

RECHTSKUNDIG WEEKBLAD

ALAIN DE NAUW, Tien jaar drugwet (1985-1995)

449

Rechtspraak

1. Strafvordering – Eenparigheid – 2. Valsheid in geschrifte
Cass., 13 september 1994 (*met noot van A. Vandeplas*, «De
ondertekening van vonnissen en arresten») 460

Slagen en verwondingen – Opzettelijk toebrengen van ver-
wondingen – Verzwarende omstandigheid

Cass., 28 juni 1995 (*met noot van Steven Van Overbeke*, «Blij-
vende ongeschiktheid tot het verrichten van persoonlijke ar-
beid als verzwarende omstandigheid van de opzettelijk toe-
gebrachte slagen of verwondingen») 461

Ondernemingsraad en veiligheidscomité – Sociale verkie-
zingen – Kaderleden – Beslissing betreffende functies – Be-
twisting – Vakorganisatie – Beroep bij arbeidsrechtbank –
Bewijslast

Cass., 18 december 1995 463

Douane en accijnzen – Transactie – Begrip

Cass., 25 januari 1996 464

Faillissement – Verzoek tot voorafgaand gerechtelijk ak-
koord – Verwerping – Faillietverklaring – Vereisten

Cass., 26 januari 1996 (*met noot*) 464

1. Arbeidsovereenkomst – Aard van de wet – Opzeggings-
vergoeding – Berekening – Dwingend recht – Loon in natura
– Art. 39, tweede lid, W.A.O. – 2. **Jaarlijkse vakantie** – Va-
kantiegeld – Bedienden – Berekening – In aanmerking te
nemen loon – Voordelen in natura – 3. **Jaarlijkse vakantie**
– Aard van de wet – Berekening van het vakantiegeld – Voor-
delen in natura

Cass., 29 januari 1996 464

1. Burgerlijke rechtspleging – Conclusie – Neergelegd op
de dag van de zitting – 2. **Overeenkomst** – Zichtbare gebre-
ken – Aanvaarding

Hof Gent, 19 januari 1994 465

Inkomstenbelastingen – Geveinsde huurprijs – Bewijs

Hof Brussel, 6 oktober 1995 466

Beslag en executie – Bewarend beslag op zeeschip – Zeevor-
dering – Leveranties – Begrip – Vertrouwensleer

Hof Antwerpen, 19 maart 1996 467

Misbruik van voorwetenschap inzake effectenhandel
– Aangifte door de voorzitter van de Commissie voor het
Bank- en Financiewezen – Toepassing van de wet van 4 de-
cember 1990 op de financiële transactie en financiële mark-
ten

Corr. Antwerpen, 27 september 1995 (*met noot*) 469

Rechtsmiddelen – Verzet – Veroordeling in de kosten

Rh. Hasselt, 18 oktober 1995 471

Overeenkomst – Wanprestatie – 1. Overmacht – Begrip – 2.
Keuze tussen ontbinding en gedwongen uitvoering – Verbod
van rechtsmisbruik – Begrip rechtsmisbruik

Vred. Wolvertem, 30 maart 1995 (*met noot van Raf Van
Ransbeeck*, «Kan een huurovereenkomst tenietgaan inge-
volge ziekte van de huurder? Bedenkingen omtrent over-
macht, verval en rechtsmisbruik») 472

Rechtspraak in kort bestek

Aanneming van werk – Onderaannemer – Rechtstreekse
vordering – Art. 1798 B.W. – Dagvaarding

Hof Antwerpen, 1 maart 1995 (*met noot van Geert Baert*,
«Geen vorderingsrecht van de onderaannemer op de hoofd-
opdrachtgever zonder een ingestelde rechtsvordering») 477

Faillissement – Verkoop van onroerend goed door de cura-
tor – Herziening B.T.W.-aftrek – Geen schuld van de boedel
Hof Gent, 17 april 1996 (*met noot*) 479

Rechtsmiddelen – Hoger beroep – Beslissing inzake be-
voegdheid – Eindvonnis – Hoger beroep ontvankelijk
Hof Antwerpen, 23 mei 1996 479

Boeken

E. Balate en G. de Lamaine de Bex (red.), Les pratiques du
commerce, l'information et la protection du consommateur
(*door G. Straetmans*) 479

D. Lechien en A. Puttemans, Nouveautés en droits intellec-
tuels - Marques et programmes d'ordinateur (*door Hendrik
Vanhees*) 480

Balie

SAMENSTELLING BESTUUR

VLAAMSE CONFERENTIE

Ieper 480

Leuven 480

Mechelen 480

Mededelingen

Colloquium: Le Conseil d'Etat Belge cinquante ans après sa
création 480

Voordracht: Le public et la publicité 480

RECHTSKUNDIG WEEKBLAD

Opgericht in 1931. Hoofdredacteuren: René Victor (1931-1984), Edgar Boonen (1984-1993)

VERSCHIJNT IEDERE WEEK VAN SEPTEMBER TOT JUNI

Redactie: C. Caenepeel, J.R. Rauws,
A. Vandeplas, A. Van Oevelen

Redactiesecretaris: Mevr. C. Meeusen

Redactieadres: V.Z.W. Rechtskundig Weekblad
Mechelsesteenweg 210 bus 6
2018 Antwerpen
Tel. 03/248.49.84
Fax 03/248.08.70

Vaste medewerkers:

A. Alen
P. Arnou
R. Boes
Gh. Dhaeyer
J. Erauw
J. Gerlo
P. Humblet
J. Laenens
W. Lambrechts
P. Lemmens
H. Nys
I. Opdebeek
W. Pintens
W. Rauws
D. Simoens
G. Suetens-Bourgeois
L.P. Suetens (†)
M. van Damme
J. Wouters

Abonnementen, advertenties: INTERSENTIA UITGEVERS N.V., Volhardingstraat 27, 2020 Antwerpen
Tel.: 03/248.74.54 - Fax: 03/248.83.82 Abonnementsprijs: 4.550 f., voor studenten 2.950 f.

VERSCHENEN

BASISWETTEKSTEN INZAKE HET RECHT VAN DE INTELLECTUELE EIGENDOM

Hendrik VANHEES

ISBN 90-5095-002-7 – Omvang: 528 pag. – Prijs: 895,-BF

In dit wetboek worden een groot aantal basiswetteksten op het gebied van de intellectuele eigendom samengebracht (auteursrecht, octrooirecht, merkenrecht, tekeningen- en modellenrecht, de bescherming van topografieën van halfgeleiders, kwekersrecht, de bestrijding van namaak). Zowel internationale overeenkomsten (o.a. het TRIPS-akkoord, het Verdrag van Parijs tot bescherming van de industriële eigendom, de conventie van Bern voor de bescherming van letterkundige en kunstwerken) als Europese wetteksten (o.a. de verordening inzake het Gemeenschapsmerk, de richtlijn databanken) en Belgische wetgeving (o.a. de auteurswet, de octrooiwet, de Benelux Merkenwet, de Benelux Tekeningen- en modellenwet) werden opgenomen.

De materie is bijgewerkt tot 30 september 1996.

INTERSENTIA Uitgevers NV
Antwerpen - Groningen

Volhardingstraat 27 – 2020 Antwerpen
☎ 03/248.74.54 – Fax 03/248.83.82

TIEN JAAR DRUGWET (1985-1995)

Gemakkelijkheidshalve wordt dit overzicht van rechtspraak opgebouwd op dezelfde wijze als het overzicht m.b.t. de periode 1975-1985 (*R.W.*, 1986-87, 833-851): eerst de bepalingen van de Drugwet volgens de volgorde van de artikelen van de wet, vervolgens de toepassing van de regels van het algemeen strafrecht en ten slotte de problemen van strafrechtspiegeling.

I. DRUGWET

A. Misdrijven en verzwarende omstandigheden

1° Basismisdrijven

Het bezit van verdovende middelen voor eigen gebruik is op grond van artikel 1 Drugwet strafbaar gesteld.

Deze strafbepaling is niet strijdig met artikel 8 E.V.R.M. omdat het tweede lid van de verdragsbepaling de inmening van het openbaar gezag met betrekking tot de uitoefening van een ieder recht op eerbiediging van zijn privé-leven toestaat, mits die inmening bij de wet is bepaald en in een democratische samenleving nodig is in het belang, onder meer, van de bescherming van de openbare gezondheid (*Cass.*, 7 februari 1990, *Arr. Cass.*, 1990-91, nr. 351, *J.T.*, 1991, 357).

Dit arrest van het Hof van Cassatie geeft geen aanleiding tot bijzondere opmerkingen. Het Hof van Cassatie heeft trouwens reeds vroeger ook beslist dat de strafbepalingen van het thans opgeheven artikel 372bis Sw. i.v.m. homoseksualiteit (*Cass.*, 7 december 1982, *Arr. Cass.*, 1982-83, nr. 216, *R.W.*, 1982-83, 1910, noot P. Lemmens) en van de artikelen 348 tot 353 Sw. m.b.t. abortus (*Cass.*, 5 februari 1985, *Arr. Cass.*, 1984-85, nr. 332) geen onrechtmatige inmengingen in de uitoefening van het recht op eerbiediging van het privé-leven in de zin van artikel 8 E.V.R.M. zijn.

Zoals men weet laat artikel 8, tweede lid, E.V.R.M. een inmenging in het privé-leven toe, voor zover zij «bij de wet is voorzien» en ingegeven is om een of meer in dit lid genoemde doeleinden te bereiken. Doch het is tevens vereist dat de inmenging in een democratische samenleving nodig is om die doeleinden te bereiken. In verband met deze derde voorwaarde geeft het arrest de indruk dat het voor de rechters voldoende is dat de wet feiten strafbaar stelt in het belang van de openbare gezondheid, terwijl de rechters toezicht moeten uitoefenen op het oordeel van de wetgever en moeten nagaan of de bescherming van de openbare gezondheid de strafbepaling nodig maakt in een democratische samenleving.

De lijst van de slaapverwekkende en verdovende middelen die onder de toepassing van de wet vallen wordt bepaald door de Koning.

Derhalve mag de rechter niet verklaren dat een bepaald geneesmiddel, al dan niet, een verdovend middel is (*Brussel*, 7 november 1985, *Pas.*, 1986, II, 13). Wanneer de Koning een bepaald product heeft aangemerkt als een psychotropische stof die afhankelijkheid kan teweegbrengen, is de rechter evenmin bevoegd te beslissen vanaf welke dosering

het product onder de toepassing van de strafwet valt (*Antwerpen*, 12 oktober 1988, *R.W.*, 1988-89, 818, *Pas.*, 1989, II, 72).

Voor het misdrijf van «invoer van verdovende middelen» is geen bijzonder opzet vereist; het is voldoende dat de dader de bij de wet bepaalde en strafbaar gestelde feiten uit vrije wil en bewust heeft gepleegd (*Cass.*, 5 oktober 1988, *Arr. Cass.*, 1988-89, nr. 73, *R.D.P.*, 1989, 99, noot J.S., *J.L.M.B.*, 1989, 286). Het belang van dit arrest houdt verband met de context van de zaak. Het werd niet betwist dat beklaagde, toen hij bij zijn aankomst op de luchthaven te Zaventem in het bezit van verdovende middelen werd gevat, vergezeld was van leden van de Britse douanediensdiensten die op hem toezicht hielden. Beklaagde had opgeworpen dat hij vergezeld van Engelse douanebeambten en met instemming van de Belgische overheid het land was binnengekomen met het oogmerk, niet om verdovende middelen te leveren, maar om de aanhouding mogelijk te maken van de persoon die met hem contact moest opnemen. Het arrest stelt vast dat de bestreden beslissing vermeldt dat betrokkene uit vrije wil naar België gekomen is en dat beklaagde ook niet betoogt dat hij een rechtvaardigingsgrond heeft aangevoerd. Het beslist verder dat, behoudens in het geval, dat zich te dezen niet voordoet, namelijk dat de wet er anders over beslist, de drijfveer van de dader geen invloed heeft op het bestaan van het misdrijf.

2° Verzwarende omstandigheden

De omstandigheid dat het misdrijf tegen de Drugwet wordt gepleegd als daad van deelneming aan de hoofd- of bijkomende bedrijvigheid van een vereniging, verzwaart de straf (art. 2bis, § 3, b, en § 4, b).

De rechtspraak m.b.t. deze verzwarende omstandigheid moet in verband worden gebracht met de rechtspraak omtrent de vereniging van misdadigers (*A. De Nauw, Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, 1992, 62 e.v.).

Een klein aantal leden kan voldoende zijn om van een vereniging te gewagen; doch drie personen zijn ten minste vereist. Bijgevolg zijn noch de omstandigheid dat de beklaagde herhaaldelijk drugs heeft verkocht in het kader van een nacht-winkel, noch het bestaan van een band tussen deze beklaagde en een andere voldoende om te bewijzen dat de verzwarende omstandigheid aangenomen kan worden (*Corr. Brussel*, 29 oktober 1992, *R.D.P.*, 1993, 347).

Essentieel voor het bestaan van een vereniging is dat de bende een bepaalde organisatie vertoont. Daarom kan het bestaan van een misdadige vereniging worden afgeleid uit de contacten die moesten worden opgenomen om de drugs te vervoeren, de zorgvuldige voorbereiding die daartoe nodig was, de vindingrijkheid om de opsporingen te ontlopen, de nadien gebruikte middelen om de speurders te misleiden (*Luik*, 8 januari 1986, *Pas.*, 1986, II, 45, *J.L.*, 1986, 231, noot). Daarentegen is de enkele omstandigheid dat een kelner uit een restaurant een taxichauffeur de opdracht heeft gegeven een enveloppe met drugs aan een andere kelner uit een restaurant te overhandigen, onvoldoende (*Brussel*, 29 sep-

tember 1993, *R.D.P.*, 1994, 903). Een aankoop in groep buiten elke vorm van hiërarchie, van voorafgaande taakverdeling, van financiering van de organisatie of van vergoeding van de begeleiders blijft eveneens vreemd aan een daad van deelneming aan de activiteit van een vereniging (Corr. Brussel, 11 juni 1992, *J.L.M.B.*, 1993, 33).

Het Hof van Cassatie oordeelde dat aan de vaststelling dat de beklaagde samen met anderen een vereniging vormde, geen afbreuk wordt gedaan door het feit dat de omstandigheid van de vereniging niet vermeld werd in de telastlegging tegen de andere beklaagden (Cass., 11 april 1989, *Arr. Cass.*, 1988-89, nr. 448).

De wet verzwart ook de straf wanneer de misdrijven gepleegd worden ten aanzien van minderjarigen (art. 2bis, § 2, a, § 3, a, en § 4, a).

De rechtspraak heeft dienaangaande unaniem beslist dat het begrip «minderjarige boven de leeftijd van 16 jaar» in de Drugwet niet beïnvloed wordt door het persoonlijke statuut van de betrokkene, en beoordeeld wordt volgens de Belgische wet (Cass., 29 juni 1988, *Arr. Cass.*, 1987-88, nr. 677, *J.L.M.B.*, 1988, 1067, noot F.P., *R.D.P.*, 1988, 1076, *J.T.*, 1989, 497; Corr. Charleroi, 8 maart 1988, *J.T.*, 1989, 241, en Corr. Luik, 6 januari 1989, *J.L.M.B.*, 1989, 714). Deze vraag had natuurlijk meer belang vóór de wet van 19 januari 1990 tot verlaging van de burgerlijke minderjarigheid tot 18 jaar dan nu. Het ging vooral om de toestand t.a.v. personen van vreemde nationaliteit die overeenkomstig hun nationale wetgeving meerderjarig werden op 18 jaar, doch dit niet waren op grond van de Belgische wet. De oplossing van de rechtspraak voor die vraag was toe te juichen gelet op het in het strafrecht gehanteerd territorialiteitsbeginsel. Het gaat niet op in dezen regels uit het internationaal privaatrecht te transponeren naar het strafrecht, op gevaar af dat misdrijven door een vreemdeling in België gepleegd onbestraft blijven zo deze door zijn nationale wet niet worden omschreven. Op het Belgisch grondgebied is eenieder, zonder onderscheid van nationaliteit, aan de strafwet van het land onderworpen. De wettelijke bestanddelen en de verzwarende omstandigheden, ook m.b.t. de leeftijd, worden dus bepaald door de Belgische wet (P.E. Trousse, *Les Nouvelles – Droit pénal*, I, 1, nr. 372).

De verlaging van de meerderjarigheid tot 18 jaar heeft natuurlijk als gevolg dat de verzwarende omstandigheid m.b.t. feiten gepleegd t.a.v. een minderjarige boven de volle leeftijd van 16 jaar (art. 2bis, § 2, a) niet meer van toepassing is wanneer de minderjarige op het ogenblik van de feiten meer dan 18 jaar oud was. M.b.t. feiten gepleegd vóór de inwerkingtreding van de nieuwe wet tot verlaging van minderjarigheid en naderhand berecht, werd i.v.m. de toepassing van de strafwet in de tijd de regel van de terugwerkende kracht van de zachte wet van artikel 2, tweede lid, Sw. toegepast en werd bijgevolg ook de verzwarende omstandigheid weggelaten wanneer de minderjarige ouder dan 18 jaar was (Antwerpen, 10 augustus 1990, *R.W.*, 1990-91, 508, en Corr. Brussel, 31 mei 1990, *J.T.*, 1990, 729).

De rechtspraak heeft ook de vraag van de interpretatie van de woorden «ten aanzien van» een minderjarige moeten beslechten. Er werd aangenomen dat de feiten worden gepleegd «ten aanzien van» minderjarigen als een beklaagde thuis hasj gebruikt en deze hasj in de keuken snijdt terwijl de kinderen in huis waren (Corr. Antwerpen, 4 oktober 1989, *R.W.*, 1989-90, 1030, noot A. Vandeplas). Samen met A. Van-

deplas vragen wij ons af of de enkele tegenwoordigheid van een kind in huis voldoende is om de verzwarende omstandigheid in aanmerking te nemen.

De beslissing dat de strafverzwaring vereist dat het kind in wiens tegenwoordigheid de feiten worden gepleegd, over een voldoende kenvermogen beschikt om zich rekenschap te geven van de feiten, klinkt meer overtuigend omdat blijkbaar de bedoeling van de wetgever is geweest de daders strenger te straffen in de gevallen waarin hun gedrag een negatieve invloed uitoefent op jeugdige personen. Te dezen ging het om een kind van minder dan twee jaar dat niet het geringste besef noch bevattingsvermogen heeft om de verrichte daden te begrijpen. De verzwarende omstandigheid werd dan ook buiten beschouwing gelaten (Antwerpen, 2 april 1993, *R.W.*, 1993-94, 131).

Ten slotte geldt de groep van verzwarende omstandigheden i.v.m. de gevolgen voor de gezondheid van het slachtoffer (art. 2bis, § 2, b, en § 3, c).

Natuurlijk maakt diegene die een dosis heroïne inspuut bij een minderjarige ouder dan 16 jaar waarbij de dood van deze laatste door overdosis wordt veroorzaakt, gebruik van verdovende middelen met de verzwarende omstandigheid van het overlijden (Brussel, 31 januari 1992, *J.T.*, 1993, 244).

B. Misbruik door de beoefenaars van de geneeskunde

Artikel 3, derde lid, bestraft de beoefenaars van de geneeskunde, van de diergeneeskunde of van een paramedisch beroep die misbruik maken van het voorschrijven, toedienen of afleveren van verdovende middelen.

Dit misdrijf is geen reglementaire beperking van de therapeutische vrijheid als bedoeld in artikel 11 van het K.B. nr. 78 van 10 november 1967 (Cass., 15 september 1987, *Arr. Cass.*, 1987-88, nr. 30, *R.W.*, 1988-89, 809, noot D. Merckx).

De rechtspraak heeft herhaald (Ov., 1975-85, nr. 5) dat niet vereist is dat de dader kwaadwillig of bedrieglijk handelt (Cass., 15 september 1987, *Arr. Cass.*, 1987-88, nr. 30, *R.W.*, 1988-89, 809, noot D. Merckx; Brussel, 16 december 1986, *R.W.*, 1988-89, 468, noot D. Merckx, *Pas.*, 1987, II, 51). Het algemeen opzet volstaat, nl. de door de wet geviseerde situatie vrijwillig tot stand te brengen (Antwerpen, 12 oktober 1988, *Pas.*, 1989, II, 72; *R.W.*, 1988-89, 818).

Het misdrijf omschreven in artikel 3, derde lid, vereist drie bestanddelen:

- het voorschrijven, het toedienen of het afleveren is de handeling van een beoefenaar van de geneeskunst;

- die daad heeft betrekking op geneesmiddelen die slaapmiddelen, verdovende middelen of psychotropische stoffen bevatten welke afhankelijkheid kunnen teweegbrengen, onderhouden of verergeren. M.a.w. er hoeft niet onderzocht te worden of in werkelijkheid een afhankelijkheid werd teweeggebracht, onderhouden of verergerd; het is voldoende dat het voorgeschreven geneesmiddel een afhankelijkheid had kunnen teweegbrengen zonder dat het zover is gekomen (Brussel, 16 december 1986, *R.W.*, 1988-89, 468, noot D. Merckx, *Pas.*, 1987, II, 51). De mogelijkheid volstaat, terwijl artikel 23, tweede lid, van het K.B. van 31 december 1930 integendeel een resultaatsmisdrijf is: het bewijs moet geleverd worden dat de toxicomanie werkelijk bestaat (Ov., 1975-85, nr. 8). Het staat in dit verband niet aan de rechter te oordelen of een middel dat op de door de Koning vastgestelde

lijst van verdovende middelen voorkomt, al dan niet gevaarlijk is (Brussel, 7 november 1985, *Pas.*, 1986, II, 13). Evenmin kan de rechter, wanneer de wetgever het product als een psychotropische stof heeft aangemerkt die afhankelijkheid kan teweegbrengen, nagaan in welke dosering het product moet worden voorgeschreven opdat de feiten strafbaar zijn (Antwerpen, 12 oktober 1988, *R.W.*, 1988-89, 818; *Pas.*, 1989, II, 72);

– het voorschrijven, toedienen of afleveren houdt een misbruik in.

Dit derde bestanddeel geeft aanleiding tot menige discussie.

Na lectuur van het geciteerd arrest van het Hof van Beroep te Brussel van 16 december 1986 (*R.W.*, 1988-89, 468, noot D. Merckx, *Pas.*, 1987, II, 51) krijgt men nogal de indruk dat de rechters ook vormen van lichtzinnigheid of onvoorzichtigheid strafbaar achten, nu beslist werd de gedraging van de beklaagden te toetsen aan de wijze waarop een voorzichtige en waakzame beoefenaar van de geneeskunde in de gegeven omstandigheden zou hebben gehandeld. In casu had een van de beklaagden de betrokken personen aan geen enkel specifiek onderzoek onderworpen, had hij grote hoeveelheden pervitineampullen op eenvoudige vraag voorgeschreven en had hij niet aan afbouw gedaan.

Andere beslissingen (Antwerpen, 12 oktober 1988, *R.W.*, 1988-89, 818, *Pas.*, 1989, II, 72, en 9 december 1988, *R.W.*, 1989-90, 19, noot D. Merckx) wenden een ander beoordelingscriterium aan. Om te onderzoeken of er misbruik is, gaan ze na of het gedrag van de beklaagden medisch verantwoord is. Bij nader onderzoek kan men zich echter afvragen of er hier wel sprake is van een andere appreciatie. Ook die rechtspraak houdt rekening met de omstandigheid dat de geneesheer de betrokken personen, die vlug terugkwamen, nooit of slechts zelden onderzocht en grote hoeveelheden op eenvoudig verzoek voorschreef.

De meerderheid van de beslissingen leiden het misbruik af uit de concrete omstandigheden van de zaak, zoals:

– de afwezigheid van enig therapeutisch doel of diagnoseoogmerk en het ontbreken van een noodsituatie (Corr. Charleroi, 3 april 1985, *R.G.A.R.*, 1986, 11.139);

– de combinatie van factoren als de lange periode tijdens welke het geneesmiddel is voorgeschreven, de vermeerdering van de voorgeschreven dosissen, de gelijktijdige uitreiking van meerdere voorschriften en de afwezigheid van enige poging tot afbouw (Antwerpen, 14 mei 1985, *Pas.*, 1985, II, 132);

– de duur van de behandeling, de afwezigheid van een behandelingsschema, de verhoging van de dosissen en het tempo van de voorschriften (Bergen, 21 maart 1989, *J.L.M.B.*, 1989, 991).

Het Hof van Cassatie heeft zich niet expliciet uitgesproken over de inhoud van het begrip «misbruik». Doch het heeft eraan herinnerd dat in de wet van 9 juni 1975 de term «misbruik» werd verkozen boven «zonder noodzaak» ten einde te verhinderen dat de strafrechter de gegrondheid van een therapie zou moeten beoordelen, wat niet tot zijn bevoegdheid behoort (Cass., 15 september 1987, *Arr. Cass.*, 1987-88, nr. 30, *R.W.*, 1988-89, 809, noot D. Merckx). Hieruit kan worden afgeleid dat het element van de «medische verantwoording» volgens het Hof van Cassatie niet het beoordelingscriterium mag zijn.

Samen met Herman Nys (*Geneeskunde*, A.P.R., nrs. 1064 e.v.) kan worden aangenomen dat of het voorschrijven als misbruik kan worden beschouwd in ieder geval afzonderlijk moet worden beoordeeld. Het al dan niet medisch verantwoord gedrag mag niet als criterium worden aangewend, nu de wetgever uitdrukkelijk heeft gewild dat de rechter de gegrondheid van het instellen van een therapie niet beoordeelt. De rechter moet elk geval afzonderlijk beoordelen rekening houdend met de normale beoefening van de therapeutische vrijheid (Senaat, 1971-72, nr. 484, 3).

De rechtspraak heeft vanzelfsprekend beslist dat, vooraleer een geneesheer kan worden vervolgd en beoordeeld, geen prejudiciële vraag hoeft te worden gesteld aan de Orde van Geneesheren (Cass., 15 september 1987, *Arr. Cass.*, 1987-88, 60, nr. 30, *R.W.*, 1988-89, 809, noot D. Merckx; Antwerpen, 12 oktober 1988, *R.W.*, 1988-89, 819, *Pas.*, 1989, II, 72; Brussel, 16 december 1986, *R.W.*, 1988-89, 468, noot D. Merckx, *Pas.*, 1987, II, 51). De strafrechter is immers behoudens de bij de wet bepaalde uitzonderingen zelf bevoegd om te beslissen over de constitutieve elementen van de telastlegging. Er bestaat geen prejudiciële vraag zonder wettekst.

Natuurlijk zijn tuchtvervolgingen geen hinderpaal voor het instellen van de strafvordering die op dezelfde feiten steunt (Brussel, 7 november 1985, *Pas.*, 1986, II, 13). De tuchtvordering streeft immers andere doeleinden na dan de strafvordering.

C. De grond van verschoning van de aangifte

De gepubliceerde rechtspraak over de aangifte is gedurende de tien laatste jaren meer beperkt geweest dan in de periode die onmiddellijk volgde op de vernieuwing van de wet (zie Ov., 1975-85, nrs. 9 e.v.).

1° Doel

De rechtspraak heeft herinnerd aan het doel van de wetgever, namelijk vervolgingen mogelijk te maken, om het voordeel van de verschoningsgrond aan een beklagde te ontzeggen in een procedure waarin de beklagde toepassing vroeg van artikel 6, vierde lid, dat de onthulling van de identiteit van onbekend gebleven daders vereist. De beklagde had enkel zeer vage inlichtingen verstrekt, die geen identificatie of vervolgingen mogelijk maakten (Cass., 8 september 1987, *Arr. Cass.*, 1987-88, nr. 14)

Verder had de rechtspraak het over de drie voorwaarden van de aangifte: ze moet onthullend zijn; ze dient oprecht en volledig te zijn; ze moet aan de overheid worden gedaan.

2° Het onthullend karakter

Aansluitend op zijn arrest van 7 maart 1978 (Ov., 1975-85, nr. 10) heeft het Hof van Cassatie opnieuw beslist dat er geen onthulling in de zin van de wet is wanneer de verstrekte inlichtingen eerder aan de overheid kenbaar waren, onder meer ten gevolge van door die overheid uitgevoerde opsporingen of door andere gedane aangiften. Te dezen had de beklagde gewezen op een drugdealer die voordien reeds gesignaleerd werd door andere politiediensten en die ook aan de overheid werd genoemd door een derde persoon. Noch de omstandigheid dat deze derde zijn verklaringen later had ingetrokken, noch het feit dat het onderzoek ten las-

te van de drugdealer na de verklaring van beklaagde met succes werden afgerond, deden afbreuk aan de vaststelling dat er geen sprake meer kon zijn van een onthulling op het ogenblik van de mededeling van de beklaagde (Cass., 26 april 1994, *Arr. Cass.*, nr. 200).

Daarentegen is er wel sprake van onthulling wanneer de beklaagde elementen aanbrengt die de autoriteiten nog niet kenden, zoals de volledige identiteit van de vreemde geldschietters en de plaatsen voor afspraken in het buitenland (Corr. Luik, 13 december 1989, *J.L.M.B.*, 1991, 247, noot M. Nève).

3° Oprechtheid en volledigheid

Wanneer de onthullingen nog op hun oprechtheid dienen te worden getoetst en meer bepaald de aangeduide persoon formeel ontkent en aandringt op een confrontatie terwijl de andere genoemde personen zelfs nog dienen te worden verhoord, stellen de rechters vast dat de verklaringen van de beklaagde niet de nodige waarachtigheid opleveren (Cass., 8 december 1992, *Arr. Cass.*, 1991-92, nr. 779). Bij de lectuur van dit arrest rijst natuurlijk de vraag of in een dergelijk geval de zaak niet uitgesteld moest worden om de oprechtheid van de verklaringen te controleren. De strafbaarheid van de aangegeven persoon moet zijn bewezen. Doch het is niet vereist dat deze persoon veroordeeld wordt (zie A. De Nauw, «De aangifte als verschoningsgrond», noot onder Cass., 7 maart 1978, *R.W.*, 1978-79, 862-871, i.h.b. nr. 12).

4° Bekendmaking aan de overheid

De rechtspraak had reeds als dusdanig aangenomen een aangifte bij de Belgisch diplomatieke vertegenwoordiger in het buitenland (Ov., 1975-85, nr. 11).

Nu werd een stap verder gezet in de zin dat ook een vreemde overheid als dusdanig werd aangemerkt. Hierbij zij opgemerkt dat de rechters, die de verschoningsgrond hebben toegepast, vastgesteld hebben dat de onthulling plaatshad in een ander onderzoek en geleid heeft tot de vervolging van de lastgever van de beklaagde (Corr. Tongeren, 16 mei 1991, *R.D.P.*, 1991, 1018). Hierdoor worden waarschijnlijk ook vervolgingen op initiatief van de vreemde overheid bedoeld.

Een dergelijke interpretatie van het begrip «overheid» stemt overeen met de rechtsleer die van oordeel was dat wat onder de overheid valt een feitelijke vraag is die beoordeeld dient te worden vanuit de vraag of de aangever de bedoeling had door deze aangifte vervolgingen uit te lokken (C.J. Vanhoudt en W. Calewaert, II, nr. 921). Ze kan wellicht aanvaard worden in de internationale context van de drughandel, doch vereist tevens de mogelijkheid het doen en laten van de vreemde overheid te controleren.

5° Strafvuitleiding en strafvermindering

Artikel 6 bepaalt dat de schuldigen die, vóór de vervolging, aan de overheid aangifte doen van de correctionele straffen bepaald bij de artikelen 2bis en 3, vrij blijven (tweede lid) en de bij diezelfde artikelen gestelde criminele straffen verminderd worden in de bij artikel 414, tweede en derde lid, Sw. bepaalde mate (derde lid). Na het begin van vervolging geniet enkel de schuldige aan een misdrijf dat met

correctionele straffen gestraft wordt, strafvermindering in de mate bepaald door artikel 414, vierde lid, Sw. (vierde lid).

Wanneer de aangifte wordt gedaan na de vordering tot onderzoek, is ze geschied na het begin van vervolging (Corr. Brussel, 19 oktober 1993, *R.D.P.*, 1994, 926).

D. Straffen

1° De hoofdstraffen

Onwettig is de gevangenisstraf van minder dan drie maanden die wordt uitgesproken wegens overtreding van de bepalingen, vermeld in artikel 2bis Drugwet, eerste lid, als de beslissing niet het bestaan van verzachtende omstandigheden vaststelt (Cass., 29 oktober 1986, *Arr. Cass.*, 1986-87, nr. 130).

Ook onwettig is de beslissing waarbij de feitenrechter de beklaagde zonder een van de in artikel 2bis, §§ 3 en 4, Drugwet vermelde verzwarende omstandigheden bewezen te verklaren veroordeelt tot een gevangenisstraf van meer dan vijf jaar (Cass., 31 mei 1988, *Arr. Cass.*, 1987-88, nr. 601).

2° De bijkomende straffen

a) Het verbod de geneeskunde uit te oefenen

Het in artikel 4, § 2, Drugwet omschreven verbod nog de geneeskunde uit te oefenen is in het door de strafrecht gemaakte onderscheid tussen hoofdstraffen en bijkomende straffen een bijkomende straf. Dit onderscheid is echter niet bruikbaar ter bepaling van de omvang van cassatie (R. Declercq, *De cassatieprocedure in strafzaken*). In dit verband moet worden nagegaan of een straf of een maatregel een deel van de hoofdstraf is dan wel bijkomend is. In het eerste geval wordt de volledige veroordeling vernietigd. In het tweede geval geldt de vernietiging slechts voor de op onwettige wijze uitgesproken straf of maatregel. In een procedure waarin de appelrechters de door de eerste rechter uitgesproken straf hadden bevestigd en tevens de beklaagde hadden veroordeeld tot een verbod de geneeskunde uit te oefenen gedurende drie maanden zonder vast te stellen dat deze straf opgelegd werd met eenstemmigheid, heeft het Hof van Cassatie de veroordeling volledig vernietigd. Het Hof was in tegenstelling tot zijn advocaat-generaal van oordeel dat het verbod bepaald bij artikel 4, § 2, Drugwet een ondeelbaar geheel uitmaakt met het overige van de hoofdstraf (Cass., 14 november 1989, *Arr. Cass.*, 1989-90, nr. 158, noot R.D.).

b) De sluiting van de inrichting

Artikel 4, § 3, staat de rechter toe de tijdelijke of definitieve sluiting te bevelen van drankgelegenheden of van alle andere inrichtingen waar de misdrijven zijn gepleegd.

Het gaat hier om een bijkomende straf. Nadat de strafrechter een dergelijke straf had uitgesproken, heeft het Hof van Beroep te Antwerpen (13 november 1992, *R.W.*, 1992-93, 886, noot A. Vandeplass) geoordeeld dat het derdenverzet ingesteld door de eigenaar van de drankgelegenheid, te dezen een brouwerij, niet ontvankelijk is omdat de sluiting van de inrichting een persoonlijke sanctie is tegen de veroordeelde en derhalve niet uitgevoerd kan worden tegenover een derde die geen partij was in de zaak.

Samen met A. Vandeplas kan men zich afvragen of het niet voldoende was te wijzen op het karakter van straf van de sluiting om de procedure van derdenverzet af te wijzen. Het derdenverzet heeft immers enkel betrekking op beslissingen hetzij van een burgerlijk gerecht, hetzij van een strafgerecht m.b.t. de burgerlijke belangen.

Dit laat natuurlijk de discussie over het persoonlijk of zakelijk karakter van de sluiting en over de tussenkomst van de derde-eigenaar in het strafproces open.

c) De verbeurdverklaring

Artikel 4, § 6, bepaalt dat, onverminderd de toepassing van de artikelen 42 en 43 Sw., de rechter de verbeurdverklaring kan bevelen van de voertuigen, toestellen en instrumenten of zaken die hebben gediend of bestemd waren om de in de artikelen 2bis en 3 omschreven misdrijven te plegen of die er het voorwerp van uitmaken, *zelfs* indien ze niet het eigendom zijn van de veroordeelden.

Die wetsbepaling wijkt niet af van het verplicht karakter van de verbeurdverklaring omschreven bij artikel 43, wat betreft de zaken die het voorwerp uitmaken van het misdrijf en die welke gediend hebben of bestemd waren om het plegen, indien ze eigendom van de veroordeelde zijn. De Drugwet geeft enkel de rechter *bovendien* de bevoegdheid de verbeurdverklaring van dergelijke zaken te bevelen, *zelfs* indien ze geen eigendom van de veroordeelde zijn.

Op grond van die aanvullende bepaling kan de rechter de verbeurdverklaring gelasten van een wagen die toebehoort aan een derde (Gent, 12 juni 1989, *T.G.R.*, 1989, 177). Het kan gaan om een wagen ingeschreven op naam van de echtgenote van de veroordeelde die gediend heeft voor het vervoer van 3,5 kg heroïne. Het is hierbij van geen belang of die wagen eerder toevallig werd gebruikt om eenmaal drugs te vervoeren. Bestendigheid in het gebruik is niet vereist (Cass., 8 september 1987, *Arr. Cass.*, 1987-88, nr. 14).

Het Hof van Cassatie heeft ook beslist dat de rechters de verbeurdverklaring van de geldbedragen die voortkomen uit handel in verdovende middelen, kunnen bevelen op grond van artikel 4, § 6, nu het hier gaat om het voorwerp van het misdrijf.

Dit arrest betrof een zaak waarin aan de beslissing van verbeurdverklaring van de feitenrechters werd verweten dat de geldbedragen die voortkomen uit de drughandel, niet bevelen kan omdat die bedragen niet als opbrengst van het misdrijf, in de zin van artikel 42 Sw. kunnen worden aangemerkt. Het Hof antwoordt hierop dat deze grief geen invloed heeft op de wettigheid van de beslissing, omdat deze geldsommen het voorwerp van het misdrijf zijn in de zin van artikel 4, § 6 (Cass., 4 juli 1986, *Arr. Cass.*, 1985-86, nr. 685, noot, *R.D.P.*, 1986, 910, noot E. Liekendael). In de noot bij dit arrest merkt advocaat-generaal Liekendael op dat het niet in tegenspraak is met het arrest van 2 juni 1975 (*Arr. Cass.*, 1975, 1041). Dit laatste arrest vernietigde een beslissing in zoverre ze de verbeurdverklaring had bevolen van geldsommen die voortkwamen uit een handel in verdovende middelen, die de feitenrechters hadden aangemerkt als de opbrengst van het misdrijf. Het arrest van 2 juni 1975 beslist dat die geldbedragen niet de opbrengst waren van het misdrijf in de zin van artikel 42 Sw. Het Hof had de verbeurdverklaring ook niet wettelijk verantwoord kunnen achten op grond van artikel 42 Sw. die de verbeurdverklaring mogelijk

maakt van de zaken die het voorwerp van het misdrijf uitmaken, wanneer zij eigendom zijn van de veroordeelde, omdat de feitenrechters verzuimd hadden vast te stellen dat de veroordeelde de eigenaar van de verwezenlijkte winst was. Wegens die reden had het Hof destijds de beslissing van de feitenrechters gecasseerd. De advocaat-generaal merkt echter op dat sedert dit arrest de wet van 9 juli 1975 de verbeurdverklaring mogelijk heeft gemaakt van zaken die het voorwerp hebben uitgemaakt van het misdrijf, zelfs als ze geen eigendom zijn van de veroordeelde. Die wetwijziging maakt de verbeurdverklaring van geldsommen die voortkomen uit de drughandel, waarvoor de beklaagden werden veroordeeld, mogelijk.

De door het Hof gevolgde redenering om van de verwezenlijkte winst het voorwerp van het misdrijf van drughandel te maken heeft de rechtsleer niet volledig kunnen overtuigen (W. Brosens, «Enkele recente evoluties in verschillende domeinen van het strafrecht», *R.W.*, 1988-89, 313-314). Discussie voeren in dit verband heeft weinig nut, nu de wet van 17 juli 1990 door de toevoeging van een nieuwe rubriek in artikel 42 Sw. ook de verbeurdverklaring mogelijk maakt van de vermogensvoordelen die rechtstreeks uit het misdrijf zijn verkregen, de goederen en waarden die in de plaats ervan zijn gesteld en de inkomsten uit de belegde voordelen (art. 42, 3°, Sw.). Het is overduidelijk dat nu die vermogensvoordelen uit om het even welk misdrijf mogen voortkomen, ze ook uit drugs misdrijven mogen afkomstig zijn (Kamer, 1989-90, nr. 987/1, 11, en nr. 987/4, 3 en 6).

Belangrijk is te noteren dat het Hof van Cassatie door principieel te beslissen dat de derden, die eigenaar zijn van de verbeurdverklaarde vermogensvoordelen mogen tussenkomen in het proces voor de strafrechter, die kennis neemt van de vervolgingen wegens de drugsdelicten (Cass., 31 juli 1995, *R.W.*, 1995-96, 1370, noot A. De Nauw), onrechtstreeks ook beslist heeft dat de verbeurdverklaring van de winst uit de drughandel, bevolen overeenkomstig artikel 42, 3°, Sw., eveneens kan worden bevolen wanneer de voordelen aan een derde toebehoren.

Het valt te verwachten dat de rechters m.b.t. de winsten uit de drughandel eerder geneigd zullen zijn artikel 42, 3°, Sw. dan artikel 4, § 6, Drugwet toe te passen, nu de eerste wetsbepaling veel duidelijker is.

Daarenboven zal het bij dezelfde wet van 17 juli 1990 ingevoerd misdrijf van witwassen (art. 505, eerste lid, 2°, Sw.), dat tevens nog werd uitgebreid bij de wet van 7 april 1995 (R. Verstraeten en D. Dewandeleer, «Witwassen na de wet van 7 april 1995: kan het nog witter?», *R.W.*, 1995-96, 689-702), ook meer en meer toegepast worden m.b.t. vermogensvoordelen die hun oorsprong vinden in de drughandel. Hierbij zij onderstreept dat artikel 505, derde lid, Sw. preciseert dat de zaken bedoeld in dit artikel zaken zijn die het voorwerp uitmaken van het misdrijf in de zin van artikel 42, 1°, Sw. en dat het eraan toevoegt dat deze zaken worden verbeurdverklaard, ook indien zij geen eigendom van de veroordeelde zijn (zie in dit verband Cass., 31 oktober 1995, *A.R.* P. 95.1014 N.; Corr. Antwerpen, 23 februari 1993, *T.R.V.*, 1994, 195, noot W. en A. Devroe-Rombouts, en 14 april 1994, *R.W.*, 1994-95, 508, noot G. Stessens, *T.R.V.*, 1994, 285, noot F. Hellemans). M.a.w. de verbeurdverklaring m.b.t. witwassen is verplicht, terwijl de verbeurdverklaring m.b.t. handel in verdovende middelen, zowel met toepassing van artikel

4, § 6, Drugwet als op grond van artikel 42, 3°, Sw. facultatief is.

Volledigheidshalve zij nog opgemerkt dat, wanneer de vermogensvoordelen niet kunnen worden gevonden in het vermogen van de veroordeelde, de rechter de geldwaarde ervan raamt en de verbeurdverklaring betrekking heeft op een daarmee overeenstemmend bedrag (art. 43bis Sw.). Het Hof van Cassatie heeft beslist dat artikel 43bis Sw. aan de feitenrechter niet de mogelijkheid ontnemt om, bij ontstentenis van nauwkeurige gegevens, dat bedrag ex aequo et bono te ramen (Cass., 14 december 1994, *Arr. Cass.*, nr. 555, *R. Cass.*, 1995, 99, noot P. Van Caenegem).

De rechtspraak heeft ook m.b.t. de verbeurdverklaring enkele traditionele regels in herinnering gebracht.

De rechter die welke verbeurdverklaring ook uitspreekt, moet vaststellen dat de voorwaarden waaraan de wet deze bijkomende straf onderwerpt, vervuld zijn. Dit is natuurlijk ook het geval met de verbeurdverklaring gelast op grond aan artikel 4, § 6. In dit geval is de cassatie beperkt tot de verbeurdverklaring en geschiedt ze met verwijzing (Cass., 21 maart 1989, *Arr. Cass.*, 1988-89, nr. 417; *R.W.*, 1989-90, 881, noot M. De Swaef).

Daar de verbeurdverklaring bepaald bij artikel 4, § 6, een facultatief karakter heeft, moet de rechter op grond van artikel 195 Sv. de redenen aangeven waarom hij voor deze straf heeft gekozen (Bergen, 20 oktober 1993, *R.D.P.*, 1994, 911). Terloops zij opgemerkt dat er daarentegen geen verplichting is te motiveren m.b.t. de verbeurdverklaring van de vermogensvoordelen, goederen en waarden, voorwerp van het misdrijf van artikel 505, eerste lid, 2°, Sw.. Het gaat immers om een verplichte verbeurdverklaring (Cass., 31 oktober 1995, *A.R. P.* 95.1014 N).

Opdat de verbeurdverklaring van de in beslag genomen goederen wettig zij, is niet vereist dat ze zijn neergelegd ter griffie (Bergen, 20 oktober 1993, *R.D.P.*, 1994, 911).

Ten slotte is het mogelijk dat de verbeurdverklaring van een wagen die gediend heeft om drugsmiddelen te plegen, wordt uitgesproken met uitstel. Het gaat immers om een bijkomende straf (Luik, 18 mei 1988, *J.L.M.B.*, 1989, 520).

E. Uitbreiding van de toepassingsfeer van opschorting en uitstel

De rechtspraak heeft weer kennis moeten nemen van procedures waarin de twee hangijzers uit de vorige periode (Ov., 1975-85, nrs. 20 en 21) ter sprake kwamen. Geldt de uitzonderlijke bepaling van artikel 9 wanneer de beklaagde die vervolgd wordt wegens bezit voor eigen gebruik, ook op kleine schaal handel voert? Wat gebeurt er wanneer die beklaagde vervolgd wordt, niet alleen wegens misdrijven bepaald door de Drugwet, maar ook wegens gemeenrechtelijke misdrijven?

Nadat het Hof van Beroep te Luik zich had verzet tegen de toepassing van artikel 9 wanneer de beklaagde ook anderszins druggebruik had vergemakkelijkt (Luik, 7 december 1989, *J.L.M.B.*, 1990, 590, noot), heeft het Hof van Cassatie beslist dat, wanneer een persoon vervolgd wordt wegens bezit voor eigen gebruik, de omstandigheid dat hij het zich in zijn bezit bevindend verdovend middel ingevoerd had, geen beletsel is voor de toekenning van uitstel voor de opgelegde straf (Cass., 6 juni 1990, *Arr. Cass.*, 1989-90, nr. 583, *R.W.*, 1990-91, 809, noot M. De Swaef, *J.L.M.B.*, 1990, 119,

O. Klees, *R.D.P.*, 1990, 1017, noot). Wel dienen de daden hoofdzakelijk betrekking te hebben op persoonlijk gebruik (Corr. Namen, 31 januari 1991, *R.R.D.*, 1991, 321). Voor de toepassing van artikel 9 moet dus nagegaan worden welk aspect, persoonlijk gebruik of handel, prevaleert. Het in beperkte mate dealen van drugs is geen beletsel voor de toepassing van opschorting of uitstel zo het ondergeschikt is aan het persoonlijk gebruik.

Een andere vraag betreft de toepassing van artikel 9 wanneer de beklaagde niet alleen wegens misdrijven uit de Drugwet wordt vervolgd, maar ook wegens gemeenrechtelijke misdrijven en antecedenten heeft die in het gemeene recht de toepassing van opschorting of uitstel beletten en de rechter van oordeel is dat al die misdrijven een collectief misdrijf vormen.

Als dat het geval is, kan ingevolge artikel 65 Sw. slechts één enkele straf worden toegepast, nl. de zwaarste. Zo deze straf die is bepaald door de Drugwet, dan volgt de gehele strafbepaling het stelsel van de Drugwet zodat ingevolge artikel 9 van deze wet uitstel kan worden verleend (Antwerpen, 2 april 1993, *R.W.*, 1993-94, 131, noot). De bijzondere regeling inzake uitstel en opschorting is daarentegen niet van toepassing, wanneer de zwaarste straf die is van het gemeenrechtelijk misdrijf (Cass., 5 april 1995, *Arr. Cass.*, 1995, nr. 186).

Bepaalde rechters blijken reeds vóór de wet van 10 februari 1994, die de dienstverlening heeft ingevoerd in ons wettenarsenaal, binnen het raam van het probatieuitstel veroordeelden niet alleen te hebben onderworpen aan de voogdij van de probatiecommissie maar ook aan maatschappelijke dienstverlening (Luik, 17 april 1991, *R.D.P.*, 1991, 1002). Een dergelijke uitspraak komt overeen met de opinie die dienstverlening reeds vóór de wet van 10 februari 1994 als probatievoorwaarden wettelijk achtte (zie in dit verband L. Dupont, «De probatie tussen toekomst en verleden», *R.W.*, 1980-81, 1938).

II. ALGEMEEN STRAFRECHT

A. Toepassing van de strafwet in de tijd

Eerder werd bij bespreking van de verzwarende omstandigheid m.b.t. misdrijven gepleegd t.a.v. minderjarigen reeds gewezen op de rechtspraak die het begrip minderjarige definieert op grond van het Belgisch recht en niet op basis van het persoonlijk statuut van de betrokkene. Deze rechtspraak had als gevolg dat de verzwarende omstandigheid m.b.t. misdrijven gepleegd t.a.v. minderjarigen boven de volle leeftijd van 16 jaar vóór de wet van 19 januari 1990 tot verlaging van de burgerlijke minderjarigheid van toepassing was t.o.v. minderjarigen van de leeftijdsgroep van 16 tot 21 jaar.

Na de inwerkingtreding van de wet tot verlaging van de burgerlijke minderjarigheid tot 18 jaar heeft de rechtspraak terecht rekening gehouden met het voorschrift van artikel 2, tweede lid, Sw.

De verzwarende omstandigheid kon niet meer toegepast worden wanneer de betrokkene op het ogenblik van de feiten ouder was dan 18 jaar (Antwerpen, 10 augustus 1990, *R.W.*, 1990-91, 508, en Corr. Brussel, 31 mei 1990, *J.T.*, 1990, 729). De regel van de terugwerkende kracht van de zachte strafwet geldt immers voor elke wet die de strafbaarheid inperkt, en bijgevolg ook voor een wet waarbij een verzwaa-

rende omstandigheid een minder uitgebreid toepassingsveld krijgt.

B. Toepassing van de strafwet in de ruimte

Aansluitend op zijn arrest van 20 juni 1977 (Ov., 1975-1985, nr. 23) heeft het Hof van Cassatie beslist dat de in België gepleegde daden van strafbare deelneming aan de vervaardiging van verdovende middelen in het buitenland als een in België gepleegd misdrijf beschouwd wordt. Die benadering houdt in dat de feiten onder toepassing van het territorialiteitsbeginsel vallen en bijgevolg dat de vervulling van de regels van de extraterritoriale toepassing van de strafwet niet hoeft te worden nagegaan. Aldus hoeft niet te worden gecontroleerd naar welke bepalingen van het vreemd recht de telastlegging strafbaar en nog niet verjaard is. Het Hof van Cassatie maakt hierbij uitdrukkelijk gewag van artikel 36.2.a van het Enkelvoudig Verdrag van New York dat bepaalt dat de opzettelijke deelneming aan elk van de in dit verdrag opgesomde strafbare feiten, als een strafbaar feit, afzonderlijk van het in het ander land gepleegde strafbare feit wordt beschouwd (Cass., 28 juni 1994, *Arr. Cass.*, 1994, nr. 335).

Die redenering verschilt van die van een arrest van het Hof van Beroep te Antwerpen dat beslist heeft dat de in België verrichte daden van deelneming aan feiten die op buitenslands grondgebied gepleegd zijn, in het buitenland gesitueerd moeten worden. Te dezen pasten de rechters wel de regels betreffende de extraterritoriale toepassing van de strafwet toe. De hoofddaders van Belgische nationaliteit waren in Frankrijk veroordeeld en de rechters pasten artikel 11 V.T.Sv. toe, dat toestaat de deelnemers van vreemde nationaliteit aan een misdaad buiten het grondgebied van het rijk door een Belg gepleegd in België te vervolgen samen met de verdachte Belg of na diens veroordeling. In casu was de veroordeling uitgesproken door een buitenlands gerecht (Antwerpen, 6 september 1989, *R. W.*, 1990-91, 55, noot B. Spriet).

Zoals vermeld in het vorig overzicht lijkt de tweede benadering meer overtuigend gelet op het systeem van de onzelfstandige deelneming, waardoor de deelneming haar strafbaar karakter enkel dankt aan het hoofdfeit en erdoor geconditioneerd wordt. Daden van deelneming moeten derhalve in de ruimte worden gesitueerd op de plaats van het hoofdfeit. Wel blijft het de vraag of de in het arrest van 28 juni 1994 gevolgde redenering, net als die van het vorig arrest van 20 juni 1977, veralgemeend moet worden tot alle misdrijven of enkel van toepassing is inzake drugmisdrijven. De verwijzing in het arrest van 28 juni 1994 naar artikel 36.2.a van het Enkelvoudig Verdrag van New York is in dit verband belangrijk.

De lokalisering van drugsmisdrijven in de ruimte is des te meer problematisch daar de grens tussen het plegen van de misdrijven en de deelneming eraan moeilijk te trekken is. De handelingen opgesomd in de besluiten genomen ter uitvoering van de wet zijn zodanig ruim dat ze in bepaalde gevallen ook daden van deelneming omvatten.

C. Poging

De Drugwet wijkt niet af van het gemeenrechtelijk stelsel van de poging. Bijgevolg wordt de poging overeenkomstig artikel 52 Sw. gestraft wanneer het feit gestraft wordt met

een criminele straf, wat het geval is bij invoer, met de omstandigheid dat het misdrijf een daad van deelneming aan de hoofd- of bijkomende bedrijvigheid van een vereniging is (Cass., 17 oktober 1990, *Arr. Cass.*, 1990-91, nr. 87, *J.T.*, 1991, 581).

D. Deelneming

Het leveren van basisproducten bestemd voor de aanmaak van synthetische drugs, met name amfetamines en XTC (Cass., 28 juni 1994, *Arr. Cass.*, 1994, nr. 335) en het financieren van de invoer van een belangrijke hoeveelheid cannabis (Antwerpen, 6 september 1989, *R. W.*, 1990-91, 55, noot B. Spriet) werden als daden van deelneming aangemerkt.

III. STRAFRECHTSPLEGING

A. Bewijs

Artikel 7, § 2, Drugwet bepaalt dat de processen-verbaal van de bevoegde ambtenaren bewijskracht behoudens tegenbewijs hebben.

Vóór de totstandkoming van de wet van 9 juli 1975 legde artikel 7 verder nog de verplichting op een afschrift van het proces-verbaal binnen drie dagen aan de overtreder toe te zenden. De wetgever heeft die verplichting opgeheven omdat het volgens hem weinig wenselijk is dat de overtreder binnen een zo korte termijn kennis krijgt van het proces-verbaal (*Senaat*, 1970-71, nr. 290, 14). Doch artikel 27 van het K.B. van 31 december 1930 betreffende de handel in slaap- en verdovende middelen bepaalt nog altijd dat een afschrift van de processen-verbaal die inbreuken op de bepalingen van dit besluit vaststellen aan de overtreder worden bezorgd. Wanneer aan deze verplichting niet wordt voldaan, is het proces-verbaal niet nietig. Het verliest wel zijn bijzondere bewijswaarde en geldt als inlichting (Antwerpen, 12 oktober 1988, *Pas.*, 1989, II, 72). Die uitspraak is volledig conform de rechtspraak (R. Declercq, *Beginselen van strafrechtspleging*, nr. 1202).

De onderzoeksrechter kan op grond van de artikelen 87 en 88 Sv. gesloten brieven, die aan de post zijn toevertrouwd, in beslag nemen en openen (R. Verstraeten, *Handboek Strafvordering*, nrs. 357, 503 en 1217). Wanneer echter brieven, die onregelmatig in beslag zijn genomen, geopend worden door onderzoekers zonder tussenkomst van de onderzoeksrechter en drugs erin worden ontdekt, is het aldus verkregen bewijs onrechtmatig (Brussel, 16 maart 1988, *J.T.*, 569, noot O. Klees). Een grote enveloppe die een pakje bevat dat gezien zijn volume door tasten gemakkelijk kan worden ontdekt en waarin drugs steken, alsmede een kaart waarop drie woorden staan geschreven, is daarentegen als een pakket en niet als een brief aan te merken (Brussel, 29 september 1992, *R.D.P.*, 1994, 903).

Het Hof van Cassatie heeft ook beslist dat de lichaams-oefeningen waarbij een vrouw verplicht wordt, nadat ze zich volledig heeft moeten uitkleden, recht te staan met gespreide benen en daarna tienmaal door de knieën te buigen met de bedoeling dat eventueel in de vagina verstopte voorwerpen zichtbaar worden of naar buiten komen, terwijl de onderzoekers vanop 50 cm deze verplichte lichaams-oefeningen nauwlettend afspeuren, geen onderzoek aan het lichaam is als bedoeld in artikel 90bis Sv., omdat een dergelijk on-

derzoek een ter exploratie van intieme delen van het lichaam bevolen deskundigenonderzoek is. Het arrest neemt aan dat het te dezen slechts fouilleringen betreft, ook al werden daarvoor intieme lichaamsdelen zichtbaar. Dit houdt dus in dat de bijzondere procedure van het onderzoek aan het lichaam met tussenkomst van het onderzoeksgerecht voor een dergelijk onderzoek niet vereist is (Cass., 27 oktober 1987, *Arr. Cass.*, 1987-88, nr. 118, *R.W.*, 1988-89, 1025, noot P. Arnou).

B. Huiszoeking

Men weet dat sedert het principearrest van 22 september 1981 (*Arr. Cass.*, 1981-82, 122, *R.W.*, 1981-82, 1271, noot A. Vandeplas, *R.D.P.*, 1983, 198, noot G. Suetens-Bourgeois), de bijzondere heterdaadprocedure strikt wordt geïnterpreteerd. Het is niet voldoende dat enkel vastgesteld wordt dat de verbalisanten konden vermoeden dat in een woning een misdrijf was gepleegd. De vaststelling van de misdaad of het wanbedrijf op heterdaad moet voordien gebeurd zijn.

De rechtspraak betreffende drugdelicten geeft twee trefende voorbeelden betreffende de aard van de vereiste feitelijke vaststellingen en de controle hierop van de cassatierechters.

In een eerste geval werd geoordeeld dat de rechter die erop wijst dat officieren van gerechtelijke politie «een persoon die tekenen van toxicomanie vertoonde, uit een gebouw hadden zien komen, dat die persoon heroïne bij zich had en verklaarde deze van X te hebben gekocht in het pand waaruit hij net gekomen was», wettig beslist dat de officieren van gerechtelijke politie blijkens hun vaststellingen wisten dat een misdaad of een wanbedrijf werd gepleegd of kort tevoren gepleegd was en dat zij «derhalve gerechtigd waren om terstond opsporingen te verrichten in de woning van X ten einde de heroïneverkoper aan te houden en de eventuele, nog in diens bezit zijnde verdovende middelen in beslag te nemen» (Cass., 13 december 1989, *Arr. Cass.*, 1989, nr. 242).

In een ander geval waarin de rechter had vastgesteld dat de officieren van gerechtelijke politie door een informant op de hoogte werden gesteld van het feit dat in de loop van de avond een belangrijke deal van drugs zou plaatshebben in een woning en dat de leden van gerechtelijke politie die zich aldaar hadden aangemeld, geen toegang hadden gekregen en hevige knallen hadden gehoord waarop ze vervolgens besloten met geweld de woning te betreden en zij in de salon een drietal personen zagen en bemerkten dat de beklaagde volop bezig was dingen in de brandende open haard te werpen die achteraf bleken ampullen amfetamines te zijn, en de beklaagde had bekend dat hij op die avond die goederen had klaargezet op de salontafel omdat er een koper was gekomen, werd geoordeeld dat de rechter zodoende niet had geconstateerd dat er ontdekking op heterdaad bestond in de zin van artikel 41 Sv. (Cass., 3 mei 1988, *Arr. Cass.*, 1987-88, nr. 539).

C. Vervolgingen na uitspraak in het buitenland

Vervolgingen wegens drugmisdrijven in België gepleegd worden soms ingesteld na een uitspraak in het buitenland.

De rechtbanken herinneren in die gevallen eraan dat artikel 13 V.T.Sv. de Belgische strafrechter verplicht enkel re-

kening te houden met de uitspraak van een buitenlandse strafrechter wanneer het misdrijf in het buitenland werd gepleegd. Bijgevolg kunnen de Belgische rechters de beklaagde veroordelen wegens misdrijven in België gepleegd na een veroordeling uitgesproken in het buitenland, bv. wegens invoer in België van verdovende middelen afkomstig uit Nederland, al werden de beklaagden in Frankrijk reeds veroordeeld ook wegens invoer in Frankrijk van drugs gekocht in Nederland (Corr. Brussel, 28 juni 1989, *J.T.*, 1990, 295, en 9 maart 1994, *R.D.P.*, 1995, 295).

Soms trachten de beklaagden een beroep te doen op de theorie van het collectief misdrijf. Tot de wet van 11 juli 1994 artikel 65 Sw. dienaangaande heeft gewijzigd, gold de opinie dat, wanneer de strafrechter vaststelt dat het geheel der feiten door eenheid van opzet één strafbaar feit uitmaakt, hij geen rechtsmacht meer heeft om te beslissen of de dader van de feiten die thans bij hem aanhangig gemaakt waren, al dan niet schuldig was. De rechters hebben altijd met klem deze exceptie verworpen m.b.t. durgmisdrijven in geval van vervolgingen in België wegens misdrijven alhier gepleegd na een uitspraak in het buitenland. Deze gevallen betroffen vervolgingen.

- wegens onwettig bezit van verdovende middelen in België na een vrijspraak in Engeland wegens invoer aldaar, al ging het om drugtransporten vanuit Nederland, via België, naar Groot-Britannië (Antwerpen, 19 juni 1987, *R.W.*, 1987-88, 577);

- wegens invoer in België vanuit Nederland na een veroordeling in Nederland wegens uitvoer van drugs via België naar Frankrijk (Brussel, 23 december 1991, *Pas.*, 1991, II, 221, *J.T.*, 1992, 314, *J.L.M.B.*, 1992, 790);

- wegens uitvoer naar Frankrijk na een veroordeling in Frankrijk wegens invoer van dezelfde stoffen (Cass., 29 november 1989, *Arr. Cass.*, 1989-90, nr. 203, *R.D.P.*, 1990, 289, noot, *J.L.M.B.*, 1990, 150).

Zelfs al worden de hier te lande gepleegde feiten en de feiten gepleegd in het buitenland beschouwd als een collectief misdrijf, waarvan een onderdeel reeds in het buitenland wordt berecht, herhaalt de rechtspraak dat dit geen beletsel voor de vervolgingen in België is. De rechters baseren zich daarvoor op artikel 36.2.a van het Enkelvoudig Verdrag van New York, dat bepaalt dat elk van de in dat verdrag opgesomde strafbare feiten als afzonderlijk strafbare feiten worden beschouwd, indien deze in verschillende landen zijn begaan. Ze verwijzen ook naar het feit dat de uitspraak van de buitenlandse strafrechter geen beletsel kan zijn voor vervolgingen omdat artikel 13 V.T.Sv. slechts kan worden opgeworpen wanneer de vreemde rechter uitspraak heeft gedaan over feiten die in het buitenland te situeren zijn.

De beklaagden zullen waarschijnlijk minder vaak de figuur van het collectief misdrijf aanvoeren, nu de wet van 11 juli 1994 artikel 65 Sw. heeft gewijzigd.

De regel *non bis in idem* van artikel 14, § 7, BuPo kan in dit verband ook niet worden opgeworpen. Deze bepaling is immers slechts toepasselijk t.a.v. strafvonnissen die binnen een en dezelfde staat tot stand zijn gekomen. Van een internationaal *non bis in idem* is thans geen sprake in het raam van instrumenten over de rechten van de mens. C. Van den Wyngaert citeert in dit verband een beslissing van het door het facultatief protocol bij het BuPo opgericht Human Rights Committee (*Strafrecht en strafprocesrecht in hoofdlijnen*, II, 569-571). Ook het Hof van Cassatie heeft beslist dat artikel

14, § 7, BuPo niet de strekking heeft de internationale waarde van een strafvonnis te erkennen en niet van toepassing is in geval van veroordeling door een buitenlands gerecht (Cass., 10 februari 1991, *Arr. Cass.*, 1990-91, nr. 335).

Soms wordt de indruk gewekt dat intussen de toestand grondig veranderd is ten gevolge van de Schengen-overeenkomst. Artikel 54 ervan bepaalt dat een persoon die bij onherroepelijk vonnis in één van de Schengenlanden is berecht, niet meer kan worden vervolgd ter zake van dezelfde feiten. Vraag is echter of voornoemd artikel 36.2.a van het Enkelvoudig Verdrag van New York de toepassing van de Schengen-overeenkomst in dit verband niet belet, nu elk van de door dit verdrag opgesomde strafbare feiten als een afzonderlijk misdrijf te beschouwen is wanneer zij in verschillende landen worden gepleegd.

D. Afluisteren van telefoongesprekken

Telefoongesprekken vallen onder de begrippen «privé-leven en briefwisseling», waarvan de eerbiediging is gewaarborgd bij artikel 8, eerste lid, E.V.R.M.

Met de wet van 30 juni 1994 wordt aan de onderzoeksrechter onder strikte voorwaarden toegestaan dat hij bevel geeft om van het verbod van afluisteren van telefoongesprekken af te wijken wanneer er ernstige aanwijzingen bestaan dat het feit waarvoor hij geëdieerd is, o.m. een strafbaar feit is bedoeld in artikel 2bis, § 3, b, of § 4, b, van de Drugwet. Vóór die wet was het afluisteren van telefoongesprekken zonder toestemming van beide betrokkenen strijdig met artikel 8 E.V.R.M. bij gebreke van een afwijkende regeling die de nadere omstandigheden en voorwaarden bepaalde (Gent, 28 oktober 1988, *T.G.R.*, 1989, 26; Corr. Gent, 10 juni 1988, *T.G.R.*, 1989, 27).

M.b.t. het afluisteren van telefoongesprekken in het buitenland, vereist de rechtspraak eensdeels dat de tap gebeurde overeenkomstig de vreemde wetgeving, andersdeels dat deze niet strijdig is met de bepalingen van internationale verdragen met directe werking.

De rechtspraak heeft aldus geoordeeld dat het aanwenden van bewijselementen die zijn verkregen door het afluisteren van telefoongesprekken in Zweden overeenkomstig de Zweedse wetgeving en binnen de grenzen van artikel 8 E.V.R.M., niet strijdig is met de Belgische openbare orde (Cass., 19 februari 1985, *Arr. Cass.*, 1984-85, nr. 370). Hetzelfde werd geoordeeld m.b.t. het afluisteren van telefoongesprekken in Nederland in opdracht van een rechter-commissaris overeenkomstig de Nederlandse wet (Cass., 10 april 1990, *Arr. Cass.*, 1989-90, nr. 479). In een andere zaak werd in antwoord op het verweer van de verdediging nog nader gezegd dat de regels van het Nederlands recht o.m. door bepaling van een voldoende referentiekader waarin de toepassingswijzen van de tapmaatregel gepreciseerd zijn, kwalitatief voldoen aan de minimumstandaard van het E.V.R.M. (Cass., 30 mei 1995, *Arr. Cass.*, 1995, nr. 262, *R.D.P.*, 1995, 120).

Zulks kon bezwaarlijk worden gezegd voor de Franse praktijk die tot de wet van 10 juli 1991 enkel berustte op een algemene bepaling uit de Code de procédure pénale omtrent de bevoegdheden van de onderzoeksrechter. Die praktijk werd in de arresten Kruslin en Hüvig van 24 april 1990 (*Publ. Cour*, Série A, vol. 176 A en 176 B) door het E.H.R.M. onverenigbaar met het E.V.R.M. bevonden (zie P. Blontrock en

P. De Hert, «Telefoonaftap: Tournet, Peureux, Derrien, Hüvig, Kruslin et les autres», *R.W.*, 1991-92, 865-871). De vraag rees dan ook of bewijselementen die waren verkregen door het afluisteren van telefoongesprekken in Frankrijk vóór de inwerkingtreding van de wet van 10 juli 1991 in België konden worden gebruikt. Het Hof van Cassatie heeft op deze vraag niet altijd een éénduidig antwoord gegeven. Eerst werd geoordeeld dat, wanneer de toepasselijke vreemde wet die het afluisteren toelaat, niet in overeenstemming is met artikel 8 E.V.R.M., de gegevens niet kunnen worden aangewend in een Belgisch strafproces (Cass., 12 oktober 1993, *Arr. Cass.*, 1993, nr. 404). Later werd echter beslist dat een onderscheid moet worden gemaakt tussen de bekendmaking van een misdrijf en de rechtmatigheid van het bewijs. Dit betrof een zaak die door de Franse autoriteiten aan de alhier bevoegde instanties werd doorgespeeld, nadat in Frankrijk in 1989 tijdens een onderzoek omtrent drugshandel de verdachten aldaar ingevolge opdracht van de onderzoeksrechter onder de tap werden geplaatst. Hierop werd in België door het parket, na een politieel vooronderzoek, een gerechtelijk onderzoek gevorderd dat voldoende bezwaren opleverde om de verdachten te vervolgen. In deze zaak oordeelde het Hof van Cassatie dat de omstandigheid dat de aangever van een mogelijk strafbaar feit dit door een onwettigheid heeft vernomen, geen afbreuk moet doen aan de rechtmatigheid van het bewijs dat zelf zonder enige onwettigheid naderhand werd verkregen (Cass., 30 mei 1995, *Arr. Cass.*, 1995, nr. 267, *R.D.P.*, 1995, 118).

Rijst ook de vraag of de omstandigheid dat in België het afluisteren van telefoongesprekken pas bij de wet van 30 juni 1994 een wettelijke basis heeft gekregen, geen beletsel was om vóór de inwerkingtreding ervan het bewijs afkomstig uit het afluisteren in het buitenland in een Belgische strafprocedure aan te wenden. De rechtspraak had hiermee blijkbaar geen probleem. Er werd beslist dat aan de bruikbaarheid van bewijselementen die zijn verkregen door het afluisteren van telefoongesprekken in het buitenland overeenkomstig het buitenlands recht geen afbreuk doet het feit dat de gesprekken vanuit België vertrekken of een Belgische abonnee bereiken en dat de Belgische wetgever destijds het afluisteren van telefoongesprekken in België geenszins toeliet (Cass., 26 januari 1993, *Arr. Cass.*, 1993, nr. 52).

De enige beperking is dat wel voldaan moet worden aan de vereisten van het recht van de vervolgde persoon op een eerlijke behandeling van zijn zaak als voorgeschreven bij artikel 6 E.V.R.M. Daarom werd geoordeeld dat het recht van verdediging van de beklaagde wordt geschonden wanneer hem de mogelijkheid tot betwisting in concreto van de regelmatigheid van het aldus in het buitenland verkregen bewijs wordt ontnomen ten gevolge van het ontbreken van de stavingsbescheiden in het Belgisch strafdossier (Cass., 30 mei 1995, *Arr. Cass.*, 1995, nr. 265; zie verder M. De Swaef, «Tapverbod en tapvergunning. Enkele kanttekeningen bij de 'afluisterwet' van 30 juni 1994», *R.W.*, 1995-96, 449-453).

E. Het registreren van telefoonnummers

Vóór de wet van 11 februari 1990, die een artikel 88bis in het Wetboek van Strafvordering heeft ingevoegd, was de registratie van de opgeroepen en de gekozen telefoonnummers enkel geregeld door een ministeriële circulaire van 17 augustus 1923. Nadat de feitenrechters zich in verschil-

lende zin hadden uitgesproken over de rechtmatigheid van de aldus verkregen bewijselementen in het daglicht van artikel 8, lid 2, E.V.R.M. (zie in positieve zin Brussel, 30 april 1986, *Jur. Liège*, 1986, 664, en in negatieve zin Luik, 21 januari 1985, *Jur. Liège*, 1985, 165), heeft het Hof van Cassatie in het kielzog van de reeds vermelde arresten Kruslin en Hüvig van 24 april 1990 van het E.H.R.M. een arrest van het Hof van Beroep te Bergen (8 januari 1990, *J.L.M.B.*, 1991, 572) vernietigd en beslist dat laatstgenoemde circulaire niet kon worden beschouwd als een dwingende of normatieve bepaling die beantwoordt aan de vereisten van artikel 8, lid 2, E.V.R.M. (Cass., 2 mei 1990, *Arr. Cass.*, 1989-90, nr. 516, *Pas.*, 1990, I, 1006, concl. adv.-gen. Janssens de Bisthoven; zie ook Cass. 23 januari 1991, *Arr. Cass.*, 1990-91, nr. 273). Sedert de wet van 11 februari 1990 rijst er daarover geen probleem meer (zie F. Deruyck, «De wet van 11 februari 1990 tot invoering van een artikel 88bis in het Wetboek van Strafvordering betreffende het opsporen van telefonische mededelingen», *R.W.*, 1991-92, 12-15). De opgeroepen en de gekozen telefoonnummers kunnen worden opgespoord overeenkomstig de in artikel 88bis Sv. omschreven voorwaarden.

Volledigheidshalve moet worden vermeld dat, wanneer de feitenrechters vaststellen dat ze de gegevens en de inlichtingen, die op grond van het aanwenden van de Zoller-mali-cieux vóór de wet van 11 februari 1990 onwettig waren verkregen, uit de debatten uitsluiten en zeggen hun beslissing enkel te laten steunen op gegevens die vreemd zijn aan die aanwending, hun uitspraak niet voor kritiek vatbaar is (Cass., 28 februari 1995, *Arr. Cass.*, 1995, nr. 118).

F. Bekendmaking van gegevens door personen die tot geheimhouding verplicht zijn

De rechtspraak is enkele keren geconfronteerd met de bekendmaking van drugsmisdriven door advocaten of geneesheren.

Terecht werd geoordeeld dat er geen sprake was van schending van het beroepsgeheim in een procedure waarin een advocaat aan de directeur van de gevangenis had meegedeeld dat een van zijn confraters drugs doorspeelde aan gedetineerden. De advocaat die de feiten bekendgemaakt had, had de directeur op de hoogte gebracht terwijl hij in de gang van de gevangenis op een van zijn cliënten wachtte (Brussel, 23 december 1991, *J.T.*, 1992, 331). Hij was dus niet aan te merken als een vertrouweling, enkel als een getuige.

Het probleem van een eventuele schending van het beroepsgeheim kwam ook ter sprake in een procedure van voorlopige hechtenis wegens drugsdelicten. In die procedure was de verdachte aangehouden op grond van inlichtingen verstrekt door het hoofd van de reanimatieafdeling van een ziekenhuis die bij een eerste voorval de rijkswacht spontaan op de hoogte had gebracht van de opname van een slachtoffer van een overdosis heroïne en later, toen de feiten zich hadden herhaald, aan de politie schriftelijk bevestigd had dat dezelfde persoon opgenomen was. De verdediging had deze gang van zaken aangevoerd om de invrijheidstelling te krijgen. De rechters wezen dit verweer binnen het raam van de procedure van de voorlopige hechtenis af omdat ze binnen dit verband geen kennis nemen van de regelmatigheid van het onderzoek (zie echter de ontwikkeling in dit verband sedert de wet van 20 juli 1990 op de voorlopige hechtenis: Cass., 17 mei 1994, *Arr. Cass.*, 1994, nr. 246, *R.W.*, 1994-95, 603, noot

A. De Nauw). In een obiter dictum stelden ze vast dat het niet uitgesloten was dat de arts zich had kunnen bevinden in een noodtoestand, rekening houdend met het gevaar dat de betrokkene vormde voor zichzelf en voor anderen enerzijds en artikel 422bis Sw. anderzijds (K.I. Luik, 6 maart 1985, *Jur. Liège*, 1985, 661, strijdige vorderingen A. Spirlet, noot F. Piedboeuf). Men weet dat sedertdien het Hof van Cassatie de toepassing van de noodtoestand bij aangifte van misdrijven door een geneesheer heeft aanvaard (Cass., 13 mei 1987, *Arr. Cass.*, 1986-87, nr. 535).

Het Hof van Beroep te Brussel deed geen beroep op de noodtoestand om aan te nemen dat er geen sprake is van schending van het beroepsgeheim, wanneer een geneesheer en een apotheker aan de gerechtelijke autoriteiten drugs-misdrijven aangeven gepleegd door een persoon die bij hen was gekomen met het enig doel zich drugs te verschaffen aan de hand van vervalste voorschriften (Brussel, 7 november 1991, *R.D.P.*, 1992, 446, dat Corr. Brussel, 14 februari 1991, *J.L.M.B.*, 1992, 61, wijzigt).

G. Provocatie door overheidsagenten

1° Begrip

De rechtspraak worstelt nog altijd met het begrip provocatie door overheidsagenten.

Er is nog een tendens die de notie vrije wil aanwendt om het begrip provocatie te omschrijven. Deze strekking sluit aan bij de grond van schulduitsluiting van de dwang. Provocatie kan in het licht van deze grond enkel worden aangehouden voor zover ze daadwerkelijk de vrije wil van de dader zodanig beheerst heeft dat hij niet anders kon handelen of wanneer de vrije wil werd uitgeschakeld (Luik, 8 januari 1986, *Pas.*, 1986, II, 45, *Jur. Liège*, 1986, 231). Er is derhalve geen provocatie indien de beklaagden niet onder morele of materiële druk worden geplaatst een misdrijf te plegen (Brussel, 30 april 1986, *Jur. Liège*, 1986, 664, noot). Deze strekking komt nog tot uiting in een recente beslissing die geen problemen ziet in de techniek van de schijnkoop wanneer er geen zodanige invloed wordt uitgeoefend op de vrije wil van de daders van het misdrijf dat zij niet anders hadden kunnen handelen (Corr. Brussel, 12 april 1994, *R.D.P.*, 1995, 423). Onnodig te zeggen dat bij een dergelijke omschrijving van de provocatie de meeste gevallen door de beugel kunnen.

Meer en meer is de rechtspraak echter geneigd na te gaan of er vóór het optreden van overheidsagenten of van personen die handelen voor rekening of in overleg met overheidsagenten, al dan niet een bestaande delictuele activiteit vast te stellen was (Brussel, 22 mei 1985, *Pas.*, 1985, II, 138). Er is derhalve geen provocatie bij het in de val lokken van een verdachte na het plegen van een misdrijf dat niet uitgelokt werd (Luik, 24 juni 1986, *Jur. Liège*, 1986, 672, noot) of wanneer het oogmerk om het misdrijf te plegen reeds bestond vóór enig optreden van de politie, die zich enkel beperkt heeft tot het scheppen van een gelegenheid om vrij een strafbaar feit te plegen in zodanige omstandigheden dat zij de uitvoering ervan kon vaststellen (Corr. Antwerpen, 26 september 1989, *R.W.*, 1989-90, 1202, noot). Wanneer de techniek van de schijnkoop wordt toegepast op het ogenblik dat het misdrijf reeds is gepleegd of bepaaldelijk op het punt staat te worden gepleegd, is er geen provocatie (Brussel, 7 september

1994, *J.L.M.B.*, 1994, 1135, *Journ. Procès*, 14 oktober 1994, 25, noten C. De Valkeneer en G. Haarscher).

Deze tweede benadering maakt het mogelijk te zeggen dat er wel politionele provocatie is wanneer de rijkswacht een persoon gelast aan de verdachte te vragen hem drugs te bezorgen tegen betaling en daarop de verdachte op zoek gaat naar drugs om deze te kunnen leveren aan de provocant (Brussel, 18 juni 1987, *J.T.*, 1987, 596) of wanneer de koper reeds contact had opgenomen met de rijkswacht vooraleer er van verdovende middelen sprake was tussen de verkopers en de koper en laatstgenoemde in opdracht van een rijkswachter de verkopers aangezet had om drugs te leveren (Antwerpen, 6 februari 1987, *R.W.*, 1986-87, 2159). Het mooiste voorbeeld van een haarfijne analyse van de feiten en van de gang van zaken vindt men in een arrest van het Hof van Beroep te Brussel van 15 maart 1989 (*J.L.M.B.*, 1990, 51). T.a.v. bepaalde beklaagden verwerpen de rechters het verweermiddel van de provocatie omdat «l'ensemble des éléments matériels convainquent la cour que l'intention criminelle était préexistante chez X à l'intervention du sieur Y». M.b.t. andere beklaagden daarentegen zeggen de rechters: «l'analyse scrupuleuse du déroulement des faits permet d'aboutir à la conclusion que si intention criminelle préexistante il y avait dans le chef du prévenu Z, celle-ci ne revêtait pas, au travers d'un acte ou d'une attitude qui l'aurait concrétisée, matérialisée, une consistance qui ne laisserait place à aucune équivoque ou ambiguïté sur la volonté de l'auteur de commettre l'infraction». M.a.w. er wordt nagegaan hoever de betrokkenen in de iter criminis staan en hierbij wordt gebruik gemaakt van het criterium van de leer van het al dan niet ondubbelzinnig karakter van de handelingen mede rekening houdend met het geheel van de omstandigheden van de zaak. J. Constant had dit criterium binnen het raam van de poging genoemd «le système de l'univocité circonstancielle» (*Précis de droit pénal*, 1975, p. 166, nr. 134).

2° Bewijs

M.b.t. het bewijs van de provocatie rijst in de eerste plaats de vraag omtrent de bewijslast. Over die vraag bestaat er in de rechtspraak eensgezindheid sedert dat het Hof van Beroep te Brussel in een arrest van 3 maart 1987 (*R.W.*, 1987-88, 641, noot A. De Nauw) in dezen het systeem van de bewijslast m.b.t. gronden van rechtvaardiging toepasselijk heeft geacht. Dit betekent dat politionele provocatie niet moet worden vermoed, zolang de beklaagden niet zelf, bij voorkeur aan de hand van concrete gegevens, hun beweringen desaan gaande enige kracht hebben bijgezet. Wanneer uit de elementen van het dossier niet blijkt dat de informant of de pseudo-koper druk op de beklaagden heeft uitgeoefend, noch dat de beklaagden hun criminele opzet wilden beëindigen, mist het verweer van de verdediging geloofwaardigheid en wordt het zonder meer afgewezen (Brussel, 21 november 1989, *J.L.M.B.*, 1992, 1338). Daarentegen, zo de aanvoering van de verdediging op elementen berust die niet van elke grond ontbloomt zijn, moet het openbaar ministerie de onjuistheid van het verweer en de afwezigheid van provocatie bewijzen (Brussel, 15 maart 1989, *J.L.M.B.*, 1990, 51). Bij gebrek aan dit tegenbewijs zijn de vervolgingen onontvankelijk (Bergen, 5 mei 1992, *R.D.P.*, 1992, 890, noot C. De Valkeneer, *J.L.M.B.*, 1993, 12).

Een ander aspect van de problematiek van het bewijs van de provocatie betreft de anonimiteit van de bronnen van de politie en het verhoor van anonieme personen.

De rechtspraak heeft meer dan eens beslist dat een politieambtenaar het recht heeft bij een verhoor in rechte de identiteit van de tipgever geheim te houden (Luik, 8 januari 1986, *Pas.*, 1986, II, 45, *Jur. Liège*, 1986, 231). Deze regel geldt ook wanneer leden van de rijkswacht als pseudo-kopers handelen (K.I.Bergen, 4 mei 1990, *J.L.M.B.*, 1990, 1129, noot F. Piedboeuf).

Wanneer de infiltrerende politieambtenaar door de onderzoeksrechter wordt gehoord, is er geen sprake van nietigheid, al wordt de identiteit van de betrokkene in het proces-verbaal niet vermeld. Het is zelf niet belangrijk dat de betrokkene het proces-verbaal van verhoor niet tekent en geen eed aflegt. De vormvereisten van artikel 74 Sv. zijn immers niet op straffe van nietigheid voorgeschreven. Indien beslist wordt de anonimiteit van de betrokkene te bewaren, kan ter terechtzitting afgezien worden van zijn verhoor als getuige en kan volstaan worden met het verhoor van de onderzoeksrechter en de officier onder wie de betrokken politieambtenaar staat (Bergen, 16 september 1993, *R.D.P.*, 1995, 284, noot M. Beernaert).

3° E.V.R.M.

Men kan zich afvragen of die rechtspraak wel bestaanbaar is met het E.V.R.M., m.i.b. met de artikelen 6 en 8.

Volgens het E.H.R.M. in het arrest Lüdi van 15 juni 1992 (Publ. Cour, Série A, vol. 238) maakt het optreden van een pseudo-koper geen inbreuk op art. 8 E.V.R.M.: de verdachte die zich schuldig maakt aan een drugsdelict moet er zich van bewust zijn «qu'il risquait par conséquent de rencontrer un fonctionnaire infiltré chargé en réalité de le démasquer» (overweging 40).

Wat de techniek betreft van het anoniem verhoor van een politieambtenaar die als pseudo-koper is opgetreden, zegt het E.H.R.M. dat de verdachte in enigerlei stadium van de procedure de betrokkene moet kunnen ondervragen. Dat betekent niet dat de betrokkene steeds op de zitting moet verschijnen. Een verhoor tijdens het vooronderzoek met gelegenheid voor de verdachte om vragen te stellen of bij monde van zijn raadsman te laten stellen doet aan de vereisten van het eerlijk proces omschreven in artikel 6 voldoende recht. Het E.H.R.M. maakt trouwens een onderscheid met vroegere arresten «où les condamnations incriminées reposaient sur des déclarations de témoins anonymes. En l'espèce, il s'agissait d'un officier de police assermenté dont le juge d'instruction n'ignorait pas la mission». Dit verschil legt uit waarom het ondervragingsrecht van de verdachte aangepast zou kunnen worden «de manière à prendre en compte l'intérêt légitime des autorités de police, dans une affaire de trafic de stupéfiants, à préserver l'anonymat de leur agent pour pouvoir non seulement le protéger, mais aussi l'utiliser encore à l'avenir» (overweging 49) (zie verder C. De Valkeneer, *L'infiltration et la Convention européenne des droits de l'homme*, *Rev. trim. dr. H.*, 1993, 313-334; L.C. Meijers, «Over Lüdi tegen Zwitserland, EHRM 15 juni 1992», *D.D.*, 1994, 272-277).

4° *De ministeriële circulaire van 24 april 1990*

De minister van Justitie heeft op 24 april 1990 een circulaire betreffende de bijzondere opsporingstechnieken om de zware of georganiseerde criminaliteit te bestrijden opgesteld. Deze circulaire werd niet openbaar gemaakt. Doch verschillende auteurs maken ervan gewag (zie R. Verstraeten, «Opsporingsmethoden: regulering en controle in België en Frankrijk», *D.D.*, 1995, 605-643; P. De Hert en J. Vandenborgh, «Magistraten met aanleg voor politiewerk: de nationale magistraten», *Vigiles*, 1996, 1-19) en blijkbaar laat de rechtspraak zich ook erdoor inspireren.

De circulaire betreft hoofdzakelijk pseudo-koop, begeleidende zendingen, infiltratie en observatie. De hoofdlijnen ervan zijn dat de toepassing van bijzondere opsporingstechnieken slechts mogelijk is na een voorafgaand schriftelijk verslag dat onderworpen is aan de toestemming van het openbaar ministerie, dat immers instaat voor de regelmatigheid van de bewijsvoering. Vervolgens moet de uitvoering van de verschillende opsporingstechnieken steeds onder controle

van het openbaar ministerie geschieden en, wanneer een gerechtelijk onderzoek wordt gevoerd, ook van de onderzoeksrechter. Dit vereiste moet in verband worden gebracht met de eerder beschreven rechtspraak: de politie mag bepaalde grenzen niet overschrijden, anders is er sprake van provocatie. Daarom moet(en) de procureur des Konings en de onderzoeksrechter de mogelijkheid hebben op elk ogenblik een einde te maken aan het optreden van de politie, wat impliceert dat zij vanaf het begin stipt, volledig en nauwgezet worden ingelicht.

Hoewel een circulaire niet kan worden aangemerkt als een bron van het strafprocesrecht, laat de rechtspraak zich door de hoofdlijnen van deze circulaire inspireren en werd een undercoveroperatie die op touw werd gezet door de politie zonder toelating en controle van het openbaar ministerie en de onderzoeksrechter mede om die reden als onregelmatig beoordeeld (Bergen, 5 mei 1992, *R.D.P.*, 890, noot C. De Valkeneer).

Alain DE NAUW

RECHTSPRAAK

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER – 13 SEPTEMBER 1994

Voorzitter-rapporteur: de h. Holsters

Openbaar ministerie: de h. Bresseleers

Advocaten: mrs. De Gryse en Nelissen-Grade

1. Strafvordering – Eenparigheid 2. Valsheid in geschrift

1. *Het arrest van de kamer van inbeschuldigingstelling, waarvan het bestaan vaststaat, dat door de voorzitter, een raadsheer en een griffier werd ondertekend, heeft een authentiek karakter.*

Als de beslissing niet met eenparigheid van stemmen moest worden gewezen, heeft het ontbreken onder het arrest van de handtekening van een lid van de kamer van inbeschuldigingstelling geen nietigheid van het arrest tot gevolg.

2. *Door vast te stellen dat geen kwaadwilligheid blijkt, merkt de strafrechter aan dat zowel het bedrieglijk opzet als het oogmerk om te schaden niet bewezen is inzake valsheid in geschrift.*

N.V. V. t/L.

Overwegende dat het arrest, waarvan het bestaan vaststaat, werd ondertekend door de voorzitter, een raadsheer en de griffier; dat het zodoende een authentiek karakter heeft;

Overwegende dat derhalve tot inschrijving van valsheid vaststaat dat het arrest werd gewezen na beraadslaging door de drie in het arrest vermelde rechters; dat de bestreden be-

slissing niet met eenparigheid van stemmen moest worden gewezen en uit de stukken waarop het Hof vermag acht te slaan niet blijkt dat de bestreden beslissing niet werd genomen bij volstreekte meerderheid van stemmen overeenkomstig de artikelen 193bis en 211 van het Wetboek van Strafvordering;

Overwegende dat in die omstandigheden het ontbreken onder het arrest van de handtekening van een lid van de kamer van inbeschuldigingstelling geen nietigheid van het arrest tot gevolg heeft;

Overwegende dat de appelrechters door hun motivering zonder dubbelzinnigheid vaststellen dat er in hoofde van verweerder voor het geheel van het deskundigenonderzoek geen kwaadwilligheid blijkt; dat zij daardoor zowel bedrieglijk opzet als oogmerk om te schaden als niet bewezen aanmerken;

Dat de daarbij door de appelrechters gegeven beschouwingen omtrent de bewijswaarde van een deskundigenverslag en een al dan niet voor eiseres mogelijk nadeel overtuigend zijn;

...

NOOT – *De ondertekening van vonnissen en arresten*

Het ontbreken van de handtekening van een van de rechters onder een vonnis of een arrest, dat geen eenparigheid vereist, tast de regelmatigheid van de beslissing niet aan (Cass. 27 december 1949, *Pas.*, 1950, I, 276 en de noot van R. Hayoit de Termicourt; Cass., 7 maart 1962, *Pas.*, 1962, I, 763; Cass., 21 januari 1975, *Pas.*, 1975, I, 525; Cass., 10 mei 1976, *Pas.*, 1976, I, 971).

Dit neemt echter niet weg dat de rechter die zijn handtekening weigert, niet alleen te kennen geeft dat hij niet ak-

koord gaat met de beslissing, maar dat hij metterdaad het geheim van de beraadslaging schendt.

A. Vandeplas

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER – 28 JUNI 1995

Voorzitter: de h. Ghislain

Rapporteur: de h. Echement

Openbaar ministerie: de h. Janssens de Bisthoven

Advocaat: mr. Kirkpatrick

Slagen en verwondingen – Opzettelijk toebrengen van verwondingen – Verzwarende omstandigheid

Als de ongeschiktheid tot het verrichten van persoonlijke arbeid is vastgesteld, hoeft geen acht te worden geslagen op de graad van ongeschiktheid om de verzwarende omstandigheid van art. 400, eerste lid, Sw. bewezen te verklaren.

G. t/ H.

Gelet op het bestreden arrest, op 5 januari 1995 door het Hof van Beroep te Luik gewezen;

Over het middel: schending van artikel 400, eerste lid, van het Strafwetboek,

...

Overwegende dat het arrest vaststelt dat het geneeskundig verslag van 25 juli 1990 «niet alleen melding maakt van een verplaatste breuk van de twee beenderen van de rechterenkel, maar ook van tal van kneuzingen over het hele lichaam; dat de door de gerechtelijke deskundige erkende blijvende arbeidsongeschiktheid bevestigd wordt door het bij het hof neergelegde medische attest»;

Overwegende dat de appelrechters aldus het bestaan van een werkelijke ongeschiktheid hebben vastgesteld; dat uit de overweging volgens welke geen acht hoeft te worden geslagen op de graad van ongeschiktheid blijkt dat, ook al is de ongeschiktheid reëel, de graad ervan geen invloed heeft op het bestaan van de verzwarende omstandigheid;

Dat het hof van beroep daaruit wettig heeft afgeleid dat het misdrijf bewezen was aan de zijde van de eiser;

Dat het middel niet kan worden aangenomen;

...

NOOT – *Blijvende ongeschiktheid tot het verrichten van persoonlijke arbeid als verzwarende omstandigheid van de opzettelijk toegebrachte slagen of verwondingen*

1. Blijkens de artikelen 399 en 400 Sw. is de ongeschiktheid tot het verrichten van persoonlijke arbeid een verzwarende omstandigheid van de opzettelijk toegebrachte slagen en verwondingen. Artikel 400 gewaagt in dit verband van een «blijvende» ongeschiktheid, zodat in artikel 399 blijkbaar de «tijdelijke» ongeschiktheid wordt bedoeld. De desbetreffende ongeschiktheden leveren een zgn. «objectieve verzwarende omstandigheid» op (Cass., 19 oktober 1988, *R.W.*, 1988-89, 1427, met noot A. Vandeplas).

2. Tijdens de parlementaire voorbereiding van het Strafwetboek werd benadrukt dat de bedoelde ongeschiktheid geen betrekking heeft op de arbeid die het slachtoffer «gewoonlijk» uitoefent (d.w.z. zijn professionele bezigheden), maar wel op diens geschiktheid om nog *lichamelijke* arbeid te verrichten (Nypels, J.-S.-G., *Législation*, III, 217-218, nrs. 36-38; Nypels, J.-S.-G. en Servais, J., *Le Code pénal belge interprété*, III, 16-18, nr. 5, en 21, nr. 3; vgl. Blanche, A., *Etudes pratiques sur le Code pénal*, IV, Parijs, 1888 (2e ed. door Dutruc, G.), 809-812, nr. 572; Garraud, R., *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, V, 3e ed., 345-347, nr. 2002). Deze stelling wordt thans nog steeds verdedigd (zie o.m. Charles, R., Marcelis, E. en Florival, C., «Coups et blessures», in *R.P.D.B.*, Compl. VIII, 256, nr. 197).

3. De ongeschiktheid tot het verrichten van lichamelijke arbeid hoeft niet volledig te zijn (contra: Chauveau, A. en Hélie, F., *Théorie du Code pénal*, II, 2e Belg. ed. (1863), 19, nrs. 2566-2567): wanneer het slachtoffer ten gevolge van de verwondingen niet meer in staat is zijn «normale» dagelijkse taken uit te voeren, dient de verzwarende omstandigheid bewezen te worden verklaard. Een en ander zal telkens in concreto moeten worden beoordeeld (cf. Nypels, *Législation*, III, 218, nr. 36).

4. De aldus bedoelde ongeschiktheid heeft betrekking op de minimale ontplooiing van spierkracht die elkeen dagelijks tot stand moet brengen (de «doorsnee lichamelijke arbeid», cf. Arnou, P., «Opzettelijk doden en het opzettelijk toebrengen van lichamelijk letsel», in *Bijzonder strafrecht voor rechtspractici*, 66, nr. 95, en 67, nr. 99). Wanneer deze ontplooiing door de toegebrachte verwondingen onmogelijk wordt of ernstig wordt gehinderd – waaruit de zwaarwichtigheid van de verwondingen blijkt – is de verzwarende omstandigheid bewezen.

5. De desbetreffende beoordeling vertoont anderzijds evenwel ook een «abstract» aspect. De strafrechter hoeft immers niet na te gaan of het slachtoffer *de facto* persoonlijke, lichamelijke arbeid verrichtte: het feit dat het slachtoffer ten gevolge van een reeds bestaande fysieke insufficiëntie of zelfs uit pure vadsigheid geen vinger in het huishouden uitstak en van 's morgens tot 's avonds in zijn luie zetel zat (en derhalve geen of slechts een uiterst minimale «persoonlijke arbeid» aan de dag legde), is irrelevant. Dit laatste houdt immers geen verband met de intrinsieke zwaarte van de toegebrachte verwondingen (cf. Marchal, A. en Jaspar, J.P., *Droit criminel, Traité théorique et pratique*, 2e ed. (1965), I, 437, nr. 1181).

6. De besproken verzwarende omstandigheid is volgens de parlementaire voorbereiding aldus niet afhankelijk van de maatschappelijke status of de professionele activiteit van de betrokkene, maar van de intrinsieke zwaarte van de toegebrachte slagen, d.w.z. van de gevolgen ervan op de *fysieke conditie* van het slachtoffer (zie ook Brussel, 18 januari 1916, *Pas.*, 1918, II, 168). De lichamelijke mogelijkheden van het slachtoffer zijn derhalve relevant, zijn professionele bezigheid niet (Constant, J., *Manuel de droit pénal*, II, 1949, 107, nr. 886; Garçon, E., *Code pénal annoté*, II, nouvelle édition refondue et mise à jour par Rousselet, M., Patin, M. en Ancel, M., 1956, 82, nr. 120; vgl. Vandeplas, A., «Opzettelijke verwondingen met blijvende arbeidsongeschiktheid» (noot onder Antwerpen, 18 februari 1982), *R.W.*, 1983-84, 317, nr. 2). Wanneer ten gevolge van de slagen de pink van de lin-

kerhand van het rechtshandige slachtoffer gedurende enkele weken een lichte vorm van stijfheid vertoont, zou dit bijgevolg allicht geen ongeschiktheid in de zin van artikel 399 Sw. met zich brengen, hoewel het niet uitgesloten is dat een dergelijke verwonding het slachtoffer verhindert zijn professionele bezigheid uit te oefenen, bv. ingeval het slachtoffer een beroepsviolist is (Nypels, J.-S.-G., *Législation*, III, 217, nr. 36, rechterkolom; cf. hierna).

7. Er werd dan ook benadrukt dat de in de strafwet bedoelde ongeschiktheid niet mag worden verward met de burgerrechtelijke «schade» die het slachtoffer leed (Nypels, J.-S.-G., *Législation*, III, 217, nr. 36, rechterkolom; Schuind, G., *Traité pratique de droit criminel*, I, herwerkt door A. Vandeplas, 4e druk, losbl. (compl. 13), 383, nr. 3). De «arbeidsongeschiktheid» is immers vaak een belangrijke schadepost bij de begroting van de schade ten gevolge van de toegebrachte slagen en verwondingen. De dader is gehouden tot vergoeding van de integrale schade (art. 1382 B.W.) en dus ook van de schade ten gevolge van de door zijn optreden veroorzaakte ongeschiktheid van het slachtoffer om zijn lucratieve bezigheden voort te zetten of uit te oefenen. In tegenstelling tot de in de strafwet bedoelde ongeschiktheid, is de concrete professionele activiteit van het slachtoffer bij de begroting van de door hem geleden schade wél belangrijk en zelfs van doorslaggevend belang. Om de omvang van de schadevergoeding wegens arbeidsongeschiktheid te begroten, wordt immers niet zozeer op de intrinsieke ernst van de verwondingen gelet, maar op de invloed van deze verwondingen op de inkomsten van het slachtoffer.

Hierbij kan worden opgemerkt dat een ongeschiktheid tot het verrichten van persoonlijke arbeid (meestal) uiteraard ook hinderlijk zal zijn bij het uitoefenen van de (zelfs louter intellectuele) beroepsbezigheden van het slachtoffer. Dit laatste impliceert evenwel *niet noodzakelijk* dat deze hinder een economische weerslag heeft op de lucratieve bezigheden van het slachtoffer.

8. Overeenkomstig die beginselen oordelen bepaalde feitenrechters consequent dat een (zeer) klein percentage «blijvende arbeidsongeschiktheid» niet noodzakelijk een «ongeschiktheid tot het verrichten van persoonlijke arbeid» in de zin van de strafwet met zich brengt zie bv. Antwerpen, 18 februari 1982, (*R.W.*, 1983-84, 316, met goedkeurende noot Vandeplas, A.), waarin een blijvende arbeidsongeschiktheid van 3% niet als een ongeschiktheid in de zin van art. 400 Sw. werd beschouwd; vgl. evenwel Corr., Marche-en-Famenne, 30 december 1964, (*Jur. Liège*, 1964-65, 155), waarin een arbeidsongeschiktheid van 5% wél als een dergelijke ongeschiktheid werd aangemerkt, niettegenstaande de deskundige uitdrukkelijk had gesteld dat deze arbeidsongeschiktheid geen ongeschiktheid tot het verrichten van persoonlijke arbeid tot gevolg had.

9. Die uit een strafrechtelijk oogpunt ongetwijfeld aantrekkelijke interpretatie van het begrip «ongeschiktheid» in de artikelen 399 en 400 Sw. lijkt evenwel maar moeilijk verzoenbaar te zijn met de rechtspraak van het Hof van Cassatie volgens welke een strafrechtelijke veroordeling op grond van artikel 398 Sw. door tegenstrijdigheid is aangetast wanneer op burgerlijk gebied een deskundige wordt aangesteld wiens opdracht de vaststelling van een (tijdelijke of blijvende) «arbeidsongeschiktheid» niet uitsluit (Cass., 31 oktober 1989, *A.C.*, 1989-90, nr. 132). Een dergelijke tegenstrijdigheid is er volgens het Hof ook wanneer, na een strafrechtelijke

veroordeling op grond van artikel 399 Sw., een deskundige wordt aangesteld wiens opdracht de vaststelling van een *blijvende* «arbeidsongeschiktheid» niet uitsluit (Cass., 21 november 1989, *A.C.*, 1989-90, nr. 183) of wanneer een strafrechtelijke veroordeling op grond van artikel 400 Sw. wordt gevolgd door een beslissing op burgerlijk gebied waarbij een deskundige wordt aangesteld met een opdracht die de vaststelling van een slechts *tijdelijke* «arbeidsongeschiktheid» tot gevolg zou kunnen hebben (Cass., 30 oktober 1991, *R.D.P.*, 1992, 222).

10. De tegenstrijdigheid bestaat volgens het Hof van Cassatie hierin dat aldus de *eventualiteit* van een blijvende of tijdelijke arbeidsongeschiktheid wordt aangenomen die onverzoenbaar is met de strafrechtelijke veroordeling (zie ook Van Overbeke, S., «Vrijspraak of veroordeling? Omtrent de beslissing nopens de verzwarende omstandigheid in de rechterlijke uitspraak» noot onder Antwerpen, 2 september 1993, *R.W.*, 1994-95, 95, nrs. 2-3). Soms merkt het Hof hierbij op dat de appelrechters door hun beslissing op burgerlijk gebied op deze of gene wijze te formuleren, «eventueel» het bestaan van een bepaalde vorm van arbeidsongeschiktheid zouden kunnen vaststellen «*die in de bewezen verklaarde feiten niet is begrepen*» (cf. Cass., 20 augustus 1984, *A.C.*, 1983-84, nr. 630; Cass., 21 november 1989, *A.C.*, 1989-90, nr. 183). Deze «eventualiteit» maakt de strafrechtelijke veroordeling volgens het Hof blijkbaar ongeloofwaardig. De omstandigheid dat de gewraakte opdrachten aan de deskundigen slechts (de beoordeling van) de burgerrechtelijke gevolgen van het misdrijf beogen, kan het Hof van Cassatie blijkbaar niet overtuigen.

11. Strikt gezien impliceert deze cassatierechtspraak evenwel *niet noodzakelijk* dat het Hof van Cassatie van oordeel is dat elke blijvende arbeidsongeschiktheid – ook wanneer deze slechts uiterst miniem is – een ongeschiktheid in de zin van de strafwet oplevert: men zou kunnen stellen dat het Hof slechts oordeelt dat de aangehaalde opdrachten aan de deskundigen een verwijzing *kunnen* in houden naar de in de artikelen 399 en 400 bedoelde verzwarende omstandigheden, zodat er een mogelijke tegenstrijdigheid ontstaat waardoor niet meer kan worden uitgemaakt of de strafrechter de verzwarende omstandigheid nu al dan niet bewezen verklaart.

Wel moet worden opgemerkt dat bepaalde auteurs m.b.t. de in de artikelen 399 en 400 Sw. bedoelde «ongeschiktheid» verwijzen naar het begrip «arbeidsongeschiktheid» in de wetgeving i.v.m. de arbeidsongevallen (Poupart, J.M., «Homicides et lésions corporelles volontaires», in *Les Nouvelles, Droit pénal*, IV, 1989, 43, nr. 6775 *in fine*). In deze laatste context wordt de arbeidsongeschiktheid echter vastgesteld a.h.v. een louter economische parameter, nl. het verlies of de vermindering van de economische waarde van de getroffen op de algemene arbeidsmarkt (zie de concl. van proc.-gen. Lenaerts voor Cass., 18 mei 1992, *R.W.*, 1992-93, 535, nr. 7; vgl. met het begrip arbeidsongeschiktheid in de ziekte- en invaliditeitswetgeving, *ibid.*, nr. 6).

12. De stelling dat een slechts klein percentage arbeidsongeschiktheid niet noodzakelijk aanleiding geeft tot de in de strafwet bedoelde ongeschiktheid, lijkt in elk geval, zo niet onmogelijk, dan toch maar moeilijk met deze cassatierechtspraak verzoenbaar te zijn (Arnou, P., *l.c.*, 67, nr. 98). Het zou voor de strafrechter, gelet op de cassatierechtspraak, immers geen gemakkelijk karwei zijn om te kennen te geven dat de ongeschiktheid van het slachtoffer op strafrechtelijk

gebied voor hem een uitgemaakte zaak is, maar dat een deskundige moet worden aangesteld om de louter burgerrechtelijke gevolgen van bepaalde minieme restletsels te beoordelen.

13. Anderzijds houdt het Hof in dit verband wel streng de hand aan het onderscheid tussen de begrippen «arbeidsongeschiktheid» en «invaliditeit». Deze begrippen worden immers niet zelden – zowel door partijen, door feitenrechters als door de aangestelde deskundigen – met elkaar verward. Regelmatig dient het Hof van Cassatie dan ook te herinneren aan het fundamentele onderscheid tussen beide begrippen: de term «invaliditeit» is een louter medisch begrip dat een vermindering van anatomische of functionele aard van het menselijk handelen aanduidt, *onafhankelijk van de eventuele weerslag op de lucratieve activiteiten van het slachtoffer*, dit i.t.t. het begrip «arbeidsongeschiktheid», dat de ongeschiktheid aanduidt van het slachtoffer om lucratieve bezigheden uit te oefenen die het, rekening houdend met zijn mogelijkheden, had kunnen ontplooiën. De omvang (d.w.z. het vastgestelde percentage) van de invaliditeit en van de arbeidsongeschiktheid zijn niet noodzakelijk gelijk (Verougstraete, E., «De werkonbekwaamheden met evolutief karakter», *R.W.*, 1963-64, (705), 709; Schuermans, L., Van Oevelen, A., Persyn, C., Ernst, P. en Schuermans, J.-L., «Overzicht van rechtspraak. Onrechtmatige daad. Schade en schadeloosstelling (1983-1992)», *T.P.R.*, 1994, 1184-1185, nr. 42).

14. Dienaangaande oordeelde het Hof van Cassatie dat een beslissing waarbij de verdachte enerzijds op grond van artikel 399 Sw. strafrechtelijk wordt veroordeeld doch waarbij anderzijds op burgerlijk gebied wordt vastgesteld dat de slagen bij het slachtoffer een blijvende *invaliditeit* teweegbrachten, niet door tegenstrijdigheid is aangetast: zoals het Hof terecht vaststelt, sluit de omstandigheid dat de slagen slechts een tijdelijke en niet een blijvende *ongeschiktheid* tot het verrichten van persoonlijke arbeid ten gevolge hebben gehad, niet uit dat die slagen niettemin een blijvende *invaliditeit* tot gevolg hebben gehad (Cass., 18 mei 1993, *A.C.*, 1993, nr. 242).

15. Wanneer men in het licht van de hierboven aangehaalde cassatierechtspraak (cf. supra, nrs. 9 en 10) de redenering evenwel omdraait, dan kan men niet ontkennen dat een zelfs minieme graad van blijvende invaliditeit – die weliswaar *niet noodzakelijk* impliceert dat er een blijvende ongeschiktheid in de zin van artikel 400 Sw. was (Cass., 31 maart 1993, *A.C.*, 1993, nr. 168) – (uiteraard!) kan impliceren dat het slachtoffer ook arbeidsongeschikt was (Schuermans, L., Van Oevelen, A., Persyn, C., Ernst, P. en Schuermans, J.-L., o.c., *T.P.R.*, 1994, 1193). De strafrechter is overigens ertoe gehouden om na te gaan of de door hem vastgestelde invaliditeit een ongeschiktheid in de zin van de strafwet inhoudt (Cass., 31 maart 1993, gecit.). De andersluidende conclusie van het openbaar ministerie n.a.v. het arrest van 18 mei 1993 lijkt dan ook meer in overeenstemming te zijn met de hierboven aangehaalde cassatierechtspraak (cf. voetnoot 2 in *A.C.*, 1993, 508). Het Hof oordeelde evenwel blijkbaar niet dat de mogelijkheid dat een blijvende invaliditeit ook een blijvende arbeidsongeschiktheid tot gevolg kan hebben, tot een tegenstrijdigheid in de rechterlijke beslissing aanleiding gaf.

16. O.i. zou men zelfs kunnen stellen dat de wetgever met de term «ongeschiktheid» in de artikelen 399 en 400 Sw. een

bepaalde vorm van *invaliditeit* beoogde, nl. de aantasting van de lichamelijke integriteit die van die aard is dat het slachtoffer niet meer in staat is normale lichamelijke arbeid te verrichten.

17. Het thans geannoteerde arrest dient met de nodige om- en voorzichtigheid te worden geïnterpreteerd. Het Hof van Cassatie beslist immers niet zonder meer dat de graad van de arbeidsongeschiktheid geen invloed heeft op het bestaan van de verzwarende omstandigheid, maar wel dat de graad van de arbeidsongeschiktheid irrelevant is *wanneer de appelrechters in feite het bestaan van een «werkelijke» ongeschiktheid hebben vastgesteld* (zie de oorspronkelijke, Franse tekst van het arrest: «*qu'étant réelle, le taux de cette incapacité est sans influence sur l'existence de la circonstance aggravante*» (Bull. Arr., 1995, nr. 338), wat in de Nederlandse versie werd vertaald als «*ook al is de ongeschiktheid reëel...*»; vgl. evenwel met de kop boven het geannoteerde arrest in *A.C.*, 1995, nr. 338). Men kan echter niet ontkennen dat het onderhavige arrest zeker geen hart onder de riem steekt van degenen die een autonome interpretatie van het begrip «ongeschiktheid» in de artikelen 399 en 400 Sw. verdedigen.

Steven Van Overbeke

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER – 18 DECEMBER 1995

Voorzitter: de h. Marchal

Rapporteur: mevr. Bourgeois

Openbaar ministerie: mevr. De Raeve

Advocaat: mr. De Gryse

Ondernemingsraad en veiligheidscomité – Sociale verkiezingen – Kaderleden – Beslissing betreffende functies – Betwisting – Vakorganisatie – Beroep bij arbeidsrechtbank – Bewijslast

De vakorganisatie die, inzake de sociale verkiezingen voor de ondernemingsraad en het veiligheidscomité, beroep instelt bij de arbeidsrechtbank tegen de beslissing van de werkgever betreffende de functies van de kaderleden, moet het bewijs leveren van haar bewering dat de litigieuze functies geen functies zijn in de zin van art. 14, § 1, tweede lid, 3°, Bedrijfsorganisatiewet.

N.V. A. t/ L.B.C. e.a.

Gelet op het bestreden vonnis, op 27 februari 1995 in laatste aanleg gewezen door de Arbeidsrechtbank te Antwerpen;

(...)

Overwegende dat verweerster een beroep voor de arbeidsrechtbank had ingesteld tegen de beslissing van eiseres betreffende de functies van de kaderleden, als bedoeld in artikel 8, eerste lid, 3°, van het koninklijk besluit van 12 augustus 1994 betreffende de ondernemingsraden en de comités voor veiligheid, gezondheid en verfraaiing van de werkplaatsen; dat dit beroep ertoe strekte dat de arbeidsrechtbank voor recht zegt dat, anders dan eiseres had beslist, de func-

ties van een aantal bedienden geen functies van kaderleden zijn in de zin van artikel 14, § 1, tweede lid, 3°, van de wet van 20 september 1948 houdende organisatie van het bedrijfsleven;

Overwegende dat het bestreden vonnis beslist dat eiseres aan de hand van functiebeschrijving en door de aanduiding van het opleidingsniveau van de personen die deze functies uitoefenen, geenszins bewijst dat de in dat vonnis opgesomde functies, kaderfuncties zouden uitmaken;

Dat het bestreden vonnis aldus de regels van de bewijslast, die in de artikelen 1315 van het Burgerlijk Wetboek en 870 van het Gerechtelijk Wetboek zijn neergelegd, miskent;

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 25 JANUARI 1996

Voorzitter-rapporteur de h. Verougstraete

Openbaar ministerie: de h. Bresseleers

Advocaten: mrs. Claeyss Bouvaert en Bützler

Douane en accijnzen – Transactie – Begrip

In zoverre de in art. 263 Douanewet bedoelde transactie rechtmatig gesloten is, maakt ze een einde aan de vraag of de belasting verschuldigd is dan wel onrechtmatig vastgesteld is.

Belgische Staat t/ N.V. S.

Gelet op het bestreden arrest, op 28 april 1993 door het Hof van Beroep te Brussel gewezen;

...

Overwegende dat de appelrechters vaststellen dat: 1. het bestuur en verweerster een dading aangingen waarbij verweerster voor de ingevoerde essences een bepaald bedrag accijns, bijzondere accijns en B.T.W. zou betalen, vermeerderd met een nalatigheidsinterest van 12 pct. maar geen boete; 2. verweerster de overeengekomen bedragen betaalde; 3. verweerster daarna dagvaardde op grond dat het bestuur een fout had begaan door willekeurig de ingevoerde essences onder een bepaalde tariefpost te plaatsen;

Dat de vordering van verweerster aldus, volgens de vaststellingen van het arrest, haar oorsprong vindt in de niet-nakoming door het bestuur van zijn plicht, bij de vaststelling van de belasting, te handelen volgens de regels van behoorlijk bestuur;

Overwegende dat, krachtens artikel 263 van de Algemene Wet op de Douane en Accijnzen, door de administratie kan worden getransigeerd in de door dat artikel bepaalde omstandigheden;

Dat een dergelijke dading, in zoverre zij rechtmatig is gesloten, wat te dezen niet betwist wordt, een einde maakt aan de betwisting over de vraag of de belasting verschuldigd is dan wel onrechtmatig werd vastgesteld;

Overwegende dat het arrest, na te hebben vastgesteld wat hiervoren is weergegeven, oordeelt dat de vordering tot betaling van schadevergoeding een ander voorwerp heeft dan de verbintenissen door verweerster bij de dading aangegaan, en op die grond de vordering gegrond verklaart;

Dat het zodoende artikel 263 van de Algemene Wet op de Douane en Accijnzen schendt;

...

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 26 JANUARI 1996

Voorzitter: de h. Sace

Rapporteur: de h. Rappe

Openbaar ministerie: de h. Janssens de Bisthoven

Advocaten: mrs. De Bruyn en Simont

Faillissement – Verzoek tot voorafgaand gerechtelijk akkoord – Verwerping – Faillietverklaring – Vereisten

Uit art. 24, eerste lid, Wet Gerechtelijk Akkoord volgt dat de rechter die de faillietverklaring wil uitspreken na de verwerping van het akkoord, verplicht is de schuldenaar opnieuw te horen of op zijn minst hem daartoe op te roepen, opdat hij zijn opmerkingen over de voorwaarden van de faillietverklaring naar voren kan brengen.

N.V. I. t/ N.V. D. in vereffening e.a.

Gelet op het bestreden arrest, op 6 juni 1994 door het Hof van Beroep te Brussel gewezen;

...

Overwegende dat artikel 24, eerste lid, van de bij Regentsbesluit van 25 september 1946 gecoördineerde wetten op het gerechtelijk akkoord bepaalt dat de rechtbank, vanaf het uitbrengen van het eerste verslag door de rechter-commissaris overeenkomstig artikel 7 en tot de homologatie van het akkoord, indien zij tot de overtuiging komt dat de schuldenaar niet ongelukkig en te goeder trouw is, hem te allen tijde in staat van faillissement kan verklaren, na zijn ophelderingen te hebben gehoord of hem behoorlijk te hebben opgeroepen bij aangetekende brief;

Dat uit die bepaling volgt dat de rechter, die de faillietverklaring wil uitspreken na de verwerping van het akkoord, ertoe verplicht is de schuldenaar opnieuw te horen of op zijn minst hem daartoe op te roepen, opdat hij zijn opmerkingen over de voorwaarden voor de faillietverklaring naar voren zou kunnen brengen;

Dat het arrest, nu het anders beslist, het vorenaangehaalde artikel 24 schendt;

...

NOOT – De conclusie van advocaat-generaal B. Janssens de Bisthoven zal te zijner tijd in de Pasicrisie gepubliceerd worden.

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER – 29 JANUARI 1996

Voorzitter: de h. Marchal

Rapporteur: de h. Boes

Openbaar ministerie: mevr. De Raeve

Advocaten: mrs. Houtekier en Bützler

1. Arbeidsovereenkomst – Aard van de wet – Opzeggingsvergoeding – Berekening – Dwingend recht – Loon in natura – Art. 39, tweede lid, W.A.O. – 2. Jaarlijkse vakantie – Vakantiegeld – Bedienden – Berekening – In aanmerking te nemen loon – Voordelen in natura – 3. Jaarlijkse vakantie – Aard van de wet – Berekening van het vakantiegeld – Voordelen in natura.

1. Art. 39, tweede lid, W.A.O., luidens hetwelk de opzeggingsvergoeding niet alleen het lopend loon maar ook de voordelen verworven krachtens de overeenkomst behelst, is een dwingend wetsbepaling, waarvan vóór de beëindiging van de arbeidsovereenkomst niet kan worden afgeweken in het nadeel van de werknemer. Om het loon te bepalen ter berekening van de opzeggingsvergoeding, moet, wanneer de werknemer dit vordert, rekening worden gehouden met de werkelijke waarde van de voordelen in natura, onverminderd de toepassing terzake van artikel 6 van de Loonbeschermingswet.

2. Uit de artikelen 38, 39 en 46 van het Vakantiebesluit volgt dat bij de berekening van het vakantiegeld, de voordelen in natura die de werkgever naast het loon in geld aan de werknemer toekent, in aanmerking dienen te worden genomen.

3. Nu de bepalingen van de artikelen 38, 39 en 46 van het Vakantiebesluit van dwingend recht zijn, moet het vakantiegeld worden berekend aan de hand van de werkelijke waarde van de voordelen in natura.

P. t/ G.M.

Gelet op het bestreden arrest, op 20 december 1994 door het Arbeidshof te Antwerpen gewezen;

Overwegende dat de eerste rechter besliste dat als voordeel in natura voor het privé-gebruik van de firmawagen «enkel het bedrag van 1.000 frank kan worden aangehouden per maand, zoals dit werd aangegeven aan de administratie van Financiën»; dat de appelrechters zich deze beslissing eigen maken en oordelen dat de eerste rechter zich aldus «met reden gehouden (heeft) aan de waarderaming die de partijen zelf hebben vooropgesteld. (...) Er is geen reden om (eiser) op zijn speculatie te laten terugkomen.»;

Overwegende dat uit de artikelen 38, 39 en 46 van het Vakantiebesluit volgt dat bij de berekening van het vakantiegeld, de voordelen in natura die de werkgever naast het loon in geld aan de werknemer toekent, in aanmerking dienen te worden genomen;

Dat, nu die bepalingen van dwingend recht zijn, het vakantiegeld moet worden berekend aan de hand van de werkelijke waarde van de voordelen in natura;

Overwegende dat het arrest, door de conventioneel vastgestelde waarde van het voordeel in natura in aanmerking te nemen en te weigeren de werkelijke waarde van dat voordeel te onderzoeken, de voormelde bepalingen schendt;

Overwegende dat artikel 39, tweede lid, van de Arbeidsovereenkomstenwet, luidens hetwelk de opzeggingsvergoeding niet alleen het lopende loon, maar ook de voordelen verworven krachtens de arbeidsovereenkomst behelst, een dwingende wetsbepaling is, waarvan, vóór de beëindiging van de arbeidsovereenkomst, bij overeenkomst niet kan worden afgeweken in het nadeel van de werknemer; dat, om het

loon te bepalen ter berekening van de opzeggingsvergoeding, rekening moet worden gehouden, wanneer de werknemer dit vordert, met de werkelijke waarde van de voordelen in natura, onverminderd de toepassing van artikel 6 van de Loonbeschermingswet van 12 april 1965;

Overwegende dat het arrest, door te oordelen zoals hiervoor is weergegeven, artikel 39 van de Arbeidsovereenkomstenwet schendt;

...

Overwegende dat de vernietiging van de beslissing omtrent de vaststelling van het loon, de vernietiging meebrengt van de beslissing waarbij de duur van de opzeggingstermijn mede op grond van dat loon is bepaald;

HOF VAN BEROEP TE GENT

12e KAMER – 19 JANUARI 1994

Voorzitter: de h. Snoeck

Advocaten: mrs. De Rouck en Van der Jeught

1. Burgerlijke rechtspleging – Conclusie – Neergelegd op de dag van de zitting –

2. Overeenkomst – Zichtbare gebreken – Aanvaarding

1. De conclusie neergelegd op de dag van de zitting wordt niet gerechtvaardigd door de ontdekking van een nieuw feit of stuk en wordt uit het debat geweerd.

2. Het voor het eerst opwerpen van zichtbare gebreken twee jaar na de plaatsing en ingebruikneming van de goederen is tardief.

N.V. A. t/ B.V.B.A. B.

De ingevorderde facturen staan voor de levering en plaatsing van slachthuis materiaal, meer bepaald hangsporen in de uitsnijderij, koelkast en laadkade van geïntimeerde.

...

Op 20 oktober 1983, de dag dat de zaak behandeld werd en in beraad werd genomen, legde appellante ter griffie van het hof een conclusie neer.

Tijdens de behandeling van de zaak vroeg geïntimeerde dat die conclusie wegens tardiviteit uit het debat zou worden geweerd. Dit verzoek komt gewettigd voor.

De vraag naar de werking in de tijd van de wet van 3 augustus 1992 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek dient niet te worden onderzocht, nu het effect van de oplossing voor het probleem volgens beide regelingen (die geldend vóór 1.1.1993 en de actuele) identiek is.

Artikel 748, § 1, Ger.W. (nieuw) voorziet in het ambtshalve weren uit de debatten van conclusies die na het gezamenlijk verzoek om rechtsdagbepaling zijn neergelegd.

Doch ook indien dit artikel op de onderhavige casus geen toepassing zou vinden, dient de litigieuze conclusie uit de debatten te worden geweerd.

Immers, het meedelen van besluiten daags van of korte tijd vóór de terechtzitting waarop de zaak zal worden behandeld maakt procesmisbruik uit. Het recht van verdediging wordt beperkt door de rechten van de tegenpartij en door de noodwendigheden van een snelle rechtsbedeling in het

algemeen. De beperking brengt voor de partij die zich op het recht van verdediging beroept, de verplichting mee om dit recht uit te oefenen op een wijze die de belangen van de tegenpartij en de vlotte werking van het gerecht zo weinig mogelijk hindert.

De bestreden nieuwe conclusie wordt niet gerechtvaardigd door de ontdekking van een nieuw feit of stuk.

De rechten van geïntimeerde, die de oorspronkelijke eisende partij is, zouden op erge wijze worden gekrenkt indien de zaak op de zitting van 20 oktober 1993 niet behandeld was en – gelet op de actuele overbelasting van de rol – op een vaste datum (enkele maanden van heden verwijderd) uitgesteld zou zijn.

Appellante kreeg ruim twee jaar tijd om de conclusie van geïntimeerde te beantwoorden en was sinds ruim veertien maanden in kennis van de rechtsdagbepaling.

...

Appellante werpt op dat de installatie met een reeks gebreken is behept: verkeerde uitvoering van de hangsporen; een deel van de hangsporen is niet gemetaliseerd; de retourketting is doorroest; een deel van de ophangbeugels heeft een verkeerde stand; de buisbaan in de gang is in niet verzinkt staal en het concept en de uitvoering van de banen voor de afvoer van «rode organen» is verkeerd.

Op het doorroesten van de ketting na, waarvan bij ontstentenis van nadere gegevens aangenomen wordt dat het gebrek te vinden is in een gemis aan onderhoud aan de kant van de gebruiker, waren alle andere genoemde gebreken zichtbaar ten tijde van de levering van de installatie, minstens ten tijde van de ingebruikneming ervan.

Appellante erkent dat zij geïntimeerde aangaande deze gebreken niet schriftelijk in mora gesteld heeft. Wel stelt ze de litigieuze facturen mondeling te hebben betwist. Zij brengt hiervan evenwel het bewijs niet voor.

Appellante kan in casu niet worden gevolgd waar ze stelt dat de niet-betaling van het factuursaldo een stilzwijgend protest nopens de uitgevoerde werkzaamheden impliceert. Het komt immers niet bewezen voor dat de door appellante ingehouden sommen precies overeenstemmen met de betwiste posten.

Appellante ontkent niet de aanmaning van 24 mei 1989 van geïntimeerde in verband met het openstaande factuursaldo ontvangen te hebben. Ook op dit schrijven heeft zij niet gereageerd. Van een handelaar mag worden verwacht dat hij – in geval van mondeling protest van zijn kant van de facturen – zich het nodige bewijs zal verschaffen van zijn reactie op het aanmaningsschrijven tot betaling, uitgaand van zijn wederpartij. Ook dit heeft appellante verzuimd te doen. Haar stilzwijgen is derhalve wel degelijk omstandig. Bij ontstentenis van het bewijs dat ze de facturen binnen een korte termijn heeft geprotesteerd, worden deze geacht te zijn aanvaard en leveren ze onder handelaren het bewijs van de onderliggende overeenkomst (art. 25, eerste lid, W.Kh.).

Die regeling geldt niet alleen voor de koop-verkoop-overeenkomst, maar ook voor de aanneming.

De aanvaarding van de goederen en het werk brengt de instemming met zich omtrent enerzijds de conformiteit van de levering en prestatie en anderzijds de afwezigheid van zichtbare gebreken. Pas ruim twee jaar na de plaatsing en ingebruikneming der installatie werpt appellante bij haar eerste conclusie het bestaan van een reeks gebreken op, die – zoals eerder gemotiveerd – zichtbaar waren ten tijde van

de ingebruikneming. Dit is niet tijdig. Het subsidiair gevorderde deskundigenonderzoek dient dan ook te worden afgewezen.

HOF VAN BEROEP TE BRUSSEL

6e KAMER – 6 OKTOBER 1995

Voorzitter: de h. Delvoie (rapporteur)

Raadsheren: de hh. Van Herck en Maffei

Advocaten: mrs. Kerfs loco Tournicourt en Van Helshoecht

Inkomstenbelastingen – Geveinsde huurprijs – Bewijs

Art. 369, § 2, W.I.B./64, volgens hetwelk «onder kadastraal inkomen wordt verstaan het gemiddeld normaal netto-inkomen van één jaar», houdt niet in dat, wanneer het kadastraal inkomen op basis van het gemiddeld normaal netto-inkomen van één jaar eenmaal bepaald is, hieruit voor de gehele periode van bepaling (tot aan de volgende perequatie) volgt dat de marktprijs of verhuurprijs niet anders dan volgens het verloop van het indexcijfer kan evolueren, noch dat iedere huurprijs die aantoonbaar boven het geïndexeerd kadastraal inkomen ligt, abnormaal en/of geveinsd is.

L. e.a. t/ Belgische Staat

Overwegende dat de belasting gevestigd werd overeenkomstig de aanslagprocedure van artikel 245 W.I.B. voor de eerste en artikel 251 W.I.B. voor de tweede aanslag;

Overwegende dat na het arrest van heropening van de debatten van 17 november 1994 de betwisting enkel nog betrekking heeft op de huurprijs van de gebouwen waarin een garage-exploitatie gevestigd is en die door verzoeker aan de B.V.B.A. verhuurd worden voor een jaarlijkse huurprijs van 1.440.000 fr., welk bedrag door de administratie ten belope van 840.000 fr. als verdoken toekenning aan werkende vennoot werd belast;

Overwegende dat in het tussenarrest het hof stelde: dat nu de administratie haar stelling baseert op een verkeerde premisse enerzijds, die haar ertoe geleid heeft haar werkelijke bewijslast tot op heden te verwaarlozen, maar nu er anderzijds aanwijzingen zijn dat de huurprijs gedeeltelijk geveinsd is, wat het bedrag ervan betreft (aanwijzingen die prima facie voortvloeien uit de machtspositie van Roger L. in de vennootschap, uit het niet onaanzienlijke bedrag van de huur in verhouding tot de ogenschijnlijke huurwaarde, zoals die blijkt uit het bouwjaar en tot de bebouwde oppervlakte en de samenstellende delen van het verhuurde goed), het gepast voorkomt de heropening van de debatten te bevelen om de administratie toe te staan het bewijs voor te brengen dat en in welke mate de huurprijs geveinsd is want overdreven in verhouding tot de normale huurwaarde van het onroerend goed en om verzoekster toe te staan over de door de administratie aangevoerde beoordelingselementen een tegensprekelijk debat aan te gaan;

Overwegende dat, ondanks aandringen van het hof om bewijs- of appreciatie-elementen aan te brengen, nopens de reële normale huurwaarden van de gebouwen, de administratie zich beperkt tot het formele standpunt, afgeleid uit

artikel 360, § 2, W.I.B./64, volgens hetwelk «onder kadastraal inkomen wordt verstaan, het gemiddeld normaal netto-inkomen van één jaar» en dit bedrag enkel wil aanpassen aan de indexevolutie;

Overwegende dat deze wetsbepaling niet inhoudt dat, wanneer het kadastraal inkomen op basis van het gemiddeld normaal netto-inkomen van één jaar eenmaal bepaald is, hieruit voor de gehele periode van bepaling (tot aan de volgende perequatie) volgt dat de marktprijs of verhuurprijs niet anders dan volgens de indexevolutie kan evolueren, noch dat iedere huurprijs die aantoonbaar boven het (geïndexeerd) kadastraal inkomen ligt, niet normaal en/of geveinsd zou zijn; dat het van algemene bekendheid is dat, naar gelang van de concrete omstandigheden van de huurmarkt en van de specifieke kenmerken van een gebouw, er een beduidende discrepantie kan bestaan, minstens in de loop van de tijd kan groeien tussen het, zelfs geïndexeerd, kadastraal inkomen en de werkelijke huurwaarde van een onroerend goed;

Overwegende dat de administratie derhalve als gevolg van de door haar aangenomen proceshouding het bewijs niet levert van het geveinsd karakter van de huurprijs in casu;

...

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

4e KAMER – 19 MAART 1996

Voorzitter: mevr. Bosmans

Raadsheren: de hh. Dirix en Adriaensen

Advocaten: mrs. Van Aerde, Buisseret, Dalle loco Van Raemdonck, Stevens loco Roland

Beslag en executie – Bewarend beslag op zeeschip – Zeevordering – Leveranties – Begrip – Vertrouwensleer

Een beslag op een zeeschip is mogelijk tot zekerheid van schuldvorderingen voortvloeiend uit leveringen aan het schip indien de bestellingen op grond van de vertrouwensleer aan de scheepseigenaar c.q. de bevrachter zijn toe te rekenen.

Faillissement N.V. R. t/ N.V. C. e.a.

Overwegende dat de feiten en de verhoudingen tussen de partijen als volgt kunnen worden samengevat; dat het ms. Cariocas Reefer eigendom is van Bremen Shipping (geïntimeerde sub 2); dat derde geïntimeerde de kapitein is van het schip en geïntimeerde sub 4 geldt als de toenmalige manager van het schip (hierna te noemen als:Cominos); dat dit schip in tijdbevrachting werd gegeven aan Horn Linie, een Duits filiaal van CGM (eerste geïntimeerde) (cf. C/P van 21 oktober 1988 met de vorige eigenaar: Production Shipping Cy. Ltd., Nicosia); dat het schip voor de duur van de tijdbevrachting werd herdoopt in Hornsea; dat CGM met Dutromin een overeenkomst had gesloten voor de verkoop en levering van bunkers in Rotterdam en Antwerpen aan de haar toebehorende schepen en aan die welke door haarzelf of haar filialen (o.m. Horn Linie) in tijdbevrachting werden geëxploiteerd; dat buiten betwisting staat dat aldus door CGM bunkers werden besteld bij Dutromin voor rekening van haar filiaal Horn Linie, bevrachter van de Hornsea; dat in het kader van die overeenkomst tussen CGM en Dutro-

min door laatstgenoemde een beroep werd gedaan op andere oliehandelaren (waaronder R.); dat door R. op 13 april 1990 bunkers werden geleverd aan de Hornsea krachtens een bestelling bij haar geplaatst door Dutromin;

Overwegende dat volgens geïntimeerden sub 1, 2, 3, 4 en 6 de enige zeevordering die is van Dutromin op de bevrachter Horn Linie, filiaal van CGM die deze bij Dutromin bestelde en aan wie Dutromin factureerde; dat R. enkel beschikt over een schuldvordering op haar Nederlandse koper, nl. Dutromin, en derhalve tot zekerheid van die schuldvordering geen beslag kan leggen op het genoemde zeeschip;

Overwegende dat om een bewarend beslag op een zeeschip te kunnen leggen de beslaglegger dient te beschikken over een zeevordering; dat de «allegatie» van een dergelijke vordering volstaat; dat het aan de beslagrechter enkel toekomt te oordelen of appellante beschikt over een vordering in de zin van art. 1468 Ger.W. en of tot zekerheid hiervan het beslag gelegd kon worden op het schip Hornsea (Cariocas Reefer); dat een dergelijk beslag gelegd kan worden ook al is de scheepseigenaar niet gehouden deze schuldvordering te voldoen; dat de beslagrechter bij deze toetsing de bevoegdheid van de bodemrechter om te oordelen over wie tot de schuldvordering gehouden is, onverlet laat;

Overwegende dat door R. de bestelling van 1.050 MT olie ten behoeve van het ms. Hornsea («bunkers mv Hornsea») werd bevestigd aan Dutromin op 12 april 1990; dat het feit van de verzending van deze orderbevestiging moet worden aangenomen; dat aangenomen moet worden dat bij een dergelijke belangrijke order een bevestiging wordt verstuurd betreffende de hoeveelheid en de prijs; dat in die orderbevestiging door R. melding wordt gemaakt van CGM (onder de aanduiding «agent»); dat in die orderbevestiging uitdrukkelijk wordt verwezen naar de algemene contractcondities van R., dat de olie werd geleverd door R. aan de Hornsea op 13 april 1990; dat het «bunker receipt» door een niet nader aangeduid lid van de bemanning werd ondertekend ter bevestiging van de levering; dat dit «bunker receipt» eveneens verwijst naar de algemene contractvoorwaarden en deze ook op de keerzijde in de Engelse taal worden vermeld; dat op 14 april 1990 een factuur wordt opgesteld door R. ter betaling van 79.426,24 US Dollar; dat deze factuur gericht is aan Dutromin «and to the Captain & owners of the vessel» (in vrije vertaling: en aan de kapitein en de scheepseigenaren); dat de plaats van deze toevoeging niet relevant is; dat zij overigens op duidelijke wijze bovenaan werd aangebracht en die aparte vermelding klaarblijkelijk enkel is ingegeven om de bestelling per post niet te bemoeilijken;

Overwegende dat uit de gegevens van de zaak blijkt dat CGM de bestelling van bunkers voor de schepen van haar concern centraliseert en hiervoor in Antwerpen en Rotterdam een beroep doet op de diensten van Dutromin; dat, bij de bestelling bij R., Dutromin is opgetreden in naam en voor rekening van CGM; dat deze bestelling derhalve aan CGM moet worden toegerekend; dat deze bestelling door CGM beschouwd moet worden als gebeurd voor rekening van de bevrachter van het schip (Horn Linie, zijnde een filiaal van CGM); dat de orderbevestiging immers CGM aanduidt als «agent» (dat hiermee enkel kan worden bedoeld: agent van de scheepseigenaar c.q. bevrachter); dat derhalve de bestelling door CGM die via Dutromin bij R. werd geplaatst aan de bevrachter is toe rekenen; dat bijgevolg vaststaat dat R.

beschikt over een zeevordering en dat de bevrachter instaat voor deze schuldvordering;

Overwegende dat de orderbevestiging vanwege R. uitdrukkelijk CGM vermeldt en hiertegen nooit werd geprotesteerd; dat niet aannemelijk wordt gemaakt dat Dutromin hierbij slechts als commissionair zou zijn opgetreden; dat de naam van de principaal bij de aanvang werd genoemd en door R. op de orderbevestiging werd vermeld; dat verder aan het schip werd geleverd en de leveringsbon voor rekening van de kapitein werd ondertekend; dat ook de factuur die weliswaar geadresseerd werd aan Dutromin gevestigd te Capelle a/d Yssel in Nederland, tevens gericht is tot de kapitein en de scheepseigenaar; dat Dutromin tegen deze vermeldingen nooit heeft geprotesteerd;

Overwegende dat moet worden aangenomen dat Dutromin zich als vertegenwoordiger van CGM bij R. heeft aangediend en R. dit optreden ook aldus heeft opgevat en mocht opvatten;

Overwegende dat geenszins wordt aangetoond noch overtuigend gemaakt dat R. diende te beseffen dat de bestelling uitging van een «zelfstandige verkoper van bunkerolie die geen rechtstreekse of onrechtstreekse band heeft met het schip»;

Overwegende dat in ieder geval, door aldus op te treden, Dutromin het gerechtmatig vertrouwen heeft gewekt dat de door haar geplaatste bestelling plaatsvond krachtens een daartoe door de scheepseigenaar of de bevrachter verleende bevoegdheid; dat R. er aldus op mocht vertrouwen dat CGM die scheepseigenaar of die bevrachter was, minstens dat CGM bevoegd was om namens het schip op te treden; dat zoals gezegd in de orderbevestiging de partij CGM («agent») – zonder enig protest – van meetaf werd genoemd en de leveringen ook rechtstreeks plaatsvonden aan het schip; dat de verwijzing naar CGM enkel maar van Dutromin afkomstig kan zijn geweest; dat R. in die omstandigheden erop mocht vertrouwen dat zij op de scheepseigenaar c.q. de bevrachter verhaal kon zoeken voor de door haar gedane leveringen; dat de door Dutromin gewekte schijn aan CGM is toe te rekenen nu zij al wat de bevoorrading van haar schepen betreft, aan deze partij heeft overgelaten; dat deze schijn ook aan Horn Linie is toe te rekenen; dat Horn Linie de bestelling van bunkers voor haar schip overliet aan de moedermaatschappij CGM die zoals gezegd op haar beurt een beroep deed op Dutromin om te zorgen voor de verkoop en de leveranties voor de schepen behorend tot haar concern die in Antwerpen en Rotterdam aanleggen;

Overwegende dat gelet o.a. op het korte tijdsbestek tussen de bestelling, de orderbevestiging en de levering, R. niet bij machte was om de interne verhoudingen tussen Dutromin, CGM, de scheepseigenaar en de tijdsbevrachter te doorgronden; dat geenszins overtuigend wordt gemaakt of zelfs maar enigermate aannemelijk wordt gemaakt dat R. wist of diende te weten dat zij bij de uitvoering van de bestelling leverde aan Dutromin en hiermee als onderverkoper optrad in het kader van een koopovereenkomst tussen Dutromin en CGM;

Overwegende dat in de houding ingenomen door R. geen tegenstrijdigheid gevonden kan worden; dat, ofschoon zij zich voor de praktische afhandeling en facturatie heeft gericht tot Dutromin, zij steeds ook het schip als schuldenaar heeft beschouwd; dat dit o.m. blijkt uit de facturatie zelf en

uit de brief gericht door de raadsman van appellante van 24 april 1990 aan CGM;

Overwegende dat bovendien niet voorbij kan worden gegaan aan de algemene contractvoorwaarden van R. dat deze uitdrukkelijk bepalen dat de persoon die een «bunker receipt» ondertekent, geacht wordt op te treden voor rekening van de eigenaars, de reder of de bevrachter en dat al deze personen geacht worden te zijn opgetreden «als kopers»; dat R. in haar orderbevestiging uitdrukkelijk naar haar algemene voorwaarden («general terms of sale and delivery») heeft verwezen; dat die verwijzing een opvallende plaats inneemt op de orderbevestiging en derhalve Dutromin diende te beseffen dat R. enkel wenste te contracteren onder die voorwaarden; dat de afwezigheid van protest als een instemming moet worden beschouwd; dat deze stilzwijgende instemming van Dutromin aan CGM – en ook aan Horn Linie, gelet op de tussen CGM en haar dochtermaatschappij bestaande afspraken ter zake van het bestellen van bunkers – moet worden toegerekend, minstens haar moet worden toegerekend op grond van de vertrouwensleer;

Overwegende dat ten overvloede op het «bunker receipt» de instemming met de algemene voorwaarden uitdrukkelijk wordt bevestigd door de ondertekening van dit document door een lid van de bemanning; dat de omstandigheid dat dit document werd opgesteld na de contractsluiting niet verhindert dat hierover een geldige wilsovereenstemming tot stand kan komen; dat tevergeefs wordt getwist over de hoedanigheid en de bevoegdheid van de ondertekenaar; dat de vraag of deze handtekening al dan niet die is van de kapitein of de hoofdwerktuigkundige niet dienend is; dat, wanneer de scheepsleiding zoals in casu een bemanningslid een «bunker receipt» laat ondertekenen, moet worden aangenomen dat die ondertekening bevoegdelijk gebeurde en deze ondertekening de scheepsleiding verbindt; dat de scheepsleiding heeft in te staan voor de organisatie aan boord; dat de scheepseigenaar heeft in te staan voor de verbintenissen van de kapitein; dat eveneens op deze grond het beslag op het schip kon worden gelegd;

Overwegende dat ten overvloede de clausules zoals gebruikt door R. beschouwd moeten worden als gebruikelijke bedingen in de betrokken branche (art. 1160 B.W.) die de partijen verbinden; dat men kan inzien dat toeleveranciers van bunkers slechts bereid zijn te leveren aan schepen wanneer zij de zekerheid hebben verhaal te kunnen nemen op de scheepseigenaar of de bevrachter, minstens dat zij gerechtigd zullen zijn om op dat schip bewarend beslag te mogen leggen;

Overwegende dat de verhouding tussen CGM en Dutromin en de tussen die partijen gemaakte afspraken voor het overige R. niet aangaan; dat R. steeds CGM als haar schuldenaar heeft beschouwd en mocht beschouwen; dat de cessie van de eventuele schuldvordering van Dutromin op CGM aan de Crédit Lyonnais Bank derhalve buiten beschouwing kan blijven;

Overwegende dat gelet op het vorenstaande R. beschikt over een zeevordering in de zin van art. 1468, k, Ger.W. en vermocht beslag te leggen op het schip Hornsea (Cariocas Reefer);

Overwegende dat in ieder geval moet worden aangenomen dat op grond van art. 1469, § 1, Ger.W. een beslag op een zeeschip steeds mogelijk is wanneer zoals in casu de zeevordering op het in beslag te nemen schip betrekking heeft

en de schuldvordering voor rekening van het schip werd aangegaan, ongeacht wie verbintenissenrechtelijk instaat voor de zeeschuld;

...

CORRECTIONELE RECHTBANK TE ANTWERPEN

19e KAMER – 27 SEPTEMBER 1995

Voorzitter: mevr. De Wilde

Rechters: de hh. Temmerman en Van Der Kelen

Openbaar ministerie: de h. Delmulle

Advocaten: mr. Geens, Mertens en Rieder

Misbruik van voorwetenschap inzake effectenhandel – Aangifte door de voorzitter van de Commissie voor het Bank- en Financieuzen – Toepassing van de wet van 4 december 1990 op de financiële transacties en de financiële markten

Art. 182, tweede lid, Wet 4 december 1990 op de financiële transacties en de financiële markten schendt de artikelen 10 en 11 Grondwet niet, in zoverre het geen vrijstelling van het verbod op misbruik van voorwetenschap aan de zijde van holding-maatschappijen inhoudt.

De voorzitter van de Commissie voor het Bank- en Financieuzen is een orgaan van deze instelling, en kan in die hoedanigheid, zonder schending van het beroepsgeheim, aangifte doen.

Een persoon die, op grond van zijn hoedanigheid van bestuurder, over bevoorrechte informatie beschikt in de zin van art. 181 eerste lid voornoemde wet, en deze informatie mededeelt aan een derde, anders dan in het kader van de uitoefening van werk, beroep of functies, terwijl hij kennis heeft of redelijkerwijze dient te hebben van de bevoorrechte aard van de informatie, maakt zich schuldig aan misbruik van voorkennis, evenals de voornoemde derde, die van deze informatie bewust gebruik maakt.

B. en S.

Telastlegging

A. De eerste:

Bij inbreuk op artt. 181, 182, 183 en 189 van de wet van 04.12.1990 op de financiële transacties en de financiële markten (B.S., 22.12.1990 en 01.02.1991), als persoon die, op grond van haar hoedanigheid van lid van de bestuursdirectie of toezichtsorganen van emittent N.V. B., ter zake als lid van de raad van bestuur, op grond van haar deelneming in het kapitaal van het emittent of omdat zij in de uitoefening van haar werk, van haar beroep of van haar functies toegang heeft tot informatie waarvan zij weet of redelijkerwijze moet weten dat zij bevoorrecht is, deze bevoorrechte informatie aan een derde te hebben medegedeeld of op grond van deze bevoorrechte informatie aan een derde te hebben aanbevolen effecten of andere financiële instrumenten te kopen of te verkopen, dan wel ze door een derde te laten kopen of verkopen,

te A., op een niet nader te bepalen tijdstip in de periode van 18.12.1992 tot 21.12.1992

B. De tweede:

Bij inbreuk op art. 181, 182, 183, 184 en 189 van de wet van 04.12.1990 op de financiële transacties en de financiële markten (B.S., 22.12.1990 en 01.02.1991) als persoon, die bewust over informatie beschikt waarvan hij weet of redelijkerwijze moet weten dat hij bevoorrecht is en rechtstreeks of onrechtstreeks afkomstig is van een persoon, bedoeld in art. 192 of 193 van de wet.

Spijts het verbod, voor eigen rekening of voor rekening van een derde, rechtstreeks of onrechtstreeks effecten of andere financiële instrumenten waarop deze informatie staat, te hebben gekocht of verkocht, dan wel opdracht te hebben gegeven om die te kopen of te verkopen,

te A. of elders in het Rijk, op 21.12.1992.

...

In feite

Beklaagden zijn beiden de belangrijkste aandeelhouders van de N.V. B.S., te A., en waarvan eerste beklagde bestuurder en tweede beklagde afgevaardigd bestuurder is. Sinds 12 december 1980 zijn duizenden effecten van de N.V. B. in de N.V. B.S. ondergebracht.

Op 24 september 1992 is de notariële akte tot bekrachtiging van de kapitaalvermindering van de N.V. Ba. opgesteld. Tweede beklagde is in deze vennootschap voornaamste aandeelhouder en afgevaardigd bestuurder, en hij heeft op één na van alle andere aandeelhouders volmacht gekregen.

De koers van het gewone B.-aandeel op de termijnmarkt is gestegen van 11.850 frank bij de opening van de beurshandel op 4 december 1992, naar 12.475 frank bij de sluiting op 8 december 1992, en van 12.400 frank bij de opening van de beurshandel op 17 december 1992 naar 13.025 frank bij de sluiting op 21 december 1992. Tussen die data werden op deze markt ongeveer 17.520 respectievelijk 12.440 gewone aandelen verhandeld; de transacties op de contantmarkt kenden eenzelfde verloop.

Op 18 december 1992 heeft eerste beklagde deelgenomen aan de raad van bestuur van de N.V. B. die de uitkering van het uitzonderlijke voorschot op het dividend heeft bekrachtigd.

Op 21 december 1992 werd op de termijnmarkt een pakket van 400 B.-aandelen gekocht voor een bedrag van 5.198.175 frank, inclusief makelaarsloon en andere kosten, door bemiddeling van de beursvennootschap P. G.C.V. Het borderel van deze transactie is opgesteld op naam en voor rekening van de N.V. Ba., te A. De volledige naam van deze vennootschap luidt N.V. Ba. In. en haar zetel is gevestigd aan de ...laan te T. Het voornoemde aankoopborderel werd weliswaar opgesteld op naam van de N.V. Ba. maar het vermelde adres is dat van haar afgevaardigd bestuurder, tweede beklagde, die de echtgenoot is van eerste beklagde, met eveneens hetzelfde adres als op het borderel, en die zelf bestuurder is van de N.V. B., alsmede van de N.V. J. die met 0,37% van het kapitaal aandeelhouder is met de N.V. B.

Na beurstijd op 21 december 1992 maakte de N.V. B. bekend dat zij voor het boekjaar 1992 een meerwaarde van 1,1 miljard frank had kunnen boeken door de verkoop van een pakket aandelen in de vennootschap Br.-B. Ltd. en dat de raad van bestuur, gezien de goede financiële vooruitzichten, had beslist een uitzonderlijk interimdividend uit te keren van 100 frank netto voor de gewone aandelen en 106,5

frank netto voor de AFV-aandelen. Deze informatie verscheen de volgende ochtend in de pers.

Tweede beklaagde verklaarde eerst dat door een vergissing van de beursvennootschap P. de aankoop van de B.-aandelen op naam van de N.V. Ba. in plaats van op zijn eigen naam werd geregistreerd. Achteraf gaf hij toe dat hij, op het ogenblik dat hij het beursorder plaatste, de identiteit van de persoon voor wie de aankoop was bestemd, niet heeft gepreciseerd.

Tweede beklaagde verklaarde tevens dat hij had gewacht die B.-aandelen te kopen totdat het geld daartoe op zijn rekening beschikbaar was, afkomstig van de kapitaalsvermindering van de N.V. Ba. Evenwel vermeldt het creditbericht van de Generale Bank, waaruit de geldoverdracht vanwege de N.V. Ba. blijkt, 23 december 1992 als datum; dat is na de datum van het aankooporder van de B.-aandelen, namelijk 21 december 1992, en dat is de dag voor de publicatie van het communiqué.

In rechte

1. Gelijkheidsbeginsel

Tweede beklaagde werpt op dat de artikelen 181, 182, 183, 184 en 189 van de Wet van 4 december 1990 op de financiële transacties en de financiële markten, het gelijkheidsbeginsel en het discriminatieverbod van de artikelen 10 en 11 (voorheen 6 en 6bis) van de Grondwet schenden.

Tot deze stelling komt tweede beklaagde doordat hij ten onrechte voorhoudt dat deze wet de holdingmaatschappijen vrijstelt van het verbod op het gebruik van voorkennis, zodat holdingmaatschappijen de beperking van bepaalde grondwettelijke en internationale vrijheden die voor alle andere rechts- en natuurlijke personen geldt, niet hoeven in acht te nemen, terwijl nochtans holdingmaatschappijen evenmin als anderen misbruik van voorkennis mogen maken. Artikel 181, tweede lid, van voormelde wet, bepaalt dat de informatie waarover de holdingmaatschappijen beschikken naar aanleiding van de rol die ze spelen in het beheer van maatschappijen waarin ze een deelneming bezitten, op voorwaarde dat het niet gaat om informatie die openbaar moet worden gemaakt, niet als bevoorrechte informatie wordt beschouwd. Aldus heeft dit artikel als enige bedoeling de holdingmaatschappijen de mogelijkheid te geven de vennootschappen waarin zij een participatie hebben, effectief te besturen. Derhalve mogen holdingmaatschappijen evenmin als anderen misbruik maken van bevoorrechte informatie afkomstig van een derde.

Het verzoek van tweede beklaagde tot het stellen van een prejudiciële vraag aan het Arbitragehof nopens schending van de artikelen 10 en/of 11 van de Grondwet door de artikelen 181 tot en met 192 van de Wet van 4 december 1990 op de financiële transacties en de financiële markten, dient te worden afgewezen.

Gelet op het bovenstaande, is het aangevoerde argument kennelijk ongegrond. Bovendien is het antwoord op de voorgestelde prejudiciële vraag ook niet noodzakelijk om terzake het bodemgeschil te beslechten, aangezien het duidelijk is dat de beweerdte afwijkende behandeling van holdingmaatschappijen ten opzichte van andere rechts- en natuurlijke personen totaal vreemd is aan de grond van deze zaak.

2. Beroepsgeheim

Eerste beklaagde werpt op dat de aangifte door de voorzitter in plaats van collegiaal door de Commissie voor het Bank- en Financieuzen en zodoende met schending van het beroepsgeheim plaatsvond, zodat de strafvervolgingen nietig zijn.

Tot deze stelling komt eerste beklaagde doordat zij ten onrechte voorhoudt dat voor de Wet van 22 maart 1993 op het statuut van en het toezicht op de kredietinstellingen, noch het koninklijk besluit nr. 185 van 9 juli 1935 op de bankcontrole en het uitgifteregime voor titels en effecten, noch het Inrichtingsreglement van de Bankcommissie van 2 september 1935 voorzagen in een mogelijkheid tot bevoegdheidsdelegatie, terwijl nochtans artikel 37, laatste lid, van voormeld Bankbesluit bepaalt dat het Inrichtingsreglement de bevoegdheidsdelegatie van de Commissie aan de voorzitter regelt, en artikel 10 van voormeld Inrichtingsreglement, dat werd bekrachtigd bij koninklijk besluit van 22 december 1936, bepaalt dat de voorzitter in het algemeen alle betrekkingen naar buiten verzekert.

De voorzitter van de Bankcommissie, krachtens het K.B. van 22 december 1936 goedgekeurde Inrichtingsreglement belast met «in 't algemeen alle betrekkingen naar buiten», is orgaan van deze instelling, zodat zijn handelingen die zijn van de instelling (Rb. Brussel, 28 juni 1955, *J.T.*, 1956, 71; *R.P.S.*, 1960, 4885, 85).

Door de aangifte van 29 juni 1993 vond schending van beroepsgeheim plaats.

De verwijzingen naar de Wet van 11 januari 1993 tot voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld, die de werking van de Cel voor Financiële Informatieverwerking regelt, zijn te dezen niet dienend, nu deze chronologisch wordt voorafgegaan door de terzake relevante Wet van 4 december 1990 op de financiële transacties en de financiële markten, nu deze niets met het misdrijf van misbruik van voorkennis te maken heeft en nu deze, in tegenstelling tot de wetten die de werking van de Commissie voor het Bank- en Financieuzen regelen, een verplicht te volgen procedure bevat bij de kennisgeving van onregelmatigheden aan het openbaar ministerie. De principes en procedures die gelden voor de Cel zijn dus niet zomaar naar analogie transposeerbaar naar de Commissie.

Bovendien is het bewijs van een misdrijf niet hetzelfde als de bekendmaking van een misdrijf en kan een bekendmaking niet voor onbestaande worden gehouden. In geval van een bekendmaking van een misdrijf staat het aan het bevoegde openbaar ministerie te oordelen welk gevolg hieraan wordt gegeven en of het mogelijk lijkt om er regelmatig bewijs van in te zamelen. De omstandigheid dat de aangever van het misdrijf dit ingevolge een onwettigheid heeft vernomen – hetgeen te dezen niet het geval is – doet geen afbreuk aan de rechtmatigheid van het bewijs, dat zelf zonder enige onwettigheid naderhand werd verkregen (Cass., 30 mei 1995, nr. P.93.0946.N).

De omstandigheid dat de aangifte met schending van het beroepsgeheim plaatsvond – hetgeen te dezen niet het geval is – zou geen afbreuk doen aan de rechtmatigheid van het bewijs, dat zonder enige onwettigheid naderhand werd verkregen. Het is niet de aangifte van (de voorzitter van) de Commissie doch wel het opsporingsonderzoek van de procureur des Konings dat voor gevolg heeft dat beklaagden voor de strafrechter worden gedagvaard; niet de aangifte

doch wel het er op volgende strafonderzoek sorteert rechtsgevolgen. Terzake is het strafonderzoek beperkt gebleven tot een opsporingsonderzoek dat regelmatig werd gevoerd en waaromtrent de beklaagden zich hebben kunnen verdedigen.

Er is geen nietigheid van de strafvervolgingen.

...

4. Misbruik van voorkennis

De voldoende duidelijke informatie waarvan eerste beklagde op grond van haar hoedanigheid van lid van de raad van bestuur van de emittent N.V. B. kennis had gekregen, was tot na beurstijd op 21 december 1992 bij het publiek niet bekend en zou, indien zij openbaar zou zijn gemaakt, een aanzienlijke invloed kunnen hebben gehad op de koers van dit effect, zodat deze als bevoorrechte informatie dient te worden beschouwd in de zin van artikel 181, eerste lid, van de Wet van 4 december 1990 op de financiële transacties en de financiële markten. Eerste beklagde wist of diende redelijkerwijze te weten dat deze informatie bevoorrecht was.

Na openbaarmaking steeg de koers van het gewone B.-aandeel op de termijnmarkt van 13.025 frank op 21 december 1992 naar 13.500 frank op 31 december 1992.

Overduidelijk heeft eerste beklagde deze bevoorrechte informatie medegedeeld aan tweede beklagde, die aldus bewust beschikkend over informatie waarvan hij wist of redelijkerwijze diende te weten dat deze bevoorrecht was, spijs wettelijk verbod toch 400 van de B.-aandelen waarop deze informatie sloeg heeft gekocht.

De verklaring van eerste beklagde dat haar echtgenoot (tweede beklagde) en zijzelf hun zakelijke belangen strikt gescheiden houden, staat haaks op de vaststellingen uit de strafinformatie, waaruit blijkt dat zij beiden aandeelhouder en bestuurder zijn van de N.V. B.S. waarin duizenden effecten van de N.V. B. zijn ondergebracht.

De verklaringen van tweede beklagde nopens de identiteit van de opdrachtgever tot aankoop van de B.-aandelen, zijn evenmin geloofwaardig. Zijn aanvankelijke uitleg dat door een vergissing van de beursvennootschap op naam van de N.V. Ba. in plaats van op zijn eigen naam werd geregistreerd, wijzigde hij nadat hem lezing werd gegeven van het schrijven van deze beursvennootschap van 13 januari 1994, waaruit blijkt dat na bijkomende inlichtingen werd «overgeboekt in de rekening van de cliënt (...) N.V. Ba.». Zijn achteraf gewijzigde uitleg dat hij op het ogenblik dat hij het beursorder plaatste, de identiteit van de persoon voor wie de aankoop was bestemd, niet heeft gepreciseerd, is niet aannemelijk, temeer gelet op de hoegrootheid der aankoop som van meer dan vijf miljoen frank. Deze aankoopverrichting staat in de boeken der beursvennootschap ingeschreven voor rekening van de N.V. Ba., en de naam van tweede beklagde, die volgens zijn zeggen toch de werkelijke begunstigde is van de verrichting, zou zonder het strafonderzoek nooit aan het licht zijn gekomen.

Ook de verklaring van tweede beklagde dat hij had gewacht die B.-aandelen te kopen totdat het geld daartoe afkomstig van de kapitaalsvermindering van de N.V. Ba. op zijn rekening was, strookt niet met de vaststaande bevindingen van de strafinformatie, vermits het creditbericht van de bank waaruit de geldoverdracht vanwege de N.V. Ba. blijkt, als datum 23 december 1992 vermeldt, hetzij na de datum van aankoop van de B.-aandelen op 21 december 1992.

Volgens een schrijven van de betreffende beursvennootschap van 28 september 1994, werd in de jaren negentig tot dan toe geen ander order in B.-aandelen door beklaagden aan hen overgemaakt, hetgeen nogmaals het bijzondere karakter van de aankoopverrichting in kwestie illustreert.

Telastlegging A voor eerste beklagde en telastlegging B voor tweede beklagde zijn respectievelijk bewezen.

5. Straf

Richtlijn 89/592 van de Raad van de Europese Economische Gemeenschap van 13 november 1989 tot coördinatie van de voorschriften inzake transacties van ingewijden, die aan de basis ligt van de huidige Belgische regeling inzake misbruik van voorkennis, stelt bij gebrek aan bevoegdheden van de E.E.G. op het vlak van het strafrecht zelf geen sancties voorop voor de niet-naleving van de nationale bepalingen genomen op grond van deze Richtlijn, doch bepaalt in artikel 13 dat de door elke Lid-Staat vastgestelde sancties zwaar genoeg moeten zijn om aan te zetten tot inachtneming van de bepalingen ervan.

Teneinde hieraan te voldoen, heeft de Belgische wetgever in artikel 189 van de Wet van 4 december 1990 op de financiële transacties en de financiële markten, voorzien in een gevangenisstraf van drie maanden tot één jaar en een geldboete van vijftig tot tienduizend frank; de overtreder kan bovendien worden veroordeeld tot de betaling van een som die overeenstemt met ten hoogste het drievoudige van het patrimoniaal voordeel dat de inbreuk rechtstreeks of onrechtstreeks heeft opgeleverd. Artikel 85 van het Strafwetboek is niet toepasselijk.

Gelet op het blanco strafregister van eerste beklagde en het quasi blanco strafregister van tweede beklagde (veroordeling bij vonnis van de Politierechtbank Brugge van 19 oktober 1992 tot een geldboete van 50 frank of een vervangende gevangenisstraf van 15 dagen wegens als weggebruiker geen gevolg geven aan de bevelen van een bevoegde persoon) kan de aan elk van beide beklaagden op te leggen gevangenisstraf minimaal worden gehouden en de tenuitvoerlegging ervan volledig worden uitgesteld.

Gelet op het laakbare karakter van het oneerlijk geldge win door misbruik van voorkennis, dient aan elk van beide beklaagden de hiernabepaalde effectieve geldboete opgelegd te worden.

Teneinde aan te zetten tot inachtneming van het verbod op misbruik van voorkennis, komt het passend voor tweede beklagde, die het door de inbreuk opgeleverde patrimoniaal voordeel heeft genoten, tevens te veroordelen tot betaling van een som die overeenstemt met het drievoudige van dit patrimoniaal voordeel: $3 \times 613.950 \text{ frank} = 1.841.850 \text{ frank}$.

NOOT – Dit vonnis is het eerste in de rechtspraak dat misbruik van voorwetenschap strafrechtelijk sanctioneert. Er is hoger beroep ingesteld.

RECHTBANK VAN KOOPHANDEL TE HASSELT

1e KAMER – 18 OKTOBER 1995

Voorzitter: de h. Vanhelmont

Advocaten: mrs. Cavenaille en Hayen loco Hanssen

Rechtsmiddelen – Verzet – Veroordeling in de kosten

Het feit dat een partij in het gelijk wordt gesteld, sluit niet uit dat zij in de kosten van het geding wordt veroordeeld. Eiser op verzet wordt te dezen veroordeeld in alle kosten die hadden kunnen worden vermeden indien hij geen verstek had laten gaan.

B.V.B.A. N. t/ Faillissement N.V. P.

In feite

De rechtbank verwijst naar het tussenvonnis.

Thans blijkt dat de B.V.B.A. M. steeds gevestigd is geweest op het adres A. en dat verweerders op verzet het bewijs niet kunnen leveren dat de aangetekende brief van 31 maart 1993 eiseres op verzet heeft bereikt.

Verweerders op verzet q.q. beweren dat het adres H. een uitbatingsadres is – zonder daarvan het bewijs te leveren – en blijven primair op hun standpunt.

Subsidiar zijn zij van oordeel dat, indien eiseres op verzet geen verstek had laten gaan, de kosten van betekening van het vonnis en de uitgifte vermeden hadden kunnen worden evenals de kosten van het verzet.

Eiseres op verzet beweert dat, nu de rechtbank het verzet toelaatbaar en gegrond heeft verklaard, zij niet anders kan dan verweerders op verzet q.q. veroordelen in de kosten.

Bovendien stelt eiseres op verzet dat verweerders op verzet eerst de factoringmaatschappij hadden kunnen aanschrijven alvorens zich in een procedure t.a.v. haar te storten.

Beoordeling

Het feit dat een partij in het gelijk wordt gesteld, sluit niet uit dat zij tot de kosten wordt veroordeeld (Cass., 24 april 1978, R.W. 1978-79, 2669).

Gegrond doch laattijdig verweer is niet zonder gevolg voor de kosten.

De rechtbank gaat akkoord met Storme («De goede trouw in het geding? De invloed van de goede trouw in het privaatsproces- en bewijsrecht», T.P.R., 1990, 430): «Onverantwoord stilzitten en verstek laten gaan, dient bestraft te worden met niet-terugvorderbaarheid van de kosten van verzet. Verschijnen is geen plicht en verzet aantekenen een recht, maar het verschijnen is een last». Onrechtmatig is niet het verstek laten gaan en verzet aantekenen, onrechtmatig is echter wel dit op kosten van de wederpartij te willen doen.

In die omstandigheden dient eiseres op verzet veroordeeld te worden in alle kosten die vermeden hadden kunnen worden indien zij geen verstek had laten gaan, te weten:

- uitgifte verstekvonnis 230 fr
- betekening verstekvonnis 5.241 fr
- dagvaarding verzet 7.246 fr

Verweerders op verzet q.q. dienen veroordeeld te worden in de kosten van de verstekprocedure alsof deze op tegenspraak ware geweest:

- dagvaarding 8.400 fr
- rechtsplegingsvergoeding 11.500 fr

De door de curatele veroorzaakte andere kosten, reiskosten en brieven, kunnen niet ten laste worden gelegd van eiseres op verzet.

Indien eiseres op verzet op het juiste adres in gebreke was

gesteld, hadden wellicht ook de kosten van de verstekprocedure te haren laste gelegd kunnen worden.

VREDEGERECHT TE WOLVERTEM

30 MAART 1995

Rechter: de h. Verbeke

Advocaten: mrs. Peeters en Van Hout

Overeenkomst – Wanprestatie – 1. Overmacht – Begrip – 2. Ontbinding – Keuze tussen ontbinding en gedwongen uitvoering – Verbod van rechtsmisbruik – Begrip rechtsmisbruik

1. Onder overmacht wordt verstaan een gebeurtenis die een onoverkomelijk beletsel uitmaakt tot nakoming van de verbintenis.

Wanneer de huurster van een appartement op de eerste verdieping zich naar de kelder dient te begeven voor het gebruiken van haar wasmachine en diepvriezer, kan het enkele feit dat zij om medische redenen zo weinig mogelijk de trap moet gebruiken, niet als een geval van overmacht worden beschouwd.

2. Zo al in een wederkerig contract de partij jegens wie de verbintenis niet is uitgevoerd, op grond van art. 1184, tweede lid, B.W., de keuze heeft om ofwel de andere partij te noodzaken de overeenkomst uit te voeren dan wel de ontbinding van de overeenkomst te vorderen met schadevergoeding, neemt het niet weg dat die partij haar recht niet mag misbruiken.

Wanneer de verhuurder de gedwongen uitvoering van de overeenkomst eist, is er van rechtsmisbruik slechts sprake indien hij dit recht uitoefent op een wijze die kennelijk de grenzen te buiten gaat van de normale uitoefening van dat recht door een voorzichtig en bezorgd persoon. Als de verhuurder, bij een betwisting over de door de huurder gedane opzegging, aan deze voorstelt om het gehuurde goed opnieuw te huur aan te bieden na het vertrek van de huurder, met de verplichting voor deze laatste om de huurprijs te betalen zolang geen nieuwe huurder is gevonden, handelt hij niet onredelijk en pleegt hij geen misbruik van het recht de gedwongen uitvoering van de overeenkomst te eisen.

De R. t/ V.

1. De feiten

Op 14 juli 1992 werd tussen de partijen een huurovereenkomst gesloten met betrekking tot een appartement gelegen op de eerste verdieping van een gebouw te Grimbergen, (...) en dit tegen een maandelijks huurprijs van 16.000 fr.; de huurovereenkomst werd aangegaan voor een duur van drie jaar met ingang van 1 november 1992 om te eindigen op 31 oktober 1995.

De huurster beweert dat zij in de loop van 1994 onverwacht hartproblemen kreeg en dat haar om medische redenen verbod werd opgelegd om trappen te gebruiken, wat haar, naar haar zeggen in de onmogelijkheid stelde om het appartement, dat op de eerste verdieping is gelegen en enkel via trappen kan worden bereikt, nog langer te bewonen.

De huurster beweert dat zij informeel contact opnam met de verhuurster, die akkoord gegaan zou zijn om de huur-

overeenkomst te beëindigen in der minne, mits de huurster een opzegging zou doen.

Bij brief van 10 september 1994 bracht de huurster de opzegging van de huurovereenkomst ter kennis van de verhuurster, nl. een opzegging van drie maanden met ingang op 1 oktober 1994 om te eindigen op 31 december 1994.

Op 26 september 1994 stuurt de huurster nog een aangekende brief aan de verhuurster, waarbij zij meedeelt enkele aanvullingen te willen doen bij haar eerste brief; de huurster schrijft o.a.: «Ik beroep mij voor mijn opzegging van drie maanden op art. 11 van mijn huurcontract. Op doktersadvies moet ik vermijden gebruik te maken van trappen. Dit geval van heikracht voorziet naast de gegeven drie maanden dat ik het appartement in dezelfde omstandigheden moet verlaten als toen ik het betrokken».

De huurster verwijst daarmee naar artikel 11 van de overeenkomst waarin onder de titel «verbreking» wordt bepaald: «Wanneer tijdens de periode van het huurcontract, de belanghebbende door heikracht gedwongen wordt het huurcontract te verbreken, moet een opzegtermijn van drie maanden in acht genomen worden ...»

Bij brief van 4 oktober 1994 liet de boekhouder van de verhuurster weten dat de huurster haar verbintenissen moet naleven tot en met de vervalddag van de huurovereenkomst, nl. tot 31 oktober 1995.

Bij brief van 8 oktober 1994 wijst de huurster op overmacht bij haar («de toestand van mijn hart dwingt mij het pand te verlaten») en stelt buiten de opzegging van 6 maanden een verbrekingsvergoeding van 1 maand voor.

Bij brief van 21 oktober 1994 wijst de boekhouder van de verhuurster erop dat er van overmacht geen sprake kan zijn en doet een voorstel: «wanneer u begin januari 1995 het appartement zult verlaten (...) zal (de verhuurster) het pand terug te huur aanbieden via haar agentschap. Er komen dus geen affiches aan de vensters. Alles zal er dus van afhangen hoeveel tijd het in beslag zal nemen om een gepaste huurder te vinden en het is pas vanaf de datum dat deze laatste uw plaats als huurder zal hebben ingenomen dat u van uw verplichtingen ontheven zult worden. Tot zolang dus zult u uw huurgeld dienen te betalen zelfs indien dit zou doorlopen tot en met de vervalddag van het contract voor zover er geen andere huurder voordien gevonden zou worden.»

Blijkbaar reageert de huurster niet op deze brief want op 8 november 1994 schrijft de boekhouder van de verhuurster opnieuw de huurster aan en beklaagt zich erover dat de huurster het initiatief heeft genomen om affiches te plaatsen aan de vensters zowel vooraan als achteraan op het gebouw. De huurster wordt ook aangemaand om de affiches onmiddellijk te verwijderen en geen enkel initiatief van die aard te nemen.

Er volgt geen schriftelijke reactie meer van de huurster tot 23 januari 1995, waarbij zij laat weten dat op 27 januari 1995 de tellers van de nutsvoorzieningen zullen worden afgesloten.

De verhuurster vordert thans de uitvoering van de huurovereenkomst tot en met 31 oktober 1995, met veroordeling van de huurster tot de achterstallige huurgelden, en de huurster vordert dat de huurovereenkomst ontbonden zal worden verklaard op 31 december 1994.

2. De rechten

Overwegende dat de huurster in eerste instantie aanvoert dat, voorafgaand aan de verzending van de huuropzegging, de verhuurster zich mondeling akkoord verklaarde met een minnelijke beëindiging, door voortijdige huuropzegging van drie maanden;

Overwegende dat, aangezien de huurster dit ontkent en de huurster geen schriftelijk bewijs of begin van schriftelijk bewijs kan aanbrengen, met toepassing van art. 1315, tweede lid, B.W. en 1341 B.W. vastgesteld dient te worden dat de huurster niet het bewijs levert van haar bewering;

Overwegende dat de huurster zich beroept op overmacht om zich bevrijd te zien van haar huurverplichtingen; dat zij in concreto laat gelden dat zij wegens een hartziekte dient te verhuizen; dat zij in haar dossier een attest aanbrengt, op 20 september 1994, geschreven door dr. R. uit Grimbergen, waarbij deze meedeelt dat de huurster «om medische redenen zo weinig mogelijk de trap (zou) moeten gebruiken».

Overwegende dat deze omstandigheid, in casu echter geen geval van overmacht oplevert:

Overwegende dat er allereerst getwijfeld kan worden aan de oprechtheid van voormelde redengeving en dit op grond van de volgende vaststellingen:

- van het medische probleem wordt slechts melding gemaakt in de «aanvullende» opzeggingsbrief van de huurster, op een tijdstip dat zij zich bewust geweest moet zijn van de weerstand van de verhuurster tegen haar opzegging;

- het is bewezen dat de huurster thans een appartement bewoont dat ook op de eerste verdieping is gelegen en dat enkel met de trap kan worden bereikt; de omstandigheid dat in het appartement waarvoor zij opzegging deed, de wasmachine en de diepvriezer die in de kelder stonden, is niet van dien aard dat in casu het geval van overmacht opgeleverd wordt;

Overwegende dat onder overmacht wordt verstaan een gebeurtenis die een onoverkomelijk beletsel uitmaakt tot nakoming van de verbintenis (zie Cass., 9 december 1976, *Arr. Cass.*, 1977, 404; over het verschil tussen de leer van de ontoerekenbare onmogelijkheid en de schuldleer zie men Kruithof, R., e.a. «Overzicht van rechtspraak 1981-1992. Verbintenissen, *T.P.R.*, 1994, 515-539; Van Oevelen, A., «Actuele Jurisprudentiële en legislatieve ontwikkelingen inzake de sancties bij niet-nakoming van contractuele verbintenissen», *R.W.*, 1994-95, 837);

Overwegende dat, indien men de «volstreckte» onmogelijkheid tot nakoming van de overeenkomst zou nuanceren tot een «relatieve», «normale», «menselijke» of «praktische» onmogelijkheid, dan nog het enkele feit dat de huurster zich naar de kelder diende te begeven voor het gebruiken van haar wasmachine en diepvriezer, niet beschouwd kan worden als een element dat de medische reden dat zij «zo weinig mogelijk de trap zou moeten gebruiken» tot een geval van overmacht maakt (over relatieve onmogelijkheid tot uitvoering van een verbintenis zie men Kruithof, R., e.a., o.c., nr. 223, p. 519 met verwijzing naar de overzichten van rechtspraak m.b.t. verbintenissen gepubliceerd in *T.P.R.*, 1975, 522-523, en *T.P.R.*, 1983, 623 e.v.);

Overwegende dat de huurster laat gelden dat in het geval de huurovereenkomst niet beëindigd zou kunnen worden op grond van overmacht, de ontbinding van de huurovereenkomst per 31 december 1994 niettemin moet worden uitge-

spoken, omdat het een rechtsmisbruik is van de kant van de verhuurster om de uitvoering van de huurovereenkomst in natura te eisen;

Overwegende dat de verhuurster die stelling afwijst door, onder verwijzing naar rechtsleer en rechtspraak, te laten gelden dat zij als verhuurster volledig vrij is in de keuze die art. 1184, tweede lid, B.W. haar biedt en dat niemand haar kan dwingen eerder de ontbinding dan wel de gedwongen uitvoering te vorderen (met verwijzing door de verhuurster naar Kh. Luik, 2 januari 1967, *J.T.*, 1968, 241; Kh. Brussel, 13 oktober 1971, *B.R.H.*, 1972, 166; Cass., 5 september 1980, *Arr. Cass.*, 1980-81, 12, *R.W.*, 1980-81, 1323, met conclusie van advocaat-generaal Ballet; *R.P.D.B.*, IX, *Obligations*, nrs. 200-201; De PAGE, H., *Traité*, II, 842-843, nr. 884);

Overwegende dat, zo al in een wederkerig contract de partij jegens wie de verbintenis niet is uitgevoerd, de keuze heeft om ofwel de andere partij te noodzaken de overeenkomst uit te voeren, dan wel de ontbinding van de overeenkomst te vorderen met schadevergoeding (zie o.a. Cass., 15 april 1994, *Arr. Cass.*, 1994, 378), dit niet wegneemt dat deze partij haar recht niet mag misbruiken (zie o.a. Cass., 16 januari 1986, *R.W.*, 1987, 88, 1470, noot A. Van Oevelen, en *R.C.J.B.*, 1991, 5, noot M. Fontaine; Zie ook de talrijke verwijzingen in Kruithof, R., e.a., *o.c.*, p. 578, nr. 274);

Overwegende dat bij het onderzoek naar rechtsmisbruik nagegaan moet worden of in casu de verhuurster door de uitvoering van de overeenkomst te eisen haar recht uitoefent «op een wijze die kennelijk de grenzen te buiten gaat van de normale uitoefening van dat recht door een voorzichtig en bezorgd persoon» (Cass., 10 september 1971, *Arr. Cass.*, 1972, 42; Cass., 20 november 1987, *Arr. Cass.*, 1987-88, 359; Cass., 18 februari 1988, *Arr. Cass.*, 1987-88, 790);

Overwegende dat wij ons aansluiten bij de opinie dat de rechter bij dat oordeel terughoudendheid aan de dag moet leggen, daar hij niet in de beleidsvrijheid mag treden van de houder van het subjectieve recht, en dat enkel bij een duidelijke of evidente onaanvaardbare rechtsuitoefening de rechter het vooroordeel ten gunste van de rechtmatigheid van de handelwijze van de houder van het subjectieve recht mag doorbreken (zie Kruithof, R., e.a., *o.c.*, p. 473, met verwijzing naar rechtsleer en rechtspraak);

Overwegende dat het voorstel dat de verhuurster deed bij brief van 21 oktober 1994 en waarbij zij voorstelde het gehuurde goed opnieuw via een agentschap te huur aan te bieden na het vertrek van de huurster met verplichting voor de huurster om de huur te betalen zolang geen nieuwe huurder werd gevonden, niet onredelijk was; dat de huurster op dit aanbod minstens had kunnen reageren of trachten door onderhandeling gunstiger voorwaarden te bedingen;

Overwegende dat de huurster echter verkoos om, in tegenstelling tot de wens van de verhuurster, zelf affiches te plaatsen en een huurder te zoeken, waarmee de verhuurster niet akkoord ging;

Overwegende dat in de gegeven omstandigheden geen rechtsmisbruik bij de verhuurster kan worden aangenomen;

Overwegende dat de leer van het rechtsmisbruik zelf niet mag worden misbruikt om contractpartners voor voldongen feiten te plaatsen en om overleg te laten wijken voor eenzijdig handelen;

Overwegende dat de vordering van de verhuurster derhalve principieel gegrond is; dat zij de verdere uitvoering van

de overeenkomst tot 31 oktober kan eisen; dat zij derhalve de betaling van de huur verder kan eisen;

...

NOOT – *Kan een huurovereenkomst tenietgaan ingevolge ziekte van de huurder? Bedenkingen omtrent overmacht, verval en rechtsmisbruik*

1. Het geannoteerde vonnis betreft een geval waarin een huurster in de loop van de huurovereenkomst beweert aan een hartkwaal te lijden waardoor zij ieder gebruik van trappen dient te vermijden. Daar zij als huurster een appartement betreft dat alleen met een trap te bereiken is, meent zij door haar gezondheidstoestand niet langer het rustig huurgenot van dit appartement te hebben waardoor zij beweert verplicht te zijn het gehuurde goed te verlaten.

Zij stelt dan ook dat dit een geval van overmacht uitmaakt. De beëindiging van het huurcontract zou haar niet toegerekend kunnen worden.

De Vrederechter te Wolvtem stelde echter vast dat de huurster een ander appartement had gehuurd dat eveneens alleen te bereiken was met een trap. Hij oordeelde dan ook terecht dat hier absoluut geen sprake kon zijn van overmacht bij de huurster.

Het blijft echter interessant na te gaan aan de hand van welke rechtsfiguren een geval, waarbij de huurster wel degelijk aan een hartkwaal lijdt en wegens haar gezondheidstoestand genoodzaakt is om te verhuizen naar een aangepast appartement, kan worden beslecht.

2. Men kan uiteraard trachten een beroep te doen op overmacht (artt. 1147 en 1148 B.W.) als rechtsgrond om te ontsnappen aan zijn aansprakelijkheid voor het niet uitvoeren van zijn contractuele verplichtingen. Dit is mogelijk wanneer er zich omstandigheden voordoen die de uitvoering van de aangegane verbintenis «volstrekt onmogelijk» maken, zonder dat deze omstandigheden te wijten zijn aan de fout van de schuldenaar (Cass., 9 oktober 1986, *Pas.*, 1987, I, 153, *Arr. Cass.*, 1986-87, 165, *R.W.*, 1987-88, 778, met noot; De PAGE, H., *Traité élémentaire de droit civil belge*, II, Brussel, Bruylant, 1964, p. 595, nrs. 597 en 599; Dirix, E. en Van Oevelen, A., «Kroniek van het verbintenissenrecht (1985-1992)», *R.W.*, 1992-93, 1249; Kruithof, R., Bocken, H., De Ly, F. en De Temmerman, B., «Overzicht van rechtspraak (1981-1992). Verbintenissen», *T.P.R.*, 1994, p. 515, nr. 520).

3. Hoe dient nu deze onmogelijkheid te worden opgevat? Volgens de klassieke theorie kan er slechts sprake zijn van overmacht indien de door de schuldenaar aangevoerde omstandigheden of gebeurtenissen de uitvoering van de overeenkomst absoluut onmogelijk maken. Dit houdt in dat, wanneer door een bepaalde omstandigheid de uitvoering van de overeenkomst aanzienlijk bemoeilijkt of duurder wordt, er geen sprake kan zijn van overmacht (Cass., 9 december 1976, *Pas.*, 1977, I, 408, *Arr. Cass.*, 1977, 404).

Nochtans pleit de doctrine in toenemende mate voor het gebruik van het criterium van de «normale, menselijke of redelijke onmogelijkheid» als toepassingsvoorwaarde voor overmacht (Kruithof, R., «Schuld, risico, imprevisie en overmacht bij de niet-nakoming van contractuele verbintenissen. Een rechtsvergelijkende benadering», in *Hulde aan René Dekkers*, Brussel, Bruylant, 1982, p. 290, nr. 7). Laatstgenoemde theorie wordt nu reeds door een kleine meerderheid van de hoven en de rechtbanken gevolgd (Kruithof, R.,

Bocken, H. De Ly, F. en De Temmerman, B., *l.c.*, p. 519, nr. 223; Van Oevelen, A., «Actuele jurisprudentiële en legislatieve ontwikkelingen bij niet-nakoming van contractuele verbintenissen», *R.W.*, 1994-95, p. 838, nr. 51).

4. De vraag rijst dan ook of het feit dat de huurster plotseling wordt getroffen door een hartkwaal, een voorval uitmaakt dat van dien aard is dat het «normaal, menselijk of redelijk onmogelijk» wordt voor de huurster om haar huurverplichtingen na te komen, in hoofdzaak het betalen van de door haar verschuldigde huurgelden.

Hierop moet o.i. negatief worden geantwoord. In principe kan de huurster nog steeds de huur blijven betalen en kan zij, met een bijkomende financiële inspanning, het goed verder blijven onderhouden. Het verder blijven uitvoeren van de huurverplichtingen is voor de huurster, ondanks haar ziekte, bijgevolg niet volledig onmogelijk geworden, doch alleen moeilijker en duurder. Bijgevolg lijkt een dergelijk geval veeleer te vallen onder de imprevisie.

5. Het begrip «imprevisie» verwijst naar de rechtsfiguur waarbij een overeenkomst tenietgaat of door de rechter mag worden aangepast indien, na de totstandkoming van het contract, zich abnormale en onvoorzienbare omstandigheden voordoen, die de verbintenissen van één van de partijen in belangrijke mate verzwaken doch niet onmogelijk maken. Voornoemde omstandigheden mogen weerom niet te wijten zijn aan de fout van de partij die zich op de imprevisie beroept (De Page, H., *o.c.*, II, p. 559, nr. 574; Kruithof, R., *l.c.*, 1982, p. 286, nr. 4; Van Ommeslaghe, P., «Les clauses de force majeure et d'imprévision (hardship) dans les contrats internationaux», *Rev. Dr. Int. Comp.*, 1980, 30). Het verschil met de voorwaarden voor overmacht is dan ook dat bij de imprevisie de uitvoering van de aangegane verbintenis niet onmogelijk wordt, doch alleen onredelijk moeilijk.

6. Traditioneel wordt de imprevisie echter volledig verworpen door de meerderheid van de rechtsleer en de rechtspraak: beweerd wordt dat het beginsel van de wilsautonomie en de daaruit voortvloeiende verbindende kracht van de overeenkomst iedere inmenging van de rechter in het contract in de weg staat, behoudens in geval van toepassing van art. 1244, tweede lid, B.W. of van enig andere wettelijke uitzondering. De imprevisie zou dan ook enkel kunnen worden toegepast indien het contractueel bedongen is of indien de wetgever het uitdrukkelijk heeft toegelaten (Cass., 19 mei 1921, *Pas.*, 1924, I, 565; Luik 27 juni 1995, *J.L.M.B.*, 1996, 100, met noot Wery, P., «L'imprévision et ses succédanés»; Rb. Brussel, 9 september 1992, *J.L.M.B.*, 1994, 356; Dieux, X., «Réflexions sur la force obligatoire des contrats et sur la théorie de l'imprévision en droit privé» (noot onder Kh. Brussel, 16 januari 1979), *R.C.J.B.*, 1983, 403 e.v.; Dubaere, J., «Een brug over troebel water», *R.W.*, 1988-89, 1418).

Nochtans klinkt in de rechtsleer steeds luider de roep tot de erkenning van de imprevisie die haar grondslag in de goede trouw en in de billijkheid zou vinden (zie voornamelijk het doctoraal proefschrift van Philippe, D., *Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle*, Brussel, Bruylant, 1986, 710 pp.; Dirix, E. en Van Oevelen, A., «Kroniek van het verbintenissenrecht (1978-79 en 1979-80)», *R.W.*, 1980-81, 2382, en de aldaar geciteerde rechtsleer).

Deze stroming heeft geleid tot een zekere opgang van de imprevisiegedachte in de rechtspraak. Er bestaat weliswaar nog maar één rechterlijke uitspraak waarin de imprevisie expliciet wordt toegepast (Kh. Brussel, 16 januari 1979, *J.T.*, 1980, 458, met noot Philippe, D., *R.C.J.B.*, 1983, 380, met noot Dieux, X.; cf. tevens de meer liberale houding van de rechtspraak tegenover de imprevisie in de uitspraken betreffende de eventuele aanpassing van de bedongen onderhoudsuitkeringen voor de kinderen in de overeenkomsten voorafgaande aan de echtscheiding door onderlinge toestemming (Verbeke, A., «Aanpassing van de overeenkomst over de onderhoudsbijdrage voor de kinderen bij echtscheiding door onderlinge toestemming», *R.W.*, 1988-89, p. 1315, nr. 10)), doch het kan niet ontkend worden dat veel rechtbanken vaak geneigd zijn om op basis van een (veel te) ruim geïnterpreteerd overmachtsbegrip de imprevisie onrechtstreeks toe te passen (Dubaere, J., *l.c.*, p. 1420, nr. 8; Kruithof, R., Bocken, H., De Ly, F. en De Temmerman, B., *l.c.*, 512; Wery, P., «L'imprévision et ses succédanés» (noot onder Luik, 27 juni 1995), *J.L.M.B.*, 1996, 106; zie bv. Kh. Brussel, 9 maart 1981, *T.B.H.*, 1982, 164). Hierdoor poogt de rechtspraak de klassieke, afkerige houding tegenover de imprevisie te verzoenen met de billijke juridische oplossing die de imprevisie met zich mee zou brengen.

Ondanks de blijkbaar bij een deel van de rechtsleer en de lagere rechtspraak aanwezige sympathie voor de imprevisie, kan deze theorie nog steeds op geen genade rekenen bij het Hof van Cassatie. Het Hof heeft immers onlangs in twee arresten zijn standpunt daarover verwoord, waardoor de discussie over de eventuele erkenning van de imprevisie (voorlopig?) afgesloten is (Cass., 7 februari 1994, *Pas.*, 1994, I, 150, *Arr. Cass.*, 1994, 146, *J.T.T.*, 1994, 208, *R.W.*, 1994-95, 121, *Chron. Dr. Soc.*, 1994, 110; Cass., 14 april 1994, *Bull. Cass.*, 1995, 365, *Arr. Cass.*, 1994, 369, *R.W.*, 1994-95, 435, *J.L.M.B.*, 1995, 1591).

7. In het licht van het hierboven beschreven fenomeen van de kunstmatige opentrekking van het overmachtsbegrip, moet de rechtspraak worden gezien die het bemoeilijken van de huuromstandigheden als overmacht heeft gekwalificeerd (Vred. Sint-Gillis (Brussel), 13 september 1983, *J.T.*, 1984, 48; Vred. Luik, 11 maart 1994, *J.L.M.B.*, 1994, 793). Immers, in voornoemde vonnissen was het in principe nog steeds mogelijk om de opgenomen huurverplichtingen na te leven, doch een verdere uitvoering van het huurcontract zou onredelijk zijn geweest.

Het behoeft geen betoog dat deze «verzoeningspoging» van de rechtspraak uitermate kunstmatig en gewrongen overkomt. Immers, door deze werkwijze wordt het overmachtsbegrip al te zeer uitgebreid. Nochtans laat de aard van de overmachtsfiguur – zijnde een grond tot uitsluiting van aansprakelijkheid en bijgevolg duidelijk bedoeld als een uitzonderingsregel – een dergelijk ruime interpretatie niet toe.

Doordat de imprevisie niet wordt aanvaard door het Hof van Cassatie, moet worden nagegaan of eenzelfde resultaat voor het geval in kwestie niet bereikt kan worden door middel van een ander, door het Hof van Cassatie aanvaard denkspoor.

8. In voormelde optiek is het interessant na te gaan of de rechtsfiguur van het verval op de besproken casus kan worden toegepast.

Het verval is een wijze van tenietgaan van een contract of van een rechtshandeling die zou intreden wanneer een gel-

dig tot stand gekomen contract een essentiële geldigheidsvoorwaarde verliest, met name haar voorwerp of haar oorzaak, als gevolg van een voorval dat na de vorming van het contract plaatsheeft. Dit voorval moet de uitvoering van het contract onmogelijk maken en het contract zou van rechtswege tenietgaan vanaf voornoemd voorval (*ex nunc*) (De Loor, T., «Het verval als wijze van beëindiging van een rechtshandeling ten gevolge van het wegvallen van voorwerp of oorzaak», *R.W.*, 1995-96, p. 761, nr. 4; Kruithof, R., Bocken, H., De Ly, F. en De Temmerman, B., *l.c.*, nrs. 133 en 307; Stijns, S., *De gerechtelijke en buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten naar Belgisch recht*, Antwerpen, Maklu, 1994, p. 117, nr. 69; voor een afwijkende visie zie Foriers, P.A., «L'objet et la cause du contrat», in *Les obligations contractuelles*, Brussel, Ed. du Jeune Barreau, 1984, 159; Foriers, P.A., «Observations sur la caducité des contrats par suite de la disparition de leur objet ou leur cause» (noot onder Cass. 28 november 1980), *R.C.J.B.*, 1987, 70).

9. De rechtsfiguur van het verval kwam in het voetlicht door het cassatiearrest van 28 november 1980 (Cass., 28 november 1980, *Pas.*, 1981, I, 369, *Arr. Cass.*, 1980-81, 352, *R.C.J.B.*, 1987, 70) waarbij het Hof het verval aanvaardde als een nieuwe grond van tenietgaan van contracten, blijkbaar ten gevolge van het verdwijnen van hun voorwerp. In zijn arrest van 16 november 1989 (Cass., 16 november 1989, *Pas.*, 1990, I, 331, *Arr. Cass.*, 1989-90, 371, *R.W.*, 1989-90, 1259, *T.B.B.R.*, 1990, 294, *J.L.M.B.*, 1190, *Ann. Dr. Liège*, 1990, 334, *Rev. Not. B.*, 1990, 240, *J.T.*, 1991, 221) heeft het Hof van Cassatie daarenboven uitdrukkelijk het verval erkend als wijze van tenietgaan van schenkingen door het wegvallen van de oorzaak van de schenking. Met «oorzaak» werd hier de determinerende beweegreden van de overeenkomst bedoeld.

Op de vraag of de rechtsfiguur van het verval eveneens kan worden toegepast in geval van verdwijning van de oorzaak (in de betekenis van de determinerende beweegredenen) van contracten onder bezwarende titel, zoals in behandelde casus het geval is, bestaat nog steeds geen eenduidig antwoord (Kruithof, R., Bocken, H., De Ly, F. en De Temmerman, B., *l.c.*, p. 721, nr. 401; Nudelhole, S.J., «Une donation est-elle frappée de caducité par la disparition de sa cause, survenue postérieurement à la conclusion du contrat» (noot onder Cass., 16 november 1989), *R.C.J.B.*, 1993, p. 97, nr. 19; Stijns, S., *o.c.*, nr. 52).

10. Nu is duidelijk dat in de behandelde casus de oorzaak – in de zin van determinerende beweegreden – van het oorspronkelijke huurcontract is weggevallen. Immers, de huurster heeft het contract gesloten toen zij nog gezond was, en dit met de bedoeling het rustig huurgenot van het gehuurde goed te hebben. Door haar ziekte is zij nu in de onmogelijkheid dat genot verder te hebben. Bijgevolg kan niet betwist worden dat de determinerende beweegreden is weggevalen.

Toch rijzen er hier enkele problemen. Naast de hierboven beschreven onzekerheid omtrent het standpunt van het Hof van Cassatie over de toepassing van de rechtsfiguur van het verval bij contracten onder bezwarende titel, bestaat er evenmin een omschrijving van de omvang van het begrip «onmogelijkheid» van uitvoering van de verbintenis zoals neergelegd in de hiervoren vermelde definitie.

T. De Loor verstaat onder het begrip «onmogelijkheid» dat de onverenigbaarheid van de uitvoerbaarheid met de wil van een partij voldoende is om tot de onmogelijkheid van

uitvoering *in natura* te besluiten (De Loor, T., *l.c.*, p. 763, nr. 8). Deze visie is echter onaanvaardbaar daar dit ontgezeglijk neerkomt op een «algemeen opzeggingsrecht» waarvoor FORIERS terecht waarschuwt (Foriers, P.A., «Observations sur le thème de l'abus de droit en matière contractuelle» (noot onder Cass., 30 januari 1992), *R.C.J.B.*, 1994, p. 227, nr. 26).

Bijgevolg moet teruggegrepen worden op het gelijklopen-de begrip «onmogelijkheid» uit de overmachtstheorie (Stijns, S., *o.c.*, nr. 45). Hier worden we dan weerom geconfronteerd met de vraag of het begrip «onmogelijkheid» in zijn «relatieve», dan wel in zijn «absolute» betekenis moet worden toegepast.

11. Wanneer bovenstaande beschouwingen worden toegepast op de behandelde casus, komen we dan ook tot dezelfde conclusie als bij de toepassing van de overmachtstheorie. Immers, zelfs indien het begrip onmogelijkheid in zijn relatieve betekenis wordt toegepast, blijft het voor de huurster nog steeds mogelijk om het huurcontract verder uit te voeren.

Dientengevolge kan worden besloten dat de figuur van het verval in dit geval niet in aanmerking komt als een bruikbare juridische oplossing.

12. De oplossing voor soortgelijke gevallen ligt o.i. verscholen in de leer van het *rechtsmisbruik* (Cass., 19 september 1983, *Pas.*, 1984, I, 55, *Arr. Cass.*, 1983-84, 52, *R.W.*, 1983-84, 1480, *T.B.H.*, 1984, 276, *J.T.*, 1985, 56, met noot Dufrene, S., *R.C.J.B.*, 1986, 282, met noot Fagnart, J.L.), meer bepaald het misbruik door de schuldeiser van zijn keuzerecht tussen de ontbinding en de gedwongen uitvoering van overeenkomsten in geval van wanprestatie van de schuldenaar (Cass., 16 januari 1986, *Pas.*, 1986, I, 602, *Arr. Cass.*, 1985-86, 683, *J.T.*, 1986, 404, *R.C.J.B.*, 1991, 4, met noot Fontaine, M., «La mise en oeuvre de la résolution des contrats synallagmatiques pour inexécution fautive», *R.W.*, 1987-88, 1470, met noot Van Oevelen, A., «De goede trouw bij de keuze tussen de gerechtelijke ontbinding en de gedwongen uitvoering van wederkerige overeenkomsten»).

Traditioneel gingen de rechtsleer en de rechtspraak ervan uit dat de keuze van de schuldeiser om de gedwongen uitvoering te vorderen in geval van contractuele wanprestatie van de schuldenaar, absoluut was en nooit door de rechter kon worden gecensureerd (Cass., 5 september 1980, *Pas.*, 1981, I, 17, *Arr. Cass.*, 1980-81, 12, *R.W.*, 1980-81, 1323; Cass., 22 mei 1981, *Pas.*, 1981, 1267, *Arr. Cass.*, 1980-81, 1105; Rb. Namen, 25 september 1979, *Rev. Rég. Dr.*, 1980, 26; Simont, L., De Gavre, J. en Foriers, P.A., «Examen de jurisprudence (1976-1980) – Les contrats spéciaux», *R.C.J.B.*, 1985, p. 297, nr. 81).

Sinds het reeds geciteerde cassatiearrest van 16 januari 1986 wordt nu algemeen aanvaard dat voormeld keuzerecht niet meer als absoluut dient te worden beschouwd, daar dit keuzerecht ook het voorwerp kan uitmaken van een rechtsmisbruiktoetsing (zie ook Cass., 18 februari 1988, *Pas.*, 1988, I, 728, *Arr. Cass.*, 1987-88, 790, *R.W.*, 1988-89, 1226, *T.B.H.*, 1988, 696; Cass., 15 april 1994, *Bull. Cass.*, 1994, 373, *Arr. Cass.*, 1994, 378, *R. Cass.*, 1994, 230, met noot Stijns, S., «Het keuzerecht van de schuldeiser tussen de gedwongen uitvoering en de gerechtelijke ontbinding van de overeenkomst: mogelijkheden en moeilijkheden»; Rb. Luik, 13 juni 1986, *J.L.M.B.*, 1987, 874; Herbots, J.H. en Pauwels, C., «Overzicht van rechtspraak (1982-1987) – Bijzondere overeen-

komsten», *T.P.R.*, 1989, p. 1186, nr. 169; Matheeußen, E., «Misbruik van het recht op uitvoering van een handelshuur: een theoretische duiding en enkele praktische wenken» (noot onder Vred. Messancy, 12 januari 1994), *T. Vred.*, 1996, p. 67, nr. 6.2; Vankerckhove, J., «Baux à loyer – Baux commerciaux (1975-1988)», *J.T.*, 1988, 335).

13. Daar de behandelde casus het geval betreft waarin de verhuurder, na in kennis gesteld te zijn van de gezondheids-toestand van de huurster, uiteindelijk ook zal moeten beslissen tussen de uitvoering of de beëindiging van de huur-overeenkomst, is het dan ook duidelijk dat hier sprake is van een optierecht of keuzebevoegdheid aan zijn kant waarvan hij geen misbruik mag maken. Wanneer hierover een gerechtelijke procedure wordt gevoerd, betreft het dan ook een geschil over de vraag of de verhuurder geen misbruik heeft gemaakt van zijn optierecht tussen de ontbinding en de uitvoering van de overeenkomst. Dientengevolge ligt onze casus volledig binnen de theorie van het misbruik van keuze-recht zoals aangesneden door het Hof van Cassatie in zijn arrest van 16 januari 1986.

14. Deze rechtsmisbruiktoetsing houdt in dat een schuldeiser zijn keuzerecht niet mag aanwenden op een wijze die kennelijk de grenzen van een normale rechtsuitoefening te buiten gaat. Zo zal de schuldeiser zijn contractuele bevoegdheid niet mogen gebruiken met het oogmerk de schuldenaar (= de huurder) te schaden, of op een wijze waarbij zijn voordeel in wanverhouding staat tot het nadeel dat de schuldenaar lijdt (proportionaliteitscriterium) (cf. Rb. Bergen, 4 maart 1988, *J.T.*, 1989, 479; Vred. Sint-Gillis (Brussel), 23 november 1981, *T. Vred.*, 1982, 200; Letier, J.M., «L'exécution de la bonne foi des conventions en matière de bail», *T. Vred.*, 1990, 258).

15. Indien de rechter zou vaststellen dat de schuldeiser, *i.c.*, de verhuurder, zijn keuzerecht misbruikt, zal de rechter deze rechtsuitoefening kunnen matigen. Dit houdt in dat de rechter enkel kan beslissen tot een beperking van de last, meer bepaald tot de last die zou ontstaan zijn bij een normale uitoefening van het recht (in dit verband Cass., 18 februari 1988, *T.B.H.*, 1988, 696; Vred. Sint-Niklaas (I), 26 oktober 1992, *T. Vred.*, 1994, 299).

16. Samenvattend kan dus gesteld worden dat de goede trouw een gedragsnorm in het leven roept waarbij de schuldeiser zich betamelijk moet gedragen bij de uitoefening van zijn contractuele aanspraken, zodat de eventuele schade die de schuldenaar zou lijden beperkt blijft, zelfs indien diezelfde schuldenaar zelf een contractuele fout heeft begaan (Dirix, E., «Over de beperkende werking van de goede trouw», *T.B.H.*, 1988, p. 663, nrs. 6 en 9; Stijns, S., «Het keuzerecht van de schuldeiser tussen de gedwongen uitvoering en de gerechtelijke ontbinding van de overeenkomst: mogelijkheden en moeilijkheden» (noot onder Cass., 15 april 1994), *R. Cass.*, 1994, p. 235, nr. 16).

Hieruit volgt dan ook dat er op de contractspartijen, *in casu* de verhuurder, een schadebeperkings- en loyauteitsplicht rust waardoor deze verhuurder verplicht is om in sommige omstandigheden akkoord te gaan met een voorstel van vervroegde opzegging uitgaande van de huurder, minstens geen gedwongen uitvoering van de huurovereenkomst te eisen, teneinde de schade van deze laatste te beperken (Rb. Luik, 17 september 1984, *J.L.*, 1985, 142; Rb. Luik, 13 juni 1986, *J.L.*, 1987, 874, met noot; Rb. Bergen, 4 maart 1988, *J.T.*, 1989, 479; Rb. Luik, 19 mei 1989, *J.L.M.B.*, 1989, 1316;

Vred. Namen (I), 14 oktober 1977, *Rev. Rég. Dr.*, 1978, 495, met noot Coipel, M.; Vred. Namen (I), 28 oktober 1977, *Rev. Rég. Dr.*, 1978, 415, met noot Coipel, M.; Vred. Namen (II), 25 juli 1978, *Rev. Rég. Dr.*, 1978, 608; Vred. Andenne, 21 juni 1984, *Rev. Rég. Dr.*, 1984, 275; Vred. Kontich, 1 december 1988, *R.W.*, 1988-89, 59; Vred. Neerpelt, 27 juni 1991, *R.W.*, 1993-94, 756; Vred. Antwerpen, 25 november 1992, *R.W.*, 1993-94, 784; Vred. Sint-Niklaas (I), 19 april 1993, *R.W.*, 1993-94, 757).

Het is nu duidelijk dat, wanneer de huurster wegens een onvoorziene en ernstige verslechtering van haar gezondheid werkelijk genoodzaakt is om het door haar gehuurde pand te verlaten, de eis van de verhuurder tot gedwongen uitvoering van de huurovereenkomst, niet in overeenstemming is met diens schadebeperkings- en loyauteitsverplichtingen. De rechter zal dan ook op grond van rechtsmisbruik de keuze van de verhuurder kunnen matigen. Conform het voornoemde cassatie-arrest van 16 januari 1986 bestaat deze matiging erin om, in plaats van de door de verhuurder gevorderde gedwongen uitvoering van de huurovereenkomst, de ontbinding van de huurovereenkomst ten laste van de huurster uit te spreken wegens het niet-naleven van haar contractuele huurverplichtingen (bv. het niet betalen van de normaal verschuldigde huurgelden, het wederrechtelijk verlaten van de huurwoning, ...).

17. Na al het voorgaande kan worden besloten dat aan voormeld casusgeval wel degelijk een juridisch aanvaardbare «mouw» kan worden gepast, en dit zonder terug te moeten grijpen op een (te) ruime interpretatie van het begrip overmacht of naar de imprevisie-leer.

De rechtsmisbruiktoetsing, die uitdrukkelijk door het Hof van Cassatie wordt erkend, bewijst dan ook eens te meer haar nut in onze rechtsorde.

Raf Van Ransbeeck
Assistent K.U.Brussel

RECHTSPRAAK IN KORT BESTEK

Hof Antwerpen (2e Kamer), 1 maart 1995

Aanneming van werk – Onderaannemer – Rechtstreekse vordering – Art. 1798 B.W. – Dagvaarding

«Dat i.v.m. de toepassing van art. 1798 B.W. door tweede geïntimeerde (als opdrachtgever) wordt beweerd, dat zij op het ogenblik van het instellen van de vordering door eerste geïntimeerde (als onderaannemer) niet meer 'gehouden' was tot betaling aan appellante (als aannemer) en dat zij meer bepaald de exceptio non adimpleti contractus heeft ingeroepen tegen deze aannemer, wegens o.a. gebreken en vertraging in de werken;

«dat eerste geïntimeerde hier ten onrechte aanvoert dat haar rechtstreekse vordering 'haar definitieve gestalte' kreeg op het ogenblik dat zij bij brief van 9 september 1993 tweede geïntimeerde heeft aangesproken tot betaling daar de rechtstreekse vordering ontstaat - volgens art. 1798 B.W. - 'op het ogenblik dat de rechtstreekse vordering wordt ingesteld', het-

geen in casu betekent dat ze is ontstaan op 5 oktober 1993, datum van de inleidende dagvaarding;

«dat, aldus eerste geïntimeerde slechts een rechtstreekse vordering op tweede geïntimeerde heeft als blijkt, dat deze laatste op 5 oktober 1993 nog iets aan appellante verschuldigd was.»

(Voorzitter: de h. De Vel - Raadsheren: de h. Carette en mevr. Bax - Advocaten: mrs. Snick loco Coninx en Neven loco Vergauwe - In de zaak: N.V. L. t/ N.V. C.)

NOOT – *Geen vorderingsrecht van de onderaannemer op de hoofddopdrachtgever, zonder een ingestelde rechtstreekse vordering*

1. De wet van 19 februari 1990, die op 3 april 1990 in werking is getreden, heeft de rechtstreekse vordering van de werklieden van de bouw-aannemers op de bouwheer, de meester van het werk, eveneens aan de onderaannemers toegekend (art. 1798 B.W.; *B.S.*, 24 maart 1990). Elk van de gerechtigden, schuldeiser van de (hoofd)aannemer (c.q. onderaannemer), kan zich verhalen op hetgeen de bouwheer nog aan de aannemer verschuldigd is, op het tijdstip waarop hun rechtstreekse vordering wordt ingesteld. De onderaannemer wordt als aannemer, en de aannemer wordt als bouwheer beschouwd, ten aanzien van de eigen onderaannemers van de eerstgenoemde (art. 1798, laatste lid, B.W.). Het betreft een onvolmaakte rechtstreekse vordering (Ghestin / Billiau, *Traité de droit civil*, III, nrs. 895 e.v., uitg. 1992). Zij moet binnen de perken blijven van de som die de aanbesteder aan de aannemer verschuldigd is. Uiteraard kunnen de gerechtigden niet meer eisen dan waarop zij tegenover de aannemer recht hebben (Kh. Hasselt, 10 oktober 1994, *Limb. Rl.*, 1995, 72). Bij samenloop tussen de gerechtigden, zal, indien hetgeen de meester van het werk nog verschuldigd is niet toereikend is om ieder het volle pond te geven, pondspondsgewijze verdeeld worden (E. Dirix, «Het voorrecht en de directe vordering van de onderaannemer», *R.W.*, 1989-90, 1232, inz. 1235, nr. 7; Kh. Antwerpen, 24 april 1995, *R.W.*, 1995-96, 264, met noot E. Dirix, «Rechtstreekse vordering en samenloop», inz. blz. 265, nr. 4, F. Poilvache, «La loi du 19 février 1990 sur la protection des sous-traitants», *J.T.*, 1990, 638, inz. 639, voetnoot 14).

2. De rechtstreekse vordering van de bouwvakkers en de onderaannemers heeft haar eigen karakteristieken, o.m. het vereiste een «rechtstreekse vordering» in te stellen om haar gestalte te verkrijgen. Sommigen hebben nochtans, gelet op de eigen aard van de rechtstreekse vordering als zodanig, beweerd dat de gerechtigden geen proces dienden aan te spannen. De rechtstreekse vordering is immers niet aan bepaalde vormvoorschriften onderworpen, zodat een minnelijk verzoek, al dan niet bij aangetekende brief, voldoende zou zijn om de meester van het werk die nog iets aan de aannemer verschuldigd is, tot betaling aan de gerechtigde uit art. 1798 B.W. te verplichten (vgl. E. Dirix, «Onderaanneming», *T. Aann.*, 1991, 38, nr. 34). Reeds in de verleden eeuw heeft G. Diephuis erop gewezen dat de toekenning door de wet aan de bouwwerklieden van een rechtstreekse vordering, een proces omtrent hun vorderingen overbodig moet maken. Waarom zouden de betrokkenen, en Diephuis bedoeld hiermee wel de drie partijen, van de omslag en van de kosten van een proces niet kunnen afzien? (Diephuis, *Het Nederlandsch burgerlijk regt*, XII, 386, uitg. 1889). In deze eeuw

heeft ook A. Pitlo geleerd, dat hier geen enkele formaliteit is voorgeschreven, en dat het voldoende is dat de ambachtsman te kennen geeft dat hij de vordering van de aannemer op de aanbesteder wil innen (art. 1650 oud N.B.W.; Pitlo, *Verbintenissenrecht*, 475, uitg. 1957). In elk geval kan de bepaling in art. 1798 B.W. niet beletten dat de bouwheer, met het akkoord van de hoofdaannemer, de onderaannemer bevrijdend betaalt.

3. In de meeste gevallen zal er nochtans, al is er aan de zijde van de bouwheer of van de (hoofd)aannemer geen onwil, zowel over de inschuld van de gerechtigden als over de uitschuld van de bouwheer, onenigheid of onzekerheid bestaan (vgl. Rb. Kortrijk, 14 november 1957, *R.W.*, 1957-58, 1450). Zeer dikwijls is het werk dat de (algemene) aannemer heeft uitgevoerd nog niet gereedgekomen, of zijn er gebreken aan het (voltooide) werk, of heeft de bouwheer aanspraak op een korting wegens vertraging in de uitvoering; andere schuldeisers van de aannemer, bv. leveranciers van bouwmaterialen, kunnen een bewarend derdenbeslag op diens schuldvordering gelegd hebben enz. De wetgever van 1804 is uitgegaan van de hypothese dat de aannemer het werk heeft uitgevoerd, want pas dan heeft deze recht op betaling van de aannemingssom. Hoewel de organieke regels op de overeenkomst van aanneming van werk erop gericht zijn processen tussen de partijen te voorkomen en vlug tot oplossingen te komen (vgl. art. 1794 en de artt. 1795-1796 B.W.), toch heeft de wetgever in dit geval de gerechtigden verplicht een rechtstreekse vordering in te stellen.

4. De wetgever van 1990 heeft geen afbreuk gedaan aan de traditionele Belgische jurisprudentie, volgens welke de rechtstreekse vordering uit art. 1798 B.W. slechts door het instellen van de rechtstreekse vordering haar gestalte kan verkrijgen en de schuldvordering van de aannemer op de bouwheer onbeschikbaar kan worden gemaakt (Laurent, XXVI, nr. 81; De Page, IV, nr. 917; Kluyskens, IV, nr. 367; Paulus, *Aanneming*, nr. 164; Van Houtte-Van Poppel, *Artikelsgewijze Commentaar*, art. 1798, nr. 4; Rb. Kortrijk, 14 november 1957, *R.W.*, 1957-58, 1450).

De rechtszekerheid vereist hier vaste data en een zekere publiciteit ter bescherming van de rechten van partijen en van de andere schuldeisers van de aannemer of van de bouwheer. Zulks te meer daar in het geval van art. 1798 B.W. enkel de bouwheer gedagvaard dient te worden. Het bovenstaande arrest heeft de rechtszekerheid gediend.

5. Gesteld dat de schuldvordering van de aannemer op de meester van het werk slechts door een dagvaarding geblokkeerd wordt, dan zal de bouwheer die niet werd gedagvaard en die zomaar aan de werklieden hun achterstallig loon betaalt, of de nog openstaande facturen van de onderaannemers voldoet, schuldenaar van de aannemer blijven. Hij zal tweemaal moeten betalen (art. 1238 B.W.). Overigens is de enkele dagvaarding niet voldoende voor een bevrijdende betaling; de rechtstreekse vordering moet ingesteld zijn, ingeschreven zijn op de algemene rol vóór de aangegeven zitting (art. 717 Ger.W.; vgl. Gent, 28 april 1995, *R.W.*, 1995-96, 928).

6. De gerechtigden uit art. 1798 B.W. kunnen, in het vooruitzicht de rechtstreekse vordering in te stellen, de vordering van de aannemer op de meester van het werk niet onbeschikbaar maken. Hun rechtstreekse vordering heeft immers geen terugwerkende kracht (Planiol/Ripert/Rouast, XI, nr. 966). Dat kan evenwel de onderaannemers niet beletten bewarend derdenbeslag onder de handen van de bouwheer te leg-

gen om hun (bevoorrechte) schuldvordering veilig te stellen (artt. 1413, 1415 en 1445 Ger.W.; Rb. Brussel, Beslagn., 30 november 1992, *J.L.M.B.*, 1993, 281).

7. In het systeem van art. 1798 B.W. heeft de onderaannemer die de meester heeft aangemaand tot betaling van zijn facturen op de hoofdaannemer alvorens hem te dagvaarden, geen aanspraak op *moratoire interesten* over de periode tussen de aanmaning en de dagvaarding, gesteld dat de hoofdaannemer hem nog geen *moratoire interesten* verschuldigd was. Immers, enkel door het instellen van de rechtsovereenkomst verkrijgt de onderaannemer een *eigen recht* tegenover de meester van het werk en wordt de meester aansprakelijk tegenover de onderaannemer. Of de meester zich al dan niet verzet heeft tegen de ingebrekestelling door de onderaannemer, is zonder belang (*anders*: Luik, 31 maart 1995, *J.L.M.B.*, 1995, 1340). Dat ware anders, indien geen dagvaarding vereist zou zijn voor de rechtstreekse vordering van de onderaannemer op de meester van het werk.

Geert Baert

Hof Gent (7e Kamer), 17 april 1996

Faillissement – Verkoop van onroerend goed door de curator – Herziening B.T.W.-aftrek – Geen schuld van de boedel

«Een schuld is slechts dan een schuld van de boedel (artikel 561 van de Faillissementswet) wanneer de curator met het oog op het beheer van die boedel, qualitate qua, verbintenissen heeft aangegaan, met name door het voortzetten van de handelsactiviteiten, door uitvoering van haar overeenkomsten of door gebruik van haar roerende of onroerende goederen. Slechts in die omstandigheden moet de boedel de overeenstemmende verbintenissen ten laste nemen die uit dit beheer voortvloeien en de kosten ervan dragen. (Cass., 16 juni 1988, *R.C.J.B.*, 1990, 15, met noot I. Verougstraete).

«In het onderhavige geval spruit de vordering van tweede geïntimeerde niet uit een verbintenis aangegaan door appellant met het oog op het beheer van de massa, maar uit de toepassing van artikel 528 der Faillissementswet dat de verkoop van de onroerende goederen van de gefailleerde toelaat, evenals uit artikel 10 van het koninklijk besluit nr. 3 van 10 december 1969 voornoemd, naar luid waarvan de aftrek van de belastingen die onroerende goederen bezwaarden, o.m. moet worden herzien wanneer die goederen ophouden in de onderneming te bestaan. In het onderhavige geval betreft het dan ook geen schuld van de boedel (Cass., 20 januari 1994, *J.L.M.B.*, 1994, 362-363, *R.W.*, 1994-95, 227).

«Deze B.T.W.-schuld, die na faillissement is ontstaan ingevolge de herziening van de voor het faillissement door de gefailleerde verrichte B.T.W.-aftrek, heeft in gene mate bijgedragen tot het behoud of tot de verwezenlijking van de in het onderhavige geval met hypotheek bezwaarde onroerende goederen. Zij kan niet voorafgenomen worden van de verkoopprijs van de onroerende goederen.»

(Voorzitter: de h. Staessens – Raadsheren: de hh. Delbecq en Dubucquoy – Advocaten: mrs. Van Malleghem, Van

Loo en Peeraer – In de zaak: Faillissement N.V. S; t/ N.M.K.N. en Belgische Staat)

NOOT – Zie Cass., 30 maart 1995, *R.W.*, 1995-96, 549, met noot.

Hof Antwerpen (3e-bis Kamer), 23 mei 1996

Rechtsmiddelen – Hoger beroep – Beslissing inzake bevoegdheid – Eindvonnis – Hoger beroep ontvankelijk

«Overwegende dat geïntimeerde opwerpt dat het hoger beroep onontvankelijk is nu het bestreden vonnis een beslissing aangaande de bevoegdheid inhoudt, in welk geval overeenkomstig art. 1050 Ger.W. slechts hoger beroep kan worden ingesteld samen met het hoger beroep tegen het eindvonnis; dat volgens geïntimeerde het vonnis a quo niet kan worden beschouwd als een eindvonnis;

«Overwegende dat met de term 'eindvonnis' in artikel 1050 Ger.W. bedoeld wordt een vonnis waarmee de aangezochte rechter zijn rechtsmacht geheel heeft uitgeput; dat derhalve het vonnis van de eerste rechter waarbij hij zich onbevoegd heeft verklaard en de zaak naar de volgens hem bevoegde rechter heeft verwezen, onmiddellijk appellabel is (cf. Lemmens, P. en Maertens, A.-S., *Comm. Ger.*, art. 1050, nrs. 31-32; Laenens, J., «De wet van 3 augustus 1992 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek: een storm in een glas water?», *R.W.*, 1995-96, 173, nr. 21).»

(Voorzitter: mevr. Bax – Advocaten: mrs. Eliaerts en Rijcken loco Istasse – In de zaak: N.V. E. t/ P.)

BOEKEN

E. BALATE en G. DE LAMAIN DE BEX (red.), *Les pratiques du commerce, l'information et la protection du consommateur*, Brussel, Bruylant, 1994

1. Dit verslagboek van de studiemiddagen van 3 en 4 februari 1994, gehouden aan de U.L.B., wil een overzicht van de wet op de handelspraktijken (1991) geven alsmede wijzen op toepassingsproblemen van die wet, een en ander met bijzondere aandacht voor het Europees recht.

2. J.L. Fagnart licht, in een inleidende bijdrage, de twee doelstellingen van de WHPC, namelijk de bescherming van de consument en het handhaven van eerlijke handelspraktijken, kritisch toe. Precies de bescherming van de plaatselijke kruidenier, die volgt uit verschillende wetsbepalingen, vindt hij conflicteren met de doelstelling de consument te beschermen.

3. Een interessante bijdrage van I. Verougstraete benadrukt de ruime appreciatiebevoegdheid die een rechter ter zake van eerlijke mededinging a priori heeft. De WHPC, aldus de auteur, doet daar geen afbreuk aan, maar heeft integendeel door consumentenrecht onder haar toepassingsgebied te brengen, die bevoegdheid nog verruimd. Ook de beperkte wijzigingen van de procedureregels vindt de auteur aanvaardbaar. Op dit punt was een ommekeer immers niet wenselijk, terwijl de consumenten toch een beetje meer worden beschermd «sans être traités comme des incapables».

4. Inderdaad schaft de WHPC de contractsvrijheid niet af, maar ze wordt er toch aardig door ingeperkt, zoals blijkt uit de ruime bijdragen van V. Simonart en F. Glansdorff over respectievelijk verbintenissen- en contractenrecht. Simonart acht de inperking ge-

rechtvaardigd gelet op de bijzondere relatie tussen verkoper en consument, eigen aan handelspraktijken, terwijl Glansdorff de uniformiserende werking van de WHPC tussen goederen- en dienstencontracten opmerkt, die bijdraagt tot de genese van een consumentenovereenkomst.

5. Opmerkelijk is de interessante bijdrage van J. Stuyck die als enige de WHPC echt in het licht van de Europese rechtspraak evalueert en aan de hand van een overzicht van rechtspraak op een Europeesrechtelijke handelspraktijkennorm wijst. Precies de Belgische algemene normen inzake eerlijke handelspraktijken worden grondig geanalyseerd door E. Balate, die door middel van een interessante bijdrage, een typologie uitwerkt en wijst op de belangrijke rol die de rechtspraak heeft vervuld en zal vervullen. De auteur besteedt daarbij bijzondere aandacht voor het vooralsnog vrijwel onbesproken 'belang'-vereiste uit het normenduo inzake eerlijke handelspraktijken (schade aan de beroepsbelangen van een verkoper en aan de belangen van een consument).

7. De belangrijke reclametitel van de WHPC krijgt, inzonderheid in het licht van het Europees recht, te weinig aandacht in een bijdrage van A. Puttemans over reclame en verkooppromotie, waarvan de titel reeds het bewijs levert van een onmogelijke opdracht.

8. Ten slotte bevat het boek nog bijdragen over de bescherming van en de informatie aan de consument zoals volgt uit de rechtspraak, waarbij M. Flamée bij gebrek aan rechtspraak zich noodgedwongen tot de wetsbepalingen moest beperken, over de distributie-ondernemingen, waarin G. de Laminne de Bex wijst op problemen uit de praktijk, over knelpunten van internationaal privaatrecht bij toepassing van de WHPC van de hand van R. Prioux, over de handelspraktijken in Québec door N. L'Heureux en een slotrapport door L. Van Bunnin met de krachtlijnen van de studiedag.

9. Kortom, het verslagboek bevat te midden van lezenswaardige overzichtsartikelen, een aantal interessante bijdragen die niet mogen ontbreken in de literatuur van de jurist die met handelspraktijken begaan is. De verwachtingen die de voorflap van het verslagboek aangaande Europees recht opwekt, worden evenwel niet ingelost.

G. Straetmans

D. LECHIEU en A. PUTTEMANS, *Nouveautés en droits intellectuels – Marques et programmes d'ordinateur*, Bruylant, Brussel, 1995, 212 pp.

In het hier besproken boek bevinden zich twee bijdragen die ieder handelen over een bepaald domein van het recht van de intellectuele eigendom waarin zich zeer recent belangrijke ontwikkelingen hebben voorgedaan. Zo is er in de eerste plaats de bijdrage van D. Lechien. Deze auteur gaat in op de op 1 januari 1996 in de Benelux Merkenwet (BMW) aangebrachte wijzigingen. Wel plaatst hij deze wijzigingen in een internationaal kader, iets wat zijn bijdrage zeer waardevol maakt. Zo gaat hij o.a. in op de geschiedenis van de eerste harmonisatierichtlijn merkenrecht en analyseert hij deze richtlijn. Daarnaast besteedt hij ook aandacht aan o.a. de verordening van 20 december 1993 inzake het Gemeenschapsrecht, het Protocol van 27 juni 1989 bij de Overeenkomst van Madrid betreffende de internationale inschrijving van merken, en aan de bepalingen inzake merken uit de TRIPS-overeenkomst.

Het deel van de tekst van D. Lechien dat handelt over de eigenlijke wijzigingen die in de BMW zijn aangebracht, is uiterst lezenswaardig. Op alle wijzigingen wordt natuurlijk ingegaan, maar zeer interessant zijn de talrijke, vaak erg genuanceerde bedenkingen die de auteur bij bepaalde wijzigingen formuleert. In dit verband kan gewezen worden op zijn bedenkingen m.b.t. de vraag die bij alle beoefenaars van het merkenrecht leeft, namelijk of het associatiegevaar uit art. 13, A1, b, BMW niet vervangen moet worden door het verwarringsgevaar. Ook op zijn bedenkingen m.b.t. de uitputting van het merkenrecht moet gewezen worden, evenals op wat hij schrijft i.v.m. de vraag of het interessant is om te opteren voor een gemeenschapsmerk.

De bijdrage van D. Lechien wordt afgesloten met de publicatie van een aantal documenten. Zo vindt men achter zijn bijdrage de tekst van de BMW van vóór 1 januari 1996, zij het dat naast deze tekst de tekst van het protocol van 2 december 1992 houdende wijziging van de BMW geplaatst is, zodat per artikel van de BMW kan

nagegaan worden of en, zo ja, welke wijzigingen hierin op 1 januari 1996 zijn aangebracht. Tevens werd de gemeenschappelijke commentaar van de regeringen en de artikelsgewijze toelichting bij het genoemde protocol, evenals de tekst van de eerste harmonisatierichtlijn merkenrecht opgenomen.

De tweede bijdrage in het boek is van de hand van A. Puttemans. In deze zeer vlot leesbare bijdrage wordt de wet van 30 juni 1994 betreffende de bescherming van computerprogramma's (softwarewet) zeer grondig en kritisch geanalyseerd. Zoals ook het geval is, wat de bijdrage van D. Lechien betreft, bevat de tekst van A. Puttemans tal van waardevolle bedenkingen en ideeën, en wijst zij op tal van probleempunten. Zo wijst zij bv. op de juridische moeilijkheden die zich kunnen voordoen i.v.m. softwarecontracten en plaatst zij kritische kanttekeningen bij het reproductierecht, zoals dit m.b.t. computerprogramma's bestaat. Bijlage bij de tekst van A. Puttemans vormen de auteurs- en softwarewet.

Over de aspecten van het recht van de intellectuele eigendom die in het hier besproken werk aan bod komen, is reeds heel wat in boeken en tijdschriften geschreven. Toch zijn de hier besproken bijdragen zeer lezenswaardig door de kritische analyse van de bestudeerde materie, en de tal van zinvolle bedenkingen die naar aanleiding van deze analyse worden geformuleerd.

Hendrik Vanhees

BALIE

SAMENSTELLING BESTUUR VLAAMSE CONFERENTIE:

Ieper:

Voorzitter: mr. Snick

Leden: mrs. S. Battheu, A. Deschepper, S. Wullus, J. Vanstaen, A. Vanraes.

Leuven:

Voorzitter: mr. V. Coigniez

Leden: mrs. B. Van Lindt, A. Vanroy, A. Lemmens, B. Theys, J. Danckaerts, B. Huygelier, L. De Meersman, S. Van Steen, N. Matthijs, A. Bijnens.

Mechelen:

Voorzitter: mr. K. Van den Berghen

Leden: mrs. P. Smits, A. Van den Kerkhof, W. Van der Donckt, Y. Mertens, B. Cauwenberghs, H. Van Gheluwe

MEDEDELINGEN

Colloquium: Le Conseil d'Etat Belge cinquante ans après sa création

Het Centre de droit public van de U.L.B. organiseert op 19 en 20 december 1996, naar aanleiding van het 50 jarig bestaan van de Raad van State en ter nagedachtenis van de h. P. Tapie, een colloquium handelend over de Raad van State.

Inlichtingen en inschrijvingen: Centre de droit public (U.L.B.), tel. 02/650.39.68 en fax. 02/650.45.46.

Voordracht: Le public et la publicité

Op 16 januari 1997 organiseert het Centre de droit privé van de U.L.B. een voordracht.

Mr. Andrée Puttemans zal spreken over «Le Public et la pub – Les tours et les contours juridiques de la publicité».

Advocatenkantoor te BRUSSEL
zoekt voltijds

**MEDEWERKER
EN/OF STAGIAIR**

met ervaring en/of belangstelling
voor het *administratief recht*

Curriculum vitae te sturen aan het Rechtskundig Weekblad, Volhardingstraat 27 te 2020 Antwerpen, onder nr. RW 14/01

Intersentia Uitgevers NV zoekt
met onmiddellijke ingang
een

**FREE-LANCE
CORRECTOR (M/V)**

voor het corrigeren
van Nederlandstalige juridische teksten.

Geïnteresseerden sturen hun curriculum vitae op naar:
Intersentia Uitgevers t.a.v. Sofie De Smedt
Volhardingstraat 27, 2020 Antwerpen

Studienamiddag:

Justitie na de witte mars
Actoren van de justitie aan het woord

Op donderdag 19 december 1996 organiseert de School voor criminologie van de VUB een studienamiddag (aanvang 13u30, Aula Qa) over "Justitie na de witte mars". Het is de bedoeling nu ook actoren van de justitie een gelegenheid te bieden om hun stem in het debat te laten horen. Sprekers zijn: Prof. C. Eliaerts, Prof. K. Kloeck, A. Bloch en F. Evers (magistraten), G. Michel en T. Van Loon (advocaten).

Inlichtingen en inschrijvingen: VUB-School voor Criminologische Wetenschappen, Pleinlaan 2, 1050 Brussel, tel.: 02/629.26.44 en fax: 02/629.26.62.

VERSCHENEN

**BASISWETTEKSTEN INZAKE HET RECHT
VAN DE INTELLECTUELE EIGENDOM**

Hendrik VANHEES

ISBN 90-5095-002-7 – Omvang: 528 pag. – Prijs: 895,-BF

In dit wetboek worden een groot aantal basiswetteksten op het gebied van de intellectuele eigendom samengebracht (auteursrecht, octrooirecht, merkenrecht, tekeningen- en modellenrecht, de bescherming van topografieën van halfgeleiders, kwekersrecht, de bestrijding van namaak). Zowel internationale overeenkomsten (o.a. het TRIPS-akkoord, het Verdrag van Parijs tot bescherming van de industriële eigendom, de conventie van Bern voor de bescherming van letterkundige en kunstwerken) als Europese wetteksten (o.a. de verordening inzake het Gemeenschapsmerk, de richtlijn databanken) en Belgische wetgeving (o.a. de auteurswet, de octrooiwet, de Benelux Merkenwet, de Benelux Tekeningen- en modellenwet) werden opgenomen.

De materie is bijgewerkt tot 30 september 1996.

INTERSENTIA Uitgevers NV
Antwerpen - Groningen

Volhardingstraat 27 – 2020 Antwerpen
☎ 03/248.74.54 – Fax 03/248.83.82

VERSCHEENEN

DE HERVORMING VAN HET VOORONDERZOEK IN STRAFZAKEN

**Moet het gerechtelijk onderzoek in zijn huidige vorm
gehandhaafd blijven?**

Bart De Smet

Omvang: ca. 480 pag. – ISBN 90-5095-001-9 – Prijs: 3.450,-BF

De hervorming van het strafrechterlijk vooronderzoek, een thema dat lang in de academische sfeer bleef hangen, is momenteel niet meer uit de actualiteit weg te denken. Steeds meer groeit het besef dat de diverse schakels van de strafvorderlijke keten niet optimaal zijn afgestemd en dat de strafvordering dringend structurele aanpassingen behoeft. Meermalen werd gepoogd de strafvordering te moderniseren, doch telkens ontbrak consensus over de opzet en de omkadering van het proces.

Het struikelblok op weg naar hervormingen blijkt vooral de rol van de onderzoekrechter te zijn. Terwijl sommigen het noodzakelijk achten de onderzoeksrechter als leider van het onderzoek te handhaven, pleiten anderen voor een geheel nieuwe structuur waarin de politie onder de controle staat van een rechter van het onderzoek. Deze magistraat zou dan niet meer gelast zijn met de leiding van een aantal dossiers, maar zou slechts mogen optreden als een partij hem daartoe uitdrukkelijk verzoekt.

In dit boek geeft Dr. Bart De Smet een overzicht van de argumenten pro en contra het gerechtelijk onderzoek en gaat hij na of deze onderzoeksvorm nodig is om een efficiënte en evenwichtige rechtshandhaving tot stand te brengen.

INHOUD

- Hoofdstuk I. Inleidende beschouwingen.
- Hoofdstuk II. Het vooronderzoek in strafzaken vanuit een rechtshistorisch perspectief.
- Hoofdstuk III. Het vooronderzoek in België en de rol van de onderzoeksrechter: de theorie van het wetboek van strafvordering (1808) versus de praktijk van de strafrechtspleging.
- Hoofdstuk IV. Het vooronderzoek in strafzaken vanuit een rechtsvergelijkend perspectief.
- Hoofdstuk V. Voorstellen tot hervorming van het gerechtelijk onderzoek.

INTERSENTIA Uitgevers NV
Antwerpen - Groningen

Volhardingstraat 27 – 2020 Antwerpen
☎ 03/248.74.54 – Fax 03/248.83.82