

KUNST, VOLGENS DE REGELS VAN HET RECHT

*Rede uitgesproken door mr. Patricia CEYSENS
op de openingsconferentie van de Jonge Balie te
Leuven op 5 oktober 1990*

INLEIDING

1. Algemene Beschouwingen

1.1. Het leek mij een originele gedachte om de redevoering van deze openingsconferentie te wijden aan de samenhang tussen kunst en recht. Een onderwerp, uiterst geschikt voor plechtige bijeenkomsten, zoals die van vandaag. Kunst geeft immers aan alles een feestelijk tintje en inspireert dit unieke kader van het Leuvense Stadhuis niet iedereen om over kunst en cultuur te gaan praten?

Eerlijkheidshalve dient gezegd dat het maken van een vergelijking tussen recht en kunst misschien wel een geschikt, maar zeker geen origineel thema is. Zo is het dat mr. Golstein reeds ter gelegenheid van de plechtige openingsconferentie van 17 november 1928 van de Franstalige Jonge Balie te Brussel, het recht aan de kunst koppelde, onder de titel: «Justice, Amie des Arts»¹.

Sta me toe om bij de aanvang van deze redevoering, de beginwoorden van mr. Golstein te citeren: «Magistrats et avocats ont toujours été les amis des belles lettres et beaux-arts.»

Om zijn woorden kracht bij te zetten gaf de jonge advocaat een voor die tijd pikante illustratie ten goede, die moest bewijzen dat magistraten sedert de Griekse oudheid een uitgesproken interesse hebben getoond voor kunst en schoonheid:

Op een zeker ogenblik dienden zij een jonge vrouw te beoordelen, beschuldigd van wat toen als een vergrijp tegen de godsdienst werd beschouwd. Haar raadsman deed al het mogelijke om een vrijspraak te krijgen, maar de houding van de rechters was niet echt bemoedigend. Plots vond onze confrater een overtuigend argument. Onmiddellijk en zonder enige deliberatie wees de rechtbank het volgende vonnis:

«Overwegende dat de beklaagde ervan werd beschuldigd de mysteriën van Eleusis te hebben geschonden;

Overwegende dat de beklaagde echter niet schuldig kan zijn;

Dat zij aan de rechtbank immers heeft bewezen dat zij de mooiste schouders en hals bezit van heel Griekenland en omstreken;

Dat zij die een dergelijke verblindende schoonheid uitstraalt, in de onmogelijkheid verkeert om een vergrijp tegen de godsdienst te plegen;

Dat daarenboven diegene die Praxiteles heeft geïnspireerd tot het creëren van de onsterfelijke Aphrodite, geen schuldige voornemens kan koesteren;

Overwegende ten slotte dat de beklaagde in elk geval aan de rechtbank en haar rechters een visie over kunst heeft gegeven, die niet meer uit hun geheugen te vegen is;

Dat zij hen immers de cultus van de schoonheid en de kunst heeft bijgebracht;

Om die redenen stelt de rechtbank de beklaagde Phryne, dochter van Epicles, buiten vervolging, zonder kosten.»

Na U erover te hebben ingelicht dat er rond het door mij gekozen thema reeds vroeger een redevoering, voor een overigens identieke gelegenheid, werd gehouden, zou U kunnen denken dat het een koud kunstje is dat hier deze middag wordt opgevoerd, waarvan het scenario terug te vinden is in de *Journal des Tribunaux* van 25 november 1928. Daar vindt U immers de integrale redevoering van mr. Golstein, het woord van de voorzitter van de jonge balie, alsook de repliek van de toenmalige stafhouder.

Niets is echter minder waar, want ook al is er iets van mijn titel terug te vinden bij mr. Golstein, de inhoud ervan verschilt in menig opzicht.

1.2. Niettemin zou men zich kunnen afvragen of het dan toeval is dat juristen zich bezighouden met de samenhang tussen recht en kunst².

Bestaat die samenhang overigens wel?

Professor Storme beantwoordde die vraag alvast bevestigend. Hij benadrukte zelfs dat er tussen recht en kunst een bijzonder intieme samenhang bestaat, waarbij het zonder meer duidelijk is dat recht en kunst op elkaar inwerken, hetzij doordat de kunst het recht ondersteunt of daartoe een nieuwe stimulans kan bieden, hetzij doordat het recht op de kunst kan inwerken door de nodige ruimte ter ondersteuning en bescherming van kunstenaar en kunst te scheppen.

Zo zijn dwingende regels in wezen een bron van vrijheid en schoonheid. Wanneer de dwang van de materie verdwijnt, zal het resultaat onverschillig wat worden. De beeldhouwer moet de beperkingen van de eik of de steen respecteren om daarvan een kunstwerk te maken, de kunstschilder die in zijn creativiteit niet meer begrensd wordt door het doek, is in zekere mate verloren³.

Professor Van Gerven benaderde de vergelijking tussen het beschrijven en bedrijven van recht en het maken van een

² Zie hierover PITLO, A., *Figuratief en Non-Figuratief, legisme en vrije rechtswinding*, Pitlo en de Muzen, bundel opstellen van de hand van prof. mr. A. Pitlo, jurist en kunstminnaar, hem aangeboden ter gelegenheid van zijn tachtigste verjaardag, Gouda Quint, Arnhem, 1989, p. 12; KEVELSON, R., *The Law as a System of Signs*, Plenum Press, New York/Londen, 1988, p. 37; «... indicate how different styles of art and nonverbal structure reinforce and correlate with a particular style of law».

³ STORME, M., «Recht en kunst. Een vanzelfsprekende samenhang», Nieuwjaarsboodschap van de voorzitter van de Vlaamse Juristenvereniging, *Vlaams Jurist Vandaag*, nr. 4, 1989, p. 15.

¹ GOLSTEIN, R., «Justice, amie des arts», *J.T.*, 25 november 1928, p. 597.

schilderij, als volgt: «Door het gebruik van het juiste woord, wordt de precieze inhoud duidelijk en wordt de juiste oplossing gevonden. De zin voor het juiste evenwicht is de jurist daarom even welgevallig als de schilder.»

Daarnaast heeft het recht volgens hem ook veel te maken met «kunde»; het onder de knie hebben van rechtstechnieken is voor de jurist even belangrijk als het kunnen omgaan met penseel en olieverf voor de schilder⁴.

Heel wat rechtsgeleerden zijn het er dan ook over eens dat recht een kunstuitdrukking is; andere wijzen dan weer op het verband dat bestaat tussen de rechtspleging en het theater. Zij zijn de mening toegedaan dat het westerse strafproces de vorm heeft van een dramatische handeling met regisseurs, acteurs en publiek.

De oudste opvoering in deze zin is terug te vinden in de Eumeniden van Aeschylus uit 456 voor Chr., namelijk in het fragment waar Orestes wordt vervolgd wegens moedermoord. Er ontbreekt niets aan. Voorzitter, openbare aanklager, beklaagde, verdediger, getuigen en in dit geval zelfs een jury — allen zijn ze aanwezig op het toneel. Eén zinsnede uit dit geschrift volstaat om aan te tonen dat de vormgeving van de rechtspleging in de kern dezelfde is gebleven. Zo spreekt Athene in de verzen 544 e.v. de volgende legendarische woorden uit: «Terwijl dit Hof voltallig plaats neemt, draagt stilte ertoe bij dat heel de stad verneemt welk tribunaal ik instel voor altijd, en hoe 't geding van dezen wordt berecht naar eerlijkheid.»

Dan richt zij zich tot het koor en gaat verder: «Gij hebt het woord. Ik open het geding. De eiser spreekt het eerst; van het begin moet hij nauwkeurig ons de zaak verklaren.»

Theater is dus rechtspleging. Of kan men het beter omkeren: elke goede rechtspleging is theater⁵.

2. Definitie van Kunst

Een definitie van kunst mag bij het begin van deze redevoering niet ontbreken.

Pablo Picasso moet ooit gezegd hebben: «Als ik zou weten wat kunst is, zou ik dat voor mezelf houden⁶.»

Deze uitspraak toont natuurlijk aan dat Picasso nogal egoïstisch ingesteld was, maar zij betekent vooral dat een definitie van kunst geven onmogelijk is⁷.

Op dit vlak wordt de mening van Picasso door vele rechtsgeleerden gedeeld. Zij stellen immers dat een algemeen geldende of iedereen overtuigende begripsomschrijving van het femoneen kunst niet langer aanwezig is in onze beschaving⁸.

Hoe zou trouwens de kunstopvatting, die gebonden is aan de cultuur en die samen met de cultuur evolueert, voorwerp kunnen zijn van zo'n juridische definitie⁹?

Niettemin slagen niet-juristen er soms wel in om een interessante omschrijving uit te werken van wat kunst is.

Zoals de hier volgende, ontleend aan professor Claes: «Kunst is geen excentrisch of gesofisticeerd gebeuren dat zuiver tot esthetische bevrediging van sommigen zou bedreven worden. Kunstwerken zijn niet alleen mooie dingen. Kunst heeft een grote tekenwaarde en het kunstwerk is teken bij uitstek voor de wijze waarop mens en materie met elkaar omgaan¹⁰.»

De mening dat kunstwerken niet alleen mooie dingen zijn wordt echter niet door iedereen gedeeld. Een aantal cultuurwetenschappers zijn het er immers over eens dat, hoewel men geen definitie kan geven van kunst, het doel van de kunst een vaststaand gegeven is: nl. de schoonheid¹¹. Dit begrip vastleggen in een definitie geeft opnieuw aanleiding tot eindeloze discussies. Hoewel de *coloris* et de *gustibus*...

3. Kan het recht van toepassing zijn op de kunst?

Na te hebben vastgesteld hoe men het begrip kunst het best zou kunnen omschrijven, dient men zich in een betoog met als titel «Kunst, volgens de regels van het recht», toch nog de vraag te stellen of het recht van toepassing kan zijn op de kunst.

Is dat geen fundamentele tegenstrijdigheid? Heeft men in de romantische literatuur niet met hand en tand beweerd dat de kunstenaar en zijn kunst meester noch wet kennen?

Deze stelling aanvaarden zou mijn redevoering zonder voorwerp laten — tot daartoe —, maar het zou betekenen dat kunst enkel en alleen betrekking heeft op kunstenaars. Hierbij zouden dan degenen die de kunstenaars omringen, de handelaars in kunstvoorwerpen en de kunstliefhebbers, volkomen genegeerd worden.

Daarenboven mag men toch niet uit het oog verliezen dat het de kunstenaars zelf zijn, die bij het begin van de Franse Revolutie hebben gevraagd naar een bijzondere vorm van bescherming tegen diegenen die van hun werk leefden, zoals uitgevers en theaterbazen¹².

Het is dus ongeveer tweehonderd jaar geleden dat het recht de kunst werkelijk heeft ontdekt. Een beetje zoals Kristoffel Columbus drie eeuwen daarvoor met Amerika had gedaan, waaronder een geheel nieuwe relatie ontstond tussen het continent en het veroverde land.

In de relatie tussen recht en kunst betekent ontdekken eveneens veroveren, ontginnen. Door zijn controlefunctie

⁴ VAN GERVEN, W., *Met recht en rede*, Lannoo, Tielt, 1987, p. 28.

⁵ STRAAT, E., «Een proces», in *Plus est en vous. Opstellen over recht en cultuur aangeboden aan prof. mr. A. Pitlo ter gelegenheid van zijn 25-jarig hoogleraarschap*, D. Tjeenk Willink en Zoon, Haarlem, 1970, p. 497.

⁶ VAN DEN BERGH, R., «Kunstwerk en kunstenaar in het economisch recht», in *Kunst en recht*, red. RIMANQUE, K., Kluwer, Antwerpen, 1985, p. 167.

⁷ Voor ons overzicht van de diverse kunstsectoren zie DILLEMANS, R., en DE SCHRYVER, R., *Wegwijs cultuur*, Davidsfonds, Leuven, 1986, p. 243; ALBRECHT, O., «Kunst en beleid», *Kunstenaarszakboekje*, editie 1990-1991, Kluwer, Antwerpen, p. 45.

⁸ RIMANQUE, K., «Inleiding», in *Kunst en recht, o.c.*

⁹ VAN DEN BERGH, R., «Kunstwerk en kunstenaar in het economisch recht», in *Kunst en recht, o.c.*, p. 168.

¹⁰ CLAES, J., «Waarom geeft de beeldende kunst vandaag gestalte», in *Cultuur: de uitdaging*, red. DILLEMANS, R., Davidsfonds, Leuven, 1986, p. 72; MOULIN, R., «Remarques sur la définition sociologique de l'oeuvre d'art», in *Le Marché Commun et le marché d'art*, red. VANDEN ABEELE, M., Editions de l'Université de Bruxelles, Brussel, 1982, p. 31.

¹¹ HUYGHE, R., *L'art et l'homme*, Larousse, Parijs, 1961, p. 18.

¹² CHATELAIN, J., «La notion d'oeuvre d'art originale. L'oeuvre d'art vue par le juriste», in *Le Marché Commun et le marché d'art, o.c.*, p. 19.

uit te breiden tot de kunstwerken heeft het recht een geheel nieuw domein van relaties op touw gezet.

Zo is het het recht dat het kunstwerk heeft gevormd tot kunstvoorwerp¹³, dat wil zeggen tot voorwerp van het recht. Maar een voorwerp dat een geheel eigen behandeling heeft gekregen, die verschilt van alle andere onderwerpen van het recht juist omdat er een bepaalde artistieke scheping mee gemoeid is¹⁴.

Deze behandeling van de kunst in het recht wordt het onderwerp van het eerste deel van dit betoog, waarin op zoek wordt gegaan naar regels die specifiek voor de kunst zijn uitgewerkt in de traditionele juridische categorieën. Men zou het het grootste gemene veelvoud van recht en kunst kunnen noemen.

Vervolgens wordt in het tweede deel aandacht besteed aan de kleinste gemene deler van recht en kunst, namelijk creatie en communicatie.

I. HET GROOTSTE GEMENE VEELVOUD VAN RECHT EN KUNST

In dit eerste deel volgen we dus het spoor van de kunst in de diverse juridische categorieën. Uit tijdsgebrek zullen het sociaal recht¹⁵, het fiscaal recht¹⁶ en het vennootschapsrecht¹⁷ buiten beschouwing worden gelaten. Niet omdat zij minder interessant zouden zijn, maar wel omdat zij erg technisch zijn en zich eigenlijk heel specifiek richten tot de positie van een bepaalde kunstenaar en niet zozeer tot de kunstenaar en de kunst in het algemeen.

¹³ SUTENS, L.P. en VAN ORSHOVEN, P., *Nijverheidsrecht. Kort begrip van de intellectuele eigendom*, Acco, Leuven, 1989, p. 42: «In de Nederlandse tijd kwam de wet van 25 januari 1817 tot stand, omtrent het verlenen van uitsluitende rechten op uitvindingen en verbeteringen van voorwerpen van kunst en volksvlijt»; «De kunst van het beleggen in (schilder-)kunst», in *Kredietbank Weekberichten*, nr. 10, 25 mei 1990, p. 1: «Kunstvoorwerpen zijn roerende goederen waarvan de kunstwaarde algemeen wordt erkend»; in dit artikel wordt verder onderscheid gemaakt tussen de antiekmarkt en de kunstmarkt.

¹⁴ RIGAUX, F., «Le droit à la découverte de l'art. Reflexions de clôture», *Annales de Droit de Louvain*, 1988, 471.

¹⁵ Zie hierover PERSYN, C., «De sociale zekerheid», in *Kunst en recht*, o.c., p. 247; NAYER, A., en CAPIAU, S., *Le droit social et fiscal des artistes. Création et communication*, Pierre Mardaga, Brussel, 1987, pp. 13-322; VAN ISACKER, F., «Sociale implicaties», in *Kritische synthese van het Belgische auteursrecht*, Kluwer, Antwerpen, 1985, pp. 147-156.

¹⁶ Zie hierover WAUTERS, P.J., «Fiscale positie van de kunstenaar», in *Kunstenaarszakboekje*, o.c., p. 269; MOEYERSON, M., «Fiscaal recht. De personenbelasting», *Gids Kluituur in Vlaanderen, Juridisch-maatschappelijke context*, afl. 4, 1990, p. 1; CLAEYS BOUAERT, I., en GYSENS, S., «Kunst en belastingen», in *Kunst en recht*, o.c., p. 203; NAYER, A., en CAPIAU, S., *Le droit social et fiscal des artistes*, o.c., p. 323-481; VAN ISACKER, F., «Fiscale implicaties», in *Kritische synthese van het Belgische auteursrecht*, o.c., pp. 141-146; GOELEN, E., *De fiscus en het cultureel erfgoed*, Ministerie van de Vlaamse Gemeenschap, Bestuur voor Monumenten en Landschappen, Brussel, 1987; CLAEYS BOUAERT, I., «La fiscalité des oeuvres d'art», in *Le Marché Commun et la marché d'art*, o.c., p. 65.

¹⁷ BALLON, G.L., «De juridisch georganiseerde kunstzinnige activiteit: vennootschap of vereniging van kunstenaars», in *Kunstenaarszakboekje*, o.c., p. 401.

1. Kunst en het publiek recht

Met welke tak zou dit overzicht beter kunnen worden begonnen dan met het publiek recht, dat enerzijds het grondwettelijk recht en de principiële vrijheid van de kunstenaar en anderzijds de vraag naar de taak van de staat bij de bescherming van het culturele patrimonium omvat.

1.1. De vrijheid van de kunst als grondrecht

Eerst aan bod zijn enkele bedenkingen over de vrijheid van kunst als grondrecht¹⁸. Het is in ons land een haast onaantastbaar beginsel dat kunstenaars vrij zijn. Vrij in de keuze van hun thema's, vrij in de vormgeving van hun werk.

Dit beginsel mag in onze maatschappij verankerd zijn, de juridische vastlegging ervan is minder stevig dan men zou vermoeden: van de vrijheid van de kunst wordt in onze grondwet geen uitdrukkelijk gewag gemaakt. Die moet als het ware gedistilleerd worden uit een aantal bepalingen die er zijdelings mee te maken hebben¹⁹.

Zo werd met de vrijheid van de drukpers en de vrijheid van vergadering, de vrijheid van sommige middelen van de artistieke expressie gewaarborgd. De echte kunstvrijheid is hoofdzakelijk te beschouwen als een onderdeel van de vrijheid van meningsuiting.

In recente jaren zijn enkele internationaalrechtelijke teksten onze grondrechten komen versterken.

Maar evenmin als de Belgische Grondwet waarborgt het E.V.R.M. uitdrukkelijk de vrijheid van de artistieke bedrijvigheid.

Het Internationaal Verdrag inzake Burgerlijke en Politieke Rechten²⁰ en het Internationaal Verdrag inzake Sociale, Economische en Culturele Rechten²¹ vermelden daarentegen wel de artistieke expressie als onderdeel van de vrijheid van meningsuiting.

Dit alles in overweging nemend moeten we besluiten dat de kunstenaar, die in wetteksten een sterke garantie zou zoeken voor zijn vrijheid, niet direct zijn gading zal vinden.

Misschien moet hij vrede nemen met de gedachte dat die vrijheid zo vanzelfsprekend wordt geacht dat men het niet nodig heeft gevonden ze heel omstandig vast te leggen. Een magere troost, niet?

1.2. Steun aan de artistieke activiteit

Niet alleen de vastlegging van de kunstvrijheid in een wettekst is als zwak te bestempelen, over de steun van de overheid aan de artistieke activiteit kan hetzelfde worden gezegd²².

¹⁸ RIMANQUE, K., en REYNTJES, F., «Kunst en de vrijheid van expressie en haar beperkingen», in *Kunst en recht*, o.c., p. 1.

¹⁹ BOUTMANS, E., «Grondrechten en vrijheden van de kunstenaar. De principiële vrijheid van de kunstenaar», in *Kunstenaarszakboekje*, o.c., p. 3.

²⁰ Goedgekeurd door de wet van 15 mei 1981, B.S., 6 juli 1983; zie eveneens art. 27, lid 2, van de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens van 10 december 1948.

²¹ Idem; over die verdragen zie BOSSUYT, M., «België partij bij de UNO-Pacten inzake mensenrechten», *R.W.*, 1983-84, 781 e.v.

²² VAN DER SPEETEN, G., «Het grote verdriet van de kunstsector», *Gazet van Antwerpen*, 12 december 1990.

Natuurlijk kan men zich de vraag stellen waarom de overheid de kunst überhaupt moet subsidiëren? «Muziek is een geluid dat veel geld kost», is een beroemde uitspraak van Koning Leopold II ²³.

Ze is de dag van vandaag misschien nog juister dan toen Koning Leopold II ze deed. De uitvoering van de Negende Symfonie van Beethoven eist nog altijd evenveel musici als bij haar creatie. Maar dit geldt niet alleen voor de concertmuziek. Alle podiumkunsten kampen met het probleem dat er gedurende de laatste eeuwen geen produktiviteitsstijging is ingetreden. Het vraagt nu nog altijd evenveel acteurs en evenveel tijd om een stuk van Shakespeare op te voeren als 300 jaar geleden.

Daarentegen nemen we praktisch overal elders in de maatschappij gigantische produktiviteitsverbeteringen waar, die grote reële loonstijgingen mogelijk hebben gemaakt.

Dit stelt de podiumkunsten voor een dilemma: ofwel hebben de kunstenaars ook deel aan die loonstijgingen, maar dan lopen de kosten uit de hand en de toeschouwers blijven weg; ofwel worden de lonen in de podiumkunsten niet verhoogd, maar dan moeten de kunstenaars vrede nemen met een loonsniveau uit Shakespeares tijd.

In beide gevallen geraken de podiumkunsten in de verdrukking. Moet de overheid dan niet optreden om deze sector te redden? Zo gesteld zou men natuurlijk geneigd zijn om de vraag positief te beantwoorden. Niettemin dient deze vraag enigszins gerelativeerd te worden door te verwijzen naar andere dienstverleners, zoals bijvoorbeeld de haarkappers, die eveneens te maken hebben met een probleem van trage produktiviteitsstijging en er toch in slagen om een bloeiend bestaan te kennen (mijn haarkapper in ieder geval) ²⁴.

Een eerste conclusie is dan ook dat het produktiviteitsprobleem geen voldoende argument kan zijn om de podiumkunsten te subsidiëren.

Een ander argument heeft te maken met kunst als collectief goed. U ziet: ook het zakenrecht laat de kunst niet ongemoeid. Collectieve goederen hebben de eigenschap dat ze iedereen ten goede komen, zodra ze er zijn. Welnu, in de kunst- en cultuurwereld zijn er heel wat van die collectieve goederen. Zo is dit prachtig stadhuis een deel van het kunstpatrimonium en een collectief goed. De overheid dient het behoud hiervan veilig te stellen ²⁵.

Kunnen we echter alle kunstprodukten op dezelfde wijze als collectieve goederen beschouwen? Laten we opnieuw de podiumkunsten nemen. Is hier sprake van een collectief goed? In zekere zin wel. In deze kunstvormen wordt geëxperimenteerd met nieuwe expressievormen, die, indien succesrijk, wellicht ingang zullen vinden bij de gehele gemeenschap en zo ten goede komen aan de collectiviteit. Een, zij het gedeeltelijke, subsidiëring is dan ook verantwoord.

2. Kunst en strafrecht

Na het publiek recht is een tweede juridische categorie waar de kunst een bijzondere behandeling heeft afgedwongen, het strafrecht. Bij het nazien hiervan vindt men twee soorten bepalingen die betrekking hebben op kunst: de strafrechtelijke beperkingen van de vrijheid van expressie, en de strafrechtelijke beschermingsregels van het rechtsgoed kunst.

2.1. Strafrechtelijke beperkingen van de vrijheid van expressie en dus van de kunstvrijheid

2.1.1. *Algemeen.* Laten we beginnen met de strafrechtelijke beperkingen van de vrijheid van meningsuiting. Hierboven werd reeds gewezen op deze grondwettelijke mogelijkheid en de wetgever heeft er in het strafrecht ruimschoots gebruik van gemaakt ²⁶.

Zo zijn er beperkingen die o.m. voortvloeien uit de bescherming van de rechten van andere private personen, uit het verbod om tot misdrijven of tot rassenhaat aan te zetten in de kunst of uit het verbod van mishandeling van dieren voor de opvoering van een toneelstuk ²⁷.

De meeste kunstenaars zullen echter, indien zij zondigen tegen de strafwet, zondigen tegen de beperking opgelegd door de goede zeden. Strijdig hiermee is volgens het Hof van Cassatie, alles wat indruist tegen het collectief zedelijkheidsbewustzijn van het ogenblik.

Hoewel vervolgingen op deze basis tegen schrijvers en schilders heden ten dage nog vrij zelden voorkomen – al gebeurt het ook nu nog, denk maar aan de veroordeling van Hugo Claus in 1969 door het Hof van Beroep te Gent, tot een voorwaardelijke gevangenisstraf van vier maanden voor zijn toneelstuk *Mariken van Nieumeghen*, dat obscene werd geacht ²⁸ – waren deze zeer frequent in de vorige eeuw ²⁹.

Bijna alle vervolgingen waren toen gericht tegen auteurs van meesterwerken die thans voor literaire klassiekers doorgaan: *Les liaisons dangereuses* van de La Clos, *Les Fleurs du Mal* van Baudelaire of *Madame Bovary* van Flaubert. Deze schrijvers dienden zich allen te verantwoorden voor een strafrechter en werden bijna alle veroordeeld tot effectieve gevangenisstraffen. Niettemin slaagden enkele auteurs erin om aan hun woede tegen deze gerechtelijke vervolgingen op een uiterst spirituele uiting te geven. Flaubert nam de integrale tekst van het vonnis waarin hij werd veroordeeld aan het einde van zijn roman op, en Richepin, die een gevangenisstraf onderging voor zijn *Chanson des gueux*, plaatste midden in zijn gedicht de volgende tekst: «Ici deux gueux s'aimaient jusqu'à la pamoison, et cela m'a valu trente jours de prison.» Hij voegde hier nog aan toe: «J'en suis pas fâché pour la magistrature; mais quand elle s'ingère de parler d'outrage aux bonnes mœurs à propos de nos chansons, elle

²³ JONGEN, F., «L'aide à l'activité artistique: interventions des pouvoirs publics et stimulation du soutien privé», *Annales de droit de Louvain*, 1988, 443.

²⁴ DE GRAUWE, P., «Een economische kijk op de kunst», *Onze Alma Mater*, 1988, nr. 4, p. 241.

²⁵ *Ibidem*, p. 242; HAUMONT, F., «La protection du patrimoine culturel mobilier», *Annales de Droit de Louvain*, 1988, 353.

²⁶ RIMANQUE, K., en REYNTJES, F., «Kunst en de vrijheid van expressie en haar beperkingen», in *Kunst en recht, o.c.*, p. 8.

²⁷ BOUTMANS, E., «De kunstenaar achter tralies? Strafrechtelijke beperkingen van de vrijheid van expressie», in *Kunstenaarszakboekje, o.c.*, p. 8.

²⁸ Het Hof van Cassatie achtte dit een wettelijk verdedigbare beslissing: Cass., 23 februari 1970, *A.C.*, 1970, 593.

²⁹ EEKHOUT, J., «L'art devant le droit pénal», *J.T.*, 1951, 82.

est aussi déraisonnable, aussi grotesque, que si elle voulait mettre une pair de culottes à l'Apollon de Belvédère.»

Sommige schrijvers dienden zelfs voor het hof van assisen te verschijnen. Zo de Franse schrijver Deprez, die in 1884 te Parijs werd vervolgd voor zijn ietwat ruwe roman *Au tour d'un clocher*, het verhaal van pastoor Chapdelaine en zijn verboden liefde voor juffrouw Irma. De dag van de pleidooien nam Deprez nog voor zijn raadsman het woord en drukte zijn woede als volgt uit: «Vous jurés, vous êtes charcutiers, menuisiers, commerçants, vous avez un tribunal, le Tribunal de Commerce. Je n'ai pas la prétention de vouloir y siéger. Ne venez pas juger les artistes. Un seul jury pourrait se prononcer sur mon livre, un jury composé des maîtres de la littérature contemporaine³⁰.»

Het is natuurlijk overbodig hieraan toe te voegen dat de juryleden deze uitval tegen hen allerm minst apprecieerden en hem dan ook veroordeelden tot een effectieve gevangenisstraf van een maand en een geldboete van 1000 frank.

2.1.2. *De exceptio artis.*

1) Maar Deprez's verweer was zeker niet banaal. Het deed de vraag rijzen of de artistieke expressie geen bijzonder statuut behoeft, een bescherming tegen de strafbaarstelling van kunst op basis van de schending van de goede zeden³¹.

2) De Belgische rechtsleer heeft bij herhaling met het oog op een maximale kunstvrijheid de erkenning van de «exceptio artis» bepleit als strafuitsluitingsgrond, waardoor kunst in tegenstelling tot andere vormen van expressie een strafrechtelijke immuniteit zou kunnen genieten³².

3) In de Belgische rechtspraak daarentegen zijn verschillende zienswijzen ontwikkeld, gaande van het in acht nemen van de artistieke kwaliteit als een verzwarende omstandigheid, over het standpunt dat wat obsceen is per definitie geen kunst is, tot het hanteren van het vermoeden juris tantum dat een kunstwerk niet strijdig is met de goede zeden³³.

Als regel formuleerde het Hof van Cassatie in een arrest van 1931 dat het niet absoluut verboden is kunstwerken te reproduceren, die op zich genomen de eerbaarheid schokken. Men dient ter beoordeling ervan rekening te houden met de bedoelingen van de auteur, de aard van de publikatie en het publiek tot hetwelk ze gericht zijn³⁴.

4) Ter afronding van dit stuk over de strafrechtelijke vervolgingen tegen kunstenaars dient nog opgemerkt te worden dat het O.M. sedert de eeuwwisseling steeds vaker geoordeeld heeft dat het om opportuniteitsredenen beter was een kunstenaar niet te vervolgen wegens schending van de goede

zeden. De weerklink die een proces aan een kunstwerk geeft is enorm. Baron Meyers, procureur-generaal bij het Hof van Beroep te Luik vatte deze gedachte ooit kernachtig samen: «Iedereen zal het vervolgde werk analyseren tot in zijn meest perverse delen. De ene om het te veroordelen, de ander om het te verdedigen. Resultaat? Men doet hierdoor meer kwaad, dan dat men het onopgemerkt had laten voorbijgaan³⁵.

Ook Flaubert was zich bewust van de publiciteit die zijn veroordeling met zich bracht. Hij schreef hierover aan zijn broer: «Dans tout cela, La Bovary continue son succès. Tout le monde l'a lue, la lit ou veut la lire. Que je sois condamné ou non; mon trou maintenant est fait³⁶.»

Wat in de vorige eeuw gold is ook nu nog van tel, denk maar aan de *Duivelse verzen* van Salman Rushdie.

2.2. *Strafrechtelijke bescherming van het rechtsgoed kunst*

Naast de zojuist genoemde beperkingen van de kunstvrijheid, vinden we in het strafrecht ook bepalingen ter bescherming van het rechtsgoed kunst³⁷. Hier gaat onze interesse uit naar criminaliteit, waarbij een kunstwerk dienstig is als voorwerp.

Volgens B. De Schutter, auteur van een desbetreffend rapport voor de Raad van Europa, is de criminaliteit tegen het kunstpatrimonium gedurende het laatste decennium uitgegroeid tot een van de vijf topcriminaliteitsdomeinen op wereldniveau. Deze criminaliteit heeft dus een plaats verworven naast de handel in verdovende middelen en de financiële fraude³⁸.

Ons huidig strafwetboek bevat geen algemene regels i.v.m. de bescherming van het kunstpatrimonium. Zo vermeldt de analytische index voor ons strafwetboek slechts één keer de term «kunstwerk», namelijk in het kader van de artt. 510 en 521 over de vernieling of beschadiging van het openbaar bezit.

2.2.1. *Diefstal.* Het zal U niet verwonderen dat daarnaast de artikelen 461 e.v. Sw., te weten de bepalingen over diefstal, veelvuldig van toepassing zijn op kunstwerken³⁹.

Het weekblad *De Post* publiceerde in zijn uitgave van 15 juni 1990 de top tien van de beroemdste gestolen schilderijen, met waarde gaande van 300 miljoen tot 3 miljard frank; de volgende vijf zijn toch wel het vermelden waard: *Soleil Levant* van Claude Monet, *Brief aan een dienstmaagd* van Jan Vermeer, *Dame en heer in het zwart* van Rembrandt

³⁰ *Ibidem*, p. 83.

³¹ RIMANQUE, K., en REYNTJES, F., «Kunst en vrijheid van expressie en haar beperkingen», in *Kunst en recht*, o.c., p. 9.

³² Zie de literatuur geciteerd door DE ZEGHER, J., *Openbare zedenschennis*, A.P.R., Story Scientia, Gent, 1973, pp. 115-116, nr. 301 e.v.

³³ Voor een overzicht zie VOORHOOF, D., «De tentoonstelling van picturale kunst en de goede zeden», noot onder Gent, 2 mei 1988, *T.G.R.*, 1988, 121.

³⁴ Cass., 7 december 1931, *Pas.*, 1932, I, 2; Het Europees Hof van de rechten van de mens heeft daarentegen in het arrest Müller van 24 mei 1988 de kunstexceptie verworpen; §34 luidt: «Artists and those who promote their work are certainly not immune from the possibility of limitations as provided for in paragraph 2 of article 10».

³⁵ EEKHOUT, J., o.c., p. 85.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ VERVAELE, J., «De strafrechtelijke bescherming van het rechtsgoed kunst», in *Kunst en recht*, o.c., p. 25.

³⁸ DE SCHUTTER, B., «La protection juridique internationale des biens culturels. L'harmonisation du droit pénal et la coopération pénale internationale comme instruments de protection», Conseil de l'Europe, 1983, CJ DE/ 13 (83) 6.

³⁹ Voor approximatieve cijfers van diefstallen van kunstvoorwerpen in enkele Europese landen zie DE SCHUTTER, B., «De strafrechtelijke bescherming van het Kunstpatrimonium: de nood aan een Europees perspectief», in *Liber Amicorum Frédéric Dumon*, Kluwer, Antwerpen, 1982, 1121; CHATELAIN, J., «Les moyens de lutte contre les vols et les trafics illicites d'oeuvre d'art dans l'Europe des neuf», Etude élaborée pour la commission de la C.E.F., 1976.

van Rijn, *Baadster op een rots* van August Renoir en *Portret van Claude Monet* door August Renoir ⁴⁰.

2.2.2. *Heling*. Indrukwekkend bij deze diefstallen was dat vroeger kunstdieven veelal voor eigen rekening werkten. Na de diefstal gingen ze stevast met de verzekeringsmaatschappij van de gedupeerde eigenaar onderhandelen, voor wie het voordeliger was het gestolen voorwerp terug te kopen, dan wel het verzekerde bedrag te moeten uitbetalen. Nu is kunst zo duur geworden dat nog weinig musea of verzamelaars het geld hebben om de verzekeringspremies voor hun kunstwerken te betalen.

Tegenwoordig werken de kunstdieven bijna uitsluitend op bestelling. Zij moeten hun buit dus op de markt weten te brengen. Kunstdiefstal gaat dan ook meestal gepaard met heling (art. 505 Sw.). Een gestolen schilderij wordt doorgegaans geheel voor een vijfde van de marktwaarde ⁴¹.

3. Kunst en het auteursrecht

3.1. Niet alleen in het Strafwetboek, ook in de Auteurswet ⁴² komen specifieke strafbepalingen i.v.m. kunst voor.

3.1.1. Zo bestraft art. 22 AW de namaking van een kunstwerk met een boete van 26 tot 2.000 frank ⁴³. De vraag die men zich dus hier kan stellen is of Andy Warhol naar Belgisch recht ongestraft Campbell soepblikken mocht afbeelden en of de fabrikant daar wegens plagiaat bezwaar tegen kon maken? Het mocht. Merken genieten alleen in het handelsverkeer bescherming, niet in de kunst ⁴⁴. Er staat wel geen gevangenisstraf op namaking en het is bovendien een klachtmisdrijf.

3.1.2. Anders is het met de vervalsing van kunstwerken (art. 25 AWW) ⁴⁵. Daar staat wel gevangenisstraf op. Het meest bekende voorbeeld van vervalsing is alleszins dat van de Nederlander Han van Meegeren, die een tijd lang alle kunstkenneren in Nederland bij de neus nam, tot hij in 1947 werd veroordeeld tot een jaar gevangenisstraf ⁴⁶.

Het spreekt voor zich dat de Auteurswet, die het fundament is van elke wettelijke regeling voor de kunst, veel meer bevat dan alleen een aantal strafbepalingen.

3.2. Het auteursrecht is een middel dat elke auteur ter beschikking wordt gesteld om op een zo adequaat mogelijke manier te werken ⁴⁷.

Een ieder heeft immers recht op bescherming van de geestelijke en materiële belangen die voortvloeien uit een wetenschappelijk, letterkundig of artistiek werk dat hij heeft voortgebracht.

Dit staat met zoveel woorden in artikel 27, lid 2, van de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens.

De belangrijkste bron van wetgeving voor het auteursrecht in België is de wet van 22 maart 1886, die in de loop van de jaren slechts tweemaal een bescheiden wijziging heeft ondergaan ⁴⁸.

Een aanvulling op onze nationale wetgeving is te vinden in de Berner Conventie, goedgekeurd bij wet van 27 juli 1953 ⁴⁹. Deze internationale overeenkomst voor de bescherming van kunst- en letterkundige werken geldt in een groot aantal landen, waaronder de E.E.G., de V.S., Canada, Japan en de Scandinavische landen ⁵⁰.

3.3. Men zou kunnen stellen dat het auteursrecht het recht is dat voor de auteur ontstaat door het enkele feit van de creatie ⁵¹.

Strikt genomen bestaat het auteursrecht op een bepaald werk vanaf het ogenblik dat het de concrete vorm van bijvoorbeeld een scenario, een schilderij of een partituur heeft aangenomen. Er is dus geen enkele formaliteit vereist om een werk door het auteursrecht beschermd te zien. Dit betekent echter niet dat alle formaliteiten onnuttig zijn ⁵².

Zo is de declaratie of het depot van een werk, bijvoorbeeld bij Sabam ⁵³, belangrijk om in geval van betwistingen over de anterioriteit hiervan, het bewijs te leveren van de datum waarop het werk is gemaakt.

3.4. Door het verlenen van exclusieve rechten aan de auteur wordt deze in staat gesteld om deel te nemen aan de economische exploitatie van zijn werk ⁵⁴.

Het is aangewezen hier in het kort een overzicht van de rechten die de auteur op zijn werk kan laten gelden, te schetsen.

— Het reproductierecht is het exclusieve recht van de auteur om zijn werk te laten vervaelvoudigen ⁵⁵.

⁴⁰ VERMEERSCH, P., «Het museum van gestolen kunst», *De Post*, 15 juni 1990, p. 52.

⁴¹ *Ibidem*, p. 53.

⁴² Wet van 22 maart 1886; zie VAN HECKE, G., REMOUCHAMPS, L. en GOTZEN, F., *Wetboek Intellectuele rechten. Verdragen, wetten en besluiten*, Story Scientia, Brussel, losbladig. Cf. wet van 26 juni 1981 tot vaststelling van de Nederlandse tekst van de auteurswet, B.S., 14 juli 1981; zie ook wetsvoorstel LALLEMAND (e.a.) betreffende auteursrecht, nevenrechten en het kopiëren voor eigen gebruik van geluids- en audiovisuele werken, B.Z. Senaat, 1988, Stukken Senaat 329-1, (10 juni 1988).

⁴³ VAN ISACKER, F., o.c., p. 134; BALLON, G.L., «Economische positie van de kunstenaar», in *Kunstenaarszakboekje*, o.c., p. 118; VERVAELE, J., o.c., p. 29.

⁴⁴ BOUTMANS, E., o.c., p. 13.

⁴⁵ VERVAELE, J., o.c., p. 30; VEROUGSTRATE-MARCO, H., «L'expertise scientifique des peintures: les faux et les nouveaux faux», *Annales de droit de Louvain*, 1988, 415; over de authenticiteitsvraag van de hedendaagse kunst, zie BOENDERS, F., «Kunst, kennis en kritiek», *Ons erfdeel*, 1990, nummer 1, p. 31.

⁴⁶ VAN DEN BRANDHOF, M., *Een vroege Vermeer uit 1937. Achtergronden van leven en werken van de schilder/vervalser Han van Meegeren*, Het Spectrum, Utrecht/Antwerpen, p. 16; VAN CAUWELAERT, R., «Mooi maar vals», *Knack*, 8 november 1989, p. 34.

⁴⁷ KINT, E., «Juridische aspecten van het auteursrecht: een algemene benadering», *Gids Kunst in Vlaanderen, Juridisch-maatschappelijke context*, Kluwer, Antwerpen, 1989, afl. 3, p. 1.

⁴⁸ EECKMAN, J., o.c., p. 50.

⁴⁹ Wet betreffende de toepassing op de Belgen van zekere bepalingen der Internationale Overeenkomst van 26 juni 1948 voor de bescherming van de kunst en letterkundige werken, B.S., 17 september 1953.

⁵⁰ VANHEES, H., «Auteursrechtelijke ontwikkelingen: de toetreding van de V.S. tot de conventie van Bern», *R.W.*, 1989-90, 68.

⁵¹ BALLON, G.L., o.c., p. 108.

⁵² KINT, E., o.c., p. 7-8.

⁵³ *Wat is en wat doet Sabam?*, Sabam, Brussel, 1988.

⁵⁴ De zogenaamde exploitatierechten: zie o.m. EECKMAN, P., o.c., p. 66; KINT, E., o.c., p. 9; VAN ISACKER, F., o.c., p. 19.

⁵⁵ Dit eerste aspect van het auteursrecht is misschien wel het belangrijkste en men zou kunnen stellen dat het auteursrecht er zijn oorspronkelijke benaming van kopijrecht of copyright aan ontleend

Op dit exclusief recht bestaat wel een uitzondering, nl. het recht om iemands werk te citeren. Zo is het ook geoorloofd om een artikel te illustreren met een reproductie van een kunstwerk.

In een vonnis van 1968 besliste het Duitse Bundesgerichtshof in een geding dat door de weduwe van Kandinsky was aangespannen tegen de auteur van een werk over de *Blaue Reiter*, dat deze laatste de grenzen van het recht om te citeren had overschreden door zijn werk te illustreren met maar liefst 69 reproducties⁵⁶.

– Het publiek executierecht is het exclusief recht van de auteur om zijn werk in het openbaar te laten uitvoeren of op te voeren⁵⁷.

– Het adaptatie- en het vertalingsrecht geven aan de auteur het alleenrecht om zijn werk aan te passen en te vertalen.

Niettemin besliste de rechtbank te Parijs in een vonnis van 11 mei 1965 dat Salvador Dali niet kon steunen op dit adaptatierecht, toen de decors en costumes, die hij had ontworpen voor een theaterstuk lichtjes werden veranderd, omdat de firma die de rechten van hem had gekocht, bedongen had dat zij zich het recht van de uiteindelijke realisatie voorbehield⁵⁸.

– Het volgrecht, dat enkel bestaat voor plastische kunsten, is een recht dat geïnd wordt bij openbare verkoop en toewijzing van een originele creatie. Dit recht werd door de wet van 25 juni 1921⁵⁹ ingesteld om de auteur en zijn erfgenamen partieel een aandeel te geven van de soms fantastische bedragen die meestal postuum bij openbare verkoop van werken worden neergeteld⁶⁰.

Het volgrecht bestaat ook in Frankrijk en in Duitsland, maar niet in Nederland en Engeland. Voor de Europese harmonisatie kan dit enige problemen stellen. Bij de publieke verkoop van een kunstwerk in Engeland betaalt de koper

geen volgrecht, hetgeen Belgische veilingshuizen in een zwakkere concurrentiële positie brengt⁶¹.

– Naast die exploitatierechten beschikt de auteur natuurlijk ook over het recht om zijn werk te verkopen. De verkoop van een kunstwerk is een eigendomsrecht en behoort strikt genomen niet tot het auteursrecht als dusdanig, maar tot het gemene recht⁶².

– Verder heeft de auteur ook nog morele rechten op zijn werk⁶³. Dit zijn het beschikkingsrecht⁶⁴, het integriteitsrecht, dat het de auteur mogelijk maakt op te treden tegen elke vermindering of misvorming van zijn werk, en het paterniteitsrecht, dat de auteur in staat stelt om zijn werk te tekenen met zijn naam of met een pseudoniem.

3.5. Tot slot dient hier te worden opgemerkt dat de auteursrechtelijke bescherming begint te lopen vanaf de creatie van het werk en zij na het leven van de auteur voortduurt tot vijftig jaar na zijn dood⁶⁵. Het auteursrecht wordt dan uitgeoefend door zijn erfgenamen en andere rechtverkrijgenden.

Daarna valt het werk in het publiek domein: een ieder is van dan af vrij het te reproduceren, publiek op te voeren, te bewerken of te vertalen, zonder de toestemming van wie dan ook.

4. Kunst en het verzekeringsrecht

De meest specifieke polis voor kunstvoorwerpen is de tentoonstellingspolis⁶⁶. Ze waarborgt de verzekerde voorwerpen tegen de risico's van algehele of gedeeltelijke vernietiging, diefstal of verdwijning, oorlogsomstandigheden uitgezonderd.

Deze waarborg geldt «van nagel tot nagel», hetgeen wil zeggen dat hij een aanvang neemt op het ogenblik dat de

heeft; zie nochtans JESSURUN D'OLIVIERA, H., in *Plus est en vous*, o.c., p. 233; «Alle scheppen is reproduceren, want niemand kan scheppen uit het niet»; Rb. Brussel, 6 januari 1981, *Ing. Cons.*, 1981, 143: «Dat de principiële vrijheid van kopie, die een der grondbeginselen is van het mededingingsrecht...».

⁵⁶ Geciteerd bij RIGAUX, F., «Le droit à la découverte de l'art», o.c., p. 476.

⁵⁷ Zie KINT, E., o.c., p. 11. Een voorwaarde voor de uitoefening van dit recht is dat de uitvoering of opvoering publiek is. Anders dan bij het reproductierecht is de toestemming van de auteur dus niet vereist voor de niet-publieke uit- of opvoering. Het publiek karakter van een opvoering wordt in de Auteurswet niet nader bepaald. Voor de invulling van dit begrip baseert men zich hoofdzakelijk op de heersende rechtspraak; zie bv. CORBET, J., «Vijf jaar auteursrecht 1975-1979», *R.W.*, 1983-84, 1122.

⁵⁸ Geciteerd bij ALFONSI, F., «L'étoile du droit d'auteur pâlit-elle en France?», *Gazette du Palais*, 18-19 juillet 1990, nr. 199, 200.

⁵⁹ Deze wet werd nader uitgewerkt door het K.B. van 23 september 1921 en het M.B. van 1 oktober 1921; zie HAMELS, J., *Code des droits intellectuels*, Brussel, 1943, 153-154 en 159-161.

⁶⁰ «Op welke dag God de kunstenaar geschapen heeft, staat niet met zekerheid vast, maar het moet op een van die minder doorgrondelijke dagen zijn geweest. Slechts enkele kunstenaars hebben immers het geluk nog bij leven geëerd en gelauwerd te worden, anderen krijgen pas onfatsoenlijk lang na hun dood erkenning...», *Kredietbank Weekberichten*, o.c., p. 1.

⁶¹ KINT, E., o.c., p. 13; BALLON, G.L., o.c., p. 114; VAN ISACKER, F., o.c., p. 65.

⁶² EECKMAN, P., o.c., p. 79; KINT, E., o.c., p. 13; VAN ISACKER, F., o.c., p. 75. Anderzijds kan hier nuttig verwezen worden naar o.m. DIRIX, E., «Dwaling en Bedrog bij de koop van kunst en antiek», in *Kunst en recht*, o.c., p. 95; HERBOTS, J., en PAUWELS, C., «Overzicht van rechtspraak. Bijzondere overeenkomsten (1982-1988)», *T.P.R.*, 1989, nr. 30L; FONTAINE, M., «Les aspects juridiques de la commercialisation des oeuvres d'art», *Annales de droit de Louvain*, 1988, 383.

⁶³ COPPENS, Ph., en VERHEYDEN-JEANMART, N., «La propriété d'une oeuvre d'art et les droits moraux de l'artiste», *Annales de droit de Louvain*, 1988, 285; VAN ISACKER, F., o.c., p. 109; EECKMAN, P., o.c., p. 73.

⁶⁴ Het beschikkingsrecht omvat drie aspecten: het divulgatierecht, het retentierecht en het recht tot inkeer.

⁶⁵ KINT, E., o.c., p. 16: «In de meeste landen geldt de 50-jarige beschermingsduur, die trouwens voorgeschreven is door de Berner Conventie. Sommige landen kennen een nog langere beschermingsduur: 70 jaar in Duitsland, Frankrijk (voor muziekwerken), en Oostenrijk.» Het wetsvoorstel LALLEMAND (o.c.) stelt een beschermingsduur voor van 60 jaar na de dood van de auteur.

⁶⁶ Omtrent de diverse verzekeringsmogelijkheden voor kunstvoorwerpen, zie o.m. BALLON, G.L., «De economische positie van de kunstenaar. Het verzekeren van kunstwerken», in *Kunstenaarszakboekje*, o.c., p. 154; DALO, R., en DELVAUX, P.-H., «L'assurance et la valeur de l'oeuvre d'art», *Annales de droit de Louvain*, 1988, 425; SCHUERMANS, L., «Kunst en verzekering», in *Kunst en recht*, o.c., p. 141.

verzekerde voorwerpen hun oorspronkelijke plaats verlaten en eindigt op het ogenblik van hun terugkeer.

De toegepaste premievoet is sterk afhankelijk van de genomen veiligheidsmaatregelen, de afstand van het transport en de verandering in klimatologische omstandigheden.

De verzekeraar van de Europalia-tentoonstellingen liet mij weten dat deze premie gemiddeld 1 fr. per duizend fr. van de aangenomen waarde van het kunstvoorwerp bedraagt. Verder merkte hij ook op dat gezien de dreigingen in de Golf dit jaar misschien een bijkomende polis «Oorlog» zal moeten worden afgesloten.

Bij wijze van voorbeeld zij aangestipt dat de premie voor de grote Rubenstentoonstelling in 1975 te Antwerpen reeds 2.722.412 fr. bedroeg.

II. DE KLEINSTE GEMENE DELER VAN KUNST EN RECHT: CREATIE EN COMMUNICATIE

Tot zover het eerste deel van dit betoog, waarin de aandacht ging naar de wijze waarop in een aantal juridische categorieën de kunst aan bod komt. In dit tweede deel worden de twee pijlers waarop zowel kunst als recht steunen, nl. creatie en communicatie, uitgediept.

1. Creativiteit: een juridische noodzaak, een evidentie voor de kunst

Kunst en recht zijn beide activiteiten van het menselijk vernuft ⁶⁷. Zowel kunst als recht ontstaan daar waar mensen bereid zijn nieuwe paden te bewandelen. De produktie van kunstvoorwerpen en het ontwikkelen van nieuw recht veronderstelt creatief denken.

Wetgever, rechtsgeleerden, magistraten en praktijkjuristen, allen zijn ze bezig met de creatie van nieuw recht, zoals de kunstenaar zijn fantasie openbaart en vorm geeft in een kunstwerk, zo tracht de jurist de werkelijkheid vast te leggen in een aantal ficties ⁶⁸.

Het lijkt uitgesloten een creatie als een kunstwerk of nieuw recht te kwalificeren indien de schepping ervan niet als origineel kan worden aangemerkt. Originaliteit is een onmisbaar vereiste ⁶⁹.

⁶⁷ SUTENS, L.P., en VAN ORSHOVEN, P., *Nijverheidsrecht, o.c.*, p. 33: «Zij worden rechten op voortbrengselen van de geest of intellectuele rechten genoemd en worden door het recht ter zake verleend aan twee categorieën intellectuele prestaties: creaties en onderscheidende kenmerken.» In het Nieuw Nederlands Burgerlijk Wetboek is er eveneens sprake van «Rechten op voortbrengselen van de geest»; zie hierover COHEN JEHOAH, H., *Kernpunten van intellectuele eigendom en mediarecht*, H.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1984, p. 5.1.

⁶⁸ *Pitlo en de muzen, o.c.*, p. 17: «Zowel de rechtsgeleerde als de beeldende kunstenaar heeft de interpretatie tot taak.»

⁶⁹ VAN DEN BERGH, R., *o.c.*, p. 176; BRAUN, A., «Les tribunaux revindrent-ils des jurys d'art?», noot onder het arrest van het Benelux-Gerechtshof van 22 mei 1987, *J.T.*, 1987, 572; Let wel: de auteurswet beschermt originele scheppingen zonder dat deze een artistieke waarde bezitten. Voor de aflijning van een origineel kunstwerk tegenover een origineel auteurswerk en van de originaliteit (auteursrechten) tegenover de nieuwigheid (tekeningen en modellen) zie opnieuw VAN DEN BERGH, R., *o.c.*, p. 176.

Maar niet alle originele ideeën worden aanvaard. De selectie van de vondsten die zullen overleven, is een proces zoals de natuurlijke selectie. Het gebeurt door «trial and error». Vele ideeën worden de wereld ingestuurd. De meeste worden echter verworpen door een kritisch publiek van kunstgenieters of rechtsbeoefenaars.

Belangrijk voor de ontwikkeling is het feit dat de snelheid waarmee de vernieuwing kan gebeuren, afhankelijk is van de snelheid waarmee niet-succesrijke creaties worden afgevoerd. In een maatschappij waar de mislukkingen niet, of slechts traag verdwijnen, kunnen succesrijke ideeën niet gedijen.

Creatie en vernieuwing in de kunst en in het recht kan bijgevolg slechts gebeuren indien «the right to failure» wordt erkend ⁷⁰.

2. Communicatie

De creatie is één zaak of liever de belangrijkste. Daarover bestaat geen twijfel. De publikatie, de opvoering, de expositie of verfilming van een werk is een andere zaak die we in één term kunnen samenvatten als: communicatie. Achtereenvolgens zal hier de communicatie aan het recht en aan de kunst worden gekoppeld.

2.1. Recht en communicatie

De juridische context bij uitstek voor de communicatie is het mediarecht en dan heel in het bijzonder de communicatiemedië ⁷¹. Binnen de communicatiemedië worden meestal de volgende domeinen onderscheiden: de gedrukte geschriften; de bijeenkomsten, vergaderingen, betogingen en manifestaties; de film; de postdiensten en het telefoon- en telegraafverkeer en ten slotte de radio- en televisiediensten ⁷².

Nu is het, wat deze laatste communicatiemedië betreft, dezer dagen tamelijk in te beweren dat wij een overgang beleven van de woord- naar de beeldcultuur. De audiovisuele medië beleven een ware technologische explosie en dat is voor sommige deskundigen en futurologen genoeg om te stellen dat het geschreven woord de dood nabij is. Anderen zijn veeleer de mening toegedaan dat woord en beeld complementair zullen groeien en evolueren in de communicatie. Zij geven toe dat de audiovisuele medië de voorbije decennia enorm aan terrein hebben gewonnen, maar stellen dat het hier in feite gaat over een herovering van de belangrijkheid van het visuele beeld.

⁷⁰ Zie naar analogie DE GRAUWE, P., «Kunst en High-Tech», *Tijdschrift voor Economie en Management*, vol. XXX, III, nr. 2, 1988, 143. Men zou n.a. hiervan ook kunnen denken aan «Recht en high-tech», hetgeen ons weer naar het domein van de intellectuele eigendom zou voeren en dan in het bijzonder naar het octrooirecht; zie in die zin GOTZEN, F., *Intellectuele eigendom en nieuwe technologieën*, R.W., 1983-84, 2375.

⁷¹ Voor adressen rond communicatie, medië, pers en voorlichting in België, zie het *Mediazakboekje*, WKB N.V. Brussel, 1990; ALBRECHT, D., «Kunst en beleid», *Kunstenaarszakboekje, o.c.*, p. 47 e.v.

⁷² NEELS, L., *Syllabus mediarecht bij de colleges juridisch statuut van de communicatiemedië*, Acco, Leuven, 1988; NEELS, L., VOORHOOF, D. MAERTENS, H., *Medialex. Bronnenverzameling van de medië en informatiewetgeving*, Kluwer, Antwerpen, 1990.

In de oudheid bestond de overdracht van gedachten, wensen en gevoelens allereerst uit getekende en gesneden beelden. Denk maar wat er te bewonderen valt aan beeldtaal in de vroege schilderkunst, wandtapijten en fresco's. Pas later is men overgegaan tot het gebruik van lettertekens, die een secundair middel zijn om er beelden mee op te roepen.

De uitvinding van de boekdrukkunst heeft een onschatbare invloed gehad op de culturele en maatschappelijke ontwikkelingen van de volgende generaties. Zo is het dat de gedrukte informatie gedurende ongeveer 500 jaar over het monopolie van de communicatie zou beschikken.

Gedurende al die eeuwen werd het boek omgeven met een ritueel, als ging het om een creatie die zowel de geest, als het oog, als de tastzin moest strelen. Maar het boek heeft er deze eeuw een belangrijke en succesrijke partner bij gekregen. Het doorbreken van het monopolie van de woordcultuur is niet voldoende om te gaan stellen dat een overwegende beeldcultuur slechter is dan een overwegende leescultuur. De verarming zit overigens veeleer in de inhoud dan in de aard van het medium dat wordt gebruikt. En die kan even arm zijn in een boek als in een televisiefeuilleton ⁷³.

Toegesplitst op de Vlaamse context, kan men zelfs stellen dat de televisie de culturele emancipatie van de Vlamingen heeft versneld ⁷⁴.

Naar de toekomst toe moet deze culturele emancipatie wel ondersteund worden. In die zin kan zinvol gewezen worden naar de Europese richtlijn betreffende de Europese televisiecultuur ⁷⁵, die volgens EG-media-commissaris Dondeinger in alle landen van de Europese Gemeenschap van kracht moet worden, omdat thans meer dan 80% van het aanbod voor televisie en film uit de Verenigde Staten komt en wij, tenzij drastische maatregelen worden genomen, hoe langer hoe meer afhankelijk worden van Amerikaanse cultuuruitingen ⁷⁶.

Er is dus een belangrijke taak weggelegd voor het recht bij het regelen van deze audio-visuele communicatiemediën.

2.2. Kunst en communicatie

2.2.1. *Cultuurpromotie*. Naast het recht heeft ook de kunst te maken met communicatie. Communicatie van kunst betekent, in de meest ruime zin, alles wat informatie over kunst betreft. Brochures, folders, encyclopedieën, programma-boekjes, noem maar op, alle zorgen zij ervoor dat een brug wordt geslagen tussen de creator en het publiek. Er kan hier evenwel niet voorbij worden gegaan aan de breed-culturele opdracht die naar best vermogen wordt vervuld door de Dienst Kunstzaken van de openbare omroep. Hetgeen hij heeft gepresteerd en blijft presteren op het vlak van de de-

mocratisering van de cultuur werd door J. Flerackers op het Vlaams Congres voor Communicatiewetenschappen n.a.v. «25 jaar TV in Vlaanderen» als volgt benadrukt: «Door hun inzet zat de Vlaamse televisie als geen andere buitenlandse omroep, bij de aanvang in het volk geworteld. Zij heeft op andere stations dit voor, dat zij de wegbereider en de katalysator is geweest van culturele ontvoogding.» ⁷⁷.

Maar deze socio-culturele emancipatie moet verder ontwikkeld worden en de nodige middelen moeten hiervoor worden uitgetrokken.

De Koninging Elisabethwedstrijd voor tienduizenden belangstellenden toegankelijk maken, elke grote tentoonstelling in de huiskamer brengen, dat is actieve cultuurpromotie ⁷⁸.

2.2.2. *Kunstpromotie*. Het fenomeen kunstpromotie wordt overigens sedert enkele jaren aangewend als een communicatiemiddel dat ten behoeve van de kunst werd ontwikkeld, maar ook aan bedrijven uitgebreide perspectieven voor hun marketing en public relations biedt ⁷⁹.

Echt nieuw is het concept niet. We kennen allemaal de grote voorbeelden van kunstsporsors: de Medici's te Florence, de Zonnekoning te Versailles en Frederik de Grote te Sanssouci. Zelfs Napoleon gebruikte kunstenaars, met David als zijn geliefkoosde schilder, als public relations voor zijn ondernemingen ⁸⁰.

Ook onze overheid doet in zekere zin aan kunstpromotie door het verstrekken van ruime fiscale aftrekmogelijkheden van giften aan culturele instellingen.

De kunstpromotie waar we het hier over zullen hebben, is evenwel de kunstpromotie door bedrijven. Kunst kent de jongste tijd immers een groeiende belangstelling vanuit de bedrijfswereld. Ondernemingen tonen meer en meer dat zij zich willen integreren in het cultureel-maatschappelijk kader. Vanuit deze betrokkenheid zijn bedrijven gaan investeren in cultuur. Zo helpen ze mede met de overheid de kunstensector vooruit en laten ze creatief talent zich ontwikkelen.

Kunstpromotie sensu stricto kan het best als volgt worden omschreven: «Een zakelijke overeenkomst tussen een bedrijf dat geld en/of in geld waardeerbare prestaties levert en een kunstenaar, of een organisator van een kunstevenement, die kunstmogelijkheden als tegenprestatie levert.» ⁸¹.

Kunstpromotie is dus noodzakelijkerwijze een two-way business deal, voor wat hoort wat.

In concreto impliceert dit dat een zakelijke partner investeert in een artistiek produkt dat qua imago en beeldvorming een dusdanig intrinsieke waarde heeft voor de zakelijke partner dat hij zich ermee wenst te associëren.

Kunstpromotie is een onderdeel van de communicatiemix, zijnde de strategie op het vlak van promotie en public relations van een bedrijf.

⁷³ NEUTJENS, C., «Wie leest wat nog?», in *Cultuur: de uitdaging*, o.c., p. 34.

⁷⁴ PAUWELS, L., «Wordt het elektronisch beeld ook bij ons de belangrijkste cultuurdrager?», in *Cultuur: de uitdaging*, o.c., p. 38.

⁷⁵ VOORHOOF, D., «Wat staat het Europees recht toe aan nationale autonomie inzake audiovisueel overheidsbeleid?», *R.W.*, 1989-90, 1175.

⁷⁶ FOEK, A., «Weg met Amerikaanse TV», *Knack*, 15 augustus 1990, p. 34; DUFOUR, D., «Verdwaald in het medialandschap», *Kunst en Cultuur*, november 1990, p. 4; DUYNLAGER, P., «De smaak van de Euro-pudding. Het noodlot van de Europese film», *Knack*, 28 november 1990, p. 143.

⁷⁷ Geciteerd bij Pauwels, L., o.c., p. 52.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 53.

⁷⁹ VLAMINCK, P., *Kunstpromotie. Het nieuwe communicatiemiddel. Verslagboek van het Colloquium Stichting voor Kunstpromotie*, 15 december 1989, p. 107; CORTHOUTS, P., «Kunstpromotie: beschikbare instrumenten», in *Gids Cultuur in Vlaanderen*, o.c., p. 1.

⁸⁰ DE VREE, F., «De slag van Waterloo in de kunst», *Eurocard Magazine*, nr. 48, voorjaar 1990, p. 42.

⁸¹ DE SMEDT-TIMMERMANS, S., *Kunstpromotie. Het nieuwe communicatiemiddel*, o.c., p. 7.

Via kunstpromotie demonstreert een bedrijf niet alleen zijn sociaal verantwoordelijkheidsgevoel, maar vestigt of versterkt het ook zijn imago. Kunstpromotie verhoogt het prestige van de onderneming en zorgt voor de integratie van de onderneming in de regio waarin ze gevestigd is. Kunstpromotie schenkt bovendien extra publiciteit voor produkten of diensten. Want net als het bedrijfsleven richt kunst zich tot het publiek. Kunst communiceert. Via kunstpromotie kan en wil het bedrijfsleven méécommuniceren. Onder de kunstbezoekers bevindt zich de doelgroep van het bedrijf. Het ligt voor de hand dat er een koppeling wordt gemaakt tussen het publiek, dat een specifieke kunstmanifestatie bezoekt, en de mogelijke klanten en relaties van het bedrijf. Leeftijd en regio, interesse en lifestyle zijn de criteria om tot een gerichte en efficiënte communicatie te komen.

In verband met kunstpromotie dient men noodzakelijkerwijze te verwijzen naar de Stichting voor Kunstpromotie, die tot op heden voor een perfecte ontwikkeling en coördinatie van de kunstpromotie heeft gezorgd. Door de inzet van deze V.Z.W. is de kunstpromotie uitgegroeid tot een maatschappelijk verantwoord communicatie-instrument.

Ter illustratie geef ik hier drie modelcases van cultural engineering, die door haar werden uitgewerkt.

– Een eerste casus is die van het Victor De Ruyter-forum, dat in 1980 door Coca-Cola België in samenwerking met het Ministerie van Onderwijs en het Nationaal Secretariaat van het Katholiek Onderwijs in het leven werd geroepen. De achterliggende idee was het schooltoneel te bevorderen. Dit initiatief, bedoeld voor middelbare scholen uit de verschillende middelbare Vlaamse onderwijsnetten, ken-de reeds vier edities lang een grote belangstelling ⁸².

– Een tweede voorbeeld is dat van NCR-literair. NCR, de vierde grootste computerfabrikant ter wereld, lanceerde in België een nieuwe literaire prijs ter waarde van 300.000 fr. Deze prijs wordt jaarlijks toegekend, afwisselend voor een Nederlandstalig en een Franstalig prozawerk. In aanmerking komen auteurs met maximaal drie prozawerken op hun actief ⁸³.

– Ten derde werd in het kader van de lancering van de Omega Art Collection door SMH-België, distributeur van o.m. de horlogemerken Omega en Tissot, aan enkele Belgische kunstenaars de opdracht gegeven een unieke dansproduktie te creëren, die het uitgangspunt zou worden voor een nieuwe publicitaire taal en communicatie-aanpak. De choreograaf Aimé de Lingnière noemde dit ballet *Significant Moments* ⁸⁴.

Een vaak gehoord bezwaar tegen kunstpromotie is dat, om volk aan te trekken, de producenten van kunst en cultuur zich meer commercieel moeten opstellen en dat een dergelijke houding de kwaliteit van de kunst zal ondermijnen ⁸⁵.

Dit argument bewijst dat men kunstpromotie nog al te veel ziet als mecenaat en als een vorm van reclame ⁸⁶. Kunstpromotie betekent niet dat men kunstwerken kan aanwenden als verpakkingsmiddel voor laten we zeggen koekjes of pindanootjes. Neen, kunstpromotie is een communicatietechniek, waarmee het imago van een bedrijf wordt uitgedragen en waardoor dit bedrijf zich onderscheidt van zijn concurrenten. Dat imago biedt klanten en potentiële klanten de kans om zich met dat bedrijf te identificeren, zodat de bedrijven de eerste zullen zijn om bij de keuze van hun kunstpromotieproject rekening te houden met hun eigen identiteit en die van de kunst.

Een betere garantie kan toch niet worden gegeven ?

Heeft de kunstsector anderzijds niet een wat meer commerciële geest nodig, zodat het publiek weer naar theaters en concertzalen trekt en de musea weer gaat bezoeken ? Uiteindelijk moet dit toch de hoofdbedoeling zijn van elk kunstbeleid.

Slotbeschouwingen

Een interessante slotbeschouwing is die waarbij een nieuw thema voor een volgende redevoering wordt aangeboden. Kan zulk een thema worden gevonden in de bedenk-ing of ook het recht behoefte heeft aan promotie. Dient men bij de uitoefening van de rechtspraktijk niet vast te stellen dat de juridische achterstand en de archaïsche wijze waarop de diensten van het gerecht functioneren voor een vervreemding zorgen van de rechtzoekende met het gerecht en bijgevolg met het recht ?

Is het niet zo dat steeds meer fysieke of rechtspersonen trachten de tussenkomst van het gerecht uit te schakelen door heil te zoeken bij alternatieve geschillenoplossers ? ⁸⁷

Kan hier de parallel met de podiumkunsten niet worden getrokken waarbij men moet vrezen dat het gerecht een marginale plaats zal innemen in de maatschappij ?

Misschien moeten wij uit deze karikaturale schets van de huidige toestand een les trekken en net zoals de kunstenaars op zoek gaan naar promotors die, met de nodige garanties, met hun financiële of materiële steun, bijvoorbeeld in de vorm van tekstverwerkers op de griffies of bij de magistraten, het gerecht uit deze impasse kunnen halen.

Een gedachte, de moeite waard om bij stil te staan.

Tot slot, maar met nadruk dient te worden gesteld dat kunst en recht eeuwig en tijdeloos, want van alle tijden, zijn. Maar dat de concrete situatie van een kunstenaar of rechtsbeoefenaar die vandaag de dag met zijn werk naar buiten wenst te komen wel gebonden is aan een gegeven tijdskader, aan datgene wat in een samenleving op een bepaald ogenblik heerst.

De beoefening van kunst en recht is in se dus wel tijdsgebonden en indien zij zich willen handhaven, dienen zij de

⁸² DELVILLE, R., «Coca-Cola België: Een open doek voor schooltoneel», in *Kunstpromotie. Het nieuwe communicatiemiddel*, o.c., p. 49.

⁸³ DE KEULENAER, P., «NCR-literair : A valve for Stakeholders», in *Kunstpromotie. Het nieuwe communicatiemiddel*, o.c., p. 57 ; VERSTRAETE, E., «Gesprek met laureaat van NCR Literair 1990, Eric De Kuyper, beminlijk estheet uit een vrouwenwereld» *Gazet van Antwerpen*, 29 en 30 december 1990.

⁸⁴ LOUF, B., «Omega : Momenten uit het leven», in *Kunstpromotie. Het nieuwe communicatiemiddel*, o.c., p. 66.

⁸⁵ DE GRAUWE, F., *Een economische kijk op de kunst*, o.c., p. 254.

⁸⁶ HELLEMANS, F., «Reklame voor niets», *Knack*, 5 december 1990, p. 135 : «Na het uitdoven van de avant-garde in de jaren vijftig, zou de Britse en Amerikaanse pop-art (Andy Warhol) de emblemen van de reclamewereld als het ware verheerlijken. De Mona Lisa werd ingeruild voor een blik Campbellsoep. Zo bracht pop-art de straat opnieuw binnen in de galerie, nadat de publiciteit vanaf Lautrec de kunst op straat had gebracht.»

⁸⁷ PARMENTIER, S. en HUBEAU, B., *De rechter buitenspel. Conflictregeling buiten de rechtbank om*, Kluwer, Antwerpen, 1990.

mentaliteit van het moment, die er een is van groeiende tussenkomst van de bedrijfswereld in domeinen die van oudsher enkel door de overheid werden geregeerd, met respect voor hun eigenheid te volgen. Vanuit dit standpunt moeten besluiten dat de kunst heeft bewezen hier op dit ogenblik sterker in te zijn dan het recht.

«Niettemin zijn juristen, ondanks belangrijke verschillen, tot op een zekere hoogte kunstenaars, die de bestaande realiteit pogen om te buigen naar een utopische samenleving. In die mate is er een sterke samenhang tussen juristen en

kunstenaars: zij willen de droom van de waarheid en de gerechtigheid in de realiteit omzetten, of minstens de burgers attent maken op het feit dat de komende maatschappij beter zal zijn dan wat zij nu is⁸⁸».

⁸⁸ STORME, M., «Recht en kunst. Een vanzelfsprekende samenhang», o.c.; JAFFE, H.L.C., «De utopie der beeldende kunstenaars», in *Plus est en vous*, o.c., p. 478.

DE NIEUWE WETGEVING INZAKE ZWANGERSCHAPSAFBREKING

§ 1. INLEIDING

1. De wet van 3 april 1990 betreffende de zwangerschapsafbreking, tot wijziging van de artikelen 348, 350, 351 en 352 van het strafwetboek en tot opheffing van artikel 353 van hetzelfde wetboek (*B.S.*, 5 april 1990), verder aangehaald als Wet zwangerschapsafbreking, heeft de wettelijke bepalingen inzake het beëindigen van een zwangerschap grondig gewijzigd. Noch op de parlementaire geschiedenis van die wet noch op de bijzondere wijze waarop zij in het Belgisch Staatsblad, is bekendgemaakt, wordt hier ingegaan. Wat het eerste aspect betreft, verwijs ik naar mijn A.P.R.-verhandeling over *Recht en geneeskunde*, titel IV, afdeling IV, die binnen afzienbare tijd zal verschijnen. In dit artikel zal ik een eerste bespreking en commentaar wijden aan de Wet zwangerschapsafbreking. De meeste aandacht gaat daarbij naar de zwangerschapsafbreking verricht door een arts. Daarbij aansluitend wordt ook de wet van 13 augustus 1990 houdende oprichting van een commissie voor de evaluatie van de wet van 3 april 1990 betreffende de zwangerschapsafbreking besproken (*B.S.*, 20 okt. 1990). Deze wet wordt verder aangehaald als Wet evaluatiecommissie zwangerschapsafbreking.

§ 2. TERMINOLOGIE

2. In het opschrift van de Wet zwangerschapsafbreking is sprake van «zwangerschapsafbreking». Dezelfde term komt ook voor in art. 350, tweede lid, Sw., terwijl art. 350, eerste lid, Sw. spreekt van «vruchtafdrijving».

Vruchtafdrijving is steeds een misdrijf. Zwangerschapsafbreking niet, zo een aantal voorwaarden worden nageleefd.

Noch vruchtafdrijving noch zwangerschapsafbreking worden in de wet gedefinieerd.

Ook vóór de wet van 3 april 1990 bevatte het Sw. geen definitie van vruchtafdrijving. Rekening houdend met de verschillende definities in de literatuur kon vruchtafdrijving worden omschreven als «de kunstmatige en vrijwillige vernietiging van het produkt van de conceptie vóór het einde van de zwangerschap, ongeacht de leeftijd en de levensvat-

baarheid van de foetus» (Rigaux, M., en Trousse, P.E., *Les crimes et les délits*, Bruylant, Brussel, 1968, 139). Dezelfde ruime opvatting treft men aan in de rechtspraak (Bergen, 18 februari 1892, *Pas.*, 1892, III, 120; Luik, 10 november 1948, *Pas.*, 1949, II, 11; Brussel, 15 april 1950, *J.T.*, 1950, 393).

Er bestond zowel in de rechtspraak als in de rechtsleer weinig discussie over die betekenis van vruchtafdrijving in de artt. 348 tot 353 Sw.

Bij de bespreking van de Wet zwangerschapsafbreking hebben de indieners van het wetsvoorstel in de senaatscommissie een andere opvatting verdedigd. Op de bemerking van een commissielid dat, wegens het ontbreken van een beperking in de tijd, zwangerschapsafbreking mogelijk werd gemaakt «tot de dag vóór de geboorte van het kind», replieerde een van de indieners dat dit totaal verkeerd was. «Het woord abortus heeft een specifieke betekenis en bestaat in een ingreep of het toedienen van een geneesmiddel waarbij een vrucht die nog geen zelfstandig leven kan leiden, geëxpulseerd wordt» (Voorstel van wet, *Gedr. St., Senaat*, B.Z. 1988, nr. 247/2, 148). In deze omschrijving is de levensvatbaarheid van de foetus determinerend. Met een beroep op het senaatscommissieverslag werd in de kamercommissie hetzelfde standpunt verdedigd (Ontwerp van wet, *Gedr. St., Kamer*, nr. 950/9, 125, 128 en 129).

3. Het is de vraag of deze verklaringen afgelegd in Kamer en Senaat, vermogen de klassieke opvatting omtrent vruchtafdrijving, zoals ze zowel in de rechtspraak als in een haast unanieme rechtsleer terug te vinden is, te wijzigen. Gelet op de herhaaldelijk afgelegde verklaringen in Senaat en Kamer kan men niet anders besluiten dan dat de meerderheid die de Wet zwangerschapsafbreking heeft goedgekeurd, willens en wetens en met kennis van zaken aan vruchtafdrijving, en meteen aan zwangerschapsafbreking, een andere inhoud heeft gegeven dan die welke tot dan algemeen werd aanvaard. De uiterste grens voor (verboden) vruchtafdrijving en (toegelaten) zwangerschapsafbreking is gelegen in de levensvatbaarheid van de vrucht en niet meer in de nabije geboorte van het kind. Dit heeft belangrijke consequenties voor de bescherming van het ongeboren leven dat levensvat-

baar is maar waarvan de geboorte nog niet in zicht is. Voor zover men zou aannemen dat de vroeger aanvaarde definitie van vruchtafdrijving dient te worden gehandhaafd totdat de rechtspraak, eventueel op grond van de parlementaire voorbereiding van de wet van 3 april 1990, haar positie (opnieuw) heeft bepaald, zal men tot een ander besluit komen.

§ 3. BESTANDELEN VAN HET MISDRIJF VRUCHTAFDRIJVING

4. Krachtens art. 350, tweede lid, Sw. is er geen misdrijf wanneer de voorwaarden vermeld in die bepaling zijn vervuld. Daarom moet worden onderzocht wanneer er wel een misdrijf is.

1. Kunstmatige beëindiging van een zwangerschap

5. Vruchtafdrijving veronderstelt een handeling gericht op de beëindiging van de zwangerschap. Hierdoor onderscheidt vruchtafdrijving zich van een spontane abortus of miskraam.

Onverschillig welk middel komt in aanmerking. Art. 350, eerste lid, Sw. laat hierover geen twijfel mogelijk. Deze formulering werd ook reeds in het vroegere art. 350 Sw. gebruikt. De terminologie in art. 348 Sw. werd daarentegen wel veranderd.

2. Opzettelijke beëindiging

6. Art. 350, eerste lid, Sw. vermeldt niet dat de vruchtafdrijving opzettelijk dient te gebeuren, dit i.t.t. art. 348 Sw. Het vroegere art. 350 Sw. sprak evenmin van opzet. Toch werd voor de toepassing ervan opzet vereist. Nu is dat eveneens het geval. Het woord «opzettelijk» werd niet in de tekst opgenomen omdat werd uitgegaan van de hypothese dat de vrouw uitdrukkelijk erin toestemde de ingreep te laten verrichten en de arts haar verzoek heeft ingewilligd (Ontwerp van wet, *Gedr. St., Kamer*, 1989-90, nr. 950/9, 114).

3. Vernietiging van de vrucht

7. Vruchtafdrijving veronderstelt de kunstmatige en opzettelijke vernietiging van de vrucht. Met vernietiging wordt bedoeld: doden. Uitdrijving of uitstoting (expulsion) is niet vereist, hoewel doorgaans de uitdrijving het resultaat zal zijn van de vernietiging (*R.P.D.B.*, tw. «Avortement», 1bis).

De vernietiging dient plaats te hebben in utero. Indien de vrucht levend ter wereld komt en blijft leven of sterft tengevolge van omstandigheden die geen verband houden met de op vruchtafdrijving gerichte handelingen, kan men niet van vruchtafdrijving spreken (Cass., 3 dec. 1941, *Arr. Cass.*, 1941, 247, *Pas.*, 1941, I, 441, noot). Maar wanneer de levend geboren vrucht sterft als gevolg van de voortijdige afdrijving, dan is het wel een vruchtafdrijving en geen kindermoord in de zin van art. 396 Sw. (*R.P.D.B.*, tw. «Avortement», 1bis).

De vernietiging van een embryo in vitro is geen vruchtafdrijving.

4. Niet levensvatbare embryo of foetus

8. Vereist is de kunstmatige en opzettelijke vernietiging van een produkt van de conceptie, d.w.z. een embryo of foe-

tus. De leeftijd van het embryo of de foetus speelt geen rol (zie, i.v.m. de vruchtafdrijving vlak na de conceptie, Cass., 14 dec. 1914, *Pas.*, 1915, I, 155). Onder de vroegere wetgeving was het van geen belang of de vrucht al dan niet levensvatbaar was. Gelet op de wil van de meerderheid die de Wet zwangerschapsafbreking goedkeurde, kan thans slechts van vruchtafdrijving sprake zijn voor zover de levensvatbaarheidsgrens niet is overschreden (supra). Acht men deze wilsuiting onvoldoende om te breken met de vroeger aanvaarde definitie van vruchtafdrijving, dan speelt het al dan niet levensvatbaar zijn van de foetus geen rol.

Het vernietigen van een foetus veronderstelt uiteraard dat de vrouw zwanger is (art. 350, tweede lid, Sw.; Corr. Brussel, 26 juni 1967, *R.D.P.*, 1967-68, 997).

9. Dit bestanddeel van het misdrijf van vruchtafdrijving is vervuld wanneer bij een meerlingenzwangerschap een of meer vruchten worden vernietigd en andere niet (zgn. selectieve zwangerschapsafbreking). In dit opzicht is de term vruchtafdrijving trouwens beter op zijn plaats dan zwangerschapsafbreking en, a fortiori, zwangerschapsonderbreking.

5. Causaal verband

10. Tussen het willens en wetens handelen en de vernietiging van de conceptus dient een oorzakelijk verband te bestaan. Dit oorzakelijk verband mag met alle middelen worden bewezen (Cass., 22 mei 1950, *Pas.*, 1950, I, 663).

§ 4 NIET STRAFBARE BEEINDIGING VAN EEN ZWANGERSCHAP

11. Wanneer een zwangere vrouw die door haar toestand in een noodsituatie verkeert, een arts verzoekt haar zwangerschap af te breken, dan is deze zwangerschapsafbreking geen misdrijf, mits een aantal voorwaarden vervuld zijn (art. 350, tweede lid, Sw.).

1. De noodsituatie

a) Betekenis en draagwijdte van noodsituatie

12. De wet bevat geen andere omschrijving van noodsituatie. Uit de voorbereidende teksten blijkt dat een nadere omschrijving, in de zin van aanduiding van objectieve elementen die het mogelijk moeten maken een noodsituatie te herkennen, bewust achterwege werd gelaten. De noodsituatie waarin de vrouw verkeert, berust op de weloverwogen en volgehouden weigering van een vrouw om de zwangerschap te voltooien (Voorstel van wet, *Gedr. St., Senaat*, B.Z. 1988, nr. 247/1, 9). De indieners van het voorstel wezen een objectivering van de noodsituatie van de hand, want dat zou leiden tot controles met willekeur als gevolg (Voorstel van wet, *Gedr. St., Senaat*, B.Z. 1988, nr. 247/2, 82-83). Een precieze omschrijving van noodsituatie zou toch niet te geven zijn (*ib.*, 13 en 23-24), aangezien de noodsituatie «een subjectieve gevoelsmatige toestand is die niet objectiveerbaar is» (*ib.*, 82). De noodsituatie is een gevolg van wat men heeft meegemaakt en uit zich in de weigering om de zwangerschap uit te dragen (*ib.*, 89). In het verslag van de kamercommissie wordt een en ander samengevat. «De noodsituatie waarin de vrouw zich bevindt is ongetwijfeld het doorslaggevend element. Die noodsituatie is een subjectieve

toestand, eigen aan de vrouw, die tot de overtuiging is gekomen dat zij haar zwangerschap niet aankan. De criteria waarop die redenering steunt, zijn strikt persoonlijk en verschillen van vrouw tot vrouw. Die elementen kunnen bijgevolg niet geobjectiveerd of beoordeeld worden. Ze hebben betrekking op de geestelijke ingesteldheid van de vrouw, haar ervaringen, haar geweten» (Wetsontwerp betreffende de zwangerschapsafbreking, *Gedr. St., Kamer*, 1989-90, nr. 950/9, 4).

De opvattingen over het begrip noodsituatie zoals ze hier voor zijn weergegeven, brachten de Raad van State ertoe te suggereren dit begrip te laten vervallen. Volgens de Raad had dit begrip geen enkele rechtsinhoud omdat het niet nauwkeurig en objectief kon worden gedefinieerd (Voorstel van wet, *Gedr. St., Senaat*, 1989-90, nr. 247/8, 6). De indieners van het voorstel zijn op deze suggestie niet willen ingaan. Het begrip noodsituatie is niet bedoeld als een begrip met een juridische inhoud maar met een morele inhoud. Zou men de noodsituatie weglaten, dan zou het voorstel veel ruimer worden en zou het geen enkele morele uitstraling meer hebben (*ib.*, nr. 247/10, 3, 4 en 5). In een later uitgebracht advies heeft de Raad van State de bedoelingen van de indieners zo begrepen dat «de verwijzing naar de noodtoestand gewild is als een tempering op de niet-strafbaarstelling van de zwangerschapsafbreking». In hetzelfde advies herhaalt de raad de mening dat het begrip noodsituatie «niet onontbeerlijk» is, d.w.z. kan worden gemist, «behalve wanneer men van oordeel is dat het om een psychologische voorwaarde gaat» (Ontwerp van wet, *Gedr. St., Kamer*, 1989-90, nr. 950/5, 6-7).

13. De noodsituatie (*situation de détresse*) mag vanzelfsprekend niet worden verward met de noodtoestand (*état de nécessité*). Er kunnen zich omstandigheden voordoen waarin een arts tot zwangerschapsafbreking dient over te gaan zonder dat de voorwaarden van art. 350 Sw. kunnen worden nageleefd. In dat geval zal een beroep op de noodtoestand een rechtvaardiging kunnen geven aan deze zwangerschapsafbreking (Voorstel van wet betreffende de zwangerschapsafbreking, *Gedr. St., Senaat*, B.Z. 1988, nr. 247/2, 89).

14. Terwijl de noodtoestand een (niet wettelijke) rechtvaardigingsgrond is, is de strafrechtelijke betekenis van de noodsituatie in art. 350, tweede lid, Sw. nog veel minder duidelijk.

Tijdens de parlementaire voorbereiding van de Wet zwangerschapsafbreking werd door sommigen de stelling verdedigd dat de noodsituatie een rechtvaardigingsgrond zou inhouden of een «strafuitsluitende verschoningsgrond» (Wetsontwerp, *Gedr. St., Kamer*, 1989-90, nr. 950/9, 97; zie ook Kefer, F., «La naissance d'un enfant après l'échec d'un avortement est-elle constitutive d'un préjudice»? *J.T.*, 1990, 645). Maar volgens anderen gaat het hier om een strafrechtelijk novum: met het begrip noodsituatie worden de vertrouwde paden van rechtsleer en rechtspraak verlaten (Wetsontwerp, *Gedr. St., Kamer*, 1989-90, nr. 950/9, 70). Het onderscheid tussen beide benaderingen is wezenlijk. Wanneer de noodsituatie een rechtvaardigingsgrond is, dan betekent dit dat de zwangerschapsafbreking niet wederrechtelijk is. Volgens de andere opvatting ontbreekt het materieel element zodat er van een misdrijf geen sprake is wanneer de noodsituatie aanwezig is. Een en ander is vooral van belang voor de bevoegdheid voor de strafrechter (*infra*). In

het advies dat de algemene vergadering van de Raad van State uitbracht, treft men deze laatste opvatting aan: «Het is volgens het procédé dat gevolgd is in de aan de Raad van State voorgelegde teksten, het materieel bestanddeel van het misdrijf dat ontbreekt, wanneer is voldaan aan alle voorwaarden die voor de niet-strafbaarstelling zijn vereist» (Wetsontwerp, *Gedr. St., Kamer*, 1989-90, nr. 950/5, 4).

b) Beoordeling van de noodsituatie

15. De invulling van het begrip noodsituatie en de beoordeling van de aanwezigheid ervan is de eindverantwoordelijkheid van de vrouw; de beslissing over de noodsituatie kan niet worden overgelaten aan een derde (Wetsvoorstel, *Gedr. St., Senaat*, B.Z. 1988, nr. 247/2, 23-24).

Toch is het niet uitsluitend de zwangere vrouw die uitmaakt of er een noodsituatie is. Ook de arts tot wie de vrouw zich wendt voor een zwangerschapsafbreking, is hierbij betrokken.

Op dit punt verschilt de Belgische wet van de Franse. Tijdens de parlementaire voorbereiding werd hierop meermaals gewezen. De Franse wet laat het oordeel over de noodsituatie over aan de vrouw zelf. Volgens een van de indieners van het voorstel dat de wet van 3 april 1990 is geworden, verschilt het voorstel van de Franse wet doordat het geen abortus op aanvraag invoert. De arts heeft tot taak zich een oordeel te vormen van de noodsituatie door na te gaan of de vrouw weloverwogen en volgehouden weigert de zwangerschap uit te dragen (Wetsvoorstel, *Gedr. St., Senaat*, B.Z. 1988, nr. 247/2, 106).

16. Dat de noodsituatie niet enkel wordt beoordeeld door de zwangere vrouw zelf, blijkt ook uit art. 350, 2°, laatste lid. In dat artikel is sprake van «de appreciatie van de geneesheer over de vaste wil en de noodsituatie van de zwangere vrouw, op basis waarvan hij aanvaardt de ingreep uit te voeren».

Hoewel de geraadpleegde arts niet in de plaats kan oordelen van de zwangere vrouw en niet in haar plaats mag beslissen (Voorstel van wet, *Gedr. St., Senaat*, B.Z. 1988, nr. 247/2, 10), blijkt uit deze bepaling dat ook de arts tot een zelfstandige appreciatie van de noodtoestand zal dienen te komen. Een van de indieners verklaarde dat de arts geen passief instrument is dat de wil van de vrouw moet uitvoeren; hij zal in geweten een beslissing moeten nemen en kan, indien hij niet overtuigd is, weigeren de zwangerschap af te breken (*ib.*, 99).

17. Hoe de precieze opdracht en bevoegdheid van de geraadpleegde arts ook wordt geduid, vaststaat dat de rechter en welke andere derde ook niet kan treden in de appreciatie van de arts over de vaste wil en de noodsituatie van de zwangere vrouw voor zover is voldaan aan de in art. 350 bepaalde voorwaarden (art. 350, 2°, laatste lid Sw.).

Deze bepaling is het gevolg van een amendement van de indieners zelf met als bedoeling «elke dubbelzinnigheid i.v.m. het beoordelen van de noodsituatie weg te nemen» (Voorstel van wet, *Gedr. St., Senaat*, B.Z. 1988, nr. 247/2, 99). Reeds vóór de indiening van dit amendement hadden de verdedigers van het voorstel laten verstaan dat voor hen het oordeel over de noodtoestand buiten de rechterlijke controle viel omdat het om een moreel probleem gaat waarbij subjectieve gegevens en innerlijke spanningen doorwegen, «die de rechter niet met objectieve maatstaven kan

beoordelen» (Voorstel van wet, *Gedr. St., Senaat*, B.Z. 1988, nr. 247/1, 10). Zodra de arts, na zorgvuldige afweging, een evaluatie heeft gemaakt, mag hij achteraf niet meer worden verplicht zich te verantwoorden (*ib.*, 97). Aangezien volgens deze opvatting de noodsituatie het materieel bestanddeel van het misdrijf vruchtafdriving wegneemt, is er geen misdrijf en kan er van een beoordeling door de strafrechter geen sprake zijn, mits alle voorwaarden zijn vervuld. Diegenen die de noodsituatie beschouwen als een rechtvaardigingsgrond die de wederrechtelijkheid opheft, bestreden deze opvatting: «Wanneer men het beginsel van de strafbaarheid behoudt, moet men aanvaarden dat voor elk strafbaar feit een onderzoek plaatsvindt» (*ib.*, 34 en ook 43). Teneinde hieromtrent ieder misverstand weg te nemen werd het bedoelde amendement ingediend en goedgekeurd. In de kamercommissie werd de draagwijdte van het amendement dat rechterlijke toetsing uitsluit, op de volgende wijze geduid. Een zwangere vrouw die een zwangerschapsafbreking heeft gevraagd en deze heeft ondergaan onder de wettelijk vereiste voorwaarden, «wordt geacht in een noodsituatie te verkeren». Dit vermoeden is een «absoluut onweerlegbaar vermoeden» (Ontwerp van wet, *Gedr. St., Kamer*, 1989-90, nr. 950/9, 30).

2. De vaste wil en het verzoek de zwangerschap af te breken

18. In art. 350, 2°, laatste lid, Sw. is niet alleen sprake van de appreciatie van de arts omtrent de noodsituatie van de zwangere vrouw, maar tevens van haar «vaste wil».

Tijdens de parlementaire voorbereiding is er veel te doen geweest omtrent de vraag of de vaste wil van de vrouw al dan niet samenvalt met de noodsituatie waarin zij verkeert.

De noodsituatie en de vaste wil van de vrouw zijn hoe dan ook nauw met elkaar verbonden. Ofwel volgt de noodsituatie van de vrouw uit haar volgehouden weigering, haar vaste wil de zwangerschap te beëindigen. Ofwel leidt de noodsituatie tot de vaste wil de zwangerschap te laten beëindigen. In het ene geval is de vaste wil de oorzaak van de noodsituatie, in het andere geval is de vaste wil het gevolg van de noodsituatie. De samenhang tussen beide elementen blijkt ook nog hieruit dat beide door de arts moeten worden beoordeeld en dat de appreciatie van de arts over de twee elementen onttrokken is aan de rechterlijke toetsing (art. 350, 2°, laatste lid, Sw.).

19. Volgens art. 350, 2°, eerste lid, Sw. is er geen misdrijf wanneer de zwangere vrouw die door haar toestand in een noodsituatie verkeert, een arts verzoekt haar zwangerschap af te breken en indien de zwangerschapsafbreking uitgevoerd wordt onder de voorwaarden die verder in art. 350 worden bepaald. Een van deze voorwaarden betreft het verzoek van de vrouw. De arts kan de zwangerschapsafbreking bovendien slechts verrichten wanneer de vrouw, de dag van de ingreep, schriftelijk te kennen heeft gegeven dat ze vastbesloten is de ingreep te ondergaan. Deze verklaring moet bij het medisch dossier worden gevoegd (art. 350, 3°, Sw.).

3. Tussenkost van een arts

20. Opdat een zwangerschapsafbreking geen misdrijf zij is de tussenkost van een arts («een geneesheer» in de terminologie van art. 350 Sw.) vereist. Het verrichten van een

zwangerschapsafbreking bij een toestemmende vrouw door een niet-arts levert het misdrijf vruchtafdriving op (art. 350, eerste lid, Sw.). De tussenkost van een arts is vereist om de volgende redenen.

Allereerst dient de noodsituatie en de vaste wil van de vrouw te worden beoordeeld door een arts (art. 350, 2°, laatste lid Sw.).

Vervolgens is de medische tussenkost vereist om uit te maken of er al dan niet reeds twaalf weken zijn verstreken na de bevruchting. Als blijkt dat reeds meer dan twaalf weken zijn verstreken, dan is een zwangerschapsafbreking nog slechts mogelijk mits welbepaalde indicaties bij de vrouw of de foetus aanwezig zijn (*infra*). Vooral bij twijfel of de twaalf-wekengrens is overschreden, zal de tussenkost van een arts onontbeerlijk zijn, bv. voor het verrichten van een echografie (Voorstel van wet, *Gedr. St., Senaat*, B.Z. 1988, nr. 247/2, 121).

Verder dient de zwangere vrouw door een arts te worden ingelicht over de onmiddellijke of toekomstige medische risico's waaraan zij zich blootstelt door het afbreken van de zwangerschap, en over de opvangmogelijkheden voor het ongeboren kind (art. 350, 2°, a en b, Sw.). Ten slotte en vooral moet de zwangerschapsafbreking onder medisch verantwoorde omstandigheden door een arts worden verricht (art. 350, 1°, b, Sw.).

Na de ingreep moet aan de vrouw de nodige voorlichting worden verstrekt inzake contraceptiva, maar dat hoeft niet door een arts te gebeuren. Dat kan overgelaten aan «een andere bevoegde persoon» (art. 350, 5°, Sw.).

21. Nergens is de hoedanigheid of de deskundigheid van de arts nader gespecificeerd.

Voor zover de ingreep gebeurt «onder medisch verantwoorde omstandigheden», kan iedere arts een zwangerschap afbreken. Hij dient geen medisch specialist in de gynaecologie te zijn.

22. De wet bepaalt niet duidelijk of alle voorwaarden die door een arts dienen te worden vervuld (*supra*, nr. 20) door één en dezelfde arts moeten zijn vervuld. In de praktijk is dan ook de vraag gesteld of bijvoorbeeld de appreciatie over de vaste wil en de noodtoestand mag gebeuren door één arts en de uitvoering van de zwangerschapsafbreking door een andere arts. Mag de wachttermijn (*infra*) worden berekend vanaf de consultatie bij de huisarts die naar een gynaecoloog doorverwijst, of begint deze termijn pas te lopen vanaf de eerste consultatie bij de arts die uiteindelijk de zwangerschap zal afbreken?

De voorwaarden bepaald in art. 350, 2°, Sw. moeten worden nageleefd door de arts tot wie de vrouw zich wendt om haar zwangerschap te laten afbreken. De wet bepaalt dit met zoveel woorden. Maar ook de andere voorwaarden moeten in de persoon van een en dezelfde arts worden vervuld. Dit volgt uit de systematiek van de wet. Slechts als alle voorwaarden zijn vervuld, is er geen misdrijf. Dat veronderstelt dat alle voorwaarden door één persoon worden vervuld. Wellicht is dit voor de voorwaarden vermeld in art. 350, 2°, Sw. moeilijk te controleren. Maar voor de correcte naleving van de wachttermijn is dit wettelijk.

23. Een arts kan niet worden verplicht tussen te komen bij een zwangerschapsafbreking.

Overeenkomstig art. 350, 6°, Sw. kan geen arts, verpleegkundige of beoefenaar van een paramedisch beroep worden

gedwongen medewerking te verlenen aan een zwangerschapsafbreking.

Medewerking verlenen is ruimer dan alleen het uitvoeren van een zwangerschapsafbreking. Alle stadia waarin de wet de tussenkomst van een arts vereist (evaluatie van noodsituatie en vaste wil; bepalen van de twaalf wekengrens; informatie en het verrichten van de ingreep) impliceren het verlenen van medewerking aan een zwangerschapsafbreking. Geen arts kan worden gedwongen tussen te komen in een van deze stadia. Hetzelfde geldt voor het verstrekken van informatie inzake contraceptiva na de ingreep.

Art. 350, 6°, eerste lid, Sw. specificeert niet de redenen waarom een arts zijn medewerking niet wenst te verlenen. Die kunnen verband houden met principiële ethische bezwaren tegen zwangerschapsafbreking, maar kunnen ook zijn ingegeven door de vaststelling dat een noodsituatie of de vaste wil de zwangerschap te laten afbreken ontbreekt. In deze zin bevat art. 350, 6°, Sw. meer dan een gewetensbezwaarclausule.

24. Hoewel art. 350, 6°, Sw. deel uitmaakt van een bepaling in het Strafwetboek, zijn geen strafsancties gesteld tegen wie een arts tot medewerking aan een zwangerschapsafbreking zou hebben gedwongen (anders, de minister van Justitie in antwoord op een parlementaire vraag; wellicht misleid doordat deze bepaling deel uitmaakt van het Sw., antwoordde hij: «De toepassing van deze bepaling is, gelet op haar strafrechtelijk karakter, afdwingbaar en het komt de bevoegde overheden toe ervoor te waken dat zij wordt nageleefd» (*Vr. en Antw., Kamer*, 1989-90, 10 juli 1990, 9582, Vr. nr. 435 ANSOMS).

Art. 350, 6°, Sw. vermeldt slechts personen die een gezondheidsberoep uitoefenen. Een medisch secretaresse kan daartoe niet worden gerekend en bijgevolg kan zij zich niet beroepen op die bepaling om bv. te weigeren een verwijfsbrief voor zwangerschapsafbreking te tikken.

25. De arts die weigert een zwangerschapsafbreking uit te voeren, is gehouden de vrouw bij haar eerste bezoek in kennis te stellen van zijn weigering (art. 350, 6°, tweede lid, Sw.).

Uit de parlementaire voorbereiding blijkt duidelijk dat het geenszins de bedoeling is geweest de arts die weigert een zwangerschapsafbreking te verrichten, te verplichten de zwangere vrouw door te verwijzen naar een collega die daartoe wel bereid is. Volgens een van de indieners van het voorstel is het «in beginsel moeilijk een arts die principieel tegen abortus gekant is, te dwingen een centrum aan te wijzen waar de vrouw terecht kan». Om die reden was hij gekant tegen een amendement dat een arts die weigert een ingreep uit te voeren, oplegde aan de vrouw «al de nuttige inlichtingen te verstrekken over de mogelijkheden om een opvangdienst en een geneesheer te vinden die in voorkomend geval bereid kunnen zijn de ingreep te verrichten» (Voorstel van wet, *Gedr. St., Senaat*, B.Z. 1988, nr. 247/2, 146-147).

Een arts die geen principiële bezwaren heeft tegen een zwangerschapsafbreking en de vrouw bij haar eerste bezoek niet in kennis heeft gesteld van zijn weigering, kan in moeilijkheden komen wanneer hij naderhand meent vast te stellen dat de wettelijk vereiste voorwaarden niet zijn vervuld. Enerzijds is het te laat om de vrouw nog van zijn weigering op de hoogte te brengen. Anderzijds is hij strafbaar wanneer hij, ondanks het ontbreken van een van de wettelijke voorwaarden, toch tot zwangerschapsafbreking zou overgaan.

Wel is het zo dat de niet-naleving van art. 360, 6°, tweede lid, Sw. niet strafrechtelijk kan worden gesanctioneerd (wat opnieuw de vraag doet rijzen naar de plaats van zo'n bepaling in een strafwetboek).

4. Plaats van uitvoering

26. Een zwangerschapsafbreking moet worden verricht in een instelling voor gezondheidszorg waaraan een voorlichtingsdienst is verbonden (art. 350, 1°, b, Sw.).

Instelling voor gezondheidszorg heeft luidens de toelichting bij het voorstel een ruimere betekenis dan ziekenhuis in de zin van art. 1 gecoörd. ziekenhuiswet. Niet alleen ziekenhuizen, maar ook «privé-centra, soms ook abortuscentra genoemd», worden hier bedoeld (Voorstel van wet, *Gedr. St., Senaat*, B.Z. 1988, nr. 247/1, 10). Maar de «behandelkamer» (medisch kabinet) van een arts is geen instelling voor gezondheidszorg (*ib.*; zie, in dezelfde zin, *Gedr. St., Senaat*, B.Z. 1988, nr. 247/2, 126 en 130, en Ontwerp van wet, *Gedr. St., Kamer*, 1989-90, nr. 950/9, 127, waar het «moeilijk denkbaar» wordt geacht dat na verloop van twaalf weken sedert de bevruchting een zwangerschapsafbreking wordt verricht buiten een ziekenhuis).

Voor ziekenhuizen gelden geen bijzondere erkenningseisen naast die welke op basis van de gecoördineerde ziekenhuiswet moeten worden nageleefd. Voor de «abortuscentra» gelden in het geheel geen erkenningseisen.

27. Aan de instelling voor gezondheidszorg moet een voorlichtingsdienst verbonden zijn (cf. de Franse versie: «un établissement de soins où existe un service d'information»). Het is derhalve niet voldoende dat de opdrachten van de voorlichtingsdienst worden waargenomen door een dienst die los staat van de instelling voor gezondheidszorg waar de zwangerschapsafbreking wordt verricht.

De wet bevat geen enkele norm voor de erkenning van deze voorlichtingsdiensten. In de kamercommissie werd bij de bespreking van het wetsontwerp opgemerkt dat in art. 350, 1°, b, Sw. reeds voldoende duidelijke gegevens vervat zijn om de rechter in staat te stellen na te gaan of de zwangere vrouw over een geschikte opvangstructuur heeft kunnen beschikken. Een dergelijke toetsing moet steunen op materiële feiten, zoals het bestaan van voorlichtingsdocumenten, openingsuren, aanwezigheid en beschikbaarheid van het personeel enz. (Ontwerp van wet, *Gedr. St., Kamer*, 1989-90, nr. 950/9, 120). Het bestaan van een voorlichtingsdienst moet volgens de minister van Justitie feitelijk, per geval afzonderlijk beoordeeld worden aangezien de wet de criteria niet verduidelijkt waaraan hij moet voldoen om te worden aanvaard (*Vr. en Antw., Senaat*, 1990-91, 23 oktober 1990, 108, Vr. nr. 162 Lenfant).

5. Verplichte opvang en voorlichting. Facultatieve hulp en raad

28. De voorlichtingsdienst zorgt voor de opvang van de zwangere vrouw en licht haar omstandig voor inzonderheid over de rechten, de bijstand en de voordelen die bij wet en decreet worden gewaarborgd aan de gezinnen, aan de al dan niet gehuwde moeders en hun kinderen, en over de mogelijkheden om het kind dat geboren zal worden te laten adopteren (art. 350, 1°, b, Sw.).

De arts tot wie de vrouw zich wendt om haar zwangerschap af te breken, moet haar inlichten over de onmiddellijke of toekomstige medische risico's waaraan zij zich blootstelt door het afbreken van de zwangerschap. Ook moet hij haar de verschillende opvangmogelijkheden voor het kind dat geboren zal worden, in herinnering brengen (art. 350, 2°, a en b, Sw.).

29. Op verzoek van de arts of van de vrouw geeft de voorlichtingsdienst aan de vrouw hulp en raad over de middelen waarop zij een beroep zal kunnen doen voor de oplossing van de psychologische en maatschappelijke problemen die door haar toestand zijn ontstaan (art. 350, 1°, b, en 2°, b, Sw.). Dit is geen verplichting, maar een mogelijkheid.

6. Tijdstip van uitvoering

30. In verband met het tijdstip waarop de zwangerschapsafbreking dient te worden uitgevoerd, bevat art. 350 Sw. twee bepalingen. Volgens art. 350, 1°, a, moet de zwangerschapsafbreking plaatsvinden vóór het einde van de twaalfde week na de bevruchting. Na deze termijn kan de zwangerschap slechts worden beëindigd met naleving van bijkomende voorwaarden (infra).

De tweede bepaling vindt men in art. 350, 3°, Sw. De arts mag de zwangerschapsafbreking niet eerder verrichten dan zes dagen na de eerste raadpleging. Hierop is geen enkele uitzondering gemaakt. Dit betekent dat ook voor een zwangerschapsafbreking na het verstrijken van de twaalfde week, zes dagen moeten verlopen na de eerste raadpleging. Be-doeld is de eerste raadpleging bij de arts die zal overgaan tot de beëindiging van de zwangerschap (supra).

7. Zwangerschapsafbreking na verloop van twaalf weken

31. Alle voorwaarden die hiervoor werden besproken, nl. de noodsituatie, de vaste wil, het verzoek en de schriftelijke bevestiging ervan op de dag van de ingreep, de tussenkomst van een arts, de uitvoering in een instelling voor gezondheidszorg, de verplichte opvang en informatie alsook de wachtperiode van zes dagen moeten worden nageleefd opdat een zwangerschapsafbreking geen misdrijf zij in de zin van art. 350 Sw. Na het einde van de twaalfde week na de bevruchting moeten bovendien nog bijkomende voorwaarden worden vervuld (art. 350, 4°, Sw.). Anders dan in de periode dààrvoor wordt de zwangerschapsafbreking nu afhankelijk van de beoordeling van de gezondheidstoestand van de vrouw of de foetus (Voorstel van wet, *Gedr. St., Senaat*, B.Z. 1988, nr. 247/1, 9).

a) Ernstig gevaar voor de gezondheid van de vrouw

32. Indien het voltooien van de zwangerschap een ernstig gevaar inhoudt voor de gezondheid van de vrouw is een zwangerschapsafbreking na verloop van twaalf weken sedert de bevruchting nog mogelijk (art. 350, 4°, Sw.).

Het begrip «gezondheid» mag hier niet worden begrepen in de ruime zin die de definitie van de Wereld Gezondheidsorganisatie daaraan geeft, nl. fysiek, psychisch en sociaal welbevinden. Volgens een van de indieners komt enkel de lichamelijke of geestelijke gezondheid van de vrouw in aanmerking. Een «sociale noodsituatie» daarentegen niet (Voorstel van wet, *Gedr. St., Senaat*, B.Z. 1988, nr. 247/2,

152). In verband met de ernst van het gevaar werd hieraan toegevoegd dat de beoordeling daarvan kan gebeuren door de rechter. «Het begrip gevaar voor de gezondheid kan met objectieve criteria gemeten worden en is dus controleerbaar, dit in tegstelling met het begrip noodsituatie» (ib.).

De Nederlandse en de Franse versie van art. 350, 4°, Sw. stemmen niet overeen. In de Nederlandse tekst is sprake van het «voltooien» van de zwangerschap dat de gezondheid van de vrouw bedreigt. Letterlijk betekent dit dat enkel een gevaar dat zich voordoet op het einde van de zwangerschap, in aanmerking mag worden genomen. De Franse tekst heeft het over «la poursuite», de voortzetting van de zwangerschap. Die tekst sluit beter aan bij de bedoelingen van de wetgever.

b) Een uiterst zware, ongeneeslijke kwaal bij de foetus

33. Als tweede indicatie voor een zwangerschapsafbreking na verloop van twaalf weken geldt het vaststaand gegeven dat het kind dat geboren zal worden, zal lijden aan een uiterst zware kwaal die als ongeneeslijk wordt erkend op het ogenblik van de diagnose.

In deze indicatie kunnen de volgende elementen worden onderscheiden. Allereerst dient vast te staan dat het kind zal lijden aan een uiterst zware kwaal. Tijdens de parlementaire voorbereiding werd er meermaals op gewezen dat op dit punt het voorstel strikter is dan de Franse wet, die een «grote waarschijnlijkheid» eist (Voorstel van wet, *Gedr. St., Senaat*, B.Z. 1988, nr. 247/2, 153). Vervolgens is vereist een uiterst zware kwaal. Ten derde moet deze kwaal als ongeneeslijk zijn erkend en dit, vierde element, op het ogenblik dat de diagnose ervan wordt gesteld.

c) Medewerking en advies van een tweede arts

34. De slotzin van art. 350, 4°, Sw. bepaalt het volgende : «In dat geval moet de geneesheer tot wie de vrouw zich heeft gewend, de medewerking vragen van een tweede geneesheer, wiens advies bij het dossier moet worden gevoegd.» Deze bepaling heeft heel wat vragen opgeroepen tijdens de parlementaire bespreking.

Is «in dat geval» beperkt tot de uiterst zware kwaal waaraan de foetus lijdt ? Of is de medewerking van de collega tevens vereist wanneer de zwangerschap de gezondheid van de vrouw bedreigt ? Afgaande op de formulering zou kunnen worden verondersteld dat de medewerking van de tweede arts enkel in de laatste hypothese vereist is, zo wordt opgemerkt in het verslag van de kamercommissie (Ontwerp van wet, *Gedr. St., Kamer*, 1989-90, nr. 950/9, 125). Maar er wordt aan toegevoegd dat de voorbereidende werkzaamheden in de Senaat duidelijk hebben aangegeven dat die medewerking in de beide gevallen vereist is. Toch blijkt dit nergens uit het senaatscommissieverslag. Niettemin is het aannemelijk dat «in dit geval» slaat op de gehele voorafgaande zin, d.w.z. op iedere zwangerschapsafbreking die wordt verricht na het verstrijken van twaalf weken.

Vervolgens rijzen er vragen naar de precieze rol van de tweede arts. Herhaaldelijk werd tijdens de bespreking van het wetsontwerp gesteld dat het advies van de geconsulteerde arts een zgn. «gelijkluidend» advies zou zijn. Daarmee wordt bedoeld dat de arts die de zwangerschapsafbreking verricht, en de arts wie om medewerking wordt gevraagd, tot

een zelfde besluit moeten zijn gekomen i.v.m. de vereiste indicatie (Ontwerp van wet, *Gedr. St., Kamer*, 1989-90, nr. 950/9, 133: «Het is ondenkbaar dat een arts, ondanks het negatieve advies van zijn confrater, toch de zwangerschap gaat afbreken, indien hij weet dat op dat ogenblik de gerechtelijke overheid kan optreden»). Niettemin blijkt uit de wettekst nergens dat dit advies moet overeenstemmen met de beslissing van de uitvoerende arts. Daar komt bij dat de deskundigheid of medische specialiteit van de geraadpleegde arts evenmin in de wet wordt gespecificeerd, terwijl ook nergens zijn onafhankelijkheid is gewaarborgd. Op dit punt bevatten de voorbereidende teksten slechts geruststellende verklaringen (Ontwerp van wet, *Gedr. St., Kamer*, 1989-90, nr. 950/9, 126).

d) Levensvatbaarheid als uiterste grens ?

35. Art. 350, 4°, Sw. stelt geen tijdsgrens aan een zwangerschapsafbreking na verloop van twaalf weken. Tijdens de bespreking van het wetsvoorstel dat de wet van 3 april 1990 is geworden, werd door de indieners van het voorstel de mening verdedigd dat zwangerschapsafbreking slechts mogelijk is zolang de foetus niet levensvatbaar is, d.w.z. ongeveer tot de 24e week na de conceptie (supra). Door deze beperking, die klaarblijkelijk is ingegeven door de wil van de meerderheid om een wettelijke zwangerschapsafbreking van een levensvatbare foetus te verhinderen, verdwijnt meteen een belangrijke strafrechtelijke bescherming van het ongeboren leven in de periode tussen de levensvatbaarheid en de geboorte. Vóór de wet van 3 april 1990 bood de ruime interpretatie van het misdrijf vruchtafdrijving aan dit ongeboren leven rechtsbescherming. Door de engere opvatting over toegelaten zwangerschapsafbreking verdwijnt die rechtsbescherming. Zwangerschapsafbreking en vruchtafdrijving zijn, hoewel juridisch zeer verschillend van elkaar omdat de eerste doorgaans geen misdrijf is en de tweede steeds een misdrijf, in materieel opzicht een zelfde handeling. Beide moeten daarom op een zelfde manier worden gedefinieerd. Een enge opvatting over toegelaten zwangerschapsafbreking gaat noodzakelijk samen met een enge opvatting over verboden vruchtafdrijving. Vanaf het bereiken van de levensvatbaarheid zou de foetus voortaan worden beschermd door art. 396 Sw., dat kindermoord strafbaar stelt (Voorstel van wet, *Gedr. St., Senaat*, B.Z. 1988, nr. 247/2, 148, 156). Dit is een zeer betwistbare opvatting. Handelingen die erop gericht zijn een levensvatbare foetus in utero te doden, kunnen niet worden gestraft op grond van dit artikel.

§ 5. DE STRAFBAARHEID VAN DE TOESTEMMENDE VROUW

36. Art. 351 bepaalt dat de vrouw die opzettelijk een vruchtafdrijving laat verrichten buiten de voorwaarden gesteld in art. 350, strafbaar is.

De huidige versie van art. 351 Sw. is duidelijker dan de vroegere versie. Die bepaalde dat strafbaar was de vrouw «die opzettelijk de afdrijving van haar vrucht veroorzaakt».

Die bepaling kon zo worden begrepen dat de vrouw die een vruchtafdrijving liet uitvoeren, niet strafbaar was. Toch werd art. 351 Sw. zo uitgelegd dat ook in die hypothese de vrouw kon worden gestraft.

37. De huidige versie van art. 351 Sw. doet het omgekeerde probleem rijzen: is de vrouw die bij zichzelf een vruchtafdrijving uitvoert, strafbaar?

Deze vraag is niet zonder belang wegens het beschikbaar komen van de zgn. abortuspil (ook Franse pil genoemd of RU 486). In de kamercommissie is hieromtrent nogal wat te doen geweest. Aanvankelijk werd door de verdedigers van het wetsontwerp de mening verkondigd dat art. 351 Sw. niet langer kon worden toegepast op de vrouw die bij zichzelf een zwangerschapsafbreking heeft toegepast. «Na overleg met een der auteurs van het oorspronkelijk bij de Senaat ingediende wetsvoorstel antwoordt een lid dat het wel degelijk de bedoeling is om de vrouw die bij zichzelf een vruchtafdrijving verricht van strafbaarheid vrij te stellen. Wanneer de vruchtafdrijving gebeurt door de inname van de zgn. abortuspil laat zij overigens geen sporen na. Ook in dit geval leek het zinloos deze daad strafbaar te stellen» (Ontwerp van wet, *Gedr. St., Kamer*, 1989-90, nr. 950/9, 135-136). Maar in een later stadium van de bespreking van het wetsontwerp werd, opnieuw in overleg met de auteurs van het ontwerp, een andere interpretatie gegeven aan de woorden «laat verrichten». Dit maal zou het de «juiste interpretatie» zijn, volgens het commissieel dat de tekst toelichtte. «De woorden laat verrichten betekenen: laat verrichten door een ander middel of door een ander persoon» (de Franse versie is duidelijker). «De vrouw die haar zwangerschap vrijwillig afbreekt zonder een beroep te doen op een geneesheer — bijvoorbeeld door een vruchtafdrijvende pil in te nemen — bevindt zich dus in een context waarbij een derde optreedt (de geneesheer, de apotheker, onverschillig welke derde die een vruchtafdrijvend middel verstrekt). De derde, en ook de vrouw, is strafbaar en wel uitgerekend wegens het niet in acht nemen van de in art. 350 gestelde en in art. 351 herhaalde algemene voorwaarden.» Deze interpretatie werd onderschreven door de leden van de partijen die het wetsontwerp steunden (Ontwerp van wet, *Gedr. St., Kamer*, 1989-90, nr. 950/9, 143-144). Zij lijkt voorrang te moeten krijgen op de eerste interpretatie.

Toch roept deze tweede interpretatie vragen op. Er wordt gesuggereerd dat de arts die een abortuspil voorschrijft zonder ze zelf toe te dienen en zonder dat de voorwaarden van art. 350 Sw. zijn vervuld, deze bepaling zou overtreden. Toch is er van het verrichten van een zwangerschapsafbreking door deze arts geen sprake. Voorts geeft deze interpretatie geen antwoord voor het geval dat de vrouw werkelijk alleen is opgetreden omdat zij de abortuspil in het buitenland heeft gekregen.

38. Zoals vroeger, is ook nu in art. 351 Sw. sprake van opzet bij de vrouw.

Dit heeft tot gevolg dat, wanneer een arts een zwangerschapsafbreking uitvoert bij een vrouw maar nalaat alle voorwaarden na te leven zonder dat de vrouw dit weet, deze vrouw niet strafbaar is. «De rechter kan oordelen of de vrouw al dan niet aansprakelijk is wanneer de bij art. 350 bepaalde voorwaarden niet worden nagekomen. Zij kan dan ook niet worden vervolgd voor een vergissing die de geneesheer heeft begaan» (Ontwerp van wet, *Gedr. St., Kamer*, 1989-90, nr. 950/9, 93).

39. De Wet zwangerschapsafbreking bevat geen specifieke bepalingen in verband met de toestemming van de minderjarige zwangere. Ook tijdens de voorbereidende werkzaamheden werd aan deze problematiek nauwelijks aan-

dacht gegeven (Voorstel van wet, *Gedr. St., Senaat*, B.Z. 1988, nr. 247/2, 135-137). Zelfs in de rechtspraak van vóór de wet bleek de leeftijd van de zwangere geen aanleiding te geven tot vragen over de geldigheid van de toestemming. In een uitspraak van de Correctionele Rechtbank te Nijvel ging het om een vijftienjarige (Corr. Nijvel, 2 nov. 1984, *J. Proc.*, 16 nov. 1984, afl. 50, 30) en in een arrest van het Hof van Beroep te Brussel zelfs om een minder dan veertienjarige (Brussel, 14 maart 1984, *J. Proc.*, 1984, afl. 43, 27). In geen van beide gevallen heeft deze leeftijd aanleiding gegeven tot opmerkingen.

De Franse wet (art. L. 162-7 Code de la santé publique) bepaalt wel nadrukkelijk dat, wanneer de zwangere een ongetrouwde minderjarige is, de toestemming van een van de ouders of van een wettelijk vertegenwoordiger vereist is. Maar ook de minderjarige zelf dient toestemming te verlenen. Een loutere plaatsvervangende toestemming volstaat niet (zie hierover Memeteau, G., «Avortement et mère incapable ou vers l'avortement forcé», *Rev. Dr. Sanitaire*, 1983, 525). De Belgische wet eist het verzoek van de zwangere zelf. Uit de parlementaire voorbereiding blijkt dat ook de minderjarige bedoeld is. «Het voorstel voorziet in geen enkel uitsluitel gebaseerd op de leeftijd» (Voorstel van wet, *Gedr. St., Senaat*, B.Z. 1988, nr. 247/2, 137). De toestemming van de vrouw zelf is vereist, om te vermijden dat zij door derden, bv. haar ouders, onder druk wordt gezet (*ib.*, 134). Plaatsvervangende toestemming lijkt uitgesloten. Een vruchtafdrijving uitgevoerd bij een zwangere vrouw die daarin niet zelf heeft toegestemd, is strafbaar op grond van art. 348 Sw.

40. Ook inzake de toestemming van de echtgenoot of partner van de zwangere vrouw die een zwangerschapsafbreking wenst te laten verrichten, bevat de wet geen voorschriften.

De auteurs van het voorstel zijn uitgegaan van de idee dat de wet alleen in het strikt noodzakelijke juridische kader dient te voorzien. Het is duidelijk, volgens de auteurs, dat, wanneer de vrouw een goede relatie heeft met haar man of haar partner, er m.b.t. een eventuele zwangerschapsafbreking tussen beiden geen meningsverschillen zullen zijn (Voorstel van wet, *Gedr. St., Senaat*, B.Z. 1988, nr. 247/2, 134).

§ 6. REGISTRATIE- EN RAPPORTERINGSVERPLICHTINGEN

1. Registratieverplichting in hoofde van de arts

41. Door de Wet evaluatiecommissie zwangerschapsafbreking werd een nationale evaluatiecommissie inzake de toepassing van de wetgeving betreffende de zwangerschapsafbreking ingesteld (art. 1, § 1; zie voor de samenstelling ervan art. 1, § 2). Deze commissie is onder meer bevoegd een registratiedocument op te stellen (art. 2, eerste lid).

De wet bevat een limitatieve opsomming van de vermeldingen die in het registratiedocument moeten worden opgenomen. In het oorspronkelijke wetsvoorstel was die opsomming niet limitatief (Wetsvoorstel, *Gedr. St., Kamer*, 1989-90, nr. 1150/1, art. 2 waarin sprake was van «onder meer»). Nadien werd «onder meer» vervangen door «inzonderheid». Tijdens de bespreking van het voorstel in de plenaire vergadering van de Kamer werd ook die toevoeging geschrapt (*Hand., Kamer*, 1989-90, 21 mei 1990, 2399). In het

document dienen de volgende vermeldingen te worden opgenomen. Het codenummer van de instelling voor gezondheidszorg en het codenummer van de arts. Nergens wordt verduidelijkt wat dit codenummer is of wie het toekent. Leeftijd, burgerlijke staat en aantal kinderen van de vrouw die om een zwangerschapsafbreking verzoekt. De provincie of, indien de vrouw in het buitenland woont, het land waarin de woonplaats van de vrouw gelegen is. De datum van het verzoek tot zwangerschapsafbreking en de datum van de uitvoering ervan. Een amendement om ook de duur van de zwangerschap op het ogenblik van de ingreep te vermelden werd ingetrokken (Wetsvoorstel, *Gedr. St. Kamer*, 1989-90, nr. 1150/4, amendement nr. 18; nr. 1150/5, 16). Een beknopte beschrijving van de door de vrouw ingeroepen noodsituatie. Indien de zwangerschapsafbreking gebeurt nadat twaalf weken verlopen zijn sedert de conceptie, vermeldt de arts tevens het ernstig gevaar voor de gezondheid van de vrouw of de uiterst zware en ongeneeslijke kwaal waaraan het kind bij de geboorte zou lijden. De datum waarop de betrokken vrouw door de voorlichtingsdienst werd ontvangen. De vermelding van de verklaringen van de vrouw over de voorbehoedsmiddelen die zij heeft gebruikt, en de reden van het falen. In zijn advies noemde de Raad van State de schending van de privacy (art. 8 E.V.R.M.) «bijzonder flagrant» in dit geval (Wetsvoorstel, *Gedr. st., Kamer*, 1989-90, nr. 1150/2, 3). Ten slotte dient in het document de methode van zwangerschapsafbreking die werd toegepast, en eventueel van de verwikkelingen die hiervan het gevolg waren, te worden vermeld.

42. De arts die een zwangerschapsafbreking heeft uitgevoerd, is verplicht een dergelijk registratiedocument in te vullen en het te bezorgen aan de evaluatiecommissie, binnen vier maanden na de uitvoering van de zwangerschapsafbreking (art. 2, eerste en laatste lid). De arts die uit nalatigheid of moedwillig, en nadat hij daartoe is aangemaand, nalaat dit document binnen de vastgestelde termijn aan de evaluatiecommissie te bezorgen, wordt gestraft met gevangenisstraf van acht dagen tot een maand of met geldboete van 50 tot 5000 frank (art. 6, eerste lid). De wet vermeldt niet wie bevoegd is deze aanmaning te geven. Uit een tussenkomst in de Kamer kan men afleiden dat één aanmaning zou volstaan (*Hand., Kamer*, 1989-90, 21 mei 1990, 2388).

De verplichting dit registratiedocument in te vullen maakt geen deel uit van de in art. 350 Sw. vermelde voorwaarden opdat de zwangerschapsafbreking geen misdrijf zij. De registratieplicht voegt niets toe aan art. 350 Sw. en evenmin doet die plicht afbreuk aan de verplichtingen opgenomen in dat artikel (zie de tussenkomsten van Lallemand en Erdman, *Hand., Senaat*, 1989-90, 13 juli 1990, 2721 en 2733). Overigens betreft het een verplichting van de arts die een zwangerschapsafbreking heeft uitgevoerd, en niet van de arts die voornemens is er een uit te voeren.

43. T.a.v. de vrouw bij wie een zwangerschapsafbreking is verricht, bevat de wet geen enkele verplichting. Uit meerdere tussenkomsten tijdens de parlementaire voorbereiding blijkt duidelijk dat de vrouw niet verplicht is informatie die de arts in het document dient te vermelden en die hij niet reeds van te voren kent, aan de arts beschikbaar te stellen.

De Raad van State had in zijn advies laten verstaan dat in een dergelijk geval de arts verplicht zou zijn om de ontbrekende gegevens te achterhalen door ze bv. op te vragen bij de familie van de vrouw (Wetsvoorstel, *Gedr. St., Kamer*,

1989-90, nr. 1150/2, 3). Maar in het Parlement werd meerdere malen benadrukt dat de registratieplicht van de arts geenszins een verplichting inhoudt om actief op zoek te gaan naar de ontbrekende gegevens (Wetsvoorstel, *Gedr. St., Kamer*, 1989-90, nr. 1150/5, 7; in dezelfde zin, *Hand., Kamer*, 1989-90, 21 mei 1990, 2385, 2391 en 2397; *Hand., Senaat*, 1989-90, 13 juli 1990, 2721 en 2733).

44. Wanneer een arts een onvolledig ingevuld registratiedocument aan de evaluatiecommissie bezorgt omdat de vrouw bij wie hij een zwangerschapsafbreking verrichtte, bepaalde gegevens weigerde te verstrekken, kan men hem daarvan geen verwijt maken. Hij verkeert dan in de onmogelijkheid het document volledig in te vullen (Wetsvoorstel, *Gedr. St., Kamer*, 1989-90, nr. 1150/5, 18; *Hand., Senaat*, 1989-90, 13 juli 1990, 2733). De arts is dan niet strafbaar op grond van overmacht (*ib.*).

2. Rapportageverplichting van de instelling voor gezondheidszorg

45. De evaluatiecommissie dient een document op te stellen dat als jaarverslag moet worden ingevuld door de instelling voor gezondheidszorg, bedoeld in art. 350, tweede lid, 1°, Sw. (art. 3, eerste lid).

In dit verslag wordt melding gemaakt van het aantal verzoeken tot zwangerschapsafbreking dat bij de instelling of bij de artsen verbonden aan de instelling is ingediend; het aantal zwangerschapsafbrekingen dat is uitgevoerd door aan de instelling verbonden artsen en het aantal verzoeken dat is afgewezen.

Dit jaarlijks verslag moet aan de evaluatiecommissie worden overgezonden ten laatste op 30 april van het jaar volgend op dat waarop de informatie betrekking heeft (art. 3, eerste lid). Aan dit verslag wordt een verslag toegevoegd van de voorlichtingsdienst van de instelling over de samenstelling en de werking van de dienst; de toegepaste opvang- en begeleidingsmethodes; het aantal raadplegingen; eventueel de resultaten van de opvang en de hulp (art. 3, laatste lid).

Niet-naleving van de verplichting beide jaarverslagen aan de evaluatiecommissie te bezorgen, is strafbaar (art. 6, eerste lid).

3. Bescherming van de privacy

46. Zowel de Raad van State als de nationale raad van de Orde van Geneesheren maakten bezwaar tegen de registratieplicht omdat zij een aantasting vreesden van het medisch beroepsgeheim en de privacy van de vrouw (Wetsvoorstel, *Gedr. St., Kamer*, 1989-90, nr. 1150/2, 3; advies nationale raad, *T. Orde Gen.*, 1990, afl. 49, 19-23). De Raad van State baseerde zijn kritiek onder meer op de vaststelling dat niet duidelijk was bepaald wat uiteindelijk met de door de evaluatiecommissie verkregen informatie diende te gebeuren en, meer algemeen, hoe ze zou kunnen worden verspreid. Ook de sanctiëring van inbreuken op de privacy liet te wensen over.

Overeenkomstig art. 1, § 3, a, stelt de evaluatiecommissie ten behoeve van het Parlement een statistisch verslag op waarin de informatie verkregen op grond van de artikelen 2 en 3 (registratie- en rapporteringsplicht) is verwerkt.

De inlichtingen ingewonnen door de commissie zijn vertrouwelijk en mogen aan geen enkele instantie, met inbegrip van de rechterlijke macht, worden meegedeeld (art. 1, § 3, laatste lid; zie voor strafbepalingen art. 7, dat verwijst naar art. 458 Sw.).

Op de kritiek van de Raad van State werd geantwoord dat de registratiedocumenten en de jaarverslagen door de evaluatiecommissie aan niemand mogen worden meegedeeld, zelfs niet aan de rechterlijke macht of aan het Parlement (Wetsvoorstel, *Gedr. St., Kamer*, 1989-90, nr. 1150/4, amendement nr. 13, Verantwoording). Het statistisch verslag dat door de evaluatiecommissie wordt opgesteld en dat bedoeld is voor het Parlement, mag wel openbaar worden gemaakt (Wetsvoorstel, *Gedr. St., Kamer*, 1989-90, nr. 1150/5, 8).

Herman NYS

RECHTSPRAAK

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 15 JUNI 1990

Voorzitter: de h. Soetaert

Rapporteur: de h. Caenepeel

Openbaar ministerie: mevr. Liekendael

Advocaten: mr. Bützler

Afstand van recht – Uitlegging – Recht zich op factuurvoorwaarden te beroepen

De factuurvoorwaarden van eiser bepalen dat een protest om geldig te zijn, dient te gebeuren binnen een week na de ontvangst van de factuur.

Uit het enkele feit dat eiser de tardiviteit van het protest eerst bij conclusie opwerpt, kan niet worden afgeleid dat hij afstand heeft gedaan van dat beding van de factuurvoorwaarden, nu zijn handelwijze ook voor een andere uitlegging vatbaar is.

N.V. R. t/ B.V.B.A. E.

Gelet op het bestreden arrest, op 11 mei 1989 door het Hof van Beroep te Gent gewezen;

Over het middel: schending van de artikelen 1134, derde lid, van het Burgerlijk Wetboek, 702, 774, 807, 1042 en 1138, 2°, van het Gerechtelijk Wetboek, van het algemeen rechtsbeginsel van het recht van verdediging, van het beschikkingsbeginsel dat de autonomie van de procespartijen bij het bepalen van de grenzen van hun geschil voorschrijft – als be-

vestigd in voormelde bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek — en van het algemeen rechtsbeginsel volgens hetwelk de afstand van een recht slechts kan worden afgeleid uit feiten of handelingen die voor geen andere uitlegging vatbaar zijn en strikt dient te worden geïnterpreteerd, als onder meer bevestigd in de artikelen 824 en 1045 van het Gerechtelijk Wetboek,

doordat het hof van beroep oordeelt: «In dit concreet geval zijn er voldoende elementen aanwezig om te besluiten dat (eiseres) zelf het protest (tegen haar factuur) 'in tempore non suspecto' als tijdig heeft beschouwd. Zij heeft zich immers na het protest van 11 oktober 1985 niet beroepen op de laattijdigheid hiervan; zij deed zulks evenmin na de herinneringsbrief van 17 oktober 1985 van de advocaat van (verweerster), waarin (eiseres) onder meer gevraagd werd haar standpunt te laten kennen. Haar enige reactie op voormelde brieven was het laten uitbrengen van een dagvaarding ten gronde op 8 november 1985 strekkende tot opordering van het factuurbedrag, vermeerderd met boetebeding en interesten zonder dat evenwel in deze dagvaarding gewezen werd op een laattijdig protest. Hiervan is eerst sprake in conclusies van 5 mei 1986. Zulks is laattijdig en uit hetgeen voortvloeit blijkt ten genoeg van recht dat (eiseres) zelf afgezien heeft van de toepassing van dit onderdeel van haar factuurvoorwaarden. De toepassing van de factuurvoorwaarden op dit punt zou in dit geval daarenboven in strijd zijn met de goede trouw waarmee overeenkomsten ten uitvoer dienen te worden gebracht, omdat (eiseres), vóór het opstellen van de factuur in kwestie, wist dat de werken niet aanvaard werden omdat zij door de firma V. werden afgekeurd»,

terwijl, eerste onderdeel, (...)

tweede onderdeel, de afstand van een recht strikt moet worden geïnterpreteerd en slechts kan worden afgeleid uit feiten of handelingen die voor geen andere uitlegging vatbaar zijn; de enkele omstandigheid dat de schuldeiser tot betaling van een te laat door de schuldenaar geprotesteerde factuur, dit late protest voor het eerst inriep bij conclusie in eerste aanleg en niet na het protest zelf noch na een latere brief waarin de schuldeiser om zijn standpunt wordt gevraagd, niet volstaat om er met zekerheid uit te kunnen afleiden dat deze laatste ondubbelzinnig afstand heeft willen doen van zijn recht om, overeenkomstig de algemene factuurvoorwaarden, de laattijdigheid van het protest in te roepen; zodat het hof van beroep, door het tegendeel te beslissen, het algemeen rechtsbeginsel volgens hetwelk een afstand van recht strikt moet worden geïnterpreteerd en enkel kan worden afgeleid uit feiten of handelingen die voor geen andere uitlegging vatbaar zijn, miskent;

derde onderdeel, hoewel het in artikel 1134 van het Burgerlijk Wetboek neergelegd beginsel dat overeenkomsten te goeder trouw moeten worden uitgevoerd, een contractpartij verbiedt misbruik te maken van de rechten die dit contract haar toekent, en een dergelijk misbruik onderstelt dat, wanneer die partij, uitsluitend in haar eigen belang, gebruik maakt van een recht dat zij aan de overeenkomst ontleent, zij daaruit een voordeel haalt dat buiten verhouding is met de correlatieve last van de andere partij; de enkele omstandigheid dat de schuldeiser van een factuur, vóór het opstellen daarvan, wist dat de door de hem uitgevoerde werken niet zouden worden aanvaard nu ze door een derde firma zouden worden afgekeurd, geenszins de vaststelling impli-

ceert dat hij, door het inroepen van het factuurbeding betreffende de laattijdigheid van het protest vanwege de schuldenaar, een voordeel verkrijgt dat buiten verhouding is met de correlatieve last van de schuldenaar, te meer daar de aangestelde deskundige — wiens opdracht wordt bevestigd — onder meer gelast werd te «zeggen of deze werken (al dan niet) volgens de regels van de kunst uitgevoerd werden» en «een ontwerp van afrekening tussen partijen» op te stellen, rekening houdend met de uitgaven genoodzaakt door een «eventuele» wanuitvoering; zodat het hof van beroep niet wettig heeft kunnen oordelen dat de door eiseres gevraagde toepassing van artikel 9 in fine der factuurvoorwaarden in strijd zou zijn met de uitvoering te goeder trouw van overeenkomsten, op grond alleen dat eiseres, voor het opstellen van de bewuste factuur, «wist dat de werken niet aanvaard werden omdat zij door de firma V. werden afgekeurd», zonder vast te stellen dat de nadelen die er voor verweerster zouden uit voortvloeien, niet in verhouding staan tot de voordelen die eiseres haalt uit de uitoefening van voormeld contractueel beding (schending van artikel 1134, derde lid, van het Burgerlijk Wetboek):

Wat het tweede onderdeel betreft:

Overwegende dat het arrest vaststelt dat in artikel 9 van de factuurvoorwaarden vermeld was dat een klacht, om geldig te zijn, binnen een week na ontvangst van de factuur moest worden ingediend;

Overwegende dat het arrest oordeelt: dat eiseres heeft afgezien van haar recht om zich op dat factuurbeding te beroepen, omdat zij, na ontvangst van het protest van 11 oktober 1985 tegen haar op 10 augustus 1985 verstuurde factuur en van de rappelbrief van 17 oktober 1985, zich niet beriep op de laattijdigheid van het protest; dat haar enige reactie was de dagvaarding van 8 november 1985, waarin zij betaling vorderde, en dat pas in haar conclusie van 5 mei 1986 sprake was van laattijdig protest;

Overwegende echter dat de handelwijze van eiseres, zoals ze in het arrest wordt beschreven, voor een andere uitlegging vatbaar is;

Dat het arrest derhalve ten onrechte oordeelt dat eiseres heeft afgezien van de toepassing van haar factuurbeding;

Dat het onderdeel gegrond is;

Wat het derde onderdeel betreft:

Overwegende dat het arrest oordeelt dat «de toepassing van de factuurvoorwaarden op dit punt», te weten betreffende de tijdigheid van het protest van verweerster, «in dit geval daarenboven in strijd (zou) zijn met de goede trouw, waarmee overeenkomsten ten uitvoer dienen te worden gebracht (cf. artikel 1134, al. 3, van het Burgerlijk Wetboek) omdat (eiseres) voorafgaandelijk het opstellen van de factuur in kwestie, wist dat de werken niet aanvaard werden omdat zij door de firma V. werden afgekeurd»; dat het arrest anderzijds het beroepen vonnis bevestigt, waarin een deskundigenonderzoek wordt bevolen om te «zeggen of deze werken volgens de regels van de kunst uitgevoerd werden; (...) hierbij rekening houdend met de uitgaven genoodzaakt ingevolge een eventuele wanuitvoering; (...);»;

Overwegende dat de rechters, op de enkele grond dat eiseres wist dat het werk was afgekeurd, ongeacht of haar dit kon worden toegerekend of niet, niet wettig hebben kunnen beslissen dat eiseres de bedoelde factuurvoorwaarde niet te goeder trouw kon tegenwerpen;

...

Dat het onderdeel in zoverre gegrond is ;

...

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 21 JUNI 1990

Voorzitter : de h. Sace

Rapporteur : de h. Verheyden

Advocaat-generaal : de h. Piret

Advocaten : mrs. Draps en Simont

Onrechtmatige daad – Schade en schadeloosstelling – Begrip schade – Verlies van een recht

Verlies van een recht doet niet noodzakelijk schade ontstaan. Geen aanspraak kan worden gemaakt op schadeloosstelling wanneer geen concrete schade wordt aangetoond.

L. en C. t/ R.

Gelet op het bestreden arrest, op 22 december 1988 door het Hof van Beroep te Luik gewezen ;

Over het middel : schending van de artikelen 1349, 1382, 1719, 1779, 1787 tot 1799 van het Burgerlijk Wetboek, 4 van de wet van 4 november 1969, dat is afdeling 3 van titel VIII van boek III van het Burgerlijk Wetboek, «regels betreffende de pacht in het bijzonder», 23 tot 28 van het Gerechtelijk Wetboek en 97 van de Grondwet,

doordat het arrest zegt dat de rechtsvordering van de eisers tot vergoeding van de schade die zij beweren te hebben geleden door verweerders beroepsfouten niet gegrond is, voornamelijk op grond «dat uit de gegevens van de zaak en inzonderheid uit de in de debatten overgelegde stukken na het arrest (van 16 juni 1988), blijkt dat de (eisers) niet aantonen dat zij een zekere persoonlijke schade hebben geleden ; dat integendeel blijkt dat zij voor het belastingjaar 1983 geen enkel persoonlijk beroepsinkomen als landbouwexploitant hebben aangegeven, ongeacht de reden ; dat zij dat bewijs moeten leveren zonder dat een opdracht aan een derde hun onvergeeflijke en sedert de aanvang van de procedure voortdurende tekortkoming kan goedmaken ; dat bijgevolg bij ontstentenis van het bestaan van een door de eisers aangevoerde schade, de beoordeling van de – al dan niet betwiste – oorzakelijke invloed van de fout (van verweerder) zonder belang is ; dat elke vraag om een deskundigenonderzoek in te stellen om het bedrag vast te stellen van de schade, waarvan de werkelijkheid niet vooraf is aangetoond, doel-loos is»,

terwijl uit de uiteenzetting van de feiten en het voorwerp van de zaak als beschreven door de eerste rechter, waarnaar het arrest alvorens recht te doen van 16 juni 1988 verwijst, blijkt dat de eisers pachters waren van gebouwen en gronden bestemd voor landbouw die eigendom waren van de litiscon-sorten B., dat de verpachters door twee vonnissen van de vrederechter te Fosse-la-Ville van 15 september 1982, betekend op 12 november 1982, de beëindiging van de pacht-overeenkomsten en de veroordeling van de eisers tot betaling, inzonderheid van 200.000 frank als schadevergoeding, hebben verkregen, dat verweerder heeft nagelaten de eisers voor de eerste rechter te vertegenwoordigen en hoger be-

roep of verzet in te stellen tegen die beslissingen, hoewel hij daartoe opdracht had gekregen, dat de eisers vergoeding vragen van de schade die zij beweren te hebben geleden door verweerders fout ; dat het arrest alvorens recht te doen van 16 juni 1988 vaststelt dat de eisers «die schade voornamelijk kenmerken als een verlies van tegenwoordige en toekomstige landbouwexploitatie, te weten vergoeding voor de navette, voor het verlies van afsluiting, van de oogst en van landbouwinkomsten gedurende vijftien jaar» ; de eisers in hun conclusie van eerste aanleg die geacht wordt volledig te zijn overgenomen in hun appelconclusie, bovendien het bedrag vorderden van de «schadevergoeding waartoe (zij) door de twee vermelde vonnissen waren veroordeeld, te weten betreffende het dossier Jean B., 100.000 frank vermeerderd met 4.333 frank uitgaven en 585 frank kosten, en betreffende het vonnis Jacques B., 100.000 frank vermeerderd met 21.913 frank, en de wettelijke interest op die verschillende bedragen, zodat dat aanvullend bedrag provisioneel kan worden vastgesteld op 300.000 frank» ;

eerste onderdeel, huur van goederen een contract is waarbij de ene partij zich verbindt om de andere het genot van een zaak te doen hebben gedurende een zekere tijd (artikel 1709 van het Burgerlijk Wetboek) ; de verhuurder verplicht is de huurder het rustig genot daarvan te doen hebben zolang de huur duurt (artikel 1719 van het Burgerlijk Wetboek) ; naar luid van het in het middel aangewezen artikel 4 van de wet van 4 november 1969, de pachtijd niet korter mag zijn dan negen jaar en bij gebreke van geldige opzegging de pacht van rechtswege wordt verlengd voor opeenvolgende periodes van negen jaar bij het eindigen van de gebruiksperiode ; uit die bepalingen volgt dat de pachter op grond van de pacht-overeenkomst het recht heeft om gedurende de bij de wet bepaalde termijn van het gepachte goed te genieten, welk recht hem door de beëindiging van de pacht noodzakelijk wordt ontnomen ; dat het verlies van een dergelijk recht een zekere schade uitmaakt wat het bestaan en zelfs wat het bedrag ervan betreft en dus een schade die in de zin van artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek kan worden vergoed ; daaruit volgt dat het arrest, dat inzonderheid uitspraak diende te doen over de vergoeding van een toekomstige schade te wijten aan het verlies van de mogelijkheid het gepachte goed te exploiteren tot het eindigen van de pachtovereenkomst, te weten gedurende vijftien jaar, om de eisers af te wijzen niet kon oordelen dat de werkelijkheid van die schade niet was aangetoond en, om die reden, dat de vordering tot het instellen van een deskundigenonderzoek inzake de vaststelling van het bedrag ervan doelloos was ; het bijgevolg de artikelen 1382, 1709, 1719 van het Burgerlijk Wetboek en 4 van de in het middel bedoelde wet van 4 november 1969 schendt ;

...

Wat het eerste onderdeel betreft :

Overwegende dat, in tegenstelling tot hetgeen het middel betoogt, verlies van een recht niet noodzakelijk een schade doet ontstaan ;

Dat het arrest te dezen in feite vaststelt, zonder schending van de in dit onderdeel aangewezen wetsbepalingen, dat de werkelijkheid van de door de eisers geleden schade ten gevolge van de beëindiging van de pachtovereenkomst niet is aangetoond ;

Dat dit onderdeel niet kan worden aangenomen ;

...

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER — 6 NOVEMBER 1990

Voorzitter: de h. Boon

Rapporteur: de h. D'Haenens

Openbaar ministerie: de h. Tillekaerts

Advocaat: mr. Verbist

Straf — Motivering — Meest gunstige straf

Als de feiten waaraan de beklaagde schuldig is verklaard, strafbaar zijn gesteld met gevangenisstraf en geldboete of met één van die straffen en de rechter de beklaagde enkel veroordeelt tot een geldboete, heeft hij de voor beklaagde meest gunstige keuze van straf gedaan en dient hij die keuze derhalve niet nader te rechtvaardigen.

F. t/ O.V.A.M.

Gelet op het bestreden arrest, op 6 december 1989 door het Hof van Beroep te Antwerpen gewezen;

I. In zoverre de voorziening gericht is tegen de beslissing op de strafvordering tegen eiser:

Over het middel: schending van de artikelen 97 van de Grondwet, 195 en 211 van het Wetboek van Strafvordering, *doordat* het arrest eiser veroordeelt tot een geldboete van drieduizend frank of een vervangende gevangenisstraf van drie maanden, op grond van de overwegingen «dat de door de eerste rechter uitgesproken strafsancie niet aangepast is aan de ernst van de inbreuk die (eiser) heeft begaan en de risico's en ongemakken waaraan hij zijn medeburgers heeft blootgesteld», dat «anderzijds het hof (van beroep) ook rekening houdt met zijn goed gerechtelijk verleden»,

terwijl het arrest nauwkeurig, maar op een wijze die beknopt mag zijn, de redenen moet vermelden waarom de rechter, als de wet hem daartoe de vrije beoordeling overlaat, een dergelijke straf of een dergelijke maatregel uitspreekt, en bovendien de strafmaat voor elke uitgesproken straf of maatregel moet rechtvaardigen; indien de beklaagde, zoals te dezen, overeenkomstig artikel 56 van het decreet van 2 juli 1981 betreffende het beheer van afvalstoffen gestraft moet worden met gevangenisstraf van acht dagen tot één jaar en met een geldboete van honderd frank tot honderdduizend frank of met één van die straffen alleen, deze bijzondere motiveringsplicht geldt wat betreft de keuze van de straf en wat betreft de maat van de gekozen straf; het bestreden arrest derhalve, door eiser te veroordelen tot een geldboete van drieduizend frank of een vervangende gevangenisstraf, op de enkele overweging dat «de door de eerste rechter uitgesproken strafsancie niet aangepast is aan de ernst van de inbreuk die (eiser) begaan heeft en de risico's en ongemakken waaraan hij zijn medeburgers heeft blootgesteld» en rekening houdend «met zijn goed gerechtelijk verleden», nalaat nauwkeurig de redenen aan te geven van de keuze van de geldboete als straf (schending van de in het middel vermelde bepalingen):

Overwegende dat de feiten waaraan eiser schuldig is verklaard krachtens artikel 56 van het voornoemde decreet van het Vlaamse Gewest strafbaar zijn gesteld met gevangenisstraf en geldboete of met een van die straffen;

Overwegende dat de appelrechters, nu zij eiser enkel veroordelen tot een geldboete, de voor eiser meest gunstige keuze van straf hebben gedaan; dat zij derhalve die keuze niet nader dienden te rechtvaardigen;

...

NOOT — De motivering van de straftoemeting

1. Bij het bepalen van de straf heeft de rechter een grote beoordelingsvrijheid. De wet geeft hem enkel aan uit welke soorten sancties hij kan putten en welke grenzen hij voor de strafmaat in acht dient te nemen (zie L. Dupont, «Wettelijke regelen inzake straftoemeting en hun onderlinge combinatie», in *Strafrecht voor rechtspractici*, 113).

Sinds de wet van 27 april 1987 is nochtans ter zake een bijkomende motiveringsplicht ingevoerd. De rechter zal niet alleen zijn beslissing tot veroordeling moeten rechtvaardigen, maar eveneens de uitgesproken straf en strafmaat (Cass., 14 december 1988, *J.L.M.B.*, 1989, 290, met noot P. Henry). Het hierbij beoogde doel bestond voornamelijk in het bewerkstelligen enerzijds van een bedachtzame straftoemeting en anderzijds het voorkomen van rechterlijke willekeur (zie L. Dupont, «De motivering van de straftoemeting», in *Actuele problemen van strafrecht*, 1988, 505). Reeds tijdens de wordinggeschiedenis van de wet rezen twijfels nopens de finale doelmatigheid ervan en de daaropvolgende toetsing aan de dagelijkse praktijk van het rechtsgebeuren heeft deze aarzelingen geenszins definitief ontzenuwd (zie R. Delcercq, *Strafvordering*, II, 1987, 71; G.S., «Motivering van de straffen», *R.W.*, 1987-88, 232).

2. Niet alle strafrechters hebben namelijk deze wettelijke bezinningsplicht opgelegd gekregen (zie: F. Close, «La loi du 27 avril 1987 sur la motivation des peines», *J.L.M.B.*, 1987, 1405).

De politierechter, die toch vrij zware gevangenisstraffen en dito geldboeten bij toepassing van het bijzonder strafrecht kan opleggen, moet enkel als een rijverbod wordt uitgesproken, de keuze en de duur van die bijkomende straf rechtvaardigen (Cass., 2 maart 1988, *R.D.P.*, 1988, 700, met noot J.S.; Cass., 9 november 1988, *J.L.M.B.*, 1989, 289).

Het hof van assisen, dat op de meest ingrijpende wijze het verdere leven van een veroordeelde kan beïnvloeden, mag in alle talen zwijgen over de redenen van de betoonde toegeeflijkheid of strengheid (zie J. Sace, «La loi belge du 27 avril 1987 sur la motivation des peines», *R.D.P.*, 1987, 961).

Enkel in correctionele zaken moet luidens art. 195 Sv. het vonnis of arrest nauwkeurig, maar op een wijze die beknopt mag zijn, de redenen vermelden waarom de rechter, als de wet hem daartoe vrije beoordeling overlaat, die straf of die maatregel uitspreekt. Bovendien moet de strafmaat gerechtvaardigd worden voor elke uitgesproken straf of maatregel (Cass., 10 februari 1988, *R.D.P.*, 1988, 693; P. Henry, «Inédits de droit pénal (I). Motivation de la nature et du taux des peines», *J.L.M.B.*, 1988, 643).

3. De dynamiek van de straftoemeting stoelt in hoofdzaak op twee pijlers: doelmatigheid en gerechtigheid, verweven met tal van rationele en irrationele elementen (zie: G. Knigge, *Het irrationele van de straf*; J. Goethals, «De rechter berecht: straftoemeting en persoonlijkheid», *Panopticon*, 1984, 44). Zo gaat bij de besluitvorming hieromtrent de juridische constructie, belangrijk voor de voorafgaande vragen inzake bewijs en strafbaarheid, in grote mate schuil achter gegevens

met betrekking tot de aard en de ernst van het begane misdrijf, de persoon van de dader, de proceshandelingen, het oordeel van het openbaar ministerie en de verdediging en de eigen opvattingen van de rechter. Strafdossier en onderzoek ter terechtzitting vormen hierbij de informatiebron van de rechter, waarbij daarenboven dient te worden opgemerkt dat het ontbreken van een landelijk gecentraliseerde criminele gegevensbank en de automatische uitwisseling na korte tijd van een thans niet onaanzienlijk aantal voorgaande veroordelingen overeenkomstig art. 619 Sv. als gewijzigd door de wet van 9 januari 1991 (*B.S.*, 5 februari 1991, 2221), een duidelijk vertekend beeld kunnen geven van de persoonlijkheid van de te beoordelen delinquent (zie ook A. De Nauw, «De ruime bevoegdheden van de rechter bij de strafvorming», *Panopticon*, 1980, 213; L. Dupont, «Schuld en boete, beschouwingen over buitenwettelijke criteria voor straftoemeting», *Panopticon*, 1987, 1). Het is bijgevolg hoogst twijfelachtig of zulk een complexe neerslag van een rechtsoordeel in een vonnis op bondige maar volledige wijze kan worden verwoord. Strafmotiveringen, hoe inhoudrijk ook, zijn overigens nog geen waardemeter voor de echte motieven van de rechter.

4. Het moet dan geenszins verwondering baren dat in de praktijk vele strafmotiveringen wat stereotiep aandoen, het (gematigd) marginaal toetsingsrecht van het Hof van Cassatie ten spijt (*Cass.*, 27 juni 1990, *J.L.M.B.*, 1990, 1375, met noot M. Neve). De plichtsbewuste strafrechter heeft trouwens, ook zonder daartoe door de wet te zijn gedwongen, steeds aangeduid om welke redenen hij in uitzonderlijke gevallen van de verwachte straftoemeting afwijkt. De grote massa der doorsnee strafzaken vereist dit echter niet, omdat de veroordeelde geen nader inzicht in de als normaal ervaren beslissing behoeft (zie ook J.M. Berkkens, «Motivering bij de strafvorming: een (straf)maat voor niets?», *Panopticon*, 1984, 89).

De overweging dat een gemotiveerde strafmaat tenslotte ook dienstig is voor de strafuitvoering, kan slechts minimaal worden onderschreven wegens het hier respectievelijk hanteren van verschillende beoordelingselementen in duidelijk qua tijdstip onderscheiden fasen van het strafrechtelijk gebeuren.

Bezint men zich dan ook wel voldoende over de vraag of de trend om hen die recht moeten spreken, aanhoudend op te zadelen met op straffe van nietigheid (en meestal onder zware tijdsdruk zoals bij de nieuwe Voorlopige Hechteniswet) al te formalistisch gekleurde motiveringsverplichtingen wel tot een meer doeltreffende en vooral betere rechtsdeling kan leiden?

M. De Swaef

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER – 26 NOVEMBER 1990

Voorzitter: de h. Rauws

Rapporteur: de h. Verougstraete

Openbaar ministerie: de h. Lenaerts, procureur-generaal

Advocaat: mr. Van Hecke

Minder-validen – Tegemoetkomingen – Aanvraag – Indiening

Alle aanvragen om tegemoetkomingen aan minder-validen, ook inzake hulp van derde, kunnen enkel bij de burgemeester van de verblijfplaats van de minder-valide worden ingediend. Een aanvraag kan niet wettelijk bij de arbeidsrechtbank worden ingediend.

Belgische Staat t/ D.

Gelet op het bestreden arrest, op 10 mei 1989 door het Arbeidshof te Antwerpen, afdeling Hasselt, gewezen;

Over het tweede middel, gesteld als volgt: «schending van artikel 14 van de wet van 27 juni 1969 betreffende het toekennen van tegemoetkomingen aan de minder-validen en de artikelen 2 en 3 van het koninklijk besluit van 17 november 1969 houdende algemeen reglement betreffende het toekennen van tegemoetkomingen aan de minder-validen;

doordat het arrest een ter terechtzitting van de arbeidsrechtbank door de lasthebber van verweerster gedane verklaring gelijkstelt met een aanvraag tot het verkrijgen van de tegemoetkoming voor hulp van derde;

terwijl alle aanvragen voor tegemoetkomingen aan minder-validen, ook inzake hulp van derde, enkel bij de burgemeester van de verblijfplaats van de minder-valide kunnen worden ingediend en vergezeld moeten gaan van een medisch rapport over de noodzaak van hulp aan derde»;

Overwegende dat, krachtens de in het middel vermelde wettelijke bepalingen, alle aanvragen om tegemoetkomingen, ook inzake hulp van derde, enkel bij de burgemeester van de verblijfplaats van de minder-valide kunnen worden ingediend;

Dat het arrest, dat aanneemt dat een aanvraag wettelijk kan worden ingediend bij de arbeidsrechtbank en dat het bestuur een beslissing over die aanvraag moet nemen, de in het middel aangewezen wettelijke bepalingen schendt;

...

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 29 NOVEMBER 1990

Voorzitter: de h. Sace

Rapporteur: de h. Verheyden

Advocaten: mrs. Gérard, Simont en Dassel

1. Internationaal privaatrecht – Verjaring – Stuiting – Dagvaarding – Toepasselijke wet – 2. Verjaring – Stuiting – Dagvaarding – Draagwijdte

1. De verjaring van een rechtsvordering, die samenhangt met de aard zelf van het recht waarvan die rechtsvordering de uitoefening uitmaakt, valt in de regel onder toepassing van de wet die op de verbintenis van toepassing is. De regel geldt voor de oorzaken die deze verjaring stuiten.

Als echter de stuiting tweegebracht wordt door een dagvaarding, wordt de vraag welke vorderingen in deze proceshandeling begrepen zijn, beantwoord door de *lex fori*.

2. Een dagvaarding voor het gerecht stuit de verjaring van de vordering die ze inleidt, en van de vorderingen die virtueel daarin begrepen zijn.

B. t/ Staatsvennootschap naar Zaïrees recht G.

Gelet op het bestreden arrest, op 2 juni 1988 door het Hof van Beroep te Brussel gewezen ;

...

Over het derde middel : schending van de artikelen 2244 en 2246 van het Burgerlijk Wetboek,

doordat het hof van beroep, met betrekking tot de vergoeding van opzeggingsverlenging, die eiser in de berekening van het basisloon in aanmerking wilde nemen, oordeelt dat «de eerste rechter terecht heeft gezegd dat de vordering verjaard was, omdat zij in oktober 1983, dus meer dan drie jaar na de beëindiging van de overeenkomst, was ingesteld ; dat de overwegingen van appellant inzake de stuiting van de verjaring wegens het voorbehoud dat in de oorspronkelijke dagvaarding is gemaakt, ongegrond zijn ; dat de vordering van appellant, niettegenstaande dat voorbehoud, toch een nieuwe vordering is waarvan de datum waarop ze is ingeleid, in aanmerking dient te worden genomen bij de beoordeling van de verjaring»,

terwijl ingevolge de in het middel aangewezen wetsbepalingen de dagvaarding voor het gerecht de verjaring stuit ; de stuiting zich uitstrekt tot de vorderingen die virtueel begrepen zijn in de vordering die bij de dagvaarding wordt ingeleid ; te dezen de door eiser ingestelde rechtsovereenkomst strekte tot het verkrijgen van een aanvullende compensatoire opzeggingsvergoeding ; hij, nu bij de vaststelling van die vergoeding noodzakelijk rekening moet worden gehouden met alle bestanddelen van eisers loon, nog een of ander van die bestanddelen in de loop van het geding mocht aanvoeren ; zulks des te meer het geval was nu eiser in zijn dagvaarding reeds een bedrag vorderde ten belope van 21.405 frank, als vergoeding voor opzeggingsverlenging die ten onrechte door de tweede verweerster was ingehouden, en nu zij met het gebruikelijk voorbehoud gepaard ging ; het hof van beroep bijgevolg niet zonder schending van de in het middel aangewezen wetsbepalingen kon beslissen dat eiser, wegens verjaring, vervallen was van het recht om de contractueel bedongen uitkering voor opzeggingsverlenging in zijn loon op te nemen :

Over het door verweerster opgeworpen middel van niet-ontvankelijkheid, afgeleid uit de schending van artikel 1080 van het Gerechtelijk Wetboek :

Overwegende dat het middel volgens verweerster niet ontvankelijk zou zijn omdat het alleen de artikelen 2244 en 2246 van het Belgisch Burgerlijk Wetboek aanwijst, «terwijl de stuitende kracht van een dagvaarding voor het gerecht inzake een arbeidsovereenkomst waarop het Zaïrees recht van toepassing is, uitsluitend volgt uit artikel 152 van het Zaïrees Wetboek van Arbeidsrecht» ;

Overwegende dat de verjaring van een rechtsovereenkomst, die samenhangt met de aard zelf van het recht waarvan die rechtsovereenkomst de uitoefening uitmaakt, in de regel onder toepassing valt van de wet die op de verbintenis van toepassing is ; dat de regel geldt voor de oorzaken die deze verjaring stuiten ;

Dat het middel te dezen evenwel geen kritiek oefent op het beginsel van de stuitende kracht van de dagvaarding voor het gerecht, maar uitsluitend betrekking heeft op de vorderingen die in deze proceshandeling zijn begrepen, wat onder toepassing van de *lex fori* valt ;

Dat het middel van niet-ontvankelijkheid niet kan worden aangenomen ;

Over het middel :

Overwegende dat een dagvaarding voor het gerecht de verjaring stuit van de vordering die ze inleidt en van de vorderingen die virtueel daarin zijn begrepen ;

Overwegende dat uit het arrest blijkt, enerzijds, dat de oorspronkelijke vordering inzonderheid strekte tot het bekomen van een aanvullende opzeggingsvergoeding, anderzijds, dat de latere vordering betreffende de vergoeding voor opzeggingsverlenging, waarvan het hof van beroep zegt dat zij verjaard is, ertoe strekte dat laatste voordeel te doen opnemen in het basisloon waarop de opzeggingsvergoeding wordt berekend, wat het voorwerp van de oorspronkelijke vordering uitmaakt ;

Overwegende dat het arrest, door te zeggen dat de nieuwe vordering verjaard is, impliciet beslist dat zij niet virtueel begrepen was in de dagvaarding ;

Dat het hof van beroep, uit de voornoemde vermeldingen, die beslissing niet heeft kunnen afleiden zonder het in het middel aangewezen artikel 2244 van het Burgerlijk Wetboek te schenden ;

Dat het middel in die mate gegrond is ;

...

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER — 7 JANUARI 1991

Voorzitter-rapporteur : de h. Rauws

Openbaar ministerie : de h. Lenaerts, procureur-generaal
Advocaten : mrs. Nelissen Grade en Delahaye

**Arbeidsovereenkomst — Handelsvertegenwoordiger —
Commissieloon — Order — Aanvaarding — Voorwaarde —
Weigering of voorbehoud — Termijn — Aard**

De werkgever vermag niet de orders van zijn handelsvertegenwoordiger te aanvaarden onder voorwaarde.

De in de overeenkomst bepaalde termijn waarbinnen de werkgever zijn weigering of zijn voorbehoud ten aanzien van een aangebrachte order kan meedelen, moet een vaste en zekere tijd zijn.

P.V.B.A. A. t/ M.

Gelet op het bestreden arrest, op 30 januari 1990 door het Arbeidshof te Brussel gewezen ;

Over het middel, gesteld als volgt : «schending van de artikelen 1134, 1135 van het Burgerlijk Wetboek, 90 van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten, en 97 van de Grondwet,

doordat het arrest de vordering tot betaling van commissielonen gegrond verklaart, en diensgevolge eiseres veroordeelt tot betaling aan verweerder van de bedragen van 1.140.000 frank en 105.000 frank, alsmede eiseres veroor-

deelt tot betaling van de bedragen van 238.042 frank als vakantiegeld, 3.422 frank als conventionele oudejaarspremie, 636.613 frank als verbrekingsvergoeding, en 793.824 frank als uitwinningvergoeding, welke bedragen mede op grond van de verschuldigde commissielonen berekend worden, op grond van de volgende overwegingen : 'het arbeidshof beslist zoals de eerste rechter, dat krachtens de dwingende bepalingen van artikel 90 A.O.W. de partijen bij een handelsvertegenwoordigersovereenkomst, inzake de aanvaarding van een bestelling, slechts een termijn mogen bepalen waarbinnen de werkgever gehouden is zijn weigering of voorbehoud te formuleren, bij gebreke waarvan de bestelling vermoed wordt door hem aanvaard te zijn ; de bedingen van een dergelijke overeenkomst die de aanvaarding van de bestelling ondergeschikt maken aan de verwezenlijking van een voorwaarde, inzonderheid de betaling door de klant, zijn derhalve nietig (...) bovendien bezitten de partijen van een handelsvertegenwoordigerscontract enkel de mogelijkheid de termijn voor de aanvaarding van de order in onderling overleg te bepalen, maar niet het ogenblik waarop deze termijn begint te lopen ; dit blijkt duidelijk uit de strekking van artikel 90 A.O.W.; voorts hebben de partijen enkel de mogelijkheid een 'bepaalde termijn' te voorzien ; de bedoeling hiervan is duidelijk nl. de handelsvertegenwoordiger zekerheid geven omtrent het al of niet aanvaard zijn van zijn opdracht binnen een vaste termijn ; in casu echter bepaalde artikel 8 van de overeenkomst dat de werkgever de mogelijkheid heeft de opdracht te weigeren door een notificatie binnen 60 dagen (later 30 dagen) volgend op de bouwtoelating, de authentieke akte van verkoop van terrein en de authentieke akte van lening van de kopers ; het arbeidshof beslist dat dit geen bepaalde termijn is, maar een onbepaalde termijn, aangezien hij de handelsvertegenwoordiger in volstreekte onzekerheid laat (...)»

Overwegende dat het arrest, mede met verwijzing naar de redenen van het beroepen vonnis, vaststelt dat eiseres verweerder bij de ontvangst van diens bestellingen stelselmatig meedeelde dat de aanvaarding ervan gepaard ging met voorbehoud ;

Dat het arrest dienaangaande oordeelt dat het door eiseres systematisch gemaakte «voorbehoud» in rechte evenwel een aanvaarding onder voorwaarde van de orders uitmaakte, en dat zulk een aanvaarding wettelijk niet geoorloofd is, aangezien artikel 90 van de Arbeidsovereenkomstenwet de werkgever alleen toestaat te weigeren of te aanvaarden met voorbehoud ;

Dat het arrest op die gronden beslist dat een order, bij gebreke van weigering of van geldig voorbehoud, geacht wordt te zijn aanvaard ; dat die beslissing naar recht verantwoordt de beslissing dat op de door verweerder aangebrachte orders door eiseres commissieloon verschuldigd is ;

...

Overwegende dat de in de overeenkomst bepaalde termijn waarbinnen de werkgever zijn weigering of zijn voorbehoud ten aanzien van een aangebrachte order kan meedelen, een vaste en zekere tijd moet zijn ;

Dat het arrest, dat oordeelt dat de te dezen in de overeenkomst bedongen termijn onbepaald was en de handelsvertegenwoordiger, verweerder, in volstreekte onzekerheid

liet, aldus de beslissing dat bedoeld beding nietig is, naar recht verantwoordt ;

...

HOF VAN BEROEP TE GENT

9e KAMER — 4 FEBRUARI 1988

Voorzitter : de h. Mertens

Raadsheren : de hh. Staessens en Thybergin

Advocaten : mrs. Verwilghen, Van Lantschoot, De Smedt en Van Damme

Aanneming van werk — Woningbouw — Wet van 9 juli 1971 — Toepassingsgebied — Aspirant-koper contractueel verplicht vóór de voltooiing van het gebouw een of meer stortingen te doen — Erkende sociale huisvestingsmaatschappijen

De wet van 9 juli 1971 tot regeling van de woningbouw en de verkoop van te bouwen of in aanbouw zijnde woningen (zgn. wet-Breyne) is slechts van toepassing wanneer de aspirant-koper volgens de overeenkomst verplicht was vóór de voltooiing van het gebouw een of meer stortingen te doen. Deze wet is dus niet van toepassing in alle gevallen van projectontwikkeling waarbij afgewerkte constructies worden verkocht.

Voormelde wet van 9 juli 1971 is evenmin van toepassing op de overeenkomsten aangegaan door de Nationale Maatschappij voor de Huisvesting, de Nationale Landmaatschappij en de door hen erkende maatschappijen.

B. en Van H. t/ C.M. S. e.a.

Appellanten zijn eigenaars van een woning te Dendermonde, (...); zij kochten deze woning aan op 30 juli 1973 ; de verkooptster was de c.v. V., een maatschappij voor sociale woningbouw.

Op een bepaald ogenblik werden waterinsijpelingen vastgesteld in deze woning ; appellanten hebben dan eerst geïntimeerde in kort geding laten dagvaarden ten einde de aanstelling te verkrijgen van een deskundige met de gebruikelijke opdracht.

In kort geding werd een deskundige aangesteld en het is op grond van het deskundigenverslag, en ook op basis van andere elementen, dat appellanten schadevergoeding vorderen van eerste geïntimeerde, die, in het geding ten gronde, tweede en derde geïntimeerde tot tussenkomst en vrijwaring heeft laten dagvaarden.

In rechte spitst het debat zich volledig toe op de tienjarige aansprakelijkheid, zoals voorzien door de artikelen 1792 en 2270 B.W.

De aansprakelijkheid van aannemer en architect, voorzien in deze wetsbepalingen, kan echter, behoudens bijzondere overeenkomst, die te deze niet aanwezig is, niet zonder meer worden uitgebreid tot een bouwpromotor ; daartoe was een tussenkomst van de wetgever vereist.

Op het ogenblik dat de woning van appellanten gebouwd werd en overigens ook door hen werd aangekocht (nl. in 1973) — en trouwens ook thans nog — was, althans in de sector van de woningbouw, slechts één wettelijke uitbreiding voorzien, nl. die van de wet van 9 juli 1971 tot regeling van

de woningbouw en de verkoop van te bouwen of in aanbouw zijnde woningen, waarbij de artikelen 1792 en 2270 B.W. toepasselijk werden verklaard op bepaalde bouwpromotoren (cf. de artikelen 1, 3 en 6 van de wet van 9 juli 1971).

Deze wet komt echter *in casu* niet ter sprake, aangezien volgens artikel 1 van deze uitzonderlijke reglementering de wet van 9 juli 1971 slechts toepassing vindt wanneer de aspirant-koper volgens de overeenkomst verplicht was, vóór de voltooiing van het gebouw, één of meer stortingen te doen, hetgeen te deze niet het geval was, zoals blijkt uit de akte koop-verkoop.

Deze restrictie is belangrijk, omdat zij de wettelijke bescherming opheft voor alle gevallen van promotieovereenkomsten waarbij afgewerkte constructies worden verkocht (cf. Y. Hannequart, *Le Droit de la Construction*, 1974, nr. 223, blz. 158).

Enkel volledigheidshalve wordt hier nog aan toegevoegd dat artikel 2 van voornoemde wet daarenboven bepaalt dat deze wet o.m. niet toepasselijk is op overeenkomsten aangegaan door: «1° de Nationale Maatschappij voor de Huisvesting, de Nationale Landmaatschappij en hun erkende maatschappijen».

Welnu, de c.v. V. is een erkende bouwmaatschappij van de Nationale Maatschappij voor de Huisvesting, zodat de wet van 9 juli 1971 op haar in geen enkel geval toepasselijk kan zijn en dus evenmin de artikelen 1792 en 2270 B.W.

Op de draagwijdte van deze wetsbepalingen dient derhalve niet nader te worden ingegaan, daar zij *in casu* toch geen toepassing kunnen vinden.

ARBEIDSHOF TE ANTWERPEN

2e KAMER – 5 NOVEMBER 1990

Voorzitter: de h. Boes

Raadsheren in sociale zaken: de hh. Trekker en Janssens
Advocaten: mrs. Lecoutre en Lenaerts loco Deprez

Bescherming van het loon – Toepassingsfeer – Onderwijs – Private inrichting – Loon – Betaling door Staat – Inhouding

Wanneer het loon niet rechtstreeks door de werkgever maar door toedoen van een derde – te dezen de Staat – wordt uitbetaald, is die derde daarbij gehouden tot naleving van de bepalingen van de Loonbeschermingswet.

Vlaamse Gemeenschap t/ B.

1. Feiten

Overwegende dat niet betwist is dat met ingang van 1 oktober 1980 tot en met augustus 1981 een nettobedrag van 117.238 fr. op het loon van geïntimeerde ingehouden werd omdat tevoren een verkeerde weddeschaal zou zijn toegepast; dat geïntimeerde stelt dat dit nettobedrag van 117.238 fr. betrekking heeft op een brutobedrag van 174.022 fr. wat door appellante niet op afdoende wijze wordt betwist;

2. Ontvankelijkheid van de vordering van geïntimeerde ten opzichte van de Belgische Staat, in rechte opgevolgd door appellante

Overwegende dat, luidens artikel 25, eerste lid, van de wet van 29 mei 1959 betreffende het bewaarschoolonderwijs, het lager, middelbaar, normaal-, technisch, kunst- en buitengewoon onderwijs, de kosten van het onderricht, verstrekt in de inrichtingen of afdelingen van inrichtingen voor onderwijs, tot stand gebracht door openbare of private personen, ten laste vallen van «de inrichtende machten»; dat luidens het tweede lid van dit artikel de Staat onder meer weddetoelagen verleent aan de in artikel 24 bedoelde onderwijsinrichtingen en afdelingen van inrichtingen die aan bepaalde voorwaarden voldoen; dat artikel 36, tweede lid, ten tijde van de feiten luidde: «De Staat betaalt de weddetoelagen rechtstreeks aan de leden van het personeel van de vrije inrichtingen»; dat met die verplichting van de Staat jegens voormelde personeelsleden een subjectief recht aan hun kant ten aanzien van de Staat overeenstemt; dat derhalve de rechtsvordering van geïntimeerde tot betaling van ingehouden weddetoelagen tegen de Staat (thans appellante) ingesteld op basis van artikel 36, tweede lid, van voormelde wet ontvankelijk is;

3. Artikel 23 Loonbeschermingswet

Overwegende dat de Loonbeschermingswet van toepassing is op alle werknemers bedoeld in artikel 1 van die wet, namelijk op alle personen die al of niet krachtens een arbeidsovereenkomst tegen loon arbeid verrichten in een verhouding van ondergeschiktheid, en op de werkgevers, zijnde de personen (natuurlijke of rechtspersonen) die voormelde werknemers tewerkstellen, zonder dat daarbij afbreuk wordt gedaan aan meer gunstige regelingen;

Overwegende dat, bij ontstentenis van zulk een gunstiger regeling, op basis van voormeld artikel 25, eerste lid, van de wet van 29 mei 1959 de betaling van het loon van geïntimeerde in beginsel ten laste viel van «de inrichtende macht» V.Z.W.T.; dat aan dit beginsel geen afbreuk werd gedaan door de bepaling van artikel 36, tweede lid, naar luid waarvan de Staat de weddetoelagen rechtstreeks en maandelijks aan het personeel van de vrije inrichtingen diende te betalen;

Overwegende dat het loon in beginsel door de werkgever verschuldigd is, zonder dat het echter noodzakelijk door hem moet worden betaald; dat als het loon onrechtstreeks, zoals in casu, door toedoen van de Staat wordt uitbetaald, de Staat, evenals de werkgever, gehouden is de bepalingen van de Loonbeschermingswet na te leven;

Overwegende dat uit de overgelegde stukken op afdoende wijze is gebleken dat de inhoudingen op de weddeuitkeringen totaal in strijd met artikel 23 van de Loonbeschermingswet zijn geschied; dat reeds op deze basis de vordering van geïntimeerde tot uitbetaling van de onrechtmatig ingehouden bedragen gegrond is;

...

BURGERLIJKE RECHTBANK TE BRUGGE

1e KAMER – 25 SEPTEMBER 1989

Voorzitter: de h. Van Dorpe

Advocaten: mrs. Imler en Vanhoorne

Vennootschap – Aansprakelijkheid van bestuurder – Vordering uit misdrijf – Verjaring – Termijn

Op een vordering die gebaseerd is op de persoonlijke aansprakelijkheid van een bestuurder wegens zware bestuursfouten, is art. 194, eerste lid, vierde streepje, Vennootschappenwet van toepassing. Art. 194 maakt geen enkel onderscheid naar gelang van de aard van de daad of de fout van de bestuurder. De enige uitzondering is die waarin de rechtsvordering tegen de bestuurder strekt tot herstel van schade die voortvloeit uit een schending van de strafwet, in welk geval art. 26 van de voorafgaande titel van het Wetboek van Strafvordering van toepassing is.

B.V. S. t/ J.

De feiten

Verweerder was destijds zaakvoerder van de P.V.B.A. K. en in die hoedanigheid heeft hij twee cheques voor een totaal bedrag van 500.000 frank uitgeschreven ten voordele van eiseres, respectievelijk een cheque van 400.000 frank op 2 november 1979 en een cheque van 100.000 frank op 4 april 1980.

Bij gebrek aan dekking heeft eiseres deze cheques niet kunnen verzilveren.

Voorname P.V.B.A. werd op 28 augustus 1980 failliet verklaard. Het faillissement werd gesloten op 26 augustus 1982. Eiseres had weliswaar een schuldvordering ingediend doch kreeg geen dividend. Wegens uitgifte zonder dekking van voornoemde cheques werd verweerder strafrechtelijk veroordeeld op 18 juni 1984. Dit vonnis werd door een in kracht van gewijsde getreden arrest van 10 december 1984 bevestigd.

Het recht

De vordering van eiseres is gebaseerd op de persoonlijke aansprakelijkheid van verweerder die in zijn hoedanigheid van zaakvoerder zware bestuursfouten zou hebben gemaakt.

Ten onrechte beweert eiseres dat de persoonlijke aansprakelijkheid van de zaakvoerder gedurende dertig jaar kan worden ingeroepen.

Het gaat immers om een vordering waarop artikel 194, §4, Venn. W. van toepassing is, nl. dat alle rechtsvorderingen tegen zaakvoerders, bestuurders, commissarissen, vereffenaars, wegens verrichtingen in verband met hun taak, te rekenen van die verrichtingen of, indien ze met opzet verborgen zijn gehouden, te rekenen van de ontdekking door verloop van vijf jaren verjaren.

Artikel 194 Venn. W. maakt geen enkel onderscheid naar gelang van de aard van de daad of de fout van de bestuurder (T.P.R., «Vennootschappen», 1986, 1302, nr. 291, met verwijzing naar Cass., 29 mei 1980, *Pas.*, 1980, I, 1, 190).

De enige uitzondering is die waarin de rechtsvordering tegen de bestuurders strekt tot herstel van de schade die voortvloeit uit een schending van de strafwet, in welk geval artikel 26 van de Voorafg. Titel Sv. van toepassing is. Ongeacht de aard van het misdrijf en ongeacht of het gaat om een misdrijf voorzien door het Strafwetboek of door bijzondere strafwetten is de verjaringstermijn van de burgerlijke vordering steeds minimum vijf jaar; bovendien kan ze nooit verjaren vóór de strafvordering.

Aan de strafvordering werd een einde gemaakt door het in kracht van gewijsde getreden arrest van 10 december 1984

van het Hof van Beroep te Gent. Ten onrechte meent eiseres dat vanaf dit arrest een termijn van vijf jaar ingaat binnen welke zij haar burgerlijke vordering kan instellen. Derhalve is de geldende verjaringstermijn die van vijf jaar te rekenen van 2 november 1979 en 4 april 1980, nl. de data waarop de respectieve ongedekte cheques van 400.000 frank en 100.000 frank door verweerder werden uitgeschreven. Daar eiseres slechts heeft gedagvaard op 10 maart 1986 is haar vordering kennelijk verjaard.

VREDEGERECHT TE NINOVE

17 JANUARI 1990

Rechter: de h. Geens

Advocaten: mrs. Van Der Elst, De Coninck en Thiebaut

Huur – 1. Gezinswoning gehuurd door beide echtgenoten samen – Opzegging – Vorm – 2. Vervreemding van het verhuurde goed – Huurovereenkomst zonder vaste dagtekening – Uitzetting van de huurder – Geen recht op schadeloosstelling t.o.v. de nieuwe eigenaar

1. Als twee echtgenoten samen een huurovereenkomst aangaan betreffende een woning die hen tot voornaamste gezinswoning dient, is artikel 215, § 2, B.W. niet van toepassing.

Als de verhuurder de huurovereenkomst opzegt met één aangetekende brief op naam van beide echtgenoten-huurders verzonden, kunnen dezen niet ontkennen dat zij beiden samen kennis kregen van de opzegging, die aan hen beiden dan ook kan worden tegengeworpen.

2. Indien een huurovereenkomst geen vaste dagtekening heeft, zoals te dezen een mondelinge huurovereenkomst, is de nieuwe eigenaar van het verhuurde goed, die de huurders uitzet, niet verplicht hen schadeloos te stellen, omdat de huurovereenkomst hem niet kan worden tegengeworpen en de huurders t.o.v. hem als gebruikers zonder recht noch titel te beschouwen zijn.

B. en T. t/ Van Den M., V. en P.

Partijen betwisten niet dat eisers het huis te Ninove bij mondelinge overeenkomst sinds 1966 in huur namen als gezinswoning en dat de huidige maandhuur 3.750 fr. bedraagt. Toentertijd was Margareta B. verhuurster en medeëigenares samen met haar dochter Marie-Jeanne Van den M., eerste verweester.

Deze laatsten schreven eisers aan op 3 april 1989 met melding dat ze het huis wilden verkopen, en dat eisers de voorkeur kregen.

Op 11 mei 1989 overleed Margareta B. en werd eerste verweester alleen eigenares. Ze deed huuropzegging op 18 mei 1989 aan beide eisers met één brief. Ook het bewijs van aantekening spreekt op mr. en mv. T. B.-T. Er wordt een termijn gegeven van zes maanden.

Op 4 juni 1989 hadden eisers aangetekend geantwoord aan eerste verweester dat zij een vergoeding wensten voor de door hen aan het huis gemaakte kosten.

Bij notariële akte van 25 augustus 1989 kochten tweede en derde verweerder het huis aan. Op 2 november 1989 stuurden de nieuwe eigenaars aan elk van de eisers een aangetekende brief o.m. zeggend dat er tussen hen en eisers

geen huur bestond, en eisers aanmanend te verhuizen tegen 30 november 1989.

Eisers hebben geen gevolg gegeven, maar zij zijn het die initiatief namen voor de procedure.

De hoofdeis

Eisers vorderen de nietigheid van de opzegging van 18 mei 1989.

Subsidiair vorderen ze 150.000 fr. vergoeding voor uitgevoerde werken. Ze vorderen bijkomend 10.000 fr. per maand, indien de opzegging van 18 mei 1989 nietig doch de aanmaning van 2 november 1989 niet nietig zou worden verklaard, en dit voor zes maanden of wat er van rest.

De tussenvordering

Tweede en derde verweerder vorderen de uitdrijving van oorspronkelijke eisers, verweerders op de tussenvordering, met dwangsom van 10.000 fr. per dag vertoef. (...)

De opzegging van 18 mei 1989

Overwegende dat eisers de nietigheid van de opzegging van 18 mei 1989 invoeren op grond van art. 215, § 2, B.W.;

Overwegende dat eisers zelf stellen dat zij het huis huurden in 1966, wat impliceert dat zij samen de huur aangingen;

Overwegende dat, bij gebreke van bewijs van het tegendeel, dient te worden aangenomen dat eisers gehuwd zijn onder een stelsel van gemeenschap;

Dat art. 215, § 2, B.W. het enkel heeft over de huur gesloten door één echtgenoot, in welk geval de opzegging aan beide echtgenoten afzonderlijk dient te worden betekend;

Overwegende dat *in casu* het huurcontract is opgenomen in het gemeenschapsvermogen en het concurrentieel bestuur van art. 1416 B.W. van toepassing is;

Overwegende dat eisers niet kunnen ontkennen dat zij beiden samen kennis kregen van de opzegging, aangezien de brief op beider naam is verstuurd, zodat de opzegging aan beiden kan worden tegengeworpen;

Overwegende echter dat eerste verweerder weliswaar concludeert tot geldigheid van haar opzegging, doch zij geen geldigverklaring ervan vordert;

Dat ook tweede en derde verweerder die eis niet stellen;

Dat derhalve slechts is vast te stellen dat de opzegging van 18 mei 1989 niet nietig was;

Bezetting zonder recht

Overwegende dat er enkel een mondelinge huur bestaat;

Dat de nieuwe eigenaars geen fout begaan door de huurders uit te drijven (art. 1750 B.W.), daar de huurovereenkomst hen niet tegenwerpelij is en de huurders ten aanzien van tweede en derde verweerder enkel als gebruikers zonder recht noch titel te beschouwen zijn;

Dat om dezelfde redenen tweede en derde verweerder zeker niet gehouden kunnen zijn tot enige schadevergoeding aan eisers;

Overwegende dat tweede en derde verweerder terecht bij tegenvordering (ze spreken onterecht van een tussenvordering) vragen dat voor recht gezegd wordt dat oorspronkelijke eisers, verweerders op tegeneis, zonder recht noch titel het pand bezetten;

Overwegende dat oorspronkelijke eisers uit hun betalingen van twee maanden «huur» aan eisers op tegeneis aflei-

den dat deze hen als huurders beschouwen en er een huur-overeenkomst tot stand kwam;

Dat de nieuwe eigenaars reeds op 8 november 1989 oorspronkelijke eisers aanmaanden te verhuizen einde november 1989 en de betalingen als bezettingsvergoeding bestempelden;

Overwegende dat oorspronkelijke eisers, die niet kunnen beweren niet over de nodige tijd te hebben kunnen beschikken het aan zichzelf te wijten hebben als zij zich intussen niet elders hebben voorzien;

Dat hun vordering tot betaling van 10.000 fr. per maand door eerste verweerder ongegrond is waar deze verweerder geen fout kan worden aangewreven ter zake van tijdige verwittiging;

Overwegende dat oorspronkelijke eisers gehouden zijn tot betaling aan eisers op tegeneis van een bezettingsvergoeding van 3.750 fr. per begonnen maand vanaf september 1989 tot vervlating van het pand.

Dat eisers op tegeneis voor het geval dat B.-T. het pand niet zouden verlaten, de uitdrijving kunnen vervolgen en het toekennen van een dwangsom hiervoor ons ongepast lijkt;

...

RECHTSPRAAK IN KORT BESTEK

Hof van Cassatie (1e Kamer), 11 mei 1990

Gemeenschap en gewest – Door de Staat aangegane verbintenissen – Lasten van het verleden – Stedebouw en ruimtelijke ordening – Vlaamse Gewest opvolger – Verbin-
tissen uit onrechtmatige daad

Het tweede door eiser tegen het bestreden arrest (Hof Antwerpen, 25 april 1988) aangevoerde middel wordt als volgt verworpen:

«Overwegende dat artikel 6, § 1, 1^o, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming van de instellingen, overeenkomstig het bepaalde bij artikel 107^{quater} van de Grondwet en van artikel 1 van de genoemde wet, aan de met rechtspersoonlijkheid beklede Gewesten opdroeg de aangelegenheden betreffende de stedebouw en de ruimtelijke ordening; dat, krachtens artikel 1, eerste lid, van de wet van 5 maart 1984 betreffende de saldi en de lasten van het verleden van de Gemeenschappen en de Gewesten en de nationale economische sectoren, het Vlaamse en het Waalse Gewest alleen zijn gehouden, ieder voor zich, tot de lasten die voortvloeien uit beslissingen of verbintenissen die, vanaf 1 januari 1975, in de aangelegenheden bedoeld in artikel 6, § 1, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 zijn genomen of aangegaan ingevolge beraadslagingen van de ministeriële comités voor Vlaamse en Waalse gewestelijke aangelegenheden en van de ministeriële comités voor het Vlaamse Gewest en voor het Waalse Gewest, ingesteld door de wet van 1 augustus 1974 tot oprichting van gewestelijke instellingen, in voorbereiding van de toepassing van artikel 107^{quater} van de Grondwet, gewijzigd bij de wetten van 19 juli 1977 en 5 juli 1979 gecoördineerd bij koninklijk besluit van 20 juli 1979 en gewijzigd bij de gewone wet tot hervorming van de in-

stellingen van 9 augustus 1980; dat, krachtens het vierde lid van artikel 1 van de wet van 5 maart 1984, die lasten ook de verplichtingen omvatten, die voortkomen uit hangende en toekomstige rechtsgedingen betreffende de in het eerste lid bedoelde beslissingen of verbintenissen;

«Overwegende dat uit de voormelde wetsbepalingen, inzonderheid artikel 1 van de wet van 5 maart 1984, en uit de wordinggeschiedenis ervan volgt dat het Vlaamse Gewest alle lasten draagt van de sedert 1 januari 1975 inzake de stedebouw en de ruimtelijke ordening genomen beslissingen of aangegane verbintenissen, voor zover die tot stand zijn gekomen 'ingevolge beraadslagingen van het ministerieel comité voor Vlaamse gewestelijke aangelegenheden'; dat het onverschillig is of de gevolgen die uit die beslissingen of verbintenissen voortvloeien, door een rechtmatige dan wel een onrechtmatige overheidsdaad zijn veroorzaakt.»

(Voorzitter: de h. Caenepeel – Rapporteur: de h. Matthijs – Openbaar ministerie: de h. du Jardin – Advocaten: mrs. De Gryse, Delahaye en Bützler – In de zaak: Het Vlaamse Gewest t/ D. e.a.)

Hof van Cassatie (1e Kamer), 6 september 1990

Pacht – Recht van voorkoop – 1. Verkoop van eigendom waarvan het gepachte goed een deel is – Aanbod met voorwaarde dat samen met het gepachte goed een ander perceel gekocht wordt – Miskening van het recht van voorkoop – Goede trouw van de pachter die daarop niet ingaat – 2. Pachter wiens recht van voorkoop miskend is, draagt zijn recht op indeplaatsstelling aan derde over – Ongeldig

De door de eisers voor de feitenrechter ingestelde vordering kwam neer op het volgende: zij vroegen dat zou worden aangenomen dat eiser zijn recht op voorkoop had overgedragen aan tweede en derde eiser, en dat zou worden beslist dat deze laatsten, althans eerste eiser, in de plaats zouden treden van de kopers, de verweerders sub 2 tot 5. Het bestreden vonnis (Rb. Brugge, 20 januari 1989) heeft de vordering integraal afgewezen.

1. Het ging om de verkoop van een eigendom waarvan het gepachte goed slechts een deel was. Het vonnis oordeelde dat het recht van voorkoop niet werd miskend doordat het aanbod van de verkoper aan de pachter de voorwaarde inhield dat de koper ook een perceel zou kopen dat vrij van voorkooprecht was. Het tegen die beslissing gerichte eerste onderdeel van het eerste middel wordt om de volgende redenen gegrond verklaard:

«Overwegende dat artikel 50 (thans derde lid, vroeger tweede lid, van de Pachtwet bepaalt: 'Wanneer het gepachte goed slechts een deel is van het te koop gestelde eigendom, is het recht van voorkoop van toepassing op het gepachte goed en is de eigenaar gehouden voor dit goed een afzonderlijk aanbod te doen';

«Dat daaruit volgt dat de pachter in geen geval gedwongen kan worden bepaalde percelen, die hij niet pacht, aan te kopen, om de door hem gepachte percelen in eigendom te verwerven;

«Overwegende dat het bestreden vonnis vaststelt dat het juist is dat in de akte-betekening van het voorkooprecht van

28 augustus 1985 (door eerste verweerder aan eerste eiser) ondubbelzinnig werd bedongen: 'De oppervlakte door betekende (eerste eiser) in gebruik en gepacht, zijnde 3 ha 97 a 60 ca, sectie B nummer 2612/C deel en 2613/B, wordt verkocht op uitdrukkelijke voorwaarde dat de koper eveneens de vierenveertig aren sectie B deel van nummer 2612/C aankoopt die vrij van voorkooprecht zijn. Dit is een uitdrukkelijke voorwaarde van de verkoop dat deze beide oppervlakten samen worden aangekocht aangezien deze eigendom niet te splitsen is. Bijgevolg is de totale te verkopen oppervlakte 4 ha 41 a 60 ca, volgens kadaster';

«Overwegende dat het vonnis op grond van die vaststellingen niet wettig beslist dat door eerste verweerder aan eerste eiser een afzonderlijk aanbod in de zin van artikel 50 van de Pachtwet is gedaan, en dat eerste verweerder, door zodanig aanbod te doen, het recht van voorkoop van eerste eiser niet heeft miskend.»

Het vonnis oordeelde echter ook dat de eerste eiser niet te goeder trouw was omdat niets hem belette binnen de termijn van dertig dagen te laten weten dat de gestelde voorwaarde hem niet kon binden. Het daartegen gerichte vijfde onderdeel wordt als volgt gegrond verklaard:

«Overwegende dat de te dezen toepasselijke tekst van artikel 48.1, eerste en tweede lid, van de Pachtwet bepaalde: 'De eigenaar mag het goed slechts aan iemand anders dan de pachter uit de hand verkopen nadat hij aan deze laatste de gelegenheid heeft gegeven zijn recht van voorkoop uit te oefenen. Te dien einde moet hij hem kennis geven van de prijs en de voorwaarden waartegen hij bereid is het goed te verkopen. Deze kennisgeving geldt als aanbod van verkoop. Aanvaardt de pachter het aanbod, dan moet hij daarvan aan de eigenaar kennis geven binnen een maand na de kennisgeving bepaald in het eerste lid, in welk geval de verkoop overeenkomstig artikel 1583 tussen partijen voltrokken is, zodra de aanvaarding van de pachter ter kennis is gekomen van de eigenaar';

«Overwegende dat daaruit volgt dat de aanvaarding van de pachter zuiver en eenvoudig moet zijn; dat de Pachtwet de pachter aan wie een aanbod in strijd met de dwingende bepalingen ervan is gedaan, niet verplicht de eigenaar binnen een maand na de kennisgeving op de onregelmatigheid van het aanbod te wijzen en een tegenvoorstel te formuleren;

Dat het bestreden vonnis uit het stilzitten van de pachter niet wettig heeft kunnen afleiden dat hij niet te goeder trouw heeft gehandeld.»

2. Het bestreden vonnis oordeelde dat de pachter wiens recht van voorkoop miskend is, zijn recht op de indeplaatsstelling of op schadevergoeding niet aan derden kan overdragen. Het daartegen gerichte tweede middel faalt naar recht:

«Overwegende dat artikel 51, eerste lid, van de Pachtwet bepaalt: 'In geval van verkoop met miskening van de rechten van voorkoop van de pachter, heeft deze het recht, ofwel in de plaats gesteld te worden van de koper, ofwel van de verkoper een schadevergoeding te eisen ten bedrage van 20 pct. van de verkoopprijs';

«Overwegende dat die bepaling de pachter, wiens recht van voorkoop is miskend, niet toestaat zijn recht van indeplaatsstelling of zijn recht op schadevergoeding aan een derde over te dragen;

«Overwegende dat het bestreden vonnis, door te oordelen zoals in het middel is weergegeven, de erin aangewezen wetsbepalingen niet schendt.».

(Voorzitter : de h. Caenepeel – Rapporteur : de h. Matthijs – Openbaar ministerie : de h. Piret – Advocaten : mrs. Houtekier en De Gryse – In de zaak : V. e.a. t/ De M. e.a.)

Hof van Cassatie (1e Kamer), 20 december 1990

Inkomstenbelastingen – Hof van beroep – Tijdens het administratieve onderzoek aangevoerde, maar niet voor het hof voorgedragen middelen – Geen antwoord vereist

Het tegen het bestreden arrest (Hof Luik, 31 mei 1989) aangevoerde middel, wordt, wat het eerste onderdeel betreft, o.m. als volgt verworpen :

«In zoverre in dit onderdeel wordt aangevoerd dat het hof van beroep geen acht zou hebben geslagen op de grieven die eiseres heeft uiteengezet in haar antwoorden op de berichten van wijziging van 24 augustus 1984 ;

«Overwegende dat het hof van beroep, waarbij een beroep van de belastingplichtige inzake directe belastingen aanhangig is, de door de belastingplichtige in de loop van het administratieve onderzoek aangevoerde middelen niet hoeft te onderzoeken, wanneer die middelen niet voor het hof bij conclusie zijn weergegeven ;

«Overwegende dat eiseres in het onderdeel niet betoogt dat zij in haar appelconclusie de grieven heeft weergegeven waarvan zij thans gewag maakt ;

«Dat het onderdeel in zoverre niet kan worden aangenomen.»

(Voorzitter-rapporteur : de h. Sace – Openbaar ministerie : de h. Janssens de Bisthoven – Advocaat : mr. Mottard – In de zaak : M. t/ Belgische Staat)

BOEKEN

B.M. KORTENHORST, *De motiveringsverplichting in strafzaken*, Gouda Quint, Arnhem, 222 pp.

Dit boek, dat op 5 april 1990 aan de Rijksuniversiteit te Leiden, als proefschrift werd verdedigd, is een analyse van de artikelen 358 en 359 van het Nederlands Wetboek van Strafvordering, die totaal verschillen van de regels inzake motivering die in België gelden.

In dit boek wordt in de eerste plaats door de auteur aansluiting gezocht bij het normatief concept van de machtscheiding van Léon Duguit. Duguit beschreef in zijn *Traité de droit constitutionnel* de kenmerken van de wetgevende, de administratieve en de rechterlijke functie. Kortenhorst meent dat de functioneel omschreven begrippen wetgevende, administratieve en rechterlijke functie geschikt zijn om nadere uitspraken te doen over de taak van de rechter in een strafgeding. Van een aantal van de aan de rechter opgedragen taken kan gezegd worden dat zij rechterlijk van karakter zijn omdat de strafrechter bij beweerde strijd met het recht het bestaan en de reikwijdte van een rechtsregel vaststelt en bij schending van zo'n regel de maatregelen beveelt die nodig zijn om het respect voor de regel te verzekeren. Anders ligt het wanneer de rechter een wets-term interpreteert of een vage norm invult. In die gevallen speelt de rechter ten opzichte van de wetgever een complementaire rol.

Ten slotte vervult hij een administratieve functie wanneer hij voor een bepaald individu een verplichting schept waaraan hij (de veroordeelde) moet voldoen.

De eisen die inzake motivering van het strafvonnis gesteld moeten worden, zijn derhalve driedelig :

1. Voor zover het rechterlijke beslissingen betreft, moet in de motivering tot uiting komen dat de rechter zich aan de hem door de wet opgelegde beperkingen heeft gehouden en binnen de hem toegekende bevoegdheden heeft beslist.

2. Voor zover het aanvullend wetgevende beslissingen betreft moet uit de motivering duidelijk naar voren komen dat en hoe de algemene norm nader is gepreciseerd.

3. Bij meer administratieve beslissingen ten slotte (de straftoemeting) moet blijken welke belangen tegen elkaar zijn afgewogen en op grond van welke criteria dat is gebeurd.

De auteur besteedt vervolgens aandacht aan de afbakening van de taak van de rechter in feitelijke aanleg ten opzichte van die van de cassatierechter en aan het vonnis gestelde eisen geïnspireerd door opvattingen uit de logica.

Verder bestudeert zij de ruimte die de wetgever de rechter heeft gelaten bij de keuze voor een bepaalde strafsoort en bij vastlegging van de hoogte en van de duur van de straf. In de benadering van Kortenhorst wordt de straftoemetingsbeslissing vergeleken met administratiefrechtelijke handelingen.

Dit deel van het proefschrift is het meest interessant vooral tegen de achtergrond van de wet van 27 april 1987 die ook in België aan de strafrechter in een bepaalde mate de verplichting heeft opgelegd de redenen te vermelden waarom hij een dergelijke straf of een dergelijke maatregel uitspreekt en bovendien de strafmaat voor elke uitgesproken straf of maatregel te rechtvaardigen.

Er bestond reeds vóór deze wet scepticisme over de wijze waarop aan de verplichting zou worden voldaan. Het kan niet worden geloochend dat dit scepticisme thans niet geluwd is. De lectuur van de hoofdstukken die Kortenhorst in haar proefschrift aan de straftoemetingsbeslissing wijdt, toont echter aan dat er een duidelijk verschil is tussen de beantwoording van de rechtsvragen die de strafrechter in zijn rechterlijk en aanvullend wetgevende functie moet beantwoorden, en de beleidsvraag die hij bij het opleggen van een straf moet oplossen. Dit verschil heeft gevolgen op het vlak van de motivering. Het onderzoek waarop de uitoefening van de straftoemetingsbevoegdheid berust, kan niet bestaan in het stelselmatig aflopen van een lijst wettelijk bepaalde voorwaarden omdat een dergelijke lijst ontbreekt. De straftoemetingsvraag bestaat in het doen van een keuze omtrent het gebruik van een aan de rechter gegeven beleidsruimte.

De straftoemeting kan echter volgens de auteur niet volledig onder een administratieve functie worden gerubriceerd omdat er over het doel waarvoor de straftoemetingsbevoegdheid is verleend, meer onduidelijkheid bestaat dan gewoonlijk bij binnen het bestuursrecht bestaande discretionaire bevoegdheden het geval is. Bovendien brengt de onafhankelijkheid van de rechter met zich mee dat hij anders dan bij bestuursbeslissingen beslist zonder gebonden te zijn aan interne hiërarchische beleids- of richtlijnen en zonder politieke verantwoording achteraf. Dat betekent voor de motiveringsverplichting dat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in globo niet kunnen worden toegepast op de straftoemetingsbeslissing. Kortenhorst pleit echter wel voor de stelling dat de rechter, wanneer hij bij de straftoemeting van een van de hier bedoelde beginselen afwijkt, de redenen daarvoor specifiek in zijn vonnis moet uiteenzetten (bv. m.b.t. het gelijkheids- en het vertrouwenbeginsel). Maar tegelijk spreekt zij zich uit tegen een door bepaalde penalisten soms voorgestelde institutionalisering van de doeleinden van de straf om de dubbele reden dat daardoor te gemakkelijk uit het oog wordt verloren dat de verantwoordelijkheid voor de in concreto op te leggen straf aan individuele rechters is toevertrouwd en niet aan een of ander collectief en dat in het oog in oog staan met een verdachte het humane van ons strafrechtelijk systeem bestaat.

Alain De Nauw

C. VAN HUFFEL, **Beroep tegen O.C.M.W.-beslissingen inzake bestaansminimum en maatschappelijke dienstverlening. Profiel van de werking van de arbeidsrechtbanken en van de beroepskamers van Vlaanderen (eerste semester 1987)**, Brussel, INBEL, 1990, 159 pp.

Dit werk is de neerslag van een onderzoek naar de werking van de beroepsinstanties voor O.C.M.W.-beslissingen in Vlaanderen, nl. de provinciale beroepskamers wat betreft de gewone maatschappelijke dienstverlening en de arbeidsrechtbanken wat betreft het bestaansminimum. Deze twee beroepsinstanties hebben een eigen organisatie en procedure. Het naast elkaar bestaan van twee parallelle rechtsinstanties inzake het contentieus van maatschappelijke dienstverlening wordt reeds jaren bekritiseerd. Dit heeft aanleiding gegeven tot het vrij actuele debat over de hervorming van de beroepsprocedures.

Het onderzoek werd uitgevoerd door het Instituut van Sociaal Recht van de K.U.Leuven en heeft de bedoeling een eventueel te maken beleidskeuze tot eenmaking van de beroepsprocedures wetenschappelijk te onderbouwen.

Om het uitgebreide onderwerp van de werking van de provinciale beroepskamers en de arbeidsrechtbanken te bestuderen werd ervoor gekozen te werken via de uitspraken. Als werkbestand werden alle uitspraken over de eerste zes maanden van 1987 verzameld. De studie heeft een louter descriptief karakter. Hierna volgt een samenvatting van de belangrijkste onderzoeksgegevens. Achtereenvolgens komen aan bod de identificatie van de partijen en het aantal behandelde zaken, de partijenvertegenwoordiging voor de rechtsinstanties, de kennis en de eerbiediging van het recht door de partijen, de uitspraak, het uitstel, de procesduur en ten slotte de toegankelijkheid van de rechtsinstantie.

Over de eerste helft van 1987 werden door de Vlaamse beroepskamers 686 beslissingen genomen. De provincie Antwerpen neemt hiervan het grootste gedeelte voor haar rekening. Daartegenover staat het geringe aantal beslissingen van de beroepskamer van West-Vlaanderen. In diezelfde periode spraken de Vlaamse arbeidsrechtbanken 195 vonnissen uit inzake het bestaansminimum. Twee uitschieters in het aantal vonnissen zijn de arbeidsrechtbanken van Antwerpen en Hasselt die respectievelijk zorgen voor 17,4% en 16,9% van het totaal aantal vonnissen. Opvallend is dat er veel meer geschillen inzake O.C.M.W.-dienstverlening, bestaansminimum inbegrepen, gebracht worden voor de beroepskamers dan voor de arbeidsrechtbanken. Voor elke 100 zaken behandeld door de beroepskamers worden gemiddeld slechts 28 zaken van bestaansminimum behandeld door de arbeidsrechtbanken. De verklaring voor deze opvallende cijfers kan, aldus de auteur, gezocht worden enerzijds in de richting van de toegankelijkheid van de twee rechtsinstanties en anderzijds bij de praktijk binnen de O.C.M.W.'s zelf, die vrij zijn om een hulpvraag van een aankloppende bijstandtrekker te kwalificeren als bestaansminimum dan wel als gewone steun (pp. 7-23).

De verzoeker kan voor de beroepskamer verschijnen in persoon, alleen of bijgestaan door een derde. Hij kan zich ook laten vertegenwoordigen, hetzij door een advocaat, hetzij door een andere persoon. De verzoeker verschijnt in de meeste gevallen alleen. Wanneer hij zich laat vertegenwoordigen, is het meestal door een advocaat. Deze laatste treedt, naast of namens de verzoeker, op in de helft van de gevallen voor de arbeidsrechtbanken, maar slechts in 12,4% van de gevallen voor de beroepskamers. De vertegenwoordiging door een derde komt bijna niet voor voor de arbeidsrechtbanken maar wel in 7,6% van de gevallen voor de beroepskamers. Het is ook opvallend dat het aantal uitspraken bij verstek veel hoger ligt voor de beroepskamers (35%) dan voor de arbeidsrechtbanken (10,8%).

Voor de beroepskamers verschijnt het O.C.M.W. meestal door toedoen van een raadslid of een personeelslid. Voor de arbeidsrechtbanken wordt het O.C.M.W. veruit het meest vertegenwoordigd door een advocaat. Deze vertegenwoordigingsvorm komt veel vaker voor voor de arbeidsrechtbanken dan voor de beroepskamers. Wanneer het O.C.M.W. zich laat vertegenwoordigen door een andere persoon dan de advocaat, is de keuze van de aangestelde persoon zeer uiteenlopend. Opmerkelijk is dat de vertegenwoordiging door de hoofdmaatschappelijk assistent eigen is aan de beroepskamers. Het O.C.M.W. laat vaker verstek gaan voor de arbeidsrechtbank. Wat ook naar voren komt uit de studie is de vaststelling dat

de O.C.M.W.'s wier beslissingen het minst vaak worden betwist, de meeste aandacht besteden aan hun verdediging (pp. 24-49).

Verder zou de particulier een behoorlijke kennis hebben van de precieze bevoegdheid van elk rechtscollege. Slechts in 10% van de gevallen heeft het verzoekschrift een verkeerd voorwerp. De vergissingen hebben betrekking, wat de beroepskamers betreft, op de toekenning van het bestaansminimum en de terugvordering van de maatschappelijke dienstverlening, waarvoor zij onbevoegd zijn; wat de arbeidsrechtbanken betreft hebben ze betrekking op het toekennen van de maatschappelijke dienstverlening en op geschillen betreffende de terugvordering van het bestaansminimum ten bate van de rechthebbende. De onontvankelijk verklaarde verzoeken (laattijdigheid of vroegtijdigheid, hoedanigheid om in rechte op te treden, vorm van het verzoekschrift) vormen slechts een kleine minderheid. Deze beslissingen worden vooral uitgesproken door de beroepskamers. Beroepen ingesteld omdat de O.C.M.W.-beslissing uitbleef binnen één maand na de aanvraag, of omdat de beslissing niet werd betekend binnen acht dagen, treft men, in de weinige gevallen waarin ze zich voordoen, vooral aan voor de beroepskamers, (pp. 50-61).

In iets meer dan de helft van alle verzoeken voor de beroepskamer gebracht, valt een uitspraak ten gronde. Slechts in 23% van de gevallen wordt het beroep — geheel of gedeeltelijk — gegrond verklaard. Voor 20% van de gevallen voor de beroepskamer komen de partijen tot een oplossing en stelt het rechtscollege dit akkoord ter zitting vast. Er zijn weinig gevallen van uitstel, onbevoegdverklaring of onontvankelijkheid.

Voor de arbeidsrechtbank bedraagt het aandeel van de uitspraken ten gronde 82,7%. In tegenstelling tot de beroepskamer worden hier meer zaken gegrond dan ongegrond verklaard. Ook hier zijn de gevallen van uitstel en onbevoegdverklaring zeer zeldzaam.

Wat de maatschappelijke dienstverlening betreft, slaat de aanvraag van de particulier altijd op het toekennen van een periodieke maatschappelijke dienstverlening. In de meerderheid van de gevallen waarin zij het beroep onontvankelijk verklaart, kent de beroepskamer de gevraagde hulp toe.

De verzoeker die in persoon verschijnt of zich laat vertegenwoordigen door een advocaat of een derde, verhoogt zijn kansen om aan de onontvankelijkheid en ongegrondheid te ontsnappen. Wanneer de verzoeker verstek laat gaan, zijn voornamelijk de beroepskamers geneigd om het verzoek af te wijzen als ongegrond of om het zonder voorwerp te verklaren. Des te opvallender is de vaststelling dat de verstekdoende verzoeker voor de arbeidsrechtbank een beter resultaat behaalt dan de verzoeker die in persoon verschijnt. Volgens de auteur zou deze vaststelling kunnen worden uitgelegd door het feit dat de arbeidsrechtbank meer houvast heeft aan rechtsregels dan de beroepskamer, zodat de afwezigheid van de verzoeker op de zitting minder in zijn nadeel speelt.

Voor de beroepskamer is het aandeel van de verzoeker dat ten gronde wordt behandeld, het grootst wanneer het O.C.M.W. wordt vertegenwoordigd door een hoofdmaatschappelijk assistent. Dit aandeel neemt gevoelig af wanneer een advocaat optreedt voor het O.C.M.W. Wanneer het O.C.M.W. vertegenwoordigd wordt door de voorzitter of zijn vervanger, wordt het beroep in nagenoeg evenveel gevallen gegrond als ongegrond verklaard. Ook nu worden de meeste uitstellen verleend wanneer een advocaat optreedt voor het O.C.M.W. De onontvankelijkheid van het verzoek of de onbevoegdheid van de beroepskamer komen ongewoon veel voor wanneer het O.C.M.W. verstek laat gaan.

Het verstek van het O.C.M.W. voor de arbeidsrechtbank vergroot de slaagkansen van de particulier. Een verband tussen de slaagkansen van de verzoeker en de vertegenwoordiging van het O.C.M.W. kan hier niet worden vastgesteld.

Algemeen beschouwd meent de auteur te mogen stellen dat de impact van de vertegenwoordiging van de partijen op de uitspraak, veel duidelijker naar voren komt, wanneer het gaat om de vertegenwoordiging van de particulier dan om de vertegenwoordiging van het O.C.M.W. (pp. 62-100).

Het aantal beslissingen waarbij uitstel wordt genoteerd of bevoelen is zeer miniem. Voor de arbeidsrechtbank vindt de auteur hiervoor een verklaring in het feit dat het uitstel enkel op het zittingsblad wordt genoteerd. Uitspraken van uitstel worden meestal aangetroffen op initiatief van de rechter of op vraag van de advocaat van de particulier. Het motief van het uitstel is in de meerderheid van de gevallen het inwinnen van inlichtingen omtrent de aanvraag,

door het bevelen van een sociaal onderzoek en het mogelijk maken van de persoonlijke verschijning, en het neerleggen en uitwisselen van stukken. De meeste zaken worden uitgesteld op vaste datum. Uitstel heeft niet noodzakelijk een verlenging van de procedure tot gevolg. Afhankelijk van het motief van het uitstel zal de duur van het uitstel langer of korter zijn (pp. 101-109).

De procedure voor de arbeidsrechtbank duurt gewoonlijk langer dan voor de beroepskamers. Voor de beroepskamers zijn bijna alle zaken afgehandeld binnen een termijn van zes maanden. Voor de arbeidsrechtbank wordt nog een aanzienlijk aantal zaken afgehandeld na die termijn van zes maanden. Verklaringen voor het verschil in procesduur heeft de auteur geprobeerd te vinden in het verschillende verloop van de procedure voor beide rechtsinstanties. De procesduur is ook sterk verschillend per provincie. Opvallend is dat de beroepskamer van West-Vlaanderen de kortste procesduur kent én het kleinste aantal verzoekschriften te verwerken kreeg. De beroepskamer van Oost-Vlaanderen daarentegen kent de langste procesduur. Dit wordt grotendeels verklaard door het groot aantal verzoeken van kandidaat-politieke vluchtelingen bij het O.C.M.W. van Gent.

Wanneer de verzoeker in persoon verschijnt of vertegenwoordigd wordt door een derde worden de meeste zaken afgehandeld op minder dan drie maanden. Laat de verzoeker verstek gaan of wordt hij door een advocaat vertegenwoordigd, dan kan de procesduur oplopen tot zes maanden. Ook de vertegenwoordiging van het O.C.M.W. speelt een rol in de procedure. Ze wordt snel afgehandeld wanneer een maatschappelijk assistent, de voorzitter en de secretaris optreden voor het O.C.M.W., maar sleept daarentegen lang aan wanneer een hoofdmaatschappelijk assistent het O.C.M.W. vertegenwoordigt voor de beroepskamer. Ook de medewerking van een advocaat doet de procesduur toenemen.

De procesduur heeft voornamelijk een invloed op de uitspraak van de beroepskamers. Naarmate meer tijd verstrijkt tussen het indienen van het verzoekschrift en de uitspraak, vergroot de kans dat meer beroepen ongegrond of zonder voorwerp worden verklaard. Een korte procesduur hangt meestal samen met de beslissing van de verzoeker om de procedure niet voort te zetten en afstand te doen, meestal omdat het verzoek zonder voorwerp is geworden (pp. 110-136).

Met dit onderzoek is C. Van Huffel er perfect in geslaagd een beter inzicht te verstrekken in de werking van de beroepskamers en de arbeidsrechtbanken via becijferbare informatie, opgeslagen in de uitspraken. Het staat ontegenzeggelijk vast dat deze studie in het kader van het politiek debat rond de eenmaking van de beroepsprocedures op positieve wijze heeft bijgedragen tot het mede bepalen van de richting waarin de eenmaking zal worden gerealiseerd. Op dit ogenblik wordt druk gewerkt in de richting van een principiële eenmaking van de twee beroepsprocedures binnen de arbeidsrechtbank. Ongetwijfeld zal – zoals uit het onderzoek voortvloeit (pp. 137-145) – de bevordering van de rechtstoegankelijkheid voor de rechtzoekende hierbij centraal moeten staan.

Het volledige rapport (met alle cijfergegevens) van dit onderzoek is verkrijgbaar tegen de prijs van 100 frank bij Inbel, Kunstlaan 3, te 1040 Brussel, rek.nr. 000-0014702-55 met vermelding van de titel, adres en naam van de aanvrager.

Liesbeth Verbruggen
Assistente K.U.Leuven

S. VERBOGT, **Hoofdstukken over gezondheidsrecht**, derde druk, Gouda Quint B.V., Arnhem, 1990

Zie voor een korte bespreking van de tweede, herziene druk van dit werkje, *R.W.*, 1987-88, 1071. In een woord vooraf wijst de auteur op de noodzaak van een derde druk vanwege de ontworpen geneeskundige behandelingsovereenkomst, de aanhangig gemaakte wet op het democratisch functioneren van zorginstellingen, de voorgestelde bijstellingen van de gereedliggende wet over bijzondere opnemingen in psychiatrische ziekenhuizen, de opkomende technieken van kunstmatige voortplanting en zo meer. De auteur benadrukt nog eens dat het boek uitsluitend de bedoeling heeft om een eerste informatie te verschaffen aan degenen die op het niet juridisch vlak in de gezondheidszorg werkzaam zijn.

Herman Nys

AANGEKONDIGD

P. SEUTIN, M.H. DEPREZ, *Fiscalité et comptabilité de l'avocat exerçant en personne physique*, Liège, Ed. du Jeune Barreau de Liège, 150 p., 635 fr.

J. ERAUW, *Bronnen van internationaal privaatrecht*, Antwerpen / Apeldoorn, Maklu, 616 p.

A.M. MOL, M.A. LOTH, *Dilemma's van aansprakelijkheid*, Zwolle, Tjeenk Willink, 154 p., 32 fl.

W.J. WITTEVEEN, *Evenwicht van machten* (Rede uitgesproken bij de aanvaarding van het ambt van hoogleraar aan de K.U. Brabant), Zwolle, Tjeenk Willink, 100 p., 29 fl.

P. BATTIAU, T. BONTE, S. VAN CROMBRUGGE, J. VAN DYCK, *Fiscale programmawetten 1990. Roerende inkomsten. Bevek en Bevak*, Kalmt-hout, Biblo, 96 p.

W.A.K. RANK, *Verrekening door de bank als oneigenlijke zekerheid (Nibebankjuridische reeks nr. 6)*, Amsterdam, Nibe, 62 p., 23,50 fl.

R.J.G.M. WIDDERSHOVEN, G.T.J.M. JURGENS, P.J.J. VAN BUUREN, G.H. ADDINK, *Bestuursrechtspraak in milieugeschieden. Evaluatie van de Tijdelijke wet Kroongeschieden op het gebied van het milieurecht*, Zwolle, Tjeenk Willink, 372 p., 56,25 fl.

M. DE DECKER, *Beginselen van Belgisch binnenvaatrecht*, Antwerpen, v.z.w. De Schroef, 374 p., 2.400 fr.

G.H. ADDINK, P.A. KOTTENHAGEN-EDZES, J.E.M. POLAK, M.A. ROBESIN, H.F.M.W. VAN RIJSWICK, *Milieubescherming: privaatrecht of publiekrecht?* (Vereniging voor Milieurecht 1990-3), Zwolle, Tjeenk Willink, 238 p., 38 fl.

E.A.A. LUITEN, *Het Nederlandse personen- en familierecht* (deel 1), Zwolle, Tjeenk Willink, 258 p., 59,50 fl.

MEDEDELINGEN

C.B.R.-Studieavond «De wet op het erfrecht van de langstlevende - 10 jaar later»

Naar aanleiding van de tiende verjaardag van de totstandkoming van de wet op het erfrecht van de langstlevende organiseert het C.B.R. een studieavond op 13 mei 1991 te 20u00 in de Aula van de U.I.A. te Antwerpen.

Sprekers zijn prof. M. Coene (U.I.A.) en notaris H. Casman. Inlichtingen: C.B.R., mevrouw M. Van Nuland, tel. 03/820.29.38.

Informatiesessie «De ombudsman - ombudsdienst voor lokale besturen»

Het Centrum voor Staats- en Bestuursrecht van de V.U.B. organiseert deze informatiesessie op donderdag 23 mei 1991 in het Auditorium QD.

Programma:

14u00 Welkomstwoord door prof. M. Magits, decaan van de Rechts-faculteit.

14u15 Inleidend referaat door prof. H. Wuyts, docent Erasmusho-geschool.

15u00 Drie maanden ervaring als ombudsman door de heer T. Van Wallendaal, ombudsman van de Stad Antwerpen.

15u45 Korte kritische bedenkingen met het oog op de discussie door de heren D. Vandenbossche en J. Dujardin en mevrouw I. Opdebeek.

16u15 Vraagbaak, gevolgd door een receptie in de Foyer van het Auditorium.

Inlichtingen: V.U.B., Pleinlaan 1, 1050 Brussel (tel. 02/641.24.66).

Vluchtelingenwet

Het Belgisch Genootschap voor Internationaal Recht richt op 14 mei 1991 een lunch-causerie in.

Prof. M. Bossuyt, commissaris-generaal voor de vluchtelingen, zal spreken over «*Waarheen met de vluchtelingenwet?*»

De lunch-causerie vindt plaats in het Maraisgebouw ASLK, Kreupelenstraat 10, te Brussel; aanvang: 12u30.

Inlichtingen en inschrijvingen: BGIR, p.a. Prof. H. van Houtte, Tiensestraat 41, 3000 Leuven - telefoon 016/28 51 30; fax 016/28 52 75