

HET RECHT OP EEN EERLIJK PROCES VERSUS DE BESCHERMING VAN BEDREIGDE GETUIGEN EN POLITIEAMBTENAREN

I. Het spanningsveld van verschillende procesbelangen

Om zaken van georganiseerde misdaad tot klaarheid te brengen, wordt steeds meer een beroep gedaan op verklaringen van anonieme getuigen. Daarbij gaat het vaak om getuigen die ernstige represailles vrezen als bekend zou worden dat zij de bron van belastende verklaringen waren. Zo'n getuige kan ook een onder dekmantel opererende politieambtenaar zijn die een infiltratie-actie tegen een criminele organisatie op het getouw heeft gezet. Voor de bewijsvoering komt het er vaak op aan gebruik te maken van diens verklaringen, zodat de rechter in staat is de structuur van die organisatie te ontrafelen. Wanneer deze politieambtenaren hun identiteit ter terechtzitting moeten prijsgeven, bestaat het gevaar dat zij uit vrees voor represailles geen verklaringen zullen afleggen. Bovendien zouden ze niet meer als infiltrant kunnen worden ingezet eenmaal dat de verdachte hun ware naam en toenaam heeft kunnen achterhalen. Een justitie die steeds met open kaart speelt, dreigt dan in de strijd tegen georganiseerde misdaad het onderspit te moeten delven.

Met verklaringen van anonieme getuigen moet echter uiterst behoedzaam worden omgesprongen. Allereerst is het voor de verdachte uiterst moeilijk de geloofwaardigheid van een getuige in twijfel te trekken wanneer diens precieze identiteit voor hem verborgen blijft. De kans bestaat immers dat het gaat om een handlanger die een rekening met hem wil vereffenen of zijn rol in een criminele organisatie wil minimaliseren door zoveel mogelijk strafbare feiten in de schoenen van de verdachte te schuiven. Indien die getuige op volledige anonimiteit kan rekenen, verliest de verdachte de mogelijkheid om andere getuigen op te roepen die de betrouwbaarheid van de «beschermde» getuige in diskrediet kunnen brengen. Het toekennen van anonimiteit aan personen uit het criminele milieu houdt bijgevolg ernstige risico's in voor de kwaliteit van de waarheidsvinding en de positie van de verdachte. Daarmee hangt samen dat een belangrijk wapen tegen het verkondigen van onwaarheden is uitgeschakeld: de anonieme getuigen moet er geen rekening mee houden dat de verdachte hem op de terechtzitting aan de tand zal voelen, wat hem ertoe kan aanzetten weinig waarheidsgetrouwe verklaringen af te leggen.¹ De toestand is bijzonder riskant wanneer bescherming wordt verleend aan *kroongetuigen*. Dergelijke status komt toe aan leden van een criminele organisatie die, als tegenprestatie voor het afleggen van een belastende getuigenis, van het gerecht mogen verwachten dat niet zwaar wordt getild aan misdrijven die zij op hun kerfstok zouden hebben. Meestal komt de beloning voor hun medewerking erop neer dat het openbaar ministerie (O.M.) strafvermindering in het vooruitzicht stelt of besluit geen vervolging in te stellen. Misdadigers die met de

justitie een «bondgenootschap» aangaan, komen echter terecht in een zwakke positie, doordat zij voor hun bescherming en die van hun familie volledig afhankelijk zijn van de overheid. Het risico bestaat dat die getuigen in ruil voor strafrechtelijke immuniteit alles verklaren wat hen door de politie of het O.M. wordt ingegeven, ook al zou daardoor de waarheidsvinding in het gedrang komen.² Wanneer de verdachte in het ongewisse wordt gelaten over de identiteit van deze getuigen, zal het voor hem haast onbegonnen werk zijn valse of onjuiste verklaringen recht te zetten en op te komen tegen een lichtzinnige vervolging.

Een ander bezwaar tegen het gebruik van anonieme getuigenverklaringen is dat de verdachte noch diens raadsman kunnen controleren hoe de verklaringen zijn tot stand gekomen. Zij kunnen de oorspronkelijke bron van bewijs niet kritisch benaderen en zijn bijgevolg geheel aangewezen op de verhorende instantie. Dergelijke inschakeling van een tussenpersoon is niet zonder risico, omdat die persoon verklaringen onjuist of in een andere context kan weergeven of niet alle informatie aanbrengt die tijdens het verhoor aan de oppervlakte kwam. Bovendien kan de verdachte zich geen indruk vormen over de wijze waarop de getuigen zijn verklaringen aflegde. Dit gemis aan informatie vormt een ernstige handicap, daar bij de waardering van een getuigenis ook non-verbale communicatie een rol speelt (zoals de gelaatsuitdrukking en de intonatie van de getuige)³

Anonimiteit in het strafproces kan niet enkel afbreuk doen aan de belangen van de verdachte, maar ook de belangen van de samenleving aantasten. Door aan getuigen toe te staan hun identiteit te verhullen en niet ter terechtzitting op te dagen, blijven bepaalde schakels van de besluitvorming voor het publiek verborgen. Hierdoor wordt de democratische controle op de deugdelijkheid van het bewijs opgegeven. De indruk kan dan ontstaan dat de verdachte «hangt» door iets wat achter de schermen is bedisseld, wat het vertrouwen in het gerecht allerminst ten goede komt. Voorts kan het ondoordacht toekennen van anonimiteit ertoe leiden dat verdachten niet meer in staat zijn valse beweringen te weerleggen of de regelmatigheid van ingrijpende opsporingsmethodes (vb. infiltratie) aan te vechten.⁴ Dit buiten spel zetten van de verdediging werkt gerechtelijke dwalingen in de hand, wat uiteindelijk afbreuk doet aan de doeltreffendheid van het hele processysteem.

De rechter die zich moet uitspreken over de toelaatbaarheid van anonieme getuigenverklaringen dient verschillende belangen met elkaar in harmonie te brengen: enerzijds het belang van de verdachte en het belang van de samenleving dat bewijsgegevens op een openbare terechtzitting ter dis-

¹ CORSTENS, G.J.M., *Het Nederlandse strafprocesrecht*, Arnhem, Gouda Quint, 1993, 619.

² BOVENKERK, F., «En daar is hij dan, de kroongetuige», in *Er is meer*, Arnhem, Gouda Quint, 1996, 150.

³ TRAESE PH., *Het bewijs in strafzaken*, Gent, Mys & Breesch, 1992, 619; CORSTENS, G.J.M., o.c., 619.

⁴ DE NAUW, A., «De anonieme getuige», *R.W.*, 1985-86, 1888.

cussie staan en *anderzijds* het belang van de bedreigde getuige en het belang van de samenleving dat georganiseerde criminaliteit doeltreffend in de kiem wordt gesmoord. In dit vierkant van belangen is het vrij eenvoudig twee belangen met elkaar in evenwicht te brengen, maar verzoenen van drie of vier belangen is erg moeilijk en leidt vaak tot een impasse. Het resultaat van dergelijke belangenafweging bestaat er vaak in dat de rechter kiest voor het onherkenbaar maken van de getuige bij diens verhoor ter terechtzitting of voor het gebruik van schriftelijke verklaringen, afgelegd tijdens het vooronderzoek, waarbij de identiteit van de getuige geheel of gedeeltelijk is weggelaten.

II. Het recht op een eerlijk proces op het voorplan

Een systeem waarin bedreigde getuigen zich achter anonimiteit kunnen verschuilen en niet rechtstreeks kunnen ondervraagd worden is op zich niet in strijd met het recht op een eerlijk proces (art. 6, §1, E.V.R.M.). Volgens het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (E.H.R.M.) is het recht op confrontatie met getuigen geen absoluut recht, maar een waarborg die kan worden beperkt in het belang van een getuige die zich bedreigd voelt, mits de positie van de verdachte niet wordt uitgehold. In zijn arrest *Doorson* oordeelde het Hof dat de plicht van bedreigde getuigen om ter terechtzitting te verschijnen een aantasting kan vormen van art. 8 E.V.R.M., waaruit voortvloeit dat eenieder het recht heeft op de bescherming van zijn persoonlijke levenssfeer en fysieke integriteit. Het is dan ook gerechtvaardigd, zo meent het Hof, dat de lidstaten een procesregeling uitwerken waarbij bedreigde getuigen anoniem blijven, zonder te raken aan de rechtsbescherming van de verdachte.⁵ De vraag aan welke eisen dergelijke regeling moet voldoen, wordt echter door het Hof met de grootste omzichtigheid behandeld. Uitgangspunt is dat de lidstaten binnen een bepaalde marge vrij kunnen bepalen of aan bedreigde getuigen vrijstelling kan worden verleend om een confrontatie met de verdachte aan te gaan. Het Hof te Straatsburg acht het slechts tot zijn taak de bakens voor een eerlijk procesverloop uit te zetten en te oordelen of het proces in zijn geheel als «fair» kan worden aangemerkt.⁶ Dergelijke terughoudendheid en voorkeur voor een marginale toetsing kunnen ook moeilijk anders, omdat de anonimiteit verschillende gedaanten kan aannemen. Het maakt immers een groot verschil of een anonieme getuige alleen door de politie is ondervraagd en de verdachte direct noch indirect zijn ondervragingsrecht kan uitoefenen,

dan wel de verdachte of zijn raadsman de kans kregen die getuige met de onderzoeksrechter als tussenpersoon te ondervragen, zonder op de hoogte te zijn van de personalia van de getuige.⁷ De «speelruimte» waarover staten beschikken om getuigen te beschermen en de strijd aan te binden tegen georganiseerde criminaliteit, is echter vrij beperkt. Hoewel de rechtspraak van het Europees Hof steeds is toegesneden op een bepaalde zaak en aanleiding geeft tot uiteenlopende interpretaties, komt de rode draad steeds duidelijk naar voor: de anonimiteit van getuigen mag nooit ten koste gaan van een effectieve uitoefening van het ondervragingsrecht.

Bij de afweging van het belang van de getuige en de rechten van de verdediging moet de rechter de balans bijgevolg steeds in het voordeel van de verdachte doen overhellen. Dergelijke hiërarchie van waarden is echter soms moeilijk te aanvaarden. De gedachte die de laatste tijd opgeld maakt, is dat de tentakels van criminele organisaties steeds dieper in het maatschappelijk weefsel doordringen en de overheid niet over de vereiste slagkracht beschikt om een tegenoffensief in te zetten. Tegen deze achtergrond is de verleiding groot om het proces van een aantal formaliteiten te ontdoen en te snoeien in de proceswaarborgen van de verdachte, zodat de politie en het gerecht een veel grotere slagkracht kunnen ontwikkelen.⁸ Zo vat de Nederlandse regering het plan op om reeds in de fase van het beramen van delicten het af luisteren van telefoongesprekken toe te staan, waarbij de eenvoudige machtiging van een onderzoeksrechter (*rechter-commissaris*) reeds zou volstaan.⁹ Ook in het plan van de Belgische regering inzake de georganiseerde criminaliteit worden dwangmaatregelen die traditioneel toebehoren aan de onderzoeksrechter (vg. registratie van oproepen) toevertrouwd aan de politie, die in geval van urgentie zelf zou mogen optreden.¹⁰ De strijd tegen de georganiseerde misdaad wordt op die manier een soort noodtoestand die het rechtvaardigt een onderscheid aan te brengen tussen een «vol» en een «afgeslankt» proces. Hierbij zou de verdachte tegen wie een onderzoek naar georganiseerde misdaad loopt een aantal proceswaarborgen moeten inleveren en zich moeten tevreden stellen met een minder eerlijk proces dan de verdachte die het voorwerp uitmaakt van een «gewoon» proces, gericht op de opheldering van klassieke misdrijven.

Dergelijk instrumenteel rechtsdenken, waarbij rechtsbescherming moet wijken voor een efficiënte rechtshandhaving, vindt in de ogen van het Europees Hof te Straatsburg geen genade. Wel onderkent het E.H.R.M. de noodzaak van staten bescherming te verlenen tegen het intimideren van getuigen, maar het recht op een eerlijk proces hangt zo onverbreekbaar samen met het democratisch gehalte van de samenleving dat het niet op het altaar van doelmatigheid mag

⁵ E.H.R.M., 26 maart 1996, *Publ.E.C.H.R.*, Serie A, *Doorson* t. Nederland, §70: «It is true that Article 6 does not explicitly require the interests of witnesses (...) to be taken into consideration. However, their life, liberty or security of person may be at stake, as may interests coming generally within the ambit of Article 8 of the Convention. Such interests of witnesses (...) are in principle protected by other, substantive provisions of the Convention, which imply that Contracting States should organise their criminal proceedings in such a way that those interests are not unjustifiably imperilled».

⁶ Zie E.H.R.M., 15 juni 1992, *Publ.E.C.H.R.*, Serie A, Vol.238-A, *Lüdi* t. Zwitserland, § 42: «The admissibility of evidence is primarily governed by the rules of domestic law, and as a general rule it is for the national courts to assess the evidence before them. The Court's task is to ascertain whether the proceedings, considered as a whole, including the way in which the evidence was submitted, were fair».

⁷ DE NAUW, A., «De anonieme getuige», *R.W.*, 1985-86, 1875; SWART, A.H.J., noot onder E.H.R.M., 20 november 1989, *Kostovski* t/ Nederland, *Ars Aequi*, 1990, 321.

⁸ KEYSER-RIGNALDA, L.F. en ROZEMOND, K., «Het hellend vlak-argument in strafrechtelijke discussies», *D.D.*, 1993, 623-649; KELK, C., «Criminal justice in the Netherlands», in *Criminal Justice in Europe*, Oxford, Clarendon Press, 1995, 9.

⁹ Wetsvoorstel 23047 op het gericht af luisteren. Zie Corstens, G.J.M., «Vroegsporing», *D.D.*, 1995, 1-4.

¹⁰ Actieplan van de regering tegen de georganiseerde criminaliteit, juni 1996, *Pan.*, 1996, 610-611.

opgeofferd worden. «Although the growth in organised crime doubtless demands the introduction of appropriate measures (...) the right to a fair administration of justice holds so prominent a place in a democratic society (...) that it cannot be sacrificed to expediency»¹¹.

Een eerlijk proces veronderstelt bijgevolg dat rechtsbescherming en rechtshandhaving elkaar aanvullen, als twee zijden van eenzelfde medaille.

Deze geïntegreerde benadering vloeit voort uit de opbouw van art. 6 E.V.R.M., die afwijkt van andere verdragsartikelen waarin fundamentele waarborgen worden geformuleerd. In die gevallen, bijvoorbeeld het recht op privacy (art. 8 E.V.R.M.) kan onder bepaalde voorwaarden een inbreuk worden gemaakt op grondrechten. Vereist is dat die aantasting van de vrijheid steunt op een specifieke wetsbepaling (*legaliteit*), gericht is op een geoorloofd doel (*legitimiteit*) en in een democratische samenleving onvermijdelijk is (*proportionaliteit*). Bij het art. 6 is er van enige «ontsnappingsclausule» geen sprake. Het recht op een eerlijk proces mag bijgevolg niet ter zijde worden geschoven in het belang van de openbare orde of een doeltreffende aanpak van georganiseerde criminaliteit, maar is een fundamentele waarborg die iemand toekomt van zodra tegen hem een strafvervolg ingesteld.

III. Kwaliteitseisen voor het anonieme getuigenis

Voor de bescherming van getuigen die zich ernstig bedreigd voelen kan men verschillende veiligheidskleppen inbouwen. Een eerste systeem bestaat erin de getuige onherkenbaar te maken bij diens verhoor ter terechtzitting, onder meer door schermen te plaatsen, videobeelden van de getuige onherkenbaar te maken of stemvormingstechnieken toe te passen. Dit systeem geniet vooral de voorkeur in landen waar het *onmiddellijkheidsbeginsel* strikt wordt toegepast en de rechter slechts mag vertrouwen op gegevens die op een openbare en op tegenspraak gehouden terechtzitting aan bod kwamen. Een andere mogelijkheid komt erop neer dat de rechter zijn overtuiging steunt op schriftelijke verklaringen van de getuige, afgelegd tijdens het vooronderzoek, zonder een confrontatie ter terechtzitting te organiseren. De gedachte is dat het gebrek aan een directe controle van het bewijs door de vonnisrechter wordt gecompenseerd door de magistraat die het voorbereidend onderzoek tot een goed einde brengt. Deze organisatie van het getuigenverhoor is vooral populair in landen waar de rechter zijn onderzoeksoopdracht beperkt tot een verificatie van het strafdossier en het onderzoek ter terechtzitting een eerder formele stap in de procedure is.

De vraag of tussen beide methodes van getuigenbescherming een rangorde bestaat, laat het Europees Hof grotendeels in het midden. Voor het hof komt het erop aan dat beperkingen die de verdachte moet ondervinden bij het verhoor van anoniemi geen afbreuk doen aan het eerlijk karakter van het proces in zijn geheel. Toch lijkt het Hof een lans te breken voor een strakke interpretatie van het onmiddellijkheidsbeginsel, waaruit voortvloeit dat alle bewijs in beginsel op de openbare terechtzitting in aanwezigheid van de verdachte moet geproduceerd worden. Zo overwoog het Hof

in de zaak *Lüdi* dat «...all the evidence must normally be produced in the presence of the accused at a public hearing with a view to adversarial argument»¹².

Het onderzoek ter terechtzitting zou dus in principe meer moeten inhouden dan een formele toets van het strafdossier. Bewijsgegevens moeten immers «with a view to adversarial argument» ter terechtzitting aan bod komen, wat impliceert dat de rechter zijn overtuiging slechts zou mogen baseren op gegevens die openbaar ter discussie staan en waarvan hij de kwaliteit zelf heeft kunnen nagaan¹³. Hieruit volgt dat de verdachte een passende en afdoende gelegenheid moet krijgen getuigen op de terechtzitting aan de tand te voelen en dat in principe enkel de vermomming van de getuige ter terechtzitting een aanvaardbare belemmering van het ondervragingsrecht zou mogen vormen.

Hoewel het Europees Hof het onmiddellijkheidsbeginsel als uitgangspunt neemt voor een eerlijk proces, laat het niettemin de deur open voor een systeem waarin schriftelijke getuigenverklaringen, afgelegd tijdens het vooronderzoek, tot het bewijs meewerken. Uit zijn arrest *Windisch* volgt dat een eerlijk proces tot stand komt als de verdachte tijdens minstens één procesfase in staat wordt gesteld een confrontatie met belastende getuigen aan te gaan, zodat de rechter er niet steeds toe gehouden is getuigen ter terechtzitting op te roepen: «(...) the use of statements obtained at the pre-trial stage is not always inconsistent with paragraphs 3(d) and 1 of Article 6, provided the rights of the defence have been respected. As a rule these rights require that the defendant should be given an adequate and proper opportunity to challenge and question a witness against him, either when he was making his statement or at a later stage of the proceedings»¹⁴.

Verklaringen van anonieme getuigen die buiten de terechtzitting zijn afgelegd, kunnen bijgevolg meewerken tot het bewijs, op voorwaarde dat de verdachte tijdens een vroeger processtadium een behoorlijke mogelijkheid tot ondervraging heeft gehad.¹⁵

Het feit dat de verdachte tijdens het vooronderzoek of op de terechtzitting in staat wordt gesteld beweringen van getuigen te weerleggen, is op zich echter onvoldoende om tot een eerlijk proces te komen. Vereist is dat de verdachte op enigerlei moment in het proces een *adequate en passende ge-*

¹² E.H.R.M., 15 juni 1992, *Publ.E.C.H.R.*, Serie A, Vol.238-A, *Lüdi* t. Zwitserland, § 47.

¹³ VELU, J. en ERGEC, R., *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Brussel, Bruylant, 1990, 505; GARE, D., *Het onmiddellijkheidsbeginsel in het Nederlandse strafproces*, Arnhem, Gouda Quint, 1994, 114; VAN DEN WYNGAERT, C., *Strafrecht en strafprocesrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu Uitgevers, 1994, 567; DE SMET, B., «Het onmiddellijkheidsbeginsel in het strafproces: een anachronisme of een waarborg voor een kwalitatief goede bewijsvoering?», *R.W.*, 1996-97, 68.

¹⁴ E.H.R.M., 27 september 1990, *Publ.E.C.H.R.*, Serie A, Vol.186, *Windisch* t/ Oostenrijk, § 26.

¹⁵ SCHALKEN, T.M., «Anonieme getuige en strafvorderlijke logistiek», *N.J.B.*, 1990, 10; VAN DIJK, P. en VAN HOOFF, P.J., *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Deventer, Kluwer, 1990, 323; VERSTRAETEN, R., *Handboek strafvordering*, Antwerpen, Maklu, 1993, 379; TRAEST, PH., «Bewijsvoering en verdediging van mensenrechten», in *Jaarboek van het Interuniversitair Centrum Mensenrechten*, Antwerpen, Maklu, 1993, 60.

¹¹ E.H.R.M., 20 november 1989, *o.c.*, Vol.166, *Kostovski*, §44.

legenheid krijgt de betrouwbaarheid van belastende getuigen op de proef te stellen. Dergelijke kwaliteitseis werd ondermeer beklemtoond in het arrest *Lüdi*: «Article 6 requires that the defendant should be given an adequate and proper opportunity to challenge and question witnesses against him, either when he makes his statement or at a later stage»¹⁶.

Wanneer de identiteit van de getuige uit vrees voor represailles wordt weggelaten, dreigt het ondervragingsrecht zodanig aan betekenis in te boeten dat de verdachte praktisch in de onmogelijkheid verkeert de betrouwbaarheid van de getuige in twijfel te trekken. Belemmeringen die de anonimiteit van de getuige meebrengen voor het ondervragingsrecht, mogen de verdediging niet uitschakelen, zoniet wordt teveel ruimte gelaten voor een geheime bewijsvoering. Uit de rechtspraak van het E.H.R.M. valt af te leiden dat de rechter bij het toekennen van anonimiteit zich erg terughoudend dient op te stellen, daar een getuigenbewijs niet steeds een stevige houvast biedt bij het achterhalen van de waarheid. De kwaliteit van het getuigenbewijs kan immers worden verstoord door menselijke capaciteiten die te maken hebben met de perceptie, het geheugen en het vermogen tot reproductie van de eigen waarneming en ondervinding¹⁷. De kans dat de rechter op een dwaalspoor komt, is groot als de verdachte niet in staat wordt gesteld eventuele vergissingen of leugens van de getuige boven tafel te brengen. Als remedie wordt de directe confrontatie met de verdachte of zijn advocaat vooropgesteld. Het Hof tilt zwaar aan deze confrontatie, omdat vooral langs die weg de betrouwbaarheid van de getuige op de proef kan gesteld worden.¹⁸ Daarnaast gaat het Hof ervan uit dat de kennis van de identiteit van de getuige nodig is om de getuige het vuur aan de schenen te leggen en aldus tot een zinvolle ondervraging te komen. In de zaak *Kostovski* drukte het Hof zich uit als volgt: «Testimony or other declarations inculcating an accused may well be designedly untruthful or simply erroneous and the defense will scarcely be able to bring this to light if it lacks the information permitting it to test the author's reliability or cast doubt on his credibility»¹⁹.

Hieruit volgt dat een confrontatie waarbij de getuige zich achter anonimiteit verschuilt, in principe onvoldoende garanties biedt voor een eerlijke bewijsvoering.

Toch gaat het Europees Hof niet zo ver door te stellen dat anonieme getuigenverklaringen steeds ontoelaatbare bronnen van bewijs zouden zijn. Uitgangspunt is dat de inzet van anonieme getuigen geen onoverbrugbare hindernis vormt voor de verdediging, als *bijkomende waarborgen* in het strafproces worden ingebouwd. Daarbij moeten cumulatief volgende waarborgen in rekening worden gebracht:

a) het gebruik van het anoniem getuigenis als steunbewijs,

b) de controle op de betrouwbaarheid van de getuige door een onpartijdige magistraat, en

c) de deelname van de verdachte of zijn raadsman aan het verhoor van de getuige.

A. De bewijswaarde van het anoniem getuigenis

De rol die het anoniem getuigenis bij de beoordeling van de schuldvraag heeft gespeeld, is voor het Hof te Straatsburg een belangrijk criterium om uit te maken of de verdachte zijn ondervragingsrecht behoorlijk heeft kunnen aanwenden. Wanneer de verklaringen van anonieme getuigen teveel hun stempel drukken op de besluitvorming, dreigt het openbaar en contradictoir karakter van de bewijsvoering een louter theoretische waarborg te blijven. Een te soepel gebruik van anonieme getuigenverklaringen vormt bovendien de voedingsbodem voor een klimaat waarin de rechten van de verdediging stelselmatig moeten wijken voor de *efficiency* van de rechtshandhaving. Van een eerlijk proces kan er daarom slechts sprake zijn, als anonieme getuigenverklaringen weinig gewicht in de schaal leggen en steun vinden in voldoende ander bewijsmateriaal, dat wel op een openbare en op tegenspraak gehouden terechtzitting ter discussie staat. Dit vereiste vloeit voort uit de arresten *Kostovski* en *Windisch*, waarin het Hof art. 6 E.V.R.M. geschonden achtte omdat de veroordeling van de verdachte in belangrijke mate (*to a decisive extent/to a large extent*) gebaseerd was op anoniem getuigenbewijs.²⁰ In de zaak *Doorson* stelde het Hof geen inbreuk vast op art. 6, omdat verklaringen van anonieme getuigen niet de doorslag gaven, maar hoogstens als «steunbewijs» hadden meegewerkt. *In casu* werd voor het bewijs gebruik gemaakt van twee anonieme getuigenverklaringen, twee verklaringen afgelegd door getuigen die hun identiteit volledig hadden prijsgegeven en een set foto's van de verdachte die de politie ter identificatie aan de getuigen had overhandigd. Het feit dat de identiteit van sommige getuigen verborgen bleef, bracht volgens het Hof de positie van de verdachte niet in het gedrang, omdat hun verklaringen overeenstemden met verklaringen van getuigen die de verdachte wel aan de tand kon voelen.²¹ Hieruit volgt dat de rechter filters in de bewijswaardering moet inbouwen, zodanig dat enkel anonieme getuigenverklaringen aan het bewijs meewerken die verankerd zijn in andere bronnen van informatie.

De scheidingslijn tussen steunbewijs en bewijs dat de bezwezenverklaring «draagt», is in de praktijk echter vaak moeilijk aan te brengen. Het is niet steeds mogelijk te achterhalen welke rol een verklaring precies in de bewijsconstructie gespeeld heeft. Bovendien wekt de term «steunbewijs» de indruk dat het eigenlijk om een overbodig bewijs zou gaan, om een soort luxeartikel.²² De gedachte is dan dat aan het vereiste van een eerlijk proces is tegemoetgekomen wanneer er naast de verklaringen van een anonieme getuige voldoende andere bewijsgegevens voorhanden zijn. Dergelijk

¹⁶ E.H.R.M., 15 juni 1992, *Publ.E.C.H.R.*, Serie A, Vol.-238-A, *Lüdi t/ Zwitserland*, §42.

¹⁷ CHOO, *Hearsay and confrontation in criminal trials*, Oxford, Clarendon Press, 1996, 17-28; NIJBOER, J.F. en VAN HOORN, A.M., «Om de persoon van de getuige», *D&D*, 1997, 576.

¹⁸ ROZEMOND, K., «Pleidooi voor een kritisch instrumentalisme», *R&R*, 1996, 184.

¹⁹ E.H.R.M., 20 november 1989, *Publ.E.C.H.R.*, Serie A, Vol.166, *Kostovski t/ Nederland*, § 42.

²⁰ E.H.R.M., 20 november 1989, *Publ.E.C.H.R.*, Serie A, Vol.166, *Kostovski t/ Nederland*, §44; E.H.R.M., 27 september 1990, *Publ.E.C.H.R.*, Serie A, Vol.186, *Windisch t/ Oostenrijk*, §31.

²¹ E.H.R.M., 26 maart 1996, *Publ.E.C.H.R.*, Serie A, *Doorson t/ Nederland*, 72-76.

²² PRAKKEN, T., «Het O.M. en de anonieme getuige», *N.J.B.*, 1990, 311.

uitgangspunt levert problemen op in gevallen waarin steunbewijs toch de hoeksteen vormt van de bewijsconstructie, bijvoorbeeld omdat het bewijs van een of meer bestanddelen van het misdrijf niet zwart op wit kan worden geleverd of omdat de rechter zich zonder dit bewijs gewoon niet laat overtuigen. Zo is het niet ondenkbaar dat de rechter twijfelt aan de betrouwbaarheid van de verklaringen van een niet-anonieme getuige of aan de bekentenis van de verdachte, maar zich uiteindelijk toch over de streep laat trekken door informatie afkomstig uit anonieme bron. Soms wordt zoveel waarde toegekend aan verklaringen van anoniemi dat zij in feite de kern van het bewijs vormen. Deze situatie doet zich meestal voor wanneer de getuige een *undercover*-agent is die gedurende lange tijd het doen en laten van de verdachte op de voet heeft gevolgd. Diens verklaringen als «steunbewijs» kwalificeren, omdat men onrechtmatig verkregen vermogensvoordelen op het spoor kwam of erin slaagde de verdachte te arresteren in het bezit van drugs, ontnemt de verdachte elke mogelijkheid om de zwakke plekken van het bewijs bloot te leggen. Van «steunbewijs» kan er daarom slechts sprake zijn als de gegevens die men onder deze noemer plaatst niet van doorslaggevende betekenis zijn. Bovendien moet er een duidelijk aanwijsbare band zijn met gegevens die de rechter als «dragend» bewijs bestempelt. Deze voorwaarden kwamen aan bod in de zaak *Kostovski*. Het Hof gaf daarin aan dat het vereiste van een eerlijk proces op de helling komt als de rechter zich overwegend laat leiden door anonieme getuigenverklaringen, zelfs indien de veroordeling kan worden gestaafd door voldoende ander bewijsmateriaal: «The Convention does not preclude reliance (...) on sources such as anonymous informants. However, the subsequent use of anonymous statements as sufficient evidence is a different matter»²³.

Het is dus niet omdat een anoniem getuigenis steun vindt in andere soorten bewijsmateriaal, dat alle hindernissen voor de verdediging zijn weggewerkt en een proces als «eerlijk» kan worden aangemerkt. Vereist is dat dit getuigenis niet het ontstekingsmechanisme of de belangrijkste schakel vormt in de oordeelsvorming van de rechter, maar slechts dienst doet als een bijkomend element in de rij, bedoeld om een strafrechtelijke veroordeling kracht bij te zetten.

B. De inschakeling van een onpartijdige magistraat

De vraag of de onbekendheid met de identiteit van de getuige afdoende wordt gecompenseerd, hangt ook af van de hoedanigheid en de rol van de instantie die het verhoor van de getuige in goede banen leidt. Het maakt voor het Hof een hemelsbreed verschil of de getuige alleen door de politie dan wel door een zelfstandige rechter is ondervraagd. De onderliggende gedachte is dat de politie in de rolverdeling van het strafproces optreedt als de natuurlijk tegenstrever van de verdachte en daarom onvoldoende garanties zou bieden voor een objectieve en waarheidsgetrouwe weergave van de informatie die de getuige aandraagt. Zo besloot het Hof in de zaak *Windisch* tot een schending van art. 6 E.V.R.M., omdat de veroordeling steunde op een anoniem getuigenis dat door

een politieambtenaar was opgetekend.²⁴ In de zaak *Isgro* bood het oordeel van een onderzoeksrechter die de getuige zelf had verhoord voor het Hof wel voldoende rechtsbescherming.²⁵ Eenzelfde standpunt werd ingenomen in de zaak *Doorson*. Daarin gaf het Hof aan dat de tussenkomst van een onderzoeksrechter, die de verklaringen van een anonieme getuige optekende, voldoende tegengewicht biedt voor het gebrek aan een directe confrontatie op de terechtzitting. Vereist is wel dat de verklaringen van de getuige die anonimiteit verkiest, nauw aansluiten bij bewijsmateriaal waarvan de betrouwbaarheid wel rechtstreeks kan aangevochten worden.²⁶

De inschakeling van een rechter tijdens het vooronderzoek is echter niet voldoende om het gebruik van een anoniem getuigenis te rechtvaardigen. Een bijkomende eis is dat de rechter de ware identiteit van de getuige kent en nauwlettend de betrouwbaarheid van diens verklaringen op de proef stelt. Deze voorwaarde kwam aan de orde in het arrest *Kostovski*, waarin het Europese Hof een veroordeling op grond van anonieme getuigenverklaringen *in casu* strijdig achtte met art. 6 E.V.R.M. Een element waaraan het Hof zwaar tilde, was dat de verhorende onderzoeksrechter (*rechter-commissaris*) in het ongewisse bleef over de identiteit van de getuige.²⁷ De band die het Hof legt tussen het eerlijk karakter van de procedure en een rechter die met kennis van zaken getuigen verhoort, steunt op een goed uitgangsprincipe. Wanneer de politie halsstarrig weigert de identiteit van een getuige aan de onderzoeksrechter te onthullen, rijst immers het vermoeden dat er iets schort aan de betrouwbaarheid van deze getuige. Een onderzoeksrechter die de persoonsalia van de getuige niet kan achterhalen, is bovendien genooddakt op het kompas van de politie te varen. De controle op de betrouwbaarheid van een getuige hangt dan uiteindelijk af van de natuurlijke tegenspeler van de verdachte, waardoor twijfels kunnen ontstaan over de kwaliteit van de bewijsinformatie. Hiermee illustreert het Hof zijn visie dat enkel een eerlijk proces, waarin de verdachte afdoende van zijn ondervragingsrecht kan gebruik maken, de kiem vormt van een degelijke waarheidsvinding.

Of de magistraat die de getuige tijdens het vooronderzoek verhoort, de gedaante van een «onderzoeksrechter» dan wel van een «rechter van het onderzoek» moet aannemen, laat het Hof over aan de lidstaten. Het verschil tussen beide figuren is dat een onderzoeksrechter steeds met de leiding van het hele strafdossier is belast, terwijl een «rechter van het onderzoek» slechts mag tussenkomen om op verordering van een bepaalde partij specifieke onderzoeksdaden te stellen. Waar het Hof enkel belang aan hecht, is dat de rechterlijke controle tijdens het vooronderzoek ver genoeg gaat om het gebrek aan een directe confrontatie te compenseren. De vraag rijst echter of een lijdelijke «rechter van het onderzoek» wel borg kan staan voor een dergelijke kwaliteits

²⁴ E.H.R.M., 27 september 1990, *Publ.E.C.H.R.*, Serie A, Vol. 186, *Windisch t/ Oostenrijk*, §29.

²⁵ E.H.R.M., 19 februari 1991, *Publ.E.C.H.R.*, Serie A, Vol. 194-1, *Isgro t/ Italië*, §35.

²⁶ E.H.R.M., 26 maart 1996, *Publ.E.C.H.R.*, Serie A, *Doorson t/ Nederland*, §72-76.

²⁷ E.H.R.M., 20 november 1989, *Publ.E.C.H.R.*, Serie A, Vol. 166, *Kostovski t/ Nederland*, §42.

²³ E.H.R.M., 20 november 1989, *Publ.E.C.H.R.*, Serie A, Vol. 166, *Kostovski t/ Nederland*, §44.

teitscontrole. Deze magistraat heeft immers geen zicht op het volledige strafdossier en is bijgevolg niet in staat de verklaringen van de anonieme getuige degelijk in te schatten en in zijn juiste context te plaatsen. Bovendien kan hij de getuigen niet confronteren met ander bewijsmateriaal of op eigen initiatief gegevens verzamelen die een beter licht werpen op de geloofwaardigheid van die getuige. Wanneer veel gewicht wordt toegekend aan een kritische opstelling tegenover anonieme getuigen, past het daarom het verhoor van die getuigen toe te vertrouwen aan een *onderzoeksrechter* ²⁸. Deze magistraat heeft immers een volledig overzicht van de zaak en heeft niet het fiat nodig aan een partij om bijkomende inlichtingen over de betrouwbaarheid van de getuige te verzamelen.

De tussenkomst van een onderzoeksrechter die de identiteit van de getuige kent, wordt echter niet opgevat als een procesverplichting. Onder bepaalde voorwaarden mag de vonnisrechter gebruik maken van verklaringen die tijdens het vooronderzoek door de politie werden opgetekend. Vereist is wel dat de rechter ten gronde zich een eigen indruk vormt over de betrouwbaarheid van de getuige en de verdachte de nodige kansen geeft om die getuige op de terechtzitting aan de tand te voelen. Er moet bijgevolg een rechtstreekse band ontstaan tussen de anonieme getuige en de rechter, die niet kan worden gecompenseerd door verklaringen van politieambtenaren over de betrouwbaarheid van die getuige. In de zaak *Windisch* oordeelde het Hof als volgt: «In addition, the trial court, which was also unaware of the two women's identity, was prevented from observing their demeanor under questioning and thus forming its own impression of their reliability. The police officer's evidence on this point at the hearings cannot be regarded as a proper substitute for direct observation» ²⁹.

Hieruit volgt dat staten hun procedure zo mogen organiseren dat de waarborg van een gerechtelijk onderzoek wordt overgeslagen en dat bescherming van bedreigde getuigen op de terechtzitting wordt verleend. Dit uitgangspunt sluit goed aan bij de beperkte opdracht van het Hof, dat er enkel op moet toezien of het proces in zijn geheel eerlijk is verlopen. Ligt de klemtoon op het onderzoek ter terechtzitting, dan eist het Hof wel een strikte toepassing van het onmiddellijkheidsbeginsel, in die zin dat de rechter enkel mag vertrouwen op verklaringen van een anonieme getuige als hij die getuige zelf vragen kan stellen over eventuele onduidelijkheden of tegenstrijdigheden. Gesteld dat de getuige echter niet op de terechtzitting verschijnt, dan mag de rechter dus niet vertrouwen op informatie uit de tweede hand, verstrekt door de politie. In dit geval kan enkel de voorafgaande tussenkomst van de onderzoeksrechter compensatie bieden voor het gebrek aan een directe waarneming door de vonnisrechter.

C. De deelname van de verdachte of zijn raadsman aan het verhoor

De tussenkomst van een rechter bij het verhoor van een anonieme getuige vormt echter onvoldoende tegengewicht voor de handicaps waarmee de verdediging te maken krijgt, zelfs als het anonieme getuigenis slechts dienst doet als steunbewijs. Rechterlijke procedures die bedoeld zijn als compensatie voor het gebrek aan een directe confrontatie mogen er niet toe leiden dat de verdachte in de kou blijft staan en niet meer over een adequate en passende gelegenheid beschikt de betrouwbaarheid van de getuige aan te vechten. Deze regel werd vooropgesteld in de zaak *Kostovski*, waarin het Hof te Straatsburg het vroegere Nederlandse systeem van getuigenbescherming op de korrel nam. ³⁰ In deze zaak werd een strafrechtelijke veroordeling overwegend gestaafd met verklaringen van anonieme getuigen die door een onderzoeksrechter (*rechter-commissaris*) waren opgetekend, zonder dat een rechtstreekse confrontatie tussen verdachte en getuige tot stand kwam. De enige waarborg voor de verdachte was dat hij schriftelijke vragen kon opgeven, die door de rechtercommissaris werden beantwoord zonder dat de identiteit van de getuige bekend raakte. Dergelijk systeem van indirecte ondervraging, waarbij de onderzoeksrechter fungeert als een neutrale tussenpersoon, doet voor het Hof de balans teveel doorslaan naar de kant van een doeltreffende bestraffing.

Een eerste bezwaar tegen dit systeem van onrechtstreekse confrontatie, is dat de getuige teveel van de verdachte is afgeschermd. Doordat de verdediging in het duister tastte over de identiteit van de getuige, was zij niet in staat hierop haar pijlen te richten en de betrouwbaarheid van de getuige aan het wankelen te brengen. Zo is het voor de verdachte die stuit op volledige anonimiteit haast onmogelijk na te gaan of de getuige banden heeft met het criminele milieu of getuigen op te roepen die vraagtekens kunnen plaatsen bij het waarheidsgehalte van diens verklaringen. De anonimiteit van de getuige leidt er in zulke gevallen meestal toe dat vele zeer relevante vragen onbeantwoord blijven en dat niet meer kan worden onderzocht of de verklaringen van die getuige de ware toedracht der feiten weerspiegelen. In de zaak *Kostovski* weigerde de onderzoekende magistraat twaalf van de veertien vragen te beantwoorden die de verdachte langs hem tot de anonieme getuige richtte. Het Hof oordeelde dat een zo sterke rem op het ondervragingsrecht van de verdachte het eerlijk karakter van de bewijsvoering aantast. ³¹ Tevens waarschuwde het Hof voor de gevaren die dergelijk achterhouden van informatie meebrengt voor de deugdelijkheid van het bewijs en voor de efficiëntie van het gerecht. De onderzoeksrechter mag weliswaar een rookgordijn optrekken dat de verdachte verhindert de ware identiteit van de getuige te achterhalen, maar zijn tussenkomst mag er nooit toe leiden dat het recht op confrontatie met getuigen elke zinvolle betekenis verliest. De vraag rijst dan of het volledig bewaren van de anonimiteit van de getuige ooit verenigbaar kan zijn met de proceswaarborg van een toereikende en geschikte gelegenheid tot ondervraging. In het arrest

²⁸ Voor een uitwerking van deze stelling zie De SMET, B., *De hervorming van het strafrechtelijk vooronderzoek in België*, Antwerpen, Intersentia, 1996, 282 en 338-343.

²⁹ E.H.R.M., 27 september 1990, *Publ.E.C.H.R.*, Serie A, Vol. 186, *Windisch* t/ Oostenrijk, §29.

³⁰ E.H.R.M., 20 november 1989, *Publ.E.C.H.R.*, Serie A, Vol.166, *Kostovski* t/ Nederland.

³¹ E.H.R.M., 20 november 1989, *l.c.*, §42.

Windisch geeft het Hof aan dat volledige onbekendheid met de identiteit van de getuige een haast onoverkomelijke hindernis (*an almost insurmountable handicap*) is voor de verdachte, die moeilijk kan worden gecompenseerd door de inschakeling van een onderzoeksrechter.³² Deze laatste zal bijgevolg minstens een tip van de sluier moeten lichten om het verhoor van de anonieme getuige in overeenstemming te brengen met art. 6 E.V.R.M.

Een ander element waaruit het Hof in de zaak *Kostovski* een schending van art. 6 afleidde, was dat de verdachte geen rechtstreekse confrontatie met de getuige kon aangaan. Voor de controle op de betrouwbaarheid van die getuige was hij geheel aangewezen op de onderzoeksrechter, die als taak had schriftelijke vragen aan de getuige voor te leggen en de antwoorden op te tekenen, zonder diens identiteit bekend te maken. Deze schriftelijke ondervraging is in de ogen van het Hof niet gelijkwaardig aan een mondelinge en weegt te licht als tegengewicht voor de onbekendheid met de identiteit van de getuige.³³ Mondelinge communicatie en interactie zijn immers veel meer toegesneden op de dynamiek van de waarheidsvinding dan de uitwisseling van schriftelijke vragen en antwoorden. De troef van een rechtstreeks debat is dat onmiddellijk kan worden gereageerd op eventuele onduidelijkheden en tegenstrijdigheden. Bovendien kunnen de verdachte en de onderzoeksrechter voortbouwen op non-verbale signalen van de getuige (vb. intonatie, zenuwachtigheid), die voor de betrouwbaarheid van diens verklaringen vaak een goede graadmeter zijn. Bij schriftelijke ondervraging is het spectrum van signalen veel smaller en ontbreekt meestal elk «verrassingselement», wat de zoektocht naar de waarheid kan afremmen. Precies deze gebreken verklaren wellicht waarom opsporingsambtenaren in de praktijk weinig gebruik maken van schriftelijke ondervraging en veel belang hechten aan het mondeling verhoor van de verdachte. De vraag is dan, zoals prof. Swart terecht opwerpt, waarom het de verdediging dan niet zou toegestaan zijn munt te slaan uit een rechtstreekse confrontatie met getuigen.³⁴

Het belang van een mondelinge interactie als onderdeel van een eerlijk proces komt goed uit de verf in de zaak *Van Mechelen* e.a. Daarin stelde het Hof dat de tussenkomst van een onderzoeksrechter die de betrouwbaarheid van een anonieme getuige controleert, geen valabel alternatief (*a proper substitute*) kan zijn voor een rechtstreekse confrontatie, waarbij de verdediging zich een eigen indruk kan vormen van de betrouwbaarheid van die getuige.³⁵ Hieruit kan men afleiden dat een «verhoor op afstand», waarbij de verdediging enkel schriftelijke vragen op de getuige kan afvuren, de toets van een eerlijk proces niet meer kan doorstaan.³⁶

Een systeem waarin de onderzoeksrechter optreedt als «zaakwaarnemer» van de verdachte, sluit bovendien moeilijk aan bij de voorkeur van het Europese Hof voor een accusatoir processcenario. In het arrest *Kostovski* stelt het Hof

onomwonden vast dat de kern van het eerlijk proces ligt in de strijd tussen de partijen, in *adversarial argument*.³⁷ Hieraan voegde het toe dat de confrontatie met getuigen niet kan worden vervangen door een verhoor waarbij een onderzoeksrechter de belangen van de verdachte verdedigt.³⁸ De verticale opbouw van het inquisitoire proces, waarin een zelfstandig handelende rechter de spilfiguur is, komt daardoor onder spanning. Het vertrouwen in de behoedzaamheid van die rechter, die geacht wordt ook actief te speuren naar ontlastende informatie, is soms zo sterk, dat een confrontatie met getuigen op de terechtzitting «in het belang van de waarheidsvinding» wordt weggelaten. Voor de verdachte zouden de neutraliteit van de rechter en zijn inzet voor een objectieve waarheidsvinding reeds afdoende waarborgen zijn. Op dergelijk justitieel paternalisme richt het Europese Hof een scherpe aanval. De kern van zijn jurisprudentie is dat een op tegenspraak en conflict ingestelde behandeling van de strafzaak het stevigste fundament biedt voor een degelijke waarheidsvinding. De behoedzame rechter maakt het recht op confrontatie met getuigen bijgevolg niet overbodig; het is juist deze waarborg van een eerlijk proces die de rechter behoedzaam maakt en zijn kritische geest aanscherpt.³⁹

Uit de rechtspraak van het Europese Hof volgt dat de verdediging slechts over een adequate en passende gelegenheid tot ondervraging beschikt, als aan twee voorwaarden is voldaan: zij mag niet volledig onbekend zijn met de identiteit van de getuige en moet de kans krijgen zich rechtstreeks tot de getuige te richten. Met beide elementen als steunpunt kunnen verschillende systemen van getuigenbescherming worden opgebouwd.

Een eerste mogelijkheid bestaat erin de getuige te confronteren met de raadsman van de verdachte, waarbij die zich ertoe verbindt de ware identiteit van de getuige voor zijn cliënt verborgen te houden. De kracht van dit systeem, waarbij de verdachte en zijn raadsman als een onverbreekbaar geheel worden gezien, is dat de verdediging alle registers kan opentrekken, doordat zij oog in oog staat met een getuige die zijn identiteit grotendeels prijsgeeft. Het weghalen van schermen tussen de getuige en de raadsman van de verdachte dient echter gepaard te gaan met strenge deontologische regels voor de advocatuur. «Lekken» van de raadsman naar zijn cliënt toe kunnen de veiligheid van de getuige ernstig in gevaar brengen, waardoor het recht van de getuige op bescherming van zijn fysieke integriteit onvoldoende wordt beschermd.⁴⁰ Het is bovendien niet uitgesloten dat de getuige de deelname van de advocaat als een bedreiging aanvoelt en

³² E.H.R.M., 27 september 1990, *Publ.E.C.H.R.*, Serie A, Vol.186, §28.

³³ E.H.R.M., 20 november 1989, *l.c.*, §42.

³⁴ SWART, A.H.J., noot onder *Kostovski*, *l.c.*, 323.

³⁵ E.H.R.M., 23 april 1997, *Publ.E.C.H.R.*, Serie A, Van Mechelen e.a. t/ Nederland, § 62.

³⁶ GARE, D., «Wet bedreigde getuigen niet-«Straatbrug-proof»: de zaak Van Mechelen e.a. tegen Nederland», *Advocatenblad*, 1997, 549.

³⁷ E.H.R.M., 20 november 1989, *l.c.*, §41: «In principle, all the evidence must be produced in the presence of the accused at a public hearing with a view to adversarial argument». Over de voorkeur van het Europese Hof voor een accusatoir proces, zie SWART, A.H.J., noot onder *Kostovski*, *l.c.*, 322; NIJBOER, J.F., «Kostovski en de inquisitoire stijl van procederen», *N.J.B.*, 1990, 593-595; DEN HARTOG, A., *Art. 6 E.V.R.M.: grenzen aan het streven de daad eerder op de straf te doen volgen*, Antwerpen, Maklu, 1992, 76.

³⁸ E.H.R.M., 20 november 1989, *l.c.*, §43.

³⁹ SWART, A.H.J., *l.c.*, 322; GARE, D., «Heeft ons negatief-wettelijke bewijsstelsel zijn langste tijd gehad», *D.D.*, 1996, 130.

⁴⁰ In het arrest Doorson acht het Europees Hof een systeem van getuigenbescherming verantwoord, omdat een getuige die zich ernstig bedreigd voelt en zijn identiteit moet prijsgeven de waarborgen van art. 8 E.V.R.M., waarin de bescherming van de fysieke inte-

ervoor terugdeinst belastende verklaringen af te leggen. Hierdoor dreigt de waarheidsvinding belemmerd te worden. Ten slotte bestaat de vrees dat de overheid van dit systeem misbruik zou kunnen maken om een wig te drijven tussen de verdachte en zijn raadsman. Voor zijn verdediging is de verdachte immers volledig afhankelijk van de bekwaamheid en de alertheid van zijn raadsman. Bovendien komt juist de verdachte het meest in aanmerking voor deelname aan het verhoor, omdat hij alleen weet wie hij voor zich heeft en welke vragen moeten gesteld worden aan de getuige, die desnoods een vermomming mag aannemen.⁴¹ Dit kennisvoordeel komt vooral aan de orde wanneer het gaat om *undercover*-agenten die de verdachten op heterdaad konden betrappen. Ondanks deze bezwaren heeft het Hof in zijn arrest Doorson de confrontatie tussen de bedreigde getuige en de advocaat van de verdachte, buiten de aanwezigheid van de verdachte, als een passende en adequate gelegenheid tot ondervraging aangemerkt.⁴² Het feit dat de getuigenverklaringen slechts het gewicht hadden van een steunbewijs en een onderzoeksrechter een extra-toezicht uitoefende op de betrouwbaarheid van die getuige, speelde daarbij een belangrijke rol. De getuige had ook geantwoord op alle vragen die de advocaat hem stelde, waaruit het Hof afleidde dat de verdediging in haar geheel voldoende ruimte kreeg om de gegrondheid van de strafvordering aan te vechten.

Getuigenbescherming kan ook de vorm aannemen van een verhoor waarbij de verdachte wordt toegelaten zonder dat die in staat is de ware identiteit van de bedreigde getuige te ontsluiëren. Zo kan worden gedacht aan een getuige die zijn gelaat bedekt of wiens stem door bepaalde technieken wordt vervormd. De verdachte moet zich dan weliswaar tevreden stellen met weinig of geen non-verbale communicatie, maar heeft nog steeds de mogelijkheid om onmiddellijk in te spelen op eventuele onduidelijkheden of tegenstrijdigheden. Minder ingrijpend is dat de getuige «face to face» voor de verdachte verschijnt, zonder zijn ware identiteit en andere personalia te onthullen. In sommige gevallen heeft de verdachte immers alleen maar behoefte aan herkenning van de getuige om zijn ondervragingsrecht uit te oefenen.⁴³ Deze situatie doet zich vooral voor indien de verdachte de betrouwbaarheid op de proef wil stellen van een *undercover*-agent. Wanneer deze opsporingsambtenaar een rechtstreekse confrontatie met de verdachte aangaat en daarbij slechts zijn schuilnaam bekendmaakt, wordt er voor de verdachte geen onoverbrugbare hindernis opgeworpen. Dergelijk standpunt werd ingenomen in de zaak *Lüdi*, waarin het ging om een getuige in de hoedanigheid van een *undercover*-agent, die aan de verdachte bekend was onder de (code)naam Toni. In deze zaak stelde het Hof een schending van art. 6 E.V.R.M. vast, omdat de schriftelijke verklaringen van de *undercover*-agent in beslissende mate meewerkten aan het bewijs en waren afgelegd buiten de aanwezigheid van de verdachte of zijn raadsman. Toch liet het Hof uitschijnen dat de onbekendheid met de ware identiteit van de getuige geen afbreuk zou

hebben gedaan aan het ondervragingsrecht van art. 6, §3, (d), E.V.R.M., als de onderzoekende magistraat een beperkte vorm van confrontatie had georganiseerd, waarbij de *undercover*-agent enkel zijn schuilnaam zou prijsgeven.⁴⁴

Ten slotte zou men de nadelen van een schriftelijke ondervraging kunnen wegwerken door de getuige en de verdediging rechtstreeks met elkaar te laten communiceren, maar hen in ruimte van elkaar te scheiden. De onderzoeksrechter speelt dan de rol van een verbindingsman en van moderator, waarbij hij erover moet waken dat de getuige slechts die vragen onbeantwoord laat die kunnen leiden tot de onthulling van zijn personalia. Een mooi voorbeeld is de Amsterdamse praktijk uit de jaren '80 van het verhoor op 'Victoriaanse wijze', genoemd naar de vertrekken in het Victoria-hotel die geregeld voor gerechtelijke doeleinden werden gebruikt. Een geluidsverbinding stelde de verdachte in staat om met de bedreigde getuige in een andere ruimte te communiceren onder regie van de onderzoeksrechter (*rechter-commissaris*).⁴⁵ Van de drie alternatieven vormt die verhoorsituatie wellicht de grootste handicap voor de verdachte, omdat hij de «lichaamstaal» van de getuige niet kan waarnemen en daardoor het effect van sommige van zijn vragen moeilijk kan inschatten. Toch verschilt de situatie van die waaraan het Hof in de zaak *Kostovski* tilde, omdat de onderzoeksrechter niet optreedt als advocaat-plaatsvervanger. Het is de verdachte die de getuige aan de tand voelt en het verhoor in een bepaalde richting kan sturen. De onderzoeksrechter is niet meer dan een achtergrondfiguur, die slechts moet ingrijpen wanneer de vragen volstrekt irrelevant zijn of er enkel op gericht zijn de identiteit van de getuige aan het licht te brengen. Over de toelaatbaarheid van deze verhoormethode heeft het Hof zich niet duidelijk uitgesproken. Ons komt het voor dat het gebrek aan kennis van non-verbale aspecten van het verhoor de positie van de verdachte niet steeds aan het wankelen brengt. Wat telt, is de vraag of de verdachte voldoende kansen krijgt om het waarheidsgehalte van getuigenverklaringen te toetsen. Indien die kwaliteitscontrole mogelijk is, zonder dat de verdachte tegenover de getuige staat en diens gedragingen kan waarnemen, wordt voldoende aan de rechtsbescherming van de verdachte tegemoetgekomen.

IV. De betekenis van het arrest Van Mechelen

De eisen die het Hof te Straatsburg in zijn arresten *Kostovski* en *Doorson* stelde aan het gebruik van anoniem getuigenbewijs, werden verstrengd in de zaak *Van Mechelen e.a. t. Nederland*.⁴⁶ In deze zaak van gewapende bankovervallen

griteit besloten ligt, dreigt te verliezen (E.H.R.M., 26 maart 1996, *l.c.*, §70).

⁴¹ PRAKKEN, T., «Het O.M. en de anonieme getuige», *N.J.B.*, 1990, 311.

⁴² E.H.R.M., 26 maart 1996, *l.c.*, Doorson t/ Nederland, §73.

⁴³ DE NAUW, A., «Les règles d'exclusion relatives à la preuve en procédure pénale belge», *R.D.P.*, 1990, 719.

⁴⁴ E.H.R.M., 15 juni 1992, *l.c.*, §49: «Yet it would have been possible to do this in a way which took into account the legitimate interest of the police authorities in a drug trafficking case in preserving the anonymity of their agent, so that they could protect him and also make use of him again in the future».

⁴⁵ Over deze vorm van verhoor op afstand, zie VANDE POL, U., «Schending van vormvoorschriften tijdens het gerechtelijk vooronderzoek», in *In zijn belangen geschaad*, Arnhem, Gouda Quint, 1987, 75.

⁴⁶ E.H.R.M., 23 april 1997, *Publ.E.C.H.R.*, Serie A, Van Mechelen W., Venerius W. en J. en Pruijboom A. t/ Nederland. Over deze zaak, zie GARE, D., «Wet bedreigde getuigen niet 'Straatsburg-proof': de zaak-Van Mechelen e.a. tegen Nederland», *Advocaten-*

steunde de feitenrechter zijn overtuiging onder meer op verklaringen van elf politieambtenaren die uit vrees voor represailles anoniem bleven. De verdachten kregen de kans om de anoniemi te horen met behulp van een soort intercom-installatie, die de kamers waarin de verdachten met hun raadslieden zaten verbond met de ruimte waar de getuigen en de onderzoeksrechter (*rechter-commissaris*) zich bevonden. De geluidsverbinding verliep wegens technische problemen chaotisch en sommige relevante vragen over de identificatie van de verdachten bleven onbeantwoord. De onderzoeksrechter legde in een afgewogen en uitgebreid proces-verbaal verantwoording af over de noodzaak tot bescherming van de getuigen en het verloop van het verhoor. Daarin vermeldde hij redenen die de betrouwbaarheid van die politieambtenaren kracht bijzetten. Net als in de zaak *Doorson*, waren de anonieme getuigenverklaringen niet de enige bron van bewijs. Voor het bewijs maakte de feitenrechter ook gebruik van de verklaringen afgelegd door twee niet-anonieme burgers en van vier met naam genoemde politieambtenaren, van wie de verdachte de betrouwbaarheid in twijfel kon trekken. De Hoge Raad oordeelde dat het anoniem getuigenbewijs toelaatbaar is, omdat het zou corresponderen met gegevens uit niet-anonieme bron en omdat de tussenkomst van de onderzoeksrechter voldoende compensatie zou bieden voor de belemmeringen die de verdediging bij haar ondervragingsrecht ondervond.

In haar rapport van 27 februari 1996 sloot de Europese Commissie voor de Rechten van de mens zich aan bij deze visie. Volgens de Commissie is de gevolgde procedure met voldoende waarborgen omringd om de toets van een eerlijk proces te doorstaan: de onderzoekende magistraat had zelf de betrouwbaarheid van de getuigen nagegaan en de belangen van de getuigen nauwgezet afgewogen tegenover die van de verdachte; de verdediging had voldoende kansen om de anonieme getuigenverklaringen ter discussie te stellen, en die verklaringen vonden voldoende steun in niet-anonieme bewijsgegevens. Het leek er dan ook op dat de drie criteria geformuleerd in het arrest *Doorson* zonder nadere invulling stand zouden houden.

Tegen dit verwachtingspatroon in stelde het Hof een schending van art. 6, §11 en 3.(d), E.V.R.M. vast. Bij deze uitspraak, die voor vele Nederlandse rechtspractici overkwam als een donderslag bij heldere hemel, gaven drie belangrijke factoren de doorslag:

- a. de inzet van politieambtenaren als anonieme getuigen;
- b. de tussenkomst van de onderzoeksrechter als tegengewicht voor belemmeringen in het ondervragingsrecht;
- c. de waarde van anonieme verklaringen in de bewijsconstructie.

De mogelijkheden van de rechter om zijn innerlijke overtuiging te steunen op anoniem getuigenbewijs werden hierdoor sterk ingeperkt.

A. De anonimiteit van politieambtenaren

Centraal in het arrest *Van Mechelen e.a.* staat de vraag of politieambtenaren onder dezelfde voorwaarden als gewone burgers aanspraak kunnen maken op de status van anonieme getuige. Zou een politieambtenaar, die in de uitoefening

van zijn beroep vele gevaren moet trotseren, zich niet enkel in zeer uitzonderlijke gevallen achter anonimiteit mogen verschuilen? In de zaak *Lüdi* toonde het Europese Hof begrip voor de moeilijke positie waarin politieambtenaren verkeren die zaken van zware en georganiseerde criminaliteit op het spoor komen. Het Hof nam daarin aan dat de ware identiteit van een *undercover*-agent onder bepaalde voorwaarden mag verborgen blijven, mits de verdediging maar voldoende in de gelegenheid wordt gesteld de betrouwbaarheid van zijn verklaringen aan te vechten.⁴⁷

Anonimiteit zou verantwoord zijn wanneer er ernstig gevaar dreigt voor de veiligheid van de politieambtenaar (of die van zijn familie) of wanneer bekendmaking van diens identiteit ertoe zou leiden dat hij niet meer aan toekomstige infiltratie-acties zou kunnen deelnemen en zou «uitdoven». In de zaak *Lüdi* was aan de verdachte geen enkele mogelijkheid tot confrontatie geboden, terwijl de verdachte de *undercover*-agent van uiterlijk kende en op de hoogte was van zijn schuilnaam Toni. Het Hof zag daarom niet in waarom geen beperkte vorm van confrontatie, waarbij de politieambtenaar enkel zijn ware identiteit verbergt, totstandkwam.

Voor sommige auteurs heeft het Hof in de zaak *Lüdi* een duidelijk onderscheid gemaakt tussen politieambtenaren die onder valse identiteit optreden en «gewone» getuigen.⁴⁸ De stelling is dat anonimiteit vooral een probleem oplevert bij «gewone» getuigen, omdat de verdachte dan nauwelijks in staat is na te gaan of iemand die tegen hem belastende verklaringen aflegt een figuur is uit het criminele milieu en uit eigen belang tracht hem in diskrediet te brengen. Dit gevaar voor manipulatie of valse verklaringen zou minder groot zijn als de anonieme bron een beëdigd politieambtenaar is. Het sluitstuk van die redenering is dan dat verklaringen van anonieme politieambtenaren toelaatbaar zijn als bewijs, mits de verdachte voldoende kansen krijgt zijn ondervragingsrecht aan te wenden, er substantieel ander bewijs is en de rechter uiterst behoedzaam tewerkgaat.

Dergelijke theorie vindt echter geen steun meer in het arrest *Van Mechelen e.a.* Daarin stelt het Hof dat politieambtenaren slechts in uitzonderlijke gevallen mogen afzien van een «open» confrontatie met de verdachte.⁴⁹ In sommige gevallen zou reeds uit de aard van hun functie volgen dat zij op de terechtzitting verklaringen afleggen. Zo'n openheid van zaken moet volgens het Hof in acht worden genomen door politieambtenaren die de verdachte hebben gearresteerd of op heterdaad konden betrappen.⁵⁰ De veiligheid en de inzetbaarheid van een politieambtenaar bij toekomstige opsporingen zijn bijgevolg geen gerechtvaardigde redenen om hen van de verdachte af te schermen.

Terughoudendheid in het toekennen van anonimiteit is nodig, aldus het Hof, omdat politieambtenaren bepaalde gevaren het hoofd moeten kunnen bieden om hun functie behoorlijk uit te oefenen en om hun plicht jegens de overheid (*duty of obedience*) te vervullen.⁵¹ Zij moeten bijgevolg meer

⁴⁷ E.H.R.M., 15 juni 1992, o.c., Vol.238-B.

⁴⁸ CORSTENS, G.J.M., *Het Nederlandse strafprocesrecht*, Arnhem, Gouda Quint, 1993, 622; MEIJERS, L.C.M., «Over Lüdi t/ Zwitserland», *D.D.*, 1994, 272-277.

⁴⁹ E.H.R.M., 23 april 1997, o.c., §56.

⁵⁰ E.H.R.M., 23 april 1997, o.c., §56.

⁵¹ *ibid.*, §56.

blad, 1997, 545-550; MYJER, B.E.P., «Getuigende dieners en Straatsburgse rechtsbescherming», *N.J.B.*, 1997, 883-889.

kunnen doorstaan dan «gewone» getuigen, zoniet dreigt anonimiteit eerder regel dan uitzondering te worden. Bovendien meent het Hof dat een te groot vertrouwen in de politie, waarbij een directe confrontatie zoveel mogelijk wordt vermeden, de positie van de verdachte ondermijnt. In het rollenpatroon van het strafproces staat de politieambtenaar voor het Hof aan de kant van de vervolgende partij, waardoor het gevaar bestaat dat hij (bewust of onbewust) teveel gewicht toekent aan belastende informatie en gegevens *à discharge* links laat liggen.⁵² Een rechtstreekse confrontatie is dan nodig om het waarheidsgehalte van zijn verklaringen te toetsen, waarbij de politieambtenaar eventueel enkel zijn schuilnaam of codenummer bekendmaakt. Politieambtenaren dienen er bijgevolg rekening mee te houden dat zij met open vizier moeten tewerkgaan en hun vaststellingen op de openbare terechtzitting moeten uiteenzetten. Alleen in uitzonderlijke gevallen kunnen zij anoniem en buiten de aanwezigheid van de verdachte worden gehoord. Die anonimiteit is verantwoord wanneer er zelfs bij vermomming of het horen onder valse identiteit er daadwerkelijk gevaar dreigt voor de veiligheid van de politieambtenaar (of die van zijn naaste familie) of wanneer zich de situatie voordoet dat hij, gezien zijn specifieke opdracht (infiltrant, pseudo-koper), niet voor de toekomst mag uitgeschakeld worden of «afbranden».⁵³ Gaat het om een politieambtenaar die de verdachte heeft gearresteerd, dan kan in principe geen vrijstelling worden verleend van de plicht ter terechtzitting te getuigen.

Bij de vraag of politieambtenaren anoniem mogen blijven, hecht het Europese Hof bovendien veel belang aan het *subsidiariteitsbeginsel*. Het volledig afschermen van de politieambtenaar mag slechts worden opgevat als een laatste redmiddel. Als minder verre gaande maatregelen (zoals het horen van de opsporingsambtenaar zonder vermomming of onder een schuilnaam of nummer) soelaas bieden, dan moeten dergelijke beschermingsmaatregelen worden gehanteerd en moet een directe confrontatie totstandkomen.⁵⁴

De kern van het betoog in de zaak *Van Mechelen* is dat de bescherming van infiltranten voor de politie geen vrijbrief mag zijn om elke rechtstreekse confrontatie met de verdachte uit de weg te gaan en om van achter een wazige façade van schuilnamen en codenummers de rechter tot een strafrechtelijke veroordeling te bewegen. Anonimiteit raakt niet alleen de positie van de verdachte, maar ook het belang van de samenleving dat enkel een openbare en dus transparante bewijsvoering rechterlijke beslissingen ondersteunt. Omdat de politie in beginsel met open kaart zou spelen, stelt het Hof een strenge motiveringsverplichting voorop. Als niet duidelijk blijkt dat de politieambtenaar ernstige represailles te vrezen heeft of in de toekomst niet meer op het terrein kan worden ingezet, is anonimiteit ontoelaatbaar.⁵⁵ Bovendien moet het voldoende aannemelijk zijn waarom men de voorkeur geeft voor het zwaardere middel van het verhoor bij de onderzoeksrechter zonder directe confrontatie boven het ter terechtzitting horen van de politieambtenaar (eventueel onder vermomming). In de zaak *Van Mechelen*

vond het Hof dat men te snel zijn toevlucht nam tot de volledige afscherming van de politieambtenaar, waardoor de rechten van de verdediging op onaanvaardbare wijze ter zijde werden geschoven. Hierbij wees het hof erop dat cruciale verklaringen werden afgelegd door een niet-anonieme getuige die geen bedreigingen ondervond en geen represailles vreesde.⁵⁶ Deze overweging sluit aan bij het uitgangspunt dat politieambtenaren zich in principe niet door bedreigingen mogen laten afschrikken om al dan niet onder vermomming ter terechtzitting te verschijnen. Komen hun verklaringen overeen met die van niet-anonymi, dan heeft de onderzoeksrechter praktisch geen andere keuze dan anonimiteit te weigeren, tenzij hij duidelijk kan aangeven dat bekendmaking van de identiteit de veiligheid van de politieambtenaar en diens inzetbaarheid bij toekomstige infiltratieoperaties ernstig in het gedrang brengt. Bovendien moet de vrees voor represailles steeds *in concreto* worden gemotiveerd. Het enkele feit dat er sprake is van zeer ernstige misdrijven, omdat daar grof geweld aan te pas komt, is voor het Hof geen reden om de identiteit van politieambtenaren uit vrees voor afrekeningen verborgen te houden.⁵⁷

B. De tussenkomst van de onderzoeksrechter als compensatoire waarborg

In landen met een inquisitoir systeem, waarin de partijen op een afstand staan van het onderzoek, leeft de gedachte dat een behoedzame en zelfstandige rechter de belangen van de getuige en die van de verdachte met elkaar in evenwicht kan brengen. Zo is in Nederland een procesregeling uitgewerkt waarbij de onderzoeksrechter (*rechter-commissaris*) anonieme getuigen kan verhoren buiten de aanwezigheid van de verdachte of zijn raadsman, die dan via telecommunicatie of het opgeven van schriftelijke vragen de geloofwaardigheid van de getuige kunnen aanvechten.⁵⁸ Ook in Duitsland wordt de tussenkomst van een rechter tijdens het vooronderzoek gezien als een middel om bij anonimiteit van belastende getuigen de positie van de verdachte te versterken. Het verschil met de Nederlandse regeling is dat die rechter niet de leiding heeft over het hele onderzoek en op de terechtzitting een omstandig verslag dient uit te brengen over de betrouwbaarheid van de getuige (§ 223 *StPO*).⁵⁹ Een heikel punt is of de controle door de onderzoeksrechter een voldoende tegengewicht vormt voor de beperkingen waarmee de verdediging bij het horen van anonieme politieambtenaren te kampen heeft. Ook rijst de vraag of dergelijke tussenkomst wel verenigbaar is met de eis in het arrest *Kostovski* dat bewijsmateriaal met het oog op een contradictoair debat

⁵⁶ *ibid.*, §61.

⁵⁷ *ibid.*, §61.

⁵⁸ art. 226a-f Sv., ingevoegd door de Wet Getuigenbescherming van 11 november 1993. Over deze wet, zie VALKENBURG, W., «Enige opmerkingen over de Wet getuigenbescherming», *D.D.*, 1995, 349-365; BOEK, J.L.M. en VAN HOORN, A.M., «Bedreigde getuigen binnen en buiten de strafvordering», *D.D.*, 1995, 1041-1053; CLEIREN, C.P.M. en NIJBOER, J.F., *Strafvordering. Tekst & Commentaar*, Deventer, Kluwer, 1997, 452-464.

⁵⁹ Zie HUNERFELD, P., «La phase préparatoire du procès pénal en République Fédérale d'Allemagne», *R.I.D.P.*, 1985, 125; TAK, P.J.P. en LENSING, J.A.W., *Het vooronderzoek rechtsvergelijkend onderzocht*, Arnhem, Gouda Quint, 1991, 17.

⁵² *ibid.*, §56.

⁵³ GARE, o.c., p.597; MYJER, B.E.P., o.c., 888.

⁵⁴ GARE, o.c., p. 548; MYJER, B.E.P., o.c., 887.

⁵⁵ E.H.R.M., 23 april 1997, o.c., §61.

ter terechtzitting (*with a view to adversarial argument*) moet worden voorgebracht. In het arrest *Lüdi* gaf het Europese Hof aan dat het verhoor van een anonieme politiefunctionaris door een zelfstandige rechter een compenserende factor kan zijn voor belemmeringen van het ondervragingsrecht, mits de verdachte voldoende kansen krijgt om het waarheidsgehalte van diens getuigenis te toetsen.⁶⁰ Onduidelijk was echter of de verdachte (of diens raadsman) een directe confrontatie met de politieambtenaar moet kunnen aangaan dan wel of het stellen van schriftelijke vragen, beantwoord door de onderzoeksrechter, op zich reeds voldoende is voor een eerlijke bewijsvoering.

In de zaak *Van Mechelen e.a.* geeft het Hof aan dat de onderzoeksrechter niet mag optreden als «zaakwaarnemer» van de verdachte en dat de verdediging zich steeds een eigen indruk moet kunnen vormen van het gedrag en de betrouwbaarheid van de anonieme politieambtenaar.⁶¹ Een zinvol ondervragingsrecht vereist bijgevolg dat de verdachte of zijn raadsman niet verstoken zijn van de soms cruciale non-verbale signalen die de getuige uitzendt. Uit deze overweging volgt dat een verhoor waarbij de verdediging vanop afstand (via telecommunicatie of het opgeven van schriftelijke vragen) wordt geconfronteerd met anonieme politieambtenaren, te weinig garanties biedt voor een eerlijk proces, ook al oefent de onderzoeksrechter een dergelijke controle uit op de betrouwbaarheid van de verklaringen. Het probleem is echter dat het oordeel van het Europees Hof steeds is toegesneden op een concrete zaak en daardoor een soms onstabiele basis vormt voor een algemene theorievorming. Het is niet uitgesloten dat het Hof geen genoegen nam met een verhoor waarbij de verdediging en de politieambtenaar zich in aparte ruimten bevonden, omdat dit *in casu* onvoldoende tegengewicht vormde voor een directe confrontatie. Uit de feiten bleek immers dat de communicatie via een soort intercom-installatie veel tijd in beslag nam en door allerlei storingen moeizaam en chaotisch verliep. De verbinding viel vaak uit en soms ontstond een Babylonische spraakverwarring doordat verschillende raadslieden tegelijkertijd vragen stelden of reageerden op bepaalde uitlatingen. Toch is het aannemelijk dat de overweging op zichzelf staat en dat het Hof zich kant tegen elk verhoor waarbij de verdachte (of zijn raadsman) en de politieambtenaar van elkaar worden afgezonderd. Beperkingen van het ondervragingsrecht mogen bijgevolg niet verdergaan dan het toekennen van beperkte anonimiteit, bijvoorbeeld door vermomming van de bedreigde politieambtenaar of een confrontatie «face to face» met enkel de raadsman van de verdachte.⁶²

C. De waarde van de anonieme verklaringen als steunbewijs

Hoewel in de zaak *Van Mechelen e.a.* voldoende gebruik was gemaakt van bewijsgegevens uit niet-anonieme bron, achtte het Hof het recht op een eerlijk proces geschonden, omdat de identificatie van de verdachten enkel berustte op anoniem bewijs.⁶³ De verklaringen van een niet-anonieme

getuige over dit scharnierpunt in de bewijsconstructie bleken op de terechtzitting immers geen steek te houden. Hieruit volgt dat verklaringen van een niet-anonieme getuige slechts dienstig zijn als steunbewijs, wanneer zij niet de doorslag geven in de besluitvorming en bovendien vast verankerd zijn in substantieel ander bewijs. Waar het op aankomt, is dat het anoniem getuigenbewijs *over de gehele lijn* overeenstemt met verklaringen van niet-anonymi die wel rechtstreeks kunnen worden ondervraagd. Stelt de rechter vast dat beide bronnen van bewijs niet volledig op elkaar aansluiten, dan is hij er in principe toe gehouden het anonieme getuigenbewijs ter zijde te schuiven. Deze *eis van gelijkvormigheid* gaat verder dan de interpretatie die het Europese Hof in de zaak *Doorson* aan de betekenis van steunbewijs gaf. In deze zaak was het voldoende dat de rechter zijn overtuiging niet geheel of overwegend steunt op anoniem getuigenbewijs en dat deze soort bewijsinformatie voldoende steun vindt in ander bewijsmateriaal.⁶⁴

V. Besluit

De toelaatbaarheid van anonieme getuigen is een thema dat vooral in Nederland aanleiding gaf tot felle discussies. Het arrest *Kostovski* betekende de genadeslag voor de toen geldende praktijk waarbij schriftelijke verklaringen van anonieme getuigen, opgetekend door de onderzoeksrechter buiten de aanwezigheid van de verdachte, als bijkomstig of zelfs doorslaggevend bewijs werden aangewend. Daarin beklemtoonde het Europese Hof dat het recht op confrontatie met getuigen zo fundamenteel samenhangt met een eerlijk proces, dat het niet om doelmatigheidsredenen mag worden beknot, zelfs niet wanneer het gaat om de strijd tegen georganiseerde criminaliteit. Tevens ging het Hof in tegen de visie dat de enkele tussenkomst van een «behoedzame» rechter de waarborg van een rechtstreekse ondervraging overbodig maakt. Voor het Hof ligt de kern van een eerlijk proces niet in de controle door de rechter op schriftelijke gegevens uit het strafdossier, verzameld zonder de actieve tussenkomst van de verdachte, maar in de strijd tussen de partijen op de terechtzitting, waarbij de verdachte voldoende kansen krijgt om belastende getuigen rechtstreeks te ondervragen. Behoedzaamheid van de rechter is dus geen kwaliteit die uitsluitend afhangt van persoonlijke factoren, zoals de opleiding, ervaring en onpartijdige opstelling van de rechter. Juist de onmiddellijke confrontatie van de verdachte met getuigen ter terechtzitting moet er borg voor staan dat de rechter met behoedzaamheid beslist.⁶⁵

De vlijmscherpe kritiek in de zaak *Kostovski* zette de Nederlandse wetgever in 1993 ertoe aan een goed afgewogen systeem van getuigenbescherming op te zetten, waarin de onderzoeksrechter (*rechter-commissaris*) de spilfiguur is (art. 226a-f Sv.). Uitgangspunt is dat verklaringen van anonieme getuigen toelaatbaar zijn als bewijs, wanneer de rechter-commissaris de betrouwbaarheid van de getuigen nauwgezet controleert, de verdachte een behoorlijke gelegenheid tot ondervraging krijgt en de anonieme getuigenverklaringen steun vinden in voldoende ander bewijsmateriaal. Als de rechter-commissaris oordeelt dat de getuige zich blootstelt

⁶⁰ E.H.R.M., 15 juni 1992, o.c., Vol.238-A, §49.

⁶¹ E.H.R.M., 23 april 1997, o.c., §59.

⁶² GARE, D., o.c., 549.

⁶³ E.H.R.M., 23 april 1997, o.c., §63.

⁶⁴ E.H.R.M., 26 maart 1996, o.c., §76.

⁶⁵ SWART, A.H.J., o.c., 1990, 322.

aan ernstige represailles wanneer hij oog in oog komt met de verdachte, dient hij de identiteit van de getuige verborgen te houden. De verdachte krijgt dan de kans om zich vanop afstand in verbinding te stellen met die getuige of schriftelijke vragen voor te leggen, die dan door de rechter-commissaris worden beantwoord.

In de zaak *Van Mechelen e.a.* oordeelde het Europese Hof dat dit Nederlandse systeem nog meer verfijnd dient te worden om de verdachte in staat te stellen zich effectief te verweren tegen valse of onvolledige verklaringen van anonieme getuigen. Gaat het om verklaringen van anonieme politieambtenaren, dan kan slechts in uitzonderlijke gevallen anonimiteit worden verleend. Bovendien moet er steeds een directe confrontatie tot stand komen, waarbij de verdachte of zijn raadsman ook kunnen inspelen op non-verbale aspecten van communicatie, zonder dat de politieambtenaar evenwel zijn ware identiteit moet prijsgeven. Een systeem van zijdelingse ondervraging, waarbij de onderzoeksrechter de anonieme politieambtenaar vanuit een andere plaats moet ondervragen, is voor het Hof een te grote hindernis voor de verdediging. Ten slotte stelt het Hof dat de eis van een «bewijsminimum» strikt moet worden geïnterpreteerd. Vereist is dat elke informatie uit anonieme bron geheel in de lijn ligt van ander bewijsmateriaal dat op enigerlei moment in het proces ter discussie staat. Het feit dat anonieme getuigenverklaringen niet het enige of het meest cruciale steunpunt in de bewijsconstructie zijn, is dus niet voldoende om een eerlijk proces te waarborgen.

Opmerkelijk is de windstilte op dit vlak in België. Hoewel het Europese Hof duidelijke grenzen stelde aan het gebruik van anoniem getuigenbewijs, wint de gedachte van een wettelijk systeem van getuigenbescherming nauwelijks terrein. De zwakte van het huidige systeem is het abstracte vertrouwen in de behoedzaamheid van de rechter, die tot een betrouwbaar oordeel zou komen zonder een confrontatie met getuigen te moeten organiseren. Aan hem komt het toe te oordelen of de verdachte de getuige ter terechtzitting op de proef kan stellen dan wel of schriftelijke verklaringen, afgelegd buiten zijn aanwezigheid, aan het bewijs kunnen meewerken. Ook staat het de rechter vrij de draagwijdte van het ondervragingsrecht te bepalen: is het voldoende dat de verdachte vanop afstand dit recht kan aanwenden (via telecommunicatie of het stellen van schriftelijke vragen) of moet de verdachte (of zijn raadsman) de kans krijgen de getuige *en face* het vuur aan de schenen te leggen, waarbij de ware identiteit van de getuige verborgen blijft? Dergelijke ruime appreciatievrijheid houdt ernstige risico's in voor de positie van de verdachte en voor de rechtszekerheid. Zo is de rechter niet verplicht aan te geven waarom hij anonimiteit toekent en te verduidelijken dat verklaringen uit anonieme bron hoogstens als «steunbewijs» hebben meegespeeld.⁶⁶ De vraag rijst dan ook of er geen wettelijke criteria voor de eis van «steunbewijs» moeten worden uitgewerkt en of er, naar Nederlands model, geen behoefte is aan een «bewijsminimum», op grond waarvan de rechter verplicht is anoniem getuigen-

bewijs uit te sluiten dat niet voldoende steun vindt in andere gegevens.⁶⁷

Een ander knelpunt is dat de feitenrechter zich meestal geen eigen beeld vormt van de betrouwbaarheid van de anonieme getuige en vertrouwt op schriftelijke verklaringen, afgelegd tijdens het vooronderzoek. Deze schriftelijke bewijsvoering levert problemen op wanneer er tijdens het vooronderzoek geen rechterlijke controle werd uitgeoefend op de betrouwbaarheid van het anonieme getuigenis. Uit het arrest *Kostovski* vloeit voort dat enkel een zelfstandige onderzoeksrechter, die op een afstand staat van de vervolging, als «voorpost» van de feitenrechter kan fungeren en diens gebrek aan een directe waarneming van de getuige afdoende kan compenseren. In het huidige systeem ontbreekt de verplichting de onderzoeksrechter in te schakelen om het verhoor van bedreigde getuigen in goede banen te leiden. Verklaringen van een anonieme getuige, opgetekend tijdens een eenvoudig opsporingsonderzoek, kunnen bijgevolg meewerken aan het bewijs⁶⁸, waardoor het oordeel over de betrouwbaarheid van die verklaringen uiteindelijk afhangt van de politiek van het parket. Men kan zich dan afvragen of de verdachte wel in staat is op te komen tegen een eventuele foute weergave van het anonieme getuigenis. De enige troef die de verdachte kan uitspelen, is aan te sturen op een confrontatie met de verhorende politieambtenaar, zij het dat dergelijk middel meestal weinig succes oplevert. Doordat de verdachte in het ongewisse blijft over de ware of valse identiteit van de getuige en direct noch indirect aan het politieverhoor kan deelnemen, is het voor hem haast onmogelijk een eventuele bevooroordeeldheid of foute inschatting van de getuige aan het licht te brengen en te controleren of de politie de verklaringen in hun juiste context plaatste. Terecht stelt het Europese Hof daarom de eis dat de verdachte zich rechtstreeks tot de getuige moet kunnen wenden en dat de politie niet in aanmerking komt als verbindingsinstantie tussen hem en de getuige. Om hieraan tegemoet te komen is het wenselijk het gerechtelijk onderzoek op te vatten als een essentiële kwaliteitswaarborg voor het verhoor van getuigen die zich ernstig bedreigd voelen en niet op de terechtzitting willen verschijnen.⁶⁹

Voorts is het nodig de toelaatbaarheid van anonieme getuigenverklaringen te plaatsen tegenover de brede waaier van waarden in het strafproces. Anonimiteit is niet enkel een hinderpaal voor de rechten van de verdediging, maar raakt ook de democratische controle op het gerecht en de efficiëntie van de rechtshandhaving. Een te soepel gebruik van anoniem getuigenbewijs werkt gerechtelijke dwalingen in de hand en tast het vertrouwen in het gerecht aan. Precies deze bezwaren brachten de Franse revolutionairen ertoe af te stappen van anonimiteit in het strafproces en het recht op confrontatie met getuigen als een fundamentele proceswaar-

⁶⁶ TRAEST, PH., *Het bewijs in strafzaken*, Gent, Mys & Breesch, 1992, 387.

⁶⁷ SCREVEN, R., «Le crime organisé à caractère international: problèmes de preuves», *R.D.P.*, 1988, 12.

⁶⁸ BOLS, H.D., «La régularité de la preuve en matière pénale», *J.T.*, 1992, 126; TRAEST, PH., *Het bewijs in strafzaken*, Gent, Mys & Breesch, 1992, 381.

⁶⁹ Voor een verdere uitwerking van dit voorstel zie DE SMET, B., *De hervorming van het strafrechtelijk vooronderzoek in België*, Antwerpen, Intersentia, 1996, 337-343.

borg te beschouwen.⁷⁰ Terughoudendheid tegenover anoniem getuigenbewijs mag er echter niet toe leiden dat belastende getuigen steeds met naam en toenaam op de terechtzitting moeten verschijnen. Om zaken van georganiseerde criminaliteit op te helderen, is het vaak noodzakelijk anonimiteit toe te kennen aan politieambtenaren of «gewone» getuigen die bereid zijn belastende verklaringen af te leggen. Het is dan ook geen sinecure het verhoor van anonieme getuigen met voldoende waarborgen te omringen en de verschillende belangen met elkaar in harmonie te brengen.

De vraag is echter of sedert het arrest *Van Mechelen* de balans niet teveel overhelt naar de kant en in het voordeel van de verdachte. In deze zaak ging het Hof ervan uit dat politieambtenaren meer gevaren moeten kunnen trotseren dan gewone burgers en zich in principe niet achter anonimiteit mogen verschuilen. Dit uitgangsprincipe houdt echter het risico in dat politieambtenaren uit vrees voor represailles geneigd zijn de ogen te sluiten voor zware en georganiseerde criminaliteit. Tevens kan de precaire situatie waarin en *undercover*-agent terechtkomt, voor de verdachte een buitenkans zijn om onderhandelingen met het O.M. aan te gaan en toegevingen af te dwingen. De uitkomst van die onderhandelingen kan zijn dat de verdachte bereid is af te zien van een confrontatie met de bedreigde politieambtenaar in ruil voor de toezegging van de procureur des konings dat hij een milde straf zal vorderen of andere feiten niet zal vervolgen. Vooral als niet duidelijk is uit te maken of de anonieme verklaringen in aanmerking komen als «steunbewijs», be-

schikt de verdachte over een sterke onderhandelingspositie. Bij het publiek ontstaat dan al gauw de indruk dat misdadigers gemakkelijk de bovenhand halen en hun verdienste straf kunnen ontlopen, wat het vertrouwen in het gerecht aantast. Ten slotte bestaat het gevaar dat men voor het verkrijgen van belastende informatie eerder een beroep doet op kroongetuigen dan op *undercover*-agenten. Met verklaringen van kroongetuigen moet uiterst voorzichtig worden omgegaan, omdat deze figuren uit het criminele milieu afkomstig zijn en hun medewerking soms enkel verlenen om hun aandeel in de georganiseerde misdaad af te wentelen op de verdachte. Weliswaar kan de verdachte de kroongetuige meestal rechtstreeks ondervragen, doch de vraag rijst of dit ondervragingsrecht een voldoende sterk wapen is tegen valse of onjuiste verklaringen. In landen waarin *deals* met criminelen mogelijk zijn, stelt men vast dat kroongetuigen meestal een intensieve mediatraining krijgen en er vaak toe worden aangezet een «voorgekauwd» verhaal op de terechtzitting naar voor te brengen.⁷¹ Daarbij kan de kroongetuige, die voor zijn bescherming geheel afhankelijk is van de overheid, onder zware druk staan enkel verklaringen af te leggen die de vervolging ondersteunen. Om tot een eerlijke en doelmatige rechtshandhaving te komen, mogen de voorwaarden voor het gebruik van anoniem getuigenbewijs bijgevolg niet te zwak, maar ook niet te streng zijn.

Bart DE SMET
Onderzoeker Strafrecht U.I.A.

⁷⁰ ESMEIN, A., *Histoire de la procédure criminelle en France*, Parijs, E. Duchemin, 1882 (rééd.1978), 423.

⁷¹ BOVENKERK, F., «En daar is hij dan, de kroongetuige», in *Er is meer*, Arnhem, Gouda Quint, 1996, 151.

RECHTSPRAAK

ARBITRAGEHOF

19 FEBRUARI 1997

Voorzitter: de h. Melchior

Rapporteurs: de hh. Martens en De Baets

Advocaten: mrs. Thiry, Balthazar, Bourtembourg en Devers

Onderwijs – Opleiding huisartsgeneeskunde – Tussengeschied – Prejudiciële vragen aan het Hof van de Europese Gemeenschappen

Voorafgaand aan het onderzoek van de middelen, dienen aan het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen, met toepassing van art. 177 E.G., drie prejudiciële vragen te worden gesteld.

nr. 6/97

In rechte

...

Ten aanzien van de middelen

B.4.1. Het onderzoek van de middelen veronderstelt dat voorafgaandelijk de draagwijdte van het bestreden decreet van 5 april 1995 «tot wijziging van het decreet van 12 juni 1991 betreffende de universiteiten in de Vlaamse Gemeenschap om de organisatie van een specifieke opleiding in de huisartsgeneeskunde te organiseren, en andere bepalingen betreffende de universiteiten» en meer bepaald de bestreden bepaling ervan, zijnde artikel 4, § 2, wordt vastgesteld.

B.4.2. Artikel 3 van de richtlijn 93/16/EEG van de Raad van 5 april 1993 ter vergemakkelijking van het vrije verkeer van artsen en de onderlinge erkenning van hun diploma's, certificaten en andere titels, bepaalt:

«De in artikel 2 bedoelde diploma's, certificaten en andere titels zijn:

a) in België

wettelijk diploma van doctor in de genees-, heel- en verloskunde / diplôme légal de docteur en médecine, chirurgie et accouchements, uitgereikt door de medische faculteiten van de universiteiten, door de centrale examencommissie of door de examencommissies van de Staat voor universitair onderwijs;

(...)

B.4.3. In het Belgisch intern recht mag, luidens artikel 2, § 1, van het koninklijk besluit nr. 78 van 10 november 1967 betreffende de uitoefening van de geneeskunst «niemand (...) de geneeskunde uitoefenen die niet het wettelijk diploma bezit van doctor in de genees-, heel- en verloskunde, dat werd behaald in overeenstemming met de wetgeving op het toekennen van de academische graden en het programma van de universitaire examens, of die niet wettelijk ervan vrijgesteld is, en die bovendien de voorwaarden gesteld bij artikel 7, § 1 of § 2 niet vervult». Wat de Vlaamse Gemeenschap betreft, dienen de woorden «diploma van doctor in de genees-, heel- en verloskunde, dat werd behaald in overeenstemming met de wetgeving op het toekennen van de academische graden en het programma van de universitaire examens» sedert de inwerkingtreding van het decreet van 12 juni 1991 te worden gelezen als «diploma van arts, dat werd behaald overeenkomstig het decreet van 12 juni 1991» (Arbitragehof, arrest nr. 78/92, B.5.5.).

B.4.4. Artikel 14 van het decreet van 12 juni 1991 bepaalt dat de opleiding tot arts is opgedeeld in een kandidaatscyclus van drie studiejaren, gevolgd door een opleidingscyclus van vier studiejaren.

B.4.5. De bestreden bepaling van het decreet van 5 april 1995, namelijk artikel 4, § 2, voegt aan artikel 14 van het decreet van 12 juni 1991 betreffende de universiteiten in de Vlaamse Gemeenschap een vierde lid toe, dat luidt:

«De totale studieomvang van de opleiding in de huisartsgeneeskunde bedraagt drie studiejaren, namelijk het vierde studiejaar van de tweede cyclus van de opleiding tot arts en de twee studiejaren van de opleiding in de huisartsgeneeskunde.»

B.4.6. Tijdens de parlementaire voorbereiding van het bestreden decreet werd gepreciseerd dat het pas na het behalen van het diploma van arts is, dit wil zeggen na het vierde studiejaar van de tweede cyclus van de studie in de geneeskunde, dat de houders ervan bezoldigde activiteiten van arts kunnen uitoefenen (ontwerp van decreet, Vlaamse Raad, *Gedr. St.*, 1994-1995, nr. 691/1, met name p. 3; verslag van de Commissie in de Vlaamse Raad, *ibid.*, 1994-1995, nr. 691/2, pp. 4 en 6, Vlaamse Raad, *Hand.*, 22 maart 1995, pp. 1340 en 1341).

Het eerste jaar van de specifieke opleiding in de huisartsgeneeskunde wordt gegeven aan studenten die het laatste jaar van hun opleiding tot arts volgen.

B.4.7. Artikel 3 van het bestreden decreet voegt aan artikel 11 van het decreet van 12 juni 1991 twee leden toe waarvan het eerste bepaalt:

«Het gezamenlijke onderwijsprogramma van de eerste cyclus van de opleiding tot arts en van de eerste drie studiejaren van de tweede cyclus van deze opleiding, moet voldoen aan de vereisten bepaald in de Europese richtlijn van 5 april 1993, 93/16/EEG, Titel IV, elke in bijlage I is gevoegd. De geslaagden voor het jaarexamen van het derde studiejaar van de tweede cyclus krijgen van het universiteitsbestuur een certificaat dat bevestigt dat zij met goed gevolg de opleidingscyclus, bedoeld in artikel 23 van de hiervoor vermelde richtlijn, hebben voltooid, welke in bijlage II is gevoegd.»

Dat certificaat doet blijken dat de betrokkene zes studiejaren heeft voltooid. Het geeft hem geenszins de toelating in België de geneeskunde te beoefenen maar maakt het hem

mogelijk de specifieke opleiding in de huisartsgeneeskunde aan te vatten vooraleer hij zijn diploma van arts heeft behaald.

B.4.8. Uit die bepalingen volgt dat het diploma van arts wordt verkregen na zeven studiejaren en dat de specifieke opleiding in de huisartsgeneeskunde wordt verstrekt in drie jaren waarvan het eerste jaar samenvalt met het zevende studiejaar geneeskunde.

Die organisatie is in overeenstemming met de interne wetgeving, aangezien tijdens het eerste jaar van de specifieke opleiding in de huisartsgeneeskunde de student die houder is van het in B.4.7 vermelde getuigschrift niet de geneeskunde beoefent: hij zal dat pas mogen doen nadat hij het diploma van arts heeft behaald, na zeven studiejaren.

B.5.1. De draagwijdte van de bestreden bepaling moet echter in die zin worden geïnterpreteerd dat men vermoedt dat ze overeenstemt met de internationale verplichtingen van België.

B.5.2. Artikel 30 van de voormelde richtlijn 93/16/EEG bepaalt:

«Iedere Lid-Staat op het grondgebied waarvan de volledige in artikel 23 bedoelde opleidingscyclus wordt gegeven, voert een specifieke opleiding in de huisartsgeneeskunde in, welke ten minste aan de in de artikelen 31 en 32 gestelde voorwaarden voldoet, en wel zodanig dat de eerste diploma's of certificaten of andere titels waarmee deze opleiding wordt afgesloten, uiterlijk op 1 januari 1990 worden afgegeven.»

B.5.3. Artikel 23, waarnaar wordt verwezen in artikel 30, luidt:

«1. De Lid-Staten stellen de toegang tot en de uitoefening van de werkzaamheden van de arts afhankelijk van het bezit van een in artikel 3 genoemd diploma, certificaat of andere titel van arts waardoor wordt gewaarborgd dat de betrokkene gedurende de totale opleidingstijd:

a) voldoende kennis heeft verworven van de wetenschappen waarop de geneeskunde berust, alsmede een goed inzicht in de wetenschappelijke methoden, met inbegrip van de beginselen van de meting van biologische functies, in de beoordeling van wetenschappelijk vastgestelde feiten alsmede in het analyseren van gegevens;

b) voldoende kennis heeft verworven van de structuur, de functies en het gedrag van gezonde en zieke personen, alsmede van de wijze waarop de gezondheidstoestand van de mens wordt beïnvloed door zijn natuurlijke en sociale omgeving;

c) voldoende kennis heeft verworven van de klinische studievakken en de klinische praktijk, waardoor hij een samenhangend beeld heeft van de ziekten van lichaam en geest, van de geneeskunde voor wat de aspecten preventie, diagnose en therapie betreft, alsmede van de voortplanting van de mens;

d) onder deskundige leiding voldoende klinische ervaring in ziekenhuizen heeft opgedaan.

2. Een dergelijke totale geneeskundige opleiding omvat ten minste zes studiejaren of 5 500 uren theoretisch en praktisch onderwijs, dat aan een universiteit respectievelijk onder toezicht van een universiteit wordt gegeven.

(...)

B.6. De aanhef van de richtlijn preciseert weliswaar «dat het van weinig belang is of deze opleiding in de huisartsgeneeskunde plaatsvindt in het kader van de basisopleiding van artsen naar nationaal recht of daarbuiten». Het Hof stelt

echter vast dat die overweging onverenigbaar kan lijken met de artikelen 23 en 30 van de richtlijn.

B.7. Onder de voorwaarden waaraan de specifieke opleiding in de huisartsgeneeskunde moet voldoen, vermeldt artikel 31, lid 1, van de richtlijn overigens:

«(...)

a) alleen toegankelijk zijn nadat ten minste zes studiejaren in het kader van de in artikel 23 bedoelde opleidingscyclus met goed gevolg zijn voltooid;

(...)

d) de kandidaat dient persoonlijk aan de beroepsactiviteiten deel te nemen en in de verantwoordelijkheden van degenen met wie hij werkt, te delen.

(...)»

B.8. De lezing van de voormelde artikelen van de richtlijn 93/16/EEG doet de vraag rijzen of, teneinde toegang te hebben tot de specifieke opleiding in de huisartsgeneeskunde, het voldoende is dat de betrokkene een certificaat behaalt waarnaar artikel 23 van de richtlijn verwijst en waaruit blijkt dat hij met goed gevolg zes studiejaren van de geneeskundige opleiding heeft voltooid, dan wel of hij het diploma van arts, dat omschreven is in artikel 3 van de richtlijn, vooraf moet hebben behaald.

B.9. Overigens, indien artikel 31, lid 1, d, van de richtlijn in die zin moet worden geïnterpreteerd dat het niet een eenvoudige stageverplichting oplegt maar wel vereist dat tijdens de hele duur van zijn opleiding en vanaf het begin ervan de kandidaat professionele verantwoordelijkheden van arts op zich neemt, ongeacht het feit of het om een voltijdse opleiding gaat of om een deeltijdse opleiding die gelijkwaardig is aan een voltijdse opleiding van twee jaar, zoals artikel 34 van de richtlijn toestaat, zou ook die bepaling impliceren dat de kandidaat zijn specifieke opleiding pas aanvat wanneer hij houder is van het diploma van arts. In dat geval, zou de bestreden bepaling, om in overeenstemming te zijn met de richtlijn, aldus moeten worden geïnterpreteerd dat zij het mogelijk maakt dat diegenen die de specifieke opleiding volgen, handelingen stellen die tot de uitoefening van de geneeskunde behoren, vanaf hun zevende studiejaar. Zij zou dan een probleem van verenigbaarheid doen rijzen met het koninklijk besluit nr. 78, waarvan het voormelde artikel 2, § 1, vereist dat diegene die de geneeskunde beoefent houder is van het diploma van arts.

B.10. Bijgevolg dienen, voorafgaandelijk aan het onderzoek van de middelen, aan het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen met toepassing van artikel 177 van het E.G.-Verdrag de drie prejudiciële vragen te worden geteld die hierna in het beschikkend gedeelte worden vermeld.

Om die redenen,

het Hof,

alvorens recht te doen ten gronde,

stelt aan het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen de volgende drie prejudiciële vragen:

1. Moet artikel 31, lid 1, a) van richtlijn 93/16/EEG van de Raad van 5 april 1993 ter vergemakkelijking van het vrije verkeer van artsen en de onderlinge erkenning van hun diploma's, certificaten en andere titels, in samenhang gelezen met de artikelen 3 en 23 en met de overige bepalingen van titel IV van die richtlijn, in die zin worden geïnterpreteerd dat de specifieke opleiding in de huisartsgeneeskunde pas kan worden aangevat nadat de betrokkene, na ten

minste zes studiejaren, het in artikel 3 bedoelde diploma heeft behaald?

2. Moet artikel 31, lid 1, d, van dezelfde richtlijn in die zin worden geïnterpreteerd dat het feit dat «de kandidaat (...) persoonlijk aan beroepsactiviteiten (dient) deel te nemen en in de verantwoordelijkheden van degenen met wie hij werkt, te delen» impliceert dat die kandidaat werkzaamheden van arts uitoefent die voorbehouden zijn aan de houders van de diploma's vereist door de artikelen 2 en 3 van de richtlijn?

3. Zo ja, moet diezelfde bepaling in die zin worden geïnterpreteerd dat de kandidaat reeds bij het begin van de specifieke opleiding in de huisartsgeneeskunde werkzaamheden van arts zou moeten uitoefenen, ongeacht of het gaat om de voltijdse opleiding waarin artikel 31 van de richtlijn voorziet, of om de deeltijdse opleiding waarin artikel 34 voorziet?

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 19 DECEMBER 1996

Voorzitter: de h. Sace

Rapporteur: de h. Rappe

Openbaar ministerie: de h. Piret

Advocaten: mrs. Draps

Verjaring – Vordering ex delicto – Termijn

De vordering tot herstel van schade die veroorzaakt is door een fout, ook al maakt deze een misdrijf uit, is niet onderworpen aan de door art. 26 V.T.Sv. bepaalde termijn.

P. t/ U. e.a.

Gelet op het bestreden arrest, op 26 juni 1992 gewezen door het Hof van Beroep te Luik,

Gelet op het arrest van 26 april 1996 van het Hof;

Gelet op het arrest nr. 51/96 van 12 juli 1996 van het Arbitragehof;

Over het eerste onderdeel:

Overwegende dat het bestreden arrest, dat het beroepen vonnis bevestigt, verklaart dat de door eiser op 25 april 1988 ingestelde vordering tot vergoeding van de door een heelkundige ingreep van 21 mei 1982 veroorzaakte schade, met toepassing van artikel 26 van de voorafgaande titel van het Wetboek van Strafvordering verjaard is;

Overwegende dat het Arbitragehof, in zijn antwoord op de door het Hof in zijn arrest van 26 april 1996 gestelde prejudiciële vraag, in zijn arrest van 12 juli 1996 voor recht zegt: «Artikel 26 van de wet van 17 april 1878 houdende de voorafgaande titel van het Wetboek van Strafvordering schendt de artikelen 10 en 11 van de Grondwet»;

Overwegende dat het bestreden vonnis, nu het de door eiser ingestelde rechtsvordering verjaard verklaart op grond van bovengenoemd artikel 26, de artikelen 10 en 11 van de Grondwet en artikel 2262 van het Burgerlijk Wetboek schendt;

Dat het onderdeel gegrond is;

...

NOOT – Zie Arbitragehof, 21 maart 1995, *R.W.*, 1994-95, 1324, met noot van Philip Traest.

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 3 JANUARI 1997

Voorzitter-rapporteur: de h. Verougstraete

Advocaat-generaal: de h. Bresseleers

Advocaten: mrs. Van Ommeslaghe en Kirkpatrick

Vervoer – C.M.R. – Art. 11 – Door de afzender te verstreken bescheiden of inlichtingen – Onregelmatigheid – Gevolg – Schade – Begrip

De schade waarvan sprake is in art. 11, lid 2, C.M.R., zijn de nadelige gevolgen die voor de vervoerder ontstaan ten gevolge van de aldaar omschreven fout van de afzender.

Ze houden geen verband met de schade geleden door de belanghebbende inzake de lading, die volgt uit een fout begaan door de vervoerder of uit het verlies of de beschadiging van de lading.

GmbH S. t/ N.V. T. en B.V.B.A. C.

Gelet op het bestreden arrest, op 18 januari 1994 gewezen door het Hof van Beroep te Antwerpen;

...

Overwegende dat, krachtens artikel 11, lid 1, van het C.M.R. Verdrag, de afzender ter voldoening aan douane- en andere formaliteiten, welke vóór de aflevering van de goederen moeten worden vervuld, de nodige bescheiden bij de vrachtbrief moet voegen of ter beschikking stellen van de vervoerder en hem alle gewenste inlichtingen moet verschaffen; dat, krachtens artikel 11, lid 2, van het genoemde verdrag, de afzender jegens de vervoerder aansprakelijk is voor alle schade, die kunnen voortspruiten uit de afwezigheid, onvolledigheid of onregelmatigheid van deze bescheiden en inlichtingen, behoudens in geval van schuld van de vervoerder;

Dat de schade, waarvan sprake in artikel 11, lid 2, C.M.R., de nadelige gevolgen zijn die voor de vervoerder ontstaan ingevolge de aldaar omschreven fout van de afzender;

Dat zij geen verband houden met de schade geleden door de belanghebbende inzake de lading, die volgt uit een fout begaan door de vervoerder of uit het verlies of de beschadiging van de lading;

Overwegende dat het arrest dat beslist dat «het verlies van de Porsche ingevolge diefstal niet gelijkstaat met schade, voortspruitende uit de onregelmatigheid van de documenten», het genoemde artikel 11, lid 2, niet schendt;

...

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 3 JANUARI 1997

Voorzitter: de h. Verougstraete

Rapporteur: de h. Waüters

Openbaar ministerie: de h. Bresseleers

Advocaten: mrs. De Gryse en Bützler

Overheidsopdrachten – Openbare aanbesteding – Inschrijving – Toe te voegen bescheiden – Onregelmatigheden – Toetsing

Bij de toetsing van de wettigheid van de verwerping door het bestuur van een inschrijving wegens onregelmatigheid, moet de rechter aan de hand van de concrete gegevens van het beschouwde geval onderzoeken of de onregelmatigheid al dan niet een inbreuk is op essentiële besteksbepalingen, zonder daarbij het recht van de overheid te schenden om de inhoud van de bestekken te bepalen en te kwalificeren.

K.U. Leuven t/ B.V.B.A. C.

Gelet op het bestreden arrest, op 15 februari 1993 gewezen door het Hof van Beroep te Brussel;

...

Overwegende dat het te dezen toepasselijke artikel 25, eerste lid, van het koninklijk besluit van 22 april 1977 bepaalt dat, onverminderd de nietigheid van elke inschrijving wegens afwijking van de essentiële besteksbepalingen zoals die van artikel 14, tweede lid, het bestuur inschrijvingen als onregelmatig en derhalve als niet-bestaande kan beschouwen indien zij niet overeenstemmen met de bepalingen van afdeling 2, betreffende het opmaken van de inschrijving, enig voorbehoud inhouden of bestanddelen bevatten die niet met de werkelijkheid overeenstemmen;

Dat artikel 15, § 2, van dat koninklijk besluit bepaalt dat de bescheiden, modellen en monsters die door het bestek worden vereist, bij de inschrijving moeten worden gevoegd tenzij in het bestek anders is bedongen; dat artikel 15, § 2, behoort tot de bepalingen die deel uitmaken van de voormelde afdeling 2;

Overwegende dat het voormelde artikel 25, eerste lid, met betrekking tot de gevolgen van een onregelmatige inschrijving een onderscheid maakt tussen nietigheden die het noodzakelijk gevolg zijn van het afwijken van de essentiële besteksbepalingen en andere nietigheden die enkel onder omstandigheden kunnen volgen uit de miskennen van niet essentiële besteksbepalingen;

Dat uit het onderling verband tussen de voormelde wetsbepalingen volgt dat de onregelmatigheid van de inschrijving wegens het niet voegen bij de inschrijving van de door de besteksbepalingen vereiste bescheiden, in beginsel een relatieve nietigheid oplevert, maar dat die onregelmatigheid onder omstandigheden een inbreuk kan uitmaken op essentiële besteksbepalingen;

Dat de rechter, bij de toetsing van de wettigheid van de verwerping door het bestuur van een inschrijving wegens onregelmatigheid, moet onderzoeken, aan de hand van de concrete gegevens van het beschouwde geval of de onregelmatigheid al dan niet een inbreuk is op de essentiële besteksbepalingen, zonder daarbij het recht van de overheid te miskennen om de inhoud van de bestekken te bepalen en te kwalificeren;

Overwegende dat het arrest, na te hebben vastgesteld «dat de bijvoeging van de materiaallijst was voorgeschreven op straffe van nietigheid, een maatregel die in het bijzonder bestek werd ingevoegd op uitdrukkelijk verzoek van de A.T.D.», oordeelt dat de wijze waarop verweerster de bij de inschrijving gevoegde materiaallijst heeft ingevuld, «zelfs al staat die

gelijk met het niet bijvoegen ervan» geen absolute nietigheid van de inschrijving tot gevolg heeft;

Dat het dit oordeel enkel hierop grondt dat het niet voegen van de door het bijzonder bestek vereiste bescheiden geregeld wordt door artikel 15, § 2, van het voormelde koninklijk besluit, dat deel uitmaakt van afdeling 2 van dit koninklijk besluit, en «dat de omstandigheid, dat de (eiseres) in het bijzonder bestek het bijvoegen van de materiaallijst heeft voorgeschreven op straffe van nietigheid, niets wijzigt aan het relatief karakter van deze sanctie», zonder concreet na te gaan of de vastgestelde wijze van invulling van de materiaallijst een inbreuk uitmaakte op essentiële besteksbepalingen;

Dat het aldus artikel 25, eerste lid, van het voormelde koninklijk besluit schendt;

...

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 24 JANUARI 1997

Voorzitter: mevr. Baeté-Swinnen

Rapporteur: de h. Wauters

Openbaar ministerie: de h. Dubrulle

Advocaat: mr. Delahaye

Wetten, decreten en besluiten – Werking in de tijd – Verjaring in burgerlijke zaken – Wet die een kortere termijn invoert – Recht van vóór de inwerkingtreding

Wanneer, in burgerlijke zaken, een wet, al is ze van openbare orde, voor de verjaring van de vordering een kortere termijn bepaalt dan die gesteld door de vorige wet, het recht in kwestie vóór de inwerkingtreding van de nieuwe wet ontstaan is en de wetgever geen bijzondere regel van inwerkingtreding heeft bepaald, begint de nieuwe verjaringstermijn op zijn vroegst te lopen met de inwerkingtreding van de nieuwe wet, met dien verstande dat dit een eerder ingetreden verjaring overeenkomstig de oude regel niet verhindert en dat de wetgever anders kan bepalen.

O.C.M.W. Antwerpen, t/ G.

Gelet op het bestreden vonnis, op 8 juni 1995 in laatste aanleg gewezen door de Vrederechter van het Kanton Borgerhout;

Over het middel: schending van (...)

doordat het bestreden vonnis de vordering van eiser, die ertoe strekte verweerster te horen veroordelen tot betaling van kosten voor verpleging van haar dochter in een OCMW-ziekenhuis van Antwerpen na te hebben vastgesteld dat «de vordering is gebaseerd op een factuur van 10 oktober 1990 voor verblijf van de minderjarige dochter Leila in het Jan Palfijnziekenhuis te Merksem van 27 september tot 1 oktober 1990 (geneeskundige prestaties, geneesmiddelen en ligdagen)», ongegrond verklaart op grond: «Verweerster werpt de verjaring van de vordering op, op basis van artikel 2277bis van het Burgerlijk Wetboek.

Primair repliceert eiser (...).

In de tweede plaats werpt eiser op dat de verjaringstermijn vijf jaar belooft, krachtens de organieke O.C.M.W.-wet. De factuur heeft echter geen betrekking op maatschappelijke dienstverlening, maar wel op prestaties die werden

geleverd door eiser in het kader van een facultatieve opdracht, namelijk het beheer van een O.C.M.W.-ziekenhuis. Derhalve is niet de organieke O.C.M.W.-wet van toepassing, maar gelden de gemeenrechtelijke verjaringstermijnen, namelijk artikel 2277bis van het Burgerlijk Wetboek. Artikel 2277bis van het Burgerlijk Wetboek bepaalt dat de rechtsvorderingen van verzorgingsverstrekkers en die van de verplegings- en verzorgingsinstellingen met betrekking tot de door hen geleverde geneeskundige verstrekkingen, diensten en goederen, verjaren na twee jaar, te rekenen vanaf het einde van de maand waarin ze zijn verstrekt. In casu is de vordering dus wel degelijk verjaard. Het middel van verjaring is gegrond».

...

Wat het tweede onderdeel betreft:

Overwegende dat, krachtens artikel 102, eerste lid, van de OCMW-wet van 8 juli 1976, de vordering van het OCMW tot terugbetaling van kosten van geneeskundige verstrekking verjaart overeenkomstig artikel 2277 van het Burgerlijk Wetboek, dit is na verloop van vijf jaar;

Dat, volgens het op 19 augustus 1993 in werking getreden artikel 2277bis van het Burgerlijk Wetboek, de vordering voor geneeskundige verstrekkingen, diensten, goederen en bijkomende kosten verjaart door verloop van een termijn van twee jaar te rekenen vanaf het einde van de maand waarin zij zijn verstrekt;

Overwegende dat, ingevolge artikel 2 van het Burgerlijk Wetboek, de wet alleen beschikt voor het toekomstige en geen terugwerkende kracht heeft, tenzij de wetgever uitdrukkelijk, of stilzwijgend maar zeker, anders heeft beslist;

Overwegende dat, wanneer in burgerlijke zaken, een wet, al is zij van openbare orde, voor de verjaring van de vordering een kortere termijn bepaalt dan die gesteld door de vorige wet, het betrokken recht vóór de inwerkingtreding van de nieuwe wet is ontstaan en de wetgever geen bijzondere regel van inwerkingtreding heeft bepaald, zoals te dezen, de nieuwe verjaringstermijn ten vroegste met de inwerkingtreding van de nieuwe wet begint te lopen, weze het dat dit een eerder ingetreden verjaring overeenkomstig de oude regel niet zal verhinderen en dat de wetgever anders kan bepalen;

Overwegende dat het bestreden vonnis vaststelt: 1. dat de vordering betrekking heeft op geneeskundige prestaties, geneesmiddelen en ligdagen van 27 september tot 1 oktober 1990, dit is vóór de inwerkingtreding van het artikel 2277bis op 19 augustus 1993; 2. dat gedagvaard werd op 8 augustus 1994;

Dat daaruit volgt dat de vordering van eiser nog niet was verjaard op 19 augustus 1993; dat de nieuwe wet op die datum van toepassing werd op zijn vordering; dat de verjaring aldus niet ingetreden kon zijn op het ogenblik van de dagvaarding;

Overwegende dat het vonnis, door te beslissen dat eisers vordering verjaard was, artikel 2277 bis en artikel 2 van het Burgerlijk Wetboek schendt;

...

BURGERLIJKE RECHTBANK TE BRUSSEL

7e KAMER – 17 MAART 1997

Rechter: mevr. Papen

Advocaten: mrs. Monard, Geelen en Van Helshoecht

1. Onrechtmatige overheidsdaad – Aansprakelijkheid van de Staat voor wetgevend optreden – Verenigbaarheid met onafhankelijkheid van de wetgevende macht – Onderscheid met aansprakelijkheid van het orgaan dat de schadeverwekkende handeling heeft verricht – Schending van het rechtszekerheidsbeginsel – Wijzigen van bij wet voorgespiegelde fiscale voordelen – 2. Rechten van de mens – Eigendomsrecht in art. 1, Eerste Protocol, E.V.R.M.-Begrip

1. Geen enkele grondwettelijke of wettelijke bepaling onttrekt de wetgevende macht in de uitoefening van haar opdrachten aan de door de art. 1382 en 1383 B.W. bepaalde verplichting om de schade te vergoeden die zij door haar schuld aan een ander veroorzaakt.

Uit het principe van de rechtsstaat zelf volgt dat de Staat, ook als wetgever, gebonden is aan het eigen recht. Er kan niet worden aangenomen dat de wetgever, door een wet goed te keuren die nadien onrechtmatig blijkt te zijn, vooraf reeds heeft willen afwijken van het gemeenrechtelijk aansprakelijkheidsstelsel van art. 1382-1383 B.W. Dit zou slechts kunnen wanneer de wetgever de wil daartoe duidelijk heeft laten blijken, hetzij door het aansprakelijkheidsstelsel op een specifieke wijze te regelen, hetzij door zijn aansprakelijkheid uit te sluiten.

De aansprakelijkheid van de Staat uit hoofde van een schadeveroorzakende akte van de wetgevende macht is niet onverenigbaar met de onafhankelijkheid van de wetgevende macht en van de leden die de wetgevende macht samenstellen, omdat deze onafhankelijkheid juist gewaarborgd wordt door de grondwettelijke en wettelijke onmogelijkheid om de leden van de wetgevende macht persoonlijk aansprakelijk te stellen voor handelingen van wetgeving.

De aansprakelijkheid van de Staat wordt niet noodzakelijk uitgesloten omdat de aansprakelijkheid van zijn orgaan zelf, in casu de wetgevende macht, voor de schadeverwekkende handeling die het heeft verricht, niet in het gedrang kan komen wanneer die handeling een fout is, omdat het orgaan persoonlijk ontheven is van de aansprakelijkheid waartoe ze aanleiding kan geven.

Wanneer de wetgever in een wet een vast belastingvoordeel voorspiegelt over een periode van tien jaar en dit belastingvoordeel openstelt voor vennootschappen die in een reconversiezone worden opgericht in een periode lopende van 1984 tot 1992, dan moet een vennootschap die in deze periode wordt opgericht in een reconversiezone en die aan de voorwaarden voldoet, erop kunnen rekenen dat zij dit voordeel kan genieten. Een wetgevende overheid handelt dan ook in strijd met het rechtszekerheidsbeginsel en dus niet als een zorgvuldige wetgever, wanneer zij deze verwachting niet honoreert door, zoals in casu, op drie momenten van de periode van de voorgespiegelde belastingvoordelen die voordelen ingrijpend te wijzigen in het nadeel van een vennootschap die aan de voorwaarden voldeed om dit voordeel te genieten.

2. Het eigendomsrecht in art. 1, Eerste Protocol, E.V.R.M. wordt niet beperkt tot zijn civielrechtelijke betekenis. Het gaat om een autonoom begrip dat aansluit bij het eigendomsconcept in het internationaal recht, namelijk de vermogensrechten die als «verworven rechten» kunnen worden beschouwd, maar het overstijgt het ook. Het essentiële kenmerk is de verworven patrimoniale waarde van het individueel belang.

N.V. S.I. t/ Belgische Staat

1. DE VORDERING

Bij dagvaarding van 4 mei 1993 vordert eiseres de veroordeling van verweerder tot betaling van een provisionele som van 100.000 Fr., verhoogd met de gerechtelijke intresten en de kosten.

Bij conclusies vordert eiseres de veroordeling van verweerder tot betaling van 9.054.566 Fr., verhoogd met de vergoedende intresten over 13.139.100 Fr. vanaf 1 juli 1993 tot de vonnisdatum en de vergoedende intresten over 9.054.566 Fr. vanaf de vonnisdatum tot de datum van betaling.

Subsidiair vraagt eiseres dat het Arbitragehof een prejudiciële vraag wordt voorgelegd of de wet van 22 december 1989 houdende fiscale bepalingen en artikel 87 van de wet van 22 juli 1993 houdende fiscale en financiële bepalingen, strijdig zijn met artikel 6, §1, VI, 1°, van de wet van 8 augustus 1980 houdende bijzondere wet tot hervorming van de instellingen, zoals gewijzigd bij wet van 8 augustus 1988.

Meer subsidiair vordert eiseres de veroordeling van verweerder tot betaling van een bedrag van 100.000 Fr. en vordert zij de aanstelling van een deskundige.

Verweerder stelt bij conclusie een tegenvordering in en eist de veroordeling van eiseres tot betaling van een schadevergoeding van 100.000 Fr. wegens tergend en roekeloos gedrag.

Bij dagvaarding van 4 mei 1993 wordt de Belgische Staat gedagvaard in de persoon van de eerste minister en in de persoon van de minister van Financiën.

Bij conclusies, neergelegd op 12 mei 1993, heeft de eerste minister krachtens artikel 705, §2, van het Gerechtelijk Wetboek de minister van Financiën in zijn plaats gesteld, welke dus *in casu* nu als enige de Belgische Staat vertegenwoordigt.

2. DE FEITEN

Eiseres werd als een naamloze vennootschap opgericht bij notariële akte van 16 november 1988, als een vennootschap in een zogenaamde reconversiezone: zones welke ingesteld werden ter bevordering van de industriële investeringen in sommige zones in België.

In de artikelen 50 en 58 van de herstellwet van 31 juli 1984 (*Belgisch Staatsblad*, 10 juli 1984), onder de hoofding «reconversie en selectieve ondersteuning van de economische activiteit en van de investeringen», werden maatregelen voorzien waarbij aan vennootschappen opgericht in de zogenaamde reconversiezones fiscale voordelen werden verleend.

De reconversiezones zelf werden vastgelegd bij Koninklijk Besluit van 18 oktober 1984.

Om deze fiscale voordelen te kunnen genieten, werden volgende voorwaarden bepaald:

- een vennootschap opgericht in de jaren 1984-1988, met zetel en voornaamste inrichting in een reconversiezone;
- de verbintenis opnemen om voor een som van minimaal 60% van het in geld volstort kapitaal te besteden aan de aanschaf van materiële vaste activa in nieuwe staat (uit te voeren voor het einde van het boekjaar);
- per schijf van 5.000.000 Fr. aan investeringen door aankoop van materiële vaste activa, één werknemer tewerk te stellen voor het einde van het boekjaar;

- deze verbintenissen opnemen in de akte van oprichting, samen met de aanduiding vanaf wanneer de vennootschap het voordeel wenst te genieten.

De periode waarin de vennootschappen konden worden opgericht (aanvankelijk slechts mogelijk in de periode 1984-1988), werd bij Koninklijk Besluit van 3 oktober 1988 verlengd tot en met het jaar 1992.

De toegekende voordelen waren tweërlei:

- een vrijstelling van vennootschapsbelasting gedurende een periode van 10 jaar (te beginnen naar keuze van de vennootschap het eerste, het tweede of het derde jaar na oprichting) voor uitgekeerde inkomsten ten belope van 13 % van het geplaatst en in geld volstort maatschappelijk kapitaal, dat nog dient te worden terugbetaald;
- vrijstelling van het evenredig registratierecht.

De reconversievennootschap werd dus in het leven geroepen door de wetgever als instrument om de industriële reconversie, waar nodig, te stimuleren.

Dit stelsel voor vennootschappen in reconversiezones werd door drie wetten gewijzigd:

- bij wet van 22 december 1989 houdende fiscale bepalingen (B.S., 29 december 1989), werd het fiscaal voordeel verlaagd en werden de voorwaarden ervan verstrengd. Met ingang van het aanslagjaar 1991 werd het maximumbedrag van de vrijstelling voor de vennootschapsbelasting van 13 % verlaagd naar 8 % van het geplaatst en volstort maatschappelijk kapitaal en werd de vrijstellingsperiode voor de vennootschappen opgericht vóór 1 juni 1990 verlengd van 10 naar 15 boekjaren;

- bij wet van 28 december 1990 houdende verscheidene fiscale en niet-fiscale bepalingen (B.S., 29 december 1990) werd het fiscaal voordeel voor vennootschappen na 22 juli 1990 afgeschaft en werden de voorwaarden om het fiscaal voordeel te genieten van vrijstelling op de vennootschapsbelasting voor vennootschappen bestaande vóór 22 juli 1990, opnieuw verstrengd;

- bij artikel 87 van de wet van 22 juli 1993 houdende fiscale en financiële bepalingen (B.S., 26 juli 1993), werd het fiscaal voordeel van 8 % voor het aanslagjaar 1994 teruggebracht tot 0 %, maar werd de periode van vrijstelling van 15 jaar met één jaar verlengd. Deze bepaling trad retroactief in werking vanaf 8 april 1993.

3. IN RECHTE

1. WAT DE EXCEPTIO OBSCURI LIBELLI BETREFT

Eiseres is van mening dat de aanvankelijke fiscale vrijstelling ten bedrage van maximaal 13 % van het geplaatst en volstort maatschappelijk kapitaal over een periode van 10 jaar door de opeenvolgende wettelijke wijzigingen gereduceerd werd tot een fiscale vrijstelling ten bedrage van maximaal 8 % van het geplaatst en volstort maatschappelijk kapitaal over een periode van 15 boekjaren.

Volgens eiseres leed zij in geactualiseerde cijfers een belangrijke schade ten gevolge van de wijzigingen aan het fiscaal regime van de vennootschappen opgericht in een reconversiezone.

Eiseres meent in haar dagvaarding dat de gewraakte wetgeving een schending uitmaakt van:

- de algemene rechtsbeginselen in het Europees recht, die primeren op de interne rechtsorde en die o.m. het principe

van het gewettigd vertrouwen in economische aangelegenheden omvatten;

- het intern Belgisch aansprakelijkheidsrecht, dat ook de wetgevende macht verplicht tot behoorlijke regelgeving;
- de grondwettelijke regels inzake de verdeling van bevoegdheden tussen Staat en Gewest.

Uit de dagvaarding blijkt aldus dat eiseres meent dat zij daardoor schade heeft geleden welke door verweerder vergoed dient te worden.

Verweerder kan derhalve de exceptio obscuri libelli niet inroepen vermits de dagvaarding conform art. 702, 3°, van het Gerechtelijk Wetboek het onderwerp en de korte samenvatting van de middelen van de vordering bevat. (Zie in dezelfde zin: Arbrb. Gent, 9 januari 1996, *T.G.R.*, 1996, 57; Brussel, 12 augustus 1993, *P. & B.*, 1994, 17, noot Taelman; Rb. Brussel, 6 maart 1992, *Revue de droit communal*, 1994, 260; Vred. Brussel, 9 mei 1989, *T. Vred.*, 1989, 253).

II. WAT HET PRINCIPE VAN DE AANSPRAKELIJKHEID VAN DE STAAT VOOR ONRECHTMATIGE WETGEVING BETREFT

Volgens verweerder is de rechter niet bevoegd om zich uit te spreken over de regelmatigheid van de wet noch over de grondwettelijkheid ervan krachtens het beginsel van de scheiding der machten.

Volgens verweerder lijdt het geen twijfel dat de drie litigieuze wetteksten door de wetgevende kamers werden aangenomen en door de Koning werden bekrachtigd en afgekondigd.

Indien de rechter een oordeel zou uitspreken over de «rechtmatigheid» van deze drie hierboven vermelde wetten, zou de rechtelijke macht zich dan onvermijdelijk op het terrein begeven dat door de grondwet aan de wetgevende macht is voorbehouden.

Verweerder haalt geen enkele wettelijke of grondwettelijke tekst tot staving van zijn stelling aan.

De rechtbank is de mening van verweerder niet toegeedaan.

Geen enkele grondwettelijke of wettelijke bepaling onttrekt de wetgevende macht in de uitoefening van haar opdrachten aan de door de art. 1382 en 1383 B.W. bepaalde verplichting om de schade te vergoeden die zij door haar schuld aan een ander veroorzaakt.

Uit het principe van de rechtsstaat zelf volgt dat de Staat, ook als wetgever, gebonden is aan het eigen recht. Er kan niet worden aangenomen dat de wetgever, door een wet goed te keuren, die nadien onrechtmatig blijkt te zijn, vooraf reeds heeft willen afwijken van het gemeenrechtelijk aansprakelijkheidsstelsel van art. 1382-1383 B.W.

Dit zou slechts kunnen wanneer de wetgever de wil daartoe duidelijk heeft laten blijken, hetzij door het aansprakelijkheidsstelsel op een specifieke wijze te regelen, hetzij door zijn aansprakelijkheid uit te sluiten.

De grondwetgever en de wetgever zijn de enigen die in de vorm van een nieuwe grondwet- of wetsbepaling de toepassing van de artikelen 1382-1383 B.W. kunnen uitsluiten of de toepassingsvoorwaarden ervan kunnen wijzigen.

In casu is dit niet gebeurd, zodat de overige rechtssubjecten – gelet op het algemeen en abstract karakter van de artikelen 1382-1383 B.W. en gelet op het algemeen rechtsbeginsel *patere legem quam ipse fecisti* erop mogen rekenen dat

ook de wetgever de artikelen 1382-1383 van het B.W. naleeft.

Uiteraard dienen de toepassingsvoorwaarden van de artikelen 1382-1383 van het B.W. bewezen te worden.

Zie in dezelfde zin: Van Oevelen, A. en Popelier, P. in «De aansprakelijkheid van publiekrechtelijke rechtspersonen voor ondeugdelijke wetgeving», blz. 60; Cornelis, L., *Beginselen van het Belgische buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht*, Maklu, 1989, blz. 216, nr. 124.

Het principe van de scheiding der machten en van de onafhankelijkheid van de wetgevende macht wordt hierdoor niet in vraag gesteld.

De aansprakelijkheid van de Staat uit hoofde van een schadeveroorzakende akte van de wetgevende macht is niet onverenigbaar met de onafhankelijkheid van de wetgevende macht en van de leden die de wetgevende macht samenstellen (*in casu* Senaat, Kamer en Koning), omdat deze onafhankelijkheid juist gewaarborgd wordt door de grondwettelijke en wettelijke onmogelijkheid om de leden van de wetgevende macht persoonlijk aansprakelijk te stellen voor handelingen van wetgeving (buiten een eventuele strafrechtelijke aansprakelijkheid).

Onder «wetgevende macht» bij het begrip «scheiding der machten» wordt verstaan zowel de FUNCTIE, dit is de bevoegdheid de wetgevende «macht» uit te oefenen, als het orgaan waaraan die bevoegdheid is opgedragen.

Het is niet omdat het orgaan van de Staat niet persoonlijk aansprakelijk kan gesteld worden, dat daarom de aansprakelijkheid van de Staat uitgesloten wordt.

De Staat kan niet aansprakelijk gesteld worden «als wetgevende macht», maar wel als ene en onverdeelde rechtspersoon, die krachtens de artikelen 42, 1° en 705 van het Grondwettelijk Wetboek wordt vertegenwoordigd door de minister van Financiën, zijnde de minister tot wiens bevoegdheid het onderwerp van het geschil behoort.

De aansprakelijkheid van de Staat wordt niet noodzakelijk uitgesloten omdat de aansprakelijkheid van zijn orgaan zelf (wetgevende macht) voor de schadeverwekkende handeling die het heeft verricht, niet in het gedrang kan komen wanneer die handeling een fout is, omdat het orgaan persoonlijk ontheven is van de aansprakelijkheid waartoe ze aanleiding kan geven (zie in dezelfde zin: Cass., 19 december 1991, *R.W.*, 92-93, 396).

De Belgische Grondwet gaat uit van een systeem van een evenwicht tussen de drie staatsmachten i.p.v. een strikte scheiding tussen die machten. (Zie in dezelfde zin: Leroy, P., *Responsabilité des pouvoirs publics du chef de méconnaissance des normes supérieures de droit national par un pouvoir législatif*, in *La responsabilité des pouvoirs publics*, Brussel, Bruylant, 1991, pp. 310-311, nr. 14).

Zelfs een strikte scheiding van machten houdt niet in dat de Staat ontheven is van zijn aansprakelijkheid die aan derden werd veroorzaakt door een foutief handelen of nalaten van organen van de uitvoerende macht (Cass., 5 november 1920, *Pas.*, 1920, I, 193) of van de rechterlijke macht (Cass., 19 december 1991, *Pas.*, 1992, I, 316 met conclusie van de eerste advocaat-generaal Velu; *R.C.J.B.*, 1993, 285 met noot van Rigaux en Van Compernelle).

Er is geen reden om de weerslag van het beginsel van de scheiding der machten op de eventuele aansprakelijkheid van de Staat voor wetgevende handelingen anders te beoor-

delen. (Vergelijk: Van Gerven, «De Normatieve en rechterlijke aansprakelijkheid naar Europees en Belgisch recht», in *Recht halen uit aansprakelijkheid*, Storme, (ed.), Gent, Mys en Breesch, 1993, p. 410, nr. 17).

Verweerder roept ook de *soevereiniteit van de wetgevende macht* in.

In geen enkele wettekst of grondwettelijke tekst is van dit «principe» een spoor terug te vinden.

Van de handelingen van de wetgevende macht in hun algemeenheid beschouwd, kan niet worden gezegd dat ze «soeverein» zijn in de betekenis van «onaantastbaar» of «vrij van rechterlijke controle».

Een *ander argument* om tot de niet-aansprakelijkheid van de Staat te besluiten, is dat *een wet*, wegens haar algemeen en abstract karakter, *op zichzelf geen schade kan veroorzaken*.

Dit argument gaat niet op.

Vele formele wetten, zoals de drie hierboven vermelde litigieuze wetteksten, zijn juist niet algemeen en abstract geformuleerd, maar leggen integendeel concrete en gedetailleerde gedragsnormen op die rechtstreeks, zonder verdere uitvoeringsbesluiten, kunnen worden toegepast.

Bovendien erkent de wetgever zelf dat een wet rechtstreeks schade kan veroorzaken wanneer hij in artikel 20, 1°, Bijz. Wet Arbitragehof bepaalt dat dit Hof bevoegd is om een wet, een decreet of ordonnantie te schorsen als ernstige middelen worden aangevoerd en op voorwaarde dat de onmiddellijke uitvoering van de norm waartegen het beroep tot vernietiging is gericht, «een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen».

Daarenboven staat het reeds vast dat ook de schending van hoger intern recht door verordenende bepalingen, die evenzeer een algemeen en abstract karakter hebben, de aansprakelijkheid van de regelgever kan teweegbrengen. (Cass., 26 april 1963, *Pas.*, 1963, I, 905; Cass., 23 april 1971, *Arr. Cass.*, 1971, 786; *Pas.*, 1971, I, 752).

(...)

IV. WAT DE TOEPASSINGSVOORWAARDEN VAN DE ARTIKELN 1382-1383 B.W. BETREFT

Verweerder erkent uitdrukkelijk dat de wet van 28 december 1990 met terugwerkende kracht de vrijstellingsgrondslag vermindert, maar oordeelt dat dit geen fout kan uitmaken, omdat de wetgever wetten met terugwerkende kracht kan uitvaardigen.

Daarenboven stelt verweerder dat eiseres geen schadevergoeding beoogt, maar een verhoopt voordeel dat door de wetgever op soevereine wijze uitdrukkelijk werd ingekort.

De rechtbank heeft hierboven al beslist dat de Staat aansprakelijk kan gesteld worden wegens het foutief handelen van de wetgevende macht.

De vraag die nu dient beantwoord te worden is of *in casu* de wetgever foutief gehandeld heeft.

Het is *in casu* duidelijk dat de wetgever zeker het rechtzekerheids (-of vertrouwensbeginsel) heeft geschonden.

Onder punt A onderzoekt de rechtbank waarin de schending van het rechtzekerheidsbeginsel bestaat en onder punt B of het rechtzekerheidsbeginsel kan worden ingeroepen om de Staat aansprakelijk te stellen voor foutief handelen van de wetgevende macht.

Onder punt C wordt de schade onderzocht, evenals het oorzakelijk verband tussen de fout en de schade.

A. Scheiding van het rechtszekerheidsbeginsel

Wanneer de wetgever in een wet een vast belastingvoordeel voorspiegelt over een periode van 10 jaren, en dit belastingvoordeel openstelt voor vennootschappen die in een reconversiezone worden opgericht in een periode lopende van 1984-1992, dan moet een vennootschap die in deze periode wordt opgericht in een reconversiezone en die voldoet aan de voorwaarden, erop kunnen rekenen dat zij dit voordeel kan genieten.

De vennootschap moet er immers op kunnen rekenen dat de gevolgen van een bepaalde handeling, die redelijkerwijze kunnen worden verwacht op het tijdstip dat die handeling wordt verricht, met name dat de vennootschap wordt opgericht, door de overheid worden gehonoreerd.

Een wetgevende overheid handelt dan ook in strijd met dit beginsel en dus niet als een zorgvuldige wetgever, wanneer zij deze verwachting, zoals *in casu*, niet honoreert.

Door op drie momenten de duidelijk gestelde fiscale voordelen ingrijpend te wijzigen in het nadeel van eiseres, zoals o.a. de reductie van het voordeel in 1989 en het uitsluiten van een jaarlijkse vrijstelling voor het jaar 1994, handelt de wetgever foutief.

De wetgever geeft totaal geen objectieve en redelijke verantwoording om deze afbreuk aan de rechtmatige verwachtingen van eiseres te rechtvaardigen.

Het is evident dat de wetgever op voorhand zeer duidelijk kon weten dat de drie wetwijzigingen schadeveroorzakend zouden zijn voor de reconversievennootschappen die, zoals eiseres, vóór deze drie wetwijzigingen opgericht waren.

Op het ogenblik dat eiseres haar bedrijfsactiviteit begon, gold er een fiscale vrijstelling van 13 % voor een periode van 10 jaar.

Er was een duidelijke wettelijke regel die eiseres rechtstreeks een duidelijk voordeel opleverde. Op het ogenblik dat eiseres haar economische activiteit startte, was het in geen enkel opzicht voorzienbaar, dat deze regeling in een voor eiseres nadelige wijze zou worden veranderd (hetgeen echter *in casu* zelfs op drie verschillende tijdstippen is gebeurd).

Door de herstellwet van 31 juli 1984 (waarvan de werking werd verlengd bij K.B. van 13 oktober 1988) konden tot in 1992 vennootschappen worden opgericht in reconversiezones, aan wie een fiscaal voordeel werd voorgespiegeld dat exact kon worden berekend, omdat het een voordeel betrof over een duidelijke en in tijd beperkte periode aan een duidelijk percentage tot te passen over een duidelijke grondslag.

Eiseres, die in de gestelde periode werd opgericht en aan alle voorwaarden voldeed, mocht er van uitgaan dat zij voor de gestelde periode (10 jaar) het haar voorgespiegelde fiscale voordeel zou kunnen genieten, namelijk een vrijstelling van 13 % van het geplaatst en volstort maatschappelijk kapitaal.

Eiseres kon aldus haar investering inschatten, omdat een nauwkeurige berekening van het fiscaal voordeel over een zekere periode te verwachten was.

Aldus verschilt deze vrijstelling voor vennootschappen in reconversiezones sterk van andere fiscale vrijstellingen, die onderworpen zijn aan de annaliteit van de belastingen. Verweerster roept dan ook ten onrechte het beginsel van de annaliteit van de belastingwetten in. Dat de fiscale wet jaar-

lijks dient gestemd te worden en onmiddellijk toepasselijk is, betekent niet dat de wetgever, zoals *in casu*, van het ene jaar op het andere en dit verscheidene jaren na elkaar, de wet aldus kan wijzigen dat het gerechtvaardigd vertrouwen van eiseres geschonden wordt (zie in dezelfde zin: Geelhand, *R.C.J.B.*, 1995, blz. 491, nr. 185).

De wetgever had eiseres een vast fiscaal voordeel gegeven gedurende een periode van 10 jaar, maar had dit belastingvoordeel gedurende deze termijn herhaaldelijk zonder enige verantwoording verminderd.

Door de vrijstelling eenzijdig te wijzigen in een voor eiseres nadelige zin, schendt de Belgische wetgever het gewekt en gewettigd vertrouwen in de oorspronkelijke maatregel.

Het recht op rechtszekerheid werd in *casu* geschonden doordat eiseres had moeten kunnen vertrouwen op wat door haar niet anders kan worden opgevat dan als een vaste beleidsregel van de overheid. De door de overheid in de wet van 31 juli 1984 opgewekte gerechtvaardigde verwachtingen van eiseres werden niet gehonoreerd door de drie opeenvolgende hierboven vermelde litigieuze wetteksten.

In casu heeft de overheid duidelijk een gedane toezegging (vervat in de wet van 1984) ingetrokken, zonder dat daarvoor enige rechtvaardigingsgrond gegeven wordt. De overheid houdt zich aldus niet aan een door haar zelf in 1984 bekendgemaakte beleidsregel.

In het rechtszekerheidsbeginsel ligt juist de stabiliteit van rechtsregels besloten. Deze rechtsregels mogen niet voortdurend of te dikwijls worden gewijzigd zonder een klimaat van onzekerheid te creëren, zonder de initiatieven van burgers (zoals *in casu* van eiseres) te paralyseren, zonder hun vertrouwen te ondermijnen. Deze stabiliteit dringt zich op aan de wetgever en aan de administratie die voor éénieder klaar en duidelijk de te volgen beleidslijn moet uitstippelen.

Het is juist dat rechtsregels niet eeuwigdurend zijn en niet onveranderlijk zijn of moeten blijven. Maar de rechtszoekende moet erop kunnen vertrouwen dat de wijziging van een voorgenomen beleidslijn voldoende zou gemotiveerd zijn en eventueel zou gepaard gaan met overgangsmaatregelen waardoor geen schade zou worden toegebracht aan eiseres die aangetrokken was door de in de wet van 1984 door de wetgever beloofde voordelen die echter kort nadien en fundamenteel werden ingetrokken door drie opeenvolgende wetwijzigingen.

In het rechtszekerheidsbeginsel zelf zit besloten dat het verlenen van terugwerkende kracht aan voor de rechtzoekende nadelige overheidsbeschikkingen als onrechtmatig moet beschouwd worden. (Zie in dezelfde zin: Cass., 27 maart 1992, *R.W.*, 1991-92, 1466; *R.C.J.B.*, 1995, 53 met commentaar van Geelhand; Van Gerven, «Beginselen van behoorlijk handelen», *R.W.*, 1982-1983, 962).

De rechtbank besluit aldus dat het rechtszekerheidsbeginsel door de drie opeenvolgende wetwijzigingen geschonden werd. (Zie in dezelfde zin: Van Orshoven, «Algemene beginselen van behoorlijk fiscaal en ander bestuur», in *Actuele problemen van fiscaal recht*, XV^e Postuniversitaire lessencyclus Willy Delva 1988-1989, n^o 34, p. 19; Van Gerven, o.c., *R.W.*, 82-83, 977).

B. Het rechtszekerheidsbeginsel maakt deel uit van de Belgische Grondwet in de materiële zin.

Het grondwettelijk recht bestaat niet alleen uit de artikelen van de geschreven grondwet, maar ook uit onderling samenhangende grondslagen en hoofdgedachten waarvan de grondwetgever is uitgegaan, maar die niet in een specifieke grondwetsbepaling werden opgenomen. Daartoe behoort het beginsel van de rechtsstaat. Het beginsel van rechtszekerheid vindt haar grondslag in het beginsel van de rechtsstaat, dus in de grondwet. (Zie: Suetens, «Algemene beginselen van behoorlijk bestuur: begrip en plaats in de hiërarchie der normen. Inleidende verkenning, in X, *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur*, 1993, (1)22; Suetens, «De retroactiviteit van wetten, decreten en ordonnances», *T.F.R.*, 1993, (218) 221; Suetens, «De invloed van het Arbitragehof op het grondwettelijk recht», *R.W.*, 1993-1994, (1313), 1318).

De rechtbank kan echter de wet niet rechtstreeks aan de grondwet toetsen. De wetgever heeft deze toetsingsbevoegdheid in beperkte mate uitsluitend toevertrouwd aan het Arbitragehof. (Zie: Alen, *Handboek van het Belgisch Staatsrecht*, Kluwer, 1995, nrs. 291-298).

Theoretisch zou aan het Arbitragehof een prejudiciële vraag kunnen worden gesteld op basis van de schending van het gelijkheids- en niet-discriminatiebeginsel in samenhang met het grondbeginsel van de rechtszekerheid.

Het Arbitragehof heeft dergelijk middel al ontvankelijk verklaard. Hieruit kan men dus afleiden dat ook het Arbitragehof de mening is toegedaan dat het rechtzekerheidsbeginsel een basisbeginsel is van de Belgische Rechtsorde en aldus deel uitmaakt van de grondwet in de materiële zin. (Zie: arrest van 11 februari 1993 van het Arbitragehof nr. 10/93, rolnr. 364; arrest van 15 juli 1993 van het Arbitragehof nr. 59/93, rolnr. 394 tot 403).

In casu is het gelijkheids-/niet-discriminatiebeginsel niet geschonden, omdat al de vennootschappen, die in gelijkaardige omstandigheden en voorwaarden als eiseres opgericht werden, ook evenzeer en in gelijke mate de gevolgen van de drie litigieuze wetswijzigingen dragen. Tussen deze vennootschappen werd geen onderscheid gemaakt (Theorie van de acte-claire).

Eiseres roept ook de schending van de grondwettelijke regels met betrekking tot de *bevoegdheden van de federale overheid, Gemeenschappen en Gewesten in*.

Volgens eiseres komt de bevoegdheid tot regelgeving i.v.m. de vennootschappen in reconversiezones sedert 1988 enkel toe aan de Gewesten. De litigieuze wetten zijn na 1988 gestemd.

Dit is principieel juist.

In casu gaat de betwisting echter over het fors terugschroeven van een eerder verleend fiscaal voordeel.

Het komt enkel de nationale wetgever toe om de fiscale voordelen te wijzigen of op te heffen met betrekking tot nationale belastingen die aan de reconversievennootschappen worden toegekend. (Zie in dezelfde zin het arrest nr. 52/92 van 9 juli 1992 van het Arbitragehof, rolnr. 296).

Eiseres roept de *schending van het communautair recht in*. Het rechtzekerheidsbeginsel zou deel uitmaken als algemeen rechtsbeginsel van het communautair recht.

De verdragen die het Europees Gemeenschapsrecht in het leven hebben geroepen hebben een nieuwe rechtsorde ingesteld, ten behoeve waarvan de lid-Staten, waaronder België, de uitoefening van hun soevereine rechten hebben beperkt.

De voorrang van het Europees Gemeenschapsrecht volgt uit de aard zelf van het bij Verdrag bepaald internationaal recht. (Zie in dezelfde zin: Cass., 27 mei 1971, *J.T.*, 1971, 460-474).

Bovenaan de hiërarchie van de rechtsbronnen van het gemeenschapsrecht staan de normen van «primair» gemeenschapsrecht, met inbegrip van de algemene rechtsbeginselen waarvan het Hof van Justitie op grond van artikel 164 van het EG-Verdrag de naleving verzekert.

Het primair gemeenschapsrecht bestaat uit de normen die rechtstreeks door de lidstaten als «constituante» werden aangenomen. Samen met de algemene rechtsbeginselen vormen zij de «grondwettelijke» normen van het gemeenschapsrecht. Zij hebben zonder meer voorrang op het recht van de lidstaten.

Deze algemene rechtsbeginselen maken deel uit van de communautaire rechtsorde, zodat miskenning ervan een «schending van het Verdrag of van enige uitvoeringsregeling daarvan» vormt in de zin van artikel 173, tweede lid, EG-Verdrag.

Onder de rechtsbeginselen die men «beginselen van behoorlijk bestuur» noemt, wordt juist een voornaam plaats ingenomen door het beginsel van de rechtszekerheid, dat stelt dat de rechtsregels duidelijk moeten zijn en hun toepassing voorzienbaar voor hen die erdoor worden geraakt. (H.v.J., 16 juni 1993, Frankrijk/Commissie, zaak C-325/91, *Jur.*, 1993, (I-3282) I-3311, r.o. 26); H.v.J., 8 april 1976, Defrenne t. Sabena, zaak 43/75, *Jur.*, 1976, (455) 481-482, r.o. 71-51; H.v.J., 10 juli 1984, Kirk, zaak 63/83, *Jur.*, 1984 (2689) 2718, r.o. 22; H.v.J., 3 mei 1978, Topfer t. Commissie, zaak 112/77, *Jur.*, 1978, (1019) 1033, r.o. 18-20). Zie in dezelfde zin: Lenaerts/Van Huffel, *Europees Recht in hoofdlijnen*, Maklu, 1995, p. 512-521; Geelhand, *R.C.J.B.*, 1995, blz. 490, nr. 183; Alen, *Handboek van het Belgisch Staatsrecht*, Kluwer, 1995, 489: «Het EG-Verdrag, dat wel directe werking heeft, bevat... slechts weinig grondrechten. Nochtans dient er rekening mee te worden gehouden dat het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen de grondrechten ALS ALGEMENE RECHTSBEGINSELEN beschouwt»; Boogaerts, «Het Hof van Justitie en de toetsing van nationale wetgeving aan de communautaire grondrechten», *R.W.*, 1991-92, 1247-1252.

Eiseres verliest echter uit het oog dat het geschil een communautaire dimensie dient te bevatten.

Men dient zich steeds binnen de reikwijdte van de communautaire rechtsorde te bevinden alvorens men een beroep kan doen op de algemene rechtsbeginselen die er deel van uitmaken. De communautaire rechtsorde is immers geen volledige rechtsorde te vergelijken met een nationale rechtsorde in die zin dat zij niet beoogt een volledig juridisch kader voor het maatschappelijk leven in te richten. De communautaire rechtsorde heeft enkel betrekking op welbepaalde, in de eerste plaats economische materies.

Eiseres blijft in gebreke een schending van het EG-Verdrag te bewijzen, ook niet de schending van artikel 5 van het EG-Verdrag. (Zie: Van Den Hende, «Europees Gemeenschapsrecht: rechtsbescherming», *T.P.R.*, 1995, nr. 71-75; Boogaerts, «Het Hof van Justitie en de toetsing van nationale wetgeving aan de communautaire grondrechten», *R.W.*, 1991-1992, 1247 e.v.).

De rechtbank stelt in casu echter vast dat artikel 1, eerste protocol van het Europees Verdrag tot bescherming van de rech-

ten van de mens en de fundamentele vrijheden (verder afgekort E.V.R.M.) zou kunnen geschonden zijn door verweerder.

De rechtbank kan deze schending ambtshalve opwerpen.

De rechten en vrijheden van de mens hebben een karakter van openbare orde. Zij behoren immers tot de juridische grondslagen waarop de morele, politieke en ook economische orde van onze maatschappij rust.

Daar het recht van verdediging evenzeer een fundamenteel recht uitmaakt, zal de rechtbank hieromtrent de debatten heropenen.

Aan het E.V.R.M. en zijn aanvullende protocollen komt in de Belgische rechtsorde directe werking toe. (Zie: Alen, *Handboek van het Belgisch Staatsrecht*, Kluwer, 1995, nr. 501); Cass., 26 september 1978, *De Verzekering*, 1978, 247).

Artikel 1, Eerste Protocol (hierna: E.P.) bepaalt: «Alle natuurlijke of rechtspersonen hebben recht op het ongestoord genot van hun eigendom. Niemand zal van zijn eigendom worden beroofd behalve in het algemeen belang en met inachtneming van de voorwaarden neergelegd in de wet en in de algemene beginselen van het internationaal recht.

De voorgaande bepalingen zullen echter op geen enkele wijze het recht aantasten dat een Staat heeft om die wetten toe te passen welke hij noodzakelijk oordeelt om toezicht uit te oefenen op het gebruik van eigendom in overeenstemming met het algemeen belang of om de betaling van belastingen of andere heffingen en boeten te verzekeren.»

De authentieke tekstversies van artikel 1, Eerste Protocol, gebruiken zowel in het Engels als in het Frans verschillende termen door elkaar ('possessions', 'property', 'propriété', 'usage des biens').

De betekenis van de term «goederen» (biens) is heel wat ruimer dan deze van «eigendom» (propriété).

In substantie verzekert artikel 1 E.P. het eigendomsrecht.

Het eigendomsrecht wordt echter niet tot zijn civielrechtelijke betekenis beperkt. Het gaat om een autonoom begrip dat aansluit bij het eigendomsconcept dat geldt in het internationaal recht, nl. vermogensrechten die als «verworven rechten» kunnen worden beschouwd, maar het ook overstijgt. (Zie o.m. arrest Gasus van 23 februari 1995, Serie A, nr. 98-B, §37). Het essentiële kenmerk is de verworven patrimoniale waarde van het individueel belang (zie arrest Van Marle e.a., 26 juni 1986, Serie A, 101, §4, «valeur patrimoniale»).

Het komt aan de nationale rechtssystemen toe om het eigendomsrecht vast te leggen. Maar het feit dat het nationale recht een particulier economisch belang niet als eigendom erkent, is niet beslissend voor de toepassing van artikel 1 E.P.

Aldus oordeelde het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in de zaak Tre Traktor Aktiebolag (Serie A, 159, §53) dat het feit dat de Zweedse wetgeving een alcohollicentie niet als een recht beschouwde niet betekent dat het geen «bien» zou zijn in de zin van artikel 1 E.P.

«Eigendom» omvat dus niet alleen het respect voor zakelijke rechten op lichamelijke roerende en onroerende goederen, maar ook voor een aantal vorderingsrechten en privaatrechtelijke en zelfs publiekrechtelijke oorsprong of voor rechtsposities met patrimoniale waarde. (Zie in dezelfde zin: H. Vandenberghe, «Interpretatieproblemen bij de bescherming van het eigendomsrecht (artikel 1, 1° protocol E.V.R.M.)», in *Liber Amicorum Krings*, Story, 1991, blz. 373 e.v.).

Trouwens ook in ons Burgerlijk Wetboek heeft het begrip goed («bien») een ruime betekenis, nl. niet alleen zaken die vatbaar zijn voor toe-eigening en waarop men, zoals artikel 543 B.W. stelt, een recht van eigendom of andere zakelijke rechten kan hebben.

Het begrip «goederen» kan echter, ook op zakelijke rechten duiden (art. 526, eerste tot derde lid B.W. op vorderingsrechten (art. 529 B.W.) en op rechtsvorderingen (art. 526, vierde lid, B.W.). Het begrip «goed» slaat dus op alle actieve vermogensbestanddelen, de intellectuele rechten uitgezonderd.

Het begrip «goederen» in de titel van het boek II van het B.W. wijst dus op de rechten die betrekking hebben op zaken, maar ook op de zaken zelf waarop deze rechten slaan, op de schuldvorderingen en de rechtsvorderingen, in zoverre deze als vermogensbestanddeel kunnen beschouwd worden.

De vermogensrechten van een persoon worden ook goederen genoemd. Het Burgerlijk Wetboek gebruikt het woord «goederen» in de betekenis van eigendom, zakelijke rechten, schuldvorderingen en rechtsvorderingen.

Aldus heeft het Europees Hof reeds geoordeeld dat een vordering in aansprakelijkheid valt onder het toepassingsgebied van artikel 1 E.P. (Zie het arrest Pressos Compania Naviera van 20 november 1995 van het Europees Hof).

Een vordering in aansprakelijkheid, zoals *in casu* de vordering van eiseres, heeft een patrimoniale waarde en heeft schijnbaar het karakter van een «goed» in de zin van artikel 1 E.P. Partijen zullen daar stelling over nemen.

Eiseres had op basis van de herstelwet van 31 juli 1984 vrijstelling van vennootschapsbelasting gedurende 10 jaar voor uitgekeerde inkomsten ten belope van 13 % van het geplaatst en in geld volstort maatschappelijk kapitaal verkregen, evenals een vrijstelling van het evenredig registratierecht.

Dit recht op vrijstelling kan onder de bescherming van artikel 1 van het eerste protocol van het E.V.R.M. vallen.

Zoals hierboven reeds gesteld, is het begrip «eigendom» in de zin van artikel 1 E.P. heel wat ruimer dan het begrip «eigendom» in de klassieke zakenrechtelijke betekenis. Het gaat om een autonoom begrip in het Verdrag, dat aansluit bij het eigendomsconcept in het internationaal recht, nl. de bescherming van verworven rechten, maar het ook overstijgt. Het omvat derhalve niet alleen het respect voor zakelijke rechten op roerende en onroerende goederen, maar ook een aantal vorderingsrechten van privaatrechtelijke en ook van publiekrechtelijke oorsprong (zoals in *casu*).

De Belgische rechter heeft zelfs de verplichting de interpretatie, zoals deze gegeven wordt door het Europees hof, aan het Gemeenschapsrecht te volgen. (Zie in dezelfde zin het advies van advocaat-generaal Piret bij het arrest van 10 mei 1989 van het Hof van Cassatie, *J.T.*, 1990, 330 e.v.):

«...Et M.J. Velu en déduisait logiquement que hormis l'existence de faits nouveaux ou d'autres éléments objectifs de nature à entraîner manifestement un revirement de la jurisprudence interprétative de la Cour européenne, l'autorité particulière qui s'attache à cette jurisprudence doit normalement amener le juge national à se conformer à celle-ci». C'est ce que votre Cour a fait déjà à plusieurs reprises. (...). Dès lors, un moyen de cassation peut être fondé, non sur la méconnaissance de l'interprétation de la Convention de Rome, mais sur la violation d'une norme contenue dans cette Convention telle que l'interprète la Cour européenne qui a reçu mission de l'interpréter....»).

Eiseres kon, zoals hierboven reeds gesteld, een gewettigd vertrouwen hebben in de nationale wetgever.

Een heropening der debatten dringt zich tevens op, omdat artikel 1 E.P. drie onderscheiden normen omvat.

Een eerste norm, verwoord in de eerste zin van de eerste alinea, heeft een algemeen karakter: het betreft het algemeen principe van het ongestoord genot van eigendom.

Een tweede norm, verwoord in de tweede zin van dezelfde alinea, behandelt de mogelijkheid tot eigendomsberoving en onderwerpt deze aan bepaalde voorwaarden.

Een derde norm, verwoord in de tweede alinea, behandelt de mogelijkheid tot het uitoefenen van toezicht of het reglementeren van het gebruik van eigendom in het algemeen belang.

De heropening der debatten moet aan partijen de mogelijkheid geven om te concluderen over de vraag of de Belgische Staat zich in het recht op vrijstelling van eiseres kon inmengen op grond van het algemeen belang of op grond van andere in de voormelde tweede en derde norm besloten criteria.

C. Verweerder werpt op dat eiseres, hoe dan ook, geen schade bewijst. De rechtbank stelt echter vast dat er bij eiseres wel schade aanwezig is. Deze kan echter pas begroot en toegekend worden indien, na de heropening der debatten, een fout van verweerder zou komen vast te staan, evenals het causaal verband tussen deze fout en de schade.

Eiseres had bij haar oprichting op 16 november 1988 een geplaatst maatschappelijk kapitaal van een bepaald bedrag dat bij de oprichting volledig in geld werd ingebracht. Dit wordt niet betwist door verweerder.

Eiseres opteerde ervoor om de toegekende fiscale vrijstelling op te nemen vanaf het derde boekjaar, d.i. het jaar 1991. Dit betekende dat eiseres in het regime zoals het gold tijdens haar oprichting (vrijstelling van 13 % over een periode van 10 jaar), een vrijstelling kon genieten tot en met het boekjaar 2000. Dit wordt ook niet betwist door verweerder.

Ingevolge de litigieuze wetswijzigingen werd deze periode verlengd tot 15 jaar, waarbij de vrijstelling voor het jaar 1993 wegviel en als zestiende jaar werd toegevoegd. Dit wordt evenmin door verweerder betwist.

Door te kiezen voor een vennootschap in reconversie kon eiseres een besparing, in vergelijking met een gelijkaardige vennootschap die niet aan de voorwaarden voldoet, realiseren.

Door de opeenvolgende wetswijzigingen kan eiseres deze besparingen niet realiseren, wat haar schade berokkent.

NOOT – *De aansprakelijkheid van de wetgever wegens schending van het rechtszekerheidsbeginsel*

In de herstellwet van 31 juli 1984 (*B.S.*, 10 juli 1984) werden maatregelen genomen om, door het toekennen van fiscale voordelen aan vennootschappen opgericht in de zogenaamde reconversiezones» in België, de industriële investeringen in deze zones te bevorderen. Het fiscaal stelsel voor dergelijke «reconversievennootschappen» werd door opeenvolgende wetten gewijzigd (wet van 22 december 1989 houdende fiscale bepalingen, *B.S.*, 29 december 1989; wet van 28 december 1990 houdende verscheidene fiscale en niet-fiscale bepalingen, *B.S.*, 29 december 1990; wet van 22 juli 1993 houdende fiscale en financiële bepalingen, *B.S.*, 26 juli

1993), waardoor de aanvankelijke fiscale vrijstelling werd gereduceerd en gespreid over een langere periode. De eiseres is zo'n reconversievennootschap, die zich benadeeld voelt door deze wetgevende wijzigingen en de Belgische Staat daarvoor aansprakelijk stelt.

Binnen de grondlijnen uiteengezet in de rechtspraak van het Hof van Justitie, kan de formele wetgever aansprakelijk worden gesteld voor inbreuken op het Europese Gemeenschapsrecht (*H.v.J.*, 19 november 1991, Francovich en Bonifaci, *gev.z.* 6/90 en 9/90, *Jur.*, 1991, I-5357, *H.v.J.*, 14 juli 1994, Faccini Dori, *Jur.*, 1994, I-3325; *H.v.J.*, 5 maart 1996, Brasserie du pêcheur en Factortame, *gev.z.* 46/93 en 48/93, *Jur.*, 1996, I-1029, *H.v.J.*, 26 maart 1996, British Telecommunications, *z.* 392/93, *Jur.*, 1996, I-1631, *H.v.J.*, 23 mei 1996, Hedley Thomas, *z.* 5/94, *Jur.*, 1996, I-2553 en *H.v.J.*, 8 oktober 1996, Dillenkofer e.a., *gev.z.* 178, 179, 188, 189, 190/94). In de rechtspraak werd, vóór het geannoteerde vonnis, nog niet vastgesteld of dit ook naar intern recht kan. Het oude cassatiearrest van 27 juni 1845 (*Pas.*, I, 392) wijst de mogelijkheid van een vergoeding ontstaan door het feit van de wet zelf af als een vanzelfsprekendheid (zie ook de conclusie van P.G. Leclercq, p. 404). In die periode werd echter ook de aansprakelijkheid van het bestuur nog afgewezen. Voor het overige zijn slechts vonnissen terug te vinden met betrekking tot de mogelijke aansprakelijkheid van de wetgever wegens de schending van een bepaling van het E.V.R.M. (vgl. *Rb. Brussel*, 5 mei 1985, *T. Vred.*, 1986, 56, die zich onbevoegd acht, met *Rb. Brussel*, 15 januari 1976, die deze bevoegdheid wel erkent, niet gepubliceerd, geciteerd in Leroy, M., «Responsabilité des pouvoirs publics du chef de méconnaissance des normes supérieures de droit national par un pouvoir législatif», in *La responsabilité des pouvoirs publics*, Brussel, Bruylant, 1991, 328; ook vermeld in Van Gerven, W., «De normatieve en rechterlijke aansprakelijkheid naar Europees en Belgisch recht», in *Recht halen uit aansprakelijkheid*, Storme, M. (red.), Gent, Mys & Breesch, 1993, 410, voetnoot 43).

Het geannoteerde vonnis legt principieel de mogelijke aansprakelijkheid vast van de overheid voor handelingen van de wetgevende macht. Deze evolutie is te vergelijken met die welke zich heeft afgetekend met betrekking tot de aansprakelijkheid van de uitvoerende macht. Ook die overheidsaansprakelijkheid werd oorspronkelijk afgewezen op grond van soortgelijke argumenten als die welke nu worden aangevoerd om de aansprakelijkheid voor wetgevende handelingen af te wijzen (zie voor deze argumenten het geannoteerde vonnis van Van Oevelen, A. en Popelier, P., «De aansprakelijkheid van publiekrechtelijke rechtspersonen voor ondeugdelijke wetgeving», in *Publiekrecht – De doorwerking van het publiekrecht in het privaatrecht*, Gent, Mys & Breesch, 1997, (75), p. 114-116, nr. 138). Ook daar heeft de uiteindelijke principiële toepasselijkheid van de artikelen 1382 e.v. B.W. zich geleidelijk en jurisprudentieel ontwikkeld. Hetzelfde geldt voor de overheidsaansprakelijkheid voor handelingen van de rechterlijke macht (zie het principe-arrest Anca, Cass., 19 december 1991, *R.W.*, 1992-93, 396).

Het geannoteerde vonnis is in die lijn een voorbode. Het kan daarbij steunen op een steeds aangroeiende rechtsleer die de overheidsaansprakelijkheid voor wetgevende handelingen verdedigt (zie Cornelis, L., *Beginselen van het Belgische buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Maklu, 1989, I, 216-218; Fagnart, J.-L., «De la légalité à l'égalité», in *La responsabilité des pouvoirs publics, o.c.*, 31-

34; Leroy, M., *l.c.*, 299-341; Pardon, J.-N. en Dalcq, R.O., «La responsabilité des états membres envers les particuliers en cas de manquements au droit communautaire», *J.T.d.eur.*, 1996, 201; Popelier, P., *Rechtszekerheid als een beginsel voor behoorlijke regelgeving*, Antwerpen, Intersentia, te verschijnen; Rombouts, A. en Moris, M., «Hoe de ongrondwettig bevonden belasting terugvorderen?», *T.R.V.*, 1996, 50 e.v.; Van Gerven, W., *l.c.*, 410 e.v.; Van Oevelen, A. en Popelier, P., *De gevolgen van onrechtmatige wetgeving in het Belgische recht*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1995, 35-40 en *l.c.* p. 114-127, nrs. 138-146 en Van Ommeslaghe, P., «La responsabilité des pouvoirs publics en droit interne», in *Recht halen uit aansprakelijkheid, o.c.*, 340 e.v. Zie ook Jacqmain, J., «Droit au travail, droit du travail», in *Les droits économiques, sociaux et culturels dans la constitution*, Erges, R., (red.), Brussel, Bruylant, 1995, 185 en Vandenbergh, H., Van Quickenborne, M. en Wynant, L., «Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad», *T.P.R.*, 1995, 1140).

De doorbraak van de overheidsaansprakelijkheid voor wetgevende handelingen past in een geëvolueerd concept van het staatsrechtelijk principe van de democratische staat. In het oude concept, waarin de soevereiniteit van de wetgever, de onschendbaarheid van de wet en de scheiding der machten centraal stonden in een strak hiërarchisch schema, was het ondenkbaar dat een individuele, niet democratisch verkozen rechter een formele wet, uiting van de wil van de natie, zou beoordelen, laat staan beteugelen. In een meer horizontaal concept wordt het principe van de democratie ingepast in een pluralistische orde waarin ook het principe van de rechtsstaat en dat van de sociale welvaartstaat een voorname rol spelen. In dergelijk concept is ook de wetgever, behoudens duidelijke en in het licht van het gelijkheidsbeginsel gerechtvaardigde afwijking, gebonden door zijn eigen wetgeving. Het soevereiniteitsbegrip begrepen als onaantastbaarheid en onnipotentie van de wetgevende macht heeft zijn betekenis verloren door de inschakeling van België in de supranationale rechtsorde en door de bevoegdheidsverdeling binnen het federale België. Het beginsel van de *trias politica* wordt niet meer geformuleerd als een scheiding, maar als een evenwicht van machten.

Dit betekent niet dat de wetgever voor elke onrechtmatigheid aansprakelijk kan worden gesteld. In het geannoteerde vonnis is terecht het onderscheid tussen enerzijds de vaststelling en anderzijds de beteugeling van een onrechtmatigheid terug te vinden.

Rekening dient te worden gehouden met de Belgische staatsrechtelijke inrichting wat de toetsingsbevoegdheid van rechters betreft. Een rechter kan slechts in beperkte gevallen een rechtsregel met kracht van wet toetsen, namelijk wanneer het gaat om een toetsing aan rechtstreeks werkend inter- en supranationaal recht (zie het principe-arrest Franco-Suisse Le Ski, 27 mei 1971, *Arr. Cass.*, 1971, 959), of om de toetsing van een ordonnantie aan alle bepalingen van de grondwet en van de «Brusselwet», behoudens deze waaraan het Arbitragehof vermag te toetsen (art. 9 van de «Brusselwet»: Bijzondere Wet van 12 januari 1989 met betrekking tot de Brusselse Instellingen, *B.S.*, 14 januari 1989, *err.*, *B.S.*, 16 maart 1989). Voor het overige is enkel het Arbitragehof bevoegd om wetten, decreten en ordonnanties te toetsen, waarbij de referentienormen, behoudens uitbreiding bij bijzondere wet, beperkt zijn tot de bevoegdheidsverdelende bepalingen tussen Staat, Gemeenschappen en Gewesten, het gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel neergelegd in de

artikelen 10 en 11 G.W. en de rechten en vrijheden in verband met het onderwijs neergelegd in artikel 24 G.W. (zie art. 142 G.W. en art. 1 van de Bijzondere Wet van 6 januari 1989 houdende de inrichting, de bevoegdheid en de werking van het Arbitragehof, *B.S.*, 7 januari 1989). De zogenaamde «onschendbaarheid van de wet» is in die zin reeds lang doorbroken. Zodra de bevoegde rechter de onrechtmatigheid van een wet heeft vastgesteld, is de veroordeling door de gewone rechter tot vergoeding van de daardoor veroorzaakte schade slechts een toepassing van die vaststelling, waaruit de rechter de gemeenrechtelijke consequenties trekt.

Indien het echter gaat om een onrechtmatigheid voor de vaststelling waarvan geen enkele rechter bevoegd is, kan de gewone rechter deze toetsing evenmin onrechtstreeks doorvoeren via een vordering tot schadevergoeding. Met dit probleem zat de rechter van het geannoteerde vonnis.

De rechtbank eigent zich in dit vonnis de bevoegdheid toe om op vrij omstandige wijze de overeenstemming van de wet met een algemeen rechtsbeginsel te beoordelen, zonder daaraan evenwel enig rechtsgevolg te kunnen hechten (zie over de mogelijke intensiteit van de juridische beoordeling van regelgeving, Rimanque, K., *De regel is niet steeds recht*, Antwerpen, Kluwer, 1990, 17-18). Zij hanteert, voor de vaststelling dat de ingeroepen schending van het rechtszekerheidsbeginsel gegrond is, een concept van het rechtszekerheidsbeginsel zoals dat ook door het Hof van Justitie en door het Arbitragehof is geformuleerd en zoals dat door de Raad van State en het Hof van Cassatie is omschreven onder de noemer van het vertrouwensbeginsel als een beginsel van behoorlijk bestuur (zie voor dit laatste o.m. de uitgebreide analyse van Geelhand, N., «Le principe de la croyance légitime en droit administratif et en droit fiscal», *R.C.J.B.*, 1995, 57-105, 259-313 en 488-523). Het onderscheid tussen retroactiviteit en onmiddellijke werking verliet vanuit dat perspectief aan relevantie: ook een rechtsregel met onmiddellijke werking kan in strijd met het vertrouwensbeginsel rechtmatige verwachtingen van het rechtssubject schenden (hierover, onder meer, Popelier, P., «Beginselen van behoorlijke wetgeving in de rechtspraak», *T.P.R.*, 1995, 1092 en *Rechtszekerheid als een beginsel voor behoorlijke regelgeving, o.c.* en Van Oevelen, A. en Popelier, P. *o.c.*, 58).

De stelling dat algemene rechtsbeginselen weliswaar onduidelijkheden in de wet kunnen aanvullen en leemten kunnen opvullen, maar geen voorrang hebben op de wet, die van een rechtsbeginsel kan afwijken om een bepaalde materie te regelen, is lange tijd onbetwist geweest (bv. Cass., 13 september 1989, *Arr. Cass.*, 1989-90, 51; R.v.St., Gutmacher, nr. 22.540, 15 oktober 1982; Arbitragehof, nr. 32, 29 januari 1987, *Arr. Arbitragehof*, 1987, 17. Zie o.m. Ganshof van der Meersch, W.J., «Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit», *J.T.*, 1970, 567; Krings, E., «Aspecten van de bijdrage van het Hof van Cassatie tot de rechtshervorming», *Arr. Cass.*, 1990-91, 1-12 en Van Hoecke, M., «De algemene rechtsbeginselen als rechtsbron», in *Algemene rechtsbeginselen*, Van Hoecke, M., (red.), Antwerpen, Kluwer, 1991, 5).

De traditionele stelling wordt echter stilaan verbroken door een aangroeiende rechtsleer (zie o.m. Alen, A., *Handboek van het Belgisch Staatsrecht*, Antwerpen, Kluwer, 1995, 88; Mast, A., Dujardin, J., Van Damme, M. en Vande Lanotte, J., *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Ant-

werpen, Kluwer, 1996, 45; Popelier, P., *Rechtszekerheid als beginsel voor behoorlijke regelgeving o.c.*; Suetens, L.P., «Algemene beginselen van behoorlijk bestuur: begrip en plaats in de hiërarchie der normen», in *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur*, Opdebeek, I. (red.), Antwerpen, Kluwer, 1993, 5 en 22; Van Oevelen, A. en Popelier, P., o.c., 51 e.v. en l.c., p. 111-113, nrs. 134-137; Van Orshoven, P., «Non scripta sed nata lex» in *Algemene rechtsbeginselen, o.c.*, 76 e.v. en «Algemene rechtsbeginselen in alle rechtstakken», in *Publiekrecht – De doorwerking van het publiekrecht in het privaatrecht, o.c.*, 1 e.v.) De traditionele stelling kan zeker niet worden aangehouden wanneer het gaat om de rechtszekerheid: het Arbitragehof toetst ook formele wetgeving aan dit ongeschreven rechtsbeginsel gerelateerd aan het gelijkheidsbeginsel (zie Arbitragehof, nr. 25/90, 5 juli 1990, B.S., 6 oktober 1990; nr. 36/90, 22 november 1990, B.S., 28 december 1990; nr. 10/93, 11 februari 1993, B.S., 9 maart 1993; nr. 59/93, 15 juli 1993, B.S., 16 september 1993; nr. 28/96, 30 april 1996, B.S., 4 mei 1996. Een toetsing aan het rechtszekerheidsbeginsel op zich is niet mogelijk, zie Arbitragehof, nr. 25/96, 27 maart 1996, B.S., 26 april 1996).

Omdat de gewone rechter formele wetgeving niet aan de Grondwet kan toetsen, acht hij zich evenmin bevoegd om haar rechtstreeks aan rechtsbeginselen te toetsen. Onrechtstreeks gebeurt dit wel (zie o.m. Popelier, P., *Rechtszekerheid als beginsel voor behoorlijke wetgeving, o.c.* en Van Oevelen, A. en Popelier, P., o.c., 61-62 en l.c.): bijvoorbeeld door interpretatie van de wetbepaling, door het opzijschuiven van een wet bij de toetsing van een administratieve rechtshandeling (bv. Cass., 27 maart 1992, *Arr. Cass.*, 1991-92, 727) of bij de beoordeling in het raam van de vordering tot het opleggen van een passende vergoeding wegens foutloze overheidsdaad op grond van artikel 11 R.v.St.-wet. Daarbuiten dient de toetsing aan het rechtsbeginsel te worden aangehaakt aan de kapstok van de referentienormen waaraan formele wetgeving wél kan worden getoetst. Ook de rechter van het geannoteerde vonnis, die in eerste instantie de schending van het rechtszekerheidsbeginsel erkent, is zich daarvan in tweede instantie bewust. Voor een toetsing door het Arbitragehof is een omweg langs het gelijkheidsbeginsel vereist. Voor een toetsing aan de rechtszekerheid als beginsel van Europees Gemeenschapsrecht, dient het geschil een communautaire dimensie te bevatten. De rechter roept ten slotte ambtshalve de schending van artikel 1, eerste protocol bij het E.V.R.M. in. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, dat evenmin rechtstreeks aan rechtsbeginselen kan toetsen maar gebonden is aan de verdragsbepalingen als referentienormen, heeft inderdaad het rechtszekerheidsbeginsel ingebouwd in de toepassing van dit artikel (bv. Eur. Hof, 9 december 1994, Griekse raffinaderijen Stran en Stratis Andreadis, *Publ. C.E.D.H.*, reeks A, nr. 301-B en Eur. Hof, N.V. Pressos Companid Naviera e.a., 20 november 1995, *Publ. C.E.D.H.*, reeks A, nr. 332), evenals in de toepassing van andere bepalingen, bijvoorbeeld bij de interpretatie van de zinsnede «voorzien bij wet» (zie Popelier, P., *Rechtszekerheid als beginsel voor behoorlijke regelgeving*, te verschijnen). Precies om de partijen de mogelijkheid te geven de verenigbaarheid van de betrokken wetgeving met artikel 1, eerste protocol, E.V.R.M. te onderzoeken, werden de debatten heropend. Daarom wordt hier aan dit punt geen verdere aandacht besteed; de annotatie wil slechts de aandacht vestigen op het vonnis in zover het een principe-uitspraak velt over

de mogelijkheid om de wetgever aansprakelijk te stellen voor, bijvoorbeeld, de schending van een algemeen rechtsbeginsel zoals dat van de rechtszekerheid.

De mogelijkheid om wetgeving te toetsen aan algemene rechtsbeginselen blijkt allerm minst nog verwaarloosbaar te worden. Zo wordt ruimte geschapen voor de ontwikkeling van «beginselen van behoorlijke regelgeving» (zie Coremans, H. en Van Damme, M., *Beginselen van wetgevingstechniek en behoorlijke regelgeving*, Brugge, Die Keure, 1994, 154 p., en Popelier, P., «Beginselen van behoorlijke wetgeving in de rechtspraak», l.c., 1049-1114 en o.c.).

Eigen aan de werking van algemene rechtsbeginselen is een belangenafweging, zodat slechts bij grove en niet gerechtvaardigde inbreuken een onrechtmatigheid kan worden vastgesteld. De wetgever behoudt hierdoor een voldoende ruimte beleidsvrijheid bij de invulling van het «algemeen belang». Niettemin blijkt een toenemende druk uit te gaan van zowel rechtspraak als rechtsleer, via de erkenning van algemene rechtsbeginselen en de toetsing daaraan van formele wetgeving, de toetsing van zowel formele wetgeving als het ontbreken van een wettelijke regeling (zie Popelier, P., «De beoordeling door het Arbitragehof van het ontbreken van een wettelijke regeling», *R.W.*, 1996-97, 1249-1252 en Van Oevelen, A. en Popelier, P., «De aansprakelijkheid van publiekrechtelijke rechtspersonen voor ondeugdelijke wetgeving», l.c. p. 102-106, nrs. 126-129 en de daar geciteerde arresten van het Arbitragehof) en de erkenning van de overheidsaansprakelijkheid voor wetgevende handelingen, om ook de formele wetgever ertoe te dwingen zorgvuldig om te springen met zijn regelgevende bevoegdheid.

Patricia POPELIER
assistente U.I.A.

VREDEGERECHT TE GENT

7e KANTON – 4 NOVEMBER 1996

Rechter: de h. Evers

Advocaten: mrs. Ramboer en Overdenborger

Alimentatie – Concubinaat – 1. Bevoegdheid vrederechter – 2. Natuurlijke verbintenis

1. De vrederechter is krachtens art. 591, 7°, Ger.W. bevoegd om kennis te nemen van een vraag tot onderhoudsuitkering na het beëindigen van een concubinaatsrelatie.

2. Wanneer de man tijdens het samenleven in de grootste mate instond voor de gezinsuitgaven en derhalve ook ten dele voor het onderhoud van de vrouw, is dit een natuurlijke verbintenis die wordt omgevormd in een gerechtelijke verbintenis die in rechte afdwingbaar is. Aan de vrouw kan dan ook een in de tijd beperkt persoonlijk onderhoudsgeld worden toegekend.

D. t/ G.

1. Het verzet

Het verzet is aanhangig gemaakt door de vrijwillige verschijning van partijen die hiertoe een verzoekschrift ter griffie hebben neergelegd op 9 augustus 1996: het proces-ver-

baal van vrijwillige verschijning werd ondertekend op de openbare terechtzitting van 2 september 1996.

In het verzoekschrift heeft D. verzet aangetekend tegen een vonnis dat tegen hem gewezen werd bij verstek op 31 mei 1996.

Vorm en termijnen werden in acht genomen zodat de zaak opnieuw dient te worden onderzocht.

De oorspronkelijke vordering strekte ertoe van D. betaling te krijgen van een maandelijks onderhoudsbijdrage van 7.500 BEF ten bate van E.D., dochter van G. en erkend door D., en een onderhoudsbijdrage van 6.000 BEF voor G., bedragen te koppelen aan de schommeling van het indexcijfer van de kleinhandelsprijzen; tevens werd een inkomstenmachting gevraagd.

2. De feitelijke omstandigheden

Volgens de verstrekte gegevens gingen de partijen in december 1994 (ongehuwd) samenwonen.

Op 21 november 1995 werd uit deze relatie een dochter geboren, E., die door D. erkend werd.

Op 27 april 1996 werd de relatie beëindigd.

D. betaalde een maandelijks onderhoudsbijdrage van 4.000 BEF, op vrijwillige basis.

3. De bevoegdheid van de vrederechter

De opposant vraagt dat de zaak verwezen wordt naar de rechtbank van eerste aanleg wegens de onbevoegdheid van de vrederechter wat betreft de vordering tot het verkrijgen van een persoonlijke onderhoudsbijdrage.

Nu de oorspronkelijke eiseres geen verwijzing vraagt naar de arrondissementsrechtbank, moet deze rechtbank het bevoegdheidsgeschil zelf beslechten.

De oorspronkelijke eiseres acht de vrederechter bevoegd op basis van art. 591, 7°, Ger.W.

Dit artikel bepaalt uitdrukkelijk dat de vrederechter bevoegd is om kennis te nemen «van alle geschillen betreffende de uitkeringen tot onderhoud...»

Het is niet omdat de partijen niet gehuwd waren dat de kwalificatie «uitkering tot onderhoud» een andere betekenis krijgt dan die vervat in art. 591, 7°, Ger.W.

Volledigheidshalve: dit artikel heeft het over «alle» geschillen dienaangaande.

De vrederechter is derhalve bevoegd om kennis te nemen van beide takken van de vordering.

4. De toelaatbaarheid van de vordering

De opposant stelt dat de vordering niet toelaatbaar is omdat ze werd ingeleid bij verzoekschrift terwijl dat volgens haar bij dagvaarding diende plaats te vinden.

Krachtens art. 1320 Ger.W. kan een vordering tot «toekenning, verhoging, verlaging of afschaffing» van een uitkering tot levensonderhoud worden ingesteld bij verzoekschrift.

Terecht merkt de opposant op dat door de griffiediensten verkeerdelijk een oproeping in raadkamer gebeurde in plaats van op de openbare terechtzitting, doch dit wijzigt in niets de wijze van oproeping als dusdanig.

Volledigheidshalve stelt de rechtbank vast dat de oorspronkelijke verweerder, thans opposant, op het juiste adres werd aangeschreven per gerechtsbrief die hij evenwel niet heeft afgehaald, wat enkel aan hemzelf kan worden geweten, te meer nu hij hiervoor geen reden aanhaalt.

De (foute) oproeping in raadkamer heeft het recht van verdediging van de opposant niet aangetast: dit is des te meer

zo nu toch het verzet ertoe leidt dat de zaak opnieuw wordt onderzocht.

5. Bespreking

5.1. De persoonlijke uitkering tot onderhoud

Wellicht zal heden ten dage niemand nog twisten over het recht van ieder individu om met een partner samen te leven volgens een vrij gekozen wijze.

De actuele ontwikkeling waarbij samenlevingsvormen buiten het huwelijk het voorwerp uitmaken van wetgevend initiatief, alsook de realiteit van reële samenlevingscontracten neergelegd in een (notariële) akte, kunnen niets afdoen aan de vaststelling dat op vandaag de bepalingen van boek I, titel 5, hoofdstuk 6, van het Burgerlijk Wetboek met betrekking tot «de wederzijdse rechten en verplichtingen van echtgenoten» enkel toepasselijk zijn op gehuwden.

Men dient zich ervoor te hoeden van de samenlevingsvormen, in al hun variëteiten, opnieuw een conservatief geheel te maken door naar analogie de beschermingsmaatregelen die binnen het huwelijk bestaan, ervoor op te eisen.

Alsdan komt men in hetzelfde «conservatieve» stramien terecht, wat niet de bedoeling kan zijn aangezien men dan net zo goed voor het huwelijk kan kiezen...

Het verweer van de opposant dat hij door de oorspronkelijke eiseres overgehaald werd om bij haar in te wonen en dat zij «zich zwanger liet maken» dient volkomen te worden verworpen: de opposant moet zich niet voordoen als een willoos wezen dat «misbruikt» (sic) werd door de oorspronkelijke eiseres.

Toen hij bij haar introk en zij tijdens de relatie zwanger werd, heeft hij daarbij natuurlijk een bewuste rol gespeeld en dient hij hiervoor zijn verantwoordelijkheid op te nemen.

Enkel de vaststelling dat de relatie ook leidde tot de geboorte van de dochter, wat meteen impliceert dat ook de opposant, wat ook de wens van de eiseres moge zijn geweest, geen voorbehoedsmiddelen gebruikte, impliceert dat het de bedoeling was een duurzame relatie uit te bouwen.

Het omgekeerde zou blijk geven van een oppervlakkigheid en gebrek aan verantwoordelijkheidsbesef dat niet kan worden vermoed.

De relatie heeft weliswaar niet lang geduurd doch anderszids blijkt dat S.G., wegens de geboorte een loopbaanonderbreking heeft aangevraagd en hierdoor haar inkomen zag verminderen van 36.000 BEF op ongeveer 11.500 BEF per maand.

Aldus is het duidelijk dat D. tijdens het samenwonen in de grootste mate instond voor de gezinsuitgaven en derhalve ook ten dele voor het onderhoud van G.; deze natuurlijke verbintenis wordt omgevormd in een gerechtelijke verbintenis die in rechte afdwingbaar is.

Het hoeft geen betoog dat het voor G., nu D. vertrokken is, moeilijker wordt het kind op te voeden: als de loopbaanonderbreking beslist werd tijdens het samenwonen dan is het thans des te meer gerechtvaardigd het kind op te vangen tot dat het overdag elders kan worden opgevangen.

Het komt billijk voor dat de opposant ten behoeve van G. een maandelijks onderhoudsbijdrage betaalt van 4.000 BEF gezien zijn inkomen van circa 42.000 BEF per maand.

Deze bijdrage dient te worden beperkt in de tijd enerzijds vanwege de vaststelling dat de verhouding nauwelijks anderhalf jaar heeft geduurd terwijl anderzijds zij een einde kan maken aan de loopbaanonderbreking.

5.2. Onderhoudsbijdrage voor E.

De opposant betaalt vrijwillig 4.000 BEF.

Gezien de leeftijd van het kind (geboren op 21 november 1995) en de inkomsten van de opposant (zie hierboven) komt dit aanbod redelijk voor.

Bevestigt het bestreden vonnis van 31 mei 1996 met dien verstande dat de persoonlijke onderhoudsbijdrage bepaald wordt op 4.000 BEF en beperkt is in de tijd, namelijk tot en met december 1996 en dat de bijdrage voor E. bepaald wordt op 4.000 BEF.

NOOT – *De natuurlijke verbintenis als rechtsgrond voor de toekenning van een persoonlijk onderhoudsgeld na de beëindiging van de concubinaatsrelatie?*

1. De vrederechter van het zevende kanton te Gent heeft in het geannoteerde vonnis, na terecht zijn bevoegdheid te hebben bevestigd (artikel 591, 7°, Ger.W. heeft immers een algemeen karakter waarop geen andere uitzonderingen bestaan dan die welke daarin beperkend vermeld worden: Cass., 23 september 1971, *Arr. Cass.*, 1972, 89, noot, *Pas.*, 1972, I, 81, *J.T.*, 1972, 29, en *Rev. Not. B.*, 1972, 450), een bevestigend antwoord gegeven op de vraag of na het beëindigen van een concubinaatsrelatie er sprake kan zijn van enige persoonlijke onderhoudsverplichting tussen de ex-partners.

Hoewel in bepaalde media als dusdanig bestempeld, is deze oplossing niet innovierend en brengt ze geen gelijkstelling teweeg tussen het huwelijk en het ongehuwd samenwonen. Allereerst dient te worden opgemerkt dat de vrederechter in casu weliswaar een persoonlijk onderhoudsgeld toekent, doch zeer beperkt in de tijd. Bovendien hebben ook reeds in het verleden rechtbanken dergelijke, en zelfs veel ruimere, aanspraken ingewilligd. Het feit dat de rechten en verplichtingen van de echtgenoten specifiek van toepassing zijn op gehuwden en niet naar analogie kunnen worden toegepast op ongehuwd samenwonenden (Vred. St. Truiden, 22 december 1987, *T. Vred.*, 1988, 216; Vred. Hamme, 21 november 1989, *R.W.*, 1990-91, 514, noot Pauwels, C.; *contra*, maar ten onrechte: Arrondrb. Tongeren, 1 april 1992, *Limb. Rechtsl.*, 1993, 59; Rb. Leuven, 27 september 1996; *J.Proc.*, 1996, afl. 313, 26, noot Legros, P. en Nijs, J.P.; Vred. Aalst, 11 juni 1991, *R.W.*, 1993-94, 1307, en *T. Vred.*, 1992, 11), maar anderzijds de toenemende rechtswaardering van het concubinaat (voor een overzicht, zie o.a. Senaev, P., «De rechtswaardering van het concubinaat anno 1992», in *Concubinaat. De buitenhuwelijkse tweerelatie*, Senaev, P. (red.), Leuven, Acco, 1992, 19 e.v.; alsook van dezelfde auteur: «Familierechtelijke aspecten van ongehuwd samenwonen», in *Ongehuwd samenwonen*, Koninklijke Federatie van Belgische Notarissen (red.), Antwerpen, Kluwer, 1996, 65 e.v.), en het besef dat ook aan de verbreking van een concubinaatsrelatie onbillijke gevolgen verbonden kunnen zijn voor de financieel zwakkere partij, hebben ervoor gezorgd dat de rechtspraak en rechtsleer op zoek zijn gegaan naar gemeenschappelijke oplossingen teneinde praktische oplossingen te bieden. Deze drang naar een «billijkheidsoptlossing» heeft echter in vele gevallen geleid tot een onnauwkeurig en onvolgende onderzoek naar de onderliggende rechtsgrond.

2. In bepaalde gevallen wordt een persoonlijk onderhoudsgeld toegekend op *quasi-delictuele* basis met dien verstande dat de beëindiging van de concubinaatsrelatie op zichzelf nooit foutief kan zijn, dit gezien het ontbreken van eni-

ge wettelijke samenwoningsplicht en de persoonlijke vrijheid van de concubanten (Rb. Brussel, 24 november 1987, *J.T.*, 1988, 501 en *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1989, 27; Verheyden-Jeanmart, N., «Le ménage de fait», in *R.P.D.B.*, Compl. VIII, 1995, p. 449, nr. 532, en de daar aangehaalde verwijzingen). Er kan eventueel wel een schadevergoeding toegekend worden in het geval van bedrieglijke verleiding, die zich kan manifesteren in een valse huwelijksbelofte of misbruik van gezag (voor een ontleding van deze begrippen: Roodhooft, J., «Onderhoudsrecht en concubinaat», in *Concubinaat. De buitenhuwelijkse tweerelatie*, o.c., 129 e.v.), of, belangrijker, als de omstandigheden waarin de verbreking gebeurt een foutief karakter vertonen (Luik, 18 april 1989, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1990, 141; Gent, 25 maart 1991, *T.G.R.*, 1991, 110; *contra* Rb. Leuven, 3 juni 1991, *R.W.*, 1992-93, 130, noot Roodhooft, J.). De feitenrechter apprecieert op onaantastbare wijze of de verbreking al dan niet een foutief karakter vertoont. In navolging van de Franse rechtsleer, wordt meestal het quasi-delictuele foutbegrip zeer ruim geïnterpreteerd, en in bepaalde gevallen zelfs verwaarloosd zodat op iedere verbreking waarbij de partner die geen voorzieningen treft om zijn economisch zwakkere te beschermen een sanctie toegepast wordt (Kort. ged. Gent, 7 maart 1990, *T.G.R.*, 1990, 88). Een dergelijke uitholling van het foutbegrip kan niet goedgekeurd worden (Roodhooft, J., *l.c.*, 134).

3. Andere rechtspraak, waaronder het geannoteerde vonnis, (ook verschenen in *A.J.T.*, 1996-97, 323, noot Jacobs, K.) baseert de beslissing om een onderhoudsuitkering toe te kennen op grond van een *natuurlijke verbintenis*. Gezien de verbondenheid gedurende de samenleving wordt het als een morele plicht beschouwd dat de concubant voor de bestaanszekerheid van zijn behoeftige ex-partner zorgt. De partner die tijdens het samenleven vrijwillig voorziet in de levensbehoeften van zijn partner, kan deze prestaties, gelet op art. 1235, tweede lid, B.W., niet alleen niet meer terugvorderen, maar verbindt zich bovendien t.o.v. zijn partner om ook in diens levensonderhoud te blijven voorzien na de beëindiging van de relatie. Door de vrijwillige uitvoering wordt immers de natuurlijke verbintenis omgezet in een burgerrechtelijke. In navolging van de Franse en de Nederlandse rechtspraak en rechtsleer, wordt ook in België meer en meer het bestaan van een dergelijke verbintenis aangenomen (cf. o.a. Luik, 20 juni 1990, *J.L.M.B.*, 1991, 157; Rb. Gent, 9 januari 1984, *R.W.*, 1984-85, 2961, afkeurende noot Pauwels, J.; Kort ged. Gent, 7 maart 1990, *T.G.R.*, 1990, 88; Rb. Brugge, 16 januari 1996, *T. Not.*, 1996, 224; Rb. Leuven, 27 september 1996, *l.c.*; Vred. Gent, 4 november 1996; Roodhooft, J., «Alimentaire aspecten van de beëindiging van de buitenhuwelijkse tweerelatie», *R.W.*, 1992-93, 131, noot onder Rb. Leuven, 3 juni 1991, waarbij de rechtbank zowel de theorie gebaseerd op art. 1382 B.W. als die gegrond op de natuurlijke verbintenis of het bestaan van een contract *sui generis* verwierpt).

De voorstanders van deze gedachte verliezen echter uit het oog dat voor het ontstaan van een natuurlijke verbintenis gegrond op een gewetensplicht, dit gewetensbesef niet alleen bij diegene die vrijwillig uitvoert moet bestaan, maar dat het ook moet gaan om een algemeen maatschappelijk aanvaard besef (De Page, H., *Traité*, III, *Les obligations*, Brussel, Bruylant, 1967, 77; Deli, D., «De natuurlijke verbintenis van de ouders tot het verschaffen van een stand aan hun kinderen», *R.W.*, 1987-88, 202, noot onder Antwerpen, 7 april

1987; Van Ommeslaghe, P., *Droit des obligations*, Presses Universitaires de Bruxelles, 1987, 360). Welnu, van een dergelijke maatschappelijke consensus, namelijk dat de concubant dient te zorgen voor zijn partner ook na de beëindiging van de concubinaatsrelatie, is ook heden ten dage geen sprake (Senaeve, P., «Familierechtelijke aspecten van ongehuwd samenwonen», *I.c.*, 93). Van een natuurlijke verbintenis kan dan ook geen sprake zijn.

4. Geconfronteerd met die zwakte van zowel de theorie van de onrechtmatige daad, als de theorie van de (omzetting van de) natuurlijke verbintenis, om als een solide rechtsgrond te fungeren voor de onderhoudsaanspraak tussen ex-concubanten, lijkt een *contractuele oplossing* de enige uitweg, zonder hierbij echter de concubinaatsrelatie op zichzelf als een contract *sui generis* van onbepaalde duur te beschouwen, waarbij slechts opzegging mogelijk is mits met naleving van een redelijke opzeggingstermijn, en bij gebreke waarvan een schadevergoeding betaald dient te worden (cf. Heyvaert, A., «Het concubinaat in de burgerrechtelijke praktijk», in *Commentaar personen- en familierecht*, Antwerpen, Kluwer, losbladig, p. 20, nr. 33). De bedoeling van de partijen om in die zin te hebben gecontracteerd kan immers niet worden vermoed, zeker niet in het kader van een concubinaat waarbij de partners juist expliciet gekozen hebben voor een vrije samenlevingsvorm, in tegenstelling tot het huwelijk (Roodhooft, J., *R.W.*, 1992-93, 132). Niets belet echter de concubanten om zelf expliciet overeen te komen dat bij beëindiging van het samenleven de ene partner aan de andere een zekere som verschuldigd is, hetzij in de vorm van een periodieke uitkering, hetzij in een eenmalige som. Dit kan zowel gebeuren bij het uiteengaan zelf, voorzover de overeenkomst geen vergoeding voor de seksuele prestaties inhoudt, in welk geval ze strijdig is met de openbare orde en goede zeden, als voorheen tijdens het samenleven op voorwaarde dat uit de overeenkomst niet blijkt dat de persoonlijke vrijheid van de concubanten wordt beknot om op elk ogenblik de relatie te kunnen verbreken (Senaeve, P., «Familierechtelijke aspecten van ongehuwd samenwonen», *I.c.*, 94). Rekening houdend met die vaststellingen, dienen de concubanten die zich wensen te beveiligen tegen de mogelijk nadelige financiële gevolgen van een verbreking van hun relatie, dan ook hun toevlucht te zoeken tot dergelijke overeenkomsten, al of niet in het kader van een ruimer samenlevingscontract, tenzij uiteraard de wetgever zou opteren voor een verdere (voor een overzicht van de reeds genomen parlementaire initiatieven dienaangaande, cf. Senaeve, P., *I.c.*, 104 e.v.) – en ons inziens, behoudens wat betreft de adoptie en volle adoptie, overbodige – institutionalisering van de buitenhuwelijkse tweerelatie...

Febian Aps

Assistent Instituut voor Familiaal Vermogensrecht
K.U.Leuven

KANTTEKENINGEN

Raadgevend Comité voor bio-ethiek – Advies nr. 1 van 12 mei 1997 betreffende de wenselijkheid van een wettelijke regeling van euthanasie

Inleiding

Hieronder wordt het eerste advies van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek afgedrukt. Het heeft betrekking op een van de meest controversiële medischrechtelijke en ethische thema's nl. euthanasie. Het Comité heeft een consensus kunnen bereiken over een omschrijving van het begrip euthanasie. Zoals kon worden verwacht, lopen de standpunten over de wenselijkheid van een wettelijke regeling ver uit elkaar. De lezer zal merken dat het advies over de grond van de zaak bestaat uit vier deeladviezen, die niet als meerderheids- of minderheidsadvies worden aangeduid. Dat houdt verband met artikel 15 van het samenwerkingsakkoord van 15 januari 1993 tot oprichting van het Comité. Daarin is onder meer bepaald dat de aangenomen adviezen de verschillende uiteengezette standpunten weergeven.

Herman Nys

Gewoon hoogleraar medisch recht, K.U. Leuven

I. Vraag om advies van de voorzitters van Kamer en Senaat betreffende de wenselijkheid van een wettelijke regeling van levensbeëindiging op verzoek van ongeneeslijk zieke personen (euthanasie); palliatieve zorgen; over de behandelingsbeschikking en het levenstestament en over de ethische, sociale en juridische aspecten daarvan en meer bepaald over de voorstellen die momenteel ahangig zijn.

Het Raadgevend Comité heeft geoordeeld niet alle voorgelegde vragen tegelijk te kunnen behandelen, en te beginnen met een goed afgelijnd vraagstuk. In een eerste fase wil het Comité zich dan ook beperken tot de vraag of een wetgevende tussenkomst m.b.t. euthanasie wenselijk is.

De leden van het Comité zijn het eens geworden over de volgende definitie van euthanasie: «Opzettelijk levensbeëindigend handelen door een andere dan de betrokkene, op diens verzoek». Uitgaande van deze definitie heeft het Comité beslist zijn besprekingen voorlopig te beperken tot de gevallen waarin de patiënt zich in een *uitzichtloze situatie* bevindt en de handeling door een arts wordt gesteld. Bovendien wordt in de hierboven vermelde definitie het *opzettelijk* levensbeëindigend karakter van het euthanasiserend handelen beklemtoond. Zodoende wordt euthanasie duidelijk onderscheiden van andere handelingen door de arts gesteld, zoals het toedienen van kalmeermiddelen en pijnstillende middelen met mogelijk levensverkortende werking, het staken of nalaten van een medisch zinloze handeling. Bovendien is het de uitdrukkelijke wens van het Comité, in het voorliggend advies in de eerste plaats de gevallen te bespreken van de terminale patiënten die wilsbekwaam zijn, en het veel moeilijker probleem van de «wilsonbekwamen» pas in een later stadium te behandelen. Er wordt overeengekomen de kwestie van het levenstestament eveneens later te bespreken.

Bij het behandelen van het euthanasievraagstuk dient een onderscheid te worden gemaakt tussen het zuiver ethische probleem (de morele verantwoording van het euthanasiserend handelen) enerzijds, en het juridische probleem (de wenselijkheid van een wetswijziging) anderzijds (Zie Algemeen Verslag Deel I en Deel II, A).

II. Omtrent de vraag of het euthanasiserend handelen moreel aanvaardbaar is en op ethisch vlak kan worden verantwoord, worden er diepe en blijvende meningsverschillen vastgesteld. Er zijn degenen voor wie euthanasie op moreel gebied verantwoord is op grond van een in medisch opzicht uitzichtloze situatie (gepaard gaande met ondraaglijk lijden) enerzijds, en van het elementaire recht van eenieder op autonomie anderzijds. Voor anderen blijft euthanasie in beginsel moreel onaanvaardbaar, omdat het een aanslag is op de onantastbare waarde van andermans leven en een weigering van artsen om hun verantwoordelijkheid voor het leven van hun patiënten tot het uiterste op te nemen. Ten slotte zijn er degenen die menen

dat euthanasie op ethisch vlak soms kan worden gerechtvaardigd: het gaat dan wel om uitzonderlijke gevallen, in heel bepaalde grenssituaties, en de beslissing om tot euthanasie over te gaan, moet het voorwerp van een ethisch debat uitmaken.

Het debat over de ethische verantwoording van euthanasie heeft geleid tot een veel ruimer debat, namelijk over de waarden die in het gedrang komen bij het naderende levenseinde. Een aantal leden meent dat vooraleer, of in plaats van, meteen voor euthanasie te kiezen, men beter eerst het voor de patiënt waardevolle aan bod moet laten komen dat ligt in de vertrouwensrelatie arts-patiënt, in de kwaliteit van zorg, alsook in de intersubjectiviteit (in de verhouding patiënt-familie-verzorgend team) - alle drie aspecten van de gezondheidszorg die toch bijdragen tot kwaliteit van leven. Daartegenover stellen de voorstanders van euthanasie dat voor hen 'kwaliteit van leven' mee bepaald wordt door de wijze waarop de patiënt deze kwaliteit beleeft en percipieert. Zo opgevat kan 'kwaliteit van leven' inhouden dat men, precies wanneer de patiënt erom vraagt, tot euthanasie overgaat. Oplossingen zoals palliatieve zorgen zijn immers geen adequaat antwoord, zo menen zij, op alle mogelijke situaties bij het naderende levenseinde (Zie Algemeen Verslag, deel II, B en C).

III. Met betrekking tot de voorafgaande vraag hebben de besprekingen geleid tot vier voorstellen die hieronder worden weergegeven. De volgorde is louter willekeurig en drukt geen enkele voorkeur uit.

Voorstel 1: een wetwijziging zodat euthanasie niet langer strafbaar is

Het voorstel 1 steunt op de idee dat in een democratische samenleving de wet geen daad mag verbieden die geen (althans mogelijk) gevaar voor een ander of voor de maatschappij inhoudt. De wet moet integendeel op uitdrukkelijke wijze waarborgen dat eenieder het recht heeft te beschikken over zijn leven en te leven overeenkomstig zijn eigen overtuiging, met eerbiediging van andermans overtuiging.

Het niet langer strafbaar stellen van euthanasie biedt het voordeel dat de patiënt zonder enige terughoudendheid vertrouwen kan hebben in de arts die nu niet meer moet bevreesd zijn voor het gerecht: door de wetwijziging en het opheffen van de verbodsbepaling komt immers op onduidelijke wijze rechtszekerheid tot stand. Ten slotte worden door dezelfde wetwijziging de voorwaarden duidelijk bepaald waaraan het euthanaserend handelen moet voldoen om niet langer als wederrechtelijk te worden beschouwd. Tot deze voorwaarden behoort het vereiste dat de handeling door een arts moet worden verricht.

Voorstel 2: een procedurele regulering a posteriori van euthanasie, waartoe beslist wordt door arts en patiënt

Het voorstel 2 sluit aan bij het Nederlandse systeem. Symbolisch wordt de verbodsbepaling van euthanasie in de strafwet behouden, maar dit belet niet dat de voorwaarden worden bepaald volgens welke de arts die euthanasie pleegt, van juridisch standpunt uit, «noodtoestand» kan doen gelden. Deze voorwaarden zijn: de patiënt moet zich in een toestand bevinden van ondraaglijk lijden, subjectief althans het als zodanig ervaren; zijn verzoek moet weloverwogen en duurzaam blijken te zijn, de beslissing tot euthanasie moet worden aanvaard en uitgevoerd door een arts, laatstgenoemde moet een collega-arts raadplegen, de verwanten van de patiënt en het verzorgend personeel op de hoogte brengen, de arts moet bij het euthanaserend handelen de daarvoor gepaste middelen gebruiken. Deze procedure berust op het «*colloque singulier*» van arts en patiënt. Niemand anders wordt betrokken in dit beslissingsproces, noch het verzorgend team, noch de familie of het plaatselijk ethisch comité. De maatschappelijke regulering van euthanasie komt *a posteriori*, via een specifiek formulier. De arts die euthanasie pleegde, is wettelijk verplicht dit formulier in te vullen en het over te maken, via een ambtenaar-lijkschouwer, aan de gerechtelijke overheden.

Voorstel 3: een procedurele regulering a priori van de belangrijkste Medische Beslissingen omtrent het Levenseinde (afgekort MBL), na collegiaal overleg (ook euthanasie maakt deel uit van de MBL-procedures)

Volgens de voorstanders van het voorstel 3 mag het euthanasievraagstuk niet worden weggehaald uit een veel ruimere context van problemen, met name het hele domein van de medische besluitvorming bij het naderende levenseinde, alsook een (meer) menselijke verzorgingscultuur ten behoeve van alle patiënten voor wie het levenseinde nadert. Wat de plaats en de rol betreft van de medische ethiek in de medische besluitvorming, wordt in het voorstel 3 aangedrongen op meer aandacht voor de empirische methode waarbij in de ethische beoordeling niet zonder meer de strakke rechtsregel wordt toegepast, maar veeleer rekening wordt gehouden met de concreetheid van elk bijzonder geval en gezocht wordt naar een daarbij passende gedragsvorm.

Opzet van het voorstel 3 is procedures voor een aantal medische beslissingen omtrent het levenseinde (MBL) wettelijk verplichtend maken. Een van deze MBL-procedures betreft de beslissing om tot euthanasie over te gaan. Kenmerken van de hier vermelde MBL-procedures zijn: een gedeelte verantwoordelijkheid van arts en patiënt om tot een beslissing te komen, overleg met verzorgend personeel en familie, een ethische beoordeling door het verzorgend team van de voorgenomen beslissing. Als bijzondere vereiste voor de euthanasie-procedure dient te worden vermeld: de deelname aan de hierboven vermelde ethische beoordeling van een «derde-persoon» (niet-arts), aangeduid door het plaatselijk ethisch comité, alsook maatschappelijke (eventueel gerechtelijke) controle achteraf van het euthanaserend handelen.

Volgens het voorstel 3 is rechtszekerheid voor de arts gewaarborgd in de mate waarin hij op juridisch vlak «noodtoestand» kan doen gelden als rechtvaardigingsgrond voor het euthanaserend handelen waartoe hij, na overleg, besliste.

Voorstel 4: behoud zonder meer van het wettelijk verbod van euthanasie

Dit is het standpunt van degenen die het *status quo* willen behouden, d.w.z. het verbod van elke vorm van euthanaserend handelen, uit eerbied voor de verheven waarde van het menselijk leven dat toch de natuurlijke bodem uitmaakt waarin al de andere rechten van de persoon wortelen.

De wettelijke en medische instellingen moeten blijven voorrang geven aan het recht op leven. Om het lijden te verzachten, moeten ze naar andere middelen zoeken dan doodslag, meer bepaald palliatieve zorgen (wel dient te worden beklemtoond dat de hulpverleners daartoe de passende opleiding moeten krijgen).

De aanhangers van dit standpunt hebben bezwaren tegen elke vorm van procedure.

1. Zij vrezen dat de procedurele regulering van euthanasie alleen maar de weg effent voor een wijziging van de strafwet ter zake.
2. Volgens hen is het begrip «noodtoestand» een moeilijk hanteerbare rechtsfiguur: het veronderstelt de objectieve afweging van twee plichten tegenover elkaar, maar het evalueren van moreel lijden is toch wezenlijk subjectief.
3. Bovendien houdt volgens hen de procedurele weg in dat voortaan van overheidswege een mateloze macht over leven en dood aan de arts wordt toegekend.
4. Ten slotte wordt gewezen op de angst die de stervenden overvalt, daar zij voortaan zelf kunnen beslissen over hun verdwijning, alsook op de impliciete druk van de omgeving om deze beslissing te nemen.

IV. De behandeling van het 'voorstel 3' heeft tot een toenadering geleid tussen verscheidene voor- en tegenstanders van de verbodsbepaling betreffende euthanasie. Dit gaf een bepaalde vaart aan de besprekingen in de beperkte commissie 96/3, zodat het «voorstel 3» zeer veel aandacht kreeg en lange tijd nader onderzocht werd.

De «voorstellen 2 en 3» hebben met elkaar gemeen dat ze beide het beginsel van het wettelijk verbod van euthanasie (= moord) handhaven, maar niettemin het euthanaserend handelen onder bepaalde voorwaarden wettelijk mogelijk maken.

Overigens verschillen beide voorstellen wel van elkaar. Het al dan niet een beroep doen op een onafhankelijke «derde persoon» om deel te nemen aan de ethische beoordeling, is ongetwijfeld het belangrijkste verschil tussen beide. Voor de voorstanders van het «voorstel 3» is de tussenkomst van deze «derde persoon» onontbeerlijk, zo zeggen zij, om de willekeur van de artsen tegen te gaan, en om tevens de «noodtoestand» te objectiveren. Voor de voorstanders van

het «voorstel 2» daarentegen kan de beslissing tot euthanasie slechts de uitkomst zijn van een «*colloque singulier*» van arts en patiënt. Anders komen, volgens hen, waarden zoals de autonomie en de dialoogverhouding tussen arts en patiënt in het gedrang. Ten slotte dient te worden aangestipt dat enkele leden van de beperkte commissie 96/3 verklaard hebben zich niet te kunnen aansluiten bij één van de voorstellen 2 en 3.

Het Comité besluit niet gemachtigd te zijn - en ook niet verplicht te zijn - de knoop door te hakken in dit debat waarin ethische visies en opvattingen over leven en dood toch zeer uiteenlopend blijken te zijn.

Het Comité stelt vast dat sommige leden zich blijven verzetten tegen elk voorstel (ook het «procedurale» voorstel) dat ertoe leidt euthanaserend handelen maatschappelijk toelaatbaar te maken. Dat belet echter niet, zo stelt het Comité verder vast, dat - ondanks de vele op het eerste gezicht niet te verzoenen zienswijzen - talrijke leden erin slaagden hun standpunten wat dichter bij elkaar te brengen. Daaruit moet blijken, volgens hen, dat het wellicht mogelijk is tot een pragmatische oplossing te komen van het euthanasieprobleem.

Enkele leden zijn van mening, welk voorstel ook zal worden behouden, dat het antwoord op de vraag naar de wenselijkheid van een wettelijke regeling van euthanasie in geen geval los kan worden gezien van een wettelijke regeling die voorziet in waarborgen voor een deskundige en onafhankelijke vaststelling en aangifte van het overlijden.

In ieder geval wendt het voltallige Comité zich tot de overheden met het verzoek een ruim democratisch debat over deze problematiek op gang te brengen tussen de onmiddellijk betrokkenen, als ook op een breder vlak, onder alle burgers.

Het advies werd opgemaakt in beperkte commissie. Leden van deze commissie waren: de dames Ch. Aubry, M. Roelandt en B. Wouters; de heren L. Cassiers (co-voorzitter vanaf 20/01/97), P. Ph. Druet (co-voorzitter, overleden op 20/01/97), E. Delruelle (co-verslaggever), X. Dijon, Y. Englert (Bureaulid), Y. Galloy, R.J. Kahn (overleden op 17/09/96), J. Messinne, P. Schotsmans, F. Van Neste (co-verslaggever), H. Van den Enden (co-voorzitter tot 04/09/96), E. Vermeersch (co-voorzitter vanaf 04/09/96) en J. Vermeylen.

Als deskundigen hebben aan de werkzaamheden van de commissie deelgenomen: Dr. Ch. Deckers en Dr. W. Distelmans.

Als deskundigen werden uitgenodigd: Dr. De Buysser (Zuster Leontien), de Heer J. Jitta en Dr. Y. Kenis.

Het advies werd door het Comité goedgekeurd op 12 mei 1997.

Alle documenten die het resultaat zijn van de werkzaamheden van de beperkte commissie (algemeen Verslag, processen-verbaal van de vergaderingen, antwoorden m.b.t. de voorafgaande vraag, discussienota's enz.) worden bewaard als «Bijlagen nr. 96/3», op het documentatiecentrum van het Comité, en kunnen aldaar worden geraadpleegd en gekopieerd.

schrift geschreven. Hierin vergelijkt hij het Nederlandse en het Amerikaanse (VSA) bewijsrecht op het gebied van discriminatie. Hij geeft ook een overzicht van de mogelijkheden om statistieken te gebruiken als bewijsmiddel. Dit zijn immers handige hulpmiddelen om verdoken discriminatie op te sporen. Niet-wiskundehoofden - waaronder ondergetekende - hebben het wel even moeilijk met de passages over geavanceerde statistieken. Wanneer men dit echter achter de kiezen heeft, zijn significantietoetsen, binomiaaltoetsen, enz. niet langer exotische termen.

De studie beperkt zich vooral tot de discriminatiegronden die volgens de auteur de grootste problemen opleveren, namelijk geslachts- en rassendiscriminatie. Discriminatie van bv. vakbondsmilitanten komt jammer genoeg dan ook niet aan bod. Misschien dat Leenders hierover in de toekomst nog zal schrijven. Het gerecenseerde boek is in elk geval van een niveau dat wij reeds naar volgende publicaties van de auteur uitkijken.

Patrick Humblet

P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, Luik, Ed. Collection Scientifique de la Faculté de Droit de Liège, 1997, 922 pp.

Dit boek is een nieuw handboek waarin het fenomeen van het administratief geschil in zijn diverse verschijningsvormen grondig wordt doorgelicht. Het werk bestaat uit drie delen.

In een eerste, algemeen deel, wordt nader ingegaan op het begrip «administratief geschil», de ontwikkeling van deze vorm van geschillenbeslechting en de vormen waarin ze zich voordoet. Er wordt eerst aandacht besteed aan de technieken van preventieve rechtsbescherming, dit zijn de procedures die erop gericht zijn te voorkomen dat geschillen ontstaan. De aandacht gaat vooral uit naar het leerstuk van de openbaarheid van bestuursdocumenten. Ook het openbaar onderzoek, de adviesprocedure en de formele motiveringsplicht worden even aangeraakt.

Vervolgens komen de vormen van alternatieve geschillenbeslechting aan bod. Een zeer summiere bespreking wordt aldus gewijd aan de arbitrage, de minnelijke regeling en de dading als vormen van geschillenbeslechting. In een afzonderlijk hoofdstuk wordt de bemiddeling via de zgn. ombudsman besproken.

Ten slotte volgen een hoofdstuk omtrent het administratief beroep en een hoofdstuk aangaande het juridictioneel beroep. Dit laatste hoofdstuk blijft beperkt tot een korte bespreking van de bevoegdheid van de gewone rechtscolleges inzake administratieve rechtsbescherming, en van het fenomeen van de administratieve rechtscolleges in het algemeen.

Het tweede deel van het handboek is integraal gewijd aan de Raad van State. Het bevat een gedetailleerde bespreking van de meest voorkomende beroepsmogelijkheden bij dit rechtscollege, namelijk van de vergoedingsgeschillen en de annulatiegeschillen; met inbegrip van de schorsingsgeschillen en de bevoegdheid van de Raad van State inzake voorzieningen in cassatie tegen beslissingen van administratieve rechtscolleges.

Bij de bespreking van de middelen die kunnen worden aangevoerd tot vernietiging van een administratieve overheids-handeling, wijdt de auteur een honderdtal bladzijden aan de formele bronnen van het recht en de hiërarchie tussen deze bronnen. Het betreft een rechtsdogmatische uiteenzetting, die op zich niet rechtstreeks te maken heeft met de procedure voor de Raad van State, en dan ook veel eerder verwacht zou worden in handboeken omtrent bronnen van het recht en rechtsmethodologie. Niettemin is het niet oninteressant om de verschillende bronnen van het recht in hun onderlinge hiërarchie weer eens netjes op een rijtje geplaatst te zien, al was het maar omdat dit andermaal een licht werpt op de gevolgen van de groeiende internationalisering enerzijds en van de staatsvorming anderzijds, op het Belgische normenbestel.

Het derde en laatste deel van het handboek, dat echter even goed en zelfs beter een apart hoofdstuk had kunnen uitmaken van het tweede deel, is gewijd aan het gezag van gewijsde en de gevolgen van de arresten van de Raad van State, gewezen in het raam van het annulatiecontentieux. Nagenoeg dezelfde tekst werd eveneens gepubliceerd in het verslagboek van het colloquium van het interuniversitair Centrum voor Gerechtelijk Recht, gehouden te Luik op 15 december 1995 (LEWALLE, P., «L'autorité de chose jugée des arrêts prononcés par le Conseil d'Etat au contentieux de l'excès de pouvoir et le juge judiciaire», in *Het interdisciplinair geschil*, DE LEVAL,

BOEKEN

M.A.J. LEENDERS, *Bewijsrecht en discriminatie bij de arbeid*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1997, 389 pp.

In het tranerige gerechtsdrame *Philadelphia* (1993) van regisseur Jonathan Demme wordt ene Andrew Becket (Tom Hanks) opgevoerd. Deze jonge beloftevolle advocaat werkt voor een prestigieus advocatenkantoor. De vennoten komen erachter dat Andrew homo en Aids-lidder is. Onder het mom van een professionele fout wordt hij aan de deur gezet. Hij spant een rechtszaak aan en laat zich verdedigen door een macho-collega, Joe Miller (Denzel Washington). De bewijslast is enorm, maar tijdens een *cross-examination* slaagt Joe erin om de vennoten in het nauw te drijven. Naar Hollywoodtraditie wordt in een van de slotscenes de vloer aangeveegd met de slechteriken.

Advocaten uit de lage landen beschikken niet over de mogelijkheid om een werkgever d.m.v. een kruisverhoor de duimschroeven aan te leggen. Discriminatie is dan ook ontzettend moeilijk te bewijzen. Marc Leenders (vakgroep Staats- en Bestuursrecht R.U. Utrecht) heeft over deze problematiek een zeer interessant proef-