

RECHTSKUNDIG WEEKBLAD

REDACTIE: RIDDER RENÉ VICTOR, HOOFDREDACTEUR

E. BOONEN, C. CAENEPEEL

REDACTIEADRES: PROF. MR. RIDDER RENÉ VICTOR, BRITSELEI 40, 2000 ANTWERPEN

XXVIe Wetenschappelijk Rechtscongres
ingericht door de Vlaamse Juristenvereniging
Gent - 18 mei 1974

DE JURIST IN DE MAATSCHAPPIJ VAN MORGEN

Algemeen programma

- 9.00 Aankomst en ontvangst
- 9.30 Openingszitting in de Academische Raadzaal II, Voldersraat, 9000 Gent (naast de Aula van de R.U.G.)
Toespraak door Prof. Mr. Ridder R. Victor, Voorzitter van de Vlaamse Juristenvereniging
Verwelkoming door Prof. Dr. M. Storme, Congresvoorzitter
- 10.00 Koffie
- 10.15 Sectievergaderingen
- 12.30 Lunch
- 14.00 Sectievergaderingen
- 16.45 Koffie
- 17.30 Plenaire vergadering. Feestrede door Prof. Jean Van Houtte "*De plaats van de jurist in de komende samenleving*"
Mededeling van de resoluties der secties. Slotwoord door Prof. Mr. Ridder R. Victor
- 18.30 Receptie, aangeboden door de Kredietbank te Gent
- 20.00 Banket in de Universitaire Club Het Pand, Onderbergen 1, 9000 Gent.

SECTIEVERGADERINGEN

Sectie 1 : Privaatrecht

Voorzitter : Mr. E. Ooms (Antwerpen)

RECHTSHULP AAN MINBEDEELDEN

1. Leemten in de rechtshulp. Preadvies door Mr. G. Michel (Leuven)
2. Goede raad is duur. Preadvies door Mr. B.A. Wille (Nederland)
3. Het verschijnsel van de wetswinkels. Preadvies door Mr. E. Kooyman (Gent)
4. Rechtsbijstandsverzekering. Preadvies door Mr. J. Van den Heuvel (Antwerpen)

Sectie 2 : Economisch recht

Voorzitter : Prof. W. Van Gerven (K.U.L.)

DE JURIST IN HET SPANNINGSVELD VAN RECHT EN ECONOMIE

1. Het economisch recht in het spanningsveld van de dagelijkse behoeften en van de noodwendigheden op langere termijn. Preadvies door Prof. R. De Vroede (V.U.B.)
2. Efficiënte juridische dienstverlening aan het bedrijfsleven door de advocatuur. Preadvies door Mr. J.P. De Bandt (Brussel)

Sectie 3 : Notarieel en administratief recht

Voorzitter : Prof. L.P. Suetens (K.U.L.)

DE NOTARIËLE AKTE EN DE AKTE IN ADMINISTRATIEVE VORM

1. Preadvies door Inspecteur-generaal H. Michiels (Brussel)
2. Preadvies door notaris J. De Vroe (Antwerpen)
3. Preadvies door dr. M. Boes (K.U.L.)
4. Preadvies door notaris De Bounge (Kalmthout)

Sectie 4 : Strafrecht

Voorzitter : Prof. J. D'Haenens (R.U.G.)

NIEUWE TAKEN VOOR HET STRAFRECHT

1. Preadvies door Mr. H. Albers (Antwerpen)
2. Preadvies door Prof. mr. L.H.C. Hulsman (Rotterdam)
3. Preadvies door Mr. A. De Becker (Brussel)

Sectie 1: Privaatrecht

RECHTSHULP AAN MINBEDEELEDEN

LEEMTEN IN DE RECHTSHULP

*Preadvies door mr. G. MICHEL (Leuven)**1. Inventaris van de bestaande behoeften aan rechtshulp*

Het onderzoek naar het bestaan van leemten in de rechtshulp veronderstelt het bestaan van de behoeften aan rechtshulp en een inventaris van de domeinen waarin deze behoeften zich manifesteren.

Behoeften aan rechtshulp ontstaan wanneer de rechtzoekende niet meer in staat is uit zijn eigen intellectuele bagage de nodige stof op te pikken die hem moet in staat stellen zijn eigen juridische situatie en de juridische implicaties van zijn aspiraties te verdedigen.

Hiermee is meteen gezegd dat op de eerste plaats de steeds stijgende overheidstussenkomsten in het maatschappelijk leven een bron zijn van behoeften aan rechtshulp: de organisatie van maatschappelijk dienstbetoon, waaronder de herverdeling van het nationaal inkomen in naam van de maatschappelijke solidariteit, de steeds strengere reglementering van de contractuele verhoudingen onder de burgers, en de andere vormen van overheidsingrijpen in de privé-sfeer, hebben een zo grote overvloed aan reglementering met zich meegebracht, dat de rechtzoekende elke spontane rechtszekerheid ontnomen is.

De basis van het huidige rechtssysteem is nog steeds het economisch en politiek liberalisme. Centraal staat, wat de formele uitdrukking van dit liberalisme betreft, het burgerlijk wetboek.

Het klassiek burgerlijk recht verwees de burger vooral naar zijn eigen contractuele vrijheid, en slechts waar deze contractuele vrijheid niet op een gepaste wijze was uitgedrukt, boden de teksten een supplementaire basis voor de rechtsverhoudingen tussen de burgers onderling.

Naast deze overdreven eerbied voor de contractuele vrijheid die aan het individu werd toebedeeld, beperkte de overheid haar eigen tussenkomst tot het uitoefenen van de politiemacht, die gereguleerd werd door een strafrecht dat als voornaamste voorwerp had de bescherming van de individuele vrijheid en de privé-eigendom.

De strijd tegen de negatieve uitwassen van dit zelfde liberalisme heeft een pragmatisch opgebouwde staatstussenkomst in het leven geroepen, die als enige ideologische achtergrond deze strijd zelf heeft: telkens er zich wanverhoudingen in het maatschappelijk leven manifesteerden, hebben de benadeelde sociale groepen correcties op het bestaande systeem

afgedwongen, zonder dat een nieuwe ideologische ruggesteun werd ontworpen.

De rechtzoekende kan zich bijgevolg niet verder beroepen op zijn rechtvaardigheidsgevoel of zijn gevoel voor billijkheid om een inzicht te hebben in de toestand die voor hem een probleem stelt.

Een tweede oorzaak van het ontstaan van behoeften aan rechtshulp is de toenemende scholariteit en de daarmee gepaard gaande bewustwording van rechten en plichten.

Daar waar een meerderheid van de bevolking zich tot voor 50 jaar de wet liet dicteren door een aantal overheidsinstanties, die gingen van de politieagent tot de plaatselijke clerus, legt zij zich niet meer neer bij een advies of een bevel dat haar ex cathedra wordt opgelegd.

Daar waar het individu tekort schiet bij de verdediging van zijn pretenties, verenigt het zich met gelijkgezinden of minstens met mensen met gelijke belangen, en wordt de belangenverdediging collectief geïmplementeerd, met de gevolgen van dien.

De combinatie van een stijging van de vigerende reglementering en de bewustwording van de eigen rechten, die dan door deze stijging gefrustreerd wordt, heeft een aantal behoeften aan rechtshulp doen ontstaan.

Het is de bedoeling van dit preadvies na te gaan op welke wijze er aan deze behoeften voldaan wordt.

Los van de klassieke onderverdeling van de rechtsakten, menen wij dat, enigszins arbitrair samengesteld, de inventaris van de domeinen waarop behoeften aan rechtshulp zich manifesteren er als volgt uitziet:

1. Familierecht en aanverwanten: huwelijksgoederenrecht, de rechten van de gehuwde vrouw, de ouderlijke macht en de beperking hiervan door de jeugdbescherming, echtscheidings-"recht", erfenisrecht.
2. Arbeidsrecht, individueel en collectief.
3. Rechten met betrekking tot onroerende goederen: zakenrecht, huurovereenkomsten, ruimtelijke ordening, hypothecaire leningen.
4. Sociale zekerheid.
5. Verkeersrecht.
6. Crimineel strafrecht.
7. Fiscaal recht.
8. Economisch recht.

Wij zijn er ons van bewust dat deze onderverdeling onvolledig is. Het komt ons echter voor dat, los van

de academische onderverdelingen, alle sectoren van de rechtswetenschap erin opgenomen zijn, die betrekking hebben op het dagelijkse leven van de burger, en meer bepaald van de minderbedeelde burger.

Het ligt nu verder in onze bedoeling om vrij schematisch te overlopen, welke instanties betrokken zijn bij de verstrekking van rechtshulp aan rechtzoekenden in de diverse sectoren.

2. Inventaris van de hulpverlenende instanties

Het aantal instanties en individuen dat zich aan hulpverlening in de rechtsbijstandssector waagt, stijgt steeds.

Dit gebeurt niet altijd met evenveel succes en leidt in vele gevallen tot een zeer gebrekkige **tussenkamst**.

Aanvankelijk beperkte de rechtshulp zich tot de bijstand verstrekt door een advocaat, de uitspraken van de rechtbanken, en de tussenkamsten van de politionele overheden, al bleven de tussenkamsten van deze laatsten, wanneer het om hulpverlening ging, meestal steken bij het verlenen van fysieke bijstand.

Het komt ons belangrijk voor de rechtbanken in te schakelen als verstrekkers van rechtshulp: het is duidelijk dat een optimaal werkende rechtbank in laatste instantie slechts zin heeft indien zij de hulpverlening tot doel heeft.

In het kader van een liberale ideologie biedt de rechtbank rechtshulp daar waar zij definitieve oplossingen geeft aan problemen die tussen twee individuen hangende zijn.

In het kader van de vernieuwde opvattingen over criminologie kan de rechtbank een curatieve functie hebben.

In het kader van de Wet op de Jeugdbescherming wordt aan de jeugdrechter een belangrijke verantwoordelijkheid gegeven die een directe invloed op de opvoeding van de minderjarigen heeft, of althans zou kunnen hebben.

Het is overbodig te wijzen op de verzoenende rol die de vrederechters werd toebedeeld.

Naast de advocaat, de rechtbank en de politionele overheden behoren tevens de notarissen tot de klassieke rechtsverstrekkers.

Hun ministeriële bevoegdheid overeenkomsten te noteren en de feitelijke machtspositie die hun geijkte kennis en taal hun verlenen hebben hen bij brede lagen van de bevolking, en misschien vooral in het landelijk milieu een prestige gegeven dat hen noodzakelijkerwijze ertoe bracht adviezen te verstrekken en verzoeningen te verwezenlijken.

Naast deze klassieke vormen van rechtshulp heeft zich een brede waaier van rechtsbijstand-verstrekkers ontwikkeld:

De meest opvallende zijn uiteraard de beroepsorganisaties die er zelfs in geslaagd zijn het monopolie van pleidooi van de advocaat te doorbreken, dit zowel bij de werkgevers, als bij de werknemers.

Hun rol van verdedigers van de individuele rechtsbijstand is uiteraard ondergeschikt aan die van verdedigers van de collectieve belangen van hun aangesloten.

In deze laatste functie behoren de overeenkomsten tussen beroepsorganisaties met tegengestelde belangen tot de belangrijkste bronnen van het recht.

Nauw verwant op praktisch vlak met de beroepsorganisaties, niet in het minst wegens de politieke bindingen die er tussen hen bestaan, treden de erkende mutualiteiten in de dagelijkse praktijk, voortdurend op als verstrekkers van rechtsbijstand.

Van de man aan het loket in de plaatselijke afdeling tot de juridische adviseur in de hoofdzetel, speelt het personeel van een mutualiteit een niet onbelangrijke rol in de beslissingen die de rechtzoekenden nemen met betrekking tot hun ziekteverzekering.

Verzekeringsmakelaars, in zoverre zij hun verantwoordelijkheid als raadslieden opnemen, vervullen een vrij belangrijke rol in de verhouding tussen hun cliënteel en de verzekeringsmaatschappij en nemen vaak beslissingen die voor hun cliënteel verstrekkende gevolgen kunnen hebben.

Daar waar officiële rechtshulp faalt, vindt de rechtzoekende vaak een onderkomen bij zijn plaatselijke politieke mandataris die door persoonlijke invloeden bijstand verleent.

Deze vorm van rechtsbijstand is door zijn bestaan zelf reeds een bewijs dat er iets te kort schiet in de officiële rechtshulp.

Wanneer een politicus langs officiële weg dient te verwezenlijken waar zijn kiezer recht op heeft, is dit reeds een blijk van onmacht van de instanties, die hij zou dienen in het leven te roepen om de rechtszekerheid van hen die hem hebben aangesteld, te verzekeren.

Veelal in de wereld van de economisch sterkeren, treden de belastingconsulenten naar voren als financieel zeer belangrijke rechtsbijstandsverstrekkers.

In dezelfde sfeer treffen we de incasso-bureaus aan en op een hoger niveau de jongere "law-firms" die zich vooral richten tot middelgrote en grote ondernemingen, niet in het minst wegens de kostprijs van de door hen verstrekte rechtshulp.

Als laatste protagonist op het terrein van de rechtsbijstand zijn een aantal "alternatieve" organisaties op het toneel verschenen.

Hun eerste bedoeling is niet zozeer een efficiënte organisatie van de rechtsbijstand, als wel het bewijs te leveren van de tekortkomingen van de bestaande instanties en meteen van de maatschappij in haar geheel.

Organisaties als "Release", "Info-Jeugd", en de omstreden wetswinkels hebben nog geen volwaardig bestaansrecht verworven doch hebben als schokeffect minstens een bestaansrecht.

Wat hun efficiëntie betreft, is het uiteraard te vroeg en het zou onrechtvaardig zijn ze thans reeds aan een

beoordeling te onderwerpen : de vrij unanieme afwijzing door de rechtswereld en hun te korte bestaan hebben het nog niet mogelijk gemaakt hun waarde te bewijzen.

Een aantal organisaties zou men als alternatief kunnen beschouwen, hoewel zij in een ruimere context reeds een bestaansrecht hebben afgedwongen en zij tot op het hoogste niveau erkend worden : gezins- en huwelijksconsultatiebureaus, organisaties die zich inzetten voor reclassering van ex-gedetineerden voelen de behoefte juridisch advies in hun werking in te schakelen en doen een beroep op geschoolde, al dan niet bezoldigde juristen.

Tot zover dit overzicht van de instanties die in een vrij ruime betekenis optreden bij de verstrekking van rechtshulp.

In de verdere uiteenzetting wordt getracht een overzicht te geven van de tussenkomst van de diverse instanties bij de verstrekking van rechtshulp.

Tevens wordt nagegaan of deze tussenkomst efficiënt is ; en of zij inspirerend werkt op de verdere ontwikkeling van de rechtsbijstand.

3. De rechtshulp in concreto

a. Familierecht en aanverwante takken

Het familierecht verdient een aparte benadering in het onderzoek naar de leemten in de rechtshulp, wegens het feit dat de problemen die het familierecht stelt nooit kunnen geïsoleerd worden naar een zuiver juridische context toe : een familierechtelijk probleem ontstaat slechts op juridisch niveau, wanneer er op sociaal, psychologisch vlak reeds iets is misgelopen.

Zolang de relatie tussen huwelijkspartners onderling, en de relaties tussen deze partners en hun kinderen geen menselijke problemen stellen, is rechtshulp in deze sector overbodig.

Dit betekent meteen dat, wanneer er zich familie-rechtelijke problemen voordoen, de verstrekking van rechtshulp zonder meer reeds een tekort is.

In concreto wordt dit het best geïllustreerd door het familierechtelijk probleem op zijn scherpst : de echtscheidingsprocedure.

De instanties die klassiek hierbij betrokken worden zijn : de advocaat en de rechtbank.

Deze beide instanties worden door de wetgever in een vrij moeilijke werkmethode geduwd : de echtscheidings-duel.

De echtscheidingsprocedure op grond van bepaalde feiten is er inderdaad slechts op gericht de partijen tot een tweegevecht te verplichten waaruit een van beide als overwinnaar moet naar voren komen.

Zonder dat de menselijke problematiek aan bod komt, zal de advocaat zijn aandacht toespitsen op het eindresultaat, dat niet is een wettelijke consolidatie van een bestaande conflictsituatie, maar de erkenning van zijn cliënt als onschuldige partij.

In een langdurige, en dus uiteraard dure procedure wordt een resultaat beoogd dat op geen enkele wijze de werkelijke problemen oplost.

Deze problemen komen uitsluitend te berde in de summiere procedure in kort geding, tijdens welke vrij haastig, en zonder een werkelijk onderzoek ten gronde, belangrijke beslissingen vallen, die bovendien definitief zullen worden na de uitspraak over de echtscheiding zelf.

In een echtscheidingsprocedure, die uitsluitend opgelost wordt op juridisch vlak, hebben de rechtzoekenden dan ook de indruk dat de verstrekte rechtshulp, die zij verwachten van hun raadsman en die hun vrij veel kost, en de oplossingen die zij van de rechtbank voorgeschoteld krijgen, naast de kwestie zijn.

De rol van de advocaat, een rol die hem wordt opgedrongen door het juridisch kader van de echtscheiding, is dan ook veeleer die van wapenleverancier dan die van hulpverstrekker.

Een begin van oplossing voor een ernstige leemte in de rechtshulp werd enigszins gegeven door de uitbreiding van de bevoegdheid van de jeugdrechter.

Deze tussenkomst situeert zich vooral na de uitspraak van de echtscheiding enerzijds, terwijl in sommige gevallen de sociale dienst van de jeugdrechtbanken tussenkomt in de procedure in kort geding, wanneer de procureur des Konings alvorens advies uit te brengen, een maatschappelijke enquête laat verrichten.

Het feit dat vrij spontaan een beroep wordt gedaan op deze diensten wijst erop dat in de echtscheidingsprocedure de "hulp" die de rechtbanken en de advocaten aan de rechtzoekenden verstrekken, als onvoldoende wordt gevoeld, door deze instanties zelf.

De inschakeling van andere disciplines lijkt inderdaad noodzakelijk om tot een evolutie te komen die van de echtscheidingsprocedure eerder een remedie zal maken dan een sanctie.

Het voorbeeld van de echtscheidingsprocedure is ons inziens duidend voor de malaise waarin de oplossing van familierechtelijke problemen zich bevindt : zolang advocaten gedwongen worden hun cliënten ten strijde te voeren en hen te betrekken in een dure oorlog, die slechts Pyrrusoverwinningen oplevert, zullen de rechtzoekenden zich zeer ongemakkelijk voelen en steeds gefrustreerd het strijdtoneel verlaten.

Het voorbeeld dat gegeven wordt door de Wet op de Jeugdbescherming kan hier een oplossing bieden : het inrichten van een interdisciplinaire infrastructuur die op een vrij intensieve manier oplossingen uitwerkt, die de wonden, die door familieproblemen geslagen werden, tracht te helen.

Een ander voorbeeld wordt vaak gegeven door gezinsconsultatiebureaus, die, voordat ze het conflict overdragen aan juristen, met de twee partijen samen trachten een oplossing te vinden.

De ervaringen voor de Balie zijn op dit stuk vrij positief : wanneer met behulp van andere disciplines,

de oplossing tussen de partijen zelf kan gevonden worden, kan de zuiver juridische inbreng beperkt blijven tot het vertalen van deze oplossing in een overeenkomst tot echtscheiding door onderlinge toestemming die zonder wederzijdse scheldpartijen aan de rechtbanken kan voorgelegd worden.

Wat voor de echtscheidingsprocedure geldt, geldt dan ipso facto ook voor de andere familierechtelijke problemen: de onderhoudsplicht, de uitoefening van de ouderlijke macht.

b. Individueel en collectief arbeidsrecht

Deze rechtstak is ongetwijfeld een van de meest dynamische van het bestaande rechtssysteem.

Het is tevens een van de rechtstakken waar de klassieke rechtshulpverstrekkers het meest worden overspoeld door jongere instanties: de vakbonden hebben definitief een plaats veroverd in de rechtszaal, waar zij de gelijke geworden zijn, zowel van de magistraat als van de advocaat.

Op het gebied van de kennis van de bestaande wetgeving wordt de advocaat trouwens ook vaak voorbijgestreefd door de gespecialiseerde vakbondsafgevaardigden.

Op het niveau van het individueel arbeidsrecht heeft de werkgever zich blijkbaar voor het grootste gedeelte ontdaan van elk probleem met betrekking tot de arbeidsovereenkomsten: hij heeft gewoon zijn dossiers doorgestuurd aan sociale secretariaten die hem alles voordicteren, zodat hij zich hoegenaamd geen zorgen meer maakt over de gevolgen van de arbeidsovereenkomsten.

Rechtshulp in deze sector lijkt wel overvloedig aanwezig te zijn, zij het dan zonder een opvallende tussenkomst van de Balie, en zelfs zonder de veelvuldige tussenkomst van de arbeidsrechtbanken.

Deze laatste blijken inderdaad veel meer bezig te zijn met het behandelen van beroepen van administratieve beslissingen inzake maatschappelijke zekerheid, dan met conflicten in verband met de arbeidsverhoudingen.

Dit alles wijst erop dat het individueel arbeidsrecht meer en meer collectief wordt georganiseerd: de behoefte aan rechtshulp is blijkbaar zeer miniem en wordt nagenoeg in de meeste gevallen verzekerd door de organisaties die de groepsbelangen verdedigen.

De patroons, via hun organisaties en via de sociale secretariaten, de werknemers, via hun vakbonden beschikken in feite over een verzekerde rechtshulp, die nagenoeg geen extra-onkosten meebrengt.

De vraag die in dit verband rijst, is die naar de plaats van de individuele rechtzoekende in het complexe raderwerk van het arbeidsrecht: het voorgedicteerde arbeidscontract, met de per sector, per leeftijd, per anciënniteit, en per beroepskwalificatie opgestelde loontabellen, aangevuld met allerlei sociale voordelen en premies schept een rechtssfeer, waarin

elke onzekerheid uitgeschakeld wordt, en bijgevolg elke rechtshulp overbodig wordt.

Doch tevens vervalt elke persoonlijke inbreng van de rechtzoekende, zowel bij de totstandkoming van de overeenkomsten, als bij de verdediging van zijn belangen ingeval van conflict.

Men kan er zich over verheugen dat de rechtzoekende in deze sector geen behoefte aan rechtshulp meer ervaart, omdat alles vooraf door de collectiviteit werd bepaald.

Men kan er zich over verheugen dat de werkgever geen enkel probleem meer heeft bij het afsluiten van de arbeidsovereenkomsten, en deze overeenkomsten slechts hoeft te beschouwen als een fataal gegeven dat hij in zijn kostprijs dient in te calculeren.

Men kan zich echter ook de vraag stellen naar de evolutie van een rechtssfeer, waarin alle verhoudingen tussen de contracterende partijen, en alle conflicten die uit deze verhoudingen voortvloeien door belangengroepen opgelost worden.

De uitschakeling van het individu als contracterende partij kan inderdaad leiden tot een situatie waarin elke zeggingsmacht over de eigen situatie hem ontnomen wordt en de tot wetgever geworden belangengroepen een dictatuur gaan uitoefenen die geen enkele nuancering meer toelaat.

Het probleem van een gestandaardiseerde rechtshulp, die elke persoonlijke inbreng uitschakelt lijkt ons hiermee gesteld.

3. Rechten met betrekking tot onroerende goederen

De aankoop van een woning blijkt steeds meer een ambitie te worden die binnen het bereik ligt van meer mensen.

Problemen in dit verband worden opgelost binnen het kader van notariële praktijken, en leveren zelden moeilijkheden in verband met het verstrekken van rechtshulp.

Een nijpend gebrek aan informatie op juridisch vlak lijkt er echter wel te bestaan op het niveau van de afsluiting van huurovereenkomsten: de praktijk leert dat een groot aantal geschillen in verband met huurovereenkomsten, geschillen waarvan de inzet vaak emotioneel belangrijk, doch financieel zeer miniem is, zouden kunnen vermeden worden, indien op dit terrein preventieve juridische bijstand meer de regel zou zijn.

Het is vrij opvallend, hoe weinig mensen zich laten inlichten over de draagwijdte van de huurovereenkomsten die zij afsluiten.

In dit verband rijst de vraag naar het al dan niet bestaan van een drempelvrees ten overstaan van de advocaat, die ter zake een eerste plaats bekleedt bij het verstrekken van rechtsbijstand.

Het lijkt er alleszins op dat de gewone rechtzoekende zelden de weg vindt naar de advocaat, uitsluitend om advies te vragen.

Dit heeft tot gevolg dat de advocaat slechts optreedt wanneer een van de partijen het initiatief heeft genomen zich tot de rechtbank te wenden.

Op dat ogenblik is de rechtshulp die door de advocaat verstrekt wordt een vrij dure zaak geworden, in verhouding tot de omvang van het geschil.

Niet alleen duur omdat de advocaat duur is, maar gewoon wegens het feit dat de energie die aan een geschil van die aard dient besteed, niet in verhouding is tot de omvang van het geschil.

Op dit gebied dringt een gewetensonderzoek zich op aan de advocaat: heeft hij de reputatie te duur te zijn, zodat de mensen de stap naar de consultatie niet wagen, is hij werkelijk te duur, of schrikt hij de mensen af door zijn maatschappelijke positie?

In elk geval zou zowel de advocaat als de rechtzoekende er voordeel bij hebben, indien de advocaat meer preventief kon optreden.

Een eenvoudig advies van de kant van de advocaat zou veel verrotte situaties uit de wereld helpen, zou aan de advocaat de frustratie besparen van een tijdvergende en niet-renderende zaak, en zou aan de rechtzoekende de tussenkomst van een dure advocaat besparen.

4. Sociale Zekerheid

Wat voor de arbeidsovereenkomsten geldt, geldt in nog sterkere mate voor de sector van de maatschappelijke zekerheid.

Op dit gebied komt de rechtzoekende in geval van betwistingen onvermijdelijk terecht in een onafwendbare tredmolen van een administratie die zich veilig houdt achter een scherm van onoverzichtelijke reglementeringen en wetbepalingen, die zo gespecialiseerd zijn dat weinigen de rechtzoekende bij zijn specifiek probleem hulp kunnen bieden.

De tussenkomst van de arbeidsrechtbank kan hier zeer veel hulp bieden, doch kan tevens de laatste hoop voor een rechtzoekende wegvagen.

Een zitting van een arbeidsrechtbank, recht doende in pensioen-, kinderbijslagen-, werkloosheidsuitkeringen-, ziekteverzekeringszaken, kan bijzonder frustrerend zijn voor de rechtzoekende, wanneer de rechtbank zich ertoe beperkt na te gaan of de formaliteiten werden vervuld, of de termijnen van indienen van attesten werden nageleefd.

Het beeld van de man, die na een administratieve lijdensweg, eindelijk voor de "juge" terecht komt, zijn "papieren" bovenhaalt en zich klaarmaakt om zijn verhaal te vertellen, doch die wordt afgescheept met de mededeling dat zijn geneesheer of de bedienende van de mutualiteit het attest te laat had doorgestuurd, is vrij pijnlijk.

Vele arbeidsrechters hebben op dit gebied zich echter op een bijzonder geslaagde manier de taak van ombudsman toegemeten, en vervullen deze taak met veel geduld en begrip.

De wijze waarop een aantal rechtbanken bewust de reglementering op formeel gebied naast zich neerleggen, is echter een bewijs dat er behoorlijk wat mank loopt in deze sector.

Misschien slaagt de arbeidsrechtspraak erin, een aantal principes vast te leggen die de positie van de rechtzoekende ten overstaan van de instellingen van sociale zekerheid versterken, en de hakmachine van de formele voorwaarden gedeeltelijk uitschakelen.

Alleen reeds door een verregaande toepassing van het billijkheidsprincipe zou, zij het op een vrij artificiële manier, een oplossing kunnen gevonden worden.

Het is toch zeker zo, dat de advocaat in deze sector op dit ogenblik bijna vrijwillig afwezig is, bij gebreke aan een voldoende scholing, terwijl evenmin de vakorganisaties hun taak naar behoren kwijten.

Dit heeft wel eens tot gevolg dat de rechtzoekende het stelsel van de maatschappelijke zekerheid ervaart als een blinde god, die nu eens mild geschenken uitdeelt, doch plotseling in woede uitbarst, zonder dat hiervoor een duidelijke reden voorhanden is.

Rechtshulp kan voorlopig slechts gegeven worden door het verstrekken van preventieve informatie en daadwerkelijke hulp bij het vervullen van de formaliteiten, dit door de vakorganisaties, door sociale diensten, en eventueel door advocaten, die zich in de sector zouden specialiseren.

Voor de toekomst dient echter de sector van de sociale zekerheid, die tenslotte een hulpverlenende sector is, zichzelf op een meer toegankelijke manier te organiseren, zodat hij als sociale sector door alle rechtzoekenden kan begrepen worden.

5. Verkeersrecht

Het verkeersrecht is ongetwijfeld de meest gepopulariseerde rechtstak.

Betreffende de vorming van de rechtzoekende op juridisch gebied, is het in deze sector dat zij de meest volledige is. De rechtshulp is er zeer uitgebreid: de behandeling van verkeerszaken houdt een zeer belangrijke fractie van de leden van de balies in leven.

Opvallend is dat de advocaten niet door de rechtzoekenden zelf worden aangesproken, doch dat zij meestal opdracht krijgen van de verzekeringsmaatschappij van het slachtoffer, hetzij van de verplichte wetsverzekeraar hetzij van de verzekeraar gerechtsbijstand.

Theoretisch zouden hier bijgevolg belangrijke problemen kunnen rijzen in verband met de onafhankelijkheid van de advocaat tegenover de verzekeringsmaatschappij.

In de praktijk doen deze problemen zich blijkbaar echter niet voor.

De reden hiervan is ongetwijfeld dat het geschil een zuiver technisch karakter heeft en de rechtzoekende ervan uitgaat dat verkeersongevallen, wat de aansprakelijkheid betreft, een gokelement bevatten.

6. Crimineel strafrecht

Het probleem van de rechtsbijstand voor delinquenten houdt nauw verband met de ontwikkeling van de criminologie en de praktische toepassing hiervan in de praktijk.

In de praktijk stelt men dat de motor van de "behandeling" van delinquenten tijdens het onderzoek, tijdens de zittingen op de rechtbank, en vooral na de veroordeling, nog steeds de klassieke repressieve strafrechtstheorieën zijn.

Het onderzoek in de strafprocedure is nog steeds sterk geaxeerd op de feiten en de kwalificatie van de feiten.

De achtergronden van deze feiten komen nauwelijks aan het licht, en beperken zich tot moraliteitsverslagen opgesteld door plaatselijke politieoverheden.

Uitsluitend wanneer er een vermoeden is van geestesafwijkingen, wordt door middel van de aanstelling van een psychiater, naar verdere oorzaken van het delinquent gedrag gezocht.

Dit betekent dat advocaten, die men geleerd heeft zich te beperken in hun pleidooien tot de inhoud van het dossier, uit dit zelfde dossier zeer weinig informatie kunnen putten om tot een efficiënte en zelfs waarheidsgetrouwe verdediging van hun cliënten te komen.

Dit betekent tevens dat de delinquent, die doorgaans onmondig is tegenover het machtsvertoon van de rechtbank, zelden zichzelf terugvindt in het pleidooi van zijn advocaat, die technisch niet de gelegenheid heeft zijn cliënt als persoon in het dossier terug te vinden.

De scherpste vorm van afwezigheid van rechtshulp lijkt ons op het gebied van het strafrecht de behandeling van tot effectieve gevangenisstraf veroordeelden.

De afwezigheid van elke procedure met betrekking tot de toepassing van de wet op de voorlopige invrijheidstelling, het gebrek aan een degelijke uitbouw van een infrastructuur met het oog op de reclassering van de gedetineerden, laten deze laatste en hun eventuele raadsman zonder wapens tegenover het regime van de tenuitvoerlegging van de straffen.

De behandeling van dit probleem alleen zou echter reeds een uiteenzetting op zichzelf zijn, zodat wij er hier niet verder op ingaan.

7. Fiscaal recht en economisch recht

De behoeften aan rechtsbijstand in de sectoren van fiscaal recht en economisch recht beperken zich doorgaans tot rechtzoekenden die tot economisch sterkere groepen behoren, wat meteen mogelijk maakt dat deze behoeften vrij vlot kunnen bevredigd worden.

Anderzijds, en om dezelfde reden, behoort het probleem van de rechtshulp in deze sector minder thuis op een congres dat zich vooral interesseert voor de rechtshulp aan minderbedeelden.

4. Samenvatting en conclusie

Het schematisch en onvolledig overzicht van de domeinen waarin de behoeften aan rechtshulp zich manifesteren, stellen ons in staat een begin van conclusie te trekken.

De onafhankelijke rechtbanken schieten om structurele redenen in sommige sectoren te kort: in de familierechtelijke sector, waar zij gedwongen zijn zich uit te spreken over schuld en onschuld, over "gelijk" en "ongelijk", is hun taak niet aangepast aan de problemen waarvoor zij geacht worden een oplossing te bieden.

Tevens ontbreekt elke infrastructuur om de rechtbanken het middel aan de hand te doen op de gestelde problematiek in te gaan, en ontbreken op flagrante wijze de andere disciplines die een belangrijke bijdrage zouden kunnen verlenen.

In de penale sector betreuren wij het dat de rechtbanken nauwelijks hulp kunnen bieden, omdat de routine en de wet zelf hun taak beperken tot het vaststellen en kwalificeren van feiten, zonder dat zij een actieve bijdrage kunnen leveren tot de oplossing van de problemen achter de feiten.

Integendeel draagt de uitspraak van een strafvonnis in vele gevallen ertoe bij deze fundamentele problematiek te verscherpen.

Enkele correcties werden reeds aangebracht in het systeem: de organisatie van de jeugdrechtsbanken zou als voorbeeld kunnen gesteld worden voor de ontwikkeling van een familierechtbank in de toekomst, doch slechts op voorwaarde dat een infrastructuur gecreëerd wordt die de jeugdrechtsbank in staat stelt de taak die de wetgever haar heeft opgedragen, naar behoren te vervullen.

De wet op de opschorting, het uitstel en de probatie, maakt het de strafrechter mogelijk, niet alleen aan de delinquent de kans te geven te bewijzen dat hij niet meer zal hervallen, doch tevens directieven op te leggen die een hervallen vermijden en een reclassering bevorderen.

De initiatieven die sommige onderzoeksrechters in dit verband nemen, door in het vooronderzoek een enquête in te schakelen die een antwoord geeft op de vraag naar de opportuniteit van een opschorting en naar de te nemen maatregelen, zijn echter nog sporadisch.

Een ontwikkeling in die richting zou kunnen bijdragen tot een meer positieve aanpak van het probleem.

De advocaat als verstrekker van rechtshulp, worstelt met twee problemen:

Op de eerste plaats betekent de werking van de rechtbanken voor hem vaak een rem op een efficiënte vervulling van zijn taak als individueel hulpverstrekker: de opmerkingen die in verband met de rechtbanken gemaakt werden, gelden dan ook voor hem.

Op de tweede plaats is de advocaat per definitie een dure hulpverstrekker: zijn tussenkomst wordt gedragen door de rechtzoekende als individu.

Zelfs wanneer de advocaat zich zou laten honoreren op basis van een uurloon dat door de maatschappij aan de geschoolde arbeider wordt toegekend, blijft hij buiten het bereik van de financiële mogelijkheden van een belangrijke meerderheid van de rechtzoekenden.

De malaise tegenover de advocaat, de drempelvrees om reden van het financiële aspect van zijn tussenkomst, wordt niet opgelost door het verwijt dat de advocaten dieven zijn en te hoge erelonen vragen.

De tussenkomst van een "vakman", die uren presteert aan het verstrekken van rechtshulp, kan niet anders dan duur zijn.

In zijn huidige structuur heeft de Balie dan ook blijkbaar maar de keuze tussen twee mogelijkheden:

- de verstrekking van rechtshulp aan kapitaalkrachtigen;

- een inschakeling in de verzekeringssector en de sociale sector.

Deze evolutie is trouwens aan de gang: een zeer belangrijke fractie van het werk van de advocaat wordt verricht in opdracht van verzekeringsmaatschappijen, terwijl de advocaat meer en meer opdrachten aanvaardt van sociale instellingen en vakorganisaties.

Hier rijst het probleem van de advocaat als onafhankelijke raadsman, en vooral als laatste onafhankelijke raadsman.

Beschermd door een deontologie die nog steeds vrij strikt wordt toegepast, kan de advocaat als rechtshulpverstrekker een dam opwerpen tegen de standardisering van de rechtshulp, waarheen de zogenaamd belangeloze rechtshulp van sociale instellingen en verzekeringsmaatschappijen de rechtzoekende dreigt te oriënteren.

Het is inderdaad duidelijk dat vooral verzekeringsmaatschappijen, wanneer zij op hetzelfde ogenblik wets-verzekeraar zijn en rechtsbijstandsverzekering, op lange termijn hoegenaamd niet dezelfde belangen hebben als hun verzekerden: geen enkele verzekeringsmaatschappij heeft er belang bij dat er een evolutie komt in de rechtspraak betreffende de vergoedingen die een forfaitair karakter hebben. Op dit gebied zou men kunnen nagaan, in hoeverre de stagnatie van de vergoedingen voor morele schade in geval van arbeidsongeschiktheid niet het gevolg is van de druk van

de verzekeringsmaatschappijen op hun raadslieden en verzekerden.

Een ander voorbeeld in dit verband is de mislukte poging tot invoering van het systeem van de dubbele schade bij de evaluatie van de schade bij verkeersongevallen.

Waar de advocaat economisch zwak staat tegenover de massale aanvoer van rechtshulp door economisch en sociaal sterkere groepen, zodat hem slechts de keuze overblijft zich aan deze groepen te onderwerpen, dreigt hij zijn eigen identiteit als individuele en vertrouwelijke raadsman te verliezen.

En het lijkt ons juist in deze hoedanigheid dat de advocaat en de rechtbank in de toekomst een roeping hebben.

De behoefte aan individuele rechtshulp zal steeds stijgen tegenover de verdere concentratie van de machten van verzekeringsmaatschappijen, sociale zekerheidsinstellingen en zelfs vakbonden.

Deze machten dreigen immers de belangen van de individuele rechtzoekende ondergeschikt te maken aan de collectieve belangen die zij vertegenwoordigen, of menen te vertegenwoordigen.

Wanneer men verder vaststelt dat deze organisaties niet alleen bij de "hulpverlening" betrokken zijn, doch tevens een primordiale rol vervullen bij de rechtsvorming, blijkt meteen het belang van onafhankelijke raadslieden en een onafhankelijke rechtspraak.

De formele onafhankelijkheid is uiteraard een verworvenheid.

Een werkelijke onafhankelijkheid, die elk onbehagen van de rechtzoekende zou uitschakelen, vereist echter een ingreep die rechtbanken en advocaten in een concurrentiële positie plaatst tegenover de andere sectoren: een snellere rechtsbedeling door de rechtbanken, een uitbouw van een infrastructuur die een deskundige aanpak van de problemen mogelijk maakt, een popularisatie van de gerechtstaal, zijn opties die zouden moeten genomen worden op het niveau van de organisatie van de rechtbanken.

Een democratisering van de tussenkomst van de advocaat, een verder doorgedreven specialisatie van zijn tussenkomst en de mogelijkheid terug te vallen op andere disciplines, zonder dat hierdoor zijn eigen onafhankelijkheid in het gedrang komt, zijn problemen die aan de Balies en de Nationale Orde enorm veel problemen zullen stellen, wil men up-to-date, concurrentieel, en vooral werkelijk hulpverlenend zijn.

Hoe deze opties dienen gefinancierd, is een vraag met politieke implicaties.

GOEDE RAAD IS DUUR

Preadvies door mr. B.A. WILLE (Nederland)

1. De advocatuur heeft het van oudsher tot haar plicht gerekend ook die rechtzoekende terzijde te staan, die niet in staat is daarvoor een vergoeding te betalen. In verschillende oud-vaderlandse rechtsbronnen vindt men deze ereplicht omschreven¹.

De besluiten van de Soevereine Vorst van 2 februari en 27 juli 1814 (Stbl. 1821, 27), waarbij een nationale wettelijke regeling ter zake van het kosteloos procederen werd ingevoerd, en het Koninklijk Besluit van 26 mei 1824 (Stbl. 1824, 35), dat een en ander nader vaststelde, bevatten in feite dan ook niets anders dan de codificatie van een vaderlandse traditie.

In de oud-vaderlandse rechtsbedeling werd incidenteel van overheidswege een vergoeding aan de pro-Deo-advocaat toegekend. Niettemin moet men stellen dat ook vóór de codificatie aan het begin van de negentiende eeuw de last van de rechtsbijstandverlening aan minder-draagkrachtigen op de schouders der balie rustte.

Naarmate de samenleving een meer ingewikkelde structuur verkrijgt en met de opkomst van de industriële revolutie het klasse- en rechtsbewustzijn zich verscherpen, wordt zulks met name door de balie zelf meer en meer onaanvaardbaar geacht. Het is dan ook niet verwonderlijk dat een zeer grote meerderheid van de leden van de Nederlandse Advocatenvereniging zich in 1939 uitsprak voor honorering van de pro-Deo-arbeid.

Concrete voorstellen tot verbetering van de bestaande regeling werden gedaan in een door deze vereniging in 1948 gepubliceerd ontwerp-prodeanenrecht. Uitgaande van onder meer de opvatting dat de bestaande procedure ter verkrijging van kosteloze rechtsbijstand te ingewikkeld was, dat er onvoldoende mogelijkheden voor het verkrijgen van rechtshulp buiten proces waren, dat de rechtsbijstandverlening aan minder-draagkrachtigen een gemeenschapstaak moest worden geacht en dat de verdeling van pro-Deo-zaken over alle advocaten inefficiënt was, stelde de balie een systeem voor dat hierin zou voorzien dat door Bureaus van Consultatie zou worden beslist op een verzoek om kosteloze rechtsbijstand en ook om kosteloos te mogen procederen. Op verschillend rechtsgebied gespecialiseerde advocaten, full-time in dienst van de Bureaus werkzaam, dienden zowel processuele rechtsbijstand te verlenen als juridische adviezen te geven.

Een op dit voorstel gefundeerd wetsontwerp bood Minister Donker in 1953 aan het Nederlandse Parlement aan. Het zogenoemde Ontwerp-Donker bracht het niet tot wet: de volksvertegenwoordiging vreesde

verambtelijking van de rechtsbijstandverlening en politieke invloed op de Bureaus van Consultatie.

Eerst bij de Wet van 4 juli 1957 (Stbl. 1957, 233) kwam een nieuwe regeling van de kosteloze rechtsbijstand aan min- en onvermogenen in Nederland tot stand. Uitgangspunt bleef dat de gehele balie betrokken is bij en belast is met de zorg voor deze rechtshulp, doch er werd een van overheidswege te betalen vergoeding voor dit werk vastgesteld².

2. Het vigerende Nederlandse prodeanenrecht verschildt, bovengenoemde honorering buiten beschouwing gelaten, slechts in belangrijke mate van de regeling van de kosteloze rechtsbijstand in België, als na de invoering van het Gerechtelijk Wetboek van kracht, hierin, dat alle advocaten wezenlijk bij de uitvoering zijn betrokken. Het is daarom wellicht interessant van de kritiek die op het bestaande systeem van rechtshulpverlening aan financieel zwakken in Nederland is geuit en van de gedachten die zijn ontwikkeld ten aanzien van een ander opzet kennis te nemen.

3. De twintigste eeuw aanvaardt rechtsgelijkheid en rechtszekerheid als onaantastbare rechten. De ingewikkelde en derhalve voor de meeste rechtzoekenden ondoorzichtige structuur van de kosteloze rechtsbijstandverlening en een onvoldoende honorering van hen die daarmee zijn belast, alsmede het ontbreken van een vrije-advocatenkeuze geeft deze rechtshulp een caritatief karakter dat zich met rechtsgelijkheid en rechtszekerheid niet verdraagt.

Hoewel voorzover mij bekend althans in Nederland nimmer een onderzoek is ingesteld naar de omvang van een eventueel bestaande latente behoefte aan rechtshulp neemt men vrij algemeen aan op grond dat alternatieve rechtshulpverleners – waaronder als een der meest geprononceerde: de wetswinkels – frequent worden geraadpleegd en gelet op de aard van de aan deze voorgelegde problemen dat er een belangrijke behoefte bestaat "aan gemakkelijk toegankelijke eerste opvang en aan gemakkelijk verkrijgbare, goedkope adviezen over juridische problemen"³. Dat deze behoefte niet wordt of kan worden bevredigd door de traditionele rechtshulpverleners is de oorzaak van wat men de "leemte in de rechtshulp" is gaan noemen.

² Vgl. voor het vorenstaande uitvoeriger mijn bijdrage aan *Recht op Rechtsbijstand*, Deventer 1972, pp. 3 e.v.

³ Aldus een door de Nederlandse Orde van Advocaten ingestelde studiegcommissie rechtsbijstand aan on- en minvermogenen in haar interim rapport. 's-Gravenhage 1972, p. 129.

¹ Vgl. Prof. Mr. B.H.D. HERMESDORF, *Licht en Schaduw in de advocatuur der Lage Landen*, Leiden 1951, p. 142.

4. STEVENS⁴ taxeert dat 7 % van de Nederlandse bevolking jaarlijks behoefte heeft aan enige vorm van advies en bijstand met een primair karakter. Ten einde onder meer in die behoefte te voorzien heeft hij de navolgende landelijke "macro-juridische" oplossing verdedigd.

De opvang van de vraag naar eenvoudige sociaal-juridische hulp dient op plaatselijk niveau van overheidswege te worden georganiseerd en wel met gebruikmaking en uitbreiding van het bestaande instituut der sociale raadslieden⁵.

De advocatuur moet (blijven) voorzien in de opvang van de behoefte aan rechtsbijstand in meer gecompliceerde kwesties en in procedures, waarin overigens in de meeste gevallen vertegenwoordiging door een procureur verplicht is. Ten deze acht STEVENS de oplossing voor een onafhankelijke en adequate rechtsbijstandverlening aan minder-draagkrachtigen te bestaan uit de instelling van een volksverzekering voor rechtsbijstand. Alsdan zou de verzekerde – iedere Nederlandse ingezetene met een inkomen beneden een bepaalde grens – zijn recht op rechtsbijstand kunnen ontlenen aan een fonds, in de kosten waarvan hij zelf bijdraagt middels een premieheffing⁶.

Iedere advocaat, die zijn bestaande praktijk ondernemingsgewijs moet blijven uitoefenen en die tenminste drie jaar praktijkervaring heeft, kan met het uitvoerend lichaam van de volksverzekering een overeenkomst aangaan tot het verrichten van diensten, dat wil zeggen tot het verlenen van rechtshulp aan verzekerden. Hij ontvangt als vergoeding daarvoor jaarlijks een bepaald basisbedrag en voorts voor iedere ten behoeve van een verzekerde-cliënt gedane verrichting een zo mogelijk getarifeerd bedrag. Aldus wordt het in beginsel mogelijk dat iedere verzekerde zich wendt tot de raadsman van zijn keuze.

Een verplichte rechtsbijstandverzekering wijs ik af. Kritiek op de bestaande regeling van het prodeanenrecht, hoezeer veelal terecht, heeft niet zonder meer te leiden tot de conclusie dat met behoud van de bestaande uitgangspunten een rechtvaardige en doelmatige kosteloze rechtshulpverlening niet gerealiseerd zou kunnen worden.

Meer algemeen kosteloos verkrijgbare rechtsbijstand verdraagt zich niet met het feit dat de behoefte aan juridisch advies veelal economisch bepaald is.

Waar het voorts onaanvaardbaar is dat querulantisme ten laste van de gemeenschap zou worden bevredigd moet een (in bedoeld systeem niet in te passen)

afweging van het betrokken belang van de rechtzoekende tegen de te verrichten arbeid plaatsvinden.

VAN SCHAIK⁷ wees erop, dat met name wanneer een rechtsverzekering ook het risico van een veroordeling in de proceskosten zou dekken, veel lichtvaardiger tot procederen zal worden overgegaan en dat veel minder bereidheid tot het minnelijk schikken van een geschil zal worden gevonden.

Het komt mij tenslotte voor dat het maken van een scheiding tussen "fonds-cliënten" en "particulieren" zodanig frustrerend voor de eerste groep is dat juist het tegendeel van wat wordt beoogd zou worden bewerkstelligd⁸.

5. Aan dit laatste bezwaar wordt tegemoet gekomen in de voorstellen van de samenstellers van een speciaal aan de rechtshulp gewijde aflevering van het juridisch Studentenblad *Ars Aequi*⁹. Zij immers staan een systeem voor waarin iedere individuele burger zich kan wenden tot een advocaat – sociale advocaat genoemd – die in full-time dienstverband van door de overheid gefinancierde bureaus voor rechtshulp werkzaam is; ambtelijke rechtsbijstand derhalve.

Het bedrijfsleven kan van de diensten van de sociale advocaat geen gebruik maken en dient zich te wenden tot de ondernemingsgewijze georganiseerde "commerciële" advocatuur.

Aan ambtelijke rechtsbijstand is het potentiële gevaar van verlies van onafhankelijkheid inherent. Juist ook waar in de rechtsbijstandverlening een goede vertrouwensrelatie tussen cliënt en raadsman van het grootste belang is dient naar mijn mening iedere schijn van mogelijke beïnvloeding te worden vermeden.

VAN SPAENDONCK¹⁰ acht een dergelijke opzet onrechtvaardig jegens hen die tot op heden zonder een adequate honorering rechtsbijstand aan on- en minvermogenden hebben mogelijk gemaakt – contrarium est officio merces! – en vreest dat deze "misschien discriminatoir (zal) werken ten opzichte van de potentiële cliënt, die zich met zijn sociale rechtsproblemen niet kan wenden tot een commercieel advocaat".

M.m. gelden de bezwaren die ik hierboven heb uiteengezet ten aanzien van een verplichte rechtsbijstandverzekering evenzeer met betrekking tot de onderhavige opzet. Ieder systeem waarin een categoriaal criterium wordt aangelegd ter beantwoording van de vraag of iemand voor kosteloze of gefinancierde rechtshulp in aanmerking komt strijdt mijns inziens met de beginselen van rechtsgelijkheid en billijkheid, alleen al omdat een vermogende cliënt uit de categorie die voor gefinancierde rechtshulp in aanmerking

⁴ Zie Mr. W.F.C. STEVENS, *Recht op Rechtsbijstand*, Deventer 1972, pp. 41 e.v.

⁵ Een sociale raadsman is een vooralsnog alleen in de grotere gemeenten van Nederland aangestelde ambtenaar, die beoogt de vertrouwensman van het publiek te zijn en die moet trachten mensen met problemen in het maatschappelijk verkeer wegwijs te maken.

⁶ STEVENS, *t.a.p.*, p. 63.

⁷ Mr. Th.E. VAN SCHAIK, *Volkskrant* 10 april 1965.

⁸ Vgl. voor een vergelijking van de idee van een verplichte rechtsbijstandverzekering met de organisatie van de gezondheidszorg in Engeland: B. ABEL-SMITH, R. STEVENS, *In search of Justice*, Londen 1968, pp. 225 e.v.

⁹ *A. Ae.* XIX (1970), nr. 6.

¹⁰ Mr. G.C. VAN SPAENDONCK, *Adv. blad* 1973, p. 92.

komt wordt beoordeeld boven de onvermogenende rechtzoekende die behoort tot de categorie die rechtshulp zelf moet financieren en omdat een afweging van het betrokken belang van de cliënt en zijn eventuele proceskansen tegen de te verrichten arbeid en de daaraan verbonden kosten noodzakelijk is, doch in een dergelijk opzet ontbreekt¹¹.

6. Ieder "alternatief" voorstel met betrekking tot de organisatie van rechtsbijstandverlening aan minder draagkrachtigen gaat uit van onder meer de veronderstelling dat een belangrijke latente behoefte aan eenvoudige sociaal-juridische bijstand bestaat. Deze behoefte wordt echter niet of nauwelijks anders dan incidenteel aangetoond, al moet worden toegegeven dat een eventueel bestaande behoefte zich moeilijk laat peilen. Ik kan mij evenwel niet aan de indruk onttrekken dat al te gemakkelijk wordt voorbijgegaan aan de mate waarin advocaten, gerechtsdeurwaarders en rechtskundige adviseurs alsmede de juridische diensten van vakbonden en andere belangenorganisaties voorzien in de opvang van de vraag naar primaire rechtshulp.

Het inmiddels wel algemeen aanvaarde uitgangspunt dat een adequate rechtsbijstandverlening aan on- en minvermogenenden een gemeenschapstaak is betekent niets anders dan dat de gemeenschap ervoor dient zorg te dragen dat ook zij die dat niet zelf kunnen financieren zich kunnen wenden tot een gekwalificeerde adviseur, als hoedanig in eerste instantie een advocaat moet worden aangemerkt, en wel die van zijn keuze.

Zulks impliceert dat een financieel criterium wordt aangelegd ten aanzien van de vraag of iemand voor kosteloze rechtsbijstand in aanmerking komt. Het is een eis van rechtszekerheid dat een landelijk uniforme grens van het inkomen wordt vastgesteld en gepubliceerd, waarboven men niet meer voor gefinancierde rechtshulp in aanmerking komt.

De doelmatigheid en doorzichtigheid van het systeem zou worden bevorderd wanneer de beoordeling van de vraag of iemand voor gefinancierde rechtshulp in aanmerking komt, de eventuele toevoeging van een raadsman, en het verlot om kosteloos te procederen door één instantie wordt gegeven. Het komt mij voor

dat daartoe het huidige Bureau van Consultatie en Verdediging zou kunnen worden aangewezen.

Rechtvaardigheid vereist dat aan de rechtzoekende een eigen bijdrage in rekening wordt gebracht, die is gerelateerd aan de grootte van zijn inkomen. Het ware wenselijk daartoe een progressief percentage van het inkomen vast te stellen. Uit efficiency-overwegingen zal met betrekking tot de grootte van het inkomen van een rechtzoekende uitsluitend moeten worden afgestaan op een door de administratie der belastingen aan de rechtzoekende op aanvraag afgegeven verklaring.

Waar voor een goede behandeling van een zaak een optimale vertrouwensrelatie tussen de rechtzoekende en zijn raadsman noodzakelijk is, doch anderzijds de meeste rechtzoekenden geen advocaat kennen die hun zaak zou kunnen behartigen lijkt het wenselijk dat de toevoegende instantie wel een bepaalde advocaat – zo nodig in de betrokken materie gespecialiseerd – aanwijst die in beginsel verplicht is bijstand te verlenen, maar tevens vermeldt dat de rechtzoekende zich ook tot iedere andere advocaat kan wenden¹².

Uiteraard ga ik er bij het vorenstaande van uit dat de toegevoegde raadsman adequaat wordt gehonoreerd. Te dien aanzien kunnen voor een belangrijk aantal standaardverrichtingen tarieven worden vastgesteld; voor het overige zal een declaratiebasis tegen een uurtarief gehanteerd kunnen worden.

De vraag of de kosten die aan een opzet van rechtsbijstandverlening als hiervoren weergegeven zijn verbonden ten laste van 's rijks schatkist moeten komen, dan wel bestreden moeten worden uit de premie-opbrengst van een volksverzekering is een weinig principiële. De beantwoording ervan kan aan politici worden overgelaten.

7. Samenvattend concludeer ik dat een eigentijdse regeling van het prodeanenrecht kan worden tot stand gebracht indien de wetgever een aantal maatregelen treft, dat enerzijds gericht is op een vereenvoudiging en versnelling van de procedure tot het verkrijgen van rechtsbijstand en verlot tot kosteloos procederen, anderzijds betreft de invoering van een landelijk uniforme grens van het inkomen waarboven men niet meer in aanmerking komt voor gefinancierde rechtshulp, de vaststelling van een progressief percentage van het inkomen dat de genietter ervan zelf moet bijdragen indien hem gefinancierde rechtshulp wordt verleend en tenslotte de regeling van de honorering van de rechtshulpverleners.

¹² Vgl. Mr. E.E.M. MELCHERS, *Adv.bl.* 1970, p. 178.

¹¹ Mr. J.A.H. COOPS, *Grondtrekken van het Nederlands Burgerlijk Procesrecht*, 8e druk bewerkt door Mrs. F.M. WESTEROUEN VAN MEETEREN en C.B. REINHOLD, p. 313, vermeldt dat voordat in Nederland een bepaling die deze belangenafweging voorschreef van kracht werd, eens een rechtbankprocedure ter revindicatie van een hamer ter waarde van enkele kwartjes is gevoerd!

HET VERSCHIJNSEL VAN DE WETSWINKELS

*Preadvies door mr. E. KOOYMAN (Gent)**Inleiding*

De hulpverlening is geen recent verschijnsel. Sinds eeuwen wordt hulp verleend door de kerk, juristen, geneesheren, verplegers, enz.

In de vorige eeuw zorgde de industrialisatie voor het ontstaan van een massaal georganiseerde hulpverlening. Deze hulpverlening was zuiver liefdadig: kleine en grote welgestelde weldoeners trachtten met "giften" de nood te lenigen van een verpauperd proletariaat. Het motief van deze paternalistische hulpverlening was het verzekeren van het eigen belang. De sociale groeperingen die de macht hadden, merkten immers dat een te grote ellende onder het proletariaat een haard van opstand en verzet kon creëren. Deze hulpverlening was van louter individuele aard en bijna uitsluitend gericht op de materiële nood (voedsel, kledij, woning). Men kan aannemen dat er, buiten de strafrechtelijke sfeer, weinig of geen vraag was naar rechtshulp bij de meerderheid van het volk.

Langzaam geraakte de hulpverlening uit de sfeer van de barmhartigheid en werden de materiële noden voor een groot deel gelenigd door de sociale zekerheid, zoals de overheid die organiseerde. Dit had tot gevolg dat de absolute armoede zo goed als verdwenen mocht beschouwd worden. Nu de grote meerderheid van het volk het materieel wat beter had, nam de vraag naar eerder immateriële hulp en in het bijzonder naar rechtshulp toe. Door een aantal sociale wetten werden meer en meer mensen zich bewust dat ze ook rechten hadden. Niet alleen was het nodig zijn rechten te kennen, men moest ook over de nodige middelen beschikken om zijn rechten op te eisen.

Aangezien het voor een grote groep mensen in de maatschappij nieuwe problemen stelt een beroep te kunnen doen op de rechtshulpverlener bij uitstek, de advocaat, ontstaat er opnieuw een soort hulpverlening.

Opnieuw is die hulpverlening privaat georganiseerd: zowel de advocatuur als andere organisaties zoals vakbonden, mutualiteiten e.d. verlenen rechtshulp. Toch duikt er naast die "traditionele" hulpverlenende instanties een nieuw fenomeen op: de "alternatieve" hulpverlening, georganiseerd door centra als "Relaese", gezinscentra e.d. en wat de rechtshulp specifiek betreft door de wets- of rechtswinkels.

Ontstaan en doelstellingen van de rechtswinkels

De meeste rechtswinkels zijn ontstaan aan de rechtsfaculteiten van universiteiten of in elk geval in juristenmilieus.

In november 1969 openen rechtsstudenten in Tilburg hun juridische "ehbo" boven een grootwarenhuis. De studenten opteren voor de gewone burger.

Naast het zuiver juridisch advies, informeren de studenten hun cliënten over de specifieke rol van het recht in de maatschappij.

In juli 1970 opent Peter Kandler in Londen zijn "lawshop" in de volkswijk Noord-Kensington met de medewerking van advocaten. Het uitgangspunt voor deze opzet is voor Kandler een geheel van drie vaststellingen die hij tijdens zijn sociaal werk ervaren had:

"1. De gewone mensen hebben geen benul van wat hun rechten zijn en hoe ze bijstand moeten vragen.

2. De mensen in de buurten geloven dat de wet tegen hen is gericht.

3. De pro-Deo vervult zijn functie niet, aangezien de sociaal laagste klassen niet naar een advocaat gaan, omdat zij met de idee behept zijn dat de wet enkel voor welgestelden gemaakt is."

Na Tilburg komen er in Nederland eind 1971, begin 1972 een hele reeks rechtswinkels, juridische adviesbureaus en juridische poliklinieken. Zo o.m. in Rotterdam, Nijmegen, Leiden, Den Haag, Amsterdam en Utrecht.

De rechtswinkel van Utrecht is geïntegreerd in de juridische faculteit en de doelstellingen zijn: "Wij willen een tegenprestatie leveren voor het geld dat de maatschappij in onze studie steekt. Wij willen bijdragen tot de democratisering van het recht".

Het Juridisch Adviesbureau te Leiden formuleert zijn doelstellingen als volgt: "Het doel van het Juridisch Adviesbureau is, naast het scheppen van een mogelijkheid tot het opdoen van praktijkervaring tijdens de studie en het slaan van een brug tussen Universiteit en Maatschappij, voornamelijk gelegen in de sociale functie van het Bureau. Deze sociale functie houdt in het voorzien in de behoefte aan rechtshulp voor zover het in het vermogen ligt van een instelling als het Juridisch Adviesbureau. Er is in de eerste plaats het feit dat wij als student kunnen bijdragen tot versterking van de 'juridische positie' van diegenen die tot nog toe overgeleverd waren aan de particuliere goedwil van enkele leden van de advocatenkaste. Daarbij kunnen wij samenwerken met andere organisaties die analoge bedoelingen hebben. Verder is er de daadwerkelijke solidariteit met de mensen, zodat onze werkzaamheid het kader van de liefdadigheid overschrijdt. Wij trachten inderdaad door ons praktisch contact met het recht in concrete problemen, een bewustworden te bereiken, zowel bij de raadvragende als bij de raadgevende, aangaande de absurditeit van deze samenleving en haar rechtssysteem, waarvan wij allen het slachtoffer zijn. Dit kan niet genoeg benadrukt worden! Zowel de zogenaamde gewone man, als de student, maar ook de proffen en de balieheren zijn – in mindere of meerdere mate – de dupe van deze egoïstische samenleving. Dit is belangrijk. Onze

positie is dan ook deze van radicalisme tegen onze eigen geestesgesteldheid van bevoorrechte student. Uiteindelijk is onze werkzaamheid dan ook gericht op het opheffen van de nood aan wetswinkels, dit is, wanneer iedereen beseft naast rechten, ook plichten te hebben. Wanneer dus de balie zich ten dienste stelt van iedereen. En vooral, wanneer deze maatschappij met haar recht voor zakkenvullers en haar moraal voor de sterkste, met haar tegenstellingen en conflicten tussen individuen, met haar uitbuiting en onderdrukking tot het verleden behoort".

Wat de motivatie ook moge zijn, toch zijn alle wetswinkels vertrokken van het standpunt dat de rechtshulp mank liep. Terwijl sommigen enkel leemten vonden in de rechtshulp was voor anderen de bestaande rechtshulp volledig verkeerd. Voorts zijn praktisch alle wetswinkels ervan overtuigd dat de advocatuur als rechtshulp verlenende instantie te kort schiet.

Vanuit dit duidelijk uitgangspunt zijn de wetswinkels aan de slag gegaan zonder vast omliggende ideeën omtrent organisatie, werking, ideologie en eindresultaat. Praktisch overal wil men het "vaag gepraat" vermijden en tot de actie overgaan, namelijk "alternatieve" rechtshulp verlenen.

Traditionele en alternatieve rechtshulp

Volgens de typologie van PEETERS in de JVSU-brochure *Rechtshulp in Nederland - de leemte opgevuld?* kan men de rechtshulpverlening onderverdelen in traditionele rechtshulp en alternatieve rechtshulp.

Onder de traditionele rechtshulp verstaat men de advocatuur. Onder de alternatieve rechtshulp verstaat men de hulp die verstrekt wordt door de wetswinkels en andere organisaties die aanverwant werk verrichten.

De traditionele rechtshulp wordt aangeduid als "integratieve hulp", niet gericht op verandering. De advocaten zijn de professionele rechtshulpverleners: het zijn de kenners van het positieve recht, van de rechtstechniek dus en tevens kenners van de methodiek van het gerecht. In principe kan dus iedereen die zijn abstract subjectief recht wil concretiseren, op hen een beroep doen om informatie te bekomen (consultatie) en om te procederen (verdediging). Daar de advocaat zich praktisch uitsluitend bezighoudt met de rechtstechniek stelt hij het recht zelf nooit ter discussie. Belangrijk in dit verband is de beroepshouding van de advocaat: in zijn optiek om uit een zaak het financieel maximum te halen, heeft hij telkens de neiging om alle problemen te ontdoen van de "irrelevante, niet-juridische ballast". De advocaat ontdekt een probleem van zijn sociologische, psychologische en filosofische verbanden en houdt enkel de zuiver rechtstechnische kwestie over.

De traditionele rechtshulp is *in se* individueel. De advocaat privatiseert immers rechtsbelangen om ze

economisch te doen renderen. Dit brengt mee dat hij vaak het structureel probleem niet ziet of niet wil zien. Zo heeft een advocaat weinig belang bij een grondige hervorming van de huwelijksmoraal, omdat in de huidige moraal de echtscheiding (als rechtstechniek) economisch interessant is.

Hoewel volgens het principe van de vrije-markteconomie iedereen een beroep kan doen op een advocaat, dient men in de praktijk toch over een aantal middelen te beschikken:

— informatie: men moet een advocaat kennen of een advocaat zoeken; men moet zijn beroepsbekwaamheid kennen en eventueel zijn specialiteit; men moet een idee hebben van de prijs die men voor zijn diensten zal moeten betalen;

— psychologie: men mag geen drempelvrees hebben; men moet een duidelijk beeld hebben van de advocaat als mens en van de manier waarop men met hem moet samenwerken;

— cultuur: men moet de advocaat verstaan; dit vereist een notie van een "intellectueel" en "juridisch" taalgebruik;

— financiën: men moet over de nodige geldmiddelen beschikken om kosten voor te schieten en om de advocaat te betalen.

De alternatieve rechtshulp wordt aangeduid als "oppositionele hulp", kritisch en gericht op de verandering van recht en maatschappij. Binnen de advocatuur heerst nogal vaak het misverstand dat de wetswinkels pretenderen het volwaardig alternatief te zijn voor de falende traditionele rechtshulp. De wetswinkels hebben vaak genoeg gezegd dat hun doel is: werken aan het overbodig maken van hun eigen bestaan. Het alternatief karakter van de wetswinkel ligt duidelijk in de kritische opstelling tegenover het recht en de maatschappij die door dat recht wordt in stand gehouden.

De alternatieve rechtshulp wil een bepaald probleem niet uitsluitend rechtstechnisch aanpakken. De wetswinkels willen samen met de cliënt zoeken naar de werkelijke aard van zijn probleem: dat probleem kan louter juridisch zijn, met het juridische verband hebben of zelfs helemaal niet juridisch zijn.

De wetswinkel stelt zich tot doel zo elk probleem te analyseren in zijn sociaal-maatschappelijke context. Dit kan uiteindelijk leiden tot verschillende resultaten: een juridisch-technisch advies, psychologische hulp (een gesprek, een begeleiding), een morele keuze, een politieke actie. De wetswinkels zullen in principe dus niet het bestaande recht als zodanig aanvaarden en enkel de techniek beoefenen, maar zullen het recht zelf ter discussie stellen, met de bedoeling een verandering te verwezenlijken.

De alternatieve rechtshulp wil structureel zijn. Alternatieve rechtshulpverleners zullen steeds trachten elk individueel probleem te zien als een onderdeel van een ruimer structureel probleem. Zo zal de conflict-situatie tussen verhuurder A en huurder B niet op

zichzelf onderzocht worden, maar zal getracht worden het probleem te onderzoeken als een conflictsituatie (bestaand of in wording) tussen verhuurder A en zijn huurders B, C, D, E, enz. die zich in dezelfde omstandigheden bevinden. Een dergelijk structureel probleem vraagt dan ook een andere oplossing dan het individueel probleem (b.v. een solidaire actie van alle huurders, in plaats van een juridisch advies aan huurder B). Zo deed zich b.v. in de wetswinkel te Gent de vraag voor of men los van de individuele omstandigheden, moreel echtscheiding kan aanraden of moet afraden.

De alternatieve rechtshulp wil alle mogelijke remmen die er zijn om tot de traditionele rechtshulp door te dringen, losmaken. Men werkt gratis of tegen een lage vergoeding (b.v. 2,5 gulden in de rechtswinkel te Amsterdam). De wetswinkel wil psychologische en kulturele remmen wegwerken door in een gewoon huis te werken (vandaar o.a. de benaming winkel), door de organisatie en werking af te stemmen op een rustige en gezellige sfeer en door bewust juridische taal te vermijden, enz. De wetswinkel wil uiteindelijk een zeer brede informatie verschaffen: niet enkel over zichzelf en over de doelstellingen, maar vooral wil men, zonder de vraag af te wachten, zoveel mogelijk informatie verschaffen over het recht om aldus preventief de mensen in hun positie te sterken.

Evolutie van de wetswinkels en hun betekenis voor de rechtshulp

Elke wetswinkel werd vanaf zijn ontstaan geconfronteerd met een onverwacht grote vraag om rechtshulp (in Tilburg had men 40 à 50 mensen per week, in de lawshop van Peter Kandler behandelde men meer dan 2000 gevallen op 18 maanden, in Amsterdam kwamen 824 mensen om hulp tussen 13 juni en 21 september 1972, in Gent had met gemiddeld 60 cliënten per maand). De behoefte aan alternatieve rechtshulp bleek dus werkelijk te bestaan.

Ondanks alle goede bedoelingen hebben heel wat wetswinkels wegens hun zwakke organisatie en de

onverwachte toeloop hun doelstellingen niet kunnen realiseren. Ook de wetswinkels zijn door de omstandigheden aan een aantal mystificaties van de rechtshulp ten prooi gevallen. Ze organiseerden zich vaak zoals advocaten: bureaus i.p.v. gewone spreekkamers, boekenkasten vol wetboeken, dossiers, enz. Het bleek voor een aantal wetswinkeliers moeilijk om los te komen van hun juridische opleiding en om een niet-juridische taal te spreken. Tenslotte verdronken de wetswinkels maar al te vaak in louter individuele hulp: dit was wel de grootste mystificatie. Wegens de overgrote vraag om individuele hulp verloor men de structurele problemen uit het oog.

Na een paar jaar werking hebben de meeste wetswinkels zich bezonnen over het gepresteerde werk. Vaak beseft men dat de vooropgestelde objectieven niet bereikt werden. Maar toch heeft de werking een belangrijk resultaat gehad: praktisch in elke wetswinkel is men door de ervaring tot het besluit gekomen dat men nog radicaler moet optreden en het initiatief moet nemen tot andere dan juridische acties: vooral informatieve en politieke acties.

Om de nodige koerscorrecties te kunnen uitvoeren hebben de wetswinkels zich gereorganiseerd, werd een strategie opgesteld en ging men bewust over naar arbeiderswijken om zich in het buurtwerk in te schakelen. De solidariteit met bestaande alternatieve organisaties wordt beklemtoond.

Hoe de huidige wetswinkels zullen evolueren zal de toekomst uitwijzen, maar ten aanzien van de problematiek van de rechtshulp hebben ze in elk geval de belangrijke vragen opgeworpen: welke rechtshulp moet er geboden worden, voor wie? En hoe de rechtshulp organiseren.

Het bestaan en de werking van de wetswinkels is een uitdaging voor de advocatuur om niet alleen de zin en de betekenis van het beroep te onderzoeken, maar tevens om te bepalen of de rechtshulp die men zal verlenen maatschappij-bevestigend zal blijven of zich anders zal oriënteren.

Hopelijk gaat de advocatuur op deze uitdaging in.

RECHTSBIJSTANDSVERZEKERING

Preadvies door mr. J. VAN DEN HEUVEL (Antwerpen)

Hoofdstuk I. Inleidende begrippen

1. De rechtsbijstandsverzekering staat in de actualiteit.

Het Verbond van Belgische Advocaten had het thema van de rechtsbijstandsverzekering als mogelijke oplossing van het probleem "Recht voor Allen" ingeschreven op de dagorde van zijn congres te Charleroi op 6 oktober 1973.

De nieuwe wet op de verzekeringen zal ongetwijfeld bepalingen over de rechtsbijstandsverzekering bevatten, wat tot nu toe niet het geval was.

De rechtsbijstandsverzekeraars, die zich ondertussen georganiseerd hebben en internationale congressen hielden te Rome in 1969, te Amsterdam in 1970, te Berlijn in 1971 en in mei 1973 te Genève, bewerken de markt intensief.

Verscheidene Belgische verzekeringsmaatschappijen

houden zich zeer actief bezig met het probleem en werken aan nieuwe polisvoorwaarden. Het succes dat de rechtsbijstandsverzekering in het buitenland en vooral in Duitsland kent, is hieraan zeker niet vreemd.

De Nationale Orde van Advocaten volgt deze ontwikkeling van zeer nabij ten einde tegenover de verzekeraars de beginselen van samenwerking met de balie te bepalen.

2. Bepaling

De rechtsbijstandsverzekering is een vorm van verzekering waarbij de verzekeraar zich tegenover de verzekerde verbindt tot het vergoeden van kosten verbonden aan de verdediging van de belangen van de verzekerde in een rechtszaak.

De kosten, die de verzekeraar ten laste neemt, zijn ofwel loutere procedurekosten ofwel ook de kosten van bijstand van raadgevers (advocaten, experts, enz.).

Het feit dat de verzekerde blootgesteld wordt aan uitgaven ter verdediging van zijn belangen maakt het verzekeraar risico uit. Op deze basis is aanvaard dat het een werkelijke verzekering is (zie vooral PICARD en BESSON, *Assurance terrestre en droit français*, uitgave 1938, I, n° 14, met analyse van de controverse en van de toenmalige rechtspraak; MONETTE, DE VILLÉ en ANDRÉ, n° 289).

De verzekerde betaalt ofwel een vaste premie voor de dekking van dit risico ofwel sluit hij aan bij een onderlinge verzekering.

3. Naast dit louter verzekeren van een risico van uitgaven, vindt men in de polissen van rechtsbijstandsverzekering dikwijls ook een belofte van verlenen van diensten door de verzekeraar, die er zich toe verbindt de gehele rechtszaak voor de verzekerde te behartigen, met inbegrip van consultaties, briefwisseling, verzamelen van bewijzen, samenstellen van het dossier, onderhandelen met de tegenpartij en eventueel ook minnelijk regelen van de zaak.

In het kader van deze "contentieux" kan de "verzekeraar" ook ontwerpen van contracten opstellen, adviezen geven, enz.

Deze diensten worden dan verleend door het eigen personeel van de verzekeraar.

Juridisch is dit een verhuring van diensten.

Indien nochtans dit verlenen van diensten een accessorium is bij het dekken van het risico der uitgaven kan het geheel van het contract als verzekeringscontract worden erkend (zie hierna nrs. 20, 21).

4. Rechtsbijstandsverzekering wordt verleend voor dit risico alleen ofwel in het kader van een meer algemene polis, die b.v. ook de burgerrechtelijke aansprakelijkheid van de verzekerde dekt.

5. Rechtsbijstandsverzekering is vooral bekend in verband met het gebruik van motorvoertuigen.

Historisch ligt daar ook de oorsprong van de zogenaamde bijzondere tegenverzekering (*la contre-assurance spéciale*), die erop gericht was zuiver de belangen van de gebruikers van motorvoertuigen te verdedigen, meestal tegen de verzekeraars; vandaar de benaming.

Rechtsbijstandsverzekering kan echter ook voor andere risico's worden toegepast, wat trouwens gebeurt. Bij verscheidene maatschappijen kan een veel bredere dekking bekomen worden en is er een tendens tot uitbreiding (zie nr. 10).

6. De terminologie is onvast. Naast rechtsbijstandsverzekering vindt men: verzekering voor verdediging en verhaal, bijzondere tegenverzekering (B.T.V.), verzekering van gerechtskosten, enz.

7. Indien deze vorm van verzekering verder wordt doorgetrokken kan men uiteindelijk belanden in een sociale verzekering of volksverzekering, zoals de ziekteverzekering.

8. *Belang van de veralgemeende rechtsbijstandsverzekering (B.T.V.)*

a) Voor de rechtvragenden

Talrijke personen komen niet in aanmerking voor Pro Deo en kunnen nochtans moeilijk de kosten van een rechtsgeding dragen.

Bovendien zit in het Pro-Deo-systeem altijd iets discriminerends. Het blijft tenslotte een soort "armenrecht".

In alle geval moet men vaststellen dat er in België slechts in beperkte mate een beroep wordt gedaan op de Pro Deo en dan nog bijna uitsluitend in strafzaken en familierechtszaken.

De B.T.V. komt dus voor als een mogelijke aanvulling van de leemte in de rechtsbijstand.

Dank zij het mutualistisch beginsel worden individuen in de mogelijkheid gesteld lasten te dragen, die zij anders niet zouden aankunnen. De B.T.V. kan aldus bijdragen tot het bereiken van een feitelijke gelijkheid in de mogelijkheid om zijn recht te krijgen, ongeacht de financiële middelen waarover men beschikt. In die zin is de B.T.V. een mogelijke oplossing van het probleem "Recht voor Allen". Dit veronderstelt echter een dekking van het hele risico en een voor iedereen draaglijke premie.

b) Voor de verzekeraars

Het succes in het buitenland en de huidige belangstelling in België maken een uitbreiding van deze verzekeringstak waarschijnlijk.

Vanzelfsprekend zullen de verzekeraars slechts belangstelling blijven opbrengen voor deze verzekering, indien zij lonend blijkt te zijn. Bij negatief resultaat of al te grote moeilijkheden zullen zij niet aarzelen

deze tak te laten vallen, wat overigens hun goed recht is, want zij streven ten slotte uiteraard een winstgevend doel na.

c) Voor de balie

Het probleem is voor de balie zeer belangrijk, want zij zal er noodzakelijkerwijze de weerslag van onder vinden, terwijl het aan de rechtvragers en aan de verzekeraars vrij staat er al dan niet gebruik van te maken. Er bestaat een ernstige kans dat de veralgemeende B.T.V. voor de balie veel grotere problemen zal doen ontstaan dan de Pro Deo, want deze laatste betreft een beperkt aantal zaken en verloopt bovendien volgens gekende richtlijnen, nl. de artikelen 455 en 664-699 van het Gerechtelijk Wetboek met al de eraan verbonden waarborgen.

Indien er een veralgemeende rechtsbijstandsverzekering komt, dient rekening te worden gehouden met de rol die de verzekeraars en de verzekeringsmakelaars kunnen spelen bij de verdeling en bij de honorering van de zaken.

d) De veralgemeende rechtsbijstandsverzekering is een kwestie van openbaar belang, waartegenover regering en wetgever niet onverschillig kunnen blijven. Een slecht ingerichte rechtsbijstandsverzekering kan b.v. de "pleitziekte" in de hand werken, met het gevolg dat de rechtbanken overspoeld worden met zaken die normaal niet voor een rechtbank mogen komen. Zulke gang van zaken is slecht voor de justitie en voor de gehele gemeenschap en moet uiteindelijk falikant uitlopen.

De rechtsbijstandsverzekering zal de justitie niet per se goedkoper maken. Naast de thans bestaande kosten zullen nu ook de algemene kosten en de winst van de verzekeraar komen. Dit is echter op zichzelf geen argument contra, want die toestand vindt men tenslotte bij elke vorm van verzekering, wat niet belet dat de verzekering sociaal nuttig is.

Er dient dus nagegaan te worden of dank zij de rechtsbijstandsverzekering een betere rechtshulp mogelijk wordt gemaakt en of het algemeen belang er niet door geschaad wordt.

Hoofdstuk II. Het voorwerp van de rechtsbijstandsverzekering

9. De kosten

a) Proceskosten

Niet alleen de eigenlijke gerechtskosten en de kosten van advocaat kunnen gedekt worden, maar ook expertisekosten en alle kosten van "contentieux".

Ingeval het proces verloren wordt, dient ook gedacht aan de gerechtskosten van de tegenpartij.

Het is niet mogelijk zich geldig te verzekeren voor de eigenlijke strafprocedurekosten, tot betaling waar-

van men zou veroordeeld worden. Het ware strijdig met de openbare orde (JANSSENS-BRIGODE, n° 205; CARTON DE TOURNAI et VAN DER MEERSCH, *Assurances terrestres, Contrats particuliers*, n° 519). Boeten kunnen evenmin verzekerd worden.

b) Buitengerechtelijke rechtshulp

De verzekeraars bieden meestal ook rechtshulp buiten proces naast de eigenlijke verzekering van proceskosten. Dit betekent dan dat de verzekeraars ofwel over een eigen juridische dienst beschikken die advies geeft, correspondeert, onderhandelt, schikt, enz., ofwel die buitengerechtelijke rechtshulp op hun kosten laten geven door anderen, b.v. advocaten.

Indien de verzekeraar zelf rechtstreeks deze buitengerechtelijke rechtshulp verleent rijzen problemen (zie hierna, nrs. 20, 21).

c) Aangezien het risico van uitgaven verzekerd wordt, is de B.T.V. een verzekering van zaken in de brede zin van het woord. Zij heeft een schadevergoedend karakter.

De B.T.V.-verzekeraar zal zich bijgevolg kunnen beroepen op de wettelijke subrogatie van art. 22 Verzekeringwet. Hij zal een terugvorderingsrecht tegenover een derde kunnen laten gelden, in de mate dat de verzekerde zelf dit kon doen (CARTON DE TOURNAI en VAN DER MEERSCH, *Assurances terrestres, Contrats particuliers*, n° 521). Indien het proces gewonnen wordt, kan de verzekeraar aldus de eigenlijke gerechtskosten, met inbegrip van rechtsplegingsvergoedingen, recupereren.

Er kan echter geen sprake zijn van wettelijke subrogatie, maar enkel van lening, wanneer de B.T.V.-verzekeraar aan zijn verzekerde de vergoeding voorschiet, die moet betaald worden door de verzekeraar van de verantwoordelijke derde. (Kh. Verviers, 19 januari 1969, bevestigd in hoger beroep, *Bull. Ass.*, 1969, 237).

10. De zaken

De rechtsbijstandsverzekering is begonnen als een verzekering uitsluitend voor de rechtsbijstand aan autobestuurders, maar is ondertussen uitgegroeid naar andere rechtsgebieden.

De Duitse B.T.V. voorwaarden verlenen dekking voor o.a. ;

- alle verkeerszaken ;
- alle schade uit onrechtmatige daad ;
- vele strafzaken, nl. waar de verzekerde enkel een gebrek aan voorzorg betoond heeft of louter een reglement heeft overtreden ;
- huurgeschillen ;
- zaken van arbeidsrecht ;
- zaken van sociale wetgeving ;
- invorderingen ;
- geschillen van beroepen en bedrijven ;
- alle consultaties

Een gelijkaardige dekking is nu ook verkrijgbaar in België. Van oudsher bestaat een brede rechtsbijstandsverzekering al in zeevaartzaken voor de geschillen van de reders, die zich daarvoor aansluiten bij zogenaamde "Protecting and Indemnity Clubs".

Verzekeringsrecht en verzekeringstechniek zullen altijd bepaalde zaken uitsluiten. Voor het overige verschilt de aangeboden dekking van land tot land en van verzekeraar tot verzekeraar.

11. *Zaken die worden uitgesloten krachtens het verzekeringsrecht*

Alle zaken waarin opzet van de verzekerde aanwezig is, dus vele strafzaken (b.v. diefstal, vrijwillige slagen, enz.) en ook vele zaken van familierecht.

Er rijzen belangrijke juridische problemen in verband met het verzekeraar karakter van sommige zaken. Er moet altijd een element onzekerheid zijn om een verzekeraar risico te hebben. Dit vereiste sluit vanzelfsprekend alle opzettelijk verwekte risico's uit, maar de gevolgen van dit vereiste reiken verder; is b.v. een proces wegens het volkomen ongerechtvaardigd niet-betalen van een vordering een verzekeraar risico? Blijkbaar niet, want de verzekeraar moet geen risico dekken dat veroorzaakt is door het opzettelijk feit of de zware fout van de verzekerde.

De algemene beginselen van het verzekeringsrecht moeten blijven gelden. De verzekeraars zullen dus ook voor dit risico hun dekking kunnen weigeren in gevallen die b.v. onder toepassing van art. 16 of van art. 31 Verzekeringwet vallen.

12. *Zaken die worden uitgesloten krachtens de verzekeringstechniek*

Familiezaken en erfrecht kwesties worden dikwijls volledig uitgesloten door de verzekeraars omdat het praktisch onberekenbare risico's zijn. De Duitse B.T.V.-voorwaarden verlenen nochtans wel dekking voor consultatie in deze zaken.

Wegens de schier onmogelijkheid het kostenrisico te overzien, sluiten de Duitse B.T.V.-voorwaarden verder uit: het vennootschapsrecht, het handelsvertegenwoordigersrecht, het bouwheer risico, het intellectuele-eigendomsrecht, het fiscaal recht. Bovendien worden een aantal zelden voorkomende en gewoonlijk erg dure geschillen uitgesloten, omdat dekking ervan de gemeenschap der verzekerden te zwaar zou belasten: kartelrecht, processen voor het Grondwettelijk Hof en voor internationale en supranationale gerechtshoven.

Hoofdstuk III. De premie

13. Het bedrag van de premie hangt rechtstreeks af van de omvang van de dekking die de verzekeraar geeft.

Voor een wezenlijke oplossing van het probleem

"Recht voor allen" is een brede dekking gewenst. De premie zal dan echter in verhouding zijn en als de premie te hoog wordt, zal het aantal kandidaat-verzekerden erg verminderen, zodat het probleem in feite niet wordt opgelost.

Een verplichte verzekering voor rechtsbijstand lijkt vooralsnog uitgesloten. Dit zou dan trouwens eerder als een sociale verzekering opgevat worden.

14. Hoe kan de premie gedrukt worden?

– door het invoeren van een vrijstelling, die ten laste van de verzekerde blijft, wat bovendien tevens een rem tegen de pleitziekte zou zijn (de vrijstelling kan zijn ofwel een bepaald deel van de kosten ofwel alle vorderingen beneden een bepaald bedrag, daarbij uitgaande van de stelling dat de verzekerde die kosten zelf kan dragen);

– door het vaststellen van een plafond boven hetwelk de verzekeraar niet optreedt (zulk plafond is in vele polissen van rechtsbijstandsverzekering te vinden);

– door slechts de bepaalde risico's te dekken die de verzekerde bijzonder aanbelangen;

– door de kosten van de verzekeraar te drukken, b.v. op het gebied van de verleende diensten of wat de door de verzekeraar te betalen honoraria aangaat.

15. Voor de berekening van de premie staan de verzekeraars voor een reële moeilijkheid, wegens het ontbreken van een officiële tarificatie van de honoraria van de advocaten. In landen waar een wettelijk tarief bestaat, b.v. in Duitsland, zijn de problemen ongetwijfeld eenvoudiger. De verzekeraar betaalt in Duitsland volgens dit wettelijk tarief. Indien de verzekerde met de advocaat een overeenkomst heeft gesloten, krachtens welke de advocaat aanspraak kan maken op een hoger honorarium, moet de verzekerde zelf het verschil bijpassen.

Daar het Duitse tarief te lang onaangepast is gebleven, zijn de wettelijke honoraria echter niet bijster interessant voor de balie, behoudens voor advocaten die erin slagen zeer veel gelijkaardige zaken te krijgen en die daardoor een zekere "automatisering" kunnen doorvoeren.

Hoofdstuk IV. De vergoedingsplicht van de verzekeraar

16. De verbintenis van de B.T.V.-verzekeraar moet er hoofdzakelijk in bestaan de kosten verbonden aan de verdediging van de belangen van zijn verzekeraar ten laste te nemen. Normaal zal de verzekeraar de nodige kosten voorschieten.

Er kan echter betwisting ontstaan tussen verzekeraar en verzekerde betreffende het al dan niet gerechtvaardigd karakter van de vraag tot tussenkomst uitgaande van de verzekerde. De verzekeraar kan oordelen dat aan de eis of het verweer van zijn verzeker-

de de vereiste gronden of belang ontbreken. Wie zal hierover oordelen?

De beslechting van de betwisting kan natuurlijk niet worden overgelaten aan de verzekeraar die aldus partij en rechter zou zijn. Het Franse Hof van Cassatie heeft in drie arresten van 31 januari 1956 verzekeringscontracten nietig verklaard die de beslissing aan de verzekeraar overlieten. Zijn verbintenis zou dan louter potestatief en bijgevolg nietig zijn (Rb. Hoei, 6 februari 1957, *J. Liège*, 1956-57, 243).

De beslissing kan wel worden opgedragen aan een door de partijen gekozen derde, b.v. een scheidsrechter of een advocaat. Vanzelfsprekend kan ook een beroep worden gedaan op de rechtbank, zoals voor ieder geschil, al is het niet praktisch dat eerst een proces moet gevoerd worden met de verzekeraar om te weten of hij de zaak moet ten laste nemen.

De vraag heeft zich voorgedaan of in een B.T.V.-polis geldig kan worden bedongen dat de verzekeraar zijn tussenkomst kan weigeren en slechts gehouden is tot terugbetaling van de kosten van zijn verzekerde, indien deze het proces wint dat hij op eigen kosten gevoerd heeft. Het Hof van Cassatie heeft hierop bevestigend geantwoord omdat de verbintenis van de verzekeraar dan niet louter potestatief is (arrest van 16 oktober 1960, *Pas.*, 1961, I, 421; *R.G.A.R.*, 6957).

Het is echter duidelijk dat de B.T.V. in zulke gevallen haar bedoeling niet realiseert.

17. Vermits de B.T.V. een verzekering van schade is, speelt de regel van art. 12 Verzekeringswet in geval van samenloop van verzekeringen (CARTON DE TOURNAI en VAN DER MEERSCH, *Assurances terrestres, Contrats particuliers*, n° 524).

Hoofdstuk V. De leiding over het geschil

18. Kan aan de verzekeraar de leiding over het geschil worden opgedragen?

Een beding, waarbij aan de verzekeraar de leiding over het geschil wordt toegekend, komt praktisch altijd voor bij *verzekering van aansprakelijkheid*. Gewoonlijk treft men in zulke polis een geheel van clausules aan, waarbij aan de verzekerde verbod wordt opgelegd zijn aansprakelijkheid te erkennen of een dading met de benadeelde aan te gaan, waarbij hij verplicht wordt alle stukken betreffende de eis door te sturen en waarbij, als bekroning, aan de verzekeraar de leiding van het proces wordt toegekend (PICARD en BESSON, blz. 530; LALOUX, n° 388, n° 176; JANSSENS-BRIGODE, *L'assurance de responsabilité*, n° 193 tot 208).

Bij verzekering van aansprakelijkheid zijn zulke bedingen gemakkelijk te verstaan, daar de verzekeraar geroepen is om zelf de schade te vergoeden. In de mate dat hij het risico van aansprakelijkheid dekt is de verzekeraar de ware belanghebbende.

Deze verzekeraar organiseert het verweer, kiest de raadslieden, beslist over de rechtsmiddelen die zullen aangewend worden, enz. Dit belet niet dat alles gebeurt in naam van de verzekerde. (De gevallen waarin de verzekeraar zelf rechtstreeks gedagvaard werd blijven hier buiten beschouwing).

Dit optreden van de verzekeraar wordt uitgelegd door de techniek van de lastgeving of van de belofte van lastgeving (PICARD en BESSON, blz. 539, 540; VAN RYN, n° 2530; LALOUX, n° 388).

Aangenomen wordt dat deze lastgeving onherroepelijk is, omdat zij in het belang van beide partijen werd gegeven. (PICARD en BESSON, blz. 541; VAN RYN, n° 2530).

Hoewel over de geldigheid van zulke lastgeving geen betwisting bestaat, zijn er toch perken aan de machten van de verzekeraar-lasthebber, namelijk:

1. op strafgebied, waar b.v. de verzekeraar niet kan beslissen over het instellen van hoger beroep (PICARD en BESSON, blz. 547; LALOUX, n° 338, VAN RYN, n° 2530);

2. in het algemeen wanneer er een tegenstrijdigheid van belangen bestaat tussen verzekeraar en verzekerde.

De verzekeraar mag in geen geval de lastgeving gebruiken tegen de lastgever (b.v. om te pleiten over een feit dat een reden van verval zou uitmaken) (ANDRÉ ELVINGER, "La clause de direction de procès dans les contrats d'assurance-responsabilité", *J.T.*, 1960, 589; R. ANDRÉ en H. HOSTE, *Les assurances de droit commun*, n° 153 en volg.).

19. Bij rechtsbijstandsverzekering ligt de toestand echter anders dan bij verantwoordelijkheidsverzekering.

Terwijl bij de laatste verzekering verzekeraar en verzekerde in beginsel gelijklopende belangen hebben, nl. niet of toch zo weinig mogelijk betalen aan de derde, die de eis laat gelden, is dit niet zo bij rechtsbijstandsverzekering.

Bij rechtsbijstandsverzekering hebben verzekeraar en verzekerde in beginsel tegenstrijdige belangen. De verzekeraar heeft er belang bij dat hij zo weinig mogelijk kosten heeft in verband met de verdediging van de belangen van zijn verzekerde, terwijl deze laatste er vanzelfsprekend belang bij heeft dat al het mogelijke voor zijn zaak gedaan wordt, ook al moet dit in verhouding hoge kosten meebrengen.

Bijgevolg rijst bij rechtsbijstandsverzekering de vraag of aan de verzekeraar een lastgeving voor de leiding van het hele geschil kan gegeven worden. Het antwoord op deze vraag moet negatief zijn gezien de fundamentele tegenstrijdigheid van belangen (DE PAGE, V, nrs. 411, 412; II, n° 448).

Dit is een toepassingsgeval van een ongeschreven algemene regel van ons recht. Naar aanleiding van een ander toepassingsgeval (art. 1596 B.W.) werd als rechtvaardiging gegeven: "On n'a pas voulu mettre

l'intérêt personnel aux prises avec le devoir" (LOCRÉ, édition belge, VII, blz. 91, n° 14).

Bovendien verzetten ook de beginselen inzake lastgeving er zich tegen, dat de B.T.V.-verzekeraar zou kunnen beschouwd worden als lasthebber van de verzekerde voor de leiding van het geschil. De lasthebber wordt immers verondersteld te handelen volgens de wil van de lastgever. Wat buiten en tegen die wil van de lastgever is, bindt de lastgever niet (argumenten: artt. 1984, 1989 en 1998 B.W.). Welnu, de B.T.V.-verzekeraar, die de leiding van het geschil zou hebben, handelt volgens zijn eigen wil en niet volgens de wil van de verzekerde, al kan het gebeuren dat beiden hetzelfde willen.

De B.T.V.-verzekeraar is zeker niet gemandateerd om dadingen in naam en voor rekening van zijn verzekerde af te sluiten (CARTON DE TOURNAI en VAN DER MEERSCH, *Contrats particuliers*, n° 529; Kh. Brussel, 5 oktober 1966, *R.G.A.R.*, 7792).

Het kan bijgevolg niet worden aangenomen dat de B.T.V.-verzekeraar een algemeen lasthebber van zijn verzekerde zou zijn. Wat de B.T.V.-verzekeraar krachtens een beweerde algemene lastgeving zou doen, is nietig. Weliswaar is het enkel een betrekkelijke nietigheid. De verzekerde kan de handelingen van zijn verzekeraar bekrachtigen.

De handelingen van de verzekeraar zullen ook geldig zijn, als hij niets anders heeft gedaan dan de precieze instructies van de verzekerde uitvoeren, want in dat geval zijn de bovenvermelde redenen van nietigheid niet aanwezig.

Hoofdstuk VI. Dienstverlening door de verzekeraar

20. De verzekeraar dekt een risico tegen betaling van een premie. Hij verbindt zich de verzekerde schadeloos te stellen voor het verlies of de schade door deze geleden (art. 1 Verzekeringwet).

De verbintenis van de verzekeraar is essentieel een verbintenis om te geven, nl. een som te betalen, zelfs indien de uitvoering van deze verbintenis soms kan geschieden in natura (CARTON DE TOURNAI en VAN DER MEERSCH, *Contrat en général*, nrs. 121, 122).

Het tegen betaling waarnemen van de belangen van de verzekerde, telkens als deze in een rechtsgeschil betrokken is (o.a. door het voeren van de briefwisseling, het geven van raad, het opstellen van overeenkomsten, het onderhandelen met de tegenpartij, het aanstellen van raadslieden, enz.) is een verhuring van diensten en geen verzekering. Het is een verbintenis om iets te doen. Ook een verhuring van diensten kan geschieden tegen een op voorhand bepaald forfaitair bedrag en zonder dat op voorhand bekend is of, en eventueel welke, diensten zullen moeten verleend worden.

Een verhuring van diensten kan immers een kanscontract zijn, nl. telkens als de prestatie van de verhuurder afhangt van een onzekere gebeurtenis (DE

PAGE, V, n° 293). Het is dus niet omdat diensten moeten verleend worden tegen een vast bedrag en slechts indien en in de mate dat onzekere gebeurtenissen zich voordoen, dat men met een verzekeringscontract te doen heeft. Het blijft een verhuring van diensten.

Voor alle typen van verzekering, waarin het voorwerp van de verzekering de vergoeding van schade of verlies *blijft*, dus strict conform art. 1 Verzekeringwet, kan en zal de verzekeraar zelf corresponderen, onderhandelen, deskundigen raadplegen, raadslieden aanstellen, enz., maar dit ter verdediging van zijn *eigen* belangen (al kan het gebeuren dat zijn belangen gelijklopen met die van zijn verzekerde, b.v. bij aansprakelijkheidsverzekering). Die activiteit heeft niets te maken met een verhuring van diensten. Zij is overigens niet bedoeld als tegenprestatie tegenover de verzekerde. De verzekeraar verdedigt gewoon zijn eigen belangen en het is normaal dat hij er in de eerste plaats zelf voor zorgt.

Bij loutere rechtsbijstandsverzekering is de toestand echter anders. In de zaak zelf, waarvoor rechtsbijstand wordt gevraagd, heeft de verzekeraar geen enkel belang. Het gaat enkel over de belangen van de verzekerde. Indien de B.T.V.-verzekeraar voor de verdediging van de belangen van zijn verzekerde de hierbovenvermelde diensten verleent, komt dit neer op een verhuring van diensten. Indien de B.T.V.-verzekeraar zou stellen dat hij hierbij zijn eigen belangen verdedigt en dus zijn diensten niet verhuurt, dan beantwoordt dit ongetwijfeld niet aan de bedoeling van het B.T.V.-contract en wordt de verzekerde misleid, gezien de fundamentele tegenstrijdigheid van belangen tussen B.T.V.-verzekeraar en verzekerde (zie nr. 19). Indien dus de B.T.V.-verzekeraar krachtens het contract diensten moet verlenen voor de verdediging van de belangen van zijn verzekerde, kan en mag dit niets anders zijn dan een verhuring van diensten.

In België is de B.T.V.-verzekeraar echter dikwijls tegelijkertijd de aansprakelijkheidsverzekeraar van dezelfde verzekerde. Wat is dan de toestand?

Voor gevallen waarbij enkel de verzekerde een belang kan hebben, maakt dit vanzelfsprekend geen verschil (b.v. een ongeval waarbij de verzekerde enkel slachtoffer is, zonder mogelijke aansprakelijkheid van de verzekerde tegenover derden).

In talrijke gevallen zal echter de verzekeraar een persoonlijk belang ter zake hebben, namelijk telkens als hij in verband met dezelfde feiten de mogelijke aansprakelijkheid van zijn verzekerde zal moeten dekken (b.v. een aanrijding tussen twee voertuigen met een betwistbare verantwoordelijkheid. Indien de verzekerde volledig gelijk krijgt, kan hij vergoeding van zijn schade vorderen onder de B.T.V.-dekking. Wordt hij echter in het ongelijk gesteld, dan moet zijn aansprakelijkheid tegenover de andere voerder door zijn verzekeraar gedekt worden).

De juridische oplossing van het probleem blijft nochtans dezelfde. Immers, indien die verzekeraar

stelt dat hij ter zake zijn persoonlijke belangen verdedigt, is er geen verhuring van diensten, maar dan moet die verzekeraar ook erkennen, dat de diensten die hij verleent, geen tegenprestatie vormen voor de premie die hij ontvangt als B.T.V.-verzekeraar. Daar die diensten dan geen uitvoering zijn van het B.T.V.-contract, heeft de verzekeraar ook geen rol te spelen in verband met de eigen belangen van de verzekerde. Indien de verzekeraar daar wel een rol bij wil spelen, dan stelt hij echter meteen dat in het B.T.V.-contract die dienstverlening begrepen is en dan staan wij weer voor een verhuring van diensten.

21. De vraag is of rechtsbijstandsverzekering, waarin zulke dienstverlening begrepen is, nog een contract van verzekering is.

Deze vraag is niet nieuw.

Om ze te beantwoorden wordt een onderscheid gemaakt, naargelang het verlenen van diensten al dan niet hoofdzaak is (LALOUX, n° 389). Verbindt de "rechtsbijstandsverzekeraar" zich in hoofdzaak tot het presteren van diensten, dan is er een contract van verhuring van diensten. Blijft de betaling van de kosten van de verzekerde de hoofdverbintenis van de verzekeraar, dan is er een contract van verzekering (CARTON de TOURNAI en VAN DER MEERSCH *Assurances terrestres, Contrat en général*, n° 123, *Contrats particuliers*, n° 520); LALOUX, n° 389; PICARD en BESSON, *Les assurances terrestres en droit français*, uitgave 1970, I, n° 32; Hof Parijs, 10 juni 1953, *Gazette du Palais*, 1953, 427).

Indien de rechtsbijstandsverzekeraar niets anders voor zijn verzekerde doet dan de kosten betalen, die de verzekerde heeft voor de verdediging van zijn belangen (kosten van consultatie van raadslieden, proceskosten, enz) dan is er vanzelfsprekend geen probleem. Het is een zuiver contract van verzekering.

Indien het verzekeringscontract op gelijke voet in zowel de dienstverlening als het betalen van kosten voorziet zijn het blijkbaar autonome prestaties, die ieder hun eigen kwalificatie behouden (verslag Mr. H. BRANGSCH, Congres U.I.A. te Milaan, 1958, blz. 83).

Dit probleem van de kwalificatie van het afgesloten contract kan ook van belang zijn voor de toepassing van een wetgeving op de controle van de verzekeringen, zoals de buitenlandse ervaring aantoont. In België zal eerlang zulke wetgeving worden ingevoerd. Krachtens die wetgeving zal de bevoegde minister bepaalde poliscondities kunnen opleggen.

Terecht werd opgemerkt, dat de buitengerechtelijke rechtshulp minstens even belangrijk is als het voeren van een eventueel proces en dikwijls zelfs belangrijker. Advies geven vereist minstens evenveel deskundigheid en juridische ervaring.

Voor een tak zoals de verzekering van verkeersongevallen konden de eigen diensten van de verzekeraars het probleem nog aan, wegens de relatieve een-

voud van de stof en de steeds terugkomende vragen van dezelfde aard, zodat ten slotte geschoolde personeelsleden konden gevormd worden. Bij een veralgemeende rechtsbijstandsverzekering is de toestand echter fundamenteel anders. Zullen de verzekeraars de nodige geschoolde juristen aanwerven om zulke brede buitengerechtelijke rechtshulp te kunnen verschaffen? Zo ja, zullen de kosten en bijgevolg de premies niet prohibitief worden?

In landen waar de balie ook het monopolie van consultatie bezit (b.v. Duitsland en Italië) is zulke activiteit aan de verzekeraars verboden (Verslag Mr. H. BRANGSCH, Congres U.I.A. te Milaan, 1958, blz. 47). In België is er voor de verzekeraars vooralsnog geen wettelijk beletsel om allerlei diensten van juridische aard te verlenen.

Indien bij de invoering in België van een veralgemeende rechtsbijstandsverzekering de verzekeraars systematisch buitengerechtelijke rechtshulp aan hun cliënten zullen willen verschaffen, mag echter ongetwijfeld een scherp conflict met de balie verwacht worden.

Het mag overigens betwijfeld worden of de verzekeraars die weg zullen opgaan, wegens de eraan verbonden kosten en moeilijkheden. De ervaring in Duitsland en in Nederland, waar ook voor consultaties systematisch een beroep wordt gedaan op de balie, blijkt positief te zijn.

Hoofdstuk VII. De aanstelling van een advocaat

22. Kan bij rechtsbijstandsverzekering de keuze van de advocaat in het verzekeringscontract voorbehouden worden aan de verzekeraar?

Zulks kan niet gebeuren krachtens een algemeen mandaat, dat aan de verzekeraar zou gegeven worden, want wij hebben gezien dat zulk algemeen mandaat onmogelijk is (hierboven nr. 19).

Indien de rechtsbijstandsverzekering echter een verhuring van diensten is, dan is het juridisch mogelijk dat een beroep wordt gedaan op een onderaannemer van diensten. De vraag is of een advocaat die rol kan spelen. Deontologisch moet het antwoord negatief zijn. Zulke rol is onverenigbaar met de onafhankelijkheid die een essentieel kenmerk moet blijven van het beroep van advocaat. Zulk beding van keuze van raadsman kan daarom geen uitwerking hebben en is nietig (Hof Parijs, 10 juni 1953, *Gazette du Palais*, 1953, 427).

23. Juridisch gezien kan de verzekerde aan zijn rechtsbijstandsverzekeraar wel een bijzondere opdracht geven om een bepaalde advocaat aan te stellen, zoals hij ook de keuze van zijn rechtsbijstandsverzekeraar kan bekrachtigen. In beide gevallen blijft de verzekerde de werkelijke opdrachtgever van de advocaat, die bijgevolg tegenover deze verzekerde-opdrachtgever aansprakelijk zal zijn maar die ook aan

deze laatste de betaling van zijn honorarium en kosten zal kunnen vragen. De advocaat is gebonden door het beroepsgeheim tegenover zijn mandant.

De rechtsbijstandsverzekeraar is enkel tegenover zijn verzekerde gehouden tot betaling van de honoraria en kosten en dit binnen de perken van het verzekeringscontract.

Vanzelfsprekend blijven de Nationale Orde van Advocaten en de Raden van de Orde bevoegd om te oordelen op welke voorwaarden een advocaat een zaak kan aanvaarden, waarin een B.T.V.-verzekeraar optreedt (over dit probleem, zie o.a. CARTON DE TOURNAI en VAN DER MEERSCH, *Assurances terrestres, Contrats particuliers*, nrs. 522, 523).

Ongetwijfeld zullen de B.T.V.-polissen de vrije keuze van advocaat en de onafhankelijkheid van de advocaat bij de behandeling van de zaak moeten waarborgen.

Dit zal er overigens toe bijdragen dat de vertrouwensrelaties met de cliënt behouden blijven.

Hoofdstuk VIII. De aansprakelijkheid van de verzekeraar

24. Als de verzekeraar heeft aanvaard de belangen van zijn verzekerde te verdedigen, hetzij als lasthebber, hetzij als verhuurder van diensten, dan is hij tegenover zijn verzekerde aansprakelijk voor de schade die hij aan zijn verzekerde toebrengt door een foutieve uitvoering van zijn opdracht.

Aldus werd gevonnen dat de verzekeraar aansprakelijk is als hij heeft nagelaten zijn verzekerde te verwittigen dat hij nog een verhaal tegen het Motorwaarborgfonds kon uitoefenen, met als gevolg dat dit verhaal verviel. (Rb. Brussel, 13 april 1962, *J.T.*, 1963, 103).

Wanneer de B.T.V.-verzekeraar in het begin buitengerechtigde rechtshulp heeft verleend en hierbij een fout begaan heeft, kan zich eventueel een probleem voordoen voor de advocaat, die daarna in feite werd aangesteld door de B.T.V.-verzekeraar, maar die naar recht voor de belangen van de verzekerde moet zorgen. Door de fout van de B.T.V.-verzekeraar stilzwijgend te dekken, brengt de advocaat zijn persoonlijke aansprakelijkheid in het gedrang.

25. De verzekeraar kan ook voor schadevergoeding worden aangesproken, indien hij ten onrechte heeft geweigerd zijn verplichtingen in verband met het betalen van de proceskosten uit te voeren (CARTON DE TOURNAI en VAN DER MEERSCH, *Assurances terrestres, Contrats particuliers*, n° 526; MONETTE, DE VILLÉ en ANDRÉ, *Traité des Assurances terrestres*, n° 289; JANSSENS-BRIGODE, *L'assurance de responsabilité*, n° 201; Hof Luik, 18 januari 1956, *G.T.*, 1956, 498; Hof Brussel, 28 juni 1963, *R.G.A.R.*, 1964, 7263).

Hoofdstuk IX. Het gevaar van inflatie

26. Vele verzekerden, die een premie betaald hebben, zullen de neiging hebben te pas en te onpas een beroep te doen op rechtsbijstand in het kader van de door hen afgesloten rechtsbijstandsverzekering.

Dit gevaar van niet-ernstig-verantwoorde klachten, consultaties en vooral processen is niet alleen een probleem voor de verzekeraars en overigens ook voor de balie, maar dient vooral gezien als een plaag die sociaal nadelig is en die hinderlijk is voor de justitie als instelling.

Theoretisch is de oplossing van het probleem tamelijk eenvoudig, want voor zulke onverantwoorde klachten en processen kan de verzekeraar zijn tussenkomst reeds weigeren bij toepassing van de algemene beginselen van het verzekeringsrecht, daar de verzekerde de "ramp", d.i. het feit dat aanleiding is tot de tussenkomst van de verzekeraar, niet opzettelijk of door zijn grove schuld mag doen ontstaan (art. 16 Verzekeringwet) en, in geval van ramp, alles in het werk moet stellen om de schade te voorkomen of te beperken (art. 17) en de verzekerde ook tot plicht heeft het risico niet te verzwaren (art. 31).

De beoordeling in concreto kan echter moeilijkheden opleveren.

De polisvoorwaarden zouden kunnen bepalen dat de verzekeraar zelf zal oordelen of hij al dan niet optreedt. Zulke bepaling zou echter de verbintenissen van de verzekeraar louter potestatief en dus het contract nietig maken, tenzij toch in de tussenkomst van de verzekeraar zou voorzien worden indien de verzekerde ten slotte zijn proces wint, na het te hebben doorgedreven op eigen kosten (supra nr. 16).

Het spreekt echter vanzelf dat met zulke bepaling de rechtsbijstandsverzekering haar doel mist, indien de verzekeraars ten onrechte weigeren op te treden.

27. Aan de andere kant zouden de verzekeraars beschermd moeten worden tegen het opdringen van processen, waarin zij om commerciële redenen moeilijk hun tussenkomst kunnen weigeren, de z.g. "procès de bienveillance". De druk die de makelaars kunnen uitoefenen is niet te onderschatten.

Een gezonde oplossing van het probleem veronderstelt dat de beslissing noch bij de verzekerde noch bij de verzekeraar ligt, maar bij een derde partij. Wachten op de uiteindelijke beslissing van de rechtbank, om te zien of de verzekeraar de kosten moet dragen, is uitgesloten, als de rechtsbijstandsverzekering aan haar doel wil beantwoorden.

De meest voor de hand liggende oplossing bestaat erin dat verzekerde en verzekeraar zich in principe zouden gedragen naar het gemotiveerd advies van een advocaat. Die oplossing is in andere landen, zoals Duitsland en Nederland, de gebruikelijke praktijk, die blijkbaar voldoening schenkt aan alle betrokken partijen.

In Duitsland kan de verzekeraar tegenover de vraag tot tussenkomst een gemotiveerde weigering stellen, maar indien de verzekerde dan een gemotiveerd advies van een advocaat voorbrengt, waaruit blijkt dat zijn vraag verantwoord is, dient de verzekeraar in principe de zaak te aanvaarden.

De vraag wie deze advocaat zal aanstellen leidt dan weer terug tot het probleem van de vrije keuze van advocaat.

28. Indien het advies van de vrij gekozen raadsman in principe zou dienen gevolgd te worden, kan ofwel in een beroep op arbitrage voorzien worden, ofwel in een partiële tussenkomst van de verzekerde in de kosten die moeten voorgeschieden worden, in afwachting van de uiteindelijke beslissing van de rechtbank die definitief uitmaakt of de verzekerde gelijk had bij het stellen van zijn eis. Er zijn ongetwijfeld nog andere oplossingen mogelijk, maar in alle geval dient gestreefd naar een evenwicht in de bescherming van de belangen van verzekerde en verzekeraar.

Om de pleitziekte tegen te gaan staan er ook nog andere technieken open, o.a. :

- a) participatie van de verzekerde in de kosten :
 - een vrijstelling ten laste van de verzekerde,
 - een maximum van tussenkomst van de verzekeraar ;
- b) de mogelijkheid voor de verzekeraar om na iedere aangegeven "ramp" de verzekering op te zeggen, wat mogelijk maakt al te querulante verzekerden uit te sluiten ;
- c) de verplichting de verzekeraar in te lichten over het bestaan van vroegere processen bij het aangaan van de verzekering, op straf van te vallen onder de sancties gesteld op verzwijging en valse verklaring in art. 9 Verzekeringswet en eventueel in de strengere bepalingen van de polis. De verzekeraar zal aldus zijn premie kunnen aanpassen aan het risico.

In alle geval moet een doeltreffende rem tegen de pleitziekte gevonden worden. De gerechtskosten zijn door de wetgever gewild als een rem tegen het stellen van onverantwoorde eisen of van eisen die geen reëel belang hebben. Die wil van de wetgever mag niet volledig omzeild worden dank zij de rechtsbijstandsverzekering.

Hoofdstuk X. De tegenstrijdigheid van belangen

29. Een ernstig bezwaar bij rechtsbijstandsverzekering is de mogelijke tegenstrijdigheid van belangen tussen verzekerde en verzekeraar.

Dit komt tot uiting op drie manieren :

- a) bij het behandelen van een bepaald geschil, waarin de verzekeraar er belang bij heeft de kosten te drukken, wat ertoe kan leiden, dat hij de belangen van zijn verzekerde niet tot het uiterste of zelfs niet naar behoren verdedigt ;
- b) bij een bepaald geschil, waarin de verzekeraar

de leiding van de zaak op zich neemt en aldus beslissingen kan nemen die nadelig kunnen uitvallen voor de eigen belangen van de verzekerde ;

c) in het algemeen omdat de verzekeraars, als groep, bepaalde tendensen nastreven, die kunnen in strijd zijn met de belangen van de groep verzekerden (b.v. tendens om lage vergoedingen aan slachtoffers te doen uitkeren).

Deze bezwaren zijn bekend.

Hoe kunnen ze verholpen worden ?

a) Door de verplichting van tussenkomst van de verzekeraar te doen beoordelen door een derde.

Hier kan verwezen worden naar hetgeen hierboven reeds geschreven werd bij de bespreking van het probleem van de pleitziekte.

b) De nadelen die kunnen verbonden zijn aan het feit dat de verzekeraar de leiding van de zaak op zich neemt, kunnen vanzelfsprekend vermeden worden door zulk optreden van de verzekeraar onmogelijk te maken.

Dit veronderstelt echter dat de verzekeraar absoluut geen enkele beslissing neemt bij de behandeling van de zaak, maar dit weer overlaat aan een derde, b.v. een advocaat, die zelfs vanaf het ontstaan van het geschil kan ingeschakeld worden, wat overigens reeds door sommige verzekeraars van rechtsbijstand wordt toegepast blijkbaar met goed gevolg.

c) De fundamentele tegenstrijdigheid van belangen tussen de groep der verzekeraars en de groep der verzekerden kan op het eerste gezicht vermeden worden door te eisen dat een strenge splitsing wordt doorgevoerd tussen de verzekeraars van aansprakelijkheid en de verzekeraars van de rechtsbijstand. Het zal echter altijd moeilijk zijn uit te maken in hoever de eerste groep toch nog belangen heeft in de tweede.

In Duitsland is die splitsing doorgevoerd, wat beschouwd wordt als een van de redenen van het succes van de rechtsbijstandsverzekering aldaar.

Zelfs de bedrijfsleiders en organen mogen er niet dezelfde zijn, juist om te beletten dat het voorschrift van de splitsing al te gemakkelijk omzeild wordt.

Het bezwaar van niet-splitsing wordt zeer duidelijk wanneer een zelfde verzekeraar bij een ongeval de rechtsbijstand van de ene en de aansprakelijkheid van de andere partij dekt (Verslag Mr. H. BRANGSCH, Congres U.I.A. te Milaan, 1958, blz. 37 en volg.).

De grote moeilijkheid voor de oplossing van het probleem van de tegenstrijdigheid van belangen ligt ons inziens in de conventies die de verzekeraars onderling afsluiten, om processen te voorkomen, de zaken vlugger en met minder kosten af te handelen, enz. (instelling van de rechtstreekse regeling, van een verplichte arbitrage, van tussen de verzekeraars afgesloten transacties, met de verplichting die transacties te doen aanvaarden door de eigen verzekerden, op straf het supplement te moeten terugbetalen aan de andere verzekeraar, indien de eigen verzekerde toch meer eist en ook bekommt, enz.).

Hoewel die conventies ook positieve kanten bieden, b.v. een vluggere afhandeling en uitbetaling, staat aan de andere kant vast dat de niet-aansprakelijke partij het kind van de rekening wordt, door het drukken van de schadevergoeding.

Hoofdstuk XI. Besluiten

30. Een gezonde uitbouw van de B.T.V. veronderstelt :

- a) het vinden van een behoorlijke rem tegen de pleitziekte ;
- b) een oplossing voor het probleem van de tegenstrijdigheid van belangen van verzekeraars en verzekerden ;
- c) een verzekeringstechnisch aanvaardbare begroting van de honoraria der advocaten.

Deze moeilijkheden kunnen overwonnen worden, al zal het veel goede wil vragen bij alle betrokken partijen.

In alle geval blijft het nog een open vraag of de verzekeraars bereid zijn op de Belgische markt een voldoende brede dekking aan te bieden om het probleem van de rechtshulp voor minbedeelden te helpen

oplossen. De dekking van de rechtsbijstand is soms meer schijn dan werkelijkheid, gezien de talrijke uitsluitingen die in sommige polissen voorkomen.

Bovendien is het ver van zeker dat de minbedeelden bereid zullen zijn vrijwillig een voor hen tamelijk aanzienlijke jaarpremie te betalen, wat nochtans nodig zal zijn om een brede dekking te bekomen.

Daarnaast staat het feit dat de B.T.V.-verzekeraars, althans voorlopig, precies twee risico's uitsluiten, die voor de minbedeelden van groot belang zijn, nl. familierecht en vele strafzaken. Weliswaar kan voor zulke zaken eventueel een beroep worden gedaan op "Rechtsbijstand" overeenkomstig het gerechtelijk wetboek, dus het klassieke pro-Deo-systeem, dat inderdaad in België vooral in zaken van familierecht en in strafzaken toepassing vindt. B.T.V. en rechtsbijstand zijn dus in zekere zin complementair.

In de mate echter dat de minbedeelden kunnen rekenen op een behoorlijk werkende rechtsbijstand, hebben zij des te minder rechtsbijstandsverzekering nodig.

Om al die redenen is rechtsbijstandsverzekering blijkbaar niet *de* oplossing voor het probleem van de rechtsbedeling voor minbedeelden.

Sectie 2: Economisch Recht

DE JURIST IN HET SPANNINGSVELD
VAN RECHT EN ECONOMIEHET ECONOMISCH RECHT IN HET SPANNINGSVELD VAN DE DAGELIJKSE BEHOEFTE EN
VAN DE NOODWENDIGHEDEN OP LANGERE TERMIJN

Preadvies door prof. P. DE VROEDE (V.U.B.)

1. Over de inhoud van het begrip "economisch recht" zal in dit preadvies niet worden gehandeld. Wij verwijzen daarvoor naar de status quaestionis zoals die door JACQUEMIN en SCHRANS in hun werkje *Le droit économique*¹ werd opgemaakt, naar de preciseringen die SCHRANS enkele tijd geleden nog formuleerde² en naar de definitie zoals ze door A. DE CALUWÉ in zijn recent boek *Les pratiques du commerce* wordt voorgehouden³.

Ook al vinden wij in het Burgerlijk Wetboek tal van bepalingen van economische aard of met economische weerslag⁴, dan kan toch niet geloofd worden dat ten onzent pas na de economische crisis der jaren dertig een eigenlijk economisch recht tot ontwikkeling is gekomen⁵.

2. Wat beoogt dat economisch recht?

In een bijdrage getiteld "Arbeidsrecht en Economisch Recht: een tussenoordeel" schreef P. VERLOREN VAN THEMAAT: "De concrete doelstellingen van het economisch recht zijn afhankelijk van conjuncturele en structurele factoren en daarnaast uiteraard van wisselende inzichten van economische politiek. De materiële doelstellingen van de economische politiek en dus ook van het economisch recht houden in Nederland meer dan in vele andere landen ook uitdrukkelijk rekening met niet-economische doelstellingen als bv. redelijke inkomensverdeling. Daarnaast kent het economisch recht veelal impliciet of expliciet 'instrumentale doeleinden' een keuze voor een bepaalde economische en maatschappelijke orde"⁶.

Het is dus de opdracht van het economisch recht in te grijpen in het economisch gebeuren hetzij om het be-

houd van de bestaande machtsverhoudingen te verzekeren, hetzij om het economisch proces om te buigen in een richting die naast het kwantitatieve ook voor het kwalitatieve, dat vaak niet economisch zal zijn, een plaats inruimt.

Nu beantwoordt het economisch leven tegelijk aan een factor van snelle evolutie en aan een factor van langzame diepingrijpende wijzigingen. Het economisch recht staat dus voor een dubbele opgave. Enerzijds moet zeer vlug worden ingegrepen, anderzijds dient voldoende inzicht aanwezig te zijn om de diepere evolutietrends te onderkennen om op grond daarvan de maatregelen te treffen van zodanige aard dat ze het economisch proces anders doen verlopen dan zonder de betrokken interventies het geval zou geweest zijn.

De behoefte om bijna onmiddellijk op onverwachte toestanden te reageren legt uit waarom in het economisch recht zoveel ondoordachte, ingewikkelde, ja zelfs tegenstrijdige en nutteloze maatregelen voorkomen⁷.

Wat de tweede opgave betreft, die erin bestaat "d'appréhender le long terme" om een uitdrukking van JEAN FOURASTIÉ te gebruiken, is het niet mogelijk een wit-zwart oordeel te vellen. Het economisch recht heeft op bepaalde ogenblikken maatregelen getroffen die getuigen van een ruime blik op de toekomst; denken wij bv. aan het bankstatuut van 1935, aan de expansiewetten van 1959 en 1966, aan de financieel-economische nieuwbouw die bij de uitvoering van de Opdrachtwet van 31 maart 1967 mogelijk werd. Toch heeft het meer en meer de schijn dat het economisch leven zich vrij vlug aan deze maatregelen aanpast en een wetmatigheid ontwikkelt waaraan het economisch recht toegeeft.

Enkele facetten van deze beide aspecten van het economisch recht worden in dit preadvies toegelicht. In een eerste deel zal gewezen worden op het ingewikkelde, tegenstrijdige, soms arbitraire karakter van het economisch recht.

In het tweede deel zal aan de hand van een summier schets van de evolutie van de contractsvrijheid getracht worden aan te tonen dat de recente economische evolutie als het ware het economisch recht op sleeptouw neemt.

¹ Parijs 1970, p. 52-86.

² G. SCHRANS, "Overzicht van het economisch en financieel recht", p. 10, in *Economisch en financieel recht vandaag*, T. 1, Gent 1972.

³ A. DE CALUWÉ, A. DELCORDE en X. LEURQUIN, *Le droit de la concurrence*, I, *Les pratiques du commerce*, Brussel, 1973, p. 22-23.

⁴ R. SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui*, 3ème série, Paris, 1959, nr. 335; zie ook J. MERTENS DE WILMARS, "De taak van de jurist in de futuribele maatschappij", *R.W.*, 1967-68, 2149.

⁵ J. D'HAENENS, "Economische delicten", *R.W.*, 1969-70, 1556.

⁶ *Recht als instrument van behoud en verandering*, Deventer 1972, p. 271.

⁷ R. HENRIOT, "Le gouvernement de l'économie", *J.T.*, 1965, p. 685.

1. *Het Belgisch economisch recht bevat heel wat ingewikkelde, ongeordende, tegenstrijdige en schijnbaar nutteloze bepalingen*

3. De overheid heeft meer dan eens over een zelfde materie, zij het dan ook in een andere context, maatregelen genomen.

a. Bij de Wet van 30 juli 1923 werd het aanplakken der verkoopprijzen in 't klein van de volstrekt noodzakelijke koopwaren en eetwaren voor voeding, kleding, verwarming en verlichting verplicht gesteld.

Trots deze bepaling werd ter uitvoering van het Wetsbesluit van 22 januari 1945 het Ministerieel Besluit van 30 april 1948⁸ uitgevaardigd dat de eerlijkheid in de handelstransacties beoogde. Het behandelde op tal van vlakken materies die reeds door de Wet van 30 juli 1923 waren geregeld, o.m. het aanplakken der verkoopprijzen in 't klein⁹. Beide teksten behoren tot het verleden. De Wet van 30 juli 1923 werd opgeheven door artikel 76 van de Wet van 14 juli 1971. Het Ministerieel Besluit van 30 april 1948 werd vervangen door het Koninklijk Besluit van 28 september 1971 dat op zijn beurt, op één artikel na, werd vervangen door het Koninklijk Besluit van 10 juli 1972¹⁰.

Zo dus ter zake de toestand opgeklaard is, dan is het gedurende een halve eeuw mogelijk geweest dat een zelfde overtreding inzake prijsaanduiding naar gelang de ingeroepen wetgeving, hetzij door correctionele straffen (M.B. van 30 april 1948) hetzij door politiestraffen (Wet van 30 juli 1923) kon worden beteugeld¹¹.

b. Een gedeeltelijke overlapping is eveneens vast te stellen tussen artikel 311 Sw. en lid 2 van artikel 1 van de Wet van 18 juli 1924 op de wederrechtelijke speculatie inzake levensmiddelen en koopwaren, handelspapieren en -effecten¹².

⁸ *Belgisch Staatsblad*, 12 mei 1948.

⁹ In zijn *Handboek van Strafrecht*, p. 125 wijst H. BEKAERT op deze "overlapping".

¹⁰ Zie hierover o.m. L. BALLON, "De voorschriften nopens de prijsaanduiding in de wet op de handelspraktijken", *T.P.R.*, 1972, p. 239 e.v. Het feit dat het nodig was op minder dan één jaar tijd twee Koninklijke Besluiten resp. van 28 september 1971 en 10 juli 1972 over schier dezelfde materie uit te vaardigen, wijst op een andere karakteristiek van het economisch recht die R. HENRION "la suractivité législative" heeft genoemd (*op. cit.*, p. 687).

¹¹ Volgens Corr. Luik, 1 oktober 1970, *J.T.*, 1971, 501, moest de inbreuk op de prijzenaffichage bedreven door een vleeshandelaar bestraft worden op grond van de Wet van 30 juli 1923 en niet op grond van het M.B. van 30 april 1948 daar volgens de rechtbank het Wetsbesluit van 22 januari 1945 waarop dit besluit steunde, impleciet was afgeschaft!

¹² Wij hebben hier buiten beschouwing gelaten of ook art. 203 van het Wetboek van Koophandel (vennootschappen) niet ten dele lid 2 van artikel 1 van de Wet van 18 juli 1924 overlapt. Artikel 203 handelt over de speculatie op effecten van vennootschappen. Luidens de voorbereidende teksten van de Wet van 18 juli 1924 zou deze alleen betrekking hebben op de overheidsfondsen, wat het gevaar van

Het enige verschil tussen lid 2 van artikel 1 van de Wet van 18 juli 1924 en artikel 311 Sw. is dat door de eerstgenoemde wettekst ook strafbaar worden gesteld: het pogen te bewerken, het handhaven of pogen te handhaven van de abnormale stijging of daling van de prijzen¹³.

Het argument dat artikel 311 Sw. praktisch niet meer van toepassing is omdat ter zake een speciale wet is tot stand gekomen lijkt niet erg overtuigend¹⁴.

Inderdaad, in het Kieswetboek¹⁵ komt een artikel 7, 2°, voor, handelend over de opschorting der kiesrechten. Onder de wanbedrijven die daartoe aanleiding kunnen geven worden die van artikel 311 Sw. en niet die van de Wet van 18 juli 1924 vermeld.

Nu is het zo dat bij ons weten op grond van art. 311 Sw. nooit een straf werd uitgesproken, terwijl slechts schaarse uitspraken worden aangetroffen op grond van de Wet van 18 juli 1924 en dan nog steeds om de toepassing van bedoelde wet in het voorgelegde geval af te wijzen¹⁶.

Misschien mag hier in herinnering worden gebracht dat de wetgever de hoven en rechtbanken ertoe had aangezet elk geval individueel "avec modération et mesure" te beoordelen¹⁷, een raadgeving die voorzeker niet in de wind werd geslagen.

c. Minder formeel maar o.i. toch even duidelijk is de enge verwantschap tussen lid 3 van artikel 1 van de Wet van 18 juli 1924 en de artikelen 1 en 2 van

overlapping uitschakelt. Op te merken is evenwel dat terwijl de Franse tekst van "papiers et effets publics" gewaagt, in het Nederlands over "handelspapieren en effecten" wordt gesproken, wat dan toch het domein is van het voornoemd art. 203. Vast staat dat art. 311 Sw. niet op de speculatie op handelspapieren slaat. Niet alleen de tekst (in beide landstalen) maar ook de rechtspraak, zie o.m. Cass., 24 januari 1878, *Pas.*, 1878, I, 399 bevestigen deze zienswijze. Zie evenwel J. VAN RIJN, *Principes de Droit commercial*, III, p. 165-166, die erop wijst dat de wetgeving op de handelsbeurzen de term openbare fondsen gebruikt voor alle roerende effecten die in een Belgische beurs kunnen verhandeld worden.

¹³ J.G. CATTIER, *De spéculations illicites en matière de denrées et marchandises, papiers et effets publics. Des conventions prohibées, loi du 18 juillet 1924*, Brussel, 1926, p. 17: "La loi du 18 juillet 1924 n'abroge pas l'art. 311 du Code Pénal quoique celui-ci soit intégralement compris dans le par. 2 de son art. 1er. On ne comprend guère cette situation qui semble résulter d'une omission des législateurs".

¹⁴ Deze mening werd vooropgesteld door J. D'HAENENS, "Economische delicten", *R.W.*, 1969-70, 1563 zulks op grond van de mening van M. RIGAUX en P. TROUSSE, *Les crimes et les délits du Code Pénal*, deel IV, p. 604 en 610-612. Het is ook de mening van R. KRUTHOF, "De verticale prijsbinding van merkartikelen", p. 170, voetnoot 245, die het een inele-gantia juris noemt.

¹⁵ *Belgisch Staatsblad*, 19 augustus 1928 en 28 april 1929.

¹⁶ Corr. Brussel, 1928, *Pas.*, 1928, III, 132-133; Kh. Antwerpen, 11 april 1932, *Pand. Pér.*, 1934, nr. 189; Kh. Brussel, 5 maart 1934, *Pand. Pér.*, 1934, nr. 193; Cass., 2 juni 1960, *R.C.J.B.*, 1961, 206; Voorz. Kh. Brussel, 23 maart 1962, *J.T.*, 1962, 298.

¹⁷ *Pasinomie*, 1924, p. 384, 414, 415, 417.

de Wet van 27 mei 1960 houdende bescherming tegen het economisch machtsmisbruik. De memorie van toelichting op het desbetreffend wetsontwerp vermeldt o.m. dat als geval van misbruik zal beschouwd worden de speculatie die leidt tot een abnormale prijsstijging "On peut dès lors considérer que la pratique visée (door de Wet van 27 mei 1960) n'est autre que celle qui entraînerait ainsi que le formule l'art. 1 de la loi du 18 juillet 1924, une hausse ou une baisse anormale du prix des denrées ou marchandises"¹⁸.

Deze opmerking vloeit uit de pen van CH. DEL MARMOL en toont wel degelijk de sterke, zij het dan ook gedeeltelijke verwantschap tussen beide wetteksten aan. Nu zijn de gevolgen ook hier weer totaal verschillend. De Wet van 18 juli 1924 is een strafwet, terwijl de beoordeling van economisch machtsmisbruik zoals bedoeld in de Wet van 27 mei 1960 exclusief wordt toevertrouwd aan administratieve overheden door de wet aangewezen¹⁹. Het Hof van Cassatie heeft echter beslist dat de feitenrechter mag vaststellen dat een misbruik van economische machtspositie in de zin van artikel 2 van de Wet van 27 mei 1960 tevens een daad van oneerlijke mededinging is²⁰. Zo de Wet van 18 juli 1924 in feite nooit van de grond kwam, dan kon haast hetzelfde gezegd worden van de Wet van 27 mei 1960, die tot 7 november 1973 moest wachten om een eerste toepassing te kennen²¹.

4. Krachtens het Wetsbesluit van 22 januari 1945 heeft de Minister van Economische Zaken een zeer uitgebreide verordnungsbevoegdheid inzake prijzen. Toch is het verkeerd te beweren, zoals de betrokken minister het expressis verbis deed tijdens het voorbereidend onderzoek van de Wet van 30 juli 1971, dat hij ter zake over een exclusieve verordnungsbevoegdheid over alle goederen en diensten beschikt²².

a) En het gaat hier niet om een vrijblijvende bewering. Inderdaad de Minister van Economische Zaken heeft ook prijsreglementeringen uitgevaardigd voor produkten die aan zijn bevoegdheid werden onttrokken. Zulks is onder meer het geval voor de farmaceutische produkten.

¹⁸ CH. DEL MARMOL, *La protection contre les abus de puissance économique en droit belge*, Luik, 1960, p. 307-308.

¹⁹ Hof Brussel, 1 juni 1962, *J.T.*, 1962, 459; Voorz. Kh. Luik, 19 september 1968, *J.C.B.*, 1968, 759; Hof Brussel, 19 februari 1969, *J.T.*, 1969, 241.

²⁰ M. GOTZEN, "Exclusivités d'approvisionnement, primes de fidélité, abus de puissance économique et concurrence déloyale", *J.T.*, 1964, 709. Zie ook G. SCHRANS, "Prijsbevoegdheid en weigering van verkoop inzake geneesmiddelen in België, bespreking van de Cassatie-arresten van 2 juni 1960 en van 24 mei 1965", *S.E.W.*, 1968, 363, en G. HORSMANS, "La guerre des tarifs", *R.C.J.B.*, 1967, 275, die deze stelling bekritiseert.

²¹ Koninklijk Besluit van 7 november 1973, *R.W.*, 1973-74, 1214 met noot van LEO NEELS.

²² *Parl. Besch.*, Kamer, 1970-71, nr. 966-7, o.m. p. 21.

Krachtens artikel 61 van de Wet van 14 februari 1961 werd de bevoegdheid om de prijzen van deze produkten vast te stellen toevertrouwd aan de Koning²³. Desniettemin is de Minister van Economische Zaken in deze sector prijsregelend blijven optreden. Twee recente besluiten moesten het ontgelden.

Bij arrest van 3 juli 1973 vernietigde de Raad van State het Ministerieel Besluit van 19 april 1971, terwijl de Correctionele Rechtbank te Brussel bij vonnis van 25 april 1973 het Ministerieel Besluit van 24 februari 1972 weigerde toe te passen²⁴.

b) Ook voor de elektrische laagspanningstroom en het gas voor openbare distributie heeft de Minister van Economische Zaken maximum prijzen vastgesteld²⁵ en zijn optreden gefundeerd op het Wetsbesluit van 22 januari 1945. Nu is evenwel de voorziening van gas en elektriciteit stevig in de handen van intercommunale verenigingen²⁶. Deze zijn onderworpen aan de Kaderwet van 1 maart 1922, die in artikel 7 de Intercommunalen verbiedt tarieven te bepalen en toe te passen zonder voorafgaande goedkeuring van de Koning en ingewonnen advies der Bestendige Deputatie. Het koninklijk besluit van tariefgoedkeuring dat bij uittreksel in het Belgisch Staatsblad wordt bekendgemaakt is een vorm van administratief toezicht, waardoor controle mogelijk wordt om te verhinderen dat de tarieven bedekte belastingen worden of uitingen van een feitelijke monopolietoestand²⁷.

5. Een der hoofdbekommernissen van de Belgische overheid sinds W.O. II is het beheersen van het prijzenpeil. Het komt dus verrassend aan in ons economisch recht voor bepaalde artikelen of diensten een wettelijk verbod te vinden beneden een zekere prijs te verkopen of te presteren. Dergelijke maatregelen druisen in tegen het algemeen prijsbeleid van de Belgische overheid. Bovendien zijn ze in strijd met artikel 2 van het Ministerieel Besluit van 25 september 1950²⁸ en staan ze diametraal tegenover een constante rechtspraak die steeds de verkoop zelfs beneden de door de Minister vastgestelde maximumprijzen als geoorloofd heeft beschouwd²⁹. De volgende voorbeelden illustreren de hierboven aangehaalde tegenstrijdigheid.

²³ *Belgisch Staatsblad*, 15 februari 1961.

²⁴ Zie Raad van State, arrest nr. 15954, 3 juli 1973; Corr. Brussel, 25 april 1973, met noot van P. DE VROEDE, *J.T.*, 1973, 536.

²⁵ Elektriciteit, M.B. van 5 november 1955, M.B. van 31 maart 1965, M.B. van 20 oktober 1967, M.B. van 27 juni 1969, M.B. van 15 juni 1970. Gas: M.B. van 8 september 1961, M.B. van 22 januari 1971.

²⁶ R. MAES, "Het controlecomité voor de elektriciteit en het gas in het toezicht op de inrichting van de elektriciteits- en gasvoorziening België", *T. Best.*, 1970, 231-232.

²⁷ D. DE CLERCK, *De Intercommunale Maatschappij*, A.P. R., 1968, nr. 270.

²⁸ *Belgisch Staatsblad*, 27 september 1950.

²⁹ L. VAN BUNNEN, noot bij Voorz. Kh. Brussel, 17 januari 1972, *J.T.*, 1972, 450.

a) Artikel 58 van de Wet van 3 juli 1969 houdende instelling van het Wetboek der Belasting over de Toegevoegde Waarde bepaalt dat de prijs vermeld op het fiscale bandje (van de sigarettenpakjes) de verplichte verkoopprijs aan de gebruiker moet zijn.

Volgens een bevelschrift van de Voorzitter van de Rechtbank van Koophandel te Brussel van 17 januari 1972, bevestigd door het Hof van Beroep te Brussel³⁰, geldt het hier wel degelijk een verplichting waaraan men zich moet houden en zal de niet-naleving ervan beschouwd worden als een met de eerlijke handelspraktijken strijdige daad zoals bedoeld in artikel 54 van de Wet van 14 juli 1971 op de handelspraktijken³¹.

b) Inzake verzekeringspremies bestaan eveneens twee teksten die minima vastleggen. Het gaat hier om de sector van de automobiilverzekering waar bij Koninklijk Besluit van 14 april 1971 enerzijds maxima worden vastgesteld maar anderzijds wordt bepaald beneden welk minimum men niet mag komen³². Een gelijkaardige bepaling komt voor in het Koninklijk Besluit van 30 september 1968 waarbij de berekening der minimum premiereserves in de sector der levensverzekering wordt vastgelegd³³.

c) Ook in de vrachtbarema's van de Dienst voor Regeling der Binnenscheepvaart komen minima voor³⁴.

d) Einde 1970 wordt vrij onverwacht het begrip van de normale prijs, dat richtinggevend is in het Belgisch prijsbeleid, voor landbouwprodukten en geteelde dieren opgegeven. Ter zake neemt de Minister van Economische Zaken plots vrede met de marktprijs³⁵. Misschien gaat het hier meer om een formele dan om een reële koerswijziging, aangezien luidens een constante rechtspraak de marktprijs als de normale prijs dient te worden beschouwd³⁶. Toch werkt deze plotse ommekeer bevreemdend.

6. "De mobiliteit van het economisch en financieel recht vereist dat machtigingswetten worden gesteld die aan het bestuur een zekere beleidsvrijheid opdragen om algemene dan wel geïndividualiseerde beslissingen te treffen.

Deze beleidsvrijheid (freies Ermessen, discretionaire bevoegdheid) mag evenwel niet van die aard zijn dat

³⁰ Hof Brussel, 31 januari 1973, *J.T.*, 1973, 556.

³¹ *J.T.*, 1972, 448.

³² *Belgisch Staatsblad*, 11 mei 1971; art. 3, 2, van het Ministerieel Besluit van 14 april 1971 bepaalt dat geen enkel handelstarief meer dan 10 % lager mag zijn dan de in het voorgaand lid bepaalde maximale grenzen.

³³ *Belgisch Staatsblad*, 4 oktober 1968.

³⁴ Ministerieel Besluit van 29 januari 1974, *Belgisch Staatsblad* van 13 februari 1974. Deze prijzen worden vastgesteld door de Minister van Verkeerswezen, art. 6, Wet van 3 december 1968, *Belgisch Staatsblad*, 15 januari 1969.

³⁵ Ministerieel Besluit van 21 december 1970, *Belgisch Staatsblad* van 30 december 1970.

³⁶ P. DE VROEDE, "Aspecten van het overheidsbeleid inzake prijzen", *R.W.*, 1971-72, 600.

rechterlijke controle uitgesloten wordt. Daarom zou, ook in dit geval, de wet nauwkeurige normatieve criteria moeten bepalen die de mogelijkheid bieden om na te gaan of het bestuur een beslissing heeft genomen die niet alleen formeel maar ook naar de inhoud overeenstemt met de gegeven machtiging.

Wanneer aldus aan de ondernemingen een bepaalde verplichting wordt opgelegd waarvan evenwel een vrijstelling kan worden bekomen bij ministerieel besluit, dan is het noodzakelijk dat de voorwaarden waaronder de vrijstelling mag worden verleend, duidelijk gespecificeerd worden in de wet, zo niet is de meest volstrekte willekeur mogelijk." Aldus G. SCHRANS in zijn "Overzicht van het Economisch en Financieel Recht"³⁷. Deze overweging onderschrijven wij ten volle. In te veel economische reglementeringen wordt in uitzonderingen voorzien, die het de bevoegde Minister mogelijk maken een zodanig geïndividualiseerd beleid te voeren dat de regel der gelijkberechtiging er volledig dreigt in onder te gaan³⁸.

a) Bij Koninklijk Besluit van 20 mei 1964 werden een reeks bepalingen ingevoerd betreffende de bereiding, het gewicht van en de handel in brood en de andere met meel bereide produkten van brood- en banketbakkerijen. Dit besluit wordt gewijzigd bij Koninklijk Besluit van 18 januari 1965³⁹, dat bepaalt dat artikel 13 van het Koninklijk Besluit van 20 mei 1964 op 1 februari 1965 in werking treedt. Nochtans kan in afwijking van deze bepaling en ingevolge uitdrukkelijk verzoek van de belanghebbende fabrikanten en verkopers, de Minister van Economische Zaken en Energie of zijn afgevaardigde de in werkingtreding van dit artikel tot uiterlijk 30 april 1965 opschorten door middel van een individuele vrijstelling.

b) In een individuele behandeling wordt eveneens voorzien inzake aanduiding van hoeveelheden⁴⁰. Artikel 11 van de Wet van 14 juli 1971 verleent aan de Koning de bevoegdheid om 1) bijzondere regelen inzake informatie van de gebruiker toe te voegen aan of in de plaats te stellen van de door de artikelen 6 tot 10 van de wet vastgestelde regelen; 2) vrijstelling te verlenen van de door de artikelen 6 tot 10 voorgeschreven regelen. Terwijl deze bevoegdheidstoekenning ten voordele van de Koning reeds de betwiste mogelijkheid inhoudt bij koninklijk besluit de bepalingen van de wet te veranderen, dan stellen wij vast dat het Koninklijk Besluit van 4 september 1972⁴¹, genomen ter

³⁷ G. SCHRANS, *op. cit.*, p. 45, G. SCHRANS heeft deze idee nog verder uitgewerkt in "The European Economic Law", *Miscellanea W.J. Ganshof van der Meersch*, deel II, p. 383-432.

³⁸ W. VAN GERVEN, "Schets van een Belgisch Economisch Grondslagenrecht", *S.E.W.*, 1971, 410-411.

³⁹ *Belgisch Staatsblad*, 26 januari 1965.

⁴⁰ Art. 6 tot en met 11 van de Wet van 14 juli 1971 op de handelspraktijken.

⁴¹ *Belgisch Staatsblad*, 28 september 1972.

uitvoering van bovenvermeld artikel 11 van de wet, in feite de aan de Koning toegekende bevoegdheid toewijst aan de Minister van Economische Zaken⁴².

Deze kan op verzoek van de belanghebbenden en na raadpleging van de beroepsorganisatie, representatief voor de betrokken sector en van de Raad voor het Verbruik, toestaan dat er een verschil is tussen de aangeduide en de werkelijke inhoud voor zover op de verpakking voorkomt dat de aangeduide hoeveelheid gold op het ogenblik van de verpakking bij de fabricage of bij de import.

De Minister mag bovendien per produkt de maximum toelaatbare afwijking tussen de aangeduide en de reële hoeveelheid bepalen. Het toestaan van afwijkingen wordt gerechtvaardigd door de conditioneringstechniek; criteria waaraan de Minister zich zal moeten houden bij het toekennen van deze afwijkingen, ontbreken evenwel.

Uiteindelijk leidt dit koninklijk besluit tot de volgende verrassende vaststelling. Het vertrekt in artikel 1 van het principe: de aangeduide hoeveelheid is de minimum hoeveelheid; het schakelt vervolgens over naar een regime van aanduiding geldend bij fabricage of bij import; het huldigt tenslotte het stelsel der gemiddelden zonder enige norm te bepalen, door de Minister in deze na te leven.

Er bestaat inzake inhoudsaanduiding een voorstel van richtlijn der Europese Gemeenschappen⁴³, gebaseerd op het principe der gemiddelden evenwel met bepaling der maximale afwijkingen die in deze mogen worden toegestaan⁴⁴.

c) Sinds W.O. II heeft de Regering zeer vaak maatregelen genomen ten gunste van de nijverheidsmaalders⁴⁵. Bij Koninklijk Besluit van 16 februari 1966 worden voor het dienstjaar 1966 de modaliteiten van de stockagevergoedingen op tarwe vastgesteld. Deze vergoedingen worden toegekend per maand voor zover de erkende maalder tijdens de beschouwde maandelijkse periode een bepaalde hoeveelheid tarwe in stock heeft. Artikel 3 bepaalt dat de vergoeding ook kan worden toegekend zo de stock lager ligt maar niet beneden een zeker minimum is gekomen. Artikel 4 bepaalt dat de afwijking waarvan sprake in artikel 3

nog kan worden uitgebreid in de gevallen van overmacht te bepalen door de Minister van Economische Zaken en in voorwaarden door hem bepaald⁴⁶.

d) Iedereen weet hoe moeilijk het waterbeleid van de grond komt. Tot de Wet van 26 maart 1971⁴⁷ werd in de bescherming van het grondwater voorzien door het Wetsbesluit van 18 december 1946. Krachtens dit wetsbesluit, aangevuld door de Wet van 15 april 1965, werd het Koninklijk Besluit van 14 juni 1966 betreffende de telling van de grondwaterreserves uitgevaardigd.

Voornoemd koninklijk besluit legde een veralgemeende verplichting tot aangifte van grondwater op. Artikel 9 machtigde evenwel de minister tot wiens bevoegdheid de mijnen behoren, bij gemotiveerd besluit, van de naleving van de door het besluit opgelegde verplichtingen te ontslaan; hij kon waar het paste de dispensatie afhankelijk stellen van de naleving van de door hem te bepalen voorwaarden. Hij mocht bovendien een stroomgebied of een streek onttrekken aan de toepassing van het gehele besluit of van een deel ervan⁴⁸.

7. Ook inzake prijsregeling op overheidsinitiatief wordt de gelijkheidsregel door het inschakelen van individuele afwijkingen vaak geschonden.

a) De Ministeriële Besluiten van 28 juni 1961 en 18 juli 1962 houdende vaststelling van maxima prijzen der farmaceutische produkten verleenden aan de Minister van Economische Zaken het recht naar eigen goeddunken afwijkingen toe te staan. Het Hof van Beroep te Brussel weigerde deze besluiten toe te passen omdat de daarin voorkomende discriminatie strijdig werd geacht met het gelijkheidsprincipe vervat in artikel 6 van de Grondwet⁴⁹. Reeds voordien had de Raad van State het Ministerieel Besluit van 23 maart 1951 houdende vaststelling van maximum prijzen voor gas bestemd voor openbare distributie vernietigd⁵⁰.

De Minister van Economische Zaken heeft zich aan de waarschuwing van het Hof van Beroep te Brussel niet te erg gestoord zoals blijkt uit de volgende voorbeelden⁵¹.

b) Het Ministerieel Besluit van 10 mei 1972 verleent aan het Gemeentebestuur van Gosselies de mogelijk-

⁴² Artikelen 2 en 3.

⁴³ Doc. (73) 1731 def. - 17 oktober 1973.

⁴⁴ De Verbruikersunie beweert in *Testaankoop* nr. 134, november 1973, onder de titel "Het gewicht wordt licht opgevat", dat het gemiddeld tekort in bierflesjes van 25 cl. 1,2 % bedraagt. Rekening houdend met de jaarlijkse bierproductie in België zouden de producenten op die manier naar schatting 58.560.000 flesjes per jaar verduisteren m.a.w. 14,6 mil. liter die de verbruikers betalen maar niet krijgen. Zij pleit tevens voor opname in de E.E.G.-richtlijn van de aanduiding van het minimumgehalte.

⁴⁵ Zie o.m. Min. Besluit van 6 maart 1965 houdende inwilliging van een verzoekschrift betreffende het maaldersbedrijf.

⁴⁶ *Belgisch Staatsblad*, 4 maart 1966.

⁴⁷ *Belgisch Staatsblad*, 1 mei 1971.

⁴⁸ *Belgisch Staatsblad*, 6 juli 1966.

⁴⁹ Hof Brussel, 8 november 1967, *J.T.*, 1967, 683.

⁵⁰ Raad van State, 13 maart 1953, *Pas.*, 1954, IV, 75.

⁵¹ Vgl. De Raad van State had een besluit betreffende suikerbieten vernietigd. Daarop nam de bevoegde Minister in drie opeenvolgende besluiten de vernietigde lijst opnieuw op, tot de Raad van State ook de vernietiging van deze drie besluiten uitsprak. Zie M. FLAMME, "Pour un contrôle juridictionnel plus efficace de l'Administration", *J.T.*, 1972, 441.

heid afwijkingen toe te staan inzake verkooptarieven van de elektrische laagspanningstroom⁵².

c) Het Ministerieel Besluit van 29 december 1972 tot reglementering der prijzen der mineraalwaters, gemineraliseerde waters, bronwaters en tafelwaters⁵³ bepaalt in artikel 2 dat in uitzonderlijke gevallen door de Minister van Economische Zaken op de bij artikel 1 vastgestelde prijzen afwijkingen kunnen worden toegestaan.

d) Het Ministerieel Besluit van 30 april 1973 houdende vaststelling der prijzen van de bakstenen voorziet eveneens in de mogelijkheid tot afwijking van de vastgestelde prijzen⁵⁴.

e) Het Ministerieel Besluit van 21 december 1973⁵⁵ houdende bepaling van de verbruikersprijs van rund- en varkensvlees brengt nog andere innovaties in de zin van het institutionaliseren van de individuele behandeling.

Inderdaad⁵⁶ het besluit voorziet in drie verschillende prijsregelingen naar gelang het gaat om kleinhandelaars in vlees die vóór of na 1 november 1972 gevestigd waren of zich na het in werking treden van dit besluit zullen vestigen.

De prijzen van deze laatste categorie moeten worden goedgekeurd door de Minister van Economische Zaken of zijn afgevaardigde, eventueel na raadpleging van een werkgroep⁵⁷.

f) Voor de gegevens over het zeer "geïndividualiseerde" dossier der petroleumrijzen verwijzen wij o.m. naar de studie *Economie op zoek naar recht*⁵⁸.

8. Krachtens het Ministerieel Besluit van 8 oktober 1959 werd een stelsel van prijsverhogingsaangiften ingesteld. Na heel wat betwistingen aangaande de wettelijkheid van deze maatregel⁵⁹ werd het stelsel opgeno-

men in de Wet van 30 juli 1971 houdende wijziging van de Besluitwet van 22 januari 1945⁶⁰.

Ter uitvoering hiervan werd het Ministerieel Besluit van 22 december 1971 uitgevaardigd houdende verplichting tot aangifte der prijsverhogingen⁶¹. Dit besluit werd gewijzigd door het Ministerieel Besluit van 20 april 1972⁶² waarbij krachtens artikel 8 aan het Ministerieel Besluit van 22 december een artikel 10bis wordt toegevoegd. Dit luidt als volgt: de toepassingsregels van dit besluit worden vastgesteld bij wege van ministeriële omzendbrieven opgesteld per bedrijfssector, na raadpleging van de betrokken beroepsgroeperingen.

Ook in deze is de individualisatietendens zeer duidelijk, wat trouwens in de lijn ligt van de individualisering der behandeling van de prijsverhogingsaangiften met de daaraan verbonden mogelijkheid tot vaststelling van een geïndividualiseerde maximumprijs⁶³.

9. Het gebeurt ook dat de overheid uit het oog verliest de bepaalde wetteksten slechts iets betekenen in de mate dat er voor de nodige uitvoering wordt gezorgd. Zo schuilen er in ons economisch recht wel enkele "onwerkzame" wetteksten.

a) Op 18 februari 1950 werd een Beneluxovereenkomst in Den Haag afgesloten houdende eenmaking van de accijnsrechten en van de retributie voor de waarborg der werken uit edel metaal. Deze overeenkomst, die werd goedgekeurd bij Wet van 29 maart 1951⁶⁴ voorziet in de wijziging der officiële gehalten van het goud in België. Thans zijn deze gehalten: 800 en 750 duizendsten⁶⁵. Ingevolge de bovengenoemde Beneluxovereenkomst moeten deze gehalten worden: 750 en 585 duizendsten. Tot dusver werd evenwel onze interne wetgeving (K.B. nr. 80 van 28 november 1939, gewijzigd door de Besluitwet van 28 februari 1947, bekrachtigd door de Wet van 16 juni 1947; Besluit van de Regent van 13 juli 1948, gewijzigd door het Besluit van de Regent van 20 oktober 1949) niet gewijzigd.

b) Krachtens artikel 2 van de Wet van 30 juli 1971 werd in de Besluitwet van 22 januari 1945 een artikel 11bis ingevoegd dat luidt als volgt: "Wanneer zij

⁶⁰ A. DE CALUWÉ, *op. cit.*, p. 21, houdt voor dat deze evolutie de potentialiteit van het economisch recht aantoon. Een van de functies van dit recht bestaat er in de nodige actiemiddelen te scheppen op het ogenblik dat de behoefte zich zal laten gevoelen.

⁶¹ De minister verwijst hier alleen naar de Wet van 30 juli 1971, wat onjuist is aangezien bedoelde wet één van de menigvuldige wijzigingen van het Wetsbesluit van 22 januari 1945 is en tot dusver de aangekondigde coördinatie nog niet werd doorgevoerd.

⁶² *Belgisch Staatsblad*, 25 april 1972.

⁶³ P. DE VROEDE, "Overheidsbeleid inzake prijzen", *R.W.*, 1971-72, 602.

⁶⁴ *Belgische Staatsblad*, 25 november 1951.

⁶⁵ P. DE VROEDE, "La libre circulation des ouvrages en métaux précieux à l'intérieur de la Communauté Economique Européenne", *J.T.*, 1968, 568.

⁵² TH. BOURGOIGNIE, *La Réglementation des Prix en Belgique*, Leuven, 1973, p. 39.

⁵³ *Belgisch Staatsblad*, 6 januari 1973.

⁵⁴ *Belgisch Staatsblad*, 17 mei 1973.

⁵⁵ *Belgisch Staatsblad*, 8 januari 1974.

⁵⁶ Wat hier te vrezen is, is een dispariteit in de behandeling en niet het feit dat de voorgestelde regeling niet kan leiden tot eenheid in de prijzen van de betrokken vleessoorten. Reeds voordien had de Raad van State erop gewezen, dat een conforme prijsvermindering toe te passen op verschillende prijzen geen schending van de gelijkheidsregel betekende: Raad van State, Arrest 12.339 van 21 april 1967, *Adviezen en Arresten*, 1967, 433.

⁵⁷ In deze werkgroep zullen o.m. zitting hebben afgevaardigden van de Landsbond van de Beenhouwers en Spekslaggers van België, van de Vereniging van de grote Distributieondernemingen van België, van de Belgische Vereniging der Voedingsbedrijven met bijhuizen (art. 4).

⁵⁸ G. SCHRANS (o.l.v.), *Economie op zoek naar recht*, Antwerpen, 1973, p. 9-24. Zie ook BOURGOIGNIE, *op. cit.*, p. 45-46.

⁵⁹ Zie hierover P. DE VROEDE, "Aspekten van het overheidsbeleid inzake prijzen", *R.W.*, 1971-72, 600.

overtredingen op de bepalingen van hoofdstuk 1 van deze wet vaststellen, kunnen de ambtenaren en beambten, daartoe speciaal aangesteld door de Minister tot wiens bevoegdheid de Economische Zaken behoren, een geldsom bepalen waarvan de vrijwillige betaling door de dader van de overtreding, de publieke vordering doet vervallen. De tarieven alsmede de betalings- en inningsmodaliteiten worden door de Koning vastgesteld". Het gaat hier om een bepaling die afbreuk doet aan de door de Besluitwet van 22 januari 1945 tot dan toe exclusief aan het parket voorbehouden prerogatieven inzake minnelijke schikkingen.

Terecht heeft men hiervan gezegd dat met deze transactionele procedure het terrein van de administratieve maatregelen wordt verlaten en men de weg van een directe tussenkomst van de uitvoerende macht in de strafrechtelijke betuiging is opgegaan⁶⁶.

Tot dusver heeft men evenwel de voor de uitvoering van deze bepaling nodige koninklijke besluiten niet uitgevaardigd.

c) In de Wet van 27 mei 1960 ter bescherming tegen het economisch machtsmisbruik komt een artikel 27 voor waarbij wordt bepaald dat de wet van toepassing kan worden op de Staat, de provincies, de gemeenten, de openbare instellingen evenals op de organismen van openbaar nut⁶⁷.

Zulks kan evenwel pas gebeuren bij koninklijk besluit na beraadslaging in de Ministerraad uitgevaardigd binnen een termijn van een jaar na het in werking treden van de wet; bedoeld koninklijk besluit is nooit verschenen⁶⁸.

d) Een van de redenen tot verandering van de op 24 december 1958 aangenomen wet waarbij vestigings-eisen konden worden ingesteld in de ambachts-, de kleine- en middelgrote handels- en de kleine nijverheidsondernemingen, is dat deze wet moeilijk bruikbaar was gebleken op het vlak van de distributie.

Men beoogde deze moeilijkheden weg te werken door krachtens een nieuwe wet, die van 15 december 1970⁶⁹ aan de Koning de mogelijkheid te geven op eigen initiatief, na raadpleging van de Hoge Raad van

de Middenstand, kennis van bedrijfsbeheer op te leggen in de ondernemingen waar één of meer werkzaamheden van de groothandel of van de kleinhandel worden uitgeoefend⁷⁰. Deze nieuwe wet is nu meer dan drie jaar oud maar van enig initiatief van de uitvoerende macht is tot dusver niets in huis gekomen. De nieuwe wet blijkt dus op het vlak van de distributie even onbruikbaar als de oude.

e) Nu moet men deze "carences" niet exclusief bij de Belgische overheid zoeken. Op Europees niveau gebeurt het zelfs dat verdragsbepalingen dreigen onwerkzaam te worden. Zo komt in het Euratomverdrag een artikel 76 voor dat bepaalt, dat na verloop van zeven jaar na de inwerkingtreding van het Verdrag de Raad van Ministers het hoofdstuk betreffende de voorziening in atoomgrondstoffen artt. 52 tot en met 76 ofwel moet bevestigen ofwel wijzigen. Zulks is niet gebeurd wat dan aanleiding is geweest voor de Franse regering om de stelling voor te staan dat dientengevolge de artikelen in kwestie als vervallen moesten worden beschouwd. Het Hof van Justitie heeft evenwel dit standpunt niet gedeeld⁷¹.

In bovenstaand betoog hebben wij bewust naar die storende facetten van ons economisch recht gezocht die door een oordeelkundiger en systematischer aanpak hadden kunnen vermeden worden.

Wij wensen tot conclusie van dit eerste deel twee suggesties te doen.

a) Het zou wenselijk zijn zo spoedig mogelijk over te gaan tot het coördineren der bestaande teksten, wat naast het wegwerken van tegenstrijdigheden vooral de overzichtelijkheid van het geheel zou in de hand werken. Voor diegenen die bv. bestendig met de prijzenreglementering te maken hebben, is het lang niet gemakkelijk zich thuis te vinden in een tekst – die van de Besluitwet van 22 januari 1945 – die liefst achtmaal werd gewijzigd en/of aangevuld⁷² en dat voorbeeld is lang geen alleenstaand geval. Voor de toekomst zou dan via een verplichte overlegging van alle besluiten aan de Afdeling Wetgeving van de Raad van State kunnen vermeden worden dat nieuwe dispariteiten het daglicht zouden zien.

b) Aan de Ministers – in de hier behandelde stof vooral die van Economische Zaken – zou de verplichting moeten worden opgelegd enerzijds de gevallen van individuele afwijkingen zoveel mogelijk te beperken anderzijds als afwijkingen niet kunnen vermeden worden de normen bekend te maken krachtens welke

⁶⁶ P. Eeckman, "De prijzenwetgeving", in *Economisch en financieel recht vandaag*, deel I, p. 377. Tijdens de voorbereiding had het amendement Perin reeds gewezen op de gevaren van deze procedure (*Parl. Besch., Kamer*, 1970-71, nr. 966-3, p. 2).

⁶⁷ M. FLAMME, "Le régime des activités commerciales et industrielles des pouvoirs publics en Belgique", *Revue de Sociologie*, 1966, 240-243, heeft zich de vraag gesteld of het logisch was de Staat te rekenen onder diegenen die tot economisch machtsmisbruik konden aanleiding geven.

⁶⁸ Terloops zij hier op twee verrassende formuleringen gewezen. Enerzijds wordt gezegd dat de Koning na advies van de in de Raad vergaderde Ministers de wet kan aanvullen en aanpassen; verder heet het dat het eventueel te nemen K.B. niet mag afwijken van de artt. 1 tot 4, 8, 9 en 11 van de wet. Betekent zulks dat het van de andere artikelen wel mag afwijken?

⁶⁹ *Belgisch Staatsblad* van 20 maart 1971.

⁷⁰ P. DE VROEDE, "Het invoeren van beroepsuitoefeningsvoorwaarden in de kleine- en middelgrote klein- en groot-handel", *Annalen 1973 van de Fakulteit E.S.P. - V.U.B.*, p. 237-254.

⁷¹ Zie Hof van Justitie, 14 december 1971, *R.W.*, 1972-73, 1878.

⁷² Wijzigingen resulterend uit B.W. 7 mei 1945, B.W. 14 mei 1946, B.W. 18 mei 1946, B.W. 7 juni 1946, B.W. 29 juni 1946, Wet van 14 februari 1948, Wet van 23 december 1969 en Wet van 30 juli 1971.

deze individuele afwijkingen mogen worden toegestaan.

Wij hebben ons in dit deel niet ingelaten met het onderzoek van een nochtans voor de betekenis van het economisch recht essentiële aangelegenheid: het naleven van de bepalingen van dat economisch recht, wat de behandeling zou hebben geleverd van de opsporing en de bestraffing der delicten.

Het lag aanvankelijk in onze bedoeling eveneens voor deze twee facetten aandacht op te brengen. Gegevens over de bestraffing zijn evenwel uiterst moeilijk te verkrijgen. Wij hebben ons gewend tot de Algemene Economische Inspectie die ons verwezen heeft naar de procureurs-generaal.

Wij hebben de procureur-generaal te Brussel en te Gent gevraagd om bestraffingsgegevens in verband met de naleving der voorschriften inzake gewichtsaanduiding en prijzen. In beide rechtsgebieden bleken deze gegevens niet voorhanden te zijn⁷³. Wij hebben dan ook van onze opzet om het aspect naleving der strafrechtelijke economische reglementering te behandelen, moeten afzien.

II. De contractvrijheid en de economische evolutie

1. In een recent artikel drukte CH. DEL MARMOL zich als volgt uit: "Les conventions librement et légalement conclues font la loi des parties: règle d'or certes. Vérité naturelle et fondement de toute civilisation. On le répète à l'envi. A condition qu'elle ne serve pas de support juridique à l'oppression économique ou à l'injustice sociale"⁷⁴.

In het recht vrij overeenkomsten te mogen afsluiten, die de partijen tot wet strekken, heeft het bedrijfsleven ontegenzeggelijk een van de meest doelmatige juridische hefbomen.⁷⁵

Het ligt niet in de bedoeling hier uitvoerig te handelen over de beperkingen die aan deze overeenkomstvrijheid o.m. op het economisch vlak zijn opgelegd.

Ietwat paradoxaal zou men van deze overheidstussenkomsten kunnen zeggen, dat zij erop gericht zijn te voorkomen dat krachtens de vrijheid van overeenkomst de partijen zich onvrij zouden maken.

Summier gezien kunnen deze tussenkomsten die dus vrijheidbeperkend zijn, tot twee categorieën worden herleid:

a) de beperkingen bedoeld om een vermoedelijke ongelijkheid der partijen op te vangen. Deze mogelijkheid kan resulteren uit het verschil in niveau waarop de partijen zich bevinden; de verhouding producent

en/of verdeler – verbruiker is daarvan een typisch voorbeeld.

Wetten zoals die op de verkoop op afbetaling⁷⁶ of op de aankoop van niet gebouwde appartementen⁷⁷ zijn in deze categorie onder te brengen.

De ongelijkheid kan eveneens verondersteld worden te bestaan tussen de economische partners. Wetten zoals die op de handelshuren⁷⁸, op de beëindiging der alleenverkoopsovereenkomsten⁷⁹ zijn in deze categorie onder te brengen.

b) De beperkingen aan de overeenkomsten tussen economische partners, enerzijds om de onderlinge concurrentiemogelijkheden gaaf te houden, anderzijds om te vermijden dat de concurrentiebeperkingen nadelige gevolgen voor de consument zouden teweeg brengen.

De wet op de leurhandel⁸⁰, de wet op de handelspraktijken⁸¹ zijn daar voorbeelden van.

2. De contractvrijheid vindt eveneens een begrenzing in het begrip openbare orde.

Bij nader toezien blijkt deze beperking eerder theoretisch mede wegens het subjectieve van het begrip "openbare orde". Het is niet de omschrijving die het Cassatiearrest van 9 december 1948⁸² ervan gegeven heeft die dat zal kunnen tegenspreken. Inderdaad, als de openbare orde wordt gevormd door de regels die de essentiële belangen van de Staat of de gemeenschap raken of die in het recht de fundamentele juridische grondslagen vastleggen waarop de gehele economische of morele orde van een bepaalde maatschappij steunt, dan kan men staande houden, zoals BAETEMAN het deed, dat de economische publieke orde erin bestaat de contractuele en economische vrijheid te handhaven⁸³. In plaats van beperkend te zijn wordt de openbare orde dan het begrip waarop men de contractsvrijheid fundeert⁸⁴.

3. Mogen overeenkomsten strijdig zijn met het openbaar belang? Zo ja, wat houdt dat begrip in en wie oordeelt er over?

⁷⁶ Zie hierover o.m. A. HOUTEKIER, *De afbetalingsovereenkomst*.

⁷⁷ A. DE CALUWÉ en A.C. DELCORDE, "Loi du 9 juillet 1971 réglementant les contrats relatifs à certaines constructions immobilières", *J.T.*, 1972, 181.

⁷⁸ J. VANKERCKHOVE en M. LAHAYE, *Le Louage des choses, Les Baux commerciaux*, Bruxelles 1970 nr. 1351 e.v.

⁷⁹ G. BRICMONT en R. GYSELS, *Le contrat de concession de vente exclusive*, Brussel 1962, p. 33-34.

⁸⁰ R. PONNET, *Leurhandel*, *A.P.R.*, 1954, p. 12-13.

⁸¹ A. DE CALUWÉ, *Le droit de la concurrence*, I, p. 81-88.

⁸² Cass., 9 december 1948, *Pas.*, 1948, I, 699; zie ook DE PAGE, I, nr. 91.

⁸³ G. BAETEMAN, "Het economisch recht en de economische openbare orde", *V.U.B. Fac. der Rechtsgeleerdheid - Studies en Voordrachten*, Brussel, I, p. 98.

⁸⁴ In een arrest van 13 mei 1958 zegt het Hof van Beroep te Brussel dat de politiek van prijsbinding slechts zou kunnen betwist worden wanneer zij de openbare orde door een overtreding van een reglementering schendt... (*Revue de droit intellectuel*, 1958, p. 88).

⁷³ Enkele gegevens zijn te vinden in het referaat van J. D'HAENENS, "De sancties in de Wet van 14 juli 1971 betreffende de handelspraktijken", *Economisch en financieel recht vandaag*, deel 2, p. 244, noot 35.

⁷⁴ CH. DEL MARMOL, "Réflexions sur l'utilisation des techniques contractuelles dans la vie des affaires", *J.T.*, 1973, 69.

⁷⁵ DE PAGE, II, p. 439, voetnoot 1.

In enkele van onze economische wetten en reglementeringen heeft de wetgever zich beperkt tot een verwijzing naar het algemeen belang (o.m. art. 1 van het Koninklijk Besluit nr. 62 van 13 januari 1935; art. 2 van de Wet van 27 mei 1960 tot bescherming tegen het economisch machtsmisbruik).

In de economische expansiewetten⁸⁵ verwijst de wetgever naar het begrip algemeen economisch belang dat hij zelf omschrijft. In artikel 2 van het Koninklijk Besluit van 17 augustus 1959 luidt het als volgt: de werkverschaffing in het kader van de politiek van tewerkstelling, de oprichting van nieuwe industrieën en de fabricatie van nieuwe produkten, de ontwikkeling van bestaande ondernemingen die zich aanpassen aan de nieuwe marktvoorwaarden, de verbetering van de toestand van gedepriimeerde economische sectoren, verbetering van de werkvoorwaarden en van de exploitatievoorwaarden van de ondernemingen door het stijgen van de produktiviteit en van de rentabiliteit, de verbetering van de kwaliteit der produkten, de oprichting of de uitbreiding van de researchafdeling van de ondernemingen⁸⁶.

In de Wet van 18 juli 1959 heet het dat het algemeen belang zal behartigd worden door een evenwichtige verdeling van de economische activiteit en van de welvaart onder de verschillende gewesten van het land en door de specifieke economische en sociale moeilijkheden van sommige onder hen te bestrijden⁸⁷.

In de Wet van 14 juli 1966 wordt het begrip algemeen economisch belang niet omschreven. Luidens de memorie van toelichting blijkt evenwel duidelijk dat men hier bedoelt: reconversie voor bepaalde in fundamentele teruggang verkerende economische activiteiten, de creatie van vervangingsactiviteiten en anderdeels industrialisatie van bepaalde economisch minder ontwikkelde streken en creatie van arbeidsplaatsen voor de toevoer van arbeidskrachten voortvloeiend uit de demografische groei waarbij het voornaamste doel blijft het verwezenlijken voor onze gehele bevolking van een hoog en algemeen welvaartpeil, harmonieus over het gehele grondgebied verspreid⁸⁸.

In het verslag aan de Koning bij het K.B. nr. 87 van 17 november 1967 tot wijziging en aanvulling van de Wet van 17 juli 1959 wordt het algemeen belang geïdentificeerd met de economische groei van het land⁸⁹.

4. Het omschrijven van het begrip algemeen belang in betwistingen van economische aard plaatst de rechter in een zeer moeilijke situatie. Het gaat hier inderdaad om een aftasten en tegen elkaar afwegen van waarden waarbij het persoonlijk standpunt van de

rechter zal doorslaggevend zijn⁹⁰. Zijn uitspraak zal hier steeds het resultaat zijn van een buitenjuridische "Vorentscheidung"⁹¹.

Het is dan ook niet te verwonderen dat de rechter het begrip openbaar belang vrij uiteenlopend heeft geïnterpreteerd⁹².

a. Zo poneert het bekende cassatiearrest van 2 juni 1960⁹³ dat een overeenkomst die een collectieve prijs-eerbiediging beoogt niet strijdig is met het algemeen belang en dat de collectieve boycott die wordt uitgevaardigd tegen iemand die zich aan deze collectieve verplichting wil onttrekken gerechtvaardigd is omdat deze boycott de behartiging van rechtmatige belangen nastreeft.

Het Hof bevestigt deze rechtspraak nog in zijn arrest van 22 mei 1964. Hierin stelt het Hof dat de collectieve beslissing van de uitgevers van geïllustreerde weekbladen om hun periodieken niet te laten verkopen aan personen die ze gebruiken voor leesportefeuilles de bescherming van wettige belangen beoogt en dus toegelaten is⁹⁴. In zijn arrest van 19 februari 1969⁹⁵ treedt het Hof van Beroep te Brussel deze stelling bij. Het "Groupement National des propriétaires et concessionnaires de marques belges et étrangères de vins, champagnes, apéritifs, liqueurs et spiritueux" is gerechtigd de levering aan een kleinhandelaar te weigeren wanneer deze weigering ingegeven wordt door een rechtmatig belang bv. het vermijden van een prijsbederf.

b. Maar de rechter heeft er soms ook anders over beslist. Zo wilden te Antwerpen drie verbonden sleepvaartbedrijven de vestiging van een concurrerend bedrijf tegenwerken door getrouwheidspremies te verbinden aan een verplichting van exclusief verkeer. Deze handelwijze werd én onrechtmatig én strijdig met het algemeen belang genoemd⁹⁶.

Ook het Hof van Cassatie heeft in bepaalde arresten een andere opvatting inzake de "te beschermen wettige belangen" gehuldigd. Zo beschouwt het Hof in het arrest van 18 februari 1965 als strijdig met de eerlijke handelsgebruiken het toekennen van een publiciteitspremie door een groepering van fabrikanten van behangpapier en zulks omdat aldus een niet tot de groepering behorende onderneming die weigert tot de groepering toe te treden, van de markt zou worden geweerd. Dergelijke uitschakeling, aldus het Hof, wordt

⁹⁰ J. DASSESE, "Organisation de la concurrence et intérêt général", *R.C.J.B.*, 1961, 206.

⁹¹ W. VAN GERVEN, *Het beleid van de rechter*, p. 141. In dezelfde zin J. MESSINE, "Le rôle du juge pénal belge en présence de problèmes économiques", *J.T.*, 1970, 428.

⁹² CH. DEL MARMOL, "Le boycottage commercial en droit privé", *Annales de la Faculté de droit de Liège*, 1956, p. 79 e.v.

⁹³ *Pas.* 1960, I, 1133.

⁹⁴ *R.W.*, 1965-66, 337.

⁹⁵ *J.T.*, 1969, 241.

⁹⁶ Kh. Antwerpen, 6 juli 1964, *R.W.*, 1964-65, 314.

⁸⁵ L. DE KEYSER, "Algemeen Overzicht van de Economische Expansiewetgeving", *Economisch en financieel recht vandaag*, deel I, p. 199-225.

⁸⁶ *Belgisch Staatsblad*, 29 augustus 1959.

⁸⁷ *Belgisch Staatsblad*, 29 augustus 1959.

⁸⁸ Verslag namens de Commissie voor Economische Zaken en Energie, *Parl. Besch., Kamer*, 1965-66, nr. 218-5, p. 27.

⁸⁹ *Belgisch Staatsblad*, 14 november 1967.

door geen enkel wettig belang gerechtvaardigd⁹⁷. Het Hof erkent hier zonder meer het goed recht van de dissidente firma om zich niet aan de collectieve discipline te onderwerpen.

In het arrest van 2 juni 1960 werd precies gewezen op de mogelijkheid voor de outsider alle "onheil" te vermijden door toetreding tot de collectieve regeling.

In dezelfde zin beslist Hof Brussel, 27 mei 1968⁹⁸ m.b.t. een boycotactie van de fabrikanten van sigaretten tegen een outsider die sigaretten met premie verkocht. Volgens het Hof is het feit dat de verkoop met premie niet expliciet verboden is – in 1968 – beslissend om de stelling der fabrikanten van sigaretten dat zij met hun boycotactie de gezondheidmaking der markt beogen, te verwerpen. Tegelijkertijd verwerpt het Hof de door belanghebbende uitgewerkte overeenkomst inzake collectieve naleving van de prijsbinding.

5. Men kan dus begrip opbrengen voor de wetgever van 1935 (K.B. nr. 62 van 13 januari 1935) en van 1960 (Wet ter bescherming tegen het economisch machtsmisbruik) die de omschrijving van het begrip algemeen belang heeft toevertrouwd aan de Raad van Economische Geschillen. In zijn advies voor de Wet van 27 mei 1960 had de Raad van State onderstreept dat het algemeen belang dat de toetssteen van het misbruik vormt, geen rechtsregel is die als zodanig door de rechter kan worden toegepast⁹⁹.

Het loont wel de moeite even te onderzoeken of de door de Raad van State vooropgestelde mening wel met de werkelijkheid klopt.

Tussen 1936 en 1947 werden ter uitvoering van het Koninklijk Besluit nr. 62 van 13 januari 1935 niet minder dan 250 verzoekschriften ingediend. Het ging steeds om pogingen tot verbindendverklaring van vrijwillig aangegane verbintenissen die productiebeperkingen inhielden¹⁰⁰.

De Raad van Economische Geschillen heeft in dezen de verdienste gehad slechts een twaalfstal van de ingestuurde verzoekschriften in te willigen.

Na de oorlog, in de jaren 1947-48 bracht de Raad zesmaal een gunstig advies uit in haast gelijkaardige gevallen van productiebeperking. Het ging om beperking van de fabricage van vensterglas¹⁰¹, van rubberwerken¹⁰², van vervoerbaar, vast of gasvormig kool-

zuur¹⁰³, van bouten¹⁰⁴, van de industriële maalderijen¹⁰⁵, van gedraaide stalen staven¹⁰⁶. Ook nadien werden nog enkele overeenkomsten inzake productiebeperkingen algemeen verbindend verklaard¹⁰⁷.

Het geeft dus de indruk dat de Raad van Economische Geschillen de destijds in het Belgisch bedrijfsleven gehuldigde opvattingen van economisch malthusianisme is bijgetreden¹⁰⁸.

Zelfs wanneer de Raad de afwijzing van verzoekschriften heeft geadviseerd wil dat nog niet zeggen dat de daarin behandelde overeenkomsten strijdig waren met het algemeen belang. De afwijzing van de Raad houdt alleen in dat de veralgemening van de vrij aangegane verbintenis niet aan voornoemd algemeen belang beantwoordt.

Terecht merkt GOTZEN¹⁰⁹ op: "Kenschetsend is het gemis aan weerslag van een eventuele weigering van de Koning om de gevraagde bindendverklaring toe te staan op de contractuele waarde der door verzoeker onderling aangegane verbintenissen. Voor zover die verbintenissen naar gemeenrecht geldig onderschreven waren en niet onderworpen aan een voorwaarde van latere veralgemening bij K.B. blijven de ondertekenaars verder gebonden"¹¹⁰.

Uit de recente beslissingen in toepassing van het Koninklijk Besluit nr. 62 van 13 januari 1935 is weinig te halen. Het geldt hier eerder "onschuldige" reglementeringen waarbij het algemeen belang zich naar onze mening vrij zwak profileert.

De eerste betreft de reglementering die de betrekkingen tussen producenten en verdelers van bieren en drinkwaters regelt, los van enig idee van productiebeperking¹¹¹. Deze reglementering die tot stand kwam bij

¹⁰³ Besluit van de Regent 4 juni 1947, *Belgisch Staatsblad*, 21 juni 1947.

¹⁰⁴ Besluit van de Regent 12 mei 1948, *Belgisch Staatsblad*, 3 juni 1948.

¹⁰⁵ Besluit van de Regent 20 mei 1948, *Belgisch Staatsblad*, 5 juni 1948.

¹⁰⁶ Besluit van de Regent 5 augustus 1948, *Belgisch Staatsblad*, 5 juni 1948.

¹⁰⁷ O.m. K.B. 12 april 1955, *Belg. St.*, 3 juni 1955, betreffende fabricagebeperking van gegoten glas; K.B. 6 juni 1955, *Belg. St.*, 9 juli 1955, betreffende fabricagebeperking van vloeibaar of vast koolzuur.

¹⁰⁸ Op twee vlakken is de overheid in deze richting blijven voortdenken; zie de diverse maatregelen in verband met het verbod van uitbreiding der industriële maalderijen waarvan het laatste bij Wet van 23 december 1969. In een zekere zin is de numerus clausus betreffende de spreiding van de voor het publiek opengestelde apotheken (K.B. 9 februari 1970, K.B. 27 oktober 1972, Wet van 17 december 1973) in dezelfde richting te situeren.

¹⁰⁹ M. GOTZEN, *Vrijheid van beroep en bedrijf en onrechtmatige mededinging*, I, nr. 562.

¹¹⁰ Anders is het gesteld in Nederland waar de Economische Raad bedrijfsregelingen onverbindend kan verklaren (C.H. SCHOUTEN, *Grondslagen van het mededingingsrecht*, p. 17).

¹¹¹ A. DE CALUWÉ, *Les ventes, les prêts et les prêts personnels à tempérament, les obligations de brasserie*, Brussel, 1965, p. 297-309.

⁹⁷ *R.C.J.B.*, 1967, 245. Dit arrest bevestigt een arrest van het Hof van Beroep van Brussel van 16 mei 1963; hierover M. GOTZEN, "Exclusivités", *J.T.*, 1964, 706-707.

Op het subjectieve van deze beoordeling wordt gewezen door G. HORSMANS, "La guerre des tarifs et la concurrence déloyale", *R.C.J.B.*, 1967, 258-276.

⁹⁸ *J.T.*, 1968, 646, met instemmende noot van L. Van Bunnin.

⁹⁹ CH. DEL MARMOL, *op. cit.*, p. 96.

¹⁰⁰ E. VERHAEGEN, "Considérations sur le Conseil de Contentieux économique", *J.T.*, 1947, 529.

¹⁰¹ Besluit van de Regent 5 maart 1947, *Belgisch Staatsblad*, 19 maart 1947.

¹⁰² Besluit van de Regent 29 mei 1947, *Belgisch Staatsblad*, 13 juni 1947.

K.B. van 28 november 1961 werd bestendig verlengd, de laatste maal bij K.B. van 29 december 1972¹¹². De andere betreft een reglementering inzake de productie van dweilen en onderleggers¹¹³.

Nog een verzoekschrift is hangend. Het werd gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad van 12 december 1973. Het betreft de reglementering van de contractuele betrekkingen tussen de leveranciers en kleinhandelaars in brandstoffen en smeermiddelen in de verkooppunten.

Het meest recente aanknopingspunt ter beoordeling van de opvattingen van de Raad van Economische Geschillen wordt ons gegeven door het Koninklijk Besluit van 7 november 1973 genomen ter uitvoering van de Wet van 27 mei 1960 tot bescherming tegen het misbruik van economische machtspositie¹¹⁴.

Na dertien jaar is dus ook deze wet eindelijk van de grond gekomen wat dan wel het wantrouwen dat destijds t.o.v. de wet werd betoond komt bevestigen¹¹⁵.

Het gaat hier om een economisch machtsmisbruik waaraan zich de groepering "De Belgische Fruitbeurs" heeft bezondigd.

Indien al in de motiveringen die tot voornoemd Koninklijk Besluit van 7 november 1973 hebben geleid, wordt gezegd dat praktijken die de normale werking der mededinging vervalsen of beperken en die een hinderpaal vormen voor de economische vrijheid der verdelers, een inbreuk op het algemeen belang betekenen, dan laat de genomen beslissing toch het bestaande monopolie van de Belgische Fruitbeurs, inzake import van exotisch fruit, onaangeroerd. De klagende partij krijgt na een procedure die vijf jaar en zeven maanden heeft geduurd alleen het recht aanwezig te zijn bij het nemen van monsters met de garantie vooraf te zullen worden verwittigd van plaats, dag en uur der controlewerkzaamheden¹¹⁶.

Als wij trachten een beoordeling te formuleren over de manier waarop de Raad van Economische Geschillen het begrip algemeen belang heeft geïnterpreteerd, dan geloven wij niet dat de beslechting van economische betwistingen beter door dit rechtscollege dan door de klassieke rechtbanken wordt verzekerd. Waarbij dan nog dient opgemerkt dat het niet de Raad van

Economische Geschillen is die beslist, maar wel de Minister die in dezen de rechter vervangt¹¹⁷.

7. Bij de constatering dat het Belgisch bedrijfsleven een zeer beperkt gebruik¹¹⁸ heeft gemaakt van de kartelvorderende wetgeving¹¹⁹ kan de vraag worden gesteld of de overeenkomsten in het Belgisch economisch recht een grote rol spelen?

Om deze vraag te onderzoeken is het noodzakelijk duidelijk te stellen dat het Koninklijk Besluit nr. 62 van 13 januari 1935¹²⁰ geen beletsel is om met de midelen van gemeen recht die de contractvrijheid biedt het vooropgestelde doel te bereiken. Zulks werd in niet overtuigende door de Rechtbank van Koophandel te Brussel¹²¹ en in zeer overtuigende bewoordingen door het Hof van Cassatie in het arrest van 2 juni 1960 voorgehouden¹²². Er bestaat in ons recht geen regeling inzake kartelafspraken. Ook de Wet van 27 mei 1960 bepaalt ter zake niets¹²³ zelfs geen aangifteverplichting zoals die in de ons omliggende landen bestaat¹²⁴.

Wij kennen de bestaande overeenkomsten en afspraken dus slechts zijdelings. Onze kennis ter zake resulteert uit de verzoekschriften tot bindendverklaring van vrij aangegane verplichtingen (uitvoering van het K.B. nr. 62 van 13 januari 1935), uit de behandeling van de overeenkomsten die aan de E.E.G.-Commissie werden aangemeld ter uitvoering van de Verordening 17/62 of waarvan de E.E.G.-Commissie door ambts-halve onderzoek het bestaan heeft achterhaald, tenslotte uit de betwistingen die naar aanleiding van overeenkomsten ter beoordeling aan de Belgische rechter werden voorgelegd.

8. De aanmeldingen van overeenkomsten en/of afspraken aan de E.E.G.-Commissie hebben ons wel enig inzicht gegeven m.b.t. het belang van de overeenkomsten in het Belgisch bedrijfsleven.

¹¹⁷ J. MESSINE, "Le rôle du juge pénal belge en présence des problèmes économiques", *J.T.*, 1970, 449.

¹¹⁸ Soms wordt wel beweerd, zie o.m. F. BAUDHUIN, *Code économique et financier*, 1954, I, p. 1543, dat de procedure te omslachtig was en dat hierdoor tal van ondernemingen werden afgeschrikt. Dit argument lijkt ons des te minder steekhoudend daar bij Besluitwet van 7 juni 1946 een artikel 4bis en 4ter werd ingevoegd in de Besluitwet van 22 januari 1945 waarbij een aan die van het K.B. nr. 62 van 13 januari 1935 gelijkaardige, maar vereenvoudigde spoedprocedure werd ingesteld, die al evenmin succes kende als de vorige.

¹¹⁹ W. VAN GERVEN, "Schets...", *S.E.W.*, 1971, 406.

¹²⁰ In verband met het K.B. nr. 62 wijst W. VAN GERVEN, *Beginnelen van Belgisch Privaatrecht*, deel I, p. 42, op de vervaging van het onderscheid tussen wet en overeenkomst.

¹²¹ Kh. Brussel, 5 augustus 1937, *Belg. Jud.*, 1937, 597.

¹²² Cfr. supra, G. SCHRANS, *Collectieve Prijsbeheersing*, p. 361 heeft er terecht op gewezen dat de belanghebbenden de toepassing van het K.B. nr. 62 mogen vragen. Indien zij menen hetzelfde resultaat te kunnen bereiken met behulp van andere wettige middelen is zulks hun volste recht.

¹²³ K. KRUIJTHOF, *De verticale prijsbinding van merkartikelen*, Brussel, 1972, p. 136.

¹²⁴ O.m. in Nederland, Duitsland en Frankrijk.

¹¹² *Belgisch Staatsblad*, 3 februari 1973.

¹¹³ Koninklijk Besluit van 8 maart 1971, *Belgisch Staatsblad*, 29 april 1971. Dit koninklijk besluit sluit aan bij het Koninklijk Besluit van 22 augustus 1968 dat dezelfde reglementering tot doel had. De reglementering is beperkt tot 31 oktober 1973. Ze werd tot dusver niet verlengd.

¹¹⁴ *Belgisch Staatsblad*, 9 november 1973; *R.W.*, 1973-74, 1214, met noot van LEO NEELS.

¹¹⁵ G. VAN HECKE, "Rechtsvergelijkende aantekeningen bij de wet tot bescherming tegen misbruik van economische machtspositie", *R.W.*, 1961-62, 412 e.v.; G. SCHRANS, "Bedenkingen bij de Wet van 27 mei 1960 tot bescherming tegen misbruik van economische machtsposities", *R.W.*, 1960-61, 1461.

¹¹⁶ Zie over dit koninklijk besluit de interessante commentaar van L. NEELS, *R.W.*, 1973-74, 1214-1232.

Als wij ons beperken tot de horizontale overeenkomsten en/of afspraken met uitwerking op de Belgische markt dan stellen wij inderdaad vast dat dergelijke akkoorden of onderlinge gedragingen bestaan of bestaan hebben in de volgende sectoren: fabricage en plaatsen van wand- en vloertegels¹²⁵, gereedschapsmachines¹²⁶, cement¹²⁷, fabricage en verdeling van ammoniumsulfaat¹²⁸, fabricage van stikstofmeststoffen en synthetische ammoniak¹²⁹, fabricage van artificieel cement Portland¹³⁰, distributie van parfumerie- en toiletartikelen¹³¹, fabricage van stalen buizen¹³², fabricage en verdeling van materiaal voor centrale verwarming¹³³, onderdelen, toebehoren en werktuigen voor motorvoertuigen, werkplaatsinrichtingen en motorrijwielen¹³⁴, verkoop van superfosfaat¹³⁵, suikerproductie¹³⁶, gips en gipsproducten¹³⁷, verdeling van films¹³⁸, brouwerijcontracten met afnameverplichting¹³⁹, verdeling van uurwerken¹⁴⁰, isolatiemateriaal en schuimglas¹⁴¹ om de voornaamste te noemen.

9. De betwistingen in verband met horizontale overeenkomsten en/of afspraken voorgelegd aan de Belgische rechtscollages zijn niet zo talrijk. Benevens de hierboven geciteerde, kunnen wij nog gewagen van een betwisting in de sector behangpapier. Een groep van fabrikanten van behangpapier had het aanwenden van enige aanduiding van prijsvermindering door de door hen bevoorradede detailzaken verboden. In geval van overtreding bestond er een onderling afgestemde praktijk om de levering aan de overtreder stop te zetten. Bij bevelschrift van 1 maart 1973 heeft de voorzitter van de Rechtbank van Nijvel deze overeenkomst met de daaraan verbonden onderlinge afgestemde praktijk strijdig bevonden met de eerlijke handels-

praktijken¹⁴². Een nieuw geval van collectieve verkoopsweigering inzake farmaceutische produkten werd door het Hof van Cassatie als inbreuk op artikel 4 van de Besluitwet van 22 januari 1945, gewijzigd door de Besluitwet van 29 juni 1946, beschouwd¹⁴³.

Bovendien zijn er de algemene verkoopsvoorwaarden die vaak door beroepsorganisaties worden opgesteld en door elke aangesloten onderneming worden toegepast. Eerder uitzonderlijk is het hier tot betwisting gekomen¹⁴⁴.

10. De Wet ter bescherming tegen het misbruik der economische machtsposities heeft onze kennis inzake afspraken of overeenkomsten op de Belgische markt praktisch niet verrijkt. Het enig Koninklijk Besluit dat ter uitvoering van deze wet werd uitgevaardigd – het Koninklijk Besluit van 7 november 1973¹⁴⁵ – leert ons het bestaan van de Belgische Fruitbeurs die de nagenoeg totale exclusiviteit heeft van de Belgische import van exotisch fruit.

11. Hier mogen we ons afvragen of een verplichte aangifte der kartelafspraken niet opnieuw aan de orde dient gesteld. Als men constateert dat in Nederland tussen 1963 en 1968 gemiddeld per jaar circa 1600 kartels werden aangemeld¹⁴⁶ dan kan men slechts betreuren dat een zelfde middel om tot markttransparantie te komen ten onzent niet bestaat. Deze overweging krijgt naar ons gevoel een nieuwe dimensie ingevolge het Koninklijk Besluit van 27 november 1973 houdende reglementering van de economische en financiële inlichtingen te verstrekken aan de ondernemingsraden¹⁴⁷.

Deze verplichting die sinds 1970 in het eisenprogramma der vakbonden werd ingeschreven¹⁴⁸ voorziet in een basisinformatie (artt. 4 tot en met 14), een jaarlijkse voorlichting (artt. 15 tot en met 23), een periodieke voorlichting (art. 24) en een occasionele voorlichting (artt. 25 en 26).

¹⁴³ Cassatie, 24 mei 1965. Zie hierover M. GOTZEN, "L'article 4 de l'Arrêté Loi du 22 janvier 1945 et le refus de vendre", *J.T.*, 1968, 285; A. DE CALUWÉ, "Verkoopsweigering", in *Economisch en financieel recht vandaag*, I, p. 281-294.

¹⁴⁴ CH. DEL MARMOL, "Les clauses contractuelles types facteur d'unification du droit commercial", *Liber amicorum Baron L. Frederica*, I, p. 307. Zie ook Hof Gent, 4 mei 1961, *R.W.*, 1961-62, 841 in verband met de algemene verkoopsvoorwaarden vastgelegd door de Unie der Appreteerders, linnen, jute, hennep en mixte weefsels.

¹⁴⁵ Luidens een mededeling van de Minister van Economische Zaken aan R. KRUIJTHOF die het rapporteert in *De verticale prijsbinding*, p. 167, zouden tot einde 1971 32 gevallen behandeld zijn. Zij werden op een of ander niveau van de procedure geseponeerd of ongerijmd verklaard. Zie ook L.P. SUETENS, "Belgian anti-Trust Law in action", *Com. Market Law Review*, 1964-65, 330. Zie ook *Rev. Dr. Intel.* 1963, 156.

¹⁴⁶ M.R. MOK, "Het Nederlands Kartelbeleid", *S.E.W.*, 1969, 131-186.

¹⁴⁷ *Belgisch Staatsblad*, 28 november 1973.

¹⁴⁸ L. VAN OUTRIVE in L. HUYSE, L. VAN OUTRIVE, L.J. DE HAENE, *Machtsgroepen in de samenleving*, p. 66-67.

¹²⁵ *Publikatieblad* nr. 73, 13 mei 1964, p. 1167-1168.

¹²⁶ *Publikatieblad* nr. 103, 10 juni 1966, p. 1858-1859.

¹²⁷ *Publikatieblad* L nr. 303, 31 december 1972, p. 7-17 en p. 24-40.

¹²⁸ *Publikatieblad* nr. 93, 18 mei 1967, p. 1821/67.

¹²⁹ *Publikatieblad* L 18 mei 1967, p. 1823/67 en ook *P.B.* L 276 van 14 november 1968.

¹³⁰ *Publikatieblad* C 35, 19 april 1968, p. 23.

¹³¹ *Publikatieblad* C 32, 19 maart 1970, p. 1 en L 148, 8 juli 1970, Besch. 30 mei 1970. Deze regeling had voorheen reeds aanleiding gegeven tot een betwisting die ten voordele van de belanghebbende beroepsgroepering werd beslecht (Voorz. Kh. Brussel, 23 maart 1962, *J.T.*, 1962, 298).

¹³² *Publikatieblad* C 159, 12 december 1969, p. 7-8.

¹³³ *Publikatieblad* 72/390/E.E.G.

¹³⁴ *Bulletin der Europese Gemeenschappen* 8/70.

¹³⁵ *Bulletin der Europese Gemeenschappen* 8/70.

¹³⁶ *Publikatieblad* L 140, 20 mei 1973, p. 17-48.

¹³⁷ *Publikatieblad* nr. 150, 3 juni 1967.

¹³⁸ *Publikatieblad* L 147, 7 juli 1970.

¹³⁹ Hof van Justitie, 12 december 1967, *Jur.* XIII, 511; Hof van Justitie, 6 februari 1973, *J.T.*, 1973, p. 458.

¹⁴⁰ Beschikking 5 november 1970; zie P. DE VROEDE: "Een selectief distributiesysteem...", *R.W.*, 1972-73, 785-794.

¹⁴¹ *Publikatieblad* L 272, 5 december 1972.

¹⁴² *J.T.*, 1974, 712. Zie ook G. SCHRANS, "Over collectieve Prijsbeoordeling en weigering van verkoop in het E.E.G.-Mededingingsrecht", *R.W.*, 1972-73, 1697-1702.

Onder de basisinformatie die aan de ondernemingsraden moet verstrekt worden, treffen we aan: – de economische en financiële betrekkingen die de onderneming onderhoudt met andere juridische, economische of financiële entiteiten, evenals de aard van deze betrekkingen (art. 5, 4°);

– eventueel het bestaan en de aard van de overeenkomsten en akkoorden die fundamentele en duurzame gevolgen hebben voor de toestand van de onderneming (art. 5, 5°);

– de elementen die het mogelijk moeten maken een algemeen inzicht te krijgen in de wijze waarop de producten van de ondernemingen gecommmercialiseerd worden, zoals de distributiekanaalen, de verkooptechnieken, beduidende gegevens betreffende de distributiemarges (art. 6, 6°)¹⁴⁹.

Het veel omvattende karakter van deze hier summier opgesomde verplichtingen noopt tenminste tot de volgende commentaar. Waarom deze informatie tot het ondernemingsvlak beperken? Was het niet veel oordeelkundiger geweest sommige van deze informatieverplichtingen te veralgemenen o.m. via kartelaanmelding en het aanleggen van een openbaar kartelregister?

12. Men kan anderzijds de vraag stellen of in onze geëvolueerde maatschappij het stadium der overeenkomsten en/of afspraken in een zekere zin niet voorbij gestreefd is. COOPMANS heeft er terecht op gewezen¹⁵⁰ dat de overeenkomsten en afspraken zeer vaak verdrongen worden door onderling afgestemde gedragingen. Het is trouwens geen toeval dat de stellers van het Verdrag van Rome houdende instelling van de Europese Economische Gemeenschap ook de onderling afgestemde gedragingen in het toepassingsveld van artikel 85 hebben opgenomen.

Dit is niet geschikt om de dingen eenvoudiger te maken. Inderdaad, dikwijls zal het zeer moeilijk zijn het bewijs te leveren van het bestaan van onderling afgestemde praktijken, feitelijke gedragingen die duiden op een verstandhouding, een bewuste samenwerking van verscheidene ondernemingen, zonder bindend karakter, en dit met het oog op de verwezenlijking van een gemeenschappelijk plan¹⁵¹.

Hoe dan ook, de drie belangrijkste beschikkingen door de Commissie der Europese Gemeenschappen getroffen wegens overtredingen op de bepalingen van artikel 85 hebben betrekking op onderling afgestemde gedragingen. Het gaat hier om de beschikking IV/26.623 betreffende het Internationaal Kininekartel¹⁵²,

¹⁴⁹ Onder voorwaarden bepaald in de artt. 27 tot en met 29 kunnen afwijkingen toegestaan worden op deze laatste informatieverplichtingen.

¹⁵⁰ T. COOPMANS, *Contractueel stippelwerk*, p. 4-17.

¹⁵¹ A. BRAUN, A. GLEISS, M. HIRSCH, *Le droit des ententes de la Communauté Economique Européenne*, Brussel, 1966, p. 59-63.

¹⁵² *Publikatieblad* L 192, 5 augustus 1969.

om de beschikking IV/26.267 inzake kleurstoffen¹⁵³ en om de beschikking IV/26.918 betreffende de Europese Suikerindustrie¹⁵⁴.

13. Wellicht ongewild heeft de rechtspraak van de Commissie van de Europese Gemeenschappen eveneens ertoe aangezet af te zien van de techniek der overeenkomsten ten voordele van de eigenlijke concentratie¹⁵⁵. Het is inderdaad niet uitgesloten dat het strenge optreden tegen de overeenkomsten tussen ondernemingen de belanghebbenden verplicht heeft uit te zien naar integratieformules die niet alleen een betere beveiliging bieden tegen de bedoelde strengheid maar bovendien juridische hinderpalen voor de economisch noodzakelijke samenwerking uitschakelen¹⁵⁶.

Het zoeken naar een ander patroon van economische macht werd ook in de hand gewerkt door de koerswijziging die de Commissie inzette m.b.t. het begrip onderneming dat centraal staat bij de toepassing van artikel 85. Aanvankelijk heeft de Commissie, mede onder invloed van de in het kader van het E.G.K.S.-Verdrag ontwikkelde rechtspraak de onderneming als synoniem van rechtspersoon gezien. Het is pas met de beschikking Christiani-Nielsen van 13 juni 1969¹⁵⁷ dat de Commissie zich van deze opvatting heeft gedistancieerd. Zij houdt ons voor dat tussen een moeder- en dochtermaatschappij geen staat van concurrentie kan heersen. Het is niet voldoende dat iedere onderneming rechtspersoonlijkheid heeft, van belang is na te gaan of een zelfstandige actie van een filiaal ten aanzien van de moederverenootschap economisch mogelijk is.

De Commissie is dus kennelijk van een juridische naar een economische opvatting overgegaan wat ook voor het Hof van Justitie in zijn arrest Beguelin van 25 november 1971 het geval is¹⁵⁸.

14. Het tot stand komen van de Gemeenschappelijke Markt heeft de ondernemingen verplicht zich aan deze grotere markt aan te passen¹⁵⁹. Maar deze trend

¹⁵³ *Publikatieblad* L 195, 7 augustus 1969.

¹⁵⁴ *Publikatieblad* L 140, 26 mei 1973.

¹⁵⁵ P. DE VROEDE, "Commentaar bij de beschikking der E.E.G.-Commissie in zake Grundig-Consten", *R.W.*, 1964-65, 179-186.

¹⁵⁶ J. VAN DAMME, *Financiel en economisch recht vandaag*, II, p. 43.

¹⁵⁷ *Publikatieblad* L 165, 5 juli 1969.

¹⁵⁸ Zaak 22/71, *Recueil* XVII, 949. Zie ook J.T., 1972, 100. Over deze hele problematiek zie o.m. P. VAN OMME-SLAGHE, "Les articles 85 en 86 du Traité de Rome à travers les arrêts de la Cour de Justice et les décisions de la Commission", *Cahiers de Droit Européen*, 1973, 386-391.

R. KRUIHOF, *op. cit.*, p. 714-715 treedt deze redenering van de Commissie bij. Het besluit dringt zich dan ook op dat overeenkomsten tussen ondernemingen die tot hetzelfde concern behoren niet onder het kartelverbod vallen indien hierin slechts hun onderlinge concurrentieverhoudingen worden geregeld.

¹⁵⁹ W. VAN GERVEN, "Overzicht van de coöperatie- en concentratietechnieken naar Belgisch Recht", *T.P.R.*, 1970, p. 175, nr. 1.

heeft de Commissie der E.G. voor een nieuw alternatief geplaatst. Enerzijds streeft zij ernaar een bijna atomistische concurrentie tot stand te brengen, ook al wordt deze opvatting door het Hof van Justitie meer omgebogen in de richting van de "workable competition"-conceptie¹⁶⁰.

Anderzijds is er het noodzakelijk streven gericht op de bevordering van een grotere ondernemingsdimensie en het tot stand brengen van Europese groeperingen, noodzakelijke voorwaarden voor kostenbesparing, betere financieringsmogelijkheden en optimale research-voorwaarden.

In haar bekendmaking van 29 juli 1968 betreffende de samenwerking tussen ondernemingen zegt de Commissie van de E.G. dat zij het als haar taak acht met name de samenwerking tussen kleine en middelgrote ondernemingen te vergemakkelijken. Ook de samenwerking tussen grote ondernemingen kan economisch zinvol en uit een oogpunt van concurrentiepolitiek onbedenklijk zijn¹⁶¹.

15. Meteen kon de Commissie het probleem van de economische machtsvorming via concentraties niet meer ontwijken. Enkele jaren geleden heeft de Commissie verklaard dat zij artikel 85 bezwaarlijk op de concentraties kon toepassen¹⁶². Toch betekende zulks niet dat zij voor het concentratieverschijnsel blind was gebleven. De door haar opgestelde lijst van concentraties tussen 1961 en 1969 bewijst het tegendeel¹⁶³. Toch zou het tot midden van 1971 duren alvorens de eerste beschikking in toepassing van artikel 86 werd genomen¹⁶⁴. Indien sindsdien de Commissie heel wat werk heeft gemaakt van de toepassing van artikel 86, dan kan het haar toch niet zijn ontgaan dat zij de misbruiken van economische machtspositie slechts post factum kon bestrijden¹⁶⁵.

Deze overweging moet des te meer hebben doorgewogen daar de Commissie met groeiende onrust het stijgend aantal concentraties¹⁶⁶ heeft gevolgd.

¹⁶⁰ G.H. SCHOUTEN, *Grondslagen van het mededingingsrecht*, p. 45-48; J. MERTENS DE WILMARS, "De economische opvattingen in de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen", *Miscellanea Ganshof van der Meersch*, II, p. 285-306.

¹⁶¹ *Publikatieblad* C 75, 29 juli 1968, p. 3 e.v.

¹⁶² *Het vraagstuk van de concentraties in de Gemeenschappelijke markt*, serie-concurrentie nr. 3.

¹⁶³ J. VAN DAMME, "Concentratie van ondernemingen in het Europees Kartelrecht", *Economisch en financieel recht vandaag*, II, 1973, p. 43. Zie ook de vragen van Vredeling P.B. C 16 van 19 februari 1972, p. 3, 302/71, P.B. C 117 van 19 november 1971, 80/69, *Publikatieblad* C 102, p. 4. Zie ook de vraag Vredeling over fusies en concentraties op internationaal vlak in de voedingsector, P.B. C 53 van 27 mei 1972, p. 15-17.

¹⁶⁴ Gemabeschikking IV.26.760, P.B. L 134 van 20 juni 1971.

¹⁶⁵ F. VANISTENDAEL, "De 'Cellar-Kefauver act' - Twintig jaar strijd tegen economische concentratie", *T.P.R.*, 1971, 27.

¹⁶⁶ In 1962 telde men 173 concentraties. Dit aantal liep op tot 612 in 1970.

Zij heeft de binding gelegd tussen het economisch machtsmisbruik enerzijds en concentratiekoorts anderzijds en de mening vooropgesteld, hierin gesteund door het Hof van Justitie, dat in bepaalde omstandigheden de concentratieverrichting een economisch machtsmisbruik kan betekenen. Vandaar haar streven om artikel 86 om te buigen tot een instrument dat de concentratie moet controleren¹⁶⁷.

Midden augustus 1973¹⁶⁸ kreeg dit streven vorm in een ontwerp van verordening voorgelegd aan de Raad van Ministers. Beoogd wordt alle concentraties van ondernemingen of groepen van ondernemingen waarvan één tenminste binnen de Euromarkt gevestigd is aan een voorafgaande controle te onderwerpen.

Het is nog te vroeg om zich over de haalbaarheid van dit voorstel uit te spreken¹⁶⁹. Dat het in dezen ernst is menen wij bovendien mogen af te leiden uit het ontwerp van resolutie van de raad betreffende de te treffen maatregelen om de uitbreiding der multinationals tegen te gaan¹⁷⁰.

Inmiddels kan men slechts met de conclusie van VAN DAMME – geschreven vóór de nieuwe koerswending van de commissie bekend was – instemmen.

"Als men de concentratiemogelijkheden aan banden legt, loopt men het risico dat de ondernemingen van de Gemeenschappelijke Markt door grote buitenlandse bedrijven opgeslorpt worden.

Laat men de concentratie ongehinderd toe, dan is het gevaar niet denkbeeldig dat het optimum overschreden wordt. De concurrentie zou als orderings- en vrijheidsprincipe op de achtergrond treden. De economische structuren zouden grondige wijzigingen ondergaan, zonder dat men zeker is alsdan nog de nadelen van een overdreven concentratie te kunnen afweeren"¹⁷¹.

16. Het past hier te onderstrepen dat het planetair karakter van de huidige economie niet uit het oog mag worden verloren. Concurrentieregeling moet op alle Europese en niet-Europese ondernemingen toegepast worden.

Het zou inderdaad niet opgaan alleen oog te hebben voor het "gevaar" resulterend uit de concentratie van de Europese bedrijven en hierbij geen rekening te houden met de noodzakelijkheid hun concurrentiepotentieel op wereldvlak te verstevigen. In vergelijking met de Amerikaanse bedrijven blijven de Europese nog steeds zwakke broers¹⁷².

¹⁶⁷ A. JACQUEMIN, "Entreprises étrangères et politique européenne de concurrence", *Revue trimestrielle de droit européen*, 1973, 421-423.

¹⁶⁸ *Publikatieblad* L 228 van 16 augustus 1973.

¹⁶⁹ Dit ontwerp werd door de Commissie aan de Raad voorgelegd op 8 november 1973.

¹⁷⁰ De tekst ervan verscheen in het *Publikatieblad* C 114 van 27 december 1973.

¹⁷¹ J. VAN DAMME, *op. cit.*, p. 74.

¹⁷² Zie o.m. de jaarlijkse tabellen der 500 grootste ondernemingen op wereldvlak, gepubliceerd door het tijdschrift *Fortune*.

Daarbij komt dat de Amerikaanse ervaring erop wijst dat vormen van oligopolistische en monopolistische concurrentie voor de motorische en meest dynamische sectoren van de economie gelden.

Steunend op ideeën ontwikkeld door A. JACQUEMIN in *L'entreprise et son pouvoir de marché* betogen KRYNSE LOCKER en T. PEETERS dat de vooruitgang en de economische expansie gedragen worden door een zekere graad van monopoliemacht in de handen van bepaalde ondernemingen¹⁷³.

Deze macht kan evenwel een zodanige omvang nemen dat dit problemen van openbare orde oproept. Als een anti-trustpolitiek moet uitgewerkt worden, dan dient zulks op wereldvlak te gebeuren. Het is een anachronisme te geloven dat de nationale, ja zelfs Europees communautaire overheid met haar territoriaal beperkte bevoegdheden doeltreffende machtsvorming zou kunnen tegengaan waar deze wordt gedragen door grote internationale ondernemingen die de nationale marktdiscipline transcenderen.

Wij kunnen dan ook JACQUEMIN's pleidooi ten voordele van de oprichting van een Super Monopolies Commissie die de nationale overheden de gelegenheden zou kunnen bieden een gezamenlijke houding t.o.v. de gigantische internationale ondernemingen uit te werken, ten volle onderschrijven¹⁷⁴.

17. De schaalvergroting op economisch vlak is onweerlegbaar. Toch mag zij geen voorwendsel worden om niet in eigen land, in afwachting dat op ruimer vlak iets zou worden ondernomen, naar maatregelen uit te kijken die ons enigszins zouden in staat stellen de economische evolutie om te buigen i.p.v. ze lijdzaam te ondergaan.

Zulks lijkt ons des te meer aangewezen daar ons land een bijzondere aantrekkingskracht uitoefent op buitenlandse ondernemingen. Deze aantrekkingskracht blijkt niet alleen uit het aantal nieuwe vestigingen, zij blijkt ook uit de beslissende verwerving van aandelen van bestaande Belgische ondernemingen door buitenlanders. Wat dit laatste betreft kan volstaan worden met na te gaan hoeveel buitenlandse firma's in de loop der laatste jaren door aanwending van het "Take over Bid"-procédé de beheersing van Belgische ondernemingen hebben verkregen¹⁷⁵.

¹⁷³ H. KRYNSE LOCKER en T. PEETERS, "De integratie van de goederen- en dienstenmarkten", p. 84-85 in *Ondernemingspolitiek en economische integratie*, 9e Vlaamse Wetenschappelijk Economisch Congressen. Zij doen hun zienswijze eveneens steunen op J.K. GAILBRAITH, *The New Industrial State*.

¹⁷⁴ A. JACQUEMIN, *De overheid en de gemengde economie*, p. 155-156.

¹⁷⁵ R. WITTERWULGHE, *L'offre publique d'acquisition au service d'un marché de sociétés*, Brussel, 1973, p. 268 geeft een lijst van de T.O.B. tot einde 1972.

Het *Bulletin Financier* van de Bank van Brussel, nr. 1, 11 januari 1974 publiceert de lijst der openbare koopaanbiedingen gedaan in 1973. Er zijn er in totaal 16 geweest waarvan 7 uitgaande van niet-Belgische vennootschappen.

Zo het niet aangewezen is buitenlandse vestigingen te bemoeilijken, dan menen wij toch dat beveiligingsmaatregelen zich opdringen. Zo is het feit dat onze wetgeving geen minimumkapitaal voor naamloze vennootschappen oplegt¹⁷⁶ een gevaarlijke aansporing tot mogelijke misbruiken evenzeer voor buitenlanders als voor binnenlandse ondernemers.

Het werkt tenminste bevreemdend te moeten vaststellen dat haast dagelijks N.V.'s worden opgericht met een kapitaal dat beneden het voor een P.V.B.A. wettelijk minimum blijft¹⁷⁷.

Meteen is dan ook, zij het zijdelings, de problematiek van de dringende modernisering van het Belgisch vennootschappenrecht gesteld¹⁷⁸. Het probleem is niet nieuw, maar het wordt hoogste tijd dat er aan gesleuteld worde, vooral omdat via voornoemde modernisering ook de concentratie van ondernemingen aan strengere voorwaarden zou kunnen worden onderworpen¹⁷⁹.

18. Het is een alombekend feit dat het Belgisch bedrijfsleven sterk in de handen van financiële groepen zit¹⁸⁰. De aan de gang zijnde concentratieverrichtingen gaan o.i. de belangrijkheid van deze financiële groepen nog verhogen. Ook al wordt het betwijfeld of via aankopen van aandelen in de beurs economische macht kan worden verworven¹⁸¹ lijkt het noodzakelijk in het Belgisch economisch recht ook de meer exclusieve financiële technieken als deze die verband houden met de markt der beurswaarden, in te bouwen¹⁸². Ook op dat vlak zullen evenwel nationale maatregelen in sterke mate ontoereikend blijven en is een internationale aanpak die het gebied van de Europese Economische Gemeenschap overschrijdt, beslist onontbeerlijk.

¹⁷⁶ Sinds 1971 bestaat ter zake het wetsvoorstel Van de Kerckhove dat voor de naamloze vennootschappen een minimum kapitaal van 1 miljoen voorschrijft (*Parl. Besch., Senaat*, 1971-72, nr. 373).

¹⁷⁷ In de maand december 1973 verscheen in de Bijlagen van het *Belgisch Staatsblad*, Vennootschappen, de oprichtingsakte van 21 naamloze vennootschappen met een kapitaal van minder dan 250.000 fr.

¹⁷⁸ Over de hervorming van het vennootschappenrecht, zie P. VAN OMMESLAGHE, "Ontwerpen van hervorming en harmonisatie van het vennootschappenrecht", in *Ondernemingspolitiek en economische integratie*, 9e Vlaamse Wetenschappelijke Economische Congressen 1969, p. 403-419.

¹⁷⁹ Zie hierover G. SCHRANS, "Concentratie van ondernemingen in het Europees Kartelrecht", *Economisch en financieel recht vandaag*, II, p. 11-38.

¹⁸⁰ Zie ondermeer CRISP dossier, *Morphologie et structures des groupes financiers belges*. Zie ook M.L. SIMONET-ANGUENENT, "Le rôle des groupes financiers belges dans le développement industriel au cours des dix dernières années", *Revue de l'institut de Sociologie*, 1966, p. 249-276.

¹⁸¹ Zie G. SCHRANS, Concentratie van ondernemingen, p. 9. Heel wat minder affirmatief is WITTERWULGHE, *op.cit.*, p. 270.

¹⁸² De boutade in verband met de Arabische Sjeiks die via beursaankopen de Westerse economie zouden kunnen onder controle krijgen is misschien slechts een boutade... en toch?

EFFICIËNTE JURIDISCHE DIENSTVERLENING AAN HET BEDRIJFSLEVEN DOOR DE ADVOCATUUR

Preadvies door mr. J.P. DE BANDT (Brussel)

De laatste jaren is er een stroom van publikaties verschenen over de positie van de balie, over gewijzigde vormen van rechtshulpverlening en de toekomstige beroepsuitoefening. Deze stroom van literatuur houdt nog steeds aan: na de beroepsmensen zelf hebben, met enige vertraging, de studenten en de jonge balie zich in het debat gemengd; men denke maar aan het probleem van wetswinkels¹.

Er rijzen op dit ogenblik twee ogenschijnlijk uiteenlopende problemen die nochtans op één zelfde wijze kunnen worden opgelost.

Enerzijds is er de toegankelijkheid van de rechtsbedeling – en dit omvat meer dan de eigenlijke proceshandeling – voor ieder individu in deze maatschappij en anderzijds is er de vraag naar de wijze waarop bepaalde entiteiten of groepen, al of niet georganiseerd, al of niet onder de vorm van een rechtspersoon aan hun trekken komen; men denke hier aan "de" consument, "de" werknemer en aan de andere antipode "de" onderneming, "het" bedrijf en zelfs het bedrijfsleven als dusdanig.

Aan het eerste probleem dat onder meer het recht omvat voor een ieder om zijn persoonlijkheids- en patrimoniale rechten gevrijwaard te zien en om zo nodig op een afdoende en financieel binnen de perken blijvende juridische bijstandregeling, te kunnen rekenen is vooral in de Angelsaksische landen en in Nederland al uitvoerig aandacht besteed. Tijdschriften, kranten, boeken blijven hameren op de onmondigheid waarin de individuele rechtsonderhorige zich bevindt en op de wijze waarop overheid, magistratuur en advocatuur het probleem bewust of onbewust uit de weg blijven gaan.

Zulks leidt ook in ons land tot reacties waarbij sommige kringen, bijvoorbeeld uit de arbeidersbeweging, als enige oplossing de advocatuur, beladen met alle zonden van Israël, de woestijn willen insturen. Terwijl juist de balie aanstuurt op een uitbreiding van haar monopolie, zien voormelde kringen precies de algehele afschaffing van dit monopolie als een mogelijke remedie, naast de idee van een volksverzekering voor rechtsbijstand.

Een dergelijke polarisatie die wegens een volslagen gebrek aan communicatie tussen bepaalde groepen uit de maatschappij, kan ontstaan, dreigt uiteraard tot een nutteloze sloganstrijd te leiden en, hoeft het gezegd, tot een verdere aantasting van de al niet zo denderende reputatie van ons beroep in dit land.

Rond de tweede serie van problemen waarop ik daarnet gewezen heb, dreigt een gelijkaardige span-

ning te ontstaan, zij het dat deze minder sociaal-politiek zal doorkruist worden dan het vraagstuk dat ik zojuist aansneed. Het is inderdaad zeer de vraag of de juridische dienstverlening t.a.v. groepen – al of niet vennootschappen, het kunnen ook verenigingen zijn, enz. – wel efficiënt door de balie wordt waargenomen.

Als gevolg hiervan heeft de balie ook hier met ontelbare kapers op de kust – van wat wel eens verkeerdelijk voor de kust van het Schatteneiland wordt aangezien – af te rekenen. En ook hier dreigt de balie te emotioneel en te krampachtig te reageren. Ik geef grif toe dat ook over dit hoofdstuk reeds heel wat inkt is gevloeid.

Zo heeft men reeds ten overvloede gezegd en herhaald dat de advocatuur haar soms verouderde tradities dient aan te passen, dat het pleidooi zou moeten vermeden worden en dat de balie zich veeleer zou moeten toelagen op een vlugge, goed gedocumenteerden en preventieve adviesverschaffing².

Dit alles wordt als vanzelfsprekend aangenomen en door niemand in twijfel getrokken, maar toch stelt men vast dat de aanpassing van de balie aan onze industriële maatschappij, laat staan onze post-industriële vrijetijdssamenleving, veel te traag verloopt. In dit verband vermeldt professor STORME terecht dat de opkomst van wetswinkels naar Nederlands model en de expansie van buitenlandse advocatenkantoren te Brussel daaromtrent duidelijke tekens aan de wand zijn³.

De balie praat veel, constateert dat het allemaal anders moet, dat zij met haar tijd moet meegaan en zich resoluut aanpassen om tot een betere juridische dienstverlening aan de onderneming te kunnen komen. Maar wat is er nu in de laatste jaren wezenlijk veranderd? Het is ontegenzeggelijk juist te beweren dat de balie meer kan doen aan wat ik zou willen noemen preventieve rechtsbijstand, in de vorm van het geven van raad, advies en buitenprocessuele bijstand.

Met deze bijdrage heb ik niet de bedoeling de zoveelste diagnose te gaan stellen van een dergelijke situatie. Men denke in dit verband aan de merkwaardige studie van wijlen R. CARTON DE TOURNAI "L'avocat et le monde des affaires", *l'Avocat/De advocaat*, 1972, 25). Het is ook niet mijn bedoeling naar beleidsmaatregelen te gaan zoeken die de toestand kunnen saneren. De wel zeer beperkte gezichtshoek die ik hier wil aanhouden is de volgende: ik zou willen nagaan of de balie aan één van haar taken – het verlenen van rechtshulp aan het bedrijfsleven – kan voldoen, en zo

² Zie A. DE GRUYSE, "De Nationale Orde en de Problemen van de Balie", *De Advocaat*, 1972, 13.

³ Zie M. STORME, "De Achterkant van het Gerecht", *R.W.*, 1973-1974, 459.

¹ De wetswinkel in Amsterdam krijgt per jaar 9.000 cliënten...! (De Volkskrant, 12 maart 1974, p. 9).

ja, waar er knelpunten zitten en in welke richting een oplossing gezocht kan worden.

Ik geef er mij wel rekenschap van dat mijn bijdrage allicht te nauw aansluit bij wat er om en rond Brussel gebeurt. Toch durf ik te veronderstellen dat veel van wat ik zeg over de houding van de advocaat tegenover de grotere onderneming en vooral de internationaal gerichte onderneming, ook mutatis mutandis geldt voor de betrekking tussen de balie en de kleine en middelgrote onderneming die in ons land en zelfs in landen als de Verenigde Staten, zoniet de ruggegraat dan toch het ruggemerk van onze economie vormt.

Als een gevolg van de groei, zowel in aantal als in omvang, van ondernemingen in alle landen van de wereld, inclusief staatsondernemingen, van de toenemende internationale handel, van de immense groei van de wetgeving en van de uitbreiding van overheidsbemoeiingen, is de positie van de bedrijfsjurist, of hij nu optreedt in dienstverband of als zelfstandige, steeds belangrijker geworden.

Hoewel men mocht verwachten dat door de geleidelijke uitbouw van volwaardige juridische departementen binnen die ondernemingen, de nood aan bijstand van een advocaat zou gaan afnemen, doet zich paradoxaal genoeg het omgekeerde voor.

Dit kan niet louter verklaard worden door de monopoliepositie van de advocaat wanneer de onderneming in rechte dient op te treden.

Het vloeit ook niet voort uit de wetten van Parkinson waarbij iedere interne dienst in een bedrijf zijn eigen belang naar buiten uit wil affirmeren. Voor juristen dan, gezien het eigen linguo, door een beroep op soortgenoten of begripende zielen aan de andere kant van de barrière.

Evenmin heeft het fenomeen iets te maken met een vorm van verantwoordelijksafwenteling die men erachter zou kunnen vermoeden.

Veeleer heeft het iets te maken met het aanvullend karakter van beide functies. De bedrijfsjurist maakt dermate deel uit van het bedrijf dat hij dreigt een louter instrument te worden van de globale bedrijfspolitiek die wordt nagestreefd. De advocaat daarentegen beschikt over een ruimere ervaring omdat zijn optiek niet op een bepaald bedrijf is afgestemd doch wortelt in de veelzijdige ervaring die hij bij verschillende bedrijven in uiteenlopende sectoren heeft opgedaan hetgeen hem in staat stelt problemen met een objectievere blik te benaderen.

Want het feit, dat sommige grote bedrijven tot bureaucratische wangedochten kunnen verworden, zal een ieder van ons reeds aan den lijve hebben ondervonden.

Uit bepaalde geleerde en vaak dure adviezen halen de bedrijven soms niet veel meer nut dan het feit dat de kosten ervan als een aftrekbare bedrijfslast gelden.

Door zijn denkdiscipline, het vertrouwelijk karakter van zijn tussenkomst, de waarborgen inzake beroepsverantwoordelijkheid en de flexibiliteit van zijn werk

is de advocaat eigenlijk meer dan wie ook geroepen om in het bedrijfsleven de onmisbare rol van raadsman te vervullen. Toch zijn het tot op heden vooral de internationaal opererende accountants en bedrijfsadviseurs geweest, die blijk hebben gegeven de roep tijdig begrepen te hebben. Er doet zich hier dus een grote "adviesgap" voor waarin de balie zich een positie kan verwerven.

De onderneming beschikt inderdaad meestal niet over een adequaat apparaat om alle juridische en fiscale problemen geheel zelfstandig op te lossen. Men zou teveel deskundig personeel moeten in dienst nemen en er een te omvangrijke documentatie moeten op nahouden.

Om die rol echter te vervullen moet de advocatuur aan een paar essentiële voorwaarden beantwoorden en desnoods, om een modewoord te gebruiken, "omgeturnd" worden.

1. Beschikbaarheid

De advocaat moet eerst en vooral ter beschikking staan van zijn cliënten. Niet de advocaat maar de cliënt heeft bepaalde "spreekuren". De advocatuur zondigt nog te dikwijls tegen essentiële communicatiewetten wanneer zij geconfronteerd wordt met de onderneming. De advocaat is moeilijk te bereiken. Hij leeft teveel in de wandelgangen van het Gerechtshof. Dit verklaart natuurlijk waarom hij slechts sporadisch rechtstreeks betrokken wordt bij de concrete werking van vennootschappen, syndicaten of beroepsverenigingen.

2. Ook de werkmethode van de advocaat moeten grondig worden herzien. Er zijn te veel advocaten die nog altijd menen dat een combinatie van juridische opleiding, het bijhouden van de rechtspraak, een zekere ervaring en een dosis "flair" voldoende zijn om werkelijk alle zich voordoende zaken te behandelen. Ons rechtstelsel is evenwel zo omvattend, de maatschappelijke verhoudingen worden zo ingewikkeld en de gebieden waar de advocaat moet werken zo veelvuldig, dat het meer en meer noodzakelijk wordt voor een advocaat om het gebied waarop hij zijn diensten aanbiedt te beperken.

Er gaat bijna geen dag voorbij of er wordt in de pers – min of meer met discretie – gesproken over fusies van ondernemingen, nieuwe investeringen, en aan- en verkopen van vennootschappen. Deze evolutie vereist een grondige hervorming van de structuur en de organisatie van een advocatenkantoor.

Het is niet alleen voldoende te beschikken over een degelijke materiële uitrusting met een gemeenschappelijke bibliotheek, conferentiezaal, telex, enz., maar tevens dient men te beschikken over een systeem van informatieverwerking voor rechtspraak, een moderne boekhouding, en moeten adviezen, model-contracten en allerhande documenten worden bijgehouden, gecentraliseerd en gerepertorieerd.

Er komt dus een hele administratieve organisatie bij kijken hetgeen de aanwezigheid veronderstelt van meertalige en ervaren klerken en secretaressen.

Nog essentiëler om met gezegde evolutie gelijke tred te houden is de vorming van georganiseerde associaties waarin de samenwerking en de solidariteit tussen de advocaten zo eng wordt dat de associatie als een geheel naar buiten treedt, afgezien van de reputatie die de verschillende leden van de associatie reeds genieten. Dank zij de specialisatie beschikt men dan, in de schoot van de associatie, over een waaier van deskundigheden die elkaar harmonisch aanvullen⁴. In dit verband zou ook een associatie tussen advocaat en notaris interessante mogelijkheden tot samenwerking en aanvulling bieden.

Het welslagen van de grote "lawfirms" in de Verenigde Staten en in mindere mate in Engeland en Nederland, berust grotendeels "op de wijze waarop enerzijds juist afgestudeerde, veelbelovende en zorgvuldig geselecteerde jongeren, anderzijds juristen die een rijke ervaring hebben opgedaan in andere sectoren, zoals de nationale of internationale administratie of de juridische dienst van particuliere bedrijven, in het kantoor worden opgenomen met een van de bij de aanvang adequate bezoldiging die niet gebaseerd is op de onmiddellijke actuele inbreng van cliënteel maar berekend wordt overeenkomstig objectieve winstdeelname – coëfficiënten volgens anciënniteit in het beroep (niet noodzakelijkerwijze in het kantoor) en beroepsbekwaamheid⁵.

3. Specialisatie

Men heeft in de laatste jaren in baliekringen voortdurend de aandacht gevestigd op het belang van een ver doorgedreven specialisatie.

Enkele hebben voorgesteld dat de Raden der Orde een register van specialisten zouden moeten instellen, en in dit register zouden dan diegenen, die naar het oordeel van een ad hoc in te stellen commissie daarvoor in aanmerking komen, ingeschreven kunnen worden. De aldus "erkende" specialisten zouden zich als zodanig tegenover de buitenwereld mogen kenbaar maken, zowel op naamplaat als op briefpapier. Een dergelijk systeem, dat min of meer gebaseerd is op de regeling van de specialisatie bij de geneesheren, is niet onuitvoerbaar voor de advocatuur. Zou men echter in de balie deze kant op willen gaan, dan zal men ook moeten aanvaarden dat de advocaat uitsluitend werkzaam zal zijn op het gebied van zijn specialisatie en dat de advocaten alle zaken, die liggen op het terrein waar een erkende specialisatie voor bestaat, ook naar een erkend specialist zullen moeten verwijzen.

Een tweede moeilijkheid – en niet de minste – ligt in de kwalificatie. Hoe kwalificeert men zich als specialist? Een diploma, een speciale licentie, een voorafgaande stage, een jarenlange ervaring? Het zal zeer moeilijk zijn die verscheidene criteria te hanteren.

Het antwoord op het probleem "specialisatie" ligt m.i. op een ander vlak en veeleer in de lijn van een progressieve en vooruitstrevende aanpassing in de organisatie van de advocatenpraktijk, nl. in de interne organisatie van ieder kantoor en slechts wanneer er een nauwe samenwerking bestaat tussen de leden van een kantoor, waarvan de leden intern gespecialiseerd zijn. Voor de toekomst zie ik dan ook als onvermijdelijk dat meer en grotere associaties gevormd zullen worden. Deze associaties moeten dan niet ingericht zijn op een wijze, zoals men die nu nog te veel tegenkomt, nl. dat iedere vennoot zijn eigen cliënten heeft en de cliënten van zijn mede-associés niet kent. Integendeel, het is noodzakelijk de werkzaamheden intern te verdelen en af te spreken dat bijvoorbeeld confrater A in de eerste plaats belastingzaken zal behandelen, confrater B het vennootschappenrecht en confrater C zich met de arbeidszaken bezighoudt. Aldus kan dezelfde cliënt afwisselend door confrater A, B en C worden bijgestaan, al naar gelang van de aard van de zaak waarvoor hij juridisch advies nodig heeft. Hoe de interne specialisatie moet worden georganiseerd is mede afhankelijk van het aantal zaken op het speciale gebied van het recht dat aan een kantoor ter behandeling wordt opgedragen.

Naast de interne specialisatie zie ik ook het nut in van bepaalde oriënteringen die een bepaald advocatenkantoor zou kunnen nastreven. Zo kan men zich best voorstellen dat een kantoor zich voornamelijk zou toelagen op problemen inzake industriële eigendom of zeerecht.

Tenslotte dient in dit verband toch ook gezegd te worden dat inzake specialisatie de opleiding aan de universiteit en meer nog de opleiding gedurende de stage verdere specialisatie zou moeten bevorderen. Is het bijvoorbeeld ondenkbaar dat men stagiaires zou toestaan gedurende een semester van hun stage te gaan werken in de juridische afdeling van een onderneming?

Een laatste woord over de specialisatie: hoewel ik geen voorstander ben van het bekend maken van een specialisatie (op briefpapier bijvoorbeeld) dient echter toch een voorbehoud te worden gemaakt voor het fiscaal recht. Het is duidelijk dat de eerstkomende jaren hard gewerkt zal worden om uiteindelijk het beroep van accountant een wettelijke basis te geven. Het is ook waarschijnlijk, dat naast de accountants en revisoren, belastingconsulenten naar een wettelijke bescherming zullen streven. De balie zal ervoor moeten waken dat de advocaten niet uitgesloten zullen worden bij een dergelijke wettelijke regeling. Indien die regeling er komt, dan zullen de advocaten – mits naleving der wettelijke voorwaarden – ook van

⁴ K. CROES en A. DANCKAERT, "Verslag op het internationaal Congres voor jonge advocaten te Brussel".

⁵ W. VAN GERVEN, "Pleidooi voor multinationale Europese advocatenkantoren", *R.W.*, 1969-70, 1955.

de titel "belastingconsulent" moeten kunnen gebruik maken.

4. *Vorming van internationale advocatenassociaties*

Europa bevindt zich in een industriële stroomversnelling. De hiermee samenhangende juridische problematiek wordt uiterst complex. Het buitenlands bedrijf dat zich in België vestigt, of de Belgische onderneming die zich in het buitenland vestigt, zal zich moeten afvragen of zij zal werken via een dochteronderneming of een bijhuis, via een agent of een distributeur. De onderneming kan ook door aankoop van aandelen van een bestaande vennootschap een markt binnentreden. De modus operandi van de onderneming zal beslist beïnvloed worden door een aantal juridische en fiscale overwegingen (met inbegrip van de deviezenreglementeringen, overheidsvergunningen, kartelbepalingen en andere). Al deze vragen zullen aan het recht van méér dan één jurisdictie en vaak ook aan het E.E.G.-recht getoetst dienen te worden.

Wil de advocatuur in staat zijn internationaal een rol van betekenis te spelen dan zal zij haar werkmethode en haar organisatie moeten aanpassen om aan de onderneming een snelle en doelmatige service te geven.

Prof. VAN GERVEN heeft vroeger reeds uitvoerig gepleit voor de totstandkoming van multinationale Europese advocatenkantoren met associés uit verschillende E.E.G.-landen⁶.

Het correspondentensysteem heeft reeds aangetoond dat het niet altijd een doelmatige dienstverlening mogelijk maakt. Het plaatst de onderneming soms voor belangenconflicten. Het werkt dikwijls traag en verhindert de persoonlijke band tussen de advocaat en zijn cliënt, alsmede de wederzijdse behoefte aan een continuïteit in de relatie over de grenzen heen. Inderdaad, het is voor een internationaal bedrijf gemakkelijker één bepaald kantoor met haar structuur en manier van werken vertrouwd te maken in plaats van telkens opnieuw een ander kantoor in te wijden en op de hoogte te houden. De onderneming verlangt immers een snelle verwerking van alle gestelde problemen. Het opkomen van zogenaamde "clubs" van advocatenkantoren van verschillende landen biedt ook geen ideale oplossing aangezien men niet altijd de leden van de club gekozen heeft en de cliënt soms beter advies buiten de club zou kunnen bekomen, hetgeen allicht aanleiding kan geven tot spanningen tussen het belang van de club en dat van de cliënt.

Op het IIde congres van de International Bar Association gehouden te Lausanne in 1966, opende de Amerikaanse advocaat, VERNON MONROE⁷ zijn bijdrage met de volgende woorden: "It is common

knowledge that the world is undergoing what might be termed the International Business explosion, a tremendous increase in international investments and other operations occurring in recent years and likely to continue, perhaps at an accelerated rate, in the foreseeable future. To cope with the resulting legal problems which transcend national boundaries it is inevitable that lawyers of different nationalities will work increasingly in cooperation with one another".

Ook mij lijkt voor deze tendens het meest kans op slagen weggelegd.

5. *Balie in perspectief en nieuwe werkerterreinen voor de balie*

Eerst dient opgemerkt te worden dat de verbetering in de dienstverlening door de balie een zaak is, die de balie hoofdzakelijk zelf moet zien op te lossen, zij het dan ook dat zij bijvoorbeeld de opleiding niet geheel in eigen handen heeft. Dit in tegenstelling tot de rechtshulp aan onvermogenen waarbij de overheid een woord zal moeten meespreken om de eenvoudige reden dat het gaat om een dienst voor openbaar nut.

Vervolgens mag er ook wel op gewezen worden – en daarom meng ik mij nog niet in het debat over de al of niet wenselijkheid en/of de omvang van het monopolie van de balie – dat de regering en de wetgever weinig doen om de positie van de balie te beschermen. Het is toch eigenlijk een onzinnige situatie dat de wetgever aan de ene kant een orde van advocaten instelt, die slechts toegankelijk is voor hen die gedurende vijf jaren hogere opleiding volgen, maar aan de andere kant toelaat dat iedereen, zonder enige bijzondere opleiding, op grote gebieden van het recht werkzaam kan zijn, in rechtstreekse concurrentie met de balie, zonder enige garantie voor de dienstverkrijger inzake geheimhouding, verantwoordelijkheid, deskundigheid, enz.

Anderzijds zou de advocatuur er ook goed aan doen het probleem van de vaststelling der erelonen concreet en pragmatisch op te lossen. Inderdaad, een van de redenen voor de drempelvrees – voornamelijk bij kleinere en middelgrote ondernemingen – is de volledige afwezigheid van elk objectief criterium bij de vaststelling van de erelonen door advocaten. De advocaat zou aan zijn cliënt op een duidelijker manier moeten kunnen aangeven hoe hij zijn erelonen gaat bepalen, bijvoorbeeld via een van tevoren vastgelegd uurtarief zoals dit bij accountants gebruikelijk is.

De balie moet zich ook gaan begeven op nieuwe werkerterreinen. Een van de ontwikkelingen die vrij algemeen verwacht wordt, is een verdere toename van de tussenkomst van de overheid in de onderneming. De roep om verdere "socialisering" van de economie, de groeiende belangstelling voor milieubeleid, de aanwezigheid van de overheid in de ontelbare economische en financiële structuren hebben ervoor gezorgd dat deze stelling vandaag de dag reeds bewaarheid is

⁶ W. VAN GERVEN, "Pleidooi voor multinationale Europese advocatenkantoren", *R.W.*, 1969-70, 1953.

⁷ VERNON MUNROE, "Establishment of a Law Office in a Foreign Jurisdiction", *I.B.A. 11th Conference Report* (1966) 84.

geworden. Vandaar het steeds toenemend belang van het economisch en financieel recht.

Een andere ontwikkeling is de Europese integratie. Het is een gemeenplaats geworden te spreken over het groeiend belang van het Europees recht. Het Europees recht reikt natuurlijk veel verder dan wat doorgaans door de balie als Europees recht wordt bestempeld, met name het concurrentierecht. Tal van tot op heden braakliggende werkterreinen dienen nog te worden ontgonnen: de verreikende E.E.G.-douanewetgeving, richtlijnen over dumping, allerhande en verregaande reglementeringen op het stuk van de kwaliteit, verpakking van levensmiddelen, enz.

Een zeer interessante evolutie in dit opzicht is het steeds toenemend aantal multinationale bedrijven die een bedrijfsjurist of een advocaat ermee belasten de onderneming dag na dag in te lichten over problemen die verband houden met de E.E.G.: een juridisch coördinator die alles weet of moet weten dat een bepaalde onderneming kan aanbelangen.

Een nieuw werkterrein waarop onze Amerikaanse collega's een stuk verder staan dan wij, betreft de zogeheten "legal audit". De ondernemer weet wat het belang is van een regelmatige boekhoudkundige controle gedaan door een buitenstaander. Een regelmatige "juridische controle" in een onderneming door een advocaat kan van even groot belang zijn. De controle beperkt zich niet tot de materiële verificatie van een aantal bescheiden (notulen van algemene vergaderingen en raden van beheer), contracten en andere juridische documenten. Ze gaat veel verder: de advocaat controleert en adviseert inhoudelijk betreffende bepaalde praktijken en methodes aangewend in de onderneming; zijn controle kan alle mogelijke takken van het recht omvatten: onderzoek naar de geldigheid van de arbeids- en bediendencontracten, de toepassing van collectieve arbeidsovereenkomsten, het arbeidsreglement, aankoops- en verkoopvoorwaarden, distributieovereenkomsten, enz.

Studie van de fiscale politiek: heeft de onderneming wel maximaal voordeel gehaald uit belastingvrijstellingen, heeft de onderneming geopteerd voor het gunstigste BTW- en douaneregime? Weet de onderneming dat al haar uitbreidingsplannen in aanmerking komen voor investeringshulp? Mijn ervaring heeft aangetoond dat vele ondernemingen verwaarloosd hebben overheidssteun aan te vragen bij gelegenheid van nieuwe investeringen. Heeft de firma een

politiek in zake octrooien, handelsmerken, modellen, enz. en hoe is die politiek uitgewerkt? Toekomstperspectieven van de onderneming in zake ecologische problemen, hinderenquêtes, enz.

Internationale fiscale planning: waarom de ene vorm van organisatie en niet de andere en zulks na grondige vergelijking van de wetgeving ter zake in verschillende landen.

Deze lijst kan natuurlijk verder uitgewerkt worden. Ik tracht hier enkel en alleen te wijzen op de absolute noodzaak voor de balie om directer in te haken op de noden van het bedrijfsleven. Het spreekt bovendien voor zich dat met name de "legal audit" a fortiori nog meer vruchten zou moeten afwerpen t.a.v. de kleine en middelgrote ondernemingen die over geen interne juridische dienst beschikken en waar de boekhouder als manusje-van-alles fungeert, terwijl de familieadvocaat pas dient op te treden als pechbestrijder, op een ogenblik waarop meestal alles reeds verkorven is.

Dit alles wil niet zeggen dat de rol van de "sole practitioner", de reus van de advocaat die ons uit boeken en feuilletons overkomt, zou zijn uitgespeeld. Integendeel.

Het lijkt me zelfs zo dat het succes van grote advocatenkantoren, misschien wegens een zekere onpersoonlijkheid in de dienstverlening – wat nog niet gelijk staat met ondeskundige of niet op de rechtzoekende afgestemde service – juist weer voor een aantal problemen de vraag zal uitlokken naar een meer persoonlijke benadering. De herontdekking van de "warme" bakker, ondanks de diversiteit van het aanbod van sommige grote industriële bakkerijen. Vooral in een maatschappij waar het vervreemdingsgevoel al of niet kunstmatig toeneemt, lijkt een dergelijke rol meer dan ooit weggelegd voor alleenwerkende advocaten of kleine groepen van advocaten. Het is net zoals de moderne mode. We halen de oude modellen weer boven, maar de gebruikte stoffen zijn hedendaags. Het succes van zowel de kantoren als van de alleenstaande advocaat zal vooral van de aanpassing van respectievelijk hun en zijn werkmethodes aan onze 20e eeuw afhangen.

Ik denk niet dat die noodzakelijke aanpassing van het beroep de teloorgang betekent van de rijke traditie van waardigheid en onafhankelijkheid waarop wij leden van de balie, hopelijk terecht, prat gaan. Integendeel.

Sectie 3 : Notarieel en administratief Recht

DE NOTARIËLE AKTE EN DE AKTE
IN ADMINISTRATIEVE VORM

DE NOTARIËLE AKTE EN DE AKTE IN ADMINISTRATIEVE VORM

Preadvies door Inspecteur-generaal H. MICHIELS (Brussel)

1. *Het probleem.* De vraag of ambtenaren van de administratieve orde bevoegd zijn evenals de notarissen, om authentieke akten te verlijden, is geen nieuw probleem.

Hoewel het Hof van Cassatie een wel bepaald standpunt, in dit opzicht, ingenomen heeft bij een arrest van 17 januari 1901, is er steeds geen volledige overeenstemming over het antwoord op deze vraag.

Wanneer men spreekt over authentieke akten, rijst onmiddellijk de vraag : Wat is, juridisch beschouwd, de authenticiteit van een akte ?

2. *Begrip "authenticiteit".* Artikel 1317 B.W. bepaalt, dat een authentieke akte een akte is die in de wettelijke vorm is verleden voor openbare ambtenaren die daartoe bevoegd zijn ter plaatse waar zij is opge maakt.

Het Burgerlijk Wetboek geeft in dit artikel een definitie van een bepaald geschrift. Het zegt evenwel niet wat de authenticiteit, op zichzelf beschouwd, is. Bij mijn weten, spreekt geen enkele wet zich hierover uit.

Wat betekent dan eigenlijk het woord "authenticiteit", wanneer het gaat om akten die juridische gevolgen kunnen hebben ? Een vergelijking tussen sommige artikelen van het Burgerlijk Wetboek kunnen ons in staat stellen dit woord wat nader te omschrijven.

Artikel 1317 komt voor in de afdeling die handelt over het schriftelijk bewijs. Dit wil zeggen dat de wetgever hier hoofdzakelijk de bewijskracht van de akten op het oog heeft. Welnu, in dit verband, blijkt uit artikel 1319, dat de authentieke akte een volledig bewijs oplevert, tussen de contracterende partijen en hun erfgenamen of rechtverkrijgenden, van de overeenkomst die erin is vervat, zodat de uitvoering ervan slechts door een betichting van valsheid als hoofdvordering kan geschorst worden. Stelt men artikel 1319 naast de artikelen 1323 en 1324, dan constateert men dat iemand tegen wie men zich op een onderhandse akte beroept, de mogelijkheid heeft zijn schrift of handtekening te ontkennen en dat erfgenamen en rechtverkrijgenden zelfs kunnen volstaan met te verklaren dat zij het schrift of de handtekening van hun rechtsvoorganger niet kennen. Dit is evenwel niet mogelijk wanneer de betwiste akte authentiek is. Met andere woorden, de wetgever heeft het bewijs tegen een authentieke akte moeilijker gemaakt dan tegen een onderhandse, omdat hij er meer geloof aan hecht.

Men kan dus zeggen dat "authenticiteit", in een zekere mate synoniem is met "geloofwaardigheid". Deze geloofwaardigheid is een gevolg van het feit dat de akte verleden werd vóór een bevoegd openbaar ambtenaar, die door zijn hoedanigheid van vertegenwoordiger van de overheid – en misschien ook omdat hij aldus een bepaalde eed afgelegd heeft – bijzonder vertrouwen verdient.

Kortom, op juridisch vlak, houdt de authenticiteit van een akte in dat ze meer geloofwaardig is en bijgevolg een grotere bewijskracht bezit dan een niet-authentieke akte.

3. *Bron van de authenticiteit.* Wie kan beslissen dat een bepaalde categorie personen bevoegd is om authenticiteit aan akten te verlenen ?

Het lijdt geen twijfel dat de wetgevende macht kan beslissen, bij een wet, dat een bepaalde categorie personen daartoe bevoegd is. Het is krachtens een wet overigens dat de notarissen die bevoegdheid hebben en een nieuwe wet zou nodig, maar ook voldoende zijn, om ze hun te ontnemen.

Is dit beslissingsrecht eigen aan de wetgevende macht, of kan de uitvoerende macht, vertegenwoordigd door de Koning, eveneens dergelijke beslissingen nemen ? Om op deze vragen te kunnen antwoorden, moeten wij even inzage nemen van het arrest van het Hof van Cassatie van 17 januari 1901 (*Pas.*, 1901, I, 106), dat gevelde werd ten gevolge van de weigering door een hyptheekbewaarder om over te gaan tot de overschrijving van een akte, verleden door een ontvanger der registratie en domeinen, van aankoop van een stuk grond door de Staat. Dat arrest bevestigde op een onbetwistbare wijze het principe van de authenticiteit van de akten van de openbare overheid. De volgende passus is dienaangaande zeer duidelijk :

"Considérant que le juge du fond se prévaut à tort de ce que, sauf disposition formelle, les notaires seuls ont le droit de recevoir les conventions auxquelles les parties veulent donner l'authenticité ;

"Que la loi organique du 25 ventôse an XI n'a eu pour but ni pour effet d'enlever aux actes administratifs le caractère d'authenticité qui, selon les termes mêmes de l'article 1er de cette loi, s'attache aux actes de l'autorité publique ;

"Considérant que, quant à leur forme, les actes con-

cernant l'administration du domaine privé de l'Etat échappent aux règles du droit commun ;

"Que ce principe résulte de la loi du 28 octobre-5 novembre 1790, publiée en Belgique le 1^{er} pluviôse an V, qui, en déclarant, dans son article 14, titre II, que ces actes emporteront hypothèque, dispose expressément que le ministère des notaires ne sera pas nécessaire pour leur passation ;

"Que l'on ne pourrait, dès lors, en invoquant la forme de ces actes et le rôle de partie qu'y prendrait le représentant de l'Etat, les comprendre dans la catégorie des écritures privées ;

"Considérant que si la loi de 1790 se trouve abrogée en sa disposition relative à l'hypothèque générale qu'elle établit, le principe qui s'en dégage au sujet de la foi due aux actes passés dans la forme administrative n'a été l'objet d'aucune abrogation ;

"Qu'il se retrouve expressément dans diverses lois, tant antérieures que postérieures au code civil, et s'y étend même aux actes administratifs concernant les intérêts civils des communes et des établissements publics ;

"Qu'à cet égard, il suffit de citer les lois des 15 et 16 floréal an X, faisant procéder par devant les administrations départementales à la vente d'immeubles appartenant à la nation ; l'article 12 de la loi du 28 mars 1810 consacrant la cession amiable, dans la forme des actes d'administration, des terrains décrétés d'expropriation ; l'arrêté royal du 16 octobre 1824 n'autorisant que subsidiairement le recours aux notaires pour la vente des biens du domaine, et l'arrêté royal du 22 juillet 1826 ramenant à une règle identique quant au délai d'enregistrement, à titre d'actes publics et authentiques par leur nature, certains contrats des administrations dressés sans intervention de notaire ;

"Que la pratique administrative se trouve attestée en ce sens immédiatement après la promulgation du code civil, notamment par la circulaire du préfet de l'Escaut du 16 brumaire an XIII (7 novembre 1804) et l'instruction relative à la gestion des biens des fabriques d'église du département de la Dyle du 6 nivôse an XIII (27 décembre 1804) ;

"Considérant que, dans cet état, les dispositions légales invoquées au jugement attaqué à titre de dispositions exceptionnelles, à savoir l'article 43 du code forestier, l'article 56 de l'arrêté royal du 20 décembre 1854 et l'article 9 de la loi du 27 mai 1870, n'apparaissent que comme des applications du principe traditionnel de l'authenticité des actes de l'autorité publique."

De conclusie van de eerste advocaat-generaal VAN SCHOOR werpt nog een heller licht op de draagwijdte van dat arrest :

"L'intervention d'un notaire était indispensable, affirme le jugement. "Les notaires, exprime l'article 1^{er} de la loi de ventôse, sont les fonctionnaires publics établis pour recevoir tous les actes et contrats auxquels les parties doivent ou veulent faire donner le

caractère d'authenticité *attaché aux actes de l'autorité publique* et pour assurer la date, en conserver le dépôt, en délivrer des grosses ou expéditions." C'est donc pour donner aux conventions des parties l'authenticité qui s'attache aux actes de l'autorité publique, que ces fonctionnaires sont institués par la loi. Quelle conséquence ces termes, si clairs et si précis, font-ils naître aussitôt ? C'est que le concours d'un notaire n'est exigé qu'à défaut d'un acte de l'autorité publique, puisqu'il a précisément pour but, comme pour effet, d'assimiler à cet acte, au point de vue de l'authenticité qui en est inséparable, les actes et les contrats des simples particuliers. Dès que l'autorité publique apparaît agissant dans le plein exercice de ses attributions, elle imprime elle-même le caractère authentique à l'acte par lequel elle manifeste sa volonté ; et à côté du fonctionnaire qu'elle délègue spécialement à cet effet, il ne saurait y avoir de place obligatoire pour un autre fonctionnaire, l'officier ministériel, qui n'est, lui aussi, que son délégué et dont l'intervention, absolument superflue, n'ajouterait rien à la force légale, ni à l'effet probant, ni au caractère public d'un tel acte.

"Le droit civil, à son tour, nous amène à une conclusion identique. Vous n'avez pas oublié le texte de l'article 1317 du code civil. "L'acte authentique, y est-il dit, est celui qui a été reçu par officiers publics, ayant le droit d'instrumenter dans le lieu où l'acte a été rédigé et avec les solennités requises." Un officier public ayant qualité et compétence à cet effet et dressant l'acte dans la forme requise, telles sont les conditions que la loi civile prescrit pour donner l'authenticité à un acte. Elle n'exige rien de plus. Le fonctionnaire public, quand il agit dans l'exercice de son mandat public, lorsqu'il a compétence *ratione materiae et loci*, imprime donc lui-même, par sa seule autorité, le caractère authentique à l'acte public qu'il passe à titre de ses fonctions".

4. Uit het bovenstaande blijkt duidelijk dat de akten van de openbare overheid authentiek zijn *bij uitstek*. De notariële akten integendeel zijn authentiek omdat een speciale wet (nl. van 25 ventôse jaar XI) de notarissen uitdrukkelijk, maar niet uitsluitend, bevoegd verklaard heeft om authenticiteit aan hun akten te verlenen.

Tijdens de parlementaire werkzaamheden die de Hypotheekwet van 10 oktober 1913 voorafgingen, verklaarde overigens de h. Levie, Minister van Financiën :

"De authenticiteit verleend aan de akten bestond vóór de inrichting van het notariaat, en vóórdat er notarissen waren, zijn er openbare ambtenaren geweest die een authentiek karakter gaven aan hun akten" (*Parl. handel.*, 1912-1913, p. 906)".

In Frankrijk besliste het Hof van Cassatie in dezelfde geest, dat de notarissen werden aangesteld door de wet om aan de overeenkomsten van particulieren de authenticiteit te verlenen die verbonden is aan de akten

van de openbare overheid (arrest 9 januari 1882, *D.P.*, 1883, I, 137).

5. In feite, zijn de betwistingen over de authenticiteit van de administratieve akten te wijten aan een verkeerde kijk op de juridische principes die aan het hier besproken probleem ten grondslag liggen.

De Wet van 25 ventôse jaar XI houdt niet in dat de openbare overheid afstand gedaan heeft van het recht op authenticiteitsverlening. Artikel 1 van deze wet is dienaangaande duidelijk. Wanneer men zegt dat de administratie zichzelf in de plaats van de notarissen stelt of dat ze indruist tegen hun prerogatieven, geeft men dan ook blijk van misvatting.

In werkelijkheid staan wij hier voor een probleem met een politieke achtergrond.

Artikel 25 van de Grondwet bepaalt dat alle machten uitgaan van de Natie. Om hun opdrachten uit te kunnen voeren, bezitten die machten sommige prerogatieven die zij door bemiddeling van hun aangestelden, of organen, aanwenden. Een van die prerogatieven bestaat in het verlenen aan hun akten van een geloofwaardigheid, m.a.w. authenticiteit, die groter is dan die van de akten van de gewone burger. Juridisch en politiek beschouwd, is die grotere geloofwaardigheid nodig voor een goede werking van de Natie.

Zoals hierboven werd gezegd, kan de uitvoerende macht, in haar eigen sfeer, evenals de wetgevende macht, maatregelen nemen, inz. door middel van koninklijke besluiten, om die prerogatieven uit te oefenen.

6. *Overzicht van de authentieke akten.* De authentieke akten, in de ruime zin, kunnen verdeeld worden in vier soorten :

- a) de werkelijke *ministeriële* akten ;
- b) de *gerechtelijke* akten ;
- c) de *wetgevende* akten ;
- d) de *administratieve* akten (*Pand. B.*, V° *Acte authentique*, nrs. 8 tot 12 ; *Acte administratif*, nrs. 289 en volg. ; BELTJENS, *Code civil annoté*, art. 1317, nr. 6 ; verg. *Pandectes françaises*, V° *Actes authentiques*, nr. 6).

Onder de *ministeriële* akten worden vermeld die opgesteld door een *notaris*, evenals die opgesteld door een *deurwaarder* en buitengerechtelijke akten genoemd (BELTJENS, *op. cit.*, nr. 6 ; aangaande de deurwaarders, zie Cass., 5 augustus 1835, *Pas.*, 1835, I, 123, en 25 maart 1847, *Pas.*, 1847, I, 383).

De *administratieve* akten zijn die welke uitgaan van een administratieve overheid, handelende in het kader van haar functie met inachtneming van de vereiste formaliteiten (*Pand. B.*, V° *Acte administratif*, nr. 289 ; Cass., 17 januari 1901 en de conclusie van de eerste advocaat-generaal VAN SCHOOR, hierboven reeds aangehaald).

Talrijk zijn de akten die onder laatstgenoemde categorie vallen. Het arrest van 1901, de conclusie van

de eerste advocaat-generaal VAN SCHOOR en de nota voorgelegd door de Administratie (*Recueil Général de l'Enregistrement et des Domaines*, nr. 13418) sommen er enkele op :

1) artikel 9 van de Wet van 27 mei 1870 op de ont-eigeningen ten algemenen nutte, waarbij bepaald wordt dat "de akten van minnelijke afstand, de kwitanties en alle andere akten aangaande de aankoop van on-roerende goederen mogen verleden worden zonder kosten door bemiddeling, hetzij van de gouverneur handelende in naam van de Staat of van de provincie, hetzij van de burgemeester handelende in naam van de gemeente." (Sedert het oprichten van de aankoopcomités, waarvan verder spraak, vraagt de Staat doorgaans de medewerking van de gouverneur niet meer) ;

2) De Wetten van 15.16 Floréal jaar X, waarbij wordt bepaald dat door de departementale besturen zal overgegaan worden tot de verkoop van 's Rijks on-roerende goederen ;

3) Het Koninklijk Besluit van 16 oktober 1824 dat enkel in bijkomende orde toelaat een beroep te doen op de notarissen voor de verkoop van domaniale goederen ;

4) Artikel 43 van het Boswetboek, dat bepaalt dat de processen-verbaal van toewijzing van houtkappingen aanleiding kunnen geven tot de dadelijke uitwinning van de koper ;

5) Artikel 56 van het Koninklijk Besluit van 20 december 1854, betreffende de toewijzing van hout- en boskappingen.

Het arrest van 1901 stelt uitdrukkelijk vast, dat de hierboven aangehaalde wetbepalingen louter toepassing zijn van het traditionele principe van de authenticiteit van de akten van de openbare macht.

Telkens als een ambtenaar, in het kader van zijn functie en in de vereiste vorm, een akte opstelt, is ze authentiek (*Pand. B.*, V° *Acte administratif*, nr. 290). Zo werd beslist dat de rollen van de directe belastingen authentieke akten zijn (Cass., 25 april 1882, *Pas.*, 1882, I, 207, en 9 april 1883, *Pas.*, 1883, I, 109) ; dat de geschreven vermeldingen, door de administratieve instructiën opgelegd die door een ontvanger der successierechten aangebracht worden in het register voor nederlegging van successieaangiften, *officieel* de datum van de aangifte vaststellen (Cass., 15 december 1881, *Pas.*, 1882, I, 14) ; dat de registers van verpanding in de banken van lening authentiek zijn (Cass., 8 januari 1872, *Pas.*, 1872, I, 74 ; 2 februari 1880, *Pas.*, 1880, I, 63 ; 21 september 1891, *Pas.*, 1891, I, 236) ; dat de akte die uitgaat van het college van burgemeester en schepenen authentiek is (Cass., 21 februari 1901, *Belg. Jud.*, p. 770) ; dat de internationale verdragen, evenals de notariële akten, authentiek zijn door het ondertekenen ervan door diplomatieke agenten (Cass., 25 januari 1906, *Pas.*, 1906, I, 95).

7. De authentieke akten worden dus onderverdeeld in verschillende soorten naar gelang van de overheid

die ze opgesteld heeft. De notariële akten horen onder een soort, de administratieve onder een andere.

Iedere soort wordt beheerst door een eigen statuut. De notariële akten hebben het hunne, de administratieve akten eveneens.

Aldus worden de notariële akten beheerst door de bepalingen van de Wet van 25 ventôse jaar XI.

Andere bepalingen zijn eigen aan de administratieve akten.

8. *De notarissen.* Artikel 1 van de Wet van 25 ventôse jaar XI bepaalt dat de notarissen openbare ambtenaren zijn, aangesteld om alle akten en overeenkomsten te verlijden waaraan partijen de authenticiteit van de overheidsakten moeten of willen doen verlenen, om de dagtekening ervan te verzekeren, de akten in bewaring te houden en er grossen en uitgiften van af te leveren. Het bepaalt ook dat, onder voorbehoud van de openbare overheid, zij alleen bevoegd zijn onroerende goederen, renten en hypotheaire schuldvorderingen openbaar te verkopen.

Men zou kunnen volhouden – en men heeft het overigens soms gedaan – dat die wet het monopolie van de authenticiteitsverlening toegekend heeft aan de notarissen. Indien dit waar was, zouden deze openbare ambtenaren, met uitsluiting van alle andere, bevoegd zijn om alle authentieke akten, zonder uitzondering, te stellen en zouden zij zelfs b.v. akten van geboorte, huwelijk en overlijden mogen opmaken, alleen omdat ze authentiek zijn. Niemand zou het tot zo'n uiterste drijven.

In werkelijkheid, is de bevoegdheid van de notarissen zeer uitgebreid, maar ze is nochtans niet onbeperkt. Zoals het Franse Hof van Cassatie het op 9 januari 1882 vaststelde, is het om aan de overeenkomsten van particulieren de authenticiteit te verlenen die verbonden is aan de akten van de openbare overheid, dat de notarissen werden aangesteld door de wet.

Dit wil evenwel niet zeggen dat de ambtsbevoegdheid van de notarissen streng beperkt is tot de overeenkomsten. Er bestaan akten, die geen overeenkomsten zijn, waarvoor de notarissen mogen instrumenteren, b.v. akten van bekendheid, inventarissen van nalatenschappen en huwelijksgemeenschappen, notulen van de beraadslagingen van een vennootschap, enz. Hoewel deze akten, strikt genomen, geen overeenkomsten zijn, betreffen ze doorgaans particuliere belangen, zodat ze op gelijke voet ermee kunnen gesteld worden.

9. De wettelijke bevoegdheid van de notarissen laat hun ook toe akten te verlijden waarin een openbare dienst partij is, bv. aan- of verkoop van een onroerend goed. Maar die dienst kan niet verplicht worden een beroep te doen op een notaris, zo het hem toegelaten is zelf de akte te verlijden of zich hiervoor te wenden tot een andere openbare dienst.

10. *Akten van de overheid.* In een van zijn consideransen, hierboven weergegeven, stelde het Hof van Cassatie, in zijn arrest van 17 januari 1901, dat de wetsbepalingen die als uitzonderingen op het monopolie van de notarissen aangevoerd werden, slechts toepassingen zijn van het traditionele principe van de authenticiteit van de akten van de openbare overheid, m.a.w., wat door sommigen beschouwd werd als uitzonderingsmaatregelen, d.w.z. als toevallige afwijkingen van een algemene regel, met name, het monopolie van de notarissen, werd door het Hof integendeel beschouwd als de toevallige bevestiging van een totaal andere algemene regel, met name het principe dat de akten van de openbare overheid de authentieke akten bij uitstek zijn. Dat wil dus zeggen dat geen wet vereist is opdat administratieve akten authentiek zouden zijn, maar dat een wet nodig was om aan de notarissen de bevoegdheid te geven authenticiteit te verlenen aan hun akten.

Mag men hieruit concluderen dat de ambtenaren welke akten ook mogen verlijden en dat deze akten steeds authentiek zijn? Op deze vraag luidt het antwoord ontkennend, want in de Wet van 25 ventôse XI heeft de wetgever de wil uitgedrukt dat de particulieren die een authentieke akte moeten of willen hebben, zich tot een notaris dienen te wenden. Aldus is een ambtenaar van een openbare administratie niet bevoegd om een akte op te maken waarin erfgenamen een nalatenschap verdelen.

In feite mag men oordelen dat de openbare overheid, in de regel, akten mag opmaken van overeenkomsten waarin zijzelf bepaalde belangen heeft. Maar dit is nochtans niet absoluut. Hieronder volgen enkele overwegingen dienaangaande.

11. *Burgemeesters.* Artikel 9 van de Wet van 27 mei 1870 verleent aan de burgemeester bevoegdheid om onroerende goederen aan te kopen voor rekening van de gemeente. De akten waarbij die aankopen vastgesteld worden, zijn bijgevolg authentiek zo ze voor de burgemeester verleden worden.

Het zelfde artikel machtigt hem eveneens om kwitanties en andere akten betreffende die aankopen te verlijden. Bij toepassing hiervan, heeft Vred. Brussel, 24 maart 1911 (*J.J.P.*, p. 440; *Rec. gén.*, nr. 14.965), beslist dat de burgemeester bevoegd is tot het verlijden van een akte waarbij hij de betaling aan een hypotheaire schuldeiser vaststelt van al of een deel van de onteigeningsvergoeding en bijgevolg ook de opheffing van de hypotheekinschrijving die een door de gemeente aan te kopen goed bezwaart (zie in dezelfde zin *Rép. prat. droit belge*, V° *Hypothèques et privilèges immobiliers*, nr. 271). Zulke akte is dus eveneens authentiek.

De bevoegdheid van de burgemeester kan dus nauwelijks betwist worden zo het gaat om akten van aankoop en om kwitanties en andere akten die er verband mede hebben.

12. De vraag is echter kieszor wanneer het andere akten betreft waarin belangen van de gemeenten behandeld worden.

De voorstanders van de bevoegdheid van de burgemeester, en dus van de authenticiteit van die akten, steunen op het arrest van het Hof van Cassatie van 17 januari 1901, voormeld, dat luidt: "Considérant que, dans cet état, les dispositions légales invoquées au jugement attaqué à titre de dispositions exceptionnelles, à savoir (...) l'article 9 de la loi du 27 mai 1870, n'apparaissent que comme des applications du principe traditionnel de l'authenticité des actes de l'autorité publique". Aldus, zou de burgemeester bevoegd zijn voor het verlijden van een akte van wederverkoop door de gemeente (verg. *Rép. prat. droit belge*, V° *Commune*, nr. 1305).

Bij vonnis van 18 juli 1955, heeft de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel beslist dat de burgemeester bevoegd is om een onroerend goed van de gemeente te verkopen en om authenticiteit te verlenen aan de verkoopakte die voor hem verleden wordt (*Pas.*, 1956, III, 95).

13. Er is evenwel betwisting over de vraag of de akten verleden door de gemeenteoverheid ook authentiek zijn wanneer het gaat om daden van economisch beheer (o.m. verkopen van onroerende goederen). Een advies van 12 maart 1934 van het Comité voor Advies inzake geschillen van Bestuur en voor Algemeen Bestuur bij het Ministerie van Binnenlandse Zaken heeft aangenomen dat het ambt van een notaris vereist is om authenticiteit te verlenen aan een akte van verkoop door een gemeente. De mening van dat Comité steunt op de overweging dat, ofschoon de binnen de perken van hun bevoegdheid opgemaakte akten van de ondergeschikte besturen authentiek zijn, die besturen onderworpen blijven aan de algemene wetten van de Natie en dat wanneer een wet – nl. die van 25 ventôse jaar XI – bepaalt onder welke voorwaarden partijen authenticiteit aan hun akten kunnen verlenen, de ondergeschikte besturen daaraan onderworpen zijn voor hun akten van economisch beheer, omdat bedoelde akten de aard hebben van die waarvan het monopolie voorbehouden is aan de notarissen krachtens de Wet van 25 ventôse jaar XI, zodat een wet alleen kan afwijken van dat principe. Onder invloed van dat advies, heeft de Minister van Binnenlandse Zaken bij dienstbrief van 30 maart 1938 (*Rev. Com.*, 1938, 135) beslist, dat buiten artikel 9 van de Wet van 27 mei 1870, geen enkele wettekst aan de gemeenteoverheid bevoegdheid toekent om authenticiteit te verlenen aan akten in verband met onroerende verrichtingen.

In feite, komt dit tweede standpunt erop neer dat het arrest van 1901 niet toepasselijk is op de openbare rechtspersonen andere dan de Staat (DE PAGE, VII, p. 634, voetnoot 4, 2°; BELVA, *Traité de l'expropriation*, V° *Formalités*, nr. 189).

14. Wij staan hier voor twee verschillende meningen, waarvan de eerste de weergegeven considerans van het arrest van het Hof van Cassatie ruim toepast, en de tweede oordeelt, dat het arrest geen andere overheid dan de Staat kan bedoelen omdat het toenmalig geding de authenticiteit betrof van een akte opgemaakt door een Staatsambtenaar en het Hof de akten van andere overheden niet kan beoogd hebben. Wie gelijk heeft, is moeilijk uit te maken. Maar wij stellen vast dat op een parlementaire vraag van volksvertegenwoordiger Toubreau van 14 oktober 1960, de Minister van Binnenlandse Zaken antwoordde:

"Artikel 9 van de Wet van 27 mei 1870 voorziet in de tussenkomst van de burgemeester slechts voor de akten van verwerving van onroerend goed door de gemeente.

"Nochtans heeft volgens het arrest van het Hof van Cassatie van 17 januari 1901 (*Pas.*, 1901, I, 106) de administratieve rechtspraak geleid tot de conclusie dat hetzelfde recht bestaat inzake vervreemding.

"Aldus heeft de Minister van Financiën op 28 maart 1903 besloten dat een vervreemdingsakte opgemaakt door de burgemeester en medeondertekend door de gemeentesecretaris overeenkomstig de door het Hof van Cassatie aanvaarde beginselen een onbetwistbaar authentiek karakter vertoont waardoor zijn kan worden overgeschreven (*Revue Communale*, 1910, 90).

"Mijn departement verzet zich niet tegen deze handelwijze." (*Parl. Handel.*, Kamer, 1959-1960, p. 1731).

15. Hier rijst een bijkomende vraag, nl. of de burgemeester de gemeente geldig kan vertegenwoordigen in een akte die hijzelf verlijdt.

Sedert het arrest van 17 januari 1901, wordt aangenomen dat de akten die gesteld worden door openbare ambtenaren, binnen de perken van hun wettelijke bevoegdheid, authentiek zijn. Het is dus voldoende dat een akte opgemaakt wordt door de burgemeester, in zijn hoedanigheid van orgaan van de gemeente, opdat ze een authentiek karakter zou hebben.

Het is zo dat inzake verkrijgingen ten algemenen nutte de burgemeester, door zijn wettelijke opdracht, authenticiteit verleent aan de akten die hij verlijdt in het kader van deze opdracht (DRONSART en BELVA, *Traité de l'expropriation pour cause d'utilité publique*, V° *Formalités*, nr. 181).

De mening van DE PAGE, t.w. dat er onverenigbaarheid is tussen de hoedanigheid van openbaar ambtenaar die de akte verlijdt en die van partij bij deze akte, is vatbaar voor betwisting (studie in *Rec. gén.*, nr. 18.324, § 12). DE PAGE geeft trouwens zelf toe dat de onverenigbaarheid ophoudt zo de openbare ambtenaar optreedt als orgaan van het openbaar bestuur en krachtens een wet, wat hier het geval is (zie DE PAGE, III, 2e uitg., nr. 754, p. 742, voetnoot 1, en VII, nr. 712, p. 634, met voetnoot 4).

16. *Gouverneurs*. Evenals voor de burgemeester geldt artikel 9 van de Wet van 27 mei 1870 voor de

provinciegouverneur. Dit artikel geeft hem de nodige bevoegdheid om overeenkomsten, kwitanties en andere akten te verlijden voor de verkrijging van onroerende goederen namens de Staat of de provincie.

Zoals hierboven reeds gezegd werd, vraagt de Staat de medewerking van de gouverneurs doorgaans niet meer sedert dat de aankoopcomités bestaan.

Wat de provincie betreft, is de gouverneur in elk geval bevoegd voor de akten bedoeld in artikel 9, voormeld.

Voorts heeft hij eveneens bevoegdheid voor het verlijden van akten die verenigingen voor watervoorziening, intercommunale verenigingen en de Nationale Landmaatschappij aanbelangen (Wetten van 18 augustus 1907, 11 oktober 1919 en 1 maart 1922).

17. *Centraal gezag.* Hierboven hebben wij vastgesteld dat het arrest van 17 januari 1901 aanleiding heeft gegeven tot een ruime en een beperkende interpretatie, enerzijds dat de burgemeesters en de provinciegouverneurs authenticiteit mogen verlenen aan al de akten die zij verlijden voor de gemeente resp. de provincie, anderzijds dat zij dit slechts mogen doen binnen de perken van de wetten die hun dat recht toekennen.

Wat de Staat, die het centraal gezag is, betreft, wordt in het algemeen aangenomen dat het arrest ruim geïnterpreteerd moet worden. M.a.w., de wetgevende macht, nl. het Parlement, en de Koning, als hoofd van de uitvoerende macht, mogen dus wetten resp. besluiten nemen waarbij zij aan een administratie of bepaalde organen van de Staat bevoegdheid geven om, in het kader van hun opdracht, authentieke akten te verlijden.

Dat het hoofd van de uitvoerende macht rechtsgeldig een besluit in die zin kan nemen, blijkt duidelijk uit het advies dat de Raad van State heeft gegeven over het ontwerp dat het Koninklijk Besluit van 3 november 1960 geworden is. In het tweede lid van dat advies wordt inderdaad gezegd: "De aankoopcomités zijn diensten (...) die de uitvoerende macht belast met het uitoefenen van haar bevoegdheid inzake aankoop en onteigening van onroerende goederen". Verder lezen wij: "Treden die ambtenaren (nl. van de aankoopcomités) voor rekening van de Staat op buiten iedere wetsbepaling om, dan ontlenen zij hun bevoegdheid aan het koninklijk besluit tot instelling van de comités". En verder nog: "De ambtenaar die voor rekening van de Staat een onroerend goed aankoopt, handelt in tweeërlei hoedanigheid: eerst treedt hij bij de akte op als partij bij de overeenkomst, daarna verleent hij aan die akte haar authentiek karakter volgens het traditionele beginsel van de authenticiteit der overheidsakten (Cass., 17 januari 1901, *Pas.*, I, 106)". De redenering van de Raad is zeer duidelijk: het hoofd van de uitvoerende macht, de Koning, kan, bij een besluit, ambtenaren belasten met het aankopen van onroerende goederen voor rekening van de Staat en de

akten die ter zake opgesteld worden door die ambtenaren, zijn bijgevolg authentiek want ze gaan uit van de uitvoerende macht, vertegenwoordigd door bepaalde organen die zij aanwijst. M.a.w. de uitvoerende macht is een van de machten van wie de bevoegdheid uitgaat om authenticiteit aan akten te verlenen zonder dat daarvoor een wet nodig is. Wanneer men de grondwettigheid van het Koninklijk Besluit van 3 november 1960 in twijfel trekt, verliest men dus de grondbeginselen van de staatsorganisatie uit het oog.

Als hoofd van de uitvoerende macht, bezit de Koning de bevoegdheid de werking van 's Lands bestuur te regelen en daartoe administratieve diensten in te richten met wel bepaalde competenties. Anderdeels is het bestaan van de Natie – op economisch, sociaal en cultureel vlak – ondenkbaar zo de Staat niet beschikt over de daartoe noodzakelijke middelen. Zo zal de Staat o.m. onroerende goederen nodig hebben om zijn opdracht van algemeen belang te vervullen. Het is dus normaal dat de uitvoerende macht de goederen kan aanwijzen die moeten verkregen worden. Het is even noodzakelijk dat een administratieve dienst bevoegdheid wordt verleend de verkrijgingen te bewerkstelligen. Al de handelingen die bedoelde dienst, in de uitoefening van zijn bevoegdheid verricht, zijn dus handelingen van de openbare overheid, waaraan authenticiteit is verbonden.

18. *Aankoopcomités.* Wij hebben het zoëven gehad over de aankoopcomités. Het zijn vooral deze diensten die ertoe geroepen zijn sommige akten te verlijden waarvoor de notarissen eveneens kunnen instrumenteren.

De aankoopcomités werden tot stand gebracht bij Koninklijk Besluit van 9 juli 1929. Ten gevolge van sommige betwistingen voor de rechtbanken werd hun bevoegdheid nader bepaald bij Koninklijk Besluit van 3 november 1960, waarvan artikel 9 het Besluit van 9 juli 1929 opgeheven heeft.

Ze maken deel uit van de administratie van de belasting over de toegevoegde waarde, registratie en domeinen en staan onder het gezag en het toezicht van de Minister van Financiën (art. 1 van het K.B. van 3 november 1960). Zij alleen zijn bevoegd tot het aankopen van onroerende goederen voor rekening van de Staat (art. 3). Ze zijn eveneens belast met de aankoop van onroerende goederen voor rekening van openbare instellingen met rechtspersoonlijkheid wanneer dit door de wet is voorgeschreven of wanneer een onder staatsgezag of -toezicht staande instelling hun daartoe last geeft en ze oefenen alle ambtsbevoegdheden uit die de wet ter zake opdraagt aan de administratie van de belasting over de toegevoegde waarde, registratie en domeinen of aan de ambtenaren van die administratie (art. 4).

Wanneer zij aldus optreden, moeten de leden van de aankoopcomités en de bij die comités gedetacheerde ambtenaren tegenover derden niet van een bijzon-

dere lastgeving doen blijken. Zij zijn, evenals de overige ambtenaren van de bovengenoemde administratie, bevoegd tot het verlijden van de aankoopakten wanneer het goed in het staatsdomein moet worden opgenomen of de wet hun daartoe bevoegdheid verleent (art. 6).

19. In feite, hebben de Koninklijke Besluiten van 9 juli 1929 en 3 november 1960 aan de aankoopcomités de opdracht toevertrouwd die de Wet van 27 mei 1870, artikel 9, gegeven heeft aan de provinciegouverneurs (zie *Les Nouvelles, Lois politiques et administratives*, deel IV, V^o *Expropriation pour cause d'utilité publique*, nrs. 95, 103 en 423). Bijgevolg zijn zij, evenals die gouverneurs, bevoegd kwitanties en andere akten, bv. volmachten, hypotheekopheffingen, enz., te verlijden voor de verkrijging van onroerende goederen voor rekening van de Staat.

De aankoopcomités zijn eveneens bevoegd om over te gaan tot de vervreemding en de verhuring van staatsgoederen, en om daarvan authentieke akte op te maken (zie o.m. Decreten van 23-28 oktober 1790, art. 14, titel II; 5 november 1790; 14-17 mei 1790, art. 3, titel III; 3-17 november 1790; 12-13 juli 1793; Wetten van 16 brumaire jaar V en 15 floréal jaar X).

20. Wanneer de aankoop integendeel moet gebeuren voor rekening van een openbare instelling of een instelling van openbaar nut met een van de Staat onderscheiden rechtspersoonlijkheid, zijn de aankoopcomités niet bevoegd om een authentieke akte te verlijden, tenzij een wet de vereiste bevoegdheid toekent aan die comités of de administratie waarvan ze deel uitmaken, of tenzij de instelling, binnen de grenzen van haar statuutbevoegdheid, onder inachtneming van de civielrechtelijke regelen, een aankoopcomité als lasthebber erkent voor het verrichten van de aankoop (zie K.B. van 3 november 1960, artt. 3 tot 5). Buiten die gevallen zijn, alleen notarissen bevoegd om de overeenkomst het authentiek karakter van de overheidsakten te verlenen.

21. De aankoopcomités maken deel uit van het rijksbestuur.

In artikel 1 van het Koninklijk Besluit van 3 november 1960 wordt bepaald dat ze ingesteld worden onder het gezag en het toezicht van de Minister van Financiën. Dit wil niet zeggen dat de Minister zich in de plaats mag stellen van de aankoopcomités om zelf de bedragen van de prijzen en vergoedingen die bij aankopen en onteigeningen moeten betaald worden vast te stellen.

Inderdaad, artikel 7 van hetzelfde besluit bepaalt dat de voorzitter van het aankoopcomité ordonnateur is van die bedragen overeenkomstig artikel 18 van de Wet van 15 mei 1846 op de Rijkscomptabiliteit, zodat hij zelf ervoor instaat ten aanzien van de onteigenende macht (Minister, openbare instelling, enz.) en van het Rekenhof. De aansprakelijkheid die daaruit

voortvloeit, verleent de voorzitter een zekere – maar toch beperkte – autonomie en heeft tot gevolg dat hij vrij beslist een zaak aanhangig te maken voor het gerecht wanneer een minnelijke overeenkomst onmogelijk blijkt te zijn. Een verbod om rechtsgedingen te voeren zou bijgevolg onwettelijk zijn (verg. K.B. van 3 november 1960, art. 3, 2e lid).

22. Die autonomie neemt niet weg dat de ambtenaren van de aankoopcomités instructies moeten naleven, die bepaald worden bij algemene maatregel om een juiste toepassing van de vigerende wetten en sommige eenvormigheidsnormen in de hand te werken bij de raming van de vergoedingen.

Het in artikel 1 vermelde toezicht door de Minister van Financiën heeft vooral tot doel de naleving van die instructies te verzekeren. Hij heeft dan ook het recht die ambtenaren om uitleg en verantwoording te verzoeken en de passende maatregelen te nemen.

23. Het feit dat de ambtenaren van de aankoopcomités authentieke akten verlijden en er tevens in verschijnen als vertegenwoordigers van de onteigenende macht, heeft geen onverenigbaarheid tot gevolg. In zijn advies vóór het Koninklijk Besluit van 3 november 1960 heeft de Raad van State op die dubbele hoedanigheid gewezen in de volgende termen: "De ambtenaar die voor rekening van de Staat een onroerend goed aankoopt, handelt in tweërlei hoedanigheid: eerst treedt hij bij de akte op als partij bij de overeenkomst, daarna verleent hij aan die akte authentiek karakter volgens het traditionele beginsel van de authenticiteit der overheidsakten (Cass., 17 januari 1901, *Pas.*, I, 106)."

Het zou anders zijn indien een ambtenaar van een aankoopcomité persoonlijke belangen in de rechtshandeling heeft, bv. indien de Staat een onroerend goed van die ambtenaar onteigent. In dat geval verplicht de administratie hem de akte door een ander ambtenaar te laten verlijden. Het gebeurt zelfs dat ze verkiest het bedrag van de onteigeningsvergoeding rechtstreeks door de rechter te laten vaststellen om latere verdenkingen te voorkomen.

24. Er wordt soms beweerd dat een particulier die onderhandelt met een ambtenaar, orgaan van de overheid, meer risico's loopt dan wanneer de akte verleden wordt voor een notaris.

Op het eerste gezicht, kan die bemerking gegrond schijnen.

Wanneer het gaat om akten verleden voor ambtenaren van de aankoopcomités, is het risico evenwel illusoir om de volgende redenen:

– die ambtenaren bezitten een rechtskennis die ze volkomen in staat stelt al de juridische problemen op te lossen die kunnen rijzen bij de rechtshandelingen die zij moeten verwezenlijken (procedure inzake onbekwaamheid, rechtsregelen betreffende de voorrechten en hypotheeken e.d.m.);

– terwijl de notarissen ertoe geroepen worden velerlei akten op te maken, verlijden die ambtenaren slechts een beperkte soort akten (aankopen en erbij behorende akten, verkopen, verhuringen e.d.) zodat zij in dit opzicht een zeer grote ervaring bezitten ;

– evenals de notarissen, hebben de bedoelde ambtenaren geen persoonlijk belang bij de bedoelde rechtshandelingen en bestaat er dus in feite geen gevaar dat zij zouden trachten de tegenpartij te benadelen ;

– wanneer het gaat om aankopen ten algemene nutte – wat meestal het geval is – is de onteigende niet verplicht het aangeboden bedrag te aanvaarden ; hij kan zich laten dagvaarden voor de rechter, die dan zelf de vergoeding zal uitrekenen.

26. De risico's kunnen alleen bestaan wanneer akten verleden worden door overheden die de nodige rechtskennis niet bezitten. Dit is vroeger wel eens ge-

beurd in kleine gemeenten. Hieruit heeft men soms gemeend te moeten concluderen dat het verkeerd is de openbare overheid bevoegd te verklaren om authenticiteit aan akten te verlenen. Die mening was mis, want ze betrof niet de bevoegdheid van de overheidsorganen, maar wel de manke organisatie van een of ander openbaar bestuur.

27. Het bovenstaande samenvattend kan men zeggen dat de bevoegdheid om authenticiteit aan akten te verlenen bij de openbare overheid rust.

Bij een bijzondere wet werden de notarissen bevoegd verklaard om authenticiteit te verlenen aan hun akten en aldus zijn zij depositarissen van een ruim deel van de prerogatieven van de openbare overheid, zodat zij hiervan deel uitmaken. Die wet heeft hun evenwel geen monopolie ter zake verleend.

NOTARIËLE EN ADMINISTRATIEVE AKTEN

Preadvies door notaris J. DE VROE (Antwerpen)

DE NOTARIËLE AKTEN

Aan de notarissen heeft de Wet van 16 maart 1803 (25 ventôse jaar XI) de algemene opdracht gegeven en de algemene bevoegdheid toegekend, authenticiteit te verlenen aan de akten en overeenkomsten van partijen. Daardoor is de notaris houder van een bepaald deel van het openbaar gezag.

De verscheidenheid van de notariële akten is zeer groot. Hier volgt een beknopte samenvatting :

1. Een reeks akten zijn nietig zo ze niet bekleed zijn met deze door de notaris verleende authenticiteit :

a) de zogenaamde plechtige akten : schenking, huwelijkscontract, bepaalde soorten testamenten ;

b) andere akten die op grond van verschillende wetten verplicht voor notaris dienen verleden te worden : hypotheekvestiging, opheffing van hypothecaire inschrijvingen, toestemming tot huwelijk, eerbiedige akte, adoptie, inventaris, gerechtelijke verdeling, minnelijke verdeling met minderjarigen of gelijkgestelden, gerechtelijke openbare verkoping, gerechtelijke rangeregeling, oprichting van en wijziging aan de statuten van vennootschappen, echtscheiding of scheiding van tafel en bed bij onderlinge toestemming, voorafgaande overeenkomst, enz.

2. Andere akten hebben bepaalde aspecten die partijen ertoe verplichten of aanzetten ze voor notaris te verlijden :

a) om een stevige titel te bekomen en de akte te kunnen overschrijven op het hypotheekkantoor : ver-

koping, verdeling of ruiling van onroerende goederen en alle akten die onroerende rechten overdragen of verklaren, ook huur of pachtcontracten van meer dan negen jaar, volmachten voor onroerende verrichtingen, basisakte appartementsgebouw, enz. ;

b) om een stevige titel te bekomen die uitvoerbaar is, of enkel om de degelijkheid van de inhoud te waarborgen : lening, oprichting v.z.w., inpandgeving, enz.

3. Openbare verkopen van onroerende goederen.

4. De bedrijvigheid van de notaris strekt zich uit tot vele andere zaken, zoals de minnelijke vereffening van nalatenschappen of vennootschappen, het bezorgen van leningen op hypotheek, het zoeken van kopers bij tekoopstelling uit de hand, de schatting van eigendommen, gerechtelijke schattingen, deskundige onderzoeken van alle aard, de vertegenwoordiging van afwezige of weerspannige partijen, enz.

De notaris raadsman van de partijen

In het raam van voornoemde wettelijke en andere opdrachten, is de notaris de raadsman van de partijen. De notaris licht de partijen in over de middelen om de doeltreffendheid der overeenkomsten te verzekeren, over de draagwijdte van de verbintenissen die ze aangaan, over de te nemen voorzorgen, over de gevaren of onwettelijkheden welke de overeenkomsten inhouden.

Deze vertrouwelijke taak wordt niet door de wet opgelegd maar wordt door de notaris vrijwillig opgenomen. Zij is niet enkel een der grondslagen, maar zelfs

de hoofdoorzaak van de dringende noodzakelijkheid van het notariaat.

Aan deze hoedanigheid van raadsman van de partijen is de uitgebreide verantwoordelijkheid verbonden, welke de notaris draagt zo civielrechtelijk als disciplinair. Dit is evenmin in de wet voorzien, maar werd door de rechtspraak uitgewerkt.

Indien al het recht authenticiteit te verlenen een werkelijk voorrecht uitmaakt, dat sommigen het notariaat benijden, dan is de zware verantwoordelijkheid welke de notaris draagt, een geduchte last die geen enkel ander beroep of ambt zou willen opnemen.

DE ADMINISTRatieve AKTEN

Een reeks wetten geven aan bepaalde administraties of ambtenaren, de bevoegdheid om bepaalde akten te verlijden, waarbij de administratie partij is. De voornaamste zijn :

- oude wetten en gebruiken die aan de ambtenaren van de domeinen de bevoegdheid geven akten te verlijden nopens het staatsdomein ;

- art. 9 van de Wet van 27 mei 1870 inzake onteigening ten algemenen nutte dat aan de provinciegouverneur en aan de burgemeester de bevoegdheid geeft akten van minnelijke aankoop te verlijden ;

- art. 8 van de Wet van 1 maart 1922 nopens de associaties van gemeenten dat hetzelfde recht aan de provinciegouverneur geeft ;

- de Huisvestingscode van 10 december 1970 ;

- het Koninklijk Besluit van 3 november 1960 dat de bevoegdheid van de comités tot aankoop van onroerende goederen voor rekening van de Staat regelt ;

- art. 33 van de Wet van 29 maart 1962, betreffende de stedenbouw, dat aan de ambtenaren van voornoemde comités de bevoegdheid geeft onteigeningen te vervolgen en akten van aankoop en herverkoping te verlijden, ingeval een bijzonder plan van aanleg bij K.B. goedgekeurd werd ;

- de Wet van 30 juli 1966 over de economische expansie en de Wet van 30 december 1970, die aan de burgemeesters en aan de ambtenaren van de aankoopcomités de bevoegdheid geven akten te verlijden waarbij gemeenten, associaties van gemeenten e.d., gronden aankopen voor vestiging van nieuwe industrieën en herverkopen aan deze industrieën ;

- andere wetten waarvan het belang beperkt is.

BETWISTING

Sommige administraties blijven niet bij die wetteksten en eigenen zich het recht toe akten te verlijden, waarvoor geen wettekst hun bevoegdheid geeft. Voornamelijk betreft het akten van ruiling en verkoping van onroerende goederen door burgemeesters verleden.

Die administraties of ambtenaren baseren hun zienswijze op het louter feit dat zij een openbare overheid

zijn, wier daden authentiek zijn. Aangezien, zo menen zij, al hun daden authentiek zijn, is ook de akte van verkoping die zij opmaken authentiek : aldus is de medewerking van de notaris niet vereist om er authenticiteit aan te verlenen !

Men voelt geredelijk aan, dat aan die redenering iets hapert (zie verder).

De notarissen zijn van mening dat deze redenering geen steek houdt, dat die ambtenaar wederrechtelijk het ambt van notaris uitoefent en zich aan vervolgingen op grond van art. 227 Sw. blootstelt.

ARGUMENTATIE VAN HET NOTARIAAT

1. Het eerste argument springt in het oog. Waarom zouden bepaalde wetten nodig zijn om in bepaalde gevallen bevoegdheid aan ambtenaren te geven, ingeval deze ambtenaren een algemene bevoegdheid hadden ? De vraag stellen is ze beantwoorden.

De waarheid is dat ambtenaren geen enkele bevoegdheid hebben die hun niet door een wet gegeven wordt (art. 31 en 108 G.W.). Dit grondwettelijk principe wordt voorbijgezien.

2. *Burgerlijk bewijs.* Boven 3.000 fr. kan een overeenkomst slechts bewezen worden bij notariële (authentieke) of onderhandse akten (art. 1341 B.W.).

Het wezen en doel van de notariële of authentieke akte is, aan partijen een volledig burgerlijk bewijs van hun overeenkomst te verschaffen (art. 1319 B.W.), namelijk een bewijstittel die praktisch onbetwistbaar is en slechts kan aangevallen worden door de bijzondere procedure van betichting van valsheid (art. 1319 B.W. en art. 19 Ventôsewet).

De authentieke akte, zegt art. 1317 B.W., is een akte die "in de wettelijke vorm" is verleden door "openbare ambtenaren" die daartoe bevoegd zijn ter plaatse waar zij is opgemaakt. Dat hier enkel de notarissen bedoeld worden blijkt uit de oorspronkelijke nog steeds van kracht zijnde Franse tekst van dit artikel, die spreekt van "officiers publics". Op het ogenblik dat het Burgerlijk Wetboek werd gemaakt bedoelde die term hoofdzakelijk de notarissen en de griffiers van de rechtbanken. Daarenboven spreekt art. 1341 B.W., dat over dezelfde aangelegenheid handelt, enkel van "notarissen".

Het Burgerlijk Wetboek geeft also het algemeen principe aan. De Wet van 16 maart 1803 (Ventôsewet) organiseert het notariaat en bepaalt de regelen voor het opmaken van de notariële akten.

3. *De plechtige vorm.* Om authentiek te zijn, moeten de akten niet enkel opgemaakt worden door bevoegde ambtenaren, doch daarenboven moeten ze opgemaakt worden "in de wettelijke vorm" (art. 1317 B.W.). De Franse tekst zegt : "avec les solennités requises". De eerste Nederlandse vertaling zei : "in de vereiste vormen".

Welnu, de wetgever heeft geen vormen of wettelijke regelen vastgesteld voor het opmaken van administratieve akten. Hoe kunnen deze dan aanspraak maken op authenticiteit?

Voor het opmaken van notariële akten daarentegen, worden door de Wet van 16 maart 1803 (organieke wet van het notariaat, ook Ventôsewet genaamd) uiterst precieze en uitgebreide formaliteiten en regelen voorgeschreven, en wel in niet minder dan 15 artikelen (artt. 11 tot 17 en 20 tot 27).

Had de wetgever de administratieve akten met de authentieke akten willen gelijkstellen, dan had hij niet nagelaten ook de wettelijke vormen daarvan te regelen.

Daaruit volgt dat alleen de notariële akte beantwoordt aan de definitie van art. 1317 B.W.

4. *Overeenkomst en akte.* De administratie beroept zich soms op de artt. 31 en 108 van de Gemeentewet, waarin de regels zijn neergelegd voor het nemen door de gemeente van beslissingen van aan- en verkoop. Men zegt, dat daar de gemeenten mogen kopen en verkopen, zij ook de akten mogen verlijden. Zulke stap zetten is natuurlijk enkel mogelijk voor niet-juristen. Want, elke jurist merkt onmiddellijk dat het nemen van een beslissing van aan- en verkoop een zaak is, en dat het opmaken van de akte of het schriftelijk bewijs van de overeenkomst een andere zaak is.

Met een tegenpartij een akkoord bereiken over aan- of verkoop is een *daad* die in de bevoegdheid van een gemeente valt. Doch van dit akkoord het burgerlijk bewijs of de *akte* opmaken is een bijzondere bevoegdheid die noch aan de gemeente, noch aan de burgemeester, door enige wet algemeen wordt toegekend.

De verwarring wordt wellicht in de hand gewerkt door het feit dat in de Franse taal gemelde twee begrippen, namelijk "daad" en "akte" beide met dezelfde term "acte" worden aangeduid.

5. *Twee soorten authenticiteit.* Hierboven werd er reeds op gewezen dat de gemeenteambtenaren spelen op het woord "authenticiteit". Op de keper beschouwd, dekt dit woord twee begrippen:

a) de gewone authenticiteit van de akten van de openbare overheid, die geen andere inhoud heeft dan de verplichte geloofwaardigheid van deze akten;

b) de authenticiteit met het oog op de burgerlijke bewijsvoering, die door de notaris verleend wordt en die a.h.w. het gezag van het gewijsde vormt.

Het verschil tussen deze twee begrippen komt op schrille wijze naar voren bij het onderzoek naar de herkomst van de notariële akten (zie verder nr. 6).

De beslissing van verkoop door een administratie genomen is authentiek in de zin van a) hierboven; evenzeer zijn de verklaringen van de ambtenaar in de administratieve akte authentiek in dezelfde zin; doch de verklaringen van de particulier-koper zijn het niet en de akte zelf evenmin, zelfs niet in de zin a).

6. *Herkomst van het notariaat.* Het Latijns notariaat vindt niet zijn oorsprong in het oude Rome. Het is ontstaan uit een splitsing van de gerechtelijke macht.

Vele eeuwen geleden trad de gewoonte in, de overeenkomst voor de rechter te laten vaststellen teneinde een authentieke en uitvoerbare titel te bekomen.

Reeds in de IXe eeuw in Lombardije, toen partijen een koopcontract hadden gesloten veinsden zij een betwisting. De koper bracht de verkoper voor de rechtbank. De verkoper erkende voor de rechter dat hij verkocht had. De rechter gaf hun de akte van hun verklaringen en de partijen vonden in het vonnis een authentieke en uitvoerbare titel.

In andere streken van West-Europa geschiedde stilaan hetzelfde voor de kerkelijke en burgerlijke rechtbanken van toen.

Bij al deze rechtbanken was een bediende, "notaris" genoemd, die het vonnis optekende en daarvan een exemplaar bijhield.

Men begrijpt dat stilaan de rechter zich in zulke processen overbodig voelde en dat hij de zaak liet afhandelen door zijn notaris en achteraf het vonnis tekende.

Daardoor geschiedde het dan ook dat die notarissen zich stilaan van de rechtbank losmaakten en het notariaat was geboren!

In de XIVe eeuw werd deze toestand in Frankrijk door een ordonnantie gewettigd. Het griffiersambt werd van het notarisambt gescheiden; beiden bleven nochtans "officier ministériel". Aan de notaris werd bevoegdheid gegeven overeenkomsten vast te stellen, wijl dit dan aan rechters en griffiers verboden werd.

In Duitsland en in de Nederlanden werd het notariaat geregeld door het Edict van Karel V van 7 oktober 1531.

Tenslotte kwam de Wet van 26 september en 26 oktober 1791 en na de Franse revolutie de thans nog van kracht zijnde Wet van ventôse voormeld.

En zo komt het dat de akten van notarissen authentiek en uitvoerbaar zijn en als het ware kracht van gewijsde bezitten.

De notariële akte staat dus in nauw verband met de Gerechtelijke Macht, domein waarvan de Administratie of Uitvoerende Macht absoluut uitgesloten blijft wegens het grondwettelijk principe van de scheiding der machten.

Daarom ook zijn de administratieve akten niet authentiek in dezelfde zin en niet uitvoerbaar.

7. *Art. 1 van de Ventôsewet.* Dit artikel werd van beide kanten misbruikt:

a) Sommige notarissen menen dat het hun een uitsluitende bevoegdheid geeft; dit blijkt niet uit de tekst;

b) De administratie meent dat het haar bevoegdheid geeft of minstens bevestigt. Dat dit artikel een bevoegdheid *bevestigt* door ze onrechtstreeks aan te halen is mogelijk, maar dan is het niet uit dit artikel dat

die bevoegdheid blijkt, doch enkel uit de bevestigende wetten zelf. Dat dit artikel een bevoegdheid geeft is niet juist, want de tekst bevat geen rechtstreekse toekenning van bevoegdheid aan de administratie.

De waarheid is dat zowel de notarissen als de administratie slechts die bevoegdheden hebben die een wet hun rechtstreeks toekent (cfr. nr. 1 supra).

8. *De rechtspraak van het Hof van Cassatie.* De administratie beroept zich vaak op het cassatiearrest van 17 januari 1901, waarin wordt gezegd dat de akten opgemaakt door de ambtenaar van de Staat authenticiteit hebben.

In de eerste plaats dient herhaald te worden, dat authenticiteit twee verschillende begrippen dekt, zoals hierboven gezegd is, en voorts dient opgemerkt te worden dat dit arrest enkel voor de Staat is gegeven, namelijk voor de ambtenaren van de Domeinen en dat het in geen geval opgaat, voor ondergeschikte administraties zoals gemeenten, zich dezelfde machten toe te kennen als die welke aan de ambtenaren van de Domeinen toekomen krachtens oude wetten.

Het is dan ook in die zin dat het hierna vermeld advies van de Raad van State dit arrest interpreteert.

9. *Advies van de Raad van State.* Ter gelegenheid van het K.B. van 3 november 1960 betreffende de comités tot aankoop, stelt de Raad van State het volgende principe :

"De ambtenaar die voor rekening van de Staat een onroerend goed aankoopt, verleent aan die akte haar authentiek karakter. (Cass. 17 januari 1901.)

"Geheel anders staat het als een Rijksinstelling met rechtspersoonlijkheid een onroerend goed voor haar eigen patrimonium aankoopt.

"In dit geval zijn, overeenkomstig artikel 1 van de Wet van 25 ventôse-5 germinal jaar XI tot regeling van het notariaat, als openbare ambtenaren alleen notarissen bevoegd om de overeenkomst het authentiek karakter van de overheidsakten te verlenen, tenzij een bijzondere wet anders bepaalt."

10. *Aanschrijving van het Ministerie van Binnenlandse Zaken :* De aanschrijving van 30 maart 1938, waarbij de Minister van Binnenlandse Zaken de gemeenten op hun plichten wijst, geeft eveneens dezelfde zienswijze weer :

"De akten der Gemeenteoverheden zijn slechts authentiek indien zij gesteld zijn overeenkomstig de zending die hun door de wet gegeven werd. De vaststellingen waarvan deze overheden akte verlenen, buiten deze zending om, worden niet beschermd door de bewijskracht die aan de authentieke akten verbonden is.

"Welnu, behoudens art. 9 van de Wet van 27 mei 1870 bestaat er geen wettekst die aan de gemeentelijke overheid bevoegdheid toekent om het authentiek karakter te verlenen aan akten die onroerende verhandelingen inhouden.

"Men moet dus besluiten dat de gemeenten op dit gebied alle bevoegdheid missen uitgenomen in de gevallen bij art. 9 van gemelde wet voorzien."

11. *Interministeriële Commissie* voor de studie van de authentieke en de administratieve akten. Deze commissie telde hoge ambtenaren van vier ministeries (Justitie, Financiën, Binnenlandse Zaken, Openbare Gezondheid en Familie), een universiteitsprofessor en drie notarissen. Zij beraadslaagden van 1954 tot 1960 en werden het met eenparigheid van stemmen eens over de volgende besluiten :

a) de ambtenaren van de Domeinen hebben bevoegdheid akten te verlijden waarbij de Staat partij is ;

b) voor de akten waarbij de Staat geen partij is, hebben de openbare ambtenaren geen algemene bevoegdheid om authenticiteit te verlenen in de zin van het burgerlijk bewijs. In die gevallen zijn bepaalde ambtenaren slechts bevoegd in de mate dat een bijzondere wettekst hun bevoegdheid verleent ;

c) administratieve akten hebben geen uitvoerbare kracht, zoals vonnissen en notariële akten, behoudens uitdrukkelijke wettekst ;

d) de gemeenten moeten principieel een beroep doen op de notarissen voor het opmaken van de authentieke akten van hun overeenkomsten, behoudens ingeval een bijzondere wettekst bevoegdheid verleent aan de burgemeester of aan de aankoopcomités ;

e) de commissies van openbare onderstand en de andere plaatselijke openbare instellingen moeten steeds op de notarissen een beroep doen om hun akten te verlijden ;

f) in algemene regel is het niet wenselijk dat latere wetten de bevoegdheid van de administratie uitbreiden, maar past het alle akten te laten verlijden door de notarissen die de ambtenaren zijn, welke de wet daartoe speciaal heeft aangewezen.

FEITELIJKE BESCHOUWINGEN

1. *Kosten.* De koper betaalt aan de notaris de kosten en het honorarium voor de akte. Door de akte zelf op te maken willen de gemeenten de kosten en het honorarium aan de kopers doen besparen. Maar de gemeenten vergeten dat zij dan bijzonder personeel moeten aanwerven en betalen om dit vrij aanzienlijk werk te verrichten. Dit komt erop neer op de gemeenschap van belastingbetalers een last te leggen die zou moeten gedragen worden door de kopers alleen. Is dit geen zwaar misbruik van macht ?

Men verzekert me dat sommige gemeenten thans honorarium doen betalen ! Mijns inziens een nog groter misbruik.

2. *Taak van de notarissen.* De notarissen worden voor hun taak grondig voorbereid door universitaire studiën en stage, wijl het gemeentepersoneel voor de-

ze moeilijke taak niet is voorbereid. Het is dan ook niet te verwonderen dat die taak in het algemeen door de gemeenten niet naar behoren wordt vervuld.

Deze taak is tweërlei, namelijk opmaken der akte en raad geven aan de partijen.

3. *Opmaken van de akten.* Oningewijden menen dat het opmaken van een akte neerkomt op het afschrijven van een formule. Zij beseffen niet dat belangrijke en moeilijke problemen rijzen, zoals bv. voor akten van verkoping (voor de notariële praktijk een eenvoudige akte !): bekwaamheid van partijen (minderjarigheid, ontzetting, tegenwoordiging van vennootschappen, enz.), erfdienstbaarheden, hypotheken en voorrechten, beslag, huurcelen, nazien van eigendoms-titels (herroeping van schenkingen, vererving, echtscheiding, huwelijksgoederenrecht, enz.), urbanisatieproblemen, voorkoop, registratierecht, enz. Wie dit beseft, ziet in dat zulke taak niet aan gemeentebedien-den kan opgedragen worden.

4. *Raadgever van partijen.* Over deze delicate taak van de notaris werd hierboven gesproken. Geen vorming is te ruim, geen ondervinding is te rijk om deze taak naar behoren te vervullen. Alleen een daartoe bijzonder ingericht beroep, dat zich daarvoor speciaal inzet, kan voor zulke taak in aanmerking komen.

Daarenboven is de ambtenaar verplicht de belangen van de gemeente te behartigen, hetgeen hem belet te waken over de belangen van de tegenpartij.

5. *Rechter en partij.* De burgemeester die de akten verlijdt, is tegelijkertijd partij en notaris. Wie kan rechter zijn in zijn eigen zaak ?

6. *Verantwoordelijkheid.* Notarissen zijn verantwoordelijk, zowel voor fouten in het opmaken van de akten, als voor gemis van goede voorlichting. Zij zijn gehouden alle schade die daaruit zou voortvloeien te herstellen, onverminderd eventuele disciplinaire vervolging.

De vraag mag gesteld worden of al de ambtenaren die zich het recht aanmatigen authentieke akten te verlijden, bereid zijn dezelfde verantwoordelijkheid op te nemen en te dragen. Hierop is de administratie een duidelijk antwoord verschuldigd.

Ingeval de administratie daartoe niet bereid is, waar blijft dan de rechtszekerheid ?

HOUDING VAN DE WETGEVER

De laatste jaren niet te na gesproken, heeft de wetgever de bijzondere opdracht en taak van de notarissen steeds geëerbiedigd en slechts in uitzonderlijke gevallen wetten uitgevaardigd waarbij de opdracht, akten te verlijden, aan andere ambtenaren werd opgedragen.

Doch de laatste vijftien jaar heeft de wetgever de neiging, ter gelegenheid van nieuwe wetten, de normale notariële tussenkomst voor het verlijden van de akten, te willen uitschakelen. Blijkbaar is de enige drijfveer de honoraria van de notarissen uit te sparen. Is dit ernstig ? Is het notariaat geen normale dienst die moet betaald worden ? Is het niet logischer de koper te bevoordelen aan de kant van belasting of B.T.W. ?

BESLUIT

Wij menen in twee punten te kunnen besluiten :

1. De gemeenten en andere ambtenaren moeten, zoals elke burger, strikt de wet naleven. Zij hebben geen andere bevoegdheid dan die welke hun door de wetten is toegekend. Zij moeten zich dus onthouden notariële akten te verlijden, daar waar geen wettekst hun die bevoegdheid geeft.

2. Zoals reeds gezegd, zou de wetgever zich moeten onthouden ter gelegenheid van nieuwe wetten, stelselmatig de bevoegdheid van de notarissen te beknotten. Het instituut van het notariaat heeft zijn plaats verworven in de loop der eeuwen en kan niet zonder nadelen uitgeschakeld worden.

DE "NOTARIËLE ATE" EN DE "AKTE IN ADMINISTRATIEVE VORM"

Preadvies door mr. M. BOES (K.U.L.)

§ 1. *Belang van de discussie*

Administratie en notariaat hebben vele raakpunten. Tussen de vertegenwoordigers van beide instellingen zijn er veelvuldige contacten, en zoals zelfs in de beste huishoudens voorkomt, zijn er wel eens meningsverschillen. De meeste van die meningsverschillen worden gewoonlijk na enige tijd in gezamenlijk overleg bijgelegd, maar sommige blijven bestaan, en vormen een zere plek in de verhouding tussen notariaat en administratie.

De, weliswaar door sommigen betwiste¹, bevoegdheid van de administratie om zelf authenticiteit te ver-

¹ Zie met name de felle reactie van LHOEST en ORBAN na het arrest van het Hof van Cassatie van 17 januari 1901 (*Pas.*, 1901, I, 106), in *Rev. P. Not.*, 1901, 481. Zie ook : E. DE FAYS, "Le Notariat d'Etat", *Rec. Gén. Enr. Not.*, n° 18324 ; H. CASTERS-VAN THEMISCHE, "Actes notariés et actes administratifs de gestion économique", *Rev. P. Not.*, 1967, 449 ; ZIEGER VAN HEE en JEAN DE VROE, "De sociale rol van de notaris jegens de staat", *Congres van de Notarissen van België*, Oostende, 16-20 juni 1957, *Congresboek*, p. 269-290.

lenen aan rechtshandelingen waarbij zij partij is, is een van die tere punten.

Op zichzelf is het bestaan van de uitoefening van deze bevoegdheid, die een doublure is van de normale notariële taak, reeds een belangwekkend onderwerp van discussie maar nog andere elementen voegen aan dat belang toe².

Een eerste element is dat van de kostprijs. Wanneer een zelfde taak door meer dan een persoon of instelling wordt waargenomen, dan lijkt het vanzelfsprekend dat nagegaan wordt of het instandhouden van die dubbele structuur, met de corresponderende kosten die nodig zijn om de personen die in die structuur werkzaam zijn, te betalen, wel verantwoord is. Dit klemmt hier des te meer, daar in dit geval publieke gelden erbij betrokken zijn.

Een tweede element betreft de kwaliteit van het geleverde werk. Een kwaliteitsonderzoek van de authentieke akte, d.w.z. de akte die aanspraak maakt op een grote geloofwaardigheid, is een onderzoek naar de graad van (rechts)zekerheid die deze akte geeft. Een middel om die graad van rechtszekerheid te meten is het vergelijken van het aantal (uiteraard als groep vergelijkbare) akten, die aanleiding gaven tot betwisting wegens onduidelijkheid of onvolledigheid, of erger nog, wegens ongeldigheid.

Beide elementen van kostprijs en kwaliteit veronderstellen het verzamelen van statistisch materiaal, dat nu erg verspreid is. Binnen het kader van dit preadvies, en mede door de beperkte tijd die aan de voorbereiding ervan kon besteed worden, kon dit niet geschieden. Hoogstens kunnen daarvoor enige vingerwijzingen gegeven worden.

Uit het voorgaande mag afgeleid worden dat de discussie op twee niveaus gevoerd kan worden: het theoretische (kan de administratie authenticiteit verlenen aan rechtshandelingen waarbij zij zelf partij is?); het praktische (is het verantwoord dat de concurrerende bevoegdheid van administratie en notariaat in stand gehouden wordt?).

Op deze vragen wordt in de volgende paragrafen voortgeborduurd.

§ 2. Kan de administratie authenticiteit verlenen aan rechtshandelingen waarbij zij zelf partij is?

Men zegt dat een akte (d.w.z. een door de partij of partijen ondertekend geschrift) authentiek is, als haar geloofwaardigheid alleen door uitzonderlijke procedu-

res kan aangevochten worden^{2bis}. Eenvoudiger gezegd, een authentieke akte is wat zij voorgeeft te zijn³.

Onmiddellijk moet opgemerkt worden dat niet altijd de gehele akte authentiek is. De geloofwaardigheid kan zich alleen maar uitstrekken tot een deel ervan. De reden hiervan is dat de authenticiteit verleend wordt door een persoon, en alleen dat wat hij met zijn eigen zintuigen vaststelt is authentiek. Wanneer in dezelfde akte andere personen tussenbeide komen, dan kan de verlener van de authenticiteit de waarheid van hun verklaringen niet controleren⁴.

Er kan nauwelijks twijfel over bestaan dat authenticiteit alleen kan verleend worden door dragers van de openbare macht. Het is een prerogatief van de openbare macht⁵. Toch kan het vanzelfsprekend ook voor particulieren nodig of nuttig blijken om hun rechtshandelingen authentiek te laten vaststellen. Daartoe heeft de wetgever openbare ambtenaren aangewezen, de notarissen. In sommige gevallen moet de particulier zelfs een beroep doen op de notarissen, wil hij dat zijn rechtshandeling geldig is. In andere gevallen is de authenticiteit een vereiste om aan de rechtshandeling haar volle uitwerking te verlenen.

Dat alleen dragers van de openbare macht authenticiteit kunnen verlenen aan een akte wil niet zeggen dat alles wat voorkomt in een geschrift, opgesteld en mede ondertekend door een openbaar ambtenaar, authentiek is.

^{2bis} Normaal kan de authentieke akte alleen door klacht wegens valsheid in geschrifte (artt. 448 e.v. Wetboek van Strafvordering) of door een burgerlijke hoofd- of zijdelingse vordering wegens valsheid in geschrifte (artt. 883-894, Gerechtelijk Wetboek), bestreden worden. Nochtans kan de akte op zeer liberale wijze door de rechterlijke macht geïnterpreteerd worden. Zie bv. Cass., 26 september 1969. Arr. Cass., 1970, 104. Bovendien, "wanneer de valsheid van bedoelde vaststelling uit het onderzoek van de akte zelf blijkt zonder dat een onderzoeksmaatregel moet worden getroffen" (Cass., 31 oktober 1968, Arr. Cass., 1969, 237 e.v., inzonderheid 240; R.W., 1968-69, 1263), moeten die speciale procedures niet gevolgd worden. Blijkbaar beoogt het Hof van Cassatie het geval dat de valsheid flagrant is. Deze uitzondering, die afbreuk doet aan de bewijskracht van de authentieke akte, moet zeer streng geïnterpreteerd worden.

³ Met VAN HEE kan men zeggen dat art. 1317 B.W. geen definitie geeft van de authentieke akte, maar alleen het recept: Voorbereidende nota voor het Congres van 1957, p. 3. DE PAGE beschouwt het wel als een definitie, zij het een gebrekkige: *Traité*, 2e uitgave, III, nr. 753, p. 771.

⁴ DE PAGE, III, nrs. 758 en 759, p. 778-781; Cass., 5 juli 1894, *Pas.*, 1894, I, 259; Cass., 21 juni 1906, *Pas.*, 1906, I, 318; Cass., 22 maart 1915, *Pas.*, 1915-1916, I, 224; Cass., 14 mei 1926, *Pas.*, 1926, I, 373; Cass., 26 september 1969, Arr. Cass., 1970, 104; Rb. Luik, 30 april 1971, *Revue Not.*, 1971, 592.

⁵ R.P.D.B., Tw. *Hypothèques et Privilèges Immobilières*, nrs. 252 en 253; GIRON, *Dictionnaire de droit administratif et de droit public*, Brussel, Bruylant, 1895, II, Tw. *Exécution des actes de l'autorité*, nr. 6, p. 17.

² In het algemeen blijft de discussie beperkt tot het theoretische vlak. Zie mijn rapport voor het Congres van de Notarissen van België, Brussel, 2-5 april 1973, gepubliceerd in het *Congresboek*, p. 163 e.v.

Een eerste reeds eerder aangehaalde beperking, betreft de omvang van de authenticiteit: slechts dat wat de gezagdrager zelf vaststelt, of dat wat hij zelf verklaart is authentiek. Wanneer de afgrenzing van de bevoegdheid niet duidelijk is, neemt men als bijkomend criterium de deskundigheid van de steller van de akte. Dit laatste criterium is nergens expliciet gesteld, maar wordt incidenteel bevestigd in sommige arresten⁶. De verklaring van een notaris dat de voor hem verschijnende testator gezond van geest is, is niet authentiek. De notaris is geen medisch expert. Zijn verklaring kan waarde hebben als getuigenis, maar het is duidelijk dat men er niet die grote geloofwaardigheid aan kan hechten die het kenmerk is van authenticiteit.

Voorts is het nodig dat de openbare ambtenaar optreedt in die hoedanigheid. Geen enkel openbaar ambtenaar of openbaar lichaam heeft een algemene bevoegdheid. De deelbevoegdheid die ieder openbaar ambtenaar of organisme heeft, geeft meteen de grenzen aan van zijn bevoegdheid om authentiek iets te verklaren⁷.

Door sommigen wordt nog een derde beperking aangebracht. Er zouden verschillende soorten authenticiteit zijn⁸. Er zouden akten zijn die een grotere graad van authenticiteit hebben dan andere. Als bewijs van deze stelling wordt aangevoerd dat bv. vonnissen en arresten niet alleen authentiek zijn, maar ook uitvoerbaar. Op historische gronden wordt de notariële met de gerechtelijke akte geassimileerd. De authenticiteit die kleeft aan de akten van de administratie, zou van een andere graad zijn; zij zouden met name de uitvoerbare kracht missen. Als bijkomend argument wordt aangehaald dat niet aan alle akten van de administratie dezelfde waarde wordt toegekend. Processen-verbaal, bv. opgesteld door de rijkswacht of politieagenten, kunnen door een tegenbewijs ontkracht worden, zonder dat het nodig is de speciale procedures te volgen die normaal de enige aanvechtingsmogelijkheden van de authentieke akte zijn⁹.

Aanvaardt men het bestaan van twee soorten authenticiteit, dan moet men, in ieder geval waar de wetgever het opmaken of het voorleggen van authentieke akte vereist, nagaan welke authenticiteit hij bedoeld heeft. Aangezien voor die akten waarvoor de administratie en het notariaat thans beide zich bevoegd achten, de wetgever de authenticiteit vereist die alleen door de notariële akte verleend wordt, is de authenticiteit

van de door de administratie verleden akten niet voldoende¹⁰.

Hoewel met name de historische argumenten ter onderscheiding van de notariële akte en die welke door de administratie verleden zijn, ongetwijfeld juist zijn kan deze stelling toch niet bijgetreden worden.

Geen enkele wettekst maakt een onderscheid tussen verschillende soorten authenticiteit.

Artikel 1 van de Ventôsewet, die de notariële taak omschrijft, zegt integendeel uitdrukkelijk dat de authenticiteit van de notariële akte dezelfde is als die welke gehecht is aan de akten van het openbaar gezag. Er moge beweerd worden, dat hier in feite de terminologie van het "Ancien Régime" gebezigd is en dat de steller van de tekst moeilijkheden had bij het formuleren ervan, dit argument lijkt niet overtuigend. Als notariële akten inderdaad op dezelfde voet gesteld moeten worden als vonnissen en arresten, dan had de Ventôsewet rustig daarnaar kunnen verwijzen, i.p.v. naar de "akten van het openbaar gezag".

Wijlen professor ZEGGER VAN HEE, en notaris DE VROE, die deze theorie voorstaan, geven trouwens zelf toe dat artikel 1 van de Ventôsewet en artikel 1317 B.W. blijkbaar beide soorten authenticiteit verward hebben¹¹. Is het niet veel eenvoudiger aan te nemen dat er maar één soort authenticiteit is?

Ook het tweede argument dat niet alle overheidsakten even geloofwaardig zijn, kan niet overtuigen. Juist daar waar aan akten door de administratie opgesteld een lagere graad van geloofwaardigheid gehecht moet worden, wordt dit door de wetgever uitdrukkelijk gezegd. De algemene regel is dat alle akten van de administratie authentiek zijn, tenzij de wet het anders stelt. Dat zal geredelijk gebeuren waar de omstandigheden waaronder de akte wordt opgemaakt, oorzaak kunnen zijn van onnauwkeurigheden en vergissingen.

Het principe van de authenticiteit van de administratieve akten werd verdedigd in de conclusie van de eerste advocaat-generaal PAUL LECLERCQ, voor het bekende Flandria arrest:

"Les actes gouvernementaux peuvent, lorsqu'il touchent un particulier isolé, être répartis en deux catégories.

La première comprend les actes dont la loi réserve à l'administration seule l'appréciation (...)

Ces actes, l'administration apprécie souverainement dans quel sens ils doivent être faits; son appréciation est la vérité légale. Par suite, le particulier ne pourra y contredire et les tribunaux la déclarer erronée"¹².

Tenslotte, de uitvoerbaarheid die eigen zou zijn aan de notariële akten, en die de akten van de administra-

⁶ Hof Brussel, 1 april 1939, *Pas.*, 1939, II, p. 84; DE PAGE, III, nr. 759, voetnoot 4.

⁷ DE PAGE, III, nr. 755, p. 774; Advies van de Raad van State van 15 juni 1960, *Omnilegie*, 1960, nr. 908, p. 1960 e.v.; R.P.D.B., Tw. *Hypothèques et Privilèges Immobiliers*, n° 253.

⁸ Preadvies DE VROE; VAN HEE en DE VROE, *op. cit.*, p. 272.

⁹ Bv. art. 154 Sv.

¹⁰ VAN HEE en DE VROE, *op. cit.*, loc. cit.

¹¹ Preadvies DE VROE; Tussenkoms van VAN HEE tijdens de discussie op voornoemd Congres, 1957, p. 321, e.v. speciaal p. 323.

¹² Cass., 5 november 1920, *Pas.*, 1920, I, 223.

tie zouden ontberen, vermag evenmin het onderscheid te rechtvaardigen. Voor de overschrijving of inschrijving op het hypotheekkantoor voor die akten, die zowel door de administratie als door de notarissen verleden kunnen worden, is alleen vereist dat ze authentiek zijn, niet dat ze uitvoerbaar zijn. Trouwens, het is de vraag of administratieve akten inderdaad niet uitvoerbaar zijn¹³.

Geen van de voorgaande argumenten lijkt voldoende om de bewering te staven dat notariële akten een andere authenticiteit hebben dan de akten van de administratie.

Er blijft dus nog om de authentieke akte te vergelijken wat betreft de twee eerste voorwaarden: de omvang van de authenticiteit, en het bevoegdheidskarakter van de instrumenterende ambtenaar.

Ter verduidelijking kan de vergelijking uitgebreid worden tot een andere soort authentieke akten, nl. de vonnissen en arresten van de rechterlijke macht. Vonnissen en arresten hebben vanaf hun totstandkoming gezag van gewijsde, en zijn dan reeds authentiek. Na het verstrijken van de termijnen waarbinnen de gewone rechtsmiddelen kunnen worden aangewend, gaan zij in kracht van gewijsde¹⁴. Dan zijn zij uitvoerbaar, tenzij uiteraard in het vonnis of arrest bepaald wordt dat het reeds uitvoerbaar is bij voorraad.

De omvang van de authenticiteit in het vonnis of arrest, in de notariële akte en in de door de administratie verleden akte, is beperkt tot die verklaringen die door de verlener van de authenticiteit *ex propriis sensibus* zijn gedaan.

De grootste kwantiteit authenticiteit zal gevonden worden in vonnissen en arresten. Niet alleen worden de uitwendige, fysische omstandigheden authentiek vastgesteld, zoals plaats en datum, identiteit der partijen, maar ook de inhoud zelf is grotendeels authentiek, in zoverre de opsomming der feiten, hun juridische appreciatie en het beschikkend gedeelte het werk van de rechter(s) is, en niet van de partijen.

Het is, of zijn, de verlener(s) van de authenticiteit die de verklaringen doen.

De juridische appreciatie van de feiten die tussen de partijen tot de betwisting hebben aanleiding gegeven, en de beslechting van die betwisting is immers juist het voorwerp van hun taak. Dat zij in die taak door andere deskundigen kunnen (nooit moeten) worden bijgestaan, is voor het eindresultaat irrelevant. De opmerking moet evenwel gemaakt worden dat de voor de oplossing relevante maar door de partijen niet betwiste feiten of appreciaties, niet door de authenticiteit ge-

dekt zijn. Wanneer partijen procederen bv. op grond van een mondeling huurcontract, terwijl een schriftelijk maar niet geregistreerd huurcontract bestaat¹⁵, dan is het duidelijk dat de vaststelling door de rechter dat er een mondeling huurcontract was, niet authentiek is. De rechter oefent immers geen controle uit over de niet betwiste feiten of niet betwiste juridische appreciaties.

Bij de notariële akte moet een onderscheid gemaakt worden tussen die waar de notaris met de partijen optreedt, en die welke door hem alleen worden opgesteld en ondertekend. In de "partijdige" akte strekt de authenticiteit zich alleen maar uit tot de verklaringen van de notaris zelf en tot het feit van de rechtshandeling, voorwerp van de akte. Handelt de notaris alleen (processen-verbaal, betekening van eerbiedige akten, enz.), dan is de hele akte authentiek, behalve de feiten, of appreciaties van feiten, waarvoor de notaris bij twijfel over de juiste omvang van zijn taak niet de nodige expertise zou hebben.

In de akte in administratieve vorm verleden is de administratie tegelijkertijd partij en verlener van authenticiteit¹⁶. In tegenstelling tot vonnissen en arresten, waar de appreciatie van de feiten en het beschikkend gedeelte het uitsluitend werk van de rechters zijn, is de administratie voor het tot stand komen van de akte afhankelijk van de medewerking, tot het einde toe, van de andere partij. Aangenomen mag worden dat een dergelijke akte authentiek is wat betreft de uitwendige factoren, daar deze eenzijdig door de ambtenaar kunnen vastgesteld worden. Het is echter de vraag of ook de identificatie en de wilsuiting van de tegenpartij op authentieke wijze kan vastgesteld worden.

Hier moet het onderzoek naar de tweede voorwaarde: de bevoegdheid van de verlener van de authenticiteit, geopend worden. In feite kunnen beide factoren van omvang van authenticiteit en bevoegdheid van de verlener niet gescheiden worden. Voor rechter en notaris zijn er evenwel zo weinig gevallen waarin de bevoegdheid betwist wordt, dat alleen de vraag naar de omvang van de authenticiteit pertinent is, althans binnen dit kader.

Bij de door de administratie verleden akte is het juist de bevoegdheid die betwist wordt, en daarom kan de vraag naar de omvang alleen beantwoord worden samen met de vraag naar de bevoegdheid.

Behoort het tot de bevoegdheid van de administratie zakenrechtelijke transacties te verwezenlijken?

Ongetwijfeld moet de administratie beschikken over

¹³ A. VANDER STICHELE, "Executoire bestuurlijke beslis-sing", *R.W.*, 1960-61, 1754 e.v.

¹⁴ In sommige gevallen mag de administratie trouwens grossen afleveren. Zie voor een opsomming mijn rapport *op. cit.*, p. 174, voetnoot 22. Art. 23 en 28. Ger.W.

¹⁵ Dit schijnt frequent te gebeuren. Heel wat schriftelijke huurcontracten worden niet geregistreerd, hoewel dat verplicht is. Als later geprocedeerd wordt, komen partijen overeen van het schriftelijk contract geen gewag te maken om boeten en interesten voor registratie te vermijden.

¹⁶ Advies Raad van State, *op. cit.*, p. 1962. Zie ook mijn rapport, *art. cit.*, *loc. cit.*

de nodige gebouwen om haar taak te kunnen vervullen, en moet zij, voor de vorming en het beheer van haar patrimonium, de nodige rechtshandelingen kunnen verrichten. Er is geen wettelijke bepaling van algemene aard die aan de administratie de bevoegdheid geeft om te kopen en te verkopen, te huren en te verhuren, enz., maar dit blijkt incidenteel uit talrijke wetten, afgezien nog van het feit dat de administratie, als vertegenwoordigster van de overheid, over dezelfde rechten en mogelijkheden beschikt als private rechtspersonen¹⁷. Daaruit volgt dat de overheid bevoegd is zakenrechtelijke transacties te verwezenlijken. Er is geen reden om aan te nemen dat de overheid bij die transactie in een andere hoedanigheid optreedt dan bij het vervullen van taken die meer geredelijk beschouwd worden als typische overheidstaken. Sinds het reeds geciteerde Flandria-arrest is er geen reden meer om nog het onderscheid tussen "l'état puissance publique" en "l'état personne privée" aan te houden¹⁸.

Dit wil niet zeggen dat onverschillig welke ambtenaar of openbare gezagdrager zo maar op authentieke wijze mag gaan kopen en verkopen. Het komt de Koning, als hoofd van de uitvoerende macht, toe de administratie te organiseren en de bevoegdheden toe te wijzen¹⁹. Alleen die ambtenaren die daartoe opdracht hebben gekregen, mogen authentiek zakenrechtelijke transacties vaststellen. Dit zijn de ambtenaren van de comités tot aankoop van onroerende goederen voor rekening van de Staat, en de in bijzondere wetten aangewezen ambtenaren²⁰.

Moet er aangenomen worden dat de authenticiteit die door deze ambtenaren verleend kan worden, zich ook uitstrekt tot de identificatie en de vaststelling van de wilsuitingen van de tegenpartij? Uit geen wettekst blijkt een positief antwoord, en noch in het arrest van het Hof van Cassatie van 17 januari 1901, noch in een van de daaropvolgende arresten of vonnissen wordt die vraag expliciet in overweging genomen^{20bis}. Was voor de rechterlijke macht het antwoord dan zo vanzelfsprekend?

Anders dan voor het notariaat – zie art. 11 van de Ventôsewet – kan men zeggen dat bij de taakomschrijving van de rechterlijke macht niet expliciet door de wet bepaald wordt, dat de partijen geïdentificeerd moeten worden, en wel op een authentieke wijze. De "circumstantial evidence" is evenwel zo sterk dat geen

andere oplossing mogelijk is. Niet zonder aarzeling kan dezelfde oplossing aangenomen worden voor de akte van de administratie. Het lijkt niet zinvol te beweren dat de vertegenwoordiger van de administratie niet bij machte zou zijn om op authentieke wijze de identiteit en de wilsuitingen van de tegenpartij vast te stellen, terwijl hij wel op authentieke wijze dag, uur en plaats, de verschijning van de overheid en het feit van de rechtshandeling zou kunnen vaststellen.

Nog even moet ingegaan worden op de stelling van wijlen professor VAN HEE, als zou uit het eerste deel van het tweede lid van artikel 1 van de Ventôsewet geen argument gehaald kunnen worden ten voordele van de authenticiteit van de akten van de administratie. Voormeld lid 2 handelt over openbare verkopen van onroerende goederen, en zegt dat zij alleen door notariissen mogen gedaan worden, onder voorbehoud van de rechten van de openbare overheid. Openbare verkopen, toewijzingen dus, zijn bij uitstek gezagshandelingen, en die onderscheiden zich daardoor van de andere rechtshandelingen. Het spreekt vanzelf, aldus professor VAN HEE, dat de overheid authentiek kan toewijzen, maar dat zegt niets over de andere akten van de administratie, waar zij contracteert met een particulier²¹. Het blijkt evenwel dat openbare verkopen, de rol van de notaris of van de instrumenterende ambtenaar moge dan al groter zijn dan in verkopen uit de hand, niet wezenlijk verschillend zijn van het gewone verkoopcontract. De handtekening van de koper(s) is essentieel onder het proces-verbaal van toewijzing. Zonder die handtekening komt de verkoop niet tot stand²². Verre van een eenzijdige gezagshandeling te zijn, is het proces-verbaal van toewijzing in feite het relaas van het akkoord tussen de verkoper en de koper.

Tenslotte, kan men dan niet uit het feit dat het voorbehoud van de rechten van de openbare overheid alleen maar gemaakt is voor openbare verkopen van onroerende goederen en soortgelijke, afleiden a contrario dat voor andere rechtshandelingen de notaris wel uitsluitend bevoegd is? Kan men ook niet zeggen dat, als de overheid ipso jure authentieke akten mag opstellen, het niet nodig zou geweest zijn speciale wetten daartoe uit te vaardigen?

Zeker is het verwarringwekkend aan de ene zijde te moeten constateren dat de overheid beweert dat zij zonder meer het recht heeft om authentieke akten op te stellen, maar aan de andere zijde, dat er talrijke wetten zijn die aan die overheid uitdrukkelijk dat recht geven. Waarom had men die wetten nodig?

Het kan voorkomen dat een bepaalde toestand in principe geen problemen schept maar dat er om een of

¹⁷ A. MAST, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, 5e uitgave, Gent, Story Scientia, 1973, p. 45. Voor de provincies: Cass., 16 januari 1863, *Pas.*, 1863, I, 64.

¹⁸ Cass., 5 november 1920, *Pas.*, 1920, I, 193.

¹⁹ GIRON, *Le droit administratif de la Belgique*, Brussel, Bruylant, 1885, I, p. 89 e.v.

²⁰ K.B. van 3 november 1960, artt. 3 en 4. Voor de bijzondere rechten, bv. K.B. van 9 april 1930, art. 33 ter uitvoering van de Wet van 10 mei 1929.

^{20bis} Vred. Brussel, 24 maart 1911, *R. P. Not.*, 1911, 559; Rb. Brussel, 18 juli 1955, *Pas.*, 1956, III, 95.

²¹ VAN HEE, voorbereidende nota, p. 10.

²² JEAN BAUGNIET, *Code Formulaire de la Pratique Notariale*, p. 311, 3e uitgave; P. WATELET, *La rédaction des actes notariés*, p. 210, Brussel, Larcier, 1971.

ander reden toch praktische problemen zijn. Zo mag men aannemen dat ook zonder tussenkomst van de wetgever de vrouwen vroeg of laat advocaten, notarissen, rechters hadden mogen worden²³. De wet dient dan als katalysator, ofwel als ondubbelzinnige bevestiging van een reeds bestaande maar betwiste regeling.

Verder is ook een deel van de bijzondere wetten noodzakelijk om aan de administratie bevoegdheid te geven om authentieke akten te verlijden. Die bevoegdheid heeft de administratie alleen de plano als zij zelf partij is. Treedt zij op voor een instelling met eigen rechtspersoonlijkheid en patrimonium, dan is een machtiging van de wetgever een absolute vereiste.

De bevoegdheidsvraag beperkt zich niet alleen tot de akte zelf waarin de zakenrechtelijke transactie tot stand komt. Voor of na die akte moeten soms nog andere akten verleden worden: volmachten, rangregelingen, leningen, vestigingen en doorhalingen van hypotheeken, enz. Mogen deze akten door de administratie in authentieke vorm verleden worden? Het lijkt aannemelijk dat die akten waarbij de overheid partij is, door de overheid zelf authentiek kunnen worden vastgesteld. Dus wel: vaststelling dat de overheid haar verbintenis is nagekomen (hypotheekvestiging of doorhaling ten voordele van de overheid)²⁴. Dus niet: leningen door de particulier-koper aan te gaan, volmachten ter vertegenwoordiging van de particulier contractant.

Of de overheid zelf akten van rangregeling mag verlijden, lijkt hoogst betwistbaar.

§ 3. *Is het verantwoord dat de concurrerende bevoegdheid van de administratie en het notariaat in stand gehouden wordt?*

Een vergelijking van de notariële akte en de akte van de administratie kan, zoals hierboven gezegd is, gebeuren op het vlak van de kostprijs en op dat van de kwaliteit van de verstrekte rechtszekerheid. Daarbij kan nog nagegaan worden: de kwaliteit van de dienstverlening door de instrumenterende ambtenaar, en de mogelijkheden en de omvang voor het verkrijgen van vergoeding voor eventueel geleden schade.

Een van de redenen van de overheid om geen beroep te doen op de diensten van de notarissen zal waarschijnlijk het idee zijn dat aldus kosten bespaard worden. Het is niet zo gemakkelijk om de juistheid van dat idee te controleren.

Aan de ene kant van de balans komen de honoraria en aan de andere kosten die aan notarissen betaald

zouden moeten worden voor die akten die nu door de administratie verleden worden. Er zij aan herinnerd dat ingeval de akte verleden wordt "op verzoek" van de administratie, het honorarium tot de helft gereduceerd wordt²⁵.

Aan de andere zijde van de balans is de rekening niet zo gemakkelijk op te maken. De salarissen die uitgekeerd worden aan de leden van de Comités van Aankoop en andere ambtenaren die authentieke akten verlijden, en het in die diensten tewerkgesteld uitvoerend personeel, mogen niet voor de volle honderd procent in rekening gebracht worden. Die ambtenaren zijn niet alleen de notarissen van de overheid, maar ook haar makelaars. Dat aspect van hun werkzaamheden kan uiteraard niet door de notarissen overgenomen worden. Toch moet het mogelijk zijn om een benaderende schatting te maken van de tijd die besteed wordt aan notarieel werk.

Een met die tijd overeenkomstig percentage van de kosten van aankoop en onderhoud van de gebouwen en andere infrastructuur die door de ambtenaren gebruikt wordt, moet ook in rekening gebracht worden.

Tenslotte, aangezien de overheid haar eigen verzekeraar is, moeten al die sommen bijgevoegd worden die de overheid verplicht is uit te keren wegens fouten begaan door de ambtenaren bij het opstellen van de akten. Wanneer de akte door een notaris verleden wordt, draagt hij die verantwoordelijkheid, en dat is dan voor de overheid een (financiële) zorg minder.

Het is de zaken al te simplistisch voorstellen als zou de rol van de notaris zich beperken tot het zetten van zijn handtekening, en dat zijn tussenkomst aldus maar een kleine besparing (of zelfs helemaal geen) van werk zou zijn. Voor de in bepaalde kringen levende opinie dat de tussenkomst van de notaris niet meer dan een dure formaliteit is, onder verwijzing naar wat gebeurt in de Angelsaksische landen, moge vermeld zijn dat men daar steeds een beroep doet op een advocaat (wiens salaris bepaald niet goedkoper is dan dat van de Belgische notaris), die geen garantie geeft voor de juistheid van de eigendoms- of hypotheektitel (daarvoor sluit men een verzekering bij een "title insurance company"). In zijn inaugurale les dit jaar te Gent heeft DEWULF daar behartenswaardige dingen over gezegd²⁶.

Met de handtekening van de notaris alleen krijgt de notariële akte de rechtszekerheid niet die bij uitstek de hare is. Die handtekening is alleen de bekroning

²⁵ K.B. van 16 december 1950, art. 8, zoals gewijzigd bij de K.B.'s van 6 augustus 1951, 10 juni 1955 en 7 juni 1963. Zie over de interpretatie van "op verzoek van": J. DEMBLON, "De la réduction des honoraires des notaires selon l'art. 8 de l'arrêté royal du 6 août 1951", *R. Not. B.* 1973, 586-626.

²⁶ Inaugurale les DE WULF, "Ons onontbeerlijk notariaat, en de afwezigheid van het notarisambt in de Engels-Amerikaanse rechtsbedeling", Rechtsfaculteit Gent, 14 december 1973 (nog niet gepubliceerd).

²³ Wetten van 7 april 1922, 1 maart 1950, en 21 februari 1948.

²⁴ Zie Vred. Brussel, 24 maart 1911, *R. P. Not.*, 1911, 559, *J.J.P.* 1911, p. 440, waarbij geoordeeld werd dat de burgemeester de betaling van een schuldeiser mag vaststellen en akte van doorhaling mag verlijden.

van een lange reeks voorafgaande opzoekingen, mededelingen, formaliteiten, en last but not least, raadgevingen²⁷. Ongetwijfeld zijn niet alle notariële akten feilloos en onberispelijk, maar het aantal dat tot moeilijkheden aanleiding geeft, wegens onduidelijkheid, dubbelzinnigheid of ongeldigheid, is werkelijk te verwaarlozen. Weer eens is het niet gemakkelijk om de relevante gegevens te verzamelen van de door de administratie verleden akten, maar mits de nodige tijd en middelen ter beschikking worden gesteld, moet het mogelijk zijn dit te doen.

Een volledig onderzoek vergt niet alleen een verzamelen en vergelijken van de gevallen die tot actuele betwisting hebben geleid, maar ook van die gevallen die potentieel bron van stoornis kunnen zijn.

Bij ontbreken van adequaat statistisch materiaal is natuurlijk alleen maar een intuïtieve gissing mogelijk naar de conclusies die getrokken zouden kunnen worden, maar het lijkt niet onwaarschijnlijk dat wat deze twee punten betreft, nl. kostprijs en kwaliteit, de vergelijking in het voordeel van het notariaat zou uitvallen.

Het is alleszins eigenaardig, en men mag gewagen van op zijn minst onnauwkeurige voorbereiding, dat de laatste jaren de wetgever steeds meer taken en opdrachten gaat toevertrouwen aan de "notarissen van de overheid", taken die minstens even goed door het notariaat zouden kunnen behartigd worden, zonder dat men nagaat of de gevolgde methode wel de meest verantwoorde is. Dit is niet bedoeld als een pleidooi voor het notariaat, of een kritiek op de administratie. Men zou toch mogen verwachten dat van tijd tot tijd een balans wordt opgemaakt, met enige bezinning over de te volgen weg. Het is voor niemand een geheim dat de leden van de comités van aankoop meer dan werk genoeg hebben, en de druk van het achterstallige werk is geenszins bevorderlijk voor de kwaliteit van het geleverde werk.

Last but not least moet het probleem ook eens belicht worden vanuit het standpunt van de particulier, die geroepen wordt om met de overheid een zakenrechtelijke transactie af te sluiten.

Men heeft schoon te beweren dat van de ambtenaar die namens de overheid optreedt en tegelijkertijd aan de overeenkomst authenticiteit geeft, geen partijdig-

heid te vrezen valt, de praktijk wijst anders uit. De ambtenaar mag trachten onpartijdig te zijn, hij moet het overheidsbelang ter harte nemen. Natuurlijk hoeft de particulier daar waar de overheid over het wapen van de onteigening beschikt (maar dat is niet voor alle akten het geval), het niet eens te zijn met de voorgestelde minnelijke regeling en kan hij "zich laten onteigenen", maar afgezien van psychologische factoren die de particulier ervan weerhouden de zaak voor de vrederechter te laten komen, is het zeer de vraag of de huidige onteigeningsprocedure wel de beste oplossing is. Bij de vastgestelde vrijgevigheid van althans sommige vrederechters gaan er meer en meer stemmen op om die procedure te wijzigen. Hoge onteigeningsvergoedingen, zo werd terecht opgemerkt, worden mede betaald door die belastingbetalers die zelf geen eigenaars zijn²⁸.

Het blijkt evenzeer een vraag of de ambtenaren die authentieke akten verlijden, wel zo goed gewapend zijn als de notarissen om de moeilijkheden op te lossen die met het verlijden van de akten kunnen gepaard gaan.

Moet er tenslotte nog aan toegevoegd worden dat bovenstaande bemerkingen a fortiori gelden voor de akten verleden door de burgemeester? Zijn bevoegdheid, ze moge juridisch gefundeerd zijn²⁹, wordt helaas niet steeds geschraagd door de nodige deskundigheid. Terloops zij opgemerkt dat in de akten waarbij de gemeente partij is, deze laatste vertegenwoordigd moet worden door het college van burgemeester en schepenen. De praktijk om de gemeente alleen door de burgemeester en de secretaris te laten vertegenwoordigen, is, zoals MACAR terecht opmerkt, volkomen verkeerd³⁰.

§ 4. Conclusie

Het is tijd dat de discussie over de juridische gefundeerdheid of de praktische wenselijkheid van de door de administratie verleden akte, uit de emotionele sfeer gehaald wordt waarin zij tot nu toe al te veel gedompeld is geweest.

Er moge gehoopt worden dat binnen afzienbare tijd een begin zal gemaakt worden met het opmaken van de balans, een objectieve vergelijking van beide soorten akten, en dat men er in alle sereniteit de nodige conclusies uit zal trekken. Moge daarbij ook rekening gehouden worden met wat rondom ons gebeurt. Het is altijd interessant lering te trekken uit de praktijk en theorie zoals die in andere Europese landen bestaat en wordt toegepast.

²⁸ GEORGES DE HALLET, "De grondspeculatie", in *De Gemeente*, 1973, 579 e.v.

²⁹ Wet van 27 mei 1870, artikel 9, lid 2.

³⁰ MACAR, *Les institutions communales, Nov., Lois politiques et administratives*, nrs. 228 e.v.

DE ADMINISTRATIEVE AKTE GEEN RECHTSBEDELING MAAR MACHTSPOSITIE

Preadvies door notaris A. DE BOUNGNE (Kalmthout)

1. Om het gebied van de notariële bevoegdheid af te scheiden van hetgeen bij de zogenaamde administratieve akte behoort, kan op diverse herkenningstekens een beroep worden gedaan :

- degene die uit de stof van de bestaande toestanden zijn vervaardigd ;
- degene die uit historische oorsprong zijn gegroeid ;
- degene die uit ethisch-maatschappelijke materie bestaan.

Hoe verschillend deze bakens ook mogen zijn, hoe uiteenlopend de instelling van degenen die ze hantieren, de aftekening die zij uitzetten zou – mogelijk – tot eenvormigheid moeten leiden. Ieder baken zou zijn plaats moeten vinden in een ordening die door alle andere wordt gevolgd.

2. Bij een rangschikking volgens de drie hierboven gelegde accenten moet vooraf worden gezegd, dat een zuivere dus strenge classificatie niet mogelijk is. Alle aangehaalde bijdragen raken ieder aspect en worden door juridische bezorgdheid geïnspireerd ; nochtans vertonen zij hoofdkenmerken die – minstens een persoonlijke – rangschikking mogelijk maken.

a. - De juridisch-historische achtergronden en hun weerslag op het bestaande werden destijds zeer diepgaand door professor VAN HEE onderzocht.

b. - De bestaande toestanden inzake de administratieve akte en hun verantwoording vormen de zorg van inspecteur-generaal MICHIELS en de heer M. BOES, welke laatste in zijn rapport voor het Congres van Notarissen in 1973 een verhelderend licht wierp in de duisternis van vorm en verhaal-procedure betreffende de administratieve akte.

c. - Het geëngageerde van de actuele notaris, bijgevolg diens ethiek, zit voor bij de nochtans wetenschappelijk gehouden studie van notaris DE VROE.

3. Dat deze drie manieren van benaderen van een zelfde probleem niet naar een zelfde oplossing wijzen, vindt zijn oorsprong in geëvolueerde maatschappelijke toestanden, waarin de realiteit niet meer is hetgeen zij volgens een logisch-historische uitleg zou moeten geworden zijn, en niet meer beantwoordt aan hetgeen de ethiek van de betrokken beroepen daarvan verwacht.

Onder mensen, die in hun discussie zichzelf kunnen en durven zien in functie van het gemeenschapsbelang, moet het streven om bij te dragen tot een meer gezonde maatschappelijke ordening kunnen opwegen tegen het risico dat een confrontatie van verschillende, ook gesensibiliseerde, standpunten medebrengt.

4. De huidige maatschappij wordt gekenmerkt door groepsvormingen, die enerzijds belangrijke sociale en economische resultaten hebben afgeworpen, maar anderzijds structurele en culturele nivelleringshebben veroorzaakt en de menselijke individualiteit sterk hebben beknot. Voorbeelden :

Politiek : de strakkere partijstructuren die persoonlijke inzichten en verantwoordelijkheid ondergeschikt dreigen te maken aan groepsvertegenwoordiging en dito belangen.

Economisch : het groeien naar steeds grotere bedrijven, waardoor professioneel anonymaat in de plaats treedt van het meer persoonlijk artisaanaat, dat herleid en opgefokt wordt tot "kunst-ambachten".

Administratief : de toename van allerlei instellingen en diensten, met nebuleuze bevoegdheden, soms overtalrijke personeelsbezetting, die aan de gewone burger al te dikwijls voorkomen eerder als een plaag dan als een zegen.

Deze vaststellingen ontnemen niets aan de hoge waardering voor ambtenaren die hun taak als een echt dienstbetoon zien, noch aan de bestaansredenen van verschillende instellingen die zeer dikwijls aan een noodzaak beantwoorden.

Het fenomeen bestaat echter en doet de vraag rijzen of in de toekomst, of misschien reeds nu, het voordeel van de remedie nog opweegt tegen de nadelen van de kwaal.

5. Ook de verhouding tussen de gebieden behorende tot de notariële akte en tot de administratieve akte heeft een soortgelijke evolutie gekend. Historisch is de bestaande toestand zeker niet te verantwoorden (cfr. de studie van professor VAN HEE en het verslag van notaris DE VROE).

Noch in haar eigen structuur noch in de rechtsmiddelen die tegen haar openstaan kan het gebied dat door de administratieve akte bestreken wordt een afgelijnd beeld demonstreren (zie het rapport van M. BOES op het Congres van Notarissen in 1973).

En nochtans is zij, in haar huidige omvang tengevolge van de om zich heen grijpende administratieve uitbouw, in feite een juridische werkelijkheid geworden die door de vaagheid van haar grenzen gemakkelijk komt tot verruiming van haar actieterrein.

6. Deze toestand is om zo te zeggen onverenigbaar met de reacties van "self-defense" die op de meest diverse gebieden worden waargenomen tegen de "georganiseerde machten", en die variëren van oudercomités over ondernemingsraden en gezondheidscomités naar regionale raden en familierechtbanken. In de

mate van het mogelijke wordt getracht om overal het "gezagsargument" als uiting van een voorbijgestreefd maatschappijbeeld te vervangen door inspraak, hearing, gesprekstechniek, groepsoverleg, probatie, enz.

7. In een dergelijke evolutie vertegenwoordigt de ontwikkeling van de administratieve akte toch wel een tegendraadse stroming.

Want de administratieve akte beroept zich op de kwaliteit van één partij om het optreden van de medecontractant en de bewijsstukken die worden opgesteld een uitzicht te geven dat louter het produkt is van haar "gezag".

Dat een dergelijke akte in een schema van een notariële akte wordt opgesteld, verandert niets aan de grond maar verhoogt eerder de verwarring. Het zou oprechter zijn de vorm van de gewone onderhandse akte te gebruiken: "Tussen de ondergetekenden...". Ook in deze laatste vorm zou de kwaliteit van openbaar bestuur in hoofde van een der partijen aan de akte de hoedanigheid van administratieve akte toekennen: dat een burgemeester voor zichzelf verschijnt kan immers geen bewijsrechtelijke of inhoudelijke gevolgen hebben.

8. Geen enkel ambt kan zich op onfeilbaarheid van zijn beoefenaars beroepen, wel soms op hun onkwetsbaarheid, maar dit betekent veelal gebrek aan verantwoordelijkheid.

De notaris wordt in zijn vorming en in zijn opleiding voorbereid op een taak als magistraat van de willige rechtsmacht. Hij moet niet alleen verschillende rechtsdisciplines beheersen maar met hun onderlinge interferentie leren omgaan.

Zoals geen enkel notaris zich een evenwaardig specialist zal achten op het werkgebied van een bepaalde ambtenaar, zo zal ook geen enkele ambtenaar zich de specifieke kennis en ondervinding van een notaris toemeten. Ambtenaren of notarissen die het tegenovergestelde beweren houden zich aan formules vast, en zien kritisch onderzoek van de inhoud over het hoofd.

9. Behoudens deze eerder technische bedenkingen dringen zich meer belangrijke beschouwingen op aangaande de plaats van de onafhankelijke verantwoordelijke derde, die de coördinatie van het geheel orkestreert.

Het is onverenigbaar met de opvatting van een orkest dat een "partij" de andere uiteraard overstemt, of dat een kapitein van een voetbalploeg uit een hogere afdeling het fluitje van de scheidsrechter hanteert in een wedstrijd tegen een ploeg uit een lagere afdeling. De taak van een onafhankelijke scheidsrechter wordt

daarenboven belangrijker naargelang de geldelijke belangen doorwegen; dat is zo in de sport en ook in de confrontatie van privé- met overheidsbelangen. Dit terzijde schuiven is de eigentijdse maatschappelijke opvatting trotseren.

De notarissen dienen zich aan deze opvatting aan te passen, in zover de essentie van hun beroep intact blijft, en ook de administratie kan daaraan niet ontkomen.

10. Er is echter meer: de notaris is niet alleen de onafhankelijke derde, de "vir authenticus" zoals professor VAN HEE hem oproept, maar hij is tevens de geldelijk verantwoordelijke. Praktisch staat hij in voor "la bonne fin", dit wil zeggen: hij moet ervoor zorgen dat iedere partij weet waaraan zij zich te houden heeft, dat op nadelen, risico's en onzekerheden gewen wordt. De notaris moet bij de belanghebbenden problemen scheppen om ze daarna te helpen oplossen.

Een dergelijke verantwoordelijkheidstaak is in een normale administratie niet denkbaar, wel – en vanzelfsprekend – binnen de eigen structuren die trouwens haar eigen authenticiteit kennen maar niet meer tegenover een tegenpartij. Dan zal, tengevolge van een goed begrepen bezorgdheid voor het staatsbelang, de kwaliteit van partij, die van verantwoordelijke raadsman uitsluiten of opsorpen.

De administratie verwacht wel dat door haar optreden als partij aan de akte een groter krediet wordt toegekend maar trekt zich in zeer defensieve stellingen terug als daarvan de servituten moeten aanvaard worden. Als authenticator wil zij zich de notariële functie aanmeten, maar op het stuk van notariële verantwoordelijkheid wil zij het notariële kleed, als een doorkijkbloes, als niet bestaande suggereren.

11. De bij de aanvang aangehaalde studies en verslagen doen blijken dat de toestand onduidelijk, dus onzeker is. De thans bestaande vormen van de administratieve akte stroken noch met het huidige maatschappijbeeld noch met een gezonde rechtsbedeling.

Centraal en essentieel in de notariële functie staat de onafhankelijke derde, magistraat van de willige rechtsmacht en verantwoordelijk raadsman van partijen.

Dit principe moet gelden voor ieder ambt of elke instantie die zich op het gebied van de notariële opdracht wil bewegen.

Nu dit beginsel in de wettelijke organisatie elders niet tot zijn recht komt, kan het notarieel monopolium niet worden ontweken.

Sectie 4 : Strafrecht

NIEUWE TAKEN VOOR HET STRAFRECHT

Preadvies door mr. H. ALBERS (Antwerpen)

Twee dingen zal deze bijdrage niet zijn : volledig en theoretisch.

Alles opsommen en zelfs summier bespreken wat in het strafrecht veranderd, verbeterd of weggelaten kan worden zou een boekdeel vullen en een afzonderlijk congres vergen.

Oorspronkelijke theorieën en belangrijke ontdekkingen blijven best aan specialisten voorbehouden.

De bedoeling is te melden hoe een rechter de zaken vanuit de praktijk bekijkt, aangenomen dat hij nog nieuwe taken ziet en er ook nog iets van verwacht.

Dagelijkse ervaringen, gesprekken met vakgenoten en enige lectuur vormen dus de basis van dit preadvies.

I. OPLEIDING TOT STRAFRECHTER

Is een specifieke opleiding vereist ? Niet, meen ik, wat de courante kennis van strafrecht en -procedure betreft. Ieder licentiaat in de rechten heeft die vakken gestudeerd ; hij kan ze wel enige tijd uit het oog verloren hebben vóór hij als strafrechter in functie treedt, maar zodra hij in een correctionele kamer zitting neemt moet hij zelf zijn kennis opfrissen en bijwerken. Hij behoort, zoals ieder degelijk magistraat, doorlopend op de hoogte te blijven van wetgeving, de belangrijkste rechtspraak en rechtsleer. Dit betekent persoonlijke studie – één van de aantrekkelijke aspecten van het beroep – doch vergt geen speciale opleiding van buitenaf.

Maar volstaat die wetenschap voor de strafrechter van heden en morgen ? De roep om verdere specialisatie klinkt alsmaar luider. Daarbij denkt men dan aan criminologie, psychologie, psychiatrie e.d. Dat de toekomstige strafrechter inderdaad ruimer vertrouwd zou raken met dat soort mens- en gedragswetenschappen, lijkt niet overbodig, vooral nu het accent duidelijk van "vergelding" naar "hulp" en "wederaanpassing" aan het verschuiven is ; de persoon van de delinquent, het waarom van zijn handelen vragen stijgende aandacht.

Nu is het zo dat de meeste studenten in de rechten nog niet op de universiteit beslissen strafrechter te worden, en dus ook niet de daarop gerichte specialisatievakken volgen. En vrij veel strafrechters waren voor kortere of langere tijd advocaat, zonder daarom hoofdzakelijk beklagden te hebben verdedigd (wat trouwens nog iets anders is dan over hen te oordelen). Op de 11 strafrechters thans te Antwerpen in functie zijn er 7 rechtstreeks van de balie afkomstig, en onder

hen telt men één licentiaat in de criminologie. M.a.w. de specifieke opleiding van de strafrechter zal meestal moeten gebeuren terwijl hij reeds als dusdanig fungeert.

Vermeldenswaard in dat verband is een experiment dat thans te Antwerpen plaats heeft. Een dertigtal advocaten, rechters en substituten volgen er een cyclus van zes uiteenzettingen door enkele psychiaters, psychologen en sociale assistenten over exhibitionisme, verstandelijk gehandicapten, psychopathie, psychiatrische expertise, alcoholisme en psychose.

"Vanuit de hulpverlening, zeggen de inrichters, aan geïnterneerden en ex-gevangenen is bij psychiaters en sociale werkers de behoefte gegroeid tot meer intense samenwerking met juristen. Anderzijds voelen juristen zelf ook aan dat het hun meestal ontbreekt aan elke fundamentele scholing in psychiatrie, psycho-sociale hulpverlening, geestelijke gezondheidszorg.

We hebben de indruk dat de cliënt, in casu geïnterneerde of gevangene, hiervan het ergste slachtoffer is ... We wensen vanuit de psychiatrie en de sociale wetenschappen een bijdrage te leveren tot beter begrip van bepaalde psychische afwijkingen, hun mogelijke evolutie en de kansen tot rehabilitatie binnen en buiten het kader van internering."

Ik meen te weten dat de deelnemers deze contacten met mensen uit de praktijk van de sociale hulpverlening bijzonder nuttig achten, en de voortzetting van dergelijke informatiebijeenkomsten wensen.

Een vraag aan het Congres : moet de scholing van de strafrechter in die speciale disciplines verplicht gesteld worden ? Zo ja, dan behoort een heel systeem van seminaries met bevoegde informanten georganiseerd te worden. Wat meer kwesties van tijd en geld oproept. Het probleem ligt ter tafel.

Andere vraag : zou de strafrechter van morgen eerst best een stage bij het parket doorlopen, of in de administratie van Justitie, en moet hij – veel gehoorde wens – ook maar eens een tijd "achter de tralies" ? Over het nut van deze laatste oefening zegt de Nederlandse rechtbankverslaggever J. VAN VEEN terecht : "... men zit er dan niet in het besef zich aan iets of iemand te hebben vergrepen ; er is niet de martelende onzekerheid hoe het nu straks moet bij terugkeer in de vrije maatschappij. En wanneer het verlangen naar huis, de vertrouwde omgeving, een goede maaltijd en het eigen bed te machtig wordt... geen cipier die het zal beletten daaraan gevolg te geven. Zo'n vrijwillige detentie geeft hoogstens een beter inzicht in het fysieke lot en in de behandeling van de gevangenen ; om er-

achter te komen wat zij psychisch doormaken zou men werkelijk één van hen moeten zijn"¹.

Tot slot nog dit: laat niemand overdreven belang hechten aan theoretische kennis en diploma's in allerlei specialisatievakken. De beste strafrechter is niet noodzakelijk hij of zij die de uitgebreidste "juridische bagage" bezit. En de meeste magistraten worden tussen 35 à 45 jaar, of later (zelden eerder) tot strafrechter aangewezen. Kan een bijzondere opleiding dan nog veel veranderen aan persoonlijkheid en karakter, en dus het optreden van de rechter ter zitting beïnvloeden? En daar komt het vooral op aan. En daarom ook "dient hoofdzakelijk aandacht te worden geschonken aan de mens die hij is", zoals procureur-generaal J. MATTHIJS het beklemtoont².

II. TER ZITTING

a. De rechter

Wie de Belgische vakliteratuur van de jongste jaren doorloopt, valt het op hoe weinig daar de strafrechter als dusdanig ter sprake komt. Toch is hij een centrale figuur in het rechtsgebeuren, tevens de magistraat die het meest met het publiek te maken heeft, en dus grotendeels verantwoordelijk voor het beeld dat de gewone burger zich van de justitie vormt. Justitie die, zoals zovele andere pijlers van de gevestigde orde, aan toenemende kritiek blootstaat. Men hoeft er de dagen weekbladen maar op na te lezen. Inderdaad, als de pers over het gerecht schrijft betreft het meestal een strafproces. Hoeveel krantenlezers raken geboeid door een recht van overgang of een koopontbindende voorwaarde?

Wat zijn dan zoal enkele kwaliteiten van een goede strafrechter?

Ik zie een grote luisterbereidheid, zelfbeheersing, sereneiteit, inzicht in de persoon van de beklaagde. Een correctionele rechtbank hoort niet alleen een juridisch maar ook een humaan luistercollege te zijn.

De geduldige rechter onderbreekt procureur en advocaat slechts voor terstond noodzakelijke ophelderingen, niet voor allerlei commentaar, waarvan hij zich trouwens zoveel mogelijk onthoudt.

Waarbij de objectieve rechter, en dat is hij per definitie, vanzelfsprekend even kritisch tegenover beschuldiging en verdediging staat.

De verstandige rechter hoedt zich voor een afkeurend en verwijtend toespraakje tot de beklaagde bij de aanvang der zaak, alvorens deze of zijn advocaat

een woord kon uitbrengen. Niets immers wekt bij de man op het bankje meer de indruk van vooringenomenheid van de rechter dan zulke voorbarige ontboezemingen. Dat deze regel bepaald niet zonder belang is, werd door de Boeckmans-zaak aangetoond³. Blijkt het toch gewenst enige vermaning of waarschuwing te uiten, of wat nadere uitleg over straf of maatregel te verstrekken, dan geschiedt dat best onmiddellijk vóór de uitspraak (cfr. verder sub III a).

Bij de ondervraging van de beklaagde vermijdt de bekwame rechter zoveel mogelijk ja of neen-vragen, maar lokt persoonlijke, eigen antwoorden uit. Hij tracht de levenssfeer van de delinquent te begrijpen, en spreekt met hem in eenvoudige, duidelijke taal.

Hooghartigheid en minachting zijn de wijze rechter te enen male vreemd. Hier dreigt het verwijt van klas-sejustitie⁴.

Ook is hij zich bewust van de kunstmatige en intimiderende situatie op een strafproces. Het paleis van justitie, de toga, de rijkswacht, de verhoogde bank, levensgrote muurschilderingen, enz. Niet dat al dit machtsvertoon hoeft te verdwijnen. Maar, zoals prof. HOEFNAGELS opmerkt: "Voor een eerlijk gesprek is het van belang aan de ongelijkheid van macht te herinneren. De wolf in schaapskleren moet vermeden worden"⁵.

De bezadigde rechter, ten slotte, laat geen hevige toorn blijken noch zich een onvertogen woord ontvalen, want hij weet dat dit zijn waardigheid neerhaalt.

Fijne humor daarentegen, geen spot, kan op het gepaste ogenblik ontlading brengen en de dingen in hun juiste proportie houden.

Tot daar dan enkele aspecten van een goede strafrechter ter zitting. De lijst kan naar believen worden aangevuld. Welke opleiding zal hier in de toekomst resultaten boeken? Op de mens die de rechter is, komt het aan.

³ A. Boeckmans werd in 1961 in eerste aanleg te Brussel tot 2 jaar en 4.000 fr. veroordeeld wegens diefstal. In hoger beroep liet de kamervoorzitter, vóór elk pleidooi, in wel zeer forse bewoordingen blijken wat hij van beklaagde en zijn argumenten dacht. De verdediging trok zich daarop terug en maakte, na in cassatie te zijn afgewezen, de zaak bij de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens aanhangig. Deze slaagde in een minnelijke regeling die erin bestond dat Boeckmans, inmiddels in vrijheid gesteld, een door de Belgische Staat te betalen vergoeding van 65.000 fr. aanvaardde. Het volledig rapport over deze zaak werd gepubliceerd in de *Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme*, 1963, deel 6, pp. 371-423.

⁴ Wie zou menen dat onze justitie daarvan geheel verschoond is, raadplege prof. M. STORME, "De achterkant van het gerecht", *R.W.*, 1973-74, 452 e.v.. In Nederland schreef rechter CNOOP KOOPMANS over dit onderwerp een artikel in het *N.J.B.* (Nederlands Juristenblad), 1969, p. 421 e.v..

⁵ G.P. HOEFNAGELS, "Een methode van procesvoering (observatie van een rechtzitting)", *N.J.B.*, 1973, 1392. Deze hoogleraar in de criminologie te Rotterdam woont zowat overal in Nederland rechtzittingen bij, om ter plaatse te constateren hoe de strafrechter, de officier van justitie en de advocaat te werk gaan.

¹ J. VAN VEEN, *De rechten van de mens - De mensen van het recht*, uitg. Van Gennep, Amsterdam 1972. Een merkwaardig geschrift, aan alle strafrechtbeoefenaars aan te bevelen. Zie ook *Knack-Magazine* van 20.2.1974, waar een interview met VAN VEEN is afgedrukt.

² J. MATTHIJS, "De toekomst van de magistratuur op een keerpunt", *R.W.*, 1970-71, 104.

Men kan vóór of tegen zijn, maar niet onverschillig blijven, dunkt me, tegenover de vraag of het niet in het belang van de rechter zelf is dat de pers voortaan zijn optreden wat meer zou bespreken, wel te verstaan niet uit sensatie maar op vakkundige, verantwoorde wijze zoals J. VAN VEEN dat al jaren in *Het Parool* doet. Ik laat hem zelf even aan het woord :

"Het is verheugend dat veel leden van de rechterlijke macht in toenemende mate door het kennis nemen van de kritiek zichzelf kunnen gaan zien door de ogen van anderen, al wordt de vreugde weer getemperd door het geringe effect daarvan op hun 'attitude' in de rechtszaal. Ik kan mij nog niet aan de indruk onttrekken dat de rechters en officieren van justitie die er merkbaar hun voordeel mee hebben gedaan, een kleine minderheid vormen. Tussen hen en die andere minderheid van degenen, die kritiek op hun optreden tot het einde van hun carrière blijven beschouwen als hoogst oneerbiedig en ondermijnd voor het gezag, ligt de grote groep, die weliswaar niet afwijzend staat tegenover een kritische begeleiding in de pers, maar deze wil doen voorbehouden aan juristen. Alsof men bepaald rechten moet hebben gestudeerd om vanuit de zaal te constateren hoe vanaf het podium veelvuldig wordt misgetast op het vlak der menselijke verhoudingen. Alsof niet een gewoon burger zou mogen en kunnen proberen hun daartoe de ogen te openen, want voor wie is het recht er in de allereerste plaats anders dan voor de gewone burger?"⁶

b. De rol

Bij de grotere rechtbanken staan doorlopend 10 à 15 zaken op de rol van de meervoudige strafkamers.

⁶ J. VAN VEEN, *op. cit.*, p. 9. Uit mijn ervaring, twee schetsen van de goede rechter.

Tijdens zijn pleidooi zegt de advocaat iets (niets ongepast, maar iets ten gronde) dat de voorzitter erg ontstemt. Er volgt een nogal scherpe discussie. Dan gaat de advocaat verder; de voorzitter blijft somber. De meester eindigt met het verzoek de uitspraak op acht dagen uit te stellen (het was een civiele zaak, maar in een strafzaak zonder arrestanten zou dat evengoed kunnen). Verbazing van de voorzitter: waarom dat nu weer? daar is geen reden toe. "Toch wel, mijnheer de voorzitter", zegt de advocaat rustig en beleefd, "U is boos, en voor ons beider gemoedsrust is het beter om niet dadelijk te oordelen." De voorzitter aarzelt, steunt even het hoofd in de handen, kijkt dan de advocaat nauwelijks glimlachend aan en zegt: "Vonnis op een week." Een voorbeeld van zelfbeheersing dat het vermelden waard was.

Een langharige knaap van rond de twintig staat terecht voor drugs. Zeer gesloten, wat klungelig, zonder sympathie... en zonder raadsman. De voorzitter, een andere, geeft een korte samenvatting van de feiten, waarna de jongen alles bot ontkent. "Heeft U dan dit dossier niet gelezen" vraagt de president. De lange haren schudden van neen. "Wel, zegt de voorzitter, hier is het dossier, ga daar maar in de zaal zitten en lees het aandachtig. Als U klaar is, zullen wij Uw zaak nemen." Twee uur heeft de beklaagde zitten lezen. (hij bleef ontkennen en werd veroordeeld, maar dat is een andere kwestie). Zulke objectiviteit siert de hele justitie.

Op elke zitting wordt daarvan grosso modo één derde uitgesteld.

Wat het aantal der vastgestelde zaken ook moge zijn, van belang is vooral de beklaagde; het gaat om hem of haar.

Kan recht geschieden op tien minuten, dan hoeft dat geen kwartier te duren. Vergt een zaak twee uur of een hele zitting, dan zal de rechter ook die tijd eraan wijden. Dit betekent dat als teveel beklaagden op één morgen moeten verschijnen opdat ernstig recht kan gesproken worden, het aantal rechters en correctionele kamers dient verhoogd, niet dat des rechters hoofdbekommernis moet zijn de rol af te handelen.

Men zou kunnen opwerpen dat het bijzonder reglement voor de rechtbank van eerste aanleg (K.B. van 20 oktober 1970, *Strbl.*, 23 oktober 1970) bepaalt dat de zittingen om 9 uur beginnen en minstens drie uur duren, rolregeling en uitspraak niet inbegrepen, dus dat de rechter alle tijd heeft om de rol uit te putten en zodoende desnoods tot 14 of 15 uur behoort te zeten (het reglement geeft geen maximumduur aan). Maar nogmaals, het geldt hier niet de uitputting van de rol maar wel die van de rechter, want hij is het die aan de laatste evenzeer als aan de eerste zaak zijn volle aandacht dient te wijden, en aan zijn zorgvuldige oplettendheid zijn nu éénmaal grenzen.

De bezetting van de rol houdt natuurlijk nauw verband met het sepotbeleid van het openbaar ministerie. Dit brengt nog te vaak te "lichte" zaken vóór de collegiale kamers, die beter geseponneerd of naar de alleenzettelende of naar de politierechter verwezen zouden worden. Om overstelping van de vonnisgerechten te voorkomen, suggereert de procureur-generaal W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH dat zelfs de parketmagistraat en de onderzoeksrechter uitspraak zouden doen over "louter formele en als niet zwaar erkende misdrijven"⁷.

c. Burgerlijke partij

Is het verantwoord, en moet het in de toekomst zo blijven dat de burgerlijke partijen dikwijls gedurende een heel stuk van de zitting de attentie van de strafrechter opeisen?

Wat tevens inhoudt dat het overgrote deel van de uitvoerig gemotiveerde vonnissen civiele belangen betreft.

Een onderscheid dringt zich op tussen onbetwiste civiele eisen zonder expertise enerzijds en betwiste zaken met of zonder deskundig onderzoek anderzijds. De behandeling van de eerste soort neemt weinig tijd in beslag en kan meteen door de strafrechter beslecht worden. Betwiste eisen, ook zonder expertise maar vanaf een bepaalde belangrijkheid behoren voortaan

⁷ W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, "Overwegingen omtrent de kunst recht te spreken en de uitoefening van het rechterlijk ambt", *R.W.*, 1973-74, 113 e.v.

vóór de burgerlijke rechter te komen, zoals in Nederland het geval is met alle vorderingen boven de 500 gulden (art. 56, lid 5, Rechterlijke Organisatie).

Dit zou meer tijd vrijmaken voor de strafrechter van morgen om zich heel wat grondiger met de persoon van de beklaagde en de aangepaste sanctie of maatregel te gaan bezighouden.

Trouwens, waarom moet de strafrechter een soort supermagistraat zijn, even ervaren in het beoordelen van delinquenten en het aanduiden van de juiste maatregel als geschoold op het louter civiel, zeer uitgebreid en hoogst betwist (o.a. bruto- of nettoloon) terrein van schade en schadeloosstelling? Aan deze onlogische situatie zou de wetgever spoedig een einde moeten maken.

d. Informatie

"Indien de straf moet bijdragen tot de terugbrenging en de reclassering van de gedetineerde in de maatschappij, hoe kan de justitie voor lieden die zij niet kent, een behandeling voorschrijven waarvan zij niet weet welke de gevolgen zijn?" Ik ken geen kernachtiger, en naar mijn gevoel, vernietigender kritiek op het vigerend bestraffingssysteem dan deze uitspraak van de procureur-generaal W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH⁹.

Wie is die mens, die achteraan uit het anoniem publiek naar voren komt bij het afroepen van zijn naam, of van opzij, aan de sterke arm geboeid, schuchter of arrogant, plots oog in oog met zijn rechter staat? Tien minuten? Een uur? En dan verdwijnt. Uit de zaal... en uit de rechter. Die ongetwijfeld in eer en geweten heeft geoordeeld. Maar vaak toch ook in onwetendheid over de opvoeding, familie, het gezin, de financiële toestand, de werksfeer, in één woord de Umwelt van beklaagde, zijn karakter en psyche, en dus over de diepere oorzaken en drijfveren van zijn misstap. Wat verneemt de rechter over dat alles uit het eenzijdig opgesteld dossier, het requisitoir en pleidooi? Bitter weinig, ofschoon uit dat laatste nog het meest.

Vraag aan het Congres: kan de verdediging voortaan niet betrokken worden bij het aanleggen van het strafdossier? En waarom moet daar alleen maar een *strafregister* in liggen? Ik dacht dat de objectieve rechter evenveel aandacht mag schenken aan de vermeldenswaardige positieve daden in het leven van de delinquent. Maar dan moeten zij ook vermeld worden. Zou men niet eens kunnen denken aan een *verdiensregister*, of iets dergelijks. Veruit de meeste beklaagden zijn immers gewone mensen, met ook positieve eigenschappen in hun persoon. Authentieke schurken, aan wie de samenleving op straffe anders van ernstig nadeel voor haarzelf inderdaad langdurig de vrijheid moet ontnemen, staan niet voor de rechtzalen te dringen.

⁹ W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, *ib.*, 148.

Zouden in de toekomst de onderzoeksrechters niet wat meer inlichtingen kunnen verzamelen over de achtergrond, het beroepsleven, de familiale verhoudingen van de verdachte? De onderzoeksrechter vormt toch een dossier dat de rechter moet in staat stellen met de grootst mogelijke kennis van zaken te oordelen; dus behoren daarin niet enkel de gepleegde feiten maar ook de persoon van de verdachte en zijn milieu belicht te worden. Maar over hem, als mens, leest men praktisch niets in de verhoorbladen.

Een zeer nuttige bepaling is die welke de onderzoeksrechter machtigt zitting te nemen in de kamer die uitspreekt over de door hem geïnstrueerde feiten⁹. Hij immers heeft soms lang en herhaaldelijk met de verdachte gesproken, en kan in dat geval een vollediger beeld schetsen van de delinquent, dan wat de vonnisrechter enkel in een momentopname kan te weten komen. Maar hoe dikwijls gebeurt dat, althans bij de grotere rechtbanken? Het zal wel weer een kwestie van tijd zijn die de onderzoeksrechter verhindert zijn collega's ter zitting nader voor te lichten. Dus in de toekomst meer onderzoeksrechters en/of meer zittingen, of andere schikkingen die dat eentonig argument van tijdgebrek uit de wereld helpen.

Wenselijk is in ieder geval dat de onderzoeksrechter, die inderdaad niet alles zelf kan nagaan, meer en meer de sociale assistent zou inschakelen. Ook de rechter kan dat, maar als deze ter zitting een maatschappelijke enquête beveelt, dan betekent dit uitstel van de zaak, waarvan de beklaagde nochtans mocht aannemen dat zij in staat was. Het angstig wachten op het vonnis duurt voort, met alle gevolgen van dien voor hem zelf, zijn gezin, zijn beroepsbezigheden, enz. Een te vermijden situatie.

Het belang van een degelijk sociaal verslag is moeilijk te overschatten. En sommige maatschappelijke werkers presteren hier uitstekend. Dit systeem dient op grote schaal uitgebreid te worden. Wel te verstaan voor alle werkelijk belangrijke zaken, d.i. waar het gevaar voor lange vrijheidsberoving dreigt. Het is precies aan die gevallen dat de meervoudige strafkamers in de toekomst veel ruimere aandacht moeten besteden. Om recht te laten wedervaren over het muurtje voorbij de rooilijn, verhuring van een kamer aan een verliefd stel van 19 jaar, de speelkast in de herberg, of wat kleursel in de biefstuk, is de verenigde wijsheid van drie rechters niet onontbeerlijk.

Behoudens wat de onderzoeksrechter en/of de sociale assistent aan gegevens kunnen bezorgen, wordt ook wel de invoering van een "persoonsfiche" of "individueel dossier" vooropgesteld, met beduidend meer informatie over handel en wandel van de beklaagde, dan wat het schrale inlichtingsbulletin ons nu leert. Misschien wel een verbetering. Doch ook dan rijst de

⁹ Cfr. art. 79 Ger.W. Deze bepaling bestond al veel eerder: art. 13 Décret Impérial 18 oktober 1810 en art. 219 Wet van 18 juni 1869 op de Rechterlijke Organisatie.

vraag wie dat dossier zal aanleggen; en zal dat contradictoir gebeuren? En wie zal wél en wie geen inzage mogen hebben in de persoonlijke levenssfeer van derden? Dit roept het probleem op van de bescherming van de privacy, dat al zeer actueel is bijv. in verband met de databanken.

Wat er ook van zij, grondige, betrouwbare én objectieve informatie blijft voor de strafrechter een essentiële behoefte. En daar valt nog heel wat aan te doen.

III. HET VONNIS

a. Motivering van de strafmaat

"Elk vonnis is met redenen omkleed", bepaalt de Grondwet (art. 97). "Aangezien het bewezen is dat de beklaagde zich heeft plichtig gemaakt aan het feit hem ten laste gelegd... om deze redenen: de Rechtbank... veroordeelt beklaagde tot...", zeggen de gedrukte vonnisformulieren. Bondiger kan het moeilijk. Kan het in de toekomst ook iets meer omkleed?

Zeker, de strafrechter beantwoordt steeds, en vaak uitgebreid, de conclusies van de *burgerlijke* partijen. Maar is dat zijn specifieke taak? (cfr. supra, II c.). Antwoord op de schriftelijke argumenten van de beklaagde waarom hij zijns inziens niet of slechts gedeeltelijk schuldig is, komt al zeldzamer voor. Op feitelijke kwesties immers hoeft de rechter niet nader in te gaan. Doch nooit leest de veroordeelde in het vonnis waarom hem enkel gevangenisstraf en geen boete werd opgelegd, en waarom nu precies tien maanden, waarom wel of geen uitstel, waarom een laag of hoog bedrag.

Wel geven sommige rechters bij de uitspraak mondeling de redenen van de toegepaste strafmaat aan. Maar daar blijft het dan bij. In Engeland worden zulke toespraken (homilies) in het stenografisch verslag (transcript) van de zitting opgenomen. In geval van hoger beroep beschikt de Court of Appeal over dat verslag en vormen de "homilies" voorwerp van discussie.

In zijn studie "Motivering door de rechter van de strafmaat" (*N.J.B.*, 1973, 125) haalt mr. H. BEERLING volgende passage aan uit de memorie van toelichting bij het Nederlands Wetboek van Strafvordering: "Door dit voorschrift zal vooreerst enig meerder inzicht worden verkregen in de beginselen door welke de rechters zich bij de strafoplegging laten leiden; voor de verdachte is het vervolgens, ook in verband met zijn in verdere instanties te voeren verdediging, van het meeste belang te weten welke overwegingen bij de beoordeling van de ernst van het door hem gepleegde feit voorzaten, en tenslotte is het voor het rechtsgevoel bevredigend de motieven te kennen, die naast het gepleegde feit zelf tot de bepaling der opgelegde straf leidden."

Doch waarom, vraagt de auteur zich af, bleef het motiveringsvoorschrift dode letter? Hij ziet drie re-

denen die, meen ik, evengoed voor België gelden: onzekerheid over de doeleinden van straf en maatregel, collegiale rechtspraak en meer werk bij consciëntieus motiveren.

Samengevat komt het hierop neer: het strafrecht is een fel omstreden zaak geworden. Waartoe dient welke straf? Moet die de wandaad nog *vergelde*, of de potentiële wetschender *afschrikken*, of vooral de dader *reclasseren*, enz.? "Zolang over de doelstellingen van de straf, zegt BEERLING, geen overeenstemming bestaat, kan men de mogelijkheid niet uitsluiten dat het effect van wetswijzigingen, waarbij zwaardere en specifieke motiveringsvoorschriften worden gesteld, slechts zal zijn dat vonnissen en arresten uitvoeriger, niet dat zij helderder worden."

Voorts zou de omstandigheid dat niet één maar drie rechters moeten motiveren een moeilijkheid opleveren in verband met a) de vraag of ieder van hen er een verschillende straftoemetingstheorie op na houdt, dan wel een gezamenlijke, b) de mogelijke schending van het raadkamergeheim. Over dit laatste aanstonds iets meer.

Tenslotte zal die motivering bijkomend werk vragen. Welnu, ook om voor deze m.i. nuttige taak meer tijd vrij te maken, behoren, zoals hierboven gezegd, alleen de zwaardere zaken aan drie rechters voorgelegd en de betwiste civiele eisen boven bijv. 10.000 fr. naar de burgerlijke kamers verwezen te worden.

Hoe dan ook, het tot stand komen van een straf-toemetingjurisprudentie via strafmaatmotivering kan bijdragen tot een verdere verfijning van het oordeel en van het strafrecht in het algemeen.

b. "Dissenting and concurring opinions"¹⁰

Zouden in de toekomst, naar Angelsaksisch model, de van de meerderheid afwijkende mening van een rechter (dissenting opinion) en de mening van de rechter die de meerderheidsbeslissing aanvaardt maar op andere gronden (concurring opinion) in het vonnis tot uiting moeten komen?

Welke voordelen biedt dit systeem? Ten eerste, een verbetering van de kwaliteit van het meerderheidsoordeel. Dit zal immers breder gemotiveerd moeten worden, in tegenspel met de afwijkende opinies. Wat meer "dialogerende" redelijkheid zal ontstaan, en de motivering zelf zal verrijkt worden door thema's die nu maar zelden in de rechterlijke uitspraak naar buiten treden. Voorts ziet men een grotere betekenis van zulke rechtspraak voor de rechtsvorming en -ontwikkeling. Tenslotte biedt dit de mogelijkheid voor de

¹⁰ Cfr. prof. J. LEYTEN, "Consensus over de dissenting opinion", in *N.J.B.*, 1973, 649, en 1972, 697 en 731. In België loopt bij mijn weten nog geen grondige discussie over dit onderwerp. Daarom resumeer ik, gewoon ter inlichting, wat LEYTEN schrijft o.a. over de preadviezen van H. DRION en O. DE SAVORNIN LOHMAN, verschenen in *Handelingen 1973 der Nederlandse Juristenvereniging*, deel 1.

individuele rechter (de "dissenter") zich publiek te distantieëren van de meerderheidsuitspraak, waar hij zeer fel en principieel tegen is. Wat dit laatste betreft, schijnt het voor de Britten een bevreemdende toestand tot ondertekening gehouden te zijn van datgene waarmee men het grondig oneens is.

Nadelen van het stelsel zijn volgens sommigen: het doorbreken van de anonimiteit, nadruk leggen op het persoonlijke (waarvan een traditionele afkeer bestaat), maar vooral schending van het raadkamergeheim.

De voorstanders antwoorden dat wat die naamloosheid aangaat, collegiale rechtspraak niet anoniem moet zijn; de gezagsdrager moet persoonlijk zijn gezag waarmaken; collegiale autoriteit is gezamenlijke autoriteit van drie personen die bekend zijn. Bovendien kan men de vraag wel eens stellen of het volkomen aan de billijkheid beantwoordt dat een lid van de meervoudige kamer elke eventuele kritiek op haar uitspraken met de formule "de *rechtbank* heeft het zo beslist" kan afwimpelen, terwijl de alleenzettelende collega voor zijn rechtspraak persoonlijk en publiek geheel verantwoordelijk is.

Het argument dat door vermelding van een afwijkende mening in het vonnis het raadkamergeheim in het gedrang komt, weegt natuurlijk het zwaarst. Toch wordt, volgens prof. LEYTEN (cfr. voetnoot 10), dat geheim niet aangetast, behalve dan voor wat de weergave van de uitslag der beraadslaging betreft. "Als dat resultaat, zegt hij, niet éénvoudig is, kan het méérzinnig naar buiten worden overgebracht."

Het publiceren van afwijkende meningen zou neerkomen op verlies aan overtuigingskracht en winst aan waarachtigheidsgehalte. Toch houdt dit geen paradox in. Want, en weer spreekt LEYTEN, "de overtuigingskracht, eigen aan het vonnis, dat binnen het rechterlijk college niet tegengesproken kan worden, is gebaseerd op het heersend misverstand dat het recht voor rechters een uitgemaakte zaak is"!

Een laatste argument voor opnemning van afwijkende meningen vind ik in het feit dat ook het hoogste Europese rechtcollege, het Hof voor de Rechten van de Mens te Straatsburg, dat systeem toepast. En wie zal beweren dat dit het gezag van zijn arresten schaadt? En kan het voortaan niet beschouwd worden als een recht van de gestrafte mens te weten waarom (motivering) en hoe (eventuele afwijkende meningen) zijn rechters tot die bepaalde straf, en geen andere, gekomen zijn?

Het laatste woord blijft hier aan de Angelsaksers: "Justice must not only be done, it must also be shown to be done".

IV. DE STRAF

Iedereen zegt en schrijft het: de misdadigheid neemt angstwekkend toe, allerlei nieuwe vormen en technieken van criminaliteit duiken overal op, het leven

in de grootste steden wordt een riskante zaak, en ga maar door.

Bijgevolg blijkt de straf, als één van de methoden van misdaadbestrijding, geen onverdeeld succes.

De functies van vergelding en afschrikking heeft de straf al sinds mensenheugenis uitgeoefend. Wel kan men door de tijden heen een gestadige evolutie constateren van halsrecht over galeien, folteringen en andere barbaarsheden naar het hedendaags Westeuropees gevangeniswezen. Een humanisering dus van de vergelding. Maar ook die slaagt er niet in de misdaadgolf in te dijken.

Vergelding is toevoeging van leed. Is dat de geschikste manier om iemands misdadige neigingen uit te roeien? En de moderne crimineel blijkt zich wel bijzonder weinig door "straf" in de klassieke zin, te laten afschrikken.

Moet dan, naast vergelding en afschrikking, niet naar een ander middel gezocht worden? En wel naar de straf als *behandeling* van de delinquent met het oog op zijn verbetering en wederaanpassing aan de samenleving? Wordt haar beveiliging – en daar gaat het toch om – *uiteindelijk* het meest efficiënt verzekerd door 20 jaar opsluiting (op haar kosten) van een stel zware jongens die soms nog ontvluchten en vaak recidiveren, of door deskundige heropleiding (ook op haar kosten, maar dan mét resultaat) van die delinquenten tot nuttige burgers?

Niet meer uitstoten, opbergen, afzonderen, maar omringen, behandelen, begeleiden, daarop zal de straf in de toekomst moeten worden gericht. Waarbij het begrip straf steeds meer zal wijken – en het nu reeds doet – voor dat van *maatregel*.

Het inzicht wint trouwens veld dat het één van de tekenen van een gezonde, evenwichtige samenleving is, dat zij positief staat tegenover haar ontspoorde leden, d.i. dat zij niet hoofdzakelijk op vergelding zint, maar naar de middelen zoekt om de delinquent weer op het rechte spoor te brengen.

NEUMANN slaat de spijker op de kop: "Het feit dat een organisme iets niet kan verteren, pleit niet tegen het onverteerbare, maar tegen de bekwaamheid van het organisme om het te integreren"¹¹.

Welnu, de gevangenisstraf, zoals men die thans in West-Europa kent, en die een werkelijke vooruitgang

¹¹ E. NEUMANN, *Tiefenpsychologie und neue Ethik*, Kindler Verlag, München, 1973, p. 112. NEUMANN was medewerker van C. JUNG, grondlegger van de dieptepsychologie. In genoemd werk toont hij aan dat er een nieuwe ethiek opkomt, die niet alleen het bewuste maar ook het onbewuste in de mens (waarvan FREUD en JUNG de enorme betekenis hebben ontdekt) in aanmerking neemt. Daarom beantwoordt volgens NEUMANN de klassieke bestraffing niet meer aan het moderne mensbeeld, omdat zij uitsluitend op het bewuste deel in de persoon slaat, die nochtans handelt mede onder de sterke invloed van het onbewuste. Een zeer inzicht-verruimend boek.

heeft betekend in vergelijking met de vroegere onmenselijkheden¹², raakt op haar beurt verouderd. Zij kan niet aan de nieuwe vereisten van heropvoeding en reclassering voldoen. Hoe wil men de delinquent opnieuw leren "samen te leven", door hem uit de samenleving te verwijderen?

Bij kortere vrijheidsberoving kan niet aan degelijk reclasseringswerk gedacht worden. Dat overigens in sommige van die gevallen niet dringend nodig is. Wel brengen die straffen vaak allerlei sociaal nadeel te weeg, buiten verhouding tot de ernst der feiten. De man verliest zijn werk, de familie spreekt schande, het stigma van "hij heeft in de gevangenis gezeten" kan een mens lang blijven tekenen¹³.

En over de gevolgen van een langere opsluiting kan best een gedetineerde zelf spreken (uit het Duits vertaald):

"Hechtenis betekent het afbreken van alle betrekkingen en bindingen naar 'daar buiten'. De gevangene wordt ontworteld... In de mate waarin hij van de maatschappij geïsoleerd wordt, bouwt hij zich in zijn nieuwe levenskring en ersatz-maatschappij op. 'Die van daar buiten' worden hem niet enkel vreemd, maar komen hem als vijandig voor... Alles wat 'daar buiten' goed, juist, levensnoodzakelijk was, is hier mis, ondoelmatig. In de gevangenis is alles anders, alles averechts. De gevangenis is de anti-maatschappij (Das Gefängnis ist die Antigesellschaft). Initiatieven en bedrijvigheid zijn hier gevaarlijk, trekken de aandacht en hebben onaangenaamheden tot gevolg. Onderduiken, passief blijven, de dingen op hun beloop laten, dat is juist. De dingen lopen trouwens helemaal vanzelf. In banen van generatielange routine. Intelligent zijn, logisch zijn, is domheid. Suf zijn, op de goede God en de heren justitie-bedienden vertrouwen, dat benadert het meest het beeld van de ideale gevangene; en het belangrijkste überhaupt is een goede gevangene te zijn, anders is het leven te verfoeilijk om het te verdragen. Men kan echter niet lang een goede gevangene zijn zonder de geschiktheid te verliezen om later in de vrijheid weer een burger te worden die voor het leven deugt... Er zijn er die zich niet willen aanpassen. Die bruikbare burgers willen blijven. Maar die blijven dan in de kalmeringscel (Beruhigungszelle). En daarna deugen zij noch als goede burger noch als goede gevangene"¹⁴.

Hoe dan ook, vergelding (steeds in de klassieke zin van leedtoevoeging) is één van de oer-behoeften van de mens. De volksmond geeft dat goed weer: het is zijn *verdiende* loon, ik zal het hem *betaald* zetten, het zal hem *duur* te staan komen, enz.¹⁵.

Het zou dwaasheid zijn dit feit te negeren en er geen rekening mee te houden. Vandaar hét probleem voor het strafrecht van de toekomst: hoe vergelding met reclassering verzoenen?

Ligt de uitweg niet in een mentaliteitsverandering, in die zin dat het verlangen naar vergelding geleidelijk aan afzwakt, terwijl het besef dat een geslaagde reclassering de maatschappij tenslotte het meest baat, gestadig toeneemt? M.a.w. een dubbele opvoeding is nodig: die van de delinquent tot goede burger, en die van de massa tot het maken van het onderscheid tussen de daad die afkeurenswaardig is en de dader die moet geholpen worden.

Een werk van generaties. Reeds in de vorige eeuw schreef de Franse filosoof GUYAU: "L'idéal de la justice pénale: un maximum de défense sociale, un minimum de souffrance individuelle"¹⁶.

Dus voortaan – het is al dikwijls gezegd, maar men moet erop blijven hameren – meer en werkelijk gespecialiseerde inrichtingen en specifieke, aan de verschillende groepen van gevallen aangepaste regimes (open, half-open, *nuttig* en normaal betaald werk, veel ruimer en geregeld contact met familie en/of vrienden, enz.).

Hoeveel huwelijken houden stand tegen een langere, zegge 1 jaar en meer, afwezigheid van de man? Waarom mag een veroordeelde geen seksueel verkeer met zijn vrouw hebben? Hoeveel ontslagen gedetineerden komen na langere hechtenis met voldoende financiële middelen in de maatschappij terug, om niet spoedig weer voor de verleiding van het misdrijf te bezwijken?

Waar zijn de statistieken over deze en vele andere aspecten van de vrijheidsberoving? Ook op dit vlak heerst een erg gebrek aan informatie.

En de rechter? Heeft hij bij de beraadslaging over en de uitspraak van de straf bewust deze sociaal schadelijke nasleep van het vigerend gevangenisstelsel gewild? Natuurlijk niet. Maar wat kan hij doen wanneer enerzijds de wet hem geen andere keuze laat dan tussen gevangenisstraf aan de ene kant, en vrijpraak, boete, opschorting of uitstel met of zonder probatie aan de andere kant, en wanneer hij anderzijds in geweten oordeelt dat die laatste reeks beslissingen in het gegeven geval niet verantwoord zijn?

De strafrechter van morgen moet dus – naast de bestaande en uitstekende maatregelen van opschorting en

¹³ Een en ander bleek ook uit de lezing die Mevrouw JACOBS, directeur bij het Ministerie van Justitie, op 5 februari j.l. voor de Vlaamse Conferentie bij de Balie te Antwerpen hield.

¹⁴ Geciteerd door C. NEDELMANN, "Die Reform des Rechtsgüterschutzes unter dem Dogma des Strafprinzips", een artikel verschenen in *Kritik der Strafrechtsreform*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt, 1968, pp. 50-51.

¹² Cfr. o.a. prof. J. DUPRÉEL, "Notre époque face au crime", in *R. Dr. Pén.*, 1969-70, 844.

¹⁵ Cfr. prof. L. POLAK, *De zin der vergelding*, uitg. van Oorschot, Amsterdam, 1947, 2 delen; met een indrukwekkend historisch overzicht van de desbetreffende theorieën.

¹⁶ Geciteerd bij POLAK (voetnoot 15).

uitstel al of niet met probatie – over een nog veel ruimer en genuanceerder pakket van mogelijkheden kunnen beschikken.

Verdiens het aanbeveling dat de rechter ook allerlei bijzondere sancties zou opleggen, die buiten de gewone wettelijke voorzieningen liggen, zoals : aan een jongen die zonder te betalen het stadion binnensloop verbieden drie zondagen de match bij te wonen ; een vrouw die bij een ongeval een kind kwetste, verplichten om een paar keer per maand in een kinderkliniek te gaan helpen ; iemand die door onvoorzichtigheid de dood van zijn vriend veroorzaakte gebieden een jaar lang het graf te onderhouden ?

Tegenstanders van dit stelsel vrezen hier vooral willekeur van de rechter. Die niet a priori is uit te sluiten. Wat meent het Congres ?

Ik noemde de straf één van de methoden van misdaadbestrijding. Het is de methode die de strafrechter aanbelangt. Vanzelfsprekend staan de justitie nog heel wat andere middelen ten dienste. De procureur-generaal V. VAN HONSTÉ heeft ze onlangs in een opgemerkte studie beschreven en aangetoond hoe zij in de toekomst ontwikkeld en doelmatiger gemaakt moeten worden¹⁷. Zij liggen echter buiten het actieterrein van de strafrechter.

V. DE UITVOERING

De uitvoering, het wordt gesuggereerd, zou voorwerp van discussie moeten worden tussen procureur, advocaat en rechter, die het laatste woord zou hebben.

Ook zou de rechter op geregelde tijdstippen verslagen moeten kunnen ontvangen over het gedrag van "zijn" veroordeelden, en over de gevolgen van zijn beslissingen voor de gezinnen en de omgeving en de gedetineerden¹⁸.

"Men kan twintig jaar strafvonnissen gemaakt hebben zonder iets te weten over de uitwerking daarvan ; zoals artilleristen bij het afvuren van hun kanonnen niet weten welk onheil zij op afstand aanrichten." Deze woorden van prof. S. ROYER, raadsheer in het Am-

sterdams gerechtshof, haalt J. VAN VEEN aan in zijn reeds geciteerd werk (cfr. voetnoot 1), en hij voegt er zelf aan toe : "Een vergelijking, waarbij ik wel zou willen aantekenen, dat de artillerie dan toch over het algemeen geneigd is wat meer gevolg te geven aan de wenken van haar waarnemers ter plaatse dan de rechterlijke macht aan rapporten van reclassering, psycholoog en psychiater." (p. 43).

Waaruit af te leiden valt dat de Nederlandse collega's dan toch minstens rapporten over veroordeelden ontvangen.

Hoe wil men dat de Belgische rechter zich om de strafuitvoering bekommert, indien hij daar niet bij betrokken wordt ? Zijn taak eindigt bij de uitspraak van het vonnis. Dan neemt de uitvoerende macht ze over. Wanneer voert zij uit ? Niet onder de drie maanden ? Anderen zeggen zes maanden, behalve in zaken van rijden onder invloed en familieverlating, waar de straf steeds wordt toegepast. Is dat juist ? De rechter heeft van dit alles geen weet, maar wel de indruk dat na zijn uitspraak een "schaduwrechtbank", zoals ik het trefend hoorde typeren, nader bepaalt of en in welke mate zijn beslissing ten uitvoer gelegd wordt¹⁹.

Het mag wel eens duidelijk gesteld worden : ofwel heeft de strafrechter zich niet met de gevolgen van zijn vonnis in te laten. Goed. Maar dan is het niet meer dan menselijk dat die gevolgen hem niet bijster en voortdurend blijven interesseren. Wat het risico inhoudt dat ook de meest nauwgezette rechter niet altijd ten volle de draagwijdte van zijn oordeel beseft. Ofwel slaat men nieuwe wegen in, en komt de rechter wél in de uitvoering tussen. Dan zal hij voortaan ook werkelijk inzicht hebben in de consequenties van zijn beslissingen, die onvermijdelijk fijner aangepast zullen worden. Het gaat tenslotte weer om ruimere informatie.

Daarom ook zouden er in het dossier gegevens moeten komen over de wijze waarop de reeds veroordeelde een vorige straf heeft ondergaan, en welke invloed die op zijn persoon en omgeving heeft nagelaten.

Dat het principe van de scheiding der machten hierbij in het gedrang kan komen, hoeft geen onoverkomelijk bezwaar te zijn. Hebben de uitvinders van dat beginsel, de Fransen, niet de "*juge de l'application des peines*" ingevoerd ?

Er blijven nog veel problemen over.

Het hier besprokene is maar een fractie van alles wat men van het nieuwe strafrecht zou willen verwachten.

Geduldig doch met open geest moeten wij aan zijn verdere uitbouw medewerken.

Ik sluit met deze wens : dat aan de strafrechter van de toekomst voortdurend meer aangepaste middelen worden verschaft, maar hij er zelf ook naar speurt en ze gebruikt, om het oorspronkelijk doel van de *correctionele* rechtbank steeds dichterbij te naderen, die tot verbetering van de delinquent werd opgericht.

¹⁷ V. VAN HONSTÉ, "Bedenkingen over de bestrijding van de zware misdadigheid", *R.W.*, 1972-73, 241 e.v..

¹⁸ Art. 3 van het K.B. van 17 januari 1921 betreffende de voorwaardelijke invrijheidstelling bepaalt : "Het personeel der gevangenis zal in een bijzonder boekje zijne opmerkingen nopens het gedrag, het karakter en den gemoedstoestand van den gevangene opteekenen. De bestuurder zal, volgens de gezamenlijk aldus verkregen opmerkingen, de aantekeningen opstellen, die hij maandelijks in het register van de zedelijke comptabiliteit boekt." De structuur en methode van inwinning van informatie over hechtenisgedrag bestaat dus al 50 jaar. Kan de rechter daar voortaan kennis van nemen ?

¹⁹ Ook deze indruk werd gewekt door de lezing van Mevr. JACOBS (zie voetnoot 13).

NIEUWE TAKEN EN VERWACHTINGEN TEN AANZIEN VAN HET STRAFRECHT

Preadvies door prof. L.H.C. HULSMAN (Rotterdam)

Inleiding

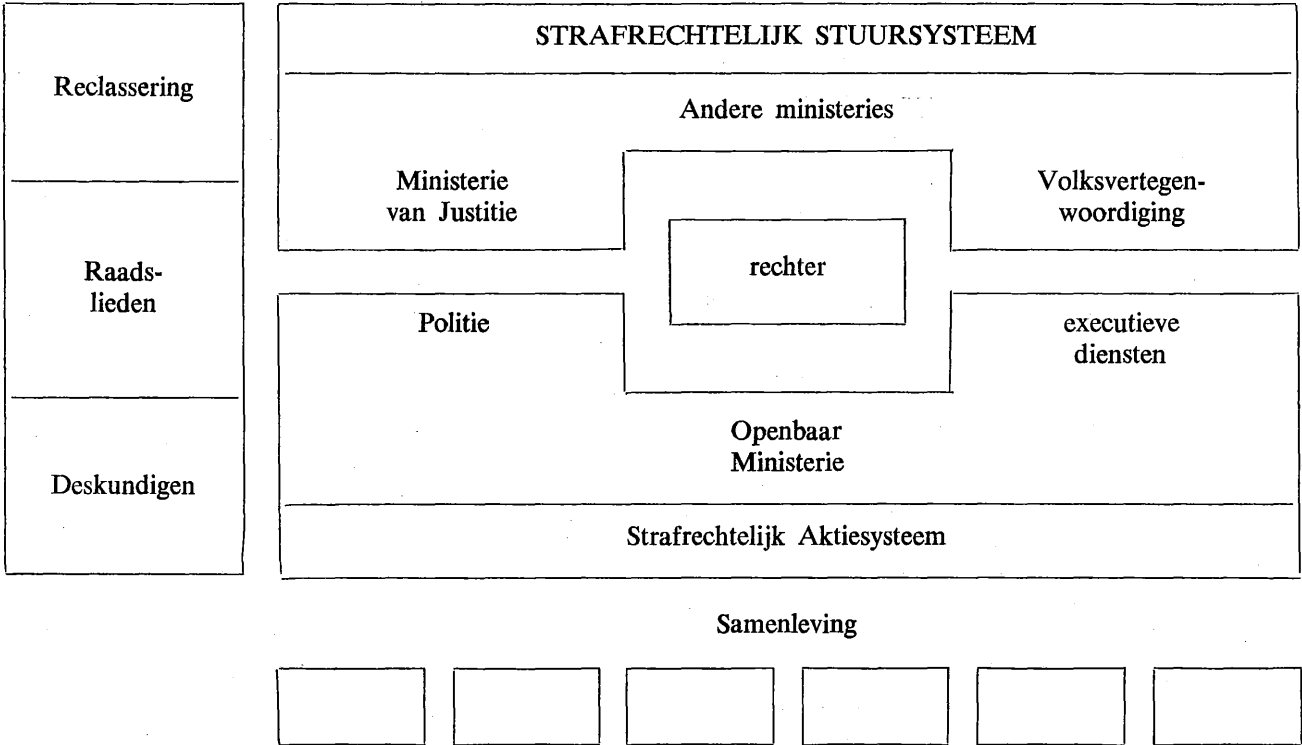
1. Terminologische kwesties.

In het thema neemt de term 'strafrecht' een centrale plaats in. Die term kan zeer verschillende begrippen aanduiden en het is derhalve noodzakelijk om misverstanden te vermijden en een zinvolle gedachtenwisseling mogelijk te maken eerst tot een verheldering van de term en tot een keuze van de op grond van die verheldering mogelijke benaderingen van ons onderwerp te komen.

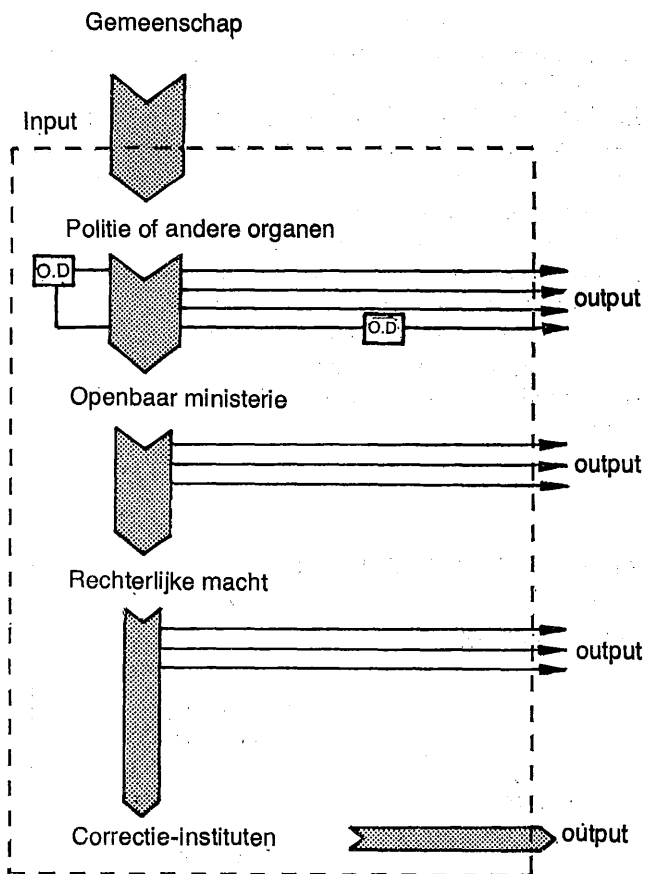
De term kan op zijn minst drie uiteenlopende betekenissen hebben :

a. men kan het oog hebben op een *verzameling diensten* die tesamen een activiteit verzorgen die wij plegen aan te duiden als de *strafrechtspleging*. Die verzameling diensten kunnen wij opvatten als een *gesloten* systeem. Wij laten dan de relaties met de omgeving voorlopig buiten beschouwing. Wij kijken slechts naar een aantal voor de beschrijving van de afzonderlijke componenten (diensten) en hun onderlinge verhouding belangrijke factoren. Tot die factoren behoren de uitrusting van die diensten (Hoeveel personeel. Wat voor een opleiding, wat voor apparatuur en gebouwen) en de opvattingen binnen die diensten over hun onderlinge relaties, over de taken die zij moeten verrichten en over de begrenzingen die zij daarbij in acht moeten nemen.

Die opvattingen over taken, verhoudingen en begrenzingen worden door veel factoren beïnvloed. Eén van die factoren is hetgeen ik zou willen aanmerken als de 'juridische dimensie'. Die juridische dimensie kan men opvatten als een (afzonderlijk) systeem van met elkaar samenhangende uitspraken van wetgever, rechters en andere binnen dit systeem gezaghebbende instanties die o.m. betrekking hebben op de vraag welke taken binnen welke begrenzingen door de bij de strafrechtspleging betrokken diensten *moeten* en *mogen* worden vervuld. Kennis van die juridische dimensie zegt ons op zichzelf nog niet hoe de structuur van het systeem werkelijk is. Dat hangt immers nog van vele andere factoren af : de uitrusting van dit systeem, de opvattingen over de gehoudenheid aan en inhoud van de juridische dimensie, de mate van kennis van die dimensie, de kennis van de opvattingen en praktijken van collega's en chefs en de mate waarin men zich verplicht voelt daaraan te conformeren, de relaties met andere personen en de onmiddellijke werk-omgeving, de opvattingen over de publieke opinie en de mate waarin men daarmee rekening moet houden, de opvattingen over de samenleving en de uitwerking en rol van het strafrechtelijk systeem (s.r.s.) daarin. Het strafrecht opgevat als s.r.s. in deze (statische) zin kunnen wij voor Nederland en België als volgt uitbeelden :



b. Wij kunnen het onder a. beschreven gesloten systeem ook in relatie met zijn omgeving beschouwen. Wij zien het dan als een *open* systeem. Wij onderzoeken dan welke "input" vanuit die omgeving in het systeem plaats vindt en welke "output" het systeem aan de omgeving (bijv. de "samenleving") aflevert. Wij kunnen bij deze "input" en "output" verschillende aspecten onderscheiden. Wij kunnen bijv. kijken naar de "input" en "output" zoals deze zich meer op een makroschaal op het terrein van de *strafwetgeving* voltrekt. Wij kunnen ook kijken naar de "input" en "output" van geregistreeerde criminaliteit en verdachten. Die laatste "input" en "output" kunnen wij afbeelden als een proces dat die geregistreeerde criminaliteit en die verdachten doormaken binnen het strafrechtelijk systeem.



Overgenomen uit : "Strafrecht en systeemtheorie, N.A. Zwanenburg, Nijmeegse cahiers voor criminologie". Nijmegen 1974.

c. Men kan tenslotte uitsluitend het oog hebben op het juridische systeem zoals dit onder a. als een van de beïnvloedende factoren van het onder a. en b. bedoelde s.r.s. is opgevat (het geheel van uitspraken van wetgevers, rechters, etc. voorzover deze op het s.r.s. betrekking hebben of kunnen hebben). De uitspraken die tezamen dit systeem vormen kunnen zich hetzij uitsluitend tot het s.r.s. (als bedoeld onder a. en b.) richten, hetzij tot het s.r.s. en anderen (de "samenleving").

Reeds op deze plaats moet gewaarschuwd worden voor een misvatting die in een gezelschap van juristen gemakkelijk zou kunnen rijzen. De vraag of bepaalde onderdelen van het strafrecht (in deze beperkte zin) al dan niet bijdragen tot een ordening van het s.r.s. en/of van de samenleving, kan op zichzelf vanuit kennisneming van dat stuk strafrecht *alleen* niet worden beantwoord. Wij moeten dan niet alleen naar dat stukje recht (die uitspraken) maar ook naar het *effect* daarvan kijken. De bijdrage die "recht" tot orde (of wanorde) levert is de resultante van de interactie tussen die uitspraken en het stuk samenleving waarin zij eventueel een rol spelen.

2. De wijze van aanpak.

In het vorenstaande hebben wij drie verschillende betekenissen van de term "strafrecht" onderzocht. Op de grondslag van deze analyse zullen wij thans een keuze moeten maken m.b.t. de aanpak van ons onderwerp. Het congres zal dunkt mij in de eerste plaats geïnteresseerd zijn in een aanpak die maatschappelijk relevant is. Dat betekent dat een aanpak waarin "het strafrecht" uitsluitend in zijn onder c. bedoelde betekenis wordt opgevat, niet voor de hand ligt. De maatschappelijke effecten van de verschillende alternatieven op dit terrein kunnen immers slechts worden behandeld wanneer wij eerst naar het s.r.s. in de onder a. en b. bedoelde zin hebben gekeken. Het ligt derhalve voor de hand eerst in par. 2 naar het s.r.s. te kijken in de onder a. en b. bedoelde betekenis (een betekenis die strafrecht in de onder c. bedoelde enge zin als één van de relevante factoren includeert) en daarna nog een enkele beschouwing te wijden aan het strafrecht in de enge (onder c. bedoelde) zin afzonderlijk (par. 3).

Par. 2. Het s.r.s. in de onder a. en b. bedoelde zin.

1. De huidige situatie van het s.r.s.

Er is een sterke divergentie tussen de veronderstellingen en opvattingen over het functioneren van het s.r.s. die traditioneel binnen dat systeem en binnen belangrijke sectoren van de samenleving prevaleren en het feitelijk functioneren van dat systeem in de sociale werkelijkheid.

Ik zal hieronder een aantal van de belangrijkste punten van dat verschil in zeer summier vorm aanduiden. De punten a – e ontleen ik aan de samenvatting die Prof. O. Klineberg als algemeen rapporteur gaf van de 9e conferentie van directeuren van criminologische instituten onder auspiciën van de Raad van Europa. De punten f – k heb ik zelf aan deze opsomming toegevoegd.

a. Het begrip "strafbaar feit" is relatief. Niet alleen verschilt de inhoud naar samenleving en tijdsbestek, maar ook binnen dezelfde samenleving en tijd naar de sociale groep. Hetgeen in de ene context als aanvaard-

baar wordt aangemerkt, wordt in de andere sociale context als strafbaar bestempeld.

b. Zowel t.a.v. personen als gedragingen is er sprake van een continuüm tussen delinquentie en niet-delinquentie. De niet geregistreerde criminaliteit vormt op de meeste terreinen – ook van de klassieke criminaliteit – een veelvoud van de geregistreeerde. Een belangrijk deel van die niet geregistreerde criminaliteit wordt begaan door respectabele burgers. Zij onderscheiden zich in dit opzicht slechts hierdoor van criminelen dat zij nimmer zijn betrappt en berecht.

c. Stereotypen omtrent personen en groepen die waarschijnlijk wel delinquent zullen zijn spelen een belangrijke rol in het selectieproces dat aan de berechting voorafgaat en leiden tot oververtegenwoordiging van bepaalde groepen en ondervertegenwoordiging van andere.

d. Er zijn belangrijke verschillen in de straftoemeting ook binnen een zelfde samenleving die een gevolg zijn van verschillen binnen het straftoemetende systeem en tussen de straftoemetende personen.

e. De definiëring van gedrag als "crimineel" en van personen als "criminelen" brengt het gevaar mee dat de betrokkene zich zelf als deviant gaat (of blijft) zien; zij kan aldus bijdragen tot een attitude conform aan de "self fulfilling prophecy". Zij veroorzaakt aldus "secundaire deviantie".

f. Er is een groot verschil tussen de capaciteit van het systeem en de omvang en complexiteit van de taken die het verondersteld wordt te vervullen. Dat verschil is zowel kwalitatief (de kwestie in hoeverre strafrechtelijke sancties de gestelde doeleinden kunnen verwezenlijken) als kwantitatief (het probleem van de niet opgehelderde criminaliteit).

g. Volgens de traditionele opvattingen die in de strafrechtelijke theorie prevaleerden was het strafrechtelijk systeem in een samenleving als de Nederlandse aan een duidelijke controle vanuit de staatsorganisatie onderworpen. Die controle werd volgens deze theorie op 2 niveaus uitgeoefend. In de eerste plaats op het niveau van de wetgever en op dat van de rechter, in zoverre deze laatste met de uitleg van wettelijke bepalingen was belast. Op het tweede niveau berust de controle bij het Openbaar Ministerie en zijn Hoofd, de Minister van Justitie. Deze kon dan op zijn beurt weer ter verantwoording worden geroepen door de volksvertegenwoordiging.

Deze opvatting is door empirisch onderzoek in aanzienlijke mate gefalsificeerd. Het verschil tussen de eisen die aan het systeem worden gesteld (het totale aantal van de strafbare feiten die worden begaan) en de capaciteit van het systeem heeft tot gevolg dat de selectie van de zaken die door O.M. en rechter worden behandeld, voor een belangrijk deel bij de politie ligt. Aldus oefent deze dienst een negatieve controle op de

andere diensten van het strafrechtelijk systeem uit. Het selectieproces op het niveau van de politie is in belangrijke mate ongecontroleerd. Er is nauwelijks sprake van een rationeel verantwoorde keuze van doeleinden of van een stelsel van prioriteiten. Er is evenmin sprake van een bewuste keuze van middelen om deze doeleinden te bereiken en van een evaluatie van de bereikte resultaten. Wij dienen derhalve te concluderen dat het strafrechtelijk systeem op het ogenblik in vergaande mate *ongecontroleerd en oncontroleerbaar* is.

h. Het speciaal preventieve effect van de verschillende typen strafrechtelijke reacties is grosso modo gelijk. Deze constatering wordt bevestigd door grote aantallen empirisch onderzoek, uitgevoerd in uiteenlopende landen.

i. Het is allang bekend dat het functioneren van het s.r.s. hoge sociale kosten meebrengt. Toch heeft empirisch onderzoek aangetoond dat de negatieve effecten van het strafrechtelijk stelsel in het algemeen nog werden onderschat. Deze negatieve effecten uiten zich zowel op het niveau van de samenleving in haar totaliteit als op het niveau van het individu. Op het niveau van de samenleving in haar totaliteit kunnen 3 categorieën van negatieve effecten (of sociale kosten) worden onderscheiden:

1. Het belemmeren van een realistische kijk op de mens en de samenleving door het scheppen en bevestigen van het geloof
 - dat op grote schaal een bevredigende oplossing voor sociale problemen kan worden gevonden door het selecteren en stigmatiseren van bepaalde individuen als "veroorzakers" van dat probleem;
 - dat de oplossing voor een sociaal probleem gevonden is wanneer men bepaalde handelingen in verband met dat probleem heeft strafbaar gesteld;
 - dat "criminaliteit" een van de belangrijke sociale problemen in onze samenleving is.
2. Het scheppen van secundaire deviantie.
3. Het scheppen van een belemmering voor effectieve hulpverlening aan de slachtoffers van bepaalde soorten van "criminele" gedragingen.

Op het niveau van het individu onderschatten wij vaak:

1. de duur en intensiteit van de negatieve gevolgen die de strafrechtelijke stigmatisering voor het individu en zijn omgeving heeft. Hij wordt door bepaalde typen bestraffingen in een moeilijke sociale positie gebracht die zeer lang en wellicht zelfs altijd kan duren;
2. de negatieve invloed die voor het individu resulteert uit zijn contact met het strafrechtelijk systeem zal in een aantal gevallen de moeilijke levensomstandigheden van de betrokkene, die de stoot kunnen hebben gegeven tot het "criminele" gedrag, nog verergeren;
3. het adoptieve vermogen van de gestrafte zal door bepaalde strafrechtelijke sancties (zoals de vrijheidsstraf) kunnen worden verminderd.

j. Wij onderschatten in het algemeen in ernstige mate de *omvang* van de negatieve effecten die het strafrechtelijk systeem in de samenleving heeft. Een recente Nederlandse studie liet zien dat 1 op de 5 mannen van de bevolking tenminste eenmaal in hun leven wegens misdrijf veroordeeld worden en dat 1 op de 10 mannen tenminste eenmaal tot een vrijheidsstraf worden veroordeeld.

k. De sociale "kosten" van het werken van het strafrechtelijk systeem zijn op een *onevenredige* wijze over de verschillende sociale klassen verdeeld, terwijl deze ongelijke verdeling slechts in beperkte mate aan "objectieve" gedragsverschillen tussen de verschillende sociale klassen kan worden toegeschreven. *De kosten van het systeem worden overwegend door de zwakste en minst geprivilegieerde groepen gedragen.*

Het systeem versterkt aldus bestaande ongelijkheid. Op grond van in Nederland verricht onderzoek kan de situatie in Nederland in dit opzicht als volgt worden gekwantificeerd.

	<i>Mannen ten minste één maal in hun leven veroordeeld wegens misdrijf</i>	<i>Mannen ten minste één maal in hun leven veroordeeld tot onvoorwaardelijke vrijheidstraf</i>
"hogere" bevolkingsgroepen (± 15 % van de bevolking)	1 : 33	1 : 70
"lagere" bevolkingsgroepen (± 35 % van de bevolking)	1 : 2½	1 : 5

Het lijkt mij zeer goed mogelijk dat deze cijfers voor België nog aanzienlijk ongunstiger zijn aangezien het Nederlandse s.r.s. aanzienlijk milder is dan het Belgische.

Samenvattend kan worden gezegd dat de sociale werkelijkheid van zowel het interne functioneren van het s.r.s. als de externe effecten daarvan in de samenleving in zeer belangrijke mate in negatieve zin afwijken van hetgeen vrijwel iedereen, die voor het systeem verantwoordelijkheid draagt of daarvoor belangstelling heeft, voor ogen staat. *Fundamentele veranderingen m.b.t. dat systeem zijn dan ook uiterst urgent.*

2. Factoren die tot de eerder geschetste situatie bijdragen.

Onder de factoren die tot de hiervoren geschetste stand van zaken hebben geleid nemen er twee een bijzondere plaats in. De eerste is dat de (veronderstelde) besturing van het s.r.s. overwegend plaats vindt op de grondslag van een (juridisch) begrippenkader dat het vrijwel onmogelijk maakt om de beslissingen bewust

en systematisch te oriënteren aan de *effecten* daarvan. De tweede is dat vrijwel elke terugkoppeling van informatie over de effecten van een genomen beslissing naar de beslisser ontbreekt. Ik zal op beide punten iets nader ingaan.

In het juridische begrippenkader ontbreekt een duidelijk en scherp onderscheid tussen de wereld van het behoren, het wenselijke, het beoogde enerzijds, en die van het werkelijke, het gerealiseerde, het sociale effect anderzijds. Wanneer een uitspraak in de deontische sfeer (die van het behoren of die van het wenselijke) wordt gedaan, wordt deze vaak niet in een imperativus doch in een indicativus uitgedrukt. Wanneer men in de juridische taal tot uitdrukking wil brengen dat men vindt dat iets *moet* gebeuren zegt men vaak niet "Dit *moet* worden ingeleverd", maar "dit *wordt* ingeleverd". Op dezelfde wijze wordt het woord "*kunnen*" vaak gebruikt in de zin van "*mogen*". Mede door dit taalgebruik zullen vele juristen geneigd zijn onbewust telkens onverantwoorde sprongen te maken tussen de wereld van het willen en die van het gebeuren. Hun uiteindelijke stellingname t.a.v. allerlei vraagstukken is vaak voor een belangrijk deel terug te voeren op dergelijke, in het geheel niet geëxpliciteerde, sprongen. Vanuit de rol die de jurist in de samenleving vervult wordt hij steeds betrokken bij beslissingen die ingrepen in samenlevingsprocessen (op micro- of macro-niveau) impliceren. Hij kan die rol slechts op een ook voor hem zelf bevredigende wijze vervullen op grond van veronderstellingen over het verloop van die samenlevingsprocessen. Een diepergaande empirische ervaring omtrent die processen heeft hij in de regel slechts omtrent micro-processen die zich in zijn eigen milieu afspelen. Een wetenschappelijk instrument waarmee hij zich ook inzicht zou kunnen verwerven in macro-processen en in processen in andere samenlevingsgroepen ontbrak tot voor kort en maakt geen deel uit van zijn opleiding. Aldus zal hij geneigd zijn het beeld dat als een *wenselijke* ordening van de samenleving uit wet en jurisprudentie tot hem komt – geïnterpreteerd volgens zijn eigen empirische ervaring met micro-processen in zijn eigen milieu – als grondslag te hanteren voor zijn veronderstellingen omtrent het *feitelijke* verloop van alle samenlevingsprocessen. Gezien de selectiviteit van de waarneming en de interpretatie daarvan zal hij moeilijk toegankelijk zijn voor daarmee strijdige informatie.

De eerder genoemde eigenaardigheden van de juridische taal vergemakkelijken het hier beschreven proces in hoge mate.

Naar mijn overtuiging ligt hier één van de belangrijkste oorzaken voor de communicatiestoornissen tussen juristen en gedragswetenschappers. Deze laatsten zijn zich vaak in het geheel niet bewust van deze eigenaardigheid van de juridische redeneertrant.

Daar komt nog bij dat men van gedragswetenschappelijke zijde – zeker tot voor kort – in vergaande mate aansloot bij de veronderstellingen waarop het juridisch

begrippenkader was gebaseerd, zonder dat men zich van die veronderstellingen in voldoende mate bewust was en meestal nog is. Een interessant voorbeeld hiervan geeft de wijze waarop het begrip "criminaliteit" overwegende zowel in juridische als gedragswetenschappelijke kring wordt gehanteerd. In dit verband wordt ook in het bijzonder verwezen naar verschillende van de kosten-baten-onderzoeken die in de volgende hoofd stukken aan de orde zullen komen "Criminaliteit" wordt daar dan gezien als een sociaal probleem. Men gaat er van uit dat het als "crimineel" gedefinieerde gedrag op een bijzondere wijze negatief valt te waarderen. Voor hetgeen als "crimineel" moet worden aangemerkt refereert men aan de definieringsprocessen van het s.r.s. Aldus *gebezigd* duidt het begrip – zelfs als we ons tot de als "misdrijf" aangemerkte criminaliteit beperken – de meest uiteenlopende gedragsvormen aan: het gebruiken van een scheldwoord, het zonder betaling wegnemen van een grammofoonplaat uit een winkel, gewapende overval op een eenzame weduwe, klappen bij een burenruzie, het opzettelijk onjuist invullen van een belastingformulier, het uit protest bezetten van een ambassade of een school. Al deze gedragsvormen hebben uitsluitend gemeenschappelijk dat zij onder de strafwet vallen. Onder het gezichtspunt van hun sociale gevolgen en in hetgeen zij over de dader en over maatschappelijke structuren openbaren, vertonen zij echter – afgezien van het feit dat zij alle tot een strafrechtelijke reactie aanleiding *kunnen* geven – geen gemeenschappelijke trekken. Wanneer wij iets "criminaliteit" noemen zegt dat op zichzelf niets over het gedrag maar uitsluitend iets over maatregelen die naar aanleiding van dat gedrag mogen worden genomen. De aanduiding van criminaliteit als een sociaal probleem is dan ook (door de onbepaaldheid van het gedrag en de sociale gevolgen die men op het oog heeft) een zinledige uitspraak. Sommige, als criminaliteit aangeduide gedragsvormen veroorzaken ernstig leed en grote verontrusting. Andere zijn voor wat betreft hun sociale gevolgen en de verontrusting die zij veroorzaken onbetekenend. Zeker in vergelijking tot allerlei andere gedragsvormen die geheel buiten het strafrecht vallen. Weer andere kunnen duidelijk positief worden gewaardeerd. Men denke bij dat laatste b.v. aan gedragsvormen met betrekking tot geboorteregeling die bij ons tot voor kort nog onder de strafwet vielen.

Wanneer de aanduiding van criminaliteit als een sociaal probleem een zinledige uitspraak is dan geldt dat zelfde voor de aanduiding van "criminaliteitsbestrijding" als doelstelling van overheidsbeleid. Die doelstelling krijgt pas inhoud wanneer men op specifieke aan de sociale context ontleende wijze aangeeft welke gedragsvormen men wil tegengaan en hoe men de nadelige invloed van die gedragsvormen op het welzijn van de enkeling en de samenleving waardeert.

In het voorgaande zijn enkele aspecten van het juridische begrippenkader genoemd die een realistische

oriëntering van de besturing van het strafrechtelijk systeem en de effecten daarvan bemoeilijken. Daarnaast ondervindt een realistische oriëntering van effecten moeilijkheden door het ontbreken van adequate terugkoppelingsmechanismen. Terugkoppeling van informatie over het effect van beslissingen in de beslissingsstructuren kan grosso modo op twee wijzen plaats vinden: op systematische (wetenschappelijke) wijze informatie over die effecten verzamelen en die eveneens op systematische wijze beschikbaar stellen aan het beslissingsproces. Daarnaast is ook een meer "natuurlijke" wijze van terugkoppeling mogelijk, doordat "beslissers" rechtstreeks worden geconfronteerd met de gevolgen van hun beslissingen doordat zij bij de uitvoering van hun beslissingen betrokken worden en aldus rechtstreeks met de gevolgen daarvan worden geconfronteerd. Wanneer men de "informatie-flow" binnen het strafrechtelijk systeem nagaat met deze twee modellen van terugkoppeling in het achterhoofd, ontdekt men dat het ontbreken van adequate terugkoppeling een typische trek van het s.r.s. is. "Natuurlijke" terugkoppelingsmechanismen ontbreken en de "kunstmatige" zijn nog slechts in zeer beperkte mate georganiseerd. Ter toelichting bij dit betoog het volgende voorbeeld. Bij het toepassen van straffen in een gezinssituatie of in een arbeidssituatie bestaat een redelijke graad van "natuurlijke" terugkoppeling. Straffer en gestrafte zijn ook op vele andere wijzen dan juist in deze "strafrelatie" met elkaar verbonden en de straffer krijgt uit deze situatie informatie over gevolgen die zijn straf heeft. Dit geeft hem enerzijds de mogelijkheid om bij te sturen in dit concrete geval en geeft hem verder de kans voor volgende gevallen te leren. Binnen het strafrechtelijk systeem is de "strafrelatie" in de regel de enige relatie die tussen straffer en gestrafte bestaat. De beslissingen over de straf worden overwegend genomen door personen die slechts een zeer kortstondig contact met de gestrafte hebben en die hem na de beslissing uit het oog verliezen. De werkelijkheid van het leven van de gestrafte na de straf kunnen zij op geen enkele wijze aan hun bedoelingen toetsen, terwijl degenen die – zoals het gevangenispersoneel – wél enig idee hebben van de werkelijkheid van de straf, geen idee hebben van de bedoelingen van de beslisser aangezien deze bedoelingen niet geëxpliciteerd worden. Als begin van een organisatie van de terugkoppeling kan de voorlichtingsrapportage door de reclassering worden gezien, en ook de thans op gang komende onderzoeken naar straf-effecten. De thans groeiende mogelijkheden tot terugkoppeling van informatie kunnen echter slechts worden gerealiseerd wanneer voorwaarden worden geschapen dat die informatie ook inderdaad tijdig in de beslissingsstructuur aanwezig is en dat zij daar ook wordt gebruikt. Dit brengt ons weer terug bij het punt dat als eerste in de diagnose ter discussie werd gesteld: het begrippenkader dient meer dan tot nu toe aan effecten te worden georiënteerd.

3. *Een voorlopige stellingname m.b.t. het thema op de grondslag van de onder 1. en 2. geschetste situatie*

Wij kunnen dunkt mij op de grondslag van het vorenstaande concluderen dat het s.r.s. zich in een crisissituatie bevindt. In die crisissituatie kan men zich tweërlei typen oriëntaties tegenover het s.r.s. voorstellen :

- men kan tot de slotsom komen dat het s.r.s. in zijn huidige vorm slecht is toegerust om de taken te vervullen die aan het systeem bij de oplossing van (als "criminaliteit" gedefinieerde) sociale problemen zijn toevertrouwd. Derhalve behoort de uitrusting van het systeem te worden verbeterd en moet worden gezien in hoeverre de huidige taakstelling kan worden gehandhaafd. Bij deze oriëntatie blijft men echter binnen het traditionele kader dat het s.r.s. moet worden aangepast aan zijn taak om *andere* sociale problemen te helpen oplossen (s.r.s. als *oplosser* van sociale problemen);
- men zou echter ook tot de conclusie kunnen komen dat het s.r.s. in zijn huidige vorm de reeds bestaande sociale ongelijkheden in hoge mate versterkt en dat het functioneren van het s.r.s. *op zichzelf* een belangrijk sociaal probleem vormt. Binnen deze oriëntatie zou het programma van verandering er in de eerste plaats op gericht zijn om de problemen op te lossen die het functioneren van het s.r.s. in de samenleving veroorzaakt (s.r.s. als sociaal probleem).

Beide oriëntaties kunnen worden verdedigd. Vaak zullen zij tot dezelfde maatregelen leiden. Dit zal echter zeker niet altijd het geval zijn.

Tot nu toe heeft de beoordeling van het functioneren van het s.r.s. en hebben beslissingen met betrekking tot dat systeem overwegend op de grondslag van de eerste oriëntatie plaatsgevonden. Naar mijn overtuiging heeft dat echter tot gevolg dat zeer belangrijke relevante aspecten van de sociale werkelijkheid bij de bemoeienis met het s.r.s. dan onvoldoende tot hun recht komen.

Ik meen dat bij die beoordeling en bij die beslissingen *tevens* de tweede oriëntatie in aanmerking moet worden genomen.

Omdat die tweede oriëntatie in die sectoren van de samenleving, die zich tot nu toe overwegend over het s.r.s. hebben uitgesproken, betrekkelijk nieuw is en buiten de normale routine ligt, verdient zij – wil zij werkelijk werkzaam worden – een extra accent te krijgen.

In *beide* oriëntaties zal het antwoord op de vraag "*welke opvattingen hebben wij omtrent nieuwe taken en verwachtingen t.a.v. het s.r.s.*" in ver gaande mate parallel lopen. Het mag niet in de eerste plaats gaan om verwachtingen die wij *van* het s.r.s. koesteren en nieuwe taken die wij *daaraan* zouden willen opdragen. Het s.r.s. blijkt immers een systeem te zijn dat *niet* iemand heeft gemaakt en in deze vorm gewild. Het is

een systeem dat zich in deze vorm heeft ontwikkeld en dat in deze vorm is gegroeid *tegen* "onze" bedoelingen in. Het zal derhalve moeten gaan om taken en verwachtingen van projecten die "wij" thans m.b.t. dit s.r.s. moeten gaan ontwikkelen en die een fundamentele herziening van dit systeem tot doel moeten hebben.

Een volledig programma voor dergelijke projecten valt niet te geven en een enigszins volledige beschrijving van gezichtspunten die bij het ontwikkelen van dergelijke projecten relevant kunnen zijn zou het bestek van dit preadvies ver overschrijden. Ik volsta in het hiernavolgende dan ook met een "impressionistische" benadering van enkele van die gezichtspunten.

4. *Het bijzonder karakter van besluitvormingsprocessen m.b.t. het s.r.s.*

De "output" van het systeem bestaat uit zeer uiteenlopende "produkten". Zonder naar volledigheid te streven wil ik als voornaamste daarvan noemen :

- uitspraken over (naar dit systeem gezien) geoorloofd en ongeoorloofd gedrag ;
 - uitspraken en rituelen waarbij bepaalde personen als "misdadigers" worden geëtiketteerd ;
 - specifieke vrijheidsbeperking van personen voor wat verblijfplaats en contacten betreft (plaatsingssystemen zoals de gevangenis) ;
 - specifieke vrijheidsbeperkingen ten aanzien van beroepen en bepaalde andere activiteiten (ontzeggingen en ontzettingen) ;
 - fysieke dwang en dreiging daarmee ten aanzien van lijf en goederen van personen ;
 - het scheppen van contacten tussen bepaalde personen uit de samenleving en agogen en hulpverleners.
- Deze "producten" plegen te worden "gelegitimeerd" als middelen dienstbaar aan bepaalde taken die aan het systeem worden toegeschreven t.w. :
- de ontwikkeling van (juridische) gedragsregels ;
 - conflictreductie en conflictoplossing ;
 - beïnvloeding van gedrag in de richting van conformiteit aan de juridische gedragsregels (speciale en generale preventie) ;
 - controle op de uitoefening van fysieke dwang in de samenleving met name voor zover dat vanuit de staatsorganisatie geschiedt.

Een centrale waarde in de Westerse cultuur is de individuele menselijke persoon. Het staat niet of nauwelijks ter discussie dat een zeer belangrijke doelstelling en norm voor o.m. het handelen van de staatsorganisaties liggen in het bevorderen dat elk lid van de samenleving zich als individu kan ontplooien en een "vol" en gezond leven moet kunnen leiden gerealiseerd aan zijn biologische mogelijkheden. In de psychologie (Maslow, Trist) heeft men getracht een aantal voorwaarden voor psychische gezondheid van het individu te formuleren. Een centrale plaats neemt daarbij in dat een zestal basisstrevingen van de mens

niet langdurig of in diepgaande mate mogen worden geblokkeerd op straffe van ernstige schade voor de psychische gezondheid van de betrokkene. Die strevingen kan men zeer in het kort als volgt samenvatten : het streven naar hedonistische lustbeleving, het streven naar concordante levensinhouden, het streven naar hechtingen aan de wereld waarin men leeft, het streven naar zinvolheid van de wereld waarin men leeft, het streven naar ego-bevestiging (zelfhandhaving), het streven naar ego-bevrijding (zelfexpressie). Doelstelling van o.m. het overheidsbeleid zal in het licht van de algemeen erkende centrale waarden van de ontplooiing van de menselijke persoon moeten zijn om de ruimte voor deze strevingen te beschermen en waar nodig te bevorderen.

Onder de in de hiervoren omschreven "output" van het strafrechtelijk systeem vinden wij nu echter een aantal producten die in het licht van de eerder genoemde centrale waarden en de "normale" doelstellingen van het overheidsbeleid een zeer bijzondere positie innemen. Het betreft hier enerzijds de specifieke vrijheidsbeperkingen t.a.v. personen om hen in de onmogelijkheid te stellen anderen bepaalde vormen van schade toe te brengen (incapacitation) en anderzijds het "kunstmatig" scheppen van voor de betrokkene onaangename consequenties om bepaalde gedragsalternatieven voor hem onvoordelig te maken (repressieve sancties). De "producten" die deze eigenschap hebben (en het betreft hier verreweg het grootste deel van de productie van het strafrechtelijk systeem) worden ook in het officiële perspectief in de regel als "kwaad" beschouwd. (Zie b.v. de declaratie over de mensenrechten van de V.N.). Eén van de officiële doelstellingen van het strafrechtelijk systeem is juist het ontstaan van dergelijke "producten" in de samenleving zoveel mogelijk te voorkomen. Deze "producten" (die ik hierna zal aanduiden als : typisch strafrechtelijk) zijn derhalve ook in het perspectief van het rechtsstelsel zelf als middel ethisch niet "neutraal". Dit is niet een kwestie van persoonlijke voorkeur doch een van consistentie binnen hetzelfde veld. De hier geschetste omstandigheid brengt zeer speciale eisen mede met betrekking tot besluitvormingsprocessen t.a.v. het strafrechtelijk systeem. Men kan over het voortbrengen van de hierbedoelde producten niet beslissen op dezelfde wijze als b.v. over het aanleggen van een weg, een stuwdam, een ziekenhuis, een onderwijsvoorziening. *In die gevallen zijn nl. de gebezigde middelen niet al van de aanvang af ethisch negatief belast.*

Naar mijn mening volgen uit deze situatie twee eisen met betrekking tot besluitvorming ten aanzien van het s.r.s. :

a) het beschikbaar stellen en het aanwenden van de hier bedoelde "producten" mag in ieder geval niet plaatsvinden wanneer en voorzover het beoogde doel redelijkerwijs ook op andere wijze kan worden bereikt.

Ik noem dit *het principe van de subsidiariteit* (van de beschikbaarstelling en aanwending van dit type producten) ;

b) aan de betrouwbaarheid van informatie die ten grondslag ligt aan beslissingen tot handhaving of invoering van de voortbrenging van dit type producten dienen hogere eisen te worden gesteld dan aan de betrouwbaarheid van informatie die ten grondslag ligt aan andere beslissingen. Ik noem dit *het principe van de verzwaarde bewijslast*.

Hetgeen ik in het hiervoren gestelde heb betoogd, is in zekere zin "bewährte Lehre" in de strafrechtelijke wereld. In die wereld wordt vrij algemeen het standpunt gehuldigd dat de straf moet worden gezien als "ultimum remedium". Mijn stellingname wijkt van die "bewährte Lehre" slechts in zoverre af dat daarbij :

- een onderscheid wordt gemaakt tussen de verschillende typen producten die het strafrechtelijk systeem levert,
- de voren bedoelde eisen niet alleen worden gesteld aan dat type producten voorzover ze door het s.r.s. worden voortgebracht maar ook voorzover ze door andere systemen worden geproduceerd,
- niet wordt volstaan met het uitspreken van het desideratum en het daarna overgaan tot de orde van de dag waarin het desideratum feitelijk niet operationeel is, doch dat wordt getracht een of meer "operationele" criteria voor de besluitvorming met betrekking tot het s.r.s. te formuleren.

Het aanvaarden van het principe der subsidiariteit heeft voor de besluitvorming ten aanzien van het s.r.s. verregaande consequenties. Dit houdt o.m. in dat op elk moment waarop over instandhouding of invoering van de hier bedoelde producten wordt beslist, de vraag naar alternatieven op een reële wijze aan de orde moet kunnen komen en dat die mogelijkheid inderdaad moet worden gebruikt.

Ten einde een indruk te krijgen van de uiteenlopende terreinen waarop het beginsel van subsidiariteit geoperationaliseerd moet worden lijkt het goed een ruwe schets te geven van de voornaamste besluitvormingsmomenten m.b.t. het s.r.s.

Wij kunnen in de eerste plaats een onderscheid maken tussen (1) beslissingen m.b.t. tot een *concrete* strafzaak en (2) *andere* beslissingen.

Onder beslissingen m.b.t. een concrete strafzaak versta ik de beslissingen m.b.t. de opsporing, m.b.t. vervolging, berechting (incl. straftoemeting in enge zin), de executie (wijze van tenuitvoerlegging en beëindiging) en de nazorg voorzover deze beslissingen een individueel geval betreffen. In het beslissingsproces t.a.v. deze individuele zaken komen twee typen vragen aan de orde. Het eerste type heeft betrekking op de *formele* competentie van het s.r.s. ; het tweede op de *materiële* competentie.

De formele competentie is aanwezig wanneer aan

de strikt juridische (geformaliseerde) voorwaarden voor het optreden van het systeem is voldaan. Die strikt juridische voorwaarden zijn ontleend aan de wet, de jurisprudentie en tot op zekere hoogte aan de juridische dogmatiek. Hierbij komen vragen aan de orde als: is de delictomschrijving vervuld, zijn er strafuitsluitingsgronden, is er een beletsel in de sfeer van de vervolgbaarheid.

De vraag van de *materiële* competentie betreft het complex van overwegingen dat een rol speelt bij de beslissing om van de mogelijkheden tot optreden die de aanwezigheid van de formele competentie verschaft al dan niet gebruik te maken en zo ja, op welke wijze.

Wij kunnen in de tweede plaats een onderscheid maken naar de verschillende niveaus van besluitvorming. Hierbij vallen te onderscheiden beslissingen die *centraal* (Ministerie van Justitie, andere ministeries, parlement, college van Procureurs Generaal, Hoge Raad, landelijk bureau van de reclassering, landelijke raad van de orde van Advocaten), *regionaal* (Hof, P.C., ressortsvergaderingen van het Openbaar Ministerie) of *plaatselijk* (arrondissementsrechtbank, arrondissementsparket, plaatselijke bureaus van de reclassering, reclasseringsraden, raden voor de kinderbescherming, verschillende al dan niet alternatieve organisaties op het gebied van hulpverlening en jeugdzorg, plaatselijke organen van de orde van Advocaten, penitentiaire inrichtingen) worden voorbereid of genomen. Het aantal en het belang van de beslissingen die op het plaatselijk niveau genomen worden, worden in de traditionele beschrijvingen van het s.r.s. vaak onderschat.

Wij kunnen in de derde plaats een onderscheid maken tussen besluitvorming m.b.t. situaties *binnen* en *buiten* het systeem. Tot voor kort werd, wanneer het vraagstuk van de beïnvloeding van het strafrechtelijk systeem aan de orde was, vrijwel uitsluitend gedacht in termen van besluitvorming van de eerste categorie (binnensystematisch).

De laatste tijd krijgt in toenemende mate ook besluitvorming van de tweede categorie de aandacht; juist deze kan voor het functioneren van het s.r.s. van grote betekenis zijn. Een reeds verscheidene jaren geleden door Gutter geopperde suggestie om buiten het s.r.s. een nieuwe hulpverlenende organisatie op te richten, waartoe delinquenten en slachtoffers van delicten zich zouden kunnen wenden (en van wier toestemming in dat geval ingrijpen van het s.r.s. afhankelijk zou zijn) is juist in de laatste tijd van verschillende zijden ondersteund. Een ander voorbeeld is de aandacht die de Nederlandse staatssecretaris van Justitie in september j.l. bij de opening van een seminar van de Raad van Europa vroeg voor strategieën tot beïnvloeding van de opvattingen die in de verschillende sectoren van de samenleving omtrent "crimineel" gedrag en de reactie daarop leveren. De reclasseringsorganisaties hebben reeds verschillende activiteiten op dit gebied ontwikkeld.

seringsorganisaties hebben reeds verschillende activiteiten op dit gebied ontwikkeld.

Tenslotte kunnen wij t.a.v. de algemene (niet een concrete strafzaak betreffende) beslissingen binnen het s.r.s. een onderscheid maken tussen beslissingen die betrekking hebben op:

— *de uitrusting van het s.r.s.*

Het betreft hier de beslissingen over de personele en materiële hulpmiddelen die het systeem ter beschikking staan. De aantallen en de kwaliteit (opleidingsniveau en discipline) van het personeel in de verschillende sectoren. Maatschappelijke werkers? Juristen? Sociologen? Economen? Meer politie of meer reclassering. Meer politie of meer advocaten? Doch wellicht betekent meer politie wanneer geen andere wijzigingen in het systeem worden aangebracht meer strafzaken bij een gelijkblijvend niveau van rechtshulp dus ook meer advocaten. De keuze voor meer politie en meer advocaten brengt wellicht een beperking van de mogelijkheden voor hulpverleningsorganisaties mede en kan aldus bij gebreke van mogelijkheden voor een alternatieve aanpak van bepaalde problemen de druk op het s.r.s. vergroten. Dat kan weer anders liggen wanneer de aard van de opleiding en werkwijze van de politie zodanig verandert dat de politie minder als "intake" voor het s.r.s. en meer als onderdeel van het eerste echelon van de hulpverlening gaat functioneren.

— *de formele competentie van het s.r.s.*

De beslissingen met betrekking tot de formele competentie van het systeem kunnen wij ook aanduiden als beslissingen m.b.t. vragen van criminalisering en decriminalisering. Deze beslissingen behoren rechtstreeks tot de bevoegdheid van de wetgever en tot die van de rechter in zoverre deze laatste tot taak heeft de wettelijke regels nader te definiëren en ook ongeschreven strafuitsluitingsgronden bij het bepalen van de grenzen van de strafbaarheid een rol te laten spelen. Indirect spelen bij het bepalen van de grenzen van de strafbaarheid ook de politie en het O.M. een rol aangezien zij de activiteiten van de rechter bij het bepalen van die grenzen negatief controleren.

— *de materiële competentie van het s.r.s.*

Het betreft hier vooral de criteria voor opsporing, vervolging en straftoemeting. Ik vat de straftoemeting in dit verband in ruime zin op. Ik begrijp daaronder beslissingen die worden genomen nadat de vraag van de formele competentie van het stelsel (voorlopig) bevestigend is beantwoord en die betrekking hebben op het al dan niet toepassen van een strafrechtelijke sanctie. Indien tot toepassing van een strafrechtelijke sanctie besloten wordt, vallen daaronder tevens al die beslissingen die betrekking hebben op de aard, de hoogte, de duur en de wijze van tenuitvoerlegging van de sanctie. Indien wordt besloten tot het niet toepassen van een strafrechtelijke sanctie vallen daaronder eventueel beslissingen tot toepassing van alternatieven voor die strafrechtelijke sanctie.

5. Een criminele politiek gericht op het s.r.s. als sociaal probleem

Zoals wij hierboven reeds hebben gezien, zal een criminele politiek die er op gericht is het door het s.r.s. geschapen sociale probleem aan te pakken, zowel op de omgeving van het s.r.s. als op het s.r.s. zelf gericht moeten zijn. Voor zover een dergelijke politiek op het s.r.s. zelf gericht is kan men cumulatief de volgende strategieën toepassen :

- beperking van de categorieën van gevallen waarin het s.r.s. bevoegd is (decriminalisering) ;
- verandering van de wijze van functioneren van het s.r.s. op die gebieden waar het systeem bevoegd blijft met het oogmerk om de negatieve effecten van zijn functioneren te verminderen (beperking van de graad en omvang van stigmatisering, beperking van de frequentie van vrijheidsbeneming, beperking van de duur van de vrijheidsbeneming en verbetering van het regime binnen de vrijheidsbeneming) ;
- verbetering van de beheersing van de gang van zaken binnen het s.r.s. Veel van de negatieve effecten van het systeem zijn de consequenties van de onbeheersbaarheid van het systeem in zijn huidige vorm.

Belangrijke voorwaarden voor de realisering van de hierboven bedoelde strategieën zijn :

- het beschikbaar maken van de informatie over de werkelijkheid van het strafrechtelijk stelsel en over de mogelijkheden van alternatieven (waaronder het alternatief van het niets doen) in de besluitvormingsprocedure met betrekking tot dit systeem. In dit licht gezien is een multidisciplinaire en aan verschillende cliëntsystemen georiënteerde samenstelling van de besluitvormende instanties bijzonder belangrijk en dienen faciliteiten voor een voortdurende vorming van het personeel van deze besluitvormende instanties beschikbaar te zijn ;
- een frequente en open communicatie tussen de besluitvormende instanties binnen het s.r.s. enerzijds en de verschillende cliëntsystemen en besluitvormende instanties uit de welzijnszorg anderzijds ;
- effectieve beperking van en controle op het gebruik van dwangbevoegdheden binnen het strafrechtelijk veld.

6. De structuur van de besluitvorming m.b.t. de formele competentie van het s.r.s. gezien als oplosser van sociale problemen

In punt 5 is getracht enigszins te concretiseren hoe strafrechtelijke probleemstellingen er uit komen te zien wanneer men als een nieuwe taak m.b.t. het s.r.s. beschouwt het ontwikkelen van projecten waardoor het door het s.r.s. geschapen probleem wordt aangepakt. In dit punt wordt getracht een voorbeeld te geven van strafrechtelijke probleemstellingen wan-

neer men uitgaat van de oriëntatie "s.r.s. als oplosser van sociale problemen" doch daarbij rekening houdt met het beginsel van subsidiariteit, aan de beslissing de eis van rationaliteit stelt en aanneemt dat aan het s.r.s. slechts bevoegdheden mogen worden toegekend met het oog op (1) de ontwikkeling van "juridische" gedragsregels, (2) gedragsbeïnvloeding in de richting van die gedragsregels, (3) conflictoplossing, (4) controle op de uitoefening van dwangbevoegdheden door de staat. Het gekozen voorbeeld heeft betrekking op de besluitvorming m.b.t. de *formele* competentie van het s.r.s. Men zal dan, alvorens tot een beslissing te komen of men ten aanzien van bepaalde gedragsvormen en bepaalde daders competentie aan het s.r.s. wil geven, achtereenvolgens drie categorieën vragen dienen te onderzoeken.

Binnen de eerste categorie moeten wij de vraag beantwoorden of wij een bepaalde gedragsvorm als wenselijk of onwenselijk beschouwen *en* of wij van mening zijn dat het een terrein betreft waarop aan de staat de bevoegdheid tot een dergelijke beoordeling toekomt. Elke strafbaarstelling van gedrag impliceert immers de uitspraak dat dit gedrag onwenselijk is en impliceert tevens dat men aan de staat zeggingschap op dat terrein toekent. Het oordeel dat een bepaalde gedragsvorm onwenselijk is zal in een seculiere staatsorganisatie slechts kunnen worden gebaseerd op een afweging van de voordelen en van de nadelen van die gedragsvorm. Bij het nemen van een beslissing daaromtrent lijkt de kosten-baten-analyse op het eerste gezicht goede diensten te kunnen bewijzen. Ook de beslissing of men op een dergelijk terrein zeggingschap aan de staat wil toekennen of niet zal op een afweging van de voor- en de nadelen daarvan gebaseerd moeten zijn. Hier zullen de voor- en de nadelen echter de regel veel difuser zijn dan bij de beoordeling van de wenselijkheid of onwenselijkheid van een bepaalde concrete gedragsvorm het geval is. Het is dan ook de vraag of een kosten-baten-analyse op dit terrein gerealiseerd kan worden. De vragen uit de tweede categorie komen pas aan de orde wanneer beide vragen uit de eerste categorie bevestigend zijn beantwoord.

Binnen de tweede categorie komt de vraag aan de orde wat de kosten en baten zijn van een strafrechtelijk optreden tegen de als onwenselijk bestempelde gedragsvorm. Men zal om tot zo'n afweging te komen de manier(en) van strafrechtelijk optreden die men overweegt enigszins moeten specificeren. Onder de voordelen zal men moeten rekenen de mogelijkheden tot gedragsbeïnvloeding en conflictoplossing en ook de mogelijkheden tot de ontwikkeling van gedragsregels en tot rechtsbescherming. Bij de kosten zal men moeten rekenen de schade die het individu aan veroordeelden en verdachten en hun omgeving toebrengt, doch ook de andere meer diffuse nadelen van het s.r.s. die onder 2 werden genoemd. Op grond van het principe van de subsidiariteit zal men de mogelijkheid van strafrechtelijk optreden met een aantal alter-

natieven moeten vergelijken. Die alternatieven kunnen als volgt worden gestructureerd :

- het afzien van enige specifieke actie vanuit de staatsorganisatie,
- het verwijzen van de bemoeienis met dit soort gedrag naar een ander systeem. Dat systeem kan "juridisch" (b.v. het civiel recht) of "niet-juridisch" (b.v. het maatschappelijk werk of de geestelijke volksgezondheid) zijn,
- het afzien van actie rechtstreeks gericht tegen deze specifieke vorm van gedrag van deze specifieke "dader", maar het bewerkstelligen van een verandering in de omgeving (b.v. met technologische middelen) teneinde hetzij de negatieve gevolgen van dat gedrag tegen te gaan, hetzij de omvang van dat gedrag te verminderen.

Bij de hier bedoelde afweging zou de kosten-baten-analyse haar diensten kunnen bewijzen. Slechts wanneer de uitkomst van de kosten-baten-vergelijking positief uitvalt voor het strafrechtelijk stelsel en bovendien duidelijk meer positief dan de kosten-baten-vergelijking t.a.v. de andere hiervoren genoemde oplossingen, kan men overgaan tot de derde categorie vragen.

De derde categorie van vragen heeft betrekking op de totale capaciteit van het s.r.s. uitgaande van zijn uitrusting op een bepaald moment. Het is duidelijk dat de kwaliteit van het door het s.r.s. geleverde product achteruit zal gaan wanneer dat systeem overbelast is. De baten van het systeem (zoals b.v. de mogelijkheden tot rechtsbescherming) verminderen en het is denkbaar dat de kosten hoger worden. Bovendien is het mogelijk dat het systeem, wanneer het overbelast is, taken die het tot nu toe vervulde niet meer op redelijk niveau kan uitoefenen.

De hiervoren geschetste structuur van de beslissingen over de formele competentie moet in beginsel voor wetgever en rechter gelijk zijn. Het belangrijk verschil tussen de wetgever en de rechter is echter dat de wetgever binnen de grenzen van de Grondwet en de internationale verdragen over de rechten van de mens in de regel geheel vrij is om de beslissing overeenkomstig de hiervoren geschetste structuur te nemen, terwijl de wet de rechter niet zelden in aanmerkelijke mate in een zelfstandige beoordeling van de genoemde voor- en nadelen zal beperken.

3. Het strafrecht in de onder c. bedoelde zin

1. Wij hebben in par. 2.2. gezien dat het juridisch begrippenkader en de juridische redeneertrant belangrijke factoren zijn in de huidige ongewenste situatie m.b.t. het s.r.s. in het bijzonder omdat zij onvoldoende aan de effecten van de besluitvorming, die zij beogen te reguleren, zijn georiënteerd. Die onvoldoende oriëntatie aan effecten heeft twee aspecten : enerzijds leent het begrippenkader zich weinig voor een enigszins nauwkeurige formulering van *doeleinden*

van een beslissing die het mogelijk maakt effecten van de beslissing te evalueren, hetzij op grond van persoonlijke ervaring, hetzij met behulp van de technieken van de sociale wetenschap ; anderzijds zijn de meeste binnen de juridische dimensie in zwang zijnde onderscheidingscriteria niet geoperationaliseerd op een wijze die tot gebruik van (sociaal) wetenschappelijk onderzoek bij hun toepassing uitnodigt. Een eerste opgave van de juristen (theoretici en practici) zal dan ook moeten zijn om het begrippenkader en de redeneertrant om te vormen op een wijze die de hier geschetste bezwaren ondervangt. Dat vereist inzicht in en nauw contact met andere sociale wetenschappen. Dat contact en inzicht kan tevens een grondslag leggen voor een verhoging van het vermogen sociaal relevante alternatieven voor de traditionele "oplossingen" te bedenken en deze in de beschouwingen te betrekken.

2. Er zullen m.b.t. vragen van formele en materiële competentie van het s.r.s. duidelijker beslissingscriteria binnen de juridische dimensie tot ontwikkeling moeten worden gebracht. Binnen die beslissingscriteria dienen de beginselen van subsidiariteit en verzwaarde bewijslast een centrale plaats in te nemen. Het ernst maken met deze beginselen zal de wijze van functioneren van de belangrijke "juridisch geschoolde" functies binnen het s.r.s. (rechter, raadsman, openbaar ministerie en - tot op zekere hoogte - ook de politie) in belangrijke mate beïnvloeden. In Nederland heeft het College van Procureurs Generaal in zijn jaarverslag 1971 reeds te kennen gegeven dat naar zijn mening de hantering van het opportuniteitsprincipe aldus gestalte zou moeten krijgen, dat daarin niet de vraag "waarom niet vervolgen" maar "waarom wel vervolgen" centraal zou moeten staan. Juist de vervolging eist deugdelijke *inhoudelijke* motivering. Deze aanpak is in overeenstemming met het subsidiariteitsbeginsel. Hij brengt mede dat de betrokken functionarissen een grondige kennis moeten hebben van de wereld buiten het s.r.s. en van de alternatieven die daar zouden kunnen worden gevonden met inbegrip van de consequenties van het (o.m. in het licht van de ongeregistreerde criminaliteit) uiterst reële alternatief van het niets doen.

De *advocatuur* krijgt tot taak enerzijds zelf initieënd op het terrein van alternatieven te werk te gaan en om bovendien een toetsende taak uit te oefenen t.a.v. de activiteiten die politie en O.M. op dit terrein ontplooiën.

De *rechter* wordt tenslotte veel duidelijker degene waartoe zijn onafhankelijke positie hem predisponneert : beschermer van de rechten van de verdachte. Tot die rechten hoort dan in deze gedachtengang dat te zijnen aanzien de beginselen van subsidiariteit en verzwaarde bewijslast in acht zijn genomen. Ook de rechter moet het maatschappelijke veld derhalve kennen.

De kennis die bij O.M., advocatuur en rechter van het maatschappelijk veld gedragen wordt, is van een type dat *communicatie* met de verschillende sectoren van dat veld (multidisciplinair en georiënteerd aan een meervoud van cliëntsystemen) mogelijk maakt en initieert. Het gaat uiteraard niet (*juist* niet) om encyclopedische kennis van de samenleving die in de betrokken functionarissen zou zijn opgetast en door hen min of meer zelfstandig op het gewenste moment zou kunnen worden gereproduceerd.

3. Het accent bij de ontwikkeling van de juridische dimensie zal moeten liggen op die knooppunten in het strafrechtelijke beslissingsproces die voor de gang van zaken binnen het s.r.s. praktisch het belangrijkste zijn, zoals vraagstukken betreffende de criteria voor (de) criminalisering en straftoemeting (in ruime zin). Niet weinig juridische beschouwingen maken in het licht van de grote vraagstukken waarmee het s.r.s. wordt geconfronteerd een enigszins byzantinistische indruk. Het lijkt soms op het werk van een schilder die rustig arabesken aan de dakgoot van een gebouw aan het schilderen is, terwijl de fundamenteën van dat gebouw het hebben begeven en het op het punt staat tengevolge van een aardbeving in puin te vallen.

4. De bijdrage die strafrecht in de hier bedoelde zin kan leveren aan een verandering van de gang van zaken in het s.r.s. is beperkt. Andere factoren spelen

daarbij ook een rol zoals wij in par. 1 hebben gezien. De betekenis die de juridische component in de beheersing van het s.r.s. heeft is verschillend al naar gelang het onderwerp waarop die juridische component betrekking heeft en de wijze waarop de zaak juridisch wordt aangepakt. Eén zaak staat in ieder geval als een paal boven water, nl. dat in de regel zelfhandhaving één van de voornaamste drijfveren is die het gedrag van organisaties bepaalt. Hieruit volgt dat een inkrimping van de impact van typisch strafrechtelijke sancties in de samenleving waarschijnlijk voor een belangrijk deel afhankelijk is van de vraag of voor de organisaties die thans de strafrechtspleging dragen andere niet-strafrechtelijke taken kunnen worden gevonden. Voor de politie zou dat kunnen geschieden door de hulpverleningsfunctie van de politie te ontwikkelen en te accentueren. Voor openbaar ministerie en rechter zou een toegeving van hun taak naar de slachtoffers van delicten en hun schadeloosstelling voor de hand liggen. Dit laatste zou duidelijk in een juridische context kunnen gebeuren maar die context zou dan zijn typisch strafrechtelijk karakter hoe langer hoe meer verliezen. In de spiraalbeweging van de ontwikkeling zouden wij aldus weer tot een "civilisering" van het strafrecht terugkeren.

De nieuwe taken en verwachtingen van het strafrecht in enge zin zouden aldus bestaan in een depenalisering en civilisering daarvan.

NIEUWE TAKEN EN VERWACHTINGEN VAN HET STRAFRECHT

Preadvies door mr. A. DE BECKER (Brussel)

Een onderzoek naar de nieuwe taken en verwachtingen van het strafrecht impliceert in de eerste plaats een bezinning over het doel van het strafrecht, hetgeen gepaard gaat met de vraag welke inhoud eraan gegeven en ten overstaan van welke gedragingen het gelden moet.

Vervolgens rijst de vraag naar de middelen en werkwijzen, die het strafrecht ter beschikking staan om zijn doel te bereiken, waarbij uiteraard de sanctie ter sprake komt.

Als besluit wordt het nut van het strafrecht in onze huidige maatschappij behandeld.

I. Doel en inhoud van het strafrecht

1. Op de meest summiere wijze uitgedrukt is het doel van het strafrecht te omschrijven als : het doen afnemen, zo mogelijk zelfs en uiteindelijk het doen verdwijnen, van de delinquentie.

Hierbij stuiten wij reeds op een eerste moeilijkheid : wat dient als delinquentie beschouwd te worden ? Het

is op dit vlak dat het strafrecht blootstaat aan een van zijn meest heftige kritieken.

Vastgesteld dient inderdaad dat zowel de strafrechtelijke norm als de sanctie die toegepast wordt, door de heersende machtsgroep bepaald wordt.

Het strafrecht zal sancties opleggen ten opzichte van gedragingen "die in een bepaalde machtsgroep beschouwd worden als een aantasting van de maatschappelijke orde"¹.

2. Het is duidelijk dat in een tijd, waarvoor de drang naar maatschappelijke verandering en vernieuwing zo tekenend is, en waarin door de contestatie de gevestigde orde en het economisch bestel op een fundamentele wijze ter discussie zijn gesteld, ook het strafrecht hervormingen zal moeten ondergaan.

3. De behoefte aan een meer democratische opvatting betreffende de inhoud van het strafrecht doet zich gelden. Verscheidene morele normen die thans door

¹ VAN HOUT en CALEWAERT, *Belgisch Strafrecht*, I, nrs. 304-305.

het strafrecht worden beschermd, worden permanent ter discussie gesteld.

De strafwaardigheid van bepaalde gedragingen en zeker de mate waarin ze gestraft worden, wordt heftig betwist, terwijl anderzijds de noodzaak tot het omschrijven van nieuwe delicten zich doet voelen.

Uit dit alles volgt duidelijk de noodwendigheid van een aanpassing van de inhoud van het strafrecht aan de gemeenschappelijke rechtsovertuiging die thans in de maatschappij leeft.

4. Uit dit al blijkt eveneens dat het strafrecht nooit enige stilstand mag kennen. Het zal zich altijd dienen aan te passen aan de wijzigingen, die zich steeds in de maatschappij zullen voordoen.

Dit betekent echter ook dat het strafrecht steeds onderhevig zal zijn aan spanningen. Het kan immers slechts een spiegel zijn van wat op een bepaald ogenblik in de ontwikkeling van een bepaalde maatschappij leeft. Aangezien deze maatschappij steeds in beweging is, zal ook elk strafrechtelijk systeem op het ogenblik van zijn ontstaan reeds voorbijgestreefd zijn. Vandaar dat zich steeds de vraag naar een nieuwe aanpassing zal stellen.

5. In dit licht staan wij bovendien voor de vraag in hoeverre het uiteindelijk doel van het strafrecht zoals het hierboven uitgedrukt werd, nl. het doen verdwijnen van de delinquentie, niet moet gerelativeerd worden. Er wordt immers vooropgesteld, dat een gedeelte van de criminaliteit ook uitgesproken heilzaam kan zijn voor de sociale ontwikkeling zodat, afgezien nog van de onbereikbaarheid van dit doel, het ook als niet wenselijk zou voorkomen. Hierbij wordt er de aandacht op gevestigd dat eerst en vooral het slechts de historie is die kan uitmaken of een als wederrechtelijk bestempeld gedrag uit sociaal of individueel oogpunt al dan niet functioneel of aanvaardbaar is en wie "gelijk" heeft, de delinquent of het strafopleggende systeem dat niet onfeilbaar is.

Vervolgens houdt elke maatschappelijke beweging een experimenteren in en elk leerproces van het gedrag sluit een experimenteren met het eigen gedrag in en de "mislukking van bepaalde experimenten is nu eenmaal eigen aan het experiment"².

6. Hoe dan ook, op het huidig ogenblik overheerst de indruk dat de tegenstelling strafrecht/maatschappij een hoogtepunt bereikt heeft, en dat het strafrecht algemeen ervaren wordt als een "handhavingsinstrument van door de tijd achterhaalde maatschappelijke normatiek"³, zodat gevraagd wordt naar de uitwerking van een eigentijds strafrecht, volledig rekening houdend met de menselijke en sociale realiteit.

² L.H.C. HULSMAN, "Straftoemeting", in *Straf*, Anthos boek, Baarn, 1969, blz. 67.

³ LIEVEN DUPONT, "De toekomst van ons strafrechtsverleden", in *De Nieuwe Maand*, juni 1973, blz. 306.

7. Het opstellen van de nieuwe waardenschaal waarvan dit hedendaagse strafrecht moet beantwoorden zal dan ook steeds een permanent dynamisch karakter moeten hebben. Steeds zal de behoefte blijven bestaan aan een verantwoord wetenschappelijk onderzoek naar de gemeenschappelijke rechtsovertuiging in de maatschappij, die zal dienen te leiden naar een in overeenstemming brengen van de strafwetten met de vastgestelde normverschuivingen. Daarenboven zal blijvend moeten worden onderzocht of de bekomen gegevens nog beantwoorden aan de realiteit.

8. Een tweede noodzaak bij het opstellen van een hedendaags strafrecht ligt besloten in een onderzoek naar de effectiviteit van zijn bepalingen. Steeds doet de vraag zich voor of de beoogde doelstellingen door het strafrechtsoptreden kunnen bewerkstelligd worden en of hetgeen men wil bereiken niet op een adequatere wijze kan gerealiseerd worden.

9. Een eerste conclusie kan bijgevolg een vraag zijn naar een dergelijk onderzoek betreffende "de grenzen van de repressie"⁴.

10. Verschillende vragen beheersen dit probleem :

a) Dient niet vastgesteld te worden, dat het huidig strafrecht, ondanks de vele hervormingen die het de laatste eeuw kende, uiteindelijk nog een individualistisch recht gebleven is, in die zin dat het voornamelijk de bescherming van individuele belangen nastreeft terwijl het te weinig oog heeft voor de belangen en de leefbaarheid van de gemeenschap, ondanks het feit dat de aantasting van deze belangen en deze leefbaarheid thans als een reëel gevaar aangevoeld wordt ?

Dient bijgevolg de aandacht niet toegespitst op feiten als de aantasting van het milieu, het in gevaar brengen van de volksgezondheid, het misbruiken van economische macht, de fiscale fraude, het uitzwermen van kapitaal, enz. ?

b) Dient niet overgegaan te worden tot het strafrechtelijk aansprakelijk stellen van de morele persoon? De inbreuken die door grote vennootschappen op de belangen en de leefbaarheid van de gemeenschap kunnen gepleegd worden kunnen inderdaad veel catastrofaler zijn dan die van de enkeling.

c) Dient anderzijds niet gedacht aan de depenalisatie van bepaalde gedragingen, hetzij omdat zij voor een bepaald deel van de bevolking niet meer het kenmerk van misdrijf vertonen, hetzij omdat zij, juist door hun strafbaarstelling, in een sfeer van clandestiniteit ge-

⁴ Dit was trouwens het onderwerp van het Internationaal Criminologisch Congres gehouden te Brussel van 15 tot 18 maart 1972 en ingericht door het Institut de Sociologie van de U.L.B. Cfr. *Revue de Droit Pénal*, novembre-décembre 1972.

drukt worden, die de oplossing van het probleem alleen maar bemoeilijkt⁵.

Denken we hierbij bijvoorbeeld aan artikel 372bis Sw. en aan een aantal misdrijven van artikel 383 Sw.

d) Dient tenslotte geen rem gezet op de ongebreidelde wetgevende activiteit die wij de laatste jaren op sociaal en economisch vlak kennen?

Hierdoor ontstaat inderdaad een overbelasting van het strafrechtsapparaat, die in zeer sterke mate het incasseringsvermogen ervan overtreft.

Het hoeft geen betoog dat een dergelijke situatie de efficiëntie van het strafrecht sterk ondermijnt.

Bovendien zijn op dit vlak het probleem van de ordening en herstructurering van het grote aantal strafrechtelijke bepalingen die het opnieuw bruikbaar maken ervan als een efficiënt geheel dienen mogelijk te maken⁵.

II. Middelen en werkwijzen van het strafrecht

1. Om het gestelde doel te bereiken beschikt het strafrecht over de sanctie, die in het Belgisch systeem hetzij een straf is, hetzij een beveiligingsmaatregel. De straf wordt hierbij beschouwd als een leed opgelegd aan diegenen die toerekeningsvatbaar zijn en houdt een zedelijke afkeuring in van het gepleegde misdrijf. Zwaarte en duur ervan zijn evenredig met de zedelijke ernst van het delinquente gedrag, onder voorbehoud van aanpassing aan de factoren eigen aan de persoonlijkheid van de dader.

Bij het opleggen van een beveiligingsmaatregel daarentegen wordt principieel geen leed of zedelijke afkeuring bedoeld. Beveiligingsmaatregelen worden meestal opgelegd aan diegenen die men als strafrechtelijk ontoerekenbaar beschouwt, zijn meestal van onbepaalde duur of hebben een meer onbepaald karakter en beogen hoofdzakelijk de bescherming van de maatschappij en van de dader zelf⁶.

2. De vraag is of dit onderscheid nog langer houdbaar is en een functionele waarde heeft, of niet eerder een nadelige invloed bezit.

3. Het lijkt mij zonder meer duidelijk dat ondanks het feit dat met de maatregel geen zedelijke afkeuring of geen leed bedoeld wordt, hij toch als dusdanig ervaren wordt door diegenen wie de maatregel opgelegd wordt. Straf is inderdaad niet wat als straf bedoeld wordt doch wat als straf ervaren wordt. De maatregel nu zal in elk geval onder de vorm van een vrijheidsberoving of -beperking ondergaan worden,

hetgeen een leed impliceert, terwijl het feit alleen reeds dat de maatschappij reageert op een bepaald gedrag als een afkeuring zal ervaren worden.

4. Bovendien brengt het onderscheid tussen straf en maatregel met zich, dat men de mensheid onderverdeelt in twee zeer onderscheiden categorieën: degenen die, begaafd met rede en vrije wil, het goede kunnen doen en het kwade laten, en die bijgevolg aansprakelijk zijn voor hun daden, en degenen die als onverantwoordelijk worden beschouwd.

5. De criminologie leerde ons inmiddels echter dat dit axioma op geen wetenschappelijke gronden gefundeerd kan worden en dat de oorzaken van het menselijk handelen waartoe de criminaliteit behoort, veel complexer zijn, zodat het strafrecht elke zin mist zolang de mens, gedrag en gemeenschap niet als concrete reële gegevens worden benaderd⁷.

6. Dit betekent dat bovenstaande indeling geen zin heeft en dat bij elke delinquent het waarom van zijn handelen zal dienen nagegaan om zo tot een aangepaste reactie van de maatschappij te komen. Hierbij wordt er trouwens de aandacht op gevestigd dat deze individualisering van het strafrecht wat de behandeling van de delinquent betreft reeds haar weerslag gevonden heeft, zowel in onze wetgeving (cfr. de Wet op de opschorting, het uitstel en de probatie van 29 juli 1964) als in de praktijk bij de tenuitvoerlegging van de straffen.

7. Blijft tenslotte de onbeperkte duur van bepaalde maatregelen. Deze wordt gemotiveerd door het feit dat de maatregel een bepaalde behandeling inhoudt van het sociaal gevaarlijk beoordeelde individu, die slechts een einde kan nemen op het ogenblik dat deze sociale gevaarlijkheid opgehouden heeft te bestaan.

Deze toestand houdt echter een reëel gevaar in voor de rechtszekerheid van de betrokkene. Bovendien moet het gezag en de macht die aan de mens gegeven wordt te beschikken over het lot van zijn medemensen, aan strikte normen onderworpen zijn. De mogelijkheid een maatregel, met zo ver strekkende gevolgen voor het individu als bijvoorbeeld de internering, uit te spreken voor een onbepaalde duur, beantwoordt zeker niet aan deze vereisten.

Ook de dwangverpleging moet binnen de grenzen blijven van de evenredigheid met het begane delict en het daaruit gebleken gevaar.

8. Uit het bovenstaande blijkt de wenselijkheid te komen tot een opheffing van het onderscheid tussen straf en maatregel, evenals de noodzaak de rechter een zo uitgebreid mogelijk gamma van reactiemogelijkheden ter beschikking te stellen die hem moeten

⁵ W. CALEWAERT, "Zoeklichten op het Strafrecht", in *Recht in beweging*, Liber Amicorum René Victor, blz. 81-82.

⁶ VAN HOUTT en CALEWAERT, *Belgisch Strafrecht*, III, nrs. 1689-1691.

⁷ VAN HOUTT en CALEWAERT, *op.cit.*, nr. 1711.

het middel aan de hand doen om op elk delict en op elke delinquent de aangewezen "sanctie" toe te passen.

9. Hieruit volgt dat de diverse mogelijkheden tot optreden van de rechter dienen uitgebreid te worden :

a) Zo kan de vraag gesteld worden naar de afschaffing of althans de verzachting van de wettelijke toepassingsvoorwaarden van de opschorting, het uitstel en de probatie.

Hoe vaak valt het inderdaad niet voor, dat de strafrechter zich gedwongen ziet een effectieve straf uit te spreken omdat de delinquent jaren voordien reeds een straf van meer dan zes maanden opgelopen heeft, terwijl het toch duidelijk is dat een probatieuitstel met de gepaste voorwaarden de reclassering zou bevorderen ?

b) Eveneens kan gedacht worden aan het overnemen van bepaalde sancties uit het bijzonder strafrecht, zoals b.v. het rijverbod wanneer de dader door middel van een voertuig zijn misdrijf pleegde.

c) In het economisch recht rijst de vraag naar het inlassen van aangepaste bedrijfssancties zoals het onder beheer stellen van een onderneming voor bepaalde tijd, hetgeen reeds bestaat in de Nederlandse Wet op de economische misdrijven van 22 juli 1950⁸.

d) Tenslotte zij hier eveneens de wens uitgedrukt dat zou afgezien worden van het van rechtswege herroepen van het uitstel bij het plegen van een nieuw delict. Dit zou de rechter vrijer laten de nieuwe op te leggen sanctie aan te passen aan de behoeften van het ogenblik.

10. Hoewel de taak van de rechter het voorwerp uitmaakt van een ander preadvies, moge ik als advocaat, toch de wens formuleren dat aan de rechtbank meer mogelijkheden worden gegeven om zich over de persoon, die zij moet beoordelen, beter en vollediger te laten voorlichten.

De thans bestaande en door de aard der zaken noodwendig summierende ondervraging van de voorzitter, kan zeker niet volstaan. De oplossing kan misschien o.m. gelegen zijn in een uitbreiding van de sociale enquêtes uitgevoerd door de probatieassistenten en in een uitgebreider persoonlijk contact van de rechter met de beklaagde.

11. In het kader van deze uiteenzetting kan evenmin voorbij gegaan worden aan de heersende discrepantie tussen theorie en praktijk. Hoe goed de bedoelingen van de wetgever en van de rechter ook mogen zijn bij het creëren of opleggen van aangepaste sancties, als de uitvoering ervan mank blijft zal natuurlijk het uiteindelijke doel ook niet bereikt worden. Indien

⁸ J. D'HAENENS, *Belgisch Economisch Strafrecht*, Zwolle, 1971.

een verzorging of behandeling opgelegd wordt dient er inderdaad ook verzorgd en behandeld te worden.

De ronduit schandelijk te noemen toestanden in de rijksinstelling voor sociaal verweer te Doornik, waarvan iedereen die ze bezocht heeft kan getuigen, kan als voorbeeld volstaan om aan te tonen dat vooral op het vlak van de uitvoering nog heel wat moet gerealiseerd worden.

12. Tot slot van dit hoofdstuk moge nog de aandacht gevestigd worden op de noodzaak van internationale rechtshulp in strafzaken, noodzaak die zich meer en meer doet voelen.

In zijn rede van 1 september 1972 zei procureur-generaal Van Honsté hierover het volgende :

"De geleidelijke afbraak van de landsgrenzen, de sterk toegenomen mobiliteit die het gedragspatroon van onze tijdgenoten kenmerkt, en de ontwikkeling van een georganiseerde misdadigheid hebben geleid tot de internationalisering van de criminaliteit ; haar bestrijding vergt een daadwerkelijke en steeds nauwere internationale samenwerking"⁹.

Hij pleitte dan ook terecht voor een snelle ratificatie door België van de verschillende Europese overeenkomsten die desbetreffend in de Raad van Europa het licht zagen en voor een uitbreiding van een conventioneel internationaal recht op dit gebied¹¹.

13. Doch niet alleen de opsporing en de bestrijding van de criminaliteit als zodanig, maar ook de sociale readaptatie van de delinquent vraagt een internationale aanpak. Dient hierbij niet overwogen dat deze sociale readaptatie slechts optimaal zal gebeuren indien de sanctie ondergaan wordt in een omgeving waarin de veroordeelde contact kan hebben met personen die zijn taal verstaan en spreken, die hem raad kunnen geven en steun verlenen bij zijn wederintreden in de maatschappij ?

⁹ V. VAN HONSTÉ, "Bedenkingen over de bestrijding van de zware misdadigheid", *R.W.*, 1972-73, 258.

¹⁰ Tot op heden ontstonden in de Raad van Europa vier verdragen op het gebied van de internationale rechtshulp in strafzaken waarvan België er slechts één ratificeerde :

- a) de Europese Overeenkomst van 13 december 1957 op de uitlevering : door België nog niet bekrachtigd ;
- b) de Europese Overeenkomst van 20 april 1959 op de rechtshulp in strafzaken : door België nog niet bekrachtigd ;
- c) de Europese Overeenkomst van 30 november 1964 betreffende het toezicht op de voorwaardelijk veroordeelde of in vrijheid gestelde personen : dit verdrag werd door België goedgekeurd bij de Wet van 15 juli 1970 en de bekrachtigingsoorkonde werd neergelegd op 21 september 1970.
- d) de Europese Overeenkomst van 28 mei 1970 betreffende de internationale gelding van de strafvonnissen : door België nog niet bekrachtigd.

¹¹ M. RIGAUX, "Sur la route du droit pénal européen", Rede uitgesproken tijdens de plechtige openingszitting van het Hof van Beroep te Luik op 1 september 1972, *J.T.*, 1973, 53.

Dient bijgevolg dan ook niet gestreefd naar de mogelijkheid dat, zelfs indien het delict in het buitenland plaatsvond, de sanctie toch ondergaan wordt in het land van herkomst?

14. Vestigen wij daarenboven de aandacht op de wenselijkheid van een zekere harmonisatie van het strafrecht binnen de Europese Gemeenschappen en op het tot stand komen van een eigen gemeenschapsstrafrecht. Het opsporen van de inbreuken op de verschillende verdragen van de gemeenschap en de wenselijkheid van een uniforme beteugeling ervan in de verschillende lid-staten maakt dit inderdaad noodzakelijk¹¹.

III. Besluit - Nut van het strafrecht

1. Het bovenstaande is duidelijk gebaseerd op de overtuiging dat ondanks het feit dat vaak radicale hervormingen nodig zullen blijken, het strafrecht nog steeds nut heeft voor de maatschappij en dat er nog altijd een taak voor weggelegd is.

In een tijd waarin de contestatie van het strafrecht zijn bestaansreden zelf in twijfel trekt, is dit een stelling die niet meer zonder enige motivering kan geponeerd worden.

2. De contestatie van het nut van het strafrecht gaat er doorgaans van uit dat daar waar het juist de taak van de overheid is welzijn voor de burgers te creëren, en hun vrijheid, goed en eer te beschermen, het strafrecht opzettelijk leed toebrengt, dus anti-welzijn creëert en de vrijheid, het goed en de eer van de verdachte aantast.

Het strafrecht stigmatiseert bovendien de normovertreder. Door het moreel afkeurend en veroordelend strafproces wordt hem het desocialiserend en soms blijvend etiket van delinquent opgedrukt¹².

3. Vandaar dat velen een alternatief willen vinden in het vervangen van de straf door een maatregel zonder morele verwijten (sociaal verweer).

Een verder alternatief bestaat erin te poneren dat niet bewezen is dat het strafrecht en de straf enig nut heeft en het best kan vervangen worden door b.v. meer aandacht te besteden aan het slachtoffer en aan het herstel van het hem berokkende leed en de veroorzaker van dit leed hierbij te betrekken.

4. Nochtans kan niet betwist worden dat een samenleving het niet zonder een reeks voorschriften kan stellen, die hetzij ordenend optreden, hetzij gedrags-

regels voorschrijven die overeenkomen met wat in die samenleving aan moreel normbesef leeft.

Dit impliceert eveneens dat het naleven van deze voorschriften op een of andere manier dient afgedwongen.

5. Het doen naleven van deze normen kan alleen door de overheid gebeuren. De particulier zal inderdaad meestal niet over de nodige opsporingsmiddelen beschikken die toch de eerste vereisten zijn van een effectieve reactie.

Bovendien zal degene die een ander een bepaald leed berokkend heeft slechts kunnen betrokken worden bij het herstel van dit leed indien hij hiertoe in staat is, hetgeen meestal niet het geval zal zijn.

Tenslotte raken bepaalde ernstige morele gedragingen veel meer mensen dan het slachtoffer alleen, en zijn er eveneens een aantal vergrijpen die niet de particulier raken doch de samenleving of de overheid als zodanig.

6. De overheid dient dus te reageren. Zoals hierboven reeds werd beklemtoond, zou elke reactie steeds door de betrokkene als een leed en derhalve als een straf ervaren worden, welke ook de bedoeling van de reagerende instantie moge zijn.

Het feit alleen reeds dat gereageerd wordt zal als een morele afkeuring beleefd worden en daarenboven een onontkoombaar stigmatiserend effect hebben. Hierbij mag trouwens niet uit het oog verloren worden, dat dit stigmatisatieproces reeds lang vóór het strafproces in de gemeenschap zal opgetreden zijn, zodra deze zich bewust werd van een inbreuk op het in haar schoot geldende normbesef.

7. Uit dit al blijkt bijgevolg dat tussen de straf en de maatregel, die eveneens noodgedwongen met dwang dient opgelegd, geen wezenlijk verschil bestaat.

8. De functie van het strafrecht ligt nu echter in het aan banden leggen van de reactie van de overheid.

De maatregelen die kunnen opgelegd worden zullen steeds toenemen naarmate de middelen en mogelijkheden om mensen te behandelen vergroten.

Het strafrecht dient er nu voor te waken, dat een maat gesteld wordt aan de sanctie die de delinquent kan opgelegd worden, dit zowel wat de aard als de duur ervan betreft.

9. Zo beschouwd is strafrecht bijgevolg de waarborg voor de delinquent dat hem de nodige rechtszekerheid geboden blijft.

De zin en het nut van het strafrecht bestaat bijgevolg in het in toom houden van het straffen¹³.

¹² LIEVEN DUPONT, *op.cit.*, blz. 300.

¹³ TH. W. VAN VEEN, "Heeft het strafrecht nog zin?", in Krino, Nijmegen, 1969, blz. 32.

