

NEEM PLECHTIG UW HOOFD AF¹

BESCHOUWINGEN BIJ ENKELE ACTUELE KNELPUNTEN IN HET BELGISCHE PUBLIEKRECHT

Een inaugurale les is, daarvan word ik mij langzaam aan bewust, waarschijnlijk een onmogelijke opdracht. Van de kersverse docent wordt in de eerste plaats verwacht dat hij zijn universiteit ervan overtuigt dat haar keuze de juiste was, wat betekent dat hij zowel zijn kennis, als zijn onderwijs-capaciteit moet demonstreren en daarbij eigenlijk moet refereren aan vroegere onderzoeksopdrachten om aan te tonen dat ook daar een positief oordeel toegelaten is.

T.o.v. de collega's binnen en buiten de universiteit moet hij dan weer bewijzen dat hij een algemeen overzicht over zijn vakgebied heeft, maar moet hij ook, via een meer gedetailleerd onderzoek van één bepaald punt, de laatste twijfelaar overtuigen van zijn techniciteit. De studenten mag hij niet afschrikken. Integendeel, hij moet hen ervan overtuigen dat het ook de volgende week nog de moeite loont de les te volgen. Als de betrokkene zelf in zijn studententijd niet bepaald een stipt volger van de lessen is geweest, is dat op zich al een krachttoer. En ten slotte rust op de jonge academicus de zware last om de «gewone» toehoorders ervan te weerhouden te berusten in het idee dat alle universiteitsprofessoren wereldvreemd zijn en onbegrijpelijke taal uitkramen.

Ervan uitgaand dat het hier om een inaugurale les gaat heb ik er de voorkeur aan gegeven mij vooral te richten tot de studenten. Dat is ook de reden waarom ik er prijs op gesteld heb van deze inaugurale les daadwerkelijk de eerste les te maken. De opbouw ervan is dan ook eenvoudig. Ik zal proberen de verschillende onderwerpen die ik tijdens het volgende jaar wil uitdiepen, te overlopen en aan te geven hoe ik deze onderwerpen wil benaderen.

Achtereenvolgens moeten dus aan bod komen: enkele beschouwingen over de taalwetgeving, over de staatshervorming, over de rechten van de mens en ten slotte over de verhouding tussen parlement en regering.

De taalwetgeving is de laatste jaren nooit echt uit de actualiteit geweest. De wet van 9 augustus 1988, met een zodanig lange en technische naam dat zelfs de meest naïeve observator er argwanend van wordt, is daar het — minstens voorlopig — laatste wetgevend stadium van.

Het is niet mijn bedoeling, en ik verkeer er trouwens in een bijzonder slechte positie voor, vandaag deze wet te commentariëren. Ik wil mij beperken tot enkele meer algemene bemerkingen.

In het juridische debat van de laatste maanden is zeer sterk de nadruk gelegd op het begrip «homogeniteit van het taalgebied».

Zonder deze term te gebruiken meent het Arbitragehof dat artikel 3bis van de Grondwet de grondwettelijke waarborg inhoudt «van de voorrang van de taal van het eentalige gebied»². Eerder besliste de Raad van State in het arrest *Germis* — waarin alle elementen van de latere uitspraken aanwezig zijn — dat «artikel 3bis de constitutionele waarborg uitmaakt die het de wetgever verbiedt een zodanig regime in een bepaald eentalig gebied in te stellen dat de taal van dit gebied in werkelijkheid niet langer de status van officiële taal zou hebben ...»³.

In beide citaten wordt de nadruk gelegd op de dominantie van de taal van het taalgebied t.o.v. eventuele andere talen.

De juridische correctheid van beide stellingen wil ik hier niet ter sprake brengen. Wel lijkt het me noodzakelijk erop te wijzen dat het principe van de taalhomogeniteit niet noodzakelijk het kernbegrip is in de weg naar een pacificatie tussen de taalgemeenschappen.

Uit een internationale vergelijking van de taalconflicten meen ik immers te mogen besluiten dat, veel meer dan de taalhomogeniteit, de *taalzekerheid* essentieel is. De taal wordt immers maar kristallisatiepunt van conflicten wanneer de ene gemeenschap zich t.o.v. de andere gemeenschap te kort gedaan voelt.

Als dat ongenoegen bovendien territoriaal situeerbaar is, ontstaat al vlug het gevoel dat men aangevallen wordt. De eerste en essentiële voorwaarde om de conflicten dan te stoppen is een einde te maken aan dit agressiegevoel. In een situatie waarin het wantrouwen jarenlang gegroeid is, betekent dit dat duidelijk grensland ingebouwd worden.

Een soorgelijke ontwikkeling als in België heeft zich ook in Québec voorgedaan. Decennia lang heeft de Franstalige bevolking zich in een sterk isolement verscholen. De industrialisering heeft dat echter verbroken en duidelijk aange-toond dat de Engelstaligen alle belangrijke posities innamen en hun machtsposities nog uitbouwden.

Op dat ogenblik is een duidelijk minoriseringsgevoel ontstaan.

De grondwettelijke bevoegdheidsverdeling en een aantal constitutionele akkoorden maakten het Québec mogelijk in ruime mate zelf over het taalgebruik te legiferen, wat ook gebeurde, en in het akkoord van Lac Meech, dat op dit ogenblik nog in enkele provincies moet worden bekrachtigd en waardoor Québec eindelijk de grondwetsherziening van 1982 zal aanvaarden, staat als een duidelijke zekerheidstelling het volgende, eerste artikel:

«1. La Loi constitutionnelle de 1867 est modifiée par insertion, après l'article 1, de ce qui suit:

2. (1) Toute interprétation de la Constitution du Canada doit concorder avec:

¹ Dit artikel is de gewijzigde tekst van de inaugurale les die door de auteur op 27 oktober 1988 aan de R.U.G. werd gegeven. De auteur wenst in het bijzonder Bart De Temmerman en Dirk Voorhoof te bedanken voor de vele nuttige suggesties bij het aanpassen van de originele tekst.

Met dank voor de titel aan Marcel Van Maele.

² Arbitragehof, nr. 13, 26 maart 1986, *B.S.*, 17 april 1986, 5119, nr. 3.B.6.

³ *R.v.St.*, 17 augustus 1973, nr. 15.990, *Arr. R.v.St.*, 1973.

a) la reconnaissance de ce que l'existence de Canadiens d'expression française, concentrés au Québec mais présents aussi dans le reste du pays, et de Canadiens d'expression anglaise, concentrés dans le reste du pays mais aussi présents au Québec, constitue une caractéristique fondamentale du Canada ;

b) la reconnaissance de ce que le Québec forme au sein du Canada une société distincte.

(2) Le parlement du Canada et les législatures des provinces ont le rôle de protéger la caractéristique fondamentale du Canada visée à l'alinéa (1) a.

(3) La législature et le gouvernement du Québec ont le rôle de protéger et de promouvoir le caractère distinct du Québec visé à l'alinéa (1) b.

(4) Le présent article n'a pas pour effet de déroger aux pouvoirs, droits ou privilèges du parlement ou du gouvernement du Canada, ou des législatures ou des gouvernements des provinces, y compris à leurs pouvoirs, droits ou privilèges en matière de langue.»

In een federatie als Canada, waar verschillende culturen in sterke mate aanwezig zijn, kan het belang van een dergelijke verklaring niet onderschat worden, hoewel de autonomistische Parti Québécois meent dat ze nog niet ver genoeg gaat. Zij eist dat Québec exclusief het gebruik van de talen mag regelen en poneert de stelling dat in die omstandigheid ze veel milder zal zijn voor de Engelstaligen dan nu het geval is.

Ook in België is een dergelijke visie – beter bekend als de Schiltz-optie – geponoerd. Het wantrouwen was echter te groot om deze oplossing aan te nemen. Niettemin kan welke regeling ook maar slagen, als soortgelijke waarborgen aanwezig zijn. Als met andere woorden duidelijk wordt dat de taalgrens niet meer gewijzigd wordt en de taalfaciliteiten niet meer uitbreidbaar zijn. En als bovendien – hetgeen de uiteindelijke ratio is van de vereiste taalkennis voor bepaalde mandatarissen – duidelijk is dat provocaties van de ene gemeenschap door de andere niet meer mogelijk of duldbaar zijn.

Het Canadese voorbeeld geeft aan dat de taalzekerheid vaak symbolisch is. De moeilijkheden die in Québec zijn ontstaan m.b.t. het taalgebruik in de commerciële publiciteit bewijzen dat ten overvloede. In de Belgische context aarzel ik dan ook niet om te stellen dat, meer nog dan de wet, de uitspraak van de voorzitter van de grootste en meest Wallingantische partij uit het zuiden : «les frontières ne changeront plus», uitgerekend op een congres waar het regeerakkoord moest worden verdedigd tegen een zeer sterke minderheid, van kapitaal belang is. Zoals de verklaring van Gaston Eyskens op 18 februari 1970 dat de «unitaire staat door de gebeurtenissen achterhaald is», het begin was van de staatshervorming, kan – ik benadruk de woordkeuze – de uitspraak van Guy Spitaels van 5 mei 1988 het einde betekenen van een taalstrijd, gevoed door de illusie bij minstens één taalgemeenschap dat de grens niet definitief was.

Als deze conclusie correct is, zal de wet van 9 augustus 1988 niet méér zijn dan een vlug vervagend fait divers : het testament van de vroegere generatie, geschreven door een nieuwe lichting politici die eindelijk binnen duidelijke grenzen opereren.

Het idee van de provocatie leidt mij naar een andere bedenking.

De Vlaamse gemeenschap heeft altijd gestreden tegen de «taalagressie» van de Franstalige gemeenschap en onomwonden gesteld dat deze invasie moest stoppen. Het zou vanwege diezelfde Vlaamse gemeenschap bijzonder inconsequent zijn nu op haar beurt doof te blijven voor de duidelijke signalen die uit de Franstalige gemeenschap t.o.v. de sociale zekerheid worden gegeven.

Het is zonder meer duidelijk dat het institutioneel perfect mogelijk is de sociale zekerheid te regionaliseren. In Québec werd het, ondanks de geringere financiële draagkracht van de Franstalige bevolking, zelfs geëist. De argumenten over een interpersonele solidariteit komen mij niet bijzonder overtuigend voor omdat ze ook op andere – wel geregionaliseerde – bevoegdheden toepasselijk zijn. Maar in de huidige Belgische context moet nu toch wel duidelijk zijn dat het regionaliseren van de sociale zekerheid evenzeer een grens is die niet straffeloos kan worden overschreden. Men kan het zich in Vlaanderen beter vroeg dan laat realiseren en nu de definitieve keuze maken tussen een federale staat met alles erop en eraan dan wel een samenwerkingsverband tussen twee autonome staten. Het stellen van deze vraag houdt bovendien niet in – zoals dat vaak wel het geval is – dat ik het eerste als enige onontkoombare beschouw en het tweede als een catastrofe. Enkel het tegelijkertijd bespreken van beide opties is desastreus en persoonlijk denk ik dat het behoud van het federaal kader in een kosten- en batenanalyse nog steeds een positieve balans geeft.

Ten slotte wil ik even stilstaan bij de rol die de Vlaamse beweging in de laatste maanden heeft gespeeld. Het is immers onmogelijk de constatering te ontwijken dat deze Vlaamse beweging er niet in geslaagd is de gemoederen te beroeren, laat staan ze in beweging te brengen zoals ze dat enkele jaren geleden wel deed. Daarmee wordt, naar ik hoop, een punt gezet achter een – *ongetwijfeld noodzakelijke* – periode. De periode waarin de Vlaming zich per definitie over zijn lot moest beklagen en defensief de schuld bij anderen legde, de periode waarin bij vele progressieve intellectuelen de vrees leefde – om het met de terminologie van Luc Van den Bossche te zeggen dat «la Belgique à papa» zou worden vervangen door «vaders Vlaanderen»⁴, de periode van wat een Vlaams editorialist noemde : «de oude mannen die te lang aan de kant zijn blijven staan»⁵ en waarvan de slogan «wat we zelf doen, doen we beter» de laatste, niet van enige pretentie ontdane uitloper is.

Als docent die het voorrecht heeft les te mogen geven aan een nieuwe generatie Vlamingen hoop ik dan ook dat de kansen om aan te treden in een zelfzekere, maar zich vooral ook openende, Vlaamse cultuur groter geworden zijn dan ooit voorheen het geval was.

Acht augustus 1988 is volgens sommigen het geluksgetal van de eeuw. Op 7 juli 1977 zal dat ook al wel gezegd zijn en de negende september 1999 wordt het zeker herhaald. Acht augustus 1988 is ook de datum waarop de bijzondere wet de stap naar het federalisme heeft geopend. En bovendien is 8 augustus 1988 de datum waarop het staatshoofd mij aan deze instelling heeft benoemd. Wat ik bedoel te zeggen :

⁴ VAN DEN BOSSCHE, L., *Pleidooi voor een confederatie*, niet gepubliceerd, 1.

⁵ GOOSSENS, P., «Machteloos», *De Morgen*, 27 augustus 1988.

het vraagstuk van de bevoegdheidsverdeling tussen de nationale overheid, de Gewesten en de Gemeenschappen is een onontkoombaar agendapunt.

Voor een grondige cursus grondwettelijk recht lijkt mij niet zozeer de concrete verdeling per sector van belang te zijn, maar wel de verschillende types van bevoegdheden. Die types kunnen op twee assen worden uitgezet: enerzijds de inhoudelijke as (allesomvattende bevoegdheden, bevoegdheden beperkt tot specifieke toepassingen, ...) en anderzijds de as waarbij de juridische draagwijdte prevaleert (exclusieve bevoegdheden, concurrerende bevoegdheden, ...).

Vooraf wat deze laatste categorie betreft, is het duidelijk dat het principe van de exclusieve bevoegdheden dat in 1980 gold, in ruime mate is aangevuld door andere bevoegdheidstypes die bijvoorbeeld voorwaardelijk zijn⁶ of binnen de omschrijving van een kaderbevoegdheid vallen⁷.

Deze ontwikkeling lijkt mij bijzonder positief omdat reeds eerder duidelijk was geworden dat alleen maar exclusieve bevoegdheden juist door de rigiditeit ervan eerder beperkend op de bevoegdheidsoverdracht werkte⁸.

In de Belgische rechtsleer is het opstellen van een bruikbare typologie van bevoegdheidstypes niet afgewerkt. Integendeel, het grootste werk moet nog gedaan worden en ik kan alleen maar hopen dat daarbij in ruime mate zal worden verwezen naar buitenlandse werken ter zake. Persoonlijk meen ik overigens dat het belangrijkste werk, dat zeer helder de typologie op basis van beide assen maakt, en voor de Belgische situatie bijzonder bruikbaar is, het werk is van de Duitstalige Zwitser Hangartner: *Die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen*⁹. Het boek dateert van 1974 maar heeft nog niets van zijn actualiteit verloren. In het tweede deel van de cursus, dat over de typologering van de bevoegdheden zal handelen, is het in elk geval mijn bedoeling dit werk als basis te gebruiken.

Toch wil ik het vandaag over een ander onderdeel van de bevoegdheidsverdeling hebben. Daarbij laat ik bewust de kritiek terzijde over de onduidelijkheid en de incoherentie van de bevoegdheidverdelende regels. Wetend dat hiermee mijn eerste academische doodzonde een feit is, zou ik enkel willen vragen om bv. artikel 31bis van de Zwitserse Grondwet — het zogenaamd economisch artikel¹⁰ — eens grondig

te lezen en dan de Belgische teksten opnieuw te beoordelen. Bovendien is de kwaliteit van de bevoegdheidsverdeling — die dus inderdaad gering is — niet noodzakelijk determinerend voor die bevoegdheidsverdeling zelf. Alles hangt af van de mogelijkheid om deze regels dynamisch, evolutief vorm te geven. Zelfs de meest perfecte regeling zal hopeloos te kort schieten, en dus de facto buiten werking worden gesteld, als ze niet de bestaande regels mee laat evolueren. En juist hier meen ik met een voorzichtig optimisme te mogen stellen dat positieve tendensen zich aftekenen, dan wel reeds in de bijzondere wet zijn opgenomen.

Een eerste tendens is de grotere nadruk op samenwerking en overleg tussen de verschillende bevoegde instanties. In de wet van 8 augustus 1980 zijn reeds verschillende overlegvormen ingevoerd, hoewel de efficiëntie ervan minstens vragen oproept. In de gewijzigde wet is een artikel 92bis opgenomen, waarvan de eerste paragraaf luidt als volgt:

«De Staat, de Gemeenschappen en de Gewesten kunnen samenwerkingsakkoorden sluiten die onder meer betrekking hebben op de gezamenlijke oprichting en het gezamenlijk beheer van gemeenschappelijke diensten en instellingen, op het gezamenlijk uitoefenen van eigen bevoegdheden, of op de gemeenschappelijke ontwikkeling van initiatieven.

Over de samenwerkingsakkoorden wordt onderhandeld en zij worden gesloten door de bevoegde overheid. In voorkomend geval hebben de akkoorden slechts gevolg nadat zij, al naar het geval, bij wet of decreet zijn goedgekeurd.»

In de daaropvolgende paragraaf wordt de verplichte samenwerking behandeld, waarvan de sanctionering bij gebrek aan overleg de komende maanden nog tot voldoende moeilijkheden aanleiding zal geven. Maar dit laat ik nu buiten beschouwing.

In het oorspronkelijke voorontwerp, zo blijkt uit het advies van de Raad van State, werd in de memorie van toelichting vooropgesteld dat «deze samenwerkingsakkoorden

—
 veur de certaines branches économiques ou professions. Elle doit, sous réserve de l'alinéa 3, respecter le principe de la liberté du commerce et de l'industrie.

3. Lorsque l'intérêt général le justifie, la Confédération a le droit, en dérogeant, s'il le faut, au principe de la liberté du commerce et de l'industrie, d'édicter des dispositions:

a. pour sauvegarder d'importantes branches économiques ou professions menacées dans leur existence, ainsi que pour développer la capacité professionnelle des personnes qui exercent une activité indépendante dans ces branches ou professions;

b. pour conserver une forte population paysanne, assurer la productivité de l'agriculture et consolider la propriété rurale;

c. pour protéger des régions dont l'économie est menacée;

d. pour remédier aux conséquences nuisibles, d'ordre économique ou social, des cartels ou des groupements analogues;

e. pour prendre des mesures de précaution en matière de défense nationale économique ainsi que pour assurer l'approvisionnement du pays en biens et en services d'importance vitale lors de graves pénuries auxquelles l'économie n'est pas en mesure de remédier par ses propres moyens.

4. Les branches économiques et les professions ne seront protégées par des dispositions fondées sur les lettres a et b que si elles ont pris les mesures d'entraide qu'on peut équitablement exiger d'elles.

5. La législation fédérale édictée en vertu de l'alinéa 3, lettres a et b, devra sauvegarder le développement des groupements fondés sur l'entraide.»

⁶ Zie ter zake de bevoegdheid m.b.t. het leefmilieu, waar de nationale bevoegdheid inzake algemene en sectoriële normen vervalt zodra een sluitende Europese regeling aanwezig is (art. 6, § 1, II, 1°, van de bijzondere wet. Zie ook art. 6, § 1, V, 1°).

⁷ In art. 6, § 1, VI, derde lid, wordt bepaald dat de gewesten hun bevoegdheden in economische aangelegenheden «uitoefenen met inachtneming van de beginselen van het vrije verkeer van personen, goederen, diensten, kapitalen en van de vrijheid van handel en nijverheid, alsook met inachtneming van het algemeen normatief kader van de economische unie en de monetaire eenheid, ...»

⁸ Zie daarover VANDE LANOTTE, J., «Openbaarheid van bestuur en de staatshervorming: het einde van de exclusieve bevoegdheden in zicht?», *R.W.*, 1985-86, 363-370.

⁹ HANGARTNER, Y., *Die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen*, Bern, Lang, 1974, 250 p.

¹⁰ «1. Dans les limites de ses attributions constitutionnelles, la Confédération prend des mesures propres à augmenter le bien-être général et à procurer la sécurité économique des citoyens.

2. Tout en sauvegardant les intérêts généraux de l'économie nationale, la Confédération peut édicter des prescriptions sur l'exercice du commerce et de l'industrie et prendre des mesures en fa-

kunnen afwijken van het principe van de exclusieve bevoegdheidsverdeling op voorwaarde evenwel dat ze worden goedgekeurd door de bevoegde wettelijke vergaderingen, tenzij hun voorwerp van reglementaire of administratieve aard is»¹¹.

Een dergelijke bepaling werd door de Raad van State niet aanvaard. Het advies stelt:

«Indien men uit die toelichting moet afleiden dat de samenwerkingsakkoorden een uitwisseling, een afstand of een teruggave van de bevoegdheden zoals die door of krachtens de Grondwet bepaald en opgedragen werd, kunnen inhouden, dan moet worden opgemerkt dat het ontwerp met zowel artikel 59bis als artikel 107quater van de Grondwet onbestaanbaar is. De Gemeenschappen en de Gewesten kunnen zich niet ontdoen, ook niet op conventionele basis, van de bevoegdheid die hen door de Grondwet of krachtens de Grondwet door de bijzondere wet is toegewezen. Een goedkeuring 'door de bevoegde wettelijke vergaderingen' kan dat grondwettelijk bezwaar niet verhelpen¹².»

De boodschap is duidelijk: een samenwerkingsakkoord kan zeer ver gaan, maar een overdracht van bevoegdheid is niet mogelijk. In de memorie van toelichting wordt deze visie onderschreven: er is sprake van «samen beheren» en van een «aanvulling op het principe van de exclusieve bevoegdheden», een «concretisering van het respect van ieders autonomie» en «het gezamenlijk uitoefenen van eigen bevoegdheden»¹³.

In de parlementaire bespreking is heel wat aandacht besteed aan dit artikel¹⁴. Toch blijven een aantal vragen open. De eerste vraag is de concretisering van de door de Raad van State gestelde limiet. Wanneer bv. een nationale en een gewestminister met betrekking tot een beslissing beiden een oordeel moeten maken, rijst de vraag naar de grenzen waarbinnen ze kunnen samenwerken.

Voor de Zwitserse situatie, waarin «concordats» tussen kantons zeer frequent zijn, heeft Hangartner¹⁵ de nadruk gelegd op het feit dat in de beheersorganen van een eventuele gemeenschappelijke instelling de bevoegdheidsstructuur behouden moet worden. Er mag dus geen overwicht zijn van deze of gene partner, en meer globaal moet de eenzijdige opheffing van het akkoord eventueel met respect voor overeengekomen, maar niet excessieve opzeggingstermijnen, altijd mogelijk zijn.

Een minister van het ene niveau zou dus, naar mijn oordeel, zijn beslissing afhankelijk kunnen maken van een positief advies van zijn collega op een ander niveau, op voorwaarde dat hij die binding binnen relatief korte tijd eenzijdig kan opzeggen, waarna beiden opnieuw afzonderlijk opereren. De samenwerkingsovereenkomst wordt daardoor een oneigenlijke vorm van beleidslijn waar hij niet per individueel geval van kan afwijken.

Wanneer een goedkeuring door de wet- en decreetgever vereist is, is de situatie niet zo eenvoudig en kan zelfs de

vraag gesteld worden of hier niet eerder moet worden gewerkt met tijdelijke overeenkomsten die op gestelde tijdstippen/bekrachtigd moeten worden.

De samenwerkingsakkoorden bieden enorme mogelijkheden maar er zijn zeker ook gevaren aan verbonden en meer bepaald is het gevaar niet denkbeeldig dat het overwicht van de uitvoerende macht nog groter wordt dan nu reeds het geval is. Zo stelde een lid van de Senaat: «De democratie wordt omgevormd tot discussies tussen de executieven zoals het nu gebeurt in het kader van de goedkeuring door de wetgevende kamers van de internationale verdragen»¹⁶.

In de senaatscommissie werd verder nog verwezen naar de Duitse situatie¹⁷ en persoonlijk lijkt het mij belangrijk erop te wijzen dat in Canada, waar de «intergovernmental conferences» zeer belangrijk zijn, dezelfde kritiek is geuit¹⁸.

Besluitend kunnen we stellen dat de samenwerkingsakkoorden een dynamische factor in de bevoegdheidsverdeling zullen zijn die zeer belangrijke wijzigingen toelaten, maar waarbij het gevaar voor een zogenaamd «executief federalisme» niet denkbeeldig is.

Een tweede dynamische factor in de bevoegdheidsverdeling is vooralsnog niet volledig aan bod gekomen in de wet van 8 augustus 1988. Het betreft de bepalingen opgenomen in de artikelen 10 en 19 van de bijzondere wet die de «zogenaamde» impliciete bevoegdheden regelen. In dezelfde context moet art. 11 beschouwd worden, dat eveneens een accessoire bevoegdheid, nl. de strafrechtelijke, vastlegt.

Artikel 10 van de bijzondere wet luidde vóór de wijziging van 8 augustus 1980 als volgt: «De decreten kunnen rechtsbepalingen bevatten in aangelegenheden waarvoor de raden niet bevoegd zijn, voor zover die bepalingen onontbeerlijk zijn voor de uitoefening van hun bevoegdheid.»

Artikel 19, § 1, bepaalt: «Het decreet regelt de aangelegenheden bedoeld in de artikelen 4 tot 11, onverminderd de bevoegdheden die door de Grondwet aan de wet zijn voorbehouden.»

De wet van 8 augustus 1988 heeft in artikel 10 de term «onontbeerlijk» vervangen door «noodzakelijk». Belangrijk nochtans is de opmerking die ter zake in het advies van de Raad van State werd gemaakt.

In het advies stelt de Raad immers zeer duidelijk dat het wenselijk kan zijn om de artikelen 10, 11 en 19, § 1, van de bijzondere wet aan een nieuw onderzoek te onderwerpen¹⁹. Antwoordend op deze opmerking stelde de regering dat het onderzoek in een latere fase van de staatshervorming aan bod zou komen²⁰.

Het lijkt mij daarom nuttig de problematiek van de impliciete bevoegdheden schematisch in herinnering te brengen²¹. Impliciete bevoegdheden zijn bijkomende (d.w.z.

¹⁶ *Parl. St., Senaat*, B.Z. 1988, nr. 405/2, 20-21.

¹⁷ *Parl. St., Senaat*, B.Z. 1988, nr. 405/2, 26.

¹⁸ Voor een globale beoordeling zie SIMEON, R., *Federal-provincial Diplomacy. The making of recent policy in Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 1972, 324 p.

¹⁹ *Parl. St., Kamer*, B.Z. 1988, nr. 516/1, 49-50.

²⁰ *Parl. St., Kamer*, B.Z. 1988, nr. 516/1, 25.

²¹ Voor een uitgebreidere benadering, zie VANDE LANOTTE, J., «De impliciete bevoegdheden op een Belgisch spoor», in ALEN, A. en SUETENS, L.-P. (red.), *Zeven knelpunten na zeven jaar staatshervorming*, Brussel, Story-Scientia, 1988, 82-144.

¹¹ *Parl. St., Kamer*, B.Z. 1988, nr. 516/1, 51.

¹² *Parl. St., Kamer*, B.Z. 1988, nr. 516/1, 52.

¹³ *Parl. St., Kamer*, B.Z. 1988, nr. 516/1, 30.

¹⁴ *Parl. St., Kamer*, B.Z. 1988, nr. 516/1, 1, 29-31 en 50-52; *Parl. St., Kamer*, B.Z. 1988, nr. 516/6, 30, 52, 69 en 92-93 en *Parl. St., Senaat*, B.Z. 1988, nr. 405/2, 7, 20-21n 25-27, 47-48 en 157.

¹⁵ HANGARTNER, Y., o.c., 246-250. Zie ook *Parl. St., Senaat*, B.Z. 1988, nr. 405/2, 27.

waarvoor de Raden principieel niet bevoegd zijn²², voorwaardelijke (onontbeerlijkheid), maar binnen deze context volwaardige (mogelijk in conflict met andere bevoegdheidsregels te komen) bevoegdheden, m.a.w. impliciete bevoegdheden zijn bijkomende bevoegdheden gebaseerd op de noodzakelijkheid ervan voor de uitoefening van de toegewezen bevoegdheden. Het Arbitragehof heeft benadrukt dat deze impliciete bevoegdheden niet zonder grenzen de nationale bevoegdheden kunnen betreden. In het principesarrest van 20 december 1985 werd duidelijk vooropgesteld dat de impliciete bevoegdheden het stelsel van de exclusieve bevoegdheden niet vermogen omver te werpen.

Daardoor kunnen de impliciete bevoegdheden de nationale bevoegdheden maar betreden, op voorwaarde dat de betrokken materie zich tot een gedifferentieerde regeling leent en op voorwaarde dat de weerslag op de nationale bevoegdheid marginaal is²³.

Zo meende het Arbitragehof dat het opdragen van bepaalde administratieve taken aan de jeugdrechter (i.v.m. de erkenning en subsidiëring van bepaalde opvangcentra) het gehele stelsel van de gerechtelijke organisatie van de jeugdrechtbanken niet wezenlijk aantast. Die toewijzing van administratieve taken aan de jeugdrechters werd dan ook aanvaard²⁴.

Een tweede beperking betreft de gereserveerde materies. Gereserveerde materies zijn die aangelegenheden die in de Grondwet aan de wet zijn voorbehouden. Ietwat verrassend heeft het Arbitragehof herhaaldelijk en zeer duidelijk beslist dat zowel de gewone als de bijzondere wetgever onderdelen van deze gereserveerde materies aan de Gewesten of Gemeenschappen kunnen toewijzen²⁵, daarbij deze wetten een quasi-constitutionele dimensie gevend. De impliciete bevoegdheden daarentegen kunnen deze gereserveerde materies niet betreden²⁶. Daarmee werd een lang discussiepunt beslecht.

Het is niet mijn bedoeling hier de merites van deze rechtspraak te beoordelen. Wel is het duidelijk, wat ook de Raad van State aangeeft, dat de wijziging van onontbeerlijk naar noodzakelijk maar heel weinig aan de bestaande situatie verandert en de knelpunten laat bestaan. Hoe moet een eventuele fundamentele wijziging er dan wel uitzien?

Het basisprincipe blijft nog steeds dat de gemeenschappen en de gewesten, wanneer hun een materie is toevertrouwd, geacht worden over een zelfde bevoegdheid te beschikken als die welke voordien die van de nationale staat was. Zowel artikel 10 als artikel 11 moeten dit garanderen door enerzijds

bevoegdheidsoverschrijdingen toe te laten voor zover ze echt noodzakelijk zijn, en door anderzijds aan de betrokken bestuursniveaus toe te staan over de eventuele sanctionering van overtredingen te beslissen.

Noch de impliciete bevoegdheden, noch de strafrechtelijke bevoegdheden mogen de eenheid van de betrokken materie echter in gevaar brengen.

Wat de impliciete bevoegdheden betreft, heeft het Arbitragehof ook zonder expliciete tekst aangeduid dat het stelsel van de exclusieve bevoegdheden niet in gevaar mocht komen. Deze uitspraak vergt echter, gezien de geringere nadruk op de exclusieve bevoegdheden in de hervorming van 8 augustus 1988, mogelijk een herziening.

Voor de strafrechtelijke bevoegdheden bevat de bijzondere wet een strikte omschrijving door naar boek I van het Strafwetboek te verwijzen. De Raad van State noemt dit in het advies bij de bijzondere wet een «vrij strakke formulering»²⁷, wat – gezien de gebruikelijke terughoudendheid van de Raad – veelzeggend is.

De volgende tekst lijkt mij heel wat meer mogelijkheden te bieden, zonder aan de noodzakelijke eenheid van bepaalde aangelegenheden te tornen.

«§ 1. De decreten kunnen rechtsbepalingen bevatten in aangelegenheden waarvoor de raden niet bevoegd zijn, voor zover die bepalingen noodzakelijk zijn voor de uitoefening van hun bevoegdheid.

§ 2. Binnen de grenzen van hun bevoegdheden kunnen de decreten de niet-naleving van hun bepalingen strafbaar stellen, de straffen wegens de niet-naleving bepalen en de regels van opsporing en vervolging vastleggen.

§ 3. De regels bedoeld in de paragrafen 1 en 2 kunnen de eenheid van de nationale bevoegdheid die betreden wordt en van het strafrecht en strafprocesrecht niet aantasten.

§ 4. Criminele straffen bepaald in artikel 7 van het strafwetboek kunnen in een decreet niet worden opgenomen.»

Het spreekt voor zich dat een dergelijke samenvoeging van de artikelen 10 en 11, de schrapping veronderstelt van art. 19, § 1.

Het grondwettelijk recht is in het nationaal vlak in een stroomversnelling gekomen. Dit mag er niet toe leiden dat de ontwikkelingen op internationaal niveau aan de aandacht ontsnappen. Met name met betrekking tot het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens zijn de jurisprudentiële ontwikkelingen overweldigend.

In zijn rapport van 5 september 1949 voor de raadgevende vergadering had Teitgen het over drie bedreigingen voor de rechten van de mens: allereerst wat hij noemde «l'éternelle raison d'état», daarnaast de hang naar een autoritair regime en ten slotte de sociale en economische ongelijkheid. De eerste twee bedreigingen illustreerde hij met de volgende verkillende woorden: «Monsieur le Président, tandis que j'étais moi-même dans le prison de la gestapo, qu'un de mes frères était à Dachau et que l'un de mes beaux-frères mourait à Mauthausen, mon père, membre également de notre Parlement français, était interné dans le camp de Buchenwald. Il m'a dit que, sur la porte monumentale de ce camp figurait

²² «Op grond van die bepalingen kunnen de gemeenschappen een aangelegenheid regelen waarvoor de staat in beginsel bevoegd is hetzij krachtens een uitdrukkelijke erkenning door de wet, hetzij op grond van de residuaire bevoegdheid.»

²³ Arbitragehof, nr. 7, 20 december 1985, *B.S.*, 21 januari 1986, 699, nr. 6.B.2 en Arbitragehof, nr. 66, 30 juni 1988, *B.S.*, 21 juli 1988, 10.437, nr. 13.B.

²⁴ Arbitragehof, nr. 66, 30 juni 1988, *B.S.*, 21 juli 1988, 10.437, nr. 13.B.

²⁵ Arbitragehof, nr. 3, 28 juni 1985, *B.S.*, 6 juli 1985, 10.156. Dit standpunt werd veel explicieter uitgedrukt in Arbitragehof, nr. 44, 23 december 1987, *B.S.*, 27 januari 1988, 1200 punt B.4 en nadien bevestigd (o.a. Arbitragehof, nr. 66, 30 juni 1988, *B.S.*, 21 juli 1988, 10.435, nr. 7.B).

²⁶ Ook hier geldt het arrest van 23 december 1987 als principesarrest.

²⁷ *Parl. St., Kamer*, B.Z. 1988, nr. 516/1, 50.

cette abominable inscription: 'Juste ou injuste, la patrie!'²⁸.

Het beeld spreekt voor zich en geeft dan toch wel aan dat sinds 1949 tot op heden een en ander gewijzigd is.

Wat de derde bedreiging betreft, is het opmerkelijk vast te stellen dat de sociale en economische context waarbinnen de mensenrechten zich moeten ontwikkelen, nog steeds in de schaduw staat. Bovendien spitst de discussie zich al te vaak toe op het al dan niet erkennen van sociale en economische rechten en mist zij daardoor haar doel.

Waar het m.b.t. de sociale-economische factoren mijns inziens om gaat, is niet de manier waarop die internationaal-rechtelijk worden beschermd maar wel de manier waarop de sociaal-economische omgeving wordt gecreëerd om het realiseren van de mensenrechten inhoud te geven. De juridisering van een dergelijk probleem verdoezelt de ware inzet ervan.

Kan aangenomen worden dat na de tweede wereldoorlog autoritair denken en armoede de belangrijkste hinderpalen voor een vrije en democratische rechtsstaat waren, dan hoeft deze constatering, minstens voor West-Europa, niet meer alleenzalmakend te zijn.

Het lijkt mij niet overdreven te stellen dat de afstand tussen de burger en de overheid, de afkeer of de onverschilligheid van de burger voor de overheid – aan U de keus voor de nuancerings – op dit ogenblik het democratisch stelsel in veel ruimere mate bedreigt.

Dat betekent niet dat het noodzakelijk wordt nieuwe mensenrechten te verzinnen, die dit fenomeen van afstoting van de democratie moeten verhelpen. Het betekent wel dat in de relatie tussen overheid en burger de bestaande mensenrechten moeten worden geïntegreerd. Ik geef twee voorbeelden.

Artikel 6 E.V.R.M. bepaalt dat iedereen bij het vaststellen van zijn burgerlijke rechten en verplichtingen of bij het bepalen van een tegen hem ingestelde strafvervolgning recht heeft op een openbare behandeling van zijn zaak, binnen een redelijke termijn en door een onafhankelijke en onpartijdige rechterlijke instantie die door de wet is ingesteld.

Dit artikel wordt in de eerste plaats gebruikt om in strafzaken een aantal anomalieën recht te zetten. De uitspraken ter zake zijn overbekend.

Langzaam aan nochtans, wordt de aandacht ook toegepast op administratieve rechtbanken, waarbij het arrest König van 28 juni 1978²⁹ van doorslaggevend belang is.

²⁸ *Recueil des «Travaux Préparatoires»*, I, Den Haag, Martinus Nijhoff, 1975, 49-51.

²⁹ E.H.R.M., 28 juni 1978, König, § 94. Het Hof had al eerder beslist dat de term «geschillen over burgerlijke rechten en verplichtingen» slaat op alle geschillen waarvan de afloop rechtstreeks beslissend is voor rechten en verplichtingen van burgerrechtelijke aard, zodat zowel het karakter van de wet die bepaalt hoe het geschil moet worden beslist, als het karakter van de bevoegde overheid, van weinig belang zijn (E.H.R.M., 16 juli 1971, RINGEISEN, § 94). Evenmin is het beslissend, in geval van een geschil tussen een particulier en de overheid, of de overheid handelde als een privé-persoon dan wel als houdster van de openbare macht (E.H.R.M., 28 juni 1978, König, § 90).

Herhaalde malen heeft het Hof deze rechtspraak bevestigd en de burgerrechtelijke aard van een door een administratieve rechtbank behandeld geschil erkend (E.H.R.M., 13 juli 1983, Zimmermann en Steiner, § 22 (schadevergoeding ten laste van de overheid wegens hinder ten gevolge van luchtverkeer); 23 oktober 1985, Benthem, §§

Heel duidelijk wordt immers in dat arrest beslist dat alleen de ware aard van het betwiste recht in kwestie doorslaggevend is om het als burgerlijk recht te kwalificeren, zodat het feit dat de procedure voor de administratieve rechter werd gevoerd, niet echt relevant is. Bovendien wordt aanvaard dat een procedure van ongeveer vijf jaar (het willig beroep inbegrepen) niet conform is met de redelijke termijn in artikel 6 vooropgesteld.

In verschillende arresten van het Hof en beslissingen van de Commissie werden deze principes later verrijkt. Ik veroorloof mij daar niet verder op door te gaan. Wanneer we de Europese rechtspraak confronteren met de Belgische situatie in het vlak van het administratief contentieux is het *evident* dat deze laatste onverenigbaar is met artikel 6 E.V.R.M. In het seminarie voor bijzonder administratief recht wordt op dit ogenblik een onderzoek beëindigd waarin de afwikkeling van een procedure bij de Raad van State gedetailleerd vergeleken wordt met de situatie in Nederland en Frankrijk. Bovendien wordt nagegaan welke gevolgen dit heeft voor de efficiëntie van de rechtspraak ter zake. Enkele naakte cijfers volstaan:

- op dit ogenblik liggen 6018 dossiers op behandeling te wachten. Voor 1320 daarvan is het uitwisselen van de memories nog aan de gang, voor 2130 dossiers wordt gewacht op het verslag, voor 2568 dossiers wordt gewacht op het arrest; van deze 6000 dossiers zijn er 4100 Nederlandstalige;
- in bijna 50% van de gevallen (uit een steekproef van de Nederlandse Kamers, 1984) overschrijdt de periode tussen het verzoekschrift en de memorie van wederantwoord, die strikt gereguleerd is, de zes maanden, in een goede 10% van de gevallen zelfs een jaar en deze cijfers zijn na 1984 zeker toegenomen.

- het verslag wordt in 20% van de gevallen – en dit percentage betreft een algemeen beeld van de zaken waarover tussen 1 november 1986 en 30 april 1987 uitspraak werd gedaan – niet binnen drie jaar na het verzoekschrift afgeleverd;

- het arrest wordt – voor dezelfde gevallen als hierboven – in 23% van de gevallen niet binnen vier jaar na het verzoekschrift uitgesproken.

De laatste twee cijfers zijn bovendien duidelijk verwrongen. Aan Nederlandstalige kant worden voor dezelfde periode 45% van de verslagen niet binnen drie jaar afgeleverd, en 53% van de arresten niet binnen vier jaar³⁰.

In ons onderzoek zullen we ons niet tot deze naakte cijfers beperken. Wat de constatering van het euvel betreft, is het nochtans de vraag of dat eigenlijk niet voldoende is. De onverenigbaarheid van het concept van ons administratief con-

34-36 (geschil betreffende een exploitatievergunning in het kader van hinderwetgeving; geoordeeld werd dat er een nauw verband bestond tussen de afgifte van een vergunning en het recht om van een eigendom gebruik te maken in overeenstemming met de wettelijke vereisten; de vergunning heeft trouwens een vermogensrechtelijk karakter wat blijkt uit de overdraagbaarheid van de vergunning); 24 maart 1987, Erkner en Hofauer, § 64 (vergoeding wegens ruilverkaveling); 23 juni 1987, Baraona, §§ 42-44 (schadevergoeding wegens onwettig aanhoudingsbevel). Zie ook E.C.R.M., 4 maart 1988, nr. 10.073/82, § 63 (schadevergoeding wegens verkeerde medische behandeling)).

³⁰ Wanneer de termijn op vijf jaar wordt gesteld, worden nog steeds 35% van de arresten niet binnen die termijn uitgesproken.

tentieux, en ik benadruk dat het wel degelijk om het concept gaat, met artikel 6 E.V.R.M. werd tot op heden niet door het Hof vastgesteld. Dat leidt mij er alleen toe te besluiten dat de berusting blijkbaar even groot is als de aberratie van het systeem.

Met betrekking tot de verenigbaarheid van artikel 6 E.V.R.M. rijst overigens ook de vraag of de (nieuwe) artikelen 26, 71 en 72 van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof aanvaardbaar zijn. Het is immers perfect mogelijk dat de schending door een K.B. van de bevoegdheidsverdelende regels of van de artikelen 6, 6bis en 17 van de Grondwet vrij evident is (o.a. op basis van de analoge redenering). Binnen de procedureregels van de Raad van State is daartoe geen procedure geregeld. Ook bij het Arbitragehof is een «vereenvoudigde afdoening» zoals het Nederlands recht dat kent, niet aanwezig in het geval waarin de schending manifest is en voor zover het geschil behandeld wordt door een rechtscollège waarvan de beslissing niet vatbaar is voor, al naar het geval, hoger beroep, verzet, voorziening in cassatie of beroep tot vernietiging bij de Raad van State. Bovendien, door te erkennen dat deze situatie zich kan voordoen en daartoe specifieke regels uit te vaardigen voor de andere rechtscollèges, aanvaardt de bijzondere wetgever minstens dat er een specifiek probleem is. Wie dus de euvelen heeft om zich op de genoemde bepalingen te baseren voor een manifest onwettige handeling, ziet zijn kansen op een vlugge behandeling in rook opgaan. Maar, geen nood, binnen een termijn die al evenmin redelijk is³¹, kan het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, deze onverenigbaarheid vaststellen.

In de relatie tussen het bestuur en de burger is ook het belang van artikel 10 toegenomen. Dit artikel beschermt de vrijheid «een mening te koesteren en de vrijheid om inlichtingen of denkbeelden te ontvangen of door te geven zonder inmenging van overheidswege en ongeacht grenzen». In het Sunday Times-arrest van 26 april 1979 heeft het Europees Hof het belang van dit artikel voor de persvrijheid krachtig onderstreept, daarbij duidelijk aangevend dat «not only do the media have the task of imparting such information and ideas: *the public also has a right to receive them*» (eigen cursivering)³².

Voorhoof spreekt ter zake terecht over het gegeven dat dit arrest bij de overheid een «sorgplicht» veronderstelt om het recht op informatie te garanderen³³.

Niettemin rijst ook een verder gaande vraag, nl. de vraag of artikel 10 ook impliceert dat de overheid verplicht is te zorgen dat toegang wordt verleend tot de overheidsinformatie. Of duidelijker: houdt artikel 10 een verplichting in de openbaarheid van bestuur te garanderen?

Het antwoord op deze vraag is verdeeld. Feit is dat *in concreto* het Hof en de Commissie herhaaldelijk geweigerd hebben deze redenering te volgen maar dat net zo goed kan worden gesteld dat een weigering *in concreto* inhoudt dat prin-

cipieel de toepasselijkheid minstens in overweging genomen wordt³⁴.

³⁴ Naar aanleiding van een klacht van een particulier tegen de Postdienst die naliet zijn correspondentie door te sturen naar een aangeduid adres, oordeelde de Commissie: «However, even assuming that the right to receive information may under certain circumstances include a right of access by the interested person to documents which although not generally accessible are of particular importance for his own position, it must be observed that *in the present case* there is no question of the applicant being as such denied access to the specific information which was contained in the letter sent to him. A right to receive such information within a specified period of time by way of correspondence cannot be derived from art. 10 (1) of the Convention (...)» (E.C.R.M., 3 oktober 1979, nr. 8383/78, 9, eigen cursivering).

Indien de Commissie deze situatie onder de toepassing van art. 10, lid 1, E.V.R.M. had gebracht, zou de erkenning van het recht om bepaalde inlichtingen binnen een bepaalde termijn d.m.v. briefwisseling te ontvangen, de aan dit recht complementaire verplichting tot het verstrekken van informatie bevestigd hebben. Op de klacht van een tot levenslange gevangenisstraf veroordeelde die zich erover beklaagde dat hem de identiteit werd onthouden van de leden van een commissie met bepaalde bevoegdheden inzake strafuitvoering, ging de commissie niet in, zonder evenwel op algemene wijze de plicht van de overheid tot het verstrekken van informatie uit te sluiten: «Insofar as the applicant complains that he is denied access to certain information, in particular the names of the members of the 'Category A' Committee, it is true that Article 10 of the Convention ensures, inter alia, freedom 'to receive and impart information, and ideas without interference by public authority'. The Commission refers to the judgment of the European Court of Human Rights in the *Sunday Times* case in which it noted that the public has a right to receive information and ideas in areas of public interest (Eur. Court H.R. — '*Sunday Times Case*' judgment of 26 April 1979, § 65). The Commission does not consider however that the concept of information within the meaning of Article 10, paragraph 1 is so extensive as to oblige the divulgence of the names of the members of an administrative committee of this kind» (E.C.R.M., 14 december 1979, nr. 8575/79).

In een zaak waarbij de weigering van de overheid tot het publiceren van bepaalde informatie werd aangevochten, heeft de Commissie wel duidelijk gesteld dat artikel 10 naar haar mening aan de overheid niet de verplichting oplegt om gegevens te publiceren ten einde deze gegevens makkelijker toegankelijk te maken: «In this regard the Commission notes that although this part of Art. 10 is primarily intended to guarantee access to general sources of information it cannot be excluded that in certain circumstances it includes a right of access to documents *which are not generally accessible* (see e.g. Eur. Court, H.R., *The Sunday Times Case*, decision of 27 October 1978, paras. 65-66; also Application N° 8383/78, DR 17, p. 227, at pp. 228 and 230). The Commission is not of the opinion, however, that Art. 10 imposes an obligation on State authorities to publish such information as opposed to facilitating access to them» (E.H.R.M., 7 december 1981, nr. 8878/80, 3-4).

Hierdoor wordt evenwel niet uitgesloten dat de overheid op een andere wijze de toegankelijkheid tot bepaalde informatie moet verzekeren. Met name het onderscheid tussen actieve en passieve openbaarheid is hier aan de orde. In dezelfde zaak stelde de Commissie trouwens vast dat de klager nooit het recht ontzegd was inzage te nemen in het dossier.

In de zaak Leander, waarbij vertrouwelijke gegevens ter sprake kwamen over de politieke overtuiging van de klager die voor een overheidsbetrekking geweigerd werd juist wegens zijn politieke overtuiging, oordeelde het Hof: «The Court observes that the right to freedom to receive information basically prohibits a Government from restricting a person from receiving information that others

³¹ Zie ter zake *Rapport sur l'amélioration des procédures de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, (Linster), Parl. Verg. van de Raad van Europa, 23 september 1988, doc. nr. 5946.

³² E.H.R.M., 26 april 1979, *Sunday Times*, §§ 65-67.

³³ VOORHOOF, D., *Recht op informatie, garingsvrijheid en zwijgrecht voor de journalistiek*, Gent, 11-16.

Ik bespaar u de details ter zake en ook de lange lijst resoluties die ter zake zijn goedgekeurd³⁵, om te concluderen dat — wil men tot de ware ratio van het E.V.R.M. terugkeren, d.w.z. het behoud en de verdieping van een democratische rechtsstaat — een gedurfdere interpretatie van artikel 10 broodnodig is.

Dit belet uiteraard niet dat de Belgische wetgever een dergelijke ontwikkeling moet afwachten. De beslotenheid van het bestuur is de facto reeds achterhaald. Sinds de «Bistelkraak» is dat zelfs een technologische evidentie. *Wat bij gebrek aan een openbaarheidswetgeving niet achterhaald is, is de ongelijkheid die de beslotenheid regeert.* Als in *Humo* een doordeweeks proces-verbaal wordt gepubliceerd, wordt de betrokken journalist opgesloten. Als een Vlaamse kwaliteitskrant een geheim rapport over de ziekenfondsen publiceert, is het een daad van staatsmensch.

Wie de beslotenheid verdedigt, moet weten dat hij de facto een ongeoorloofde ongelijkheid qua informatiegaring beschermt. Ook wat de bescherming van de privacy betreft, ben ik er trouwens van overtuigd dat alleen een ruime openbaarheid ertoe kan leiden dat bepaalde informatie effectief wordt beschermd.

De verhouding tussen de uitvoerende macht en het parlement — en daarmee kom ik aan het laatste onderdeel — levert een onophoudelijke vloedgolf aan publikaties op. Mij

wish or may be willing to impart to him. Article 10 does not, in circumstances such as those of the present case, confer on the individual a right of access to a register containing information on his personal position, nor does it embody an obligation on the Government to impart such information to the individual» (E.H.R.M., 26 maart 1983, Leander, § 74, eigen cursivering).

In een andere zaak, waarbij eveneens de klager toegang tot zijn dossier ontzegd werd, verwees de Commissie naar de hoger geciteerde paragraaf uit het arrest Leander, en nam niet aan dat de klager, in de gegeven omstandigheden, toegang had tot het dossier (E.C.R.M., 13 november 1987, nr. 1054/83, § 108).

Men kan aannemen dat de zorg van de Commissie en van het Hof om de draagwijdte van hun uitspraken te beperken tot de zaak die hun werd voorgelegd, erop wijst dat noch de Commissie, noch het Hof hebben willen uitsluiten dat op de overheid een plicht tot het verstrekken van bepaalde informatie kan rusten.

Dat het Hof en de Commissie dit niet in globo hebben willen aangaarden, betekent nog niet dat ze het principe uitsluiten.

³⁵ De relatie tussen art. 10 E.V.R.M. en een recht op toegang tot overheidsinformatie komt tot uitdrukking in een aantal Aanbevelingen en Resoluties van de Raadgevende Vergadering van de Raad van Europa (Resolutie 428 (1970); Aanbeveling 582 (1970), 854 (1979), en 1037 (1986) en van het Comité van Ministers van de Raad van Europa (Resolutie 77 (1977) en Aanbeveling 19 (1981)). Daarin wordt vooropgesteld dat art. 10 E.V.R.M. ook het recht zou insluiten van de vrijheid «to seek information (...) with a corresponding duty on public authorities to make information available on matters of public interest subject to appropriate limitations».

Ook kan worden verwezen naar de Verklaring betreffende de vrijheid van expressie en informatie van het Comité van Ministers (29 april 1982). Meer bepaald is het Comité van Ministers daarin van oordeel dat ter verwezenlijking van het recht op expressie en informatie zoals vervat in art. 10 E.V.R.M. moet worden gestreefd naar een «open information policy in the public sector, including access to information, in order to enhance the individual's understanding of, and his ability to discuss freely political, social, economic and cultural matters».

met opzet beperkend wil ik het hier hebben over een specifiek onderdeel van het debat, nl. de bevoegdheid van de uitvoerende macht op het ogenblik dat er geen parlementaire controle is. Op dat ogenblik behoudt de uitvoerende macht enkel de bevoegdheid over wat genoemd wordt «de lopende zaken».

Het begrip lopende zaken heeft niet alleen het voorwerp uitgemaakt van hevige politieke polemieken, ook de rechtsleer heeft er uitgebreid aandacht aan besteed³⁶.

In die rechtsleer zijn m.b.t. de lopende zaken twee visies te onderscheiden. Een eerste visie gaat er vanuit dat er m.b.t. de bevoegdheidsomschrijving een onderscheid is tussen een regering die ontslagnemend is, en een regering die opereert in een periode waarin het parlement ontbonden is. In de eerste situatie zou de regering enkel bevoegd zijn inzake de lopende zaken. In de tweede situatie zou de regering alle bevoegdheden behouden maar ze met voorzichtigheid moeten uitoefenen³⁷.

Niet alle auteurs volgen deze visie. Zo stelt Delpérée: «Un fait mérite pourtant de retenir l'attention. Voici un gouvernement dont l'action est désormais soustraite au contrôle des élus de la Nation. Pour un temps limité, il n'a plus à répondre de ses actes devant une assemblée politique. Est-ce à dire que dès l'instant de la dissolution des Chambres lé-

³⁶ Zie ter zake wat de Belgische rechtsleer betreft, o.a. COREMANS, H., «Het regeringsontslag en zijn staatsrechtelijke en administratiefrechtelijke gevolgen», *R.W.*, 1967-68, 2193-2206; DELPÉRÉE, F., *Chroniques de crise, 1977-82*, Brussel, CRISP, 1983, 27-32 en 48-51; DEMEYER, J., «Constitutionele aspecten van de parlementsonbinding», *Res Publica*, 1972, 185-193; LAVAUX, P., «Le droit de dissolution. Quelques aspects constitutionnels de l'exercice et des effets du droit de dissolution au cours de crises politiques récentes», *Adm. Publ. (I)*, 1979-80, 246-255; MAROY, P., «La gestion des affaires courantes par des ministres démissionnaires», noot onder Raad van State, nr. 12.954, 10 mei 1968, *R.J.D.A.*, 1969, 88-90; MASCARENHAS GOMES MONTEIRO, A., «L'expédition des affaires courantes», *Res Publica*, 1978, 433-446; MASCARENHAS GOMES MONTEIRO, A., «Réflexions sur la compétence d'un gouvernement démissionnaire», *Adm. Publ. (T)*, 1976-77, 222-233; MAST, A., «Regeringsontslag, lopende zaken en ministeriële verantwoordelijkheid naar Belgisch Recht, Politiek, Parlement, Democratie» in *Opstellen voor Prof. F.J.F.M. Duynstee*, Kluwer, Deventer, 1975, 147-157; SALMON, J., «A propos des affaires courantes: état de la question», *J.T.*, 1978, 661-663; UYTENDAELE, M., «Nomination, démission et remplacement des membres des exécutifs flamands, de la région wallonne et de la communauté française», *Adm. Publ. (TII)*, 1985, 254-255; VAN DEN BOSSCHE, I., «Enkele problemen in verband met de proportionele executieven», *R.W.*, 1984-85, 1562; VAN IMPE, H., «De jongste regeringscrisis in staatsrechtelijk opzicht», *T.B.P.*, 1968, 82-85; VAN SOLINGE, A., «De l'expédition des affaires courantes», *J.T.*, 1979, 214.

³⁷ Deze visie is terug te vinden bij o.a. DE MEYER, J., *l.c.*, 191, VAN DEN BOSSCHE, I., *l.c.*, 1562, en VAN SOLINGE, A., *l.c.*, 214. Het is ook de mening van zes prominenten (J. DE MEYER, W., GANSHOF VAN DER MEERSCH, W. LAMBRECHTS, M. SOMERHAUSEN, A., VANWELKENHUYZEN en P. WIGNY) die op vraag van de eerste minister L. Tindemans op 11 maart 1977 een advies uitbrachten. Dit advies is opgenomen in *T.B.P.*, 1978, 253, en in ALEN, A. en DUJARDIN, J., *Casebook Belgisch Grondwettelijk Recht*, Gent, Story-Scientia, 1985, 143-144. Lavaux maakt eveneens een onderscheid maar beperkt de bevoegdheden van een niet-démissionnaire regering tijdens de periode zonder parlementaire controle tot de zaken die reeds werden aangevat (LAVAUX, P., *l.c.*, 250).

gislatives, il aurait reçu carte blanche ? La Constitution aurait-elle engendré ce curieux système parlementaire où, à intervalles plus ou moins réguliers, les deux Chambres pourraient, pour deux mois, être mises sur la touche et où le gouvernement et son administration pourraient, pour le même laps de temps, agir à leur guise sans avoir à se soucier de quelque forme de contrôle politique ?³⁸»

En verder : «En cas de dissolution, le principe d'une nécessaire responsabilité vient donc corriger et tempérer le principe de la continuité qui s'impose normalement au pouvoir exécutif. En temps de crise, le gouvernement qui n'est pas affecté dans son existence par une mesure qui ne vise directement que les seules Chambres législatives, est atteint dans sa capacité d'agir. Il ne saurait accomplir les actes qui, en temps normal, eussent pu justifier la mise en oeuvre de sa responsabilité politique³⁹.»

Behalve sommige andere auteurs⁴⁰ lijkt ook de Raad van State deze mening toegedaan te zijn. Het arrest Berckx⁴¹ met name, kan bezwaarlijk anders uitgelegd worden, mede gelet op de grote gelijklopendheid tussen dit arrest, en de latere arresten Joos⁴² en Haesaerts⁴³, die wel degelijk een demissionaire regering betreffen.

Deze visie lijkt mij persoonlijk correct. Het behoort inderdaad tot de meest fundamentele beginselen van de Belgische Grondwet dat de uitvoerende macht te allen tijde verantwoordelijk is aan de wetgevende macht die haar desnoods met een motie van wantrouwen kan sanctioneren (artikelen 63 en 64 Gw.). Dit «evenwicht», hoe moeilijk ook te handhaven in tijden van economische, financiële en communautaire instabiliteit, is dermate essentieel dat het noodzakelijkerwijze inhoudt dat een regering opererend zonder parlementaire controle hoe dan ook enkel de lopende zaken kan behandelen. Ter zake kan ook verwezen worden naar een bijdrage van Mast in de opstellenbundel voor prof. Duynstee, die zeer duidelijk ervan uitgaat dat de beperking van de lopende zaken het gevolg is van het wegvallen van de sanctioneringsmogelijkheid door het parlement van de regering. Deze sanctioneringsmogelijkheid valt weg bij de ontbinding van het parlement, ongeacht het gegeven of de regering al dan niet ontslagnemend is⁴⁴.

In wat volgt zal daarom geen onderscheid gemaakt worden tussen de rechtspraak die de ene of de andere situatie betreft⁴⁵. Op basis van deze rechtspraak, die door de rechts-

leer niet fundamenteel wordt tegengesproken, kunnen m.b.t. de lopende zaken verschillende categorieën van beslissingen onderscheiden worden.

Een eerste categorie zijn de daden van dagelijks bestuur, door de Raad van State omschreven als «die soort van regelmatig toevloeiende zaken waarvan de afhandeling, ook al kan daar de uitoefening van enige discretionaire bevoegdheid bij te pas komen, geen beslissing over de oriëntatie van het beleid onderstelt, omdat het gaat om de gewone uitvoering of toepassing van in de wet, verordening of richtlijnen neergelegde voorschriften, zulks in overeenstemming met de gevestigde uitlegging van die voorschriften⁴⁶.

Coremans omschrijft deze beslissingen als volgt : «Daar toe behoren de uitvoeringsbeslissingen van gewone routine, beslissingen die op een lager echelon worden genomen, voorbereidende handelingen, beslissingen die de voortzetting of het natuurlijk eindpunt zijn van een lopende procedure, beslissingen tot vrijwaring van het rijksvermogen of de handhaving van de wettelijkheid, beslissingen in uitvoering van een strikt gebonden bevoegdheid⁴⁷.

Het nemen van beslissingen m.b.t. daden van dagelijks bestuur behoort ongetwijfeld tot de bevoegdheid van een regering die enkel de lopende zaken kan behartigen⁴⁸.

Een tweede categorie besluiten zijn die zaken die «een regeringszaak» zijn, «waarvan de daarin besloten beleidsopties uiteraard van zodanig algemeen politiek belang zijn dat over die zaak enkel een beslissing kan worden genomen door een regering waarvan moet worden aangenomen dat zij haar bewind voert met de steun van een meerderheid in het parlement, en derhalve ook met het risico die steun, om reden van de genomen beleids optie, te verliezen» of die «ten gevolge van bijzondere omstandigheden tot een zaak van algemeen politiek belang was uitgegroeid⁴⁹.

deratie der Chemische Nijverheid van België; R.v.St., nr. 16.682, 22 oktober 1974 (Vergucht); R.v.St., nr. 17.128, 9 juli 1975 (Berckx); R.v.St., nr. 17.131, 14 juli 1975 (V.Z.W. Association du Personnel Wallon et Francophone des Services Publics); R.v.St., nr. 17.657, 18 mei 1976 (Valin); R.v.St., nr. 18.848, 15 maart 1978 (Nationaal Christelijk Middenstandsverbond); R.v.St., nr. 19.272, 21 november 1978 (Beets); R.v.St., nr. 20.080, 29 januari 1980 (Joos); R.v.St., nr. 20.081, 29 januari 1980 (Haesaerts); R.v.St., nr. 22.109, 10 maart 1982 (Gillet); R.v.St., nr. 23.716, 25 november 1983 (gemeente Schaarbeek), R.v.St. nr. 24.143, 16 maart 1984 (De Val). R.v.St., nr. 24.299, 3 mei 1984 (Marien e.a.).

⁴⁶ R.v.St., nr. 17.128, 9 juli 1975 (Berckx). In dezelfde bewoordingen : R.v.St., nr. 20.080, 29 januari 1980 (Joos) en R.v.St., nr. 20.081, 29 januari 1980 (Haesaerts).

⁴⁷ COREMANS, H., l.c., 2201.

⁴⁸ R.v.St., nr. 22.109, 10 maart 1982 (Gillet). In dit arrest wordt ogenschijnlijk aangenomen dat het benoemen tot eerstaanweznd postontvanger (rang 13) een zaak van dagelijks bestuur was die ook tijdens de periode van de lopende zaken kan worden gestart. Toch werd nagegaan of er geen sprake was van een overhaaste beslissing. Deze controle is niet verwonderlijk, want ook een beslissing genomen in een periode van volle bevoegdheid mag niet op een dergelijke overhaaste manier genomen zijn waardoor de rechten van eventuele kandidaten, of andere belanghebbenden, geschaad worden en de beslissing niet zorgvuldig voorbereid wordt (zie ter zake Suetens, L.P., «Algemene beginselen van behoorlijk bestuur in de rechtspraak van de Raad van State», T.B.P., 1981, 86-87, met verwijzing naar het arrest nr. 16.671, van 31 mei 1979).

⁴⁹ R.v.St., nr. 17.128, 9 juli 1975 (Berckx).

³⁸ DELPÉRIE, F., o.c., 48.

³⁹ DELPÉRIE, F., o.c., 49.

⁴⁰ MASCARENHAS GOMES MONTEIRO, A., «Réflexions sur la compétence d'un Gouvernement démissionnaire», *Adm. Publ. (T.)*, 1976-77, 233, en SALMON, J., l.c., 662-663 (maar, in tegengestelde zin, SALMON, J., *Conseil d'Etat*, Brussel, Bruylant, 1987, 216.

⁴¹ R.v.St., nr. 17.128, 9 juli 1975 (Berckx).

⁴² R.v.St., nr. 20.080, 29 januari 1980 (Joos).

⁴³ R.v.St., nr. 20.081, 29 januari 1980 (Haesaerts).

⁴⁴ MAST, A., l.c., 149 («Het sluitstuk van dit evenwicht is de politieke verantwoordelijkheid van de ministers en de sanctie van die verantwoordelijkheid is de mogelijkheid waarover de kamers beschikken om de Regering tot ontslag te dwingen») en 153 («Als de kamers ontbonden zijn of als de Regering ontslag heeft genomen, ...» — eigen cursivering).

⁴⁵ Zonder volledigheid na te streven wordt verwezen naar de volgende uitspraken : R.v.St., nr. 9932, 15 maart 1963 (Ligny); R.v.St., nr. 12.951, 10 maart 1968 (Jassogne); R.v.St., nr. 13.608, 5 juni 1969 (Debouverie); R.v.St., nr. 16.490, 21 juni 1974 (V.Z.W. Fe-

Dergelijke beslissingen behoren niet tot de lopende zaken⁵⁰.

Op deze regel geldt slechts één uitzondering, nl. de dringende noodzaak. Is de dringende noodzaak – waarvan mag worden aangenomen dat ze sterker moet zijn naargelang het politiek belang van de zaak groter wordt – voldoende aangetoond, dan moet altijd tot de bevoegdheid van de regering of de betrokken minister(s) worden beslist⁵¹.

De derde categorie beslissingen zijn die beslissingen die tot geen van beide voorgaande categorieën behoren: ze gaan uit boven het dagelijks bestuur maar zijn anderzijds ook geen beslissingen – uit hun aard of door de omstandigheden – van algemeen politiek belang⁵².

Deze beslissingen behoren tot de lopende zaken wanneer – *tegelijktijd* – aan drie voorwaarden voldaan is: 1) de procedure moet vóór de periode van de lopende zaken gestart zijn; 2) de procedure mag niet overhaast gevoerd zijn; 3) de eindbeslissing mag geen belangrijke en nieuwe beleidskeuze inhouden.

In het arrest nr. 12.951 (Jassogne) worden deze drie voorwaarden uitdrukkelijk beoordeeld. Aan de laatste voorwaarde wordt geacht voldaan te zijn omdat «het er niet om ging te bepalen aan wie de leiding van een dienst of een belangrijk onderdeel van een dienst in handen moest worden gegeven». In dezelfde zin kan verwezen worden naar het arrest nr. 16.682 (Vergucht). In het arrest nr. 17.128 (Berckx) werd erop gewezen dat de eigenlijke beleidsbeslissing, nl. een uitzonderingsregime voor bepaalde benoemingen toe te passen, voor de periode van lopende zaken genomen werd. In het arrest nr. 17.657 (Valin) werd dan weer verwezen naar het feit dat de regering het advies van de gemeenteraad gewoon

gevolgd had. In het arrest nr. 19.272 (Beets) is het derde punt niet onderzocht.

In de arresten nrs. 20.080 (Joos) en 20.081 (Haesaerts) werd het ontbreken van de derde voorwaarde als volgt geconstateerd: «Overwegende dat het besluit van de minister van 26 mei 1977 een beslissing over de oriëntatie van het beleid inhield, te meer daar door het besluit, zij het voorlopig, een andere structuur voor het leerlingenvervoer werd uitgewerkt dan die welke in de wet van 14 juli 1975 was vooropgesteld».

Het is nuttig erop te wijzen dat de drie gestelde voorwaarden enkel gelden voor die beslissingen die niet tot het dagelijks bestuur behoren en dat zij niet gelden voor zaken van algemeen politiek belang⁵³.

Aan deze derde categorie voegt Coremans een specifiek type van beslissing toe: «Een tweede groep van lopende zaken vormen de rechtshandelingen waarvan het initiatief volkomen buiten het bereik van de regering ligt. Wanneer werkgevers en werknemers in de schoot van een paritair orgaan een collectieve arbeidsovereenkomst betreffende de arbeidsvoorwaarden in een bedrijfstak afsluiten en eenparig om de algemeen verbindende verklaring verzoeken, dan moet worden aangenomen dat door ontslag de regering haar bevoegdheid niet verliest om daarop in te gaan»⁵⁴.

Ook voor de derde groep beslissingen geldt dat de dringende noodzaak sowieso tot de bevoegdheid van de ministers en de regering leidt en dat in die situatie dus de aanwezigheid van de drie gestelde voorwaarden niet noodzakelijk is.

Ten slotte onderscheiden sommige auteurs⁵⁵ een vierde categorie, nl. de voorbereidende handelingen die gericht zijn op het vergaren van inlichtingen, adviezen en dergelijke meer.

Daargelaten de vraag of hier wel degelijk van beslissingen sprake is, relativeert Coremans deze bevoegdheid door te stellen dat «feitelijke omstandigheden of technisch-juridische beschouwingen evenwel zodanige handeling het karakter van lopende zaak kunnen ontnemen»⁵⁶.

Het leerstuk van de lopende zaken doet in alle scherpste het probleem uitkomen van de verhouding tussen uitvoerende en wetgevende macht. Een probleem dat vooral een klagzang geworden is over het teloorgaan van de dominantie van de wetgever.

Het is de verdienste van Franklin Dehousse geweest het probleem duidelijk en zonder vooringenomenheid te hebben gesteld, vooral in zijn artikel «La nécessité des pouvoirs spéciaux», waarin hij overtuigend de stelling poneert dat de bijzondere machten eigenlijk overbodig zijn⁵⁷. Dit belet hem niet om het parlementaire werk kritisch door te nemen.

⁵⁰ R.v.St., nr. 17.131, 14 juli 1975 (V.Z.W. Association du Personnel Wallon et Francophone des services publics). Het vaststellen van de taalkaders van de A.S.L.K. wordt genoemd «een gewichtige beslissing», een mogelijk «precedent», en de Raad benadrukt de ruime beoordelingsbevoegdheid, niet in feite maar wel in rechte, zodat er zeker geen sprake is van de afwikkeling van een normale procedure.

⁵¹ Daardoor valt te verklaren dat, zodra de dringende noodzaak wordt vastgesteld, niet verder onderzocht wordt wat juist de aard van de beslissing is: R.v.St., nr. 16.490, 21 juni 1974 (V.Z.W. Federatie der Chemische Nijverheid van België) en R.v.St., nr. 18.848, 15 maart 1978 (Nationaal Christelijk Middenstandsverbond). In het arrest nr. 23.716 van 25 november 1983 (Gemeente Schaarbeek) wordt de normale afwikkeling van het besluitvormingsproces maar bijkomstig onderzocht, terwijl de nadruk ligt op de dringende noodzaak. Hetzelfde geldt voor het arrest nr. 24.299, van 3 mei 1984 (Mariën e.a.).

In het arrest nr. 24.143, van 16 maart 1984 (De Val) werd de dringende noodzaak supplementair opgeworpen. Bovendien valt uit de rechtspraak op te maken dat de Raad m.b.t. de beoordeling van de dringende noodzaak veeleer een marginale beoordelingsmogelijkheid heeft: «Comme l'observe la revue Administration Publique (...) l'arrêt insiste à nouveau d'avantage sur le pouvoir qu'a l'autorité administrative de juger en opportunité de la notion d'urgence» (SALMON, J., «A propos des affaires courantes: état de la question», *J.T.*, 1978, 663; deze opmerking wordt geplaatst bij het arrest nr. 18.848).

⁵² «Bestuurszaken van meer dan gewoon belang die niet in de vaste patronen van de dagelijkse werking van een departement kunnen worden ingepast» (R.v.St., nr. 20.081, 29 januari 1980 (Haesaerts)).

⁵³ Toch moet de vraag worden gesteld of zaken van categorie 2 die aan de drie gestelde voorwaarden voldoen, eigenlijk niet behoren tot het «dagelijks bestuur» en de derde categorie dus een explicitering is van de eerste.

⁵⁴ COREMANS, H., *l.c.*, 2204.

⁵⁵ COREMANS, H., *l.c.*, 2203. Dit werd overgenomen door de eerste minister Martens in een verklaring van de Kamer van Volksvertegenwoordigers op 8 mei 1979 (*Parl. Hand.*, Kamer, 8 mei 1979, 238-239).

⁵⁶ COREMANS, H., *l.c.*, 2203.

⁵⁷ DEHOUSSE, F., «La nécessité des pouvoirs spéciaux», *Ann. Dr. Liège*, 1987, 442-452.

De basisidee van zijn bijdrage is daarbij dat het parlementair systeem alleen maar toekomst heeft, als het erin slaagt een minimale efficiëntie te ontwikkelen. Het parlement moet een directer contact met de regering onderhouden, het moet op een betere manier de controle- en adviesinstellingen van de staat kunnen gebruiken, hij pleit voor een ruimer gebruik van de parlementaire onderzoekscommissies en vooral stoort hem het tweekamersysteem met daarbovenop de doubleures in commissie en plenaire vergadering. Zijn besluit is duidelijk: «Il y a quelque chose de débilitant à contempler un premier ministre subissant à son banc pendant de longues heures les mêmes discours quatre fois d'affilée. Ni la démocratie, ni la collectivité publique, ni même le parlement n'y gagneront quelque chose»⁵⁸. Terugkerend naar de hedendaagse problematiek is het dan ook duidelijk dat, na een eventuele hervorming van de Senaat, de enige relevante vraag zal zijn of het de Senaat en het Parlement in zijn geheel dan wel de senatoren zullen zijn die als winnaars het strijdpark verlaten. Veel signalen die een positief antwoord doen verhoppen, zijn er nog niet geweest.

Ik heb van het begin af gesteld dat ik deze les wou structureren op wat de komende maanden gedoceerd zal worden.

In zijn inaugurale rede uit 1948 sprak de Nederlandse professor Donner zijn studenten als volgt toe: «Het is een vaste gewoonte om de juridische student te verwijten, dat hij zijn studie niet ernstig neemt. Het dreigt gewoonte te worden om, wanneer men als hoogleraar optreedt, daarover een vermanend woord te spreken, afkeurend het hoofd te schudden en dreigend den vinger te heffen. Ik volg die gewoonte niet, omdat ik mij zeer wel bewust ben dat hier meer dan één schuldige partij is. Mocht ik falen U de liefde voor de staatsrechtswetenschap bij te brengen, dan zal ik de fout in de eerste plaats bij mijzelf zoeken»⁵⁹.

Beste studenten, jullie hebben het voorrecht student te zijn op het ogenblik dat de Vlaamse Gemeenschap eindelijk volwassen is. Dat voorrecht legt jullie nochtans ook zware verantwoordelijkheden op. Dit gegeven veroorlooft jullie niet meer om jullie te beperken tot het enge Vlaamse of Belgische milieu. Meer dan ooit zal het noodzakelijk zijn om internationaal te denken, te argumenteren of te werken. Wie in zijn eigen kringetje zal blijven, zal een tweederangspeler spelen.

Bovendien betekent de volwassenwording van Vlaanderen dat de «taalstrijder» zoals Vermeulen⁶⁰ het bijna honderd jaar geleden al in zijn «Kritiek der Vlaamse Beweging» stelde, zal moeten nagaan «of het recht misschien geen warboel van leugens is»⁶¹, waarbij het Vlaams karakter van dat recht er niet toe mag bijdragen dat «de leugen vaster staat».

Jullie hebben ook het voorrecht om student te zijn op het ogenblik dat de nieuwe technologieën een ruimte toegang tot alle mogelijke en onmogelijke informatiebronnen toelaten. Ook dit voorrecht legt een zware verantwoordelijkheid op.

De voorsprong aan kennis zal namelijk alsminder belang hebben. Waar het op aan zal komen, zal het begrijpen zijn, het selecteren, het rationeel manipuleren van de massa's gegevens die voor iedereen ter beschikking zullen staan. Wie niet zal beschikken over een grote dosis kritisch vermogen zal moeiteloos gevloerd worden en zal niet meer op een grotere encyclopedische kennis kunnen terugvallen.

De titel van mijn les is ontleend aan een plaat van de dichter Marcel Van Maele. De plaat werd opgenomen op het ogenblik dat Van Maele voor een belangrijke oogoperatie stond die hem nauwelijks nog van blindheid kon behoeden. Als het ware het noodlot tartend vond hij er niets beter op om daarvoor zelf zijn gedichten op plaat voor te lezen, met een titel die duidelijk maakt dat van berusting geen sprake was. Blindheid, en nu heb ik het over intellectuele blindheid, is het ergste wat een universiteit kan overkomen. Blindheid is er als het in een rijksinstelling niet meer mogelijk zou zijn dat mensen van verschillende ideologische of levensbeschouwelijke strekking samenwerken. In de richting publiekrecht heb ik tot op heden ervaren dat die samenwerking wel mogelijk is en bovendien de sterkte van onze instelling is, omdat een pluralistische aanpak automatisch de ogen van de studenten opent. Tegelijkertijd heb ik ervaren dat een dergelijke openheid niet voor iedereen evident is.

Blindheid is er ook als de student er niet in slaagt een principiële kritische ingesteldheid aan te kweken. De titel van deze les is nochtans typerend voor de wijze waarop ikzelf en nog steeds vele studenten examens afleggen: in een solemne sfeer wordt de student geacht het hoofd op tafel te zetten, de inhoud voorzichtig en conform de in de les meegegeven dosering in het puntenbakje van de professor te gieten, het hoofd weer op te zetten en even plechtig — maar iets leeghoofdiger — te verdwijnen.

De student haalt als excuus aan dat professoren enkel met het geheugenlesje rekening houden, de professor stelt dat de studenten niet vatbaar zijn voor kritische examenmethodes, en dit alles gebeurt in een context van stijgende of toch hoge studentenaantallen die niet bepaald bevorderlijk zijn voor andere doceer- en examenvormen.

Met de overmoed die de beginneling kenmerkt, hoop ik ertoe bij te dragen dit stereotiepe af te breken. Als ik al iets van opvoeding kan of moet meegeven, zal ik jullie dan ook niet opvoeden tot goede Vlamingen of nieuwe Belgen. In de voorbije maanden heb ik daarom gepoogd een aantal initiatieven vorm te geven. Zo kunnen de komende jaren een aantal studenten meedingen in de René Cassin-wedstrijd, dit is de pleitwedstrijd die jaarlijks in Straatsburg wordt gehouden i.v.m. het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens. Daarom is ook bepaald dat kan worden samengewerkt met het Institut d'Études Québécoises et Franco-canadiennes dat werkzaam is aan de Faculteit van de Letteren en Wijsbegeerte o.l.v. prof. Haleyn en prof. Willems. Die samenwerking moet het mogelijk maken het informatiebestand over Québec en Canada bij te werken, professoren uit Québec naar Gent te halen en studenten of pas afgestudeerden de mogelijkheid van een verblijf in Québec aan te bieden. Daarom ook wordt, samen met de professoren Somers en Marescau, gewerkt aan een Erasmusproject om binnen de op- en afbouw richting nationaal en internationaal publiekrecht een ambitieus uitwisselingsprogramma aan te bieden gebaseerd op volkenrecht, Europees gemeenschapsrecht en de rechten van

⁵⁸ *Ibid.*, 451.

⁵⁹ DONNER, A.M., «Relativisme en geestelijke vrijheid», in DONNER, A.M., *Tussen het echte en het gemaakte*, Zwolle, Tjeenk Wilink, 1986, 19.

⁶⁰ VERMEULEN, «Kritiek der Vlaamse Beweging», in *Eerste bundel van August Vermeulen's verzamelde opstellen*, Bussem, C.A.J. Van Dishoeck, 1904, 35-80.

⁶¹ *Ibid.*, 64.

de mens. Ik ben er vast van overtuigd dat deze richting en specifiek die drie vakken zich daartoe bijzonder goed lenen.

En ten slotte, ervan uitgaand dat Wallonië voor velen al een soort buitenland geworden is, werd aan de minister van Justitie gevraagd om een cursus Nederlands voor pas afgestudeerde Franstalige juristen te subsidiëren. Tot voor kort werd in een dergelijke subsidie voorzien als de Franstalige afgestudeerden in Nederland hun taalcursus volgden. Als het mogelijk wordt dat dit in Gent plaatsheeft, biedt dit de mogelijkheid om tussen jonge afgestudeerden uit Vlaanderen en Wallonië verruimde contacten uit te bouwen. De komende maanden zullen moeten aantonen of dit project, dat

samen met het talentencentrum wordt gerealiseerd, levensvatbaar zal zijn.

Al deze initiatieven zijn gebaseerd op een fundamenteel streven naar openheid naar de buitenwereld toe. Vlaamse intellectuelen hebben decennia lang de onaangename gewoonte gehad zich ontheemd te voelen zodra ze van hun kerktoren en van de traditionele gezagstructuren verwijderd waren. Ik kan alleen maar hopen dat de titel van deze les voldoende uitdagend was, opdat jullie generatie van studenten dit bevel niet meer opvolgt.

Johan VANDE LANOTTE

HET KIND EN DE REKENING FOUT, SCHADE EN SCHADEVERGOEDING NAAR AANLEIDING VAN EEN MISLUKTE STERILISATIE

1. «De ambitie van dit artikel reikte dan ook niet verder dan het vertrouwd maken van de lezer met een problematiek die door de ontwikkeling van de medische wetenschap en de sociale evolutie regelmatig aan de orde zal worden gesteld in de komende jaren.» Hoe juist Kruithof¹ dit gezien heeft blijkt uit het vonnis van de Rb. Kortrijk van 3 januari 1989 dat in dit nummer wordt afgedrukt. Het is het tweede gepubliceerde vonnis m.b.t. de aansprakelijkheid van een arts wegens zgn. mislukte sterilisatie, terwijl verscheidene rechtszaken nog lopen².

Op 28 december 1984 werd een sterilisatie uitgevoerd door een gynaecoloog bij de echtgenote. Op 25 november 1985, amper elf maanden na de ingreep, beviel zij van een zoontje. Het echtpaar vorderde een schadevergoeding van de gynaecoloog van zo'n 2,6 miljoen frank. De fout die zij primair aan de arts verweten, was «de falende voorbehoedsmethode, in casu de falende sterilisatie». Subsidiair voerden zij een gebrek aan voorlichting aan en de aanwending van een onjuiste methode van sterilisatie.

2. De rechtbank aanvaardt een fout bij de gynaecoloog omdat deze er niet in slaagde voor de rechter aannemelijk te maken dat hij het echtpaar had gewezen op de weliswaar

minieme kans op zwangerschap na de ingreep. De rechtbank acht eveneens het bestaan van een oorzakelijk verband tussen deze fout en de schade bewezen. Vergoeding voor morele schade staat de rechtbank in het geheel niet toe; voor materiële schade wel: medische kosten in verband met de mislukte sterilisatie; kosten voor zwangerschapskleding; medische kosten i.v.m. zwangerschap en bevalling; kosten eigen aan de geboorte zoals «doopsuiker» en doopfeest; kosten voor uitbreiding van de woning en ten slotte en vooral, de onderhoudskosten voor het kind. Géén vergoeding wordt evenwel toegekend voor de vasectomie die de man liet uitvoeren na de geboorte van het kind, voor de materiële en morele ongemakken en onzekerheden tijdens de zwangerschap ondervonden en het verlies op arbeidskansen voor de vrouw die uitkeringsgerechtigde werkloze was op het ogenblik van de geboorte van het kind. De rechtbank kent in totaal ongeveer 600.000 fr. schadevergoeding toe, zo'n twee miljoen minder dan gevraagd. In zijn proefschrift vraagt Stolker zich af: «Wat is wijsheid?»³. Klaarblijkelijk hebben beide partijen de beslissing van de rechter, zoniet wijs, dan toch als billijk ervaren; geen van beide ging in hoger beroep.

¹ KRUIHOF, R., «Schadevergoeding wegens de geboorte van een ongewenst kind?», *R. W.*, 1986-1987, (2737), 2778.

² Zie voor het eerste vonnis, Rb. Antwerpen, 17 januari 1980, *De Verz.*, 1981, 183, *VI. T. Gez.*, 1980-81, nr. 3, 34. Na de beëindiging van de redactie van deze commentaar werd ook nog Rb. Leuven 17 december 1987 gepubliceerd, zie T.B.B.R., 1989/1, 85. Het gepubliceerd uittreksel laat de vordering tot schadevergoeding wegens de geboorte van een zgn. ongewenst kind toe. Andere details ontbreken.

³ STOLKER, C.J.J.M., *Aansprakelijkheid van de arts, in het bijzonder voor mislukte sterilisaties*, Deventer, Kluwer, 1988, 98. Zie van dezelfde auteur *Aansprakelijkheid van de arts voor mislukte sterilisaties*, Deventer, Kluwer, 1986, Serie Gezondheidsrecht nr. 17. Dit laatstgenoemde werk wordt door de auteur in het Voorwoord bij het eerstgenoemde bestempeld als: «In de meest letterlijke zin van het woord was dat mijn proefschrift.» Zie voor een uitvoerige bespreking van STOLKER (1986), VANSWEEFELT, T., *VI. T. Gez.*, 1986-87, 167-170.

In de volgende paragrafen zal deze uitspraak uitvoeriger worden beschreven en besproken aan de hand van binnen- en buitenlandse literatuur. Ik volg daarbij het schema van het vonnis: fout, oorzakelijk verband en, pas daarna, schade(vergoeding). Maar ik begin met een korte uiteenzetting over de medische-deontologische en juridische toelaatbaarheid van de sterilisatie uitgevoerd bij man of vrouw.

I. Sterilisaties: deontologisch en juridisch bekeken

A. Sterilisatie en de code voor medische plichtenleer

3. Dat de opvattingen in medische kringen omtrent de toelaatbaarheid van sterilisaties om anticonceptieve redenen (anders dan om therapeutische redenen) gewijzigd zijn, blijkt uit een recente wijziging van artikel 54 van de code voor medische plichtenleer die in 1975 door de Nationale Raad van de Orde van Geneesheren werd goedgekeurd. Dat artikel luidde tot voor kort:

«De definitieve heekkundige sterilisatie is een ingreep met verstrekken gevolgen. Zij mag bijgevolg slechts plaatsvinden bij een ernstige medische aanwijzing.

Meer bepaald wordt vereist dat:

- de noodzaak ervan is bewezen;
- reversibele middelen geen voldoende oplossing kunnen bieden;
- de beide echtgenoten of partners, behoudens bijzondere omstandigheden, degelijk over het onherroepelijk karakter van de ingreep en de gevolgen ervan zijn voorgelicht;
- de patiënt, alsook de echtgenoot of partner, er volkomen vrij over beslissen en hun toestemming schriftelijk wordt bevestigd.»

Tijdens de vergadering van 16 juli 1988 keurde de Nationale Raad een nieuwe tekst goed, ter vervanging van het bestaande artikel 54:

«Hoewel het doorgaans slechts een kleine ingreep betreft, heeft de heekkundige sterilisatie verstrekken gevolgen.

De sterilisatie mag bijgevolg slechts worden uitgevoerd na een degelijke voorlichting van de echtgenoten of partners over de ingreep en de gevolgen ervan. De persoon die de ingreep zal ondergaan moet vrij kunnen beslissen en het gebeurlijk verzet van echtgenoot of partner blijft zonder gevolg»⁴.

Het vroeger artikel liet enkel de sterilisatie om therapeutische redenen toe, als een (nieuwe) zwangerschap het leven of de gezondheid in gevaar brengen. De nieuwe tekst daarentegen rept met geen woord over welke indicatie ook; het onderscheid tussen zgn. therapeutische en zuiver anticonceptieve sterilisatie wordt trouwens minder dan vroeger gemaakt⁵. Hoezeer sterilisatie volkomen in de anticonceptieve sfeer is terechtgekomen, blijkt ook nog uit een veranderend woordgebruik: meer en meer is sprake van «heekkundige anticonceptie» i.p.v. (anticonceptieve) sterilisatie.

De nieuwe tekst stelt als enige voorwaarde: «informed consent»: degelijke voorlichting van beide partners; vrije toestemming van degene die de ingreep ondergaat (vroeger

diende de partner mee in te stemmen; nu kan hij zich zelfs niet meer verzetten). Opvallend, vergeleken met vroeger, is dat de toestemming niet meer op papier hoeft te worden gesteld. Dat is eigenaardig, aangezien er in de praktijk juist een ontwikkeling is naar het overhandigen van geschreven informatie en het geven van schriftelijke toestemming⁶.

B. Sterilisatie, juridisch beschouwd.

4. De gewijzigde deontologische opvatting t.a.v. sterilisatie komt ook tot uiting in het recht. De klassieke opvatting vindt men bij Vanhoudt en Calewaert⁷. Medische handelingen die inbreuk maken op de fysieke integriteit van de patiënt, zijn gerechtvaardigd voor zover er een curatief of diagnostisch oogmerk is. Bij een anticonceptieve sterilisatie – en eigenlijk ook bij een therapeutische sterilisatie⁸ – ontbreekt dit curatief doel, wat de sterilisatie «volkomen strafbaar laat, ook wanneer het slachtoffer erin toegestemd had»⁹. Maar in de schaarse rechtspraak wordt de principiële toelaatbaarheid van de anticonceptieve sterilisatie niet ter discussie gesteld¹⁰. Rb. Antwerpen 17 januari 1980, wees de stelling van de chirurg af dat «het contract tussen arts en patiënt gesloten om het beoogd resultaat van steriliteit te bekomen, een immorele oorzaak heeft»: in een folder van februari 1974, verspreid door de minister van Volksgezondheid wordt de sterilisatie vermeld als een laatste middel van «verantwoord ouderschap». In die omstandigheden kan men een vordering gebaseerd op een slecht uitgevoerde sterilisatie niet beschouwen «als indruisend tegen de huidige goede zeden van de meerderheid van de bevolking»¹¹. In Rb. Kortrijk, 3 januari 1989, kwam de kwestie als zodanig zelfs niet meer ten sprake, enkel zijdelings. Het echtpaar vorderde 250.000 fr. schadevergoeding wegens «vermindering van de fysieke integriteit» van de vrouw. De rechtbank wees dit af: «De vermindering van fysieke integriteit is niet aanwezig nu bewezen is dat verweerster nog zwanger kan worden en deze vraag overigens in strijd is met wat zij wenste, nl. een vermindering van haar fysieke integriteit.» De rechtbank ziet de sterilisatie wel als een inbreuk op de fysieke integriteit, maar knoopt daar, evenmin als de partijen, geen enkele beschouwing aan vast i.v.m. de toelaatbaarheid van sterilisatie. Ook in recentere rechtspraak wordt niet meer uitgegaan van het principieel verbod van de heekkundige sterilisatie¹².

Zonder enige wetswijziging blijkt de anticonceptieve sterilisatie in de medische praktijk te zijn geïntegreerd; even-

⁶ *Id.*, 32. Zie voor Nederland, STOLKER (1988), 63, die een vergelijking maakt tussen de situatie in 1978 en 1985. In 1978 werd bijna geen schriftelijke informatie gegeven; in 1985 is dat «vrij gewoon» geworden.

⁷ VANHOUDT, C. en CALEWAERT, W., *Belgische Strafrecht*, Gent, Story, 1976, nr. 882 e.v.

⁸ In die zin RENAER, 30.

⁹ VANHOUDT en CALEWAERT, a.w.

¹⁰ VANDERMEERSCH, D., «Medische fout, sterilisatie en medische experimentatie», *T.P.R.*, 1983, 850.

¹¹ Rb. Antwerpen, 17 jan. 1980.

¹² DELVA, W. en DIERKENS, R., «Enkele civielrechtelijke aspecten van contraceptie, sterilisatie en kunstmatige inseminatie», *T.P.R.*, 1974, 480 nr. 7; HENNAU-HUBLET, Chr., *L'activité médicale et le droit pénal*, Brussel, Bruylant, 1987, die in verband met een anticonceptieve sterilisatie spreekt over «une situation de non droit», blz. 44, nr. 38; VANDERMEERSCH, 850-851.

⁴ Zie *T. Orde Gen.*, 1988, nr. 42, 14, en in hetzelfde nummer RENAER, M., «Medische en deontologische aspecten van de heekkundige sterilisatie», 27-34.

⁵ RENAER, 29-30

min worden nog juridische bezwaren geformuleerd. Waaruit nogmaals blijkt dat de opvattingen die leven in medische kring een belangrijke bron van medisch recht zijn.

II. De fout van de arts bij mislukte sterilisatie

A. Inspanning of resultaat?

5. De Rb. Kortrijk huldigt, tegen de visie van de eisers in, de opvatting dat de verbintenis van een arts een vrouw te steriliseren hem verplicht tot een inspanning, geen resultaat. De rechtbank achtte het niet bewezen dat de arts uitdrukkelijk had gegarandeerd dat de sterilisatie absolute onvruchtbaarheid tot gevolg zou hebben. Bovendien, in de huidige stand van het medisch kunnen, blijft er, zij het een uiterst gering, risico bestaan op zwangerschap (risico op vruchtbaarheid en bevruchting lijkt me beter). Geen resultaatsverbintenis dus. Met die stelling breekt de rechtbank geen potten: zij is thans, zeker wat de vrouwelijke sterilisatie betreft, algemeen aanvaard¹³. De cijfers in verband met de mislukkingen bij vrouwelijke sterilisaties lopen uiteen; bij een bepaalde methode zouden ze 2,6% bereiken¹⁴.

6. De mannelijke sterilisatie, ook wel vasectomie genoemd, leidt tot meer discussie, hoewel ook in dit geval mislukkingen (tot 0,7%) niet zijn uit te sluiten¹⁵. De Rb. Antwerpen, 17 januari 1980, aanvaardde, in navolging van Delva en Dierkens het bestaan van een resultaatsverbintenis bij vasectomie, zo wordt gesteld¹⁶. Maar die uitspraak is genuanceerder: er dient volgens dit vonnis een onderscheid te worden gemaakt tussen het einddoel, de definitieve sterilisatie, wat een resultaat inhoudt, en de onmiddellijke sterilisatie na de ingreep, hetgeen niet kan worden gegarandeerd. Dit onderscheid wordt ook door STOLKER gemaakt: «Als de arts na de controles voor zijn patiënt het sein op veilig heeft gezet, dan is de kans op hernieuwde vruchtbaarheid door spontane rekanalisatie uitgesloten te achten. In zoverre mag de sterilisatie-ingreep na de controles als een resultaatsverbintenis worden beschouwd»¹⁷. Vasectomie en nacontrole te zamen zouden dus een resultaatsverbintenis zijn. Stolker wijst er wel op dat zelfs na nacontrole een zeer kleine kans

op spontane rekanalisatie blijft bestaan, nl. 3 per duizend. Gezien de lagere misluktingspercentages bij vasectomie, het feit dat mislukking vrij snel na de ingreep duidelijk wordt en, anders dan bij vrouwelijke sterilisatie, controle op mislukkingen relatief eenvoudig is via spermaonderzoek, heeft de arts bij een mislukte vasectomie meer de schijn tegen zich dan bij een mislukte vrouwelijke sterilisatie.

7. Volgens Stolker is de vrouwelijke sterilisatie geen resultaatsverbintenis, maar als de arts zijn patiënt een garantie van succes geeft, maakt de arts zelf van zijn verbintenis een resultaatsverbintenis¹⁸. Op dit punt is Rb. Kortrijk, 3 januari 1989, niet vrij van enige dubbelzinnigheid. In § 3 acht de rechter het niet bewezen dat de arts het echtpaar uitdrukkelijk heeft gegarandeerd dat de sterilisatie een absolute onvruchtbaarheid tot gevolg had. In § 5 trekt de rechtbank uit het overhandigen door de arts aan het paar van een brochure waarin sterilisatie als definitief wordt voorgesteld «het besluit dat verweerder eisers in de waan gebracht heeft dat de mogelijkheid tot zwangerschap volkomen uitgesloten was, m.a.w. dat het resultaat verzekerd was». Tussen iets uitdrukkelijk garanderen en iemand in de waan brengen dat iets gegarandeerd is, kan toch nauwelijks een verschil bestaan.

8. De vrouwelijke sterilisatie houdt dus een inspanningsverbintenis in. Bij afwezigheid van resultaat dient de eiser een fout te bewijzen in de technische uitvoering van de ingreep. In casu werd zo'n fout niet eens aangevoerd. Dat de arts een verkeerde methode zou hebben gebruikt werd door de rechtbank verworpen.

B. Geen of foutieve voorlichting.

9. In die omstandigheden: inspanningsverbintenis, foutloze uitvoering van de techniek, juiste techniek, bleef er geen andere uitweg dan de arts een fout te verwijten in de verstrekte informatie: hij zou het paar niet hebben voorgelicht over het feit dat er nog een «kans op zwangerschap» bestond.

10. Het bestaan van een dergelijke informatieplicht bij sterilisaties wordt thans vrij algemeen aanvaard, omdat bij een sterilisatie onvruchtbaarheid niet gegarandeerd kan worden terwijl toch bij velen de verwachting van een absolute onvruchtbaarheid leeft¹⁹. Dat laatste wordt wel eens betwist: «Van een algemeen ontwikkelde en behoorlijk geschoolde vrouw, zoals eiseres, moet worden verlangd dat zij zelf ermede bekend is, dat bij een sterilisatie-ingreep een kans op mislukking bestaat, welke overigens zeer gering is»²⁰.

Dat anno 1989 (en ook, zoals in casu, anno 1984) een arts de plicht heeft te wijzen op de kans op vruchtbaarheid staat vast. Anno 1979 was dat in Engeland klaarblijkelijk nog niet het geval. In Gold v. Haringhey Health Authority meende de rechter in eerste aanleg dat deze informatie wel moest worden gegeven, ook al zou een «standaardarts» dat niet hebben gedaan. In hoger beroep werd die uitspraak vernietigd: als een aanzienlijk aantal onder de collega's die infor-

¹³ Zie voor Frankrijk, Cass., 9 mei 1983, *D.*, 1984, 122, noot PENNEAU, en *J.C.P.*, 1984, II, 20.262, noot DORSNER-DOLIVET; zie voor Nederland, STOLKER (1988), 88, en Rb. Leeuwarden, 1 maart 1984, *N.J.*, 1986, 334; zie voor België, RENAER, 31. DELVA en DIERKENS, 484, en VANDERMEERSCH, 851, maakten geen onderscheid tussen mannelijke of vrouwelijke sterilisatie en besloten in beide gevallen tot een resultaatsverbintenis. DIERKENS is hierop later teruggekomen, zie *Grondbeginselen van de geneeskundige plichtenleer*, cursusnota's, 58, en *T. Gen.*, 1986, 264.

¹⁴ RENAER, 29. Dat mislukkingen zich voordoen blijkt niet alleen uit het hier besproken geval, maar ook uit andere gegevens. Van de 2.880 zwangerschapsafbrekingen die in de eerste helft van 1985 werden verricht in ziekenhuizen en poliklinische abortusklinieken in de Franse Gemeenschap, werden er twaalf verricht na een sterilisatie: «Analyse des demandes d'interruption volontaire de grossesse dans la Communauté française», GALEPHA, mei 1986, 40.

¹⁵ Id. RENAER, 29

¹⁶ STOLKER (1988), 88, noot 230; VANSWEEFELT, 167; VANDERMEERSCH, 851, noot 33.

¹⁷ STOLKER (1988), 88, noot 230. Zie ook Thake v. Maurice, (1984) 2 All.E.R. 513, HORTON ROGERS W.V., «Legal implications of ineffective sterilisation», *Legal Studies*, 1985, 297.

¹⁸ STOLKER (1988), 90.

¹⁹ DELVA en DIERKENS, 484; RENAER, 29 en 31. Rb. Antwerpen, 17 januari 1980; in Frankrijk, Cass., 9 mei 1983.

²⁰ Art. Rb. Leeuwarden 1 maart 1984. Zie voor kritiek op deze opvatting, STOLKER (1988), 59.

matie op dat ogenblik niet gaven, dan diende de arts in een concreet geval dat evenmin te doen²¹.

11. Wat is de precieze inhoud van deze informatieplicht ?

Rb. Antwerpen, 17 januari 1980, verweet de arts «gebrek aan voorlichting betreffende de tijdelijk te nemen voorzorgen en controle». Voor Rb. Kortrijk, 3 januari 1989, beperkt de informatieplicht zich tot het wijzen op de «kans op zwangerschap». Naar mijn mening is dit te beperkt. Niet alleen de kans op blijvende vruchtbaarheid moet worden vermeld, maar ook de alternatieve vormen van anticonceptie en de mogelijkheid dat beide partners zich laten steriliseren moeten worden besproken ; indien voor sterilisatie wordt gekozen, moet worden aangeraden nog een tijdlang andere anticonceptiva te gebruiken.

Een onderscheid tussen mannelijke en vrouwelijke sterilisatie moet hier worden gemaakt. Bij mannelijke sterilisatie kan, na het verrichten van nacontroles, het resultaat zo goed als zeker worden bereikt. Dat is echter niet zo bij vrouwelijke sterilisatie. Uit de rechtspraak blijkt de mogelijkheid van zwangerschap zowel vlak na de sterilisatie²² als een hele tijd nadien²³. Dit gegeven kan m.i. de informatieplicht van de arts beïnvloeden. Als het werkelijk de bedoeling is van het echtpaar om bv. wegens medische redenen of leeftijd, geen kinderen meer te hebben zodat zij de sterilisatie als een definitieve ingreep beschouwen en niet alleen als een gezonder alternatief voor bijvoorbeeld orale anticonceptie, dan rust op de arts een zware waarschuwingsplicht, zeker als hij zelf het voorstel tot sterilisatie heeft gedaan zoals in Rb. Kortrijk, 3 januari 1989, het geval was. Zou men zover mogen gaan te eisen dat hij zelf de anticonceptiva voorschrijft ? In Rb. Kortrijk, 3 januari 1989, wees de arts erop dat het voorschrijven van anticonceptiva na sterilisatie bij de vrouw «totaal ongebruikelijk» is. De rechtbank heeft dit niet tegengesproken en raadpleging van een specialist ter zake leert me dat dit klopt. De standaardarts schrijft geen anticonceptiva voor na een vrouwelijke sterilisatie. Hoe redelijk dit ook lijkt, men kan zich afvragen of dit standpunt in de toekomst houdbaar zal blijven. Orale anticonceptiva die met geneesmiddelen werden gelijkgesteld, zijn slechts op medisch voorschrift verkrijgbaar. Als men aanvaardt dat op de arts de plicht rust een echtpaar dat de sterilisatie niet louter als een gezonder alternatief voor orale anticonceptie ziet, zeer sterk aan te raden nog anticonceptiva te gebruiken volgt dan uit het aan het voorschrift gebonden karakter van deze anticonceptiva niet dat hij de daad bij het woord voegt en ze voorschrijft ? Het lijkt verdedigbaar.

Minder zwaarwegend is de waarschuwingsplicht t.a.v. een echtpaar dat in de sterilisatie werkelijk niet meer ziet dan een alternatief voor andere anticonceptiva en sterilisatie verkiest omwille van comfort of het vermijden van mogelijke gezondheidsrisico's verbonden aan orale anticonceptiva. In

dat geval zou men de waarschuwingsplicht van de arts kunnen beperkt zien tot het wijzen op de kans op behoud van vruchtbaarheid. Het probleem met dit onderscheid is natuurlijk dat het moeilijk te achterhalen kan zijn waarom iemand precies een sterilisatie wenst : dikwijls lopen de motieven door elkaar. Nog moeilijker zal het zijn het bewijs daarvan achteraf te leveren, na een mislukking. Een arts die op veilig speelt, zal daarom zijn waarschuwingsplicht niet beperken tot de kans op een nieuwe zwangerschap, maar ook wijzen op de alternatieven en het voortgezet gebruik van andere anticonceptiva minstens ter sprake brengen. Heeft hij zelf zoals in Rb. Kortrijk, 3 januari 1989, de sterilisatie, bv. om medische redenen, ter sprake gebracht of heeft hij ernstige aanwijzingen dat de sterilisatie meer is dan een alternatief voor orale anticonceptiva, dan doet hij er goed aan een tijdlang andere anticonceptiva niet alleen te vermelden maar eventueel ook voor te schrijven. Zou het voorschrijven van anticonceptiva ook niet verdedigbaar zijn als de arts weet dat de mededeling dat er een zeer kleine kans op vruchtbaarheid bestaat het paar zodanig traumatiseert dat er van ongedwongen seksueel verkeer geen sprake meer is. Als het ware bij wijze van tijdelijke psychische ondersteuning dan ?

12. Vanzelfsprekend is de informatieplicht niet beperkt tot de kans op vruchtbaarheid en mogelijke alternatieven e.d. Ook de, in principe, onomkeerbare onvruchtbaarheid, moet worden vermeld ; de zeer kleine kans op een ectopische of buitenbaarmoederlijke zwangerschap, de kans op complicaties, zeker bij vrouwelijke sterilisatie die onder volledige anesthesie geschiedt, de psychische en fysieke gevolgen voor de beide partners e.d.²⁴.

13. Hierboven kwam reeds ter sprake dat de informatie bij voorkeur in schriftelijke vorm wordt gegeven, zij het dat dit vanzelfsprekend mondelinge toelichting niet uitsluit. Renner suggereert in de eigen nota's, en kan men eraan toevoegen, in het dossier van de patiënt, aan te merken dat een informatiebrochure werd bezorgd²⁵. Dat impliceert dat de inhoud van deze brochure juist is. Hier knelde het schoentje in Rb. Kortrijk, 3 januari 1989. De arts had het echtpaar de brochure «Anticonceptie en Verantwoord Ouderschap», uitgave 1978, van het Ministerie van Volksgezondheid overhandigd. Hierin wordt de vrouwelijke sterilisatie als een «irreversiebele anticonceptie» omschreven en wordt volgens de rechtbank de indruk gewekt dat de ingreep onmiddellijk en definitief een 100% zekere onvruchtbaarheid tot gevolg heeft.

14. Wie draagt de bewijslast i.v.m. het nakomen van de informatieplicht ?

Rb. Kortrijk, 3 januari 1989, legde deze bewijslast op de arts, nadat het echtpaar had ontkend door de arts te zijn voorgelicht over de kans op vruchtbaarheid : «Hij dient te bewijzen dat hij eisers volledig en juist geïnformeerd heeft en meer precies dat er steeds een, zelfs maar minieme, kans bestaat op zwangerschap.» Hij kon zich niet beroepen op de genoemde brochure om dit bewijs te leveren. Deze verschuiving van de bewijslast treft men ook aan in de Bondsrepubliek²⁶.

²¹ Gold v. Haringhey Health Authority, *The Weekly Law Reports*, 28 aug. 1987, 649.

²² Zie Rb. Kortrijk, 3 januari 1989: twee maanden na sterilisatie ; in Cass., 9 mei 1983 zelfs reeds na een maand na sterilisatie. RENAER, 29, wijst erop dat zgn. mislukkingen het gevolg kunnen zijn van de sterilisatie «van een vrouw die op het ogenblik van de ingreep zwanger is»...

²³ Gold v. Haringhey Health Authority : sterilisatie in augustus 1979; geboorte van een kind in oktober 1982 en vervolgens nog een in november 1984.

²⁴ RENAER, 29, 31-32; STOLKER.

²⁵ RENAER, 32.

²⁶ STOLKER, 72.

15. Leidt het niet-nakomen van deze informatieplicht tot contractuele of quasi-delictuele aansprakelijkheid? Rb. Antwerpen, 17 januari 1980, zag hierin een grond voor quasi-delictuele aansprakelijkheid maar het is niet duidelijk waarom²⁷. M.i. behoort de verplichting informatie te geven aan het echtpaar tot de contractuele verplichtingen van de arts. Dat is zeker zo wanneer men aanneemt dat deze informatie pas na de sterilisatie-ingreep zou moeten worden gegeven. Dit standpunt vindt men bij Penneau²⁸. Hij maakt een onderscheid tussen een informatieplicht vóór de ingreep m.b.t. risico's verbonden aan deze ingreep en een informatieplicht nadien i.v.m. te nemen voorzorgsmaatregelen. Voor dat onderscheid baseert hij zich op bestaande Franse cassatierechtspraak waarin aanvaard wordt dat op de arts een waarschuwingsplicht rust na de ingreep wanneer bv. een naald werd vergeten of een stuk weefsel om technische redenen niet werd weggenomen of, samengevat, een informatieplicht n.a.v. «operative incidenten». Het verschil met de informatieplicht bij sterilisatie springt in het oog: het is niet bij voorbaat geweten dat zich een operatief incident, bv. het vergeten van een tampon, zal voordoen en het nemen van voorzorgsmaatregelen kan dan ook niet bij voorbaat worden aanbevolen.

Anders bij een sterilisatie, waar de mogelijkheid dat vruchtbaarheid blijft bestaan wél vooraf bekend is; de informatie daarover kan trouwens een weerslag hebben op de besluitvorming van het echtpaar. Het standpunt van Penneau lijkt me niet houdbaar. Dat de informatie vóór de ingreep moet worden gegeven, neemt niet weg dat het om een contractuele plicht gaat: deze informatie is niet vereist om een geldige overeenkomst te sluiten, maar wel om, in het kader van de overeenkomst, een geldige toestemming te geven voor het uitvoeren van de ingreep.

III. Het oorzakelijk verband

16. Rb. Kortrijk, 3 januari 1989, gaat, na de vaststelling van de informatiefout, onmiddellijk over tot het onderzoek van het oorzakelijk verband tussen deze fout en de «eventuele» schade. Een wat vreemde werkwijze maar toch verklaarbaar want prima facie verwekt een mislukte sterilisatie schade, terwijl, zoals de meeste auteurs niet nalaten op te merken, het vaststellen van een oorzakelijk verband de belangrijkste vraag is. Slaagt men daar niet in, dan kan men zich de moeite besparen de schade nader te bepalen.

De vraag luidt meestal: bestaat er een oorzakelijk verband tussen het niet waarschuwen voor een risico op vruchtbaarheid en mogelijke zwangerschap en de eventuele schade.

17. Het Franse Hof van Cassatie heeft deze vraag bevestigend beantwoord, zij het met een slag om de arm: «que le préjudice était 'dans une certaine mesure' — c'est-à-dire partiellement — imputable au manquement du médecin à son devoir de conseil»²⁹. Penneau vindt dat onjuist: de fout van de arts kan maar de oorzaak van de schade worden genoemd als het echtpaar, met die informatie, de schade, nl. de zwangerschap, had weten te voorkomen.

Mag men dat aannemen van een echtpaar dat ook vroeger, volgens Penneau, geen gebruik maakte van anti-conceptiva³⁰? Dorsner-Dolivet meent echter te weten dat het echtpaar vroeger juist wel anticonceptiva gebruikte maar dat de vrouw die niet kon verdragen. Ook zij vindt dat er van een oorzakelijk verband tussen de achtergehouden informatie en de schade geen sprake is en zij ontwaart in het arrest een «conception exhaustive du lien de causalité»³¹.

18. Ook Stolker is niet geneigd een oorzakelijk verband tussen de gebrekkige informatie en de eventuele schade zonder meer te aanvaarden: «Het lijkt nogal onwaarschijnlijk dat het noodzakelijk causaal verband inderdaad bestaat: al had de arts de patiënt correct geïnformeerd, dan zou dat toch geen verandering hebben gebracht in de beslissing van de patiënt zich al dan niet te laten steriliseren»³².

In 1988 is Stolker meer genuanceerd: «Ik meen dat één antwoord niet valt te geven. Het zal van de omstandigheden van het geval afhangen of het causaal verband tussen de gebrekkige informatie en de ontstane schade aannemelijk is»³³. En dat is aannemelijk, wanneer om medische redenen voor een sterilisatie is gekozen, omdat dan, door de informatie, het risico op zwangerschap kan worden verkleind of uitgesloten door gebruik te maken van anticonceptiva.

19. Wat zegt Rb. Kortrijk, 3 januari 1989? Op het verweer van de arts dat er toch geen oorzakelijk verband bestaat tussen zijn fout en de eventuele gevolgen ervan, daar het echtpaar toch niet zou hebben afgezien van de sterilisatie antwoordt de rechtbank: «De rechtbank gaat akkoord met verweerder dat eisers inderdaad ook tot sterilisatie zouden hebben laten overgaan te meer daar dit in casu door de verweerder zelf was aangeraden omdat, gelet op de fysieke toestand van de vrouw, zwangerschap beter vermeden werd.»

Dus geen oorzakelijk verband? Toch wel: de vraag die moet worden beantwoord, is niet of het echtpaar van sterilisatie zou hebben afgezien (cf. Stolker en verweerder) maar wel: «Zou een zwangerschap zijn ingetreden als de juiste informatie was gegeven?» (cf. de vraagstelling van Penneau: had men zwangerschap kunnen vermijden?). Penneau beantwoordde die vraag ontkennend.

De vraag zoals ze werd gesteld, is inderdaad nauwelijks bevestigend te beantwoorden: hoe kan men bewijzen dat met de juiste informatie geen zwangerschap zou zijn ingetreden? Rb. Kortrijk, 3 januari 1989, beroept zich daarom op het verlies van een kans: de arts heeft het echtpaar «de kans ontnomen de nodige maatregelen te nemen ter voorkoming van een mogelijke zwangerschap».

20. Een oorzakelijk verband tussen de fout en de schade opgevat als verlies van een kans is reeds verdedigd³⁴. Maar dan spreekt men over een andere schade en dat ziet de rechtbank klaarblijkelijk niet. Uit het feit dat een kans op vermijden van zwangerschap werd ontnomen besluit ze: «Derhalve is de fout en het oorzakelijk verband met de eventuele schade bewezen.» De rechtbank gaat eraan voorbij dat de gemiste kans zelf een schade is.

Omdat het oorzakelijk verband tussen de fout en de geleden schade niet kan worden bewezen, wordt een andere

²⁷ VANDENBERGHE, H., e.a., «Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. Overzicht van rechtspraak 1979-1984», *T.P.R.*, 1987, 1605.

²⁸ PENNEAU, J., noot onder Cass., 9 mei 1983, *D.*, 1984, 122.

²⁹ Cass., Fr., 9 mei 1983.

³⁰ PENNEAU, D., 1984, 129.

³¹ DORSNER-DOLIVET, J.C.P., 1984, II, 20.262.

³² STOLKER (1986), 35.

³³ *Id.*, (1988), 67.

³⁴ In die zin VANSWEEFELT, 170.

schade ingeroepen, zijnde het verlies van een kans, waarvan wel kan worden aangetoond dat zij in oorzakelijk verband staat met de begane fout³⁵. Maar dat oorzakelijk verband mag vanzelfsprekend vervolgens niet worden uitgebreid tot het oorzakelijk verband tussen de fout en wat de rechtbank noemt de «eventuele» schade.

21. Bij dit alles kan men zich afvragen of het beroep op de theorie van de gemiste kans hier wel opgaat. Typisch voor een (verloren) kans is dat het een mogelijkheid is of een waarschijnlijkheid³⁶: degene die een kans heeft op een bepaald resultaat (bv. om te genezen; om te slagen voor een examen; om een wedstrijd te winnen) kan wel hopen dat dit resultaat zich zal voordoen, maar zeker is dat niet; men kan wel zijn best doen, maar men heeft dat niet voor 100% in eigen handen... daarom is het een kans.

Kan men in die zin spreken van een «kans de nodige maatregelen te nemen ter voorkoming van een mogelijke zwangerschap»³⁷? M.i. niet: als men werd ingelicht over het risico van vruchtbaarheid na sterilisatie, dan hangt het voor 100% af van de vrije wil van de betrokkenen of zij anticonceptieve maatregelen nemen of niet. Van kansen in de zin van mogelijkheden of waarschijnlijkheden is geen sprake, zodat, door niet te wijzen op het risico van een vruchtbaarheid, deze kansen evenmin verloren kunnen gaan. M.i. wordt hier ten onrechte een beroep gedaan op het verlies van een kans.

IV. De schade en de schadevergoeding

22. Wanneer men het verlies van een kans als schade aanvaardt, dan moet die schade worden vergoed. De vergoeding geschiedt echter slechts in verhouding tot de graad van waarschijnlijkheid van de goede uitkomst van de kans. M.a.w. de vergoeding bedraagt enkel de waarde van de kans³⁸. Hoe moet het verlies van een kans om een zwangerschap te voorkomen door het nemen van anticonceptiva worden begroot? Rb. Kortrijk ziet het verlies van een kans veeleer als een probleem van oorzakelijk verband dan als schade en is daar niet op ingegaan. Het is zeker niet eenvoudig om deze vraag te beantwoorden. Mag men er zonder meer vanuit gaan dat, mits met juiste informatie, het echtpaar inderdaad anticonceptiva zou hebben gebruikt? Rb. Kortrijk lijkt het bewijs hiervan op de arts te leggen: «Dat zij die maatregelen niet zouden hebben genomen, is zeker niet bewezen.» Uit het feit dat de man achteraf een vasectomie liet uitvoeren, leidt de Rb. af dat het echtpaar wel degelijk bereid zou zijn geweest anticonceptiva te gebruiken. Dat is een betwistbare redenering, want de vasectomie werd uitgevoerd op een ogenblik dat de zwangerschap reeds bekend was.

23. De rechtbank gaat aan deze vragen voorbij en onderzoekt het bestaan van wat tot dan toe de «eventuele» schade is genoemd.

Zoals kon worden verwacht, beroept de gynaecoloog zich op het «ongemeen schokkend» karakter van een vordering van schadevergoeding voor de geboorte van een gezond en normaal kind vanuit zowel menselijk als moreel oogpunt. Dit lijkt een beroep op strijdigheid met de goede zeden. Bovendien acht hij de vordering in strijd met de openbare orde aangezien zij gebaseerd is op het ongewenste karakter van de geboorte.

Wat het ongewenste van de geboorte betreft, ziet Kruithof³⁹ in het feit dat de schadeëis van een vrouw die door de schuld van een man een ongewenst buitenechtelijk kind ter wereld heeft gebracht, in het verleden dikwijls werd ingewilligd, de impliciete erkenning dat zo'n kind voor de moeder schade oplevert.

Rb. Kortrijk gaat echter niet mee met deze redenering. Volgens de Rb. mag men niet spreken van een ongewenst kind. Dat is, aldus het vonnis, «sfeerschepping»: «Men moet eerder spreken van 'ongewenste bevruchting' en dus niet gaan extrapoleren en de ouders de bedoeling toeschrijven dat zij het kind niet wensen.»

Maar waarom dan schadevergoeding toekennen voor kosten na de verwekking en, a fortiori, na de bevalling, namelijk de opvoeding van het kind? Met Kruithof ben ik geneigd om te stellen dat het niet opgaat te doen alsof de schadeëis van de ouders niet zou steunen «op het feit dat zij van oordeel zijn dat de nadelen die het kind brengt, groter zijn dan de voordelen m.a.w. dat het kind voor hen alles bij elkaar een schadepost is»⁴⁰. In het geval beslist door Cass. Fr., 9 mei 1983, werd schadevergoeding toegekend wegens de materiële, psychische, relationele en gezondheidsproblemen van de vrouw die veroorzaakt werden door de ongewenste zwangerschap. Niet voor bv. de opvoedingskosten, waarvan ook niet duidelijk is of er schadevergoeding voor werd gevraagd⁴¹.

Rb. Kortrijk echter wil niet weten van een mogelijk «ongewenst kind» en weigert om deze reden iedere vorm van morele schade te erkennen: «omdat dit inderdaad erop kan wijzen dat het kind als een last wordt beschouwd»...⁴². Een ander argument om de morele schade af te wijzen is volgens de rechtbank dat «maatschappelijk gezien aangenomen mag worden dat ouders vreugde voelen bij de geboorte van een kind en het verder ook maatschappelijk hun plicht is het op te voeden».

Afgezien van de vraag of dit soort argumenten niet even goed kan worden aangevoerd om materiële schadevergoeding eventueel gedeeltelijk af te wijzen, zien sommigen in de opvoedingsplicht een onderbreking van het causaal verband tussen fout en schade⁴³.

24. De rechtbank wijst op grond van de «ongewenst kind»-redenering tevens de vordering af tot morele schadevergoeding voor de pijn en smart ondervonden tijdens de

³⁹ KRUIHTOF, 2757.

⁴⁰ *Idem*.

⁴¹ Zie voor kritiek hierop PENNEAU, 123.

⁴² Rb. Antwerpen, 17 januari 1980, daarentegen erkende alleen maar morele schade, zij het op heel andere gronden, nl. het wantrouwen dat tussen het echtpaar is ontstaan toen bleek dat de vrouw, na sterilisatie van de man, toch zwanger was geworden. Bij vrouwelijke sterilisatie ligt dat natuurlijk helemaal anders.

⁴³ KRUIHTOF, 2766-2770, die niet geneigd lijkt om deze onderbreking zonder meer te aanvaarden.

³⁵ HENNEAU-HUBLET, *a.w.*, nr. 473: «La jurisprudence civile substitue au dommage réellement subi (...) la perte d'une chance.» STOLKER, (1988), 123: «In feite wordt zo een causaliteitsprobleem opgelost niet via de causaliteit maar via het schadebegrip (...) de gemiste kans wordt als schade aangemerkt.»

³⁶ DIRIX, E., *Het begrip schade*, Brussel, Samsom, 1984, 82.

³⁷ Cf. VANSWEEFELT, 170.

³⁸ DIRIX, *a.w.*, 83.

zwangerschap en de vrees dat het kind gehandicapt zou zijn. Het betrof de vijfde zwangerschap. Na de eerste zwangerschap was een mongooltje geboren. De derde en vierde zwangerschap waren beide zeer lastig geweest en de gynaecoloog had reeds na de derde zwangerschap een sterilisatie gesuggereerd. De rechtbank oordeelt dat dit «zuiver morele schade is» en wijst ze af, verwijzend naar de algemene afwijzing van morele schadevergoeding. Ten onrechte, naar mijn mening. Als ergens met reden schadevergoeding zou kunnen worden toegekend wegens een ongewenste verwekking i.p.v. geboorte, dan toch hier. Toekennen van een schadevergoeding wegens een negen maanden lange vrees dat een kind met Down's syndroom zal worden geboren — nergens is er sprake van dat een vruchtwaterpunctie of echografie werd verricht om die vrees vroeger weg te nemen — kan toch niet «erop wijzen dat het kind als een last wordt beschouwd»? Daarmee is niet gezegd dat deze schadevergoeding vanzelfsprekend is, maar het argument waarmee de Rb. Kortrijk zich hiervan afmaakt, is niet overtuigend.

25. Rb. Kortrijk heeft daarentegen weinig moeite met het aanvaarden van materiële schade: «De ouders zijn gerechtigd op de vergoeding van materiële schade die het gevolg is van *zwangerschap, geboorte en opvoeding* omdat zij in hun planning geen rekening hoefden te houden met de materiële kosten van zwangerschap, geboorte en opvoeding van dit kind.» Nogmaals: schade is niet de gemiste kans; «Het gaat om de vraag of een vergoeding verschuldigd is voor het doen mislukken van familieplanning.» Familieplanning is een recht en zeker niet in strijd met de openbare orde of de goede zeden⁴⁴.

26. Behalve de kosten i.v.m. zwangerschap, geboorte van het kind en opvoeding erkent de rechtbank ook als schade de medische kosten gemaakt n.a.v. de (mislukte) sterilisatie van de vrouw en de ongemakken die werden ondervonden. Daarentegen wordt «de vermindering van fysieke integriteit» niet als schade aanvaard: die vermindering is er nl. niet en bovendien was zij door de vrouw gewild.

De kosten verband houdend met de vasectomie van de man worden eveneens verworpen omdat zij niet in oorzakelijk verband staan met de fout van de gynaecoloog: «Dat is een keuze die eiser gemaakt heeft.» Dit laatste argument wijst er m.i. op hoe moeilijk het is om in deze context te spreken over kans, waarschijnlijkheid of mogelijkheid (zie nr. 21). Toch kan men zich afvragen of de rechtbank consequent is. Als de gynaecoloog de informatiefout niet had gemaakt dan had het echtpaar de kans gehad aanvullende anticonceptiva te gebruiken: zo had een zwangerschap kunnen worden vermeden en had de man zich niet hoeven te laten steriliseren. Is een oorzakelijk verband tussen de informatiefout en de vasectomie zo bekeken uitgesloten?

27. Geen problemen heeft de rechtbank met het toekennen van een schadevergoeding voor bijzondere kleding, de medische kosten van zwangerschap en bevalling en de kosten die zgn. «eigen aan de geboorte zijn»: «aankondigingen, doopsuiker, receptie en maaltijd».

28. Het verlies op arbeidskansen daarentegen wordt niet als schade aanvaard. Volgens de rechtbank is het niet bewezen dat de geboorte van het vierde kind de arbeidskansen van de vrouw die werkloos was, zou hebben verminderd: of men

nu drie of vier kinderen heeft, maakt niets uit. Bovendien moet men ook met drie kinderen voor opvang zorgen.

29. De rechtbank kent wel schadevergoeding toe wegens de uitbreiding van de woning. Dit is hoogst uitzonderlijk⁴⁵.

30. Ten slotte de zgn. onderhoudskosten voor het kind, de meest omstreden schadepost⁴⁶.

De rechtbank maakt hier een onderscheid tussen «de *in-spanningen* voor de opvoeding van het kind», laten we zeggen de immateriële opvoedingsfactor en de «bijkomende materiële kosten voor opvoeding». Wat de eerste categorie betreft, stelt de rechtbank vast dat de ouders geen schadevergoeding vragen. Overigens lijkt de rechtbank niet geneigd om hierin een schade te zien, want «die inspanningen zullen vergoed worden door de vreugde die zij aan het kind zullen beleven», althans de ouders kunnen dit alleen maar hopen. Dit lijkt op een toepassing van de zgn. «overriding benefit theory»: de blijde gebeurtenis van de geboorte van een kind en de vreugde die het kind ook nadien nog aan zijn ouders zal verschaffen, stellen de (immateriële) inspanningen die zij zich moeten getroosten in de schaduw⁴⁷. Maar deze opvatting wordt lang niet algemeen aanvaard: gelet op de ruim toegepaste geboortenbeperking in de samenleving kan men niet volhouden dat iedere geboorte steeds een blijde gebeurtenis is⁴⁸.

31. De «bijkomende materiële kosten voor de opvoeding» van het kind worden door de rechtbank als een schadepost erkend. Wel past de rechtbank bij het begroten van deze schade de voordeelstoerekening toe, d.w.z. dat «de voordelen die de maatschappij geeft voor de materiële opvoeding», worden afgetrokken van het bedrag van de toe te kennen schadevergoeding. Tegen deze werkwijze schijnen geen juridische bezwaren te bestaan⁴⁹. In ieder geval kan in het feit dat de schade moeilijk kan worden begroot — hetzelfde geldt trouwens voor de toekomstige voordelen — geen grond worden gevonden om de schadevergoeding zonder meer te weigeren⁵⁰.

Herman NYS
Buitengewoon docent
medisch recht K.U.Leuven
Bevoegdverklaard navorser
N.F.W.O.

⁴⁵ STOLKER (1988), 154, had daarover geen rechtspraak kunnen aantreffen; KRUIHOF rangschikt deze kosten bij de opvoedingskosten, 2756, sub. 3°.

⁴⁶ Zie, voor een systematische bespreking van de argumenten contra, STOLKER (1988), 97; SYMMONS, C.R., «Policy factors in actions for wrongful birth», *The Modern Law Review*, 1987, 279 e.v.

⁴⁷ STOLKER (1988), 103.

⁴⁸ STOLKER; in dezelfde zin KRUIHOF, 2763, die de «overriding benefit theory» behandelt in het kader van de voordeelsberekening terwijl Stolker het zo ziet dat zij schade zonder meer uitsluit.

⁴⁹ KRUIHOF, 2765.

⁵⁰ In die zin wel Rb. Antwerpen, 17 januari 1980; terecht vindt Kruithof deze uitspraak «te ver» gaan.

⁴⁴ KRUIHOF, 2757.

RECHTSPRAAK

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER — 5 OKTOBER 1988

Voorzitter : de h. Screvens

Raadsheer-rapporteur : de h. Ghislain

Advocaat-generaal : de h. Janssens de Bisthoven

Advocaten : mrs. Simont en Bützler

Wegverkeer — Voorrang — Voorrangsverplichtingen — 1. Art. 12.3.1 Wegverkeersreglement — 2. Art. 12.5 Wegverkeersreglement

1. Art. 12.3.1, a, Wegverkeersreglement legt de tot voorrang verplichte bestuurder de verplichting op voorrang te verlenen aan iedere bestuurder die rijdt op de openbare weg of de weg die hij oprijdt. Die verplichting geldt niet alleen bij de aanvang van het maneuver, maar voor de gehele duur ervan. Die regel heeft een algemene draagwijdte en geldt ongeacht het rijgedrag van de voorranghebbende bestuurder, mits diens nadering geen niet te voorzien gebeurtenis oplevert.

2. Art. 12.5 Wegverkeersreglement legt de tot voorrang verplichte bestuurder niet de verplichting op verder te rijden wanneer hij zulks zonder gevaar voor ongevallen kan doen, gelet op de plaats van de overige weggebruikers, hun snelheid en de afstand waarop zij zich bevinden. Die bepaling geeft hun daartoe alleen het recht.

N.V. R. e.a. t/ H. e.a.

Gelet op het bestreden arrest, op 29 februari 1988 door het Hof van Beroep te Luik gewezen ;

Overwegende dat de voorzieningen gericht zijn tegen hetzelfde arrest ; dat er grond bestaat tot voeging ;

Over het middel : schending van de artikelen 12 en inzonderheid 12.3.1, a, en 12.5 van het koninklijk besluit van 1 december 1975 houdende algemeen reglement op de politie van het wegverkeer, 1382, 1383 van het Burgerlijk Wetboek en 97 van de Grondwet ;

doordat het arrest, na te hebben vastgesteld dat «(verweerster) het kruispunt is opgereden omdat zij geen enkel voorranggerechtigd voertuig zag naderen, en onmiddellijk daarna gestopt is op de eerste rijstrook of ten dele op de eerste en ten dele op de tweede rijstrook toen ze de wagen van de burgerlijke partij Jean-Louis S. zag aankomen», beslist dat de aan de verweerster Annick H. ten laste gelegde misdrijven niet bewezen zijn en dat zij geen enkele fout in oorzakelijk verband met het ongeval heeft begaan, op grond «dat (verweerster) als voorrangschuldige bestuurder verplicht was haar maneuver te onderbreken om voorrang te verlenen aan het voorranggerechtigd voertuig voor de gehele duur van de beweging en zolang zij haar normale plaats in het verkeer niet opnieuw had ingenomen» en «dat, nu zij haar maneuver had onderbroken zoals het haar plicht was, haar geen enkele fout kan worden verweten, ook al had zij in feite beter ge-

daan met het maneuver zo snel mogelijk te voltooien zoals de voorranggerechtigde bestuurder verwachtte» ;

terwijl, eerste onderdeel, de voorrang van de bestuurder die de voorrangsweg volgt, geldt over de gehele breedte van de weg, voor de gehele duur van de beweging en ongeacht het rijgedrag van die bestuurder mits de voorrangschuldige door dat gedrag niet in zijn redelijke verwachtingen bedrogen uitkomt ; het arrest derhalve, nu het verweerster ontslaat van alle aansprakelijkheid voor het litigieuze ongeval op de enkele gronden dat verweerster, die voorrang diende te verlenen aan de voorranggerechtigde verweerder S., verplicht was te stoppen op het kruispunt dat zij was opgereden, zonder ook maar ergens in de redengeving vast te stellen dat eiser een niet te voorzien hindernis had opgeleverd waardoor verweerster in haar redelijke verwachtingen was bedrogen, de in het middel vermelde wettelijke bepalingen, inzonderheid artikel 12.3.1, a, van het Wegverkeersreglement schendt en derhalve niet naar recht is verantwoord ;

tweede onderdeel, het in het middel vermelde artikel 12.5 de voorrangschuldige bestuurder het verder rijden alleen verbiedt in het geval dat, gelet op de plaats van de andere weggebruikers, hun snelheid en de afstand waarop zij zich bevinden, verder rijden gevaar zou opleveren voor ongevallen, zodanig dat de vaststelling dat verweerster gestopt is in het midden van het kruispunt, zoals zij daartoe verplicht was, niet voldoende is om haar van alle aansprakelijkheid voor het ongeval te ontslaan, nu het vonnis de vaststelling niet bevat dat verweerster verplicht was te stoppen wegens de plaats ingenomen door de eiser S., diens snelheid of de afstand waarop hij zich bevond ; het arrest, verre van vast te stellen dat één van die omstandigheden zich had voorgedaan, integendeel onderstreept dat verweerster beter gedaan had met haar maneuver zo snel mogelijk te voltooien, zoals de voorranggerechtigde bestuurder verwachtte, hetgeen impliceert dat verweerster in de mogelijkheid verkeerde haar voorrangsplicht na te komen door verder te rijden ; het arrest bijgevolg de in het middel aangewezen wettelijke bepalingen, inzonderheid artikel 12.5 van het Wegverkeersreglement, schendt en niet naar recht verantwoord is ;

Wat het eerste onderdeel betreft :

Overwegende dat artikel 12.3.1, a, van het Wegverkeersreglement de voorrangschuldige bestuurder de verplichting oplegt voorrang te verlenen aan iedere bestuurder die rijdt op de openbare weg of de rijbaan die hij oprijdt ; die verplichting niet alleen geldt bij de aanvang van het maneuver maar voor de gehele duur ervan ; dat die regel een algemene draagwijdte heeft en geldt ongeacht het rijgedrag van de voorranggerechtigde bestuurder, mits zijn nadering geen niet te voorzien gebeurtenis oplevert ;

Overwegende dat het arrest vaststelt dat de verweerster Annick H., na aan het kruispunt gestopt te zijn, dat kruispunt is opgereden omdat zij het voorranggerechtigd voertuig onmogelijk kon zien naderen, aangezien haar gezichtsveld door de aanwezigheid van een ezelsrug 130 tot 150 meter verderop beperkt was ; dat het bovendien impliciet doch onmis-

kenbaar vaststelt dat verweerster gestopt is zodra zij de voorranghebbende bestuurder in zicht kreeg ;

Overwegende dat het hof van beroep aldus wettig heeft kunnen beslissen dat genoemde verweerster zich gedragen heeft naar het voorschrift van artikel 12.3.1, a ; dat het niet hoefde vast te stellen dat de voorranggerechtigde bestuurder een niet te voorziene hindernis opleverde, aangezien een dergelijke vaststelling, gelet op de omstandigheden van de zaak, niet ter zake dienend was ;

Dat het onderdeel niet kan worden aangenomen ;

Wat het tweede onderdeel betreft :

Overwegende dat, in strijd met wat het middel betoogt, artikel 12.5 van het Wegverkeersreglement aan de voorrangschuldige bestuurder niet de verplichting oplegt verder te rijden wanneer hij zulks zonder gevaar voor ongevallen kan doen, gelet op de plaats van de overige weggebruikers, hun snelheid en de afstand waarop zij zich bevinden ; dat die bepaling hun in die gevallen daartoe alleen het recht geeft ;

Dat het onderdeel faalt naar recht ;

(...)

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER — 17 OKTOBER 1988

Voorzitter-rapporteur : de h. Bosly

Advocaat-generaal : mw. Liekendael

Advocaten : mrs. Delahaye en Draps

Burgerlijke rechtspleging — 1. Arrondissementsrechtbank — Verwijzing — Geen uitspraak over bevoegdheid — Aangewezen rechter — Bevoegdheid — 2. Arbeidsgerecht — Bevoegdheid — Parlementair pensioen

1. Wanneer de arrondissementsrechtbank, zonder over de bevoegdheid uitspraak te doen, een zaak naar de verwijzende rechter terugwijst op grond dat aan de toepassingsvereisten van art. 639 Ger. W. niet is voldaan, is de aldus aangewezen rechter niet gebonden door de verwijzing en blijft hij bevoegd om ambtshalve zijn bevoegdheid te onderzoeken.

2. Het arbeidsgerecht is niet bevoegd inzake geschillen betreffende parlementaire pensioenen, noch betreffende terugvordering van afhoudingen van een parlementaire vergoeding.

V.Z.W. Pensioenkas van de Volksvertegenwoordiger t/
Le G.

Gelet op het bestreden arrest, op 13 maart 1987 door het Arbeidshof te Brussel gewezen ;

Over het middel : schending van de artikelen 46, 52 van de Grondwet, 568, 578, 579, 580, 582, 583, 640, 643, 660, 854, 1069 van het Gerechtelijk Wetboek en 2 van de wet van 30 december 1982 houdende de begroting der dotatiën voor het begrotingsjaar 1982 ;

doordat het arrest, na te hebben vastgesteld dat verweerder van 23 mei 1965 tot 31 maart 1968 de hoedanigheid van volksvertegenwoordiger bezat en dat zijn oorspronkelijke rechtsoverdracht strekte tot betaling van een pensioen naar evenredigheid van de afhoudingen, ten voordele van eiseres,

van zijn parlementaire vergoeding en, subsidiair, tot terugbetaling van het aldus aan eiseres betaalde kapitaal en rente, het hoger beroep gegrond verklaart in zoverre de eerste rechter de zaak andermaal naar de arrondissementsrechtbank heeft verwezen, het vonnis a quo op dat punt vernietigt, op grond dat «de eerste rechter niet bevoegd is om de zaak andermaal naar de arrondissementsrechtbank te verwijzen, waarbij hij ambtshalve een nieuw middel van niet-ontvankelijkheid opwerpt, terwijl het Gerechtelijk Wetboek formeel is (artikel 660 van het Gerechtelijk Wetboek) ; dat hij zijn bevoegdheid niet opnieuw in het geding mocht stellen en zich zeker niet ambtshalve onbevoegd mocht verklaren», zegt dat het geschil tot de bevoegdheid van de arbeidsgerechten behoort en dat de oorspronkelijke rechtsoverdracht ontvankelijk is en, nu het de zaak aan zich trekt, de partijen verzoekt ten gronde te concluderen ;

terwijl (...)

Overwegende dat uit het arrest blijkt dat de arbeidsrechtbank, met toepassing van artikel 639 van het Gerechtelijk Wetboek, de verwijzing van de zaak naar de arrondissementsrechtbank had bevolen, die de zaak op haar beurt naar de arbeidsrechtbank had verwezen, met name op grond dat de toepassingsvereisten van dat artikel 639 niet waren vervuld, nu eiseres niet de bevoegdheid van het arbeidsgerecht maar van alle rechtbanken van de Rechterlijke Orde had afgewezen ;

Dat de arbeidsrechtbank, bij gebreke van beslissing over de bevoegdheid, niet gebonden was door de verwijzing van de zaak naar die rechtbank, zodat zij bevoegd was om, zoals zij terecht heeft gedaan, ambtshalve haar bevoegdheid te onderzoeken ; dat het arbeidshof, evenzo, nu het door het hoger beroep van eiseres was geadieerd, ook ambtshalve de bevoegdheid van de arbeidsgerechten diende na te gaan ;

Overwegende dat geen enkele wettelijke bepaling aan die rechtscollages de bevoegdheid verleent om uitspraak te doen hetzij, zoals te dezen, over een geschil inzake het door een voormalig lid van de Kamer van Volksvertegenwoordigers gevorderd pensioen, hetzij over een subsidiair geschil over de terugbetaling van afhoudingen van een parlementaire vergoeding ;

Dat het arrest, bijgevolg, door te beslissen dat het geschil tot de bevoegdheid van de arbeidsgerechten behoort, zijn beslissing niet naar recht verantwoordt ;

(...)

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER — 17 NOVEMBER 1988

Voorzitter-rapporteur : de h. Sace

Advocaat-generaal : de h. Janssens de Bisthoven

Advocaten : mrs. Van Ommeslaghe en Simont

Faillissement — Vonnis houdende ambtshalve faillietverklaring — 1. Aard — 2. Opheffing — Gelijikheid van de Belgen voor de wet — Gelijikheid voor de openbare lasten

1. De rechtbank van koophandel die ambtshalve een koopman failliet verklaart, verricht op dat gebied een rechterlijke handeling.

2. Wanneer een koopman ambtshalve failliet was verklaard en het faillissement later werd opgeheven, verantwoordt de rechters bij wie hij een vordering tot schadeloosstelling heeft ingesteld tegen de Staat op grond van verbreking van de gelijkheid voor de openbare lasten, wettelijk de afwijzing daarvan door erop te wijzen dat niet blijkt dat hij discriminatoir is behandeld, d.w.z. dat hij anders is behandeld dan de burgers die in dezelfde toestand verkeren, en hij voor het overige, door het verzet en het hoger beroep, intrekking van de aanvankelijke beslissing tot faillietverklaring heeft verkregen.

N.V. L. e.a. t/ Belgische Staat

Gelet op het bestreden arrest op 31 oktober 1985 door het Hof van Beroep te Brussel gewezen;

Over het eerste middel: schending van de artikelen 1319, 1320, 1382, 1383 van het Burgerlijk Wetboek, 5, 8, 12, 17, 18, 19, 700, 706, 769, 1025, 1138, 2° en 3°, van het Gerechtelijk Wetboek, 258 van het Strafwetboek, 437, 442 van de wet van 18 april 1851 betreffende het faillissement, bankbreuk en opschorting van betaling (boek III van het Wetboek van Koophandel), 25, 29, 30, 67, 92, 93, 97 van de Grondwet, van het algemeen rechtsbeginsel inzake immuniteit van de rechters voor de fouten begaan in de uitoefening van hun rechterlijk ambt, dat vervat is in artikel 1140 van het Gerechtelijk Wetboek en, voor zoveel nodig, van voormeld artikel 1140 van het Gerechtelijk Wetboek;

doordat het arrest, nadat het heeft vastgesteld dat de eisers betoogden «logischerwijze dat de immuniteit van de rechter verbonden is aan de uitoefening van het rechterlijk ambt...» en «dat de rechter buiten de uitoefening van zijn rechterlijk ambt onderworpen is aan het gemene recht inzake aansprakelijkheid en dat, in zodanig geval, geen vrijstelling van aansprakelijkheid kan gelden voor de Staat, waarvan de rechter een orgaan is» en dat «een ambtshalve faillietverklaring een handeling van administratieve aard is en dat derhalve, als de handeling onwettig is, niets belet dat hij die door de onwettige administratieve handeling is benadeeld, een vordering instelt tot vergoeding van de door hem geleden schade», die stelling van de eisers verwerpt op grond: «dat te dezen het uitspreken van een vonnis van ambtshalve faillietverklaring voor een rechtbank een handeling is die binnen het kader van de uitoefening van haar rechterlijke functie valt; dat te dezen uit de verstreekte gegevens blijkt dat de beslissing van 28 april 1978 een rechterlijke handeling is, aangezien de rechtbank van koophandel krachtens de wet ambtshalve de faillietverklaring kan uitspreken; dat de (eisers) daartegen konden opkomen door de wettelijke rechtsmiddelen, die zij hebben aangewend; dat het recht van verdediging, toen het geschil naar aanleiding van het verzet tot uiting kwam, in acht werd genomen en dat de beslissing met redenen is omkleed», en daaruit afleidt dat, ingevolge de immuniteit van de rechters van de Rechtbank van Koophandel te Antwerpen in de uitoefening van hun rechterlijk ambt, de Staat geenszins aansprakelijk kan worden verklaard; zodat de rechtsvordering van de eisers, in zoverre zij op de artikelen 1382 en 1383 van het Burgerlijk Wetboek steunt, niet gegrond is;

terwijl, eerste onderdeel, de rechterlijke handeling inhoudt dat bij de rechter een vordering aanhangig is gemaakt door een partij en dat hij verplicht is, na een contradictoir debat, dat op zijn minst mogelijk is, op straffe van rechts-

weigeren, een beslissing te wijzen waarin, ter berechting van die vordering, de rechtsregels worden toegepast; bij de rechtbank van koophandel, wanneer zij een koopman ambtshalve failliet verklaart, geen vordering aanhangig is; er geen enkele partij bij de zaak is betrokken; als er geen partijen zijn, er van geen contradictoire debatten sprake kan zijn; de rechtbank geen uitspraak doet over een geschil waarop zij de rechtsregels toepast; afwezigheid van een beslissing inzake ambtshalve faillietverklaring nooit neerkomt op rechtsweigeren; de beslissing van de rechtbank van koophandel, wanneer zij ambtshalve een faillissement uitspreekt, de redenen niet behoeft te bevatten waarom de rechtbank oordeelt dat de staat van faillissement bewezen is; het arrest derhalve, door te beslissen dat de ambtshalve faillietverklaring van eerste eiseres een rechterlijke handeling is, het begrip «ambtshalve faillietverklaring» (schending van de artikelen 437 en 442 van de Faillissementswet) en het begrip «administratieve handeling» (schending van de artikelen 25, 29, 30 en 67 van de Grondwet) miskent; het arrest, door derhalve de rechtsvordering van de eisers af te wijzen wegens de immuniteit van de rechters voor de fouten die zij in de uitoefening van hun rechterlijk ambt hebben begaan, dat beginsel van artikel 1140 van het Gerechtelijk Wetboek en, voor zoveel nodig, dat artikel 1140 van het Gerechtelijk Wetboek, alsmede de artikelen 1382 en 1383 van het Burgerlijk Wetboek schendt;

tweede onderdeel, de vraag of een door de rechtbank van koophandel ambtshalve uitgesproken faillietverklaring hetzij een administratieve hetzij een rechterlijke handeling is, een principiële vraag is waarvan de oplossing los staat van de omstandigheden «van het onderhavige geval» en van de «verstreekte gegevens»; het arrest, door dan te beslissen «dat in het onderhavige geval het uitspreken van een vonnis van ambtshalve faillietverklaring voor een rechtbank een handeling is die binnen het kader van de uitoefening van haar rechterlijke functie valt», en «te dezen uit de verstreekte gegevens blijkt dat de beslissing van 28 april 1978 (ambtshalve faillietverklaring van de eerste eiseres) een rechterlijke handeling is», impliciet maar zeker zegt dat de ambtshalve faillietverklaring naar gelang van de omstandigheden hetzij een administratieve, hetzij een rechterlijke handeling kan zijn; het arrest aldus het begrip «ambtshalve faillietverklaring» (schending van de artikelen 437 en 442 van de Faillissementswet), het begrip «rechterlijke handeling» (schending van de artikelen 5, 8, 12, 17, 18, 19, 700, 706, 769, 1025, 1138, inzonderheid 2° en 3°, van het Gerechtelijk Wetboek, 258 van het Strafwetboek, 92, 93 en 97 van de Grondwet) en het begrip «administratieve handeling» (schending van de artikelen 25, 29, 30 en 67 van de Grondwet) miskent; het arrest, door aldus de rechtsvordering van de eisers af te wijzen wegens de immuniteit van de rechters voor de fouten die zij in de uitoefening van hun rechterlijk ambt hebben begaan, dat beginsel van artikel 1140 van het Gerechtelijk Wetboek, en voor zoveel nodig, dat artikel 1140, alsmede de artikelen 1382 en 1383 van het Burgerlijk Wetboek schendt; het arrest, door zich niet in rechte uit te spreken over de voorgelegde rechtsvraag, althans niet antwoordt op de conclusie van de eisers (schending van artikel 97 van de Grondwet);

derde onderdeel, de gegevens die het arrest in aanmerking neemt om te oordelen dat in het onderhavige geval de beslissing van 28 april 1978 een rechterlijke handeling is, niet ter zake dienend zijn; een administratieve handeling immers

door een orgaan van de rechterlijke macht kan worden verricht en met redenen kan worden omkleed, en de betrokkenen daartegen voor de rechtbanken beroep kunnen instellen; het arrest, door op grond van alleen die gegevens te beslissen dat de ambtshalve faillietverklaring van 28 april 1978 een rechterlijke handeling is, het begrip «ambtshalve faillietverklaring» (schending van de artikelen 437 en 442 van de Faillissementswet), het begrip «rechterlijke handeling» (schending van de artikelen 5, 8, 12, 17, 18, 19, 700, 706, 769, 1025, 1138, inzonderheid 2° en 3° van het Gerechtelijk Wetboek, 258 van het Strafwetboek, 92, 93 en 97 van de Grondwet) en het begrip «administratieve handeling» (schending van de artikelen 25, 29, 30 en 67 van de Grondwet) miskent; het arrest, door aldus de vordering van eisers af te wijzen wegens de immuniteit van de rechters voor de fouten die zij in de uitoefening van hun rechterlijk ambt hebben begaan, dat beginsel van artikel 1140 van het Gerechtelijk Wetboek en, voor zoveel nodig, dat artikel 1140, alsmede de artikelen 1382 en 1383 van het Burgerlijk Wetboek schendt;

vierde onderdeel, de bij artikel 97 van de Grondwet voorgeschreven motivering tot doel heeft willekeur te helpen vermijden door de rechter te verplichten een rechtvaardiging te zoeken en te vinden voor zijn beslissing, het de partijen mogelijk te maken te begrijpen waarom de beslissing zo is, aan de appelgerechten een middel te verstrekken om de hun voorgelegde beslissing in feite en in rechte te kunnen beoordelen; de bewering in de beslissing van 28 april 1978, dat de Rechtbank van Koophandel te Antwerpen, op grond van inlichtingen die zij niet vermeldt, oordeelt dat de N.V. L. in staat van faillissement verkeert, geen motivering is ter rechtvaardiging en verduidelijking van de ambtshalve faillietverklaring; het arrest, door derhalve te zeggen dat de beslissing van 28 april 1978, waarbij de N.V. L. ambtshalve failliet is verklaard met redenen was omkleed, het begrip «motivering» (schending van artikel 97 van de Grondwet) of althans de bewijskracht van de beslissing van 28 april 1978 (schending van de artikelen 1319 en 1320 van het Burgerlijk Wetboek) miskent;

Wat het eerste en het derde onderdeel betreft:

Overwegende dat de in artikel 442, eerste lid, van het Wetboek van Koophandel bedoelde ambtshalve faillietverklaring, die wordt gekenmerkt door het feit dat de rechter de macht heeft om het initiatief te nemen een rechtsvordering tegen een bepaalde persoon in te stellen, weliswaar een uitzondering is op de regel dat de rechter enkel kennis neemt van de geschillen die bij hem aanhangig zijn gemaakt; dat die procedure ook gelijkenis vertoont met de uitoefening door de rechter van een werkelijke bevoegdheid van economische politie, voor zoveel onder meer bij de beslissing tot ambtshalve faillietverklaring overwegingen van economische conjuncturen, zelfs opportuniteiten te pas komen;

Overwegende dat de rechtbank van koophandel echter op dat gebied een rechterlijke handeling verricht, enerzijds, omdat zij ermee belast is te beslissen of aan de wettelijke vereisten van artikel 437 van het Wetboek van Koophandel voldaan is, en derhalve na te gaan of de daden van de schuldenaar al dan niet met het objectief recht stroken, anderzijds, omdat die beslissing genomen wordt door een onafhankelijk statutair orgaan, dat noch aan de hiërarchische

overheid noch aan een toezichthoudende overheid reenschap behoeft te geven van zijn handelingen;

Overwegende dat de wet weliswaar niet voorziet in een contradictoir debat vóór de ambtshalve faillietverklaring en dat de schuldenaar zijn recht van verdediging desnoods enkel kan uitoefenen door overeenkomstig artikel 473 van het Wetboek van Koophandel verzet te doen tegen het vonnis van faillietverklaring, maar die bijzonderheden niet van die aard zijn dat zodanig vonnis daardoor zijn kenmerk van een rechterlijke handeling verliest, wat trouwens blijkt uit de uitdrukkingen van de wetgever, die spreekt van «vonnis» en die voorziet in rechtsmiddelen, zoals verzet, hoger beroep en voorziening in cassatie;

Overwegende dat het hof van beroep, door te zeggen dat het uitspreken van een vonnis van ambtshalve faillietverklaring voor een rechtbank een handeling is die binnen het kader van de uitoefening van haar rechterlijke functies valt, derhalve zijn beslissing regelmatig met redenen omkleedt en naar recht verantwoordt;

Dat het eerste en het derde onderdeel niet kunnen worden aangenomen;

Wat het tweede onderdeel betreft:

Overwegende dat uit de in dit onderdeel overgenomen vermeldingen van het arrest niet valt af te leiden dat het hof van beroep impliciet zou hebben geoordeeld dat een ambtshalve faillietverklaring naar gelang van de omstandigheden hetzij een administratieve handeling, hetzij een rechterlijke handeling kan zijn;

Dat het integendeel beslist dat zodanige faillietverklaring een rechterlijke handeling is, op grond dat de wet de rechtbank van koophandel bevoegd maakt om dat faillissement ambtshalve uit te spreken, dat de eisers daartegen hebben kunnen opkomen door het instellen van de wettelijke rechtsmiddelen, die trouwens werden aangewend, dat het recht van verdediging werd gevrijwaard door het in artikel 473 van het Wetboek van Koophandel bedoelde verzet en dat de beslissing van de rechtbank met redenen is omkleed;

Dat, hoewel het arrest de uitdrukking «in het onderhavige geval» gebruikt en doelt op de in de zaak «verstrekte gegevens», daaruit echter alleen volgt dat het hof van beroep, dat niet bij wege van algemene en als regel geldende beschikking uitspraak doet, heeft nagegaan of het door de Rechtbank van Koophandel te Antwerpen op 28 april 1978 gewezen vonnis houdende ambtshalve faillietverklaring van de N.V. L., al dan niet een rechterlijke handeling was;

Dat het onderdeel dienaangaande op een onjuiste uitlegging van het arrest berust en derhalve feitelijke grondslag mist;

Overwegende, voor het overige, dat het arrest niet nalaat in rechte uitspraak te doen over de aan het hof van beroep voorgelegde vraag, maar uiteenzet wat het rechtskarakter is van een ambtshalve faillietverklaring, beslist dat zij wel degelijk een rechterlijke handeling is en eruit afleidt «dat, zoals de eerste rechter zulks deed, er noodzakelijk uit voortvloeit dat de magistraat in de uitoefening van zijn ambt wegens de door hem begane fout enkel aansprakelijk kan zijn, als het gaat om een fout die aanleiding kan geven tot verhaal op de rechter»; dat het aldus antwoordt op de conclusie van eisers;

Dat het onderdeel in zoverre feitelijke grondslag mist;

Wat het vierde onderdeel betreft:

Overwegende dat het arrest de bewoordingen overneemt van het op 28 april 1978 door de Rechtbank van Koophandel

te Antwerpen gewezen vonnis houdende ambtshalve faillietverklaring van eiseres, de N.V. L., waarin wordt vermeld dat uit de inlichtingen waarover de rechtbank beschikte «blijkt (bleek) dat de vennootschap heeft (had) opgehouden te betalen en dat haar krediet blijkt (bleek) geschokt te zijn»;

Dat het arrest in geen enkele vermelding vaststelt dat dit vonnis voldoet aan het in artikel 97 van de Grondwet gestelde motiveringsvereiste; dat het bijgevolg die grondwetsbepaling niet schendt en evenmin de bewijskracht van dat vonnis miskent;

Dat het onderdeel niet kan worden aangenomen;

Over het tweede middel: schending van de artikelen 1382 en 1383 van het Burgerlijk Wetboek;

doordat het arrest erop wijst «dat een particulier die door een ten onrechte gewezen rechterlijke beslissing is benadeeld een vordering tot vergoeding van zijn schade kan instellen, voor zover de wijzigende rechterlijke beslissing ze hem niet heeft toegekend, tegen degene die door zijn fout de veroordeling heeft uitgelokt waarvan de wijziging is verkregen, in het onderhavige geval degene die L. van onvermogen heeft beschuldigd, en daaruit onder meer blijkt af te leiden dat de vordering van de eisers, voor zover zij op artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek is gebaseerd en tegen verweerder is gericht, niet gegrond is;

terwijl, als verscheidene personen door samenlopende fouten schade hebben veroorzaakt, ieder van hen jegens de benadeelde tot volledige vergoeding van de schade is gehouden; de omstandigheid dat de schade die de eisers hebben geleden, niet enkel zou zijn veroorzaakt door de fout van een orgaan van verweerder, maar tevens door de fout van degene die L. van onvermogen heeft beschuldigd, de eisers niet kan beletten van verweerder volledige vergoeding van hun schade te vorderen; het arrest, door te beslissen dat die vordering niet gegrond is, omdat de eisers schadevergoeding hadden kunnen vorderen van een andere persoon wiens fout samen met die van een orgaan van verweerder de schade mede heeft veroorzaakt waarvan zij vergoeding vorderen, de artikelen 1382 en 1383 van het Burgerlijk Wetboek schendt:

Over de grond van niet-ontvankelijkheid door verweerder opgeworpen en hierin bestaande dat de door het middel bestreden overweging ten overvloede is gegeven, aangezien het beschikkende gedeelte van het arrest slechts betrekking heeft op de rechtsverhouding tussen de eisers en verweerder en naar recht verantwoord blijft door het motief dat de ambtshalve faillietverklaring een rechterlijke handeling is waarop de immuniteit van de rechterlijke macht toepasselijk is:

Overwegende dat het arrest uitsluitend uitspraak doet over de door de eisers tegen verweerder ingestelde vordering tot veroordeling van verweerder ten einde de schade die zij ten gevolge van de ambtshalve faillietverklaring van de N.V. L. hebben geleden te vergoeden, hetzij op grond van de artikelen 1382 en 1383 van het Burgerlijk Wetboek, hetzij subsidiair «wegens het verbreken van de gelijkheid voor de openbare lasten»;

Overwegende dat derhalve de overweging dat een particulier die door een ten onrechte gewezen rechterlijke beslissing is benadeeld, een vordering tot vergoeding van zijn schade kan instellen, voor zover de wijzigende rechterlijke beslissing ze hem niet heeft toegekend, «tegen degene die door zijn fout de veroordeling heeft uitgelokt waarvan de wijziging is

verkregen, in het onderhavige geval degene die L. van onvermogen heeft beschuldigd», met het onderwerp van de vordering niets te maken heeft; dat zij derhalve ten overvloede is gegeven;

Dat het middel, dat tegen zodanige overweging is gericht, niet ontvankelijk is;

Dat de grond van niet-ontvankelijkheid dient te worden aangenomen;

Over het derde middel: schending van de artikelen 6, 6bis, 7, 8, 9, 11 van de Grondwet, 5, 6, 8, 13 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, te Rome op 4 november 1950 ondertekend en goedgekeurd bij de wet van 13 mei 1955, 1 van het Aanvullend Protocol bij het Europees Verdrag betreffende de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, op 20 maart 1952 te Parijs ondertekend en goedgekeurd bij de wet van 13 mei 1955, van het algemeen beginsel van de gelijkheid van de burgers voor de openbare lasten en van artikel 437 van de wet van 18 april 1851 betreffende het faillissement, bankbreuk en opschorting van betaling (boek III van het Wetboek van Koophandel);

doordat het arrest, na te hebben gezegd dat «men geen uitzonderlijk nadeel lijdt wanneer de beweerde schade neerkomt op de nadelen die het normaal gevolg zijn van de regels die gelden voor allen die de hoedanigheid van koopman hebben», beslist «dat iedere natuurlijke persoon of rechtspersoon die handel drijft, onder de toepassing kan vallen van de Faillissementswet; dat geen onderscheid wordt gemaakt tussen degenen die hetzelfde beroep uitoefenen en dat in het onderhavige geval, ten gevolge van verzet en hoger beroep, de (eisers) de intrekking van de aanvankelijke beslissing hebben verkregen», en op grond van die overwegingen beslist dat de eisers «niet aantonen dat zij anders zijn behandeld dan de burgers die in dezelfde toestand verkeren»;

terwijl de natuurlijke persoon of rechtspersoon die handel drijft, indien hij niet heeft opgehouden te betalen en zijn krediet niet is geschokt, niet wettig failliet kan worden verklaard; de failliet verklaarde koopman, als aan de bij artikel 437 van de Faillissementswet gestelde vereisten niet voldaan is, noodzakelijk en onrechtmatig een uitzonderlijk zware schade lijdt die, per definitie, burgers die in dezelfde toestand verkeren, niet treft en normaal niet kan treffen; het arrest, door te beslissen dat een faillietverklaring waarvan het het wederrechtelijk en willekeurig karakter niet betwist, een normaal ongemak is waaraan blootgesteld zijn al degenen die de hoedanigheid van koopman hebben, alle in het middel bedoelde wets- en grondwetsbepalingen, alsmede het erin beoogde algemeen rechtsbeginsel waarbij in een Rechtsstaat de vrijheid van personen en de veiligheid van de handel, alsmede de gelijkheid van de burgers voor de openbare lasten wordt gewaarborgd, schendt:

Over de grond van niet-ontvankelijkheid door verweerder tegen het middel opgeworpen en hierin bestaande dat de eisers niet aangeven in welk opzicht de wettelijke bepalingen, alsmede het vermelde algemeen rechtsbeginsel zijn geschon- den:

Overwegende dat het middel zegt dat het arrest, door te beslissen dat een faillietverklaring waarvan het hof van beroep het wederrechtelijk en willekeurig karakter niet betwist, een normaal ongemak is waaraan blootgesteld zijn al dege-

nen die de hoedanigheid van koopman hebben, de in de aanhef van het middel aangewezen grondwets- en wetbepalingen en het algemeen rechtsbeginsel schendt ;

Overwegende dat eisers derwijze genoegzaam aanwijzen waarin de aangevoerde schending bestaat ;

Dat de grond van niet-ontvankelijkheid niet kan worden aangenomen ;

Over het middel :

Overwegende dat het arrest niet betwist dat een natuurlijke persoon of een rechtspersoon die handel drijft, niet wettig failliet kan worden verklaard tenzij hij heeft opgehouden te betalen en zijn krediet geschokt is ; dat het enkel erop wijst dat niet blijkt dat de eisers discriminatoir zijn behandeld, dat wil zeggen dat zij anders zijn behandeld dan de burgers die in dezelfde toestand verkeren, en de eisers voor het overige, door het verzet en het hoger beroep, intrekking van de aanvankelijke beslissing tot faillietverklaring hebben verkregen ;

Overwegende dat een verkeerde toepassing van de wet of van een rechtsregel op zichzelf geen miskenning kan zijn van het algemeen rechtsbeginsel waarvan te dezen schending wordt aangevoerd ;

Overwegende dat het hof van beroep derhalve wettelijk zijn beslissing verantwoordt dat de subsidiaire vordering van de eisers tegen verweerster wegens «verbreking van de gelijkheid voor de openbare lasten», op dat stuk niet gegrond is ;

Dat het middel niet kan worden aangenomen ;

...

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER — 17 NOVEMBER 1988

Voorzitter : de h. Sace

Raadsheer-rapporteur : mevr. Charlier

Advocaat-generaal : de h. Janssens de Bisthoven

Advocaten : mrs. Kirkpatrick en De Bruyn

Notaris — Notariële akte — Authenticiteitsvereisten

De bij een notariële akte gevoegde memorie van voorwaarden is niet authentiek als ze niet verleden is overeenkomstig de vormvereisten van de wet van 16 maart 1803, inzonderheid als zij niet door de notaris ondertekend is.

D. e.a. t/ N.V. G.

Gelet op het bestreden arrest, op 1 december 1986 door het Hof van Beroep te Brussel gewezen ;

Over het middel : schending van de artikelen 107 van de Grondwet, 6, 1131, 1133, 1317, 1319, 1320, 1322 van het Burgerlijk Wetboek, 608, 1080, 1386, 1494 van het Gerechtelijk Wetboek, 1, 9, 12 tot 14, 19, 68 van de wet van 16 maart 1803 tot regeling van het notarisambt en 7 van de wet van 30 ventôse jaar XII tot samenvoeging van de zesendertig wetten die het Burgerlijk Wetboek uitmaken ;

doordat het arrest, met bevestiging van het beroepen vonnis, de rechtsvordering van de eisers afwijst die voor recht wil laten zeggen dat verweerster «geen uitvoerende titel bezit om het (aan de eisers) krachtens de op 4 juni 1974 voor de notaris Van B. verleden akte geleende kapitaal onmiddellijk

in te vorderen» en de eisers bovendien veroordeelt om verweerster een vergoeding van 10.000 frank wegens tergend en roekeloos beroep te betalen, op grond «dat de eisers ten onrechte het authentiek karakter betwisten van de bij de akte gevoegde memorie van voorwaarden, krachtens welke de uitvoering gebeurt ; dat die memorie van voorwaarden, naar vast gebruik, bij de authentieke akte is gevoegd en daarmee een geheel uitmaakt dat op authentieke wijze alle door de eisers aangegane verplichtingen vaststelt» (motief van het beroepen vonnis dat het arrest uitdrukkelijk overneemt) ;

terwijl, eerste onderdeel, een authentieke akte een akte is die in wettelijke vorm is verleden voor openbare ambtenaren die daartoe bevoegd zijn ter plaatse waar zij is opgemaakt ; inzonderheid met betrekking tot de notariële akten, hun authentiek karakter en bijgevolg hun uitvoerbaar karakter dat zij krachtens artikel 19 van de wet van 16 maart 1803 tot regeling van het notarisambt aan die akten hebben, strikt beperkt is tot de akten die verleden zijn overeenkomstig de vormvereisten bepaald bij de genoemde organieke wet ; het enkele feit stukken bij een notariële akte te voegen, zonder die bijvoegingen overeenkomstig de wettelijke vormvereisten te verlijden — wat niet enkel zou impliceren dat de bijgevoegde stukken aan de partijen moeten worden voorgelezen en door hen ondertekend en dat die ondertekening daarin moet worden vermeld, maar bovendien dat in die bijvoegingen moet worden vermeld dat de voormelde vormvereisten zijn vervuld in tegenwoordigheid van de notaris, dat hij na de partijen tekent en dat datum en plaats van het verlijden eveneens in de bijvoegingen worden vermeld —, niet wettig volstaat om aan de stukken het authentiek karakter van de hoofdakke te verlenen ; daaruit volgt dat het arrest, dat niet vaststelt dat de voorwaarde, waarop verweerster steunt om de onmiddellijke terugbetaling te eisen van het aan de eisers geleende kapitaal, overeenkomstig de bovenvermelde vormvereisten zou zijn verleden, om aan die voorwaarden uitvoerende kracht te verlenen niet wettig heeft kunnen steunen op de reden dat zij «naar vast gebruik, bij de authentieke (lenings)akte waren gevoegd om daarmee een geheel uit te maken dat op authentieke wijze alle door de eisers aangegane verbintenissen vaststelt» (schending van de artikelen 1317 van het Burgerlijk Wetboek, 1386, 1494 van het Gerechtelijk Wetboek, 1, 9, 12 tot 14, 19 en 68 van de wet van 16 maart 1803 tot regeling van het notarisambt) ;

...

Over de door verweerster opgeworpen grond van niet-ontvankelijkheid hierin bestaande dat het middel zonder belang is :

Overwegende dat verweerster aanvoert dat de memorie van voorwaarden, zelfs al was zij niet authentiek, toch dezelfde bewijswaarde heeft als de authentieke akte waarbij ze is gevoegd ;

Overwegende dat de eisers niet de bewijswaarde van die voorwaarden maar hun uitvoerende kracht betwisten ;

Dat de grond van niet-ontvankelijkheid niet kan worden aangenomen ;

Wat het eerste onderdeel betreft :

Overwegende dat verweerster, bij authentieke akte van 4 juni 1974 aan de eisers een hypothecaire lening van 1.700.000 frank heeft toegestaan ; dat de bij die akte gevoegde memorie van voorwaarden bepaalde dat de lening, bij het

niet-uitvoeren van de bedingen van de akte, van rechtswege opeisbaar was ;

Overwegende dat de eisers betwistten dat verweerster het recht heeft het geleende kapitaal onmiddellijk in te vorderen, op grond dat de memorie van voorwaarden niet authentiek is en derhalve geen uitvoerende kracht bezit ;

Overwegende dat, naar luid van artikel 1317 van het Burgerlijk Wetboek, een authentieke akte een akte is die in wettelijke vorm is verleden voor openbare ambtenaren die daartoe bevoegd zijn ter plaatse waar zij is opgemaakt ;

Overwegende dat uit de door de eisers tot staving van hun voorziening regelmatig neergelegde stukken blijkt dat de litigieuze memorie van voorwaarden niet is verleden overeenkomstig de vormvereisten van de wet van 16 maart 1803 tot regeling van het notarisambt, nu zij met name niet door de notaris is ondertekend ;

Dat het arrest, nu het zegt dat een dergelijke akte uitvoerende kracht heeft, op grond van het overgenomen motief van het beroepen vonnis dat «die memorie van voorwaarden, volgens een vast gebruik, bij de authentieke akte is gevoegd om daarmee een geheel te vormen dat op authentieke wijze alle door de eisers aangegane verplichtingen vaststelt», de in dit onderdeel aangevoerde wetsbepalingen schendt ;

Dat het onderdeel gegrond is ;

(...)

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

7e KAMER – 21 OKTOBER 1987

Voorzitter : mevr. De Man

Raadsheren : de hh. Frère en De Vel

Advocaten : mrs. Putzeys en Debergh

Onrechtmatige daad – Aansprakelijkheid – Treinwachter – Ontgrendelen van automatisch gesloten deuren van de trein vooraleer deze volledig stilstaat – Val van reiziger uit de trein – Eigen onvoorzichtigheid van het slachtoffer

Het feit dat een treinwachter de automatisch gesloten deuren van de trein ontgrendelt op een ogenblik dat deze nog niet volledig stilstaat, zodat de reizigers de trein ook reeds kunnen openen vóór de volledige stilstand van dit voertuig, is op zichzelf geen fout die in oorzakelijk verband staat met de val van een der reizigers uit de trein en de eruit voortvloeiende schade. Door deze ontgrendeling ontstaat er op zichzelf nog geen gevaarlijke situatie voor de reizigers, daar de deuren van de trein volledig gesloten blijven en pas open gaan na een door de reizigers zelf toe te passen manuele bediening.

Alvorens van de trein te stappen moet de reiziger de elementaire voorzichtigheidsplicht in acht nemen zich ervan te vergewissen of de trein volledig stilstaat. Een treinreiziger mag niet zonder meer van de veronderstelling uitgaan dat, aangezien de deuren open gaan, de trein ook volledig stilstaat.

N.V. De V. t/ N.M.B.S.

Overwegende dat, indien al vaststaat dat de hoofdwachter L. de automatisch gesloten deuren van de trein ontgrendelde

op een ogenblik dat deze nog niet volledig stilstond, derwijze dat de reizigers deze ook reeds konden openen vóór volledige stilstand, zulks echter nog niet als een fout aan te merken is die in oorzakelijk verband staat met het ongeval en de eruit voortvloeiende schade ;

dat dienaangaande moet worden opgemerkt dat door de ontgrendeling op zich nog geen gevaarlijke situatie voor de reizigers ontstaat daar de deuren volledig gesloten blijven en slechts opengaan na een door de reizigers zelf toe te passen manuele bediening ;

dat, volgens de niet tegengesproken bewering van geïntimeerde, de reizigers bovendien nog gewaarschuwd worden de deuren niet te openen vóór de volledige stilstand van de trein ;

dat indien al, zoals te dezen, deze waarschuwing over het hoofd werd gezien door een medereiziger van Alice M. zij zich hiervan perfect rekenschap kon geven en dus ook gewaarschuwd was voor het eventueel gevaar dat zij liep bij een ontijdig afstappen ;

dat zij immers niet zonder meer van de veronderstelling mocht uitgaan dat, daar de deuren opengingen, de trein volledig stilstond ;

dat, indien men deze stelling zou aanvaarden, de waarschuwingen aan het adres van de passagiers volstrekt doeleloos zouden zijn ;

dat zij, alvorens het rijtuig te verlaten, naar alle evidentie de elementaire voorzorgsplicht had er zich van te vergewissen of de trein volledig stilstond ;

Overwegende dat Alice M. evenmin kan verschalkt geweest zijn door een enigszins vroegtijdige ontgrendeling van de deuren ;

dat, zij door de geboden elementaire voorzichtigheid aan de dag te leggen zich ervan ten volle rekenschap kon geven dat de trein nog in beweging was en de deuren dus in feite vroegtijdig geopend werden door een medereiziger ;

dat zij op 36-jarige leeftijd en blijkbaar regelmatig gebruik makend van dit vervoermiddel, zich tevens ten volle bewust moest zijn dat men niet van een trein in beweging springt op dezelfde wijze als men van een stilstaande trein stapt ;

dat zij er zich van diende te onthouden uit de rijdende trein te springen ;

Overwegende dat appellante met haar hoger beroep nastreeft dat haar oorspronkelijke vordering tot terugbetaling van de uitgaven, die zij als arbeidsongevallenverzekeraar van de firma G. deed ten bate van de genaamde Alice M. die op 8 juli 1971, op de weg van het werk het slachtoffer werd van een ongeval, en waarvoor zij een aangestelde van geïntimeerde aansprakelijk acht, ingewilligd wordt ;

Overwegende dat geïntimeerde concludeert tot de ongegrondheid van het hoger beroep en de bevestiging van het bestreden vonnis ;

Overwegende dat uit het ter zake opgesteld en naderhand geseponneerd strafdossier het volgende dient te worden opgemaakt :

– op 8 juli 1971 reed de trein P2977 het station Antwerpen Centraal binnen rond 18u15; bij het binnenrijden van de trein in het station en vóór volledige stilstand van het treinstel werden de automatische deuren door de hoofdwachter Jean L. ontgrendeld zodat deze met de hand konden worden geopend door de reizigers ;

– alvorens de trein volledig stilstond had één der reizigers de deur reeds geopend waarop meerdere reizigers het

treinrijtuig verlieten, zo ook onder meer de genaamde Alice M., aangestelde van de firma G., die echter bij het uitstappen het evenwicht verloor en met geweld op haar rechterzijde op het perron terechtkwam en gewond werd;

— Alice M. verklaarde aan de verbalisanten dat zij in de mening verkeerde dat de trein volledig stilstond omdat de deur openging;

— de getuige Charles S. verklaart dat hij eveneens uit de nog rijdende trein stapte gevolgd door Alice M., die volgens hem echter op een tamelijk onhandige wijze het rijtuig verliet;

Overwegende dat allereerst dient te worden opgemerkt dat appellante haar vordering in hoger beroep niet langer baseert op de wet van 25 augustus 1891 doch enkel nog op artikel 1382 B.W.; dat zij bijgevolg het bewijs dient te leveren van een quasi-delictuele fout van de aangestelde van geïntimeerde alsmede van het oorzakelijk verband tussen deze fout en de schade ondergaan door het slachtoffer Alice M.;

dat er voor haar geen enkele noodzaak was om de trein voortijdig te verlaten;

dat het feit dat andere medereizigers wel het risico namen uit de nog rijdende trein te springen geen rechtvaardiging vormt voor haar handelwijze;

dat zij moest en kon voorzien dat zij, bij het niet in acht nemen van de elementaire voorzorg te wachten tot de trein volledig stilstond, het risico liep ten val te komen;

Overwegende dat uit het voorgaande dan ook dient besloten dat de oorzaak van de val van Alice M. te dezen niet is de vroegtijdige ontgrendeling van de deuren door de aangestelde van geïntimeerde maar wel haar eigen ondoordachte en onvoorzichtige gedraging die erin bestond, zoals zijzelf verklaart, als het ware blindelings af te stappen, erop rekenende dat de trein niet meer in beweging was, en hierbij dan nog onhandig te werk te gaan zoals blijkt uit de verklaring van de enige getuige Charles S.;

Overwegende dat de eerste rechter dan ook terecht besliste dat ten laste van de aangestelde van geïntimeerde geen fout of nalatigheid in oorzakelijk verband met het ongeval en eruit voortvloeiende schade aan te houden is;

(...)

HOF VAN BEROEP TE BRUSSEL

9e KAMER — 12 NOVEMBER 1987

Voorzitter : de h. Jans

Raadsheren : de hh. Delvoie en Schöller

Advocaten : mrs. Bosmans loco Kirschen, Nelis, Willemyns en Pelgrims

Onrechtmatige daad — Aansprakelijkheid — Gebrek in de zaak — Tankinstallatie die benzine laat ontsnappen aan de aansluiting tussen vulslang en spuitpistool — Bewaarder van de zaak — Installatie in bruikleen gegeven aan de exploitant — Recht van controle of toezicht op het inwendig functioneren van de installatie

De omstandigheid dat een tankinstallatie benzine laat ontsnappen aan de aansluiting tussen vulslang en spuitpistool, houdt het bewijs in van een abnormale gesteldheid van

de zaak die haar ongeschikt maakt voor haar normaal gebruik en die van aard is om schade te veroorzaken.

Uit het geheel van de contractuele bepalingen die de rechtsverhoudingen tussen de eigenaar en de exploitant van de tankinstallatie beheersen, vloeit voort dat de voortverkoper, aan wie deze installatie in bruikleen was afgestaan, deze voor eigen rekening en voordeel mocht gebruiken, maar dat hij er niet de leiding en de controle over had. Deze bepalingen wijzen er ook op dat de voortverkoper geen enkel recht van controle of toezicht op het inwendig functioneren van deze installatie kon uitoefenen en deze derhalve diende te gebruiken in de toestand waarin ze, gedurende de duur van de bruiklening, gesteld en gehouden werd door de eigenaar, die er het meesterschap over behield. De bewaring in de zin van artikel 1384, eerste lid, B.W. berustte bijgevolg niet bij de voortverkoper, maar was daarentegen in handen van de eigenaar gebleven.

N.V. B. t/ C. en L.

Overwegende dat de vordering betrekking heeft op een ongeval dat zich voordeed op 16 juni 1982, waarbij C. brandwonden opliep toen, bij het tanken in het door L. geëxploiteerde bezinestation van B., plots benzine in het rond spoot en vuur vatte, waarbij C. brandwonden opliep en zijn voertuig door brand beschadigd werd;

Overwegende dat C. zijn oorspronkelijke vordering tegen L. en B. baseert zowel op artikel 1382 als op artikel 1384, eerste lid, B.W.; dat beide oorspronkelijke verweerders hun persoonlijke fout betwisten en elk voor zichzelf betwisten de hoedanigheid te bezitten van bewaarder van de eventueel gebrekkige zaak, welke hoedanigheid ze elkaar toedichten; dat B. daarenboven de mogelijkheid van eigen fout van het slachtoffer oppert;

A) Over de eigen fout van het slachtoffer

Overwegende dat uit de door de eerste rechter oordeelkundig geanalyseerde elementen van het strafdossier blijkt, hetgeen overigens niet betwist wordt, dat de brandstof plots ontsnapte op de plaats waar de vulslang aansluit op het spuitpistool;

Overwegende dat deze feitelijke toestand meteen de eigen fout van het slachtoffer uitsluit nu niet gesteld wordt dat het slachtoffer iets anders deed dan zijn personenwagen voltanken; dat, indien het al denkbaar is dat een cliënt van een zelfbedieningstankstation door een onvoorzichtige of onzorgvuldige handelwijze benzine morst, c.q. op de grond spuit, het niet denkbaar is dat de handelingen van — zelfs onzorgvuldig — tanken kunnen leiden tot een lek tussen vulslang en spuitpistool;

B) Over de persoonlijke fouten van B. en/of L.

Overwegende dat, onder voorbehoud van hetgeen hiervoor sub A (uitsluiting van de eigen fout van het slachtoffer) en hierna sub C (vaststelling van het gebrek van de zaak in de zin van artikel 1384, eerste lid, B.W.) gezegd wordt, de feitelijke elementen van de zaak het niet mogelijk maken vast te stellen waardoor de feitelijke gesteldheid van de tankinstallatie die toeliet dat benzine ontsnapte op het einde van de vulslang bij de aansluiting met het vulpistool, veroorzaakt werd; dat dan ook meer bepaald niet met zekerheid kan worden nagegaan of deze feitelijke gesteldheid het gevolg was van een mechanisch of structureel defect, van slijtage of nog enige andere oorzaak, zodat de aangevoerde per-

soonlijke fout noch van L. (gebrek aan voorzorg bij het dagelijks toezicht) noch van B. (gebrek aan nodige controle of herstellingen) bewezen voorkomt ;

C) Over de verantwoordelijkheid op grond van artikel 1384, eerste lid, B.W.

1) Over het gebrek van de zaak

Overwegende dat de omstandigheid zelf dat een tankinstallatie benzine laat ontsnappen aan de aansluiting tussen vulslang en spuitpistool, het bewijs inhoudt van een abnormale gesteldheid van de zaak die haar ongeschikt maakt voor haar normaal gebruik en maakt dat de schade kan veroorzaken ; dat, om aldus tot het gebrek van de zaak te besluiten, de vraag of de abnormale gesteldheid van de zaak een structurele of mechanische oorzaak heeft, dan wel het gevolg is van slijtage, irrelevant is, daar de bewaarder van de gebrekkige zaak voor de hierdoor veroorzaakte schade aansprakelijk is, welke ook de oorzaak van het gebrek zij ;

Overwegende dat de bewaarder van de gebrekkige zaak dan ook op grond van artikel 1384, eerste lid, aansprakelijk is voor de door de gebrekkige zaak veroorzaakte schade ;

2) Over de bewaarder

Overwegende dat de eigenaar (B.) en de exploitant (L.) van het benzinestation elk voor zichzelf betwisten dat zij bewaarder zijn van de zaak, en elkaar die hoedanigheid toedichten ;

Overwegende dat de eerste rechter om oordeelkundige, in hoger beroep niet weerlegde motieven die het hof overneemt, vaststelde dat niet de exploitant maar de eigenaar de bewaarder van de zaak had ;

Overwegende dat uit de contractuele verhoudingen tussen B. en L., meer bepaald uit het «Contract van Voortverkoop van Brandstoffen voor Motoren» van 20 januari 1969 weliswaar blijkt dat B. de verdelingsinstallatie kosteloos in bruikleen gaf aan L., die blijkens artikel 5, derde lid, van de overeenkomst «het toezicht, de aansprakelijkheid wegens diefstal, brand en onverschillig welke ongevallen en de beschadigingen buiten normale slijtage» te zijnen laste neemt ;

Overwegende dat de overeenkomst evenwel eveneens bepaalt dat B. een bestendig recht van toegang tot, en toezicht over, de installatie die haar eigendom blijft, behoudt (art. 2 in fine), dat B. het mechanisch onderhoud en het schilderen verzorgt (art. 5) en dat de installatie door B. verzegeld wordt, zegels die in geen geval door de voortverkoper mogen worden verbroken of verplaatst (art. 7) ;

Overwegende dat uit het geheel dezer bepalingen weliswaar voortvloeit dat de voortverkoper, L., aan wie de verdelingsinstallatie in bruikleen werd afgestaan, deze voor eigen rekening en voordeel mocht gebruiken, doch dat hij er niet de leiding en de controle en slechts het uitwendig toezicht over had ;

Overwegende dat meer bepaald de bepalingen over het eigen toezicht, het voorbehoud van mechanisch onderhoud, de verzegeling van de verdeelinstallatie en het verbod deze verzegeling te verbreken of te verplaatsen erop wijzen dat de voortverkoper geen enkel recht van controle of toezicht op het inwendig functioneren van de installatie kon uitoefenen en derhalve de installatie diende te gebruiken in de toestand waarin ze door de eigenaar die er het meesterschap over behield, gesteld en gehouden werd gedurende de duur van de bruiklening ;

dat de voortverkoper er derhalve niet de bewaaring in de zin van artikel 1384, eerste lid, B.W. over had, bewaaring die daarentegen in handen van de eigenaar gebleven is (zie Cor-

nelis, L., *Buitencontractuele aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door zaken*, Kluwer, Antwerpen, 1982, nr. 218; Mazeaud, H., L. en J., *Traité de la responsabilité civile*, Parijs, 1970, II, nr. 1174; Carbonnier, J., *Droit Civil*, Parijs, P U F, 1972, 4, p. 386);

Overwegende dat te dezen appellante weliswaar terecht verwijst naar het principiële onderscheid tussen de contractuele bepalingen en de feitelijke toestand ; dat dit principiële onderscheid hierin bestaat dat de wilsautonomie der partijen niet volstaat om de bewaaring in de zin van artikel 1384, eerste lid, B.W. over te dragen en dat de uitgedrukte bedoeling der partijen in overeenstemming dient te zijn met de werkelijke toestand ;

dat in casu uit geen enkel feitelijk element blijkt, en overigens zelfs niet wordt beweerd, dat het «meesterschap» van de voortverkoper zich in feite verder uitgestrekt heeft dan het louter uitwendig toezicht ;

dat de omstandigheid dat de voortverkoper door het dagelijks gebruik zich als eerste rekenschap kan geven, bijvoorbeeld, van een mechanisch defect, dit feit en zijn eventuele verplichting hiervan de eigenaar van de installatie die zich het mechanisch onderhoud en de herstellingen (zie verzegeling van de installatie) voorbehouden heeft, op de hoogte te brengen, de voortverkoper geenszins het «feitelijk meesterschap» waaraan B. refereert, of de mogelijkheid tot leiding, controle en toezicht over de zaak verleent ;

Overwegende ten slotte dat in het kader van artikel 1384, eerste lid, B.W. de overige contractverhoudingen tussen B. en L. irrelevant zijn en aan het slachtoffer van schade veroorzaakt door een gebrekkige zaak niet kunnen worden toegeworpen ;

dat het slachtoffer van dergelijke schade zich tegen de bewaarder van de zaak kan keren ongeacht de eventuele conventionele exoneratiebedingen tussen de bewaarder en een derde ;

Overwegende dat uit A, B en C hierboven volgt dat de oorspronkelijke vordering van C. in haar principe gegrond is tegen de N.V. B. alléén ;

(...)

RECHTBANK VAN KORTRIJK

2e KAMER – 3 JANUARI 1989

Rechter : de h. Callens

Advocaten : mrs. Staelens en Deboutte loco Priem

Overeenkomst – Aansprakelijkheid – Gynaecoloog – Geboorte kind na sterilisatie – Informatiefout – Verlies van kans – Materiële schade

In de huidige stand van wetenschap en techniek wordt aangenomen dat er bij welke sterilisatietechniek ook steeds, zij het uiterst miniem, een risico op zwangerschap blijft bestaan. In die omstandigheden heeft de gynaecoloog geen resultaatsverbintenis aangegaan.

De gynaecoloog dient te bewijzen dat hij het echtpaar volledig en juist heeft geïnformeerd en meer precies dat er steeds een, zelfs maar minieme, kans bestond op zwangerschap. Hij kan zich daartoe niet beroepen op het feit dat hij een

brochure heeft meegegeven, nu in deze brochure de sterilisatie als definitief wordt voorgesteld.

Door zijn fout heeft de gynaecoloog aan het echtpaar de kans ontnomen de nodige maatregelen te nemen ter voorkoming van een mogelijke zwangerschap. Het oorzakelijk verband tussen deze fout en de schade is daardoor bewezen.

Van morele schade is geen sprake omdat dit erop kan wijzen dat het kind als een last wordt beschouwd. Het vorderen van materiële schade heeft echter geenszins deze betekenis. Ouders zijn gerechtigd op de vergoeding van materiële schade die het gevolg is van zwangerschap, geboorte en opvoeding. Ook de medische kosten en de ongemakken verbonden aan de mislukte sterilisatie moeten worden vergoed.

X en Y t/ Z

1. Eisers zetten uiteen dat verweerder op 28 december 1984 een sterilisatie uitvoerde bij tweede eiseres en zij toch zwanger werd. Zij beviel, binnen een jaar, nl. op 25 november 1985, van een zoontje.

Eisers voeren aan dat dit kind geboren werd in strijd met hun familieplanning waaromtrent zij, en zij alleen, gerechtigd zijn te beslissen. Die geboorte tegen de familieplanning in vindt haar oorzaak in de falende voorbehoedsmethode, in casu de falende sterilisatie. Verweerder is voor dit laatste aansprakelijk en dient de schade te vergoeden die het gevolg is van zijn fout. Hij dient de schade te vergoeden die het gevolg is van de geboorte van het kind in strijd met de familieplanning.

2. Eisers stellen dat de verantwoordelijkheid van verweerder manifest is nu hij een resultaatsverbintenis op zich heeft genomen. Eisers komen tot die conclusie wegens de wijze waarop de verbintenis werd opgenomen en wegens gebrek aan «informed consent». Subsidiar voeren zij aan dat verweerder diverse fouten heeft gemaakt, nl. gebrek aan voorlichting alsook het aanwenden van een methode van sterilisatie die een mogelijke refertilisatie niet geheel uitsloot hoewel het duidelijk was dat zij een gegarandeerde infertiliteit wensten en dus het resultaat.

3. In casu is niet bewezen dat verweerder eisers uitdrukkelijk heeft gegarandeerd dat de sterilisatie een absolute onvruchtbaarheid tot gevolg had.

Verder wordt in de huidige stand van wetenschap en techniek aangenomen dat er bij welke sterilisatietechniek ook steeds, zij het uiterst miniem, een risico op zwangerschap blijft bestaan.

In die omstandigheden is het dus terecht dat verweerder opwerpt dat hij geen resultaatsverbintenis heeft aangegaan en dus niet kan worden aangesproken wegens het louter feit dat het resultaat niet werd bereikt dat eisers ervan hebben verwacht.

Verweerder heeft dus ook gelijk waar hij stelt dat hij slechts een inspanningsverbintenis op zich heeft genomen en dat in casu niet bewezen is dat hij enige fout heeft begaan bij de uitvoering van die verbintenis. Er wordt geen fout bij de eigenlijke uitvoering van de sterilisatie aangevoerd, laat staan bewezen, en de rechtbank verwerpt de opmerking van eisers dat verweerder geen adequate methode zou hebben gebruikt nu niet bewezen is dat een andere methode niet dezelfde gevolgen kon en zou hebben gehad.

4. Eisers voeren echter ook aan dat verweerder een fout heeft begaan door hen niet te hebben voorgelicht over het

feit dat er nog een kans, zij het een minieme, op zwangerschap bestond zodat hij dient in te staan voor de schadelijke gevolgen van die fout.

5. Verweerder werpt op dat hij eisers duidelijk heeft geïnformeerd maar nu eisers dit ontkennen dient hij te bewijzen dat hij hen volledig en juist geïnformeerd heeft en meer precies dat er steeds een, zelfs maar minieme, kans bestond op zwangerschap.

Verweerder, die niet betwist dat hij omtrent de gevolgen van de ingreep in principe een volledige en juiste informatieplicht heeft — hij roept in ieder geval geen medisch verantwoord redenen in waarom hij dat eventueel niet hoefde te doen — wijst erop dat hij aan eisers een brochure meegaf waarin de verschillende methodes zijn gerangschikt volgens betrouwbaarheid.

Eisers ontkennen niet deze brochure te hebben ontvangen. De rechtbank trekt echter niet het besluit dat verweerder eruit trekt, nl. dat verweerders op die wijze volledig werden voorgelicht.

Integendeel trekt de rechtbank eerder het besluit dat verweerder, die niet bewijst uitdrukkelijk gezegd te hebben dat de mogelijkheid op zwangerschap, zij het zeer miniem, nog mogelijk was, eisers in de waan gebracht heeft dat de mogelijkheid tot zwangerschap volkomen uitgesloten was, m.a.w. dat het resultaat verzekerd was.

Immers, in de brochure «Anticonceptie en Verantwoord Ouderschap», uitgegeven door de dienst pers en voorlichting van het Ministerie van Volksgezondheid en van het Gezin, uitgave 1978, en gevoegd bij het dossier van verweerder, staat onder hoofdstuk VIII, «irreversiebele (onomkeerbare) Anticonceptie», de sterilisatie beschreven.

Als voordelen wordt beschreven: «Een enkele ingreep volstaat om tot definitieve onvruchtbaarheid te komen»; bij de nadelen staat vermeld: «Sterilisatie moet voorlopig als definitief en onherroepelijk worden beschouwd. Gebeurt de ingreep bij de man, dan moet men een andere anticonceptieve methode of middel gebruiken totdat de zaadvloeistof enkele malen microscopisch gecontroleerd is. Pas als er geen zaadcellen meer in deze vloeistof aangetroffen worden, is de sterilisatie een feit.»

Waar verweerder dan verder verwijst naar hoofdstuk IV, «Algemeen Besluit», en de tekst «Vergeet echter niet dat geen enkele omkeerbare methode of geen enkel voorbehoedsmiddel volstreekte zekerheid biedt en dat geen enkele anticonceptieve techniek bestaat die voor elk paar geschikt is «dan kan de rechtbank daarin niet de bevestiging vinden dat eisers juist en volledig werden ingelicht nopens een gevolg dat nog mogelijk was en dat zich ook in casu voordeed.

Over de sterilisatie die als onomkeerbaar wordt beschouwd, wordt zelfs niet geconcludeerd in het algemeen besluit dat zij geen volstreekte zekerheid biedt. Wanneer men dat doet voor de omkeerbare methodes, dan laat men impliciet verstaan dat volstreekte zekerheid bestaat voor de onomkeerbare en dus voor de sterilisatie.

Wanneer dan verder de bespreking van die sterilisatie zelf dit ook niet zegt en daarbij een onderscheid gemaakt wordt bij de sterilisatie van de man waar men nog specifiek wijst op mogelijkheid tot bevruchting na de ingreep, dan is het begrijpelijk dat men denkt dat de sterilisatie bij de vrouw na de ingreep onmiddellijke, definitieve en 100% zekere onvruchtbaarheid tot gevolg heeft.

Verweerder kan zich derhalve niet beroepen in casu op het feit dat hij die brochure aan eisers ter lezing heeft meegegeven vooraleer zij besloten tot de ingreep te laten overgaan om te stellen dat hij een volledige en juiste informatie heeft verstrekt.

6. Verweerder roept verder in dat, zelfs indien zou worden geoordeeld dat hij eisers onvoldoende heeft voorgelicht, er geen oorzakelijk verband is tussen die fout en de eventuele gevolgen, nu eisers ongetwijfeld, gelet op de minieme kans op zwangerschap, toch niet zouden hebben afgezien van de ingreep en hij wijst erop dat het voorschrijven van anticonceptiva na sterilisatie bij de vrouw totaal ongebruikelijk is.

De rechtbank gaat akkoord met verweerder dat eisers inderdaad ook tot sterilisatie van tweede eisers zouden hebben laten overgaan te meer daar dit in casu door verweerder zelf was aangeraden omdat gelet op de fysieke toestand van de vrouw zwangerschap beter vermeden werd.

Maar dat is in casu niet het punt. De vraag is of, indien eisers juist waren ingelicht, er nog een zwangerschap zou zijn ingetreden.

Nu vaststaat dat eisers geen kinderen meer wensten – wat hun recht is – en er andere mogelijkheden bestaan om dit resultaat wel te bereiken, staat vast dat verweerder eisers de kans heeft ontnomen de nodige maatregelen te nemen ter voorkoming van een mogelijke zwangerschap en waarvan zij nu mochten aannemen dat die niet nodig waren. Dat zij die maatregelen niet zouden hebben genomen is zeker niet bevestigd en wordt overigens in casu weerlegd door het feit dat eiser een vasectomie liet uitvoeren.

Derhalve is de fout en het oorzakelijk verband met de eventuele schade bewezen en is de vordering principieel gegrond.

7.a) Wat het principe van de schadevergoeding betreft, stelt verweerder: – dat in werkelijkheid de verzekeraar uiteindelijk de schadevergoeding zal dienen te betalen; – dat het vanuit menselijk en moreel standpunt ongemeen schokkend overkomt vergoeding te vorderen voor de geboorte van een gezond en normaal kind en dat het in strijd is met de openbare orde dat vorderingen worden toegestaan voor zover zij gebaseerd zijn op het ongewenst karakter van de geboorte. Het is volgens hem immoreel en onrechtvaardig dat de ongewenste moederschap op een genereuze wijze zou worden vergoed terwijl de gewenste geboorte van een normaal, gezond kind «slechts» betaald wordt met de vreugde om deze geboorte.

b) De rechtbank stelt ter zake vast dat verweerder opzettelijk door het aanvoeren van dit argument tracht een sfeer te scheppen teneinde de aandacht af te leiden van wat werkelijk ter discussie is, nl. of een man en vrouw het recht hebben om aan familieplanning te doen en of een vergoeding verschuldigd is door degene die door zijn fout die familieplanning heeft doen mislukken.

Dit recht, dat algemeen wordt aanvaard, wat overigens blijkt uit het feit dat de overheid zelf de burgers de nodige voorlichting om het te verwezenlijken daartoe verschaft, is zeker niet strijdig met de goede zeden of de openbare orde.

Wanneer derhalve de familieplanning door een fout niet wordt gerealiseerd, dan dient, indien daardoor schade wordt toegebracht, die schade vergoed te worden door degene aan wie de fout wordt toegeschreven.

De rechtbank gaat er wel mee akkoord dat er geen sprake mag zijn van morele schade omdat dit inderdaad erop kan wijzen dat het kind enkel als een last wordt beschouwd.

Het vorderen van materiële schade heeft echter geenszins deze betekenis en het is daarom dat de rechtbank spreekt van sfeerschepping wanneer men spreekt van «ongewenst kind». Men moet eerder spreken van «ongewenste bevruchting» en dus niet gaan extrapoleren en de ouders de bedoeling toeschrijven dat zij het kind niet wensen, eenmaal verwekt. Hun die bedoeling toeschrijven is unfair en wordt natuurlijk in het debat gebracht om te ontsnappen aan de financiële gevolgen van de fout en dat is eerder immoreel.

Eisers kunnen geen vergoeding krijgen voor morele lasten, pijn en smart die verband houden met zwangerschap, geboorte en opvoeding van het kind daar, maatschappelijk gezien, aangenomen mag worden dat ouders vreugde voelen bij de geboorte van een kind en het verder ook maatschappelijk hun plicht is het op te voeden.

Zij zijn echter wel gerechtigd op de vergoeding van materiële schade die het gevolg is van zwangerschap, geboorte en opvoeding omdat zij in hun planning geen rekening hoefden te houden met de materiële kosten van zwangerschap, geboorte en opvoeding van dit kind.

8. Eisers vorderen de volgende vergoedingen: a) zij vorderen de kosten terug van de mislukte sterilisatie en vorderen de volgende posten:

- medische kosten: kliniek en honoraria:	8.291 fr.
- ongemakken, verlet, enz.:	20.000 fr.
- vermindering fysieke integriteit tweede eisers:	250.000 fr.
Totaal:	278.291 fr.

Het is ten onrechte dat verweerder de medische kosten betwist op grond van de overweging dat geen uitvoeringsfout is bewezen. De kosten dienen te worden vergoed omdat ze nutteloos gebleken zijn. De gevorderde vergoeding wegens verlet mag bij gebrek aan mogelijkheid tot exacte becijfering ex-aequo et bono op 5.000 fr. worden bepaald. De vermindering van fysieke integriteit is niet aanwezig nu bewezen is dat verweester nog zwanger kan worden en deze vraag overigens in strijd is met wat zij wenste, nl. een vermindering van haar fysieke integriteit.

b) Kosten vasectomie eerste eiser

- opleg medische kosten:	4.332 fr.
- ongemakken, verlet, enz.:	10.000 fr.

Deze kosten zijn niet in oorzakelijk verband met de fout van verweerder. Dit is een keuze die eiser gemaakt heeft.

c) Kosten voor extra-kleding tweede eisers: 13.985 fr.

Verweerder stelt dat dit de normale kosten zijn verbonden aan een zwangerschap en niet als schadevergoeding aangekend kunnen worden; subsidiair kan niet nagegaan worden wat werkelijk noodzakelijk was zodat, indien ze in hun principe aanvaard worden, de begroting ex aequo et bono moet worden gemaakt.

Deze post, strekkende tot vergoeding van de extra-kledij die tweede eisers zich heeft moeten aanschaffen, is principieel gegrond, nu aangenomen wordt dat deze kosten in oorzakelijk verband staan met de zwangerschap en eisers dit anders niet hadden hoeven te maken.

Er mag, gelet op het feit dat de noodzaak niet bewezen is van aankoop van alle goederen en ook wegens het feit dat

sommige goederen nog verder dienstig zijn ex-aequo et bono 8.000 fr. worden toegekend.

d) Medische kosten zwangerschap en bevalling: 14.500 fr. Verweerder stelt dat dit eveneens kosten zijn die als een normale last van het ouderschap aan te merken zijn.

De rechtbank oordeelt dat de kosten een gevolg zijn van de zwangerschap die mede te wijten is aan de fout van verweerder. Het gevorderde bedrag van 14.500 fr. wordt als dusdanig niet betwist.

e) Materiële en morele vergoeding ongeplande zwangerschap.

Eisers vorderen een schadevergoeding van 500.000 fr. Ter rechtvaardiging van dit bedrag zetten eisers uiteen dat het in casu ging om een vijfde zwangerschap.

Het eerste kind had een hartafwijking en was ook ten gevolge van een chromosomenafwijking mongoloïde. Het stierf na drie maanden. Vervolgens werden drie kinderen geboren en vanaf de zwangerschap van het derde kind had tweede eiseres ernstige asthmamoeilijkheden. Reeds na de geboorte van dit kind had verweerder, gelet op deze asthmaproblemen en de stress ten gevolge van het eerstgeboren en overleden kind, een sterilisatie gesuggereerd. De asthmaproblemen leidden tot een moeilijke zwangerschap van het vierde kind en na de bevalling diende tweede eiseres langdurig te rusten. Na de geboorte van dit kind werd met veel aandrang de sterilisatie voorgesteld door verweerder om ongepaste verwickelingen te vermijden bij een nieuwe zwangerschap. De laatste zwangerschap ging gepaard met asthmaproblemen; hevige rugpijnen en met een probleem van varices.

Eisers besluiten dat deze laatste zwangerschap een psychische schok betekende voor hen en dat zij, gelet op het overlijden van het mongoloïde kind en gezien de risicotoename wegens de leeftijd van tweede eiseres, bijzonder ongerust waren en angstig tijdens de zwangerschap.

Rekening houdend met de fysieke moeilijkheden, de ongemakken van tweede eiseres en de psychische spanningen begroten zij de morele en materiële schade op 500.000 fr.

Verweerder stelt dat de schade van eisers enkel kan bestaan in een frustratie wegens de – voorlopige – mislukking van hun familieplanning die later gecompenseerd werd door de vreugde van de geboorte. Volgens verweerder benadrukken eisers enkel de fysieke ongemakken die eiseres zou hebben gehad tijdens de zwangerschap en die sterk worden overdreven zodat het voorkomt alsof een ware lijdensweg werd afgelegd. Hij voegt eraan toe dat eisers ongetwijfeld op het kaartje dat de geboorte aankondigde van hun zoontje hun vreugde zullen hebben uitgedrukt. Dit steekt dan wel schril af tegen de gevorderde 500.000 fr. voor hun «ongewenst kind». Hoogstens kan een gering bedrag voor morele schadevergoeding worden toegekend.

De rechtbank heeft onder nr. 7 hiervoor beslist over het principe van de schade.

De rechtbank is van oordeel dat de door eisers ingeroepen schade wat deze post betreft één zuivere morele schade is. Zij houdt geen verband met de schade voortvloeiend uit de schending van de familieplanning en de kosten die eisers niet zouden hebben gehad ware deze planning niet geschonden.

f) Kosten eigen aan de geboorte: 19.364 fr.

Eisers vorderen in deze post de uitgaven die ze hebben gemaakt naar aanleiding van de geboorte en het doopsel van

het kind, nl. aankondiging, «doopsuiker», receptie en maaltijd.

Verweerder stelt dat dit ongemeen schokkend is en dat het normale kosten zijn verbonden aan een geboorte die per definitie aanleiding geeft tot feestvieren. Waar deze kosten betrekking hebben op de uitdrukking van vreugde bij de geboorte van een kind getuigt het van een betreurenswaardige hypocrisie deze kosten als schade te beschouwen.

De rechtbank stelt vast dat verweerder – overigens normaal, aangezien hij in de niet bewezen veronderstelling verkeert dat het kind ongewenst was en het tegendeel komt in casu de rechtbank bewezen voor wat overigens onbelangrijk is aangezien het niet ter zake is – eisers hypocrieten noemt. Zoals gezegd is dit helemaal niet bewezen en niet ter zake. Verweerder stelt zelf dat de kosten normale kosten zijn en de rechtbank oordeelt dat die kosten door eisers mochten worden gemaakt en zij gerechtigd zijn ze als schade aan te merken nu aangenomen wordt dat deze kosten zonder de fout van verweerder niet hoefden te worden gemaakt. Derhalve is voor deze post 19.364 fr. toe te kennen.

g) Verlies op arbeidskansen: 250.000 fr.

Eisers stellen dat tweede eiseres uitkeringsgerechtigde werkloze is, maar aangezien ze samenwonend is, er uiteraard een bijzonder groot verschil is met een beroepsinkomen. Zij stellen dat, gezien de huidige medische moeilijkheden en de gezinsaan groei, de tewerkstelling veel moeilijker zal worden. Voor die verminderde kans wordt ex-aequo et bono 250.000 fr. gevorderd.

Verweerder stelt terecht dat niet bewezen is dat er meer medische moeilijkheden zijn nu dan vóór de geboorte van het bewuste kind. Verder merkt hij op dat het geen verschil maakt of er nu vier dan wel drie kinderen zijn.

De rechtbank is van oordeel dat in casu niet bewezen is dat de geboorte van het vierde kind de arbeidskansen van tweede eiseres ook maar in iets hebben verminderd. Het maakt geen verschil uit of men drie of vier kinderen heeft. Het voornaamste is of zij verkiest de kinderen zelf op te voeden. Immers, hoe dan ook moet zij zowel met drie als met vier kinderen zoeken naar een opvang voor de kinderen. De schade is niet bewezen.

h) Kosten uitbreiding woning: 669.178 fr.

Eisers stellen dat zij door de geboorte van het vierde kind verplicht werden een kamer bij te bouwen en de kostenraming 669.178 fr. bedroeg.

Verweerder betwist de noodzaak en hij stelt dat hoe dan ook de voorgestelde uitbreiding niet in verhouding is met de noodzakelijke bijkomende ruimte voor één kind.

De rechtbank stelt vast dat eisers bij hun dossier facturen voegen voor in totaal 839.563 fr., die betrekking zouden hebben op verbouwingen die ze hebben laten uitvoeren. De rechtbank neemt aan dat er een zekere verbouwing nodig was gelet op de vroegere beschikbare ruimte. Het is echter duidelijk dat dit nooit kon gaan om verbouwingen met een kostprijs van 839.563 fr. Verder verliezen eisers uit het oog dat die verbouwingswerken ook een meerwaarde geven aan hun woning.

In die omstandigheden mag ex aequo et bono 100.000 fr. toegekend worden omdat de kostprijs van de noodzakelijke werken niet tot een meerwaarde leidt gelijk aan de kostprijs.

i) Onderhoudskosten voor het kind: 897.484 fr.

Eisers stellen dat verweerder gehouden is tot de onderhoudskosten van het kind dat tegen de planning in geboren werd

en dit tot de meerderjarigheid. Zij ramen dit op 70.000 fr. per jaar en kapitaliseren à 5%.

Verweerder argumenteert opnieuw dat daardoor het kind gebrandmerkt wordt als «ongewenst» en vraagt de afwijzing van dit deel van de vordering.

De rechtbank stelt vast dat eisers helemaal geen vergoeding vragen voor de inspanningen van de opvoeding van het kind, m.a.w. zij komen hun verplichtingen als ouders na en vragen daarvoor geen vergoeding en kunnen alleen maar hopen dat die inspanningen vergoed zullen worden door de vreugde die zij aan het kind zullen beleven. Zij zullen daarenboven bijkomende materiële kosten moeten maken waar zij geen rekening mee hoefden te houden en dat is een «geoorloofde» schade. Die materiële bijkomende kosten voor opvoeding na verrekening van de voordelen die de maatschappij hen geeft voor de materiële opvoeding mogen op 3.000 fr. worden bepaald. De kapitalisatievoet van 5% is normaal nu de periode 21 jaar is zodat is toe te kennen 36.000 fr. x 12,8212 (niet betwist door verweerder als dusdanig) = 461.563 fr.

Samenvatting van de toe te kennen schade

- medische kosten	8.291 fr.
- verlet voor de behandeling	5.000 fr.
- kosten kleding	8.000 fr.
- medische kosten bevalling	14.500 fr.
- kosten naar aanleiding van geboorte	19.364 fr.
- kosten woning	100.000 fr.
- materiële kosten opvoeding	461.563 fr.
Totaal	616.718 fr.
(...)	

NOOT – Zie elders in dit nummer het artikel van H. Nys, «Het kind en de rekening».

VREDEGERECHT TE MERKSEM

8 JUNI 1988

Rechter : de h. Den Haerynck

Advocaten : mrs. Vermeulen loco Bruneel en Kauwenberghs

Huur – Opzegging door de verhuurder – Opzegging als middel om de huurder te dwingen tot onderhandeling over nieuwe huurvoorwaarden – Inbreuk op de goede trouw

De verhuurder die een huurovereenkomst opzegt uitsluitend met de bedoeling de huurder ertoe te dwingen te onderhandelen over een nieuwe, voor de huurder minder gunstige, huurovereenkomst, handelt in strijd met de verplichting de overeenkomst te goeder trouw uit te voeren.

L. en M. t/ S.

Partijen hebben gevolg gegeven aan ons vonnis van 7 april 1988 waarbij wij ambtshalve de heropening van de debatten bevelen ten einde kennis te krijgen van de bewijskrachtige bescheiden.

Uit de overlegging van deze stukken blijkt dat eiser bij aangetekend schrijven van 15 februari 1988 wordt opgezegd door een vastgoedkantoor handelend in naam en voor rekening van eiser.

Dit schrijven vangt als volgt aan : «... de heer en mevrouw (...) eigenaars van het door U betrokken pand, belasten ons met het beheer van hun onroerend vermogen. Dit heeft tot gevolg dat ... de huurprijs van het appartement tweede verdieping links, ten bedrage van 9.083 frank vanaf 1 maart a.s. dient te worden overgeschreven op onze rekening nr... met de vermelding : dossier L.»

Het schrijven vervolgt :

«Er is echter meer. Rekening houdend met de steeds sneller stijgende levensduurte, onderhoudskosten, de impact van de belastingdruk en dergelijke meer is het noodzakelijk dat de huurvoorwaarden worden aangepast. Hieruit volgt dat dit schrijven moet worden beschouwd als opzegging in regel van het appartement tweede verdieping links dat U in huur hebt en betreft te (...). Deze opzegging gaat in op 1 maart 1988 en eindigt derhalve op 31 augustus 1988 (...)

Indien U evenwel het appartement tweede verdieping links in huur wil blijven houden, dient U ons schriftelijk binnen veertien dagen vanaf heden te bevestigen dat U instemt met de volgende voorwaarden :

- een maandelijks huurprijs van 10.100 frank + kosten voor elektriciteitschakelklok thans bepaald op 55 frank ;
- deze huurprijs neemt een aanvang vanaf 1 september 1988 en zal jaarlijks aangepast worden in verhouding tot de stijging van het indexcijfer ;
- het onderhoud van de gemeenschappelijke delen (...);
- alle andere huurvoorwaarden blijven ongewijzigd.

In geval van akkoord met deze nieuwe huurvoorwaarden zien wij Uw schriftelijk akkoord tegemoet binnen de hierboven aangeduide termijn ; de nieuwe huurovereenkomsten zullen dan worden opgesteld en voorgelegd ter ondertekening...

De aandachtige lezing van deze brief spreekt voor zichzelf : in het geheel van de context is de opzegging slechts een middel om de huurder tot onderhandelingen te verplichten voornamelijk over een huurprijsverhoging, die gekoppeld blijft aan de wettelijke indexstijging, en een andere ondergeschikte last (bijdrage in het onderhoud van de gemeenschappelijke delen).

Het maatschappelijk verkeer leert dat, zodra een vastgoedkantoor het beheer waarneemt, dit beheer niet kosteloos gebeurt ; de kosten van dit beheer wil de reeds economisch sterkere partij uiteraard verhalen op de economisch zwakkere.

Daar de wetgever met de stijging van de levensduurte voor beide partijen, huurder en verhuurder, rekening heeft gehouden en het verhaal hiervoor op de huurder binnen bepaalde perken wil houden, grijpt de beheerder naar het middel van de opzegging (één alinea in heel deze brief volstaat daartoe).

De bedoeling van deze opzegging is duidelijk : de wederpartij tot onderhandelingen dwingen vanuit een aan de verhuurder toekomend recht op opzegging van de overeenkomst.

Een dergelijke handelwijze betekent in het onderhavige geval een flagrante inbreuk op de uitvoering te goeder trouw waarmee elk contract gepaard moet gaan.

Het aspect misbruik van recht is duidelijk ook bij dit gemis aan goede trouw voorhanden.

De verweerder, huurder, weigert niet zijn verbintenissen na te komen en heeft steeds – vanaf de aanvang van de over-

eenkomst op 1 oktober 1981 — alle indexaanpassingen betaald en wil deze blijven betalen.

De opzegging zoals verwoord en bedoeld is derhalve in de allereerste plaats strijdig met de goede trouw; het gaat niet zozeer om de normale beëindiging van de overeenkomst doch om het afdwingen van voorwaarden, door de economisch sterkere eenzijdig opgelegd, voor een nieuwe overeenkomst.

Goede trouw bij de uitvoering veronderstelt een geest van loyaliteit en samenwerking tussen de contractpartijen; zij mogen erop vertrouwen dat de medecontractant bij de totstandkoming en de uitvoering van de overeenkomst mede oog heeft voor hun belangen en meer bepaald dat de medecontractant de nodige zorgvuldigheid aan de dag legt in het streven om hun contractdoel te verwezenlijken (*T.P.R.*, overzicht rechtspraak, 1983, nr. 101 e.v.).

Vervolgens is van een snellere stijging van levensduurte dan voorbij jaren, geen sprake, wel integendeel.

Eiser bewijst evenmin dat de onderhoudskosten, de belastingdruk abnormaal is gestegen. De bewoordingen «dergelijke meer» wijzen ons inziens op de kosten van het beheer zelve welke de huurprijs met $\pm 15\%$ drukken.

Een opzegging geven uitsluitend met het oog op het verwezenlijken van deze oogmerken — is strijdig met de goede trouw en mag derhalve geen gevolg hebben als in strijd zijnde met de billijkheid, de redelijkheid en het fatsoen.

NOOT — Zie in *andere* zin: Vred. Deurne, 26 september 1986, *R.W.*, 1987-88, 1343.

MEDEDELINGEN

Workshop Law and Economics te Maastricht

De Workshop law and economics vindt plaats aan de Rijksuniversiteit Limburg te Maastricht van 20 tot 22 april 1989. Het programma start op 20 april 1989 om 16u00 met een colloquium "Expected damage and due care" door de heer Frank Stephen (University of Strathclyde). De workshop zelf vindt plaats in de Collegezaal van de Nieuwenhof en begint op vrijdag 21 april 1989 om 9u00. Er worden o.a. lezingen verzorgd door prof. B. Bouckaert (Rijksuniversiteit Gent), dr. K. Wehrt en prof. M. Adams (Universität Hamburg), de heer N.J.H. Huls (Ministerie van Economische Zaken), mr. M. Faure (Rijksuniversiteit Leiden), dr. F. Van Dun en de prof. J. Elders en H. Crombag (Rijksuniversiteit Limburg).

Tentoonstelling het Franse Boek - Economie - Recht - Sociologie

De tentoonstelling wordt op vrijdag 21 april 1989 om 20u00 geopend in de U.F.S.I.A.-bibliotheek, Prinsstraat 9, 2000 Antwerpen. Zij is toegankelijk van zaterdag 22 april tot en met zaterdag 27 mei 1989.

Practische ontwikkelingen in het Belgisch Arbitragerecht - B.B.L. Leerstoel 1988-1989 (I.N.I.A.)

Op 21 april 1989 wordt in Het Pand, Onderbergen 1, 9000 Gent, hierover een studiedag gehouden met het volgende programma:
9u00 Verwelkoming door prof. dr. M. Storme
9u30 Inleiding en belang van arbitrage door mr. L. Matray (oud-stafhouder te Luik, ondervoorzitter Cepina)
10u30 De arbitrageprocedure door prof. H. Van Houtte (K.U.Leuven)

11u30 Vragenronde

12u00 Lunch

14u00 De vernietiging en de uitvoering van de arbitrale beslissing door mr. Ph. Leroy (Gent)

15u00 De internationale arbitrage gevoerd in België door dr. F. De Ly (Rijksuniversiteit Utrecht)

16u00 Vragenronde

16u45 Syntheserapport en slotwoord door prof. dr. M. Storme

17u15 Receptie aangeboden door de Bank Brussel Lambert, Kouter, Gent

TIJDSCHRIFTEN

Revue de droit pénal et de criminologie, 1988

nr. 1

Screvens, R., Le crime organisé à caractère international: problèmes de preuve; Dejemeppe, B., Us et coutume en matière pénale; Selcuk, S., Exécution de la peine de mort et des peines privatives de liberté en Turquie; Janssens, V., Conseil de l'Europe. Dix-septième conférence de Recherches Criminologiques. Strasbourg 24-27 novembre 1986

nr. 2

Delmas-Marty, M., Système d'administration de la justice et prévention; Morlet, P., Des recours contre les ordonnances du juge d'instruction.

nr. 3

Demanet, G., Du rôle de la chambre du conseil et de la chambre des mises en accusations en cas d'extradition demandée à la Belgique; Verhaegen, J., L'élément fautif en matière de contraventions aux règlements; Steffens, G., Examen de quelques problèmes actuels de droit pénal fiscal.

Revue du notariat belge, 1988

nr. 2779

Meulders, L., Les difficultés rencontrées lors de l'acquisition d'un immeuble par un époux en instance de divorce (ou de séparation de corps); Haumont, F., Le délai de l'action en indemnisation des moins-values d'urbanisme (noot onder Brussel, 11 februari 1987); J. Em., noot onder Cass., 15 oktober 1987 (Echtscheiding door onderlinge toestemming, voorafgaande overeenkomsten, bindende kracht van de overeenkomst, billijkheid); De Busschere, C., Article 915bis, § 3, Code Civil. Formulation de la privation de la réserve du conjoint survivant (noot onder Rb. Namen, 23 december 1986).

nr. 2780

Lejeune, Ch., Sevens, L., Devos, M., Commentaire des nouvelles dispositions législatives en matière d'adoption. Lois des 26 janvier 1987, 27 avril 1987 et 20 mei 1987.

nr. 2781

Hansenne, J., Droit civil et contre-droit civil. Le cas des servitudes de passage acquises par le fait du public; De Poulpique de Brescanvel, T., Le trust «inter vivos» dans le droit fiscal français; De Valkeneer, R., noot onder Luik, 30 juni 1987 (I. Internationaal privaatrecht, huwelijksvermogensstelsel, toepasselijke wet; II Huwelijksvermogensstelsel, wijziging, weigering van homologatie, rechten van derden).

Revue Générale des Assurances et des Responsabilités, 1988

nr. 1

Delfosse, M.-L., L'expérimentation médicale sur l'être humain en droit belge.

nr. 2

Deschamps, B., Claims-made: l'alternative?

nr. 3

Dubuisson, B., A propos de la nature et du régime juridique de l'action récursoire de l'assureur R.C. auto; France, P., noot onder Brussel, 31 mei 1985 (Committent, band van ondergeschiktheid).