijk maken een afrekening op te stellen; dat het desbetreffende noodzakelijk voorkomt een deskundige aan te stellen.

HOF VAN BEROEP TE BRUSSEL

1e KAMER – 8 JANUARI 2001

Voorzitter: de h. Vanderwegen

Raadsheren: de hh. Boon en Moens

Advocaten: mrs. Minet en Theuwissen loco Appelmans

Vereffening en verdeling – Nalatenschap – Vruchtgebruik van de langstlevende echtgenoot – Omzetting – Gezinswoning – Weigerling – Niet bij onverdeeld vruchtgebruik – Woonvergoeding

Krachtens art. 745quater, § 4, B.W. kan aan de langstlevende echtgenoot toekomende vruchtgebruik van het onroerend goed dat bij het openvallen van de nalatenschap van de eerststervende het gezin tot voornaamste woning diende, en van het daarin aanwezige huisraad, niet worden omgezet dan met instemming van de langstlevende, ook al betreft het een tweede huwelijk.

Indien de bedoelde gezinswoning echter slechts ten dele tot de nalatenschap van de eerststervende echtgenoot behoort, derwijze dat de langstlevende slechts vruchtgebruiker wordt van een gedeelte van die woning, kan hij voormelde omzetting niet weigeren. Alsdan beslist de rechter op een onaantastbare wijze in feite over de gevraagde omzetting, zo ook over de modaliteiten ervan.

De langstlevende echtgenoot die, hoewel hij slechts vruchtgebruiker is van een gedeelte van voormelde gezinswoning, deze woning alleen betreft, is dientengevolge een woonvergoeding verschuldigd, te berekenen volgens de huurwaarde van de woning en van het vruchtgebruik waarover hij niet beschikte.

Van Der P. t/ Van B. e.a.

I. Over de meest relevante feiten

1. Overwegende dat de echtgenoten J. Van B. en M. De G. eigenaar waren van een woonhuis te S.; dat M. De G. overleed op 17 april 1923 en haar nalatenschap, waaronder de onverdeelde helft van het woonhuis, in blote eigendom toekwam aan haar twee broers, haar zus, en de kinderen van haar overleden zus en broer, hiernagenoemd de consorten De G.;

Overwegende dat J. Van B. op 30 april 1925 huwde met M.G. onder het huwelijksvermogensstelsel van de gemeenschap van aanwinsten; dat dit echtpaar zeven kinderen kreeg: J., Y., M., M., R., P. en C.; dat J. Van B. overleed op 2 juli 1948 en zijn erfenis toekwam aan zijn zeven kinderen, behoudens 1/4 in volle eigendom en 1/4 in vruchtgebruik dat door een schenking in het huwelijkscontract werd toebedeeld aan zijn langstlevende echtgenote, M.G.;

dat het woonhuis te S. aldus toebehoorde: voor de helft (dit is 28/56 of ieder 1/10) in volle eigendom aan de vijf broers en zussen De G. – of hun erfgenamen – voor 7/56 in volle eigendom en voor 7/56 in vruchtgebruik aan M.G., en voor 14/56 in volle eigendom en 7/56 in blote eigendom aan de zeven kinderen Van B. (dit is 2/56 VE en 1/56 BE aan ieder van hen);

Overwegende dat M.G. op 19 juli 1950 huwde onder het stelsel van de scheiding van goederen met P. Van Der P.;

Overwegende dat op 25 september 1952 voor notaris V. te (...) een akte werd verleden waarbij de consorten De G. aan M.G. hun aandeel in het onroerend goed overdroegen; dat het besproken woonhuis aldus in onverdeeldheid toebehoorde aan:

De kinderen Van B.	M.G.	Samen:
7 x 2/56 = 14/56 VE	35/56 VE	49/56 VE
7 x 1/56 = 07/56 BE	07/56 VG	07/56 VE
		56/56 VE

2. Overwegende dat M.G. op 11 mei 1973 haar testament dicteerde aan notaris V. te (...); «Ik legateer aan mijn echtgenoot P. Van Der P., met mij wonende, het vruchtgebruik op de geheelheid van mijn nalatenschap. Ingeval mijn afstammelingen dit zouden betwisten of de vermindering hiervan zouden invoeren, legateer ik aan mijn echtgenoot het grootste beschikbaar deel mijner nalatenschap en dit in vollen eigendom.»

Overwegende dat M.G. overleed op 3 oktober 1990; dat volgens de aangifte van nalatenschap het belangrijkste actief van haar erfenis bestond in haar 35/56 onverdeelde rechten in de gezinswoning te S.;

...

Overwegende dat er geen betwisting over bestaat dat ingevolge het testament van 11 mei 1973 de nalatenschap voor 1/7 in blote eigendom toekomt aan ieder van de zeven kinderen Van B. en voor 7/7 in vruchtgebruik aan P. Van Der P.; dat dit, voor wat het woonhuis betreft, de volgende onverdeeldheid oplevert:

Kinderen Van B.	P. Van Der P.	Samen:
7 x 3/56 = 21/56 VE		21/56 VE
7 x 5/56 = 35/56 BE	35/56 VG	35/56 VE
		56/56 VE

II. Over de rechtspleging in eerste aanleg

1. Overwegende dat J., Y., M., M., P. en C. Van B. op 21 februari 1991 *dagvaardden* voor de rechtbank van eerste aanleg te Brussel: P. Van der P. en R. Van B.; dat de aldus ingestelde vordering tot voorwerp had:

– de gerechtelijke verdeling van de goederen, afhangende van de nalatenschap van M.G.;

– de voorafgaande openbare verkoop te horen bevelen van de onroerende goederen, die tot deze nalatenschap behoren;

dat de oorspronkelijke eisers bij conclusie van 5 augustus 1993 ook vroegen:

– te zeggen dat het vruchtgebruik van P. Van Der P. op de nalatenschap zal worden omgezet in een geldsom volgens art. 745quater e.v. B.W.;

– te zeggen dat ingevolge art. 745quinquies B.W. P. Van Der P. voor de begroting van de waarde van zijn vruchtgebruik, geacht moet worden twintig jaar ouder te zijn dan J. Van B., die geboren is op 12 september 1928;

– te zeggen dat de oorspronkelijke eisers recht hebben op een vergoeding van P. Van Der P. wegens diens bezetting van het onroerend goed vanaf 3 oktober 1990, vergoeding welke voor ieder van de eisers begroot moet worden op 3/56 van de huurwaarde van de woning met aanhorigheden en grond;

– te zeggen dat het bedrag van deze vergoeding gecompenseerd zal worden, geheel of gedeeltelijk, met de vergoeding die door de eisers te betalen is wegens de omzetting van het vruchtgebruik;

– te zeggen dat, ingeval binnen de 6 maanden na de omzetting geen minnelijke verdeling is tussengekomen, er zal worden overgegaan tot de openbare verkoop;

– een deskundigenonderzoek te bevelen omtrent de waarde en de huurwaarde van het onroerend goed;

2. Overwegende dat de oorspronkelijke *verweerders* lieten gelden dat P. Van Der P. slechts vruchtgebruiker is van 35/56ste van het gebouw en de verdeling van de mede-eigendom hem niet aangaat, evenmin als de verkoop ervan die zijn recht ongewijzigd laat (art. 621 B.W.); dat zij omtrent de omzetting van het vruchtgebruik aanvoerden dat dit niet in de inleidende dagvaarding werd gevorderd en dat een dergelijke omzetting niet mogelijk is zonder de instemming van de langstlevende echtgenoot, hetgeen terzake niet het geval is; dat zij betreffende de bezettingsvergoeding opmerkten, allereerst dat ook deze vordering niet werd gesteld in de inleidende dagvaarding, en vervolgens dat de bezettingsvergoeding geen deel uitmaakt van de nalatenschap;

3. Overwegende dat de Burgerlijke Rechtbank te Brussel op 29 januari 1996 de vorderingen ontvankelijk verklaarde; dat zij de gerechtelijke verdeling beval van de onverdeeldheid en de omzetting van het vruchtgebruik van P. Van Der P., waarbij deze twintig jaar ouder zal worden geacht dan J. Van B., die geboren is op 12 september 1928; dat aan de erfgenamen van M.G. een bezettingsvergoeding werd toegekend lastens P. Van Der P. vanaf het in kracht van gewijsde treden van het vonnis; dat de openbare verkoping werd bevolen indien binnen zes maanden na de omzetting geen minnelijke verdeling zou tussenkomen en de verdeling in natura onmogelijk zou blijken; dat tevens een deskundigenonderzoek werd bevolen naar de venale en de huurwaarde van het onroerend goed;

Overwegende dat het vonnis van 29 januari 1996 op 21 februari 1996 ten verzoeken van de oorspronkelijke eisers werd betekend aan de oorspronkelijke verweerders;

III. Over de rechtspleging in hoger beroep

Overwegende dat P. Van Der P. op 11 maart 1996, bij verzoekschrift dat behoorlijk werd ter kennis gebracht van de overige partijen, hoger beroep instelde tegen het vonnis van 29 januari 1996; dat de oorspronkelijke eisers op 29 november 1996 incidenteel beroep instelden; dat deze rechtsmiddelen, die tijdig en regelmatig werden ingesteld, ontvankelijk zijn en toelaatbaar;

Overwegende dat het hoger beroep betrekking heeft op de omzetting van het vruchtgebruik en op de bezettingsvergoeding; dat het incidenteel beroep eveneens de bezettingsvergoeding betreft, en bovendien de compensatie;

...

IV. Over de omzetting van het vruchtgebruik in een geldsom

1. Overwegende dat art. 745*sexies*, § 2, B.W. aan de belanghebbenden de mogelijkheid verschaft om hun vordering tot omzetting van het vruchtgebruik aanhangig te maken bij verzoekschrift; dat deze mogelijkheid niet de toepassing verhindert van de regelen die het voorwerp zijn van art. 807 tot 814 Ger. W.;

Overwegende dat de oorspronkelijke eisers tegen de appellant op 21 februari 1991 een vordering tot gerechtelijke verdeling aanhangig hadden gemaakt; dat deze vordering haar oorzaak vond in de door het overlijden van M.G. ontstane onverdeeldheid in vruchtgebruik tussen de kinderen van deze laatste en haar langstlevende echtgenoot; dat van het vruchtgebruik van deze langstlevende echtgenoot, ontstaan uit het overlijden van M.G., zijn eerststervende

echtgenote, de omzetting in een geldsom werd gevorderd bij een op tegenspraak genomen conclusie; dat deze conclusie wel degelijk berust op het overlijden van M.G. dat ook in de inleidende dagvaarding als oorzaak van de gerechtelijke verdeling werd aangevoerd; dat de vordering tot omzetting bijgevolg *ontvankelijk* werd ingesteld;

2. Overwegende dat *de gezinswoning* de bescherming geniet van art. 214 en 215 B.W. en dat zij aan de langstlevende echtgenoot, volgens de regelen van art. 915*bis* B.W., een reservatair vruchtgebruik oplevert;

Overwegende dat dit *vruchtgebruik* kan worden «omgezet» volgens de regelen van art. 745*quater* B.W.; dat, onder meer, deze omzetting niet kan gebeuren dan *met instemming van de langstlevende echtgenoot* (art. 745*quater*, § 4, B.W.);

3. Overwegende dat de langstlevende echtgenoot *in casu* slechts beschikt over *het vruchtgebruik op een gedeelte* van de gezinswoning; dat dit blijkt uit de hierboven sub 1 beschreven relevante feiten en zijn oorsprong vindt in het overlijden op 2 juli 1948 van J. Van B., de eerste echtgenoot van de vooroverleden echtgenote M.G., overlijden waarbij aan de zeven kinderen Van B. $7 \times \frac{2}{56} = \frac{14}{56}$ in volle eigendom en $7 \times \frac{1}{56} = \frac{7}{56}$ toekwam in blote eigendom, welke blote eigendom door het overlijden van M.G., de vruchtgebruikster, werd omgezet in volle eigendom;

Overwegende dat het vermelde art. 745*quater*, § 4, B.W. tot doel heeft de nalatenschap te regelen van de langstlevende echtgenoot, zelfs van de langstlevende echtgenoot in het tweede huwelijk; dat het evenwel niet strekt tot verdeling van de onverdeeldheid, totstandgekomen doordat de gehele nalatenschap van de eerststervende echtgenoot slechts een gedeelte bevat van de gezinswoning, en doordat het niet tot de nalatenschap behorende gedeelte van deze woning eigendom is, zoals terzake, van andere erfgenamen van de eerststervende, en dit wegens een andere gebeurtenis dan het overlijden dat oorzaak was van het vruchtgebruik van de langstlevende; dat de specifieke regeling die in de wet van 14 mei 1981, gewijzigd door de wet van 31 maart 1987, voor de gezinswoning werd uitgewerkt, overigens slechts zin heeft voor zover de langstlevende echtgenoot uiteindelijk het vruchtgebruik bekomt over de gezinswoning in haar geheel (vergelijk hier met *Hand.*, Kamer, 1980-81, 5 mei 1981, p. 1834, tussenkomst van Volksvertegenwoordiger Frans Baert, die tevens verslaggever was namens de Commissie voor de Justitie van de Kamer van Volksvertegenwoordigers (Cf. *Gedr. St.*, Kamer, 1980-81, nr. 797/2); zie ook M. Puelinckx-Coene, J. Verstraete en N. Geelhand, «Overzicht van rechtspraak. Erfrecht», *T.P.R.*, 1997, p. 170, nr. 53 en p. 297, nr. 192);

Overwegende dat de weigering van de appellant, om in te stemmen met de omzetting van zijn vruchtgebruik, in het huidige geval dan ook niet kan leiden tot de onmiddellijke afwijzing van de vordering tot omzetting;

4. Overwegende dat het hierboven vastgestelde *verschil in behandeling* tussen de langstlevende echtgenoot, als vruchtgebruiker van de volledige gezinswoning, en de langstlevende echtgenoot die slechts vruchtgebruiker is van een gedeelte van diezelfde woning, klaarblijkelijk de *art. 10 en 11 van de gecoördineerde Grondwet* niet schendt, zodat het Hof niet gehouden is het Arbitragehof te verzoeken uitspraak te doen omtrent de aangevoerde schending van de Grondwet; dat het verschil in behandeling tussen de twee vermelde categorieën van personen immers steunt op een duidelijk

verschil, zowel in de oorsprong ervan als in de betrokken belangen;

Overwegende dat ten overvloede nog moet worden onderlijnd dat de besproken weigering van de langstlevende echtgenoot, die niet het vruchtgebruik bezit op de volledige gezinswoning, er slechts toe leidt dat de rechter over de vordering tot omzetting opnieuw de volheid van zijn rechtsmacht verkrijgt om, rekening houdende met alle betrokken belangen, eventueel toch de omzetting toe te staan;

5. Overwegende dat de vordering tot omzetting, bijvoorbeeld, naargelang het geval, *gegrond of ongegrond* zou kunnen worden verklaard indien de gezinswoning al dan niet zodanig zou kunnen worden verdeeld dat de langstlevende echtgenoot zijn vruchtgebruik kan uitoefenen op een duidelijk afgescheiden deel van het beschermde goed;

Overwegende dat een verdeling van de besproken gezinswoning terzake niet wordt aangevoerd; dat uit de aan het Hof voorgelegde stukken ook niet blijkt dat de kleine, verouderde, zelfs enigszins vervallen woning, gelegen in een landschappelijk waardevol agrarisch gebied, op een weliswaar diep maar smal stuk grond, hiervoor in aanmerking komt;

Overwegende dat de appellant, om de vordering te zien afwijzen, de billijkheid inroept, aanvoerend dat de oorspronkelijke eisers, om ieder enkele duizenden franken te verkrijgen, de langstlevende echtgenoot buiten de deur willen zetten van het huisje waar hij zijn hele echtelijk leven doorbracht; dat met de geïntimeerden evenwel moet worden vastgesteld dat de kinderen Van B. niet veel jonger zijn dan hun stiefvader: de oudste nog in leven zijnde dochter Y. is geboren op 4 oktober 1929 en ongeveer 8 jaar jonger dan haar stiefvader, geboren op 27 december 1921;

Overwegende dat ook de kinderen van de eerststervende echtgenoot bepaalde niet tot de economische orde behorende rechten bezitten op hun ouderlijke woning, al was het maar om tijdens hun oude dag nog te kunnen genieten, hoe beperkt ook, van de nalatenschap van hun ouders, die in huidige geval reeds overleden zijn op 2 juli 1948 en 3 oktober 1990;

Overwegende dat de eerste rechter bijgevolg *terecht de omzetting heeft toegestaan* en het hoger beroep op dit punt ongegrond is;

V. Over de bezettingsvergoeding

1. Overwegende dat de betaling van een bezettingsvergoeding, evenzeer als de omzetting van het vruchtgebruik, *ontvankelijk* werd gevorderd bij een conclusie, daar het recht op een bezettingsvergoeding gebaseerd is op de onverdeeldheid die ontstaan is door het overlijden van M.G. en die ook oorzaak was van de vordering zoals deze in de inleidende dagvaarding werd geformuleerd;

2. Overwegende dat de oorspronkelijke eisers deze vordering baseren op hun eigendomsrecht;

Overwegende dat dit standpunt allereerst moet worden genuanceerd;

Overwegende dat de kinderen Van B. voor 21/56 volle eigenaars en voor 35/56 blote eigenaars zijn van de besproken gezinswoning, terwijl de appellant er voor 35/56 vruchtgebruiker van is; dat, wanneer eigendom het recht is om op de meest volstreekte wijze van een zaak het genot te hebben en daarover te beschikken mits er geen gebruik van

te maken dat strijdig is met de wetten of de verordeningen (art. 544 B.W.), het vruchtgebruik het recht geeft aan een ander dan de eigenaar om van de zaak het genot te hebben, zoals de eigenaar zelf, maar onder verplichting om de zaak zelf in stand te houden (art. 578 B.W.); dat er terzake bijgevolg geen sprake is van mede-eigendom tussen de kinderen Van B. en de appellant, maar wel van *een onverdeeldheid jus utendi et fruendi* (Cf. R. Derine, F. Van Neste, H. Vandenberghe, P. Hamelink en J. Kokelenberg, *Zakenrecht*, II, A, in *Beginnselen van Belgisch Privaatrecht*, Gent, 1984, p. 413, nr. 863) ingevolge de opsplitsing over de vermelde personen, alleen maar van dit recht, maar niet van het (volledige) eigendomsrecht (Over het onderscheid tussen mede-eigendom en onverdeeldheid, cf. R. Derine, F. Van Neste, H. Vandenberghe, P. Hamelink en J. Kokelenberg, *o.c.*, p. 5-6, nr. 718);

3. Overwegende dat een medegerechtigde, die tijdens de onverdeeldheid – zij het een onverdeeldheid die geen mede-eigendom is – zijn onverdeelde rechten uitoefende op het geheel hiervan, bij de verdeling een beheersrekening zal moeten afleggen; dat hij bij het exclusieve gebruik van de onverdeeldheid, hieraan inkomsten ontleent en er bijgevolg schuldenaar van wordt (Vgl. G. Van Oosterwyck, «Civielrechtelijke aspecten van de vereffening-verdeling, in *W. Pintens*, (red.), *Patrimonium familiare. Vereffening-verdeling van het huwelijksvermogen*, Antwerpen, 1993, p. 50 e.v., nrs. 72 e.v.);

Overwegende dat de langstlevende echtgenoot die tijdens de periode van onverdeeld vruchtgebruik de gezinswoning alleen betreft bijgevolg *een woonvergoeding* verschuldigd is, te berekenen aan de hand van de huurwaarde van deze woning en in verhouding tot het vruchtgebruik waarover hij niet beschikte;

Overwegende dat deze woonvergoeding ophoudt verschuldigd te zijn, hetzij wanneer dit onevenredig gebruik ophoudt, hetzij bij de verdeling van de onverdeeldheid, dit is, *in casu*, bij het verschuldigd worden van de geldsom als omzetting van het vruchtgebruik;

4. Overwegende dat de huidige partijen werden verzonden naar de notarissen met het oog op de gerechtelijke verdeling van de tussen hen bestaande onverdeeldheid en ook voor de openbare verkoop van het woonhuis indien aan een aantal voorwaarden wordt voldaan, zoals o.m. de onmogelijkheid om *in natura* te verdelen, onmogelijkheid die eigenlijk niet betwist wordt en, zoals hierboven reeds werd gezegd, *prima facie* moet worden afgeleid uit de overgelegde stukken;

Overwegende dat reeds werd vastgesteld dat de eerste rechter terecht besliste tot de omzetting van het vruchtgebruik bij wijze van de betaling van een geldsom; dat deze geldsom evenwel nog niet werd bepaald, zodat de kracht van gewijsde van deze beslissing de omzetting niet kan verwezenlijken; dat integendeel de voorkeur moet worden gegeven aan een omzetting volgens de procedure omschreven in art. 1207 tot 1225 Ger. W. (art. 745*sexies*, § 2, B.W.), hetgeen tevens meebrengt dat de appellant de hierboven bepaalde woonvergoeding zal verschuldigd zijn totdat hij het huis verlaat en ten laatste tot aan de openbare verkoop van het huis of tot aan de akte van verdeling, naargelang het geval;

Overwegende dat de opdracht van de deskundige aan deze beslissing moet worden aangepast;

VI. Over de compensatie

Overwegende dat dit punt van het incidenteel beroep zonder voorwerp is, omdat de vordering tot omzetting van het vruchtgebruik en die tot betaling van een bezettingsvergoeding werden ingesteld bij wijze van verdeling van de hierboven beschreven onverdeeldheid die tussen de partijen ontstond door het overlijden van M.G.; dat de optredende notaris immers, naar luid van art. 1212 Ger. W., de opdracht heeft de rekeningen op te maken die de deelgenoten elkaar verschuldigd zijn, de algemene massa te vormen, de kavels samen te stellen en de afrekening te doen die met elk van de deelgenoten moet worden gemaakt.

RECHTBANK VAN KOOPHANDEL TE HASSELT

3e KAMER – 3 APRIL 2000

Voorzitter: mevr. Ponet

Rechters in handelszaken: de hh. Eraly en Jacobs

Advocaten: mrs. Schoofs en Jacobs

Aanneming van werk – Geregistreeerde aannemer – Niet-naleving van registratieverplichting – Inhoudings- en doorstortingsverplichting van bouwheer – 1. Reikwijdte – Bedragen door derde rechtstreeks aan aannemer betaald – 2. Onjuiste informatie door aannemer verstrekt nopens naleving van registratieverplichting – Gevolg

1. De inhoudings- en doorstortingsverplichting ten aanzien van de R.S.Z. en de fiscus, die door de bouwheer moet worden nageleefd wanneer hij contracteert met een niet-geregistreeerde aannemer van bouwwerken, geldt niet voor de bedragen die door een derde rechtstreeks aan de aannemer zijn betaald.

2. De bouwheer die contracteert met een niet-geregistreeerde aannemer van bouwwerken, is niet ontslagen van zijn inhoudings- en doorstortingsverplichting ten opzichte van de fiscus en de R.S.Z., om reden dat hij door zijn aannemer onjuist zou zijn geïnformeerd omtrent de naleving van diens registratieverplichting.

N.V. I. t/ N.V. Z.

...

I. De feiten

1. Aanlegster is een niet-geregistreeerde aannemer, die in onderaanneming voor verweerster werken heeft uitgevoerd.

...

Aanlegster heeft werken uitgevoerd voor de werf S. Voor deze werf heeft aanlegster een offerte van 26 mei 1998 opgesteld m.b.t. aluminium buiten schrijnwerken voor een bedrag van 556.375 fr., exclusief B.T.W. De werken aan de werf S. worden uitgevoerd.

...

Op 12 februari 1999 gaat aanlegster over tot facturatie door middel van factuur nr. 99/103 ten bedrage van 527.041 fr. In deze factuur wordt tevens gemeld dat er een rechtstreekse betaling van 29.334 fr. door verweerster is

gebeurd aan de firma L., zodat het totaal 556.375 fr. bedraagt, overeenkomstig de overeenkomst.

3. Bij aangetekende brief van 12 februari 1999 stelt aanlegster verweerster in gebreke tot betaling van deze factuur. Aanlegster meldt aan verweerster dat zij, overeenkomstig het K.B. van 26 december 1998, ertoe gehouden is 50% van het bedrag in te houden en door te storten, waarbij 35% dient te worden doorgestort aan de R.S.Z. en 15% aan het ministerie van Financiën.

Aanlegster merkt tevens op dat een bedrag van 226.375 fr. rechtstreeks aan de klant, mevr. S., werd gefactureerd.

Aanlegster brengt tevens een factuur nr. 98/110 van 28 juli 1998 bij, gericht aan mevr. S., voor een bedrag van 226.375 fr., te vermeerderen met 47.538 fr. B.T.W., in totaal zijnde 273.913 fr.

4. Bij faxbericht van 15 februari 1999 vordert aanlegster betaling van het aan haar toekomende saldo van haar factuur nr. 99/103, zijnde een bedrag van 527.041 fr. – 226.375 fr. (reeds geïnd) = 300.666 fr.

Aanlegster herhaalt haar ingebrekestelling bij aangetekende brief van 15 februari 1999.

5. Bij aangetekende brief van 2 maart 1999 protesteert verweerster de ingebrekestelling van aanlegster, waarbij zij tevens refereert aan haar vorige aangetekende brief van 15 januari 1999.

Verweerster is van oordeel dat zij reeds te veel heeft betaald aan aanlegster en dat aanlegster haar een bedrag van 226.143 fr. dient terug te storten.

6. Aanlegster gaat over tot dagvaarding bij exploit van 13 september 1999, waarbij zij betaling vordert van het saldo van haar factuur nr. 99/103.

II. Het standpunt van partijen

A. Het standpunt van aanlegster

Aanlegster merkt op dat de factuur van 12 februari 1999 dateert, zodat toepassing dient te worden gemaakt van het K.B. van 26 december 1998, dat sedert 1 januari 1999 van kracht is, waardoor verweerster als aannemer, die gecontracteerd heeft met een niet-geregistreeerde onderaannemer, ertoe gehouden is een bedrag van 35% in te houden en door te storten aan de R.S.Z. en een bedrag van 15% in te houden en door te storten aan de belastingen.

Aanlegster merkt evenwel op dat verweerster thans enkel bedragen inhoudt maar geen doorstortingen noch aan de R.S.Z. noch aan de fiscus doet.

Aanlegster refereert aan een verklaring van de R.S.Z. van 23 september 1999, waaruit blijkt dat verweerster na 19 november 1998 geen doorstortingen meer gedaan heeft.

...

Aanlegster vordert dat het saldo van haar factuur nr. 99/103 integraal zou betaald worden nu duidelijk is geworden dat verweerster enkel ten bate van zichzelf heeft ingehouden.

...

B. Het standpunt van verweerster

Verweerster stelt dat zij ertoe gehouden is 85% van de door aanlegster gefactureerde bedragen in te houden, aangezien zij voor 85% aansprakelijk zou zijn. Verweerster meent dat zij reeds teveel heeft betaald aan aanlegster.

Verweerster stelt dat zij een bedrag van 85% diende in te houden zowel op factuur nr. 99/103 als op de facturen nrs. 98/108 en 98/109, die zij ten onrechte integraal aan aanlegster uitbetaalde. Verweerster meent dat zij slechts een bedrag van 101.227 fr. aan aanlegster had dienen te betalen, terwijl zij reeds een bedrag van 374.171 fr. heeft betaald zodat zij 272.954 fr. te veel zou hebben betaald.

Verweerster voegt eraan toe dat ook de facturen nrs. 98/108 en 98/109 relevant zijn. Ten onrechte werd door aanlegster beweerd dat zij geregistreerd was, terwijl dit niet het geval bleek te zijn, zodat verweerster deze facturen integraal betaalde, zonder de nodige inhoudingen te doen.

...

III. Beoordeling

1. De Rechtbank stelt vast dat de factuur nr. 99/103 van 12 februari 1999 van aanlegster als zodanig niet door verweerster werd geprotesteerd.

Het geschil tussen partijen heeft enkel betrekking over het bedrag van de inhoudings- en doorstortingsplicht van verweerster, waartoe verweerster, die met aanlegster als niet-geregistreerde aannemer gecontracteerd heeft, gehouden is.

De Rechtbank stelt vast dat aanlegster niet betwist dat het K.B. van 26 december 1998, in werking sedert 1 januari 1999, toegepast dient te worden.

Op grond van dit K.B. van 26 december 1998 is de aannemer verplicht op elke betaling aan zijn niet-geregistreerde onderaannemer 50% van de betaling, exclusief B.T.W., in te houden en door te storten, waarbij 35% aan de R.S.Z. en 15% aan de fiscus dient te worden doorgestort. Deze inhoudings- en doorstortingsplicht geldt voor werkzaamheden die behoren tot het Paritair Comité voor het Bouwbedrijf (zie hierover I. Massin, «Nieuwe regeling aannemersregistratie van kracht», *Fiskoloog*, editie 690, 13 januari 1999, p. 1-3).

De Rechtbank is derhalve van oordeel dat deze inhoudings- en doorstortingsplicht a rato van 50% in totaal *in casu* van toepassing is.

Volledigheidshalve merkt de Rechtbank op dat verweerster ten onrechte beweert dat zij een bedrag van 85% zou dienen in te houden, hetgeen in strijd is met het K.B. van 26 december 1998.

2. De Rechtbank dient thans te onderzoeken op welk bedrag deze inhoudings- en doorstortingsplicht van toepassing is.

De Rechtbank is allereerst van oordeel dat verweerster ten onrechte beweert dat zij tevens een inhoudings- en doorstortingsplicht zou hebben ten aanzien van het bedrag dat door de bouwheer, mevr. S., zelf betaald werd, en waarvoor factuur nr. 98/110 van 28 juli 1998 a rato van 273.913 fr. werd opgesteld.

De Rechtbank heeft zich niet uit te spreken over de vraag of de bouwheer al dan niet zelf een inhoudings- en doorstortingsplicht had. Alleszins is verweerster als aannemer niet gerechtigd een inhouding te verrichten op een bedrag dat door een derde aan aanlegster werd betaald.

In dezelfde zin is de Rechtbank van oordeel dat verweerster ten onrechte het door haar in te houden en door te storten bedrag aanreken op de bedragen die verweerster zelf aan leveranciers heeft betaald, namelijk de firma L. ten

bedrage van 29.334 fr. en de firma S. ten bedrage van 33.793 fr.

Eveneens ten onrechte meent verweerster dat de door haar in te houden en door te storten bedragen ook op de facturen nrs. 98/108 en 98/109 zouden betrekking hebben. Deze facturen werden door verweerster integraal aan aanlegster betaald. Verweerster stelt dat zij in de veronderstelling leefde dat aanlegster een geregistreerde aannemer was, hetgeen achteraf niet het geval bleek te zijn. De Rechtbank merkt evenwel op dat door het Hof van Cassatie reeds geoordeeld werd dat de opdrachtgever, die een beroep doet op een niet-geregistreerde aannemer, niet kan inroepen ontslagen te zijn van zijn verplichtingen t.o.v. de R.S.Z., omdat hij misleid zou zijn in zijn contractuele relatie met de aannemer omtrent diens registratie. De opdrachtgever kan immers gemakkelijk de hoedanigheid van de al dan niet geregistreerde aannemer nagaan en kan zich niet op onoverkomelijke dwaling beroepen (Cass., 13 maart 1989, *R.W.*, 1989-90, 86; zie ook G. Baert, *Privaatrechtelijk Bouwrecht*, Antwerpen, Kluwer, 1994, 555).

Het is derhalve de fout zelf van verweerster dat zij geen inhoudingen en doorstortingen op deze facturen nrs. 98/108 en 98/109 heeft gedaan, zodat zij ten onrechte in het raam van huidige geschil m.b.t. factuur nr. 99/103 haar fout tracht te verhalen op aanlegster.

De inhoudings- en doorstortingsplicht van verweerster heeft derhalve enkel betrekking op het saldo van de factuur nr. 99/103 a rato van 266.873 fr. Op dit bedrag dienen de in te houden en door te storten bedragen berekend te worden, in totaal voor een bedrag van 50%.

Verweerster diende derhalve een inhouding a rato van 35% op 266.873 fr. te doen ten voordele van de R.S.Z. = 93.405 fr.

Verweerster diende bovendien een inhouding a rato van 15% op 266.873 fr. te doen ten voordele van de fiscus = 40.031 fr.

In totaal was verweerster derhalve verplicht een inhouding en doorstorting a rato van 133.436 fr. ter verrichten.

3. De Rechtbank is derhalve van oordeel dat 50% van het saldo van de factuur nr. 99/103 a rato van 133.437 fr. aan aanlegster zelf toekomt, terwijl het resterende saldo, voor 35% (93.405 fr.) aan de R.S.Z. dient te worden betaald en voor 15% (40.031 fr.) aan de fiscus. Verweerster kan deze bedragen dan ook slechts bevrijdend betalen aan de R.S.Z. respectievelijk aan de fiscus.

...

VREDEGERECHT TE WESTERLO

19 JULI 2000

Rechter: de h. Carens

Advocaten: mrs. Heyndrickx en Nelissen Grade

Alimentatie – Echtscheiding – Provisionele onderhoudsuitkering – Referentiestandaard – Gemeenrechtelijke referentiestandaard van behoefte

Bij de begroting van een provisionele onderhoudsuitkering overeenkomstig art. 301 B.W. dient bij voorkeur als referen-

tiestandaard niet de gelijkwaardige levensstandaard als tijdens het samenleven als criterium te worden gehanteerd, maar wel de gemeenrechtelijke referentiestandaard van behoefte, d.w.z. een toestand van onmiddellijke nood van de schuldeiser.

D. t/ A.

...
Overwegende dat de hoofdeis van mevrouw D. ertoe strekt de heer A. te veroordelen tot betaling van een bedrag van 100.000 fr. per maand als provisionele onderhoudsuitkering na echtscheiding, minstens hem te veroordelen tot de betaling van een voorschot op haar aandeel in het gemeenschappelijk/onverdeeld vermogen van de huidige gedingvoerende partijen in de vorm van een maandelijks onderhoudsuitkering ten bedrage van 100.000 fr.

...
Overwegende dat vooraf en principieel moet worden aangemerkt dat er geen enkele betwisting kan over bestaan dat diegene die de echtscheiding verkregen heeft na de overschrijving en hangende de tegeneis van de andere partij, hetzij een provisionele onderhoudsuitkeringen op grond van art. 301 B.W. kan vragen, hetzij een voorschot op de goederen die betrokkene zullen toevallen bij de vereffening van het huwelijksstelsel tussen de partijen (de basis daartoe wordt uitgemaakt door twee cassatiearresten van 30 april 1964, *Pas.*, 1964, I, 922 met conclusie van advocaat-generaal Hayoit De Termicourt alsmede Tillemans, D., «De maatregelen aangaande het onderhoudsgeld» in Senaev, P. (red.) *Voorlopige maatregelen tussen echtgenoten*, Leuven, Acco, 1989, blz. 206-210, nrs. 211-214 en Pauwels, J., noot onder Brussel 29 september 1976, *R.W.*, 1976-77, 1821-1822).

Overwegende dat de vordering van eisende partij op hoofdeis is gegrond op art. 301 B.W., en meer bepaaldelijk verwijst zij naar het arrest van het Hof van Cassatie van 21 december 1995, stellende dat voor de begroting van een provisionele onderhoudsuitkering ex art. 301 B.W. voor het geval het huwelijk ontbonden is terwijl nog een echtscheidingseis hangende is, de gelijkwaardige levensstandaard als tijdens het samenleven als norm dient te worden gehanteerd en niet de gemeenrechtelijke referentiestandaard van behoefte.

Overwegende dat, hoewel er geen betwisting kan over bestaan dat eisende partij op hoofdeis principieel gerechtigd is een provisionele onderhoudsuitkering te vragen, er daarentegen een zeer fundamenteel meningsverschil bestaat in rechtspraak en rechtsleer met betrekking tot de vraag welke norm bij de begroting van deze provisionele onderhoudsuitkering gehanteerd dient te worden.

1. Sedert lang wordt door een zeer ruime meerderheidsopvatting in rechtspraak en rechtsleer het standpunt verdedigd dat bij die begroting het gemeenrechtelijke criterium ex art. 205 e.v. B.W. centraal dient te staan en niet het criterium van de gelijkwaardige levensstandaard (cfr. Pauwels, J., *o.c.*, *l.c.*, met de verdere verwijzingen sub d *in fine* van de noot; Tillemans, D., *o.c.*, blz. 213, nr. 219; Roodhooft, J., «De referentiestandaard inzake de provisionele onderhoudsuitkering», noot onder Hof Gent, 30 januari 1992, *R.W.*, 1993-94, 616-617).

2. In het voormelde arrest van het Hof van Cassatie van 21 december 1995 (*R.W.*, 1996-97, 323 met noot en E.J. 1996/6, blz. 91 met noot van K. Broeckx en J. Roodhooft) werd

beslist dat de rechter die bij het toekennen van een voorlopige uitkering na echtscheiding beslist dat de onderhoudsplichtige binnen de mate van zijn mogelijkheden aan de onderhoudsgerechtigde dezelfde levensstandaard dient te verlenen als tijdens het gemeenschappelijke leven, art. 301 B.W. niet schendt. Dit arrest verklaarde derhalve dat de gelijkwaardige levensstandaard als tijdens het samenleven eveneens van toepassing is voor de begroting van een provisionele onderhoudsuitkering ex art. 301 B.W. Het kwestieuze arrest heeft onmiddellijk geleid tot enige commentaren in de rechtsleer, die erop gewezen heeft dat deze stelling van het Hof van Cassatie loodrecht ingaat tegen de opvatting die door een meerderheidsopvatting van de rechtsleer en de rechtspraak wordt verdedigd. Tevens werd erop gewezen dat het Hof van Cassatie deze stelling niet verder motiveerde (zie noot onder het kwestieuze arrest in *R.W.*, 1996-97, 324; noot Roodhooft, J., onder het kwestieuze arrest «Strekt de provisionele onderhoudsuitkering ertoe een gelijkwaardige levensstandaard te waarborgen?» in *E.J.*, 1996/6, blz. 96; Gerlo, J., «Recente ontwikkelingen in het alimentatierecht» in *T.B.B.R.*, 1998, 1, blz. 44, nr. 38 in fine; Vanlede, K., «Overzicht van rechtspraak 1994-1999» in *E.J.*, 2000/1, blz. 9 en 10, nrs. 36-38).

3. In zoverre bekend werd de cassatierechtspraak van 21 december 1995 slechts gevolgd in een (voorlopig?) alleenstaand vonnis, nl. van de Burgerlijke Rechtbank te Brussel van 8 juni 1999 (*Div. Act.* 1999, 108 met noot Van Gysel, A.C.). Het overgrote deel van de rechtspraak past nog steeds de gemeenrechtelijke referentiestandaard toe voor de begroting van een provisionele onderhoudsuitkering (cfr. Vanlede, K., *o.c.*, *l.c.*). Overigens moet erop worden gewezen dat ook het Hof van Cassatie *voorheen* in zijn reeds geciteerde arresten van 30 april 1964 de toekenning van een provisionele onderhoudsuitkering wel had gekoppeld aan de onmiddellijke behoeften van de gerechtigde (noot J. Roodhooft in *R.W.*, 1993-94, 617).

4. Ons Ambt sluit zich aan bij de meerderheidsopvatting in rechtsleer en rechtspraak, stellende dat bij de begroting van de uitkering niet de gelijkwaardige levensstandaard als tijdens het samenleven als criterium dient te worden gehanteerd, maar wel de gemeenrechtelijke referentiestandaard van behoefte (onmiddellijke nood). De provisionele uitkering heeft m.a.w. een specifiek *alimentaire* finaliteit. Deze stellingname is op de volgende redenen gegrond:

a. Art. 301, § 1, B.W. bepaalt dat de rechtbank aan de echtgenoot die de echtscheiding heeft verkregen een uitkering kan toekennen. *In concreto* betekent dit dat de echtgenoot in wiens voordeel de echtscheiding op grond van bepaalde feiten werd toegestaan, aanspraak kan maken op de in art. 301 B.W. bedoelde uitkering. De onderhoudsplicht tussen gewezen echtgenoten na echtscheiding op grond van bepaalde feiten, wordt beheerst door de schuldidee. Enkel de zgn. onschuldige ex-echtgenoot, die geen enkele verantwoordelijkheid draagt voor de teloorgang van de in beginsel voor het leven bedoelde echtvereniging, kan aanspraak maken op een verdergezette financiële solidariteit ten laste van zijn ex-partner over de grenzen van het huwelijk heen. En dit uitgangspunt inzake de onderhoudsplicht tussen gewezen echtgenoten na echtscheiding op grond van art. 229-231 B.W., nl. de onschuld van de onderhoudsgerechtigde, onderstelt op bewijsrechtelijk vlak de exclusieve schuld van de onderhoudsplichtige ex-echtgenoot (cfr. Tillemans, D., *o.c.*, p. 207-208, nr. 212). Aangezien *in casu* de hoofdeis tot

echtscheiding nog hangende is (en derhalve de uitsluitende schuld van huidige verwerende partij op hoofdeis in dit stadium van de echtscheidingsprocedure nog niet vaststaat), zijn nog niet alle voorwaarden vervuld om aanspraak te kunnen maken op een uitkering op grond van art. 301 B.W. met als referentiestandaard de gelijkwaardige levensstandaard. De uitsluitende schuld van een van de echtgenoten staat nl. nog niet vast. Dit betekent m.a.w. dat een provisionele onderhoudsuitkering enkel kan worden gevorderd als de schuldeiser zich in een situatie van «onmiddellijke nood» bevindt. Indien deze schuldeiser daarentegen niet in staat zou blijken te zijn de gelijkwaardige levensstandaard te handhaven van tijdens het samenleven, maar anderzijds geen onmiddellijke behoefte kan aantonen, zal hij of zij geen aanspraak kunnen maken op een provisionele onderhoudsuitkering (cfr. Roodhooft, J., in *R.W.*, 1993-94, 617 en in *E.J.* 1996/6, p. 96).

b. De Vrederechter die na de ontbinding van het huwelijk geëdieerd wordt met een verzoek tot toekenning van een provisionele uitkering mag noch rechtstreeks noch onrechtstreeks uitspraak doen over de gegrondheid van de nog hangende echtscheidingsvordering. Van hem mag derhalve niet worden verwacht dat hij zich zou uitspreken over de kans op slagen van een echtscheidingsvordering die nog hangende is voor de burgerlijke rechtbank. Zulks zou een volledige miskenning inhouden van de regelen inzake de bewijslast (cfr. Hof Bergen, 1 december 1997, *Div. Act.*, 1998, 282, met noot J.P.M., alsmede de kritische noot van Masson, J.P. onder Rb. Brussel, 17 januari 1996, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1997, 387).

c. Ten slotte dient tevens rekening te worden gehouden met de mogelijkheden om de eventuele terugvordering te realiseren. Immers, indien ook de hoofdvordering in echtscheiding zou worden ingewilligd (en derhalve de echtscheiding ook tegen huidige eisende partij op hoofdeis zou worden toegestaan), zou huidige verwerende partij op hoofdeis het eventueel betaalde provisioneel onderhoudsgeld integraal kunnen terugvorderen. De kans is echter vrij groot dat de gerechtigde (huidige eisende partij op hoofdeis) het ontvangen levensonderhoud inmiddels reeds heeft opgeleefd. Door het provisioneel onderhoudsgeld te beperken tot het niveau van de gemeenschappelijke referentiestandaard worden de problemen van terugvordering dan ook beperkt (cfr. Roodhooft, J., in *E.J.* 1996/6, p. 96 en *R.W.*, 1993-94, 617 alsmede Vanlede, K. in *E.J.* 200/1, p. 10).

Overwegende dat uit het bovenstaande blijkt dat aan eisende partij op hoofdeis enkel een provisionele onderhoudsuitkering zou kunnen worden toegekend indien zij het bewijs levert dat zij zich in een situatie van behoefte en onmiddellijke nood bevindt (het gemeenschappelijke criterium ex art. 205 e.v. B.W.).

...

WETGEVING IN KORT BESTEK

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

Dit overzicht betreft de wetgeving bekendgemaakt in het Belgisch Staatsblad van de maand maart 2001 en kwam tot

stand met medewerking van S. Baeten, K. Bodard, G. Debersaques, N. De Camps, M. Maus, G. Van Limberghen en A. Wirtgen.

Telewinkelmroepen

Met het decreet van 2 februari 2001 houdende wijziging van sommige bepalingen van de decreten betreffende de radio-omroep en de televisie, gecoördineerd op 25 januari 1995 (*B.S.*, 1 maart 2001; geen specifieke datum van inwerkingtreding vermeld), wordt een decretaal kader tot standgebracht voor een nieuwe categorie van televisieomroep, namelijk de telewinkelmroepen.

Telewinkelmroepen zijn particuliere televisieomroepen die uitsluitend telewinkelprogramma's uitzenden. Dergelijke omroepen moeten worden erkend. De duur van de erkenning bedraagt negen jaar of, op verzoek van de aanvrager, minder. De erkenningsaanvraag dient te worden gericht aan het Vlaams Commissariaat voor de Media, waaraan de telewinkelmroepen jaarlijks de balans, de jaarrekening en het werkingsverslag moeten bezorgen.

De telewinkeluitzendingen zijn aan dezelfde beperkingen onderworpen als de reclame. Dat betekent dat ook de blokken voor telewinkelen als zodanig duidelijk herkenbaar moeten zijn, dat deze moeten worden gegroepeerd in niet-openvolgende tijdsblokken van beperkte duur en dat ze moeten worden voorafgegaan en gevolgd door een visuele of auditieve vermelding dat het om reclame of telewinkelen gaat. De Vlaamse regering bepaalt de maximumduur van reclame en telewinkelspots en het maximumaantal tijdsblokken per uur en per dag. Voor de telewinkelmroepen mag de zendtijd voor reclame echter niet meer bedragen dan 15 procent van de dagelijkse zendtijd.

Televisieomroepen die niet uitsluitend telewinkelprogramma's uitzenden kunnen onder bepaalde voorwaarden ook telewinkelmroepen uitzenden. Zo moeten die blokken zonder onderbreking minimum 15 minuten in beslag nemen, mogen er maximum 8 blokken per dag met een maximum duur van 3 uur worden uitgezonden, moeten deze blokken duidelijk herkenbaar worden gemaakt door visuele en auditieve middelen en mogen deze niet tussen programmaonderdelen worden ingevoegd of in de onmiddellijke omgeving van kinderprogramma's worden uitgezonden.

K.B.

Vreemdelingen – Zelfstandige beroepsactiviteit

In het *B.S.* van 8 maart 2001 werd de wet van 2 februari 2001 bekendgemaakt tot wijziging van de wet van 19 februari 1965 betreffende de uitoefening van de zelfstandige beroepsactiviteiten der vreemdelingen.

Art. 1, eerste lid, van de wet van 19 februari 1965 bepaalde dat elke vreemdeling die op het grondgebied van het Rijk «een zelfstandige activiteit van winstgevend aard uitoefent» houder moet zijn van een beroepskaart.

Art. 1 van de wet van 2 februari 2001 strekt ertoe de bedoelde verplichting voortaan te doen gelden voor elke vreemdeling «die op het grondgebied van het Koninkrijk een zelfstandige beroepsactiviteit uitoefent hetzij als fy-

sieke persoon hetzij binnen een vereniging of een vennootschap naar rechte of in feite». De verwijzing naar het winstgevend aspect van de activiteit wordt derhalve vervangen door een referentie aan het professionele karakter van de activiteit, zodat ook de onbezoldigde ambten of mandaten onder het vereiste van de beroepskaart vallen. Op die wijze wil de wetgever misbruiken tegengaan die erin bestaan dat vreemdelingen de verplichting om een beroepskaart aan te vragen omzeilen door te stellen dat zij een «onbezoldigd» mandaat in een vennootschap uitoefenen (*Parl. St.*, Kamer, 2000-2001, nr. 823/2, p. 3).

Art. 2 van de wet van 2 februari 2001 vervangt art. 2 van de wet van 19 februari 1965 teneinde te komen tot een versoepeling van de wetgeving m.b.t. de beroepskaart voor vreemdelingen. Die versoepeling gebeurt door middel van een uitbreiding van de delegatie aan de Koning om bepaalde categorieën van vreemdelingen vrij te stellen van de verplichting om in het bezit te zijn van een beroepskaart. Be-doeling is dat de versoepeling wordt geconcretiseerd bij een K.B. waarover in de Ministerraad overleg is gepleegd en dat van de verplichting tot het houden van een beroepskaart zouden worden vrijgesteld de vreemdelingen die op het grondgebied van het Rijk zijn gevestigd en zij die het recht op onbeperkt verblijf genieten (de zogeheten «gevestigde» vreemdelingen).

Op art. 2 na, dat in werking is getreden op 1 september 2001, is de wet van 2 februari 2001 op de dag van haar bekendmaking in werking getreden.

M.V.D.

Amateurkunsten

Het decreet van 22 december 2000 (*B.S.*, 9 maart 2001; inwerkingtreding op 1 januari 2001) strekt er in hoofdzaak toe de subsidiëring van de amateurkunsten in de verschillende kunstdisciplines te regelen. De in het decreet vervatte regeling komt in de plaats van die van het decreet van 24 juli 1991 houdende de subsidieregeling van verenigingen voor amateuristische kunstbeoefening in het raam van het Nederlandstalig sociaal-cultureel vormingswerk, dat wordt opgeheven.

Het laatstgenoemde decreet vertoonde immers een aantal tekortkomingen die het decreet van 22 december 2000 beoogt te verhelpen, zoals het gebrek aan mogelijkheden tot professionalisering binnen de erkende organisaties, de veronachtzaming van de specificiteit van de onderscheiden kunstdisciplines, de geringe toegankelijkheid t.a.v. nieuwe disciplines zoals de popmuziek en de videokunst, de administratieve complexiteit die binnen organisaties het inhoudelijke werk verdukt of bemoeilijkt, de veeleer karige subsidiëring, het ontbreken van voldoende stimulansen tot vernieuwing en multidisciplinaire initiatieven en het laten van onvoldoende ruimte voor de ondersteuning van individuele belangstellenden (*Parl. St.*, VI.P., 2000-2001, nr. 482/1, p. 3-4).

Zie ook het uitvoeringsbesluit van 9 februari 2001 (*B.S.*, 14 maart 2001).

M.V.D.

Bescherming van de persoonlijke levenssfeer – Nieuw algemeen uitvoeringsbesluit

De wet van 8 december 1992 tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer ten opzichte van de verwerking van persoonsgegevens is door de wet van 11 december 1998 aangepast aan de Europese richtlijn 95/46/EG van 24 oktober 1995 (zie deze kroniek, *R.W.*, 1999-2000, 23). De omzetting van de voornoemde richtlijn heeft de wet van 8 december 1992 ingrijpend gewijzigd, zodat een nieuw uitvoeringsbesluit nodig was. Krachtens art. 32 van de richtlijn worden de bepalingen ervan door de lidstaten pas in het nationaal recht omgezet wanneer de nodige wettelijke en bestuursrechtelijke maatregelen in werking zijn getreden. De termijn voor de omzetting is sinds 24 oktober 1998 verstreken (verslag aan de Koning, *B.S.*, 13 maart 2001, p. 7839).

Voorafgaand aan de omzetting van de Europese richtlijn door de wet van 11 december 1998 zijn een vijftiental koninklijke besluiten uitgevaardigd ter uitvoering van de wet van 8 december 1992. Dit groot aantal uitvoeringsbesluiten heeft de transparantie van de regelgeving niet bevorderd. Een belangrijk oogmerk van het K.B. van 13 februari 2001 ter uitvoering van de wet van 8 december 1992 tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer ten opzichte van de verwerking van persoonsgegevens (*B.S.*, 13 maart 2001; inwerkingtreding op 1 september 2001) bestaat er dan ook in om vrijwel alle koninklijke besluiten die werden uitgevaardigd op grond van de wet van 8 december 1992 op te heffen en in de mate van het mogelijke te vervangen door één enkel algemeen uitvoeringsbesluit (art. 72 K.B. van 13 februari 2001).

Het takenpakket dat de wet van 8 december 1992, na de wijziging ervan door de wet van 11 december 1998, aan de Koning opdraagt is zeer uitgebreid. Niet minder dan 35 bepalingen van de wet moeten of kunnen door de Koning worden uitgevoerd (voor de opsomming ervan, zie het verslag aan de Koning, *B.S.*, 13 maart 2001, p. 7839). Sommige wetsbepalingen worden evenwel niet uitgevoerd in het K.B. van 13 februari 2001 (zie verslag aan de Koning, *B.S.*, 13 maart 2001, p. 7841-7842).

In het K.B. van 13 februari 2001 komen achtereenvolgens aan bod: de regelen inzake de latere verwerking van persoonsgegevens voor historische, statistische of wetenschappelijke doeleinden; de voorwaarden voor de verwerking van persoonsgegevens bedoeld in art. 6 tot 8 van de wet van 8 december 1992; de voorwaarden voor de vrijstelling van de verplichting tot kennisgeving bedoeld in art. 9, § 2, van de wet van 8 december 1992; de uitoefening van de rechten bedoeld in art. 10, 12 en 13 van de genoemde wet van 8 december 1992; de regelen inzake de aangifte van geautomatiseerde verwerkingen van persoonsgegevens en inzake het openbaar register van de geautomatiseerde verwerkingen van persoonsgegevens.

Naar luid van art. 70 en 73 van het K.B. van 13 februari 2001 krijgen de verantwoordelijken voor de verwerking, na de bekendmaking van dit besluit, nog zes maanden de tijd om zich aan te passen aan de nieuwe regeling die is ingevoerd bij de wet van 11 december 1998. Die termijn moet aan de Commissie o.m. de mogelijkheid bieden de in het besluit bepaalde specifieke formulieren uit te werken en het openbaar register aan te passen.

Ook de verantwoordelijken voor de verwerking hebben een overgangperiode nodig om bepaalde vermeldingen op formuleren, voorgedrukte brieven, antwoordcoupons, enz. te wijzigen. Deze aanpassingen zijn ook nodig voor de toepassing van het recht op verzet (verslag aan de Koning, *B.S.*, 13 maart 2001, p. 7874). Voorts moeten de aangiften bedoeld in art. 17 van de wet van 8 december 1992, die vóór de inwerkingtreding van de wet van 11 december 1998 zijn verricht, niet worden herhaald volgens de regelen opgelegd door het besluit. Zij worden geacht in overeenstemming te zijn met de nieuwe bepalingen (art. 71 van het K.B. van 13 februari 2001).

Men kan een grondige bespreking van de bepalingen van het K.B. van 13 februari 2001 vinden in het reeds genoemde verslag aan de Koning, de adviezen nr. 08/1999 van 8 maart 1999 en nr. 25/1999 van 23 juli 1999 van de commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer en de adviezen van de afdeling wetgeving van de Raad van State, die alle in het *B.S.* van 13 maart 2001 zijn gepubliceerd.

G.D.

Bouwen en verbouwen – Tegemoetkoming

Teneinde het bouwen en verbouwen door de minst kapitaalkrachtige en meest woonbehoeftige personen te stimuleren en de stadsvlucht tegen te gaan, wordt in het besluit van de Vlaamse regering van 23 februari 2001 (*B.S.*, 14 maart 2001; inwerkingtreding op 1 maart 2001) een tegemoetkomingsregeling uitgewerkt in geval van de bouw van een nieuwe woning of het uitvoeren van werken aan een bestaande woning.

M.V.D.

Verkeersbelasting – Transportsector

In het *B.S.* van 15 maart 2001 werd de wet van 19 februari 2001 bekendgemaakt tot wijziging van art. 36*bis*, 36*ter*, 110 en 111 en tot invoering van art. 36*quater* van het Wetboek van de met de inkomstenbelastingen gelijkgestelde belastingen. Deze wet is een gevolg van het akkoord dat de regering op 14 september 2000 heeft gesloten met de beroepsverenigingen en de vakbondsorganisaties van de transportsector.

De wet van 19 februari 2001 voorziet allereerst in een verschuiving van de uiterste datum van betaling van de verkeersbelasting voor de meeste voertuigen van het type vrachtwagen, trekker, autobus, autocar, oplegger en aanhangwagen (deze laatste twee met een maximum toegelaten massa van minstens 4000 kg). De uiterste datum van betaling van de verkeersbelasting is voortaan 15 december van het lopende aanslagjaar in plaats van 1 januari, wat, gezien het weerkerende aspect van de maatregel, zal resulteren in een vrijstelling van een jaar voor de bedoelde voertuigen (*Parl. St.*, Kamer, 2000-2001, nr. 1009/2, p. 3).

Voorts schaft de wet van 19 februari 2001 de accijnscompenserende belasting af voor de taxivoertuigen en de voertuigen bestemd voor de verhuur met bestuurder.

De wet voorziet in een gediversifieerde regeling van inwerkingtreding, met dien verstande dat alle bepalingen ervan ten laatste op 1 januari 2001 in werking zijn getreden.

M.M.

Raad van State – Vertaling van de arresten

Art. 21 van de wet van 4 augustus 1996 heeft art. 63, eerste lid, *R.v.St.-Wet*, gewijzigd teneinde het principe van de verplichting tot vertaling van de arresten van de Raad van State ongedaan te maken. Er wordt bepaald dat de arresten enkel nog worden vertaald in de gevallen die door de Koning worden omschreven.

De zo-even genoemde wijziging van art. 63, *R.v.St.-Wet*, heeft maar uitwerking met ingang van een door de Koning te bepalen datum.

Het K.B. van 25 januari 2001 betreffende de vertaling van de arresten van de Raad van State (*B.S.*, 16 maart 2001; geen specifieke datum van inwerkingtreding vermeld) stelt het voornoemde art. 21 van de wet van 4 augustus 1996 – en dus het gewijzigde art. 63, *R.v.St.-Wet* – in werking en bepaalt welke arresten van de Raad van State moeten worden vertaald.

Te vertalen arresten zijn die betreffende reglementaire besluiten en die welke door een in de Raad van State opgerichte commissie zijn geselecteerd «wegens het nut ervan voor het algemeen begrip van de rechtspraak van de Raad van State» (art. 1, tweede lid, van het K.B. van 25 januari 2001).

M.V.D.

Hof van assisen – Procedure

Tijdens de maand maart 2001 werden een aantal wetten bekendgemaakt die betrekking hebben op de procedure voor het hof van assisen.

1. In het *B.S.* van 17 maart 2001 werd de wet van 28 maart 2000 gepubliceerd tot wijziging van art. 117 van en tot invoering van een art. 240*bis* in het Gerechtelijk Wetboek (geen specifieke datum van inwerkingtreding vermeld).

De vervanging van art. 117, eerste lid, *Ger.W.*, komt erop neer dat de eerste voorzitter van het hof van beroep voortaan de datum van opening van de zittingen van de hoven van assisen, de verdeling van de zaken onder de verschillende hoven van assisen en de datum van de opening van de debatten voor die hoven, zal kunnen vaststellen «op advies van de procureur-generaal en na raadpleging van de partijen». Voorheen kon de eerste voorzitter van het hof van beroep die bevoegdheden enkel uitoefenen «op vordering van de procureur-generaal».

Er wordt een art. 240*bis* in het *Ger.W.* ingevoegd, luidens welk de voorzitter van het hof van assisen ten minste acht dagen vóór de opening van de debatten en na kennisneming van de schriftelijke conclusies van de procureur-generaal, bij beschikking beslist over de rechtzetting van de materiële fouten betreffende de identiteit van de gezworenen die voorkomen op de lijst van de gezworenen en op de lijst van de toegevoegde gezworenen. Het nieuwe art. 240*bis*, *Ger.W.* is erop gericht te voorkomen dat de zitting van het hof van assisen wordt geopend met een lange voorlezing van een

rekwisitoor en een arrest, die enkel betrekking hebben op de rechtzetting van de materiële fouten i.v.m. de identiteit van de gezworenen (*Parl. St.*, Kamer, 1996-1997, nr. 1085/1, p. 9).

2. De wet van 30 juni 2000 (*B.S.*, 17 maart 2001; geen specifieke datum van inwerkingtreding vermeld) wijzigt het Wetboek van Strafvordering, art. 27 van de wet van 20 juli 1990 betreffende de voorlopige hechtenis en art. 837 Ger.W., teneinde de rechtspleging voor het hof van assisen te stroomlijnen. Eveneens in het *B.S.* van 17 maart 2001 werd een wet van 12 februari 2001 bekendgemaakt waarbij de zo-even genoemde wet van 30 juni 2000 met een art. 44 wordt aangevuld (de wet van 12 februari 2001 treedt op dezelfde datum in werking als de wet van 30 juni 2000). De beide wetten strekken ertoe de procedure voor het hof van assisen te vereenvoudigen en te moderniseren.

Voortaan kunnen, naast de procureur-generaal, alle andere partijen in een van de in art. 292bis Sv. genoemde gevallen, een voorziening in cassatie instellen tegen het arrest van verwijzing naar het hof van assisen. De akte van beschuldiging en de dagvaarding worden door de procureur-generaal in één exploit aan de beschuldigde voor het hof betekend. De dagvaardingstermijn bedraagt twee maanden. Hiervan kunnen de partijen evenwel uitdrukkelijk afstand doen.

Voorts wordt beoogd alle partijen dezelfde rechten toe te kennen bij het verhoor van getuigen. Die regeling heeft betrekking op de eedaflegging van getuigen, de volgorde waarin ze worden gehoord, het gebruik van notities door getuigen en deskundigen, de personen die niet als getuige mogen worden gehoord, het verlaten en binnenroepen van getuigen in de gehoorzaal en de afwezige getuigen. Bovendien dient de procureur-generaal voortaan zijn vragen voor de getuigen en de beschuldigde aan de voorzitter te richten en kan ook de burgerlijke partij de aantekening vorderen van veranderingen in getuigenissen. Alle partijen kunnen hun opmerkingen geven indien de getuige bij zijn afgelegde verklaring blijft.

De beschuldigde en de burgerlijke partij hebben de mogelijkheid om het dossier op de griffie in te zien en er een kosteloos afschrift van te krijgen. De voorzitter kan vóór de opening van de zitting een zaak die niet in staat van wijzen is, naar een latere zitting verwijzen of kan het tijdstip uitstellen waarop de debatten zullen aanvangen. Wanneer hij het onderzoek onvolledig acht, kan hij tevens een aanvullend onderzoek gelasten waarbij hij het recht heeft onderzoeksdaden te bevelen, behalve een bevel tot aanhouding.

De partijen kunnen vóór de voorlezing van de akte van beschuldiging de excepties m.b.t. de regelmatigheid van de rechtspleging voor het hof inroepen. De beroepsrechters doen daarover onmiddellijk uitspraak. Een voorziening tot cassatie tegen dat arrest is daarentegen pas mogelijk met de voorziening tot cassatie tegen het eindarrest.

Wanneer de beschuldigde zich tijdens de rechtspleging voor het hof van assisen in voorlopige hechtenis bevindt, is alleen de K.I. bevoegd om kennis te nemen van verzoeken tot invrijheidstelling.

Er wordt bepaald dat een veroordelend arrest van het hof van assisen de opgelegde straf moet motiveren. De procedure van weerspanningheid wordt vervangen door een gewone verstekprocedure. Om een eventueel dilatoir effect van

de akte van wraking te voorkomen, bepaalt art. 837 Ger.W. dat de schorsing van vonnissen en verrichtingen een einde neemt wanneer de griffierechten niet betaald zijn binnen acht dagen na de in art. 838 Ger.W. bedoelde toezending.

N.D.C.

Minderjarigen – Strafrechtelijke bescherming

De wet van 28 november 2000 betreffende de strafrechtelijke bescherming van minderjarigen (*B.S.*, 17 maart 2001) strekt tot een verhoogde bescherming van het kind. Daartoe worden het Strafwetboek, het Wetboek van Strafvordering en diverse andere wetten gewijzigd, ook al hebben deze niet enkel op minderjarigen betrekking. De wet van 28 november 2000 bestrijkt derhalve een omvangrijke materie, waarvan hierna slechts een aantal onderdelen worden vermeld.

Strafrechtelijk minderjarig is iedere persoon die de leeftijd van 18 jaar nog niet heeft bereikt.

De wijzigingen die de wet van 28 november 2000 aanbrengt in het Strafwetboek hebben betrekking op o.a. de gijzeling, de seksuele agressie binnen het gezin, de ontucht of prostitutie van een minderjarige, het verbod dat een veroordeelde kan worden opgelegd om bepaalde inrichtingen uit te baten of de ontzetting uit het recht om een activiteit uit te oefenen die een vertrouwens- of gezagsrelatie t.a.v. de minderjarige onderstelt, de kinderpornografie, de verzwarende omstandigheid bij slagen en verwondingen bij een minderjarig slachtoffer, de ontvoering en het spreekrecht voor houders van het beroepsgeheim.

De wijzigingen die worden aangebracht in het Wetboek van Strafvordering en de Voorafgaande Titel hebben betrekking op o.m. de extraterritoriale bevoegdheid tot het vervolgen van personen in België die zich in het buitenland hebben schuldig gemaakt aan bepaalde misdrijven tegen minderjarigen, de audiovisuele opname van het verhoor van minderjarigen die het slachtoffer zijn van bepaalde strafbare feiten en de verschijning van minderjarige getuigen via video-conferentie.

Ook de wet betreffende de opschorting, het uitstel en de probatie wordt gewijzigd, waardoor de gespecialiseerde dienst in de begeleiding en behandeling van seksuele delinquenten eveneens een advies moet uitbrengen ingeval de rechtbank een probatiemaatregel overweegt t.a.v. personen die zijn veroordeeld voor of verdacht zijn van bepaalde misdrijven.

De wet tot bescherming van de maatschappij tegen abnormalen, gewoontemisdadigers en plegers van bepaalde seksuele strafbare feiten wordt in die zin gewijzigd dat de voormelde dienst een geïnterneerde veroordeelde voor seksuele misdrijven bij de vrijlating op proef dient te begeleiden of te behandelen. In de wet op de voorlopige hechtenis wordt in dezelfde waarborgen op het vlak van begeleiding en behandeling voorzien m.b.t. het in vrijheid houden of stellen van een persoon die is verdacht van een seksuele misdaad of van een seksueel misdrijf.

Voorts wordt in de Vreemdelingenwet de «staat van minderjarigheid» toegevoegd aan de strafbepaling van art. 77bis, § 1, 2°.

Sommige bepalingen van de wet van 28 november 2000 zijn in werking getreden de tiende dag na de bekendmaking

in het *B.S.*; andere bepalingen dienden door de Koning in werking te worden gesteld, met dien verstande dat dit uiterlijk op 1 april 2001 diende te zijn gebeurd.

N.D.C.

Federale ombudsmannen – Jaarverslag

In het *B.S.* van 23 maart 2001 werd de wet van 5 februari 2001 bekendgemaakt tot wijziging van de wet van 22 maart 1995 tot instelling van federale ombudsmannen, teneinde de datum te wijzigen waarop het College van de federale ombudsmannen zijn jaarverslag moet indienen. Het College dient voortaan het jaarlijks verslag over zijn activiteiten tegen uiterlijk 31 maart aan de Kamer van Volksvertegenwoordigers te laten geworden (tot op heden diende dat in de loop van de maand oktober te gebeuren).

De wetwijziging heeft tot gevolg dat de door het verslag bestreken periode kan samenvallen met een burgerlijk jaar. Tevens wordt ermee tegemoetgekomen aan de vraag van het College om, met het oog op een optimaal personeelsbeleid, het verslag vóór de zomerperiode te kunnen indienen.

S.B.

Lokale besturen – Beleidsprogramma

In het *B.S.* van 23 maart 2001 werd de wet van 5 februari 2001 bekendgemaakt tot wijziging van art. 66 van de Provinciewet en tot invoeging van een art. 242bis in de Nieuwe Gemeentewet, inzake het beleidsprogramma.

Het nieuwe art. 242bis, N.Gem.W. bepaalt dat binnen drie maanden na de verkiezing van de schepenen, het college van burgemeester en schepenen aan de gemeenteraad een algemeen beleidsprogramma voor de duur van zijn mandaat voorlegt dat minstens de belangrijkste beleidsplannen bevat. Een gelijksoortige bepaling wordt in de Prov.W. ingeschreven, wat het algemene beleidsprogramma van de bestendige deputatie van de provincieraad betreft.

In art. 96 N.Gem.W. en in art. 66, § 2, Prov.W., was reeds voor resp. het college van burgemeester en schepenen en de bestendige deputatie de verplichting ingeschreven tot het maken van een verslag over het algemeen en financieel beleid of het opstellen van een algemene beleidsnota. Er werd evenwel de behoefte gevoeld aan een planning op langere termijn (*Parl. St.*, Senaat, 1999-2000, nr. 2-490/1, p. 1).

De wetwijziging strekt er tevens toe de transparantie van de besluitvorming te verbeteren en de raadsleden in staat te stellen met meer kennis van zaken het gemeentelijk, resp. provinciaal beleid in de loop van de zittingsperiode te beoordelen (*Parl. St.*, Senaat, 1999-2000, nr. 2-490/1, p. 1).

Teneinde de openbaarheid van bestuur te bevorderen wordt in de verplichting voorzien om het door de gemeenteraad, resp. provincieraad goedgekeurde beleidsprogramma aan de bevolking bekend te maken.

De wet van 5 februari 2001 is – met een aangepaste overgangsmaatregel – in werking getreden bij de algehele vernieuwing van de gemeente- en provincieraden op 8 oktober 2000.

A.W.

Crematie – Bestemming van de as

Het oorspronkelijke art. 24 van de wet van 20 juli 1971 op de begraafplaatsen en de lijkbezorging liet de volgende bestemmingen van de as van gecremeerde lijken toe: de begraving, de bijzetting in een columbarium binnen de omheining van een gemeentelijke begraafplaats of de uitstrooiing op een daartoe bestemd perceel van de begraafplaats of op de aan het grondgebied van België grenzende territoriale zee.

De wet van 8 februari 2001 tot wijziging van art. 24 van de wet van 20 juli 1971 op de begraafplaatsen en de lijkbezorging (*B.S.*, 23 maart 2001; geen specifieke datum van inwerkingtreding vermeld), breidt de mogelijke bestemmingen van de as uit als volgt: indien de overledene dit schriftelijk heeft bepaald, of op verzoek van de ouders indien het om een minderjarige gaat of, in voorkomend geval, op verzoek van de voogd, kan de as van gecremeerde lijken

1° worden uitgestrooid op een andere plaats dan de begraafplaats. Deze uitstrooiing kan evenwel niet gebeuren op het openbaar domein, uitgezonderd op een begraafplaats. Indien het een terrein betreft dat niet in eigendom toebehoort aan de overledene of aan zijn nabestaanden, is een voorafgaande, schriftelijke toestemming van de eigenaar van het betrokken terrein vereist. De asuitstrooiing gebeurt aansluitend op de crematie;

2° worden begraven op een andere plaats dan de begraafplaats. Deze begraving kan evenwel niet gebeuren op het openbaar domein, uitgezonderd een begraafplaats. Indien het een terrein betreft dat niet in eigendom toebehoort aan de overledene of aan zijn nabestaanden, is een voorafgaande, schriftelijke toestemming van de eigenaar van het betrokken terrein vereist. De begraving gebeurt aansluitend op de crematie;

3° in een urne ter beschikking worden gesteld van de nabestaanden om te worden bewaard op een andere plaats dan een begraafplaats. Indien er een einde komt aan de bewaring van de as op een andere plaats dan de begraafplaats, wordt de as door toedoen van de nabestaande die er de zorg voor heeft of zijn erfgenamen in geval van diens overlijden, ofwel naar een begraafplaats gebracht om er te worden begraven, in een columbarium te worden bijgezet of uitgestrooid te worden, ofwel op de aan het grondgebied van België grenzende territoriale zee uitgestrooid te worden. De persoon die de as in ontvangst neemt, is verantwoordelijk voor de naleving van deze bepalingen.

G.D.

Opvoedingsondersteuning

Het Vlaamse decreet van 19 januari 2001 (*B.S.*, 28 maart 2001; inwerkingtreding op 1 januari 2001) maakt het mogelijk dat de Vlaamse regering een forfaitaire tegemoetkoming toekent aan wie een activiteit inzake opvoedingsondersteuning organiseert. Dergelijke activiteiten hebben tot doel, door middel van voorlichting, opleiding, vorming of training en onder deskundige begeleiding, gezinnen en families en iedereen die met de opvoeding van kinderen is begaan, in staat te stellen kennis, inzichten en vaardigheden te verwerven of verder te ontwikkelen m.b.t. de opvoeding en ontwikkeling van kinderen en jongeren.

Om in aanmerking te komen voor de tegemoetkoming dient de activiteit inzake opvoedingsondersteuning uit te gaan van een initiatiefnemer, die in het decreet wordt omschreven als een vereniging, deelvereniging of organisatie die haar betrokkenheid bij de problematiek kan aantonen en die een voorlichtings-, opleidings-, vormings- of trainingsactiviteit rond opvoeding organiseert. Gedacht wordt daarbij o.m. aan bestaande organisaties en initiatieven zoals die inzake buurtwerk, Open School, oudercomités e.d., die opvoedingsondersteuning niet met eigen reguliere middelen kunnen bekostigen (*Parl. St.*, VI.P., 2000-2001, nr. 282/3, p. 3).

M.V.D.

Inkomensgarantie voor ouderen

Met de wet van 22 maart 2001 tot instelling van een inkomensgarantie voor ouderen (*B.S.*, 29 maart 2001) wordt het bij de wet van 1 april 1969 ingevoerde gewaarborgd inkomen voor bejaarden vervangen door de voornoemde inkomensgarantie.

Daarbij wordt, rekening houdende met de rechtspraak van het Arbitragehof, van meet af aan een gelijke leeftijd voor mannen en vrouwen ingevoerd. Deze wordt in 2001 voor mannen en vrouwen eenvormig vastgesteld op 62 jaar. Op 1 januari 2003 wordt die leeftijd verhoogd tot 63 jaar en op 1 januari 2006 tot 64 jaar. De definitieve leeftijd van 65 jaar wordt bereikt op 1 januari 2009.

De wet van 22 maart 2001 beoogt meer rekening te houden met de maatschappelijke realiteit door het recht op de inkomensgarantie te individualiseren. Ook wordt in de berekeningsregels van de inkomensgarantie – los van de burgerlijke staat – een gelijke behandeling doorgevoerd, zonder dat dit gepaard gaat met een benadeling van het klassieke gezinspatroon. Vergeleken met het gewaarborgd inkomen voor bejaarden, worden de uitkeringen verhoogd. Voortaan kan elk van de samenwonenden aanspraak maken op een individueel recht – het basisbedrag van 181.530 frank (4.500 eur – aan index 421,93) per jaar – voor zover aan de leeftijdsvoorwaarden is voldaan. Ook bij een gehuwd gezin zijn de twee gelijkwaardige individuele basisbedragen hoger dan het huidige gezinsbedrag. Voor alleenstaanden wordt het basisbedrag met een coëfficiënt 1,50 vermenigvuldigd.

De overgang van het gewaarborgd inkomen naar de inkomensgarantie voor ouderen gebeurt ambtshalve voor de gerechtigden die er voordeel bij hebben. De bestaande wetgeving blijft van toepassing op de anderen.

De bepalingen van art. 14 en 19 van het oorspronkelijke wetsontwerp, waarvoor de in art. 77 G.W. bedoelde integrale bicamerale procedure vereist is, werden opgenomen in een afzonderlijk wetsontwerp dat heeft geleid tot een tweede wet van 22 maart 2001 betreffende de betwistingen over de inkomensgarantie voor ouderen (*B.S.*, 29 maart 2001). De betwistingen over de definitieve beslissingen moeten, op straffe van niet-ontvankelijkheid, binnen drie maanden na de kennisgeving ervan aan de bevoegde arbeidsrechtbank worden voorgelegd.

De beide wetten van 22 maart 2001 zijn op 1 juni 2001 in werking getreden.

G.V.L.

Vrederechters en rechters in de politierechtbank – Algemene vergadering

De wet van 13 maart 2001 (*B.S.*, 30 maart 2001) voorziet bij elk hof en elke rechtbank en in elk rechtsgebied van het hof van beroep wat betreft de vrederechters, de rechters in de politierechtbank, de toegevoegde vrederechters en de toegevoegde rechters in de politierechtbank, in de oprichting van een algemene vergadering, die haar zetel heeft in het hof van beroep.

Deze algemene vergaderingen worden belast met de aanwijzing van de beoordelaren van hun leden. Op die wijze wordt beoogd een einde te maken aan het verschil in behandeling van de eerstelijnsmagistraten op het vlak van de evaluatie in vergelijking met de overige magistraten. Daarnaast dienen de algemene vergaderingen zich in te zetten voor de vorming en de ondersteuning van de leden en moeten zij de algemene deontologische regels vastleggen. Zij hebben, meer in het algemeen, dezelfde opdrachten als de algemene vergaderingen van de rechtbanken van eerste aanleg, de rechtbanken van koophandel en de arbeidsrechtbanken.

De wet van 13 maart 2001 is in werking getreden op de dag van haar bekendmaking, met uitzondering van art. 19 (aanvulling van art. 101 van de wet van 22 december 1998), dat uitwerking heeft gekregen met ingang van 2 augustus 2000.

M.V.D.

Algemeen reglement van de strafinrichtingen

Het K.B. van 10 oktober 2000 betreffende de voorwaarden voor toelating tot bepaalde betrekkingen bij de buitendiensten van het Directoraat-generaal Strafinrichtingen van het Ministerie van Justitie, voerde de mogelijkheid in van een gedeeltelijk gemengde tewerkstelling (man/vrouw) bij het bewaarderspersoneel.

Overeenkomstig het K.B. van 21 mei 1965 houdende het algemeen reglement van de strafinrichtingen is het bezoeken van gedetineerden of het begeleiden van de bezoekers van gedetineerden door het bewaarderspersoneel tot op heden voorbehouden aan beambten die van hetzelfde geslacht zijn als de betrokkenen.

Deze laatste regeling vormde bijgevolg een belemmering voor de volledige uitvoering in de praktijk van het K.B. van 10 oktober 2000. Het K.B. van 9 maart 2001 (*B.S.*, 31 maart 2001) wijzigt het K.B. van 21 mei 1965 door in dat besluit een art. 5ter in te voegen en art. 26, eerste lid, te vervangen. Die wijzigingen komen erop neer dat het voortaan mogelijk is dat het bezoeken of begeleiden van bezoekers van de gedetineerden of de oppervlakkige fouillering van de kledij door het bewaarderspersoneel van een ander geslacht gebeurt.

In dezelfde geest wijzigt het M.B. van 9 maart 2001 (*B.S.*, 31 maart 2001) art. 66 van het M.B. van 12 juli 1971 houdende algemene instructie voor de strafinrichtingen.

Het K.B. en het M.B. van 9 maart 2001 zijn in werking getreden op 31 maart 2001.

N.D.C.

Politiediensten – Grondwettelijke verankering

De wijziging op 30 maart 2001 van art. 184 G.W. strekt ertoe, als sluitstuk van de politiehervorming, de Grondwet aan te passen aan het nieuwe politielandschap, waarvan het Octopusakkoord, dat in de Senaat tussen acht partijen werd ondertekend op 24 mei 1998, de aanzet en de motor was. Bovendien wordt met deze grondwetswijziging beoogd iedere twijfel weg te werken omtrent de interpretatie van de betrokken grondwetsbepaling, wat de regelingsbevoegdheid betreft inzake het statuut van het personeel van de politiediensten (*Parl. St.*, Senaat, 2000-2001, nr. 2-657/1, p. 1).

Sinds 1 januari 2001 heeft de rijkswacht opgehouden te bestaan en is zij opgenomen in de federale politie. Formeel handelde het oorspronkelijke art. 184 G.W. evenwel nog steeds over de rijkswacht. Na de wijziging van 30 maart 2001 bepaalt het grondwetsartikel voortaan dat de organisatie en de bevoegdheid van de geïntegreerde politiedienst, gestructureerd op twee niveaus, bij wet worden geregeld.

De wijziging van de Grondwet als gevolg van de afschaffing van de rijkswacht is evenwel niet louter semantisch: de nieuwe terminologie is de bekrachtiging in de Grondwet van het nieuwe Belgische politielandschap dat geconstrueerd is rond twee verantwoordelijkheidsniveaus (*Parl. St.*, Kamer, 2000-2001, nr. 1169/3, p. 6): het federale en het lokale (*i.e.* het gemeentelijke of meergemeentelijke). Aldus verkrijgt het politielandschap dat is uitgetekend in de wet van 7 december 1998 tot organisatie van een geïntegreerde politiedienst, gestructureerd op twee niveaus (*B.S.*, 5 januari 1999) een grondwettelijke verankering.

Het nieuwe art. 184 G.W. beoogt bovendien een einde te maken aan de controverse die is ontstaan tussen de Raad van State, afdeling wetgeving, en de federale regering m.b.t. de strekking van het oorspronkelijke grondwetsartikel. Dit laatste bepaalde dat de organisatie en de bevoegdheid van de rijkswacht door een wet werden geregeld. In de veronderstelling dat de nieuwe federale politie de opvolger zou zijn van o.m. de rijkswacht, waarvan sprake in art. 184 G.W., rees de vraag of die bepaling ook betrekking had op het statuut van het politiepersoneel.

Werd deze vraag bevestigend beantwoord – wat de Raad van State, afdeling wetgeving, in een aantal adviezen heeft gedaan (zie voor de stand van zaken inz. *Parl. St.*, Kamer, 2000-2001, nr. 1169/3, p. 6) – dan hield zulks in dat de uitvoeringsbevoegdheid van de Koning inzake het vastleggen van de regelen van het statuut van het personeel van de geïntegreerde politie, gestructureerd op twee niveaus, beperkt diende te zijn. Het statuut van het politiepersoneel zou in dat geval niet bij K.B. kunnen worden geregeld.

Om aan deze controverse een einde te maken en om de rechtszekerheid voor de ongeveer 40.000 personeelsleden van de politiediensten te waarborgen, besloot de regering de Grondwet op dat vlak aan te passen.

De politie blijft evenwel een zeer belangrijke aangelegenheid en de ermee belaste korpsen moeten onder het hoge toezicht van de natie staan. Daarom worden de organisatie en de bevoegdheden van de nieuwe politie in de wet zelf bepaald, zoals dat voorheen het geval was (*Parl. St.*, Kamer, 2000-2001, nr. 1169/3, p. 7). Wat het statuut betreft, worden de essentiële elementen ervan – terminologie van het Arbitragehof (*Parl. St.*, Kamer, 2000-2001, nr. 1169/3, p. 7) – bij wet geregeld (art. 184 G.W.).

Bij overgangsbepaling wordt echter expliciet bepaald dat de Koning de essentiële elementen van het statuut kan vaststellen en uitvoeren, voor zover het besluit m.b.t. die elementen bij wet bekrachtigd wordt vóór 30 april 2002. Aldus kan de Koning uitvoering geven aan art. 121 van de wet van 7 december 1998 tot organisatie van een geïntegreerde politiedienst, gestructureerd op twee niveaus, dat Hem de opdracht geeft om de rechtspositieregeling van het personeel van de politiediensten vast te stellen bij een in de Ministerraad overlegd K.B. Dat is onderwijl gebeurd bij het K.B. van 30 maart 2001 tot regeling van de rechtspositie van het personeel van de politiediensten (*B.S.*, 31 maart 2001, *err. B.S.*, 14 april 2001), dat binnen het politiewezen gekend is als het «mammoetbesluit» (voor een eerste bespreking van dit nieuwe statuut, zie G. Debersaques, De implementatie van de politiehervorming. Vervolg ..., *T.v.W.*, 2001, nr. 4).

G.D.

BOEKEN

R. KASPERSEN, K. STURMAN, N. VAN DUUREN en E. NEPELENBROEK, **Contracten van Internetproviders: een adequate basis voor zelfregulering**, in ITeR-reeks, nr. 21, Deventer, Kluwer, 1999.

De onduidelijkheid over de aansprakelijkheid van Internetproviders voor onrechtmatig materiaal op hun computersystemen is evenredig aan de inkt die reeds over dit onderwerp is gevloeid. Duidelijkheid ontbreekt. De regelgevende impasse inspireerde tot een onderzoek over de mogelijkheid voor Internetproviders om hun gebruikers contractueel bepaalde gedragsnormen op te leggen. De resultaten van dit onderzoek zijn gebundeld in nummer 21 van de ITeR-reeks, dat de titel «Contracten van Internetproviders: een adequate basis voor zelfregulering» kreeg.

Aangezien Internetproviders een sleutelrol spelen in de werking van het Internet – zij verlenen onder meer toegang en herbergen informatie – ligt de vraag naar hun aansprakelijkheid voor door hun systemen verspreide illegale en anderszins onrechtmatige informatie voor de hand. Volgens de onderzoekers zal duidelijkheid hieromtrent niet enkel van de wetgever en de rechter, maar ook van de sector zelf, moeten komen. Zelfregulering, door de contracten tussen providers en Internetgebruikers, zal een belangrijke rol spelen in de ontwikkeling van een juridisch kader voor de activiteiten van providers.

Vooraleer «zelfregulering» aan te snijden spitst het onderzoek zich toe op de eventuele lacunes van het bestaande regelgevende kader. De studie bekijkt de privaatrechtelijke aansprakelijkheid vanuit drie invalshoeken. Het overeenkomstenrecht, het intellectueel eigendomsrecht en het recht betreffende de onrechtmatige daad. Wat de strafrechtelijke aansprakelijkheid betreft, wordt aandacht besteed aan onder meer het *Wetsvoorstel Computercriminaliteit II*, dat onder bepaalde voorwaarden voorziet in een getrapte aansprakelijkheidsregeling.

Het overzicht maakt het mogelijk de regelgevende tekorten bloot te leggen en argumenten voor systemen van zelfregulering, zoals ook bepleit in de Europese «Action Plan on promoting safe use of the Internet», te ontwikkelen. Aan de hand van een analyse van gerealiseerde meldpunten en *rating systems* tonen de onderzoekers de mogelijkheden en moeilijkheden van vormen van zelfregulering aan.

Het vormt een opstapje naar een doorlichting van de algemene voorwaarden van een aantal providercontracten. De auteurs gaan er, vruchteloos, op zoek naar gedragsregels die de abonnees houvast bieden en door de meerderheid van de providers worden onderschreven. Veelal herhaalt de provider de wet («echobeding») of verwijst hij naar de «Netiquette». De analyse van het contractuele sanctiemechanisme biedt de onderzoekers evenmin een fraai beeld.

Gebrek aan duidelijkheid en eenduidigheid ondermijnt de slagkracht ervan.

Het laatste hoofdstuk handelt over de handhavingspraktijk. Ook hier zijn de problemen niet van de lucht. Het lauwe enthousiasme van de providers is onlosmakelijk verbonden met het dilemma hoe zij kunnen bijdragen tot de handhaving, zonder hun eigen aansprakelijkheid in het gedrang te brengen. De vaststelling van de auteurs dat een gemeenschappelijk aangifte- en sanctiebeleid afwezig is, hoeft dan ook niet te verbazen. Slechts op een viertal onderdelen (1. Gebruikershandelingen die de systeemintegriteit aantasten, 2. Aanbieden en verspreiden van bepaalde vormen van strafbare informatie, 3. Meerwerken aan de identificatie en de verwijdering van de bron van strafbare informatie, 4. Optreden na melding tegen overige vormen van ongewenste gedragingen) stelden zij een gemeenschappelijke houding van de providers vast.

Zoals zich laat raden, luidt hun conclusie dat zelfregulering door providercontracten nog geen realiteit is.

Terwijl de conclusies en aanbevelingen van het onderzoek zich vooral tot de providers en beleidsmakers richten, zal de gewone lezer dit boek als een mooi overzicht van de talrijke vragen over de provideraansprakelijkheid weten te appreciëren. Het Nederlands wetgevend kader staat de ontdekking van interessante analogieën met de wijze waarop het Belgische recht met het vraagstuk worstelt, niet in de weg. Vlot geschreven is dit onderzoeksrapport voor iedereen de moeite waard.

Bertel de Grootte

S. NOUWT en J. HOLVAST, **Toepassing van privacyregels op elektronische berichten**, in *ITeR*-reeks, nr. 24, Deventer, Kluwer, 2000, 226 p.

Het *Nationaal Programma voor Informatietechnologie en Recht* lijkt een goed geoliede machine. Stroomlijning van de inspanningen van de diverse onderzoeksinstituten werpt blijkbaar vruchten af. «Toepassing van privacyregels op elektronische berichten», het rapport van twee gelijknamige Nederlandse onderzoeksprojecten, is reeds de 24e telg uit de *ITeR*-reeks. Om beide projecten uit elkaars vaarwater te houden, behandelt *Sjaak Nouwt* Internetberichten, terwijl *Jan Holvast* het privacy-statuuut van EDI-berichten uitspit.

Nouwt vertrekt van de vaststelling dat het Internet een steeds belangrijker rol in de communicatie opeist. Aangezien Internetgebruikers daarenboven digitale sporen achterlaten die zij bij vergelijkbare «fysieke communicatie» niet achterlaten, is het van belang te weten in hoeverre de privacy van de communicatie via het Internet is gewaarborgd. Hiertoe illustreert hij in de inleiding hoe de privacy van de Internetgebruikers gevaar kan lopen. Het is een dreiging waarvan men zich volgens de auteur niet steeds voldoende bewust is. *Nouwt* laat de juridische toets voorafgaan door een technische inleiding op de werking van het Internet en de vele vormen die een «Internetbericht» kan aannemen. Daarna volgt de confrontatie met het juridische kader waarbinnen de privacybescherming in verband met elektronische berichten gestalte moet krijgen. Het onderzochte raamwerk bestaat onder meer uit art. 13 van de Nederlandse Grondwet, privacyrichtlijn 95/46/EG en haar Nederlandse implementatie, richtlijn 97/66/EG betreffende privacy en telecommunicatie, de Telecommunicatiewet en op til zijnde wetgevende initiatieven (zie de kabinetsnota «Wetgeving voor de elektronische snelweg» en het «Wetsvoorstel Computercriminaliteit II»). Tevens bevat de studie een vergelijking met de Amerikaanse regelgeving en geeft ze een aanzet voor het onderzoek naar de mogelijkheden van zelfregulering op dit domein.

Jan Holvast voert een analoog onderzoek uit voor EDI-berichten, eveneens met talrijke aanbevelingen voor de wetgever. Aangezien bij het proces van elektronisch berichtenverkeer een relatief groot aantal actoren is betrokken, wordt het er niet eenvoudiger op te bepalen wie verantwoordelijk is voor de verwerking van de persoonsgegevens bij EDI-verkeer. Daarom tracht hij, na een omschrijving van EDI, de betrokken partijen en hun activiteiten onder te brengen in de Wet bescherming persoonsgegevens, de Telecommunicatiewet en de door de Europese Commissie ontwikkelde EDI-modelovereenkomst.

Hoewel de rechtspracticus niet onmiddellijk storm zal lopen voor het boek, dat vooral de Nederlandse regelgever stof tot nadenken wil bieden, kan hij er zich vertrouwd mee maken met privacyproblematiek en inzicht verwerven in de mogelijkheden en tekortkomingen van het bepaalde regelgevende apparaat.

Bertel de Grootte

J. DEVOS en J. LEYSEN, **Informatiseren in een KMO – Management en juridische aspecten**, Reeks «Efficiënt Ondernemen», 4, Gent, Mys & Breesch, 2000, 118 p.

«Efficiënt Ondernemen», een door Mys & Breesch uitgegeven reeks, heeft tot doel *dynamische ondernemingen zowel op managements- als op boekhoudkundig vlak bruikbare tools aan te reiken*. De reeks biedt de ondernemer basisinformatie aan die hem in staat moet stellen de erin besproken innovaties op de juiste manier in de werking van zijn bedrijf in te passen en zodoende de ondernemingsefficiëntie te verhogen. De vierde titel uit de reeks belicht de informatiseringsproblematiek uit een dubbel oogpunt. Vanuit hun eigen beleevingswereld beschrijven de auteurs de managements- en juridische aspecten van de informatiseringsvraag. «Helder en toch summier» – aldus Kris Seyen in zijn woord vooraf – ontwikkelt het boek een economisch en juridisch raamwerk voor een goede bedrijfsinformatisering. Het technische karakter van een materie in volle ontwikkeling schuwden de auteurs niet. De ondernemende lezer wordt niet overdonderd, maar krijgt voldoende bagage om eventuele «wolfjagers en schietgeweren» op te merken.

Het boek valt uiteen in twee grote delen waarvan de titel perfect de lading dekt, namelijk «Informatiseren in het klein en middelgroot bedrijf» en «Juridische aspecten van een informatisering».

Uitgangspunt van het eerste deel is de vaststelling dat, hoewel de computer zijn plaats tussen de televisie, de wagen en de telefoon heeft verworven, het succesvol inzetten van informatietechnologie in de bedrijfsorganisatie om de realisatie van de doelstellingen van de onderneming dichterbij te brengen, volstrekt niet evident is. Met een aantal bondige gevallenstudies worden enkele aandachtspunten geïllustreerd. Twee in het oog springende hoofdstukken van het eerste deel betreffen respectievelijk de vraag naar de oorzaken van het mislukken van vele IT-projecten en, als remedie, een aantal stelregels voor het uitwerken van een succesvol *informatiseringsproject*.

Het tweede deel van het boek schetst, in de volgorde waarin zij zich in een informatiseringsproject meestal voordoen, de ermee gepaard gaande juridische vragen. De vraag naar de wenselijkheid van informatisering brengt de bedrijfsleider niet zelden bij een informatieconsultant. Dit is voor J. Leysen voldoende aanleiding om de consultingovereenkomst onder de loep te nemen. Zodra de informatiseringsbeslissing is gevallen, volgen de onderhandelingen met potentiële leveranciers van hard- en software. Het boek biedt bijgevolg een overzicht van de rechten en plichten van de partijen in de aanloop naar de overeenkomst. Grote aandacht wordt besteed aan de verplichtingen voor klant en leverancier die de uitvoering van de overeenkomst tot informatisering teweegbrengen.

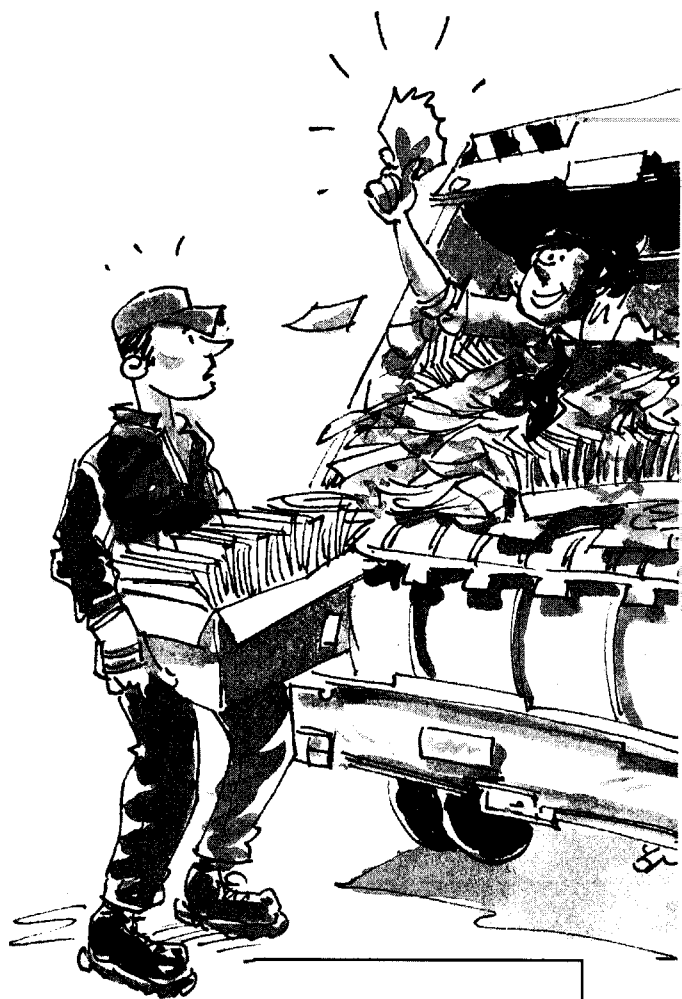
Ten slotte biedt het boek een heldere inleiding op de problematiek van de rechten van de klant op de bij de informatiseringsopdracht ontwikkelde software, de onderhouds- en bijstandsovereenkomsten en de wijze waarop een geschil – minnelijk, arbitraal of gerechtelijk – kan worden opgelost.

Nuttig zijn ook de modellen van een aantal courante overeenkomsten. De toelichting van de juridische knipperlichten van het informatiseringsproces maakt ze bovendien heel toegankelijk. Voor de ondernemer vormen zij tevens een nuttige checklist.

Bovendien bevatten beide delen respectievelijk een nuttige basisbibliografie en een aantal verwijzingen naar relevant juridisch bronnenmateriaal.

Vlot en overzichtelijk geschreven is het boek licht verteerbaar, maar niettemin geen «fastfood».

Bertel de Grootte



Geachte abonnee, laat het zover niet komen...

... maar neem meteen een duik in uw prullenbak.

Want voor één keer is niet alleen de inhoud,
maar ook de verpakking van uw Rechtskundig
Weekblad de moeite waard.

Kom langs bij Intersentia op de Boekenbeurs
(zaal 2 stand 218) met de verpakking van uw
Rechtskundig Weekblad, dan krijgt u van ons
een leuk boekje cadeau.
Wacht niet te lang, want de voorraad is beperkt.

65ste Boekenbeurs
en Boekenweek
voor Vlaanderen

Antwerpen
Bouwcentrum

1 november - 11 november 2001

Intersentia uitgevers:
zaal 2 stand 218



03 / 680 15 50



03 / 658 71 21



mail@intersentia.be



Intersentia NV
Churchilllaan 108
B-2900 Schoten

INTERSENTIA

De boekenbeurs: een ruim aanbod, ook voor juristen

Op 1 november a.s. start opnieuw de jaarlijks boekenbeurs voor Vlaanderen. Op deze beurs, een must voor ieder die geïnteresseerd is in de literaire cultuur in Vlaanderen, zult u als jurist zeker ook uw wetenschappelijke gading vinden. Niet in het minst op de stand van Intersentia.

Het nieuwe Intersentia Nu in zaal 2 op stand 218

Het kan altijd beter. Daarom heeft Intersentia structuren, organisatie en presentatie grondig onder de loep genomen. Het resultaat is een nog betere dienstverlening, vertaald in een volledig vernieuwde huisstijl. Een nieuwe verpakking voor een nieuwe inhoud, en zo hoort het ook.

We hopen u op de boekenbeurs al een voorsmaakje te mogen geven.

Wij verwelkomen u dus graag in zaal 2 op stand 218.

Nieuwe reglementering
weldra ook van kracht voor advocaten

Nieuw

De nationale en internationale bestrijding van het witwassen

Onderzoek naar een meer effectieve bestrijding van de profijtgerichte criminaliteit

G. STESENS

1997; ISBN 90-5095-020-5; 688 BLZ.; 98,- €

Deze uitgave bevat een fundamentele analyse van de nationale en internationale normgeving betreffende het witwassen van geld. Het fenomeen witwassen mag zich sinds de jaren '80 verheugen in een toenemende belangstelling van nationale en internationale overheden. Dit heeft een ingewikkeld geheel van normgeving opgeleverd, dat in de praktijk nog meer gecompliceerd wordt wanneer - zoals vaak het geval is - regels van verschillende rechtssystemen met elkaar moeten gecombineerd worden.

Deze uitgave speelt perfect in op de behoefte aan een algemeen overzicht van deze juridisch bijzonder complexe problematiek.

Wat is de invloed van de financiële normgeving ter preventie van het witwassen op de beoordeling van de mogelijke strafrechtelijke aansprakelijkheid wegens witwassen? Hoe beoordeelt

men de strafrechtelijke aansprakelijkheid van het witwassen van vermogensvoordelen die uit het buitenland afkomstig zijn? Welke zijn de knelpunten bij de internationale samenwerking bij het in beslag nemen en confisqueren van vermogensvoordelen op verzoek van een buitenlandse overheid? Dit boek tracht een antwoord te geven op deze en vele andere juridische vragen die rijzen bij de bestrijding van het witwassen.

De auteur onderzoekt het witwassen van vermogensvoordelen niet enkel vanuit strafrechtelijk perspectief, maar tevens vanuit de talrijke juridische disciplines die met het probleem te maken hebben.

Een uitgebreide inhoudstafel en een trefwoordenregister verhogen de praktische bruikbaarheid van deze uitgave.

Bestel nu!



bel

03/680 15 50



fax

03/658 71 21



mail@intersentia.be



stuur onderstaande coupon in een voldoende gefrankeerde envelop naar Intersentia uitgevers
Churchillaan 108 - 2900 Schoten

Antwoordcoupon

☐ Ja, ik bestel ... ex. van het boek *De nationale en internationale bestrijding van het witwassen* (ISBN 90-5095-020-5) aan de prijs van 98,- EUR per exemplaar. Ik betaal pas na ontvangst van de factuur, die mij samen met mijn bestelling bezorgd wordt.

Uw persoonsgegevens worden opgeslagen in de databank van Intersentia uitgevers en uitsluitend door Intersentia uitgevers gebruikt voor eigen commerciële doeleinden. Ze worden niet doorgegeven aan derden. Conform de wet op de persoonsgegevens van 8/12/90 hebt u recht op inzage en correctie van deze gegevens.

Dhr./Mevr. (schrappen wat niet past)

Naam, voor naam

Firma

BTW-nr.

Functie

Straat + nr.

Postcode + Gemeente

Tel.

Fax

E-mailadres

Datum

Handtekening

ANTWERPEN - GRONINGEN - OXFORD

INTERSENTIA RECHTSWETENSCHAPPEN

65-09-D