

RECHTSKUNDIG WEEKBLAD

REDACTIE : RIDDER RENE VICTOR, HOOFDREDACTEUR

E. BOONEN, C. CAENEPEEL

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

KAN HET BEROEPSGEHEIM ABSOLUUT GENOEMD WORDEN ?

1. Bij de studie van het beroepsgeheim kan onderscheid gemaakt worden tussen de algemene leer die geldt voor alle beroepsgeheimen, en de bijzondere leer die de eigen aspecten van de verschillende beroepsgeheimen behandelt. Het algemeen deel omvat dan o.a. de studie van de grondslag, van het absoluut en algemeen karakter van het beroepsgeheim, van de uitwendige en inwendige vereisten voor het misdrijf, van de verschillende beperkingen die op de zwijgplicht worden aangebracht, met of zonder de instemming van de geheimgerechtigde. Het bijzonder deel zou dan de meer specifieke problemen van het beroepsgeheim van de geneesheer en aanverwante medische beroepen, van de advocaat, notaris, priester, enz. bestuderen.

In deze korte bijdrage zal één aspect van de algemene leer van naderbij onderzocht worden, met name het absoluut karakter van het beroepsgeheim.

2. Aan de studie van het beroepsgeheim gaan echter best inleidende beschouwingen vooraf over de betekenis van de geheimen in het algemeen in het menselijk bestaan en het maatschappelijk leven, alsook over de wettelijke bescherming die inzake geheimen verstrekt wordt.

I. Recht en geheimen

3. Met geheimen worden bedoeld feiten, gegevens, beslissingen, oordelen, meningen die verborgen gehouden moeten worden. Particuliere waarheden dus die, overeenkomstig algemeen aanvaarde criteria en normen, niet kenbaar, openbaar gemaakt mogen worden.

4. Er zijn allerlei geheimen voor het recht : staatsgeheimen, militaire geheimen, geheimen van de administratie, het beraadslagingsgeheim (van jury's, rechters, ondernemingsraden), het fabrieksgeheim,

het bankgeheim, de zogenaamde persoonlijke geheimen, en tenslotte de beroepsgeheimen.

Zeer uiteenlopende *belangen* — bv. politieke, militaire, economische, financiële, persoonlijke, en beroepsmatige —, worden door deze geheimen beschermd. Zo heeft de Staat er een politiek of strategisch belang bij dat staatsgeheimen en militaire geheimen bewaard blijven. Het geheim van de administratie¹ heeft als grondslag een doelmatig en geloofwaardig overheidsbestuur. Het geheim van de beraadslaging van allerlei vergaderingen vindt zijn verklaring in de vrijheid van mening en van beslissing waarover een ieder die aan de beraadslaging deelneemt, moet kunnen beschikken. Fabrieksgeheimen dienen economische belangen en beschermen de geheimgerechtigden tegen eventuele concurrentie. Het bankgeheim strekt de financiële belangen van de bankier en zijn cliënt tot nut. Persoonlijke geheimen worden beschermd in het belang van de individuele vrijheid, en het beroepsgeheim heeft zowel een maatschappelijk als individueel belang.

5. Maatschappelijk beschouwd, betekenen geheimen, als verborgen gehouden kennis, *macht*. Daarom is het begrijpelijk dat al wie macht uitoefent of ernaar streeft, erop uit is eigen geheimen te bewaren en de geheimen van anderen te ontfutselen. Een autoritair gezag bv. maakt het eigen beleid zo ondoorzichtig mogelijk — alles is *top secret* —, maar streeft ernaar en slaagt er trouwens meestal in dat de gedraging van particulieren en private verenigingen zo doorzichtig mogelijk zijn. Een verfijnde vorm van machtsuitbreiding bestaat in het opslaan van geheimen : data- en informatiebanken zijn opslagplaatsen van heel wat geheime gegevens, en zowel overheid als grote economische of financiële groepen

¹ M. HERBIET, «Le secret dans l'administration», *Ann. Fac. Liège*, 1975, 153-204.

streven ernaar het monopolie van dit moderne machtsmiddel in handen te hebben.

6. Het geheim wordt op die wijze zeer dikwijls misbruikt als een aureool voor een of ander maatschappelijke macht. Het maakt deze macht steviger, minder kwetsbaar, minder aantastbaar. Politieke, economische, financiële machten zijn er dan ook reeds lang in geslaagd hun prestige en invloed met aangepaste geheimen als symbolen op te smukken. Vele vrije beroepen hebben in het beroepsgeheim onbewust hetzelfde nagestreefd.

Dit alles doet niets af aan de eigenlijke waarde van het geheim voor het particuliere en het algemeen belang.

Opmerkenswaardig is dat alle kennis die als staatsgeheim, militair geheim, fabrieksgeheim, bankgeheim wordt beschouwd, *op zich*, intrinsiek, meestal geen enkel geheim karakter vertoont: deze wetenswaardigheden worden wettelijk tot geheim verheven en als zodanig beschermd, wegens het uitermate groot belang dat de betrokkenen eraan hechten. Daarentegen is het te weinig tot het rechtsbesef doorgedrongen dat de enige realiteit die *intrinsiek* een geheim *in zich* draagt en als zodanig door de wet verdient te worden erkend, de menselijke persoon is. Pas zeer recent is er sprake, in de rechtsliteratuur, van het geheim van het privé-leven², en men mag gerust zeggen dat het *geheim van de persoon of persoonlijk geheim* als juridische uitdrukking nog vrijwel onbestaande is. Toch is het voor de mens niet alleen uiterst belangrijk, maar zelfs wezenlijk onontbeerlijk, ter wille van het *zichzelf* zijn, d.i. *vrij* zijn, dat hij heel wat wetenswaardigheden omtrent zijn gezondheid, verleden, karakter, gezin, familie, relaties, overtuigingen, enz... voor de buitenwereld rechte verborgen kan houden en al deze zaken als een verboden zone voor allerlei buitenstaanders kan afsluiten.

Ofschoon dus de mens in bepaalde mate wezenlijk zelf geheim is, kwam dit slechts moeizaam in het recht tot erkenning, terwijl andere, zeer materiële aangelegenheden op een plechtige wijze als geheimen werden beschermd en gesanctioneerd.

Hoe verklaart men dit? Een eerste reden is voorzeker dat het persoonlijk geheim *uiteraard* moeilijker kan worden omschreven dan al die andere geheimen. Een tweede reden is ongetwijfeld de langdurige machteloosheid van de mens om zich als *vrij individu* rechtens te doen gelden.

De eerste reden lijkt o.i. hier doorslaggevend te zijn: de persoonlijke levenssfeer blijkt een zeer ruim en dus moeilijk definieerbaar begrip te zijn. Zodra echter bepaalde aspecten van het persoonlijk geheim

² Zie hieromtrent A. DECOCQ, «Le secret de la vie privée en droit français», Travaux de l'Association H. Capitant, *Le secret et le droit*, XXV, 1974, blz. 467.

zich duidelijk aftekenen en afgebakend kunnen worden, gaat het recht ertoe over bepaalde subjectieve rechten te ontwerpen. Voorbeelden daarvan zijn het briefgeheim en «het geheim van de woning», in de rechtstaal beter bekend als de onschendbaarheid van de woning. Deze twee geheimen kunnen als uitlopers, als meer specifieke aspecten van het persoonlijk geheim beschouwd worden. In de brief krijgen immers heel wat wetenswaardigheden uit de «geheime zone» een uiterlijke, materiële vorm in de geschreven tekst. In de briefvorm treden deze gegevens fysisch buiten de geheime zone, maar blijven er juridisch toe behoren: de gesloten omslag is daarvan het teken. In deze vorm is het geheim van de persoon duidelijk afgebakend, en kan door het recht dan ook doelmatig beschermd worden. De woning — het *Heim* —, is de uitverkoren fysische ruimte waarin het geheim van de persoon zijn geborgenheid en tevens begrenzing vindt. *La forteresse de l'individu, c'est sa maison*, schrijft Carbonnier³. Brief en woning zijn concrete, gematerialiseerde vormen waarin het geheim van de persoon belichaamd werd.

Deze twee rechten — het recht op briefgeheim en het recht op de onschendbaarheid van de woning —, beschermen echter niet het hele domein van het persoonlijk geheim, en rekening houdend met de omvang en de uitgebreidheid van dit geheim, is dit volkomen begrijpelijk. Rechtstechnisch moeten, naast de twee hiervoren vermelde rechten, wellicht nog vele andere subjectieve rechten ontworpen worden ten einde deze persoonlijke levenssfeer volledig en doelmatig in rechte te beschermen. In dat verband dienen vermeld te worden: het recht op eerbied van de persoonlijke levenssfeer, het recht op eigen afbeelding, het recht op bescherming van de gesprekken⁴.

Sommige auteurs⁵ menen op een algemeen persoonlijkheidsrecht, met name het recht op geheim, te mogen wijzen. Als subjectief recht is dit recht o.i. te weinig bepaald: het is correcter het geheim van de persoon als een vrijheid, een civiele vrijheid te beschouwen⁶. Deze vrijheid kan niet in één recht omge-

³ J. CARBONNIER, *Droit civil*, I, 9e uitg., Parijs, 1971, blz. 253.

⁴ De terminologie is zeer verschillend: *privacy*, eerbied voor het privé-leven, *Geheimsphäre*, *Privatsphäre*, eerbied voor de persoonlijke levenssfeer. Ook de inhoud van deze begrippen, van dit persoonlijkheidsrecht is nog zeer vlottend of zwevend en verschilt van land tot land, van auteur tot auteur. VELU geeft een zeer ruime inhoud aan het recht op eerbied van het privé-leven: J. VELU, «Le droit au respect de la vie privée», *Travaux de la Fac. de dr. Namur*, nr. 10, 1974, blz. 27 en 59. De laatste ontwerp tekst voor België (1976) gaat niet zo ver: de wetgever wil slechts bepaalde aspecten van de persoonlijke levenssfeer beschermen, meer bepaald tegen het afkluisteren en bespieden, en tegen het willekeurig gebruik van gegevens door automatische gegevenbanken.

Over het recht op bescherming van de gesprekken, zie P. PATENAUDE, *La protection des conversations en droit privé, Etude comparative des droits américain, anglais, canadien, français et québécois*, L.G.D.J., Parijs, 1976.

⁵ Bv. H., L. en J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, I, Parijs, 3e dr., 1965, nr. 639, blz. 634.

⁶ Cf. J. CARBONNIER, *o.c.*, blz. 254. CARBONNIER noemt het

zet worden : meerdere subjectieve rechten zullen ongetwijfeld deze vrijheid een meer bepaalde, daadwerkelijke rechtsinhoud verlenen. Hierboven wezen we reeds op een aantal subjectieve rechten die op deze vrijheid betrekking hebben.

Tenslotte dient erop gewezen te worden dat men zich van het persoonlijk geheim pas definitief *als rechtsgoed* bewust geworden is naarmate de persoon, met zijn geheimen, meer en meer kwetsbaar werd, omdat de techniek er de middelen toe verstrekke gemakkelijker in deze geheime zone van de mens door te dringen, en het bovendien voor de mens, dank zij dezelfde techniek, mogelijk werd bepaalde gegevens van zijn persoonlijke levenssfeer over zeer grote afstanden en op zeer korte tijd mee te delen : de geheime zone werd op die wijze meer ontsloten en doorzichtig.

7. De in aanmerking komende geheimen worden alle, privaatrechtelijk en/of strafrechtelijk, beschermd. Sancties worden gesteld tegen al wie als geheimhouder het geheim onrechtmatig prijsgeeft, of tegen al wie het geheim probeert te ontvreemden. Het recht dient er nochtans rekening mee te houden dat geheimen, in bepaalde omstandigheden, prijsgegeven *moeten* worden. Inderdaad, bij de inschrijving op school, bij tewerkstelling, huwelijk, ziekte, bij het zich verzekeren, is de mens verplicht bepaalde gegevens omtrent zijn persoon, zijn karakter, verleden, aanleg, gezondheid, vermogen, aan anderen mee te delen. Hij moet deze gegevens *toevertrouwen* aan de psycho-medische dienst van de school bv., of van de firma, of de diensten van de sociale zekerheid. Zo gaan een groot aantal personen beroepshalve het geheim van de medemens delen : de geneesheer, de verpleegster, de sociale assistente, de advocaat, de priester, de notaris, in voorkomend geval de onderzoeksrechter, de officieren van gerechtelijke politie, de gerechtelijk deskundige.

Dit in bepaalde omstandigheden noodzakelijk prijsgeven van allerlei wetenswaardigheden die vrijwel alle behoren tot hetgeen hierboven het persoonlijk geheim genoemd werd⁷, brengt ons tot het zeer specifiek probleem van de geheimhouding van gegevens waartoe bepaalde personen beroepshalve ver-

plicht zijn. De strafrechtelijke bescherming van dit toevertrouwd geheim wordt geregeld door art. 458 Sw. waarin het algemeen beginsel van de onschendbaarheid van het beroepsgeheim wordt gesteld.

II. Het beroepsgeheim

8. Het recht op geheimhouding vindt op een paradoxale wijze zijn grondslag in het recht op waarheid : om menselijke relaties mogelijk te maken en een menselijke gemeenschap op te bouwen, is een uitwisseling van particuliere waarheden nuttig en zelfs noodzakelijk. Dit recht op waarheid is echter nooit absoluut : echt menselijke relaties vereisen dat bepaalde waarheden gedeeltelijk of geheel worden verzwegen ; de volledige waarheid meedelen zou in dit geval de relatie veeleer schaden. In deze beperking van het recht op waarheid ontstaat het recht op het verzwijgen van de waarheid : een deel van de waarheid wordt «afgezonderd» van de communicatie, wordt *secretum* (*secernere*), d.i. afgescheiden van, *in casu* van een particuliere waarheid die terecht niet volledig moet of mag worden meegedeeld. Het Franse woord «secret», zoals het Latijnse, geeft nauwkeurig weer wat de oorspronkelijk betekenis is van het geheim. Ziet men echter het geheim niet meer in verband met het meedelen van de waarheid, dan is er een gevaar dat men het afscheiden, het afzonderen van een stuk waarheid, gaat hypostaseren en er een waarde op zich gaat van maken. Zo kan men verklaren dat het moderne rechtsbegrip van het geheim te veel op zich wordt bekeken, buiten het verband met het oorspronkelijke recht op waarheid. Zodra het geheim integendeel in dit ruime kader teruggeplaatst is, wordt het moeilijk het zogenaamde «absolute» karakter van onverschillig welk geheim, ook van het beroepsgeheim, te overdrijven. Ieder verabsolutering van het geheim doet afbreuk aan het juiste perspectief waarbij het geheim gezien moet worden als een beperking van het recht op waarheid dat principieel voorrang moet hebben op het recht op geheimhouding.

Verder zullen we nog de gelegenheid hebben hierop dieper in te gaan.

Waarin verschilt het beroepsgeheim van de andere geheimen ? De rechtsbescherming van geheimen komt hierop neer : de communicatie van een bepaalde kennis wordt in grote mate beperkt, zelfs gedeeltelijk, zo niet geheel verboden. Welnu, in de meeste gevallen — uitgezonderd het bankgeheim —, blijft het geheim bewaard bij de geheimgerechtigden zelf die tevens geheimhouders zijn : zij mogen het geheim niet openbaar maken, en derden mogen het niet ontroven. Het beroepsgeheim — zoals trouwens ook het bankgeheim —, heeft integendeel een andere structuur : hier wordt de kennis omtrent bepaalde aangelegenheden — en deze kennis is niet noodzakelijk *uiteraard* geheim —, aan personen toevertrouwd

«liberté de la sphère d'intimité». Zie ook J. EL SHAW, «Liberté de secret», *Rev. de sc. crim. et de dr. pén. comp.* 1950, 171-176. Laatstgenoemde auteur spreekt, o.i., ten onrechte, toch over een recht op geheim.

KAYSER integendeel vermeldt het recht op geheim niet onder de persoonlijkheidsrechten (P. KAYSER, «Les droits de la personnalité. Aspects théoriques et pratiques», *Rev. trim. dr. civ.*, 1971, 445-509). Volgens deze auteur zou het zogenaamde recht op geheim veeleer moeten worden beschouwd als een geheel van belangen dat beschermd moet worden, wellicht door verschillende rechten. Cf. de wijze waarop de auteur het recht op leven, lichamelijke integriteit, op stilte, enz... behandelt (nrs. 10 en 11, blz. 455-457).

⁷ Een ontleding van het geheim van de persoon, biedt de mogelijkheid, op een verantwoorde wijze de verschillende beroepsgeheimen in te delen. Cf. *Encycl. Dalloz*, Tw. «Secret professionnel», nrs. 14 tot 28.

die een bepaald beroep uitoefenen of een bepaalde staat hebben. Door het toevertrouwen van bepaalde gegevens aan deze personen wordt de kennisinhoud geheim. De geheimhouder is nu niet, zoals in de andere gevallen, dezelfde persoon als de geheimgerechtigde.

In het beroepsgeheim ontstaat het geheim dus pas na *communicatie* van bepaalde gegevens aan personen uit een bepaald beroepsmilieu. Het is een toevertrouwd geheim⁸.

Ook voor het beroepsgeheim heeft de ontwikkeling van de techniek en de automatisering een uiterst belangrijke betekenis. De onschendbaarheid van het toevertrouwd geheim was, zo dacht men, in voldoende mate gewaarborgd door het beginselartikel art. 458 Sw. De zogenaamde databanden scheppen echter een nieuw probleem. Het systeem van art. 458 Sw. biedt immers bescherming van het geheim tegen de geheimhouder, d.w.z. tegen degene aan wie het geheim werd *toevertrouwd*, alsook tegen degene met wie het toevertrouwd geheim werd *gedeeld*. Aan databanden worden echter allerlei gegevens — waaronder heel wat toevertrouwde geheimen —, in *bewaring gegeven*⁹. Welke zijn de verplichtingen van de bewaarnemer in dit geval? Is dit een gedeelde geheimhouding? De wetgever zal hier duidelijkheid moeten brengen. In Frankrijk heeft de wetgever in oktober 1977 een duidelijk standpunt ingenomen door de wet die bekend staat als *la loi sur l'informatique et les libertés*.

III. Het absolute karakter van het beroepsgeheim

10. Art. 458 Sw. sanctioneert het recht op geheimhouding, niet alleen met het oog op een goede, doelmatige, geloofwaardige beroepsuitoefening (algemeen belang), maar ook in het belang van de geheimgerechtigde zelf, en schept een plicht tot geheimhouding of zwijgplicht in hoofde van de geheimhouder. Deze plicht gaat gepaard met een zwijgrecht t.a.v. derden, — particulier of overheid —, die graag het toevertrouwde geheim zouden vernemen. Dit zwijgrecht heeft de geheimhouder ook t.a.v. de

rechter: als getuige mag hij schuilgaan achter zijn beroepsgeheim. Art. 458 Sw. zegt echter uitdrukkelijk dat de geheimhouder in dat geval wel mag spreken. De geheimhouder oordeelt zelf over de opportuniteit van het zwijgen of spreken: «Celui qui est appelé à témoigner en justice au sujet d'un fait couvert par le secret professionnel, peut révéler le fait s'il estime devoir le faire, et ne peut être contraint à parler s'il croit devoir garder le secret»¹⁰. Bijzondere wetten kunnen tenslotte in bepaalde gevallen het zwijgrecht van de geheimhouder opheffen: dan moet de geheimhouder spreken.

Deze zeer bondige samenvatting van de zwijgplicht door art. 458 Sw. opgelegd, laat onmiddellijk vermoeden dat de *absoluutheid* van het beginsel van de zwijgplicht in ieder geval moet worden verklaard, en niet als een onvoorwaardelijk zwijgen moet worden begrepen.

11. Absolute zwijgplicht betekent niet een volkomen en totaal zwijgen, zonder enige uitzondering, zoals de zwijgplicht van de priester-biechtvader opgevat is in de *Canones* 889 en 890 van het kerkelijk wetboek¹¹. De zwijgplicht van de priester geldt trouwens alleen *kerkrechtelijk* als volkomen en onvoorwaardelijk; *strafrechtelijk*, volgens het Belgisch en Frans vigerend recht, wordt het ambtsgeheim van de priester niet op een meer absolute wijze geïnterpreteerd dan het beroepsgeheim van de geneesheer. Zo heeft ook de ambtenaar van de eredienst, zoals alle andere burgers, in beginsel een aangifteplicht in geval van misdrijven, voor zover de wet daartoe verplicht¹². Voor de rechtspraak blijkt trouwens het belangrijkste probleem inzake het beroepsgeheim van de ambtenaar van de eredienst niet het absolute karakter ervan te zijn, hoe verschillend de strafrechtelijke opvatting omtrent de absoluutheid ook is van de kerkrechtelijke opvatting. Het voornaamste probleem voor de rechtbanken is de vraag of art. 458 Sw. alleen be-

¹⁰ Cass., 15 maart 1948, *Pas.*, 1948, I, 169; Cass., 12 april 1976, *Rev. dr. pén. crim.*, 1976-77, 917-919.

¹¹ Cfr. o.a. J. RODHAIN, «Déontologie. Le secret professionnel des aumôniers de prison», *J.T.*, 1961, 579-580. Voor een volledige studie van het ambtsgeheim van de priester-zielzorger: PH. HUYSER, *Het ambtsgeheim van de zielzorger*, Kampen, 1961, blz. 429-448.

¹² De wet verplicht echter de priester niet tot aangifte, evenmin als de geneesheer, zo oordelen de Belgische hoven en rechtbanken. Het Hof van Cassatie wijst erop dat de aangifteplicht die geldt op basis van het K.B. van 31 mei 1885, art. 20, *voor de geneesheer* geen afbreuk doet aan de zwijgplicht door art. 458 Sw. voorgeschreven, en dit wegens het volstrekte vertrouwen dat de patiënt moet kunnen stellen in de geneesheer: Cass., 14 juni 1965, *Pas.*, 1965, I, 1102; zie ook Hof Gent, 5 januari 1971, *R.W.*, 1970-71, 1714 (vordering van de procureur-generaal J. MATTHIJS); Hof Brussel, 30 november 1963, *J.T.*, 1964, 264; Hof Brussel, 20 maart 1954, *R.W.*, 1953-1954, 1382 (vooral de belangrijke motivering, kol. 1387).

De rechtbank van Charleroi meent dat dezelfde redenering *voor de priester* geldt (Corr. Charleroi, 30 mei 1968, *J.T.*, 1968, 514).

Wat het overleggen van het medisch dossier betreft, op grond van art. 879 Ger. W.: Arbrb. Brussel, 3 juni 1977, *J.T.*, 1977, 627.

⁸ Het begrip *toevertrouwd geheim* is uit de moraal afkomstig. In de moraal gaat men inzake geheimen van een heel andere indeling uit dan in het recht. Men onderscheidt er natuurlijke, beloofde en toevertrouwde geheimen. Het *natuurlijk* geheim legt moreel de geheimhouding op van alles waarvan de openbaring *uiteraard* de rechtvaardigheid of de liefde zou kwetsen. Een groot aantal aspecten van wat hierboven persoonlijke geheimen genoemd werd, behoort tot wat de moraal als natuurlijke geheimen beschouwt. Het *beloofde* geheim omvat alles wat men vooraf beloofd heeft geheim te houden, ook indien men *op zich*, t.a.v. de betreffende zaak, niet tot geheimhouding verplicht zou zijn. De verplichting houdt op indien de geheimhouding geen zin meer heeft of in strijd zou zijn met een hoger goed. Het *toevertrouwde* geheim omvat alles wat megedeeld is onder de uitdrukkelijke of stilzwijgende voorwaarde van geheimhouding. De beroepsgeheimen behoren tot de toevertrouwde geheimen.

⁹ Cf. H. ANRYS, «La protection du secret 'déposé' dans un système d'informatique», *Rev. dr. pén. crim.*, 1973-74, 581-604.

trekking heeft op hetgeen de priester naar aanleiding van de sacramentele biecht heeft vernomen¹³, of ook toepasselijk is op al wat hij confidentieel, bij het uitoefenen van zijn ambt, vernam. Het vonnis van 30 mei 1968, door de rechtbank van Charleroi uitgesproken, poogt het ambtsgeheim van de priester te verruimen van «secret de la confession» tot «secret religieux, (...) pour autant que la confidence soit faite dans l'exercice de son ministère»¹⁴.

12. De rechtspraak heeft het *absolute* karakter van het beroepsgeheim herhaaldelijk bevestigd¹⁵, maar gaf zelden daarbij enige verklaring of toelichting. Gelukkig wordt af en toe wel uitleg verschaft.

Volgens een *eerste opvatting* betekent absolute zwijgplicht dat ter zake «het zwijgen principe is, de machtiging tot spreken uitzondering; dat bijgevolg de teksten die de zwijgplicht opheffen, restrictief dienen te worden geïnterpreteerd en dat onder geen enkel voorwendsel deze uitzonderingsregels naar analogie mogen worden toegepast op gevallen die niet uitdrukkelijk in de wet worden vermeld»¹⁶.

De eerste zin van deze motivering is duidelijk geschreven vanuit een verkeerd perspectief: het zwijgen wordt er als principe gesteld, het spreken, het meedelen van waarheid als uitzondering, terwijl er hierboven op gewezen werd dat het geheim als een beperking op het recht op waarheid moet worden gezien.

Men zou het verband tussen het recht op waarheid enerzijds, en de zwijgplicht anderzijds, als volgt kunnen opvatten: in de mate dat het recht op het vernemen van particuliere waarheden, in hoofde van derden (particulieren, overheid) afneemt, wordt de zwijgplicht volstrekt.

Het recht op waarheid van bepaalde derden op hetgeen bv. traditioneel onder het bankgeheim valt, kan o.i. niet betwist worden: dit geheim verabsoluteren is dan ook de zin voor maat verliezen, en uit het oog verliezen dat de «geheimdichtheid» steeds moet worden gemeten aan het correlatieve recht op

waarheid van derden¹⁷. Wat onder het biechtgeheim valt bv. is voor derden geen nuttige waarheid waarop zij rechtens aanspraak kunnen maken: met gelovige ogen beschouwd, mag de waarheid die daar meege-deeld wordt, niet gezien worden als een meedelen van waarheid binnen een louter menselijke verhouding; het is een communicatie binnen de religieuze verhouding, binnen de relatie van mens tot God. Het recht op waarheid in hoofde van derden is hier onbestaand, de zwijgplicht is hier dan ook volstrekt. Zo is eveneens het recht van derden op hetgeen aan de geneesheer door de patiënt werd meege-deeld miniem, zo niet onbestaande. Maar het recht op waarheid kan, door bepaalde omstandigheden, herleven en aangroeien: de zwijgplicht wordt dan minder groot.

Deze zienswijze zal ons ervan weerhouden het beroepsgeheim te verabsoluteren en zal ertoe bijdragen dat men de zogenaamde «uitzonderingen» op de zwijgplicht niet als overdreven en niet verantwoorde toegevingen beschouwt: er zijn gevallen waar het recht op het vernemen van een particuliere waarheid gewichtiger is dan het recht op geheimhouding.

Wel moet men toegeven dat het moderne recht blijkbaar slechts uitzonderlijk erkent dat het recht op het vernemen van een particuliere waarheid, de bovenhand moet hebben op het recht op geheimhouding: het opsporen van misdadigheid, het achterhalen van de gerechtelijke waarheid, zijn de belangrijkste situaties die soms het recht op waarheid — en dus de plicht tot spreken (of tenminste de mogelijkheid ertoe) —, overwicht geven op de zwijgplicht. De diepere reden van die triomf van het geheim is o.i. dat het uiteindelijk, in de meeste gevallen waar personen zich tot geheimhouding gebonden achten, gaat over aangelegenheden die behoren tot het geheim van de persoon: en een rechtssysteem dat de waardigheid van de menselijke persoon hoogschat, vindt het verkieslijker dat een persoon, ook al heeft hij gestolen, een overval of een moord gepleegd, toch de zekerheid heeft dat hij, wegens verwondingen daarbij opgelopen, lichamelijk verzorgd zal worden dan dat hij door de politie gesnapt wordt. Gezondheid van mensen, ook van misdadigers, is dus belangrijker dan het beteugelen van misdrijven: dit eerbiedwaardig beginsel waarop een rechtsstaat terecht fier mag zijn, klinkt echter twijfelachtig en wordt aanvechtbaar naarmate het gaat over zware misdadigheid, die grote risico's insluit voor de hele gemeenschap, bv. kapingen, terreurdaden.

Meer bevredigend o.i. is een *tweede opvatting* volgens welke het absoluut karakter van de zwijgplicht begrepen moet worden als zou alleen een *formele wet*

¹³ Cass., 5 februari 1877, *Pas.*, 1877, I, 114; Hof Gent, 13 juli 1950, *Pas.*, 1951, II, 15.

¹⁴ Corr. Charleroi, 30 mei 1968, *J.T.*, 1968, 514; Cass. fr., 23 april 1966, *D.S.*, 1966, *Somm.*, 113, met noot. Een Frans arrest van 1959 eist in dezelfde zin dat «le secret soit encore en relation avec cette profession». Cass. fr., 11 mei 1959, *D.*, 1959, 312, en *S.*, 1959, 110. Vgl. Cass. fr., 12 juni 1965, *D.S.*, 1965, 627.

Anderzijds moet een priester, volgens het hoogste Franse gerechtshof, die werkzaam is bij jeugdige delinquenten als «éducateur de prévention» normaal antwoorden op vragen die de rechter hem stelt (Cass. fr., 4 november 1971, *J.C.P.*, 1972, II, 17256).

¹⁵ R.v.St., 30 september 1955, *Rec. jur. dr. adm.*, 1956, 100; Hof Brussel, 18 juni 1974, *Pas.*, 1975, II, 42; Hof Brussel, 8 maart 1972, *Rev. dr. pén. crim.*, 1971-72, 923; Hof Gent, 5 januari 1971, *R.W.*, 1970-71, 1714; Hof Gent, 12 april 1965, *Pas.*, 1965, II, 181; Hof Luik, 31 juli 1914, *Jur. Liège*, 1914, 322; Corr. Charleroi, 27 juni 1974, *J.T.*, 1975, 28; Rb. Charleroi, 16 mei 1963, *J.T.*, 1963, 472.

¹⁶ Hof Luik, 19 februari 1957, *J.T.*, 1958, 129-131, met noot van Ch. VAN REEPINGHEN.

¹⁷ Een korte, maar zeer degelijke kritische bespreking van het bankgeheim vindt men in een noot van CH. SAVALDA, onder Cass. fr., 30 januari 1975, en Trib. pol. Paris, 28 november 1974, *J.C.P.*, 1975, II, 18137.

van de zwijgplicht kunnen ontheffen¹⁸: alleen de wet is «*maître du secret*»¹⁹.

In art. 458 Sw. zelf is dit beginsel trouwens uitgedrukt: «(...) buiten het geval dat de wet hem verplicht die geheimen bekend te maken»²⁰. Verder beschrijft hetzelfde artikel een bepaald geval waarin de geheimhouder mag spreken, met name wanneer hij in rechte getuigt.

In een aantal cassatiearresten gaat men nog verder (*derde opvatting*) waar men stelt dat alleen de wetgever de regelen bepaalt welke vereist zijn voor het beschermen van het beroepsgeheim²¹. Deze derde opvatting lijkt o.i. slechts een bijzondere toepassing te zijn van de algemene strafrechtelijke regel *Nulla poena sine lege*. De tweede opvatting lijkt o.i. dan

¹⁸ Zie vordering van procureur-generaal J. MATTHIJS bij Hof Gent, 5 januari 1971, R.W., 1970-71, 1714-1717.

Arresten van de Raad van State die gebaseerd zijn op dit beginsel: R.v.St., 24 juni 1966, Arr. adv. R.v.St., 1966, nr. 11.909; R.v.St., 24 februari 1967, Arr. adv. R.v.St., 1967, nr. 12.241.

¹⁹ Hof Brussel, 8 maart 1972, Rev. dr. pén. crim., 1971-72, 923.

²⁰ Hier volgen enkele voorbeelden van wetten en K.B. die de zwijgplicht opheffen, i.v.m.: — geneesheren: art. 56 B.W.; art. 361 Sw.; K.B. 31 mei 1885, artt. 20 en 21; W. 4 juli 1962, art. 4 (betreffende gezondheidsstatistiek); — geslachtsziekten: K.B. 24 januari 1945, artt. 4 en 7; — beroepsziekten: gecoörd. wetten 3 juni 1970, art. 69; ziekteverzekering: W. 9 aug. 1963, artt. 36, 84, 96; — besmettelijke ziekten: K.B. 31 mei 1885, art. 23; K.B. 12 oktober 1922, artt. 2 en 13; K.B. 20 oktober 1964, artt. 11 en 12; K.B. 1 maart 1971; — inkomstenbelasting: W.I.B., artt. 235, 241; — ambtenaren van belastingen: W. 20 aug. 1957, artt. 20, 68, (gecoörd. wetten lager onderwijs); W. 2 sept. 1957, art. 10 (militie); art. 676 Ger. W.; — financiële instellingen t.a.v. echtgenoten: art. 218 B.W.; — paritaire commissies: W. 5 dec. 1968, art. 53; — registratierechten: registratiewetboek, art. 181 e.v.; — misbruik v. econ. macht: W. 27 mei 1960, art. 4; — vroedvrouwen: art. 56 B.W.; art. 361 Sw.; K.B. 16 oktober 1962, artt. 7 en 8; — beroepsactiviteit in kleine en middelgrote ondernemingen: W. 15 december 1970, art. 17.

Wel dient erop gewezen te worden dat een *formele wet* hier o.i. noodzakelijk is. Een K.B. volstaat niet. Vgl. KR. SCHUTYSER, *De geneeskundige controle in de sociale zekerheid*, Gent, 1973, blz. 265-266.

²¹ Cass., 10 juni 1968, R.W., 1968-69, 507; Cass., 23 december 1968, R.W., 1969-70, 566; Cass., 17 februari 1969, Pas., 1969, I, 531; Cass., 17 juni 1969, R.W., 1969-70, 618.

Bijzondere wetten of K.B. die het beroepsgeheim opleggen, al of niet met uitdrukkelijke verwijzing naar het beginselartikel 458 Sw.: — notarissen: W. 25 ventôse jaar XI, art. 23; — jeugdbescherming: W. 8 april 1965, art. 77; — bankrevisor: K.B. nr. 185, 9 juli 1935, art. 40; — bedrijfsrevisor: W. 22 juli 1953, art. 27 (+ K.B. 24 juli 1957, over strafreglement bedrijfsrevisor); — secretarissen ondernemingsraden: W. 20 september 1948, art. 30 (duidelijke verwijzing naar art. 458 Sw.); — nationale en region. investeringsmaatsch.: W. 2 april 1962, artt. 9 en 17 (duidelijke verwijzing naar art. 458 Sw.); — statistiek: K.B. 4 juli 1962, art. 18; — staatsambtenaren: K.B. 2 oktober 1927, art. 9, lid 2; — gezinshelpsters en bejaardenhelpsters: Min. Besl. 6 april 1967, art. 3, 3^o; — leden van de Bankcommissie: K.B. nr. 185, 19 juli 1935, art. 40; — leden van Centrum van Econ. studies, van sociale studie: K.B. 9 oktober 1959, art. 4, art. 20; — leden van het nat. comité voor econ. expansie: K.B. 25 nov. 1960, art. 9; — ondernemingsraden: K.B. 27 november 1973, art. 36; — W.I.B. art. 244; — ambtenaren posterijen: W. 26 dec. 1956, art. 28; — leden van prijzencommissie: K.B. 3 juni 1969, art. 8; — leden v. orde v. architecten: W. 26 juni 1963, art. 47; — leden van orde der geneesheren: K.B. 10 nov. 1967, art. 30; — leden van orde der dierenartsen: B.W. 16 december 1950, art. 21.

Wel dient hier opgemerkt te worden dat uiteindelijk de hoven en rechtbanken toch oordelen of alle voorwaarden vervuld zijn om van een schending van beroepsgeheim te kunnen spreken: zie Cass., 16 mei 1977, J.T., 1977, 528.

ook het best de absoluutheid van het beroepsgeheim rechtstechnisch weer te geven.

13. Indien de absoluutheid van het beroepsgeheim moet worden begrepen zoals uiteengezet, dan volgt daaruit dat de verplichting tot zwijgen noch door een K.B., noch door de rechter, noch door de geheimhouder, noch door derden-belanghebbenden zoals erfgenamen bv. van de overleden geheimgerechtigde, noch door de geheimgerechtigde zelf kan en mag worden opgeheven.

Dat noch de uitvoerende macht, noch de rechterlijke macht de zwijgplicht kan opheffen, wordt niet betwist.

Dat de belangen van de geheimhouder, van de geheimgerechtigde, of van derden-belanghebbenden in bepaalde omstandigheden, nooit voorrang zouden hebben op de zwijgplicht, wordt echter wel ter discussie gesteld.

In de hiervolgende nummers zal ieder van deze problemen nader onderzocht worden.

Een heel bijzonder geval werd vorig jaar door een cassatiearrest behandeld: de tuchtoverheid kan het beroepsgeheim van de advocaat lichten. Maar uiteindelijk is dit toch ook een toepassing van de algemene regel: formele wetten, *in casu* de artt. 456 e.v. Ger. W., die de advocaat verplichten tot eerlijkheid en loyaliteit t.a.v. de tuchtoverheid van de Orde, ontheffen hem van de zwijgplicht²².

14. De *geheimhouder* mag zonder twijfel het stilzwijgen verbreken, in de mate dat hij zichzelf in rechte moet verdedigen. Het algemeen rechtsbeginsel van de rechten van verdediging krijgt in dit geval de bovenhand²³.

Uit het absolute karakter van de zwijgplicht opgevat zoals onder nr. 13 beschreven, volgt echter dat de geheimhouder overigens geen appreciatierecht heeft omtrent het al of niet bekendmaken, het al of niet spreken, tenzij in het geval dat hij geroepen is om in rechte te getuigen²⁴. Ofschoon hij in laatstgenoemde omstandigheid zelf oordeelt of hij al dan niet mag spreken, toch gebeurt ook dit nog onder controle van

²² Cass., 3 juni 1976, R.W., 1976-77, 2050; Cass., 12 mei 1977, R.W., 1977-1978, 827; Hof Brussel (tuchtraad van beroep), 26 augustus 1976, J.T., 1977, 100, met noot van L. GOFFIN.

²³ Hof Brussel, 26 oktober 1960, J.T., 1961, 316; Rb. Oude-naerde, 11 februari 1898, Pas., 1902, III, 194. Vgl. L. MELENNEC, en J. SICARD, «Le secret professionnel et le médecin poursuivi», *Gaz. Pal.*, 1974, Doctr., blz. 84.

Het recht van verdediging betekent echter niet dat een geneesheer het beroepsgeheim zou mogen schenden, ten einde de honoraria te vorderen van de vader van zijn nog minderjarige patiënte die in het buitenland woonachtig is: Rb. Brussel, 28 maart 1900, Pas., 1900, III, 300.

²⁴ Cass., 15 maart 1948, Pas., 1948, I, 169; Cass., 23 juni 1958, Pas., 1958, I, 1180; Cass., 12 april 1976, Rev. dr. pén. crim., 1976-77, 917-919; Hof Gent, 9 januari 1900, Pas., 1900, II, 193; Hof Gent, 12 april 1965, R.W., 1965-66, 104-112; Corr. Luik, 19 augustus 1935, Rev. dr. pén. crim., 1935, 1233; Rb. Brussel, 17 april 1969, Rev. not. belge, 1974, 211; Vred. Luik, 20 december 1926, *jur. Liège*, 1927, 8.

de rechtbank²⁵. Volgens sommige auteurs heeft de geheimhouder slechts dit appreciatierecht, d.w.z. oordeelt erover of hij al dan niet zal spreken in zoverre zijn spreken mogelijkerwijze schade zou kunnen berokkenen aan de geheimgerechtigde zelf; het appreciatierecht heeft hij echter niet indien het verzwijgen van het geheim uiteindelijk de geheimgerechtigde zou schaden²⁶.

En toch moet het voorgaande genuanceerd worden. Het is waar dat de geheimhouder zelf niet oordeelt of hij al dan niet behoort tot de personen die door art. 458 Sw. bedoeld zijn: het zijn de hoven en rechtbanken die dat uitmaken²⁷. Toch moet hijzelf wel oordelen — weliswaar onder controle van de rechter —, of een bepaalde kennis al of niet een «toevertrouwd geheim» is, d.w.z. dat hijzelf toch mede oordeelt of één van de elementen die vereist zijn voor het misdrijf, vervuld is. In dat verband zal de rechter er vooral over oordelen of hetgeen gezegd tot het geheim behoort, moet worden beschouwd als vallende «binnen het kader van de beroepsuitoefening»²⁸.

15. Mag de geheimgerechtigde de zwijgplicht van de geheimhouder opheffen?

Volgens de «absolutistische» opvatting mag dat niet: alleen de wet kan de zwijgplicht opheffen.

In de rechtspraak zijn er niettemin gevallen waarbij rekening wordt gehouden met de uitdrukkelijke toestemming van de geheimgerechtigde²⁹. In een recent arrest spreekt het Hof van Cassatie zich niet uit over de principiële vraag of de geheimgerechtigde de zwijgplicht kan lichten, maar sluit dit in elk geval niet uit³⁰. In een ander geval oordeelde de rechtbank van Brussel dat de geneesheer die een *de cuius* had verzorgd, terecht meende dat hij mocht spreken omdat «le *de cuius* l'aurait en connaissance de cause, délié du secret pour autant qu'il s'agisse de secret»³¹.

²⁵ Cass., 23 juni 1958, *Pas.*, 1958, I, 1180; Hof Gent, 9 januari 1900, *Pas.*, 1900, II, 193, *J.T.*, 1900, 102, *B.J.*, 1900, 662, *P.P.*, 1900, 128, *Fl. Jud.*, 1900, 56; Hof Gent, 25 februari 1914, *Pas.*, 1914, II, 156; Rb. Antwerpen, 22 januari 1944, *Pas.*, 1945, III, 65; Rb. Brussel, 17 april 1969, *Rev. not. belge*, 1974, 211.

²⁶ Hof Brussel, 16 december 1957, *J.T.*, 1958, 90, met *obs.* van L. CARLIER.

²⁷ Corr. Charleroi, 30 mei 1968, *J.T.*, 1968, 514; Rb. Verviers, 18 december 1913, *Pas.*, 1914, III, 313. Kan men hier spreken van een verborgen toetsingsrecht van wetten en K.B. door de hoven en rechtbanken? Door na te gaan of alle elementen van het misdrijf vervuld zijn, spreken de hoven en rechtbanken zich op deze wijze uit over hetgeen bijzondere wetten en K.B. voorschrijven.

²⁸ Cass. fr., 21 juni 1973, *D.S.*, 1974, 16.

²⁹ R.v.St., 24 april 1974, nr. 16.387, *Arr. R.v.St.*, 1974, 463; Hof Brussel, 16 maart 1957, *Jur. Comm. Brux.*, 1958, 209; Rb. Luik, 16 februari 1949, *Pas.*, 1949, III, 92; Rb. Leuven, 29 mei 1884, *Pas.*, 1884, III, 230 (het standpunt van de rechtbank wordt echter tegengesproken door het O.M. in *Advies* bij Cass., 18 juli 1884, *Pas.*, 1884, I, 285; Arrbrb. Brussel, 3 juni 1977, *J.T.*, 1977, 627).

³⁰ Cass., 4 april 1974, *Pas.*, 1974, I, 814.

³¹ Rb. Brussel, 17 april 1974, *Rev. not. belge*, 1974, 211.

De toestemming tot spreken door de geheimgerechtigde gegeven, neemt ongetwijfeld de strafbaarheid weg van de schending van het geheim. Het lijkt o.i. een bijzondere toepassing te zijn van het algemene rechtsbeginsel *Volenti non fit iniuria*³². Wat nog niet wil zeggen dat de geheimhouder dan moet spreken: de toestemming heft de strafbaarheid op, maar de geheimhouder oordeelt zelf of hij van deze toestemming gebruik gaat maken.

Dit wordt trouwens door de *Code van geneeskundige plichtenleer*, opgesteld door de *Nationale Raad van de Orde van de geneesheren*, in 1975 bevestigd: «De verklaring van een zieke waarbij hij de geneesheer van zijn zwijgplicht ontheft, volstaat niet om de geneesheer van zijn verplichting te ontslaan» (art. 64).

Het hier besproken probleem staat in verband met een aanverwante vraag: geldt het zwijgrecht van de geheimhouder ook t.a.v. de geheimgerechtigde zelf? Wie meent dat hierop een positief antwoord moet worden gegeven, zal meestal niet geneigd zijn de geheimgerechtigde te machtigen om de zwijgplicht van de houder op te heffen³³.

In ieder geval moet de geheimhouder spreken indien een hoger belang van de geheimgerechtigde op het spel staat: de zwijgplicht van de eerstgenoemde kan dan vanzelfsprekend aan de geheimgerechtigde niet tegenstelbaar zijn³⁴. Een onbepaald zwijgrecht, tegen de belangen van de geheimgerechtigde zelf, zou een misbruik zijn, en dan zou het beroepsgeheim een privilege worden voor bepaalde personen terwijl het een maatregel is in het belang voor allen³⁵. Het beroepsgeheim mag nooit dienen als dekmantel, als «un silence complice d'erreur ou d'iniquité»³⁶.

16. Naast de belangen en rechten van de geheimhouder en van de geheimgerechtigde, zijn er tenslotte de belangen en rechten van derden. Laatstgenoemden kunnen, in hun bewijsvoering in rechte, gehinderd worden door het beroepsgeheim, door de zwijgplicht van een bepaalde geheimhouder.

³² Vgl. L. MELENNEC en G. BELLEIL, «Le secret professionnel médical à l'égard de la famille», *Gaz. Pal.*, 1974, Doctr., blz. 832.

³³ Een vooraanstaand Frans auteur, R. SAVATIER, verzet zich sedert jaren tegen deze absolutistische opvattingen. Zie o.a. zijn commentaar bij Cass. fr., 22 december 1966, *J.C.P.*, 1967, II, 15126.

Volgens sommigen behoort het medisch dossier toe aan de patiënt zelf: in dat geval kan er geen sprake zijn van zwijgplicht tegenover de patiënt. Vgl. K. DASSEN, «Beroepsgeheim en informatieverplichting», *Ars Aequi*, 1976, 628-645. Anders: volgens een vonnis in 1938 uitgesproken, zijn medische dossiers eigendom van het ziekenfonds (Rb. Verviers, 21 november 1938, *Pas.*, 1938, III, 65), en in het hierboven reeds aangehaalde werk van SCHUTYSER stelt de auteur dat tegenover de patiënt geen beroepsgeheim bestaat; cf. SCHUTYSER, o.c., nr. 339, blz. 274.

³⁴ Hof Brussel, 16 december 1957, *Pas.*, 1958, II, 42, *J.T.*, 1958, 90, met noot van L. CARLIER. Franse rechtspraak: Cass. fr., 28 januari 1966, *D.S.*, 1967, 447; Hof Parijs, 13 juli 1973, *D.S.*, 1974, 16; Conseil d'Etat, 24 oktober 1969, *D.S.*, 1969, 732, met conclusie van G. GUILLAUME.

³⁵ Cass., 23 juni 1958, *Pas.*, 1958, I, 1180.

³⁶ Hof Luik, 31 maart 1966, *J.T.*, 1966, 389.

We staan hier voor het conflict tussen het beroepsgeheim en de regelen van de bewijsvoering.

In *strafzaken* wordt algemeen aanvaard dat aan de eisen van een goede bewijsvoering, geen prioriteit mag worden verleend boven het eerbiedigen van de zwijgplicht: «La justice doit céder le pas au devoir professionnel; si la justice est intéressée à ce que les traces du crime soient découvertes, elle a aussi l'intérêt, non moins sacré de maintenir la sûreté des relations des citoyens»³⁷. Dit is een beginselverklaring, vijftig jaar geleden uitgesproken i.v.m. een vertrouwelijke brief, door een officier van de gerechtelijke politie ontvangen, waarin inlichtingen omtrent een verdachte werden gegeven: de schrijver van de brief wenste nochtans dat zijn naam niet bekend gemaakt werd, ten einde weerwraak te vermijden. De officier van gerechtelijke politie, voor de rechter geroepen om in rechte te getuigen, weigerde deze naam bekend te maken. Niemand zal er aanstoot aan nemen dat in dit geval de zoëven aangehaalde beginselverklaring van de advocaat-generaal Jottrand toegepast werd. Maar er kunnen zich andere situaties voordoen waarin dit beginsel minder overtuigend klinkt: moeten bv. in het geval van kapingen, ontvoeringen of georganiseerde terreurdaden, de eisen van een doelmatige opsporing wijken voor het principe van de geheimhouding? Een positief antwoord hierop is onredelijk. In het geval van mishandeling van minderjarigen bv. is het duidelijk voor iedereen dat de geheimhouding die de geneesheer verschuldigd is t.a.v. zijn patiënt — vader of moeder van de minderjarige —, moet wijken voor de eisen van de gerechtelijke opsporing. Daaraan moest nog onlangs worden herinnerd in een proces te Rennes waar een sociale assistente geweigerd had hierover in rechte te getuigen. Het hof van beroep oordeelde: «(..) une vue étroite du secret professionnel doit céder devant les intérêts impérieux et supérieurs de la justice»³⁸.

Toch mag men het beginsel door Jottrand in herinnering gebracht, niet te vlug volledig in twijfel trekken: in de rechtsstaat behouden ook de grootste en gevaarlijkste misdadigers fundamentele rechten, met name het recht van verdediging, het recht om zich in vertrouwen te kunnen wenden tot een advocaat of tot een geneesheer³⁹. Men staat hier trouwens zeer vlug voor de keuze: ofwel de rechtsstaat behouden, ofwel de weg naar een politiestaat opgaan.

Het hier ingenomen standpunt omtrent het conflict tussen de zwijgplicht en de eisen van een deugdelijke

bewijsvoering in strafzaken, geldt vanzelfsprekend slechts in zoverre het de bewijsvoering betreft in het voordeel van derden, in de eerste plaats het gerecht zelf, en niet de bewijsvoering in het voordeel van de geheimhouder of de geheimgerechtigde. Voor laatstgenoemde wijkt de zwijgplicht wel voor een goede bewijsvoering. En wat de geheimhouder betreft, werd onder nr. 14 erop gewezen wanneer het stilzwijgen verbroken mag worden.

In *burgerlijke zaken* is het principe volgens welke prioriteit verleend wordt aan de *zwijgplicht* van de geheimhouder boven het *bewijsrecht* van *derden-belenghebbenden* in de laatste decennia een paar keren in de rechtspraak ter discussie gesteld. In 1950 werd door de rechtbank van Antwerpen geoordeeld dat erfgenamen de geneesheer van zijn beroepsgeheim kunnen ontheffen⁴⁰. Belangrijk eveneens is het standpunt daaromtrent ingenomen door Ch. Van Reepinghe, naar aanleiding van een arrest van het Franse Hof van Cassatie: deze auteur was de mening toegedaan dat het bewijsrecht van derden-belanghebbenden, *in casu* erfgenamen, voorrang kan hebben op de zwijgplicht, op voorwaarde dat de belangen van de erflater en van de erfgenaam zonder enige twijfel samenvallen⁴¹. Overeenkomstig de zoëven vermelde restrictieve voorwaarde oordeelde het Hof van Beroep te Brussel in 1972 dat geneesheren geen medische getuigschriften omtrent de zwakzinnigheid van hun inmiddels overleden patiënt, aan de erfgenamen van laatstgenoemde mogen verstrekken, ten einde een testament ongeldig te horen verklaren⁴². In 1976 oordeelt het Hof van Beroep te Brussel: «Attendu que l'obligation au secret existe même à l'égard de personnes décédées, sauf levée du secret par les héritiers; que cette exception n'est toutefois admise que dans la mesure indispensable à la sauvegarde des intérêts moraux du défunt ou celle des intérêts moraux et matériels de ses successeurs»⁴³.

De hier besproken standpunten zijn echter uitzondering in de Belgische rechtspraak en rechtsleer: in de meeste gevallen is men in ons land van oordeel dat erfgenamen, zelfs al vallen hun belangen samen met de belangen van de erflater, de geheimhouder van zijn zwijgplicht niet kunnen ontslaan⁴⁴.

³⁷ Cass., 22 maart 1926, *Pas.*, 1926, I, 310, met conclusie van de advocaat-generaal M. JOTTRAND.

³⁸ Hof Rennes, 10 februari 1977, *Gaz. Pal.*, 1977, nrs. 135-137, blz. 18.

³⁹ Cass., 14 juni 1965, *Pas.*, 1965, I, 1202; Hof Brussel, 30 november 1963, *J.T.*, 1964, 264; Hof Brussel, 18 juni 1974, *Pas.*, 1975, II, 42. Vgl. de algemene beschouwingen van P. VERMEYLEN, «Het beroepsgeheim van de sociale assistent», in *Liber Amicorum H. BEKAERT*, Gent, 1977, blz. 454-455.

⁴⁰ Rb. Antwerpen, 3 februari 1950, *R.W.*, 1949-50, 1554. Er dient echter opgemerkt te worden dat de geneesheer in dat geval niet het geheim bekend maakte omdat de erfgenamen hem daartoe gemachtigd hadden, maar gewoonweg omdat hij in rechte kwam getuigen over de geestestoestand van een overleden patiënt (het betrof een eis strekkende tot nietigverklaring op grond van art. 901 B.W.).

⁴¹ Cass., fr., 22 januari 1957, *J.T.*, 1957, 717, met noot van CH. VAN REEPINGHEN.

⁴² Hof Brussel, 8 maart 1972, *Rev. dr. pén. crim.*, 1971-72, 923.

⁴³ Hof Brussel, 27 oktober 1976, *J.T.*, 1977, 624.

⁴⁴ Hof Luik, 15 januari 1957, *J.T.*, 1958, 130; Hof Luik, 19 februari 1957, *J.T.*, 1958, 129, met noot CH. VAN REEPINGHEN; Hof Gent, 24 juni 1963, *R.W.*, 1963-64, 1128, *R.G.A.R.* 1964, 7342; Hof Brussel, 13 oktober 1964, *Pas.*, 1965, II, 239; Hof Gent, 12 april 1965, *R.W.*, 1965-66, 104; Hof Brussel, 3 januari

In de reeds geciteerde *Code* van de orde van de geneesheren wordt deze opvatting bekrachtigd in art. 65 : «De dood van een zieke ontheft de geneesheer niet van zijn beroepsgeheim. De erfgenamen kunnen er hem evenmin van ontslaan of erover beschikken». M.a.w. *la mort emporte son secret*. Maar zoals i.v.m. de geheimhouding in strafzaken werd opgemerkt dat een te strak beginsel zoals door Jottrand geformuleerd, zeer twijfelachtig, en onredelijk wordt in bepaalde situaties, zo ook moet hier erop gewezen worden dat er zich toch gevallen kunnen voordoen waarin het volkomen redelijk zou zijn dat de geneesheer (of andere geheimhouders) het geheim mogen prijsgeven. Is het niet redelijk dat de erfgenamen van een persoon die na een verkeersongeval lang in de kliniek verzorgd werd en dan overleed, een medisch attest kunnen verkrijgen van de verzorgende geneesheer, ten einde eventueel een proces te kunnen voeren tegen de dader van het ongeval of (en) de verzekeringsmaatschappij⁴⁵? Toch dient onmiddellijk te worden opgemerkt dat hier meestal geen sprake zal zijn van een echt geheim: de gegevens omtrent de verwondingen opgelopen bij een ongeval waarover de geneesheer in voorkomend geval een attest zou opmaken, zullen niet als geheimen gekwalificeerd worden.

Het algemeen beginsel is dus: een geneesheer mag geen medisch attest omtrent de ziekte-toestand van de overleden erflater afleveren aan de belanghebbende erfgenamen. In dezelfde zin werd geoordeeld dat een notaris die bij een stervende geroepen wordt om een testament op te maken, zich niet rechtstreeks, buiten weten van de stervende, tot de verzorgende geneesheer mag wenden ten einde een medisch verslag te verkrijgen: hij moet de kandidaat-erflater zelf verzoeken hem een medisch attest te bezorgen⁴⁶. Een medisch verslag aan een notaris bezorgen mag immers niet gelijkgesteld worden met «in rechte getuigen»⁴⁷.

Tot besluit zou men de volgende bedenking kunnen maken: het gaat in de meeste gevallen over de bewijsvoering omtrent de ziekte-toestand van de erflater. Er zijn blijkbaar gevallen waar de belangen van de erfgenamen samenvallen met de belangen van de overledene. En worden de erfgenamen althans be-

treffende de morele belangen waartoe de geneeskundige verzorging behoort, niet als «voortzetters van de persoon van de *de cuius*» door het recht beschouwd? Zijn zij dan nog derden in de echte zin van het woord⁴⁸? Hiertegen kunnen echter onmiddellijk bezwaren gemaakt worden. Er moet immers nagegaan worden of de belangen van *alle* erfgenamen samenvallen met de belangen van de overledene: dit is een moeilijke feitenkwestie, en heel dikwijls zullen erfgenamen trouwens tegenstrijdige belangen hebben.

17. T.a.v. van het in het vorig nummer besproken probleem, zijn de rechtspraak en de rechtsleer in Frankrijk in hun standpunt meer verdeeld en minder strak dan in België. Een belangrijke strekking pleit ervoor dat het recht op een goede bewijsvoering opweegt tegen het beroepsgeheim, in het geval van erfgenamen en overlevende familieleden die in het belang van de *de cuius* optreden, of van wie gezegd kan worden dat hun eigen belang toch met het belang van de *de cuius* samenvalt⁴⁹.

De zoëven vermelde voorwaarde — samenvallen van het belang van de derde-belanghebbende⁵⁰ met het belang van de *de cuius*, die de geheimgerechtigde was — is dikwijls wel vervuld in hoofde van de erfgenamen, maar is niet vervuld in het geval van een verzekeringsmaatschappij die erop uit is over het medisch dossier van een slachtoffer bij een dodelijk verkeersongeval te worden ingelicht⁵¹.

⁴⁸ Vgl. Hof Brussel, 24 maart 1905, *B.J.*, 1905, 530. Daar-tegenover staat het standpunt dat het recht op geheimhouding een persoonlijk recht is en niet overgaat op erfgenamen: Hof Luik, 19 februari 1957, *J.T.*, 1958, 129; Hof Gent, 12 april 1965, *R.W.*, 1965-66, 104 (vooral 107). Een zeer bijzonder probleem i.v.m. de bewijsvoering wordt gesteld door art. 1975 B.W.: zie Hof Brussel, 16 maart 1957, *Jur. comm. Brux.*, 1958, 209, *P.A.*, 1958, 45.

⁴⁹ Hier volgt de verwijzing naar enkele belangrijke Franse arresten en vonnissen in deze aangelegenheid; er gaat meestal een niet minder belangrijke commentaar mee gepaard: Cass. fr., 26 mei 1964, *J.C.P.*, 1964, II, 13751; Cass. fr., 14 oktober 1954, *J.C.P.*, 1955, II, 8644, met noot van A. CHAVANNE; Cass. fr., 22 januari 1957, *D.*, 1957, 445, met noot van SAVATIER; Cass. fr., 12 juni 1958, *J.C.P.*, 1959, II, 10940; Cass. fr., 22 december 1966, *D.S.*, 1967, 122, met *Rapport* van COMBALDIEU; Cass. fr., 27 juni 1967, *J.C.P.*, 1968, II, 15411, met noot van R. SAVATIER; Cass. fr., 29 april 1968, *J.C.P.*, 1968, II, 15570; Cass. fr., 13 oktober 1970, *D.S.*, 1970, 765, met belangrijk advies van de eerste advocaat-generaal LINDON, waarin een overzicht van de standpunten van het Franse Hof van Cassatie ter zake sedert de zestiger jaren, met een duidelijk verschil tussen de burgerlijke kamer en de strafkamer, gegeven wordt; Trib. Lille, 24 februari 1959, *J.C.P.*, 1959, II, 10994; Grenoble, 22 mei 1957, *J.C.P.*, 1957, II, 10246, met noot van R. SAVATIER. In de motivering van dit laatste vonnis wordt gezegd: «(...) l'héritier ne peut, dans son seul intérêt, et sans faire état d'une autorisation expresse ou tacite du *de cuius*, utiliser une attestation par laquelle le médecin du défunt a caractérisé les données de son affection.» In zijn commentaar levert SAVATIER een o.i. zeer pertinente kritiek op dit standpunt.

Rechtsleer: o.a. J. PRADEL, «L'incidence du secret médical sur le cours de la justice pénale», *J.C.P.*, 1969, I, 2234.

⁵⁰ «Derde» t.a.v. het beroepsgeheim, d.w.z. een persoon die niet de geheimhouder, noch de geheimgerechtigde is.

⁵¹ Cass. fr. (crim.), 17 mei 1973, *J.C.P.*, 1974, II, 17712, met noot van G. ROSENTHAL, *D.S.*, 1973, 582, met noot van P.J. DOLL.

Vgl. Belgische rechtspraak: Hof Brussel, 13 oktober 1964, *Pas.*, 1965, II, 239; Hof Gent, 12 april 1965, *R.W.*, 1965-66, 104; Hof Brussel, 27 oktober 1976, *J.T.*, 1977, 624.

1972, *Pas.*, 1972, II, 56; Hof Brussel, 8 maart 1972, *Rev. dr. pén. crim.*, 1971-72, 923 e.v. (met verwijzingen naar de Belgische rechtsleer); Hof Bergen, 9 december 1975, *Pas.*, 1976, II, 159; Rb. Brussel, 13 november 1948, *Pas.*, 1949, III, 47.

⁴⁵ Vgl. VAN REEPINGHEN in *Obs.* onder Cass. fr., 22 januari 1957, *J.T.*, 1957, 717.

⁴⁶ Hof Brussel, 15 maart 1971, *Pas.*, 1971, II, 190.

⁴⁷ «In rechte getuigen» moet in enge zin geïnterpreteerd worden: vóór een deskundige een verklaring afleggen is niet in rechte getuigen. Vgl. Hof Brussel, 11 maart 1969, *Pas.*, 1969, II, 32. Overeenkomstig art. 7, 5°, van de wet van 18 juni 1850, mag de verzorgende geneesheer echter aan de notaris, belast door een familie met de vereffening van een nalatenschap, wel inlichtingen verstrekken omtrent de ziekte-toestand van zijn patiënt ten einde maatregelen te kunnen treffen zoals collocatie, onbekwaamverklaring, benoeming van een gerechtelijk raadsman. Vgl. Hof Brussel, 3 januari 1972, *Pas.*, 1972, II, 56.

In dezelfde zin weigert het Franse Hof van Cassatie de opheffing van de zwijgplicht van de geneesheer te erkennen in het geval dat een echtgenoot, tijdens een echtscheidingsprocedure, wenst een geneesheer als getuige op te roepen die de andere echtgenoot vóór hun huwelijk verzorgd had, vermoedelijk wegens een geslachtsziekte⁵². Men mag echter niet uit het oog verliezen dat de Franse rechtspraak en rechtsleer *in principe* strenger zijn dan de Belgische: het beginselartikel in het Franse Strafwetboek is minder ruim dan het Belgische art. 458: «in rechte getuigen» wordt er niet uitdrukkelijk als een door de wet voorziene eventuele uitzondering op de zwijgplicht vermeld.

Uit dit strakke principiële standpunt volgt dan dat ze in de casuïstiek naar een grotere interpretatievrijheid zoeken: in de burgerlijke zaken is daar uiteraard meer mogelijkheid toe dan in strafzaken.

18. Hierboven werd gepoogd het absolute karakter van de zwijgplicht precies te omschrijven: het absolute is erin gelegen dat *alleen de wet* de zwijgplicht kan opheffen.

Het absolute wordt echter overdreven en men verliest alle zin voor maat en proporties zodra het beroepsgeheim op zich als waarde gaat gelden, en niet langer gezien wordt in verhouding tot het fundamentele recht op waarheid.

Op een bijkomend aspect van het beroepsgeheim dat in verband staat met het absolute karakter ervan, dient hier nog te worden gewezen: wat is de draagwijdte van het geheim in de tijd, hoelang blijft de zwijgplicht gelden?

Algemeen wordt aanvaard dat het beroepsgeheim verschuldigd blijft, ook na het overlijden van de geheimgerechtigde⁵³. Zou daarop uitzondering gemaakt kunnen worden «in het belang van de geschiedenis» door personen die door het beroepsgeheim gebonden zijn, maar, een aantal jaren na de gebeurtenissen, menen de juiste historische toedracht van deze feiten, of van de rol die bepaalde personen hierbij speelden, te moeten toelichten?

I.v.m. het politieke proces van Pétain werd deze vraag in de zestiger jaren gesteld: de Franse rechtspraak liet er geen twijfel over bestaan dat althans het geheim van de beraadslaging van juryleden niet mag worden geschonden⁵⁴.

19. Heeft het zogenaamde absolute karakter van het beroepsgeheim iets te maken met het feit dat het beroepsgeheim van openbare orde is? De twee begrippen dekken ongetwijfeld elkaar niet volkomen. De wetgeving omtrent het beroepsgeheim wordt beschouwd als behorende tot de openbare orde, ook al houdt men er een relativistische opvatting op na omtrent de zwijgplicht. Het beroepsgeheim is van openbare orde⁵⁵ omdat er een strafrechtelijke regeling voorhanden is en omdat het algemeen belang er voorrang heeft op het particuliere.

Het algemeen en particulier belang moeten hier gezien worden i.v.m. de tweeledige grondslag van de wetgeving omtrent het beroepsgeheim: vooreerst het belang dat de geheimgerechtigde erbij heeft dat de geheimen die hij toevertrouwde, door de geheimhouder geëerbiedigd worden (particulier belang), en voorts, betreffende bepaalde beroepen, de betrouwbaarheid die gewaarborgd moet blijven, met het oog op het degelijk uitoefenen van deze beroepen (algemeen belang)⁵⁶.

Uit de voorrang die het algemeen belang heeft op het particuliere, volgt o.a. dat het niet relevant is voor het toepassen van de strafwet dat door de schending van de zwijgplicht, aan de geheimgerechtigde zelf geen schade wordt berokkend of zelfs kan worden berokkend⁵⁷. De eventuele schade die de geheimgerechtigde kan ondervinden, is immers niet de grondslag; deze is gelegen in «le bien public en général qui a intérêt à voir ce secret garanti de façon absolue»⁵⁸. Het beroepsgeheim mag nooit *misbruikt*

⁵⁵ Dat het beroepsgeheim van openbare orde is, wordt herhaalde malen in de rechtspraak bevestigd: Cass., 27 maart 1905, *Pas.*, 1905, I, 176, met conclusies van de procureur-generaal M. JANSSENS; Cass., 23 juni 1958, *Pas.*, 1958, I, 1180; Hof Gent, 24 juni 1963, *R.W.*, 1963-64, 1128, *R.G.A.R.* 1964, 7342; Hof Brussel, 13 oktober 1964, *Pas.*, 1965, II, 239; Hof Gent, 12 april 1965, *R.W.*, 1965-66, 104; Hof Gent, 5 januari 1971, *R.W.*, 1970-71, 1714, met vordering van de procureur-generaal J. MATTHYS; Hof Brussel, 8 maart 1972, *Rev. dr. pén. crim.*, 1971-72, 923; Hof Brussel, 18 juni 1974, *Pas.*, 1975, II, 42.

⁵⁶ In een recent arrest wordt van deze tweeledige grondslag een goede synthese gegeven in de motivering: «Overwegende dat het beroepsgeheim van de advocaat zijn grondslag vindt in de noodzakelijkheid aan de beoefenaars van dit beroep de nodige waarborgen van betrouwbaarheid te geven, en dit in het algemeen belang, opdat allen die zich tot hen in vertrouwen wenden, de zekerheid zouden hebben dat zij hen, zonder gevaar voor onthulling aan derden, hun geheimen kunnen toevertrouwen» (Hof Brussel, 18 juni 1974, *Pas.*, 1975, II, 42). I.v.m. de grondslag, zie ook: Hof Brussel, 30 november 1963, *J.T.*, 1964, 264; Hof Luik, 31 maart 1966, *J.T.*, 1966, 389; Rb. Luik, 27 oktober 1938, *Pas.*, 1938, III, 45; Rb. Charleroi, 16 mei 1963, *J.T.*, 1963, 472; Rb. Charleroi, 30 mei 1968, *J.T.*, 1968, 514 (de beroepsgeheimen «n'existent qu'en raison de ce qu'ils sont impérieusement et nécessairement postulés par l'exercice d'une profession et d'une fonction»); Vred. Verviers, 27 juli 1900, *Pas.*, 1901, III, 20. Cf. Conseil d'Etat fr., 24 oktober 1969, *D.S.*, 1969, 732, met conclusie van G. GUILLAUME.

⁵⁷ Hof Gent, 12 april 1965, *R.W.*, 1965-66, 104.

⁵⁸ Rb. Luik, 27 oktober 1938, *Pas.*, 1938, III, 45. Cf. de conclusie van de procureur-generaal M. JANSSENS, bij Cass., 20 februari 1905, *Pas.*, 1905, I, 141: «Le secret professionnel n'est pas un privilège accordé à certaines personnes: il est la conséquence nécessaire des rapports qui peuvent s'établir entre un citoyen et celui dont le ministère lui est nécessaire.»

⁵² Cass. fr. (civ.), 1 maart 1972, *D.S.*, 1972, 435.

⁵³ Hof Gent, 24 juni 1963, *R.W.*, 1963-64, 1128; Hof Brussel, 13 oktober 1964, *Pas.*, 1965, II, 239; Hof Brussel, 3 januari 1972, *Pas.*, 1972, II, 56; Hof Brussel, 27 oktober 1976, *J.T.*, 1977, 624; Rb. Brussel, 28 april 1967, *Pas.*, 1968, III, 20. Anders: Hof Luik, 31 maart 1966, *J.T.*, 1966, 389, en noot in *Rev. dr. pén. crim.*, 1965-66, 999.

⁵⁴ Over het prijsgeven van het geheim van de beraadslaging van de juryleden, in de zaak PÉTAIN: Parijs, 9 november 1966, *J.C.P.*, 1968, II, 15368, met noot van R. DE LESTANG. Zie commentaar op dit geval bij R. FLORIOT, en R. COMBALDIEU, *Le secret professionnel*, Flammarion, 1973, blz. 179 e.v.

worden in het voordeel van een particulier : bv. omdat laatstgenoemde niet wil in rechte getuigen, of, erger nog, het beroepsgeheim als dekmantel wil gebruiken voor fouten en vergissingen die bij de beroepsuitoefening begaan werden⁵⁹.

IV. Besluit

20. Het «absolute» van het beroepsgeheim betekent dat alleen een formele wet de geheimhouder van de zwijgplicht kan ontheffen. De interpretatiemogelijkheid is dus, zowel voor de geheimhouder als voor de rechter, uiterst klein. Naast een formele wet die een uitzondering kan scheppen op de zwijgplicht, is er bovendien de regel die art. 458 Sw. zelf bepaalt : bij het in rechte getuigen, mogen steeds de toevertrouwde geheimen bekendgemaakt worden. Het absolute karakter heeft bijgevolg een zeer precieze betekenis. Daaruit volgt dat men het beroepsgeheim niet verder mag verabsoluteren, in de zin van «le silence, quand même et toujours» : deze absolutistische neiging verheft het geheim immers boven ieder wettelijke regeling, terwijl de «absolute» opvatting, het beroepsgeheim precies binnen een wettelijke regeling houdt, weliswaar zonder veel bewegingsvrijheid en soepelheid. Toegeven aan de verabsoluterende strekking plaatst de hele kwestie in een verkeerd perspectief : de plicht tot geheimhouding moet altijd gezien worden i.v.m. de plicht op het meedelen van waarheid. Alle subjectieve rechten zijn trouwens relatief ; er zijn geen absolute rechten. De geschiedenis van het eigendomsrecht in de negentiende eeuw, moet er ons voor behoeden een hypostasering door te voeren op het gebied van de geheimhouding, zoals vorige eeuw op het gebied van de eigendom. Het gevaar is niet denkbeeldig en de vergelijking ligt voor de hand : het geheim opvatten als een uiterst waardevol element van het vermogen, is verleidelijk.

Is er dan toch een versoepeling wenselijk ?

Hier moet onderscheid gemaakt worden tussen de strafrechtelijke en de burgerrechtelijke aspecten van het probleem.

Strafrechtelijk zou een versoepeling betekenen dat de strenge regel van de geheimhouding in bepaalde gevallen opgeofferd wordt aan de eisen van een doelmatige opsporing en beteugeling van misdadigheid. Maar, zoals in de loop van het betoog werd opgemerkt, is de stap van een rechtsstaat naar een politiestaat langs deze weg en op die wijze vlug gezet. Uiterste waakzaamheid is dan ook geboden, en er dient heel wat afgewogen te worden alvorens daartoe over te gaan.

Burgerrechtelijk betekent een versoepeling van de geheimhouding, het doorbreken van de ene cirkel binnen welke het geheim nu opgevat wordt als een

rechtsgoed van één persoon, met name de geheimge-rechtigde.

In de mate dat de geheimhouding wordt beschouwd als noodzakelijkerwijze correlatief met een recht op het vernemen van particuliere waarheden, in hoofde van andere personen, b.v. familieleden, naastbestaande erfgenamen, enz... kan het geheim niet langer beschouwd worden als besloten binnen één cirkel, maar moet de geheimhouding worden gezien binnen een *communicatieveld* bestaande uit meerdere concentrische cirkels⁶⁰. Maar ook hier schuilt een gevaar in : niet het gevaar van een rechtsstaat vrij vlug de weg op te gaan naar een politiestaat, maar het gevaar voor nog groter rechtsonzekerheid : wanneer mag de binnenste cirkel doorbroken worden, — d.w.z. in welke gevallen mag dan het geheim prijsgegeven worden, ten voordele van derden —, en wie oordeelt daarover ? Versoepeling betekent op burgerrechtelijk gebied, meer interpretatievrijheid laten aan het oordeel van de betrokkenen op een uiterst delicaat terrein ; en de vraag is of dit wenselijk is. Of kan de wettelijke regeling zelf soepeler gemaakt worden ?

21. In 1975 werden in Frankrijk voorstellen gedaan, i.v.m. het medisch geheim en het opheffen van de zwijgplicht ter zake. Hier volgt de tekst van het voorstel :

«Toutefois, la révélation sera autorisée dans les cas suivants :

- 1) Si elle a lieu avec le consentement exprès de la personne intéressée au maintien du secret, de ses héritiers ou légataire universel.
- 2) Si elle est faite à une personne soumise elle-même au secret et dans le seul but d'apporter au malade des soins nécessaires.
- 3) Si, en dehors de toute interdiction préalable du patient, elle a lieu sur l'injonction motivée d'une juridiction.
- 4) Si elle donne au praticien la possibilité de se défendre en justice contre les attaques du détenteur du secret.
- 5) Si elle doit permettre une mesure de protection sanitaire rendue nécessaire par l'intérêt général et justifiée par l'état de nécessité.
- 6) Si elle est expressément autorisée par la loi.

Enfin, tous renseignements pourront avec l'accord du patient, être transmis aux seuls médecins des organismes de sécurité sociale et des compagnies d'assurances»⁶¹.

Deze voorstellen betreffen enkel het medisch beroepsgeheim. Maar vooral omtrent dit beroepsgeheim heerst de grootste rechtsonzekerheid.

22. Tenslotte kan worden gesteld dat art. 458 Sw., voor de meeste beroepsgeheimen, nog altijd een duidelijke en verantwoorde norm geeft. Het artikel vermeldt twee uitzonderingen op het volstreekte stilzwijgen : het in rechte getuigen, en een formele wet. Op die wijze zijn zowel uitgesloten de relativistische strekking die alle criteria inzake het beroepsgeheim bijna volledig aan het oordeel van de betrokkenen wil overlaten, als de absolutistische strekking die strenger wil zijn dan de wet zelf. Deze absolutistische tendens komt vooral tot uiting in de deontologische

⁵⁹ Cass., 27 maart 1905, *Pas.*, 1905, I, 176 ; Brussel, 16 december 1957, *Pas.*, 1958, II, 42, *J.T.*, 1958, 90, met noot van L. CARLIER ; Hof Luik, 31 maart 1966, *J.T.*, 1966, 389.

⁶⁰ Vgl. SCHUTYSER, o.c., blz. 273.

⁶¹ N.J. MAZEN, «Le secret des praticiens de la santé : mythe ou réalité, *Gaz. Pal.* 1975, nrs. 218-219, blz. 4.

regels van bepaalde beroepen. Dit veroorzaakt rechtsonzekerheid voor de betrokkenen. Het zou dan ook wenselijk zijn dat op dit gebied de deontologische eisen gelijklopend zijn met de wettelijke. En dat de deontologische Code er zich toe beperkt een soort coördinatie te maken van de wetten die de zwijgplicht opheffen⁶². Maar voor het medische geheim

⁶² Vgl. Code van de Belgische Orde van de Geneesheren, 1975, art. 58 tot art. 62.

kan het nuttig zijn, naast deze coördinatie, over een aantal uitzonderingsregels in één wettekst te beschikken. Daarom is het hierboven vermelde Franse voorstel het overwegen waard. Dit zou echter met zich brengen dat voor één soort beroepsgeheim een nieuw beginselartikel tot stand zou komen, en dus de idee van één principiële norm voor alle beroepsgeheimen wordt opgegeven.

P. VAN NESTE
Hoogleraar UFSIA

RECHTSPRAAK

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER — 3 DECEMBER 1976

Voorzitter-rapporteur : de h. de Vreese

Advocaat-generaal : de h. Ballet

Advocaten : mrs. Bayart en De Baeck

Onrechtmatige daad—Aansprakelijkheid—Contractspartij lijdt schade ten gevolge van fout van diegene die door zijn wederpartij met werk belast is—Uitvoeringsagent—Motivering.

De elektriciteitsmaatschappij Ebes heeft zich ertoe verbonden aan eiseres stroom met de juiste spanning te leveren; anderzijds laat zij door verweerster haar hoogspanningslijnen aanleggen en onderhouden. Bewerend dat zij schade heeft geleden door een spanningsdaling die aan een fout van verweerster te wijten is, heeft eiseres deze laatste op grond van art. 1382 B.W. tot schadevergoeding gedagvaard. Ten aanzien van de bewering van verweerster dat zij m.b.t. het contract tussen Ebes en eiseres niet als een derde mag worden beschouwd, heeft eiseres aangevoerd dat Ebes verweerster niet had gesubstitueerd in haar verplichting van stroomlevering. Zij beweert dat het bestreden arrest dit laatste niet passend heeft beantwoord.

Het arrest heeft aan het vormvoorschrift van art. 97 Grondwet voldaan met de overweging dat het onderhoud en het aanleggen van de hoogspanningslijn de materiële voorwaarde is tot het leveren van elektriciteit en dat verweerster een uitvoeringsagent is van een deel van de contractuele verplichtingen die Ebes tegenover eiseres heeft.

Agfa-Gevaert N.V. t/ Machinefabriek Breda B.V.
en Electron Breda B.V.

Gelet op het bestreden arrest, op 24 juni 1975 door het Hof van beroep te Antwerpen gewezen;

Over het middel afgeleid uit de schending van artikel 97 van de Grondwet,

doordat het arrest ongegrond verklaart de vordering wegens oneigenlijk misdrijf, welke eiseres tegen verweerster had gericht, welke strekte tot vergoeding van de schade voortspruitende uit een spanningsdaling in de elektriciteitsbedeling van de fabriek van eiseres, en welke steunde op het feit dat verweerster, die in opdracht van de naamloze vennootschap «Ebes», leverancier van de elektriciteit

aan eiseres, een hoogspanningslijn monteerte, een fout beging bij de uitvoering van dit werk, waardoor een hoogspanningsmast knikte, hetgeen kortsluiting veroorzaakte, zulks op grond van de beschouwing dat het recht van eiseres om elektrische stroom te ontvangen op de juiste spanning, uit haar overeenkomst met de naamloze vennootschap «Ebes» sprong, dat er naast het contract tussen eiseres en «Ebes» een contract tussen «Ebes» en verweerster bestond met als voorwerp de aanleg en het onderhoud van de hoogspanningslijnen, wat de materiële voorwaarde is voor het leveren van elektriciteit, dat bijgevolg de naamloze vennootschap «Ebes» ten overstaan van eiseres een deel van haar verplichtingen aan verweerster had overgedragen en laten uitvoeren, dat verweerster bijgevolg niet kon worden beschouwd als een derde wat de uitvoering betreft van het contract tussen eiseres en «Ebes», dat de door eiseres geleden schade bestaat in het verlies van een voordeel dat uitsluitend door haar contract met «Ebes» verschaft kon worden, dat deze laatste de schuldenaar en de aansprakelijke is die moet instaan voor de niet-nakoming van de verplichting tot stroomlevering, en dat verweerster, die slechts een uitvoeringsagent voor de naamloze vennootschap «Ebes» is, niet op quasi-delictuele grond kon worden aangesproken,

terwijl, ook indien het aanleggen van hoogspanningslijnen de materiële voorwaarde uitmaakt voor het leveren van stroom, hieruit niet logisch kan worden afgeleid dat de naamloze vennootschap «Ebes» verweerster heeft gesubstitueerd in haar verbintenis elektrische energie te leveren, aangezien, zoals eiseres in haar conclusie liet gelden, zonder dienaangaande door het arrest te worden tegengesproken, verweerster niet was aangesteld om elektrische energie te leveren maar wel om werken uit te voeren aan een hoogspanningslijn, waaruit volgt dat de conclusie van eiseres niet passend werd beantwoord, hetgeen gelijkstaat met een gebrek aan de door artikel 97 van de Grondwet vereiste motivering:

Overwegende dat uit de vaststellingen van het arrest blijkt dat, terwijl eiseres een contract heeft gesloten met de naamloze vennootschap «Ebes», luidens hetwelk deze laatste er zich toe verbindt aan eiseres elektrische stroom te leveren op de juiste spanning, tussen de naamloze vennootschap «Ebes» en verweerster een ander contract bestaat waardoor verweerster zich tegenover de naamloze vennootschap «Ebes» verbindt tot het aanleggen en onderhouden van de hoogspanningslijnen;

Dat eiseres op grond van de artikelen 1382 en volgende van het Burgerlijk Wetboek aan verweerster vergoeding vraagt van de schade die zij heeft ondergaan ingevolge een spanningsdaling die te wijten zou zijn aan een door verweerster, tijdens werken aan een hoogspanningslijn, begane fout ;

Overwegende dat, in antwoord op de stelling van verweerster luidens welke zij, met betrekking tot de uitvoering van de overeenkomst tot stroomlevering tussen de naamloze vennootschap «Ebes» en eiseres, niet als derde mag worden beschouwd, eiseres in conclusie stelde dat, vermits verweerster niet was aangesteld door de naamloze vennootschap «Ebes» om elektrische energie op de juiste spanning te leveren maar wel om werken uit te voeren aan een hoogspanningslijn, het ten deze «niet gaat om een substitutie» waarbij een aangestelde een medecontractant «substitueert» in zijn verplichtingen tegenover de andere partij ;

Overwegende dat het arrest beschouwt dat, nu de naamloze vennootschap «Ebes», ten opzichte van eiseres, «een deel van haar verplichtingen» aan verweerster had overgedragen en door deze laatste had laten uitvoeren, verweerster ten aanzien van de naamloze vennootschap «Ebes», medecontractante van eiseres, niet kan worden beschouwd als een derde «wat betreft de uitvoering van het tussen eiseres en de naamloze vennootschap 'Ebes' gesloten contract» ;

Dat het verder beschouwt dat verweerster een uitvoeringsagent «een soort instrument» is van de naamloze vennootschap «Ebes» «voor een deel van de contractuele verbintenissen die de naamloze vennootschap 'Ebes' tegenover eiseres heeft», zodat, nu de naamloze vennootschap «Ebes» slechts een contractuele aansprakelijkheid heeft, verweerster niet op quasi-delictuele grondslag kan worden aangesproken ;

Overwegende dat het arrest zodoende, en namelijk door te beschouwen dat het onderhoud en het aanleggen van de hoogspanningslijn «de materiële voorwaarde is tot het leveren van elektriciteit» en dat verweerster een uitvoeringsagent is van een deel van de contractuele verplichtingen die de naamloze vennootschap «Ebes» tegenover eiseres heeft, voldoet aan het vormvoorschrift van artikel 97 van de Grondwet ;

Dat het middel feitelijke grondslag mist ;

Om die redenen,

Verwerpt de voorziening ;

Veroordeelt eiseres in de kosten.

NOOT—Over de samenloop tussen quasi-delictuele en contractuele aansprakelijkheid

1. De problematiek van de samenloop tussen de contractuele en de quasi-delictuele aansprakelijkheid, is sinds de cassatiearresten van 4 juni 1971 (R.W., 1971-72, 371, *Pas.*, 1971, I, 940) en 7 december 1973 (R.W., 1973-74, 1597, met noot van J. HERBOTS, *Arr. Cass.*, 1974, 395, met conclusie van de advocaat-generaal MAHAUX) opnieuw een erg controversieel onderwerp geworden. De talrijke publikaties die aan deze arresten gewijd werden, mogen hiervan getuigen (cf. J.L. FAGNART, «La responsabilité personnelle de l'agent d'exécution», R.G.A.R., 1974, nr. 9317 ; M. FALLON, «Le concours des actions en responsabilité : tâtonnements et certitudes de la Cour de cassation en Belgique», *Europees Vervoerrecht*, 1974, 534. e.v. ; A. LIMPENS-MEINERTZHAGEN, «Relativité des contrats et concours des responsabilités», *T. Aann.*, 1975, 181 e.v., R.H. *Antw.*, 1975-76, 103 ; J. VAN RYN, «Responsabilité

aquillienne et contrats», *J.T.*, 1975, 505 ; R. RASIR, «Cumul de la responsabilité contractuelle et aquillienne», *J.T.*, 1976, 164 ; R.O. DALCQ en F. GLANSDORFF, «Responsabilité aquillienne et contrats», *R.C.J.B.*, 1976, 12 e.v.).

Met het hierboven afgedrukte arrest van 3 december 1976 heeft het Hof van Cassatie opnieuw de gelegenheid gehad zich over deze aanleggenheid uit te spreken, zij het dan op onrechtstreekse wijze, namelijk door de controle op de motivering van het bestreden arrest.

2. De feiten waren relatief eenvoudig en vergelijkbaar met die welke aanleiding gegeven hebben tot het cassatiearrest van 4 juni 1971 inzake N.V. Ebes t/N.V. Hormann België (R.W., 1971-72, 371 ; zie hierover : J. HERBOTS, aangehaalde noot, R.W., 1973-74, 1597 ; M. FALLON, *art.cit.*, *Europees Vervoerrecht*, 1974, 541, nrs. 15 e.v. ; R.O. DALCQ, «Examen de jurisprudence (1968-1972), La responsabilité délictuelle et quasi délictuelle», *R.C.J.B.*, 1973, 627, nr. 1 en 629, nr. 2), met dit verschil dat het hier niet om een fout van Ebes ging maar om een fout van een aannemer van deze laatste. De N.V. Agfa-Gevaert had een overeenkomst gesloten met de N.V. Ebes voor de levering van elektriciteit. Anderzijds bestond er een overeenkomst tussen Ebes en de vennootschap naar Nederlands recht Electron Breda B.V., waarbij deze laatste zich tegenover Ebes verbond tot de aanleg en het onderhoud van de hoogspanningslijnen. In augustus 1971 werd door Electron in opdracht van Ebes een hoogspanningslijn gemonteerd en bij de uitvoering van dit werk werd een fout begaan, waardoor een hoogspanningsmast werd omgetrokken, met als gevolg dat kortsluiting ontstond en een spanningsdaling plaats had in het elektriciteitsnet van Agfa-Gevaert.

Electron werd door Agfa-Gevaert gedagvaard tot betaling van schadevergoeding. De vordering was enkel gebaseerd op de quasi-delictuele aansprakelijkheid (artt. 1382 en 1383 B.W.) van Electron. Het Hof van Beroep te Antwerpen (arrest van 24 juni 1975) verklaarde de eis van Agfa-Gevaert ongegrond op basis van art. 1382 B.W. ; met verwijzing naar de cassatiearresten van 4 juni 1971 en 7 december 1973 motiveert het hof van beroep zijn beslissing als volgt :

— het feit waardoor schade is ontstaan in hoofde van Agfa-Gevaert bestaat in het niet-ontvangen van elektrische stroom op juiste spanning, welk recht voor haar voortspuit uit haar overeenkomst met Ebes ;

— de verbintenis van Electron t.o.v. Ebes tot aanleg en onderhoud van de hoogspanningslijn dient beschouwd te worden als de materiële voorwaarde tot levering van elektriciteit ;

— Ebes heeft dus een deel van haar verplichtingen t.o.v. Agfa-Gevaert door Electron laten uitvoeren, zodat deze laatste ten aanzien van de uitvoering van het contract niet als een derde kan worden beschouwd ;

— hieruit volgt dat Electron niet kan worden aangesproken op extra-contractuele grondslag, «aangezien de geleden schade veroorzaakt door de gebrekkige uitvoering van het contract voor stroomlevering louter contractueel is, daar ze alleen bestaat in het verlies van een voordeel dat uitsluitend door het contract kan verschaft worden» (voorlaatste overweging).

3. Het cassatiemiddel verwijt aan het bestreden arrest niet passend geantwoord te hebben op de beroepsconclusie, waarin gesteld werd dat het ter zake niet ging om een substitutie, daar Electron niet aangesteld was om elektrische energie te leveren, maar wel om werken uit te voeren aan een hoogspanningslijn. Er werd aldus een onderscheid gemaakt tussen twee wel onderscheiden verbintenissen, namelijk enerzijds de verbintenis van Ebes t.o.v. Agfa-Gevaert tot levering van elektriciteit en anderzijds de verbintenis van Electron t.o.v. Ebes werken uit te voeren aan een hoogspanningslijn. Dit middel wordt verworpen : door te beschouwen dat de aanleg en het onderhoud van de hoogspanningslijnen «de materiële voorwaarde is tot het leveren van elektriciteit» en dat Electron een uitvoeringsagent is van een deel van de contractuele verplichtingen die Ebes tegenover Agfa-Gevaert heeft, heeft het bestreden arrest de conclusie op passende wijze beantwoord.

Eiseres in cassatie die blijkbaar de theorie van de samenloop tussen de quasi-delictuele en de contractuele aansprakelijkheid, zoals ze uit de recente cassatierechtspraak voortvloeit, aanvaardt, was echter van oordeel dat de onderhavige situatie daar niet onder viel. Zij verdedigde de stelling dat ter zake niet kon worden beweerd dat Electron in de verbintenis van Ebes gesubstitueerd was, daar het voorwerp van de onderscheidene verbintenissen verschillend was, hetgeen nochtans het geval had moeten zijn

om haar vordering tegen Electron op basis van art. 1382 B.W. te kunnen verwerpen.

Volgens het Hof van Cassatie kan de aangestelde of de uitvoeringsagent, die optreedt om een contractuele verbintenis van een partij uit te voeren, extra-contractueel enkel aansprakelijk gesteld worden «indien de hem verweten fout de schending uitmaakt, niet van de contractueel aangegane verbintenis doch van een iedereen opgelegde verplichting, en indien die fout een andere dan een louter uit de gebrekkige uitvoering van het contract ontstane schade heeft veroorzaakt» (Cass., 7 december 1973, *aangehaald*). In navolging van de leer van het Hof van Cassatie heeft het Hof van beroep vastgesteld dat het eerste vereiste, nl. dat de fout de schending uitmaakt, niet van de contractueel aangegane verbintenis, maar van een iedereen opgelegde verplichting, ter zake niet vervuld is. Het tweede vereiste, nl. dat die fout een andere dan een louter uit de gebrekkige uitvoering van het contract ontstane schade heeft veroorzaakt, blijkt evenmin aanwezig te zijn (cf. voorlaatste overweging).

4. Het discussiepunt in deze zaak was echter vooral de vraag of Electron wel beschouwd kon worden als een aangestelde of een uitvoeringsagent die Ebes in haar plaats stelde om haar overeenkomst met Agfa-Gevaert geheel of gedeeltelijk uit te voeren. Electron was immers door Ebes niet aangesteld om elektrische energie op de juiste spanning te leveren (voorwerp van de verbintenis van Ebes t.o.v. Agfa-Gevaert), maar wel om werkzaamheden uit te voeren aan een hoogspanningslijn (aanleg en onderhoud). Hieruit werd door Agfa-Gevaert afgeleid dat het ten deze «niet gaat om een substitutie» waarbij «een aangestelde een medecontractant substitueert» in zijn verplichtingen tegenover de andere partij.

In zijn arrest van 7 december 1973 werd door het Hof van Cassatie beslist «dat de aangestelde of de uitvoeringsagent, die de vervoerder in zijn plaats stelt om het vervoercontract geheel of gedeeltelijk uit te voeren, ten aanzien van de uitvoering van het contract en ten opzichte van de medecontractant van de vervoerder, geen derde is». Hoewel dit arrest betrekking heeft op het vervoercontract, is er geen reden om de draagwijdte ervan te beperken tot dit specifieke contract (cf. J.L. FAGNART, *art.cit.*, R.G.A.R., 1974, nr. 9317, IV; A. LIMPENS-MEINERTZHAGEN, *art.cit.*, R.H. Antw., 1975-1976, 111, nr. 17).

Het Hof van Beroep te Antwerpen overweegt *in casu* dat de verbintenis van Electron t.o.v. Ebes tot aanleg en onderhoud van de hoogspanningslijnen de materiële voorwaarde is tot levering van elektriciteit en dat bijgevolg Ebes t.o.v. Agfa-Gevaert een deel van haar verplichtingen aan Electron heeft overgedragen en laten uitvoeren. Anders uitgedrukt, Electron is een uitvoeringsagent van een deel van de contractuele verbintenissen die Ebes heeft tegenover Agfa-Gevaert. Deze overwegingen volstaan volgens het Hof van Cassatie als antwoord op de bewering van Agfa-Gevaert dat het *in casu* niet gaat om een substitutie, waarbij een «aangestelde een medecontractant substitueert» in zijn verplichtingen tegenover de andere partij.

Het bovenstaande arrest lijkt aldus volledig in de lijn te liggen van de arresten van 4 juni 1971 en 7 december 1973. Door zijn grondwettelijk toezicht op de motivering (art. 97 G.W.) heeft het Hof zijn vroegere rechtspraak impliciet bevestigd. In zijn arrest van 7 december 1973 had het reeds aangenomen dat de aangestelde of de uitvoeringsagent, die een contractspartij in haar plaats stelt om de overeenkomst *gedeeltelijk* uit te voeren, ten aanzien van de uitvoering van het contract en ten opzichte van de medecontractant niet als een derde kan worden beschouwd. Thans zou men nog bezwaarlijk kunnen zeggen dat het arrest van 7 december 1973 een «*arrêt d'espèce*» is, zoals door J.L. FAGNART wordt beweerd (*art.cit.*, R.G.A.R., 1974, nr. 9317, *in fine*; «La responsabilité civile (1968-1975) — chronique de jurisprudence», J.T., 1976, p. 571, nr. 1).

5. Men kan in dit verband de vraag stellen waarom Agfa-Gevaert de uitvoeringsagent Electron dagvaarde op basis van diens burgerrechtelijke aansprakelijkheid (artt. 1382 en 1383 B.W.), terwijl zij toch een overeenkomst had met Ebes. De reden daarvoor is dat in die overeenkomst een *exoneratieclausule* opgenomen was met uitsluiting van elke aansprakelijkheid van Ebes. Ook inzake N.V. Ebes t/ N.V. Hormann België (Cass., 4 juni 1971, R.W., 1971-72, 371) werd op grond van art. 1382 B.W. schadevergoeding gevraagd voor de grove nalatigheid van Ebes, om een *exoneratieclausule* in de overeenkomst te ontwijken. Er is evenwel een verschil tussen beide: in het geannoteerde arrest werd de uitvoeringsagent op basis van art. 1382 B.W. gedagvaard, en niet

de medecontractant, zoals in het arrest van 4 juni 1971. Vanuit juridisch oogpunt beschouwd bestaat er duidelijk meer analogie met het *stuwadoorsarrest* (Cass., 7 december 1973, *aangehaald*), waar eveneens een onderaannemer op grond van art. 1382 B.W. tot schadevergoeding werd aangesproken.

Meer algemeen kan trouwens vastgesteld worden dat een contractspartij in verschillende omstandigheden er belang bij kan hebben de onderaannemer of de uitvoeringsagent van de wederpartij op quasi-delictuele grondslag aan te spreken (cf. R.O. DALCQ en F. GLANSDORFF, *art. cit.*, R.C.J.B., 1976, p. 28, nr. 10). Naast een conventionele uitsluiting of beperking van de aansprakelijkheid (*exoneratieclausule*) zijn er verscheidene wetten, voornamelijk inzake zee- en transportrecht, die de aansprakelijkheid van bepaalde personen tot een zeker bedrag beperken. De mogelijkheid bestaat eveneens dat de contractuele vordering door verjaring is tenietgegaan of dat de wederpartij onvermogen blijkt te zijn.

Is het in die omstandigheden verantwoord dat de aangestelde of de uitvoeringsagent werkelijk een immuniteit geniet tegen de extra-contractuele vordering van de schuldeiser, die schade lijdt ten gevolge van een fout van die aangestelde of uitvoeringsagent die de niet-uitvoering of niet behoorlijke uitvoering van de overeenkomst teweegbrengt. Zoals DALCQ en GLANSDORFF terecht opmerken, heeft de rechtspraak van het Hof van Cassatie inderdaad tot gevolg dat «le préposé ou celui qui aide le débiteur contractuel bénéficiaire des limitations contractuelles ou légales, de responsabilité prévues en faveur de ce dernier» (*art. cit.*, R.C.J.B., 1976, p. 28, nr. 10). Hierbij kan de bedenking gemaakt worden dat het beginsel van de relativiteit der overeenkomsten (art. 1165 B.W.) blijkbaar in het gedrang komt. De onderaannemer of uitvoeringsagent haalt immers voordeel uit een overeenkomst waarbij hij geen partij is, zonder dat evenwel een beding ten behoeve van een derde aanwezig is. Volgens de cassatierechter is hij weliswaar geen derde ten aanzien van de uitvoering van de overeenkomst, maar betekent dit ook dat de wettelijke of contractuele aansprakelijkheidsbeperkingen, die tussen partijen gelden, ook door de uitvoeringsagent of de onderaannemer ingeroepen kunnen worden?

Op wetgevend vlak, meer bepaald in een aantal internationale verdragen, kan men bepalingen aanwijzen, die de aangestelden of de uitvoeringsagenten toestaan zich te beroepen op de aansprakelijkheidsbeperkingen die de contractant zelf kan laten gelden (cf. J.L. FAGNART, *art. cit.*, R.G.A.R., 1974, nr. 9317, VII). Zo kan b.v. vermeld worden art. 28, lid 2, van het C.M.R.-Verdrag («Verdrag betreffende de overeenkomst tot internationaal vervoer van goederen over de weg»), goedgekeurd door de Belgische wet van 4 september 1962, *Staatsblad*, 8 november 1962. Hierin wordt bepaald dat wanneer de niet op de vervoerovereenkomst berustende aansprakelijkheid voor verlies, beschadiging of vertraging van één der personen voor wie de vervoerder aansprakelijk is, in het geding is, kan deze persoon zich eveneens beroepen op de bepalingen van het Verdrag, die de aansprakelijkheid van de vervoerder uitsluiten of de verschuldigde schadevergoedingen vaststellen of beperken. Volgens art. 3 is de vervoerder aansprakelijk voor de daden en nalatigheden van zijn ondergeschikten en alle andere personen van wie hij zich voor de bewerkstelling van het vervoer bedient.

6. A. LIMPENS-MEINERTZHAGEN (*art.cit.*, nr. 20) is van oordeel dat de rechtspraak van het Hof van Cassatie een billijke oplossing biedt voor het gestelde probleem. De contractspartij, die door een *exoneratieclausule* tegenover de hoofdschuldenaar gebonden is, wordt verhinderd daaraan te ontsnappen door zich rechtstreeks tot de uitvoeringsagent te wenden. Anderzijds zou de uitvoeringsagent, die een beperking van zijn aansprakelijkheid tegenover de hoofdschuldenaar bedongen heeft, zich daarop niet meer kunnen beroepen, indien hij rechtstreeks op basis van art. 1382 B.W. kon worden aangesproken.

DALCQ en GLANSDORFF (*art. cit.*, p. 28, nr. 10) daarentegen vinden deze rechtspraak niet erg gelukkig, zonder evenwel op dit aspect nader in te gaan. Naar gelang men deze cassatierechtspraak goed- of afkeurt, zal men een van de daarbij betrokken (evenwaardige) belangen moeten opofferen voor het andere. Degene die deze rechtspraak goedkeurt, oordeelt dat de belangen van de onderaannemer of de uitvoeringsagent meer bescherming verdienen dan die van de benadeelde schuldeiser. Voor de tegenstanders is het integendeel belangrijker dat de benadeelde schuldeiser vergoed wordt en over een verhaalsmogelijkheid beschikt. Men zal niet kunnen ontkennen dat, wil men aan een geldig bedongen *exoneratieclausule* niet alle betekenis en draagwijdte ontnemen, deze

rechtspraak aan de exoneratieclausule alleszins de nodige rechtsgevolgen toekent, door te verhinderen dat op basis van art. 1382 B.W. tegen de onderaannemer of de uitvoeringsagent geageerd wordt. Dit veronderstelt evenwel dat de schuldenaar werkelijk ingestemd heeft met de exoneratieclausule — wat vaak erg dubieus is inzake standaardcontracten — en dat deze rechtsgeldig bedongen werd (cf. R. KRUTHOF, H. MOONS en C. PAULUS, «Overzicht van rechtspraak (1965-1973), Verbintenissen», T.P.R., 1975, 458, nrs. 19 e.v. en 76 e.v.).

Anderzijds zal in geval van faillissement van de hoofdschuldenaar de contractspartij die schade lijdt ingevolge contractuele wanprestatie, meestal zonder enig verhaal blijven, bij gebreke aan een vordering op buitencontractuele basis tegen de uitvoeringsagent of de onderaannemer. Deze situatie verdient wellicht een andere beoordeling dan wanneer een exoneratieclausule voorhanden is. Het betreft hier een feitelijke situatie die niet noodzakelijk voorzien kan worden op het ogenblik dat de overeenkomst werd gesloten.

7. Ten einde het euvel van de afwezigheid van een extra-contractuele vordering tegen de uitvoeringsagent te verhelpen, stelt A. LIMPENS-MEINERTZHAGEN (art. cit., nrs. 27 e.v.) voor aan de contractspartij die schade lijdt ten gevolge van contractuele wanprestatie, een *rechtstreekse vordering* toe te kennen tegen de uitvoeringsagent of de onderaannemer, zulks naar analogie van de vrijwaring voor uitwinning en verborgen gebreken inzake verkoop (art. 1625 e.v. B.W.). Hoewel deze oplossing op het eerste gezicht erg aantrekkelijk lijkt, blijft toch nog de vraag naar de juridische grondslag van de rechtstreekse vordering. In de doctrine werden hierover verschillende theorieën uitgewerkt, die echter slechts geldig blijken te zijn voor enkele toepassingsgevallen, zonder een algemene draagwijdte te vertonen (cf. H. DE PAGE, II, nr. 722). Tot deze vaststelling komt ook deze auteur (art. cit., nr. 31) voor wie alleen billijkheidsoverwegingen de rechtstreekse vordering in deze situatie kunnen funderen. Het dient te worden gezegd dat, bij gebreke aan enige wettekst ter zake, dit ongetwijfeld een erg smalle basis is om de rechtstreekse vordering op te funderen. Of de rechtspraak zich hiermee tevreden zal stellen is op zijn minst een open vraag.

Aloïs Van Oevelen
Assistent U.I.A.

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

7e KAMER — 22 OKTOBER 1976

Voorzitter : de h. Weyens

Raadsheren : de hh. Lebeer en De Peuter (rapporteur)

Advocaat-generaal : de h. Vervliet

Raadsmans : de h. Grootjans

Huiszoeking—Toestemming—Persoon die genot van het huis heeft.

De kamer waarin een persoon die te gast is bij een landgenoot de nacht heeft doorgebracht, kan niet beschouwd worden als zijn woning. De huiszoeking geschiedt dan ook overeenkomstig art. 1, 3°, van de Wet van 7 juni 1969, indien de persoon die het werkelijk genot van die kamer had, toestemming tot huiszoeking heeft verleend.

K.

Overwegende dat het arrest van 21 mei 1976 op 3 juni 1976 betekend werd, niet aan de persoon van beklaagde, maar aan de Procureur des Konings te Antwerpen ;

dat beklaagde verzet aantekende tegen voornoemd arrest

op 22 juli 1976 en het niet bewezen is dat beklaagde voordien van voormelde betekening kennis had ;

dat bijgevolg het verzet ontvankelijk is ;

Overwegende dat uit het strafdossier en uit het onderzoek voor het Hof gehouden, de feiten ten laste van beklaagde gelegd bewezen zijn gebleven ; dat hij inderdaad het land binnengekomen was zonder houder te zijn van de in de dagvaarding opgesomde bescheiden ; dat het zonder belang is te weten of hij in Nederland houder was van deze stukken ;

Overwegende dat beklaagde bij conclusie aanvoert dat hij vrijgesproken dient te worden daar de huiszoeking waarop het bewijs en het onderzoek in de onderhavige zaak gebaseerd is, nietig was ;

Overwegende dat beklaagde stelt dat de huiszoeking die leidde tot de ontdekking van beklaagde in het huis gelegen te Heusden, (...) niet valt onder de bepalingen van art. 1, 3°, van de wet van 7 juni 1969, omdat beklaagde in dit huis een afzonderlijke kamer betrok en zijn toestemming niet gevraagd werd ;

Overwegende dat uit het strafdossier blijkt dat de vertrekken waarin de zoeking gebeurde en waarin beklaagde werd gevonden, gehuurd werden door een genaamde B., die verklaarde : «Ik geef toestemming tot huiszoeking in mijn woning ten einde er een landgenoot op te sporen» ;

dat het B. is die het werkelijk genot van bedoelde plaatsen had ;

dat beklaagde er geen kamer betrok ; dat hij, zoals hij aan de onderzoeksrechter te Hasselt verklaarde, bij voornoemde B. op bezoek gekomen was nadat hij de nacht tevoren overnacht had bij zijn schoonbroer te Eidsen ; dat de kamer waar de Rijkswacht beklaagde aantrof niet te beschouwen is als diens woning ;

dat beklaagde aldaar niets meer was dan de gast van de huurder B., die het werkelijk genot van de plaats had ;

Overwegende dat, nu de huiszoeking wettig was op grond van art. 1, 3°, van de wet van 7 juni 1969, er niet dient te worden ingegaan op het deel der conclusie van beklaagde waarin deze stelt dat de huiszoeking niet kan gebaseerd worden op art. 1, 2°, van dezelfde wet ;

Overwegende dat het bestreden arrest het misdrijf op een wettige en gepaste wijze betoogde ;

(...)

NOOT—De hotelkamer waar de reiziger enkele dagen komt uitrusten, het asiel dat als toevluchtsoord voor underdogs dient, de ziekenkamer waar spoedgevallen worden binnengebracht en behandeld of de schuilplaats waar leden van de underground zich aan alle politiecontrole onttrekken, kunnen niet worden beschouwd als een woning in de zin van art. 10 van de Grondwet.

Om een wettelijke bescherming te genieten moet het ter beschikking stellen van een kamer of verblijfplaats een bestendiger karakter vertonen (Cass., 29 april 1957, Arr. Cass., 1957, 714 ; L. VIAENE, *Huiszoeking en beslag in strafzaken*, p. 55, nr. 39, A.P.R.). De bescherming van het huisrecht veronderstelt, in overeenstemming met het normale spraakgebruik, dat de verblijfplaats het karakter van privacy, persoonlijke sfeer, intimiteit, vertoont. Zulks is niet het geval in een nachtasiel, een venta, een jeugdherberg of een kampeerplaats.

Ten deze was de betrokkene ondergedoken bij landgenoten en hij had slechts één enkele nacht doorgebracht in de kamer waar de politie hem voor het kriecken van de dag bij de lurven kwam vatten. Vooraf had de huurder van de flat op ondubbelzinnige wijze toestemming tot huiszoeking verleend om zijn vriend op te sporen : als heer des huizes kwam alleen hij in aanmerking om rechtsgeldig toestemming tot huiszoeking te verlenen.

A. Vandeplas

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

5e KAMER — 10 NOVEMBER 1977

Voorzitter : de h. Meers

Raadsheren : de hh. Janssens (rapporteur) en van Gelder

Substituut-procureur-generaal : de h. Vandeplas

Inkomstenbelasting—Aanslag van bezoldigingen die na verstrijken van het jaar worden uitbetaald.

De toepassing van art. 93, § 1, 3°, W.I.B. waarbij de aanslagvoet wordt bepaald voor achterstallige bezoldigingen wegens het bestaan van een geschil, is niet onderworpen aan de voorwaarde dat het geschil aanhangig werd gemaakt bij het gerecht of een scheidsgerecht. Niet het bestaan van een gerechtelijk geding, maar slechts van een geschil moet worden bewezen.

Belgische Staat t/ F.

Gelet op de bestreden beslissing van de Directeur der Directe belastingen te Antwerpen, 1e directie, genomen op 25.10.1973 ;

De bestreden beslissing wijst de bezwaarschriften af ingediend door eiser in beroep, tegen de aanslagen in de personenbelasting betreffende navorderingen over de aanslagjaren 1967 en 1970.

De betwisting slaat op de door eiser in beroep ontvangen bedragen van 70.000 fr. in 1966 en van 86.177 fr. in 1969 en op het standpunt van eiser in beroep dat voormelde bedragen belast dienen te worden, overeenkomstig art. 93, § 1, 3°, b, W.I.B., als achterstallige bezoldigingen.

De betwisting spitst zich toe rond de vraag of voormelde bedragen aan eiser in beroep werden uitbetaald door zijn werkgever (wijlen De S. te Lier) zelf (de som van 70.000 fr.) of door de weduwe van voormelde werkgever (de som van 86.177 fr.) na het verstrijken van het belastbaar tijdperk waarop zij in werkelijkheid betrekking hadden «wegens het bestaan van een geschil» ;

De bestreden directoriale beslissing geeft toe dat «een geschil» niet impliceert dat een betwisting «beëindigd» moet zijn door een rechterlijke of scheidsrechterlijke beslissing (zoals gestatueerd door Cass., 25 februari 1971, Arr. Cass., 1971, 613) doch dat een betwisting «nog steeds voorgelegd moet geweest zijn aan een gerechtelijk organisme». Op grond van deze overweging verwerpt de bestreden beslissing het standpunt van eiser in beroep.

Overwegende dat uit het gedeelte van de bestreden beslissing, waarin de directeur de uiteenzetting geeft van de feitelijke grondslag van de betwisting en waarin hij zijn motieven ontwikkelt, duidelijk blijkt dat hij het feit van de betwistingen bestaan hebbend tussen eiser in beroep en wijlen zijn werkgever (er nadien diens weduwe) geenszins betwist ; dat namelijk vooreerst de directoriale beslissing de werkelijkheid van het feit niet betwist dat eiser in beroep «uiteindelijk» na veelvuldige discussies zijn werkgever ervan heeft kunnen overtuigen recht te hebben op een achterstal en op een loonsverhoging voor de toekomst «zodat hem op 18.4.1966 een bedrag werd uitbetaald van 70.000 fr. als achterstal van salarissen van de jaren 1963 tot en met 1966» ; dat namelijk vervolgens de directoriale beslissing evenmin de werkelijkheid betwist van het feit dat aan eiser in beroep op 6.11.1969 een bedrag werd uitbe-

taald van 86.177 fr. als achterstallige bezoldigingen voor de periode gaande van juni 1966 tot juli 1969 ingevolge een onderhandse akte van dading d.d. 6.11.1969, dading die — luidens de termen van art. 2044 van het B.W. — het bestaan van een geschil impliceert ;

Overwegende dat de wetgever blijkbaar wel gevreesd heeft dat «een geschil» zou worden gefingeerd om de gunstige door art. 93, § 1, 3°, b, bepaalde aanslagvoet te kunnen genieten en te dien einde mogelijk gemeend heeft dat «een geschil» slechts ingeroepen zou kunnen worden indien er een controlemogelijkheid is geweest van de rechterlijke macht of van een scheidsrechterlijk organisme ; dat de wetgever derhalve mogelijk gemeend heeft dat het zich voordoen van een geschil buiten kijf zou komen te staan indien een betwisting aanhangig gemaakt zou zijn bij de rechterlijke macht of bij een scheidsrechterlijk organisme ; dat echter dit aanhangig maken het eventueel gefingeerd karakter van een betwisting niet per se uitsluit zeker nu het Hof van Cassatie (in het supra aangehaald arrest van 25.2.1971) aanvaardt dat, om het bestaan van een geschil te erkennen, niet vereist is dat dit geschil «beëindigd» zou zijn door een rechterlijke of een scheidsrechterlijke beslissing ;

Overwegende dat alleszins, nu art. 93, § 1, 3°, b, W.I.B. slechts gewag maakt van «het bestaan van een geschil» en niet bijvoorbeeld van «het bestaan van een geding» of van «een in rechte ingediende vordering» en nu in casu de Belgische Staat niet in twijfel trekt, zoals supra onderstreept, dat er zich in feite een geschil tussen eiser in beroep en wijlen zijn werkgever (en nadien tussen eiser in beroep en de weduwe van zijn werkgever) heeft voorgedaan betreffende achterstallige bezoldigingen — zodat eiser in beroep nopens deze feitelijkeheid geen verdere bewijslast te dragen heeft — de Belgische Staat thans de toepassing van voormelde wettelijke bepaling wil onderwerpen aan een voorwaarde die ze niet stelt, door te eisen dat de betwisting «voorgelegd» geweest zou zijn aan een gerechtelijk organisme ;

Overwegende dat het beroep gegrond is ;

(...)

NOOT—Verg. : Hof Luik, 9 juli 1957, *Rev. fisc.*, 1958, 602 ; Hof Gent, 19 juni 1962, *Rev. fisc.*, 1963, 413 ; Hof Brussel, 20 februari 1974, *Rev. fisc.*, 1974, 114 ; A. TIBERGHIE, *Handboek voor fiscaal recht*, uitg. 1971, n° 175 ; E. SCHREUDER, *Les impôts sur les revenus*, compl. 1960, n° 154 ; *Journ. prat. dr. fisc. et financ.*, 1955, p. 158, n° 29 ; *Parl. Besch.*, Kamer, 1954-55, nr. 160/6, p. 18 ; *Parl. Hand.*, Senaat, 1954-55, zittingen van 27 januari 1955 en 1 februari 1955, pp. 15, 17 en 19.

BURGERLIJKE RECHTBANK TE BRUSSEL

14e KAMER — 22 DECEMBER 1976

Voorzitter : de h. Van Malderen

Rechters : mevr. Viérin en Vaes

Openbaar ministerie : de h. Vernimmen

Advocaten : mrs. Matterede loco Cartigny en van Geert

Echtscheiding—Scheiding van tafel en bed op grond van bepaalde feiten—Omzetting in echtscheiding—Mogelijk na verwerping van een vroegere vordering—In acht te nemen omstandigheden.

1. De minderjarige leeftijd van de kinderen van de echtgenoten kan een van de omstandigheden zijn waarom de rechtbank de omzetting van scheiding van tafel en bed in echtscheiding weigert.

2. Nadat vroeger een verzoek tot omzetting van scheiding van tafel en bed in echtscheiding onder de wetgeving van 1962 (toenmalig art. 310 B.W.) verworpen werd, kan een nieuwe vordering tot omzetting ingesteld worden op grond van art. 1309 Ger. W.

3. Bij verandering van omstandigheden kan een verzoek tot omzetting van scheiding van tafel en bed in echtscheiding ingewilligd worden, niettegenstaande dat een gelijkwaardig verzoek vroeger verworpen werd.

4. De omstandigheden waarmee de rechtbank krachtens art. 1309 Ger. W. rekening moet houden zijn de mogelijkheden tot verzoening, de lange duur van de feitelijke scheiding, het belang van de families, van de kinderen uit het huwelijk, van de kinderen uit een overspelige relatie van een van de echtgenoten geboren, de regularisatie van een sociaal abnormale en ongewenste toestand.

D. t/ V.

Overwegende dat beide partijen van Belgische nationaliteit zijn ;

Overwegende dat de vordering ertoe strekt de scheiding van tafel en bed, contradictoir tussen partijen uitgesproken door de 15e kamer dezer rechtbank op 2 juli 1959, te doen omzetten in echtscheiding ;

Overwegende dat de 15e kamer van deze rechtbank op 2 juli 1959 de scheiding van tafel en bed uitgesproken heeft tussen partijen op grond van bepaalde feiten, zijnde het onderhoud van bijzit gepleegd door huidige eiser ;

Overwegende dat dit vonnis overgeschreven werd in de registers van de burgerlijke stand van Kortrijk op 31 oktober 1959 ;

Overwegende dat, een eerste maal, bij exploit van 12 december 1962 van gerechtsdeurwaarder Baratto ter standplaats Brussel, eiser de omzetting aanvroeg van de scheiding van tafel en bed in echtscheiding ;

Overwegende dat het op tegenspraak geveld vonnis van 24 juni 1963 door de 15e kamer van deze rechtbank op eensluidend advies van het openbaar ministerie, op deze eis inging en de echtscheiding tussen beide partijen toestond, ten nadele van huidige eiser ;

Overwegende dat, ten gevolge van het beroep aangetekend door verweerster, de 3e kamer van het Hof van Beroep te Brussel een arrest velde op 21 februari 1966, dat deze eis als ongegrond afwees ;

Overwegende dat de motivering van dit arrest luidde «dat de uit het huwelijk der partijen gesproten kinderen slechts 14 en 18 jaar oud zijn ; dat hun belang de handhaving van de huwelijksband der partijen nog vereist ; dat D. vrouw en kinderen verlaten heeft om met de eigen nicht van zijn vrouw te gaan leven ; dat er geen sociaal belang bestaat D. toe te laten deze zedeloze toestand door een huwelijk te regulariseren» ;

Overwegende dat eiser aanvoert dat de twee gemeenschappelijke kinderen, nl. D. J.Cl. geboren op 23 september 1947 en D. C. geboren op 4 juli 1951 beiden meerderjarig zijn en persoonlijk voorzien in hun eigen onderhoud ;

dat hij bovendien laat gelden dat er geen hoop bestaat op verzoening tussen beide partijen die feitelijk gescheiden

leven sinds meer dan 20 jaar en in rechte sinds 1956 ;

dat hij tenslotte wenst zijn situatie te regulariseren met zijn bijzit, met wie hij samenleeft sinds de feitelijke scheiding van partijen, en van wie hij een dochter heeft, M. geboren op 7 maart 1959 ;

Overwegende dat verweerster de exceptie van het gezag van het rechterlijk gewijsde inroept ;

Overwegende dat hiertoe vereist is dat de vordering hetzelfde voorwerp heeft, op dezelfde oorzaak berust en tussen dezelfde partijen bestaat in dezelfde hoedanigheid (art. 23 Ger. W.) ;

Overwegende dat het aannemen van deze stelling zou impliceren dat de rechtbanken slechts eenmaal de echtscheiding zouden kunnen toestaan ; dat een weigering definitief en onherroepelijk zou zijn, zelfs indien de omstandigheden grondig gewijzigd zouden zijn ;

Overwegende dat in casu de vroegere eis tot omzetting slechts kon gesteund zijn op art. 310 B.W., zoals gewijzigd door de Wet van 20 juli 1962, terwijl dit laatste artikel opgeheven werd door Gerechtelijk Wetboek, art. 2, klein art. 18 van de Wet van 20 oktober 1967 (Gerechtelijk Wetboek) en, met de nodige aanpassingen, opgenomen is in het Gerechtelijk Wetboek als art. 1309 ;

Overwegende dat een vroeger verworpen verzoek tot omzetting onder de toen geldende wetgeving opnieuw mag worden ingesteld op grond van het nieuw art. 1309 Ger. W. (Cass. 18 maart 1971, J.T., 1974, 727, nr. 188 ; G. Baeteman en W. Delva, «Personen- en Familierecht», T.P.R., 1976, 446) ;

Overwegende dat art. 1309 Ger. W. (omzetting van scheiding van tafel en bed, op grond van bepaalde feiten, in echtscheiding) echter bepaalt dat «de rechtbank, *alle omstandigheden in acht nemend*, de echtscheiding kan toestaan», deze omstandigheden bestaande onder meer in de mogelijkheden en kansen tot verzoening tussen de echtgenoten, het belang van de families en van de kinderen en de regularisatie van sociaal abnormale en ongewenste toestanden ;

Overwegende dat in het onderhavige geval er geen toenadering tussen de echtgenoten gezocht werd noch te verwachten is, zodat elke redelijke kans op verzoening uitgesloten schijnt ;

Overwegende bovendien dat de indertijd minderjarige kinderen thans meerderjarig zijn ;

Overwegende anderzijds dat de scheiding van tafel en bed nu reeds schier twintig jaar duurt ; dat art. 232 B.W. thans de echtscheiding toestaat na tien jaar feitelijke scheiding ;

Overwegende dat redelijk mag worden aangenomen dat het hoofdargument van het Hof van Beroep te Brussel om de omzetting te weigeren te vinden in de stand van minderjarigheid van de kinderen van partijen ;

Overwegende dat anderzijds, niet uit het oog mag worden verloren het feit dat eiser met zijn bijzit een dochter heeft die geboren werd op 7 maart 1959 ; dat, na regularisatie van de toestand, dat kind door adoptie gewettigd kan worden ;

Overwegende dat volgens J. M. Moreels, «Beschouwingen bij de wet van 20 juli 1962 betreffende de echtscheiding en scheiding van tafel en bed», R. W., 1962-63, 53, in het geval van kinderen uit overspel geboren, het sociaal belang eist dat deze onwettelijke toestand zo spoedig mogelijk geregulariseerd wordt en de rechtbanken geen gehoor

mogen verlenen aan gevoelens van verontwaardiging of wraak die de onschuldige echtgenoot kunnen bezielen en hem ertoe brengen zich tegen de echtscheiding te verzetten ;

Overwegende derhalve dat, rekening houdend met de wijziging die ingetreden is in de toestand van de gemeenschappelijke kinderen, de wens tot regularisatie uitgedrukt door eiser, sociaal gezien, aanvaardbaar is ;

Overwegende dat bijgevolg in die omstandigheden zowel individueel als familiaal en sociaal de vordering als gezond voorkomt ;

Overwegende dat wanneer de omzetting gevraagd wordt door de echtgenoot, in wiens nadeel de scheiding van tafel en bed op grond van bepaalde feiten is toegestaan de kosten van de omzetting te zijnen laste gelegd dienen te worden, daar ze in zijn belang werden gemaakt (Hof Brussel, 4 juni 1963, *Pas.*, 1963, II, 238 ; Rb. Brussel, 8 februari 1963, *J.T.*, 1963, 211) ;

(...)

ARBEIDSRECHTBANK TE GENT

3e KAMER — 18 MAART 1977

Voorzitter : mevr. Claeys-Leboucq

Rechters in sociale zaken : de hh. Courteyn en Van Hyfte

Advocaten : mrs. Moens en Quintyn

Arbeidsovereenkomsten—Staking—Onmogelijkheid om arbeid te verschaffen—Gewaarbord dagloon niet verschuldigd—Deelneming aan staking door de vakbond ingericht—Overlegprocedure door de vakbond niet nageleefd—Geen foutieve handeling van werknemer—Geen schadevergoeding.

Indien de werkgever wegens staking in de onmogelijkheid verkeert arbeid aan een werknemer te verschaffen, heeft laatstbedoelde geen aanspraak op gewaarborgd dagloon.

Deelneming aan een staking die door de vakbond ingericht werd is geen foutieve daad van de stakende werknemer, ook al heeft de organisatie de overeengekomen procedure niet nageleefd. Door de stakende werknemer is aan de werkgever geen schadevergoeding verschuldigd.

X. t/ N.V. A. en N.V. A. t/ X. en C.

In feite

Eiser is als metaalbewerker in dienst geweest bij de N.V. A. te Gent. Op 20 januari 1972 diende hij het werk om 13 uur aan te vangen. Het werkstuk dat hij moest bewerken, moest omgedraaid worden om verder afgewerkt te kunnen worden ; de aanslager-kraangeleider die het stuk moest omdraaien, nl. dhr. C. was evenwel afwezig. Eiser kon zijn normale arbeid niet aanvangen en hij werd door de ploegbaas huiswaarts gestuurd.

De afwezigheid van dhr. C. maakte deel uit van een stakingsactie die door het gemeenschappelijk vakbondsfront A.B.V.V.-A.C.V. was georganiseerd om de eisen m.b.t. het sluiten van een nieuwe loonconventie kracht bij te zetten ; immers, de vorige loonovereenkomst

had een einde genomen op 31 december 1971, en er werden onderhandelingen gevoerd met het oog op het sluiten van een nieuwe collectieve arbeidsovereenkomst ; o.m. werd harmonisatie van de lonen tussen de verschillende bedrijfszetels nagestreefd.

Flugschriften, vermoedelijk van 19 januari 1972, uitgaande van het gemeenschappelijk vakbondsfront, werden verspreid ; daarin werd gesteld dat de onderhandelingen met A. mislukt waren en dat acties op touw gezet werden waarvan de tactiek medegedeeld zou worden. Op 20 januari 1972 heeft de directie van het A. bedrijf, zetel Gent, te 7u20' een bericht ad valvas uitgehangen waarin gesteld werd dat de werkonderbrekingen die zich op die dag zouden voordoen, niet met staking gelijkgesteld zouden kunnen worden ; dat deze acties een inbreuk zouden vormen op de overeenkomsten die tussen het bedrijf en de vakbonden gesloten werden, dat de werkgever geen loon zou betalen aan de arbeiders die geen arbeid zouden verrichten als rechtstreeks of onrechtstreeks gevolg van de werkonderbrekingen, en dat de arbeiders in geval van verlengde inactiviteitsperiode het werk op verwittiging van de ploegbaas zouden moeten verlaten.

Op 24 januari 1972 heeft de N.V. A. een verwittiging gestuurd aan dhr. C. wegens werkonderbreking op 20 januari 1972 en inbreuk op het arbeidsreglement.

In rechte

(...)

De heer X., eiser in hoofdvordering, vordert betaling van het gewaarborgd dagloon overeenkomstig art. 12, tweede lid, van de wet op de arbeidsovereenkomst voor werklieden. Hij verklaart dat hij zich op 20 januari 1972 werkwilg op het bedrijf aangeboden heeft, dat hij de aanwezigheidskaart afgestempeld heeft doch het werk op bevel van de meestergast niet mocht aanvatten, dat de N.V. A. vervangingswerk had moeten aanbieden, dat er geen sprake was van technische stoornis en dat zelfs in een dergelijk geval de werkgever in beginsel gewaarborgd weekloon verschuldigd is ; dat hij zelf niet te kort gekomen is aan zijn verplichtingen inzake de arbeidsovereenkomst en dat hij ook geen schuld heeft aan het feit dat hij zijn normale arbeid niet heeft kunnen verrichten.

Verwerende partij, de N.V. A., verklaart dat eiser, die lid van de ondernemingsraad was, met andere werknemers op voorhand overeengekomen was schade te berokkenen aan het bedrijf door de essentiële arbeidsomstandigheden zo te wijzigen, dat de uitvoering van de arbeidsovereenkomst onmogelijk werd ; dat deze wijziging bekomen werd door afwisselende opeenvolgende en alternatieve werkonderbrekingen op arbeidsposten, zodat de werknemers die van deze posten afhangen, het werk niet konden aanvangen, en omgekeerd ; dat het feit dat eiser op 20 januari 1972 de arbeid niet heeft kunnen aanvangen, te wijten is aan een oorzaak die afhankelijk was van zijn wil, nl. een onderling overlegde werkonderbreking ; dat de overlegde wijziging van de arbeidsvoorwaarden door foutieve arbeidsonderbrekingen de normale werking van het bedrijf verstoord heeft en schade aan het bedrijf veroorzaakte ; dat dergelijke acties op 25 januari 1972 en op 8 februari 1972 opnieuw plaatsgevonden hebben, dat er geen vervangingswerk kon verschaft worden, dat de arbeidsovereenkomst in goede trouw moet worden uitgevoerd ; tenslotte dat het stakingsrecht op voorwaarde van naleving van de in col-

lectieve overeenkomst voorziene procedures erkend wordt maar dat de actie van 20 januari 1972 geen staking maar een onrechtmatige daad was.

Verwerende partij in gedwongen tussenkomst gedagvaard, dhr. C., verklaart dat de N.V. A. vervangingswerk aan dhr. X. kon verschaffen, dat deze laatste recht heeft op loon en dat de vordering van de N.V. tegen hemzelf ongegrond is.

1. *Vordering tot betaling van loon*

In de eerste plaats moet aan de hand van de stukken en van de uiteenzettingen van de partijen worden vastgesteld, dat de werkonderbrekingen die in het bedrijf N.V. A. op 20 januari 1972 plaats hebben gehad, in feite een staking waren.

Het door eisende partij X. ingeroepen art. 12 van de wet op de arbeidsovereenkomst voor werklieden waarborgt in § 2 het recht op normaal loon van de arbeider die wegens een oorzaak onafhankelijk van zijn wil, buiten het geval van staking, de arbeid niet kan aanvangen of voortzetten. Er wordt in deze wettekst geen onderscheid gemaakt naargelang de arbeider die het werk wegens staking niet kan aanvangen of voortzetten, aan de stakingsactie al dan niet heeft deelgenomen. Derhalve heeft niet alleen de arbeider die aan de staking deelneemt, geen recht op loon, maar ook de arbeider die wegens de staking van anderen de arbeid niet kan aanvangen of voortzetten.

In deze tekst wordt ook niet als voorwaarde gesteld dat de staking een algemeen karakter moet hebben; de in deze tekst gebruikte termen zijn van algemene aard en het betreft onverschillig welke staking (zie o.m. U. Deprez, *Commentaire van de wet van 20 juli 1960*, Ministerie van Tewerkstelling en Arbeid, 1960, blz. 9; P. Horion, *Suspension du travail et salaire garanti*, Luik, 1963, nr. 35).

De heer X. heeft de arbeid op 20 januari 1972 niet kunnen aanvangen door een stakingsactie in het bedrijf.

De werkgever die een stakingsactie inroept om het normaal loon niet te betalen, moet evenwel aantonen dat de staking in die mate een hinderpaal was, dat het hem onmogelijk was de arbeider aan het werk te zetten of te houden; immers, het is de werkgever die de bij de wet bepaalde uitzondering inroept, die ze moet bewijzen (U. Deprez, *op. cit.*; Horion, *op. cit.*).

Uit de uiteenzettingen is gebleken dat er op het ogenblik der feiten talrijke werknemers uit het A. bedrijf wegens gebrek aan werk werkloos waren gesteld en dat het bedrijf eigen schoonmakers- en onderhoudsdiensten heeft.

Rekening houdend met deze vaststellingen alsook met de aard van het bedrijf en de kwalificatie van eiser, blijkt voldoende dat het de N.V. A. die op 20 januari 1972 plotseling met de stakingsactie geconfronteerd was, onmogelijk was dhr. X. aan het werk te stellen. Gelet op deze vaststellingen, vindt het beginsel neergelegd in voornoemd art. 12, § 2, volgens hetwelk het normaal loon in geval van staking niet verschuldigd is, toepassing. Verwerende partij de N.V. A. is dus niet gehouden het normaal loon voor 20 januari 1972 aan eiser X. te betalen. De vordering van die eisende partij is derhalve ongegrond.

2. *Tegenvordering van de N.V. A. tegen dhr. X. tot betaling van schadevergoeding*

De heer X. heeft zich op 20 januari 1972 op het bedrijf

aangeboden; hij kon de arbeid wegens afwezigheid van dhr. C. niet aanvangen. Artikel 8 van de wet op de arbeidsovereenkomst voor werklieden vindt geen toepassing vermits deze werknemer geen zware fout heeft gepleegd. Het is niet door zijn eigen schuld dat dhr. X. geen arbeid heeft gepresteerd; art. 1382 B.W. vindt derhalve evenmin toepassing.

De vordering van de N.V. A. tot betaling van schadevergoeding is derhalve ongegrond.

3. *Vordering van de N.V. A. tegen dhr. C. tot gedwongen tussenkomst, vrijwaring en terugbetaling van sommen waartoe in de hoofdzaak veroordeeld wordt*

De heer C. is betrokken geweest bij een stakingsactie in het bedrijf van de N.V.A. waardoor dhr. X. de arbeid op 20 januari 1972 niet heeft kunnen aanvangen. Overeenkomstig art. 15 Ger. W. is de vordering tegen hem toelaatbaar. Vermits de hoofdvordering van eisende partij X tegen de N.V. A. niet gegrond is, is de vordering van de N.V. A. tegen dhr. C. eveneens ongegrond.

4. *Vordering van de N.V. A. tegen dhr. C. tot schadevergoeding*

De N.V. A. baseert haar vordering op de bepalingen van het arbeidsovereenkomstenrecht enerzijds, op art. 1382 B.W. anderzijds.

Overeenkomstig art. 8 van de wet op de arbeidsovereenkomst voor werklieden, kan de arbeider aansprakelijk worden gesteld voor zijn zware schuld. Voor de toepassing van art. 1382 B.W. moet in de eerste plaats een fout van dhr. C. vaststaan. Deze arbeider was op 20 januari 1972 afwezig ten gevolge van een stakingsactie die in het bedrijf door twee werknemersorganisaties georganiseerd werd.

Deze actie is opgetreden buiten de procedure die voorzien is in het aanhangsel bij de overeenkomst over de syndicale waarborgen (N.P.C. metaalbouw, overeenkomst van 13 januari 1965). De vrijheid van vereniging is in ons land grondwettelijk gewaarborgd, en de leden van organisatie zijn in beginsel gehouden de beslissingen die in de schoot van de organisaties regelmatig genomen worden, na te leven. Aan beide werknemersorganisaties die de stakingsactie beslist hadden, wordt daarenboven in de Belgische sociale wetgeving de aard van representatieve organisatie toegekend die als gesprekspartner tegenover de werkgever optreedt.

De staking wordt in de Belgische sociale wetgeving erkend (zie o.m. L. François, «La Cour de Cassation et le 'droit' de grève», *J.T.T.*, 1971, 121-123 en 133-1937) en stakingsdagen worden in Belgische sociale zekerheidswetten met gewerkte dagen gelijkgesteld. In een democratische maatschappij wordt de staking als een instrument beschouwd waarover de werknemersgemeenschap moet kunnen beschikken (in dezelfde zin J. Piron, «De la légitimité de certains moyens de pression dans les conflits sociaux», *J.T.T.*, 1976, 194). Immers, de staking is een middel om een vastgelopen dialoog terug op gang te brengen, en een dergelijk dialoog is noodzakelijk om een collectieve arbeidsovereenkomst te bereiken waarin de voorwaarden worden bepaald waaronder de arbeid verder zal worden uitgevoerd.

Gebruikelijk wordt het uitbreken van de staking aan bepaalde voorwaarden onderworpen; daaruit mag even-

wel niet worden afgeleid dat de werknemer een foutieve handeling stelt wanneer deze voorwaarden niet nageleefd zouden zijn; in een dergelijk geval voert deze werknemer immers eenvoudig een beslissing uit die hem opgelegd werd door de werknemersorganisatie waarbij hij aangesloten is.

De heer C. heeft op 20 januari 1972 als lid van een der erkende werknemersorganisaties die de stakingsactie hebben georganiseerd, gevolg gegeven aan de beslissingen van deze organisatie en is hij van het bedrijf afwezig gebleven. Rekening houdend met voornoemde beginselen moet worden gesteld dat deze arbeider geen foutieve daad heeft gesteld. Derhalve vindt noch art. 8 van de wet op de arbeidsovereenkomst voor werklieden noch art. 1382 B.W. toepassing.

De vordering van de N.V. A. is ongegrond.

5. Vordering van de N.V. A. tegen dhr. X wegens tergend en roekeloos gedrag

De vordering van eisende partij in hoofdvordering van dhr. X, wordt als ongegrond afgewezen. Geen enkel element ter zake wijst echter erop dat zijn vordering een tergend en roekeloos karakter heeft. Immers, deze partij heeft betaling van loon gevraagd op grond van art. 12 van de wet betreffende de arbeidsovereenkomst voor werklieden, en hij heeft zijn stelling aan de hand van conclusies uiteengezet. Zijn vordering vertoont noch een tergend noch een roekeloos karakter; de vordering van de N.V. A. is ongegrond.

RECHTSPRAAK IN KORT BESTEK

Hof van Cassatie (3e Kamer), 15 mei 1977

Arbeidsongeval—Weg naar en van het werk—Normaal traject—Begrip—Onderbreking.

Het Arbeidshof te Bergen erkende op 22 december 1973 als ongeval op de weg van het werk een ongeval dat gebeurde nadat de werknemer 1 u. 45 min. de werkplaats verlaten had, in die tijdspanne per auto 25 km had afgelegd en aankopen in een supermarkt deed. Het cassatieberoep tegen dat arrest wordt op de volgende gronden verworpen:

«Overwegende dat, naar luid van artikel 8, § 1, tweede lid, van de arbeidsongevallenwet van 10 april 1971, onder de weg naar en van het werk wordt verstaan het normale traject dat de werknemer moet afleggen om zich van zijn verblijfplaats te begeven naar de plaats waar hij werkt, en omgekeerd;

«Overwegende dat de onderbreking van het door een werknemer afgelegde traject kan worden gerechtvaardigd;

«Dat zulks met name het geval is wanneer de oorzaak van de onderbreking wettig is en de duur ervan niet belangrijk is; dat in dat geval het traject normaal blijft in de zin van voormeld artikel 8 van de wet van 10 april 1971;

«Overwegende dat het arrest en het vonnis van eerste aanleg, waarnaar het verwijst, vaststellen: a) dat het ongeval dat verweerder is overkomen zich op vrijdag 1 december 1972 rond 19 uur. 45' te Asquillies heeft voorgedaan toen hij ongeveer 25 kilometer met de auto had afgelegd; dat hij de plaats waar hij werkt te Anderlues rond 18 uur had verlaten; b) dat het traject dat hij de dag van het ongeval had genomen het gebruikelijke traject was dat hij na zijn arbeid aflegde; c) dat verweerder te Binche was gestopt om inkopen te doen; d) dat de winkel waar hij goederen

had gekocht een supermarkt was waar er veel volk aanwezig was; e) dat het druk was op de door verweerder afgelegde weg;

«Overwegende dat het arrest, op basis van die vaststellingen, enerzijds beslist dat de onderbreking een wettige oorzaak had, anderzijds, impliciet doch zeker van oordeel is dat, gelet op de omstandigheden die het aangeeft, de duur van de onderbreking niet belangrijk was.»

(Voorzitter: de h. Polet—Raadsheer-rapporteur: de h. Clouson—Advocaat-generaal: de h. Velu—Advocaten: mrs. Simont en Kirkpatrick—In de zaak: N.V. R. t/ S.)

NOOT—Zie ook: Cass., 31 maart 1976, R.W., 1976-77, 1273, m.b.t. het maken van een omweg.

Hof van Cassatie (1e Kamer), 20 mei 1977

Verzekering—Motorrijtuigen—Combinatie bestaande uit tractor en aanhangwagen—Tractor en aanhangwagen bij verschillende verzekeraars verzekerd.

De transportmaatschappij J.T. was bij de verzekeraar D. verzekerd voor een combinatie, bestaande uit haar tractor en een van drie aangewezen aanhangwagens; de maatschappij H.T. was bij de verzekeraar B. verzekerd voor een aanhangwagen. De vrachtwagenchauffeur van J.T. veroorzaakte een ongeval met een combinatie bestaande uit de tractor van J.T. en de aanhangwagen van H.T.

Op de hierna vermelde gronden verwerpt het Hof van Cassatie het cassatieberoep van de verzekeraar B. tegen het arrest van 19 januari 1976 van Hof Gent m.b.t. de beslissing waarbij het de vordering tot vrijwaring, ingesteld tegen de verzekeraar B. door J.T., die zelf door de getroffen en aangesproken was, gegrond verklaart en oordeelt dat de verzekeraar D. geen dekking moet verlenen.

«Overwegende dat artikel 1 van de wet van 1 juli 1956 betreffende de verplichte aansprakelijkheidsverzekering inzake motorrijtuigen weliswaar bepaalt dat, voor de toepassing van die wet, de aanhangwagen wordt aangemerkt als deel uitmakend van het motorrijtuig, zodat een tractor met aanhangwagen niet in het verkeer mag worden gebracht indien niet het gebruik zowel van de aanhangwagen als van de tractor het voorwerp uitmaakt van een aan de wet beantwoordende verzekering;

«Overwegende dat deze wetsbepaling echter niet verbiedt dat het gebruik van de tractor door een bepaalde verzekeraar en het gebruik van de aanhangwagen door een andere verzekeraar gedekt zou zijn;

«Overwegende dat het arrest overweegt dat de door de personenvennootschap H.T. bij eiseres onderschreven polis de civielrechtelijke aansprakelijkheid dekt van de aanhangwagen 'waarmede het ongeval gebeurde', zonder dat in het contract wordt gespecificeerd dat de aanhangwagen aan een bepaalde tractor gehecht moet zijn, en dat de civielrechtelijke aansprakelijkheid van de personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid J.T. door het contract gedekt is als 'houder' van het in de polis omschreven voertuig, 'zoals bepaald bij artikel 3 van de polis', zodat de vordering tot vrijwaring tegen eiseres gegrond is;

«Overwegende dat het arrest anderzijds zegt dat de door de personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid J.T. bij de naamloze vennootschap D. onderschreven polis de civielrechtelijke aansprakelijkheid dekt van de bestuurder van het in het contract aangeduide samengesteld voertuig, bestaande uit de tractor en een van de drie 'aangeduide' aanhangwagens, waartoe de aanhangwagen van de personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid H.T., die op het ogenblik van het ongeval aan de tractor was gekoppeld en 'waarmede het ongeval gebeurde', niet behoort, zodat de naamloze vennootschap D. geen dekking moet verlenen;

«Overwegende dat het onderdeel niet aanvoert dat het arrest door deze interpretatie de bewijskracht van de polissen zou hebben miskend ;

«Overwegende dat het arrest, zonder de in het onderdeel aangehaalde wetsbepalingen te schenden, aldus heeft kunnen beslissen.»

(Voorzitter-rapporteur : de h. de Vreese - Advocaat-generaal : de h. Declercq - Advocaten : mrs. Bützler, Fally, De Gryse, Bayart en Houtekier - In de zaak : N.V. B. t/ A. e.a.)

Arbh. Brussel (4e Kamer), 4 maart 1977

Arbeidsovereenkomst Werklieden—Dringende reden—Arbeidsongeschiktheid met medisch verbod de woning te verlaten—Afwezigheid bij controlebezoek—In concreto geen dringende reden.

De werknemer meldde zich ziek voor twee dagen. Zijn medisch getuigschrift hield verbod in om de woning te verlaten. De laatste dag der ongeschiktheid bracht de werkgever in de namiddag tweemaal een controlebezoek zonder de arbeider thuis te vinden.

Laatstbedoelde werd onmiddellijk afgedankt. Hij vordert de wettelijke verbrekingsvergoeding.

«Overwegende dat verweerster in haar schriftelijke conclusie beweert dat de afwezigheid van eiser ondanks het verbod van de behandelende geneesheer een dringende reden uitmaakt die haar toeliet op staande voet een einde te maken aan de arbeidsovereenkomst en dit zonder opzeggingsvergoeding ;

«Overwegende dat de rechtbank vaststelt dat het feit dat een arbeider tijdens een periode van arbeidsongeschiktheid wegens ziekte 's namiddags een ommetje maakt en dit in weerwil van het uitgaansverbod voorgeschreven door de behandelende geneesheer, niet toelaat te vermoeden dat hij geschikt was om *die dag* het werk te hernemen ; dat dit 'uitstapje' van eiser op de vooravond van zijn werkhername niet beschouwd dient te worden als een 'misstap' die van dien aard was dat de arbeidsverhouding definitief verbroken diende te worden ;

«dat uit voorgaande overwegingen voortvloeit dat verweerster eiser ten onrechte op staande voet heeft afgedankt en het derhalve past de eis tot het bekomen van een verbrekingsvergoeding op voet van artikel 22 W.A.O. gegrond te verklaren.»

(Voorzitter : de h. Declercq—Rechters in sociale zaken : de hh. Acke en Janssens—Advocaat : mr. De Bisschop loco Favresse—In de zaak : A.G. t/ N.V. C.)

OVERZICHT VAN RECHTSPRAAK

ZIEKTE- EN INVALIDITEITSVERZEKERING

(september 1973 - september 1977)
(eerste deel)

Dit overzicht wil de in de loop van de laatste drie gerechtelijke jaren gepubliceerde vonnissen en arresten en, waar nodig en nuttig, ook onuitgegeven rechtspraak uit dezelfde periode - alles te zamen een honderdveertigtal uitspraken - in een logisch verband verzamelen en commentariëren, onder meer aan de hand van de rechtsleer. Het overzicht maakt nochtans geen aanspraak op volledigheid : in beginsel is het beperkt tot betwistingen die rechtstreeks de verzekerde aanbelangen in zijn rechten en plichten. Wegens plaatsgebrek moesten dus bijvoorbeeld uitspraken die de interne administratieve organisatie of aspecten van het geneesherenstatuut aanbelangen onbesproken blijven. In de tijd sluit het overzicht aan bij hetgeen wij destijds over het gerechtelijk jaar 1972-1973 in het *Belgisch Tijdschrift voor Sociale Zekerheid* (1975, blz. 3-14 en blz. 37) publiceerden in samenwerking met J. Van Langendonck.

I. Verzekering voor geneeskundige verzorging

§ 1. Toepassingsgebied

1. *Algemeen.* Men weet dat de verzekering voor geneeskundige verzorging niet in één trek veralgemeend is tot geheel de bevolking, maar in verscheidene fasen is uitgebreid tot telkens nieuwe bevolkingsgroepen, met dikwijls andere kenmerken. Vandaar dat in randgevallen betwistingen kunnen rijzen, waarvoor een oplossing dient te worden gevonden aan de hand van de artikelen 21 en 22 van de Wet van 9 augustus 1963 (in het vervolg aangeduid als W.Z.I.V.), van het K.B. van 30 juli 1964 tot uitbreiding tot de zelfstandigen en van de overige op 28 juni 1969 (kloosterlingen, studenten, niet beschermde personen) en op 20 juli 1970 (mindervaliden) getroffen uitbreidingsbesluiten. In de onderzochte periode

heeft de rechtspraak nog slechts sporadisch uitspraak moeten doen over betwistingen in verband met het toepassingsgebied *ratione personae* van de verzekering voor gezondheidszorgen.

2. *Minder-validen.* De meeste vragen in verband met de verruiming van de toepassingsfeer blijken te rijzen ten aanzien van de minder-validen. Om onderworpen te zijn moeten ze (op grond van het eerste lid, 1°, 2, van het K.B. van 20 juli 1970) o.m. «ongeschikt zijn erkend tot het verrichten van arbeid» — een voorwaarde die door het Arbeidshof te Brussel, afdeling Antwerpen, (9e k.) op 18 december 1974 (onuitg.) welwillend is geïnterpreteerd : aanvaard wordt dat de inactiviteit «met gezond verstand dient te worden beschouwd», zodat daaraan voldaan is wanneer iemand nog sporadisch hulp verstrekt in een winkel («wat nuttig is voor zijn revalidatie en daarenboven therapeutisch waardevol»), maar voor de rest meer dan 66% arbeidsongeschikt is en in het geheel niet meer in staat is zijn vroeger beroep — het maken van fotoreportages — uit te oefenen. Opvallend in dit arrest is de verwijzing naar de rechtspraak over het begrip arbeidsongeschiktheid in de uitkeringsverzekering voor zelfstandigen : ook daar wordt, naar verder blijken zal (nr. 53 in fine en 54), algemeen aanvaard dat de notie van inactiviteit op redelijke wijze en met zin voor de realiteit dient te worden toegepast.

Daarbij mag evenmin uit het oog worden verloren dat door bedoeld artikel niet uitdrukkelijk een ongeschiktheid wordt geëist tot het verrichten van elke arbeid, maar wel een ongeschiktheid tot het verrichten van arbeid volgens de in artikel 56 W.Z.I.V. vermelde criteria, die niet alleen op de gezondheidstoestand betrekking hebben. Hierop is uitdrukkelijk gewezen door het Arbeidshof te Brussel, afdeling Bergen (10e k.) in een (franstalig) arrest van 5 juli 1974 (onuitg.) ; uitgaande van de op dit punt explicietere

Frans tekst, overweegt het hof o.m. «que l'article 1 (...) qui veut que le bénéficiaire des dispositions de cet arrêté soit reconnu incapable d'effectuer un travail lucratif et non tout travail lucratif, apparaît exiger en vue de cette reconnaissance qu'il soit satisfait aux deux critères prévus par l'article 56 : *critère médical* (état physique ou mental entraînant une incapacité de travail lucratif d'un tiers au moins) et *critère économique* (réduction de capacité de gain)». Door hetzelfde arrest wordt ook een discrepantie aan het licht gebracht tussen genoemd artikel 1 en artikel 56 waarnaar wordt verwezen, in die zin dat dit laatste artikel uitdrukkelijk is geschreven met het oog op de ongeschiktheid van werknemers, maar er in artikel 1 ook een beroep op wordt gedaan ten aanzien van andere personen dan werknemers.

Door de Arbeidsrechtbank te Dinant is op 16 oktober 1975 (*Inf. RIZIV*, 1976, 117) strak de hand gehouden aan de in artikel 1 gestelde voorwaarde van erkenning van de arbeidsongeschiktheid voor de leeftijd van 65 jaar (indien het een man betreft). Noch het feit dat betrokkene zich om gezondheidsredenen in het buitenland bevond en onmogelijk huiswaarts kon keren om zijn ongeschiktheid te doen vaststellen noch het feit dat zijn ongeschiktheid was erkend met het oog op de toepassing van een andere wetgeving, laten toe aan de regel afbreuk te doen: de erkenning is dan immers niet op de door artikel 4 vastgestelde wijze gebeurd. Het is de vraag of de betrokkene zich niet op overmacht had kunnen beroepen, zoals ten aanzien van andere formaliteiten opgelegd door de W.Z.I.V. wel is aanvaard (zie verder, nr. 24).

Als een eiser, die aanvankelijk niet als minder-valide was erkend omdat zijn arbeidsongeschiktheid niet ten minste 66% bedroeg en de vermoedelijke duur ervan niet ten minste één jaar beliep, thans voor de rechtbank een verergering van zijn toestand en nieuwe aandoeningen schijnt aan te voeren, moet hij eerst langs administratieve weg een nieuwe aanvraag indienen en kan hij van de rechtbank geen vernietiging krijgen van de aanvankelijke weigering (*Arbrb. Aarlen*, 14 januari 1977, *Inf. RIZIV*, 1977, 170).

3. *De opsomming van artikel 21 W.Z.I.V.* De opsomming van dertien categorieën van rechthebbenden in artikel 21 W.Z.I.V. blijkt weinig of geen interpretatiemoeilijkheden te stellen. Alleen dient een op 27 november 1973 (onuitg.) uitgesproken vonnis van de Arbeidsrechtbank te Antwerpen (7e k.) te worden vermeld dat uit de bewoordingen van artikel 21,6° («die niet meer onder de Belgische wetgeving betreffende de sociale zekerheid vallen») afleidde dat van voortgezette verzekering slechts sprake kan zijn indien men tevoren reeds verzekerd was, en dan nog in het kader van de Belgische wet.

4. *Personen ten laste : discriminatie op grond van het geslacht?* De bescherming van de ziekteverzekering, tak geneeskundige verstrekkingen, strekt zich uit over de «personen ten laste» van de gerechtigden. Door artikel 165 van het K.B. van 4 november 1963 worden ter uitvoering van het laatste lid van artikel 21 W.Z.I.V. de voorwaarden omschreven om als zodanig te worden erkend, en deze omschrijving wordt door de meeste uitbreidingsbesluiten overgenomen.

Het Arbeidshof te Luik weigerde op 4 januari 1974 (*J.T.T.*, 1974, 218, met noot aan A. Alen en D. Simoens) een met de grondwettelijke gelijkheidseis strijdige discriminatie op grond van het geslacht te zien in het feit dat artikel 165, § 1, 1° en 2°, strengere voorwaarden stelt aan de man om ten laste van zijn werkende echtgenote te zijn dan aan de vrouw om ten laste van haar man-werknemer te zijn. Toch is de motivering van het arrest niet overtuigend: de verwijzing naar de cassatierechtspraak over het tot 1971 geldend stelsel van werkloosheidsuitkeringen waarvan de forfaitaire uitkeringen voor vrouwen lager lagen dan voor mannen, gaat niet meer op nu de wet is veranderd en de vroegere regeling door de Raad van State op 15 maart 1974 (*R.W.*, 1974-75, 353) wél ongrondwettig is verklaard. Het beroep op «het geheel van bepalingen van het burgerlijk recht betreffende de familie» houdt evenmin steek nu een aantal recente wetten op dit

domein juist hebben bijgedragen tot een verschuiving in de economisch-professionele situatie van de echtgenoten.

5. *Personen ten laste : slechts onrechtstreeks verzekerd.* De persoon ten laste ontleent zijn hoedanigheid van rechthebbende aan zijn band met iemand die, anders dan hijzelf, wel rechtstreeks verzekerd is. Deze laatste moet volgens artikel 169 van het K.B. van 4 november 1963 bij het kiezen van een verzekeringsinstelling een bulletin invullen dat de samenstelling van zijn gezin vermeldt, en moet alle latere wijzigingen daarin aan de verzekeringsinstelling meedelen. Het is nochtans duidelijk dat het indienen van een formulier «Wijziging in het gezin» niet voldoende is om de daarop vermelde persoon de hoedanigheid van persoon ten laste te doen verkrijgen; daartoe is tegelijk vereist dat aan de door artikelen 165 en 166 gestelde voorwaarden is voldaan. Toch is om orde op zaken te stellen een arrest nodig geweest van het Hof van Cassatie (28 januari 1976, *J.T.T.*, 1976, 197) in een geval, waar de verzekeringsinstelling had ingeroepen dat een vrouw die — tot dan toe werkneemster — op 2 mei 1966 door haar echtgenoot als huishoudster werd ingeschreven, door het feit van deze inschrijving onmiddellijk en automatisch persoon ten laste werd, als het ware afzag van de rechten die ze voorheen had als gerechtigde werkneemster en derhalve geen arbeidsongeschiktheidsuitkeringen meer kon genieten naar aanleiding van een daaropvolgend ongeval. Belangwekkend is dan ook de overweging van het Hof, dat «door de enkele omstandigheid als persoon ten laste op een formulier 'wijziging in het gezin' te zijn vermeld, de betrokkene evenmin het recht op arbeidsongeschiktheidsuitkeringen verliest, wanneer hij de hoedanigheid van gerechtigde heeft en de voorwaarden vervult om op die uitkeringen aanspraak te maken».

Uit het slechts «onrechtstreeks» verzekerd zijn van de personen ten laste leidde de Arbeidsrechtbank te Nijvel op 22 oktober 1974 (*T.S.R.*, 1975, 135) af dat een geschil dat volgt uit de weigering van inschrijving in het «boekje» van een lid van het ziekenfonds, aanhangig dient te worden gemaakt door de houder van dit «boekje» en niet door degene die zijn hoedanigheid van persoon ten laste ingeschreven wil zien. Aan de juistheid van dit standpunt kan getwijfeld worden: personen ten laste worden door artikel 21 W.Z.I.V. uitdrukkelijk als rechthebbenden beschouwd en op grond van artikel 582 van het Gerechtelijk Wetboek dient de arbeidsrechtbank kennis te nemen van geschillen betreffende de rechten en verplichtingen van werknemers en hun rechtverkrijgenden welke voortvloeien uit (o.m.) de wetgeving inzake de verplichte ziekte- en invaliditeitsverzekering, wat lijkt te impliceren dat ook de rechtverkrijgenden toegang tot de arbeidsrechtbank moeten hebben.

§ 2. Verstrekkingen en verzekeringstussenkomst

A. Revalidatie en herscholing

6. *Algemeen. Bevoegdheid van arbeidsgerechten.* In de bestreken periode hadden de hoven en rechtbanken zich opvallend veel uit te spreken over geschillen in verband met revalidatie en herscholing, waarvan de regeling is neergelegd in de artikelen 19 en 23, 8° en 9°, W.Z.I.V. Deze overvloed aan rechtspraak valt te verklaren door het feit dat de genoemde begrippen noch door de wet noch bij de voorbereidende werkzaamheden werden gepreciseerd. In dit verband kan tevens gewezen worden op de gebrekkige overeenstemming tussen de Nederlandse en de Franse versie, waarvan de eerste spreekt over revalidatie en herscholing en de tweede over «rééducation fonctionnelle» en «rééducation professionnelle». Aan de begrippen revalidatie en herscholing wordt in eerste instantie gestalte gegeven door het College van geneesheren-directeuren dat, naar luid van artikel 19 W.Z.I.V., uitspraak heeft te doen over het al dan niet ten laste nemen door de verzekering van de voorgelegde revalidatie- en herscholingsprogramma's. De rechtspraak heeft nochtans het laatste woord als de aanvrager zich niet wenst neer te leggen bij een weigering van het college, aldus een arrest van het Hof van Cassatie van 5 september 1973 (*J.T.T.*, 1974, 55, *T.S.R.*, 1974, 34, *Inf. RIZIV*, 1974, 52). Dit

verklaart de menigvuldigheid van uitspraken waaruit hieronder een keuze is gemaakt (zie ook Ph. Gosseries, «Approche du droit à la rééducation couverte par l'assurance-maladie», *J.T.T.*, 1976, 249-254).

Negatief kunnen de in artikel 23, 8° en 9°, bedoelde prestaties worden omschreven als verstrekkingen die niet in de nomenclatuur zijn opgenomen maar waarvoor de ziekteverzekering toch tussenkomt (zie bv. *Arbrb.* Antwerpen, 9e k., 16 september 1974, onuitg.). Hoe kunnen deze prestaties positief omschreven worden?

7. *Geen onderscheid naargelang het aangeboren of verworven karakter van de handicap.* De handicap die men door revalidatie of herscholing wil verhelpen mag ook aangeboren zijn. Een tijdlang heeft in een deel van de rechtspraak een andere strekking bestaan die het voordeel wilde beperken tot na de geboorte verworven aandoeningen en die, op grond van haast grammaticale en etymologische beschouwingen (in de wet wordt gesproken van revalidatie, her-scholing, «ré-éducation»), oordeelde dat van revalidatie of herscholing alleen sprake kon zijn indien daarmee de terugkeer naar een voorafbestaande gezondheidstoestand werd beoogd, wat klaarblijkelijk het geval niet kan zijn als de handicap reeds bij de geboorte bestond. Aan deze opvatting werd helemaal in het begin van de besproken periode (5 september 1973) een einde gemaakt door het bovengeciteerde arrest van het Hof van Cassatie, dat onder meer stelde «que la loi vise tant les soins préventifs que les soins curatifs; qu'elle ne distingue pas d'avantage entre l'origine fortuite ou congénitale des maladies et invalidités nécessitant lesdits soins ou prestations; que le mot 'rééducation' employé par la loi n'implique pas que celle-ci n'a visé que la récupération ou la restitution d'un état de santé préexistant».

De rechtspraak heeft zich sedertdien eensgezind gevoegd naar het inderdaad logisch standpunt van het Hof van Cassatie (zo o.m.: *Arbh.* Brussel, 24 oktober 1974, onuitg.; *Arbh.* Luik, 15 april 1975, onuitg.; *Arbrb.* Namen, 27 oktober 1975, *J.L.*, 1975-76, 101) en ze neemt akte dat het College van geneesheren-directeuren intussen van zijn vroegere enge interpretatie is afgestapt (*Arbh.* Luik, 15 april 1975, *T.S.R.*, 1976, 405).

8. *De grens tussen gezondheidszorgen en opvoeding: betwistingen in verband met logopedie.* De rechtspraak heeft dikwijls moeite gehad met de vraag of logopedische lessen, die strekken tot het wegnemen of verminderen van spraakstoornissen door de ziekteverzekering ten laste dienen te worden genomen (zie in dit verband ook J. Van Langendonck en D. Simoens, «De rechtspraak van de arbeidsgerechten over sociale zekerheid», *B.T.S.Z.* 1975, 4-5).

Volgens de meest verspreide stelling dient onderscheid te worden gemaakt naargelang de oorsprong van de spraakmoeilijkheden:

— hebben deze een uitgesproken pathologische oorsprong (zoals een anatomische misvorming of een trauma), dan horen ze thuis in de medische sfeer en kan het verhelpen ervan het voorwerp uitmaken van een revalidatie- of herscholingsprogramma;

— vloeien de stoornissen daarentegen voort uit factoren die niet de lichaamsgesteldheid van de aanvrager betreffen maar eerder op rekening te brengen zijn van diens sociaal of familiaal milieu, dan kunnen ze wel het voorwerp uitmaken van opvoedingsmaatregelen in gezinsverband of in het kader van het buitengewoon onderwijs, maar bestaat er geen reden het verhelpen ervan ten laste te leggen van de ziekteverzekering. In dat geval is immers niet bewezen dat de handicap waarvoor om prestaties wordt gevraagd een verstoring van de lichamelijke of geestelijke gezondheid uitmaakt, wat nochtans vereist is gezien de plaatsing van artikel 23, 8° en 9°, in het hoofdstuk over de «geneeskundige verstrekkingen».

In die zin is o.m. beslist door de Arbeidsrechtbanken te Luik (5e k.) op 15 april 1975 (onuitg.) en te Brussel op 13 oktober 1975 (*Inf. RIZIV*, 1976, 49). In beide gevallen gaat het om franstalige vonnissen die een onderscheid maken tussen de in artikel 23, 8° en 9°, W.Z.I.V. beoogde «rééducation fonctionnelle et professionnelle» en de eigenlijke opvoeding («éducation»), die ertoe strekt

een kind te helpen bij het doormaken van een stadium van de gewone spraakontwikkeling. Een arrest van het Arbeidshof te Brussel van 4 oktober 1976 (*Inf. RIZIV*, 1977, 171) gaat in dezelfde richting: het komt de verzekerde toe zijn recht op revalidatie te bewijzen en aan dit bewijs is niet voldaan door voorlegging van een verklaring van de behandelende geneesheer dat het om een revalidatie gaat, zolang niet tevens het oorzakelijk verband is aangetoond tussen de spraakmoeilijkheden en het bestaan van een ziekte of invaliditeit.

Dat het moeilijk is vaste lijnen te trekken en de omstandigheden van het geval de doorslag moeten geven, blijkt uit twee vonnissen van de Arbeidsrechtbank te Brugge, afdeling Oostende: in het eerste (23 juni 1975, *Inf. RIZIV*, 1975, 336) werd gesteld dat het verhelpen van beperkte spraakmoeilijkheden (in casu een moeilijke uitspraak van de letter r) bezwaarlijk aangemerkt kan worden als een revalidatie in de zin van het herstel van een invaliditeit of van een verbetering van een gezondheidstoestand:

in het tweede (28 juni 1976, *Inf. RIZIV*, 1977, 49) werd geoordeeld dat het aanleren van een taalfunctie en het wegwerken van stoornissen in de spraak of schrijftaal in beginsel tot het domein van de opvoeding behoren maar in individuele gevallen op een te revalideren ziekte-toestand kunnen wijzen, wat kan blijken uit het verslag van een kinderarts of van een psycholoog.

In het debat dat leek uit te lopen op het maken van een onderscheid tussen «rééducation» en «éducation» hebben twee uitspraken een enigszins originele stem laten horen. In een omstandig gemotiveerd arrest van het Arbeidshof te Brussel van 22 november 1973 (*T.S.R.*, 1974, 336) wordt erop gewezen hoe moeilijk de lijn te trekken is tussen pathologische en milieufactoren als oorsprong van de spraakstoornissen: «Overwegende dat, wegens de complexiteit van de menselijke structuur waar zowel fysieke als psychische elementen onontwarbare determinanten van de menselijke functie uitmaken die op hun beurt de menselijke gedragingen beheersen, bij het beschouwen van de revalidatie niet alleen rekening dient gehouden met de organische letsels doch tevens met die welke de geestesfunctie van de menselijke persoon mede helpen bepalen; dat derhalve de stelling van het College van geneesheren-directeuren waarbij slechts zouden ressorteren onder de voorzieningen van artikel 23, 8° en 9°, deze aandoeningen die hun oorsprong vinden in pathologische letsels in de zin van louter anatomische misvormingen of trauma's, strijdig is met het begrip revalidatie van voormeld artikel, daar dergelijke beperking aan dit begrip bij de wet niet gesteld is en het diensvolgens zijn algemene draagwijdte dient te behouden». Toch kan niet met zekerheid gezegd worden dat het arbeidshof het hierboven gemaakt onderscheid helemaal terzijde heeft geschoven. In het voorgelegde geval waren de spraakstoornissen bij nader toezien immers te wijten aan een mindere interesse voor de taal enerzijds en een gestoord zicht anderzijds, zodat minstens één van de oorzaken (de tweede) een lichamelijke afwijking uitmaakte en de andere een — wellicht door het milieu beïnvloede — geestelijke afwijking. Het is dus niet gezegd dat de oplossing van het hof dezelfde geweest zou zijn indien een geval was voorgelegd zoals dat waarover de Arbeidsrechtbank te Brugge, afdeling Oostende, zich in het eerste van de hierboven aangehaalde vonnissen had uit te spreken.

Merkwaardige overwegingen zijn ook te lezen in een op 3 oktober 1974 gevelde vonnis van de Arbeidsrechtbank te Brussel (*T.S.R.* 1976, 422). Daarın wordt vooreerst aangenomen dat de hoger aangehaalde overwegingen van het Hof van Cassatie (zie nr. 7) waarin het onderscheid volgens de (aangeboren of verworven) oorsprong van de stoornis wordt verworpen, zo breed zijn dat ze tevens verbieden rekening te houden met het onderscheid dat traditioneel gehaald wordt uit de pathologische dan wel milieugebonden oorsprong van de stoornis. En verder wordt overwogen dat, zelfs als de spraakmoeilijkheden van die aard zijn dat ze eerder tot opvoedingsmaatregelen in het kader van het bijzonder onderwijs lijken te nopen, deze hulp door de ziekteverzekering ten laste dient te worden genomen indien de verzekerde daarom verzoekt. Want in dat geval is de «schade» (de spraakstoornis) gedekt door een andere wetgeving (die op het bijzonder onderwijs), en

bestaat op grond van artikel 70, § 2, voor de verzekeringsinstelling een verplichting tot uitbetaling, waarna het bedrag van de uitkeringen van het ministerie van Nationale Opvoeding kan worden teruggevorderd (in dit verband ook: Arbh. Brussel, 10e k., 24 oktober 1974, onuitg.).

9. *Poging tot omschrijving van het revalidatiebegrip.* Door een arrest van het Arbeidshof te Brussel, van 22 november 1973 (T.S.R., 1974, 336) wordt de stelling van J. Viaene aangehaald, voor wie het begrip validiteit een verhouding uitdrukt tussen de mens en de mogelijkheid tot uitoefening van een bepaalde functie (*Het begrip arbeidsongeschiktheid*, Belgisch interuniversitair centrum voor sociaal recht, Studiedag 25 oktober 1969, p. 6), en wordt de revalidatie omschreven als het geheel van medische en sociale maatregelen die tot doel hebben de validiteit zoveel mogelijk te herstellen. In hetzelfde verband wordt soms verwezen naar de algemene definitie van de hand van Ph. Gosseries, die aannam dat, gelet op de nederlandstalige versie en de afwezigheid van verduidelijkende voorbereidende werkzaamheden, de term revalidatie in de breedste zin dient te worden opgevat als strekkende tot «het verminderen van het invaliderend karakter van een aandoening» («diminuer son caractère invalidant»), en dat niet vereist is dat de revalidatie gericht is op het hervatten van een beroepsactiviteit (noot onder Commissie van Beroep Z.I.V., 19 oktober 1970, J.T.T., 1971, 106-107; zie ook J. Van Langendonck en D. Simoens, o.c., B.T.S.Z., 1975, 5).

De vraag vanaf welk punt de verplichting tot tussenkomst van de ziekte- en invaliditeitsverzekering ophoudt is niet met eenstemmigheid te beantwoorden. Een vonnis van 10 oktober 1973 van de Arbeidsrechtbank te Dendermonde (*Inf. RIZIV*, 1974, 126) kwam tot het besluit dat de kosten van een invalidenwagentje niet ten laste van de verzekering moeten vallen als «uit het medisch getuigschrift van de behandelende geneesheer blijkt dat het betrokken kind lijdt aan aandoeningen die elke scholing, herscholing of revalidatie onmogelijk maken». Op die manier stelde het vonnis eerder de vraag dan ze op te lossen en volgde het daarenboven al te blindelings de besluiten van de geneesheer. Dient rekening gehouden te worden met het al dan niet voorhanden zijn van de mogelijkheid van sociaal contact, die eventueel door de revalidatie kan worden nagestreefd? In dit verband kunnen een vonnis van de Arbeidsrechtbank te Antwerpen (7e k., 14 mei 1974, onuitg.) en een arrest van het Arbeidshof te Brussel, 30 oktober 1974 (R.W., 1974-75, 1902) naast elkaar worden gelegd. In het eerste geval werd de tussenkomst in de aanschaf van een invalidenwagen geweigerd omdat gebleken was dat betrokkene, een vierjarig kind, niet alleen nagenoeg volledig verlamd was maar daarenboven geen enkele reactie vertoonde en niet bewust was, waaruit door de rechtbank werd afgeleid dat «er voor dit kind geen sociaal contact mogelijk is zodat elke revalidatie, ook die van het bewustzijn door middel van een sociaal contact, uitgesloten is». In het tweede geval werd de tussenkomst wel toegekend omdat uit het verslag van het ingesteld onderzoek was gebleken dat het betrokken kind (nochtans van zijn geboorte af blind en mentaal en fysiek spastisch) behoefte had aan sociaal contact en buitenlucht; waarop het Arbeidshof inhaakte «dat zulks een vereiste is voor elke revalidatie, in de ruime zin opgevat; dat men anders zou dienen te beslissen dat dergelijke invaliden doodeenvoudig aan hun lot dienen te worden overgelaten, hetgeen ongetwijfeld niet de bedoeling van de wetgever geweest is».

10. *Toepassingen. Invalidenwagen.* In de rechtspraak is het een verworven standpunt dat ook dient tussengekomen in de aanschaf van een invalidenwagen ten voordele van iemand die zich daarmee niet zelf kan voortbewegen en daartoe dus op de hulp van een derde is aangewezen, ook al pleegt het College als maatstaf te nemen dat de wagen nuttig moet zijn voor het behoud van de functionele zelfstandigheid (Arbrb. Charleroi, 4e k., 18 maart 1974, onuitg.; Arbh. Brussel, afd. Antwerpen, 9e k., 27 februari 1974, onuitg.; Arbh. Brussel, 30 oktober 1974, R.W., 1974-75, 1902).

Home-trainer. Het vorige overzicht van rechtspraak had een zekere terughoudendheid aan het licht gebracht ten aanzien van de aankoop van home-trainers (J. Van Langendonck en D. Simoens, o.c., B.T.S.Z., 1975, 7), en daarvan zijn nog sporen te vinden in een arrest van het Arbeidshof te Brussel, afdeling Antwerpen (11e k.) van 1 februari 1974 (onuitg.), dat groot belang lijkt te hechten aan het feit dat het gebruik van het toestel geschiedt «onder bestendig toezicht en onder de verantwoordelijkheid van een geneesheer».

11. *Revalidatie ten voordele van zelfstandigen: bijkomende voorwaarde.* Ten aanzien van zelfstandigen is de tussenkomst van de ziekteverzekering in de kosten van revalidatie en herscholing onderworpen aan de bijkomende voorwaarde dat deze verstrekkingen, indien het kinderen betreft, gericht moeten zijn op het verhelpen van een lichamelijke of mentale handicap of, indien het volwassenen betreft, op het hervatten of voortzetten van beroepsactiviteit (artikel 1, 14°, van het uitbreidingsbesluit van 30 juli 1964). De Arbeidsrechtbank te Verviers had op 22 maart 1974 (J.L., 1973-74, 270) te oordelen over de aanvraag van een man aan wie tussenkomst was geweigerd in de kosten van een pace-maker en die aanvoerde dat, indien de weigering door de rechtbank zou worden bekrachtigd, hij ten dode was opgeschreven aangezien hij onmogelijk zelf de kosten van zo'n toestel kon dragen! Hij wordt in het ongelijk gesteld op grond van een vrij duistere redenering, die best geen navolging krijgt: «Attendu au départ que l'implantation d'un stimulateur est un acte unique; que dès son implantation, il fonctionne indépendamment de la volonté de son porteur; qu'il ne peut donc s'agir d'une rééducation, laquelle suppose à tout le moins des actes répétés et la collaboration active du patient; qu'en plus, le texte stipule qu'il s'agit d'enfants et d'adultes; que ce vieillard ne rentre par définition dans aucune de ces catégories.» In deze passage geeft de rechtbank niet alleen een enge en hoogst originele interpretatie van het begrip revalidatie die in strijd is met wat in de rechtspraak reeds lang is verworven (zie J. Van Langendonck en D. Simoens, o.c., B.T.S.Z., 1975, 5-6, en supra, nr. 6 *in fine*), maar gaat ze zelfs zover bejaarden *expressis verbis* niet als volwassenen te beschouwen.

B. Zorgen verstrekt aan familieleden

12. *Algemeen.* Een traditioneel omstreden punt in de ziekteverzekering — zowel in ons land als elders — is of tussengekomen dient te worden in de kosten van verstrekkingen die aan familieleden zijn verleend. Tweemaal werd, in de besproken periode, een daarover door het Beheerscomité van de Dienst voor geneeskundige verzorging getroffen regeling door de Raad van State vernietigd.

13. *Vernietiging van de oorspronkelijke beslissing van het Beheerscomité.* Om klaarheid te scheppen had het Beheerscomité op 17 november 1969 als algemene regel gesteld «dat de verzekering (enkel) tegemoetkomt als de geneeskundige verzorging kosten oplevert voor diegene die ze verstrekt» (beslissing bekendgemaakt door omzendbrief V.I. nr. 70/52-39/60 van 13 februari 1970).

Tegen die beslissing waren door een werkvereniging van apothekers bij de Raad van State twee reeksen van bezwaren ingediend waarvan de eerste niet, maar de tweede wel op 7 mei 1974 (*Inf. RIZIV*, 1974, 252) gegrond werd bevonden. Vooreerst was aangevoerd dat deze regel strijdig was met artikel 74 W.Z.I.V., dat het beginsel vestigt van de vrije keuze van zorgenverstrekker door de verzekerde. Dit middel werd door de Raad van State afgewezen omdat de bestaande regeling de sociaal verzekerden niet verhinderde zich tot de apotheker van hun keuze te wenden, mits ze bereid waren zelf de kosten te dragen indien het een familielid betrof (hierbij wordt o.i. niet voldoende aandacht besteed aan de vraag of er van geen onrechtstreekse financiële dwang sprake kan zijn, zoals door de eisende partij was aangevoerd) en verder op grond van de overweging dat «de verzoekster enkel bevoegd is om de belangen van haar leden te verdedigen, te weten van diegenen

die farmaceutische verzorging verstrekken en niet die van de gerechtigden daarop». Het tweede middel werd daarentegen wel aangenomen. Het was afgeleid uit de schending van artikel 15 van het K.B. nr. 78 van 10 november 1967, dat bepaalt dat de beoefenaars van de geneeskunst binnen de perken van de plichtenleer recht hebben op honorarium of forfaitaire bezoldiging van de door hen geleverde prestaties. De Raad van State overwoog dat dit artikel 15 weliswaar geen absolute regel stelt en met name geen afbreuk doet aan de beginselen van het Burgerlijk Wetboek betreffende de rechten en plichten van personen tussen wie een — door de wet of door een rechterlijke uitspraak gevestigde — verplichting tot levensonderhoud bestaat, maar dat de regeling van artikel 7 wel in strijd is met artikel 15 van het K.B. nr. 78 voor zover ze betrekking heeft op prestaties verricht voor personen, zelfs leden van de familie van de apotheker, ten aanzien van wie deze laatste geen zodanige verplichtingen heeft.

14. *Vernietiging van de gewijzigde versie van artikel 7 van het K.B. van 24 december 1967.* Gedreven door dit arrest liet het Beheerscomité door een Verordening van 1 augustus 1974 (B.S. 27 augustus 1974) een lid toevoegen aan artikel 7 van het K.B. van 24 december 1963, dat de niet-tetugbetaling (behalve wat het kostenaandeel betreft) beperkte tot zekere uitdrukkelijk genoemde familieleden van de verstrekker (zijn echtgenoot, ascendenten, descendenten, schoonvader, schoonmoeder, schoonzonen en schoondochters).

Maar ook deze bepaling werd door de Raad van State vernietigd in een arrest van 26 maart 1976 (*Inf. RIZIV*, 1976, 349). De Raad van State gaat ervan uit dat de beoefenaars van de geneeskunst op grond van artikel 15 van het K.B. nr. 78 van 10 november 1967 binnen de perken van de plichtenleer recht hebben op honorarium of forfaitaire bezoldiging voor de door hen geleverde prestaties. Welnu, de regeling vastgesteld door het Beheerscomité en klaarblijkelijk ingegeven door de onmogelijkheid na te gaan of er werkelijk honorarium is betaald, is met dit beginsel in strijd omdat het een onweerlegbaar vermoeden vestigt dat geen honorarium is betaald, zelfs in gevallen waar de regels van de plichtenleer noch die van het burgerlijk recht zich tegen het vragen van een honorarium verzetten. Het beheerscomité kan volgens het arrest, op grond van de bevoegdheid die het verleend is door artikel 12, 4°, W.Z.I.V., wel beslissen dat de verzekering niet tussenkomt als de geneeskundige verzorging geen aanleiding geeft tot het betalen van een honorarium en het kan regels stellen om te controleren of er werkelijk betaling is geweest, maar het mag geen algemeen vermoeden vestigen dat er geen betaling is geweest. Doet het dat wel dan gaat het de perken van zijn bevoegdheid omschreven in artikel 12, 4°, W.Z.I.V. te buiten.

II. Uitkeringsverzekering voor werknemers

§ 1. De toestand van arbeidsongeschiktheid (art 56 W.Z.I.V.)

A. Evaluatie

15. *In aanmerking te nemen elementen.* Men weet dat de evaluatie van de arbeidsongeschiktheid geen louter medische beslissing is, maar in elk geval afzonderlijk moet gebeuren o.m. met inachtneming van economische criteria (zie bv. Ph. Gosseries, «Approche de la notion d'état d'incapacité de travail et assurance maladie-invalidité», *J.T.T.* 1974, 180). In die gedachtengang wordt door de rechtspraak o.m. rekening gehouden met de leeftijd van de betrokkene, met het door hem gevolgde onderwijs en met zijn beroepsopleiding of -vaardigheid (aldus: Arbrb. Brussel, 14 maart 1974, *J.T.T.*, 1974, 171; Arbrb. Charleroi, 4e k., 13 oktober 1975, onuitg.).

Hoever mag gegaan worden bij het in aanmerking nemen van de economische context? Mag de werknemer zich bijvoorbeeld beroepen op de concrete voor hem ongunstige toestand op de regionale arbeidsmarkt? Bij het oplossen van deze vraag laat men zich

meestal leiden door een paar arresten van de Raad van State (2 juli 1968, *Arr. en Adv.*, 1968, 648, en 28 oktober 1969, *Arr. en Adv.*, 1969, 978) die nog voor de inwerkingtreding van het Gerechtelijk Wetboek beslissingen vernietigden van de commissies van beroep waarbij werknemers arbeidsongeschikt werden verklaard omdat ze normaal gezien wegens hun fysieke handicap toch geen arbeidsplaats meer zouden kunnen vinden. Onder meer hieruit leidt J. Van Steenberge af dat de evaluatie van de arbeidsongeschiktheid op een abstracte wijze moet gebeuren: «Het komt er dus niet op aan de mogelijkheid te onderzoeken of het slachtoffer konkreet een arbeidsplaats kan vinden of niet (...). Nochtans moet men, zoals in het professioneel risico, rekening houden met concrete elementen: degene die de evaluatie doorvoert zal zo konkreet mogelijk moeten nagaan wat het slachtoffer nog kan verdienen, zonder het te mogen toetsen aan de praktijk» (*Schade aan de mens*, I, blz. 330). Er mag dus wel rekening worden gehouden met factoren als leeftijd, onderwijs, beroepsopleiding en -vaardigheid van de betrokkene, zoals gedaan wordt in de aangehaalde vonnissen van de Arbeidsrechtbanken te Brussel en te Charleroi, en verder ook, volgens Ph. Gosseries, met andere elementen zoals geslacht, nationaliteit, opvoeding, cultureel peil, vooraf uitgeoefende beroepen, aanpassingsvermogen aan andere beroepen, socio-economisch milieu, sociale antecedenten... (*o.c.*, blz. 180-182). Maar rekening houden met de concrete situatie op de plaatselijke arbeidsmarkt zou te ver leiden, aldus het Arbeidshof te Luik in twee zaken (15 november 1976, *Inf. RIZIV*, 1977, 115, en afdeling Namen, 12e k., 16 februari 1976, onuitg.). Uit het laatste arrest is de volgende passage het citeren waard: «Attendu qu'il est clair que ces critères sont des critères généraux d'ordre exclusivement médical et que s'ils permettent de tenir compte d'éléments tels l'âge et la formation qui sont propres à l'individu, ils ne comportent par contre pas la moindre référence au marché de l'emploi d'une région déterminée; qu'il s'ensuit que ne saurait être approuvée une jurisprudence, quelle qu'elle soit, qui s'écartere des critères légaux; qu'à peine d'ajouter au texte et d'en dénaturer sensiblement la portée, c'est à bon droit qu'il convient de dire qu'il n'appartient pas au médecin-conseil d'apprécier l'incapacité de travail définie par l'article 56, en se référant, ne fût-ce que pour partie, aux possibilités concrètes de reclassement dans le cadre de l'économie d'une région déterminée; que les possibilités réelles de réinsertion des travailleurs dans le processus économique qui sont l'un des objectifs fondamentaux de la politique de l'emploi et l'une des missions légales de l'Office national de l'emploi ne sauraient justifier des différences et en fin de compte des discriminations dans l'appréciation — que le législateur a voulu 'uniforme' — de l'état d'incapacité de travail due à la maladie ou à l'invalidité.» In de aanhef van deze passage wordt wel te ver gegaan waar gewaagd wordt van «des critères (...) d'ordre exclusivement médical»; in de daaropvolgende zin wordt dit trouwens gecorrigeerd door te spreken over elementen als leeftijd en opleiding, die zeker een economische weerslag hebben. Maar de strekking van beide arresten is toch dezelfde als die van de hierboven besproken arresten van de Raad van State: dat niet gezien dient te worden naar de concrete situatie op de arbeidsmarkt.

Uit het feit dat een verzekerde zich inschrijft als werkzoekende in het stelsel van de werkloosheidsverzekering en dus in beginsel voldoende arbeidsgeschikt moet zijn om eventueel terstond een passende dienstbetrekking te aanvaarden, mag niet altijd worden afgeleid dat hij toegeeft niet meer arbeidsongeschikt te zijn in de zin van de W.Z.I.V. Een dergelijke inschrijving als werkzoekende kan immers gebeuren ter vrijwaring van zijn rechten terwijl hij bijvoorbeeld beroep aantekent tegen een beslissing tot schorsing van zijn Z.I.V.-uitkeringen (Arbh. Luik 2 april 1974, *J.L.*, 1973-74, 274).

Overwegingen van religieuze aard komen niet in aanmerking, aldus de Arbeidsrechtbank te Brussel (9e k.) op 1 oktober 1973 (onuitg.) ten aanzien van een mohammedaanse werknemer die zich gedurende de ramadam strikt aan de verplichting tot vasten hield en aldus nog moeilijk zijn zwaar werk kon verrichten. Wel laat de rechtbank de deur op een kier door erop te wijzen dat er

wel arbeidsongeschiktheid kan zijn als zou blijken dat de gezondheid ten gevolge van het naleven van de voorschriften is aangetast in de mate vereist door artikel 56 W.Z.I.V.

Een bijzonder billijke en realistische houding is door het Arbeidshof te Antwerpen op 28 januari 1976 (R.W., 1976-77, 506) aangenomen in het geval van een psychisch gestoorde bij wie een deskundige «geen objectieve organische pathologie» had ontdekt maar alleen 'subjectieve klachten'. Met zin voor realiteit overwoog het hof nochtans dat «psychiatrisch benaderd en subjectief beoordeeld de patiënt iemand is die zich ongetwijfeld volledig arbeidsongeschikt voelt en die nooit meer in het arbeidsproces ingeschakeld zal kunnen worden. Bijgevolg is patiënt vanuit praktische benadering volledig arbeidsongeschikt».

Klassiek is de vraag naar het al dan niet arbeidsongeschikt zijn gedurende de eerste periode van zes maanden, van een ongeschikte arbeider die door de geneesheer alleen voor «licht werk» geschikt is bevonden (zie J. Van Langendonck en D. Simoens, o.c., B.T.S.Z., 1975, 27). De Arbeidsrechtbank te Brussel leidde op 14 maart 1974 (J.T.T., 1974, 171) uit de omstandigheden van het geval af dat de betrokkene (een ongeschoolde 52-jarige handlanger die leed aan een chronische ziekte), hoewel strikt genomen en louter medisch gesproken voor minder dan 66% arbeidsongeschikt, toch als arbeidsongeschikt diende te worden erkend.

B. Opneming in verplegingsinstelling (artikel 56, § 1, vierde lid, W.Z.I.V.)

16. *Internering.* Op 25 maart 1975 (onuitg.) besliste de Arbeidsrechtbank te Antwerpen (7e k.) dat het wettelijk vermoeden van arbeidsongeschiktheid tijdens de duur van de opneming in een erkende verplegingsinstelling niet geldt voor opneming in de psychiatrische annex van een gevangenis of van instellingen tot bescherming van de maatschappij. Een beslissing tot internering vanwege de kamer van inbeschuldigingstelling, aldus de rechtbank, houdt in dat de belanghebbende strafrechtelijk niet verantwoordelijk was maar vestigt geen vermoeden van arbeidsongeschiktheid. Toch kan de vraag worden gesteld of het vermoeden ook niet tot deze categorie uitgebreid dient te worden aangezien, op grond van artikel 1 van de Wet van 1 juli 1964 tot bescherming van de maatschappij tegen abnormale en gewoontemisdadigers, de internering aanbevolen kan worden ten aanzien van personen die verkeren hetzij «in staat van krankzinnigheid, hetzij in een ernstige staat van geestesstoornis of van zwakzinnigheid die hem ongeschikt maakt tot het controleren van zijn daden», en dus waarschijnlijk ook tot het verrichten van arbeid!

C. Werkhervatting met toelating van de adviserend geneesheer (art. 56, § 2 W.Z.I.V.)

17. *Voorafgaande aanvraag en toelating.* Als arbeidsongeschikt wordt erkend de werknemer die een vooraf toegelaten arbeid hervat, op voorwaarde dat hij medisch gesproken een vermindering van zijn vermogen tot verdienen van ten minste 50% behoudt. De procedure voor het aanvragen en het verkrijgen van deze toelating wordt geregeld door artikel 232 van het K.B. van 4 november 1963, waarin onder meer te lezen staat dat de aanvraag aan de adviserend geneesheer dient te worden gericht voor de hervatting van elke activiteit, en waarin (in het tweede lid) ook de vorm van de toelating wordt voorgeschreven.

Op de vraag of deze toelating eveneens moet bekomen zijn vóór de hervatting, en dan nog in de voorgeschreven vorm, had het Hof van Cassatie op 14 februari 1973 (*Inf. RIZIV*, 1972, 324, *T.S.R.*, 1973, 15, *J.T.T.*, 1973, 262) een enigszins duister antwoord gegeven, in een geval waarin de toelating weliswaar vooraf maar louter telefonisch was gegeven. De overwegingen van het Hof zijn vrij laconisch: het beperkt er zich toe de tekst weer te geven van de artikelen 56, § 2, W.Z.I.V. en 232 K.B. en trekt daaruit het volgende besluit: «Overwegende dat uit voormelde bepalingen blijkt dat, opdat een arbeidsinkomen met uitkeringen wegens arbeidsongeschiktheid zou mogen gecumuleerd worden, de betrokkene voor de werkherhervatting toelating van de adviserend genees-

heer moet hebben bekomen; dat aan deze bepalingen geen afbreuk wordt gedaan door artikel 9, lid 2, van het koninklijk besluit van 31 december 1963 houdende verordening op de uitkeringen inzake verplichte ziekte- en invaliditeitsverzekering, luidens hetwelk de gerechtigde de aanvraag om toestemming vóór elke arbeidshervatting moet indienen; Overwegende dat het arrest, door te beslissen dat alleen de aanvraag om toelating aan de adviserend geneesheer dient gericht te worden vóór de werkherhervatting, de in het middel aangehaalde wetsbepaling schendt.»

Door het Hof was geen definitief antwoord gegeven op de vraag of de toelating vooraf in de voorgeschreven vorm gegeven dient te zijn. Het was dan ook met een zekere nieuwsgierigheid dat uitgekeken werd naar het arrest van het Arbeidshof te Gent, afdeling Brugge, waarnaar de zaak werd verwezen. Dit hof (6e k.) deed uitspraak op 5 mei 1975 (onuitg.). Na vastgesteld te hebben dat er geen betwisting bestond over het feit dat de toestemming wel degelijk telefonisch was gegeven vóór de werkherhervatting en dat de mondeling gegeven toelating achteraf schriftelijk was bevestigd, overwoog het arbeidshof dat uit het arrest van het Hof van Cassatie niet in het minst bleek dat een schriftelijke toelating vooraf gegeven moet worden, maar dat het zich ertoe beperkte te zeggen dat een aanvraag om toelating niet voldoende was; dat het feit dat in de wetsvoorschriften met geen woord gerept werd over de mogelijkheid van een mondelinge toelating, geen aanwijzing was dat deze toelating schriftelijk diende te gebeuren. Het arbeidshof besliste dan ook terecht dat een mondelinge toestemming die schriftelijk vermeld werd in het geneeskundig en administratief dossier en die nadien ter kennis werd gebracht, volkomen overeenstemde met het vereiste in artikel 232.

Dezelfde zaak werd een tweede maal gebracht voor het Hof van Cassatie, dat uitspraak deed op 8 september 1976 (onuitg.): het standpunt van het Arbeidshof te Gent wordt bijgevalen op grond van de overweging «dat deze gegevens (voorgeschreven in artikel 232) ook mondeling kunnen worden meegedeeld; dat de toelating weliswaar op schrift moet worden gesteld om ze in het (...) dossier te kunnen opbergen; dat niets evenwel belet dat dit geschrift achteraf wordt opgemaakt, indien de mondelinge toelating in de voornoemde voorwaarden is gegeven».

In dezelfde lijn had ook reeds de Arbeidsrechtbank te Charleroi (4e k.) geoordeeld op 27 oktober 1975 (onuitg.).

De kaarten liggen natuurlijk anders als het werk hervat is met toelating van de behandelende geneesheer, en pas daarna de toelating van de adviserend geneesheer wordt aangevraagd (Arbh. Brussel, 9e k., 7 februari 1974, onuitg.).

D. Kraamrust (art. 56, § 1, vijfde lid, W.Z.I.V.)

18. *Verlenging van de nabevallingsrust.* Het vijfde lid van artikel 56, § 1, stelt een vermoeden van arbeidsongeschiktheid in ten voordele van vrouwen over het tijdvak van zes weken vóór en acht weken na hun bevalling. Verder wordt uitdrukkelijk bepaald — in de lijn van artikel 39 van de Arbeidswet van 16 maart 1971 — dat indien de werknemster haar beroepsarbeid pas werkelijk heeft onderbroken minder dan zes weken voor de bevalling, de acht weken van nabevallingsrust dienen te worden verlengd met een tijdspanne die overeenstemt met de periode gedurende welke de betrokkene verder is blijven arbeiden vanaf de zesde week vóór haar bevalling.

De rechtspraak heeft zich meermaals moeten beraden over de toepassing van deze bepaling op vrouwen die gedurende de zes weken vóór de bevalling enige tijd hadden gearbeid maar ook enkele dagen inactief waren geweest wegens ziekte, vakantie of gedeeltelijke werkloosheid. Dienen ook deze dagen waarop de arbeid was onderbroken (en bij veronderstelling nadien weer is hervat) aan de periode van nabevallingsrust te worden toegevoegd? Of mag deze periode alleen worden verlengd met de dagen waarop effectief arbeid is verricht? Door de rechtspraak is vrij algemeen de eerste oplossing gekozen: aldus een arrest van het Arbeidshof te Brussel, afdeling Antwerpen (9e k.) van 30 december 1974 (onuitg.), dat stelde dat de beroepsactiviteit niet daad-

werkelijk is gestaakt indien in het tijdvak van zes weken enkele dagen van vakantie voorkwamen, en vooral een arrest van het Hof van Cassatie van 4 januari 1974 (*J.T.T.*, 1974, 74 — met verkeerde datering) dat een werknemster die in het tijdvak van zes weken enkele dagen had gewerkt en enkele andere dagen werkloos was geweest toeliet geheel de periode, zonder aftrek van de werkloosheidsdagen in aanmerking te nemen voor de berekening van de duur van de nabevallingsrust (in dezelfde zin: *Arbrb.* Namen, 3e k., 18 juni 1974, onuitg.). Belangrijk is onder meer de volgende interpretatie van de *ratio legis* die door het Hof van Cassatie gegeven wordt: «que l'intention du législateur en accordant des prestations de santé à la travailleuse enceinte à titre de 'repos' six semaines avant l'accouchement et huit semaines après, a entendu la laisser seule juge d'éventuellement reporter les six semaines de repos prénatal après l'accouchement, si elle s'estime en état de travailler pendant les six semaines en question, et que ce serait la priver tout au moins partiellement de cette option que de ne pas lui bonifier ultérieurement les jours pendant lesquels, au cours de ces six semaines, elle a été victime d'un chômage involontaire».

Anders was de oplossing die tot dusver traditioneel werd gegeven als de vrouw, anders dan in de voorgaande gevallen, werkloos was geweest *gedurende geheel het tijdvak van zes weken* en tot op het ogenblik van de bevalling steeds onder werkloosheidsregeling was blijven ressorteren en geen arbeidsongeschiktheidsuitkeringen had genoten. Het Arbeidshof te Brussel had in arresten van 25 oktober 1973 (*J.T.T.*, 1974, 23, met noot van O. De Leye) en van 20 november 1975 (onuitg.) geweigerd de periode van zes weken werkloosheid te laten meetellen voor de verlenging van de periode van nabevallingsrust (zie ook J. Van Langendonck en D. Simoens, o.c., *B.T.S.Z.* 1975, 29).

Het leek dus wel dat de strijdzaak in verband met het al dan niet meetellen van werkloosheidsdagen was bezegeld door onderscheid te maken tussen gedeeltelijke en volledige werkloosheid, — al moet het iedereen duidelijk zijn dat deze oplossing het billijkheidsgevoel niet helemaal bevredigde, aangezien de duur van de werkloosheid bij veronderstelling een omstandigheid was onafhankelijk van de wil van de betrokkene.

Een arrest van het Arbeidshof te Luik van 24 januari 1975 (*T.S.R.*, 1976, 338), heeft het debat heropend door uitspraak te doen in tegenovergestelde zin en het de moeder wel mogelijk te maken de periode van zes weken voor de bevalling gedurende welke ze werkloos was geweest, te voegen bij de acht weken nabevallingsrust, op grond van de overweging «que le fait que l'intimée se soit trouvée chômeuse involontaire durant les 6 semaines précédant l'accouchement ne lui enlève pas le bénéfice de l'al. 5 (...) ; que l'état de chômeur involontaire n'implique pas un état de repos ; que durant ces 6 semaines l'intimée est restée inscrite comme demandeur d'emploi, qu'elle est censée avoir poursuivi les recherches en vue de trouver un emploi et qu'elle devait accepter tout emploi convenable qui lui aurait été présenté».

En uit een nauwkeurige lezing van het reeds geciteerde arrest van 20 november 1975 blijkt dat het Arbeidshof te Brussel (7e k.) de klassieke oplossing nog wel toepaste, maar eerder node en alleen omdat de tekst van artikel 56, § 1, vijfde lid, zich moeilijk tot een beslissing ten gunste van de werknemster leende. In die richting lijkt in elk geval de volgende (slot-) overweging van het arbeidshof te gaan: «Indien billijkheidsoverwegingen wel pleiten voor de gelijkstelling van de zwangere werkloze vrouw met de zwangere werknemster op het vlak van het vermoeden van arbeidsongeschiktheid, zo laat de tekst van bedoelde wetsbepaling de gelijkstelling van de periode gecontroleerde werkloosheid met effectieve beroepsactiviteit niet toe, aangezien dergelijke gelijkstelling slechts in rechte mogelijk is in de gevallen waar de wet zulks uitdrukkelijk bepaalt, quod non casu quo.» Het is inderdaad juist dat de formulering in dit artikel van de voorwaarden om de bevallingsrust uit te stellen («haar beroepsarbeid werkelijk heeft onderbroken» «de periode, tijdens welke zij verder heeft gearbeid vanaf de zesde week voor haar bevalling») op het eerste gezicht moeilijk toe te passen lijken op het geval van een werkloze vrouw.

Toch kan de vraag gesteld worden of deze formulering wel zo stringent is als door het hof te Brussel wordt aangenomen, en of *de lege lata* geen uitspraak mogelijk is in de door het Arbeidshof te Luik aangegeven zin, indien de beginselen van billijkheid en gelijkheid daarbij baat vinden (zie ook *T.S.R.*, 1976, 313).

Wat het analoog geval betreft van een werknemster die vanaf de zesde week voor haar bevalling een collectieve jaarlijkse vakantie heeft genoten, is een arrest voorhanden van het Hof van Cassatie van 10 november 1976 (*Inf. RIZIV*, 1977, 178): het vermoeden van het vijfde lid van artikel 56, § 1, W.Z.I.V. mag, aldus het arrest, niet worden uitgebreid in die zin dat de werknemster na de acht weken die volgen op de bevalling nog arbeidsongeschikt wordt geacht over een periode die overeenstemt met de tijdspanne tijdens welke zij een collectieve jaarlijkse vakantie heeft genoten vanaf de zesde week voor de bevalling (*in casu* had de vrouw vanaf dit tijdstip eerst drie weken vakantie genomen en had ze nadien en tot het ogenblik van de bevalling het vermoeden van arbeidsongeschiktheid ingeroepen); op het argument van de vrouw, «dat ze vanaf de zesde week voor de bevalling (...) in staat was te arbeiden en ook wenste te arbeiden, maar zich in de onmogelijkheid bevond haar effectieve beroepsarbeid verder uit te oefenen ten gevolge van een dwang die extrinsiek is aan haar persoonlijke toestand» (nl. de door de werkgever opgelegde jaarlijkse vakantie), antwoordt het Hof dat wat telt de effectieve onderbreking van de beroepsarbeid is, en dat deze gesitueerd wordt vanaf het begin van de periode van de jaarlijkse vakantie. Dus wordt de voorziening verworpen die gericht was tegen een arrest van het Arbeidshof te Luik van 19 november 1974 (*J.L.*, 1974-75), waaruit volgende passage het citeren waard is: «Attendu qu'à défaut d'une disposition qui assimilerait les vacances à une activité professionnelle pour l'application de l'article 56, § 1er on ne peut considérer que les vacances annuelles constituent la poursuite de l'activité professionnelle alors qu'il est clair que pendant les vacances l'appelante a effectivement cessé de travailler ; attendu que le fait que le contrat de louage de travail subsiste pendant le congé annuel, que le congé est rémunéré et qu'il est dû au prorata de l'activité antérieure ne peut faire conclure que pendant les vacances l'appelante continuait à travailler au sens de l'article 56, § 1er.»

In dezelfde zin had ook het Arbeidshof te Antwerpen (4e k.) reeds geoordeeld op 10 maart 1976 (onuitg.); de mogelijkheid de nabevallingsrust te verlengen, zo had dit Hof onder meer geredeneerd, is reeds een uitzondering op de algemene regel (zes weken voor, acht weken na de bevalling) en dient dus beperkend te worden geïnterpreteerd wat niet gebeurt door vakantieperiodes gelijk te stellen met arbeidsperiodes, terwijl een dergelijke gelijkstelling door de W.Z.I.V. niet is voorgeschreven.

19. *Bevalling na het voorziene tijdstip.* De toepassing van het vijfde lid van artikel 56, § 1, W.Z.I.V. stelt nog andere problemen. Zo kan het voorvallen dat de geboorte later plaatsvindt dan oorspronkelijk was voorzien: speelt het vermoeden van arbeidsongeschiktheid dan ook voor de dagen tussen het einde van de periode van zes weken en de dag van de bevalling? Het Arbeidshof te Luik (5e k.) oordeelde op 16 oktober 1973 (onuitg.) van niet (anders in eerste aanleg: Arbeidsrechtbank te Charleroi, 8e k., 9 januari 1973, onuitg.; de rechtbank aanvaardde overmacht om de periode van arbeidsongeschiktheid te laten doorlopen). De wet vestigt slechts uitdrukkelijk een vermoeden van arbeidsongeschiktheid over veertien weken, waarvan in elk geval acht dienen te worden gesitueerd na de bevalling. Wel dient aangenomen te worden dat het de werknemster vrij staat voor de dagen vóór de geboorte een geneeskundig getuigschrift van arbeidsongeschiktheid in te dienen, zodat op het wettelijk vermoeden geen beroep dient te worden gedaan. Met het arrest kan verder worden ingestemd waar het de vinger legt op een discrepantie tussen het vijfde lid van artikel 56, § 1, W.Z.I.V. en artikel 39 van de Arbeidswet van 16 maart 1971, dat met zoveel woorden zegt dat als de geboorte slechts plaatsvindt na het door de geneesheer voorziene tijdstip, het bevalingsverlof wordt verlengd tot na de werkelijke geboortedatum.

§ 2. Cumulatieregelingen

20. *Invalideitpensioenen*. Het is bekend dat de rechtspraak uiteenlopende antwoorden geeft op de vraag of het derde lid van artikel 50 («de invalideitpensioen wordt niet betaald aan de gerechtigden die aanspraak hebben op het aan de mijnwerkers en de ermee gelijkgestelden toegekende invalideitpensioenen») dient te worden toegepast als een mijnwerker niet het gehele Belgische invalideitpensioen geniet maar alleen recht heeft op een geproportioneerd deel van dit pensioen dat veel geringer is, bij toepassing van de Europese verordeningen die een proratisering van het pensioenbedrag voorschrijven als de gerechtigde zijn loopbaan in verschillende landen heeft opgebouwd. Door bepaalde rechtspraak was aangenomen dat dan de vierde zin van het eerste lid van artikel 70, § 2, W.Z.I.V. diende te worden toegepast, en dat de rechthebbende dus recht had op het verschil tussen het bedrag van de Z.I.V.-uitkeringen en dat van zijn verminderd invalideitpensioen, aangezien het geproportioneerd pensioen niet kan worden beschouwd als «het» mijnwerkerspensioen, bedoeld in artikel 50 W.Z.I.V. (J. Van Langendonck en D. Simoens, o.c., B.T.S.Z., 1975, 29-30; zie ook P. de Milt, «Samenloop van uitkeringen met het mijnwerkersinvalideitpensioen», *Inf. RIZIV*, 1975, 152).

Deze strekking is een halt toegeroepen door een arrest van het Hof van Cassatie van 14 april 1976 (*Inf. RIZIV*, 1977, 53): artikel 70, § 2, W.Z.I.V. is niet van toepassing als de verzekerde op grond van een ander artikel (in casu artikel 50) geen recht heeft op de verzekeringsprestaties.

Hiermee is nochtans niet alles gezegd. De kwestie was voordien door het Hof van Cassatie (18 september 1974, *Inf. RIZIV*, 1975, 219) immers ook onderzocht in het licht van het bekende artikel 28 (3) van de Verordening nr. 3 van de Raad van de Europese Gemeenschap inzake de sociale zekerheid van migrerende werknemers, dat, volgens het Hof, ten laste van de Belgische ziekteverzekering recht geeft op een aanvulling gelijk aan de uitkering van de ziekte- en invalideitverzekering en het samenhangende bedrag van de aan de mijnwerkers *pro rata temporis* toegekende invalideitpensioenen.

Uit het naast elkaar leggen van beide arresten blijkt dus dat door een beroep op de E.E.G.-Verordening (artikel 28) *de facto* het resultaat kan worden bereikt dat door een beroep op de interne Belgische wetgeving (artikel 70, § 2, W.Z.I.V.) niet kan worden verkregen. Sedert de vervanging van artikel 28 door artikel 50 van de Verordening nr. 1408/71 lijkt zich het probleem niet meer te kunnen voordoen: voortaan wordt de aanvulling niet meer ten laste gelegd van het algemeen Z.I.V.-stelsel, maar gebeurt ze door het proratiserend stelsel zelf van de staat op wiens grondgebied de gerechtigde woont, dus door het Nationaal Pensioenfonds voor Mijnwerkers (zie ook noot W.P. onder Cass., 14 april 1976, *Inf. RIZIV*, 1977, 53).

21. *Gewaarbord loon*. Door de Raad van State (5 december 1973, *Inf. RIZIV*, 1974, 186) en door het Arbeidshof te Brussel (9 augustus 1974, *Inf. RIZIV*, 1974, 265) is ontkennend geantwoord op de vraag of uitkeringen wegens arbeidsongeschiktheid verschuldigd zijn voor een zaterdag in een vijfdaagse week die onmiddellijk volgt op een periode van gewaarborgd weekloon. De werknemer die gedurende vijf dagen van een ondeelbare periode van zeven dagen hetzelfde volledig loon hetzelfde gewaarborgd loon heeft ontvangen, heeft ook loon ontvangen voor de in deze periode gelegen zaterdag, aangezien in het raam van de vijfdaagse weekregeling de arbeid die normaal op een zaterdag gepresteerd wordt, verdeeld is over de vijf overige dagen van de week en het loon dat normaal op de zaterdag verdiend zou worden, door de werknemer verdiend is in de loop van de vijf overige dagen van de week.

In de lijn van voorgaande rechtspraak (J. Van Langendonck en D. Simoens, o.c. B.T.S.Z., 1975, 31) vonnist de Arbeidsrechtbank te Brussel (9e k.) op 14 maart 1974 (onuitg.) dat een uitzendbureau dat als werkgever van de uitzendkracht dient te worden beschouwd, aan deze een gewaarborgd loon verschuldigd is zodat over de daardoor gedekte periode geen recht op Z.I.V.-

uitkeringen bestaat indien niet aan de voorwaarden van artikel 240 bis van het K.B. van 4 november 1963 is voldaan.

22. *Vergoeding verschuldigd wegens het beëindigen van de arbeidsovereenkomst*. Over de interpretatie van artikel 57, § 1, 3°, W.Z.I.V. is een belangwekkend vonnis van 29 april 1974 (onuitg.) voorhanden van de Arbeidsrechtbank te Luik, afdeling Jemeppe (8e k.). Een hogere bediende was ontslagen op 1 september 1972 en hiervoor was hem een opzeggingsvergoeding toegekend die de periode bestreek tot 30 mei 1974; op 27 september 1972 was hij in dienst getreden bij een andere werkgever en vanaf januari 1973 was hij arbeidsongeschikt geworden. Voor de periode van arbeidsongeschiktheid kunnen geen uitkeringen worden genoten, aldus de rechtbank, die zich baseert op de duidelijke tekst van artikel 57, § 1, 3°, W.Z.I.V. («Geen aanspraak op uitkeringen heeft de werknemer voor de periode waarvoor hij aanspraak kan maken op de vergoeding, verschuldigd wegens beëindiging van de arbeidsovereenkomst») en die de stelling van de sociaal-verzekerde afwijst als zou op dergelijke gevallen artikel 29bis van het K.B. van 31 december 1963 toepasselijk zijn. Immers, dit laatste artikel regelt een ander geval van berekening van uitkeringen en kan trouwens geen afbreuk doen aan een uitdrukkelijke wetsbepaling.

§ 3. Aangifte van de arbeidsongeschiktheid. Het geneeskundig getuigschrift

23. *Algemeen*. Traditioneel wordt een ruim deel van de rechtspraak over de ziekte- en invalideitverzekering, tak uitkeringsverzekering, ingenomen door betwistingen in verband met de procedure van aangifte van de arbeidsongeschiktheid.

Het is bekend dat deze procedure tot in de bijzonderheden is beschreven in artikel 2 van het K.B. van 31 december 1963: de gerechtigde moet uiterlijk de tweede kalenderdag na de aanvang van zijn ongeschiktheid aan de adviserend geneesheer van zijn verzekeringsinstelling een geneeskundig getuigschrift doen toekomen. Hij kan daartoe gebruik maken van de post — in welk geval de poststempel bewijskracht heeft — ofwel het getuigschrift zelf afgeven tegen bewijs van ontvangst. Op deze regel bestaan een aantal uitzonderingen (bijvoorbeeld bij opname in een ziekenhuis, arbeidsongeval) en indien de betrokkene recht heeft op een gewaarborgd loon wordt de termijn verlengd.

Als een opgenomen zieke van de adviserend geneesheer een verlenging van zijn opname heeft gekregen maar enkele dagen vroeger dan voorzien het ziekenhuis verlaat, is hij niet verplicht voor die dagen een getuigschrift van arbeidsongeschiktheid in te dienen op de in artikel 2 voorgeschreven manier: zijn arbeidsongeschiktheid was immers tot op een bepaalde dag erkend door de beslissing tot verlenging van de opname (Arbh. Luik, 5e k., 16 maart 1976, onuitg.).

De sanctie bij laattijdigheid van de aangifte is bepaald in artikel 8 van hogergenoemd K.B.: het recht op uitkeringen gaat pas in vanaf de eerste werkdag na de datum van toezending of van afgifte van het getuigschrift. Toch kan de sanctie in een aantal gevallen worden ontlopen. Dit is vooreerst het geval als de betrokkene aantoonde dat het niet-naleven van de termijn het gevolg is van *overmacht*. Dit kan verder ook gebeuren als weliswaar geen overmacht in het spel is, maar de verzekeringsinstelling met toepassing van het tweede lid van artikel 8 de «straf» opheft omdat het gaat om een *behartigenswaardig geval*. Buiten deze twee reeksen van gevallen kan de sanctie niet worden ontlopen, aldus heel nadrukkelijk het Hof van Cassatie, op 15 september 1976 (J.T.T., 1977, 45, R.W., 1976-77, 1913). Beide reeksen van uitzonderingen hebben in de onderzochte periode tot vrij veel rechtspraak aanleiding gegeven.

A. Overmacht

24. *Fysieke of psychische toestand van de verzekerde*. Door de rechtspraak wordt algemeen aanvaard dat overmacht aanwezig is als de verzekerde zich om gezondheidsredenen niet buitenshuis

kan verplaatsen (Arbh. Brussel, 17 december 1973, *J.T.T.*, 1975, 141, met noot van O.D.L.; Arbrb. Brussel, 9e k., 31 december 1973, onuitg.; Arbrb. Brussel, 9e k., 11 maart 1974, onuitg.; Arbrb. Antwerpen, 7e k., 7 mei 1974, onuitg.; zie ook verder nr. 58) ofwel zich wegens zijn psychische gesteldheid geen rekenschap kon geven van de op hem rustende aangifteverplichting (Arbrb. Brussel, 7e k., 25 september 1973, onuitg.; Arbrb. Brussel 9e k., 26 mei 1975, onuitg.; Arbh. Brussel, Afd. Antwerpen, 9e k., 19 december 1973, onuitg.).

In beide gevallen kan van de verzekerde de voorlegging van een medisch getuigschrift worden gëist, waaruit de duur van de onmogelijkheid moet blijken (Arbrb. Brussel, 9e k., 17 december 1973, geciteerd).

Luidens een op 17 juni 1974 (onuitg.) uitgesproken vonnis van de Arbeidsrechtbank te Charleroi (4e k.) wordt overmacht geleverd door het feit dat de gewone behandelende geneesheer van de verzekerde op vakantie was gedurende de termijn waarin de aangifte had moeten gebeuren. Daarmee schuift de rechtbank de stelling terzijde van het auditoraat dat de betrokkene een andere dokter had moeten raadplegen, en van de verzekeringsinstelling, dat hij zich tot de geneesheer van de werkgever had moeten wenden die, zoals blijkt uit het vonnis, de voorafgaande periode van een maand had toegekend. Uit artikel 74 W.Z.I.V. blijkt immers dat de betrokkene zich tot de zorgenverstrekker van zijn keuze mocht wenden en beide stellingen gaan tegen dit beginsel in.

25. Persoonlijke verplichting of niet? Tussen de Arbeidsrechtbanken te Brussel en te Antwerpen blijkt een verschil in opvatting te bestaan over de vraag of de verzekerde, die zich om gezondheidsredenen niet buitenshuis kan begeven en met zijn echtgenoot samenwoont, verplicht is deze met de vervulling van de aangifteformaliteit (dus met het posten van het getuigschrift) te belasten en dus de sanctie van artikel 8 kan oplopen indien hij dit heeft nagelaten.

Over een dergelijk geval overwoog de Arbeidsrechtbank te Brussel op 17 december 1973 (*J.T.T.*, 1975, 14): «Attendu que l'obligation réglementaire susvisée est indubitablement personnelle à l'assuré social (l'utilisation de l'indicatif présent dans la rédaction de l'article 2 ne peut laisser aucun doute à cet égard); Que dès lors, dans l'hypothèse où l'assuré social ne peut se déplacer, il n'a légalement aucune obligation de faire appel à des tiers pour faire parvenir son certificat d'incapacité de travail au médecin-conseil de son organisme assureur» (in dezelfde zin: zelfde rechtbank, zelfde kamer, op 31 december 1973, onuitg.; vaste rechtspraak van de Arbeidsrechtbank te Brussel, zie: Ph. Gosseries, «Assurance maladie-invalidité obligatoire. Analyse de la jurisprudence du tribunal du travail de Bruxelles, année judiciaire 1973-1974», nr. 61, *J.T.T.*, 1974, 261).

Een volledig tegengestelde opvatting is te lezen in de volgende overweging van de Arbeidsrechtbank te Antwerpen (7e k.) in een vonnis van 7 mei 1974 (onuitg.): «Overwegende dat eiser gehuwd is en aan zijn echtgenote tijdig de nodige instructies had kunnen geven in verband met de bij de aanvang van de ongeschiktheid te vervullen formaliteiten voor het geval dat hij daartoe zelf niet in staat zou zijn; overwegende dat eiser zich dan ook niet kan beroepen op zijn gebrek aan vooruitzicht» (in dezelfde zin impliciet Arbh. Brussel, afd. Antwerpen, 9e k., 19 december 1973, onuitg.).

Indien de verzekerde zich noodgedwongen verlaten had op zijn behandelende geneesheer of op hospitaalpersoneel voor het verzenden van het getuigschrift en deze laatsten nagelaten hadden dit te doen, neemt de rechtspraak aan dat deze nalatigheid voor de verzekerde een geval van overmacht uitmaakt en dat de geneesheer of het personeel voor hun nalatigheid verantwoordelijk zijn, wat door O.D.L. in een noot onder het hierboven aangehaalde vonnis van de Arbeidsrechtbank te Brussel van 17 december 1973, aan de hand van de burgerrechtelijke regeling in verband met lastgeving en zaakwaarneming wordt bijgevalen.

26. Bewijs van de verzending. De bewijslast van de toezending van het getuigschrift aan de adviserend geneesheer rust op de gerechtigde, aldus artikel 5 van het K.B. van 31 december 1963.

In normale gevallen zal het ogenblik van de verzending gemakkelijk kunnen worden vastgesteld aan de hand van de poststempel, waaraan luidens artikel 2 bewijskracht is toegekend. Wat echter als de gerechtigde beweert het attest te gelegener tijd gepost te hebben, maar de adviserend geneesheer niets heeft ontvangen? Het is constante rechtspraak dat het bewijs van de verzending door de verzekerde dient te worden geleverd, en dat daartoe op alle bewijsmiddelen een beroep mag worden gedaan, dus met inbegrip van getuigenissen en vermoedens. In vele gevallen zal kunnen bewezen worden dat (a) op een bepaalde datum door de behandelende geneesheer twee getuigschriften werden opgesteld, waarvan het ene voor de werkgever en het andere voor de adviserend geneesheer bestemd was en dat (b) het getuigschrift voor de werkgever zijn bestemming heeft bereikt. Of dit dubbel bewijs voldoende is wordt door de rechtspraak verschillend beoordeeld: de Arbeidsrechtbank te Nijvel, afdeling Waver (2e k.) nam op 15 maart 1974 (onuitg.) aan van wel, het Arbeidshof te Luik (5e k.) op 7 januari 1975 (onuitg.) van niet. Volgens dit laatste arrest vloeit uit de twee bewezen omstandigheden geenszins voort dat het voor de adviserend geneesheer bestemd exemplaar werkelijk werd gepost. Dit bewijs zou bijvoorbeeld wel geleverd zijn, indien een derde komt getuigen dat hij op vraag van de verzekerde de twee attesten op de bus heeft gedaan, aldus hetzelfde arbeidshof in een op dezelfde dag uitgesproken arrest.

Zoals gezegd kan het bewijs van de verzending ook geleverd worden door vermoedens. In dit verband wordt door de rechtspraak soms naar een aannemelijke verklaring gezocht voor het niet ter bestemming geraken van een attest dat de verzekerde beweert gepost te hebben. In een geval waar bewezen is dat door de behandelende geneesheer een getuigschrift was opgemaakt, wijkt het Arbeidshof te Brussel (7de kamer) op 27 november 1975 (onuitg.) het niet ter bestemming komen aan het feit dat een verouderd formulier was gebruikt waarop een voormalig en sindsdien gewijzigd adres van het ziekenfonds was vermeld, zodat de zending onbestelbaar was. In dezelfde richting overweegt de Arbeidsrechtbank te Nijvel, afdeling Waver (2e k.) op 15 maart 1974 (onuitg.): «qu'il est constant qu'un pourcentage non négligeable de plis sont égarés par les services postaux — voire par l'organisme assureur; que le format des avis d'arrêt de travail et le papier utilisé pour leur fabrication sont d'ailleurs propices à de telles éclipse».

In hetzelfde vonnis staan nog een aantal interessante overwegingen te lezen. Uit het feit dat door de wet nergens gëist wordt dat de verzending aangetekend moet gebeuren, en dat het normaal is dat de verzekerde, bij veronderstelling ziek zijnde, niet geneigd is de «steeds stijgende kosten» daarvan te dragen noch lang aan loketten te staan aanschuiven, en uit het feit dat de verzekerde voor het posten dikwijls op derden is aangewezen, mag afgeleid worden dat de beginselen ter zake van bewijslevering in dergelijke gevallen niet met de gebruikelijke gestrengheid dienen te worden toegepast.

Overigens pleit volgens hetzelfde arrest nog ten gunste van de verzekerden, het feit dat hun nergens gewezen wordt op het risico dat ze lopen door hun zending niet te laten aantekenen, zodat het heel aannemelijk is dat ze geheel te goeder trouw denken dat hun recht op uitkeringen enkel en alleen verbonden is aan het bestaan en aan de vaststelling van hun ongeschiktheid — wat in hun ogen geen moeilijkheden kan opleveren zodra de vaststelling door hun eigen geneesheer is gedaan — en dat het voor de hand ligt dat ze geen weet hebben van de controlemechanismen die alleen door een tijdige toezending in werking worden gesteld.

27. Wederinstorting. De gerechtigde die wederinstort in de zin van de artikelen 46 en 50 W.Z.I.V. moet van zijn arbeidsongeschiktheid aangifte doen binnen de termijn van twee dagen, aldus het vierde lid van artikel 2 van het K.B. van 31 december 1963. Deze formaliteit dient niet te worden vervuld indien er slechts een vergeefse poging tot werkhervatting is geweest zodat in feite de periode van arbeidsongeschiktheid was blijven lopen (Arbrb. Brussel, 9e k., 27 oktober 1975, onuitg.).

In vonnissen van 6 juni en 22 september 1975 (beide onuitg.)

oordeelde de Arbeidsrechtbank te Brussel (9e k.), dat de sanctie van artikel 8 niet van toepassing mag worden verklaard op gevallen waarin de adviserend geneesheer aanvaardt de duur van een reeds voorheen erkende arbeidsongeschiktheid te verlengen.

B. Opheffing van de sanctie door de verzekeringsinstelling

28. *Algemeen.* De uitgebreide casuïstiek omtrent het begrip overmacht waartoe de rechtspraak aanleiding heeft gegeven, mag niet uit het oog doen verliezen dat in het tweede lid van artikel 8 een andere omstandigheid wordt aangegeven die het mogelijk maakt de sanctie af te wentelen: in behartigenswaardige gevallen, aldus het tweede lid, kan de straf door de verzekeringsinstelling worden opgeheven op eensluidend advies van de leidend ambtenaar van de Dienst voor uitkeringen van het RIZIV.

Is de beslissing van de verzekeringsinstelling waarbij een geval niet als behartigenswaardig wordt erkend vatbaar voor beroep bij de arbeidsgerechten, en welke inhoud dient aan de notie «behartigenswaardig» gegeven te worden?

29. *Vatbaarheid voor beroep van de beslissing van de verzekeringsinstelling.* Op de eerste van de zoëven gestelde vragen — de vatbaarheid voor beroep gaf het Arbeidshof te Antwerpen, afdeling Hasselt op 6 mei 1976 (R.W., 1976-77, 1763) een bevestigend antwoord, enige maanden na het tegendeel te hebben verdedigd (23 oktober 1975, onuitg.). Bij nader toezien blijkt deze aangelegenheid inderdaad twijfel in de rechtspraak te hebben gezaaid, waarbij de twee strekkingen werden verdedigd (voor een goed overzicht, zie Ch. Paturiaux, «Weigering van uitkeringen in geval van niet-tijdige aangifte van de arbeidsongeschiktheid», *Inf. RIZIV*, 1973, 3-9; — voor de beroepsvatbaarheid spraken zich uit: Arbrb. Doornik, 2e k., 26 november 1971, onuitg.; Arbrb. Hoei, 4 mei 1973, *T.S.R.*, 1973, 261; Arbrb. Hoei, 3e k., 15 juni 1973, onuitg., alsmede M. Symoens, «De behartenswaardige gevallen», *Inf. RIZIV*, 1971, 155; — in tegengestelde zin: Arbrb. Dendermonde, afd. Sint-Niklaas, 9 juni 1971, *Inf. RIZIV*, 1974, 396; Arbrb. Luik, 17 februari 1972, *Inf. RIZIV*, 1974, 390; zie ook verder nr. 59).

Het belang van de discussie dient op zijn juiste waarde te worden geschat. Om te beginnen lijkt niets zich ertegen te verzetten dat een afgewezen aanvraag een tweede maal bij de verzekeringsinstelling wordt ingediend en door deze wordt onderzocht op grond van nieuwe door de betrokkene voorgelegde gegevens. Verder kan door de verzekerde die zich bijvoorbeeld op overmacht meent te kunnen beroepen in elk geval een beroep worden ingesteld tegen de beslissing van de verzekeringsinstelling uitkeringen te weigeren op grond van het eerste lid van artikel 8. De juiste vraagstelling luidt dus: kan eveneens een beroep worden ingesteld tegen de beslissing die weigering te handhaven op grond van het tweede lid van hetzelfde artikel?

Tegenstanders van deze mogelijkheid beroepen zich op het bijzonder karakter van de in het tweede lid aan de verzekeringsinstelling verleende bevoegdheid. Weliswaar verleent artikel 580 van het Gerechtelijk Wetboek aan de arbeidsgerechten de bevoegdheid kennis te nemen «van geschillen betreffende de rechten en verplichtingen van werknemers (...), welke voortvloeien uit (o.m.) de wetgeving inzake ziekte- en invaliditeitsverzekering», maar, aldus hun redenering, dit artikel is hier niet van toepassing omdat het opheffen van een «straf», waarover het gaat in het tweede lid van artikel 8, niet hetzelfde is als het *erkennen van een recht* maar eerder neerkomt op het *toestaan van een gunst*, op het stellen van een welwillende handeling die in de tekst uitsluitend wordt overgelaten aan de administratieve overheid, die dus, wil het beginsel van de scheiding der machten niet overtreden worden (over dit aspect, zie inzonderheid: A.T., noot onder Arbrb. Hoei 4 mei 1973, *T.S.R.*, 1973, 261), over een discretionaire macht moet beschikken om gestalte te geven aan het criterium van de behartigenswaardigheid: het komt de rechtspraak toe de wet toe te passen, niet te beslissen over het kwijtschelden van een bij veronredstelling wettelijk verantwoorde straf.

De argumenten van de voorstanders van de beroepsmogelijkheid

kunnen goed samengevat worden als volgt: de beslissing mag door de verzekeringsinstelling niet op willekeurige gronden worden genomen; aan het begrip van de behartigenswaardigheid komt wel degelijk een «rationele inhoud» toe, die in verband te brengen is met een «bepaalde finaliteit». De verzekerde ontleent bijgevolg aan het tweede lid van artikel 8 bepaalde rechten, waarvan de toekenning aan het toezicht van de rechterlijke macht onderworpen dient te zijn. Ons komt het voor dat in de discussie over het tweede lid van artikel 8 de verwarring vooral gesticht wordt door het gebruik van de term «straf», en dat, om partij te kiezen tussen voor- en tegenstanders van de beroepsmogelijkheid, de door Ch. Paturiaux verdedigde opvatting doorslaggevend is, m.n. dat het begrip «straf» niet op zijn plaats is omdat de weigering van uitkering wegens te late aangifte nu eenmaal geen administratieve sanctie is (in de zin bijvoorbeeld van artikel 101 van de Wet van 9 augustus 1963) en het terzijde schuiven van die weigering dus geen «opheffing van een straf» kan zijn (o.c., pp. 8 en 9).

30. *Het begrip «behartigenswaardig».* Bijzonder lofwaardig is verder de poging van het Arbeidshof te Antwerpen, afdeling Hasselt, (6 mei 1976, R.W., 1976-77, 1763) om aan het begrip «behartigenswaardig» een algemene en rationele inhoud te geven: in een behartigenswaardige toestand bevindt zich de verzekerde die, door bijzondere omstandigheden, een onevenredig zware prijs moet betalen voor de handhaving van een algemene norm, zodat afbreuk wordt gedaan aan het beschermend karakter van een wet. Ook de opsomming van beoordelingscriteria en met name het afwegen van het belang van de verzekerde en dat van de verzekeraar verdienen een bijzondere aandacht en betekenen een verrijking ten aanzien van de voorgaande rechtspraak die al te casuïstisch aandeed (zie bijvoorbeeld: Ch. Paturiaux, o.c., blz. 4, en vooral de jurisprudentie aangehaald door M. Symoens, «Behartenswaardige gevallen», *Inf. RIZIV*, 1971, 157-160). En ten slotte kan met het arbeidshof ook de vraag gesteld worden of de notie van de behartigenswaardigheid niet vatbaar is voor gradaties en deze toestand dus in sommige gevallen niet tot een slechts gedeeltelijke opheffing moet leiden.

§ 4. Uitkering voor begrafeniskosten

31. *Het begrip «begrafenis».* Wat de verzekeringstussenkomst in de begrafeniskosten betreft, bestaat er een omzendbrief van het RIZIV waarin een opsomming wordt gegeven van de kosten die als begrafeniskosten dienen te worden beschouwd en waarvoor, volgens artikel 19 van het K.B. van 31 december 1963, een factuur dient te worden voorgelegd. Deze opsomming kan de rechtspraak niet binden, aangezien uit de tekst van het artikel blijkt dat het begrip begrafenis in ruime zin geïnterpreteerd dient te worden en onder meer de verspreiding van de as na crematie en zelfs, volgens een vonnis van de Arbeidsrechtbank te Antwerpen (7e k.) van 20 april 1976 (onuitg.), de terbeschikkingstelling bij testament van het stoffelijk overschot aan een universiteit omvat. De uitkering is volgens hetzelfde vonnis verschuldigd aan de persoon die werkelijk de kosten heeft gedragen van de «ceremoniën die ter gelegenheid van het overlijden door de traditie zijn gesanctioneerd», ook als daaronder geen kosten vallen voor een religieuze eredienst. Anders beslissen, aldus de rechtbank, zou de uitkering afhankelijk maken van de wijsgerige overtuiging van de overledene, wat onaanvaardbaar is.

Dries Simoens

(Slot in volgend nummer)

EUROPEES RECHT

Overzicht van rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen

(Week 5 - 9 december 1977)

Zaak 55/77 — Maris/Rijksdienst voor Werknemerspensionen — prejudiciële zaak — 6-12-1977 — *Sociale zekerheid van migrerende werknemers*

Mevrouw Maris, van Belgische nationaliteit, is als werkneemster achtereenvolgens tewerkgesteld geweest in België, in Duitsland en in Frankrijk, waar zij sedert 1947 woont.

Wegens een geschil over haar pensioenrechten met de Belgische Rijksdienst voor Werknemerspensionen kwam zij in beroep bij de Arbeidsrechtbank te Antwerpen, die ter zake bevoegd was omdat de betrokkene aldaar haar laatste woonplaats in België had gehad. Haar verzoekschrift was in het Frans gesteld. Volgens de Belgische wet van 15 juni 1935 op het taalgebruik in gerechtszaken dient echter voor alle burgerlijke rechtbanken en de rechtbanken van koophandel, waarvan de zetel is gevestigd in de provincie Antwerpen, de gehele procedure in het Nederlands te worden gevoerd. Anderzijds bepaalt artikel 84, lid 4, van 's Raads verordening no. 1408/71 dat «de autoriteiten, organen en rechterlijke instanties van een Lid-Staat verzoekschriften of andere documenten welke hun toegezonden worden niet mogen afwijzen op grond van het feit dat zij in een officiële taal van een andere Lid-Staat zijn opgesteld.» Ter beoordeling van de verenigbaarheid van de Belgische en de communautaire voorschriften besloot de Arbeidsrechtbank te Antwerpen de procedure te schorsen en het Hof van Justitie de volgende vragen voor te leggen:

1) Heeft de bepaling van artikel 84, lid 4, van verordening no. 1408/71 ten aanzien van alle personen die onder de personele werkingssfeer van deze verordening vallen, voorrang op de Belgische wet van 15 juni 1935?

2) Meer bepaald: geldt de communautaire bepaling ook voor verzoekschriften, ingediend bij een Belgische rechtbank, door een persoon van Belgische nationaliteit, die onder de personele werkingssfeer van de verordening valt?

3) Is het eventueel relevant, voor de toepassing van verordening no. 1408/71 (artikel 84), of de betrokkene op het ogenblik van indiening van het verzoekschrift in België verblijft of in een andere Lid-Staat?

Het Hof overwoog dat artikel 84 van verordening no. 1408/71 deel uitmaakt van een geheel van maatregelen ter verzekering van de samenwerking der bevoegde autoriteiten voor de tenuitvoerlegging van het stelsel van sociale zekerheid van migrerende werknemers. Om het leven van deze werknemers te vergemakkelijken kunnen de door hen in een der Lid-Staten ingediende verzoekschriften en documenten niet worden teruggewezen op grond dat zij in een officiële taal van een andere Lid-Staat zijn gesteld.

Artikel 84 maakt geen onderscheid naar de nationaliteit of de woonplaats van de betrokkenen, wanneer de ingediende verzoeken of overgelegde documenten de toepassing van verordening no. 1408/71 betreffen. Wij hebben hier te maken met een regel met een algemeen karakter en een eenvormige toepassing, terwijl ingevolge artikel 189 EEG-verdrag verordeningen verbindend zijn in al hun onderdelen en rechtstreeks toepasselijk zijn in elke Lid-Staat.

Artikel 84, lid 4, heeft echter alleen betrekking op verzoeken, ingediend door de onder het toepassingsgebied van verordening no. 1408/71 vallende personen, en op documenten, *overgelegd tot staving hunner rechten*, en niet op het algemene procesverloop dat overigens blijft onderworpen aan de nationale wetten van elke Staat.

Bovendien moet rekening worden gehouden met het feit dat het gezag van het gemeenschapsrecht niet van de ene Lid-Staat tot de andere mag verschillen door toedoen van de interne wetgeving zonder dat de doeltreffendheid van dit recht en de eenvormige

toepassing die het in alle Lid-Staten moet vinden, in gevaar worden gebracht.

Het Hof verklaarde voor recht dat artikel 84, lid 4, van verordening no. 1408/71 van de Raad van 14 juni 1971 betreffende de toepassing van sociale zekerheidsregelingen op loontrekkenden en hun gezinnen, die zich binnen de Gemeenschap verplaatsen, de autoriteiten, organen en rechterlijke instanties der Lid-Staten de verplichting oplegt om, niettegenstaande enige eventueel afwijkende of tegenstrijdige bepaling van hun nationale wetgeving, alle verzoekschriften of alle andere documenten betreffende de toepassing van deze verordening en gesteld in een officiële taal van een andere Lid-Staat te aanvaarden, zonder dat ten deze een onderscheid mag worden gemaakt naar de nationaliteit of de woonplaats van de betrokkenen.

Zaak 62/77 — Carlsen Verlag/Oberfinanzdirektion Keulen — prejudiciële zaak — 8-12-1977 — *Gemeenschappelijk douanetarief*

Twee dagen na het Sint Nicolaasfeest doch tijdig voor het Kerstfeest, heeft het Hof van Justitie een toepasselijk arrest gewezen inzake de tariefindeling van geïllustreerde kinderboeken, dat van belang is voor jeugdige en andere lezers van deze publikaties, doch vooral voor de betrokken uitgevers en boekverkopers.

Het geschil tussen de firma Carlsen Verlag en de Oberfinanzdirektion Keulen betreft de tariefindeling van de kinderboeken «Teddybär, Teddybär», «die Mausuhr» en «Meine Freunde», die uit Japan in de Bondsrepubliek Duitsland zijn ingevoerd.

Deze ingebonden boeken, ieder bestaande uit 5 scheurechte ingebonden bladen, vrijwel volledig gevuld met kleurenillustraties met een korte tekst, werden door de Oberfinanzdirektion Keulen ingedeeld onder tariefpost 49.03 «prentenalbums, prentenboeken, tekenboeken en kleurboeken, gebrocheerd, gekartonneerd, ingenaaid of ingebonden, voor kinderen».

Carlsen Verlag betwistte de juistheid van deze indeling en betoogde dat de betrokken boeken vanwege hun instructieve en amusante tekst moesten worden ingedeeld onder post 49.01: «boeken, brochures en dergelijk drukwerk, ook indien in losse vellen». In verband hiermee wendde het Bundesfinanzhof zich tot het Hof van Justitie met de vraag of publikaties bestemd voor kleuters waarin de afbeeldingen een overheersende plaats innemen en hun voornaamste attractie vormen in plaats van onder de bijzondere tariefpost 49.03 kunnen worden gebracht onder de algemene post 49.01, wanneer deze tekst niet slechts op zichzelf begrijpelijke afbeeldingen verduidelijkt, doch het begrijpen van de afbeeldingen wezenlijk vergemakkelijkt.

Uit de tekst van aantekening no. 5 van hoofdstuk 49 blijkt dat de beschreven tekst slechts kan meebrengen dat gekartonneerde prentenalbums of prentenboeken voor kinderen niet onder post 49.03 vallen, wanneer deze tekst een doorlopend karakter heeft en niet slechts bijzaak is, en daarin afbeeldingen zijn opgenomen ter illustratie van het verhaal.

De afbeeldingen zijn slechts ondergeschikt aan de tekst wanneer de wezenlijke inhoud van het boek ligt opgesloten in de tekst, en de afbeeldingen slechts ter illustratie daarvan dienen.

Het Hof verklaarde voor recht dat tariefpost no. 49.03 en aantekening no. 5 van hoofdstuk 49 moeten worden uitgelegd in die zin dat zij betrekking hebben op gekartonneerde prentenboeken voor kinderen waarvan de afbeeldingen, die vrijwel alle bladzijden vullen, de hoofdkarakteristiek vormen, terwijl de korte teksten slechts ter toelichting dienen.

BOEKEN

A.H. HERMANN en C. JONES, *Fair Trading in Europe*, Kluwer-Harap Handbooks, London, 1977, 443 p.

De term «fair trading», zoals de titel vermeldt, omvat het mede-

dingingsrecht in ruime zin en het recht ter bescherming van de consument.

Het eerste deel van dit werk omvat twee hoofdstukken. In het eerste hoofdstuk wordt, bij wijze van inleiding, de verhouding tussen E.E.G.-recht en nationaal recht behandeld. De houding van een aantal E.E.G.- en niet-E.E.G.-landen t.a.v. kartelvorming, misbruik van machtspositie, verkoopovereenkomsten, bescherming van handelsmerken, consumentenbescherming e.a. wordt in het tweede hoofdstuk behandeld.

In Europa kan men tot op heden slechts spreken van drie volwaardige «fair trading systems» nl. die van de Europese Gemeenschap, West-Duitsland en Groot-Brittannië. Ieder van de drie systemen wordt op vrij uitvoerige wijze ontleed in het tweede deel. De politiek van en de wetgeving in Denemarken, Nederland, Noorwegen en Zweden worden eveneens toegelicht. Tenslotte wordt aandacht besteed aan «fair trading» in op dit gebied minder ontwikkelde landen: België, Frankrijk, Ierland, Italië, Luxemburg, Portugal, Spanje en Zwitserland.

Een overzicht van de «fair trading systems» in de meeste Europese landen biedt niet alleen rechtsvergelijkende perspectieven, maar bewerkstelligt ook een inzicht in het stadium van ontwikkeling op dit vlak van bepaalde landen. De grote waarde van dit werk is om die reden voornamelijk gelegen op compilatorisch vlak. Het overzicht op het einde van de wetgeving en van de mogelijke rechtsvorderingen van de consument in de verschillende landen is hiervan trouwens o.m. de neerslag.

Herman Braeckmans

BERICHTEN

Centre d'étude de la délinquance juvénile — Colloquium

Op 9 en 10 maart 1978 wordt het elfde colloquium gehouden van het studiecentrum van jeugdmisdadigheid, met als thema: «Le travail des jeunes: intégration ou déviance?»

Plaats: Maison de la culture, Charles Thielemanslaan 93, 1150 Brussel.

Inlichtingen: Centre d'étude de la délinquance juvénile, Johannaalaan 44, 1050 Brussel; tel. 02/648 81 58, lijnen 3421 en 3422.

Congres «Samen-Leven» te Leiden op 31 maart 1978

Het Fiscaal en Notarieel Instituut van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid aan de Rijksuniversiteit Leiden, houdt op vrijdag 31 maart 1978 een landelijk congres met als thema: Samen-Leven; de buitenhuwelijkse relatie in het recht.

Gestreefd wordt naar een zo «breed» mogelijke behandeling van het genoemde thema, waartoe de volgende onderwerpen aan de orde zullen komen:

1. De plaats van de twee-relatie in de samenleving; een sociologische benadering door dr. mr. C.J. Straver
2. De rechtspositie van het kind geboren uit een buiten-huwelijkse relatie door mr. A.A.L. Minkenhof
3. De fiscaal- en sociaal-verzekeringsrechtelijke aspecten van het samen-leven door mr. H. Mobach
4. De erfrechtelijke en succesrechtelijke aspecten van het samen-leven door prof. mr. J.K. Moltmaker
5. De aspecten partijautonomie en wetgeving ten aanzien van de twee-relatie door prof. mr. M.J.A. van Mourik

De sprekers zullen allen onder meer aandacht schenken aan de problematiek van de kenbaarheid van de relatie en in dit verband aandacht schenken aan vragen als:

Welke criteria leg ik aan ter toetsing van de relatie? In hoeverre zijn formaliteiten vereist? In hoeverre en in welke mate kunnen de

relaties gedifferentieerd worden? Welke zijn de problemen bij de uitvoering van theoretische oplossingen?

Na afloop van de inleidingen zal er ruime gelegenheid zijn voor een discussie tussen de congresdeelnemers en een forum dat wordt gevormd door genoemde sprekers en dat onder voorzitterschap zal staan van mr. Anneke Goudsmit.

Hoewel het een juridisch congres betreft, zal er gestreefd worden naar het bereik van een zo «breed» mogelijk publiek.

Deelname: aanmelding kan geschieden bij voorkeur door overschrijving van het bedrag van f 25,- (voor studenten f 15,- met vermelding van collegekaart- of registratienummer) op giro 9013 t.n.v. Algemene Bank Nederland te Leiden, t.g.v. rek. nr. 56.66.33.833: t.n.v. de Stichting Leids Notarieel Post Doctoraal, onder vermelding van «deelname congres Samen-Leven», en eventueel uit hoofde waarvan U zult deelnemen. (In deze prijs is inbegrepen de lunch, de borrel alsmede het programmaboekje).

U kunt zich ook telefonisch voor deelname opgeven onder nummer 071-149641 bij mevr. A. Sloos-Schreuder of mevr. C. Halstein-Driessen, onder gelijktijdige overschrijving op bovenstaande rekening. De inschrijving sluit op 1 maart 1978.

De deelnemers zullen ongeveer 1 week vóór de aanvang van het congres een programmaboekje ontvangen waarin naast technische mededelingen tevens opgenomen zal zijn een verkorte weergave van de probleemstelling zoals deze door de inleiders behandeld zal worden.

De inrichters stellen het zeer op prijs, indien zij ook Belgische deelnemers zouden kunnen ontvangen.

TIJDSCHRIFTEN

De Gemeente—jg 52

nr. 295, oktober 1977

Van de redactie—Memorandum aan de regering—F. Geerts, Werking van de gemeenteraad—Met de vereniging voor openbaar groen naar een actief groenbeleid en openluchtrecreatiebeleid in elke gemeente—G. Blanquart, Rubriek «Ruimtelijke ordening, stadsherstel en zorg voor het bouwkundig erfgoed»—G. Latour, Kroniek «Fusies van gemeenten»—P. Hautphenne, Rubriek «Onderwijs»—Wetgeving-Rechtspraak (met commentaar).

Limburgs Rechtsleven—jg 3

nr 3, 1977

Burgerlijk Recht—Handelsrecht—Sociaal recht—Strafrecht—Schade- en schadevergoeding—Necrologie—Wetjes en Weetjes in en rondom de Balie.

Case summary

1 november 1977.

Rechtspraak

15 november 1977

Rechtspraak

Bulletin van de Europese Gemeenschappen—jg 10

nr 7-8, 1977

1e deel: belangrijkste gebeurtenissen—2e deel: activiteiten in juli-augustus 1977—3e deel: documentatie

Journal des Tribunaux—jg 92

nr 5012, 29 oktober 1977

Francis Delpérée, Au fil de la crise (3 mars-3 juin 1977)—Jurisprudence—Chronique judiciaire.

nr 5013, 5 november 1977—jg 92

André Tunc, La directive des Communautés européennes en matière de responsabilité du fait des produits défectueux—Jurisprudence—Chronique judiciaire.

nr 5014, 12 november 1977—jg 92

Anca Postelnicu, Le recouvrement d'honoraires d'avocat dans le cadre de la Convention C.E.E. du 27 septembre 1968—Rudi Gotzen, La vente de gré à gré d'immeubles appartenant à des mineurs—Jurisprudence—Notes de jurisprudence—Chronique judiciaire.