

RECHTSKUNDIG WEEKBLAD

REDACTIE : RIDDER RENE VICTOR, HOOFDREDACTEUR

E. BOONEN, C. CAENEPEEL

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

DE AANSPRAKELIJKHEID VAN HET MEDISCH TEAM

1. In de Verenigde Staten worden zoveel vorderingen tegen geneesheren ingesteld, dat men kan spreken van een echte «malpractice boom». Er bestaat geen gevaar dat een dergelijke «boom» zich ook in België zou manifesteren. Men hoeft in dit verband maar te wijzen op een aantal specifiek Amerikaanse oorzaken : jurysysteem, de Amerikaanse «claim-mindedness», en zeker het door de advocatuur toegepaste «contingent fee»-systeem¹.

Ook zouden er in de Verenigde Staten meer medische ongelukken gebeuren dan bij ons. «Amerikaanse cijfers tonen aan dat de gemiddelde frequentie van aangegeven accidenten en ongelukjes (!) in ziekenhuizen hoger ligt dan in gelijk welke andere bedrijfstak, met uitzondering van de bouwnijverheid en de mijnbouw. Ongevallen vormen momenteel de belangrijkste doodsoorzaak voor kinderen in de States, maar het ziekenhuis is de plaats waar de meeste van deze ongevallen voorkomen. Academische ziekenhuizen zijn daarbij nog een stuk onveiliger dan doorsneeziekenhuizen ... Nu zijn de Verenigde Staten (gelukkig) België niet»². Toch stelt men ook bij ons een stijging vast van het aantal wegens beroepsfouten ingestelde vorderingen. Oorzaken hiervan zijn :

1) Meer en meer mensen beschikken over een rechtsbijstandsverzekering. Zij kunnen gemakkelijk een proces beginnen, omdat de kosten ervan toch gedragen worden door hun verzekeraar.

2) Men stelt een wijziging vast in de relatie geneesheer/patiënt. Deze wordt steeds onpersoonlijker, en het vroegere vertrouwenselement ontbreekt. Dit hangt samen met de demystificatie van het medisch beroep. De mogelijkheden waarover de geneeskunde beschikt worden steeds groter. Tegelijkertijd groeit het onbegrip voor medisch falen. Men moet echter bedenken dat elke behan-

deling een risico van pathologische gevolgen inhoudt (de meest effectieve geneesmiddelen zijn ook de meest schadelijke qua nevenverschijnselen — fenomeen van de iatrogenese³. Dit betekent echter geenszins dat de behandelende geneesheer hiervoor in alle gevallen aansprakelijk kan worden gesteld.

2. In het bestek van dit artikel wordt nader ingegaan op de aansprakelijkheid van het medisch team. Met medisch team wordt hier niet het recente fenomeen van de groepspraktijk bedoeld, maar het samen handelen van een aantal artsen in groepsverband, meestal ter gelegenheid van een heelkundige ingreep verricht in een ziekenhuis. Dit handelen in groepsverband is vooral de laatste decennia op de voorgrond getreden. Men stelt vast dat, wegens de ingewikkeldheid en de hoge graad van techniciteit, minder en minder ingrepen door één enkele arts worden verricht⁴.

Bij een operatie wordt de leiding waargenomen door een chirurg⁵. Deze wordt bijgestaan door een anesthesist. In vele gevallen echter treden, afgezien dan nog van het assisterend verplegend personeel, ook andere figuren op de voorgrond. In dit verband kunnen worden vermeld : de bioloog die analyses verricht, of de radioloog die tijdens de operatie radiografieën maakt die het verder verloop van de ingreep bepalen.

Het belang van de hier behandelde problematiek vindt zijn oorsprong in de complexe juridische relaties die bestaan tussen de verschillende leden van een medisch team. Deze complexiteit heeft een weerslag op het aflijnen der aansprakelijkheid, en op de grond waarop deze aansprakelijkheid is gebaseerd. Het praktisch belang hiervan blijkt wanneer het slachtoffer van een heelkundig falen een vordering instelt : tegen welke persoon of personen moet hij zijn eis tot schadevergoeding richten, en op welke juridische grond moet hij daarbij steunen ?

¹ De patiënt die een vordering instelt, loopt geen enkel risico. Verliest hij het proces, dan rekent zijn raadsman geen honorarium aan. Wint hij daarentegen, dan dient hij een fors percentage van de toegekende schadevergoeding te betalen. In België is deze praktijk verboden door artikel 459 Ger. W.

² Y. NUYENS, *Grenzen aan de medische macht*, Leuven, 1976, blz. 66.

³ In feite : de ziekte die ontstaat door het behandelen van de ziekte. Dit fenomeen wordt zeer lucid beschreven door de socioloog Ivan ILLICH, *La Nemesis Médicale*.

⁴ Het gevoel van de patiënt hierbij werd treffend beschreven door NUYENS (o.c., blz. 58-61).

⁵ Zie verder, nr. 14.

1. Medische aansprakelijkheid

3. Zeer in het algemeen kan men stellen dat de aansprakelijkheid van een geneesheer in het gedrang kan komen op drie verschillende niveaus :

a) Contractueel

Algemeen wordt thans aangenomen dat, tussen patiënt en behandelende geneesheer (in de teamproblematiek komt het er dikwijls op aan uit te maken met welke geneesheer de patiënt heeft gecontracteerd) een contract (sui generis) wordt gesloten. De aansprakelijkheid van de geneesheer is dus in essentie contractueel, in navolging van een beroemd Frans cassatiearrest van 20 mei 1936⁶, waarin dit voor het eerst duidelijk werd gepreciseerd : «Attendu qu'il se forme entre le médecin et son client un véritable contrat important, pour le praticien, l'engagement, sinon bien évidemment de guérir le malade, du moins de lui donner des soins, non pas quelconques mais consciencieux, attentifs et, réserves faites de circonstances exceptionnelles, conformes aux données acquises de la science ; que la violation, même involontaire de cette obligation contractuelle est sanctionnée par une responsabilité de même nature, également contractuelle.» Het belang van de hier geciteerde motivering ligt niet alleen in de onderkenning van een contractuele relatie, maar ook in het naar voren brengen van een ander element, dat van belang is voor de appreciatie in concreto van de doktersaansprakelijkheid. Er blijkt namelijk uit dat de geneesheer geen resultaats-, maar een inspanningsverbintenis op zich neemt (hij heeft niet de verplichting de patiënt te genezen)⁷. Dit element, waar hier niet verder op ingegaan wordt, is van belang, omdat een der oorzaken van het toenemend aantal «doktersprocessen» precies ligt in het feit dat men, op sommige vlakken althans, meer en meer evolueert in de richting van een resultaatsverbintenis⁸.

b) Strafrechtelijk

Deze verantwoordelijkheid veronderstelt dat de geneesheer de strafwet heeft overtreden (bijvoorbeeld : onvrijwillig toegebrachte letsels). Bij een vervolging voor de correctionele rechtbank kan het slachtoffer zich burgerlijke partij stellen. Op deze vorm van verantwoordelijkheid, die, in het kader van deze studie, niet zoveel belang heeft, wordt verder niet ingegaan.

c) Civielrechtelijk

Deze aansprakelijkheid speelt wanneer de geneesheer aansprakelijk gesteld kan worden buiten elk contractueel verband. Dit kan het geval zijn wanneer de patiënt bewusteloos is, of in comateuze toestand verkeert, en dus niet in

staat zijn toestemming tot een bepaalde behandeling te geven. Ook in teamverband kan deze aansprakelijkheid spelen, wanneer een der leden van het team, waarmee de patiënt niet contracteerde, een aanwijsbare fout begaat.

Volledigheidshalve zij opgemerkt dat in bepaalde gevallen samenloop van aansprakelijkheden bestaat. Er bestaat samenloop van contractuele en civielrechtelijke aansprakelijkheid wanneer de schending van een contractuele bepaling ook een overtreding van de strafwet uitmaakt⁹.

4. De vraag nu of de contractuele dan wel de civielrechtelijke aansprakelijkheid dient te worden toegepast, heeft meer dan alleen maar een theoretisch belang. Er bestaan inderdaad een hele reeks verschilpunten naargelang men opteert voor een van beide¹⁰. Deze zijn voldoende bekend, maar worden hier in het kort besproken, toegespitst op de problematiek van de medische verantwoordelijkheid.

1) Essentieel voor het bestaan van elk contract is de toestemming van beide partijen. Dit geldt ook voor het medisch contract. Geen enkele zieke mag, ook niet als hij in levensgevaar verkeert, tegen zijn wil in worden behandeld¹¹. Bovendien heeft de patiënt het recht om voorgelegd te worden over de risico's van welke medische ingreep ook. Omgekeerd kan de toestemming tot een onverantwoorde ingreep in sommige gevallen aanleiding geven tot een gedeelde aansprakelijkheid (dit laatste geldt vooral op het vlak van de esthetische chirurgie¹²).

2) Bij onrechtmatige daad is men, overeenkomstig artikel 1384, derde lid, B.W. aansprakelijk voor de onrechtmatige daden van zijn aangestelden. Bij contractuele wanprestatie is men aansprakelijk, niet alleen voor zijn aangestelden, maar voor al diegenen die hebben meegewerkt aan de uitvoering van de overeenkomst¹³. In verband met teamproblematiek kan men hier denken aan de chirurg, die, wanneer hij de enige is die met de patiënt gecontracteerd heeft, contractueel aansprakelijk zou zijn voor alle leden van het medisch team. Deze laatsten zijn meestal zelf geneesheer en kunnen volgens sommigen nooit beschouwd worden als aangestelden van de chirurg, tenminste niet in de zin van artikel 1384, derde lid, B.W., omdat een dergelijke kwalificatie niet te verenigen is met de noodzakelijk geachte zelfstandigheid van het medisch beroep. Maar zij hebben in ieder geval meegewerkt aan de uitvoering van de overeenkomst.

3) Ook voor de geneeskunde geldt dat men zijn contractuele aansprakelijkheid voor alle fouten, behalve de opzettelijke, kan uitsluiten¹⁴. Dergelijke exonatiebedingen (die meestal ook de toestemming van de patiënt tot de ingreep bevatten, om alle latere discussies hieromtrent uit te sluiten) worden trouwens in bijna alle Amerikaanse ziekenhuizen toegepast¹⁵.

⁹ R. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile*, I, Brussel, 1967, nr. 182 (in *Les Nouvelles*). Zie ook J. HERBOTS, «Samenloop contractuele en delictuele aansprakelijkheid», in *Onrechtmatige daad. Actuele tendensen*. Antwerpen, 1979, blz. 141-142.

¹⁰ DALCQ, o.c., I, nrs. 39-88.

¹¹ X. RYCKMANS en R. MEERT-VAN DE PUT, *Les droits et les obligations des médecins*, I, Brussel, s.d., nr. 587.

¹² Over de esthetische chirurgie zie DALCQ, o.c., I, nr. 1066 e.v.

¹³ Zie artikel 1797 B.W. dat een toepassing is van het gemene recht op de aannemingsovereenkomst.

¹⁴ Zie echter ANRYS, o.c., blz. 306, nr. 204.

¹⁵ Voor een kras voorbeeld zie ANRYS, o.c., blz. 304, nr. 203.

⁶ Cass. fr., 20 mei 1936, *D.P.*, 1939, I, 88.

⁷ H. ANRYS, *La responsabilité civile médicale*, Brussel — Braine-l'Alleud, 1974, nr. 86, en de daar geciteerde rechtspraak.

⁸ Dit is thans reeds het geval voor de «obligation de sécurité» tijdens de operatie (de patiënt mag er na de operatie, door omstandigheden onafhankelijk van deze laatste, niet slechter aan toe zijn dan ervoor — bv. wanneer hij van de operatietafel valt) en ook voor tandprothesen en bloedtransfusies.

4) Diegene die een onrechtmatige daad pleegt moet daarvan alle gevolgen dragen (ook de onrechtstreekse), en ook de niet voorzienbare. Overeenkomstig artikel 1382 B.W. is men bovendien aansprakelijk voor elke fout, hoe licht ook (*culpa levissima*). Voor de contractuele verantwoordelijkheid is, in principe althans, meer vereist (*culpa levis in abstracto*). Dit onderscheid verliest echter op medisch gebied veel van zijn betekenis, doordat men voor het beoordelen van de medische fout niet nagaat of de dokter in kwestie «als een goed huisvader» heeft gehandeld.

Overeenkomstig het criterium van het hierboven geciteerde Franse cassatiearrest¹⁶ gaat men na of een abstract type geneesheer, in overeenstemming met de actuele stand van de medische wetenschap, meer of minder «nauwlettende» zorgen zou hebben toegediend. In deze hypothese kan zelfs een lichte fout, die afwijkt van de norm, aanleiding geven tot veroordeling. Immers, wanneer men zulks niet aanneemt, schakelt men tevens de figuur van de redelijk bekwaame arts, die nooit beroepsfouten maakt, uit als referentiepunt.

5) Zeer belangrijk is het probleem van de bewijslast, en het onderscheid dat in dit verband gemaakt kan worden tussen de drie verschillende soorten aansprakelijkheden :

a) Bij strafrechtelijke aansprakelijkheid kan het slachtoffer klacht indienen tegen de geneesheer. Het onderzoek wordt in dat geval door het parket gedaan, eventueel expertise inbegrepen. Dit verlicht *in feite* de bewijslast, en ook de kostenlast voor het slachtoffer.

b) Bij onrechtmatige daad moet het slachtoffer het bewijs leveren van de fout, schade en oorzakelijk verband tussen beide.

c) Daar de medische aansprakelijkheid hoofdzakelijk contractueel van aard is zou het, *prima facie*, voldoende zijn dat de patiënt de niet-uitvoering van de overeenkomst aantoonde, en overeenkomstig artikel 1147 B.W. zou de dokter dan moeten bewijzen dat hem niets ten laste kan worden gelegd. Maar het is lastig de juiste inhoud van het medisch contract te bepalen, en *a fortiori* de niet-uitvoering ervan. Hier komen we weer terecht bij het onderscheid tussen resultaats- en inspanningsverbinde. Daar als algemene regel geldt dat de verplichting die de geneesheer op zich neemt, van het tweede type is, ligt de bewijslast toch weer bij de patiënt. Deze moet dan bewijzen dat zijn debiteur niet gedaan heeft waartoe hij zich had verbonden. Er werd echter reeds gewezen op een zekere verschuiving in de richting van de resultaatsverbinde. In dat geval natuurlijk bestaat er een vermoeden van aansprakelijkheid, dat door de arts moet worden ontzenuwd. Hij kan zich slechts vrijpleiten in geval van overmacht, fout van een derde, of van het slachtoffer zelf. In verband met het medisch team kan hier een Frans vonnis¹⁷ worden aangehaald, waarbij chirurg en anesthesist in solidum werden veroordeeld. Tijdens een operatie, uitgevoerd onder algemene anesthesie, was het gasvormig verdovingsmiddel ontploft, waarop de patiënt overleed aan een longbloeding. De oorzaak van de ontploffing werd nooit achterhaald. Typisch is de (zeer betwistbare) redenering van de rechtbank, die onder meer als volgt argumenteert¹⁸ : «Attendu qu'il im-

porte de souligner ici que l'ordre public commande l'existence d'un lien étroit et logique entre l'accroissement des pouvoirs des médecins sur leurs patients et celui des responsabilités médicales à leur égard.» Men kan nu wel veronderstellen dat de voortschrijdende, en op zichzelf af te keuren evolutie van inspannings- naar resultaatsverbinde zich in de eerste plaats voltrekt om de slachtoffers van medisch ingrepen tegemoet te komen wat betreft de moeilijke bewijspositie waarin zij zich bevinden. Diegene die de vordering instelt is inderdaad een volslagen leek op medisch gebied, en krijgt ook moeilijk toegang tot bewijsmateriaal. Dit kan men dan verbeteren door in zekere mate een omkering van de bewijslast te bewerken. Men mag echter niet te ver gaan¹⁹. Het is volkomen gerechtvaardigd ervoor te waken dat de rechtspositie van de patiënt, die niet langer tegenover een individuele geneesheer staat, maar tegenover een medisch team, met complexe en moeilijk te ontwarren interrelaties, door deze evolutie niet verslechtert. Daartoe bestaan echter, zoals we verder zullen zien, adequater middelen dan een zuivere omkering van de bewijslast, waardoor men uiteindelijk de geneeskunde zelf een slechte dienst bewijst²⁰.

5. Tot dusver hebben we de verschillende aansprakelijkheden en hun onderling verschil gekarakteriseerd. Terloops werden een paar gevallen aangeduid waarin leden van het medisch team aan één dezer aansprakelijkheden zijn onderworpen. Belangrijker nog dan te bepalen welk soort aansprakelijkheid van toepassing is, zal het zijn uit te maken welke leden van het medisch team wél, en welke niét aansprakelijk kunnen worden gesteld. Daar de handelingen van het medisch team bijna uitsluitend betrekking hebben op heelkundige ingrepen die worden verricht in een ziekenhuis, kan ook deze laatstgenoemde instelling niet van de hier behandelde problematiek worden uitgesloten.

2. Het medisch team : interne verhoudingen

6. De belangrijkste leden van het medisch team zijn ongetwijfeld de chirurg en de anesthesist (ooit wel eens «ce couple terrible» genoemd²¹). De anesthesie is in de loop der jaren uitgegroeid tot een volwaardige specialisatie ; terwijl ze vroeger soms werd uitgevoerd door een verpleger, wordt ze nu uitsluitend aan een dokter toevertrouwd. Als gevolg van deze ontwikkeling kan niet ontkend worden dat de

¹⁹ Cf. Amerika : ook daar rust de bewijslast in principe op de patiënt. Maar men maakt gebruik van de zogenaamde «*res ipsa loquitur*»-regel (in België verboden ; zie H. ANRYS, *La responsabilité civile médicale*, Brussel, 1974, blz. 186) : deze komt hierop neer dat geen bewijs van de fout moet worden geleverd door medische deskundigen, wanneer zelfs een leek kan zien dat er «iets» misgelopen is. Dit is in feite een zuiver vermoeden, waarop men zich baseert om tot aansprakelijkheid te besluiten.

²⁰ Nog eens het Amerikaanse «voorbeeld» : men neemt een ontwikkeling waar in de richting van wat men «defensive medicine» noemt : de dokters voeren tal van onnodige tests uit, en zien af van bepaalde ingrepen die zij nochtans noodzakelijk achten, uit vrees aansprakelijk gesteld te worden. Uiteraard heeft dit een negatieve invloed op de ontwikkeling van de geneeskunde. Wanneer de praktijk van de «defensive medicine» leidt tot een vertraging in de uitvoering van de noodzakelijke ingrepen, gaat zulks in tegen de bepalingen van artikel 1147 B.W.

²¹ PENNEAU, *La responsabilité médicale*, Parijs, 1977, blz. 298.

¹⁶ Cass. fr., 20 mei 1936, hierboven geciteerd.

¹⁷ Rb. Seine, 3 maart 1965, *D.*, 1965, 71.

¹⁸ De rechtbank spreekt zich hier in feite uit over de in voetnoot 8 als resultaatsverbinde vermelde «obligation de sécurité».

anesthesist, die tijdens de operatie dikwijls zelf door een aantal hulpkrachten wordt geassisteerd, binnen het kader van het medisch team, een tamelijk autonome plaats heeft ingenomen. Daardoor kan de chirurg zich beter concentreren op zijn eigen, specifieke taak. De rol van de anesthesist is des te belangrijker, als men bedenkt dat hij voor elke patiënt het verdovingsmiddel moet kiezen dat het best is aangepast aan diens lichamelijke toestand. Verder speelt hij een belangrijke rol na de operatie, in die zin dat hij zijn taak slechts als beëindigd kan beschouwen als het ontwakingsproces is afgelopen. De meeste chirurgen werken dan ook permanent met dezelfde anesthesist. Beiden zijn zodanig op elkaar ingespeeld dat een half woord meestal voldoende is om informatie uit te wisselen.

Een patiënt die geopereerd moet worden, zal zich tot een chirurg wenden, en aan deze laatste alles in verband met de operatie overlaten. Zelden zal hij er ook aan denken een contract met een anesthesist te sluiten. Zelfs in de veronderstelling dat hij een voorkeur zou hebben voor een bepaald anesthesist, lijkt het weinig waarschijnlijk, gezien de permanente samenwerking anesthesist/chirurg, dat deze laatste akkoord zou gaan met de keuze van zijn patiënt. Meestal bestaat er dus geen contractuele relatie patiënt/anesthesist. Toch heeft deze laatste bepaalde verplichtingen. Hij zou de patiënt in elk geval vóór de operatie aan een onderzoek moeten onderwerpen. Sommige auteurs²² menen dat, wanneer dit niet gebeurt is, het de plicht is van de chirurg, die de patiënt wel heeft onderzocht, de nodige instructies te geven aan de anesthesist. Toch zou deze laatste in zulk geval rechtstreeks, en wel op basis van artikel 1382, aansprakelijk kunnen worden gesteld.

3. Soorten ziekenhuizen

7. Heelkundige ingrepen moeten gebeuren in een ziekenhuis. Bij wijze van inleiding kan een onderscheid gemaakt worden tussen drie soorten ziekenhuizen: het gesloten ziekenhuis, het open ziekenhuis²³ en de privé-kliniek.

In een *gesloten* ziekenhuis sluit de patiënt slechts één overeenkomst, met name met het ziekenhuis. Deze overeenkomst heeft zowel betrekking op de verzorging (voedsel, huisvesting, normale zorgen, enzovoort) als op de eigenlijke medische behandeling (bijvoorbeeld een operatie). In het *open* ziekenhuis sluit de patiënt twee overeenkomsten: de eerste met het ziekenhuis (verplegings-overeenkomst) betreffende de verzorging, en de tweede met de geneesheer (medische overeenkomst) betreffende de behandeling. In een *privé*-kliniek contracteert de patiënt met de eigenaar van het ziekenhuis en met de behandelende geneesheer die in dit geval één en dezelfde persoon zijn.

In het eerste en het derde geval zijn er wat het hier behandelde probleem betreft geen moeilijkheden. Het ziekenhuis en de geneesheer-eigenaar zijn aansprakelijk voor hun eigen daad en voor die van hun aangestelden die alle leden leveren van het medisch team. Moeilijkheden rijzen er pas wanneer een heelkundige ingreep plaatsheeft in een open ziekenhuis. Hier opereert een chirurg, met wie

de patiënt een overeenkomst heeft gesloten, bijgestaan door personeelsleden van het ziekenhuis (anesthesisten, assistenten, verpleegsters, enzovoort). Wanneer er bij een onder deze voorwaarden verrichte ingreep iets misloopt door de schuld van een niet-identificeerbaar lid van het team, dan staat de patiënt voor een zware bewijslast. Hij moet dan nauwkeurig bepalen wie schuld treft. Slaagt hij daar niet in dan loopt hij het gevaar dat men hem van Pontius naar Pilatus stuurt: als hij de chirurg aanvalt, dan kan deze opwerpen dat de anesthesist misschien schuld heeft aan het falen, en de anesthesist kan de bal terugkaatsen naar de chirurg, over het hoofd van de patiënt heen. Dit tenminste in de veronderstelling dat men aanneemt dat de anesthesist niet beschouwd kan worden als de aangestelde van de chirurg²⁴. In het andere geval kan de patiënt steeds de chirurg aanspreken, als aansprakelijk voor zijn eigen daad en (of) als aansprakelijk voor de daad van zijn aangestelde.

8. Welke problemen er bij een operatie in teamverband kunnen ontstaan blijkt onder andere uit het zogenaamde Nuboor-arrest van de Nederlandse Hoge Raad^{24bis}. Een zekere mevrouw Aarts onderging een ingewikkelde hartoperatie uitgevoerd door een team onder leiding van professor Nuboor. Het team bestond naast de hoogleraar uit drie gespecialiseerde artsen en een gespecialiseerde operatiezuster. Veertien verpleegsters namen op de een of andere manier deel aan de voorbereiding van de operatie. Enige tijd na de operatie werd vastgesteld dat er een grote injectienaald in de thorax van mevrouw Aarts was achtergebleven. Er was dus ontegensprekelijk een fout begaan. Mevrouw Aarts kon echter niet bewijzen welk lid van het team schuld trof. Zij kreeg bijgevolg geen schadevergoeding.

4. Contractuele aansprakelijkheid van de chirurg voor de daden van de anesthesist

9. In de veronderstelling dat de chirurg wél en de anesthesist níét met de zieke heeft gecontracteerd zal de chirurg toch aansprakelijk gesteld worden voor de fouten van de anesthesist, niet op basis van artikel 1384, derde lid, maar contractueel. Want, zoals hierboven uiteengezet, is men niet alleen aansprakelijk voor zijn aangestelden, maar voor al diegenen die hebben meegewerkt aan de uitvoering van de overeenkomst. Zoals Ambialet²⁵ terecht stelt: «Nous pensons, pour notre part, que dans une équipe de médecins, les problèmes de responsabilité du fait d'autrui se rattachent, uniquement, à des questions de contrat, à la question: 'à qui le malade s'est-il adressé?' C'est celui-là ou ceux-là mêmes auxquels le malade s'est adressé qui répondront des 'co-équipiers' médecins, celui-là ou ceux-là qui doivent être considérés comme les chefs de l'équipe bien qu'ils entretiennent avec leurs confrères des rapports parfaitement dénués de toute idée de subordination.»

²⁴ Zoals bijvoorbeeld H. ANRYS, *La responsabilité civile médicale*, Brussel, 1974, blz. 222. Anders: X. RYCKMANS en R. MEERT-VAN DE PUT, *Les droits et obligations des médecins*, II, Brussel, 1972, nr. 706.

^{24bis} H.R., 31 mei 1968, *N.J.*, 1968, 328.

²⁵ J. AMBIALET, *Responsabilité du fait d'autrui en droit médical*, Parijs, 1964, blz. 64-65.

²² X. RYCKMANS en R. MEERT-VAN DE PUT, *Les droits et les obligations des médecins*, II, Brussel, 1972, nr. 620, blz. 18.

²³ ANRYS, o.c., blz. 250-251, nr. 164.

Voor fouten van de anesthesist, en van alle andere geneesheren die deel uitmaken van het medisch team, kan de chirurg contractueel aansprakelijk gesteld worden²⁶. Het medisch team bestaat echter ook uit verpleegsters en/of verplegers, die de chirurg assisteren. Voor de daden van dit verplegend personeel kan de chirurg bovendien aansprakelijk gesteld worden op basis van artikel 1384, derde lid. Men redeneert dan vanuit de veronderstelling dat het verplegend personeel, door een arbeidsovereenkomst verbonden aan het ziekenhuis, door zijn werkgever voor de duur van de operatie aan de chirurg wordt «uitgeleend». De chirurg wordt in die optiek de gelegenheidsaansteller of «commettant occasionnel», terwijl het ziekenhuis de gewone aansteller blijft. Het antwoord op de vraag, aan wie men ondergeschikt is, hangt dus af van het praktisch bruikbare criterium: naar wiens aanwijzingen en voorschriften heeft men zich bij de uit te voeren werkzaamheden te gedragen?

Het is bijgevolg logisch dat de chirurg, voor de duur van de operatie de gelegenheidsaansteller wordt van het verplegend personeel, ook omdat het ziekenhuis niet over de mogelijkheid beschikt om een normaal «toezicht» te houden in de operatiezaal. Voor de hele duur van de operatie blijft de chirurg dus aansteller. Deze precisering is belangrijk, omdat sommigen²⁷ argumenteren dat men voor elke door de verpleegster verrichte handeling moet nagaan of deze behoort tot de courante ziekenhuiszorgen (in welk geval het ziekenhuis aansprakelijk is), of niet. Deze overdreven casuïstische benadering is in de praktijk niet vol te houden. Bovendien is het toezicht voor de chirurg niet alleen een recht, maar ook een plicht, zodat hij alle consequenties ervan, ook de eventueel nadelige, op zich moet nemen.

5. Civielrechtelijke aansprakelijkheid van de chirurg voor de daden van de anesthesist

10. De regeling zoals zij hiervoor werd uiteengezet biedt in normale gevallen voldoende waarborgen voor de patiënt, die de chirurg kan aanspreken als contractueel aansprakelijke voor de fouten van de anesthesist, en als civielrechtelijk aansprakelijke voor de tekortkomingen van het overige assisterende personeel.

11. Er blijft dan nog een zeer delicaat geval, namelijk datgene waarin de contractuele aansprakelijkheid uitgesloten is omdat er geen overeenkomst werd gesloten. Dat is bijvoorbeeld de situatie van een bewusteloze persoon die wordt geopereerd²⁸. Deze persoon is er dus slechter aan toe dan degene die een overeenkomst heeft gesloten met een arts, omdat hij deze laatste — volgens de heersende mening

— niet aansprakelijk kan stellen voor de fouten van al zijn medewerkers. Zeggen dat de arts die een bewusteloze verzorgt optreedt als zaakwaarnemer biedt ook geen uitkomst. Op de oneigenlijke contractuele verbintenissen, zoals die welke voortspruiten uit de zaakwaarneming, zijn eveneens de regels van de civielrechtelijke aansprakelijkheid van toepassing²⁹.

12. Het is dus nuttig, niet alleen op het theoretisch vlak, na te gaan of het zo vanzelfsprekend is dat de anesthesist niet de aangestelde is van de chirurg in de zin van artikel 1384, derde lid, B.W.

Verskillende argumenten worden aangehaald om te beweren dat de anesthesist onmogelijk de aangestelde kan zijn van de chirurg. De anesthesist is niet de werknemer van de chirurg; trouwens, hoe zou hij dat kunnen zijn? Hij is zelf een gediplomeerd dokter. De chirurg is technisch onvoldoende beslagen om de anesthesist leiding te geven. Hij heeft in vele gevallen de anesthesist niet gekozen. Laatstgenoemde is dikwijls reeds de werknemer en de aangestelde van een derde, met name het ziekenhuis dat hem in dienst heeft genomen. De chirurg betaalt de anesthesist niet, dat doet de patiënt. Ten slotte is het mogelijk dat de samenwerking tussen beiden beperkt blijft tot de duur van één enkele operatie. Al deze redenen worden hierna onder de loupe genomen.

13. Aangestelde is diegene die in een verhouding van ondergeschiktheid staat tot de aansteller³⁰. Van ondergeschiktheid is sprake zodra een persoon in feite gezag en toezicht kan uitoefenen op de gedragingen van een andere persoon, zonder dat vereist is dat dit gezag en dit toezicht uitgeoefend worden krachtens een tussen beiden gesloten overeenkomst³¹. Om dit gezag en dit toezicht uit te oefenen is ook niet vereist dat men de nodige kennis, ervaring en bedrevenheid bezit om de aangestelde op een technisch verantwoorde wijze bevelen te geven. Dit is een regel die geldt voor alle mogelijke gevallen³². Wel is vereist dat de aansteller zijn aangestelde heeft gekozen, tenminste volgens een oud arrest van het Hof van Cassatie³³. Maar deze keuze kan indirect en zelfs stilzwijgend gedaan worden³⁴. Er zijn zelfs auteurs die menen dat het Hof van Cassatie thans het vereiste van vrijwillige aanstelling niet meer zou handhaven³⁵.

Niet vereist is dat de verhouding aansteller/aangestelde een duurzaam karakter heeft, en zelfs niet dat de aangestelde een loon ontvangt³⁶.

Een speciaal probleem kan rijzen wanneer de anesthesist reeds de aangestelde is van het ziekenhuis. Kan hij in dat geval nog eventueel beschouwd worden als de aangestelde van de chirurg? Het antwoord hierop is positief. Wanneer een aansteller zijn aangestelde ter beschikking stelt van een derde persoon die op de aangestelde gezag en toezicht kan

²⁶ De contractuele aansprakelijkheid is dus ruimer dan die van artikel 1384 B.W., omdat ze geen ondergeschikt verband vereist. Anderzijds is ze ook beperkter, omdat het gaat over «daden ter uitvoering van de overeenkomst», terwijl voor de toepassing van artikel 1384, derde lid, B.W. enkel een functioneel verband tussen taakvervulling en onrechtmatige daad vereist is.

²⁷ RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *o.c.*, II, nr. 714, blz. 112.

²⁸ A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS, «La responsabilité civile des médecins en droit belge», nr. 2, in *Rapports belges au Xe Congrès international de droit comparé*, Budapest, 23-28 août 1978, blz. 685 e.v.

²⁹ DALCQ, *o.c.*, I, nr. 116.

³⁰ Vaste rechtspraak. Zie bijvoorbeeld Cass., 9 juli 1936, *Pas.*, I, 349; Cass., 5 januari 1948, *Rev. gén. ass. resp.*, nr. 4355; Cass., 5 juni 1959, *Pas.*, I, 1014.

³¹ Cass., 23 januari 1964, *Pas.*, I, 548.

³² DALCQ, *o.c.*, I, nr. 1792.

³³ Cass., 15 juni 1905, *Pas.*, I, 267.

³⁴ DALCQ, *o.c.*, I, nr. 1823.

³⁵ DABIN en LAGASSE, «Examen de jurisprudence», *Rev. crit. jur. belg.*, 1955, blz. 233, nr. 41.

³⁶ DALCQ, *o.c.*, I, nr. 1829.

uitoefenen, dan is het deze derde die de aansteller wordt en aansprakelijk is voor de onrechtmatige daden van de aangestelde³⁷. Aldus is een verpleegster, aangestelde van een ziekenhuis, de aangestelde van een chirurg wanneer zij op zijn bevel een zieke een inspuiting geeft³⁸.

14. Uit het voorgaande blijkt dat de anesthesist zonder enig bezwaar kan worden beschouwd als de aangestelde van de chirurg. In deze zin werd dan ook reeds beslist³⁹. De rechtbank van Grenoble baseerde haar beslissing op het feit dat de chirurg de anesthesist gekozen had, en dat hij (de chirurg) de controle had over de anesthesie. Henri en Léon Mazeaud maken hierbij de bedenking dat een geneesheer de aangestelde kan zijn van een collega, maar dat daartoe vereist is dat de aangestelde een taak moet verrichten die normaal door de aansteller moet worden vervuld. Volgens hen is de vraag dus of de anesthesie een onderdeel is van de chirurgie, of integendeel een zelfstandige tak van de geneeskunde⁴⁰. Het antwoord op deze vraag is duidelijk: de anesthesie is een zelfstandige wetenschap, maar het is te betwijfelen of deze vraag zo relevant is. Bovenvermelde auteurs zeggen niets anders — maar dan met andere woorden — dan dat de chirurg op de hoogte moet (kunnen) zijn van de technieken die de anesthesist toepast. Hierboven werd reeds gezegd dat de aansteller niet onderlegd moet zijn in de wetenschap of de kundigheden die de aangestelde aanwendt. Dit werd onlangs nog in het licht gesteld⁴¹. Hoe kan men dan nog aannemen dat de chirurg gezag en toezicht uitoefent op de anesthesist? Dat kan hij — moet hij — door toezicht uit te oefenen op de wijze waarop laatstgenoemde zijn taak volbrengt. Hij moet er nauwlettend op toezien dat de anesthesist gewetensvol te werk gaat, en niet bijvoorbeeld alleen bij twee operaties onder volledige verdoving tegelijkertijd assisteert, wat helaas voorkomt, zelfs buiten gevallen van overmacht. Hij is het hoofd van het medisch team dat de operatie uitvoert⁴². Twee arresten van het Franse Hof van Cassatie⁴³ commentariërend waarin dit beginsel in het licht werd gesteld, waarschuwen Boyer Chamard en Monzein ervoor dat daaruit niet mag worden afgeleid dat de chirurg daarom voor iedere fout van de anesthesist — die er in de twee gevallen bij betrokken was — aansprakelijk gesteld mag worden⁴⁴. Het Hof had er immers op gewezen dat zowel de anesthesist als de chirurg een zware fout begaan hadden. De waarschuwing van de beide auteurs is gegrond, maar mag niet doorgetrokken worden tot het terrein van de aansprakelijkheid voor andermans daad. Het Hof van Cassatie deed uitspraak in strafzaken. Om een veroordeling uit te spreken wegens het onvrijwillig veroorzaken van de dood of van lichamelijk letsel is een persoonlijke fout van de dader vereist om

iemand als civielrechtelijk aansprakelijk voor andermans daad te veroordelen⁴⁵.

15. Zodra men aanneemt dat de anesthesist de aangestelde is van de chirurg wordt de (juridische) toestand van het slachtoffer van de heelkundige ingreep of zijn recht-hebbenden heel wat gunstiger. Ieder lid van het chirurgisch team is dan aangestelde van de chirurg. Wanneer er een fout begaan wordt is deze noodzakelijkerwijze begaan hetzij door de chirurg zelf, hetzij door één of meer van zijn aangestelden. Het slachtoffer kan dan de integrale schade eisen van de chirurg, aansprakelijk voor eigen fout of voor die van een zijner aangestelden. Inderdaad, het slachtoffer moet niet de identiteit bewijzen van de aangestelde die een fout heeft begaan, alleen dat een aangestelde schuld heeft aan de schade die hij heeft geleden⁴⁶. Het is dan aan de chirurg om de door hem betaalde schadevergoeding te verhalen op de aansprakelijke aangestelde(n).

6. Enkele vorderingen die in de huidige stand van de wetgeving niet (altijd) adequaat zijn

16. Kan de patiënt, indien niet te bewijzen is wie de fout heeft begaan, zijn vordering funderen op een onrechtmatige daad gepleegd in groepsverband? Dit is de eerste hypothese die men kan onderzoeken, om te vermijden dat het slachtoffer in een aantal gevallen met de schade blijft zitten (immers, wanneer hij een vordering zou instellen tegen elk van de leden van het team afzonderlijk, zou deze worden afgewezen, omdat hij de fout niet aanwijsbaar op een van hen zou kunnen betrekken). Met een vordering gericht tegen het team als geheel zou hij elk lid daarvan kunnen aanspreken voor het geheel van de schade. Maar zou de aldus ingestelde eis kans op slagen hebben? Bij het plegen van een onrechtmatige daad in groepsverband, wordt door een aantal personen een aantal gelijksoortige handelingen verricht, die op zichzelf laakbaar zijn omdat een reële kans aanwezig is dat daardoor schade zal ontstaan. Klassieke voorbeelden zijn: een vechtpartij, een partij straatvoetbal, een sneeuwbalgevecht langs de openbare weg, enzovoort.

Het gaat hier eigenlijk om een onrechtmatige daad, niet gepleegd in groepsverband, maar in «turba»⁴⁷ (verwarring, gewoel, wanordelijkheid). Wanneer de schade zich effectief voordoet, is ieder lid van de groep aansprakelijk voor het geheel. De motivering hiervoor is dat de kans op het toebrengen van schade de personen in kwestie had moeten weerhouden van hun optreden in groepsverband. Het is overduidelijk dat deze regeling niet toepasselijk kan zijn op een aantal specialisten die in groepsverband een operatie verrichten. Door het vormen van het medisch team en het deel uitmaken ervan wordt de kans dat de patiënt, die zich trouwens vrijwillig aan de behandeling heeft onderworpen, schade zou lijden, juist verminderd. Deze eerste mogelijkheid kan dus geen oplossing bieden.

17. Een tweede hypothese gaat uit van de veronderstelling dat de patiënt, door te contracteren met de chirurg, een

³⁷ Cass., 16 februari 1953, *Pas.*, I, 451 (motieven).

³⁸ Luik, 7 juli 1942, *Pas.*, 1943, II, 15.

³⁹ Rb. Grenoble, 16 mei 1956, *J.C.P.*, 2, 9456.

⁴⁰ H. en L. MAZEAUD, «Obligations et contrats spéciaux», *Rev. trim. dr. civ.*, 1956, 722, nr. 20.

⁴¹ R. KRUIHOF, «Aansprakelijkheid voor andermans daad: kritische bedenkingen bij enkele ontwikkelingen», *R.W.*, 1978-79, 1393 e.v., nr. 29.

⁴² Zie Cass. fr., 22 juni 1972, *B. Crim.*, 218, 565; Cass. fr., 22 juni 1972, *B. Crim.*, 219, 568 (Criminele kamer).

⁴³ Zie vorige voetnoot.

⁴⁴ G. BOYER CHAMMARD en P. MONZEIN, *La responsabilité médicale*, Parijs, 1974, blz. 245-246.

⁴⁵ DALCQ, *o.c.*, I, nr. 1540 en 1881.

⁴⁶ Cass., 2 oktober 1913, *Pas.*, I, 417.

⁴⁷ J.M.M. MAEIJER, «De aansprakelijkheid voor handelingen van een medisch team», *Preadvies*, in *Medische beroepsuitoefening en beroepsaansprakelijkheid*, 1972, serie Medisch Recht, nr. 5, blz. 61.

contract aangaat met het medisch team in zijn geheel. De chirurg, beschouwd als vertegenwoordiger van het medisch team, heeft in dat geval gefungeerd als tussenschakel om de patiënt, tegenover het medisch team in zijn geheel, terug in een één-tegen-één situatie te brengen. Wanneer nu een beroepsfout wordt begaan tijdens de ingreep, komt men in deze hypothese tot een verantwoordelijkheid in solidum van elk der leden van het team. In dit geval is het dus niet nodig de «schuldige» te kunnen identificeren. Maar deze tweede mogelijkheid voldoet evenmin. Ten eerste moet solidariteit uitdrukkelijk bedongen zijn; ze wordt niet verondersteld. Ten tweede is deze hypothese erg onrealistisch: een zieke contracteert met een dokter, met een ziekenhuis, of met de twee; maar niet met een medisch team, waarvan hij gewoonlijk niet eens het bestaan vermoedt.

18. De enig mogelijke oplossing is: de chirurg, die de feitelijke leider is van het medisch team, is aansprakelijk voor zichzelf, evenals voor alle leden van het team. Dit principe wordt als volgt verwoord⁴⁸: «*Pendant le temps de l'intervention, où l'opérateur est entouré de l'équipe chirurgicale qu'il dirige, cette équipe est tout entière sous ses ordres, et il répond des fautes commises par ses membres.*»

7. Vervolg. Vordering tegen het ziekenhuis

19. Reeds eerder (zie nr. 2) werd gewezen op het belangrijk feit dat een medisch team de patiënt behandelt in een ziekenhuis. Deze omstandigheid brengt ons ertoe te pleiten voor een meer adequate oplossing van de teamproblematiek.

20. Tot nog toe werd alleen gehandeld over de contractuele relaties tussen de patiënt en één of meer leden van het team. De patiënt staat echter ook in een bepaalde relatie tot het ziekenhuis waar hij wordt opgenomen. Algemeen kan men, in dit verband, twee mogelijkheden onderscheiden (zie nr. 8):

1) De patiënt gaat een contract aan met het ziekenhuis, en enkel en alleen met dit laatste (in dit geval is er dus geen contractuele relatie tussen patiënt en hoofdchirurg). Men spreekt in dit geval van een «all-in»-contract, dat doorgaans voorkomt bij de zogenaamde «gesloten» ziekenhuizen. Dit «all-in»-contract slaat dan op het geheel der te leveren prestaties. Het ziekenhuis moet in dit geval niet alleen zorgen voor huisvesting, verpleging, beschikbaar stellen van operatiekamer en outillage, enz. (traditionele componenten van de ziekenhuisovereenkomst) maar moet ook zorgen voor de behandeling in teamverband door de chirurg en de andere leden van het team. Ook het verstrekken van de vereiste medische verzorging valt in dit geval onder de (contractuele) aansprakelijkheid van het ziekenhuis.

2) De patiënt gaat een overeenkomst aan met de geneesheer voor de medische prestaties in de enge zin (met andere woorden voor de operatie), en met het ziekenhuis voor de ziekenhuisverpleging. In dit geval is de aansprakelijkheid van het ziekenhuis beperkt tot huisvesting, verzorging en aanverwante activiteiten, terwijl de chirurg instaat voor de

goede afloop van de heekundige ingreep. Men spreekt in dit geval van een «all-out»-contract, dat doorgaans voorkomt bij de zogenaamde «open» ziekenhuizen.

21. Het zal duidelijk zijn dat in het tweede geval de positie van de eventueel benadeelde patiënt veel moeilijker is dan in het eerste (zie nr. 8). Wanneer naar aanleiding van een «all-out»-contract een beroepsfout gebeurt, moet de patiënt deze aanwijsbaar kunnen terugbrengen op een der personen of instanties waarmee hij in een contractuele relatie staat. Gemakkelijk is dat niet, gezien de pluraliteit van contractpartners: het ziekenhuis zelf, de chirurg, eventueel andere geneesheren-specialisten van het medisch team. Bovendien is er de tamelijke hybride situatie van het verplegend personeel, dat zowel in dienst van de chirurg als van het ziekenhuis kan staan. Om de hierboven vermelde redenen is, naast een contractuele vordering, ook de uitslag van een actie gebaseerd op onrechtmatige daad erg twijfelachtig. Want ook in dit geval zal de patiënt moeten bewijzen dat die bepaalde persoon, en geen ander, de beroepsfout heeft begaan.

22. Helemaal anders is de situatie wanneer we te maken hebben met een «all-in»-contract. Er is in dat geval slechts één enkele contractpartner: het ziekenhuis. De patiënt komt in dat geval terecht in de ideale, door het Burgerlijk Wetboek voorziene, één-tegen-één verhouding. Er wordt hem geen «*probatio diabolica*» gevraagd; het is niet meer nodig dat hij kan bewijzen wie welke beroepsfout begaan heeft. Het ziekenhuis heeft, door een globaal «all-in»-contract aan te gaan, een volledig pakket, bestaande uit medische en verpleegkundige verzorging, beloofd. Wanneer nu ergens, binnen de muren van het ziekenhuis, een beroepsfout wordt begaan, betekent dit dat het ziekenhuis te kort geschoten is aan zijn contractuele verplichtingen. Het is in dit verband irrelevant of de fout begaan werd door het ziekenhuis zelf, of door een der derden waarvan het zich bediend heeft bij de uitvoering van zijn overeenkomst (dokters, verpleegsters, laboranten, enz.). Meer specifiek wat betreft de chirurg, is het eveneens irrelevant te weten of deze laatste een arbeidsovereenkomst heeft aangegaan met het ziekenhuis, en dus in ondergeschikt verband werkt, of daarentegen een ander statuut heeft. Hier zij opgemerkt dat de patiënt de chirurg ook rechtstreeks zou kunnen aanspreken, maar dan op basis van onrechtmatige daad, artikel 1382 B.W. Maar hij heeft daar weinig belang bij: het ziekenhuis is toch aansprakelijk. Dit laatste feit is billijk, want in overeenstemming met onze moderne opvattingen over gezondheidszorg; het ziekenhuis wordt meer en meer centraal gesteld. Daaraan beantwoordt een toenemende aansprakelijkheid, wat benadeelde patiënten ten goede komt. Een verdere verantwoording is ook dat het voor het ziekenhuis, dank zij de informatie waarover het beschikt, veel gemakkelijker is dan voor de patiënt te ontdekken waar er juist iets fout gelopen is.

23. Men zou kunnen bepleiten dat, ook wanneer de patiënt een «all-out»-contract heeft gesloten, door wetgevend ingrijpen in de mogelijkheid zou worden voorzien van een rechtstreekse vordering tegen het ziekenhuis. Op dit ogenblik zijn daarvoor in ons recht geen aanknopingspunten te vinden. Door een directe actie tegen het ziekenhuis zouden de belangen van de benadeelde patiënt het best gediend zijn. Bovendien zou in voorkomend geval het ziekenhuis de binnen haar muren gemaakte beroepsfout veel gemakkelijker dan de patiënt kunnen localiseren bij een of meer leden van het medisch team. Ingeval blijkt dat een of meer leden

⁴⁸ G. BOYER CHAMMARD en P. MONZEIN, *La responsabilité médicale*, Parijs, 1974, blz. 166.

van dit team in gebreke gebleven zijn, zou het ziekenhuis dan ook effectief regres moeten uitoefenen. De patiënt staat hier buiten, maar het ziekenhuis moet verplicht worden om, naar aanleiding van elke beroepsfout, intern regres te zoeken. Op die manier wordt een harmonisering bereikt tussen de belangen van de patiënt aan de ene kant, en het principe van de persoonlijke aansprakelijkheid voor beroepsfouten aan de andere kant.

8. Kritische bedenkingen en beschouwingen de lege ferenda

24. De stellingen die hier werden verdedigd zullen sommigen verbazen, ja zelfs verontwaardigen. Is het wel verantwoord te pleiten voor een verstrenge aansprakelijkheid van de chirurgen in een periode van de geschiedenis waarin de heilkunde zoveel diensten bewijst aan de mensheid? Op deze vraag kan men alleen antwoorden aan de hand van betrouwbare gegevens. Statistieken wijzen uit dat de frequentie van bepaalde heilkundige bewerkingen niet altijd bepaald wordt door medische noodzaak. Er zijn gevallen bekend waarin bepaalde operaties aanzienlijk in aantal afnamen nadat de chirurgen van een betaling-per-prestatie-systeem overgeschakeld werden naar een semi-salariaal (orthopedische chirurgie)⁴⁹. Ons systeem van ziekte- en invaliditeitsverzekering drijft ongetwijfeld het aantal medische prestaties naar omhoog. Er zijn mensen die met iedere verstuite voet, met iedere darmkramp en met iedere kucht van psycho-somatische oorsprong naar de dokter en zelfs naar de specialist lopen, soms voor herhaalde consultaties. Beseft men wel welk hemels manna de gemeenschap over de hoofden van de geneesheren heeft laten neerdalen sinds de instelling van de terugbetaling van de kosten van de medische verzorging⁵⁰? Het is dan ook niet meer dan normaal dat de gemeenschap in ruil voor deze verkapte subsidies die aan het geneesherenkorps worden verleend, waarvoor haar geld eist, zeker als het om de meest delicate behandelingen gaat. Over de «dood op de operatietafel» is het laatste woord zeker niet gezegd. In België blijft deze materie netjes afgedekt met de mantel der collegialiteit, het beroepsgeheim en de eer van de professie... Een materie waarover men niet spreekt⁵¹. Om deze toestand tegen te gaan moet men de patiënt een helpende hand toesteken door in geval van proces zijn bewijslast te verlichten. Hij zal nog altijd moeten bewijzen dat er een fout begaan werd maar eens dit bewijs geleverd moet hij in alle gevallen aanspraak kunnen maken op schadevergoeding⁵², desnoods door zich tot de chirurg te wenden. Deze laatste kan zich hiertegen beschermen door middel van een verzekering. Dit alles is te verwezenlijken zonder dat een tussenkoms van de wetgever vereist is.

25. *De lege ferenda* zou men een paar wetswijzigingen kunnen overwegen. Allereerst zou men de aansprakelijkheid voor andermans daad kunnen uitbouwen tot een algemeen beginsel, in tegenstelling tot de huidige regeling die

slechts een limitatieve opsomming bevat van aansprakelijke personen. Deze regeling wordt zelfs *de lege lata*, in het raam van de huidige wetgeving, verdedigd door gezaghebbende auteurs⁵³. Dit zou velen een groter bewustzijn bijbrengen van de deontologische regels waaraan zij zich in hun beroepsleven of bij het vervullen van hun taak te houden hebben, en niet het minst geneesheren met een leidinggevende functie.

26. Vervolgens zou men de aansprakelijkheid van de chirurg voor de onrechtmatige daden van zijn medewerkers uitdrukkelijk in de wet kunnen inschrijven.

Deze aansprakelijkheid zou gelden zowel voor diegenen die de chirurg bij de operatie assisteren als voor diegenen die het voorbereidend werk verrichten, zoals laboranten en dergelijke.

Aldus is het gesteld met de vraag wanneer het toezicht van de chirurg een einde neemt, met andere woorden wanneer de «eigenlijke» aansteller weer de verantwoordelijkheid op zich neemt. Volgens het huidige recht kan men de chirurg, voor fouten begaan door het verplegend personeel tijdens de post-operatieve periode, slechts zelden aansprakelijk stellen. Een chirurg moet al zijn tijd besteden aan operaties, waarvoor hij het best gekwalificeerd is. Men mag hem niet verplichten, in het belang van de zieken, kostbare uren te verspillen aan het van nabij volgen van de patiënt na de operatie, wanneer anderen, in casu stagiaires, assistenten en het verplegend personeel dit even goed kunnen.

De kwestie is natuurlijk anders, wanneer de chirurg de verpleegsters een verkeerde of dubbelzinnige opdracht geeft (bijvoorbeeld wanneer hij niet specificeert dat een bepaalde, na de operatie toe te dienen injectie intramusculair in plaats van intraveineus moet worden gegeven). In dat geval is hij persoonlijk aansprakelijk krachtens artikel 1382 B.W. Als algemene regel moet echter gelden dat de chirurg voor behandeling van het verplegend personeel tijdens de operatie wél, en voor handelingen tijdens de post-operatieve periode niét aansprakelijk gesteld kan worden op basis van artikel 1384, 3e lid, B.W. Deze redenering is logisch en kan behouden worden als het eropaan komt een wettelijke regeling op te stellen.

27. De hiervoor verdedigde aansprakelijkheid zou men wettelijk kunnen verwoorden door artikel 1384 B.W. te wijzigen als volgt:

«Artikel 1384. Men is aansprakelijk niet alleen voor de schade welke men veroorzaakt door zijn eigen daad, maar ook voor die welke veroorzaakt wordt door de daad van personen voor wie men moet instaan, of van zaken die men onder zijn bewaring heeft.

«Aansprakelijk voor de schade veroorzaakt door andermans daad zijn onder meer:

«De heilkundigen voor de schade veroorzaakt door de geneesheren, de verplegers en de andere personen die hen bijstaan bij de uitvoering van een heilkundige ingreep of hen helpen deze voor te bereiden.

«De hierboven geregelde aansprakelijkheid houdt op, indien de aansprakelijke personen, de aanstellers uitgezonderd, bewijzen dat zij de daad welke tot die aansprakelijkheid aanleiding geeft, niet hebben kunnen beletten.»

⁴⁹ Y. NUYENS, *Grenzen aan de medische macht*, Leuven, 1976, blz. 66.

⁵⁰ Zie de cijfers bij NUYENS, o.c., blz. 24.

⁵¹ NUYENS, o.c., blz. 67.

⁵² CASAMAYOR, *La justice*, s.l., 1978, blz. 157: «Ce qui intéresse le plus la société et les citoyens qui en font partie, ce n'est pas que le coupable paye, c'est que la victime soit dédommée.»

⁵³ DALQ (o.c., I, nr. 1542) vindt een dergelijke ruime interpretatie niet onlogisch, en KRUIJTHOF (R.W., 1978-79, 1395-1397) houdt er een uitgebreid pleidooi voor, waarvan de lectuur ten zeerste kan worden aanbevolen.

28. Een dergelijke wetswijziging zou nuttig zijn omdat de daarin gekozen oplossing in het geldend recht onzeker is. In een belangrijke aangelegenheid mag de wetgever het nemen van opties niet overlaten aan de rechtspraak, zoals helaas maar al te vaak gebeurt.

29. De hierboven verdedigde aansprakelijkheid van het ziekenhuis (zie nr. 23) zou als volgt in een wettekst gegoten kunnen worden :

(Voorstel van) wet betreffende de burgerlijke aansprakelijkheid van de exploitanten van ziekenhuizen

Art. 1. De natuurlijke persoon of de rechtspersoon die een ziekenhuis exploiteert is civielrechtelijk aansprakelijk voor de schade veroorzaakt door personen die in zijn instelling de genees-, heel- of verloskunde beoefenen of die er rechtstreeks of onrechtstreeks meewerken aan de voorbereiding of aan de uitvoering van genees-, heel- of verloskundige onderzoeken of behandelingen, of aan de daarbij te verstrekken nazorg.

Art. 2. Deze aansprakelijkheid geldt zelfs voor de schade veroorzaakt door personen die geen werknemer of aangeselde zijn.

Art. 3. De exploitant van een ziekenhuis kan zijn aansprakelijkheid niet doen ophouden door te bewijzen dat hij de daad van de persoon waarvoor hij aansprakelijk is, niet heeft kunnen beletten.

Art. 4. Wanneer een patiënt in een ziekenhuis blijvend lichamelijk letsel oploopt ten gevolge van een onrechtmatige daad, dan wordt vermoed dat dit letsel veroorzaakt is door personen voor wie de exploitant volgens artikel 1 aansprakelijk is, tenzij deze laatste andere personen als de daders aanwijst en hun schuld bewijst.

Art. 5. Deze wet wijzigt niets aan de aansprakelijkheid van de exploitanten van ziekenhuizen op grond van artikel 1384 van het Burgerlijk Wetboek.

9. Slot en besluit

30. Op het gebied van de aansprakelijkheid van het medisch team is er nog heel wat werk weggelegd voor de

rechtbanken én voor de wetgever. In het moderne ziekenhuis is de patiënt een onmondig wezen dat volledig overgeleverd is aan het oordeel en de beslissingen van deskundigen. De meeste artsen zijn ongetwijfeld gewetensvolle mensen. Maar zoals steeds kan dat niet van alle uitoefenaars van hun beroep gezegd worden. Tegen een minderheid moet de patiënt op een afdoende wijze beschermd worden. De rechtspraak biedt op het terrein dat hier werd onderzocht weinig houvast.

Het verlossende woord zal eens te meer van de wetgever moeten komen. Uiteindelijk zal dat slechts efficiënt kunnen gebeuren wanneer wordt gewerkt aan een globale wettelijke regeling van de medische overeenkomst en van de verplegingsovereenkomst. Daartoe wordt thans de gelegenheid geboden bij de bespreking van het door senator C. De Clercq ingediende wetsvoorstel tot vaststelling van de rechten van de ziekenhuispatiënt⁵⁴. Het voorstel is geïnspireerd door het charter van de ziekenhuispatiënt opgesteld door de Ziekenhuiscommissie van de E.E.G.⁵⁵, en bevat slechts enkele algemene principes, zoals bijvoorbeeld het recht klacht in te dienen⁵⁶ en vooral het recht op een zorgvuldige dienstverlening⁵⁷. Het is de taak van de wetgever deze algemene principes concretere gestalte te geven en desnoods van straf- of burgerrechtelijke sancties te voorzien.

Paul HERMANS

Luc LAMINE

Assistenten K.U.Leuven

⁵⁴ *Parlem. Besch., Senaat*, 1979, nr. 195.

⁵⁵ Toelichting bij het wetsvoorstel nr. 195.

⁵⁶ Artikel 8 : «De ziekenhuispatiënt heeft het recht klacht in te dienen, die klacht behandeld te zien en over de resultaten ervan te worden ingelicht.»

⁵⁷ Artikel 2 : «De ziekenhuispatiënt heeft recht op zorgvuldige dienstverlening met respect voor zijn menselijke waardigheid...»

DIENSTPLICHT — EEN OVERZICHT VAN RECHTSpraak BETREFFENDE UITSTEL EN VRIJLATING

Vooraf

1. Wanneer men van Dale's woordenboek¹ openslaat, vindt men onder het woord *militie* de volgende omschrijving : «krijgsmacht gelicht uit de bevolking (in tegenstelling met beroepsleger)». Dit heeft tot gevolg dat, in principe, ieder Belgisch burger vroeg of laat hiermee geconfronteerd wordt (art. 2, § 1, van de dienstplichtwet).

Nochtans verleent de wet aan sommigen de mogelijkheid om op hun aanvraag de dienstplichtperiode uit te stellen of ervan vrijgelaten te worden. De voornaamste reden op basis waarvan men uitstel of vrijlating van dienst kan verkrijgen is het kostwinnerschap. Het aantal jaarlijkse aanvragen toont dit aan².

² De cijfers m.b.t. het aantal behandelde dossiers leren het volgende : Hoge Militieraad (H.M.R. : zittingsperiode 1974-75 : op een totaal van 277 behandelde dossiers waren er 169 m.b.t. kostwinnerschap ; hiervan werden er 96 toegestaan ;

¹ VAN DALE, *Groot woordenboek der Nederlandse Taal*, 10e druk, 's Gravenhage, 1976, 1474.

In deze bijdrage wordt nader ingegaan op deze problematiek. Zowel het uitstel als de vrijlating wegens kostwinnerschap worden door elkaar behandeld. Het artikel over de vrijlating op basis van kostwinnerschap (art. 12, § 1, 7^o, van de dienstplichtwet) verwijst immers naar art. 10, § 1, 1^o, over het uitstel wegens kostwinnerschap. Het enige verschil tussen beide artikelen is dat men de vrijlating slechts kan verkrijgen indien men geen recht meer heeft op de eerste vijf uitstellen.

Uitstel en vrijlating wegens kostwinnerschap mogen niet verward worden met uitstel en vrijlating als onmisbaar voor het bedrijf ; daarom worden beide materies afzonderlijk besproken.

Met «dienstplichtwet» en «het K.B.» bedoelen we de gecoördineerde dienstplichtwetten (officiële coördinering door het Ministerie van Binnenlandse Zaken, bijgewerkt tot 31 maart 1977) en het koninklijk besluit van 30 april 1962 (Staatsblad, 9 mei 1962, 3898 tot 3925). Op te merken valt dat sinds 1962 de dienstplichtwetten op diverse punten aanzienlijk gewijzigd werden³.

I. Voorwaarden tot toekenning van uitstel, buitengewoon uitstel en vrijlating op morele grond wegens kostwinnerschap

2. Hiervoor moet men uitgaan van art. 10, § 1, 1^o, van de dienstplichtwetten. Dit artikel bepaalt in zijn aanhef : Zolang de ingeschrevene in aanmerking komt voor het contingent ener lichting, genoemd naar het jaar waarin hij de leeftijd van 19 tot 23 jaar bereikt, kan hij uitstel bekomen waardoor hij telkens naar de volgende lichting overgaat, indien hij aan een van de hierna gestelde vereisten voldoet : ...

Belangrijk hierbij is dat het leeftijdsvereiste een absolute voorwaarde is voor het verkrijgen van uitstel of vrijlating. Het moet immers in principe aangevraagd worden vanaf de maand januari van het jaar waarin de dienstplichtige de leeftijd van 18 jaar bereikt daar de wervingsoperaties steeds aanvangen tijdens het jaar, voorafgaand aan dat waarnaar de klasse⁴ wordt genoemd.

zittingsperiode 1975-76 : op een totaal van 673 behandelde dossiers waren er 222 m.b.t. kostwinnerschap ; hiervan werden er 62 toegestaan ;

zittingsperiode 1977 : op een totaal van 481 behandelde dossiers waren er 193 m.b.t. kostwinnerschap ; hiervan werden er 24 toegestaan ;

zittingsperiode 1978 : op een totaal van 535 behandelde dossiers waren er 218 m.b.t. kostwinnerschap ; hiervan werden er 54 toegestaan.

Conseil Supérieur de Milice (C.S.M.) : zittingsperiode 1974-75 : op een totaal van 282 behandelde dossiers waren er 134 m.b.t. kostwinnerschap ; hiervan werden er 59 toegestaan ;

zittingsperiode 1976 : op een totaal van 186 behandelde dossiers waren er 150 m.b.t. kostwinnerschap ; hiervan werden er 53 toegestaan ;

zittingsperiode 1977 : op een totaal van 489 behandelde dossiers waren er 150 m.b.t. kostwinnerschap ; hiervan werden er 58 toegestaan ;

zittingsperiode 1978 : op een totaal van 368 behandelde dossiers waren er 123 m.b.t. kostwinnerschap ; hiervan werden er 32 toegestaan.

³ Het nieuw trefwoord «Dienstplicht», aangevuld met het trefwoord «Dienst uit gewetensbezwaren», verschijnt eerstdaags in de reeks Algemene Practische Rechtsverzameling (Hugo Van Eecke m.m.v. Leopold Smout).

Daarnaast kan het slechts toegestaan worden tot en met de lichting⁵ genoemd naar het jaar waarin de dienstplichtige de leeftijd van 23 jaar bereikt. Bv. : wie in 1960 geboren werd kan tot en met het jaar 1982 een gewoon uitstel krijgen, waardoor hij uiteindelijk naar de lichting 1984 wordt overgebracht. Bijgevolg zal hij pas onder de wapens groepen worden in de loop van het jaar waarin hij 24 jaar wordt.

De aanvraag tot uitstel moet jaarlijks hernieuwd worden met het gevolg dat de noodzakelijke voorwaarden telkens opnieuw onderzocht worden. De ingeschrevene die uitstel verkregen heeft, kan geen verworven rechten doen gelden op verder uitstel (Cass., 6 maart 1967, *Pas.*, 1967, I, 819).

Volgens art. 54 van de dienstplichtwet is de afstand van uitstel definitief. Een nieuwe aanvraag is bijgevolg niet ontvankelijk (Conseil Supérieur de Milice, nr. 317, 12 december 1978, inzake De Conto Patrick, onuitg.)⁶.

3. Welke zijn de verschillende vereisten waaraan de dienstplichtige moet voldoen om uitstel of vrijlating van dienst op morele grond te kunnen krijgen op basis van kostwinnerschap ?

Vooraf dient met nadruk te worden vermeld dat de bij art. 10, § 1, 1^o, gestelde voorwaarden *gelijktijdig* vervuld moeten zijn opdat de dienstplichtige uitstel of vrijlating kan krijgen (Cass., 19 juni 1974, *Pas.*, 1974, I, 8080 ; Cass., 5 dec. 1977, onuitg.).

4. Welke zijn die voorwaarden ?

a) De kostwinner van vader en moeder of van één van beiden of, zo dezen overleden zijn, van zijn grootouders of van een van beiden, dan wel van één of meer verweesde broeders of zusters.

Met de vader of de moeder wordt gelijkgesteld de persoon die de verweesde of verlaten dienstplichtige sedert ten minste vier jaar te zijnen laste heeft, op het ogenblik dat deze de volle leeftijd van achttien jaar bereikt. (Art. 10, § 1, 1^o, eerste en tweede lid).

Belangrijk hierbij is dat limitatief wordt opgesomd van wie de dienstplichtige kostwinner kan zijn. Het is beperkt tot de ascendenten en dit tot de tweede graad (dus ouders en grootouders) én tot de verweesde broeders en zusters.

Zo werd beslist dat de dienstplichtige als onmisbare kostwinner kon worden beschouwd van zijn *grootmoeder* wier inkomsten het toegelaten maximum bedrag, vastgesteld bij art. 10, § 1, 1^o, niet overtroffen (Hoge Militieraad, nr. 10, 17 jan. 1978, in zake Vandecatseye Luc, onuitg. ; Hoge Militieraad, nr. 117, 23 jan. 1978, in zake De Min Ronny, onuitg.)⁷.

5. Op te merken is dat de overgrootouders niet vermeld worden, hetgeen wel het geval is in art. 205, § 1, B.W. : De kinderen zijn levensonderhoud verschuldigd aan hun ouders en hun andere bloedverwanten in de opgaande lijn die behoeftig zijn.

⁴ Klasse : de gezamenlijke voor de dienst aangewezen dienstplichtigen van een zelfde lichting.

⁵ Lichting : de gezamenlijke dienstplichtigen die in het jaarcontingent zullen worden opgenomen.

⁶ Conseil Supérieur de Milice : hiervoor wordt de afkorting C.S.M. gebruikt.

⁷ Hoge Militieraad : hiervoor wordt de afkorting H.M.R. gebruikt.

Wat de reden hiervoor is kunnen we niet achterhalen maar wij menen dat dit een leemte in de wetgeving is. Het is immers mogelijk dat de ouders de kinderen en de kleinkinderen overleven zodat het zich kan voordoen dat de dienstplichtige als kostwinner van zijn overgrootouders kan worden beschouwd.

6. Een tweede verschil met het Burgerlijk Wetboek is dat de schoonouders niet in aanmerking komen voor steun, behoudens toepassing van art. 10, § 1, 1^o, tweede lid⁸. Het B.W. (artt. 206 en 207) bepaalt dat in sommige gevallen wederkerige onderhoudsverplichtingen bestaan tussen enerzijds de schoonzonen en schoondochters en anderzijds de schoonouders. Inzake militie is de regeling anders: voldoende is dat een schoonbroer van de dienstplichtige in het onderhoud van zijn schoonmoeder kan voorzien opdat de dienstplichtige geen uitstel of vrijlating kan krijgen (H.M.R., nr. 127, 10 okt. 1978, in zake Van den Eynde José, onuitg.). Maar een dienstplichtige kan geen uitstel of vrijlating krijgen als kostwinner van zijn schoonouders.

7. Het beperken van de onderhoudsverplichting ten opzichte van de ascendenten tot de tweede graad kan tevens tot onbillijke resultaten leiden. De wetgever laat het mes immers niet aan zijn twee kanten snijden: enerzijds moet men tot de rechtstreekse linie via bloedverwantschap behoren om als kostwinner inzake militie beschouwd te kunnen worden (behoudens toepassing van art. 10, § 1, 1^o, tweede lid), maar anderzijds behoort niet elke kostwinner tot de rechtstreekse linie via bloedverwantschap. Men geeft zelfs voorrang aan een derde persoon op de echtgenoot. Zo kan een dienstplichtige niet beschouwd worden als de onmisbare kostwinner van zijn echtgenote en kinderen omdat deze personen niet voorkomen in de opsomming van art. 10, § 1, 1^o, en art. 10, § 1, 2^o (H.M.R., nr. 391, 17 okt. 1978, in zake Vanderschelden Patrick, onuitg.; H.M.R., nr. 440, 29 nov. 1978, in zake Boeckxstaens Edward, onuitg.); terwijl het mogelijk is dat een derde persoon, die de moeder van de dienstplichtige als ten laste heeft opgegeven bij de Controle der Directe Belastingen, over beroepsinkomsten beschikt die het hem mogelijk maken in het onderhoud van de moeder te voorzien (H.M.R., nr. 276, 23 mei 1978, in zake Iwens Erwin, onuitg.).

8. Daarnaast kan de dienstplichtige tevens kostwinner zijn van zijn verweesde broeders of zusters. Op dit punt is de dienstplichtwet dus breder dan het Burgerlijk Wetboek, dat de broeders en zusters van de onderlinge onderhoudsverplichting uitsluit⁹. Toch wordt dit niet onvoorwaardelijk aangenomen aangezien de Hoge Militieraad beslist heeft dat de dienstplichtige niet als onmisbaar voor zijn studerende zuster kon worden beschouwd daar zij dezelfde studies gemakkelijker in België kon doen dan in Israël (C.S.M., nr. 133, 7 maart 1978, in zake Ouziel Jacques, onuitg.).

9. Ten slotte wordt eveneens rekening gehouden met het feit dat de moeder van de dienstplichtige met een derde

persoon samenwoont die al dan niet als kostwinner beschouwd kan worden (derde persoon is kostwinner: C.S.M., nr. 241, 13 juli 1976, in zake Pirson Christian, onuitg.; derde persoon is geen kostwinner: H.M.R., nr. 235, 13 sept. 1977, in zake Van der Linden Frans, onuitg.).

10.b) Opdat de dienstplichtige als kostwinner kan worden erkend, is tegelijkertijd vereist: ...; dat de vader of de grootvader overleden is of 60 jaar oud geworden is.

Dit artikel moeten we in verband zien met art. 17, § 2, dat bepaalt: Met de overleden gezinsleden worden gelijkgesteld, bijaldien de uitstelverlening of vrijlating van dat overlijden afhankelijk is gesteld, zij die, hetzij ingevolge verlamming, blindheid, krankzinnigheid of andere ziekten of lichaamsgebreken van gelijkaardige zwaarte, die een blijvende en volstrekte werkonbekwaamheid ten gevolge hebben, hetzij ingevolge een behoorlijk vastgestelde familieoverlijden of langdurige vermissing, als voor het gezin verloren dienen beschouwd te worden.

11. Wat de eerste voorwaarde betreft (overleden zijn of 60 jaar oud geworden zijn) zijn er geen moeilijkheden. De tekst is duidelijk en niet voor interpretatie vatbaar (de vader is overleden: H.M.R., nr. 44, 31 jan. 1978, in zake Briers Jos, onuitg.; C.S.M., nr. 253, 18 april 1978, in zake Wellens Christian, onuitg.; H.M.R., nr. 66, 20 febr. 1978, in zake Franssen Guido, onuitg.; C.S.M., nr. 102, 28 febr. 1978, in zake Dubois Jean-Marie, onuitg.; de vader is 60 jaar oud geworden: H.M.R., nr. 14, 23 jan. 1978, in zake Cruysbergs Willy, onuitg.; H.M.R., nr. 135, 14 maart 1978, in zake Szymanek Antoon, onuitg.; C.S.M., nr. 11, 14 febr. 1978, in zake Peters Jürgen, onuitg.; C.S.M., nr. 128, 7 maart 1978, in zake Hubin Philippe, onuitg.).

12. Wat de tweede voorwaarde betreft (verloren zijn voor het gezin) moeten we een onderscheid maken tussen:

— Degenen die ingevolge een blijvende en volstrekte arbeidsongeschiktheid als voor het gezin verloren dienen te worden beschouwd.

De rechtspraak is op dit punt zeer ruim (o.a.: H.M.R., nr. 195, 4 april 1978, in zake Borghs Arthur, onuitg.; H.M.R., nr. 230, 18 april 1978, in zake Stouten Robert, onuitg.; H.M.R., nr. 294, 23 mei 1978, in zake Verboven Willy, onuitg.; H.M.R., nr. 267, 29 nov. 1978, in zake Clairys Hans, onuitg.; H.M.R., nr. 355, 26 sept. 1978, in zake Verberck Marc, onuitg.; H.M.R., nr. 376, 6 juni 1978, in zake Staes Hugo, onuitg.; C.S.M., nr. 136, 21 febr. 1978; in zake Servais Yves, onuitg.; C.S.M., nr. 418, 1 febr. 1977, in zake Denis Marc, onuitg.).

Volgens art. 28, § 3, van de dienstplichtwet wijst de militieraad een geneesheer aan om de gezondheidstoestand van een gezinslid na te gaan. Uit dat geneeskundig onderzoek moet blijken of de vader van de dienstplichtige al dan niet als verloren beschouwd moet worden voor het gezin. Zo neen, dan wordt het uitstel of de vrijlating geweigerd (H.M.R., nr. 40, 31 jan. 1978, in zake Dielkens Henri, onuitg.; C.S.M., nr. 14, 8 nov. 1977, in zake Foucart Guy, onuitg.; H.M.R., nr. 285, 23 mei 1978, in zake Hnatuszok André, onuitg.).

Het moet wel degelijk gaan om een blijvende en volstrekte arbeidsongeschiktheid, anders wordt het uitstel of de vrijlating geweigerd (Cass., 5 dec. 1977, onuitg.).

Daarnaast is het zelfs mogelijk dat het uitstel toegestaan wordt op basis van het feit dat de bijzit van de moeder van

⁸ H. Van Eecke, *Militie*, A.P.R., Brussel, 1962, 143 (met verwijzing).

⁹ H. Van Eecke, *a.w.*, 149.

de dienstplichtige als verloren voor het gezin moet worden beschouwd (H.M.R., nr. 331, 21 dec. 1976, in zake Van Kerckhove Walter).

Het uitstel of de vrijlating werd niet toegestaan omdat de vader slechts 40 % arbeidsonbekwaam was (H.M.R., nr. 507, 22 maart 1977, in zake Haertjens Lucien, onuitg.; H.M.R., nr. 500, 8 maart 1977, in zake Lenssens René, onuitg.).

De militierechtscolleges beslissen soeverein of de ziekte of verzorging van een lid van de familie eisen dat deze persoon permanent bedlegerig is of constante hulp van een derde persoon nodig heeft (Cass., 3 april 1974, *Pas.*, 1974, I, 800).

— Degenen die ingevolge een behoorlijk vastgestelde familieverlating of langdurige vermissing als voor het gezin verloren dienen beschouwd te worden.

Zo besliste de Hoge Militieraad dat familieverlating vanwege de vader gelijkgesteld wordt met verloren zijn voor het gezin (C.S.M., nr. 78, 24 jan. 1978, in zake Pattyn Marc, onuitg.).

De familieverlating moet niet bestraft (krachtens art. 391bis Sw.) zijn om in aanmerking te worden genomen. De militieraad beoordeelt de feitelijke toestand die volgens art. 17, § 2, «behoorlijk vastgesteld moet zijn»¹⁰.

Zo besliste de Hoge Militieraad dat de ongehuwde broeder van de dienstplichtige, hoewel hij het ouderlijk huis had verlaten, toch regelmatig contact bleef onderhouden met zijn moeder-weduwe zodat hij niet ten gevolge een tweejaar vastgestelde familieverlating als verloren voor het gezin beschouwd kon worden (H.M.R., nr. 94, 20 febr. 1975, in zake Hoste Jan, onuitg.).

Met familieverlating mag gelijkgesteld worden het feit dat de vader reeds geruime tijd feitelijk van zijn echtgenote gescheiden leeft (H.M.R., nr. 219, 8 mei 1974, in zake D. Daniël, onuitg.).

Daartegenover zijn vermiste personen diegenen wier bestaan onzeker is ten gevolge van afwezigheid. Noodzakelijk hierbij is dat men niet meer weet of deze personen nog in leven zijn doordat men er reeds jaren geen nieuws meer van heeft.

13.c) Belangrijk is de voorwaarde van art. 10, § 1, 1^o, luidend «dat het ingebrachte bedrijfsinkomen voor het gezinsonderhoud onmisbaar moet zijn».

De militierechtscolleges hebben ter zake een soeverein appreciatierecht (Cass., 27 nov. 1974, *Pas.*, 1975, I, 345; Cass., 22 febr. 1975, *Pas.*, 1975, I, 666; Cass., 20 juli 1977, onuitg.; Cass., 10 okt. 1977, onuitg.).

Men zal onderzoeken of de dienstplichtige uitsluitend de onmisbare kostwinner is voor het gezin of voor de moeder-weduwe. Hiervoor gaat men na of er soms geen andere familieleden (broers en zusters, schoonbroers of schoonzusters) of een derde persoon (bv. een bijzit) over voldoende beroepsinkomsten beschikken om, naast hun eigen onderhoud, in dat van het gezin of van de moeder-weduwe te voorzien. Zo ja, dan wordt het uitstel of de vrijlating geweigerd (C.S.M., nr. 241, 13 juli 1976, in zake Pirson Christian, onuitg.; H.M.R., nr. 239, 2 sept. 1976, in zake

Cuylaerts Gerrit, onuitg.; H.M.R., nr. 66, 22 maart 1977, in zake Albers Eduardus, onuitg.; H.M.R., nr. 74, 20 febr. 1978, in zake Vangerven Paul, onuitg.; H.M.R., nr. 403, 14 nov. 1978, in zake Pintens Paul, onuitg.; H.M.R., nr. 171, 28 maart 1978, in zake Van Cauwenbergh Daniël, onuitg.; voorziening in cassatie verworpen bij arrest van het Hof van Cassatie van 29 mei 1978; C.S.M., nr. 120, 21 nov. 1978, in zake Rousseau Marc, onuitg.; Cass., 11 sept. 1974, *Pas.*, 1975, I, 34; Cass., 20 juli 1977, onuitg.).

Is het antwoord ontkennend, wordt het uitstel of de vrijlating toegestaan (C.S.M., nr. 30, 23 jan. 1976, in zake Demunter Patrice, onuitg.; H.M.R., nr. 55, 17 maart 1977, in zake Mertens Luc, onuitg.; H.M.R., nr. 18, 23 jan. 1978, in zake Freson Theo, onuitg.; H.M.R., nr. 375, 10 okt. 1978, in zake Goethuys Théophile, onuitg.; H.M.R., nr. 108, 8 maart 1978, in zake Van Wesepoel Marnix, onuitg.; H.M.R., nr. 146, 21 maart 1978, in zake Gubbels Nicolaas, onuitg.).

14. Zo werd de vrijlating toegestaan in het volgende geval: een broer van de dienstplichtige, hoewel hij in de mogelijkheid was in het onderhoud van zijn ouders te voorzien, oefende reeds onderhoudsplicht uit t.o.v. zijn schoonmoeder zodat hij materieel niet in staat was om daarnaast nog de zware medische kosten van zijn vader te dragen. De dienstplichtige werd bijgevolg als de onmisbare kostwinner beschouwd (C.S.M., nr. 146, 3 mei 1974, in zake Roloux Théodore, onuitg.).

15. De dienstplichtige zal eerst en vooral de mogelijkheid moeten hebben om in zijn eigen onderhoud te voorzien; heeft hij daarna nog inkomsten over, dan kan men onderzoeken of deze al dan niet onmisbaar kunnen worden geacht. Zo werd beslist dat, hoewel de dienstplichtige over bedrijfsinkomsten in de loop van de maand januari 1977 beschikte, deze echter zo gering waren dat zij nauwelijks voldoende waren om in zijn eigen onderhoud te voorzien (H.M.R., nr. 368, 17 okt. 1978, in zake Van Looy Raymond, onuitg.).

16. Zelfs al kunnen de broers of zusters bijdragen leveren, toch kan het inkomen van de ouder zo laag zijn dat deze bijdragen niet voldoende zijn zodat het inkomen van de zoon-milicien onmisbaar is (H.M.R., nr. 227, 27 maart 1974, in zake Thys Theo, onuitg.; H.M.R., nr. 178, 24 april 1974 in zake Moeyersoons Gilbert, onuitg.; H.M.R. nr. 264, 10 april 1975, in zake Boschmans Jan, onuitg.).

17. De omvang van het bedrag wordt in concreto beoordeeld. Zo volstond de inbreng van 1.200 fr. tot 1.500 fr. per maand door de dienstplichtige om als onmisbare kostwinner van zijn moeder-weduwe beschouwd te worden (C.S.M., nr. 68, 30 nov. 1973, in zake Ancia Daniël, onuitg.).

18. Zo kunnen werkloosheidsuitkeringen onmisbaar geacht worden voor het gezinsonderhoud (H.M.R., nr. 227, 9 juni 1976, in zake Lombaerts Dirk, onuitg.; H.M.R., nr. 224, 26 mei 1976, in zake Janssens André, onuitg.; H.M.R., nr. 208, 9 juni 1976, in zake Moors Edgard, onuitg.; C.S.M., nr. 74, 6 juni 1976, in zake Jacques Didier, onuitg. (in casu: werkloosheidsvergoeding: 10.872 fr.

¹⁰ H. Van Eecke, *a.w.*, 144.

per maand) ; C.S.M., nr. 152, 15 maart 1977, in zake Collin Marc, onuitg.)¹¹.

19. Zo kan ook de ziektevergoeding die appellant genoot als onmisbaar inkomen voor het gezinsonderhoud beschouwd worden (H.M.R., nr. 50, 16 jan. 1974, in zake Pauwels Gaston, onuitg.).

20. Het feit dat een broer of zuster de ouderlijke woning heeft verlaten, ontslaat hem of haar niet van de verplichting voor het onderhoud van hun ouders te zorgen (H.M.R., nr. 135, 14 juni 1977, in zake Vanderkelen Jean-Pierre, onuitg. ; H.M.R., nr. 215, 21 juni 1977, in zake Cosyns Danny, onuitg. ; H.M.R., nr. 135, 14 maart 1978 in zake Szymanek Antton, onuitg. ; H.M.R., nr. 159, 21 maart 1978, in zake Verhoelst Etienne, onuitg. ; Cass., 11 sept. 1974, *Pas.*, 1975, I, 34 ; Cass., 18 dec. 1974, *Pas.*, 1975, I, 429 — het al dan niet meerderjarig zijn speelt geen rol ; Cass., 26 febr. 1975, *Pas.*, 1975, I, 666 — het al dan niet getrouwd zijn speelt evenmin een rol ; Cass., 10 okt. 1977, onuitg.). Immers, de onderhoudsplicht van het kind jegens de vader en de moeder is in de tijd niet beperkt, en eindigt namelijk niet met het huwelijk van het kind (Cass., 21 nov. 1966, *Arr. Cass.*, 1967, 390 ; *Pas.*, 1967, I, 377).

21. Het hoeft niet steeds een geldelijke inbreng te zijn. In sommige gevallen is een inbreng in natura ook voldoende om als kostwinner beschouwd te kunnen worden. Zo besliste de C.S.M. dat de dienstplichtige effectief bijdroeg tot het onderhoud van zijn moeder doordat hij zijn appartement verbouwd had om voor zijn moeder een behoorlijk verblijf in te richten (C.S.M., nr. 70, 25 april 1975, in zake Leduc Cuy, onuitg.).

22. Vervolgens dient men na te gaan of het samengevoegd inkomen van de vader en van de moeder, of van de daarmee gelijkgestelde personen, of van de grootouders of van de verweesde broeders of zusters, niet meer bedraagt dan 136.000 fr. per jaar, verhoogd met één vierde per persoon ten laste van de steungerechtigde(n), overeenkomstig de wettelijke bepalingen inzake personenbelasting, of met het bedrag van de bij die belasting vrijgestelde kinderbijslag voor de personen ten laste waarvoor dit bedrag het vierde overschrijdt (zie art. 10, § 1, 1^o, zesde lid, van de dienstplichtwet). Voor de toepassing van de voorgaande bepaling worden de personen van wie het inkomen met dat van het gezinshoofd wordt samengevoegd, steeds als ten laste beschouwd (art. 10, § 1, 1^o, zevende lid, van de dienstplichtwet).

23. Zodra dit wettelijk maximum overschreden is, wordt het uitstel of de vrijlating niet toegestaan (H.M.R., nr. 156, 24 okt. 1978, in zake Saenen Marc, onuitg. ; H.M.R., nr. 170, 28 maart 1978, in zake De Rore Filip, onuitg. ; H.M.R., nr. 307, 30 mei 1978, in zake De Vuyst Ides, onuitg. ; H.M.R., nr. 311, 17 okt. 1978, in zake Bruylandt Luc, onuitg. ; C.S.M., nr. 107, 28 febr. 1978, in zake

Dendal Carl, onuitg. ; C.S.M., nr. 124, 19 sept. 1978, in zake Pirson Christian, onuitg.).

24. Het in aanmerking te nemen inkomen is dat van het kalenderjaar voorafgaande aan het jaar vóór dat waarin de uitstelaanvraag wordt ingediend, doch de militieraden mogen ook rekening houden, hetzij met de inkomsten van het kalenderjaar dat voorafgaat aan de datum waarop de aanvraag is ingediend, hetzij met de vermoedelijke inkomsten van het lopende jaar wanneer bewezen is dat deze lager zijn of zullen zijn.

25. Men houdt geen rekening met de inkomsten van het jaar dat volgt op datgene waarin de reglementaire aanvraag ingediend moest worden (C.S.M., nr. 283, 27 febr. 1979, in zake Linseman Jean-Claude, onuitg., na inwilliging van de voorziening in cassatie bij arrest van het Hof van Cassatie van 27 nov. 1978 tegen de uitspraak van de C.S.M., nr. 283, 26 sept. 1978 ; Cass., 13 okt. 1976, onuitg.).

26. Men houdt rekening met de *netto-inkomsten*, met dien verstande dat deze worden vastgesteld volgens de regels van toepassing op de zetting van de personenbelasting of, naar analogie van die regels, wanneer het niet belastbare inkomen betreft (art. 10, § 1, 1^o, achtste lid, van de dienstplichtwet). De aftrekbare lasten worden bijgevolg in aanmerking genomen.

27. De medische kosten die noodzakelijk zijn voor de ouders van de dienstplichtige worden niet beschouwd als aftrekbare lasten (C.S.M., nr. 177, 27 febr. 1979, in zake Ramet Pascal, onuitg., na inwilliging van de voorziening in cassatie bij arrest van het Hof van Cassatie van 5 febr. 1979 tegen de uitspraak van de C.S.M., nr. 177, 12 dec. 1978, onuitg.).

28. Men houdt ook geen rekening met het feit dat de moeder medeëigenares in onverdeeldheid is, samen met haar drie kinderen, van een landbouwbedrijf daar dit een louter theoretisch aandeel is. Bijgevolg werd de vrijlating toegestaan (C.S.M., nr. 6, 15 febr. 1974, in zake Lisein José, onuitg.).

29. Wel wordt als aftrekbare lasten aangemerkt, het deel van het inkomen dat besteed wordt aan het aflossen van een lening. In casu werd de vader ten gevolge van een zwaar verkeersongeval als verloren beschouwd voor het gezin ; de inkomsten van de ouders waren in 1974 groter dan het toegelaten maximumbedrag, doch vóór het ongeval hadden zij een huis met tuin en weide gekocht waarvoor zij een lening hadden moeten aangaan (C.S.M., nr. 418, 1 febr. 1977, in zake Denis Marc, onuitg.).

30. De militierechtscolleges zullen echter tevens rekening houden met de *samenstelling* van de inkomsten van de ouders. Zo werd gevonnis dat, hoewel de samengevoegde inkomsten van de ouders van de dienstplichtige 254.222 fr. bedroegen, dit bedrag voor 215.000 fr. bestond uit onderhoudsgeld dat door de dienstplichtige aan zijn ouders werd uitbetaald zodat het resterende bedrag lager lag dan het bij art. 10, § 1, 1^o, vastgestelde toegelaten maximumbedrag (H.M.R., nr. 2, 23 jan. 1978, in zake De Hovre Maurice, onuitg.).

¹¹ Ook worden de werkloosheidsvergoedingen in aanmerking genomen die de zuster van de dienstplichtige geniet om uit te maken of deze dienstplichtige al dan niet de onmisbare kostwinner is (Cass., 13 okt. 1976, onuitg.).

31. Tot slot dient gewezen te worden op art. 11 van de dienstplichtwet. Dit artikel behandelt het buitengewoon uitstel als volgt : § 1. De ingeschrevene die na het verstrijken van de termijn gesteld voor het indienen van de aanvragen om uitstel, maar vóór de beëindiging van zijn werkelijke diensttermijn, ingevolge het overlijden van een gezinslid, de in § 1, 1^o of 2^o, van artikel 10 bepaalde voorwaarden vervult, heeft recht op een buitengewoon uitstel waardoor hij naar de volgende lichting overgaat. Wanneer de dienstplichtige wegens zijn leeftijd geen recht meer heeft op de eerste vijf uitstellen wordt de aanvraag om buitengewoon uitstel beschouwd als een aanvraag om vrijlating.

Het aantal behandelde dossiers in hoger beroep m.b.t. het buitengewoon uitstel is vrij miniem. Zo zijn er door de C.S.M. en de H.M.R. over de periode 1974-78 op een totaal van 3.613 behandelde dossiers slechts 131 m.b.t. buitengewoon uitstel. Hiervan werden 24 aanvragen toegestaan.

In het kader van dit overzicht wordt enkel het buitengewoon uitstel i.v.m. kostwinnerschap (art. 10, § 1, 1^o, van de dienstplichtwet) besproken.

32. In het normale geval moet de dienstplichtige de voorwaarden, bepaald bij art. 10, § 1, 1^o, vervullen voordat de termijn vervalt waarbinnen het uitstel of de vrijlating dient te worden aangevraagd. Hierop maakt art. 11 een uitzondering (Cass., 3 april 1974, *Pas.*, 1974, I, 800 ; Cass., 24 april 1974, *Pas.*, 1974, I, 868). In sommige gevallen is het immers mogelijk dat de dienstplichtige, na de periode die nodig is voor het indienen van zijn aanvraag doch vóór het beëindigen van zijn werkelijke diensttermijn, in zulke omstandigheden komt te verkeren dat, indien deze zich vroeger hadden voorgedaan, hij normaal uitstel verkregen had (H.M.R., nr. 243, 25 april 1978, in zake Verheyen Henri, onuitg. ; H.M.R., nr. 239, 30 mei 1978, in zake Severeys Marc, onuitg. ; H.M.R., nr. 429, 29 nov. 1978, in zake Tulkens François, onuitg. ; H.M.R., nr. 437, 29 nov. 1978, in zake Jacques Dirk, onuitg.).

33. De dienstplichtige moet dus zowel de voorwaarden van art. 10, § 1, 1^o, vervullen als die van art. 11. Zo werd het uitstel geweigerd omdat de dienstplichtige (hoewel hij binnen de termijnen van art. 11 viel, de vader verloren was voor het gezin en het inkomen lager lag dan de bij art. 10, § 1, 1^o, vastgestelde maximum bedrag) een broer en een zuster had die in staat waren in het onderhoud van hun ouders te voorzien (H.M.R., nr. 239, 30 mei 1978, in zake Severeys Marc, onuitg. ; H.M.R., nr. 437, 29 nov. 1978, in zake Jacques Dirk, onuitg.).

34. Daarnaast zegt art. 11, § 2 : Inzake het verlenen van zulk uitstel of van zulke vrijlating zijn de militieraad en de hoge militieraad bevoegd met de vermoedelijke inkomsten van het volgende jaar rekening te houden. Opvallend hierbij is het verschil met art. 10, § 1, 1^o (zie nr. 24 e.v.).

35. Tot slot zegt art. 11, § 3 : Maakt de betrokkene deel uit van het contingent van een latere lichting dan wordt hem de eventueel volbrachte dienstdienst aangerekend.

Billijkheidshalve wordt rekening gehouden met de reeds gepresteerde werkelijke dienst, indien de dienstplichtige geen gewoon uitstel aanvraagt of krijgt met de lichting

waarnaar hij werd overgebracht ten gevolge van het verlenen van buitengewoon uitstel¹².

36. Met nadruk wijzen wij er op dat niet in alle gevallen aan de talrijke voorwaarden inzake uitstel en vrijlating wegens kostwinnerschap voldaan moet zijn.

Hieromtrent zegt art. 28, § 4 : Indien uitstel of vrijlating wegens kostwinnerschap niet kan worden verleend, omdat de in artikel 10, § 1, 1^o, vermelde voorwaarden niet vervuld zijn, hoewel er speciale omstandigheden zijn die voor inwilliging van de aanvraag pleiten, verwijst de raad, mits dit met eenparigheid van stemmen geschiedt, het geval naar de hoge militieraad.

Het gaat niet steeds om gevallen waarbij de dienstplichtige niet voldoet aan alle vereisten, doch waarbij men overtuigd is dat hij in feite de kostwinner van het gezin is.

Zo werd beslist dat, wegens speciale omstandigheden van familiale aard, het uitstel of de vrijlating moest worden toegestaan (H.M.R., nr. 196, 20 febr. 1975, in zake Janssens Ronald, onuitg. ; C.S.M., nr. 454, 17 mei 1977, in zake Wagner Jean-Paul, onuitg. ; H.M.R., nr. 441, 6 dec. 1977, in zake Maes Paul, onuitg. ; C.S.M., nr. 218, 29 maart 1977, in zake Resibois Christian, onuitg. ; H.M.R., nr. 185, 4 april 1978, in zake Kampen Arthur, onuitg. ; C.S.M., nr. 148, 14 febr. 1978, in zake Petit Patrick, onuitg.).

In andere gevallen werd het uitstel of de vrijlating geweigerd (C.S.M., nr. 194, 22 juni 1976, in zake Gorman Alain, onuitg. ; C.S.M., nr. 380, 20 sept. 1977, in zake Jaspers Georges, onuitg. ; C.S.M., nr. 99, 8 febr. 1977, in zake Neuville Raymond, onuitg. ; H.M.R., nr. 194, 14 juni 1977, in zake Huybrecht Leo, onuitg.).

37. Daarnaast zegt art. 37, § 3, dat de Hoge Militieraad het uitstel of de vrijlating, bepaald bij art. 28, § 4, slechts mag toestaan zo de beslissing eenparig is genomen.

Op te merken valt dat van de procedure, bepaald bij art. 28, § 4, slechts gebruik kan worden gemaakt wanneer aan de voorwaarden, vermeld onder art. 10, § 1, 1^o, niet voldaan is (Cass., 7 sept. 1953, *Pas.*, 1953, I, 952 ; Cass., 6 jan. 1964, *Pas.*, 1964, I, 464).

Wanneer de Hoge Militieraad kennis neemt van een aanvraag op grond van art. 37, § 3, mag hij ze dan ook niet afwijzen op grond dat aan de voorwaarden van art. 10, § 1, 1^o, niet voldaan is. Dergelijke beslissing miskent art. 28, § 4 (Cass., 13 okt. 1958, *Pas.*, 1959, I, 152).

38. Het bestaan van de speciale omstandigheden wordt door de Hoge Militieraad soeverein beoordeeld (Cass., 27 juni 1966, *Pas.*, 1966, I, 1371).

39. Wanneer een aanvraag ingediend wordt op grond van art. 11 (buitengewoon uitstel) kan de verwijzing slechts gebeuren indien in de samenstelling van het gezin zich een overlijden of een daarmee gelijkgesteld geval voordoet omdat dit feit essentieel de ontvankelijkheid van de aanvraag betreft (H.M.R., 4 juni 1952, in zake Buysse, onuitg.).

II. Uitstel en vrijlating wegens onmisbaarheid voor het bedrijf

38. Art. 10, § 1, 1^o, en art. 12, § 1, 7^o, mogen niet verward worden met art. 10, § 1, 7^o, dat zegt dat de dienstplichtige uitstel kan krijgen indien hij «onmisbaar is

¹² H. Van Eecke, a.w., 124.

voor een landbouw-, nijverheids- of handelsbedrijf, dat hij voor eigen rekening of voor die zijner ouders drijft».

39. Wie onmisbaar is voor het bedrijf kan doch hoeft niet terzelfder tijd de steun te zijn zoals bepaald in art. 10, § 1, 1^o (Cass., 9 nov. 1953, *Pas.*, 1954, I, 177).

40. De militierechtscolleges zullen in concreto nagaan of de dienstplichtige tijdens de maand januari van het jaar voordien niet vervangen kon worden door een andere arbeidskracht. Het gaat hier om de persoon zelf en niet om zijn inkomen. Indien de geleverde prestaties van de dienstplichtige van dien aard zijn dat zij niet of zeer moeilijk gedaan kunnen worden door een andere persoon of indien het in dienst nemen van een vreemde arbeidskracht de leefbaarheid van het bedrijf in het gedrang brengt, kan de Hoge Militieraad uitstel verlenen. Alles hangt af van de aard van de activiteit en van het bedrijfsinkomen.

41. Zo werd uitstel geweigerd wegens het feit dat de ouders over bedrijfsinkomen beschikten die het hen ruimschoots mogelijk maakten, bij afwezigheid van de dienstplichtige, een bezoldigde werkkraft in dienst te nemen (H.M.R., nr. 203, 21 nov. 1978, in zake Kwanten Jean, onuitg.).

Zo ook werd het uitstel geweigerd omdat de dienstplichtige niet beschouwd kon worden als onmisbaar voor het bedrijf (C.S.M., nr. 147, 28 febr. 1978, in zake Deposse Marcel, onuitg. ; H.M.R., nr. 101, 28 febr. 1978, in zake Dias Marc, onuitg. ; H.M.R., nr. 113, 8 maart 1978, in zake Beeckmans Benny, onuitg. ; H.M.R., nr. 346, 26 sept. 1978, in zake Maroy Frans, onuitg.).

42. In andere gevallen werd, rekening houdende met de overlegde stukken, het uitstel toegestaan (H.M.R., nr. 95, 28 febr. 1978, in zake Kumpen Jean, onuitg. ; H.M.R., nr. 349, 3 okt. 1978, in zake Desmet Gerard, onuitg. ; C.S.M., nr. 49, 9 mei 1978, in zake Henrotin André, onuitg. ; C.S.M., nr. 88, 28, febr. 1978, in zake Mertens Heinz, onuitg.).

43. Bij het eerste deel van art. 10, § 1, 7^o, kan men enkele bedenkingen maken. We gaan hiervoor uit van volgend voorbeeld : «De dienstplichtige is als zoon werkzaam in het bedrijf van zijn vader. Ten tijde van de te beoordelen periode (de maand januari van het jaar voordien) was er nog een andere werknemer in dienst. Tijdens de loop van dat jaar heeft de vader een arbeidsongeval waardoor hij gedurende een achttal maanden 100 % arbeidsongeschikt is. Op het einde van dat jaar neemt de andere arbeider ontslag. Wanneer de zoon zijn dienstplicht moet vervullen is de vader nog 50 % arbeidsongeschikt.

Als wij de letter van de wet hierop toepassen kan de zoon geen uitstel krijgen als onmisbaar in het bedrijf. Ten tijde van de te beoordelen periode was hij immers niet onmisbaar. Op het ogenblik dat hij zijn dienstplicht moet vervullen is hij het echter wel aangezien zijn vader 50 % arbeidsongeschikt is en de andere werknemer ontslag genomen heeft. Wegens de aard van het beroep kan de vader aanstonds geen nieuwe arbeidskracht in dienst nemen die voldoende het beroep kent zonder de leefbaarheid van het bedrijf in het gedrang te brengen. Daarnaast kan de zoon ook niet het buitengewoon uitstel (art. 11, van de dienstplichtwet) genieten aangezien zijn vader slechts

50 % arbeidsongeschikt is (art. 17, § 2, van de dienstplichtwet) en het inkomen wellicht het wettelijk toelaatbaar maximum overtreft.

Met andere woorden, op het ogenblik dat de zoon wel degelijk onmisbaar is voor het bedrijf kan hij geen uitstel krijgen. Daarom zou het nuttiger zijn rekening te houden met de onmisbaarheid op het ogenblik van de indiensttreding in plaats van de maand januari van het jaar voordien. Dit zou meer aanleunen bij de werkelijkheid.

44. Naast de voorwaarde van de onmisbaarheid bepaalt art. 10, § 1, 7^o, van de dienstplichtwet dat het bedrijf «voor eigen rekening of voor die zijner ouders» gedreven wordt. Dit heeft tot gevolg dat geen uitstel verleend wordt aan de dienstplichtige die zijn activiteit uitoefent voor rekening van een bedrijf met rechtspersoonlijkheid, die verschillend is van de zijne en van die van zijn ouders (Cass., 30 juni 1964, *Pas.*, 1964, I, 117 ; H.M.R., nr. 275, 23 mei 1978, in zake De Ridder Robert, onuitg. ; H.M.R., nr. 287, 23 mei 1978, in zake Dierick Rudi, onuitg. ; H.M.R., nr. 365, 3 okt. 1978, in zake Geyskens Christian, onuitg.).

45. Art. 12, § 1, 9^o, bepaalt dat kan worden vrijgelaten : De ingeschrevene die wees is van vader en moeder en die uit hoofde van zijn leeftijd geen recht meer heeft op de eerste vijf uitstellen en bij het indienen van zijn aanvraag ten minste twee jaar de voorwaarden, gesteld in art. 10, § 1, 7^o, vervult.

46. Terwijl de twee eerste voorwaarden (wees zijn van vader en moeder — geen recht meer hebben op de eerste vijf uitstellen) geen moeilijkheden opleveren, wordt de derde voorwaarde daarentegen (bij het indienen van zijn aanvraag ten minste twee jaar onmisbaar zijn voor het bedrijf) niet steeds vervuld.

47. Zo werd de vrijlating geweigerd wegens het feit dat de dienstplichtige niet reeds gedurende twee jaar de voorwaarden bepaald in art. 10, § 1, 7^o, vervulde daar hij werkte voor rekening van een vennootschap met een andere rechtspersoonlijkheid, in casu een P.V.B.A. (C.S.M., nr. 191, 11 april 1978, in zake Billaud Philippe, onuitg. — voorziening in cassatie verworpen bij arrest van het Hof van Cassatie van 19 juni 1978).

48. Zo ook werd de vrijlating geweigerd omdat de dienstplichtige op het bedrijf slechts werkzaam was na zijn dagtaak, terwijl zijn broer en zijn zuster er ook geregeld actief waren (H.M.R., nr. 110, 30 mei 1978, in zake Vermande Herman, onuitg.).

49. De Hoge Militieraad en het Hof van Cassatie vervullen inzake militie een belangrijke aanvullende en interpreterende taak. Begrippen als «kostwinnerschap», «onmisbaarheid» en «samengevoegd inkomen» hebben zij verfijnd en zoveel mogelijk aangepast aan de werkelijkheid.

Wellicht kunnen deze rechtscolleges nog meer gebruik maken van de hun geboden mogelijkheid om via de interpretatie van de wet zeker het uitstel en in mindere mate de vrijlating, waar mogelijk, toe te staan. Immers, ook de wetgeving ter zake versoepelt de laatste tijd voortdurend en gaat dezelfde weg op.

Hugo VAN EECKE
Geert DE CUYPER

RECHTSPRAAK

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER — 18 SEPTEMBER 1979

Voorzitter : ridder de Schaetzen

Raadsheer-rapporteur : de h. Lebbe

Advocaat-generaal : de h. Colard

Advocaat : mr. Gantman

Verkeer — Veiligheidsgordel — 1. Wettelijk voorgeschreven — 2. Grondrechten — Gelijkheid — 3. Rechten van de mens — Eerbiediging van het privé-leven.

1. Art. 35.1 Wegverkeersreglement heeft de veiligheid van de bestuurders van de autovoertuigen en van de vervoerde personen tot doel. De Koning heeft bij het uitvaardigen van die maatregel de hem gedelegeerde machten niet overschreden.

2. Het treffen van verschillende maatregelen in verband met de politie over het verkeer op de wegen, naar gelang de bestuurders een autovoertuig besturen dat voor de eerste maal in het verkeer werd gebracht voor dan wel na een bepaalde datum, is niet strijdig met het beginsel van art. 6 Grondwet.

3. Art. 35 Wegverkeersreglement, dat tot doel heeft de veiligheid van het verkeer op de wegen te verzekeren, met inbegrip van de eigen veiligheid van de bestuurders en van de vervoerde personen, is niet strijdig met art. 8 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden.

L.

Gelet op het bestreden vonnis, op 28 februari 1979 in hoger beroep gewezen door de Correctionele Rechtbank te Mechelen ;

Gelet op het arrest, op 26 september 1978 door het Hof gewezen ;

Over het eerste middel, afgeleid uit de schending van artikel 107 van de Grondwet,

doordat het vonnis eiser veroordeelt om, met overtreding van artikel 35.1, eerste lid, van het Wegverkeersreglement, op de openbare weg als bestuurder en/of passagier van een aan het portier grenzende voorzitplaats van een personenauto of auto voor dubbel gebruik, die voor de eerste maal in het verkeer werd gebracht vanaf 15 juni 1968, de veiligheidsgordel niet te hebben gedragen, en die beslissing grondt op de overweging dat de Koning gerechtigd was de verplichting de veiligheidsgordel te dragen bij koninklijk besluit op te leggen,

terwijl artikel 1 van de Wegverkeerswet bepaalt : « De Koning stelt de algemene reglementen vast betreffende de politie over het verkeer op de wegen van de voetgangers, van middelen van vervoer te land en dieren alsmede van de middelen van vervoer per spoor die de openbare weg gebruiken » ; de bedoelde bepaling van artikel 35 van het Wegverkeersreglement geen betrekking heeft op de politie van het verkeer, maar alleen op de verhouding van de

bestuurder tegenover zichzelf ; de Koning derhalve de hem gedelegeerde machten heeft overschreden zodat de hoven en rechtbanken, krachtens artikel 107 van de Grondwet, het genoemde artikel van het Wegverkeersreglement niet mogen toepassen ;

Overwegende dat de hoven en rechtbanken, naar luid van artikel 107 van de Grondwet, de algemene, provinciale en plaatselijke besluiten en verordeningen slechts toepassen in zoverre zij met de wetten overeenstemmen, en derhalve bevoegd zijn en verplicht om, wanneer een vervolging wegens overtreding van een van die besluiten of verordeningen bij hen aanhangig is gemaakt, na te gaan of zij al dan niet genomen zijn met machtsoverschrijding en, aan de hand van de context ervan of van andere regelmatig overgelegde gegevens, of zij al dan niet genomen zijn met machtsafwending ; dat het hun nochtans niet staat te oordelen over de gepastheid van de te nemen maatregelen en desaan gaande in de plaats te treden van de uitvoerende macht ;

Overwegende dat artikel 1 van de Wegverkeerswet, waarbij aan de Koning de macht is verleend de algemene reglementen vast te stellen betreffende de politie over het verkeer op de wegen, onder meer tot doel heeft de veiligheid van het verkeer te verzekeren ; dat hierin begrepen is de veiligheid van de bestuurders en van de vervoerde personen ;

Overwegende dat artikel 35.1 van het Wegverkeersreglement de veiligheid van de bestuurders van de autovoertuigen en van de vervoerde personen beoogt ;

Dat het arrest derhalve, door te oordelen dat de Koning bij het opleggen van de bekritiseerde maatregel, de hem gedelegeerde machten niet heeft overschreden daar die maatregel de veiligheid van het verkeer op de wegen tot doel heeft, zijn beslissing wettelijk verantwoordt ;

Dat het middel faalt naar recht ;

Over het tweede middel, afgeleid uit de schending van artikel 6 van de Grondwet,

doordat het vonnis eiser veroordeelt zoals gezegd, en hierbij oordeelt dat het bij artikel 35 van het Wegverkeersreglement gemaakte onderscheid tussen de voertuigen die voor of na 15 juni 1968 in het verkeer zijn gebracht geen discriminatie inhoudt tussen de Belgische bestuurders in de zin van artikel 6 van de Grondwet,

terwijl, het genoemde artikel 6 de gelijkheid van de Belgen voor de wet poneert en artikel 35 van het Wegverkeersreglement, door een discriminatie in te voeren tussen de bestuurders, artikel 6 van de Grondwet schendt ;

Overwegende dat het beginsel van de gelijkheid van alle Belgen voor de wet betekent dat al degenen die in gelijke omstandigheden verkeren, op gelijke wijze moeten worden behandeld ; dat dit niet uitsluit dat naar bepaalde categorieën van personen een onderscheid gemaakt wordt, mits dit onderscheid kan worden verantwoord en derhalve niet willekeurig is ;

Overwegende dat het treffen van verschillende regelingen, in verband met de politie over het verkeer op de wegen, naar gelang de bestuurders een autovoertuig besturen dat voor de eerste maal in het verkeer werd gebracht voor dan wel na een bepaalde datum, geenszins met dit beginsel strijdig is, aangezien die regelingen toepasselijk zijn op alle personen die zich, wat de datum betreft waarop het voertuig dat zij op de openbare weg besturen voor het eerst in het verkeer werd gebracht, in een gelijke situatie bevinden ;

Dat het middel niet kan worden aangenomen ;

Over het derde middel, afgeleid uit de schending van de artikelen 5 en 8 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, ondertekend te Rome op 4 november 1950 en goedgekeurd bij de wet van 13 mei 1955,

doordat het vonnis eiser veroordeelt zoals gezegd, op grond dat artikel 35 van het Wegverkeersreglement niet strijdig is met de artikelen 5 en 8 van het genoemde Verdrag,

terwijl de verplichting een veiligheidsgordel te dragen een duidelijke tussenkomst betekent van de overheid in het privé-leven van de individuen ; ieder individu immers het recht heeft zich naar goeddunken te gedragen voor zover hij geen schade aan derden berokkent ; bovendien de bedoelde verplichting de vaardigheid van de bestuurder om zijn voertuig te besturen kan verminderen, met alle noodlottige gevolgen van dien voor hemzelf en voor derden ; die verplichting derhalve strijdig is met de artikelen 5 en 8 van het Verdrag die aan de Staat verbieden tussen te komen derwijze dat de individuen schade zouden lijden ;

Overwegende dat, zo artikel 8, lid 1, van het genoemde Verdrag bepaalt dat een ieder recht heeft op eerbiediging van zijn privé-leven, lid 2 van hetzelfde artikel nochtans de inmenging van het openbaar gezag met betrekking tot de uitoefening van het recht tot eerbiediging van het privé-leven toestaat voor zover bij de wet is voorzien en in een democratische samenleving nodig is onder meer in het belang van de openbare veiligheid en de bescherming van de gezondheid ;

Overwegende dat artikel 35 van het Wegverkeersreglement, dat tot doel heeft de veiligheid van het verkeer op de wegen te verzekeren, met inbegrip van de eigen veiligheid van de bestuurders en van de vervoerde personen, derhalve met de evengenoemde bepaling van het Verdrag geenszins strijdig is ;

Dat artikel 5 van het Verdrag daaraan geen afbreuk doet ;

Dat het middel in zoverre faalt naar recht ;

Overwegende dat, zoals reeds in het antwoord op het eerste middel is gezegd, het aan de hoven en rechtbanken niet staat de gepastheid van de door de uitvoerende macht ter uitvoering van de wet genomen reglementen te beoordelen ; dat deze regel van intern recht in overeenstemming is met de beginselen die in het genoemde Verdrag zijn gehuldigd ;

Overwegende dat hieruit volgt dat het middel dat, in zoverre het ertoe strekt te doen aannemen dat de bij artikel 35 van het Wegverkeersreglement bepaalde maatregel het beoogde doel niet ten goede komt, erop neerkomt de gepastheid van de door de Koning genomen maatregel te doen beoordelen, niet ontvankelijk is ;

Dat het middel niet kan worden aangenomen ;
(...)

NOOT—Zie ook in dit nummer Cass. 11 april 1979 met noot van Paul Lemmens.

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER — 11 APRIL 1979

Voorzitter : baron Richard

Raadsheer-rapporteur : de h. Sace

Advocaat-generaal : de h. Krings

Advocaat : mr. Ansiaux

1. Rechten van de mens — Eerbiediging van het privé-leven — Verkeer — Veiligheidsgordel — 2. Verkeer — Veiligheidsgordel — Wettigheid.

1. De verplichting de veiligheidsgordel te dragen, die bij art. 35.1 Wegverkeersreglement opgelegd is aan de bestuurder en de passagier van de aan het portier grenzende voorzitplaats van de personenauto's, is een door de Koning krachtens de wet vastgestelde maatregel die zijn verantwoording vindt in de noodzaak de veiligheid te waarborgen van de autobestuurders en van de vervoerde personen. Die verplichting is niet strijdig met art. 8 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden.

2. De Koning heeft de hem door de wet toegekende bevoegdheden niet overschreden door de bij art. 35.1 Wegverkeersreglement bepaalde verplichting voor te schrijven.

P.

Gelet op het bestreden vonnis, op 19 december 1978 in hoger beroep gewezen door de Correctionele Rechtbank te Brussel ;

Over het eerste middel afgeleid uit de schending van artikel 97 van de Grondwet en, voor zoveel als nodig, van artikel 35.1 van het koninklijk besluit van 1 december 1975 houdende algemeen reglement op de politie van het wegverkeer,

doordat het vonnis eiser met toepassing van artikel 35.1 van het koninklijk besluit van 1 december 1975 wegens de tenlastelegging C veroordeelt, op de grond «dat beklaagde ten onrechte aanvoert ... dat de verplichting een veiligheidsgordel te dragen een schending is van artikel 8 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, terwijl datzelfde artikel 8, lid 2, de inmenging van het openbaar gezag toestaat in het recht op eerbiediging van, onder meer, het privé-leven, wanneer die inmenging bij de wet is voorzien en een maatregel is die in een democratische samenleving nodig is, onder meer, voor de openbare veiligheid en de bescherming van de gezondheid ; dat zulks ten deze het geval is»,

terwijl eiser in conclusie deed gelden «dat de verplichting een veiligheidsgordel te dragen voor de bestuurder en de passagier van de aan het portier grenzende voorzitplaats van de personenauto's en auto's voor dubbel gebruik die voor de eerste maal in het verkeer werden gebracht vanaf 15 juni 1968, kennelijk een ongeoorloofde inmenging is van

een openbaar gezag in het privé-leven ; dat het iedereen vrijstaat zich naar eigen goedvinden te gedragen, mits hij de anderen niet schaadt ; dat het opleggen van beschermingsmaatregelen die van strikt persoonlijke aard zijn, een ontoelaatbare inmenging is in het privé-leven van het individu, te meer daar de opgelegde beschermingsmaatregel zeker niet zonder gevaar is (zie onder meer J. Spycket, *La ceinture qui tue*, Ed. Pierre Belfont, Parijs) ; dat sterfgevallen bekend zijn, die te wijten waren aan het dragen van de veiligheidsgordel (barsten van de milt, doorsnijden van de halsslagader, brandwonden die de dood teweegbrengen, enz.) ; dat tal van fractures, onder meer van het sleutelbeen, het gevolg zijn van het dragen van die gordel ; dat de verplichting een veiligheidsgordel te dragen des te minder verantwoord is nu die maatregel uit een medisch oogpunt als zeer gevaarlijk wordt beschouwd wanneer er geen hoofdsteen is, vooral nu geen enkele wettelijke bepaling voorschrijft dat een hoofdsteen moet worden aangebracht in de voertuigen die met veiligheidsgordels uitgerust moeten zijn ; dat, nu het dragen van de veiligheidsgordel niet zonder gevaar is, de weggebruikers en zij alleen dienen te beslissen of ze ja dan neen die gordel zullen dragen, aangezien geen enkel gezag een Belgisch burger een verplichting kan opleggen welke voor hem zekere risico's meebringt, terwijl die verplichting daarentegen geen invloed heeft op de veiligheid van anderen en evenmin op de bescherming van hun goederen», en het vonnis door enkel vast te stellen «dat zulks ten deze het geval is», niet antwoordt op het door eiser in zijn conclusie op omstandige wijze uiteengezette verweer :

Overwegende dat eiser in zijn conclusie enerzijds deed gelden dat de verplichting een veiligheidsgordel te dragen een ongeoorloofde inmenging is van een openbaar gezag in het privé-leven, omdat het een beschermingsmaatregel van strikt persoonlijke aard betreft en het iedereen vrijstaat zich naar eigen goedvinden te gedragen mits hij anderen niet schaadt, anderzijds, dat die inmenging van het openbaar gezag des te minder verantwoord is, nu de verplichting de gordel te dragen niet zonder risico is voor hen die deze verplichting moeten nakomen, zonder dat zij niettemin een bescherming biedt ten opzichte van derden ;

Overwegende dat het vonnis enerzijds vermeldt «dat beklagde ten onrechte aanvoert ... dat de verplichting de veiligheidsgordel te dragen een schending is van artikel 8 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, terwijl datzelfde artikel 8, lid 2, de inmenging van het openbaar gezag toestaat in het recht op eerbiediging van, onder meer, het privé-leven, wanneer die inmenging bij de wet is voorzien en een maatregel is die in een democratische samenleving nodig is, onder meer, voor de openbare veiligheid en de bescherming van de gezondheid ; dat zulks ten deze het geval is», en anderzijds, «dat de bij (de wet) aan de Koning toegekende bevoegdheden ook de bevoegdheid omvatten het dragen van de veiligheidsgordel verplicht te stellen, precies met het oog op een grotere verkeersveiligheid voor de weggebruikers zonder dat laatstgenoemden aldus worden vereenzelvigd met de middelen van vervoer zelf ; dat uit statistieken blijkt dat de gordel, ofschoon soms niet vrij van kritiek, een veiligheidsmaatregel voor de weggebruikers is» ;

Overwegende dat het vonnis antwoordt op de in het middel overgenomen conclusie ;

Dat het middel feitelijke grondslag mist ;

Over het tweede middel, afgeleid uit de schending van de artikelen 2 en 8 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, ondertekend te Rome op 4 november 1950 en goedgekeurd bij de wet van 13 maart 1955, en 97 van de Grondwet,

doordat in de beslissing toepassing werd gemaakt van artikel 35.1 van het koninklijk besluit van 1 december 1975,

terwijl de bij dit besluit voorgeschreven maatregel, namelijk het dragen van de veiligheidsgordel, indruist tegen artikel 1 van het Verdrag van 4 november 1950 en beklagde gerechtigd was zich aan de toepassing van die maatregel te onttrekken vanaf het ogenblik dat hij, misschien ten onrechte, oordeelde dat het dragen van die gordel voor hem zekere risico's meebracht terwijl die maatregel anderzijds geen invloed had op de veiligheid of de goederen van anderen (schending van artikel 8 van het Verdrag) :

Overwegende dat krachtens artikel 8, § 2, van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, het openbaar gezag zich mag mengen in de uitoefening van het recht op eerbiediging van het privé-leven, wanneer «die inmenging bij de wet is voorzien en een maatregel is die in een democratische samenleving nodig is voor ... de openbare veiligheid ... (of) de bescherming van de gezondheid ...» ;

Overwegende dat die bepaling aldus voor het openbaar gezag de mogelijkheid open laat beperkingen aan te brengen aan de uitoefening van het in dit artikel 8 neergelegde recht, op voorwaarde dat die inmenging geschiedt overeenkomstig de interne wet en zij onder meer verantwoord is door de noodzaak de veiligheid van de personen te vrijwaren of de gezondheid te beschermen niet alleen van de gehele gemeenschap, maar ook van de afzonderlijke leden van die gemeenschap ;

Overwegende dat de verplichting de veiligheidsgordel te dragen, welke bij artikel 35.1 van het koninklijk besluit van 1 december 1975 opgelegd is aan de bestuurder en de passagier van de aan het portier grenzende voorzitplaats van de personenauto's, een door de Koning krachtens de wet vastgestelde maatregel is welke zijn verantwoording vindt in de noodzaak de veiligheid te waarborgen van de autobestuurders en van de vervoerde personen ; die verplichting derhalve niet strijdig is met artikel 8 van het in het middel aangevoerde Verdrag ;

Dat het middel faalt naar recht ;

Over het derde middel, afgeleid uit de schending van de artikelen 78 en 107 van de Grondwet en 1 van de op 16 maart 1968 gecoördineerde wetten betreffende de politie over het wegverkeer,

doordat, nu de Koning de bevoegdheid niet gekregen heeft maatregelen te nemen die uitsluitend betrekking hebben op de gezondheid van een bestuurder, het op eiser toegepaste artikel 35.1 van het koninklijk besluit van 1 december 1975, onwettelijk is :

Overwegende dat artikel 1 van de op 16 maart 1968 gecoördineerde wetten betreffende de politie over het wegverkeer, waarbij aan de Koning de bevoegdheid wordt toegekend «de algemene reglementen betreffende de politie over het verkeer op de wegen...» vast te stellen, onder meer de veiligheid van het wegverkeer beoogt, welke zowel de veiligheid van de autobestuurders als die van de vervoerde personen omvat ;

Overwegende dat de Koning derhalve de hem door de wet toegekende bevoegdheden niet heeft overschreden door de bij artikel 35.1 van het koninklijk besluit van 1 december 1975 bepaalde verplichting voor te schrijven ;

Dat het middel faalt naar recht ;

(...)

NOOT—*De veiligheidsgordel en het recht op eerbiediging van het privé-leven*

1. Het bovenstaande arrest is het eerste waarin het Hof van Cassatie uitspraak doet over de wettigheid van de verplichting een veiligheidsgordel te dragen. Weliswaar had het Hof reeds op 26 september 1978 uitspraak gedaan in een gordelzaak, maar de wettigheid van de verplichting kwam in dat arrest niet aan bod (*R.W.*, 1978-79, 1670 ; *De Verzekering*, 1978, 247, met noot J.R. ; *Verzekeringswereld*, 1978, 543, met noot E. JAEKEN en G. PUTTEMAN). De betwisting die ten grondslag lag aan het hier besproken arrest, vond in de pers ruime weerklank, vooral omdat de draagplicht in eerste aanleg onwettig werd verklaard (*Pol. Brussel*, 28 september 1978, *Verzekeringswereld*, 1978, 487, met noot E. JAEKEN en G. PUTTEMAN). In hoger beroep werd de verplichting evenwel wettig verklaard (*Corr. Brussel*, 19 december 1978, *Verzekeringswereld*, 1979, 19, met noot E. JAEKEN en G. PUTTEMAN), en het Hof van Cassatie heeft deze beslissing bevestigd.

In zover het onderzochte arrest beslist dat de maatregel binnen de bevoegdheid van de Koning valt, brengt het weinig nieuws. Een dergelijke beslissing was te verwachten, omdat het Hof in het verleden reeds verklaard had dat de verplichting een valhelm te dragen geldig door de Koning kon opgelegd worden. (*Cass.*, 15 december 1969, *R.G.A.R.*, 1972, nr. 8.756 ; *Cass.*, 5 januari 1970, *Arr. Cass.*, 1970, 394 ; *Cass.*, 23 november 1970, *Arr. Cass.*, 1971, 281 ; zie ook *Cass.*, 15 februari 1971, *Arr. Cass.*, 1971, 572 ; *Cass.*, 4 oktober 1971, *Arr. Cass.*, 1972, 134). De beslissing inzake de verenigbaarheid van de gordeldraagplicht met artikel 8 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (hierna : Europees Verdrag) is daarentegen wel nieuw, en vormt het voorwerp van deze noot.

2. Artikel 8.1 van het Europees Verdrag bepaalt dat een ieder het recht heeft op eerbiediging van zijn privé-leven, zijn gezinsleven, zijn huis en zijn briefwisseling. In de problematiek van de veiligheidsgordel speelt enkel het privé-leven een rol.

Het begrip «eerbiediging van het privé-leven» wordt in het Europees Verdrag niet verder gepreciseerd. Het recht op privé-leven is het jongste van de in artikel 8 genoemde rechten, waaruit o.m. volgt dat de inhoud nog geenszins vaststaat. (Voor een overzicht van definities van het begrip «privé-leven», voorgesteld door rechtsleer en rechtspraak, zie J. VELU, «Het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en het recht op eerbiediging van het privé-leven, van de woning en van mededelingen», preadvies, in *Privacy en rechten van de mens. Handelingen van het Derde Internationaal Colloquium over het Europees Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens*, Acco, Leuven, 1974, blz. 29-31, nrs. 23-28. Zie ook A.H. ROBERTSON, «The promotion of human rights by the Council of Europe», *Rev. Dr. Homme*, 1975, 545, 554-556.)

In een resolutie houdende verklaring over de communicatiemedia en de rechten van de mens, omschrijft de Raad-gevend Vergadering van de Raad van Europa het recht op eerbiediging van het privé-leven als volgt : «Le droit au respect de la vie privée consiste essentiellement à pouvoir mener sa vie comme on l'entend avec un minimum d'ingérence.» (Resolutie 428 (1970), *Ann.*, XIII, 61, 65 ; *Rec. Textes*, 1978, 908, 911). Hieruit kan afgeleid worden dat artikel 8 een recht op vrije ontwikkeling van de persoonlijkheid waarborgt, zoals ook beschermd door bijvoorbeeld artikel 2, lid 1, van het Duitse «Grundgesetz». Zulks blijkt echter geenszins uit de rechtspraak van de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens. (Het Europees Hof, van zijn kant, heeft nog niet de gelegenheid gehad zich over de draagwijdte van het begrip «privé-leven» uit te spreken.)

3. In een zaak waarin de IJslandse hondenreglementering aangeklaagd werd, besliste de Commissie weliswaar dat het begrip «eerbiediging van het privé-leven» ruimer is dan enkel het recht op intimiteit, of het recht op een teruggetrokken leven. Volgens de Commissie omvat het recht op privé-leven eveneens, «in een zekere mate», het recht om relaties met andere menselijke wezens op te bouwen en in stand te houden. De relaties met dieren vallen hier echter buiten. (*Besl. ontv.*, 18 mei 1976, verzoekschrift 6825/74, X t. IJsland, *Ann.*, XIX, 342, 370-373 ; *Déc. et Rapp.*, vol. 5, blz. 86, 87.)

In een verslag van de Commissie in een zaak betreffende de Duitse abortuswetgeving, waarvan de besluiten werden overgenomen door het Comité van Ministers van de Raad van Europa, wordt evenwel benadrukt dat het «persoonlijk domein», dat onder de bescherming van het recht op privé-leven valt, grenzen heeft. De Commissie stelt er voorop dat de aanspraken op de eerbiediging van het privé-leven automatisch beperkt worden in de mate dat het individu zelf zijn privé-leven in contact brengt met het openbaar leven, of het in nauw verband brengt met andere beschermde belangen. (Verslag van de Commissie, 12 juli 1977, verzoekschrift 6959/75, Brüggeman & Scheuten t/ Duitse Bondsrepubliek, en Resolutie DH(78)1 van het Comité van Ministers, 17 maart 1978, *Déc. et Rapp.*, vol. 10, blz. 100, 115 ; *EuGRZ*, 1978, 186 en 199, met noot K. ROGGE.)

Met betrekking tot de mate waarin verkeershandelingen onder het recht op privé-leven kunnen ressorteren, zijn twee (summiere) beslissingen van de Commissie relevant. In een eerste beslissing wordt gesteld dat het parkeren van een voertuig op een openbare plaats, niet behoort tot het privé-leven. (*Besl. ontv.*, 26 mei 1975, verzoekschrift 6170/73, Van den Noort t/ Nederland, *N.J.*, 1975, nr. 508, blz. 1618, met noot Th. W. v. V.) In een andere beslissing had de Commissie zich uit te spreken over de verenigbaarheid van de verplichting een valhelm te dragen met artikel 8. De Commissie verwierp de klacht, om de volgende reden : «Although the terms 'private life' are rather vague and cover a large legal field, any prescription concerning such a public activity as motor-cycling, falls clearly outside the scope of this provision.» (*Besl. ontv.*, 13 maart 1975, verzoekschrift 6454/74, X t. Verenigd Koninkrijk, onuitg.)

Het komt ons voor dat uit deze rechtspraak mag afgeleid worden dat de Commissie niet geneigd zou zijn de verplichting een veiligheidsgordel te dragen, te beschouwen als een inmenging in het recht op eerbiediging van het privé-leven. (Tot dezelfde conclusie, maar dan m.b.t. het Amerikaans recht, komt A. MILLER, *Legality under the*

U.S. Constitution of state legislation requiring use of safety belts, American Safety Belt Council, s.d., blz. 3.)

4. Ik kan mij met de beperkte interpretatie van de Europese Commissie moeilijk verenigen. Indien het al dan niet dragen van een veiligheidsgordel een uiting is van een zekere levensstijl, die gekenmerkt wordt door het opnemen van risico's, dan verdient die levensstijl principieel de eerbiediging die aan het recht op privé-leven toekomt. (Zie verder : L. TRIBE, *American Constitutional Law*, Foundation Press, Minneola, N.Y., 1978, blz. 938.) Ik ben mij ervan bewust dat een dergelijke ruime interpretatie van het begrip «recht op eerbiediging van het privé-leven» dit recht bijna doet ineenvloeien met het begrip «vrijheid» zelf. (Zie J. VELU, *op cit.*, blz. 30, nr. 25.) Dit lijkt mij echter geen bezwaar, vooral daar de in het Europees Verdrag beschermde rechten en vrijheden noodzakelijk uitgaan van de vrijheid van het individu (vgl. *R.P.D.B.*, tw. «Liberté individuelle», Brussel-Parijs, s.d., blz. 589, nr. 4 ; G. DOR en A. BRAAS «La Constitution», in *Novelles, Lois politiques et administratives*, II, Brussel, 1935, blz. 66, nr. 106), doch deze vrijheid als zodanig niet uitdrukkelijk door het Verdrag beschermd wordt. (Artikel 5.1 verzekert wel aan een ieder het recht op «persoonlijke vrijheid», doch deze bepaling wordt beperkt geïnterpreteerd. Volgens de Europese Commissie beschermt zij het individu slechts tegen onregelmatige aanhoudingen. Zie bijvoorbeeld besl. ontv., 29 mei 1972, verzoekschrift 5058/71, X t/ Duitse Bondsrepubliek, *Rec. Déc.*, vol. 40, blz. 80 ; besl. ontv., 16 juli 1976, verzoekschriften 5573/72 en 5670/72, Adler e.a. & Bivas t/ Duitse Bondsrepubliek, *Ann.*, XX, 102, 146-147 ; *Déc. et Rapp.*, vol. 7, blz. 8, 26 ; besl. ontv., 15 december 1977, verzoekschrift 6699/74, X t/ Duitse Bondsrepubliek, *Déc. et Rapp.*, vol. 11, blz. 16, 25. Zie ook Cass. 24 mei 1976, *Ann.*, XX, 710 ; *Arr. Cass.*, 1976, 1053 ; *Pas.*, 1976, I, 1014, met conclusie advocaat-generaal BALLET.)

5. Het Hof van Cassatie heeft zich met deze kwestie niet ingelaten. Het Hof heeft integendeel onmiddellijk de verenigbaarheid van de maatregel met de volgens artikel 8.2 toegelaten beperkingen onderzocht. Of het Hof van Cassatie stilzwijgend aanvaardt dat de maatregel principieel wél onder de toepassing valt van artikel 8.1, m.a.w. een «inmenging» is in het recht op eerbiediging van het privé-leven, kan uit het arrest niet afgeleid worden.

6. Opdat een inmenging van een openbaar gezag in het recht op eerbiediging van het privé-leven toegelaten zou zijn, moet deze, zoals het arrest opmerkt, bij de wet zijn voorzien, en in een democratische samenleving nodig zijn in het belang van 's lands veiligheid («sécurité nationale», «national security»), de openbare veiligheid («sûreté publique», «public safety»), of het economisch welzijn van het land, de bescherming van de openbare orde en het voorkomen van strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden, of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen. (Artikel 8.2 van het Europees Verdrag.)

Eerste voorwaarde is dat de maatregel bij de wet is voorgeschreven. Waar aanvankelijk twijfel mogelijk was over de betekenis van het begrip «wet» in deze context (zie J. DE MEYER, *La Convention européenne des Droits de l'Homme et le Pacte international relatif aux Droits civils et politiques*, U.G.A., Heule, 1969, blz. 79-81), beschikken we thans over een vrij uitgebreide jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, die deze twijfel

grotendeels, zo niet volledig heeft opgeheven.

In een recent arrest heeft het Hof beslist dat de woorden «bij de wet voorzien» onder meer twee voorwaarden inhouden : enerzijds moet de norm voldoende toegankelijk zijn voor de rechtsonderhorigen, anderzijds moet zij met een voldoende graad van precisie zijn geformuleerd, zodat zij aan de rechtsonderhorigen toelaat hun gedrag te regelen. (Arrest van 26 april 1979 in de zaak *Sunday Times*, gestencilde uitgave, Strasbourg, § 49.) Het Hof hanteert derhalve een soort materieel wetsbegrip, waartoe het niet alleen wetten in formele zin rekent (arrest van 8 juni 1976 in de zaak *Engel e.a.*, *Publ. Cour*, reeks A, vol. 22, blz. 40, § 96 ; arrest van 7 december 1976 in de zaak *Handyside*, *Publ. Cour*, reeks A, vol. 24, blz. 21, § 44 ; arrest van 6 september 1978 in de zaak *Klass e.a.*, gestencilde uitgave, Strasbourg, § 43), maar ook een koninklijk besluit (arrest van 18 juni 1971 in de zaak *De Wilde, Ooms en Versyp*, *Publ. Cour*, reeks A, vol. 12, blz. 45, § 93), een ministerieel besluit (arrest van 21 februari 1975 in de zaak *Golder*, *Publ. Cour*, reeks A, vol. 18, blz. 21, § 45), en zelfs een ongeschreven regel uit het common law (arrest van 26 april 1979 in de zaak *Sunday Times*, geciteerd, §§ 46-53). Het is derhalve duidelijk dat de maatregel, voorgeschreven bij artikel 35.1 van het koninklijk besluit van 1 december 1975 houdende algemeen reglement op de politie van het wegverkeer, voldoet aan deze eerste voorwaarde.

7. Daarnaast moet de genomen maatregel ook «in het belang» zijn van een van de limitatief opgenoemde waarden. Het Hof van Cassatie aanvaardt in de onderzochte beslissing dat de verplichting een veiligheidsgordel te dragen, in het belang is van de openbare veiligheid en de bescherming van de gezondheid.

Deze begrippen werden door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens nog niet geïnterpreteerd, al heeft het Hof wel reeds beslist — in twee moeilijk met elkaar te verenigen arresten — dat, enerzijds, een controle op de briefwisseling van een landloper in het belang van o.m. de gezondheid kon zijn (!) (arrest van 18 juni 1971 in de zaak *De Wilde, Ooms en Versyp*, geciteerd, blz. 45, § 93), doch dat, anderzijds, een verbod van briefwisseling tussen een gedetineerde en zijn advocaat niet kon worden gerechtvaardigd door een beroep op o.m. de openbare veiligheid (arrest van 21 februari 1975 in de zaak *Golder*, geciteerd, blz. 22, § 45).

8. Wat met «openbare veiligheid» bedoeld wordt, is geenszins duidelijk. De Commissie lijkt dit begrip bijna gelijk te stellen met nationale veiligheid, of het voorkomen van strafbare feiten. (Zie bijvoorbeeld besl. ontv., 4 februari 1970, verzoekschrift 3603/68, X t/ Duitse Bondsrepubliek, *Ann.*, XIII, 332, 338-339 ; *Rec. Déc.*, vol. 31, blz. 48, 50 ; besl. ontv., 16 maart 1970, verzoekschrift 4121/69, X t/ Duitse Bondsrepubliek, *Ann.*, XIII, 772, 778-779 ; *Rec. Déc.*, vol. 33, blz. 23, 26 ; besl. ontv., 5 oktober 1972, verzoekschrift 5229/71, X t/ Verenigd Koninkrijk, *Rec. Déc.*, vol. 42, blz. 140, 141). In de rechtsleer werd ook verwezen naar noodgevallen, zoals brand, overstroming, of andere natuurrampen. (S. STRÖMHOLM, *Right of privacy and rights of personality*, P.A. Norstedt & Söners Förlag, Stockholm, 1967, blz. 144-145, nr. 94 ; J. VELU, *op. cit.*, blz. 64, nr. 106). Alleszins lijkt het hier om de bescherming van collectieve belangen te gaan. (U. HOFMANN-REMY, *Die Möglichkeiten der Grundrechtseinschränkung nach den Art. 8-11 Abs. 2 der Europäischen Menschenrechtskonvention*, *Schriften zum Völkerrecht*, Bd. 49, Duncker &

Humblot, Berlijn, 1976, blz. 33 ; M.C. BURKENS, *Beperking van grondrechten*, Kluwer, Deventer, 1971, blz. 78.)

Het lijkt mij betwistbaar de zogenaamde «verkeersveiligheid» onder dit begrip te rekenen. A fortiori geldt deze betwistbaarheid t.a.v. de bescherming van de individuele bestuurder of passagier, die beoogd wordt door de verplichting de veiligheidsgordel te dragen. (Zie echter, in dezelfde zin als het besproken cassatiearrest : Pol. Wolvertem, 28 januari 1977, nr. P.2568, onuitg., bevestigd door Corr. Brussel, 23 maart 1977, nr. 2458, onuitg. ; Krijgsr. Brussel, 27 november 1978, in zake M., onuitg.) Tégen de opvatting waarbij de bescherming van de individuele bestuurder zou kunnen worden beschouwd als een vorm van bescherming van de «openbare veiligheid», kan een tekstargument aangevoerd worden : het woord «openbare» zou in dat geval niet veel zin meer hebben (G. MORANGE, «Réflexions sur la notion de sécurité publique — A propos d'une prescription contestée de la police de la circulation : l'obligation du port de la ceinture de sécurité», *D.*, 1977, Chron., 61, 63.)

9. De «gezondheid» is meermaals het voorwerp geweest van verzoekschriften voor de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens. Volgens de Commissie hebben de woorden «bescherming van de gezondheid» niet alleen betrekking op de bescherming van de algemene gezondheid van de gemeenschap als een geheel, maar ook op de bescherming van de gezondheid van haar individuele leden. (Besl. ontv., 10 april 1961, verzoekschrift 911/60, X t/ Zweden, *Ann.*, IV, 198, 216-217 ; *Rec. Déc.*, vol. 7, blz. 7, 18 ; besl. ontv., 23 mei 1966, verzoekschrift 2516/65, X t/ Duitse Bondsrepubliek, *Ann.*, IX, 436, 456-457 ; *Rec. Déc.*, vol. 20, blz. 28, 39 ; besl. ontv., 6 februari 1968, verzoekschrift 2822/66, X t/ Duitse Bondsrepubliek, *Ann.*, XI, 406, 410-411 ; *Rec. Déc.*, vol. 26, blz. 42, 45. Zie voor een recente Belgische beslissing in die zin, i.v.m. het verbod alcoholische dranken te houden : Corr. Verviers, 21 december 1977, *J.T.*, 1978, 195.)

De Commissie heeft ook geoordeeld dat maatregelen die de gezondheid van (alleen) de betrokkene zelf beogen, gerechtvaardigde beperkingen kunnen zijn aan een of ander grondrecht. Zulks blijkt onder meer uit een beslissing over een verzoekschrift van een Indiër, die zich erover beklagde dat de verplichting een valhelm te dragen, een inbreuk vormde op zijn godsdienstvrijheid, nu een religieuze regel hem oplegde een tulband te dragen. De Commissie wees deze klacht af, op grond dat de verplichting een valhelm te dragen een noodzakelijke veiligheidsmaatregel is, en derhalve gerechtvaardigd in het belang van de gezondheid. (Besl. ontv., 12 juli 1978, verzoekschrift 7992/77, X t/ Verenigd Koninkrijk, onuitg.) In dezelfde zin sprak ook de Nederlandse Hoge Raad zich uit. (H.R., 20 september 1976, *Ann.*, XX, 781 ; met conclusie advocaat-generaal KIST, *N.J.*, 1977, nr. 28 ; H.R., 8 november 1977, met conclusie advocaat-generaal KIST en noot Th. W. v. V., *N.J.*, 1978, nr. 117 ; zie ook conclusie advocaat-generaal REMMELINK bij H.R., 22 juni 1976, *N.J.*, 1977, nr. 27.) Het Hof van Cassatie sluit zich in het besproken arrest bij deze rechtspraak aan.

10. Tegen deze rechtspraak kunnen bezwaren geformuleerd worden van extra-juridische aard. Indien men de overheid toelaat mensen te dwingen zich om hun eigen veiligheid, gezondheid of geluk te bekommeren, kent men aan die overheid een wel erg paternalistische rol toe. (Zie hierover o.m. het merkwaardig opstel van prof. H.U. JES-

SURUN D'OLIVEIRA, «Vadertje Staat en de veiligheids-gordels», *N.J.B.*, 1973, 1053.) Met deze opvatting over de rol van de staat kan ik mij moeilijk verenigen, en als zodanig vind ik de gordeldraagplicht een vorm van aantasting van de persoonlijke vrijheid. Binnen de huidige — Belgische en Europese — rechtsorde moet echter vastgesteld worden dat aan de staat inderdaad een dergelijke rol wordt toegekend. Binnen dat juridisch kader is de gordeldraagplicht derhalve volkomen wettig. Hierop kom ik in de conclusie nog terug.

11. In de zaak die aan het Hof van Cassatie werd voorgelegd, betwistte de beklaagde de bevordering van de gezondheid door de gordeldraagplicht, wegens de mogelijkheid van nadelige gevolgen. Wetenschappelijk is inderdaad vastgesteld dat in een (weliswaar relatief klein) aantal gevallen, afhankelijk van de aard van het ongeval, het dragen van de veiligheidsgordel verwondingen of zelfs de dood tot gevolg kan hebben. (Zie bijvoorbeeld K. ENGELS, «Die Nebenwirkungen der Gurtanlagepflicht», *Technische aspecten der verkeersveiligheid*, vol. 64, 1975, blz. 4.1-18 ; H. JAGUSCH, «Erneuerte Strassenverkehrs-Ordnung», *N.J.W.*, 1976, 135, 137 ; ROUSSEAU, «Bilan du port obligatoire de la ceinture de sécurité — Influence sur la réparation du dommage corporel», in *Bilan du port obligatoire de la ceinture de sécurité, Actes du XXXVe Congrès international de langue française de médecine légale et de médecine sociale (Dijon, 11-14 mai 1977)*, vol. III, ongenummerde bladzijden.) Het in een der cassatiemiddelen geciteerde pamflet van J. SPYCKET (*La ceinture qui tue ...*, N.O.É., Paris, 1975) gaat uit van deze vaststelling om een frontale aanval tegen de gordeldraagplicht te richten. In kleurrijke bewoordingen zegt de auteur onder meer : «Comme il est impossible de prévoir le genre d'accident dont on risque d'être victime, il est impossible de prévoir quand, ou si, on a intérêt à boucler sa ceinture. C'est là une décision grave en vérité, wui peut être lourde de conséquence, mais dans les deux sens : le port ou le non-port de la ceinture est en fait une redoutable loterie, dont le gros lot peut être tout aussi bien, dans l'un et l'autre cas, la vie ou la mort.» (Blz. 72). (Zie ook : G. MORANGE, art. cit., 65 ; *idem*, noot bij Cass. fr., 16 maart 1977, *D.*, 1977, Jur., 469 ; K. STREICHER, «Gurtanlagezwang — Grundrechtsverletzung ?», *N.J.W.*, 1977, 282, 283 ; H. JAGUSCH, «Der Sicherheitsgurt — Nutzen und Zumutung», *N.J.W.*, 1977, 940 ; C. LARROUMET, «Jurisprudence en matière de responsabilité civile», *D.*, 1978, Inf. rap., 29, 31.)

Het Hof van Cassatie antwoordt erg ontwijkend op de stelling van de beklaagde. Het stelt zonder meer vast dat de draagplicht gerechtvaardigd is door de noodzaak de veiligheid van de autobestuurders en passagiers te verzekeren. Over de negatieve aspecten van de veiligheidsgordel wordt niet gesproken.

12. Deze negatieve aspecten werden daarentegen wel behandeld in vonnissen van de Correctionele Rechtbank te Brussel en de Politie-rechtbank te Namen. Voor de Correctionele Rechtbank te Brussel had de beklaagde aangevoerd dat de veiligheidsgordel een gevaar was voor zijn leven, en dat de verplichting derhalve een schending van artikel 3 van het Europees Verdrag (recht op leven) uitmaakte. De rechtbank erkende dat de gordel bij een verkeersongeval soms een nadeel voor de drager kon betekenen. De verschoningsgrond van de beklaagde werd evenwel afgewezen, om de volgende redenen : «Dat men hieruit niet mag besluiten dat de nadelen groter zouden zijn dan de

voordelen ; dat ware dit werkelijk het geval geweest de wetgever ten eerste deze verplichting niet opgelegd zou hebben en ten tweede ze reeds lang zou hebben ingetrokken indien de statistieken zouden hebben bewezen dat het dragen van de veiligheidsgordel meer gevaar dan voordeel voor de drager ervan zou medebrengen» (Corr. Brussel, 23 maart 1977, nr. 2458, onuitg.). In hoeverre de laatst geciteerde overweging een voorbeeld is van behoorlijke controle van een overheidsmaatregel door de rechter zelf, dient hier niet besproken te worden. Anderzijds verklaarde de Politie rechtbank te Namen dat de uitzonderlijke schadelijke gevolgen geen afbreuk konden doen aan de wettelijkheid van de verplichting, omdat de statistieken aantoonde dat de gordel «oneindig» méér mensen redde dan doodde (Pol. Namen, 16 september 1977, «*Pas.*, 1977, III, 60 ; *J.T.*, 1978, 232 ; *Jur. Liège*, 1977-78, 95).

De door deze rechtbanken gehanteerde formule — een afwegen van voor- en nadelen — ligt in de lijn van het befaamde cassatiearrest van 26 april 1963 i.v.m. de verplichte koepokinentingen. (*Pas.*, 1963, I, 905 ; *R.C.J.B.*, 1963, 116, met noot J. DABIN ; *R.W.*, 1963-64, 287 ; *R.G.A.R.*, 1964, nr. 7180.) Zoals men weet, had zulk een inenting de zwakzinnigheid van een kind teweeggebracht. De ouders vorderden schadevergoeding van de staat, doch het Hof van Cassatie besliste dat de staat geen fout in de zin van de artikelen 1382 en 1383 van het Burgerlijk Wetboek ten laste gelegd kon worden. Het Hof overwoog daarbij «dat de omstandigheid dat de gelaste maatregel in erge mate schadelijke gevolgen zou kunnen met zich brengen in sommige gevallen welke, in de huidige staat der medische wetenschap, vóór de inenting niet ontdekt kunnen worden, de Koning niet noodzakelijk ertoe verplicht deze maatregel niet voor te schrijven zo het algemeen belang zulk voorschrijven vraagt ; dat hieruit, dat in het publiek en in medische kringen bezwaren zijn geuit, niet tegen de inenting zelf maar tegen haar verplicht karakter, behalve in tijden van epidemie, blijkt, noch dat die bezwaren gegrond zijn, noch dat de uitvoerende macht een fout begaan heeft door deze maatregel voor te schrijven na het advies van de Hoge Gezondheidsraad ingewonnen te hebben.»

Uit het koepokarrest — dat weliswaar naar aanleiding van een aansprakelijkheidsvordering werd gewezen, niet naar aanleiding van de toetsing van een maatregel aan het Europees Verdrag — blijkt dat een maatregel die over het algemeen positieve gevolgen heeft, niet noodzakelijk onwettig is, indien er schadelijke neveneffecten aan verbonden zijn. Raadsheer Delva heeft er (i.v.m. het aansprakelijkheidscontentieux) terecht op gewezen dat de nadelen evenwel niet buiten verhouding mogen zijn tot de voordelen : «Alles is kwestie van maat, vooruitzicht en voorzichtigheid» (J. DELVA, «Civielrechtelijke aspecten van de overheidsaansprakelijkheid», *R.W.*, 1977-78, 2343, 2393-2396, vooral 2395). Ik meen dat dezelfde toetssteen ook mag aangewend worden bij de beoordeling of een maatregel «in het belang van de gezondheid» is, in de zin van artikel 8.2 van het Europees Verdrag. M.a.w., een maatregel kan in het belang van de gezondheid (van een individu) zijn, zelfs indien hij in bepaalde gevallen schadelijk zou blijken. Zulks lijkt mij het geval in verband met de veiligheidsgordel.

13. Deze conclusie dwingt echter tot een complementaire bedenking. Een aantal buitenlandse auteurs pleiten voor een mogelijkheid van schadeloosstelling door de overheid van de bestuurders of passagiers die wegens het

dragen van de veiligheidsgordel schadelijke gevolgen hebben geleden. (Zie G. MORANGE, art. cit., 64 ; J.L. DOREY & M. BAUD, «L'obligation du port de la ceinture de sécurité — Analyses juridique et jurisprudentielle», in *Bilan du port obligatoire de la ceinture de sécurité*, op. cit., ongenummerde bladzijden ; C. LARROUMET, art. cit., 31.) Deze eis is gerechtvaardigd. Het koepokarrest lijkt in België een schadevergoeding op grond van artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek, m.a.w. gebaseerd op een fout van de overheid, echter uit te sluiten. De enige mogelijkheid van schadeloosstelling ligt derhalve in een herstelvergoeding wegens buitengewone schade, toe te kennen door de Raad van State. (Artikel 11 van de gecoördineerde wetten van 12 januari 1973 op de Raad van State. Zie ook noot 4 onder Cass., 26 april 1963, *Pas.*, 1963, I, 1905.)

14. Terloops zij hier opgemerkt dat het Hof van Cassatie geen beroep heeft gedaan, ter rechtvaardiging van gordeldraagplicht, op de kosten die ten laste van de gemeenschap vallen, indien een ongeval zich voordoet. Dit argument wordt nochtans vaak ingeroepen. (Zie bijvoorbeeld : H.R., 20 september 1976, *Ann.*, XX, 781 ; met conclusie advocaat-generaal KIST, *N.J.*, 1977, nr. 28 ; conclusie advocaat-generaal REMMELINK bij H.R., 22 juni 1976, *N.J.*, 1977, nr. 27 ; Pol. Albertville, 2 mei 1978, *D.*, 1978, Jur., 429, met noot G. MORANGE ; R. POTÉ, «Een betreurenswaardig vonnis», *Gazet van Antwerpen*, 27 oktober 1978 ; *State Safety Belt Use Laws and Due Process*, U.S. Department of Transportation, 1974, blz. 2.)

Terecht werd dit argument echter niet in aanmerking genomen, nu het ging om de toetsing van een individuele maatregel aan een grondrecht. Elke vrijheid moet immers betaald worden. (Zie K. STREICHER, «Gurtanlagezwang — Grundrechtsverletzung ?», *N.J.W.*, 1977, 282, 284.) De vraag of die prijs in sommige gevallen niet te hoog is, behoort tot de politieke overwegingen. Deze vraag binnenbrengen in de discussie over de verenigbaarheid van een maatregel met een grondrecht, is de (juridische) discussie vervalsen. (Vgl. H.U. JESSURUN D'OLIVEIRA, art. cit., 1057.)

Overigens kan men zich afvragen of de lasten voor de gemeenschap hun rechtstreekse oorzaak wel vinden in het ongeval — en het niet-dragen van de veiligheidsgordel —, dan wel in het wettelijk systeem van collectieve voorzieningen. (In die zin : G. MORANGE, art. cit., 65-66, die voorstelt de «socialisering» van de bewust genomen risico's af te schaffen.) Op deze kwestie kunnen we hier niet verder ingaan.

15. Opdat de genomen maatregel verenigbaar zij met artikel 8 van het Europees Verdrag, moet hij ten slotte «nodig» zijn in het belang van de gezondheid. (Over de betekenis van deze term, zie arresten van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens van 7 december 1976 in de zaak Handyside, geciteerd, blz. 22, § 48, en van 26 april 1979 in de zaak Sunday-Times, geciteerd, § 59.) (De voorwaarde dat deze noodzaak moet worden beoordeeld volgens de maatstaven «in een democratische samenleving» mag hier buiten beschouwing gelaten worden. De veiligheidsgordel komt op generlei wijze in conflict met de democratische grondslagen van een gemeenschap.) Het onderzochte arrest neemt impliciet aan dat deze «noodzaak» aanwezig is.

In dit verband kan nochtans de vraag gesteld worden, of het «nodig» is, de verplichting de veiligheidsgordel te dragen, te voorzien van een strafsancie. In Duitsland en Oos-

tenrijk bijvoorbeeld is zulks niet het geval. (Duitsland : § 21 a I Strassenverkehrs-Ordnung ; Oostenrijk : 3. Kraftfahrzeuggesetz-Novelle van 7 juli 1976, Art. III.) De verplichting wordt er enkel civielrechtelijk gesanctioneerd, met name door het toewijzen van een gedeelte van de aansprakelijkheid aan het slachtoffer zelf, dat geen veiligheidsgordel droeg. (Zulks is thans in België uiteraard óók het geval, nu de strafrechtelijke fout een civiele fout uitmaakt. Natuurlijk is wel vereist dat het oorzakelijk verband wordt aangetoond tussen het niet-dragen van de veiligheidsgordel, en de schade, zoals ze zich in concreto heeft voorgedaan. Zie i.v.m. de burgerlijke aspecten van de veiligheidsgordel, zowel vóór als na het invoeren van de draagplicht : Corr. Tournai, 15 oktober 1975, *Verzekeringswereld*, 1976, 495, met noot H. THYS ; R.G.A.R., 1976, nr. 9.589 ; Krijgsh., 22 juni 1976, in zake W., onuitg. ; Corr. Arlon, 28 juni 1976, *Jur. Liège*, 1976-77, 11 ; *Rev. rég. dr.*, 1977, 136, met noot M. DERENNE ; Corr. Turnhout, 11 augustus 1976, *R.W.*, 1976-77, 735 ; Hof Brussel, 20 januari 1977, *R.W.*, 1978-79, 2454 ; Pol. Hoei, 20 juni 1977, *das Journal*, 1978, 13 ; Kh. Antwerpen, 16 september 1977, *Verzekeringswereld*, 1977, 539, met noot H. THYS ; Krijgsh. Luik, 12 december 1977, in zake D., onuitg. ; Corr. Verviers, 20 december 1977, *Jur. Liège*, 1977-78, 130 ; Krijgsh., 21 december 1977, *DAS Journal*, 1978, 13 ; Corr. Hoei, 16 februari 1978, *Jur. Liège*, 1977-78, 210 ; R.G.A.R., 1979, nr. 10.026 ; Corr. Luik, 12 februari 1979, *Jur. Liège*, 1978-79, 244 ; A.G. MERTENS, «De aansprakelijkheid van de gordellozen», *Verzekeringswereld*, 1978, 179 ; E. JAEKEN en G. PUTTEMAN, «Beschouwingen omtrent de draagplicht van de veiligheidsgordel», *Verzekeringswereld*, 1978, 337 ; P.J.P. TAK, «Nog meer over auto-gordels», *Verzekeringswereld*, 1978, 433.) Het kan niet ontkennd worden dat de civielrechtelijke sanctie «milder» is dan de strafrechtelijke. (Zie S. KNIPPEL, «Gurtanleggezwang — kein Grundrechtsproblem», *N.J.W.*, 1977, 939, 940.)

Ik sluit mij volkomen aan bij de stelling van Morange, dat de civielrechtelijke sanctie de enige sanctie zou mogen zijn. (G. MORANGE, *art. cit.*, 66 ; zie ook H. U. JESSURUN D'OLIVEIRA, *art. cit.*, 1062-1064). Deze sanctie komt trouwens het best overeen met het risico-kenmerk, dat aan het dragen of niet-dragen van de veiligheidsgordel is verbonden.

Het is echter weinig waarschijnlijk dat de strafsancie zou worden beschouwd als een maatregel die de evenredigheidsperken te buiten gaat. Aan de staten, d.w.z. de nationale overheden, wordt door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens immers een ruime «appreciatiemarge» toegekend in de keuze van de middelen om het doel (in casu de bescherming van de gezondheid van de weggebruiker) te bereiken. (Arrest van 18 juni 1971 in de zaak De Wilde, Ooms en Versyp, geciteerd, blz. 45, § 93 ; arrest van 21 februari 1975 in de zaak Golder, geciteerd, blz. 21-22, § 45 ; arrest van 6 september 1978 in de zaak Klass e.a., geciteerd, § 49 ; vgl., i.v.m. artikel 10.2 : arrest van 8 juni 1976 in de zaak Engel e.a., geciteerd, blz. 41-42, § 100 ; arrest van 7 december 1976 in de zaak Handyside, geciteerd, blz. 22, § 48 ; arrest van 26 april 1979 in de zaak Sunday Times, geciteerd, § 59.) Het is niet onredelijk te stellen dat een civiele sanctie weinig of geen invloed zou hebben op het effectieve rijgedrag. (Zie A. TUNC, noot bij Corr. Grenoble, 13 juni 1973, *J.C.P.*, 1973, II, 17553 ; *idem*, noot bij Hof Bourges, 28 novem-

ber 1974, *J.C.P.*, 1975, II, 18024.) De strafsancie komt derhalve voor als een middel om de effectiviteit van de verplichting te bevorderen.

16. Bij wijze van besluit zij nogmaals gesteld dat de veiligheidsgordel kan worden gezien als een inmenging in de persoonlijke vrijheid, meer bepaald in het recht op eerbiediging van het privé-leven. Binnen de heersende rechtsorde, die gebaseerd is op het bestaan van een welvaartsstaat die niet alleen zorgt voor het «algemeen» welzijn, maar zelfs de individuen oplegt te zorgen voor hun «individueel» welzijn — tegen wil en dank —, is die «inmenging» echter geen «inbreuk», m.a.w. druist zij niet in tegen een grondrecht.

De steeds groeiende overheidsinmenging werpt ongetwijfeld vruchten af op zekere gebieden, maar maakt de burgers ook meer en meer onmondig. In dit opzicht is de veiligheidsgordel een duidelijke illustratie : de burgers worden behandeld als kinderen, die door de staat tegen zichzelf beschermd worden. Ik kan mij niet van de indruk ontdoen dat dit een ontwikkeling is, die niet zonder gevaar is. Vandaag is het de veiligheidsgordel, morgen is het een andere maatregel. Geleidelijk worden meer en meer activiteiten gereguleerd, verboden of opgelegd. Dreigt hierdoor niet het initiatief van het individu beknot te worden ? Draagt overigens niet elk experiment of initiatief een vorm van risico in zich ? Waar ligt de grens ?

Paul Lemmens
Vrij assistent K.U. Leuven

HOF VAN BEROEP TE BRUSSEL

1e bis KAMER — 30 APRIL 1979

Voorzitter : de h. Thiry

Raadsheren : de hh. Wynant en Van Malderen

Advocaten : mrs. De Monthiere en Joris loco Houtekier

1. Vergoedingspensioen — Schade veroorzaakt aan een militair gedurende of ingevolge de legerdienst — Toekenning van een militair vergoedingspensioen — Geen gemeenschappelijke schadevergoeding — 2. Onrechtmatige overheidsdaad — a) Vergissing in de interpretatie van een wettekst — Criterium — b) Verstrekken van inlichting of advies — Inspanningsverbintenis — c) Verkeerde inlichtingen — Voorwaarden voor aansprakelijkheid.

1. De eis tot schadeloosstelling tegen de Belgische Staat op grond van artikel 1382 B.W. tot vergoeding van de schade aan een militair veroorzaakt gedurende of ingevolge de legerdienst, is niet toelaatbaar wanneer een vergoedingspensioen werd toegekend.

2. a) Een vergissing in de interpretatie van een wettekst maakt slechts een fout uit wanneer een normaal voorzichtig en aandachtig ambtenaar in dezelfde omstandigheden ze niet zou hebben begaan.

b) Wanneer het bestuur een inlichting of advies verstrekt, is het enkel gebonden door een inspanningsverplichting, d.i. de verplichting hieraan de zorg te besteden, die van een normaal voorzichtig en verstandig mens normaal mag verwacht worden.

c) *Het geven van een verkeerde inlichting of verslag is geen fout, maar kan een fout worden, wanneer zij het gevolg is van een gebrek aan ernstig onderzoek of wanneer ze wordt gegeven zonder de onzekerheid ervan aan te wijzen.*

C. en D. t/ Belgische Staat,
minister van Landsverdediging

Overwegende dat op grond van pertinente motieven waarmee het hof instemt, de eerste rechter terecht de eerste vordering niet toelaatbaar, en de tweede vordering niet gegrond oordeelde en beide vorderingen wegens samenhang samenvoegde, als betrekking hebbende op het dodelijk ongeval, overkomen aan C. Alfons, respectievelijk zoon en broer van appellanten, bij legeroefeningen te Nohn (Duitsland) op 9 september 1970 ;

Overwegende dat het kwestieus vergoedingspensioen werd toegekend met toepassing van de bij besluit van de Regent van 5 oktober 1948 gecoördineerde wetten op de vergoedingspensioenen en bij wet van 9 maart 1953 houdende sommige aanpassingen inzake militaire pensioenen ; dat luidens artikel 4, § 1, van laatst genoemde wet de wetbepalingen inzake vergoedingspensioenen welke zich in vredetijd na 25 augustus 1947 hebben voorgedaan, toepasselijk zijn ;

Dat onder de aldus bedoelde wetbepalingen het laatste lid voorkomt van artikel 1 van de bij besluit van 5 oktober 1948 gecoördineerde wetten, dat luidt als volgt : «Al de krachten deze wet verleende pensioenen en toelagen zijn een forfaitaire vergoeding, waardoor de toekenning van om het even welke andere vergoeding voor hetzelfde feit uitgesloten wordt» ;

Overwegende dat niet betwist wordt dat het schade-toebrengende feit zich gedurende of ingevolge de dienst heeft voorgedaan ;

Dat de aansprakelijkheid hiervan door geïntimeerde niet betwist wordt en overigens vastgesteld werd bij vonnis van 18 juni 1973 van voormelde rechtbank, waartegen geen hoger beroep werd aangekend ;

Overwegende dat de eis tot schadeloosstelling op grond van artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek ingesteld tegen geïntimeerde, tot vergoeding van de schade, aan een militair veroorzaakt gedurende of ingevolge de legerdienst niet toelaatbaar is wanneer een vergoedingspensioen toegekend werd (Cass., 2 september 1955, *Pas.*, 1955, I, 1276 ; Cass., 25 oktober 1955, *Pas.*, 1956, I, 256 ; Cass., 27 juni 1969, *R.G.A.R.*, 1970, 8360 ; Hof Brussel, 8 april 1968, *Pas.*, 1968, II, 196 ; Hof Brussel, 2 maart 1972, *R.W.*, 1972-73, 957 ; J. Ronse, *Schade en schadeloosstelling*, A.P.R., nr. 596 ;

Overwegende dat appellanten het vergoedingspensioen aanvroegen op 8 oktober 1970 ; dat zij in hun brief van 12 januari 1971 lieten weten dat zij zouden afzien van dit pensioen «indien wij schadeloosstelling bekomen na de uitspraak van de krijgsraad» ; dat dergelijke voorwaardelijke formulering van een latere afstand van voormelde aanvraag van vergoedingspensioen geen duidelijk en uitdrukkelijke afstand inhoudt, welke vereist is en niet uit vermoedens kan worden afgeleid (cf. Hof Brussel, 8 april 1968 voormeld) ;

Dat appellanten overigens bij brief vanwege geïntimeerde van 22 januari 1971 andermaal uitdrukkelijk verzocht werden onomwonden mee te delen of zij al dan niet

van het vergoedingspensioen afzagen dan wel opteerden voor de gemeenrechtelijke schadeloosstelling (art. 1382 B.W.) ; dat appellanten evenwel het stilzwijgen bewaarden en dan ook ten onrechte het ministerieel besluit van 2 april 1971, genomen op grond van artikel 46, lid 1, van voormeld regentbesluit waardoor voormeld pensioen werd toegekend, bekritisieren, via artikel 107 van de Grondwet ;

Overwegende dat de rechtbanken en hoven onbevoegd zijn de gepastheid of opportuniteit van die beslissing te beoordelen (Cass., 21 oktober 1959, *J.T.*, 1960, 40 ; J. Delva, «Civielrechtelijke aspecten van de overheidsaansprakelijkheid», *R.W.*, 1977-78, 2356 en 2357 sub nrs. 23 en 24) ;

Overwegende dat de bepalingen betreffende het litigieus pensioen van dwingend recht en openbare orde zijn en appellanten dan ook tevergeefs onoverkomelijke dwaling inroepen, ondanks voormelde duidelijke wettekst ;

Overwegende dat appellanten eveneens ten onrechte een fout inroepen, die bedreven zou zijn door de sociale dienst van het leger ;

Overwegende dat het hier gaat om een dienst van sociaal hulpbetoon veeleer dan om een rijksdienst inzake pensioenen ;

Dat geen enkele wet de militaire overheden de verplichting oplegt om een sociale dienst op te richten ;

Dat de delicate materie van de keuze tussen een vergoedingspensioen en een schadevergoeding op grond van artikel 1382 niet tot die materie behoort, waarvoor een sociale dienst bevoegd is ; dat deze aangelegenheid eerder tot de bevoegdheid van een rechtskundige dienst behoort ;

Overwegende dat een vergissing in de interpretatie van een wettekst enkel een fout uitmaakt wanneer een normaal voorzichtig en aandachtig ambtenaar in dezelfde omstandigheden ze niet zou begaan hebben (Hof Brussel, 11 mei 1970, *R.G.A.R.*, 1972, 8972 ; Hof Brussel, 19 december 1972, *J.T.*, 1973, 407) ;

Overwegende dat wanneer de administratie een inlichting of advies verstrekt, ze enkel gebonden is door een inspanningsverplichting, d.w.z. door het antwoord op de vraag of ze hieraan de zorg heeft besteed, die van een normaal voorzichtig en verstandig mens normaal mag worden verwacht ;

Overwegende dat de interpretatie der wetten in het steeds groter arsenaal van wetten een soort kunde is geworden, die steeds verfijnder wordt, zodat niet kan worden gezegd dat iedere juridische vergissing een fout is, die aansprakelijkheid met zich brengt, vooral dan wanneer, zoals in casu, appellanten aan een verkeerde deur hebben aangeklopt, te weten bij een sociale dienst, die geen resultaatverbintenis waarborgt, en inderdaad niet bijzonder bevoegd is in juridische aangelegenheden ;

Overwegende trouwens dat door deze dienst aan appellanten enkel «aangeraden werd» : een advocaat te raadplegen (waaruit appellanten reeds de nodige conclusie hadden moeten trekken aangaande de complexiteit van de materie) en schadevergoeding te vorderen, en ondertussen een aanvraag tot vergoedingspensioen in te dienen ;

Overwegende dat appellanten, ondanks voormelde aanmaningsbrief van 22 februari 1971 gedurende verscheidene maanden passief bleven en van gezegde aanvraag niet afzagen ;

Overwegende dat het geven van een verkeerde inlichting of verslag geen fout is, maar een fout kan worden, wanneer zij het gevolg is van een gebrek aan ernstig onderzoek of

wanneer ze gegeven wordt zonder op de onzekerheid ervan te wijzen (Cass., 4 januari 1973, *R.W.*, 1972-73, 1279) ;

Overwegende dat in casu aangeraden werd een advocaat te raadplegen (hetgeen appellanten niet deden) ; dat zij bij brief van geïntimeerde van 11 februari 1971 verzocht werden duidelijk standpunt te kiezen aangaande het al dan niet afzien van het aangevraagd vergoedingspensioen ; dat hun brief van 9 februari 1971 hun zonder commentaar vanwege de sociale dienst werd teruggestuurd, waaruit appellanten tevergeefs afleidden dat zij erop mochten rekenen dat de sociale dienst stilzwijgend en ambtshalve het nodige zou doen om hun rechten te vrijwaren tot het verkrijgen van een vergoeding op basis van het gemene recht vanwege de verantwoordelijke van het schadetoebrengend ongeval (geïntimeerde) ;

Overwegende dat uit het feit dat de sociale assistente de brief van appellanten van 9 februari 1971 overmaakte aan haar overste, die dezelfde brief op 11 februari 1971 aan appellanten terug liet geworden, appellanten de conclusie hadden moeten trekken dat een sociaal assistent ter zake geen scholing, opleiding noch bekwaamheid bezit om een deskundig juridisch advies te verstrekken en zij overigens een advocaat hadden kunnen gaan raadplegen, zoals hun «aangeraden» werd ;

Overwegende dat de eerste rechter terecht opmerkt dat het feit dat voormelde sociale dienst pas in augustus 1971 nadere inlichtingen verstrekke aangaande de betekenis van voormelde brief van 12 januari 1971 niet in oorzakelijk verband staat met de door appellanten geleden schade, welke zelf, door hun passieve houding gedurende verscheidene maanden, de rechtstreekse oorzaak zijn van het niet-tijdig afzien van hun pensioenaanvraag, met al de beoordeelde schadelijke gevolgen van dien ;

(...)

NOOT—Betreffende de aansprakelijkheid van de openbare besturen voor het verstrekken van verkeerde inlichtingen, raadplege men J.L. FAGNART, noot bij Cass., 4 januari 1973, *J.T.*, 1973, 551-553 ; J. STASSEN, «La responsabilité de l'Etat du chef de renseignements erronés fournis par ses services», noot bij Cass., 4 januari 1973, *R.C.J.B.*, 1974, 339-351 ; A. VAN OEVELEN, «Overheidsaansprakelijkheid voor verkeerde inlichtingen of wegens foutief verzuim informatie te verschaffen», noot bij *Arbh. Antwerpen* (afd. Hasselt), 2 juni 1977, *R.W.*, 1977-78, 1514-1519.

HOF VAN BEROEP TE GENT

6e KAMER — 3 april 1979

Voorzitter : de h. De Brauwere

Raadsheren : de hh. Nuytinck (rapporteur) en Dooms

Eerste advocaat-generaal : de h. Ely

Advocaten : mrs. Leclef en Vyaene

Burgerlijke partij — Bedrieglijk onvermogen — Schade.

De wanbetaling bij bedrieglijk onvermogen spruit voort uit het niet-nakomen van een contractuele verbintenis. De schade van de niet betaalde schuldeiser bestaat niet in het

onbetaald blijven van de factuur, maar alleen in de krenking van zijn belangen die een oorzaak vindt in het ten laste gelegde misdrijf.

Het zich onvermogen maken is een krenking van het rechtmatig belang in de onmiddellijke betaling van de factuur bij levering van de goederen.

N.V.E. t/ V. en V.

Tenlastelegging

Als daders, ofwel het hieronder omschreven misdrijf te hebben uitgevoerd, ofwel aan de uitvoering rechtstreeks te hebben medegewerkt, ofwel door enige daad, tot de uitvoering zodanige hulp verleend te hebben dat, zonder hun bijstand, het misdrijf niet had kunnen worden gepleegd, ofwel door giften, beloften, bedreigingen, misbruik van gezag of van macht, misdadige kuiperijen of arglistigheden rechtstreeks dit misdrijf te hebben uitgelokt, namelijk het onvermogen van V. Ivan te hebben bewerkt, wat kan worden afgeleid uit elke omstandigheid waaruit blijkt dat hij zich onvermogen heeft willen maken en inzonderheid uit de volgende omstandigheid : het feit dat hij goederen of voorwerpen welke tot zijn actief behoren, heeft vernield, weggemaakt of verborgen, namelijk doordat eerste verdachte, na bij vonnis van de Rechtbank van Koophandel te Gent van 11 juli 1970 in staat van faillissement te zijn verklaard, zijn handel heeft voortgezet, doch op naam van zijn echtgenote, tweede verdachte, die echter elders als werkneemster is tewerkgesteld en die verklaart van de handelsbedrijvigheid, waarvoor zij op 17 september 1970 om inschrijving in het handelsregister verzocht, niets af te weten, omdat haar echtgenoot, eerste verdachte, deze activiteit uitvoert in de hoedanigheid van werknemer, waarvoor hij geen enkel loon ontvangt of wenst te ontvangen, zodat verdachten aldus op bedrieglijke wijze de rechten der schuldeisers van 1e verdachte miskennen, namelijk de rechten van de N.V.E.

Strafrechtelijk

Door het onderzoek en de behandeling van de zaak ter terechtzitting is het feit ten laste van de twee beklaagden gelegd bewezen gebleven.

De door de eerste rechter opgelegde straf is een rechtmatige betuigeling.

Terecht heeft hij gewoon uitstel verleend voor de tenuitvoerlegging van de hoofdgevangenisstraf ten voordele van de tweede beklaagde V. Er is evenwel geen reden om die gunst te behouden ten voordele van de eerste beklaagde.

Civielrechtelijk

De burgerlijke partij vordert betaling van de schade die zij leed ten gevolge van het feit dat zij een vonnis waarbij de Rechtbank van Koophandel te Antwerpen op 4 maart 1970 de eerste beklaagde veroordeelde om aan haar het bedrag van een faktuur, interesten en kosten te betalen, tot op heden niet heeft kunnen uitvoeren ten gevolge van het ten laste gelegde misdrijf.

Zij vordert van de tweede beklaagde een schadevergoeding van 364.926 fr. Dit bedrag is als volgt samengesteld : de hoofdsom waartoe haar man bij het vermeld vonnis is veroordeeld, de verwijlinteressen op die som, alle kosten van procedure die het vonnis en de pogingen tot tenuitvoerlegging ervan meegebracht hebben.

Daarenboven vordert zij dat de twee beklaagden solidair veroordeeld worden tot vergoeding van de schade die ten gevolge van de wanbetaling voortspuit uit de muntontwaarding.

Deze vorderingen kunnen alleen gegrond zijn in zoverre de burgerlijke partij bewijst dat de schade een oorzakelijk verband heeft met het ten laste gelegde misdrijf. Dit element is niet bewezen. Het gevorderd bedrag van hoofdsom, interesten en kosten is aan de burgerlijke partij verschuldigd ingevolge een levering van goederen. Wat de burgerlijke partij als schade aanrekenen spruit voort uit het niet-nakomen van een contractuele verbintenis. Het onbetaald blijven van de factuur bestond reeds vóór het misdrijf gepleegd werd, wegens de ongunstige financiële toestand die de eerste beklagde naar het failliet geleid heeft en wegens de failliete toestand zelf. De uitvoering van de verbintenis tot betalen was tot nu toe niet mogelijk, maar de burgerlijke partij heeft haar recht op betaling niet verloren.

De waardevermindering van de hoofdsom is eveneens een gevolg van de niet-uitvoering van de verbintenis.

Wat wel een element is van schade dat door het ten laste gelegde misdrijf veroorzaakt is : het zich onvermogen maken is een krenking van het rechtmatig belang op onmiddellijke betaling. De schade die de burgerlijke partij daarvoor geleden heeft, mag begroot worden op 1 fr. provisioneel. De partijen dienen over het bedrag van de schadevergoeding verder te concluderen.

Gezien het bedrag, dat toegekend is, is er geen grond tot het uitspreken van de lijfswang.

(...)

NOOT—De burgerlijke-partijstelling bij bedrieglijk onvermogen

Het recht op schadevergoeding bij bedrieglijk onvermogen vertoont enige gelijkenis met de civielrechtelijke vordering inzake uitgifte van cheques zonder dekking (zie noot bij Hof Brussel, 12 februari 1974, *R. W.*, 1975-76, 2367) en bij verlating van familie (zie noot bij Corr. Oudenaarde, 21 april 1978, *R. W.*, 1978-79, 1290).

Ingevolge de levering van goederen bestond de schuld van de verdachte vooraf, onafhankelijk van zijn bedrieglijk onvermogen. De onbetaalde leverancier kan van de strafrechter geen nieuwe rechtstitel verkrijgen, noch de gerechtelijke erkenning van een betwist recht.

De vordering van de burgerlijke partij voor het strafrecht dient dan ook beperkt te blijven tot de schade die rechtstreeks voortspuit uit het misdrijf.

Bij gewone wanbetaling moeten de moratoire interesten, de inningskosten, de protestakten en het bewarend beslag beschouwd worden als een complement van de schuldverordering waarin ze hun oorzaak vinden.

Wanneer de verdachte zijn onvermogen bewerkt, gaat het echter niet meer om een loutere wanbetaling, maar om een geïncrimineerde fraude die de uitvoering van de aange-gane verbintenis onmogelijk maakt. De schuldeiser wordt hier niet benadeeld door een gewone wanprestatie, maar door een bedrieglijke handeling bestraft door art. 490bis van het Strafwetboek.

A. Vandeplass

BURGERLIJKE RECHTBANK TE MECHELEN

1e KAMER — 19 JANUARI 1978

Voórzitter : de h. Lowagie

Rechters : de h. Forche en mevr. Bourgeois

Openbaar ministerie : de h. Van de Sande

Advocaten : mrs. Vankesbeeck en Hermans

Echtscheiding — Op grond van bepaalde feiten — Overspel — Partnerruil — Beledigend karakter — Gezag van strafvonnissen.

Overspel als onderdeel in uitvoering van een overeenkomst tot partnerruil, d.i. met toestemming en goedkeuring van de echtgenoten van betrokkenen, heeft geen beledigend karakter en maakt derhalve geen grond tot echtscheiding uit.

Een strafrechtelijke veroordeling wegens overspel verplicht de burgerlijke rechter niet echtscheiding toe te staan op grond van beledigend overspel aangezien het respectievelijk vereist intentioneel element niet noodzakelijk identiek is.

M. t/ W.

Gelet op het vonnis inzake bij verstek gewezen door de Rechtbank van Eerste Aanleg te Mechelen op 6 oktober 1977, waarbij aan W. de gevraagde echtscheiding werd toegestaan ten laste van M. (...);

Overwegende dat het verzet ontvankelijk is ;

Wat betreft de hoofdeis

Overwegende dat de oorspronkelijke aanlegger zijn vordering tot echtscheiding baseert op artikel 229 van het Burgerlijk Wetboek ;

Overwegende dat hij tot staving hiervan een vonnis van overspel voorbrengt van de Correctionele Rechtbank te Brugge, vijfde kamer A, van 13.12.1976, dat in kracht van gewijsde is getreden en waarbij M. veroordeeld werd wegens overspel en W. als burgerlijke partij 1 frank als morele schadevergoeding werd toegekend ;

Overwegende dat «les décisions en matière pénale opposables erga omnes, s'imposent à la juridiction civile avec leur portée exacte et rien de plus, comme les tribunaux répressifs punissent l'intention délictueuse ou criminelle et qu'en matière de divorce, c'est l'intention injurieuse qu'il faut prendre en considération, en conçoit qu'il puisse exister un manque de parallélisme entre les deux procédures. D'autre part, puisque, le juge du fond apprécie le caractère de gravité qui fait d'une injure une cause de divorce, il dispose à cet égard d'un pouvoir absolu et n'est pas lié par la décision du juge pénal» («Divorce et séparation de corps» in *Rep.Dr.Belge*, Complément, I, p. 593 ; *J.T.*, 1977, 514 nr. 2).

Overwegende dat de oorspronkelijke eiser in conclusie zelf bekend dat er aan partnerruil werd gedaan tussen de gezinnen W.-M. en T.-Q.

Overwegende dat de veroordeling tot overspel van weerster M. gebaseerd is op het feit dat zij de nacht van 6 op 7 juni 1976 heeft doorgebracht samen met T. N. te M. in het hotel P.

dat zij beiden bekennen toen geslachtsverkeer met elkaar te hebben onderhouden ;

Overwegende dat beiden verklaren dat deze toestand reeds twee jaar duurt met toestemming en goedkeuring van hun respectieve echtgenoten ;

Overwegende dat bijgevolg het beledigend karakter niet bewezen is en de echtscheiding niet kan worden toegestaan zodat derhalve de eis als ongegrond dient te worden afgewezen ;

Overwegende dat bijgevolg het verzet tegen het verstekvonnis van 6 oktober 1977 dezer rechtbank gegrond dient te worden verklaard ;

Wat betreft de tegeneis

Overwegende dat eiseres op tegeneis bij conclusie overeenkomstig artikel 1268 van het Gerechtelijk Wetboek een tegenvordering tot echtscheiding instelt op grond van de artikelen 229 en 231 van het Burgerlijk Wetboek ;

Overwegende dat eiseres op tegeneis een proces-verbaal voorbrengt van de politie van Lier waaruit blijkt dat W. en Q. echtgenote van T., de nacht van 4 september 1977 samen in hetzelfde bed hebben doorgebracht ;

Overwegende dat zoals hierboven werd uiteengezet partijen aan partnerruil hebben gedaan met wederzijds akkoord ;

Overwegende dat T. aan verbalisanten op 9 september 1976 heeft verklaard : « Reeds twee jaar gaat W. met mijn vrouw en ik met de zijne. Dat alles gebeurt zoals gezegd, met onderlinge toestemming. » ;

Overwegende dat derhalve geen beledigend karakter aanwezig is en derhalve de tegeneis als ongegrond dient te worden afgewezen ;

(...)

NOOT—Partnerruil beperkt echtscheidingsmogelijkheden

Dit vonnis leert dat het instemmen met partnerruil bepaalde consequenties heeft : degenen die instemmen met partnerruil en nadien wensen uit de echt te scheiden, kunnen enkel hun toevlucht nemen tot echtscheiding door onderlinge toestemming (of echtscheiding wegens tien jaar feitelijke scheiding).

J.P.

BOEKEN

CHLOROS, A.G., uitg., *The Reform of Family Law in Europe (The Equality of the Spouses - Divorce - Illegitimate Children)*, Deventer, Kluwer, 1978, IX-349 p.

Voor mij ligt het sinds lang aangekondigde verzamelwerk over de recente hervorming in het familierecht van de Europese staten : 350 dicht gedrukte bladzijden, met een verslag over wat in 9 landen of landengroepen gebeurde in de voorbije jaren inzake (a) de gelijkheid van man en vrouw in het huwelijk, (b) echtscheiding, (c) natuurlijke kinderen.

De gereproduceerde teksten werden voorbereid voor een seminarie over familierecht dat in 1975 te Luxemburg aan het Internationaal Universitair Instituut aldaar plaats greep, en nadien blijkbaar hier en daar bijgewerkt. Dit ontdekt men bij nauwkeurige lezing van voorwoord en inleiding, hoewel het nergens duidelijk gezegd wordt ; dat is één van de trekjes van het werk waaruit men leert dat de editing van de teksten nogal te wensen overlaat, in tegenstelling met de uitmuntende verzorgdheid van sommige nationale rapporten.

Het zeer korte «woord vooraf» van de editor, prof. Chloros, biedt niet veel bijzonders, of liever is helemaal niet de synthese waaraan men zich bij een rechtsvergelijkend werk verwacht. 's Lezers honger op dat punt wordt evenmin gestild door de inleiding van prof. Neumeyer (p. 1-17), die weliswaar interessante rechtsvergelijkende perspectieven opent (historische vergelijking, vergelijking tussen West- en Oost-Europa), maar niet het hele terrein bestreken door het boek behandelt, en evenmin als Chloros het rijke materiaal dat nadien volgt aanwendt om een synthese te leveren. Die synthese ontbreekt helemaal.

Wel vindt men, volgens een min of meer uniform schema, de drie voornoemde thema's behandeld voor de Westeuropese landen, wier recht men ten onzent meestal volgt : Nederland (De Ruiter, p. 19-41) ; Engeland (M. Thomson, p. 43-74) ; Frankrijk (J. Foyer, p. 75-109) ; West-Duitsland (D. Giesen, p. 111-138) ; Italië (V. Li-brando, p. 151-182).

Aan het Luxemburgs recht is een substantieel rapport gewijd (G. Vögel, p. 183-200) en dat is gelukkig. Te dikwijls vergeten we gewoon deze burens — ze zijn maar met zijn 300.000 denken we, alsof 10.000.000 op wereldvlak of zelfs naar Westeuropes vlak veel meer betekent —, terwijl ze de gelijkheid van man en vrouw in 1972 realiseerden (wij in 1976) en de gelijkheid van alle kinderen in 1979 (wij in 1985 of 1995 ?).

Eén Westeuropes land ontbreekt onder de rapporten : België.

Zonder schroom citeert Neumeyer de wet van 30 april 1958 als de laatste vrucht van het Belgisch wetgevend werk inzake huwelijksrecht (p. 2), de wet van 1969 als de meest recente inzake echtscheiding door onderlinge toestemming (p. 4). De wet van 14 juli 1976 kent hij enkel als ontwerp (p. 16). Erger is dat een Belgisch rapport geheel ontbreekt, en de editor het niet nodig acht uit te leggen waarom. De wet op het huwelijksvermogensrecht heeft nochtans voldoende belang om in een werk zoals dit behandeling te verdienen (dat men over het Belgisch afstammingsrecht of echtscheidingsrecht geen boekje opendoet, tot daar toe, dit zou een blijk van naastenliefde kunnen zijn).

Naast de studie over West-Europa biedt het werk een overzicht van de drie vernoemde deelgebieden van het familierecht in landen waarvan wij meestal het recht heel wat minder volgen en kennen : Griekenland (A. Argyriadis, p. 139-149), Scandinavië, de socialistische staten van Europa.

In de bijdrage over Skandinavië (A. Lögdberg, p. 201-226) : 5 landen op een rijtje, maar met overwegende aandacht — terecht — voor Zweden, leert men niet alleen over de reeds enigszins bekende leerstukken zoals echtscheiding (Vgl. AGELL, A., *Echtscheiding* ..., R.W., 1976-77, 1601-1622.), maar ook over de onwettige kinderen. De historiek van het Zweedse onderzoek naar het vaderschap is niet oninteressant bv. (p. 213).

Ook het rechtsvergelijkend overzicht over de socialistische landen is zeer leerrijk : men constateert hoe vrij grote verscheidenheid en evoluties in verschillende richtingen in een ideologisch blok mogelijk blijken (T. Pap, p. 227-254) ; een tweede bijdrage (S. Zilberstein, p. 255-281) is gewijd aan socialistisch familie-procesrecht, maar deze handelt alleen over Roomeens recht.

Een uitgebreide bijdrage is gewijd aan het Europees internationaal privaatrecht inzake gelijkheid van man en vrouw, echtscheiding en buitenechtelijke kinderen (von Overbeck, p. 283-322).

Hierbij sluit tenslotte een kortere beschouwing aan over de rechtsproblemen inzake familierecht van gastarbeiders, bekeken vanuit de Westduitse toestanden (T. Ansay, p. 323-338).

In het kort : het boek biedt een mijn van rechtsvergelijkende gegevens over de organisatie van het gezin, het statuut van buitenechtelijke kinderen en echtscheiding in Europa, een goede korte inhoud van een groot gedeelte van het familierecht van landen zoals Engeland, West-Duitsland, etc. ; het werk is geen hoogvlieger inzake rechtsvergelijkende methode, en het toont een niet gefundeerd misprijzen voor de evolutie van het Belgische familierecht.

J.M. Pauwels

Mr. A. C. 't Hart, *Recht en staat in het denken van Giambattista Vico*, H. D. Tjeenk Willink, Alphen aan den Rijn, 1979, 361 blz.

Dit werk voor de vooral als strafrechtsspecialist gekende Tilburgse hoogleraar wil een globale uitleg geven van het denken van de Italiaanse jurist en filosoof Giambattista Vico (1668-1744), waarbij Vico's globale visie op wetenschap en wereld vooral vanuit zijn denken over recht en staat worden belicht.

Een dergelijke studie is alleen al welkom omdat de aspecten van het werk van Vico nu vanuit de meest uiteenlopende richtingen worden onderzocht. Zijn naam wordt verbonden met taal filosofische opvattingen als die van Austin en Wittgenstein, met de structurele linguïstiek, de genetische epistemologie van Piaget en de psycho-analyse van Lacan, maar ook met het existensialisme, het pragmatisme, de fenomenologie, het historisch materialisme, materialisme in de theorie van de klassenstrijd, en Perelman's in de «nouveaux philosophes».

Maar dit boek is vooral welkom omdat het ons, als enige in het Nederlandse taalgebied, zowel een toegankelijke inleiding als een grondige doorlichting brengt van het denken van iemand die vanuit de lange Italiaanse intellectuele traditie en in nauw contact met wat elders in Europa werd gedacht de ook nu nog inspirerende visie ontwikkelde op de vereisten van verantwoorde wetenschappelijke methode, en op het belang van de wisselwerking tussen de eigen geschiedenis en rationale verworvenheden voor het begrijpen van staatsvormen en van de wijze waarop mensen er zich in gedragen. Het brengt zo vooral juristen een meer geografisch en historisch gearticuleerde maar ook veel levendiger kijk op achttiende eeuwse componenten van ons eigen denken over recht en staat (o.m. ontleend aan Descartes en Hugo de Groot) met soms verrassende perspectieven op het Romeinse recht zoals het in «eigen land» verder leefde.

Jacques Steenbergen

BALIELEVEN

Het Congres van het Verbond van Belgische Advocaten te Nijvel

Het jaarlijks Congres van het Verbond van Belgische Advocaten werd op 6 oktober 1979 te Nijvel gehouden rond het thema «De advocaat in 1980 — Licht- en schaduwzijden». Drie preadviezen werden uitgebracht :

Het verslag van stafhouder Paul Rigaux schetst op omstandige doch niet beperkende wijze de voornaamste externe schaduwzijden van de balie. De onafhankelijkheid, zo noodzakelijk voor de advocaat om zijn taak als verdediger te kunnen vervullen, wordt meer en meer in het gedrang gebracht door een maatschappelijke ontwikkeling, waarvan zowel de individuele als de collectieve drijfveren gehanteerd worden door een aantal technocraten.

Het beeld van de advocaat, zoals het aan het brede publiek wordt voorgeschoteld door de media, beantwoordt hoegenaamd niet aan de realiteit. Vandaar dat het publiek niet begrijpt waarom een relatief monopolie verdedigd wordt en waarom een tucht noodzakelijk is : elke eigenaardigheid wordt als een ouderwets privilege voorgesteld.

Terwijl het recht allesomvattend en veranderend is, zijn de rechtsregels vaker slecht opgesteld. Deze toestand betekent een zware handicap voor de advocaat, doch vergt niettemin een haast onbegrensde behoefte aan raad en bijstand.

De kring waarbinnen het beroep wordt uitgeoefend, is veranderd : de tijd van de advocaat wordt verspild door een gebrek aan organisatie. En daaronder lijden zowel zijn vorming als zijn familiaal en cultureel leven.

In het tweede preadvies — van mr. Joseph E. Lacroix van de Balie te Luik — wordt gewezen op de belangrijke ontwikkeling

die het beroep van advocaat tijdens de laatste decennia heeft doorgemaakt.

Er hebben zich wijzigingen voorgedaan in het begrip «vrij beroep», in de verhouding met de cliënt en in de noden van de justitiabelen. De aanpassing aan deze evolutie stelt voor de advocaat bijzondere moeilijkheden omdat : de beroepsdeontologie op bepaalde punten voorbijgestreefd is ; de advocaat op onvoldoende wijze in staat is financiële problemen zoals berekening van kosten of bepalen van de prijs van zijn prestaties, op te lossen ; zijn opleiding hem niet voorbereidt op het beantwoorden van het soort vragen die de cliënten dikwijls stellen en de gebrekkige organisatie van zijn werk hem onvoldoende tijd laten voor opzoekingswerk ; zijn individualisme ten slotte een rem uitmaakt voor het ontwikkelen van een solidariteit die noodzakelijk is voor de aanpassing van de balie aan de moderne maatschappij.

Stafhouder Jozef Van den Heuvel van de Balie te Antwerpen verdedigde in een derde preadvies het positie voor de balie, met name dat zij de meeste waarborgen biedt voor het verlenen van rechtshulp.

Deze waarborgen vloeien voort uit de wettelijke regeling, die voor de balie geldt, en die voor het uitoefenen van het beroep van advocaat vereist :

- het bezit van een diploma van licentiaat of van doctor in de rechten ;
- het afleggen van een bij de wet vastgestelde eed ;
- en de inschrijving op het tableau van de Orde of op de lijst van stagiairs.

Het eerste vereiste geeft waarborgen voor de bevoegdheid, het tweede voor de burgerzin en de rechtschapenheid, het derde voor de onafhankelijkheid.

De wetgever heeft voor de tucht en het bepalen van de beroepsregels een ruime autonomie aan de balie toegekend. Hierin ligt een grote waarborg van onafhankelijkheid van de balie.

Op het individuele vlak wordt de onafhankelijkheid van de advocaat nog gewaarborgd door art. 444 Ger. W. : «De advocaten oefenen vrij hun ambt uit ter verdediging van het recht en van de waarheid.»

Het belang van deze collectieve en individuele onafhankelijkheid kan niet overschat worden. Naast bevoegdheid en rechtschapenheid, is het de wezenlijke rechtvaardiging van de balie als maatschappelijke instelling.

Dank zij het bestaan van een wettelijk erkend beroepsgeheim, met de daaruit voortvloeiende zwijgplicht en zwijgrecht, kan de rechtzoekende zich met gerust gemoed tot een advocaat wenden.

Bieden de hierboven opgesomde waarborgen in de eerste plaats voordelen voor de rechtzoekenden, dan spreekt het vanzelf dat de deontologie en de beroepsregels van de Belgische advocatuur ook zeer positief de hele werking van de balie en de onderlinge verhoudingen van de advocaten beïnvloeden.

Het geheel van de regels, dat de werking van de balie beheerst, is er bovendien op gericht bij te dragen tot een goed functioneren van de justitie in het algemeen.

De dag van het Congres kon de voorzitter van het Verbond van Belgische Advocaten, stafhouder Victor Dewachter, zich verheugen in een ruime belangstelling, ook van talrijke buitenlandse gasten.

Na de verwelkoming door de stafhouder van de balie te Nijvel volgde de toespraak van de voorzitter van het Verbond en de algemene statutaire vergadering.

Om 10 u. stipt mocht de voorzitter, zoals voorzien, de heer Van Elslande, minister van Justitie, verwelkomen.

Tijdens de voormiddagzitting hoorde de vergadering de zeer opgemerkte rede van de deken van de Nationale Orde van Advocaten, mr. G. Franck, en de toespraak van de minister van Justitie waarvan de teksten hierna zijn opgenomen.

Deze zitting werd besloten met een samenvatting van het preadvies van stafhouder Rigaux, gevolgd door een algemene bespreking.

De lunch verliep ter plaatse in Motel Nivelles-Sud.

De namiddagzitting bracht de adviezen van mr. J. Lacroix en van stafhouder J. Van den Heuvel, ook gevolgd door een algemene

bespreking.

Op het einde van de namiddag werd aan de congressisten een receptie op het stadhuis aangeboden door het college van burgemeester en schepenen, door de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg en de procureur des Konings.

Ten slotte werd deze geslaagde congresdag bekroond met een gezellig avondfeest in de salons van «Le Relais du Marquis» te Ittre.

De organisatoren haalden alle eer van hun werk en het Verbond van Belgische Advocaten had eens te meer bewezen dat het nog een wezenlijke en belangrijke rol vervult.

Het volgende Congres wordt reeds met belangstelling tegemoet gezien.

J. Van den Heuvel

Toespraak van de minister van Justitie, R. Van Elsanle

1. De mensen hebben zelden zowel de objectiviteit, de sereniteit, de juridische bekwaamheid als de taalvaardigheid om alleen en met nut voor de rechter te verschijnen.

Hoe lapidair deze vaststelling ook moge zijn, zij is toch waard dat er enkele ogenblikken bij wordt stilgestaan.

Is de overwegende rol die de advocaat speelt in het verloop van het proces wel buiten het bereik van elke kritiek?

2. De veralgemening van het onderwijs, de vulgarisatie van het recht door de pers, publikaties allerlei, radio en T.V. hebben er ontegensprekelijk toe bijgedragen de burger beter te informeren over zijn rechten en over de manier om ze te verdedigen. De bekoring om zich zelf te bedienen buiten het sociaal schema dat tot dan toe gold is een realiteit die niet te ontkennen is.

De vereenvoudiging van de rechtspleging, ook al is ze nog ontoereikend, de nakende uitbreiding van de bevoegdheid van de vrederechter en de politierechter, magistraten voor wie de rechtsonderhorige al liever in persoon verschijnt, roepen het probleem op van de vertegenwoordiging door een advocaat.

Is tenslotte de gerechtelijke welsprekendheid nog wel van onze tijd?

3. Ik zal er mij voor hoeden in een zo delicate materie standpunten in te nemen en alleen maar enkele ideeën naar voren brengen.

Zo ben ik er niet van overtuigd dat de betere kennis van hun rechten bij de «ingewijden» ook noodzakelijkerwijze een beter bewustzijn heeft meegebracht van de verplichtingen die eraan beantwoorden.

Evenmin kan ik nalaten vast te stellen dat de complexiteit van onze wetgeving, in elk geval op sociaal en economisch gebied, niet van die aard is dat ze de taak van de geïsoleerde rechtzoekende vergemakkelijkt.

Ten slotte, indien de welsprekendheid al de neiging vertoont om te verdwijnen, is het evenzeer waar dat zij niet altijd wordt vervangen door duidelijke uiteenzettingen en dat de ervaring leert dat de geest voor synthese die fundamentele of beslissende argumenten naar voren brengt niet altijd aanwezig is.

4. Evenzeer als in het verleden blijft het waar dat de rechtzoekende, ook al heeft hij een juridische vorming, niet altijd de vereiste hoedanigheden bezit om zich persoonlijk op adequate wijze voor het gerecht te verdedigen.

De balie blijft dus geconfronteerd met een eeuwenoude verantwoordelijkheid die de wetgever trouwens bij verschillende gelegenheden heeft uitgebreid.

Ik denk in het bijzonder aan het Gerechtelijk Wetboek en aan de wet van 16 februari 1961 die de omstandigheden hebben bepaald waarin de advocaten de bevoegdheid hebben om hun cliënten te vertegenwoordigen.

Het wetsontwerp tot uitbreiding van de bevoegdheid van de politierechterbank ligt volledig in dezelfde lijn. Het kent aan de advocaten vertegenwoordigingsbevoegdheid toe bij de vervolging van de daders van het merendeel van de verkeersmisdrijven die tot

dan toe tot de bevoegdheid behoorden van de correctionele rechtbank.

5. De opvatting van de rol van de advocaat is in de loop van de laatste jaren in aanzienlijke mate geëvolueerd.

De associaties hebben zich vermenigvuldigd en uitgebreid.

De zakenadvocaat schijnt langzamerhand burgerrecht te verwerven.

6. Deze gedaantewisselingen zijn niet zonder gevaar. De associaties van advocaten mogen geen monopolieposities verwerven. De raadsman van een openbare dienst moet de functionarisatie van zijn opdracht vermijden en de introductie van zakenadvocaat mag, om de woorden te gebruiken van de stafhouder van de balie van Parijs geen masker zijn voor de teloorgang van het beroep van advocaat tot dat van zakenagent.

De vrije dienstverlening door advocaten binnen de gemeenschap zal eveneens problemen stellen bijzonder in verband met de verenigbaarheid van de deontologieën van de onderscheiden nationale balies.

7. Het feit dat het verbond van de advocaten gekozen heeft zich dit jaar te bezinnen over de rol van de balie wijst op haar wil om zich bestendig te actualiseren en op haar vastberadenheid zich niet te laten voorbijstreven door de gebeurtenissen. Ik kan er mij alleen over verheugen.

8. De samenwerking die bestaat tussen de balie, mijn departement en mijzelf is een werkelijkheid die ik graag onderstreep.

Ik ben trouwens gevoelig geweest voor een aantal suggesties van uw deken.

Ik geloof inderdaad dat de verlenging van de termijn van hoger beroep in strafzaken onder ogen gezien moet worden in de mate dat die aan de balie zou toelaten beter haar verantwoordelijkheid op te nemen bij het beoordelen van de opportuniteit van dit rechtsmiddel.

Hetzelfde kan gezegd worden van de toezending van een vrij afschrift van een correctionele beslissing.

9. Mijnheer de Voorzitter, U heeft uw bekommernis uitgesproken over het verloop van de parlementaire werkzaamheden in verband met verschillende ontwerpen die hangende zijn bij het Parlement. Ik begrijp U volkomen en heb trouwens ook reeds mijn bezorgdheid uitgesproken in dit verband.

Anderzijds ben ik als lid van het Parlement gedurende meer dan dertig jaar, mij eveneens ten volle bewust van de moeilijke omstandigheden waarin de parlementaire commissies hun werkzaamheden dienen te vervullen.

In de Commissie voor Justitie van de Kamer en van de Senaat zijn er eminente juristen, veelal advocaten, die juist vanwege hun bekwaamheid ook geroepen worden deel uit te maken van andere commissies.

De Commissie voor de Hervorming van de Instellingen waarvan de taak bijzonder zwaar is en tijdbenemend in de laatste maanden, heeft vele leden van de Commissie voor Justitie geïmmobiliseerd en dat heeft een ernstige handicap opgeleverd voor het onderzoek van mijn ontwerpen.

10. De bezorgdheid die U als eminente medewerkers van het gerecht tot uitdrukking bracht in verband met de onafhankelijkheid van het statuut van de magistratuur, wordt door mij gedeeld.

Door de institutionele mutaties mag de onafhankelijkheid van de magistratuur in geen enkel opzicht worden aangetast. De regeling in verband met inruststelling en pensioen moet rekening houden met de specifieke kenmerken van het statuut.

11. Wat de evolutie betreft van de geldmiddelen die ter beschikking worden gesteld van het Departement van Justitie, moet ik betreuren dat de aangehaalde begrotingscijfers juist zijn. We mogen ons nochtans niet laten misleiden.

Het is zeer redelijk te beweren dat het Ministerie van Justitie bij uitstek een sociaal departement is en bijgevolg in begrotingsopzicht moet worden ingedeeld bij de ministeries die een bijzondere behandeling verdienen. De daling van het relatieve aandeel van de begroting van Justitie in de totale rijksbegroting van 2,3 % in 1975 tot 1,8 % in 1979 kan nochtans misleidend zijn. In de periode

1974-1979 moest veel meer geld besteed worden aan de bestrijding van de werkloosheid. De stijging van de rijksbegroting ging in hoofdzaak naar twee departementen : nl. Tewerkstelling en Arbeid en Sociale Voorzorg. Na aftrek van de bedragen van die twee departementen komt men tot de vaststelling dat in 1979 de begroting van Justitie index 184,1 bereikt, tegenover een gemiddelde van 187 voor de andere departementen. Het verschil is dus vrij gering.

In de nabije toekomst zullen vergelijkingen in die aard nog moeilijker worden gezien de overheveling van belangrijke begrotingsposten naar de autonome begrotingen van de gemeenschap.

Het is echter duidelijk dat het Departement van Justitie over een voldoende aandeel moet kunnen beschikken in het geheel van de middelen van de overheid voor de uitbouw van de initiatieven die op verschillende vlakken worden op gang gebracht. Bij wijze van voorbeeld moge ik verwijzen naar het ontwerp over de politierechtbanken en de bij het departement op te richten diensten voor legistiek en voorlichting.

12. Wat nu meer bepaald de balie in haar wezen en toekomst betreft, meen ik dat twee zaken onze bijzondere belangstelling verdienen, namelijk de rechtsbijstand en de problematiek van de specialisering.

13. Wat de rechtsbijstand betreft, heb ik zoals het U bekend is, op 22 september 1978 bij de Senaat een wetsontwerp ingediend dat de basis schept voor het toekennen van staatswege van een vergoeding aan de advocaten stagiairs voor de procesbijstand die zij verlenen in het kader van de bijstand aan min-vermogenenden en van de wettelijk verplichte bijstand. Het is mijn en ik geloof ook uw wens dat dit ontwerp spoedig zal worden aangenomen.

Het ontgaat mij niet dat dit ontwerp, zoals ik het trouwens in de toelichting ervan heb aangeduid, slechts een deel van de hele problematiek van de rechtsbijstand bestrijkt.

De procesbijstand is enkel een deel van de rechtshulp.

Hoeveel moeilijkheden kunnen niet vermeden worden door tijdige informatie en consult voor het ontstaan van een geschil. De medewerking aan de uitbouw van een betere preventieve rechtshulp is ook een werkterrein voor de advocatuur. Zij lijkt mij ten volle bewust te zijn van haar mogelijkheden en haar verantwoordelijkheden op dit gebied. De overeenkomsten die zij nastreeft en die reeds in vele streken van het land tot stand kwamen met de O.C.M.W.'s kunnen niet anders dan met instemming worden begroet. Zij zijn een uitdrukking van de vitaliteit en de soepelheid waarmee de balie zich aanpast aan de evolutie van de samenleving.

14. In deze context rijst ook de vraag van de specialisering.

De na-oorlogse sociaal-economische evolutie had een inflatie van nieuwe wetten tot gevolg.

Ook de advocaat slaagt er slechts moeilijk in een allesomvattende juridische kennis te bezitten.

Tevens ziet men adviserende organen vreemd aan de advocatuur als paddestoelen uit de grond schieten. Men kan eveneens vaststellen dat zij hun actierrein meestal elk tot een vrij nauw omschreven gebied beperken.

Bij de Belgische advocatuur heeft die specialisering niet in dezelfde mate ingang gevonden. Het deontologisch verbod, dat in de meeste balies geldt om zich als specialist in een of andere materie bekend te maken, is daar zeker niet vreemd aan.

Mr. Marc Balthus heeft dit probleem reeds aangesneden in een preadvies dat hij uitbracht op het congres van het Verbond van Belgische advocaten te Charleroi op 10 oktober 1973.

Het is een problematiek die aan de orde is en die mijns inziens verder zou moeten worden uitgediept en die zich trouwens ook in andere beroepen voordoet.

15. De kwaliteit van onze wetten wordt regelmatig ter discussie gesteld. Het is een probleem dat mij bekommert. Het lijkt mij noodzakelijk de huidige structuren binnen mijn departement te hervormen.

Men zou er een korps van legisten kunnen oprichten, dat naar het voorbeeld van de inspecteurs van financiën over een bijzonder statuut zou beschikken. Zij zouden ermee belast zijn te waken voor de kwaliteit van de teksten van wetten en koninklijke besluiten, bijzonder dan van die welke om verschillende redenen niet worden voorgelegd aan de Raad van State.

Een dergelijke hervorming zou het deze ambtenaren mogelijk maken dank zij hun affectatie in andere departementen een diepgaande kennis te verwerven van de legistische problemen die daar specifiek zijn en zou de kwaliteit van de wetteksten ten goede komen.

16. Het is duidelijk dat de balie in beweging is en dat zij nieuwe initiatieven moet nemen om zich aan te passen aan wat de rechts-onderhorige van haar verwacht en om haar continuïteit te verzekeren.

De wet biedt U uitdrukkelijk de mogelijkheid zelf bepaalde oriëntaties in verband met de inrichting van uw beroep naar voren te brengen bij de Regering. Art. 493 van het Gerechtelijk Wetboek bepaalt inderdaad :

«De algemene raad alleen is bevoegd om voor de eer, de rechten en de gemeenschappelijke beroepsbelangen van de advocaten te waken en betreffende die aangelegenheden voorstellen te doen, die hij in een verslag aan de minister van Justitie richt.»

Deze samenwerking heeft zich geïnstalleerd. Zij beklemtoont eveneens, zoals stafhouder Reumont het uitdrukte, het feit dat de Balies, instellingen van publiekrecht, verbonden zijn met de rechterlijke macht en dat zij in alle vrijheid maar op een onmisbare en overwegende wijze deelnemen aan de uitoefening ervan.

Ik dank U voor de gelegenheid die U mij hebt gegeven om te onderstrepen hoezeer ik uw medewerking op prijs stel.

Toespraak van stafhouder Georges Franck, Deken van de Belgische Nationale Orde van Advocaten.

De Balie, door onrust bevangen, stelt zich vragen. Is het Parlement zich wel degelijk bewust van het heersende gerechtelijk onbehagen ?

De kredieten uitgetrokken voor de Justitie vertegenwoordigen niet alleen een te laag percentage van de staatsbegroting, maar verminderen van jaar tot jaar.

2,3 % voor 1975 ; 2,2 % voor 1976 ; 2,1 % voor 1977 ; 2,05 % voor 1978 en 1,8 % voor 1979.

Hoe hoog zal het percent zijn over vijf jaar ? Hoeveel zullen de kredieten bedragen over vijf jaar ?

Deze kredieten zijn het welsprekend bewijs dat de wetgever slechts matig aandacht schenkt aan zijn taak de burgers een degelijke rechtsbedeling te waarborgen.

Dit gebrek aan belangstelling is in de eerste plaats het gevolg van een morele inzinking.

De wetgever verliest uit het oog dat in een rechtstaat de rechterlijke macht de belangrijkste is. Inderdaad, deze macht waarborgt onze rechten en onze vrijheden.

Het past derhalve alle wetsontwerpen die de hervorming van de instellingen op het oog hebben en als gevolg zouden hebben dat de uitslag van de procedure niet meer afhangt van het onpartijdig en onafhankelijk oordeel van de leden van de rechterlijke macht, maar van de impuls van politieke comités, samengesteld uit parlementaire meerderheden, krachtig van de hand te wijzen.

De rechterlijke macht is ook de zaak van de advocaten. De Balie is waard wat de magistratuur waard is, en omgekeerd.

Het gebrek aan belangstelling van het Parlement heeft ook een materiële oorzaak. Men draagt geen zorg voor hetgeen men niet lief heeft !

België is het enig land van de Europese Gemeenschap waar de rechtsbijstand voor onvermogenenden ten laste wordt gelegd van de advocaten-stagiairs, zonder tussenkomst van de Staat.

Op 22 september 1978 heeft U, Mijnheer de Minister, in de Kamer van Volksvertegenwoordigers een wetsontwerp neergelegd dat op het oog heeft deze onrechtvaardigheid uit de wereld te helpen. Dit ontwerp is nog steeds hangende, of beter gezegd slaapt.

Onze kamerleden moeten nu maar eens hun verantwoordelijkheid nemen. Caveant consules.

In artikel 12.26 van de begroting voor het jaar 1978 hebr U, Mijnheer de Minister, een krediet ingeschreven van 11.000.000 F. voor de vergoeding van de advocaten-stagiairs die met de rechtsbijstand zijn belast. Voor 1979 werd dit krediet op 40.000.000 F. gebracht. U bent nochtans niet in staat deze fondsen te besteden voor het beoogde doel daar het Parlement in gebreke blijft het noodzakelijk wetgevend werk te verrichten.

Een dergelijke toestand is betreurenswaardig en tevens ontmoedigend.

De Nationale Orde is een verwoed tegenstander van het afschaffen van het emeritaat der magistraten en van het inkorten van hun actieve loopbaan, zoals voorgesteld in de twee wetsvoorstellen Uyttendaele.

Het emeritaat van de magistraten is een «staat»: bij het bereiken van de pensioenleeftijd blijven de magistraten lid van de gerechtelijke macht, hetgeen voor gevolg heeft dat zij onderworpen blijven aan de onverenigbaarheden (geen mandaten van beheerder, geen betaalde scheidsrechtelijke opdracht, geen handel, geen nijverheid), aan de gerechtelijke tucht, aan het statuut van magistraat, en aangezien ze steeds magistraat blijven, behouden ze hun wedde. De enige wijziging die ze ondergaan bestaat erin dat ze niet meer bekwaam zijn te werken krachtens de uitdrukkelijke wil van de wetgever.

Bij toepassing van artikel 100 van de Grondwet blijven ze magistraat aangezien ze benoemd worden voor het leven.

In het belang van de onafhankelijkheid der magistraten dient men de onverenigbaarheden en bijgevolg de rechterlijke tucht na de pensioenleeftijd te handhaven. Indien men dit niet doet zullen de magistraten in de verleiding komen — net zoals de ambtenaren en de diplomaten — hun opruststelling «voor te bereiden» door mandaten van beheerder te aanvaarden.

Dit betekent een ernstig gevaar voor de onafhankelijkheid, en minstens voor het krediet en het gezag van de magistratuur, aangezien men geneigd zal zijn te vermoeden dat sommige leden ervan hun opruststelling voorbereiden.

Indien de onverenigbaarheden worden gehandhaafd na de opruststelling heeft dit gevolgen voor het bedrag van het pensioen. De opruststelling dient gehandhaafd te worden op 70 jaar. Het zou een zware vergissing zijn ze te brengen tot 65 jaar. Onze magistratuur geeft blijk van een fysisch en intellectueel potentieel bij diegenen die ouder zijn dan 65 jaar.

Indien een magistraat wegens een ernstig en blijvend gebrek zijn ambt niet langer naar behoren kan uitoefenen, behoort het aan de eerste voorzitters van de hoven hen op rust te stellen en dit overeenkomstig de artikelen 383, 384 en 385 van het Gerechtelijk Wetboek.

De recrutering van magistraten vereist de handhaving van het emeritaat en van de opruststelling op 70 jaar.

Een van de beste voorbereidingen tot de magistratuur, zoniet de beste is de Balie. Er dient derhalve voor gezorgd dat het mogelijk blijft voor een advocaat met 20 à 30 jaar Balie, magistraat te worden. Indien men het emeritaat afschaft en tevens de opruststelling herleidt tot 65 jaar, zal de advocaat die toetreedt tot de magistratuur op de leeftijd van 50 jaar een pensioen krijgen voor een vijftienjarige loopbaan, dit is iets minder dan de helft van het pensioen voor een volledige loopbaan van 35 jaar. Dit pensioen zal de advocaat niet toelaten na zijn opruststelling normaal te leven en hij zal zich dan ook geen kandidaat stellen.

De richtlijn van 22 maart 1977 regelt «het vrij verrichten van diensten door advocaten van de landen van de Gemeenschap». Het is de hoogste tijd dat de Belgische Staat zijn wetgeving aan deze richtlijn aanpast. Zuiver wettelijk gezien had dit reeds vóór 22 maart 1979 moeten gebeuren.

U hebt, Mijnheer de Minister, een wetsontwerp neergelegd dat de volledige goedkeuring kreeg van de Algemene Raad. U hebt begrepen dat het absoluut noodzakelijk is dat een advocaat behorend tot één van de landen van de Gemeenschap, bij een dienstverlening in België, de deontologie van dit land eerbiedigt. Er kan immers geen sprake van zijn dat twee tuchtreglementeringen naast el-

kaar zouden bestaan: de ene van toepassing op de Belgische advocaten, de andere van toepassing op de buitenlandse advocaten. De advocaat die diensten verleent in het buitenland moet onderworpen worden aan een dubbele deontologie: deze van de balie van oorsprong en deze van de balie van ontvangst. Dezelfde principes moeten als basis dienen voor de toekomstige Europese richtlijn over het vrij vestigingsrecht van de advocaten. Het zou immers niet opgaan dat een buitenlands advocaat, ter gelegenheid van een sporadische dienstverlening, onderworpen is aan de plaatselijke regels, terwijl een buitenlands advocaat, gevestigd in dezelfde stad, deze regels naast zich zou mogen neerleggen. Elk onderscheid tussen de belangrijke deontologische, en dus dwingende regels, en de niet essentiële deontologische regels die dus van toepassing zouden zijn op de buitenlandse advocaten, dient zonder aarzelen verworpen te worden.

De deontologie is EEN en ondeelbaar en dient integraal geëerbiedigd te worden. De Regering en het Parlement moeten waken over de onaantastbaarheid van deze principes.

Het is mijn persoonlijke mening dat de gerechtelijke achterstand meer een probleem is van mensen dan van systemen en dat het helaas eenvoudiger is systemen te wijzigen dan mensen.

Churchill zei dat hij veel bezwaren had tegen de democratie maar dat hij niets beters kende. Geldt dit ook niet voor het Gerechtelijk Wetboek?

Het Gerechtelijk Wetboek kan zeer zeker verbeterd worden. Maar geen enkele wijziging is een wondermiddel.

De oplossing ligt bij de magistraten, de griffiers, de advocaten. On s'installe dans l'arriéré.

Het is mijn overtuiging dat, indien in een nabije toekomst volgende zeven wijzigingen (wetswijzigingen, materiële wijzigingen en mentaliteitswijzigingen) zouden worden aangebracht, de rechtsbedeling aanzienlijk zou worden bespoedigd:

1. Allereerst uw wetsontwerp, Mijnheer de Minister, van 14 juni 1978 strekkende tot wijziging van art. 287 van het Ger. W. Om de al te langdurige vacatures in de magistratuur in te korten — wat alleen te verklaren is door het al te groot politiek aspect der benoemingen — stelt U voor de vacature bekend te maken drie maanden vóór de opruststelling van de titularis. De Nationale Orde heeft dadelijk haar instemming betuigd.
2. De rechtmatige eisen van de eerste voorzitters van de hoven en die betrekking hebben op de infrastructuur van de rechtsbedeling, dienen ingewilligd.
3. De bevoegdheid *ratione summae* dient uitgebreid en de grens van de aanleg opgetrokken.

Het is absurd dat een geding over 3.501 F. aanleiding kan geven — en geeft — tot een volledige procedure vóór het hof van beroep. Men mag anderzijds niet overdrijven in de cijfers.

Men moet vermijden dat de rechtspraak in hoofdzaak zou gemaakt worden door de lagere rechtbanken.

4. De beroepstermijn in strafzaken dient verlengd te worden van 10 tot 20 dagen.

De huidige termijn van 10 dagen is, in vele zaken, ontoereikend én om kennis te krijgen van het vonnis, én om met alle betrokkenen overleg te plegen én een beslissing te treffen.

Vandaar het groot aantal conservatoire hogere beroepen die de rechtbanken overbelasten.

Deze wijziging werd reeds gevraagd door het wetsvoorstel Charpentier van 1970, negen jaar geleden.

Tot op heden heeft het Parlement dit voorstel nog niet onderzocht.

Bovendien moet bij toepassing van art. 2 en 792 van het Ger. W. aan raadslieden van partijen een afschrift worden overgemaakt van de vonnissen en arresten.

Waarom geldt dit voorschrift niet voor de penale zaken?

5. Artikel 735 van het Ger. W. moet toegepast worden.

Zaken waarvoor slechts korte debatten nodig zijn moeten, zoals de wetgever het gewild heeft, worden behandeld op de inleidende zitting of verdaagd worden om op een bepaalde — korte — datum te worden gepleit.

Conclusies mogen rechters noch advocaten afschrikken.

Door de actuele veronachtzaming van dit artikel, stapelen de rechtsgedingen zich op.

- 6 De voorzitters der rechtbanken en hoven, en niet de griffiers, dienen zoveel zaken vast te stellen dat de zitting tot het einde is gevuld, met de kennis gewapend dat gerechtvaardigde verzoeken tot uitstel onvermijdelijk zijn.

Ik citeer : akkoorden van het laatste ogenblik, onderhandelingen, nieuwe elementen, ziekte, enz...

Al te vaak zijn de zittingen geheel of gedeeltelijk leeg.

- 7 Wij advocaten kunnen veel bijdragen tot de bespoediging.

Wij moeten abusieve vragen tot uitstel vermijden en bij werkelijk belet de griffier tijdig verwittigen.

Wij moeten een bijzondere aandacht besteden aan de consultatie, waardoor wij niet alleen de rechtszekerheid vergroten, maar waarbij wij talrijke processen vermijden.

Wij moeten ons de ingesteldheid eigen maken van de Engelse advocaat die bij het instellen van een procedure zegt : «I didn't succeed. I must go to Court.»

Wij moeten eveneens bewust zijn dat het Hof van Beroep meer is dan een tweede instantie.

Dit alles is vrij eenvoudig en vlug te realiseren.

Laten we het wagen.

Blijft alles bij een vrome wens, dan kunnen we de besprekingen hervatten. Zij duren toch al verscheidene jaren.

De rechtsbijstandsverzekering is zeker een uitstekend middel om het gerecht meer toegankelijk te maken voor alle burgers. Dit kan enkel gebeuren op voorwaarde dat de belangen van de rechtsonderhorigen die een dergelijke verzekering onderschrijven echt worden beschermd.

Nu is het zo dat de rechtsbijstandsverzekering tegenstelling van belangen kan doen ontstaan tussen de verzekeraar en zijn verzekerde. Een dergelijke tegenstelling wordt vrij duidelijk wanneer dezelfde verzekeraar tegelijk de burgerlijke aansprakelijkheid en de rechtsbijstand dekt.

De mogelijkheid tot tegenstelling van belangen te komen is vrij groot op het vlak van de rechtsbijstandsverzekering. De verzekeraar heeft er immers belang bij zijn uitgaven te beperken, terwijl de verzekerde enkel op het oog heeft zijn rechten te laten gelden en niet zal terugschrikken de daartoe vereiste middelen te gebruiken. Het komt er dus op aan elk belangenconflict tussen de verzekeraar rechtsbijstand en zijn verzekerde te vermijden.

De opstellers van het voorstel tot richtlijn van de ministers van de Europese Gemeenschap hebben het probleem wel degelijk gezien, maar de vooropgestelde oplossing vrijwaart geenszins de belangen van de verzekerde.

Dit gevaar kan slechts worden afgewend wanneer de twee volgende fundamentele principes worden erkend :

- 1) Het komt erop aan de vrije keuze van advocaat te waarborgen van bij het ontstaan van het geschil.

De rechtsbijstandsverzekering is een overeenkomst krachtens welke de verzekeraar, mits betaling van een premie, zich ertoe verbindt alle gerechtskosten te dekken, inbegrepen de kosten die de verzekerde kan oplopen wanneer hij zich wil laten bijstaan door een advocaat in geval van geschil.

De verzekeraar verbindt zich dus enkel tot het betalen van de gerechtskosten en zijn tussenkomst beperkt zich tot dat.

De advocaat die vrij door de verzekerde wordt gekozen heeft de leiding van het geschil.

- 2) Het voorstel van richtlijn van de Raad der Ministers laat de verzekeraar toe «diensten te verlenen».

Dit voorstel moet gewijzigd worden. De verzekeraar rechtsbijstand heeft niet tot taak diensten te verlenen. Hij dient enkel de kosten te dragen die de verzekerde zou te dragen hebben indien hij niet verzekerd ware geweest. Daarom moeten de woorden «diensten verlenen» in het voorstel worden geschrapt. Men zou hoogstens een uitzondering kunnen aanvaarden voor vaststellingen, expertises, het verzamelen van bewijzen en van alle nuttige informatie, maar dit steeds onder de controle van de advocaat.

De Nationale Orde doet een beroep op Regering en Parlement opdat het voorstel van richtlijn zou gewijzigd worden, rekening houdend met de twee hoger besproken essentiële principes.

Mijnheer de Minister,

Ik ben er diep van overtuigd dat U en uw medewerkers doordrongen zijn van de noden van het ogenblik. Ik hoop dat U erin zult slagen diegenen die over ons lot moeten beslissen te overtuigen. Zij dienen te weten dat een goede rechtsbedeling de hoeksteen vormt van de maatschappij.

Wees overtuigd dat de Nationale Orde, trouw aan haar zending, nooit in gebreke zal blijven om in het kader van haar bevoegdheid U de voorstellen voor te leggen die van aard zijn de rechtsbedeling te verbeteren.

BERICHTEN

Studieavond over het statuut van het onwettig kind na het arrest Marckx

Op dinsdag 11 december 1979 te 20u. organiseren het Departement rechten van de U.I.A. en de Vlaamse Conferentie bij de Balie te Antwerpen een studieavond over de gevolgen van het arrest van 13 juni 1979 van het Europees Hof voor de rechten van de mens. De bijeenkomst wordt gehouden in de Aula A2 van de universitaire campus te Wilrijk.

Programma :

- Inleiding door prof. dr. W. Lambrechts, voorzitter van het Departement rechten.
- Mr. M. Van Look : De procesgang naar en in Straatsburg.
- Prof. dr. M. Bossuyt : Het arrest Marckx, zijn interpretatie en zijn gevolgen.
- Prof. dr. K. Rimanque : Het grondrecht op eerbiediging van het gezinsleven.
- Prof. dr. A. Heyvaert : Tendensen van het ontwerp Van Elslande.
- Bespreking onder leiding en moderatie van prof. dr. M. Coene.
- Slotwoord door mr. H. De Ridder, voorzitter van de Vlaamse Conferentie.

Deelnemingsprijs : Fr. 200.- (inbegrepen o.m. de documentatiemap), over te maken voor 5 december 1979 op rekeningnummer 033-999 28 25-65 van de Universitaire Instelling Antwerpen, met vermelding van 8009 CA, ref. 02 B 219.470.

Inlichtingen en secretariaat : Greet de Ruijter, tel. 031/28.25.28 (post 410).

Ethiek van de sportgeneeskunde

De Belgische Vereniging voor Medische Ethiek en Moraal houdt op 8 december 1979 om 15 uur in de Beneluxzaal van het Paleis voor Congressen te Brussel, een vergadering, gewijd aan het onderwerp : Ethiek van de sportgeneeskunde. Sprekers zijn de heren Farber, Petit en Roelandt.

TIJDSCHRIFTEN

Northwestern University Law Review

Volume 73, nov. 1978, nr. 4.

Charles B. Craver, The Application of the LMRDA «Labor Consultant» Reporting Requirements to Management Attorneys : Benign Neglect Personified—John Elson, A Common Law Remedy for the Educational Harms Caused by Incompetent or Careless Teaching—Comment.