

HET ZELFBESCHIKKINGSRECHT – EEN KRITISCHE STUDIE

1. In zijn *Handboek Gezondheidsrecht* besteedt H.J.J. Leenen een heel hoofdstuk aan het onderwerp «Zelfbeschikkingsrecht van de mens in de gezondheidszorg»¹. Dit is niet toevallig. Het zogenaamde zelfbeschikkingsrecht komt in de rechtsliteratuur vooral ter sprake waar het gaat over rechten van de individuen betreffende hun lichamelijkeheid.

«Het zelfbeschikkingsrecht in de gezondheidszorg bestrijkt een breed gebied van problemen. Men denke bijvoorbeeld aan de positie van de patiënt, waarbij informatie en toestemming een belangrijke rol spelen, aan inbreuken op het eigen lichaam, aan de problemen aan het begin van het leven, aan de positie van de minderjarige en anderen in hun rechten beperkten, aan kunstmatige inseminatie, sterilisatie en het zelfbeschikkingsrecht bij abortus provocatus, aan euthanasie, recht op privacy en geheim, aan medische keuringen, experimenten op mensen, de geestelijke gezondheidszorg en gedwongen opname in een inrichting, aan de problemen rond dwang en drang in de gezondheidszorg enz.»²

Op het eerste gezicht is dit merkwaardig. Het grondrecht van de lichamelijke onaantastbaarheid, alsook het grondrecht op leven³ zouden toch eerder laten vermoeden dat over menselijke lichamelijkeheid niet kan worden beschikt. Wat betekent het zelfbeschikkingsrecht?

2. Het zelfbeschikkingsrecht is een *rechtsbeginsel*. Het mag niet beschouwd worden als een grondrecht⁴, het is zeker geen subjectief recht (zie verder). Als rechtsbeginsel moet het in verband gebracht worden met het beginsel van de individuele vrijheid of de autonomie van de mens die *zelf bepaalt* hoe hij in de samenleving wil leven en zich gedragen. Samen met het vrijheidsbeginsel is het zelfbeschikkingsrecht *bron* van meerdere grondrechten. Hierbij legt het vrijheidsbeginsel de klemtoon op het «beschermd worden» van het individu tegen inmenging van overheid of medeburgers op het terrein van de individuele vrijheid⁵, terwijl het zelfbeschikkingsbeginsel beklemtoont dat het individu *zelf* mondig is en *zeggenschap* heeft betreffende de wijze waarop de individuele vrijheden worden uitgeoefend, dat het individu dus de vrijheid *zelf* kan en mag invullen. M.a.w. dat de *aanspraak op bescherming* in het grondrecht vervat, niet uitsluitend door de wetgever bepaald wordt, maar ook mede bepaald wordt door de wilsbeslissing van de burger. Laatstgenoemde kan zelfs beslissen dat een persoonlijke waarde (bv. privacy, lichamelijke integriteit) in bepaalde situaties niet langer

dient te worden beschermd, bv. de eigen lichamelijkeheid *uitzonderlijk* niet meer onaantastbaar is. Wel moet deze *beperking van bescherming* waartoe het individu zelf beslist, duidelijk kenbaar worden gemaakt. Daarom wordt in dat verband steeds de toestemming, meestal zelfs de *informed consent* vereist. Thouvénin wijst erop dat deze toestemming niet in burgerrechtelijke zin moet worden begrepen als een wilsbeslissing waaruit verbintenissen zouden voortvloeien en subjectieve rechten zouden ontstaan. Neen, de hier bedoelde toestemming moet in publiekrechtelijke of strafrechtelijke zin worden opgevat, als een machtiging (*autorisation*) waarbij het individu zelf anderen *toelaat* uitzonderlijk iets te doen wat normaal verboden is⁶.

3. Een belangrijke vraag omtrent het zelfbeschikkingsbeginsel luidt: hoe ver reikt deze zelfbepaling? Mag het individu *onbeperkt* afzien van zijn aanspraak op bescherming? Of wordt het zelfbeschikkingsbeginsel zelf ook begrensd door de openbare orde, openbare veiligheid, enz. Deze vraag rijst vooral wanneer de zelfbepaling in grote mate indruist tegen de in de samenleving geldende waarden (zie verder). Maar alvorens deze belangrijke vragen te behandelen, zal eerst het begrip *terminologisch* wat nader worden bekeken. In de Nederlandstalige rechtsleer wordt van zelfbeschikking gesproken. M.i. een niet zo gelukkig woordgebruik. Zelfbepaling of zelfdeterminering lijken mij beter weer te geven wat met het beginsel bedoeld wordt. De Duitstalige rechtsleer heeft het over *Selbstbestimmungsrecht*, en ook dat woord *Selbstbestimmung* stemt meer overeen met wat het zelfbeschikkingsbeginsel wezenlijk inhoudt.

4. Met *Selbstbestimmungsrecht* wordt o.a. bedoeld de «bevoegdheid van de persoon zelf uit te maken en te beslissen wanneer en binnen welke grenzen aangelegenheden die tot de persoonlijke levenssfeer behoren, mogen worden bekendgemaakt»⁷. Het *Selbstbestimmungsrecht* wordt ook in een ruimere betekenis opgevat, en is als fundamenteel zedelijk beginsel verwoord in het grondrecht van de *zelfontplooiing*⁸. Daaruit moet dan het recht worden afgeleid van het individu «à déterminer lui-même la manière dont sa personnalité se déploie dans la société civile»⁹. Op deze wijze opgevat, valt het *Selbstbestimmungsrecht* samen met het persoonlijkheidsrecht in het algemeen¹⁰. Maar in de Duitse rechtsleer wordt het *Selbstbestimmungsrecht* ook vermeld m.b.t. de menselijke lichamelijkeheid. D. Giesen gaat er in zijn geschriften over gezondheidsrecht uitvoerig op in. Hij omschrijft het begrip in een bijdrage over de euthanasieproblematiek als volgt:

⁶ THOUVENIN, D., «Le droit aussi a ses limites», in *Le magasin des enfants*, (coll. J. TESTART), Parijs, Ed. Bourin, 1990, 225-227.

⁷ Vgl. RIGAUX, Fr., *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Brussel, Bruylant, 1990, p. 272.

⁸ Vgl. Duitse Grondwet, art. 2, eerste lid. Zie daaromtrent RIGAUX, o.c., pp. 641-642.

⁹ RIGAUX, o.c., p. 736.

¹⁰ *Idem*, pp. 758-759.

¹ LEENEN, H.J.J., *Handboek Gezondheidsrecht*, Rechten van mensen in de gezondheidszorg, tweede druk, Alphen aan den Rijn, Samson, 1988, 26-56.

² LEENEN, o.c., 29.

³ Beide grondrechten liggen vervat in de artt. 2, 3 en 5 E.V.R.M., en worden in moderne grondwetten uitdrukkelijk vermeld. Cf. art. 11 Nederl. grondwet, art. 2, 2, van de Duitse grondwet.

⁴ Meerdere auteurs wijzen erop dat het hier behandelde rechtsbeginsel als zodanig nergens in de lijst van grondrechten voorkomt. Vgl. LEENEN, o.c., p. 35.

⁵ We weten dat dit niet betekent dat de overheid geen enkele controle meer zou hebben op deze individuele vrijheden. Cf. art. 8, lid 2, art. 9, lid 2, art. 10, lid 2, art. 11, lid 2, E.V.R.M.

«Der Begriff der Autonomie bedeutet, daß ein Mensch grundsätzlich das Recht hat, in Übereinstimmung mit seinen eigenen Werten und Prioritäten zu bestimmen, ob überhaupt etwas und gegebenenfalls was mit seinem Körper oder seiner Gesundheit geschehen soll und dabei einen Weg ohne unbetene Einmischung oder kontrollierende Zwänge von außen zu wählen. Dieser Anspruch ergibt sich bei uns schon aus dem durch grundrechtliche Wertung geprägten Selbstbestimmungsrecht und der personalen Würde des Patienten, die es verbieten, ihm im Rahmen der Behandlung die Rolle eines bloßen Objekts zuzuweisen. Das Selbstbestimmungsrecht postuliert mit dem Recht darauf, als selbständige Person respektiert zu werden, auch eine Pflicht für andere, nicht die überlegten Entscheidungen einzuschränken, die ein Mensch gemäß seinen eigenen Wertvorstellungen, seinen Gewissen und seiner Religion getroffen hat.»¹¹

Zoals boven is aangestipt, wordt in de Nederlandstalige rechtsliteratuur de term zelfbeschikkingsrecht veelvuldig gebruikt, ook en vooral m.b.t. rechten betreffende de menselijke lichamelijkheid. Een bezwaar tegen dit woordgebruik is dat «beschikken» een begrip is van het vermogensrecht. Hoe kan men verklaren dat dit begrip toch is binnengedrongen in de hier besproken term?

5. Het beschikken wordt inderdaad vandaag beschouwd als de voornaamste bevoegdheid van de *eigenaar* over zijn *goederen*. Beschikken betekent: de macht hebben een andere bestemming te geven aan de goederen, ze vervreemden, kortom de bevoegdheid rechtshandelingen te stellen m.b.t. goederen.

De beschikkingsbevoegdheid hangt samen met het *meesterschap*, het *toebereiden* dat kenmerkend is voor zowel de Romeinsrechtelijke als de hedendaagse eigendomsopvatting. Rechtshistorici wijzen erop dat het «beschikken» niet zo benadrukt werd in de middeleeuwse eigendomsleer: toen werd veeleer het *ius fruendi* beschouwd als het voornaamste bestanddeel van de eigendomsmacht¹².

Belangrijk is echter dat in de achttiende eeuw het beschikken over de goederen als een wapen werd gezien tegen het gewoonterechtelijk systeem betreffende de onroerende goederen, en er steeds meer een verband gelegd werd tussen de beschikkingsbevoegdheid m.b.t. deze goederen en de *individuele vrijheid*¹³.

Nog belangrijker lijkt me te zijn dat in de theorievorming m.b.t. het *subjectieve recht*, het beschikken als «de bevoegdheid rechtshandelingen te verrichten, wilsbeslissingen te nemen waaraan rechtsgevolgen vastzitten» een grote rol speelt. Voor von Savigny is precies daarin het wezen van het subjectieve recht gelegen:

«Betrachten wir den Rechtszustand, so wie er uns im wirklichen Leben von allen Seiten umgibt und durchdringt, so erscheint uns darin zunächst die der einzelnen Person zustehende Macht: ein Gebiet, worin ihr Wille herrscht, und mit unsrer Einstimmung herrscht. Diese Macht nennen wir ein Recht dieser Person, gleichbedeutend mit Befugniß: Manche nennen es das Recht im subjektiven Sinn»¹⁴.

Welnu, bij het behandelen van de beschikkingsbevoegdheid als het wezen van het subjectieve recht, komt bij von

Savigny precies de vraag naar het *beschikken over zichzelf* aan de orde.

6. Bij het onderzoeken van de vraag hoe uitgebreid dit gebied is «waar de individuele macht heerst» en waar dus door de individuele beschikkingsbevoegdheid – «mit unsrer Einstimmung» weliswaar – rechtsverhoudingen kunnen worden gecreëerd, onderscheidt von Savigny drie domeinen, drie sferen: «die eigene Person, die unfreie Natur, fremde Personen»¹⁵.

T.a.v. de uitwendige wereld, alsook t.a.v. andere personen, acht hij rechtsverhoudingen mogelijk, dus subjectieve rechten. In beide gevallen is, op verschillende wijze weliswaar, beschikkingsbevoegdheid denkbaar. T.a.v. de eigen persoon, inclusief eigen lichamelijkheid, sluit von Savigny echter elke beschikkingsbevoegdheid uit, dus elke mogelijkheid van subjectief recht. Hij weerlegt daarbij het bestaan van een zogenaamd «Recht auf sich selbst». Hij wil immers het «zichzelf» en «die Macht des Menschen über sich selbst und (...) seine eigenen persönlichen Kräfte» buiten het bereik houden van het positieve recht, want «für jene Macht über uns selbst bedarf es der Anerkennung und Begränzung durch positives Recht nicht».

Von Savigny wil ons behoeden voor sociale controle; daarom wijst hij elke als recht erkende vorm van beschikkingsbevoegdheid omtrent onszelf af. Zijn eerste bezwaar tegen een zelfbeschikkingsrecht ligt hierin dat dit recht de meest innerlijke kern van de persoonlijke levenssfeer eigenlijk zou blootstellen aan mogelijke regelgeving.

Een tweede bezwaar heeft te maken met de intrinsieke kracht van het beschikkingsrecht zelf zoals von Savigny dit opvat. Op zich beschouwd moet de beschikkingsbevoegdheid immers als onbegrensd worden opgevat. Denken wij aan het eigendomsrecht. Dit zou betekenen, zo betoogt von Savigny, dat een als recht erkende beschikkingsbevoegdheid over zichzelf uiteindelijk, vroeg of laat, zou kunnen evolueren tot een als recht erkende bevoegdheid zelfmoord te plegen. Volgens hem is het onaanvaardbaar dat dit als recht zou worden erkend in de samenleving. Zelfmoord plegen kan niet het voorwerp uitmaken van een subjectief recht. Als zodanig zou dit recht immers een aanspraak inhouden op afdwingbaarheid, want dit is wezenlijk voor een subjectief recht.

Hier wordt op afdoende wijze aangetoond dat het zogenaamde zelfbeschikkingsrecht zeker niet *als subjectief recht* mag worden opgevat. Dit wordt trouwens ook door de voorstanders van het zelfbeschikkingsrecht aanvaard.

Door het «zichzelf» buiten het bereik te houden van het positieve recht, wil von Savigny overigens de menselijke persoon niet in een onbeschermd rechtsvacuüm achterlaten. Integendeel, hij wijst er in diezelfde § 53 op dat er vele rechtsregelingen zijn, straf- en burgerrechtelijk, die de menselijke persoon in zijn meest innerlijke levenssfeer – hij bedoelt hiermee o.a. denken, willen, lichamelijk leven, eigen eer – wil *beschermen*. Maar de grondslag van deze rechtsregelingen ligt in de *plicht van de maatschappij* de «Unverletzlichkeit der Person» te beschermen, en niet in de beschikkingsbevoegdheid van het individu over zichzelf. von Savigny besluit: zou men deze rechtsregelingen voorstellen «als Recht

¹¹ GIESEN, D., «Ethische und rechtliche Probleme am Ende des Lebens», *Juristenzeitung*, 1990, pp. 930-931.

¹² PATAULT, A.-M., *Introduction historique au droit des biens*, Parijs, PUF, 1989, p. 143.

¹³ PATAULT, o.c., pp. 144-145 en 172-175.

¹⁴ Von SAVIGNY, K., *System des heutigen römischen Rechts*, I, § 4. Zie commentaar m.b.t. ons onderwerp, DUON, X., *Le sujet de droit en son corps*, Une mise à l'épreuve du droit subjectif, Brussel, Larcier, 1982, pp. 61-85.

¹⁵ *Idem*, § 53.

an der eigenen Person, so wird durch diese Bezeichnung ihre wahre Natur nur verdunkelt».

Deze beschouwingen van de Duitse rechtsgeleerde zijn zeer belangrijk voor de controversiële problemen zoals euthanasie, e.d. (zie verder).

Samenvattend kunnen we stellen dat, waar von Savigny de beschikkingsbevoegdheid beschouwt als het wezenlijke kenmerk van het subjectieve recht, hij precies daarom elk subjectief recht m.b.t. de eigen persoon afwijst, en eerder aanstuurt op een regime van bescherming.

Dit verklaart waarom bepaalde auteurs de persoonlijkheidsrechten uit de categorie van de subjectieve rechten willen halen, en ze meer doen aansluiten bij de grondrechten¹⁶.

7. Het *recht te beschikken over zichzelf* is echter in de twintigste eeuw tot ontwikkeling gekomen via het recht te beschikken over het eigen lichaam of «het recht op eigen lichaam».

von Savigny had er in dezelfde hierboven besproken § 53 trouwens op gewezen dat de enig aanvaardbare betekenis van een «recht op zichzelf» zou kunnen zijn: een soort eigendomsrecht «auf die sichtbare Erscheinung der Person, den menschlichen Leib und dessen einzelne Glieder». Maar dit recht zou volgens von Savigny slechts zin hebben als een soort afweerrecht als «Ausschließung einer hierin allerdings möglichen Verletzung». M.a.w., ook hier gaf hij de voorkeur aan het beschermingsmodel, en sloot hij uit dat dit recht op eigen lichaam zou worden opgevat als een beschikkingsbevoegdheid.

De ontwikkeling in de biowetenschap heeft echter het recht t.a.v. de menselijke lichamelijke in een stroomversnelling gebracht. Orgaantransplantaties, kunstmatige vruchtbaarheidstechnieken, medische experimenten op mensen, draagmoederschap, transseksualisme, met dit alles is de vraag gerezen: welke rechten hebben we t.a.v. ons eigen lichaam. En het is niet bij afweerrechten gebleven overeenkomstig het beschermingsmodel, ofschoon natuurlijk de onaantastbaarheid van het lichaam wel vooropgesteld wordt.

Volgens Leenen moet het recht op onaantastbaarheid van het menselijk lichaam trouwens niet louter volgens het beschermingsmodel worden opgevat. Volgens hem moet dit recht worden gezien «als een gepositieerd deel van het zelfbeschikkingsrecht», en de onaantastbaarheid van het menselijk lichaam omvat twee terreinen: het recht te worden gevrijwaard van schendingen van en inbreuken op het lichaam door anderen, alsook het recht om zelf over het lichaam te beschikken¹⁷. Voor deze auteur worden het beschermings- en het beschikkingsmodel dus niet uit elkaar gehouden. Dit maakt o.i. zijn opvatting over het zelfbeschikkingsrecht ambigu.

Ondanks het feit dat de mens zijn lichaam is, heeft het, zo meent Leenen, als stoffelijk geheel ook het aspect van een zaak, een ding, waarover men kan beschikken¹⁸. Leenen weigert wel halsstarrig de rechten op eigen lichaam als ei-

gendomsrechten te beschouwen¹⁹, maar zodra men over «beschikken» spreekt, geraakt men onvermijdelijk in het vaarwater van het eigendomsmodel, en dus van het vermogensrecht.

8. Hoe is het te verklaren dat, ondanks het afwijzen door de toch gezaghebbende von Savigny van enig recht op zichzelf, én zijn waarschuwing geen subjectieve rechten te ontwerpen m.b.t. het menselijk lichaam, we vandaag moeten vaststellen 1) dat de rechten op eigen lichaam toch steeds meer als subjectieve rechten en dus als vermogensrechten worden beschouwd, en 2) dat op het zelfbeschikkingsrecht een beroep wordt gedaan om allerlei handelingen m.b.t. de menselijke lichamelijke te rechtvaardigen?

Wat 1 betreft, is men gaan beseffen dat het menselijk lichaam niet langer als één geheel door het recht moet worden gezien. De lichamelijke kan verdeeld, gefragmenteerd worden. De lichaamsbestanddelen kunnen afzonderlijk een therapeutisch nut hebben, en de noodzaak doet zich voor hier een gepaste juridische vormgeving voor te vinden om deze lichamelijke elementen ten nutte te maken, bv. bloed, organen, weefsels, maar ook eicellen, sperma, baarmoeder.

En dit terwijl, volgens de klassieke opvatting van het burgerlijk recht, «le corps humain est hors commerce (il n'est pas une marchandise) et indisponible (il n'est pas une chose)»²⁰.

Zodra men dit onderscheid tussen het geheel en de delen ging maken, «apparaissent une première fissure dans la conception unitaire, mais aussi une première difficulté pour le droit, et les premières contradictions apparentes»²¹.

Wat 2 betreft, wordt door bepaalde auteurs een verklaring hiervan gezocht in de doorbraak van de *individuele vrijheden*, waardoor de privaatrechtelijke ordening met de beginselen van «indisponibilité» en «hors commerce» m.b.t. het menselijk lichaam geleidelijk verdrongen werd:

«Le contrôle individuel sur son propre corps n'est plus perçu comme s'insérant dans la problématique analytique d'un véritable droit subjectif, mais comme une manifestation plus large de la liberté individuelle. Ce phénomène est tout à fait sensible sur le plan juridique, lorsqu'on examine l'éclosion et le développement du *right of privacy* américain. Cessant de poser le problème de la disponibilité du corps humain uniquement en fonction de la validité des actes juridiques portant sur lui, ce concept est désormais analysé en termes de 'pouvoir' et de 'choix'. Le 'droit' de disposer devient un 'pouvoir', une 'liberté' de disposer, intégré à l'autonomie et lié au principe de l'autodétermination de la personne humaine dans les limites générales du projet de vie en société. Le 'droit' de disposer devient aussi un 'choix' personnel à l'individu et exercé par lui. L'avantage de cette nouvelle perspective est de lever les hypothèses posées, dans l'analyse privatiste, par le dualisme 'sujet-objet' et 'personne-bien'. L'autonomie individuelle perçue comme la résistance de l'être humain aux interdits imposés par la collectivité (l'Etat, la religion) sur le corps est désormais exaltée. N'est-il pas, en effet, difficilement concevable d'affirmer qu'un individu est libre, s'il ne contrôle pas une liberté fondamentale, celle de son propres corps?»²²

9. Hoe kijkt de *huidige rechtsleer* aan tegen die ontwikkelingen?

¹⁶ Vgl. RIGAUX, o.c., pp. 611 e.v. Eveneens VAN GERVEN, W., «Ontluikend leven, groeiend recht», in *Recht en medisch begeleidende bevruchting*, Antwerpen, Kluwer, 1991, p. 174.

¹⁷ LEENEN, o.c., p. 36.

¹⁸ Vgl. LEENEN, o.c., p., 41.

¹⁹ *Idem*, pp. 46-47.

²⁰ BAUDOUIN, J.L. en LABRUSSE-RIOU, Cath., *Produire l'homme, de quel droit?*, Parijs, PUF, 1987, p. 185.

²¹ *Idem*, p. 187.

²² *Idem*, pp. 187-188.

In de Franstalige rechtsliteratuur wijzen heel wat auteurs op de verschuivingen die zich voordoen in het recht m.b.t. het menselijk lichaam: A) een verschuiving van het beschermingsmodel naar het beschikkingsmodel (X. Dijon), B) van «le droit des personnes au droit des biens» (Labrusse-Riou), waarmee gepaard gaat een verglijding van de geneeskunde van «openbare dienst» naar «vrije-marktgeneeskunde» (Edelman).

Men beseft wel dat C) m.b.t. de rechten op eigen lichaam, op creatieve wijze nieuwe juridische vormgeving moet worden betracht; het subjectieve rechtmodel en het vermogensrecht kunnen hier niet langer voor dienen (Thouvenin).

In het privaatrechtelijk betoog blijft men er bezwaren tegen hebben dat, om de rechten m.b.t. eigen lichaam te legitimeren, men steeds meer en vooral een beroep doet op het zelfbeschikkingsrecht. Men is er zich wel van bewust dat deze denkwijze eerder van Angelsaksische herkomst is, en men preferert de Europees-continentale traditie. In het publiekrechtelijk betoog is men minder terughoudend t.a.v. het beginsel «de disposer de soi-même».

In de Nederlandse rechtsleer blijkt de Angelsaksische zienswijze de bovenhand te halen. M.b.t. euthanasie wordt niettemin ook in Nederland nog geaarzeld of het zelfbeschikkingsrecht zonder meer het wederrechtelijk karakter van actieve euthanasie kan opheffen (zie verder, nr. 18).

Over D) de betekenis en het belang van het zelfbeschikkingsrecht in de rechtsvorming is het debat in ieder geval nog steeds niet beëindigd.

Laten wij de vier vermelde aspecten (A, B, C, D) achtereenvolgens nader behandelen.

A. Van bescherming tot beschikking

10. In 1982 had Dijon in zijn proefschrift de stelling verdedigd dat het subjectief rechtmodel van von Savigny (beschikkingsbevoegdheid) minder geschikt is dan het subjectieve rechtmodel van von Jhering (bescherming) wanneer men naar nieuwe vormgeving zoekt voor de rechten m.b.t. de eigen lichamelijkeheid²³.

Tien jaar later wijst hij erop dat wetgevingspolitiek en rechtspraak toch steeds meer verglijden van bescherming naar beschikking²⁴. Twee voorbeelden uit de door Dijon besproken gevallen: in de Wet Orgaantransplantaties van 13 juni 1986 wordt bepaald (art. 10, § 1) dat organen en weefsels kunnen worden weggenomen op het lichaam na overlijden «tenzij vaststaat dat tegen een dergelijke wegneming verzet is geuit». Deze regeling steunt dus op het vermoeden van instemming: iedere burger wordt vermoed over zijn organen te hebben «beschikt» tenzij hij er zich uitdrukkelijk tegen heeft verzet. M.b.t. transseksualisme is volgens Dijon ook een duidelijke tendens waar te nemen in de rechtspraak naar een overwicht van het zelfbeschikkingsrecht.

«A présent, pour tenir compte du cas des personnes transsexuelles dont la structure gonadique et génétique exprime l'appartenance à un sexe alors que le désir psychique a opté pour l'appartenance à l'autre sexe, la jurisprudence tend à admettre l'action en rectification d'acte d'état-civil après que le sujet a demandé au chirurgien de faire correspondre les attributs de son corps aux images de son

désir. Au lieu que l'esprit soit amené à se soumettre à l'évidence de son corps, voici — du consentement même de l'ordre social — le corps remodelé selon ce que veut l'esprit.

Cette évolution du droit n'a peut-être pas encore été appréhendée à sa juste mesure par les philosophes du corps. Car il est à présent moins vrai de dire: 'je suis mon corps' que, plutôt, 'je suis ce que je pense de mon corps'.

En tous cas, cette évolution marque un accroissement considérable du pouvoir de disposer de soi²⁵».

Aan de voorbeelden door Dijon aangehaald, kan worden toegevoegd het arrest van het Hof te Parijs van 15 juni 1990, waarin voor het eerst in Frankrijk het draagmoederschap door de rechter wordt aanvaard. In de motivering speelt het zelfbeschikkingsrecht van het individu duidelijk mee: «Considérant qu'ainsi l'adoption plénière trouve sa cause dans l'engagement par lequel la mère de substitution a accepté de mettre à la disposition d'autrui ses fonctions reproductrices»²⁶.

B. Van personenrecht naar vermogensrecht

11. In een merkwaardig en bijzonder kritisch commentaar op laatstgenoemde uitspraak van het Hof in Parijs wijzen Labrusse-Riou en Edelman erop hoe duidelijk in het arrest de tendens zich doorzet waar beiden in boeken en tijdschriftartikelen reeds herhaalde keren op gewezen hadden, namelijk de verschuiving van de rechtsregelingen m.b.t. het menselijk lichaam, van het personenrecht naar het vermogensrecht, alsook de tendens het menselijk lichaam te verzakelijken, het tot een *instrumentele* functie te herleiden, en er steeds meer een *marktwaarde* van te maken.

Zij tonen aan dat de Parijse rechters het rechtsbeginsel schenden van de «indisponibilité du corps humain», een beginsel dat door het Franse Hof van Cassatie nochtans herhaalde keren vooropgezet werd, zeker wanneer het gaat over het menselijk lichaam als zodanig, en niet over lichaamsbestanddelen²⁷. Terecht wijzen ze erop dat, wanneer een vrouw besluit draagmoeder te zijn, dit een beschikking is over het *hele lichaam*. Bovendien wordt in het zogenaamde contract betreffende draagmoederschap het menselijk lichaam herleid tot een bepaalde instrumentele functie. Reeds in *Produire l'homme, de quel droit?* (1987) had Labrusse-Riou daaromtrent geschreven:

«Le prêt ou la location d'utérus, dans l'hypothèse de la maternité substituée, illustre peut-être encore mieux les dangers de l'instrumentalisation du corps humain. Dans ce cas, en effet, c'est le corps féminin tout entier qui devient objet d'une de ses fonctions premières: la gestation de la vie. Le corps est envisagé uniquement par rapport à la prestation d'une fonction spécifique, comme si celle-ci pouvait en quelque sorte être artificiellement détachée de lui, être 'objectivée'. La personne ne compte plus, la femme n'est en effet plus vraiment une mère. Elle est ravalée au rang de gestatrice, et considérée comme un simple instrument qui pourrait fort bien être remplacé, si jamais la science perfectionnait l'utérus artificiel. La continuité psychologiquement si importante pour le futur enfant de la relation embryon puis fœtus-mère est rompue au profit d'une segmentation non naturelle du processus classique de la conception-gestation-naissance-élevage. La maternité du substitution, par l'utilisation instrumentalisée et utilitariste du corps féminin, fait de

²³ Idem, p. 32.

²⁶ Parijs, 15 juni 1990, *J.C.P.*, 1991, II, 21653, met noot B. EDELMAN en C. LABRUSSE-RIOU.

²⁷ Het Parijse arrest werd trouwens wegens schending van hetzelfde rechtsbeginsel door het Hof van Cassatie vernietigd: Cass.fr., 31 mei 1991, *J.C.P.*, 1991, II, 21752, met noot Fr. TERRÉ.

²³ DIJON, X., o.c. (zie supra, voetnoot 14).

²⁴ DIJON, X., «A-t-on le droit de disposer de son corps?», *Ethique*, 1991, nr. 1, 28-33.

l'acte un acte de mercenariat réel ou sublimé. Dans ce sens donc, gérer la maternité d'emprunt est accepter la gestion du corps de la femme.

Dans la maternité de substitution, l'instrumentalisation du corps humain est double. Il existe d'abord une appréhension du corps de la femme, dans sa fonction gestationnelle, complètement dissociée des qualités particulières et de l'individualité de celle-ci. Il existe ensuite l'enfant, mais l'enfant considéré comme un '*enfant-produit*', ou, pour reprendre une expression de G. Delaisi de Parseval, l'*'enfant-prothèse*'. Le corps humain est ravalé, dans le premier cas, au rang de support technique à la réalisation d'un vœu. Dans le second, il constitue un véritable bien, commandé à l'avance et devant être livré. C'est le corps 'fonction' et le corps 'produit' ²⁸.

Door te beschikken over eigen lichaam, wordt echter ook beschikt over wat tot de openbare orde behoort: met name de staat van de persoon. Want afspraken maken over draagmoederschap, betekent ook afspraken maken over de afstamming. Het hof schendt op die wijze tevens het beginsel van de «indisponibilité de l'état des personnes»: afstamming is niet langer «un rapport institué par le Droit», maar wordt «un rapport négocié».

De strategie van een nieuwe juridische denkwijze wordt blootgelegd: aan de hand van het zelfbeschikkingsbeginsel en van een nieuw mensenrecht of «droit naturel» (dus een publiekrechtelijk element) worden een aantal hinderpalen opgeruimd die het burgerlijk recht nog steeds inhoudt t.a.v. verzakelijking en commercialisering van het menselijk lichaam. Deze hinderpalen zijn: het beginsel dat niet mag worden beschikt over het menselijk lichaam, het beginsel dat niet mag worden beschikt over de staat van de persoon, art. 6 B.W., alsook art. 1128 B.W.

C. Standpunten in de rechtsleer

12. Edelman en Labrusse-Riou zijn met die briljante kritiek op het Parijse arrest niet aan hun proefstuk.

Sedert jaren spannen zij zich in, in hun geschriften, de rechtswereld bewust te maken van de nieuwe stromingen. Zij menen dat vroeg of laat de klassieke rechtsregels en rechtsbeginselen van het personen- en familierecht gaan bezwijken voor deze stromingen die uitgaan van de biowetenschappen maar die ook niet onbelangrijke economische en financiële aspecten vertonen. Nieuwe medische technieken, lichaamsbestanddelen, levende organismen, en farmaceutische producten, hebben immers een enorme marktwaaarde op het wereldvlak...

Onder juristen is men er zich van bewust dat hier twee rechtsopvattingen over vrijheid, uiteindelijk twee mens- en maatschappijbeelden tegenover elkaar staan. Labrusse-Riou schrijft daaromtrent:

«L'une, aujourd'hui dominante, venue d'Angleterre et des Etats-Unis, considère que tout individu a le droit de faire ce qu'il veut dès lors que l'autonomie et le consentement de ses partenaires sont acquis. C'est le régime du contrat, du marché, du règlement conventionnel des intérêts, l'Etat devant intervenir le moins possible dans ces régulations spontanées.

En Europe, la tradition politique de Rousseau et la tradition morale de Kant véhiculent une vision différente: la liberté, instituée par le droit, n'est pas disponible pour le sujet lui-même et il n'est de droits subjectifs que consacrés par l'ordre juridique. L'indisponibilité de la personne et des attributs de la personnalité, dont font partie les droits sur le corps, n'exprime pas seulement une conception religieuse de la création mais une condition nécessaire de la démocratie et du contrat social. Ceux-ci sont pensables si, au nom

de la liberté, l'homme peut aliéner son être en se traitant lui-même ou en traitant autrui en objet?

Contrairement à ce que beaucoup pensent, protéger le vivant humain par l'indisponibilité, contre des désirs ou intérêts susceptibles de nier le propre de l'homme – et ce n'est pas être pessimiste mais réaliste que d'observer en nous-mêmes ou dans les sociétés que nous forgeons de quoi nous sommes capables au nom de nos utopies ou de notre déraison – ne procède pas nécessairement d'une conception animiste ou d'une sacralisation de la vie. Ce sont les bases mêmes de la démocratie et de l'Etat de droit qui sont en cause. Ce sont les possibilités de la liberté pour les générations futures que l'on protège ²⁹.

Het is de Angelsaksische opvatting over vrijheid die geleidelijk de bovenhand haalt, met een duidelijke overbeklemtoning van de *individuele vrijheden* op alle gebieden van het leven.

Zo komt het dat het zelfbeschikkingsrecht als nieuw rechtsvormend beginsel zelfs in Frankrijk ingang vindt via het *publiek recht*, meer bepaald via de rechtsleer over de *Libertés publiques*. Daaruit volgt dat over de rechtsregelingen m.b.t. het menselijk lichaam steeds meer op twee verschillende golflijnen wordt gepreut en geargumenteed: privatiseren en publiciseren, beiden met hun eigen concepten, beginselen en argumentaties.

«Pour un juriste de droit privé, le droit se définit comme une prérogative attribuée à un individu dans son intérêt lui permettant de jouir d'une chose, d'une valeur; pour un juriste de droit public le terme de droit renvoie à la notion de liberté telle qu'elle résulte de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789» ³⁰.

In het privaatrechtelijk betoog wordt het beschikken over eigen lichaam of over lichaamsdelen behandeld volgens het contractmodel, want voor het Burgerlijk Wetboek is «l'in-

²⁹ LABRUSSE-RIOU, Cath., «Droit du corps, lois sur les corps», in *Ethique*, 1991, nr. 1, pp. 23-24.

³⁰ Vgl. THOUVENIN, Dom., «La disponibilité du corps humain: corps sujet ou corps objet?», *Actes*, 1985, pp. 35-41.

In Nederland blijkt het reeds meer vast te staan dat de hier besproken problemen op het publiekrechtelijk vlak moeten worden behandeld, in het kader van de openbare gezondheidszorg. «In het algemeen wordt de taak van de overheid voor de gezondheidszorg omschreven als voorwaardenscheppend, grenzenstellend, prioriteiten- en kwaliteitsbewakend. Dit komt tot uitdrukking in onder andere de verdeling van de financiële middelen over de verschillende terreinen van de gezondheidszorg; het stellen van voorwaarden aan inrichting en functioneren van ziekenhuizen; het beschermen van de bijzondere belangen en rechten van de patiënt; het bevorderen en handhaven van het niveau van het medisch handelen door middel van het medisch tuchtrecht en het Staattoezicht op de Volksgezondheid. Een extra complicerende factor bij het formuleren van beleid is namelijk dat het medische handelwijzen betreft waarover ten aanzien van de toelaatbaarheid en toepasbaarheid uiteenlopende principiële opvattingen bestaan en wellicht ook zullen blijven bestaan. Wil men derhalve opties aan kunnen geven die geschikt zijn om een voldoende mate van politiek en maatschappelijk geaccepteerd overheidsbeleid te bereiken, dan is het onontkoombaar de desbetreffende kwesties vanuit verschillende invalshoeken en op verschillende niveaus te beoordelen. Aldus wordt inzicht verkregen in de complexiteit van de hoeveelheid belangen, rechten en plichten van de indirect of direct betrokken actoren. Eveneens wordt inzicht verkregen in de vraag in hoeverre en tot op welke hoogte 'het ethisch controversiële karakter' van de te onderzoeken problematiek, implicaties heeft voor de mogelijkheden om uiteindelijk een operationeel beleid te formuleren.» Zie van de GOOR, S.M.S.M., *Beleid en regelgeving inzake medische-ethische vraagstukken*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1991, pp. 24-25.

²⁸ BAUDOUIN et LABRUSSE-RIOU, o.c., pp. 198-199.

dividu libre un contractant potentiel». In deze denkwijze is vrijheid in de eerste plaats *wilsautonomie*, en het juridisch model waarin deze wilsautonomie rechtsverhoudingen aangaat, is het contract. Maar het afstaan van weefsels of organen gebeurt niet in een contractueel verband, zodat het privaatrechtelijk betoog hier al meteen niet meer opgaat. De rechtsregelingen m.b.t. eigen lichaam en lichaamsdelen *behoren* inderdaad tot het *publiek recht*. En wanneer men het over «beschikken over eigen lichaam» heeft in het publiek recht, dan is de bekommernis niet «si un individu peut valablement engager son corps dans un contrat passé avec autrui», maar wel «ce que chaque individu peut faire de et avec son corps» en welke de beperkingen zijn van deze vrijheid rekening houdend met «des impératifs sociaux et sanitaires»³¹.

Voor het publiekrecht gaat het uiteindelijk over een individuele vrijheid maar wel dient rekening te worden gehouden met een aantal wettelijke voorwaarden en eisen die betrekking hebben op *het beheer van goederen die voor de openbare gezondheid uiterst waardevol zijn*.

Dat neemt niet weg dat deze publiekrechtelijke gedachtingen en verantwoording van het zelfbeschikkingsrecht toch een vrij grote weerslag kunnen hebben op privaatrechtelijke instellingen zoals afstamming bv., en dat, zolang er geen publiekrechtelijke regelingen zijn, men via contracten probeert toch maar zijn doel te bereiken. Contracten sluiten i.v.m. draagmoederschap is daar een goed voorbeeld van. Zolang er geen wettelijk kader is dat de voorwaarden bepaalt volgens welke het beschikken over eigen lichaam geëtigimeerd is, wordt deze vrijheid onbeperkt uitgeoefend, en prevaleert willekeur, jammer genoeg, met het gevaar dat het menselijk lichaam steeds meer een koopwaar wordt³².

13. Laten we even samenvatten wat we tot nu toe gevonden hebben in deze verkenningstocht naar de herkomst van het zelfbeschikkingsrecht en het recht te beschikken over eigen lichaam. De analyses van von Savigny m.b.t. het zogenaamde recht op zichzelf, hebben verhinderd dat het zelfbeschikkingsrecht als een subjectief recht zou worden opgevat. Het zelfbeschikkingsrecht wordt meestal beschouwd als een *publiekrechtelijk rechtsbeginsel*³³.

³¹ *Ibidem*.

³² Vgl. EDELMAN, B., «La recherche biomédicale dans l'économie de marché», *D.*, 1991, Chron. 203-208; *Id.*, «L'homme aux cellules d'or», *D.*, 1989, Chron. 225.

Over de uitdaging die de hier behandelde ontwikkeling in de bio-wetenschappen betekent voor het recht, zie, naast de reeds vermelde bijdragen en studies van LABRUSSE-RIOU (cf. supra, voetnoten 20, 21, 22, 26, 27, 28), ook nog THOUVENIN, D., «Le droit aussi a ses limites», in *Le magasin des enfants*, (Ed. J. TESTART), Parijs, Fr. Bourin, 1990, 219-237; EDELMAN, B., en HERMITTE, M.-A., *L'homme, la nature et le droit*, Parijs, Ed. Chr. Bourgeois, 1988, 392 pp. (met o.a. een bijdrage van Cath. LABRUSSE-RIOU, over rechtsvorming m.b.t. menselijke lichamelijkeheid, onder de titel «Servitude, servitudes», pp. 308-372); *Biologie, personne et droit, Droits*, nr. 13, PUF, 1991 (met bijdragen o.a. van LABRUSSE-RIOU, EDELMAN, en BOURG); *Bioéthique, Pouvoirs*, 1991. Voor Nederland, een goede literatuurlijst in het voortreffelijk werk van VAN DE GOOR, zie voetnoot 30.

³³ Vgl. ook de analyse van RIGAUX, Fr., o.c., p. 66, en de hele opbouw van dit boek over de persoonlijkheidsrechten, waartoe toch ook rechten op eigen lichaam behoren. Volgens deze auteur behoren de persoonlijkheidsrechten meer tot de vrijheden, dan tot de subjectieve rechten, ofschoon de «persoonlijkheidsrechten» wel

Waar en op welke wijze is dit beginsel tot stand gekomen? Wellicht heeft de rechtspraak in de Verenigde Staten³⁴ m.b.t. het recht op *privacy* hierin een belangrijke rol gespeeld.

Het begrip Privacy werd immers sedert 1965 in de Amerikaanse rechtspraak erkend als een *fundamenteel recht* en kreeg vanaf de jaren zeventig tevens een ruimere betekenis: het was niet alleen een recht op intimiteit dat bescherming verleende tegen het bekendmaken van persoonlijke aangelegenheden, maar ook een recht op vrijheid om *zelf bepaalde belangrijke beslissingen te nemen*, zoals het al of niet doorgeven van het leven, het al of niet blijven voortleven (euthanasie)³⁵. Op te merken valt dat deze zogenaamde «belangrijke beslissingen» alle te maken hebben met leven of door, en in ieder geval met eigen lichaam of het lichaam van anderen. Het zelfbeschikkingsrecht en het recht op eigen lichaam hebben ook hier duidelijk een verband met elkaar.

We stellen dus vast dat in de Verenigde Staten het zelfbeschikkingsrecht tot ontwikkeling is gekomen door het verruimen van de betekenis van het recht op *privacy*. Meulders-Klein en Maingain wijzen erop dat art. 8 E.V.R.M. «se prête potentiellement à des développements analogues et tout aussi illimités que ceux du Right of Privacy»³⁶.

Het Europees Hof heeft inderdaad reeds een paar keren het begrip privé-leven deze ruimere betekenis toegekend van zelfbepaling³⁷.

Opvallend is ook de opinie van Guldix m.b.t. de juridische aspecten van medisch begeleide voortplanting en het recht op een kind.

«Bezit een persoon een publiekrechtelijk grondrecht of een privaatrechtelijk persoonlijkheidsrecht op procreatie dat hij respectievelijk aan de overheid en aan andere particulieren kan tegenwerpen?»

Wat het publiekrecht betreft, zijn twee grondrechten die door het E.V.R.M. en het I.V.B.P.R. gewaarborgd worden van betekenis: het recht op *privacy* en gezinsleven (art. 8 E.V.R.M., art. 17 I.V.B.P.R.) en het recht om een gezin te stichten (art. 12 E.V.R.M., art. 23 I.V.B.P.R.). In het privaatrecht heeft de rechtspraak in de zestiger en zeventiger jaren een persoonlijkheidsrecht op *privacy* gecreëerd.

De juridische bescherming van het privéleven impliceert niet alleen dat het individu een private levenssfeer bezit waaruit het anderen mag weren, maar ook dat het in die sfeer allerlei persoonlijke beslissingen kan treffen en uitvoeren. Het recht op *privacy* waarborgt dus een zelfbeschikkingsrecht dat verwant is aan de individuele vrijheid (art. 7 G.W., art. 5 E.V.R.M., art. 9 I.V.B.P.R.) en dat o.m. op de procreatie betrekking heeft. De aanspraak op procreatie kan derhalve als een bestanddeel van het recht op *privacy* aangezien worden. Voor de overheid en de andere particulieren impliceert dit recht op *privacy* overeenkomstige verplichtingen.

oorspronkelijk een privaatrechtelijk begrip waren (cf. RIGAUX, o.c., pp. 611 e.v.).

³⁴ Franse auteurs wijzen erop dat dit begrip trouwens meer beantwoordt aan de Angelsaksische vrijheidsopvatting dan aan de Europese continentale opvatting over de wilsautonomie. Zie supra, nr. 8 en nr. 12.

³⁵ Vgl. MEULDERS-KLEIN, M.-Th., en MAINGAIN, B., «Le droit de disposer de soi-même, Etendue et limites en droit comparé», in *Liberté en droit positif et Références légales aux valeurs*, Brussel, Bruylant, 1982, pp. 215-288, vooral pp. 261 e.v.

³⁶ *Idem*, p. 287.

³⁷ Vgl. VELU, J., en ERGEC, R., «Convention européenne des droits de l'homme», in *R.P.D.B.*, Complément VII, Brussel, Bruylant, 1990, pp. 341-342, nrs. 661-664.

Het behelst vooreerst een negatieve verplichting, omdat zij zich niet in de privacy en dus in de procreatie van de titularis van de privacy mogen mengen, tenzij – voor wat de toepassing van art. 8 E.V.R.M. aangaat – de inmenging van het openbaar gezag bij de wet voorzien is en in een democratische samenleving nodig is in het belang van bepaalde fundamentele waarden waaronder o.m. de bescherming van de gezondheid of de goede zeden en de rechten en vrijheden van anderen. Sommigen verstaan onder het woord 'anderen' het embryo.

Voor de overheid impliceert het recht op privacy, op gezinsleven en op het stichten van een gezin ook de positieve verplichting de nodige infrastructuur te scheppen, opdat het individu zijn aanspraken daadwerkelijk kan realiseren.

Maar toch hebben de aanspraken van het individu jegens de overheid – en dat niettegenstaande de verdragsteksten ze 'rechten' noemen – niet alle het karakter van werkelijke subjectieve rechten.

De publiekrechtelijke teksten inzake rechten van de mens zijn meer een bron van verplichtingen voor de staten dan van subjectieve rechten voor het individu»³⁸.

Welke rechten en plichten vloeien voort uit dit zelfbeschikkingsrecht. GULDIX preciseert daaromtrent:

«Hetzelfde geldt voor de relatie tussen particulieren onderling. Het recht op privacy heeft hier wel het karakter van een subjectief persoonlijkheidsrecht en de titularis heeft recht op niet-inmenging in zijn procreatiebeslissing, maar het zelfbeschikkingsrecht van de andere individuen, hun individuele vrijheid en hun recht op lichamelijke integriteit verhinderen dat zij zouden verplicht kunnen worden hun genetisch materiaal af te staan ten behoeve van derden»³⁹.

14. Bovendien kan gewezen worden, in de *toelichting* van de Belgische abortuswet van 1990, op de volgende zinsnede: «Het recht van de vrouw om over haar eigen lot te beslissen (à maîtriser son destin), om geen ongewenste zwangerschap te moeten ondergaan, waardoor zij al haar zelfstandigheid zou kwijtraken»⁴⁰. Ook hier is ongetwijfeld een omschrijving van het zelfbeschikkingsrecht herkenbaar. In het vonnis van de Rechtbank te Gent van 18 september 1987 wordt dit begrip trouwens vermeld als een van de waarden die met elkaar in conflict zijn⁴¹.

Het begrip zelfbeschikkingsrecht blijkt dus ook in de Belgische rechtspraak en rechtsleer zeer geleidelijk te zijn doorgedrongen.

Voor sommigen is het zelfs reeds meer dan een *rechtsbeginsel* (zie supra, nr. 13). Senaev bespreekt het als een aspect van het *persoonlijkheidsrecht* m.b.t. de *fysische* bestanddelen van de persoonlijkheid⁴². Wat betekent dat voor deze auteur het zelfbeschikkingsrecht tot het geheel van de subjectieve rechten moet worden gerekend⁴³. Men kan daarmee instemmen in zoverre het lichaamsbestanddelen betreft, maar het wordt moeilijker het daarmee eens te zijn wanneer het over het lichaam in zijn totaliteit gaat (bv. het recht op procreatie, draagmoederschap, geslachtschirurgie, euthanasie). Wat het recht op een kind bv. betreft, lijkt mij de conclusie van de Nederlandse Gezondheidsraad meer aangewezen: het krijgen van kinderen is een vrijheidsrecht (het mag niemand worden verhinderd) maar geen *claimrecht*

(de gemeenschap hoeft geen kind te leveren als de betrokene het niet zelf kan verwezenlijken)⁴⁴.

Hetzelfde voorbehoud wordt gemaakt m.b.t. zwangerschapsafbreking⁴⁵, en ook m.b.t. euthanasie, zelfs door voorstanders van euthanasiserend handelen⁴⁶.

Vermelden we ten slotte dat in het wetsvoorstel (door de heer E. Klein ingediend in 1986) betreffende het recht van de ongeneeslijk zieke patiënt op een waardige dood, in de *toelichting* gewezen wordt op «de noodzaak om aan de mensenrechten ook het recht toe te voegen om te beschikken over het eigen leven of sterven of, meer concreet, het recht om te beschikken over het eigen lichaam»⁴⁷. Hier gaat men er blijkbaar van uit dat het zelfbeschikkingsrecht in zoverre het tot voorwerp zou hebben «beschikken over eigen leven en sterven» nog steeds niet als volwaardig grondrecht erkend is. In hetzelfde jaar 1986 wordt een ander wetsvoorstel ingediend (door de heer L. Hancké) «tot regeling van de verplichting de toestemming te vragen inzake medische handelingen», en de *toelichting* van dit voorstel begint met te stellen dat «het zelfbeschikkingsrecht één van de grondslagen is van de mensenrechten: het is het recht van de mens om over zichzelf te beschikken, zijn eigen leven in te richten en keuzes te maken». Hier wordt ervan uitgegaan dat het een rechtsbeginsel is én tevens een recht van de mens. In de omschrijving herkennen we duidelijk de Amerikaanse opvatting (zie supra, nr. 13). In de *toelichting* wordt vervolgens gewezen op de bijzondere betekenis van het zelfbeschikkingsrecht in de gezondheidszorg, wordt gesteld dat in dit recht de grondslag is gelegen van de *patiëntenrechten*, en dat het dan ook hoog tijd wordt dit recht wettelijk te erkennen⁴⁸.

Samenvattend kan men stellen dat in laatstgenoemd wetgevend document het zelfbeschikkingsrecht een van de voornaamste *mensenrechten* wordt genoemd (wellicht overeenkomstig de Amerikaanse ruimere interpretatie van het recht op *privacy*), en als zodanig als *bron* van de patiëntenrechten wordt opgevat.

Laatstgenoemde zienswijze (wetsvoorstel-Hancké) sluit m.i. zeer dicht aan bij de gangbare opvatting van het zelfbeschikkingsrecht in Nederland, waarvan we een voortreffelijke uiteenzetting krijgen in het leerboek van Leenen⁴⁹. In de gezondheidszorg staat het beschikkingsrecht onder druk, zo meent Leenen, o.a. door de afhankelijkheid van de individuele patiënt van het gezondheidszorgsysteem en door het zodanig diep ingrijpende karakter van een aantal mogelijkheden van geneeskunde en biologie dat zij de fundamentele van het mens zijn raken. Voor het gezondheidsrecht ver-

⁴⁴ Aangehaald door GULDIX, o.c., p. 116.

⁴⁵ Vgl. Franse Conseil d'Etat, 27 september 1989, D., 1991, J.80, met noot M. VERPEAUX. Zolang abortus een strafrechtelijke aangelegenheid is, kan er geen sprake zijn van een «recht» op abortus. De redenering van de strafwet is: wanneer bepaalde voorwaarden vervuld zijn, houdt een bepaald handelen op een misdrijf te zijn. Maar daarmee is nog geen recht tot dit bepaald handelen gecreëerd.

Ook uit een grondrecht vermeld in het E.V.R.M. kunnen niet meteen subjectieve rechten worden afgeleid. Vgl. Luik, 27 februari 1990, Rev.Liège, 1990, 1168, met noot D. PIRE.

⁴⁶ Vgl. WILLEMS, J.H.P.J., «Euthanasie en zelfbeschikkingsrecht», N.J.B., 1987, 49.

⁴⁷ Gedr.St., Kamer, 1985-86, nr. 389, 1.

⁴⁸ Gedr.St., Kamer, 1985-86, nr. 610, 1.

⁴⁹ Reeds geciteerd in voetnoot 1.

³⁸ GULDIX, E., «Juridische aspecten van medisch begeleide voortplanting. Het recht op een kind», in *Internationaal Colloquium over de juridische aspecten van medisch begeleide voortplantingstechnieken*, 4-5 mei 1987, uitgegeven door het Belgisch Staatsblad, 1988, pp. 114-115.

³⁹ GULDIX, o.c., p. 115.

⁴⁰ Gedr.St., Senaat, nr. 247/1, B.Z. 1988, 19 april 1988, p. 7.

⁴¹ Rb. Gent, 18 september 1987, V.T.Gez., 1987-88, 360.

⁴² SENAËVE, P., *Compendium van het personen- en familierecht*, Boekdeel I, *Personenrecht*, Leuven, Acco, 1989, pp. 166-178.

⁴³ Vgl. SENAËVE, o.c., p. 153.

schaft het zelfbeschikkingsrecht als beginsel een *normatief kader* waaraan de positie van de mens in de gezondheidszorg kan worden getoetst, en geeft het een leidraad bij het vinden van nieuwe oplossingen voor nieuwe problemen over die positie⁵⁰.

D. Het zelfbeschikkingsrecht in de rechtsvorming

15. We wezen er reeds op: het zelfbeschikkingsbeginsel legt de nadruk op het recht van het individu om naar zijn eigen levensconcept te handelen. Als beginsel biedt het een *verklaring* van de patiëntenrechten m.b.t. informatie en toestemming, privacy en geheimhouding. Rechtsregelingen betreffende medische keuringen, experimenten op mensen, geestelijke gezondheidszorg worden *mede bepaald* door het zelfbeschikkingsrecht. Ten slotte kan het als *rechtsvormend* beginsel worden ingeroepen in aangelegenheden waarin het individu «belangrijke beslissingen neemt» m.b.t. het eigen lichaam (cf. de Amerikaanse interpretatie van het recht op privacy), zoals sterilisatie, geslachtswijziging (transseksualisme), zwangerschapsafbreking, kunstmatige inseminatie, draagmoederschap, euthanasie.

Het zelfbeschikkingsrecht bestrijkt dus een heel ruim gebied van de individuele vrijheid. Het is dan ook aangewezen tot slot van deze bijdrage de *rechtsvormende* betekenis en draagwijdte van dit rechtsbeginsel nader te bekijken.

In de eerste plaats stuurt het aan op rechtsregels waardoor de menselijke persoon zich *beschermd* weet op het vlak van de lichamelijke integriteit: toestemming en informatievereiste, recht op privacy en geheimhouding kunnen in het raam van deze beschermende ordening worden begrepen.

Het blijft daar echter niet bij. Het zelfbeschikkingsrecht zou er ook toe strekken belangrijke beslissingen en keuzen van het individu m.b.t. zijn lichamelijkeheid (cf. supra) te legitimeren. Kenmerkend voor al deze keuzen of beslissingen is dat de *uitvoering* ervan 1) de tussenkomst of de medewerking impliceert van medisch deskundigen, en 2) in mindere of meerdere mate strijdig is met de openbare orde (schending van privaatrechtelijke beginselen, schending van grondrechten, e.d.). M.a.w., in deze gevallen wordt van de rechtsordening, op grond van zelfbeschikking, meer verwacht dan bescherming: het recht moet hier – al of niet onder bepaalde voorwaarden – handelingen toelaten die normalerwijze nietig zijn, of zelfs verboden. Laten wij enkele van die problemen uit dit oogpunt onderzoeken.

16. Het afstaan van *lichaamsbestanddelen* stelt als zodanig geen ernstige rechtsethische moeilijkheden. Het principe is: het individu mag erover beschikken in zoverre deze afscheiding van stoffen en bestanddelen tot nut strekt van zichzelf of van anderen.

In vele landen zijn er in dat verband trouwens reeds heel wat wettelijke regelingen tot stand gekomen. Deze rechtsregelingen behoren tot het publiek recht. Daar in alle hier besproken problemen steeds een beroep wordt gedaan op medische deskundigen, zal het hier steeds de opdracht van het recht zijn te bepalen onder welke voorwaarden de tussenkomst van de arts *maatschappelijk aanvaardbaar* is.

«Si les questions mettant en jeu le corps humain étaient réglées sur un modèle strictement libéral, elles se résoudraient dans le ca-

dre du contrat, les contractants se mettant d'accord sur l'objet et le contenu de l'engagement; les particuliers seraient maîtres du jeu et pourraient faire ce que bon leur semble. Pour les raisons que nous avons amplement expliquées, une telle liberté n'est pas acceptable, aussi faut-il la contrôler. Il existe pour cela un modèle tout trouvé: celui de la santé publique; s'y référer permet de sauvegarder l'expression des consentements sur un modèle privé tout en précisant à quelles conditions la demande individuelle est *socialement* acceptable. C'est donc pour éviter l'exercice de droits dans un champ inter-individuel que le contrôle s'appuie sur la référence implicite au citoyen»⁵¹.

Ook de *wilsbeslissing* geen kinderen meer te willen hebben (sterilisatie) of omgekeerd, wel (nog) kinderen proberen te verkrijgen via kunstmatige vruchtbaarheidstechnieken, wordt eveneens in verband gebracht met het zelfbeschikkingsrecht. Laatstgenoemd beginsel is dan het uitgangspunt, niet van een individueel recht op sterilisatie, of een recht op een kind, maar wel van een publiekrechtelijke regeling. Thouvenin analyseert de taak van het recht in dit verband als volgt:

«Si l'on avait admis un droit pour les individus d'avoir un enfant, c'est l'intérêt égoïste qui aurait déterminé la naissance d'un nouvel individu et toute demande aurait pu alors être entendue. En revanche, le droit à avoir un enfant renvoie la demande vers l'Etat, chargé de mettre en place les conditions objectives de la naissance d'un citoyen. Et s'il est directement sollicité d'intervenir, on imagine sans trop de peine qu'il fixe des conditions à son intervention. C'est pour cette raison que la demande d'insémination ou de procréation ne peut émaner que d'un couple, car entendre la demande d'une personne isolée reviendrait à reconnaître un droit subjectif individualisé»⁵².

17. Het is de moeite waard even te blijven stilstaan bij het verzoek dat hier als het ware uitgaat van het individuele zelfbeschikkingsbeginsel naar de overheid. Laatstgenoemde wordt niet alleen aangezocht te oordelen of deze handelingen *maatschappelijk aanvaardbaar* zijn, maar wordt bovendien gevraagd «de participer au vaste mouvement de la médicalisation de la société et on lui demandé, non plus seulement d'organiser les rapports sociaux, mais aussi de contribuer à apaiser des souffrances»⁵³.

Er zijn nog andere omstandigheden die mensen existentieel als een gemis, een tekort, een gebrek ervaren: een ongewenst kind dragen, ondraaglijk lijden, ongeneeslijk ziek zijn. De vraag kan gesteld worden: is van die zeer ernstige noodsituaties waarin mensen terechtkomen, het zelfbeschikkingsrecht eveneens het uitgangspunt om een bepaald handelen (zwangerschapsafbreking, geslachtswijziging, euthanasie) te legitimeren?

Kenmerkend voor deze drie problemen is dat de overheid, de wetgever hier telkens voor het dilemma geplaatst wordt: ofwel de individuele wilsbeslissing zonder meer onverkort toelaten, ofwel verbieden. Er is hier immers geen ruimte voor «gedeeltelijk» toelaten of aanvaarden. Het gaat over man óf vrouw zijn (geslachtschirurgie), leven óf dood (abortus, euthanasie). Welnu, deze individuele wilsbeslissing op grond van het zelfbeschikkingsrecht toelaten, betekent eigenlijk dat in de rechtsregelingen die tot stand zouden komen, de *zelfbepaling* zo goed als soeverein zou zijn, en dus de individuele vrijheid in deze gevallen als absoluut, als onbeperkt zou worden erkend (in de vorm van een recht op

⁵¹ THOUVENIN, in *Le magasin des enfants*, o.c., pp. 227-228.

⁵² *Idem*, p. 228.

⁵³ THOUVENIN, D., «De la qualification de l'acte thérapeutique à son contrôle», D., 1991, Chron. 221-228.

⁵⁰ LEENEN, o.c., p. 26.

abortus, op euthanasie, enz.) i.t.m. alle andere klassieke grondrechten waarbij de uitoefening van de individuele vrijheid, althans in de Europese traditie, steeds in de rechtsregel *beperkt* wordt (cf. het E.V.R.M.; zie supra, voetnoot 5). «Het klassieke model van beperking van grondrechten houdt in dat tegenover een individueel recht een gemeenschapsbelang wordt gesteld, dat na weging volgens voorgescreven procedures een beperking van bepaalde omvang rechtvaardigt»⁵⁴.

Dat de individuele zelfbepaling hier soeverein wordt, brengt met zich dat de hele openbare orde in deze rechtsregeling tussen haakjes wordt geplaatst, of liever, het individu bepaalt zelf «zijn» openbare orde⁵⁵.

Daarom lijkt mij het zelfbeschikkingsrecht geen goed uitgangspunt te zijn bij een eventueel zoeken naar juridische tegemoetkoming voor de hier besproken noodsituaties. En een goed uitgangspunt, d.w.z. een grondslag lijkt o.i. hier onontbeerlijk te zijn om tot verantwoorde conclusies te komen. Anders is het mogelijk dat wat vandaag verboden is, morgen voorwerp van recht wordt. M.b.t. abortus bv. wordt er in de Duitse rechtsleer in een onlangs verschenen bijdrage, op gewezen dat de grondslag voor de strafwaardigheid van abortus gelegen is «in der Verletzung der mütterlichen Schutzpflicht» (cf. art. 6, lid 2, van de Duitse Grondwet). Dat belet niet dat er strafuitsluitingsgronden kunnen worden ingeroepen in bepaalde gevallen⁵⁶. Maar het zelfbeschikkingsrecht wordt hier zeker niet als uitgangspunt vooropgesteld ter legitimering van abortus, zoals dit het geval was in de Amerikaanse rechtspraak in de jaren zeventig, en ook in grote mate in de Belgische abortuswet van 1990.

18. Laten wij in een laatste beschouwing de vraag naar een eventuele legalisering van *euthanaserend handelen* afzonderlijk bespreken.

De aanleiding tot de vraag naar het al of niet legaliseren van euthanaserend handelen, is bekend: noodsituaties waarin patiënten terechtkomen door ondraaglijk lijden of ongeneeslijke ziekte.

Op het vlak van het *morele* oordeel kan het voor arts én patiënt in geweten *moreel* verantwoord zijn in uiterste noodgevallen te besluiten tot euthanaserend handelen over te gaan⁵⁷, tot en met actieve euthanasie⁵⁸.

Maar wat mag hier van de overheid verwacht worden, wat verwacht de samenleving hier van de juridische instanties?

In Nederland wordt sedert jaren een debat geleverd over euthanasie als *rechtspolietiek* probleem. Voorstanders zijn van oordeel:

«Op grond van het beginsel van tolerantie en gelijkberechtiging mag bij euthanasie geen (overheids-)keuze worden gemaakt waarbij individuen gedwongen worden niet de dood te kiezen die zij zelf wensen, maar een vorm van sterven te aanvaarden die door de wet

wordt opgelegd. Derhalve kiest men voor een geclausuleerde opheffing van het absolute verbod»⁵⁹.

Het standpunt van de tegenstanders wordt in dezelfde studie als volgt samengevat:

«De overheid heeft tot taak het menselijk leven te beschermen tegen aantasting door derden. Deze bescherming berust niet op de gedachte dat het leven pas waardevol wordt op grond van iemands wil om te leven, en waardeloos zou zijn op grond van iemands onwil om te leven.

Veeleer berust deze bescherming op de gedachte dat het menselijk leven in het perspectief van de menselijke waardigheid, waardevol is, dat wil zeggen in zichzelf een goed is voorafgaand aan iemands individuele beaming of individuele ontkenning daarvan.

De idee van het respect voor het menselijk leven als zodanig verdient (...) nog wel de leidinggevende idee te blijven, juist omdat zij aan het zwakke, weerloze of onmondige menselijke leven gelijke aandacht kan geven als aan het sterke, weerbare of mondige»⁶⁰.

In het standpunt van de voorstanders komt duidelijk de idee van zelfbeschikking tot uiting. We wezen er reeds op: het blijft onduidelijk wat de draagwijdte is van zelfbeschikking. Voor de enen is het «slechts» een *beginsel*, voor anderen is het een *recht*. Daarom trekt Van de Goor in een recente studie over beleid en regelgeving inzake medisch-ethische vraagstukken op:

«Dit zogenoemde zelfbeschikkingsrecht, het recht om over het eigen lichaam te beschikken, kan het gevaar met zich brengen dat er zich een autonomie-dogmatisme ontwikkelt waarbij het morele beraad direct wordt kortgesloten met een beroep op ieders persoonlijke vrijheid.»

En nog:

«Daartegen wordt aangevoerd dat het niet juist is om van een recht op zelfbeschikking te spreken, niet alleen omdat het niet afdwingbaar zou zijn maar ook omdat zelfbeschikking 'slechts' een fundamenteel beginsel is dat tot uitdrukking komt in tal van andere rechtsregels waar eerst een afweging van ander gespecificeerde belangen aan vooraf is gegaan»⁶¹.

De huidige Staat mag niet onverschillig blijven voor de noodsituaties waarin burgers op het vlak van gezondheid of kwaliteit van leven kunnen terechtkomen. Sedert lang heeft de overheid trouwens begrepen bepaalde noodsituaties, bv. de sociaal-economische, te moeten verhelpen. De Staat is, met succes trouwens, in vele sociale noden tegemoet gekomen. Het hele sociale-zekerheidsrecht is uit deze bekoemmernis gegroeid. Deze rechtstak is gebaseerd op de *solidariteitsidee* én het geheel van de *sociale grondrechten*.

Maar laten we even een vergelijking maken. Laten we veronderstellen dat juristen en politici in de vorige eeuw, i.p.v. op basis van solidariteit, een rechtsregeling op basis van het zelfbeschikkingsrecht hadden proberen te construeren ten behoeve van bv. de arbeider die werkloos was geworden, wat in die tijd betekende dat hij geen loon meer had, en op geen enkel vervangend loon aanspraak kon maken, zodat hij met zijn gezin al vlug in een ellendige sociale noodtoestand terecht kwam. Met het zelfbeschikkingsrecht als uitgangspunt hadden sommigen misschien de oplossing voorgesteld dat de arbeider in deze noodsituatie gerechtigd is een bankoverval te plegen, en daarbij de hulp mag inroepen van een politieagent.

Deze vergelijking kan ons misschien helpen naar analogie in te zien hoe vreemd de juridische constructie is waarbij een

⁵⁴ Vgl. «Redactioneel» (waarin kritische beschouwingen over het zelfbeschikkingsrecht), in *Recht en Kritiek*, 1990, nr. 1, pp. 3-5.

⁵⁵ Vgl. EDELMAN in de commentaar op het Parijse arrest, zie supra, voetnoot 26.

⁵⁶ ROELLECKE, G., «Lebensschutz, Schutz von Ehe und Familie und Abtreibung», *Juristenzeitung*, 1991, 1045-1050.

⁵⁷ Vgl. mijn bijdragen «Euthanasie – Rechtsethische beschouwingen», *R.W.*, 1986-87, 209-214 (alsook *R.W.*, 1986-87, 759-761).

⁵⁸ Met actieve euthanasie wordt hier bedoeld: een opzettelijk levensbeëindigend handelen door een arts, op verzoek van de patiënt.

⁵⁹ BLAD, J.R., *Tussen lots- en zelfbeschikking*, Arnhem, Gouda Quint, 1990, p. 14.

⁶⁰ *Idem*, p. 15.

⁶¹ VAN DE GOOR, S.M.S.M., *Beleid en regelgeving inzake medisch-ethische vraagstukken*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1991, pp. 31 en 40.

patiënt in noodsituatie, op grond van zelfbeschikking, gerechtigd is actieve euthanasie te plegen, met de hulp van een medische deskundige die in deze omstandigheden zijn beroep op een ongewone wijze moet uitoefenen. Uit deze vergelijking moge ook blijken dat er tegen het legaliseren van actieve euthanasie toch wel *rechts-ethische* bezwaren zijn, wanneer de *grondslag* van legitimering wordt gezocht in het zelfbeschikkingsrecht. De redenen zijn in het vorige nummer besproken. Samengevat komt het hierop neer: in alle rechtsregelingen dient een dosering voorhanden te zijn tussen zelfbepaling en ordening. Dit betekent dat in de rechtsregel nooit *slechts* met het standpunt, de wil, het belang van het *individu* rekening mag worden gehouden. Aspecten van openbare orde (*in casu*, belangrijke sociale waarden zoals eerbied voor het leven, het vertrouwen dat het publiek moet kunnen hebben in de medische deskundige) moeten steeds in de rechtsregel verwerkt blijven.

In de studie van Giesen in *Juristenzeitung* wordt dit als volgt toegelicht:

«Die Autonomie hat jedoch auch ihre Grenzen. Die Besorgnis und Furcht eines Patienten, hilfloses Opfer einer unheilbaren Krankheit zu werden und ein daraus resultierender Wunsch nach aktiver Beendigung seines Lebens fordern vom Arzt indessen eine sehr viel subtilere Würdigung der Patientenautonomie als dies bei der unreflektierten Übernahme eines Wunsches nach aktiver Sterbehilfe der Fall wäre. Gerichte in den USA haben in Fällen, in denen es um die Verweigerung lebenserhaltender Behandlung ging, vier staatliche Interessen herausgearbeitet, gegen die das Recht eines Patienten auf Ablehnung solcher Behandlung abgewogen werden muß. Diese öffentlichen Interessen sind der Lebensschutz, die Verhinderung von Suiziden, der Schutz abhängiger Dritter (wie kleiner Kinder oder anderer Abhängiger) und die Erhaltung der ethischen Integrität der Ärzteschaft. Diese Erwägungen können auch in anderen Jurisdiktionen Gültigkeit beanspruchen»⁶².

Het hoeft zelfs nog niet te gaan over actieve euthanasie, zelfs bij de vraag of een behandeling al of niet wordt voortgezet, moet steeds een afweging gebeuren tussen *zelfbepaling* enerzijds, en «staatlke Interesses» anderzijds. Toch dient aangestipt te worden dat, voor problemen die behoren tot de sfeer van het individuele leven, bij deze afweging de zelfbepaling dient te primeren op de ordening (het algemeen belang)⁶³.

Trouwens, met de rechtsconstructie op basis van het zelfbeschikkingsrecht, worden enkel de patiënten «geholpen» die *zelf* kunnen beslissen. De zovele andere tragische gevallen (comateuzen bv.) komen in deze rechtsconstructie niet ter sprake.

19. De boven besproken vergelijking die ons eraan herinnerde hoe de wetgever in de vorige eeuw voor de sociaal-economische noden voorzieningen tot stand heeft gebracht op basis van *solidariteit van allen*, kan ons hier misschien ook inspireren om een alternatief te vinden.

De patiënt in een noodsituatie heeft ongetwijfeld een *recht op waardig sterven*: dit is een patiëntenrecht dat impliceert dat hij *aanspraak* kan maken op *palliatieve zorgen*. Dit *recht op palliatieve zorgen* is echter geen subjectief recht, ook niet een individueel grondrecht, maar een *sociaal grondrecht*, zoals trouwens het recht op gezondheidszorg in het algemeen⁶⁴. Sociale grondrechten zijn instructienormen voor de

overheid. Dit betekent dat, op basis van dit sociaal recht van de burger op palliatieve zorgen voor het geval dat hij/zij vroeg of laat in de hier besproken noodsituatie terechtkomt, de wetgever en overheden de nodige structuren moeten ontwerpen, naar analogie van de de sociale-zekerheidsstructuren ten behoeve van de burgers die zich in economische noodsituaties bevinden.

Dit recht op *palliatieve* zorgen zouden *alle* burgers hebben die op het gebied van gezondheid of kwaliteit van leven in nood verkeren, en palliatieve zorgen omvatten een hele gamma van medische voorzieningen en hulptechnieken. Dit kost natuurlijk geld aan de overheid, maar men mag niet vergeten dat, in een land zoals België, elke burger vanaf zijn geboorte sociale bijdragen betaalt, o.a. voor gezondheidszorg, en het zou misplaatst zijn van de kant van de overheid, en onrechtvaardig, te gaan beweren dat voor medische zorgen in de laatste jaren van het leven geen geld meer beschikbaar is. Dit recht op palliatieve zorgen is natuurlijk geen onbeperkt recht. Trouwens, recht op gezondheidszorg als sociaal grondrecht opgevat, wordt nooit onbeperkt opgevat⁶⁵.

Kiezen voor palliatieve zorgen, houdt in dat *alle* patiënten hiervoor in aanmerking kunnen komen, — ook degenen die niet in staat zijn nog zelf te beslissen —, terwijl kiezen voor actieve euthanasie betekent dat de overheid enkel een «oplossing» biedt voor degenen die niet wensen verder te leven. Hier komen we trouwens terecht in het schemergebied. Want, zo schrijft Rutenfrans in de *Volkskrant* van 16 november 11:

«Een wel bijzonder wrang onderzoeksgegeven van de commissie-Remmelink is dat in 14 procent van de gevallen waarbij mensen werden gedood, zonder dat zij dit wilden, of zelfs maar wisten, wel overleg met de patiënt mogelijk was geweest. Wie dit een laag percentage vindt, moet bedenken dat het gaat om 140 mensen per jaar, die ten onrechte niet zijn geraadpleegd over hun voortijdige dood. Hoe zit het nu eigenlijk met dat zelfbeschikkingsrecht?»⁶⁶.

En Rutenfrans besluit:

«Levensbeëindiging zonder verzoek, hetzij actief, hetzij door een levensreddende behandeling achterwege te laten, is een ernstige schending van de mensenrechten.»

In medische kringen wordt gezegd dat, wanneer echt werk zou worden gemaakt van palliatieve verzorging, de vraag naar actieve euthanasie minder acuut zou worden, misschien zelfs overbodig.

Maar is de politieke wil aanwezig om werk te maken van palliatieve verzorging?

Zolang deze vorm van medisch-sociale stervensbegeleiding niet bestaat, zal in de nabije toekomst de druk toenemen van bepaalde euthanasiepraktijken die volkomen ongecontroleerd gebeuren. Het is dan ook aangewezen dat de wetgever een degelijke dienstverlening van palliatieve zorgen uitbouwt, in het kader van de gezondheidszorg en de sociale zekerheid, en tegelijk, gelet op het risico van «mistakes and abuses», een wettelijke normering tot stand brengt waarin duidelijk bepaald wordt onder welke voorwaarden bepaalde vormen van euthanasie niet langer wederrechtelijk zijn. De legitimering van euthanasie is in dit perspectief dan wel gelegen in de plicht van de overheid hulp te verlenen

⁶² GIESEN, o.c., p. 931.

⁶³ Vgl. VAN NESTE, F., *Hoe ethisch is het recht?* Tussen ordening en vrijheid, Antwerpen, Kluwer, 1990, vooral hoofdstuk 2.

⁶⁴ Over sociale grondrechten, zie LEENEN, o.c., pp. 21-24.

⁶⁵ Zie HUBBEN, J.H., «Keuzen in de zorg: grenzen aan het recht op gezondheidszorg», *N.J.B.*, 1991, 1628-1629.

⁶⁶ RUTENFRANS, Chr., «Rechtsbescherming patiënt geofferd in kabinetsstandpunt over euthanasie», in *Volkskrant*, 16 november 1991.

aan burgers in levensnood, in zoverre palliatieve zorgen in een bepaald geval toch ontoereikend blijven.

De wetgever zou echter in de eerste plaats aandacht moeten besteden aan de palliatieve zorgen in de ruime zin van het woord.

Het zou immers zeer erg zijn voor onze samenleving indien de wetgever enkel euthanasie zou gaan legaliseren. Het zou (alweer) neerkomen op kiezen voor de «gemakkelijkste» oplossing, een uiting zijn in het rechtsdenken van de triomf van een soort «acharnement individualiste», zeker wanneer euthanasie voortaan zou worden gelegitimeerd op basis van het recht op zelfbeschikking. Dit zou bovendien leugenachtig zijn, want zonder een degelijke uitgebouwde dienstverlening van palliatieve zorgen zou het euthanasiserend handelen niet lang beperkt blijven, in de praktijk, tot degenen die het uitdrukkelijk vragen. In Nederland is het reeds zover:

sedert 1 november 1990 is een meldingsprocedure van levensbeëindigend medisch handelen ingevoerd. Eind 1991 stelt de regering voor deze procedure ook te laten gelden voor actief medisch ingrijpen ter bekorting van het leven van coma-patiënten en pasgeborenen met ernstige afwijkingen. De meldingsprocedure zal ook betrekking hebben op «geestelijk gestoorde patiënten»⁶⁷. Betekent dit niet dat op deze wijze de fameuze vereiste «euthanasie enkel op verzoek van de patiënt» eigenlijk opgeheven wordt?

F. VAN NESTE
Universiteit Antwerpen
UFSIA

⁶⁷ Zie rubriek «Nieuws», in *N.J.B.*, 1991, 1679.

VAN BOSWACHTERS, HOUTVESTERS, WOUDMEESTERS EN ANDEREN. EEN STRAFRECHTELIJKE ANALYSE VAN HET VLAAMSE BOSDECREET

I. Inleiding

1. De bescherming van het leefmilieu houdt voor de overheid o.m. de verplichting in om regelgevend op te treden. Aldus ontstonden er in de loop der jaren rechtsregelen i.v.m. het bosbeheer, de jacht, de hinderlijke inrichtingen, de riviervisserij, ioniserende stralingen, de ruimtelijke ordening en de stedenbouw, de bestrijding van de luchtverontreiniging, de bescherming van grond- en oppervlaktewater tegen verontreiniging, het natuurbehoud, de bestrijding van de geluidshinder, de bescherming van monumenten en landschappen, de vogelbescherming, het beheer van afvalstoffen ...

2. Al die normen zijn, in mindere of meerdere mate, de uitdrukking van de wil van de gemeenschap. Het ge- of verbodend karakter van die regelen is echter onvoldoende om de juridische afdwingbaarheid ervan te bewerkstelligen. Aan de normatieve inhoud van die regelen dient de bedreiging met een sanctie te worden toegevoegd. Men spreekt in dit verband over handhavingsmechanismen. De sanctie betekent een bewuste toevoeging van een leed t.o.v. degene die de norm overtreedt¹ en kan van verschillende aard zijn. Er zijn burgerlijke sancties die de foutieve schade of de abnormale burenhinder willen herstellen of voorkomen (herstel in natura, schadevergoeding, bevel tot staking of tot aanpassingswerkzaamheden). Daarnaast bestaan er administratieve

sancties die ofwel tot doel hebben de ecologische openbare orde te handhaven of te herstellen (procedures voor administratieve rechtscolleges, administratieve beroepen, maatregelen van administratieve politie), ofwel het algemeen belang te beschermen (toezicht in het algemeen belang, veiligheidsmaatregelen), ofwel een bestraffend karakter hebben (administratieve boeten, tuchtsancties,...)².

Ten slotte zijn er ook strafrechtelijke sancties die als uitsluitend of prioritair doel hebben een strafrechtelijk verantwoordelijk individu dat zich schuldig heeft gemaakt aan overtreding van de regel, te bestraffen (gevangenisstraf, geldboete, verbeurdverklaring, publikatie van gerechtelijke beslissingen...).

3. Bij een vluchtige lezing van onze leefmilieuwetgeving valt onmiddellijk op dat de wetgever heel wat meer aandacht heeft besteed aan de bestuurlijke handhaving dan aan de strafbepalingen die er letterlijk en figuurlijk als appendix bij hangen³. Een eminente auteur zoals Faure stelt dan ook onomwonden dat het Belgische milieurecht in belangrijke

² LEBRUN, A., «La sanction pénale en matière d'environnement en Région wallonne», in *La répression des infractions en matière d'environnement... en Région wallonne*, JADOT, B., (red.), Brussel, Story-Scientia, 1987, 64; DEKETELAERE, K., «Administratiefrechtelijke handhaving van de milieuhygiënewetgeving in het Vlaamse Gewest», *Jura Falc.*, 1990-91, 207-259.

³ MORRENS, P., *De golf en de zwemmer. Bedenkingen bij de leefmilieuproblematiek*, Antwerpen, Standaard Uitgeverij, 1990, 94.

¹ VANHOUDT, J., en CALEWAERT, W., *Belgisch strafrecht*, I, Gent, Story-Scientia, 1976, 4.

mate administratief recht is ⁴. Het strafrecht op het leefmilieuvlak wordt beschouwd als laatste redmiddel, als «ultimum remedium» ⁵. Deze vorm van handhaving wordt niet geschikt geacht voor een modern ordeningssysteem, zoals het milieurecht. Deze visie lijkt niet alleen bij controlediensten aangenomen te worden, waar de administratieve handhaving de bovenhand heeft, maar ook de gerechtelijke diensten hebben ze lange tijd onderschreven ⁶.

Deze stelling bracht in de praktijk vaak mee dat er van handhaving niet veel in huis kwam, en dat de overtreder vrijuit ging. Er mag immers gerust opgemerkt worden dat onze overheid t.a.v. de administratieve sancties tot nu toe geen blijk gaf van een grote dadendrang.

De verhouding tussen beide vormen van handhaving moet daarom volgens Morrens beter bepaald worden. Er zijn immers gevallen waarin bestuurlijk optreden niet mogelijk of zinvol is. We denken hier bijvoorbeeld aan overtredingen die niet meer ongedaan kunnen worden gemaakt door bestuurlijk optreden (bv. eenmalige lozingen). In dergelijke gevallen is het duidelijk dat hier een taak is weggelegd voor het strafrecht en is de strafrechtelijke handhaving de enige remedie.

Anderzijds zijn er gevallen waarin de administratiefrechtelijke handhaving een zodanig straffend effect heeft (bv. de sluiting van het bedrijf), dat strafvervolgung daar nog bovenop minder gerechtvaardigd zou kunnen zijn.

Ten slotte kunnen er zich zaken voordoen waarin de strafrechtelijke en administratiefrechtelijke handhaving gecombineerd moeten opereren: de bestuurlijke handhaving voor preventie en sanering voorop, met de strafvervolgung als sluitstuk ⁷.

Uit dat alles blijkt dat het strafrecht als handavingsconcept van het milieurecht in België (en a fortiori in Vlaanderen) dringend aan erkenning toe is.

In zijn verslag van 5 juni 1990 aan het Comité van Ministers van de Raad van Europa stelde de Duitse minister van Justitie in dit verband trouwens dat «le degré de sauvegarde du milieu assuré par le droit pénal est un indice de l'importance que les Etats accordent désormais à la protection de l'environnement» ⁸. Een en ander lijkt onlangs nog te zijn bevestigd. Een van de specifieke opdrachten die de Interuniversitaire Commissie tot Herziening van het Milieurecht in het Vlaamse Gewest van de Vlaamse Executieve kreeg, was «een verhoging van de doelmatigheid van de strafrechtelijke en andere middelen tot handhaving van het milieurecht» na te streven ⁹.

4. Honderd zesendertig jaar na de afkondiging van het oude Boswetboek van 19 december 1854 ¹⁰ keurde de Vlaamse Raad op 31 mei 1990 met 111 stemmen voor en 17 stemmen tegen en 5 onthoudingen ¹¹ de tekst van een nieuw Bosdecreet goed, dat op 13 juli 1990 door de voorzitter van de Vlaamse Executieve werd afgekondigd ¹².

Dit decreet bracht op vele vlakken een vernieuwing: het heeft de principes vastgelegd die het mogelijk maken een stevige ecologische basis uit te bouwen voor het bosbeleid in Vlaanderen ¹³. In tegenstelling met het vroegere Boswetboek wordt ook het particuliere bos (goed voor ± 70% van de beboste oppervlakte in Vlaanderen) thans betrokken bij het bosbeleid. Daarenboven wordt aan het bos niet meer uitsluitend een economische functie (artt. 8 en 9) (zoals in het vroegere Boswetboek) maar tevens een sociale en educatieve functie (artt. 10-15), een schermfunctie (artt. 16 en 17), een ecologische (artt. 18-21) en een wetenschappelijke functie (artt. 22-30) toegekend. Aan de ecologische waarde van het bos wordt trouwens heel wat aandacht geschonken, hetgeen o.m. tot uiting komt in een reeks verbodsbepalingen die gelden voor alle bossen en die moeten zorgen voor een maximale bescherming van alles wat leeft en groeit in het bos.

In het licht van de hiervoren geschetste noodzaak van erkenning van de strafrechtelijke handhaving van het milieurecht, zullen we hierna onderzoeken hoe een en ander bewerkstelligd wordt in het Bosdecreet. Aldus zullen achtereenvolgens de strafrechtelijke en de strafprocessuele aspecten van het Vlaamse Bosdecreet onder de loep genomen worden.

II. De strafrechtelijke bepalingen van het Bosdecreet

5. In dit hoofdstuk zal worden onderzocht op welke wijze het strafwaardig gedrag in het decreet wordt omschreven, welke sancties erin bepaald worden en op welke wijze een aantal straftoemingsmechanismen (herhaling, samenloop, rechtvaardigings- en verschoningsgronden, verzachtende omstandigheden, ...) en bepalingen die het strafwaardig gedrag vastleggen (deelneming, poging), zijn ingelast.

6. Inzake de delictomschrijving kan allereerst opgemerkt worden dat niet alle voorschriften van het decreet bij overtreding strafrechtelijk vervolgbaar zijn. Een aantal gedragingen zijn immers niet strafbaar gesteld:

— alle toegankelijke openbare en privé-bossen zijn voor het publiek alleen maar toegankelijk op de bestaande of aangeduide wegen (art. 10, §§ 2 en 3);

⁴ FAURE, M., *Preadvies milieustrafrecht*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu Uitgevers, 1990, 67.

⁵ MORRENS, P., o.c., 95.

⁶ BRONDERS, B., «Strafprocessuele aspecten van de toezichtsregeling in de milieureglementering», in *De vervuiler aan banden gelegd? Strafrechtelijke en politieke handhaving van het milieurecht*, ELIAERTS, C., ENHUS, E. en SENDEN, R. (red.), Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1990, 54.

⁷ MORRENS, P., «Het leefmilieurecht als handavingsmiddel», *Panopticon*, 1990, 343; MATHARAN, X., en MONDON, D., «Parquet et protection de l'environnement: pour une politique volontariste», *Rev. science crim.*, 1991, 301-310.

⁸ ENGELHARD, H., A., «Protection de l'environnement par le droit pénal», *R.D.P.*, 1991, 308.

⁹ BOCKEN, H., «Naar een algemeen kaderdecreet inzake milieuhygiëne? De werkzaamheden van de Interuniversitaire Commissie tot Herziening van het Milieurecht in het Vlaamse Gewest», *R.W.*, 1990-91, 1400.

¹⁰ B.S., 22 december 1854.

¹¹ *Hand.*, *V.L.R.*, 1989-90, 31 mei 1990, 1649.

¹² B.S., 28 september 1990.

¹³ PIETERS, A., VAN HOVE, D. en VAN DER AA, B., «Ecologische en bosbouwkundige aspecten van het bosdecreet», in *Het bosdecreet van 13 juni 1990. Een nieuw bosbeleid voor Vlaanderen* (referatenboek van de studiedag van 15 februari 1991), DRAYE, A. (red.), Leuven, Instituut voor Milieurecht, 1991, 23.

- de personeelsleden van het Bosbeheer mogen geen handel drijven in hout- en aanverwante produkten en boomkwekerijprodukten en mogen geen privé-bossen beheren (art. 37);
- het niet opstellen van een beheersplan voor openbare bossen en privé-bossen van ten minste vijf hectaren (art. 43);
- elke privé-eigenaar moet het beheer van zijn bos voeren overeenkomstig het beheersplan (art. 46);
- kappingen in andere dan domeinbossen die niet zijn opgenomen in het beheersplan, en de verkoop of exploitatie boven de door het beheersplan bepaalde gewone of bijkomende kappingen mogen slechts plaatshebben met de machtiging van het Bosbeheer (art. 50);
- in de openbare bossen mogen, behoudens machtiging van de Vlaamse Executieve, geen gebruiksrechten verleend worden (art. 51);
- iedere koper van hout uit openbare bossen die niet voldoet aan zijn verplichting van borg, betalingswaarborg en keuze van woonplaats en die bijgevolg zijn recht op het gekochte verliest, is verplicht bij nieuwe verkoop met lagere prijs, het verschil tussen zijn prijs en de lagere prijs van het nieuwe bod te betalen (art. 57);
- een eventuele opgave van lastgever (commandverklaring) moet onmiddellijk na de toewijzing van de koop bekend gemaakt worden (art. 58);
- de verkopen van hout in openbare bossen die niet toebehoren aan de Staat, het Vlaamse Gewest of de Vlaamse Gemeenschap moeten door de zorg van de eigenaar geschieden in aanwezigheid van de houtvester en overeenkomstig de verkoopvoorwaarden door de eigenaar vastgesteld (art. 61);
- de koper moet de nodige voorzorgen nemen om de te sparen bomen en het bosbestand niet te beschadigen (art. 64);
- onroerende goederen toebehorend aan het Vlaamse Gewest die onder de toepassing van het decreet vallen, kunnen niet vervreemd worden dan bij decreet. Alle andere openbare onroerende goederen die onder de toepassing van het decreet vallen, kunnen niet vervreemd worden zonder machtiging van de Vlaamse Executieve. In alle bossen kunnen werkzaamheden, die wijzigingen van de fysische toestand tot gevolg hebben, eerst uitgevoerd worden na machtiging van het Bosbeheer. Ontbossing is verboden tenzij met naleving van de voorschriften van de wetgeving op de ruimtelijke ordening en stedenbouw en na advies van het Bosbeheer (art. 90);
- bij overdracht van zakelijke rechten en bij verdeling van onroerende goederen waarop het decreet van toepassing is, moet de notaris, twintig dagen vóór de datum van de verkoping of van de ondertekening van de akte, het plan van de verdeling en een attest waarin de aard van de akte en de in de akte te vermelden bestemming van het goed nader wordt aangegeven, ter inzage voorleggen aan het college van burgemeester en schepenen van de betrokken gemeente alsmede aan het Bosbeheer (art. 91)¹⁴;
- elke bouseigenaar moet maatregelen treffen om bosbranden te voorkomen en om uitbreiding ervan te beperken.

Deze maatregelen moeten in het beheersplan vermeld worden (art. 100);

- alle bosgebruikers en bosbezoekers dienen hulp te verlenen in geval van bosbrand (art. 101).

Ook een algemene strafbaarstelling, zoals die wel eens voorkomt in andere wetteksten, in de zin van: «overtredingen van deze wet (dit decreet) en van de uitvoeringsbesluiten worden gestraft met...» ontbreekt. Dat betekent dat voor deze voorschriften alleen handhaving langs civielrechtelijk weg mogelijk is¹⁵. Het komt ons voor dat de Vlaamse Raad hier een belangrijke mogelijkheid heeft laten liggen.

7. Wat de strafrechtelijk gesanctioneerde voorschriften van het Bosdecreet betreft, kan een onderscheid gemaakt worden tussen nieuwe misdrijven en misdrijven die sterk lijken op die welke reeds bestonden in het Boswetboek van 1854.

Nieuwe misdrijven zijn:

- het niet vervullen van de verplichting tot aanvulling van het beheersplan voor openbare bossen bij overschrijding van het kapquantum (art. 9);
- het principieel verbod van gemotoriseerd verkeer in de voor het publiek toegankelijke bossen (art. 14);
- de overtreding van de verbodsbepalingen opgesomd in art. 20;
- het gebruik van biociden in strijd met de besluiten van de Vlaamse Executieve (art. 21);
- de overtreding van de verbodsbepalingen geldend in bosreservaten (art. 30);
- de afwijking van een goedgekeurd beheersplan zonder machtiging van het Bosbeheer en behoudens dringende noodzakelijkheid (art. 44);
- de overtreding van de regeling i.v.m. de toegang tot openbare bossen (art. 48);
- het dulden of machtigen door de houtvester of de boswachter van het plegen van de bosmisdrijven opgesomd in art. 75;
- het verzuim van de eigenaar van een privé-bos van de verplichting een tienjaarlijkse inventaris op te stellen (art. 80);
- het verzuim van melding van kappingen in strijd met het beheersplan die uitgevoerd worden om dringende sanitaire en veiligheidsredenen, en van andere niet gemachtigde kappingen (art. 81);
- de beplanting met houtachtige gewassen in agrarische gebieden in strijd met art. 35bis Veldwetboek (art. 87);
- het betreden van een privé-bos zonder toestemming van de eigenaar (art. 89);
- de kaalslag in strijd met het beheersplan of zonder machtiging van het Bosbeheer (art. 93);
- het uitvoeren van onrechtmatige kappingen (art. 95, tweede lid);
- de overtreding van de verbodsbepalingen opgesomd in art. 97;
- het verzuim de brandwegen regelmatig en minstens om de twee jaar vrij te maken (art. 104).

Een aantal misdrijven zijn om zo te zeggen analoog met reeds bestaande uit het Boswetboek. Voor deze bosmisdrijf-

¹⁴ VAN DEN BOSSCHE, A., «Het Bosdecreet of hoe men door de bossen de bomen ziet», *T.Not.*, 1991, 90.

¹⁵ BOES, M., «Het bosdecreet: juridische situering» in *Het bosdecreet van 13 juni 1990. Een nieuw bosbeleid voor Vlaanderen*, DRAYE, A. (red.), Leuven, Instituut voor Milieurecht, 1991, 68.

ven kan dan ook gebruik gemaakt worden van de bestaande rechtspraak. We vermelden hier:

- het verbod om in openbare bossen paard te rijden buiten de daarvoor aangeduide paden (art. 15). Deze bepaling is gedeeltelijk reeds terug te vinden in art. 166 Bosw., dat het verbod oplegt om in een bos zijn voertuig, trek-, last- of rijdier buiten de gewone wegen te doen komen. De rechtspraak m.b.t. dit artikel heeft zich vooral ingelaten met de vraag wat onder «gewone wegen» moet worden verstaan, te weten de openbare wegen met uitsluiting van de wegen aangelegd voor de inwendige dienstverrichtingen in het bos¹⁶. De aanwezigheid van een sluitboom betekent dat de weg geen gewone weg is¹⁷;

- de overtreding van het voorschrift van art. 55 (verkoop van hout en andere bosprodukten uit openbare bossen). Dit artikel is gebaseerd op de artikelen 36 tot 38 Bosw.;

- de overtredingen van de voorschriften i.v.m. de exploitatie van het gekochte hout afkomstig uit openbare bossen (artt. 62, 63, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71 en 72). Deze voorschriften zijn nagenoeg identiek aan die vermeld in de artikelen 51, 54, 56, 57, 58, 59, 63, 60, 61 en 64 Bosw. De magere rechtspraak dienaangaande heeft betrekking op de naleving van de veiligheidsvoorwaarden¹⁸;

- de onrechtmatige toeëigening van openbare bossen of van gedeelten ervan (art. 95, eerste lid). Wat dit artikel betreft, lijkt de decreetgever zich te hebben laten inspireren door art. 164 Bosw.;

- het verbod van het toebrengen van ingrijpende wijzigingen aan de bodem, de strooisel- of kruidlaag en het verbod van het toebrengen van beschadigingen aan de boomlaag zonder machtiging van het Bosbeheer (art. 96). De eerste bepaling van dit artikel lijkt sterk op het voorschrift vervat in art. 107 Bosw.;

- het verbod om in het bos vuur te maken en vuur te dragen behoudens aanwijzing van het Bosbeheer (art. 98), en het verbod in alle bossen en binnen een afstand van honderd meter tot de bossen, bomen en andere vegetaties in brand te steken behoudens machtiging van het Bosbeheer (art. 99). Deze artikelen zijn bijna identiek met art. 167 Bosw. De rechtspraak in verband met het artikel in kwestie gaat in op het probleem van de schadevergoeding die door de beklagde moet worden betaald¹⁹.

8. Een tweede aspect dat in het kader van de bepalingen van materieel strafrecht van het decreet moet worden onderzocht, is dat van de sancties. Moet hier nog worden herhaald dat de bevoegdheid van de gewesten (en van de gemeenschappen) in deze aangelegenheid fel beknot werd.

Het Arbitragehof heeft, zoals bekend, in dit verband in de laatste jaren een interessante rechtspraak ontwikkeld die zich nog steeds aan het verfijnen is²⁰. Uitgaande van art. 19, § 1, van de Bijzondere Wet Hervorming Instellingen²¹ he-

rinnerde het Hof eraan dat het decreet slechts die aangelegenheden mag regelen die hem uitdrukkelijk zijn toegewezen (cf. artt. 4 tot 11 Bijzondere Wet Hervorming Instellingen) met dien verstande evenwel dat het zich op geen enkele wijze mag inlaten met de bevoegdheden die de Grondwet aan de wet heeft voorbehouden. Welnu, art. 9 Gw. bepaalt duidelijk dat geen straf kan worden ingevoerd of toegepast dan krachtens de wet (in de formele zin van het woord). Op dit algemeen principe bestaat echter één uitzondering, meer bepaald wanneer daartoe een bijzondere en uitdrukkelijke machtiging wordt gegeven door een bijzondere of gewone bepaling houdende hervorming der instellingen. Art. 11 van de Bijzondere Wet Hervorming Instellingen bevat een dergelijke machtiging. Dit artikel bepaalt immers dat binnen de grenzen van de bevoegdheden van de gewesten en gemeenschappen, de decreten de niet-naleving van hun bepalingen strafbaar kunnen stellen, en de straffen wegens de niet-naleving kunnen bepalen overeenkomstig boek I Sw. met uitzondering van de criminele straffen bepaald in art. 7 Sw.

De rechtspraak van het Arbitragehof beslist duidelijk dat de decreetgever niet mag afwijken van de bepalingen van boek I Sw. Op grond van voormelde rechtspraak van het Arbitragehof, heeft de Raad van State in zijn eerste advies van 8 juni 1988 over het voorontwerp van Bosdecreet gesteld dat de volgende bepalingen van het voorontwerp de bevoegdheid van de decretale wetgever te buiten gingen: art. 120 (invoering van een stelsel van administratieve geldboeten), art. 123, tweede lid (vervangende gevangenisstraf in geval van niet-betaling van de geldboete) en art. 126 (vervalvenverklaring van het recht om als koper of exploitant op te treden in een openbaar bos)²².

De diverse bepalingen van het voorontwerp die, naar het oordeel van de Raad van State, de bevoegdheid van het Vlaamse Gewest te buiten gingen, werden in het omgewerkt ontwerp hetzij weggelaten, hetzij aangepast²³. We kunnen dan ook vaststellen dat in het Bosdecreet, zoals trouwens in de meeste leefmilieuwetten en -decreten²⁴, overtreding van de strafbepalingen strafbaar gesteld wordt met correctionele straffen. Het betreft meestal correctionele geldboeten (cf. artt. 9, 14, 20, 21, 30, 44, 55, 62, 65, 66 tot 72, 75, 80, 81, 87, 89, 93, 95 tot 99 en 104). Een enkele keer is er sprake van een correctionele gevangenisstraf (art. 95). De politiegeldboete wordt eveneens maar één keer vermeld (art. 48). Op te merken valt ook dat in art. 79 van het decreet nog steeds voorkomt de uitsluiting gedurende maximaal vijf jaar van het recht om als koper of exploitant in een openbaar bos op te treden. Op advies van de Raad van State heeft de gemeenschapsminister van Leefmilieu in de memorie van toelichting bij het decreet evenwel verduidelijkt dat die uitsluiting een voorzorgsmaatregel is en geen strafbepaling²⁵. Voorzorgs- of veiligheidsmaatregelen zijn immers geen sancties.

De Gewesten kunnen bijgevolg bij decreet veiligheidsmaatregelen invoeren, daar geen grondwettelijke bepaling

¹⁶ Cass., 25 maart 1912, *Pas.*, 1912, I, 180; Cass., 10 mei 1971, *Pas.*, 1971, I, 826; Corr. Brugge, 9 maart 1988, *R.W.*, 1987-88, 1442, noot ARNOU, P.

¹⁷ Cass., 4 september 1972, *Pas.*, 1973, I, 5.

¹⁸ Cass., 19 september 1984, *Pas.*, 1985, I, 94.

¹⁹ Pol. Hamoir, 9 november 1981, *Rev.Comm.B.*, 1982, 18.

²⁰ JADOT, B., «Les régions belges et la répression des infractions, spécialement dans le domaine de l'environnement», *R.D.P.*, 1989, 1075, en de aldaar aangehaalde rechtspraak.

²¹ B.S., 15 augustus 1980.

²² *Gedr.St.*, VI.R., 1989-90, nr. 261/1, 83.

²³ *Gedr.St.*, VI.R., 1989-90, nr. 261/1, 24.

²⁴ MORRENS, P., «Strafrechtelijke procedures in milieuzaken» in *Inleiding tot de milieuproblematiek. Lessencyclus georganiseerd door het Seminarie voor Milieurecht en het Centrum voor Milieusanering*, Gent, Rijksuniversiteit Gent, 26 januari 1990, 2.

²⁵ *Gedr.St.*, VI.R., 1989-90, nr. 261/1, 18.

die bevoegdheid aan de nationale wetgever voorbehoudt. Benevens in art. 79 is er trouwens nog op andere plaatsen in het decreet sprake van veiligheidsmaatregelen (cf. artt. 10, 29, 105-107) ²⁶.

Art. 95 van het decreet ten slotte bepaalt dat bij overtreding van het voorschrift van dat artikel een correctionele gevangenisstraf en/of geldboete kan worden opgelegd onverminderd teruggave, schadevergoeding of herstel indien daartoe aanleiding bestaat. Met betrekking tot de teruggave heeft de Raad van State geen enkele opmerking gemaakt, aangezien deze maatregel geen repressief karakter heeft maar slechts een herstellende functie ²⁷. Het Arbitragehof overweegt in dit verband dat deze maatregel geen strafrechtelijke veroordeling is en een civielrechtelijk karakter heeft, doch «verbonden is met de openbare orde en door sommige aspecten een met de strafsanctie onlosmakelijk accessorium is» ²⁸. Het opleggen van deze maatregel wordt aldus in overeenstemming geacht met art. 11 Bijzondere Wet Hervorming Instellingen. Toch is de opmerking van Verstraeten pertinent waar hij schrijft dat het verwondering baart dat de decreetgever gemachtigd wordt om op dit vlak regelend op te treden, aangezien de teruggave geregeld wordt in art. 44 Sw. en door de rechter ambtshalve moet worden bevolen ²⁹. Aldus kan worden vastgesteld dat de decreetgever, zonder een straf te bepalen, een bepaling invoert die geregeld wordt door boek I Sw., ook al bevestigt hij ze alleen maar ³⁰.

9. Om dit hoofdstuk betreffende de strafrechtelijke bepalingen af te ronden nog een woordje over sommige bepalingen betreffende de vastlegging van het strafwaardig gedrag (de deelneming en de poging) en betreffende de straftoemeting (de herhaling, de samenloop van verscheidene misdrijven, de rechtvaardigings- en verschoningsgronden en de verzachtende omstandigheden).

Uit voormeld art. 11 Bijzondere Wet Hervorming Instellingen bleek reeds dat de decreetgever zich inzake de uitoefening van zijn strafrechtelijke bevoegdheid diende te houden aan de beginselen van het algemeen strafrecht vervat in boek I Sw. Het is de regionale wetgever derhalve niet alleen verboden andere straffen te bepalen dan die vervat in boek I Sw., maar het is hem bovendien ook niet geoorloofd een aangelegenheid te regelen die het voorwerp uitmaakt van boek I Sw. ³¹. Bijgevolg ontsnappen aan de gewestelijke bevoegdheid: de regeling omtrent de herhaling (cf. artt. 54-57 Sw.), de deelneming (cf. artt. 66-69 Sw.), de poging (cf. artt. 51-53 Sw.), de samenloop van verscheidene misdrijven (cf. artt. 58-65 Sw.), de rechtvaardigings- en verschoningsgronden (cf. artt. 70-78 Sw.) en de verzachtende omstandigheden (cf. artt. 79-85 Sw.). De opvatting van Faure volgens welke er op grond van art. 100 Sw. en de rechtspraak van het Arbitragehof een juridisch vacuüm zou zijn ontstaan betreffende de toepassing van de principes van de

deelneming (hoofdstuk VII Sw.) en van de verzachtende omstandigheden (art. 85 Sw.) (niet toepasselijk op het bijzonder strafrecht behoudens andersluidende bepaling) op bijzondere milieudecreten ³², wordt door andere auteurs stellig ontkend ³³. Het besluit van het Arbitragehof aangaande boek I Sw. is dat uit art. 11 Bijzondere Wet Hervorming Instellingen volgt dat de artikelen 1 tot 99 van boek I, met inbegrip van hoofdstuk VII en art. 85, van toepassing zijn op de in de decreten omschreven strafbare gedragingen, ongeacht of de decreetgever van die bepalingen afwijkt, ze bevestigt of ze al dan niet toepasselijk verklaart ³⁴.

Op grond van die rechtspraak heeft de Raad van State in zijn eerste advies dan ook gesteld dat de volgende bepalingen van het voorontwerp van Bosdecreet niet in overeenstemming waren met de bevoegdheidsverdelende regels: art. 131 (toepassing van hoofdstuk VII en art. 85 Sw.) en art. 133, 1° en 3° (regelen betreffende de herhaling en de deelneming) ³⁵.

In zijn tweede advies betreffende de nieuwe bepalingen die in het omgewerkte ontwerp voorkomen, maakte de Raad van State een opmerking betreffende art. 59, § 2, derde lid, dat betrekking heeft op de hoofdelijke veroordeling tot een bepaalde geldboete van de personeelsleden van het Bosbeheer die de bepalingen betreffende de verkoop uit de hand van openbare bossen overtreden, en betreffende art. 59, § 2, vierde lid, dat bepaalt dat de koper, in geval van medeplichtigheid met de overtreder, tot dezelfde geldboete kan worden veroordeeld. Het gaat hier, aldus de Raad van State, om bepalingen betreffende de wijze van bestraffing ingeval verscheidene personen aan het misdrijf hebben deelgenomen. De deelneming wordt echter op een algemene manier geregeld door hoofdstuk VII van boek I Sw. en is als dusdanig aan de bevoegdheid van de Gewesten onttrokken ³⁶. Niettegenstaande de Raad van State in zijn advies zeer duidelijk is, moet worden vastgesteld dat inzake art. 59, § 2, vierde lid, geen rekening werd gehouden met het advies en de bestaande tekst integraal is opgenomen in het Bosdecreet (cf. art. 55, § 2, vierde lid).

III. De strafprocessuele bepalingen van het Bosdecreet

10. Inzake de bepalingen van formeel strafrecht van het Bosdecreet, zal hieronder nagegaan worden op welke wijze het Vlaamse Gewest gebruik heeft gemaakt van de hem ter zake toegekende bevoegdheid, wie de bevoegde toezichts- en opsporingsambtenaren zijn en hoever de bevoegdheid van deze onderscheiden ambtenaren reikt.

11. Luidens art. 7, tweede lid, Gw. kan niemand worden vervolgd dan in de gevallen die de wet bepaalt en in de vorm die zij voorschrijft. Uit de reeds geciteerde rechtspraak van het Arbitragehof is gebleken dat de Gewesten in de aan de wet voorbehouden aangelegenheden slechts mogen optre-

²⁶ BOES, M., *l.c.*, 71.

²⁷ VAN HOUT, C., en CALEWAERT, W., *o.c.*, 932.

²⁸ Arbitragehof, 23 december 1987, nr. 44, *B.S.*, 27 januari 1988, 1202, (B.11).

²⁹ Cass., 20 juli 1846, *Pas.*, 1846, I, 465; Cass., 19 juli 1909, *Pas.*, 1909, I, 353.

³⁰ VERSTRAETEN, R., «Strafrechtelijke aspecten van de staatshervorming», in *De Staatshervorming. Gevolgen voor het recht*, Kortrijk, Postuniversitair Centrum West-Vlaanderen, 3 en 10 april 1990, 26.

³¹ JADOT, B., *l.c.*, 1081.

³² FAURE, M., *o.c.*, 43.

³³ VERSTRAETEN, R., *l.c.*, 24; JADOT, B., *l.c.*, 1081; DELVA, J. en SMETS, J., «De staatshervorming en het strafrecht» in *Liber Amicorum Marc Châtel*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1991, 96.

³⁴ Arbitragehof, 23 december 1987, nr. 44, *B.S.*, 27 januari 1988; Arbitragehof, 17 januari 1990, nr. 5/90, *B.S.*, 8 februari 1990.

³⁵ *Gedr.St.*, *VL.R.*, 1989-90, nr. 261/1, 83.

³⁶ *Gedr.St.*, *VL.R.*, 1989-90, nr. 261/1, 25.

den mits zij daartoe gemachtigd zijn door een bijzondere en uitdrukkelijke machtiging door de Bijzondere of de Gewone Wet Hervorming Instellingen ³⁷. De machtiging vervat in art. 11 Bijzondere Wet Hervorming Instellingen biedt aan de gewesten weliswaar de mogelijkheid om overtreding van de door hen gestelde voorschriften strafbaar te stellen, maar staat hun niet toe om op te treden op het vlak van de strafvordering ³⁸. De laatste jaren heeft het Arbitragehof zich dan ook moeten uitspreken over de mogelijkheid van de Gewesten om normerend op te treden aangaande diverse aspecten van de strafvordering. Aldus werd geoordeeld dat de gewesten niet bevoegd zijn zich in te laten met: de huiszoeking in woningen ³⁹; de vastlegging van de bewijswaarde van processen-verbaal (zowel van die opgesteld door bijzondere ambtenaren als van die opgesteld door officieren van gerechtelijke politie) ⁴⁰; het verlenen van de hoedanigheid van officier van gerechtelijke politie aan bepaalde ambtenaren ⁴¹; het regelen van de aangifteverplichting vervat in art. 29, eerste lid, Sv. ⁴²; het toevertrouwen van de uitoefening van de strafvordering aan een bepaald bestuur; de regeling van het verweer in het gerechtelijk onderzoek; het opheffen van het geheim karakter van het gerechtelijk onderzoek; het regelen van het deskundigenonderzoek of van het getuigenverhoor; het regelen van de voorlopige hechtenis, van de procedure voor de onderzoeks- en vonnisgerechten, van de bevoegdheidsregels in strafzaken of van het aanwenden van rechtsmiddelen ⁴³; het instellen van de mogelijkheid tot het treffen van een minnelijke schikking ⁴⁴. Daarentegen behoren wel tot de normgevende bevoegdheid van de Gewesten: het belasten van ambtenaren, ressorterend onder de gewesten, met opdrachten van toezicht op de toepassing van de bepalingen van een decreet en het bepalen van de wijze waarop die ambtenaren hun bevindingen dienen te rapporteren (hetgeen gelijkstaat met het verlenen van bevoegdheid aan die ambtenaren om processen-verbaal op te stellen) ⁴⁵; het aan voormelde ambtenaren toestaan een aantal maatregelen van toezicht en bewaring te nemen, behoudens de dwangmaatregelen die principieel enkel door de onderzoeksrechter in het kader van een gerechtelijk onderzoek kunnen worden bevolen ⁴⁶; het toevertrouwen van toezichtstaken aan andere dan gewestelijke ambtenaren ⁴⁷; het uitvaardigen van bepalingen i.v.m. de verjaring van de strafvor-

dering ⁴⁸; het afhankelijk stellen van de strafvervolgving van een voorafgaande klacht of aangifte ⁴⁹.

12. De rechtspraak van het Arbitragehof indachtig, heeft de Raad van State in zijn eerste advies over het voorontwerp van Bosdecreet de volgende bepalingen van het voorontwerp weerhouden: art. 114, tweede lid, en art. 117, derde lid (bewijswaarde processen-verbaal opgesteld door de ambtenaren van het Bosbeheer), de artt. 119 en 121 (belasten van het bestuur met de strafvervolgving), art. 114, vijfde lid (regeling betreffende de huiszoeking) en de artt. 110 en 116, eerste lid (opleggen van een eed aan bepaalde ambtenaren en aangestelden van het bestuur en aan privé-boswachters) ⁵⁰.

De onmogelijkheid voor het Vlaamse Gewest om de voormelde bepalingen te regelen werd ondervangen doordat het nieuwe ontwerp, in tegenstelling met het voorontwerp, de desbetreffende bepalingen van het Boswetboek van 19 december 1854 heeft overgenomen. Bovendien heeft de Raad van State in zijn tweede advies erop gewezen dat het wenselijk was te bepalen dat de ambtenaar die met de vervolging zou worden belast, daarmee belast was «met toepassing van het Boswetboek van 19 december 1854» ⁵¹. Deze verduidelijking werd dan ook opgenomen in art. 109 van het decreet ⁵².

13. Art. 108 van het decreet somt enkele bevoegde toezichts- en opsporingsambtenaren inzake bosmisdriven op, «onverminderd de ambtsbevoegdheid van de officieren van gerechtelijke politie». Deze stereotiepe formulering is zoals bekend niets anders dan een verwijzing naar de algemene opsporingsbevoegdheid van de officieren van gerechtelijke politie ⁵³. Vervolgens vermeldt dit artikel als bevoegde opsporings- en verbaliseringsambtenaren de leden van de rijks-wacht en van de gemeentepolitie (zonder onderscheid tussen officieren en agenten van gerechtelijke politie) en de veldwachters.

Uit het niet opgeheven art. 121 Bosw. kan bovendien afgeleid worden dat ook de ambtenaren en boswachters van het Bosbeheer bevoegde controleambtenaren zijn. Met de term «Bosbeheer» in het Bosdecreet wordt bedoeld de Dienst Waters en Bossen van het Bestuur Natuurbehoud en -ontwikkeling van de nieuwe Administratie Milieu-, Natuur- en Landinrichting (A.M.I.N.A.L.) van het Ministerie van de Vlaamse Gemeenschap. De Dienst Waters en Bossen heeft een centrale administratieve cel te Brussel, maar het overwicht van de taken ligt in de werking van de buitendiensten. Het Vlaamse Gewest is opgedeeld in negen houtvesterijen. Aan het hoofd van elke houtvesterij staat een houtvester. Dit is een bosbouwkundig ingenieur die belast is met het beheer en het toezicht van de openbare bossen. Elke provincie vormt een inspectie, met aan het hoofd een woudmeester, die administratief toezicht houdt op de werking van de houtvesterijen.

³⁷ Arbitragehof, 23 december 1987, nr. 44, *B.S.*, 27 januari 1988; Arbitragehof 17 januari 1990, nr. 5/90, *B.S.*, 8 februari 1990.

³⁸ VERSTRAETEN, R., *l.c.*, 7; DELVA, J. en SMETS, J., *l.c.*, 95.

³⁹ Arbitragehof, 23 december 1987, nr. 44, *B.S.*, 27 januari 1988, (B.7.a).

⁴⁰ Arbitragehof, 23 december 1987, nr. 44, *B.S.*, 27 januari 1988, (B.7.f).

⁴¹ BROSENS, W., «Enkele recente evoluties in verschillende domeinen van het strafrecht», *R.W.*, 1988-89, 313.

⁴² ALEN, A., BEIRLAEN, A., DE NAUW, A., DE RUYVER, B., VAN DEN WYNGAERT, C., VAN ORSHOVEN, P. en VERSTRAETEN, R., «Vraagstukken die rijzen in geval van samenloop van een parlementair en een gerechtelijk onderzoek», *T.B.P.*, 1989, 3.

⁴³ VERSTRAETEN, R., *l.c.*, 16.

⁴⁴ Cf. advies Raad van State over het Waals decreet inzake op-pervlaktewateren, *Gedr.St., Cons. Rég. Wall.*, 1983-84, nr. 107/1, 92.

⁴⁵ Arbitragehof, 17 januari 1990, nr. 5/90, *B.S.*, 8 februari 1990.

⁴⁶ Arbitragehof, 23 december 1987, nr. 44, *B.S.*, 27 januari 1988; Arbitragehof, 17 maart 1988, nr. 50, *B.S.*, 14 april 1988.

⁴⁷ JADOT, B., *l.c.*, 1086.

⁴⁸ Arbitragehof, 3 december 1987, nr. 43, *B.S.*, 19 december 1987; Arbitragehof, 9 juni 1988, nr. 63 en 64, *B.S.*, 28 juni 1988.

⁴⁹ VERSTRAETEN, R., *l.c.*, 17.

⁵⁰ *Gedr.St., Vl.R.*, 1989-90, nr. 261/1, 83.

⁵¹ *Gedr.St., Vl.R.*, 1989-90, nr. 261/1, 24.

⁵² BOES, M., *l.c.*, 68.

⁵³ ROEF, A., «Bewijsproblemen in het milieustrafrecht?», *R.W.*, 1990-91, 13; *Vr. en Antw., Kamer*, 1988-89, 13 juni 1989 (vr. nr. 189 Willockx).

Ten slotte wordt elke houtvesterij opgedeeld in een aantal boswachterijen. Deze vormen het ambtsgebied van de boswachters, zijnde technische ambtenaren die verantwoordelijk zijn voor het toezicht in de bossen, voor het uitvoeren van beheersmaatregelen en voor het vaststellen van bosmisdrijven⁵⁴.

Ten slotte zijn de beëdigde privé-boswachters bevoegd om alle overtredingen van het Bosdecreet vast te stellen in de bossen die eigendom zijn van hun opdrachtgevers of waarin deze laatsten enige zakelijke rechten hebben (art. 110).

In dit verband kan nog vermeld worden dat in de nabije toekomst elke provinciale administratie van de Dienst Waters en Bossen zal worden uitgebreid met een ambtenaar verantwoordelijk voor het toezicht op het privé-bos en de begeleiding van de particuliere bosbeheerder.

14. Zoals het intussen genoegzaam bekend is, onderscheidt de doctrine op het juridisch-technisch vlak drie categorieën bijzondere strafwetten. Een eerste soort geeft een uitdrukkelijke opsomming van de tot opsporing en vaststelling bevoegde ambtenaren, met daaronder de leden van de politie, en/of rijkswacht en/of gerechtelijke politie bij de parketten. Een tweede categorie bijzondere strafwetten wijst als bevoegde opsporingsambtenaren aan, enerzijds de officieren van gerechtelijke politie en anderzijds bijzondere door de Koning of de Executieve aan te wijzen ambtenaren. Ten slotte zijn er bijzondere strafwetten die een aanvullende aanwijzing van bevoegde personen bevatten, beginnend met een stereotiepe formulering in de zin van: «onverminderd de ambtsbevoegdheden van de officieren van gerechtelijke politie», terwijl er verder geen sprake is van politie, rijkswacht, of gerechtelijke politie bij de parketten⁵⁵.

Deze indeling is van groot belang omdat zij determinerend is voor de uitgestrektheid van de bevoegdheden van de gewone politiekorpsen, alsook voor de bewijswaarde van de door hen opgestelde processen-verbaal⁵⁶.

Jammer genoeg gaat het hier echter slechts om een doctrinale vinding waarvan zowel de nationale als de gewestelijke wetgever geen of weinig kaas heeft gegeten. Het gevolg hiervan ligt voor de hand: allerhande mengvormen tieren weelderig. Het komt er dus voor de strafrechtspracticus op aan de nodige kunstgrepen aan te wenden om deze of gene bijzondere strafwet in een of andere categorie onder te brengen.

Deze eer viel ons bij de bespreking van het Vlaamse Bosdecreet dan ook te beurt. Verschillende hypothesen zijn denkbaar. De meest voor de hand liggende is dat dit decreet een bijzondere strafwet van het eerste type is, daar de leden van de rijkswacht en van de gemeentepolitie in artikel 108 uitdrukkelijk worden opgesomd als bevoegde opsporings- en vaststellingsambtenaren. Concreet betekent dit dat de leden

van de politie en van de rijkswacht de bijzondere bevoegdheden moeten bezitten die eventueel in deze bijzondere strafwet zijn opgesomd, en dat de persoonlijke materiële vaststellingen door deze ambtenaren gedaan in hun processen-verbaal de bijzondere wettelijke bewijswaarde zouden moeten hebben die de bijzondere strafwet toekent aan de vaststellingen van de bijzondere toezichtsambtenaren⁵⁷.

Een tweede hypothese is dat het hier gaat om een bijzondere strafwet van het derde type gelet op de stereotiepe verwijzing in hetzelfde artikel 108 naar de algemene opsporings- en vaststellingsbevoegdheid van de officieren van gerechtelijke politie. Dat zou dan betekenen dat de personeelsleden van politie en rijkswacht geen bijzondere bevoegdheden bezitten en dat hun vaststellingen geen bijzondere bewijswaarde hebben en slechts als inlichting gelden.

Beide hypothesen worden hierna onderzocht.

15. Het Bosdecreet en de niet-opgeheven bepalingen van het Boswetboek betreffende de «rechtspleging inzake misdrijven gepleegd in bossen onder bosregeling» sommen inderdaad een aantal bijzondere toezichtsbevoegdheden op. We citeren:

- het inzage-recht van alle documenten en bescheiden (art. 109 decreet);
- het doen voorleggen van documenten en bescheiden (art. 109 decreet);
- het nemen van monsters (art. 109 decreet);
- het vorderen van het optreden van de openbare macht (art. 111 decreet en art. 126 Bosw.);
- de inbeslagneming van vee, werktuigen, voertuigen en gespannen (art. 122 Bosw.);
- het volgrecht inzake weggenomen voorwerpen tot in de plaatsen waar deze heengebracht zijn (art. 122 Bosw.);
- de toegangsbevoegdheid tot huizen, gebouwen, binnenplaatsen en omheinde erven die eraan palen, in aanwezigheid van de vrederechter, de burgemeester of politiecommissaris (art. 122 Bosw.);
- het vatten van iedere onbekende die op heterdaad betrapt wordt en hem geleiden voor de vrederechter, de burgemeester of de politiecommissaris (art. 124 Bosw.);
- het aanhouden van elke vreemdeling die op heterdaad betrapt wordt bij het plegen van een bosmisdrijf (art. 125 Bosw.).

De cruciale vraag m.b.t. die bijzondere toezichtsbevoegdheden is aan welke ambtenaren ze toekomen. Het gaat immers veelal om bevoegdheden die belangrijke verschilpunten vertonen met de regels die gelden tijdens het opsporingsonderzoek en het gerechtelijk onderzoek⁵⁸.

Dat de ambtenaren en boswachters van het Bosbeheer voormelde toezichtsbevoegdheden bezitten, blijkt overduidelijk uit de aangehaalde artikelen zelf, alsook uit rechtsleer en rechtspraak⁵⁹. Ook de beëdigde privé-boswachters bezit-

⁵⁴ KELCHTERMANS, T., *Het bosdecreet. Een nieuw bosbeleid voor Vlaanderen*, Brussel, Ministerie van de Vlaamse Gemeenschap, 1990, 16.

⁵⁵ Zie HOLSTERS, D., «De bewijswaarde van het proces-verbaal betreffende de vaststelling van misdrijven», *R.W.*, 1980-81, 1446; ROEF, A., *l.c.*, 11; DE NAUW, A., «De opsporings- en vaststellingsbevoegdheid van de gerechtelijke politie en de recente rechtspraak van het Hof van Cassatie», in *Liber Amicorum Marc Châtel*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1991, 110.

⁵⁶ FRANSEN, H., «Enkele beschouwingen over de gerechtelijke politietaken bij de rijkswacht», *Panopticon*, 1986, 27.

⁵⁷ Zie ook DE NAUW, A., en BRONDERS, B., «De bevoegdheden van toezichtsambtenaren in de milieuwetten. Van onderzoek naar opsporing en van opsporing naar controle» in *Liber Amicorum Prof. Em. E. Krings*, Brussel, Story-Scientia, 1991, 91.

⁵⁸ *Ibid.*, 79; *Pand.B.*, v° Bois et Forêts, nr. 1059.

⁵⁹ Corr. Hasselt, 16 september 1982 en Pol. Hasselt, 16 april 1982, *Limb. Rechtsl.*, 1982, 215 (inzake huiszoeking en inbeslagneming); *Pand.B.*, v° «Bois et forêts», nrs. 1017-1036 en *Novelles*, v° «Code forestier», nrs. 195-208 (inzake inbeslagneming); ARNOU, P., «Het aanhoudingsrecht van veld- en boswachters», *Jura Falc.*, 1981-

ten in de bossen die eigendom zijn van hun opdrachtgevers of waarin deze laatsten enige zakelijke rechten hebben, de aangehaalde bevoegdheden (cf. art. 181 Bosw.)⁶⁰. Wat de personeelsleden van de politie en van de rijkswacht en de veldwachters betreft, is de toestand allesbehalve duidelijk. De artikelen 109 en 111 van het decreet en de geciteerde artikelen van het Boswetboek verwijzen duidelijk slechts naar de ambtenaren en boswachters van het Bosbeheer en geenszins naar de leden van politie en rijkswacht en naar de veldwachters. Wanneer we echter uitgaan van de hypothese dat het Bosdecreet een bijzondere strafwet van het eerste type is, dan moeten we aannemen dat ook de leden van de rijkswacht en van de gemeentepolitie en de veldwachters de voormelde toezichtsbevoegdheden bezitten. Er zijn trouwens auteurs die deze stelling aanhangen⁶¹. Dezelfde redenering werd immers ook gevolgd inzake de toezichtsregeling van het Veldwetboek. Art. 67 van dit wetboek somt uitdrukkelijk de bevoegde controleambtenaren op, zijnde de gemeenteveldwachters, de rijkswachters en de boswachters. Voorts kent dit wetboek een aantal toezichtsbevoegdheden toe zonder te specificeren aan wie ze toekomen. Soms is er sprake van «zij» (art. 68), verder enkel van de veldwachters (artt. 70 en 71). M.b.t. deze toezichtsbevoegdheden concludeert Crahay nochtans onomwonden dat zij eveneens toekomen aan de personeelsleden van de rijkswacht⁶². De omgekeerde stelling zou art. 108 van het decreet trouwens van elke betekenis ontdoen. Het lijkt immers geen twijfel dat alle personeelsleden van de rijkswacht, ook al hebben zij niet de hoedanigheid van officier van gerechtelijke politie, krachtens de artikelen 14, 22 en 27 van de wet van 2 december 1957 op de rijkswacht, een algemene opsporings- en vaststellingsbevoegdheid bezitten. Hetzelfde geldt voor de leden van de gemeentepolitie, aan wie artikel 167 van de wet van 11 februari 1986 op de gemeentepolitie een algemene opsporingsbevoegdheid heeft toegekend⁶³. Bovendien zij opgemerkt dat, sedert de inwerkingtreding van de wet van 18 juli 1991 tot wijziging van de nieuwe gemeentewet en de wet van 7 april 1919 tot instelling van gerechtelijk officieren en agenten bij de parketten⁶⁴, alle personeelsleden van de gemeentepolitie (dus ook de personeelsleden die slechts de

hoedanigheid van agent van gerechtelijke politie bezitten) bovendien een algemene bevoegdheid bezitten om proces-verbaal op te stellen. Welke zin zou het in het licht van de voormelde algemene opsporings- en vaststellingsbevoegdheden van het personeel van rijkswacht en politie dan nog hebben om in art. 108 van die ambtenaren te gewagen, als het niet is met de bedoeling hun de bijzondere toezichtsbevoegdheden toe te kennen.

Gaan we echter uit van de veronderstelling dat het Bosdecreet een bijzondere strafwet van het derde type is, dan moeten we concluderen dat de personeelsleden van de rijkswacht en van de gemeentepolitie en de veldwachters geen «toezichtsambtenaren» zijn aan wie de niet opgeheven bepalingen van het oude Boswetboek bijzondere toezichtsbevoegdheden hebben toegekend. Laatstgenoemden zullen zich dan moeten vergenoegen met de bevoegdheden die passen in het kader van het Wetboek van Strafvordering.

Wat de andere officieren van gerechtelijke politie betreft, waarnaar art. 108 van het decreet indirect verwijst, kan vermeld worden dat zij in beide hypothesen de voormelde «ruime» toezichtsbevoegdheden niet bezitten. Rekening houdend met de gebruikte verwijzing naar hun algemene opsporingsbevoegdheid, dienen zij zich strikt te houden aan de bevoegdheden vermeld in het Wetboek van Strafvordering in het kader van een opsporings- of gerechtelijk onderzoek.

16. Wanbedrijven of overtredingen in boszaken worden bewezen, hetzij door regelmatige en genoegzame processen-verbaal, hetzij door getuigen (cf. art. 136 Bosw.). De niet-opgeheven bepalingen van het Boswetboek (titel XI) bevatten, zoals bekend, een bizarre regeling inzake de bewijswaarde van de processen-verbaal opgesteld door de ambtenaren en boswachters van het Bosbeheer. De bewijswaarde van deze processen-verbaal hangt immers af van het aantal vaststellende ambtenaren en van de strafmaat. Inzake bosmisdriven geldt een regelmatig proces-verbaal, wat de materiële waarnemingen betreft, als bewijs tot betichting van valsheid:

- wanneer het opgemaakt en getekend is door twee ambtenaren of boswachters van het Bosbeheer en voor zover geen gevangenisstraf als hoofdstraf kan worden uitgesproken (art. 137 Bosw.);

- wanneer het opgemaakt is door één ambtenaar of boswachter, indien het wanbedrijf of de overtreding geen veroordeling tot meer dan honderd frank geldboete of schadevergoeding kan meebrengen (art. 138 Bosw.).

Wanneer het misdrijf een zwaardere veroordeling of een gevangenisstraf kan meebrengen geldt het proces-verbaal zolang het tegendeel niet bewezen is⁶⁵.

Wat de toepasselijke procedure van inschrijving van valsheid betreft, geldt inzake bosdelicten niet de gemeenschappelijke procedure (cf. de artt. 458-664 Sv. en de artt. 895-914 Ger.W.) maar dient verwezen te worden naar de artikelen 140 en 141 Bosw.

Vermelden we nog dat de ambtenaren en boswachters van het Bosbeheer in alle gevallen een afschrift van het door hen opgestelde proces-verbaal aan de ambtenaar sturen die door de Vlaamse Executieve met toepassing van het Boswetboek

82, 133-142; *Pand.B.*, v° «Bois et forêts», nrs. 1090-1111, en *Novelles*, V° «Code forestier», nrs. 209-210 (inzake het aanhoudingsrecht); *Pand.B.*, v° «Bois et forêts», nrs. 1056-1089, en *Novelles*, v° «Code forestier», nr. 200 (inzake het volgrecht en het zoekingsrecht); *Pand.B.*, v° «Bois et forêts», nr. 1112-1119; *Novelles*, v° «Code Forestier», nr. 211-212 en *R.P.D.B.*, v° Forêt, nr. 682 (inzake het recht om het optreden van de openbare macht te vorderen); BRONDERS, B., «Over de monsterneming in het milieurecht: demystificatie van een bijzondere wijze van bewijsvoering?», *R.W.*, 1990-91, 1321-1332 (inzake het nemen van monsters).

⁶⁰ *R.P.D.B.*, v° «Forêt», nr. 953-957; *Pand.B.*, v° «Bois et forêts», nr. 1016.

⁶¹ DE PUE, E., STRYCKERS, P., en VANDEN BILCKE, C., *Milieuzakboekje 1991. Leidraad voor de milieuwetgeving in Vlaanderen*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1991, 292.

⁶² CRAHAY, L., *Traité des contraventions de police*, Brussel, Bruylant, 1887, 699.

⁶³ DE NAUW, A., «De opsporings- en vaststellingsbevoegdheid van de gerechtelijke politie en de recente rechtspraak van het Hof van Cassatie», in *Liber Amicorum Marc Châtel*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1991, 114.

⁶⁴ *B.S.*, 26 juli 1991.

⁶⁵ HOLSTERS, D., *l.c.*, 1393; SCHUIND, G., *Traité pratique de droit criminel*, I, Brussel, Ed. Swinnen, 1980, 572; *Novelles*, v° «Code forestier», nr. 216; *Pand.B.*, v° «Bois et forêts», nrs. 1172-1190.

van 19 december 1854 (cf. punt 12 supra) met de vervolging is belast (i.e. de woudmeester). Binnen een termijn van dertig dagen na de vaststelling wordt aan de overtreders een afschrift gezonden (art. 109 decreet). Deze verplichting is evenwel niet opgelegd op straffe van nietigheid.

Processen-verbaal opgemaakt door particuliere boswachters leveren bewijs op zolang het tegendeel niet bewezen is (art. 180 Bosw.). Zij leveren nooit bewijs op tot inschrijving van valsheid⁶⁶. Naar luid van art. 110 van het Bosdecreet zenden de particuliere boswachters binnen een termijn van veertien dagen na de vaststelling van het misdrijf een afschrift van hun proces-verbaal aan de overtreders alsook aan de ambtenaar die door de Vlaamse Executieve met de vervolging is belast (de woudmeester). Daarenboven legt het niet opgeheven art. 181 Bosw. aan de particuliere boswachters de verplichting op hun proces-verbaal binnen een maand te overhandigen aan de procureur des Konings, de politiecommissaris of de burgemeester.

Welk lot is nu beschoren aan de processen-verbaal opgesteld door de leden van de rijkswacht, de leden van de gemeentepolitie en de veldwachters?

De *Pandectes belges* vermelden in dit verband nogal laconiek: «Il va de soi que les infractions forestières pourraient être relevées et constatées par tout autre fonctionnaire de police judiciaire. Et ces constatations peuvent servir de base à des poursuites; mais les procès-verbaux ne vaudront que comme simples renseignements s'ils n'émanent pas des fonctionnaires spéciaux créés à cette fin par la loi forestière»⁶⁷. In het licht van het Boswetboek van 1854 is deze vaststelling ongetwijfeld juist. Dit wetboek vermeldde de leden van de rijkswacht, van de gemeentepolitie en de veldwachters immers niet uitdrukkelijk als bevoegde toezichtsambtenaren. Pas artikel 67 van het Veldwetboek van 7 oktober 1886 geeft aan de veldwachters en de rijkswachters een toezichtsbevoegdheid inzake bospolitie. Het is vanaf dat ogenblik dan ook begrijpelijk dat Crahay aan de processen-verbaal opgesteld door die ambtenaren de bijzondere wettelijke bewijswaarde toekent die door art. 81 van het Veldwetboek geregeld wordt⁶⁸.

In de veronderstelling dat het Bosdecreet tot de eerste soort strafwetten zou behoren, zouden we moeten besluiten dat de processen-verbaal opgemaakt en ondertekend door de personeelsleden van rijkswacht en politie en door de veldwachters hetzij bewijs leveren tot betichting van valsheid, hetzij tot bewijs van het tegendeel al naargelang van het aantal vaststellende ambtenaren en de strafmaat (cf. artt. 137 en 138 Bosw.). Dat zou dan evenwel betekenen dat het Vlaamse Gewest langs een omweg, meer bepaald via het aanwijzen van bevoegde toezichtsambtenaren, een bijzondere bewijswaarde zou toekennen aan de door deze toezichtsambtenaren opgestelde processen-verbaal, hetgeen een manifeste schending zou uitmaken van de bevoegdheidsverdelende regels (zie punt 11 supra).

In de hypothese dat het Bosdecreet een bijzondere strafwet van de derde soort is, hebben de processen-verbaal opgesteld door de leden van rijkswacht en politie en door de veldwachters niet de bijzondere bewijswaarde van het Boswetboek, maar gelden zij slechts als inlichting.

De processen-verbaal ten slotte, opgemaakt door de andere officieren van gerechtelijke politie in het kader van hun algemene vaststellingsbevoegdheid en zelfs bij vaststelling op heterdaad, hebben in beide gevallen slechts bewijswaarde als inlichting⁶⁹.

IV. Besluit

We hebben thans het stadium bereikt waarin de balans moet worden opgemaakt. Is het Vlaamse Bosdecreet vanuit strafrechtelijk oogpunt een stap in de goede richting?

Allereerst mag rustig gesteld worden dat het verbazing wekt te moeten vaststellen dat de decreetgever niet alle overtredingen van het Bosdecreet strafbaar gesteld heeft. We vragen ons af op welke wijze de bedoelde verplichtingen gehandhaafd zullen worden.

Positief is het te kunnen vaststellen dat het decreet, op twee uitzonderingen na, geen rechtstreekse bepalingen bevat die in strijd zijn met de bevoegdheidsverdelende regels vervat in de Bijzondere en de Gewone Wet Hervorming Instellingen. De twee schoonheidsfouten die overblijven zijn vervat in art. 95 (m.b.t. de teruggave) en in art. 59, § 2, vierde lid (inzake de medeplichtigheid van de koper met de overtreder).

De resterende opmerkingen i.v.m. de onvolkomenheden van het decreet betreffen o.m. de onvermijdbare gevolgen van de middelpuntvliedende krachten die in onze samenleving sedert enkele jaren werkzaam zijn (de staatshervorming).

Men zou zich bijvoorbeeld kunnen afvragen waarom de Vlaamse decreetgever geen gebruik heeft gemaakt van meer effectieve (bijkomende) straffen zoals de verbeurdverklaring, het herstel in natura, de vergoeding van gemaakte kosten en de ontneming van de meerwaarde die het goed door het misdrijf heeft gekregen, de openbaarmaking van de uitspraak, de ontzetting uit bepaalde rechten, de ontneming van het wederrechtelijk verkregen voordeel, het verbod om een bepaald beroep uit te oefenen...⁷⁰. Het antwoord ligt voor de hand: de bevoegdheid van de Gewesten dienaangaande is beperkt tot «het aanbod» van boek I Sw.

In de tweede plaats zou men zich kunnen ergeren aan het feit dat de decreterende overheid, rekening houdend met de typologie van de bijzondere strafwetten, niet duidelijk heeft gemaakt om welke soort bijzondere strafwet het hier gaat, door gebruik te maken van een duidelijke formulering.

Onze voorkeur in dit verband gaat uit naar de rangschikking van het decreet onder de bijzondere strafwetten van het eerste type, zodat de personeelsleden van de rijkswacht en van de gemeentepolitie, alsook de veldwachters uitdrukkelijk tot de toezichtsambtenaren zouden behoren, met de daaraan verbonden «ruime» toezichtsbevoegdheden. In deze veronderstelling zou aan de processen-verbaal opgesteld door deze drie korpsen weliswaar geen bijzondere be-

⁶⁶ HOLSTERS, D., *l.c.*, 1433; *Pand.B.*, v° «Bois et forêts», nr. 1218; *Novelles*, v° «Code forestier», nr. 192; JADOT, B., HANNEQUART, J.P., ORBAN DE XIVRY, E., *Le droit de l'environnement*, Brussel, De Boeck, 1988, 262.

⁶⁷ *Pand.B.*, v° «Bois et forêts», nr. 991.

⁶⁸ CRAHAY, L., *o.c.*, 701.

⁶⁹ DE NAUW, A., en BRONDERS, B., *l.c.*, 91.

⁷⁰ Men raadplege in dit verband FAURE, M., *o.c.*, 102-129.

wijswaarde kunnen worden toegekend, rekening houdend met de vrij beperkte manoeuvreerruimte die de staatshervorming aan de gewesten heeft overgelaten. Deze problemen kunnen slechts worden opgelost indien de Bijzondere Wet Hervorming Instellingen gewijzigd wordt. De oplossingen gesuggereerd door Delva en Smets (opheffing van art. 19, § 1, eerste lid, Bijzondere Wet Hervorming Instelling of wijziging van de artikelen 19, § 1, eerste lid, en 11 Bijzondere

Wet Hervorming Instellingen) kunnen misschien een uitweg bieden ⁷¹.

André ROEF

⁷¹ DELVA, J., en SMETS, J., *l.c.*, 102-105.

RECHTSPRAAK

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 27 SEPTEMBER 1991

Voorzitter: de h. Rauws

Rapporteur: de h. Verougstraete

Openbaar ministerie: de h. Goeminne

Advocaten: mrs. Verbist en Claeys Bouuaert

Rechten van de mens – Art. 6, lid 1, E.V.R.M. – Strafvervolgung – Belastingverhoging – B.T.W.

De administratieve geldboeten bepaald bij art. 70 van het B.T.W.-wetboek, die neerkomen op een verhoging van de verschuldigde belasting, zijn geen strafsancties. Bij het opleggen ervan wordt geen strafvervolgung in de zin van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens ingesteld.

B. t/ Belgische Staat

Conclusie van advocaat-generaal Ph. Goeminne

Ingevolge verschillende overtredingen van de BTW-wetgeving, werd tegen eiseres een dwangbevel uitgevaardigd strekkende tot betaling van het verschuldigd BTW-bedrag, vermeerderd met een administratieve geldboete en de interesten.

Het verzet van eiseres tegen dit dwangbevel werd in eerste aanleg (Rechtbank van Eerste Aanleg Leuven, 20 juni 1983) ongegrond verklaard. Bij arrest van het Hof van Beroep te Brussel van 30 mei 1990 werd bedoeld vonnis bevestigd.

In de voorziening in cassatie tegen dit arrest wordt één grief aangevoerd, te weten schending van art. 6 E.V.R.M., omdat het hof gesteld had dat het alleen bevoegd was om over de werkelijkheid der overtredingen en de wettelijkheid der geëiste boeten te oordelen zonder de opportuniteit ervan te kunnen onderzoeken, terwijl het ingevolge art. 6 E.V.R.M. ook de bedoelde opportuniteit moest beoordelen.

Het aan uw Hof onderworpen twistpunt is beperkt tot de vraag of een administratieve geldboete, opgelegd aan een BTW-plichtige wegens overtredingen van de BTW-wetgeving, al dan niet het karakter heeft van een straf: de bepalingen van het E.V.R.M. en o.m. van art. 6 van dit verdrag zouden namelijk slechts bij bevestigend antwoord toepasse-

lijk zijn bij de oplegging van een dergelijke boete en bij de beoordeling ervan door de rechterlijke instanties.

Tot staving van het aangevoerde middel verwijst eiseres naar het arrest van 21 februari 1984 van het Europees Hof van de Rechten van de Mens, het zgn. Öztürk-arrest.

Het lijkt mij dan ook aangewezen dit even van dichterbij te bekijken.

Öztürk was een Turkse onderdaan, die in Duitsland een administratieve boete opliep van 60 DM wegens een verkeersovertreding, en opwierp dat hij bij de behandeling van zijn zaak niet door een tolk werd bijgestaan en hieruit een schending van art. 6, 3°, littera c, E.V.R.M. afleidde.

Het Europees Hof van de Rechten van de Mens stelde in zijn arrest van 21 februari 1984 vast dat art. 6, 3°, littera c, E.V.R.M. op bedoelde zaak toepasselijk was (13 stemmen tegen 5) en ter zake geschonden werd (12 stemmen tegen 6).

Hiertoe heeft het hoofdzakelijk gemotiveerd dat, om het al dan niet strafrechtelijk karakter van de maatregel (i.c. de boete) te beoordelen, niet alleen moest worden nagezien of deze in het land waar de overtreding gepleegd werd tot het strafrecht behoorde, maar dat daarenboven moest worden nagegaan of, rekening houdend met de aard ervan en de aard en de zwaarte van de eraan verbonden straf, de maatregel in werkelijkheid een strafrechtelijk karakter had.

Aan de hand van een reeks elementen kwam het Hof tot het besluit dat de aan Öztürk opgelegde boete, alhoewel zij niet tot het in Duitsland toepasselijk strafrecht behoorde, een strafrechtelijk karakter vertoonde.

De hiertoe aangehaalde elementen waren:

1. In de gewone betekenis der termen spreekt men van strafrecht wanneer de voorziene bestraffing, die doorgaans bestaat uit geldboeten en vrijheidstraffen, bedoeld is o.m. om de auteur ertoe aan te zetten geen nieuwe overtredingen meer te plegen: dit was duidelijk het geval voor de ten laste gelegde verkeersovertreding.

2. Dergelijke overtredingen (verkeersovertredingen) vallen in andere landen (dan Duitsland) doorgaans nog onder het strafrecht.

3. De in Duitsland op dit vlak doorgevoerde wetswijzigingen (welke ertoe strekten deze verkeersovertredingen, die tot dan toe tot het strafrecht behoorden, onder te brengen in het administratief recht) hadden hoofdzakelijk slechts betrekking op de procedure en op de bestraffing (die omge-

vormd wordt tot «Geldbüsse» i.p.v. «Geldstrafe») zonder echter de strafregel zelf te wijzigen.

4. De hoofdbedoeling van het opleggen van dergelijke maatregelen was, ondanks de doorgevoerde wetswijziging, dezelfde gebleven, nl. enerzijds het de dader afraden nieuwe feiten te plegen, en anderzijds het beteugelen der gepleegde overtreding.

Afgezien van de vaststelling dat uw Hof hoe dan ook door deze rechtspraak niet gebonden kan zijn, daar België in die procedure niet betrokken was en de betwisting daarenboven geen betrekking had op bepalingen van een fiscale wetgeving, dient onmiddellijk te worden onderstreept dat het Europees Hof in zijn uitspraak zeer voorzichtig is geweest en dat een aantal van de door dit Hof in aanmerking genomen criteria in de onderhavige zaak niet voorhanden zijn.

Er kan namelijk bezwaarlijk aangenomen worden dat de administratieve geldboete, voorzien in art. 70 BTW-wetboek, een louter afradend en beteugelend karakter heeft. Op het vlak van de procedure is zij immers nauw verbonden met de opdracht van het fiscaal bestuur, te weten het vestigen van de verschuldigde belasting en het verzekeren van haar invordering (H. Bosly, «Les frontières de la répression pénale en droit économique», *Rev.Dr.Pén. et Crim.*, 1972-73, 150); er wordt haar trouwens geen enkele publiciteit gegeven zodat zij tenslotte op zichzelf noch een exemplarisch noch een smadelijk karakter vertoont (R. Henrion, «La fraude fiscale. Fraude fiscale et droit pénal», *Rev.Dr.Pén. et Crim.*, 1973-74, 198). Administratieve geldboeten, als die bepaald bij art. 70 BTW-wetboek, kunnen dan ook als een burgerlijke vergoeding worden aangemerkt welke verschuldigd is aan de Schatkist, die het slachtoffer is van een onregelmatigheid (Brussel, 30 mei 1989, *A.F.T.*, Repertorium nr. 29 van 8 september 1989) of althans kan met procureur-generaal E. Krings worden gesteld dat zij wel deel uitmaken van de strafrechtelijke beteugeling, in die zin dat zij de op de belastingplichtige rustende verplichting verzwaren, maar dat het merendeel ervan van deze beteugeling afwijkt door zijn doel dat erop gericht is «de suppléer à l'inexécution de l'obligation et aux conséquences qui en découlent» (E. Krings, «Quelques réflexions à propos de l'inexécution des obligations fiscales», *Mélanges Victor Gothot*, 424-425).

Voorts staat het vast dat de administratieve geldboete in het BTW-wetboek steeds naast de strafrechtelijke geldboete heeft bestaan (hetgeen in Duitsland voor verkeersovertredingen blijkbaar niet het geval was) en dat zij ook in andere landen nog als dusdanig voor fiscale misdrijven is voorzien (zie *Droits et obligations des contribuables - Description de la situation légale dans les pays de l'OCDE*, OCDE, Parijs, 1990, pp. 21, 22 en tableaux 13 en 14), hetgeen eveneens afwijkt van de betwisting welke aan het Europees Hof onderworpen werd.

De aan het Europees Hof voorgelegde betwisting in zake Öztürk was derhalve dermate verschillend van het thans aan het oordeel van uw Hof onderworpen geschil dat ter zake moet worden aangenomen dat uit die rechtspraak van het Europees Hof, en meer bepaald uit het arrest Öztürk van 21 februari 1984, niet kan worden afgeleid dat in het onderhavige geval de bepalingen van het E.V.R.M. op de aan eiseres opgelegde geldboete moesten worden toegepast (dit in tegenstelling met de zienswijze van P. Van Orshoven in *Fiskofoon*, 1985, 82 e.v., en P. Valentin in *A.F.T.*, mei 1989, p. 151 e.v., en de arresten van 10 september 1986 en 17 novem-

ber 1987 respectievelijk van het Hof van Beroep te Luik en van het Hof van Beroep te Antwerpen, gepubliceerd in *F.J.F.*, respectievelijk onder nr. 86/188 en nr. 88/86, die de mening zijn toegedaan dat de fiscale geldboete in het licht van het Öztürk-arrest als een straf moet worden aangemerkt).

Bovendien heeft het Europees Hof in zijn arrest van 7 oktober 1988 in zake Salabiaku tegen Frankrijk duidelijk het belang laten blijken dat het, voor de al dan niet toepasselijkheid van art. 6 E.V.R.M., hechtte aan de omstandigheid dat Frankrijk de in aanmerking genomen overtreding van de Code des douanes duidelijk in de strafrechtelijke sfeer had geplaatst en als dusdanig had behandeld, hetgeen aan de commentator van het arrest de opmerking ontlokt dat hieruit wellicht kan worden afgeleid dat het Europees Hof art. 6, lid 2, E.V.R.M. iets minder strikt zal toepassen op niet zuiver strafrechtelijke zaken, zoals administratieve en fiscale boeten (*Nederlandse Jurisprudentie*, 1991, afl. 23-86, noot onder voormeld arrest, p. 1509).

De rechtspraak van het Europees Hof biedt aldus naar mijn oordeel geen voldoende steun voor het aangevoerde middel.

Daarenboven gaat het middel voorbij, niet alleen aan de uitdrukkelijke wetsbepaling welke de in art. 70 van het BTW-wetboek bepaalde geldboete (in tegenstelling met de strafrechtelijke) als een administratieve geldboete bestempelt (art. 72 BTW-wetboek), maar daarenboven aan enkele opvallende verschilpunten welke deze boete hoe dan ook met een strafrechtelijke boete vertoont.

Zij wordt immers opgelegd voor tekortkomingen of onjuistheden welke, los van elk bedrieglijk opzet of oogmerk om te schaden, aan een belastingplichtige worden verweten (zodra een dergelijk opzet of oogmerk bestaat, zijn strafrechtelijke vervolgingen voorzien).

Naast enkele kleinere verschilpunten, zoals bv. dat voor administratieve geldboeten, in tegenstelling met de strafrechtelijke, geen vervangende gevangenisstraffen zijn voorzien of dat er geen melding van wordt gemaakt op het strafregister van de belastingplichtige, verschillen de administratieve en strafrechtelijke geldboeten ten slotte ook nog op enkele essentiële punten. In tegenstelling met de strafrechtelijke geldboeten, kunnen administratieve geldboeten immers niet door een rechtsinstantie en meer bepaald door een strafrechter worden opgelegd, maar kunnen zij daarentegen wel worden opgelegd aan iedere belastingplichtige (als omschreven in art. 4 BTW-wetboek), die, in tegenstelling met een strafrechtelijk verdachte, ook bv. een rechtspersoon of een groepering kan zijn (BTW-Handleiding, nr. 77).

Het komt mij dan ook voor dat het hof van beroep terecht beslist heeft dat de rechtbanken, in verband met de door de fiscus opgelegde boete, slechts de werkelijkheid van de overtredingen en de wettelijkheid van de geëiste boete mogen beoordelen, maar niet bevoegd zijn om de opportuniteit ervan te onderzoeken of kwijtschelding ervan te verlenen, en dat deze stellingname van het bestreden arrest, aangezien bedoelde administratieve geldboete geen strafrechtelijk karakter vertoont, geen schending inhoudt van art. 6 E.V.R.M.

Deze rechtspraak sluit tenslotte aan bij het arrest van uw Hof van 15 januari 1991, AR 2153, dat in verband met de bepalingen van art. 334 W.I.B. overweegt dat de taxatieambtenaar die, met toepassing van dit artikel, een belastingver-

hoging toepast, geen uitspraak doet over de gegrondheid van de tegen een belastingplichtige ingestelde strafvordering en tegen hem geen veroordeling uitspreekt.

Besluit: verwerping van de voorziening.

Arrest

Gelet op het bestreden arrest, op 30 mei 1990 door het Hof van Beroep te Brussel gewezen;

Over het middel, gesteld als volgt: schending van artikel 6, inzonderheid lid 1, van het Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden, ondertekend te Rome op 4 november 1950 en goedgekeurd bij wet van 13 mei 1955, de artikelen 70, in het bijzonder § 1, 72, zowel in de versie voordat als nadat het werd gewijzigd bij wet van 10 februari 1981, 84, in het bijzonder het tweede lid, van de wet van 3 juli 1969 houdende invoering van het wetboek van de belasting op de toegevoegde waarde,

doordat het Hof van Beroep te Brussel in het bestreden arrest het beroep van eiseres ontvankelijk, doch ongegrond verklaart en dientengevolge het beroepen vonnis van 20 juni 1983, waarbij het verzet van eiseres tegen een dwangbevel ongegrond werd verklaard, bevestigt, op grond, wat de opgelegde boeten betreft: «dat, uiteindelijk, ten aanzien van de boeten enkel de minister van Financiën bevoegdheid heeft (cf. arrest dezer kamer van 24 november 1987, *F.J.F.*, nr. 88/106, blz. 192); dat immers de rechter ten gronde niet bevoegd is om de opportuniteit der door de fiscus opgelegde boeten te onderzoeken; dat zulks geen schending uitmaakt van artikel 6 van het Europees Verdrag van de Rechten van de Mens, naar luid waarvan de rechter ten gronde uitspraak moet kunnen doen over de feiten en de schuld bij de beoordeling van sancties met een strafrechtelijk karakter; dat immers de administratieve geldboeten van rechtswege worden opgelopen, zonder dat nagegaan dient te worden of goede dan wel kwade trouw aanwezig is; dat bovendien, luidens artikel 84 van het B.T.W.-Wetboek, in het onderhavige geval alleen de minister van Financiën over de verzoeken tot kwijtschelding der opgelopen administratieve geldboeten beslist; dat de rechtbanken dan ook niet gerechtigd zijn die kwijtschelding te verlenen en enkel over de werkelijkheid der overtredingen en de wettigheid der geëiste belastingen en boeten mogen oordelen; dat, daarenboven, de sanctie in kwestie geen strafrechtelijk karakter heeft, zodat bedoeld artikel 6 in fiscale zaken zoals de onderhavige niet geldt (Cass., 15 april 1983, *Pas.*, 1983, I, 910); dat, in die omstandigheden, de ambtshalve aanslag gegrond is en de oorspronkelijke eis — zoals in hoger beroep uitgebreid — dan ook dient te worden afgewezen»,

terwijl, overeenkomstig artikel 6, lid 1, van het Europees Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden, een ieder bij het bepalen van de gegrondheid van een tegen hem ingestelde strafvervolgning recht heeft op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak door een onafhankelijke en onpartijdige rechterlijke instantie welke bij de wet is ingesteld; de geldboete bepaald in artikel 70, in het bijzonder § 1, van het B.T.W.-Wetboek valt onder het begrip «straf» van artikel 6 van het E.V.R.M. en de in artikel 70, § 1, betitelde overtredding onder het begrip «strafbaar feit» van artikel 6 E.V.R.M., en dus onder de toepassing vallen van voormeld artikel 6, lid 1, E.V.R.M., nu deze geldboete niet tot doel heeft schade

te herstellen of de betrokken persoon ertoe te brengen een prestatie te vervullen (een dwangsom), maar wel hem te straffen voor wat hij gedaan heeft (repressief karakter van de straf), om anderen te ontraden dezelfde overtredding te begaan (preventief karakter van de straf), en om de sociale waarde die hij heeft aangetast, opnieuw te bevestigen (opvoedkundig karakter van de straf); aan de toepasselijkheid van artikel 6, lid 1, E.V.R.M. geen afbreuk wordt gedaan door het bepaalde in artikel 72 van het B.T.W.-Wetboek waarin wordt bepaald dat de in dit wetboek ingestelde geldboeten administratieve geldboeten zijn, nu de toepasselijkheid van artikel 6, lid 1, van het E.V.R.M. niet kan afhangen van de manier waarop de wetgever zelf de betitelde overtreddingen en voorziene sancties kwalificeert, maar de toepasselijkheid van voormeld artikel 6, lid 1, enkel afhankelijk is van de reële aard van de voorziene sanctie; dat het in artikel 6, lid 1, van voormeld verdrag gewaarborgde recht op toegang tot een onafhankelijke en onpartijdige rechter om de gegrondheid van een strafvervolgning te laten controleren, impliceert dat die rechter die uitspraak dient te doen over de opgelegde geldboete, met volle rechtsmacht van de zaak kennis moet kunnen nemen en uitspraak doet over de feiten en de schuld, hetgeen inhoudt dat de geëideerde rechter niet alleen de formele regelmatigheid van het dwangbevel of het bestaan van de materiële elementen van de overtredding dient na te gaan, maar ook het toerekenbaar karakter van deze en bijgevolg het intentioneel of moreel element door de wet vereist aan de zijde van de overtredder, alsook het bestaan van eventuele rechtvaardigingsgronden; de geëideerde rechter aldus tevens de opportuniteit van de opgelegde sanctie moet beoordelen; aan de voorgaande regel bepaald in artikel 6 E.V.R.M. geen afbreuk kan worden gedaan door het bepaalde in artikel 84, in het bijzonder het tweede lid, van het B.T.W.-Wetboek overeenkomstig hetwelk de minister van Financiën beslist over verzoeken om kwijtschelding, nu artikel 6, lid 1, E.V.R.M. als verdragsnorm voorrang heeft boven voormelde interne wetbepaling en voormeld artikel 84 een dergelijke controle niet uitsluit; uit het voorgaande voortvloeit dat de rechter niet alleen uitspraak moet doen over de wettelijkheid van de opgelegde geldboete, maar ook over de gegrondheid ervan; het Hof van Beroep te Brussel derhalve, door te beslissen dat ten aanzien van de boeten enkel de minister van Financiën bevoegdheid heeft en de rechter ten gronde niet bevoegd is om de opportuniteit van de door de fiscus opgelegde boeten te onderzoeken, de in het middel aangewezen verdragsbepaling en wetbepalingen schendt:

Overwegende dat het middel betoogt dat, nu de opgelegde fiscale boete een strafsancie is, bedoeld in artikel 6 van het Europees Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden, de rechter die over het verzet tegen een dwangbevel dat de fiscale boete oplegt oordeelt, de verhaging aan een volledige toetsing moet kunnen onderwerpen;

Overwegende dat, krachtens artikel 70 van de wet van 3 juli 1969, voor iedere overtredding van de verplichting de belasting te voldoen, een geldboete wordt opgelegd gelijk aan het dubbel van de ontboden of niet tijdig betaalde belasting; dat krachtens artikel 84 van dezelfde wet, moeilijkheden inzake de heffing van de belasting die voor het inleiden van een rechtsgeding ontstaan, worden opgelost door de minis-

ter van Financiën, die ook beslist over verzoeken om kwijtschelding van administratieve geldboeten en met de belastingsschuldige dadingen treft;

Overwegende dat krachtens artikel 6 van het E.V.R.M., bij het bepalen van de gegrondheid van een tegen hem ingestelde strafvervolgung, een ieder recht heeft op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak, binnen een redelijke termijn, door een onafhankelijke en onpartijdige instantie welke bij de wet is ingesteld;

Overwegende dat de administratieve geldboeten bepaald bij artikel 70 van het B.T.W.-wetboek, die neerkomen op een verhoging van de verschuldigde belasting, krachtens de uitdrukkelijke wil van de wetgever geen strafsancities zijn; dat de strafrechtelijke sancities die op de overtreding van de B.T.W.-voorschriften zijn gesteld, bepaald zijn in de artikelen 73 en volgende van het wetboek, dat de bedoelde administratieve geldboeten in hoofdzaak ertoe strekken, dank zij een gepaste vergoeding, de rechten van de schatkist te vrijwaren;

Overwegende dat bovendien in de wetgevingen van de meeste verdragstaten administratieve sancities en verhogingen als vorenbedoeld op de niet-nakoming van fiscale verplichtingen zijn gesteld;

Overwegende dat uit het vorenstaande volgt dat de bedoelde administratieve geldboeten geen straffen zijn en dat bij het opleggen ervan geen strafvervolgung in de zin van het verdrag wordt ingesteld;

Dat het middel, dat geheel berust op de stelling dat die administratieve sancities strafsancities zijn, niet kan worden aangenomen;

...

HOF VAN CASSATIE

3e KAMER — 30 SEPTEMBER 1991

Voorzitter: de h. Rauws

Rapporteur: de h. Marchal

Openbaar ministerie: de h. Lenaerts, procureur-generaal

Advocaten: mrs. Bützler en Claeys Bouuaert

Arbeidsovereenkomst — Beding — Nietigheid — Inkorting rechten werknemer — Loon — Begrip — Handelsvertegenwoordiger — Kosten

Uit het oordeel dat de terugbetaling door de werkgever van de door zijn handelsvertegenwoordiger gemaakte kosten geen loon zijn in de zin van de Arbeidsovereenkomstenwet, kan de rechter niet wettig afleiden dat een beding in de overeenkomst nietig is krachtens het bepaalde in art. 6 W.A.O., wanneer uit zijn beslissing blijkt dat het beding in kwestie bepaalt hoe het commissieloon waarop de handelsvertegenwoordiger contractueel aanspraak heeft, wordt berekend.

N.V. S. t/ V.

Gelet op het bestreden arrest, op 27 juni 1990 door het Arbeidshof te Gent gewezen;

Over het middel: schending van de artikelen 1134, 1135, 1319, 1320 en 1322 van het Burgerlijk Wetboek, 6 van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten, van

het algemeen rechtsbeginsel van het recht van verdediging, en van het beschikkingsbeginsel, volgens hetwelk de rechter geen aan de openbare orde vreemde betwisting mag opwerpen die door de conclusies der partijen was uitgesloten, bekrachtigd door artikel 1138, 2° van het Gerechtelijk Wetboek, en, voor zoveel nodig, van deze wettekst zelf,

doordat het arbeidshof, na te hebben vastgesteld (...) dat verweerster onder meer aanspraak maakte op achterstallige commissielonen waarvan het bedrag even groot is als de door eiseres aan haar terugbetaalde beroepsonkosten, namelijk 1.414.935 frank, verhoogd met achterstallige feestdagenvergoeding en nieuwjaarsgratificatie daarop berekend, de vordering toewijst wat de som van 1.414.935 frank betreft (...) op gronden: «Partijen kwamen overeen dat het bedrag van de bezoldiging 6,10% op de verkoop bedraagt, brutobezoldiging kosten inbegrepen; uit de overgelegde stukken blijkt dat het brutoloon als volgt werd berekend: 1) vaststelling van 6,10% van het maandelijks verkoopcijfer; 2) eventueel vermeerderd met het vervangingsloon; 3) verminderd met de kosten van: - restaurant: voor elke werkdag werd een forfaitair bedrag van 250 frank aangegeven; - kilometervergoeding: vanaf maart 1983 tot januari 1985 werd 7 frank in rekening gebracht, in februari 1985, 7,5 frank en vanaf maart 1985, 8 frank. Buiten maandelijks veranderlijke bedragen voor post, telefoon en parking, werd voor kledij in juni 1983, 12.495 frank aangerekend (tailleur), in mei 1985 7.386 frank (geen toelichting), in oktober 1985, 22.500 frank (tailleur), in december 1986 3.595 + 2.590 frank (geen toelichting) en in februari 1987, 11.689 frank (geen toelichting). Terloops valt op te merken dat daarbuiten (verweerster) ook nog verschillende andere kostenrekeningen heeft opgemaakt naar aanleiding van verkoopdagen, shows en dergelijke georganiseerd in Brussel (Trade Mart) en Parijs, evenals voor vergaderingen te Roubaix. Deze kostenrekeningen (sommige in Franse franken) werden niet in mindering gebracht op 6,10% zoals de maandelijks kosten. Daaruit mag worden afgeleid dat zij afzonderlijk werden terugbetaald als niet contractueel voorziene kostenvergoeding; 4) het resultaat van deze bewerking vormt dan het brutoloon. Van dit brutoloon wordt afgetrokken: - de sociale-zekerheidsbijdrage ten laste van de werknemer; - de bedrijfsvoorheffing; 5) het aldus verkregen nettobedrag wordt dan verhoogd met de opgegeven kosten. Ten aanzien van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten wordt de terugbetaling van beroepsonkosten niet beschouwd als loon, tenzij deze terugbetaling de werkelijk gedane kosten overtreft. Te dezen dient te worden opgemerkt dat in de jaren 1983-87 de aangegeven kosten, namelijk 250 frank per dag restaurant, 7 of 7,5 frank per kilometer, uitgaven voor post, parkeren, telefoon en kledij, deze laatste deels toegelicht en deels niet toegelicht, rekening houdende met de aard onder meer van de verkochte produkten namelijk damesondergoed, als redelijk en met de werkelijkheid overeenstemmend mogen worden beschouwd. Bijgevolg wordt de terugbetaling van deze beroepsonkosten niet als loon beschouwd in de zin van de wet van 3 juli 1978 op de arbeidsovereenkomsten. Dit beding tot terugbetaling van de beroepsonkosten begrepen in het brutocommissieloon van 6,10% op het verkoopcijfer is nietig ingevolge artikel 6 van de wet van 3 juli 1978 op de arbeidsovereenkomsten, daar het ertoe strekt de rechten van de werknemster te verkorten of haar verplichtingen te verzwaren. Immers, door terugbetaling van de kosten, wer-

kelijk gedaan door (verweerster), aan te wenden als loon, heeft (eiseres) de rechten van haar werkneemster verkort en haar verplichtingen verzwaaard. Daar de terugbetaling van beroepsonkosten niet kan worden aangemerkt als loon een bedrag equivalent aan deze beroepsonkosten, dient een bedrag toegekend te worden als loon, berekend op 1.414.985 frank, welk bedrag niet lijkt te worden betwist door (eiseres)», en verweerster eveneens een uitwinningvergoeding toekent, berekend op grond van dit toegekende bedrag,

...

Wat het eerste onderdeel betreft:

Overwegende dat het arbeidshof oordeelt dat de terugbetaling door eiseres van de door verweerster gemaakte kosten bij het verrichten van haar arbeid als handelsverteenwoordigster, niet als loon in de zin van de Arbeidsovereenkomstenwet kan worden aangemerkt; dat het daaruit afleidt dat «het beding tot terugbetaling van de beroepskosten begrepen in het globale brutocommissieloon van 6,10% op het verkoopcijfer» nietig is met toepassing van artikel 6 van de Arbeidsovereenkomstenwet «daar het ertoe strekt de rechten van de werkneemster te verkorten of haar verplichtingen te verzwaren»;

Overwegende dat een beding in een arbeidsovereenkomst wegens strijdigheid met de Arbeidsovereenkomstenwet of haar uitvoeringsbesluiten, krachtens artikel 6 van die wet, nietig is, wanneer het de rechten welke die wetgeving aan de werknemer verleent, inkort of de verplichtingen welke diezelfde wetgeving hem oplegt, verzwaaert;

Overwegende dat, blijkens het arrest, het beding in kwestie bepaalt hoe het commissieloon waarop verweerster contractueel aanspraak heeft, wordt berekend;

Dat de Arbeidsovereenkomstenwet de vaststelling van het verschuldigde commissieloon of de wijze van berekening ervan niet regelt; dat het arbeidshof overigens niet vaststelt met welke wetsbepaling het bedoelde beding strijdig is; dat het niet voldoende te beslissen dat de gemaakte kosten geen loon zijn in de zin van de Arbeidsovereenkomstenwet, zonder tevens vast te stellen dat het begrip loon die betekenis heeft in een wetsbepaling die op het beding toepasselijk is;

Dat het arbeidshof zijn beslissing dat het beding de rechten van verweerster inkort of haar verplichtingen verzwaaert, derhalve niet naar recht verantwoordt en artikel 6 van de Arbeidsovereenkomstenwet schendt door dit beding nietig te verklaren;

Dat het onderdeel in zoverre gegrond is;

...

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER — 29 OKTOBER 1991

Voorzitter: de h. Boon

Raadsheer-rapporteur: de h. De Peuter

Openbaar ministerie: de h. Goeminne

Advocaat: mr. Vanhoyland

Rechten van de mens — Redelijke termijn — Aanvang

De begindatum van de in art. 6, lid 1, E.V.R.M. bedoelde termijn is niet de dag waarop het administratief onderzoek wordt

ingesteld tegen de naderhand in een strafgeding vervolgte persoon, maar wel de dag waarop de betrokkene in beschuldiging wordt gesteld wegens het plegen van een strafbaar feit of wanneer hij wegens enige andere daad van opsporings- of vooronderzoek onder de dreiging van een strafvervolgung leeft en dit een ernstige weerslag heeft op zijn persoonlijke toestand, met name omdat hij verplicht is geweest bepaalde maatregelen te nemen om zich te verdedigen tegen de beschuldigingen die in de zin van het verdrag tegen hem werden ingebracht.

W.

Gelet op het bestreden arrest, op 27 april 1990 door het Hof van Beroep te Antwerpen gewezen;

...

Over het tweede middel: schending van artikel 97 van de Grondwet,

doordat het arrest oordeelt dat «de beklagde ten onrechte aanvoert dat de redelijke termijn voorgeschreven door artikel 6, lid 1, van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en van de fundamentele vrijheden overschreden zou zijn; dat deze termijn slechts een aanvang neemt op het ogenblik dat de betrokkene 'beschuldigd' is, m.a.w. vanaf het ogenblik dat hij ervan in kennis wordt gesteld dat hij beschuldigd is van bepaalde misdrijven»;

terwijl er reeds een administratief onderzoek is geweest betreffende de inkomstenbelastingen van eiser in de loop van het jaar 1984, zodat het arrest ten onrechte aanvoert dat de redelijke termijn voorgeschreven door artikel 6, lid 1, E.V.R.M. niet overschreden zou zijn;

Overwegende dat eiser niet verklaart hoe de appelrechters artikel 97 van de Grondwet schenden;

Overwegende dat de begindatum van de in artikel 6, lid 1, van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden bedoelde termijn niet is de dag waarop het administratief onderzoek wordt ingesteld tegen de naderhand in een strafgeding vervolgte persoon maar wel de dag waarop de betrokkene in verdenking wordt gesteld wegens het plegen van een strafbaar feit of wanneer hij wegens enige andere daad van opsporings- of vooronderzoek onder de dreiging van een strafvervolgung leeft en dit een ernstige weerslag heeft op zijn persoonlijke toestand, met name omdat hij verplicht is geweest bepaalde maatregelen te nemen om zich te verdedigen tegen de beschuldigingen die in de zin van het verdrag tegen hem werden ingebracht;

Dat het middel niet kan worden aangenomen;

...

RAAD VAN STATE

7e KAMER — 20 APRIL 1989

Voorzitter-rapporteur: de h. Tacq

Staatsraden: de h. Borret en mevr. Vrints

Auditeur: de h. Hubregtsen (andersluidend advies)

Advocaten: mrs. Verbiest en De Cordier

Stedebouw — Vóór de wet van 22 december 1970 verleende verkavelingsvergunning

Een verkaveling verleend voor de wet van 22 december 1970, waarin een deel van de kavels gelegen is aan een bestaande, uitgeruste weg en een ander deel aan een nog aan te leggen weg, mag niet als één verkaveling gezien worden.

Voor het gedeelte van de verkaveling waarvan de kavels aan een bestaande, uitgeruste weg gelegen zijn, is er geen reden om de overgangsmaatregelen vervat in art. 74, § 2, 1°, Stedebouw-wet toe te passen.

Voor de in dat gedeelte gelegen verkochte kavels geldt geen bouwverbod, niettegenstaande het gewestplan het gebied waarin de kavels gelegen zijn, rangschikt als een natuurgebied.

De beslissing van de Vlaamse Executieve om geen bouwvergunning te verlenen voor een van de verkochte kavels dient derhalve vernietigd te worden.

Van G. t/ het Vlaamse Gewest

Overwegende dat de feitelijke gegevens die belang hebben voor de zaak, als volgt kunnen worden samengevat :

1. Het betrokken perceel vormt het perceel nr. 26 van de verkaveling welke op 22 augustus 1963 door het college van burgemeester en schepenen van de voormalige gemeente Bellem werd vergund.

Blijkens de gegevens van de zaak betreft het een verkaveling in 197 loten van gronden, gelegen aan of in de nabijheid van de voormalige Lotenhullestraat (thans Lostraat), de Waggebruggestraat (weg nr. 13) en de Wattingstraat (weg nr. 12).

De verkavelingsvergunning bevat o.m. de volgende bepalingen : «a) het Schepencollege mag slechts bouwvergunningen afleveren voor de kavels gelegen langs de bestaande wegen ; b) voor de overige kavels... — niet gelegen langs de openbare weg — (zal slechts) bouwtoelating verleend worden na uitvoering van alle nodige wegenwerken, dit volgens de door de gemeenteraad te bepalen voorwaarden».

Uit het administratief dossier blijkt dat de verkavelaar, in de loop van de jaren 1968 en 1969, de loten nrs. 17, 26, 27, 28, 29 en 30, gelegen aan de Lostraat, heeft verkocht.

2. Bij proces-verbaal van 26 januari 1972 stelt de gemachtigde ambtenaar van het provinciaal bestuur van de stedebouw het verval van de verkaveling vast, daarbij in wezen steunend op de volgende overwegingen : «dat de verkaveling geen aanleg van nieuwe verkeerswegen, noch tracéwijziging, verbreding of opheffing van bestaande gemeentewegen omvat ; dat niet bewezen is dat binnen vijf jaar na de afgifte van de vergunning de verkoop of de verhuring voor meer dan negen jaar, de vestiging van een erfpacht- of opstalrecht van ten minste een derde van de kavels geregistreerd werd».

3. Op 12 april 1976 verleent het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Bellem aan de toenmalige eigenaar van kavel 26 een stedebouwkundig attest nr. 2, waarin wordt verklaard dat op die grond een woning mag worden gebouwd. Het attest steunt op de gunstige adviezen zowel van het bestuur van de stedebouw en de ruimtelijke ordening als van het gemeentebestuur. Die adviezen luiden onderscheidenlijk : «Gunstig, gezien de ligging van het terrein binnen het gebied van een vergunde verkaveling» en «Gunstig. De voorschriften der goedgekeurde verkavelingsvergunning dienen te worden nageleefd».

4. Op 6 juni 1977 verleent het college aan verzoeker, die intussen eigenaar van kavel 26 geworden was, vergunning om hierop een landhuis te bouwen, op het gunstig advies van de gemachtigde ambtenaar, zonder verwijzing naar de verkavelingsvergunning. Er wordt geen gebruik gemaakt van de bouwvergunning.

5. Het bij koninklijk besluit van 24 maart 1978 vastgesteld gewestplan Eeklo-Aalter bestemt het grootste gedeelte van de tot de verkaveling behorende gronden, daarin begrepen kavel 26, tot natuurgebied. Bij koninklijk besluit van 27 november 1978 worden de Markettebossen, aan de rand waarvan verzoekers betrokken grond gelegen is, en de recht ertegenover gelegen «Kraenepoel» als landschap beschermd, omwille van hun esthetische en natuurwetenschappelijke waarde.

6. Op 18 november 1980 weigert het college van burgemeester en schepenen van Aalter aan verzoeker, op diens hernieuwde aanvraag, de vergunning om een woning te bouwen op kavel 26, overeenkomstig het op de volgende motieven steunende ongunstig advies van de gemachtigde ambtenaar : «Aangezien de aanvraag gelegen is in een natuurgebied van het bij koninklijk besluit van 24 maart 1978 vastgesteld gewestplan Eeklo-Aalter. — Gezien het koninklijk besluit van 27 november 1979 (lees 1978) tot bescherming van het landschap van de Kraenepoel en de Markettebossen, waarvan het perceel in kwestie deel uitmaakt, en waarbij bepaald is in art. 2 dat het oprichten van een gebouw of een constructie verboden is op genoemd landschap — Aangezien de verkavelingsvergunning van 22 augustus 1969 (lees 1963) bij proces-verbaal van 26 januari 1972 als vervallen werd beschouwd».

7. Op 28 november 1980 gaat verzoeker daartegen in beroep bij de bestendige deputatie van de provincieraad van Oost-Vlaanderen, inzonderheid steunend op het akkoord van het Ministerie van Nationale Opvoeding en Nederlandse Cultuur «met de aanvraag tot bouwen mits bij de later in te dienen bouwaanvraag wordt aangeduid welke bomen verdwijnen» en «met het voorgelegd ontwerp van inplanting en nieuwbouw, mits lucht- en waterdoorlatende verharding wordt aangelegd voor de te bouwen woning» en verwijzend naar zijn op 6 juni 1977 bekomen bouwvergunning.

8. Op 6 februari 1981 kent de bestendige deputatie de bouwvergunning toe, in wezen omdat sedert de afgifte van de bouwvergunning door het college op 6 juni 1977 zich geen ander nieuw feit heeft voorgedaan dan «de klassering van de betrokken omgeving als landschap», en de Rijksdienst voor Monumenten en Landschappen «zich niet verzet tegen bebouwing van het onderhavige perceel».

9. Op 19 maart 1981 komt de gemachtigde ambtenaar bij een ter post aangetekende brief tegen dat besluit in beroep bij de Koning. In die brief stelt de gemachtigde ambtenaar dat «het perceel gelegen is in een verkaveling die op 22 augustus 1963 werd vergund, maar die bij proces-verbaal van 26 januari 1972 vervallen werd verklaard. Daar in dit proces-verbaal geen melding wordt gemaakt van de zes loten (nrs. 25, 26, 27, 28, 29 en 30) welke gelegen waren aan de uitgeruste weg Lotenhulle-Bellem, moet hieruit worden afgeleid dat de totale verkavelingsvergunning, dus met inbegrip van de zes genoemde loten, vervallen is. — Door de vaststelling bij koninklijk besluit van 24 maart 1978 van het gewestplan Eeklo-Aalter kregen de betrokken gronden de bestemming 'natuurgebied' en werd de totaliteit van de verkaveling ge-

troffen door een bouwverbod; derhalve kunnen geen nieuwe bouwvergunningen meer verleend worden voor dit gebied». De ambtenaar voegt eraan toe dat het akkoord van de Rijksdienst voor Monumenten en Landschappen met de bouw van een woning in het geklasseerd landschap de bezwaren tegen het bouwontwerp niet kan opheffen.

10. Ondanks het verzoek van de gemeente om de gevraagde vergunning toe te kennen, beslist de Koning op 28 augustus 1981 de door de bestendige deputatie aan verzoeker afgegeven bouwvergunning te vernietigen. Hij doet dat op grond van de volgende overwegingen:

«Overwegende dat het terrein volgens het bij koninklijk besluit van 24 maart 1978 vastgesteld gewestplan 'Eeklo-Aalter' gelegen is in een natuurgebied, waar volgens artikel 13, § 4.3.1, van het koninklijk besluit van 28 december 1972 betreffende de inrichting en de toepassing van de ontwerp-gewestplannen en de gewestplannen, gewijzigd bij koninklijk besluit van 13 december 1978, alleen jagers- en vissershutten mogen worden gebouwd voor zover deze niet kunnen worden gebruikt als woonverblijf, al ware het maar tijdelijk; dat residentiële bebouwing strijdig is met deze bestemming; dat bovendien de natuurgebieden ook deel uitmaken van de groengebieden die volgens artikel 13 van het voormeld koninklijk besluit van 28 december 1972 en zijn wijziging bestemd zijn voor het behoud, de bescherming en het herstel van het natuurlijk milieu; dat de aanvraag ook hiermee strijdig is;

«Overwegende dat het terrein ook gelegen is binnen de omschrijving van een bij koninklijk besluit van 27 november 1978 geklasseerd landschap Kraenepoel en Markettebossen, waarbij bepaald werd dat, behoudens toelating, het verboden is een gebouw op te richten in genoemd landschap; dat het feit, dat de Rijksdienst voor Monumenten- en Landschapszorg zich op 31 oktober 1980 akkoord verklaarde met het ontwerp van inplanting en nieuwbouw mits een lucht- en waterdoorlatende verharding uitgevoerd wordt voor de te bouwen woning, geen afbreuk vermag te doen aan de wettelijk vastgelegde bestemming van natuurgebied en niet op zichzelf kan worden ingeroepen wanneer een aangevraagde bebouwing (niet) in overeenstemming is met het ter plaatse geldende gewestplan; dat dit argument van de bestendige deputatie derhalve niet kan worden aangenomen;

«Overwegende dat een overgroot gedeelte van de argumentatie steunt op een vervallen verkaveling, een gunstig stedenbouwkundig attest en een afgegeven bouwvergunning; dat het terrein inderdaad perceel 26 uitmaakt van een op 22 augustus 1963 goedgekeurde verkaveling; dat het verval van deze verkaveling werd vastgesteld bij proces-verbaal van 26 januari 1972 omdat op 1 oktober 1970 nog geen aanvang was gemaakt met enig in de vergunning voorgeschreven werk tot uitvoering van de wegen; dat de verkavelingsvergunning werd verleend in één enkele vergunning; dat het proces-verbaal van verval geen enkele afzonderlijk vermelding qua percelen bevat, noch enige uitzondering qua geografische afbakening; dat hieruit dient te worden besloten dat de verkaveling die in haar totaliteit werd vergund, ook in haar totaliteit vervallen is verklaard; dat een vervallen vergunning niet kan worden ingeroepen;

«Overwegende bovendien dat het perceel volgens het schrijven van 30 juli 1981 van de aanvrager werd aangekocht op 27 december 1977, dus na het proces-verbaal houdende vaststelling van het verval van de verkaveling; dat dit verval

een objectief feit is waarnaar de koper omstandig kon informeren; dat bovendien het ingeroepen stedenbouwkundig attest van 12 april 1976 méér dan een jaar oud was op het ogenblik van de aankoop en derhalve niet rechtsgeldig kan worden ingeroepen; dat van de bouwvergunning van 6 juni 1977 geen gebruik werd gemaakt; dat er evenmin een verlenging van de vergunning voor een termijn van een jaar werd gevraagd; dat geen aanvang met de werken werd gemaakt; dat deze vergunning is vervallen; dat een vervallen vergunning geen rechtsgronden schept en derhalve niet kan worden ingeroepen; dat de beslissing van de bestendige deputatie het algemeen belang schaadt en in strijd is met een degelijk beleid inzake ruimtelijke ordening en stedenbouw; dat de gemachtigde ambtenaar derhalve met reden in beroep is gekomen van de beslissing van de bestendige deputatie».

11. Dezelfde dag nog wordt het koninklijk besluit aan verzoeker betekend. Op 14 oktober 1981, d.i. minder dan zestig dagen later, stelt verzoeker tegen dat besluit annulatieberoep in.

...

Overwegende dat verzoeker, het, uit de uiteenzettingen van het inleidend verzoekschrift af te leiden middel nader toelichtend, in zijn memorie van wederantwoord doet gelden dat het bestreden besluit o.m. artikel 74 van de Stedenbouwwet schendt, doordat het, in tegenstelling met wat de bestendige deputatie van de provincieraad van Oost-Vlaanderen in haar besluit van 6 februari 1981, de gemachtigde ambtenaar in het stedenbouwkundig attest van 12 april 1976 en in zijn brief van 20 juni 1976, en ook het college van burgemeester en schepenen van de toenmalige gemeente Bellem, in de bouwvergunning van 6 juni 1977 hebben aangenomen, ervan uit is gegaan dat de vergunning tot verkavelen van het gebied waarvan zijn betrokken grond deel uitmaakte, afgegeven op 22 augustus 1963, vervallen was, omdat op 1 oktober 1970 nog geen aanvang was gemaakt met enig in de vergunning voorgeschreven werk tot aanleg van de wegen, en die reden van verval, voor de totaliteit van de verkaveling gold, en dat de verkavelingsvergunning dus niet meer als grondslag voor de toekenning van een bouwvergunning kon worden ingeroepen;

Overwegende dat de Stedenbouwwet van 29 maart 1962 oorspronkelijk niet voorzag in het verval van de verkavelingsvergunning; dat regelen betreffende het verval van de verkavelingsvergunning in de Stedenbouwwet werden ingelast door de wet van 22 december 1970; dat ter zake van het verval de regelen voor de verkavelingen die geen aanleg van nieuwe verkeerswegen, noch tracéwijziging, verbreding op opheffing van de bestaande gemeentewegen omvatten, en de regelen voor de verkavelingen die dat wel omvatten, verschillend zijn; dat de regelen betreffende de eerste soort verkavelingen opgenomen zijn in artikel 57, § 4, van de Stedenbouwwet, die betreffende de tweede soort verkavelingen, in artikel 57bis; dat de wet van 22 december 1970 voorzien heeft in overgangsbepalingen ter zake; dat m.b.t. de verkavelingen die vergund werden na de inwerkingtreding van de wet van 29 maart 1962, die overgangsbepalingen vervat zijn in artikel 74, namelijk in § 2 voor de verkavelingen die gepaard gaan met de uitvoering van wegenwerken, in § 3 voor de verkavelingen uit te voeren langs een bestaande, voldoende uitgeruste weg; dat het verval van de verkavelingsvergunning

ning gebonden is aan de uitvoering van de verkaveling door de verkavelaar, zijnde, naar gelang van het geval, de uitvoering van de vereiste wegenwerken of de verkoop van de kavels; dat het verval van de vergunning een sanctie is, gericht tegen de verkavelaar, niet tegen de derde-koper;

Overwegende dat het bij de verkavelingsvergunning van 22 augustus 1963 betrokken gebied grenst, ten westen aan de Lostraat (ex-Lotenhullestraat), ten noorden aan de Waggebruggestraat (buurtweg nr. 13) en ten oosten aan de Wattingstraat (buurtweg nr. 12); dat uit de gegevens van de zaak blijkt dat op het tijdstip van de inwerkingtreding van de wet van 22 december 1970 de Lostraat, zijnde de weg Lotenhulle-Bellem-Aalter, als een voldoende uitgeruste weg beschouwd kon worden; dat niet wordt betwist dat de houder van de verkavelingsvergunning in de loop van de jaren 1968 en 1969 de kavels 17, 26, 27, 28, 29 en 30, alle gelegen aan de Lostraat, verkocht heeft en dat alle verkoopakten vóór de inwerkingtreding van de wet van 22 december 1970 werden geregistreerd;

Overwegende dat in de verkavelingsvergunning van 22 augustus 1963 is gesteld dat het college van burgemeester en schepenen zonder verdere formaliteit bouwvergunning mag afgeven voor de kavels gelegen langs de bestaande wegen, doch dat voor de andere kavels bouwvergunning enkel mag worden verleend nadat alle nodige wegenwerken zijn uitgevoerd volgens de door de gemeenteraad te bepalen voorwaarden; dat uit die bepaling de bedoeling van de vergunningverlenende overheid blijkt om de verkaveling minstens in twee delen op te splitsen, een eerste, met de uitvoering waarvan onmiddellijk een aanvang mag worden gemaakt, een andere, met de uitvoering waarvan gewacht dient te worden tot na de uitvoering van de vereiste wegenwerken, en om elk van die delen als een op zichzelf bestaand geheel, en dus het ene los van het andere te beschouwen; dat met de uitvoering van het eerste verkavelingsgedeelte begonnen werd in 1968, langs de Lostraat;

Overwegende dat artikel 57, § 4, van de Stedebouwwet bepaalt wat volgt: «Indien de verkaveling geen aanleg van nieuwe verkeerswegen, noch tracéwijziging, verbreding of opheffing van bestaande gemeentewegen omvat, vervalt de vergunning voor het overige gedeelte, indien binnen vijf jaar na de afgifte ervan, de verkoop, of de verhuring voor meer dan negen jaar, de vestiging van een erfpacht of opstalrecht van ten minste een derde van de kavels niet is geregistreerd. Het bewijs van de verkopen of de verhuringen worden geleverd door kennisgeving aan het college van de uittreksels van de akten, die door de notaris of de ontvanger van de registratie gewaarmerkt zijn vóór het verstrijken van voormelde termijn van vijf jaar»; dat uit die bepaling volgt dat in een verkaveling zonder aanleg van wegen noch tracéwijziging, verbreding of opheffing van bestaande wegen de verkavelingsvergunning hoe dan ook niet vervalt ten aanzien van de binnen vijf jaar na de afgifte ervan verkochte kavels;

Overwegende dat de aan een bestaande, voldoende uitgeruste weg gelegen, betrokken kavel nr. 26 vóór de inwerkingtreding van de wet van 22 december 1970, d.i. op een tijdstip waarop de verkavelingsvergunning nog niet vervallen kan zijn, door de vergunninghouder verkocht werd; dat in deze zaak er geen grond bestaat tot toepassing van de overgangsregel, vervat in artikel 74, § 3, 1), van de stedebouwwet; dat evenmin in artikel 57, § 4, van de Stedebouwwet een motief tot weigering van de door verzoeker gevraagde

bouwvergunning gevonden kan worden; dat het middel gegrond is,

...

NOOT – Verkavelingsvergunningen verleend vóór de inwerkingtreding van de wet van 22 december 1970

A. De feitelijke gegevens van de zaak: zie het arrest.

B. Voorwerp van het annulatieverzoek

1. Verzoeker vraagt de annulatie van het K.B. van 28 augustus 1981 houdende de vernietiging van het besluit van 6 februari 1981 waarbij de bestendige deputatie van Oost-Vlaanderen hem een vergunning verleende om eenvormig te bouwen op het perceel nr. 26 gelegen aan de Lostraat te Aalter.

2. De Koning baseerde zijn weigeringsbeslissing voornamelijk op de volgende overwegingen:

a. op het terrein dat in een natuurgebied gelegen is en waarvoor een bouwvergunning wordt gevraagd, mogen slechts volgens het gewestplan «Eeklo-Aalter» jagers- en vissershutten gebouwd worden voor zover deze niet als woonverblijf dienen;

b. de geplande residentiële bebouwing is strijdig met de aan het terrein gegeven bestemming;

c. bovendien is het terrein ook gelegen binnen het geklasseerd landschap Kraenepoel en Markettebossen;

d. het feit dat de Rijksdienst voor Monumenten- en Landschapszorg zich op 31 oktober 1980 akkoord verklaarde met het ontwerp van inplanting en nieuwbouw mits een lucht-en waterdoorlatende verharding uitgevoerd wordt voor de te bouwen woning, doet geen afbreuk aan de wettelijk vastgelegde bestemming van natuurgebied;

e. het terrein (perceel 26) ligt bovendien in een verkaveling (vergunning 22 augustus 1963) waarbinnen wegen aangelegd dienden te worden; daar op 1 oktober 1970 nog geen aanvang was gemaakt met enig in de vergunning voorgeschreven werk tot uitvoering van de wegen, verviel de verkavelingsvergunning in haar totaliteit (P.V. 26 januari 1972);

f. bovendien werd het perceel nr. 26 aangekocht op 27 december 1977, derhalve *na* het vervallen van de verkavelingsvergunning.

C. Het arrest

1. De Raad van State vernietigde het K.B. van 28 augustus 1981. Hij kwam, niettegenstaande een andersluidend advies van het auditoraat, tot dit besluit op grond van de volgende overwegingen:

a. uit de bewoordingen van de verkavelingsvergunning van 22 augustus 1963 blijkt de intentie van het college van burgemeester en schepenen de verkaveling in twee op zich zelf staande delen op te splitsen: één deel gelegen langs een bestaande, uitgeruste weg waarvoor bouwvergunningen mogen worden afgeleverd; een ander deel, waarvoor pas bouwvergunningen mogen afgeleverd worden na de uitvoering van de vereiste wegenwerken;

b. uit de bewoording van artikel 57, § 4, Stedebouwwet vloeit voort dat in een verkaveling zonder aanleg van wegen noch tracéwijziging, verbreding of opheffing van bestaande wegen de verkavelingsvergunning hoe dan ook niet vervalt ten aanzien van de binnen vijf jaar na de afgifte ervan verkochte kavels;

c. daar de kavel nr. 26, gelegen langs een voldoende uitgeruste weg, vóór de inwerkingtreding van de wet van 22 de-

cember 1970 (in de loop van 1968-1969) – op een tijdstip dat de verkavelingsvergunning nog niet vervallen kon zijn – werd verkocht, verviel de verkaveling niet t.a.v. die kavel;

d. bovendien is er geen grond om de overgangsmaatregel van artikel 74, § 3, 1) Stedebouwwet toe te passen.

D. Commentaar

1. Werd het K.B. van 28 augustus 1981 houdende vernietiging van het besluit van 6 februari 1981 waarbij de bestendige deputatie de bouwvergunning verleende, door de Raad van State terecht vernietigd?

a. De bewuste verkaveling dateert van 22 augustus 1963. In de Stedebouwwet van 29 maart 1962 was oorspronkelijk geen sprake van verval van verkavelingsvergunningen. Het al of niet verkopen van kavels in de verkaveling, het al dan niet uitvoeren van de wegenwerken hadden geen enkele invloed op het bestaan van verkavelingen die er onberoerd, rechtsgeldig bij bleven liggen. Het niet kunnen sanctioneren van het stilzitten van de verkavelaar, het niet kunnen sanctioneren van de niet-verkoop van kavels werd als gebrek aangemerkt omdat de lacune leidde tot speculatieve verkavelingen die de grondprijzen naar voordien ongekende hoogten joegen. De wet van 22 december 1970 bouwde om die redenen de mogelijkheid van vervallenverklaring van verkavelingen in de Stedebouwwet van 29 maart 1962 in voor verkavelingen die achteraf door gebrek aan verkoop van kavels of door het niet aanleggen van wegen, overbodige, speculatieve verkavelingen bleken te zijn. De wet van 22 december 1970 bouwde die mogelijkheid niet alleen in voor toekomstige verkavelingen (artt. 56 t/m 58), maar ook voor verkavelingen die voordien waren vergund (overgangsmaatregelen vervat in art. 74 Stedebouwwet).

De bewuste verkaveling werd vergund vóór de wet van 22 december 1970, zodat zij valt onder het stelsel van de overgangsmaatregelen van art. 74. Daar in de verkaveling wegenwerken dienden te worden uitgevoerd, valt de verkaveling onder art. 74, § 2, 1°, van de Stedebouwwet. De bepalingen van art. 74, § 2, 1°, zijn klaar en duidelijk en hoeven geen toelichting vanuit de parlementaire voorbereiding. Zo wordt in het verval voorzien, behoudens overmacht: «Van de voor 1 januari 1965 afgegeven verkavelingsvergunningen die de aanleg van nieuwe verkeerswegen omvatten, indien op 1 oktober 1970 geen aanvang was gemaakt met enig in de vergunning voorgeschreven werk tot uitvoering van die wegen. Indien de werken waren aangevangen, verviel de vergunning zo ze niet voltooid waren voor 31 december 1972».

Uit het bovenstaande blijkt duidelijk dat de verkavelingsvergunning zoals zij werd verleend door het college van burgemeester en schepenen op 22 augustus 1963 zonder meer verviel op 1 oktober 1970 zonder dat enig voorbehoud wordt gemaakt t.a.v. de verkochte kavels.

b. Achter die ene verkavelingsvergunning zouden twee verkavelingen schuilgaan: één verkaveling gelegen langs een goed uitgeruste weg; de andere verkaveling waarbinnen wegenwerken moeten worden uitgevoerd. De redenering wordt gebaseerd op de bewoordingen van de door het college van burgemeester en schepenen afgegeven verkavelingsvergunning waarin gesteld wordt dat in het deel van de verkaveling gelegen langs de uitgeruste weg bouwvergunningen mogen worden afgegeven; en in het andere deel van de verkaveling niet. Dit kwam inhoudelijk neer op een verkaveling in fasen avant la lettre. Een mogelijkheid die pas juridisch verankerd werd in de Stedebouwwet van 29 maart 1962 ten gevolge van

de wijzigingen aangebracht door de wet van 22 december 1970.

Deze bewoordingen van de verkavelingsvergunning moesten gewogen worden in het licht van de toenmalige bepalingen van de wet van 22 maart 1962, waarin geen onderscheid gemaakt werd tussen verkavelingen met of zonder wegenwerken, waarin helemaal geen sprake was van de uitvoering van verkavelingen in fasen, precies omdat in de Stedebouwwet van 22 maart 1962 in geen verval van verkavelingen was voorzien.

Zo nu op dergelijke schakeringen een redenering wordt gebaseerd om aan te tonen dat achter de verkavelingsvergunning twee verkavelingen schuilgaan, dan worden er juridische verfijningen gehanteerd die op het ogenblik van het verlenen van de vergunning niet in het stedebouwkundig juridisch arsenaal aanwezig waren (juridisch anachronisme).

Kortom: niettegenstaande een deel van de percelen van de verkaveling gelegen is aan een uitgeruste weg (Lostraat) en een ander deel van de percelen aan nog aan te leggen wegen (juridische wegen), moet de verkaveling als één geheel gezien worden omdat het college van burgemeester en schepenen slechts één vergunning verleende. De verkaveling maakt trouwens in planologisch opzicht, vanuit een goede plaatselijke ordening één geheel uit. De verkaveling is één als te lokaliseren gebied. Het feit nu dat bouwvergunningen mochten worden afgegeven voor percelen langs de bestaande weg, wijzigt in niets het ene en ondeelbare karakter van de verkaveling en de verkavelingsvergunning. Trouwens, de in 1970 gewijzigde Stedebouwwet bevat geen overgangsbepalingen die voor officiële verkavelingen in fasen die voor de inwerkingtreding van de wet van 22 december 1970 werden vergund, tot effect zouden hebben dat het verval slechts per gedeelten van die verkaveling intreedt.

De opvatting dat de bewuste verkaveling in haar geheel als vervallen moet worden beschouwd, past volkomen in het kader van de economie van de Stedebouwwet, zoals gewijzigd door de wet van 22 december 1970. Uit de parlementaire voorbereiding blijkt immers dat de verkavelingen op het vlak van het verval – het verval geregeld bij art. 57, § 4, van de Stedebouwwet en de verkaveling in fasen niet te na gesproken – als één geheel dienen te worden behandeld, omdat onder verkavelingen die geen wegenwerken omvatten de – meestal kleinere – verkavelingen waarvan alle percelen aan een openbare weg grenzen, en niet een of ander deel van een verkaveling hetwelk die karakteristiek vertoont (*Parl.Besch., Sen., 1969-70, nr. 525, 52*).

Het gaat derhalve juridisch niet op bij het onderzoek naar de vraag of een verkavelingsvergunning vervallen is, een onderscheid te maken op grond van de respectieve ligging van de percelen, om zodoende de regels van artikel 74, § 2, 1°, van de Stedebouwwet, met die van § 3, eerste lid, 1°, van het zoëven vermeld wetsartikel te combineren. Dit zou in één en dezelfde verkaveling tot verschillende resultaten leiden op het vlak van het verval.

c. Het proces-verbaal van 26 januari 1976 waarin de gemachtigde ambtenaar het verval van de verkavelingsvergunning vaststelt, heeft geen enkele juridische waarde daar de verkavelingsvergunning van rechtswege verviel op 1 oktober 1970 omdat op deze datum de wegenwerken niet uitgevoerd waren (art. 74, § 2, 1°). Het heeft slechts de waarde van een waarschuwing (*R.v.St., 15 december 1981, nr. 21.388*). Uit de bewoordingen van artikel 74, § 2, 1°, mag op een juridisch

geldige wijze afgeleid worden dat de verkaveling meteen ook verviel t.a.v. de verkavelaar en de kopers van kavels in de verkaveling. In de bewoordingen van art. 74, § 2, 1°, wordt geen onderscheid gemaakt tussen de verkavelaar en de kopers van kavels. Het verval van de vergunning heeft echter niet meteen tot gevolg dat de kopers tegen een bouwverbod aankijken. Zolang hun grond in een bouwzone ligt en bovendien voldoet aan de criteria om als bouwgrond beschouwd te kunnen worden, mogen zij een bouwvergunning aanvragen en derhalve bouwen. Het enig nadeel dat het verval van de verkavelingsvergunning voor hen meebrengt, is het feit dat zij de verkaveling niet meer mogen inroepen tegen een later plan van aanleg waarin een wijziging in de bestemming van de grond wordt aangebracht.

d. De wijziging van de bestemming van de grond (bouwgrond naar natuurgebied) doorgevoerd door het gewest Eeklo-Aalter (24 maart 1978), betekende dat op het perceel nr. 26 niet meer gebouwd mocht worden. De opname door het K.B. van 18 december 1978 van het gebied in een beschermd landschap, accentueerde dit verbod. Het was dan ook volkomen terecht dat het schepencollege van Aalter op 4 januari 1982 weigerde een bouwvergunning aan verzoeker af te leveren. Volkomen in de lijn van het feitenmateriaal, verrijkt met het geldende recht, vernietigde de Vlaamse Executieve de door de bestendige deputatie van Oost-Vlaanderen afgeleverde bouwvergunning. De weigering om een bouwvergunning af te leveren, opende het recht voor verzoeker op een planschadevergoeding. De rest is literatuur.

A. Van Mensel
R.U.G.

HOF VAN BEROEP TE GENT

14e KAMER – 28 DECEMBER 1990

Voorzitter: de h. F. Top

Advocaten: mrs. Dewever en Bekaert

Huwelijksgoederenrecht – Minnelijke vereffening-verdeling van de gemeenschap – Meineed bij boedelbeschrijving – Vordering op basis van art. 1448 B.W. – Dading

Appellant die een minnelijke overeenkomst van vereffening-verdeling tekent met de wetenschap dat niet alle goederen zijn opgenomen en met de overtuiging dat de tegenpartij destijds een valse eed heeft afgelegd, kan achteraf op deze overeenkomst niet meer terugkomen om een aanvullende verdeling uit te lokken, zij het om toepassing te vragen van art. 1448 B.W., indien de minnelijke verdeling een dading bevat.

De veroordeling van geïntimeerde wegens meineed kan de onherroepelijkheid van de voordien gesloten verdelingsovereenkomst niet aantasten.

V. t/ C.

Partijen zijn uit de echt gescheiden sedert 1 augustus 1980, ingevolge een vonnis van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brugge op 28 maart 1980 uitgesproken ten nadele van appellant, wiens tegeneis tot echtscheiding inmiddels is

afgewezen bij vonnis van dezelfde rechtbank op 13 maart 1989.

Het echtscheidingsvonnis van 28 maart 1980 beveelt de vereffening en verdeling van de tussen partijen bestaande wettelijke gemeenschap van goederen, benoemt daartoe een boedelnotaris en een notaris belast met de opdracht bepaald in artikel 1209, derde lid, BW.

Op 5 juni 1981 ondertekenen partijen een onderhandse overeenkomst van vereffening-verdeling.

Bij vonnis van 5 maart 1984 van de Correctionele Rechtbank te Brugge wordt geïntimeerde strafrechtelijk veroordeeld wegens meineed bij de boedelbeschrijving opgemaakt door notaris T. op 31 mei 1979, dit ten nadele van appellant, aan wie als burgerlijke partij één frank morele schadevergoeding wordt toegekend.

Op 26 maart 1984 stelt appellant voor de eerste rechter de hierboven vermelde vordering in, aanvoerend dat geïntimeerde geen aanspraak kan maken op de voor hem verborgen gehouden effecten en gelden en deze dus integraal aan hem moet overmaken, met toepassing van artikel 1477 B.W.

Appellant vecht niet de geldigheid aan van de verdelingsovereenkomst van 5 juni 1981, maar stelt dat bij deze overeenkomst niet alle goederen werden verdeeld, zodat in feite een aanvullende verdeling moet gebeuren van waardepapieren en spaargelden ten bedrage volgens hem van respectievelijk 715.000 frank en 90.000 frank.

De eerste rechter verklaart de vordering ongegrond, aannemend dat appellant, door een verdelingsovereenkomst te sluiten betreffende de ontbonden huwgemeenschap zonder de inbreng te eisen van de bedoelde waarden en spaargelden, geacht moet worden hiervan afstand te hebben gedaan, en dat de latere veroordeling van geïntimeerde wegens meineed hierop geen enkele invloed heeft, te meer daar de minnelijke overeenkomst een dading bevat die definitief en onherroepelijk is.

Deze beslissing is als volgt gemotiveerd:

– uit de gegevens van het strafrechtelijk onderzoek blijkt dat appellant reeds lang en voldoende op de hoogte was van het bestaan van effecten en spaargelden in het bezit van geïntimeerde, alleen wist hij niet voor welk bedrag;

– noch bij de inventaris op 31 mei 1979 noch bij de minnelijke verdeling op 5 juni 1981 heeft appellant omtrent deze goederen enig voorbehoud gemaakt;

– de libellering van de verdelingsovereenkomst bewijst dat het de bedoeling van de partijen was de volledige gemeenschap te vereffenen;

– partijen hebben in gemeen overleg de samenstelling van de massa van de gemeenschap bepaald, hun akkoord gegeven met de verdeling ervan en verklaard volledig vereffend en verdeeld te zijn;

– het feit dat appellant tien dagen voordien tegen geïntimeerde een klacht had ingediend wegens meineed en heiling, belette hem niet een dading te treffen nopens de goederen waarop hij eventueel aanspraak had kunnen maken of geïntimeerde vrij te stellen van inbreng van deze goederen, te meer daar hij moet hebben geweten dat het niet aan gegeven bezit ook spaargelden bevatte van hun gemeenschappelijke dochter Martine.

Met deze zienswijze kan worden ingestemd, daar een minnelijke verdeling een dading kan bevatten, wanneer een werkelijke betwisting bestaat die tot procedure kan leiden

(Gheysen, G., *Dading*, 1966, p. 42, nr. 58 en p. 135 e.v. nrs. 374 en volgende).

Dat er te dezen een betwisting bestond die tot een procedure kon leiden, is bewezen door de klacht die appellant tien dagen vóór de ondertekening van de overeenkomst tegen geïntimeerde heeft ingediend wegens meened en verduistering.

Appellant, die een verdelingsovereenkomst tekent met de wetenschap dat niet alle goederen zijn opgenomen en met de overtuiging dat de tegenpartij destijds een valse eed heeft afgelegd, kan achteraf op deze overeenkomst niet meer terugkomen onder het voorwendsel dat de tegenpartij bepaalde zaken voor hem verborgen heeft gehouden (De Page, *Traité*, IX, 1974, p. 506, nr. 669). Deze regels inzake de verdeling van nalatenschappen zijn van overeenkomstige toepassing op de verdeling van het gemeenschappelijk vermogen (artikel 1430 B.W.).

De bewering van appellant dat hij op 5 juni 1981 de omvang van de verduistering niet kende en om die reden toen nog geen inbreng kon eisen van hetgeen werkelijk verduisterd werd, is niet ter zake dienend, nu vaststaat dat hij kennis had van het feit van de verduistering.

Appellant werpt ten onrechte op dat partijen niet de bedoeling hadden dit gemeenschappelijk vermogen volledig te verdelen. De verklaring van de partijen in fine van de overeenkomst, namelijk «op elkaar niets meer te eisen of te vorderen te hebben, betreffende voormelde posten» doet hieraan geen afbreuk.

Uit de termen van de overeenkomst blijkt immers duidelijk:

- dat tussen partijen «is overeengekomen de huwelijks-gemeenschap die tussen hen bestaan heeft, als volgt te vereffenen en te verdelen»;
- dat partijen het eens waren over de samenstelling van de massa zoals deze beschreven werd onder rubriek B, met vermelding «Voormelde ontbonden huwelijks-gemeenschap bevat...»;
- dat partijen «verklaren hierbij volledig vereffend en verdeeld te zijn nopens de huwelijks-gemeenschap die tussen hen bestaan heeft...»

Appellant kan bepaalde redenen gehad hebben om de overeenkomst te tekenen, niettegenstaande hij kort voordien tegen geïntimeerde een klacht had ingediend. In plaats van het resultaat hiervan af te wachten heeft hij wellicht gekozen voor het onmiddellijk voordeel, namelijk benevens de meubels en goederen in zijn bezit (82.350 frank), ook uitbetaling te krijgen van 1.052.869 frank, waarvoor kwijting werd verleend.

Appellant is in elk geval gebonden door de onderhandse overeenkomst van 5 juni 1981, die tot doel had de verrichtingen van de bij vonnis van 28 maart 1980 bevolen scheiding en deling te beëindigen (cf. Rb. Antwerpen, 27 april 1968, *R.W.*, 1968-69, 421, en noot M. Thuysbaert). Hierdoor heeft hij zich het recht ontzegd de heropening te eisen van de bedoelde verrichtingen ten einde een aanvullende verdeling uit te lokken, zij het om toepassing te vragen van het oude artikel 1477 B.W., thans artikel 1448 B.W. sedert de inwerkingtreding op 28 september 1977 van de wet van 14 juli 1976.

De eerste rechter heeft terecht beslist dat de veroordeling van geïntimeerde wegens meened de onherroepelijkheid

van de voordien gesloten verdelingsovereenkomst niet kan aantasten.

Uit het bovenstaande volgt dat het volstrekt overbodig is nog na te gaan welke effecten of spaargelden geïntimeerde werkelijk heeft verduisterd ten nadele van het gemeenschappelijk vermogen dat tussen partijen slechts tot 9 november 1978 bestaan heeft. De bewering van appellant dat het om 805.000 frank zou gaan, hoeft dus niet meer onderzocht te worden.

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

1e KAMER – 27 FEBRUARI 1991

Voorzitter: de h. Spaas

Raadsheren: de h. De Vel en Verstreken

Advocaten: mrs. Montens, Eliaerts en Bijttebier loco Leclef

Gerechtsdeurwaarder – Beslag en executie – Aansprakelijkheid

Het behoort niet tot de opdracht van de gerechtsdeurwaarder om de hernieuwde en op juridisch advies gestoelde opdracht om het voorheen gelegde uitvoerend roerend beslag verder uit te voeren, te toetsen op haar juridische waarde.

Van den B. en V. t/ L.

Overwegende dat appellanten evenmin als in eerste aanleg het dienstig bewijs leveren dat geïntimeerde te kort zou zijn geschoten in de te verwachten voorzichtigheid en zorgvuldigheid, die een normaal naastige en plichtsgetrouwe gerechtsdeurwaarder dienen te kenmerken bij het uitvoeren van een ontvangen gerechtelijke opdracht om tot uitvoering over te gaan door publieke verkoop van stofferende huisraad, zich bevindend in een flat die een zekere Van H. in huur heeft van appellanten;

Overwegende dat appellanten tevergeefs inroepen, zonder het dienstig bewijs hiervan te leveren, en zonder in dat verband overeenstemmende gegevens voor te leggen, dat zij zich persoonlijk en te bekwaam tijd bij geïntimeerde kenbaar gemaakt hebben als rechtmatige eigenaars van de in beslag genomen meubelen;

Overwegende dat, zo de beslagene Van H. al bij de inbeslagneming in uitvoerend roerend beslag aan de gerechtsdeurwaarder verklaarde dat het stofferende meubilair niet zijn eigendom was, maar die van appellanten, verhuursters van de flat, Van H. de met deze bewering verband houdende huurovereenkomst niet kon overleggen;

Overwegende dat uit de gegevens van de zaak wel kan worden afgeleid dat de gerechtsdeurwaarder nadien en enkel van de zijde van Van H. inzage kreeg van de huurovereenkomst; dat hij toen dit gegeven meedeelde aan zijn opdrachtgever en om instructies vroeg;

Overwegende dat deze opdrachtgever, na inzage van de overeenkomst van oordeel was dat juridisch hieraan geen waarde diende te worden gehecht omdat de huurovereenkomst niet geregistreerd was; dat de formele opdracht om over te gaan tot uitvoering van het roerend uitvoerend beslag herhaald werd;

Overwegende dat, hoewel de verkoopdag van 15 mei 1985 uitgesteld werd, zulks enkel en alleen zijn oorzaak vindt in het feit dat de gerechtsdeurwaarder, staande voor een huur-overeenkomst m.b.t. de in beslag genomen roerende goederen, voorzichtigheidshalve niet tot de openbare verkoop overging, en formele instructies vroeg aan zijn opdrachtgever;

Overwegende dat de gerechtsdeurwaarder de formele opdracht ontving om toch tot uitvoering van het uitvoerend roerende beslag over te gaan, omdat de door de beslagene voorgelegde huurovereenkomst niet geregistreerd was en derhalve naar het juridisch inzicht van zijn opdrachtgever niet tot voldoening van het recht bewijskrachtig en aan derden tegenwerpbaar was;

Overwegende dat het niet tot de taak, noch tot de gerechtelijke opdracht van een gerechtsdeurwaarder behoort om de hernieuwde en op een juridisch advies gestoelde opdracht om het voorheen gelegd uitvoerend roerend beslag verder uit te voeren, te toetsen op haar juridische waarde, zulks des te minder daar de opdracht en het advies uitging van de juridische raadsman van zijn opdrachtgever; dat het in dezen evenmin de taak was van de gerechtsdeurwaarder de verhuursters van de flat te alarmeren nopens de formele opdracht die hij ontving, en deze verhuursters ertoe aan te zetten om de vereiste juridische stappen te doen om de ontvanging opdracht tot verkoop te dwarsbomen;

Overwegende dat appellanten niet overtuigend kunnen blijven volhouden onwetend geweest te zijn van het door hen beweerd onrechtmatig uitvoerend roerend beslag op de meubelen die de aan de beslagene Van H. verhuurde gemeubelde flat stoffeerden;

Overwegende dat appellanten evenmin aantonen dat zij het vonnis van de vrederechter van 3 december 1985 tussen henzelf en Van H. gewezen, aan de geïntimeerde te bekwaamertijd hebben overgelegd ten blijke van hun aanspraken op het eigendomsrecht dat zij op de in beslag genomen meubelen laten gelden;

Overwegende dat, daar appellanten in hun oorspronkelijke eis falen, zij tot al de gerechtskosten in eerste aanleg veroordeeld dienen te worden;

Overwegende dat, terwijl in eerste aanleg enigszins geloof zou kunnen worden gehecht aan het feit dat appellanten zich hebben kunnen vergissen nopens de juiste toedracht van hun rechten ten aanzien van geïntimeerde, dat vermoeden evenwel wegvalt wanneer thans blijkt dat zij in hun stelling blijven volharden en hoger beroep instellen tegen een duidelijk, ondubbelzinnig en goed gemotiveerd vonnis; dat zij aldus blijken geven van roekeloosheid om nodeloos verder tegen geïntimeerde te blijven procederen op grond van ingebeelde fouten die deze zou hebben begaan; dat het moreel nadeel, dat geïntimeerde lijdt door dat roekeloos en tergend procederen, billijk bepaald mag worden op 10.000 fr.;

...

NOOT – *De aansprakelijkheid van de gerechtsdeurwaarder bij de executie van een vonnis*

1. Wanneer de gerechtsdeurwaarder aan wie opdracht gegeven is beslag te leggen bij een nalatige debiteur, geconfronteerd wordt met de mededeling dat het meubilair en huisraad hem niet toebehoren maar eigendom zijn van diens verhuurder, zonder dat echter het huurcontract kan worden

overgelegd, mag hij dan de executie gewoon voortzetten zonder zich aan die mededeling te storen? Kan hij zich verschuilen achter de gegeven opdracht en de regelmatige tenuitvoerlegging daarvan om zich te onttrekken aan eventuele aansprakelijkheid jegens zijn schuldeiser en de rechtmatige eigenaar van de beslagen goederen, als naderhand zou blijken dat de mededeling van de schuldenaar juist was? Is hij daarentegen verplicht de verdere executie stop te zetten ten einde eerst bij zijn opdrachtgever te informeren of de verdere vervolging opportuun is?

Voor deze laatste oplossing koos terecht de gerechtsdeurwaarder in het geannoteerde arrest van het Hof van Beroep te Antwerpen. Staande voor een huurovereenkomst m.b.t. de in beslag genomen goederen, ging hij niet tot de verkoop over en vroeg formele instructies aan zijn opdrachtgever. Toen deze bevestigde dat het voorheen gelegde beslag verder mocht worden uitgevoerd omdat de overgelegde huurovereenkomst niet geregistreerd was en naar zijn juridisch inzicht niet tegenwerpbaar aan derden, vervolgde de gerechtsdeurwaarder de begonnen executie. Terecht besliste het hof dat hij hiervoor niet aansprakelijk kan worden gesteld door de beweerd eigenaars van de goederen, die in elk geval nagelaten hadden de nodige maatregelen te treffen om de voorgenomen verkoop te verhinderen door de goederen te revindiceren. Het was de taak van de beslagen huurder, niet die van de gerechtsdeurwaarder, om hen van de voorgenomen verkoop in kennis te stellen.

2. Aan de hand van deze casus blijkt nogmaals duidelijk dat de gerechtsdeurwaarder bij de executie tot een bijzondere zorgvuldigheidsplicht gehouden is. Hij kan immers niet alleen aansprakelijk zijn ten aanzien van zijn opdrachtgever, maar ook quasi-delictueel ten aanzien van derden (Dalcq, R., *Les nouvelles, «Responsabilité civile»*, tome, V, vol. 1, Larocier, 1959, 318, nr. 958). De draagwijdte van deze aansprakelijkheid wordt mede bepaald door de monopoliepositie die hij inzake tenuitvoerlegging krachtens de wet bezit.

De gerechtsdeurwaarder beschikt immers over het monopolie van de tenuitvoerlegging (Garsonnet, E. en Cézard-Bru, *Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale*, 3e ed., IV, Parijs, Sirey, 1913, 7-8, nr. 5; Rouard, P., *Droit judiciaire privé, Tome préliminaire*, vol. II, 591, nr. 886).

Hij is een ministeriële ambtenaar die hoofdzakelijk tot taak heeft het betekenen van exploit en het tenuitvoerleggen van vonnissen en arresten (art. 516 Ger.W.). Overeenkomstig art. 517 Ger.W. is hij verplicht zijn diensten te verlenen telkens als hem daarom wordt verzocht, aan een ieder die dit vraagt (Paulus, C. en Boes, R., «De deurwaarder is niet de plaatsvervanger van de advocaat», *Liber Amicorum Jan Ronse*, (645), 647, nr. 5). Deze exclusieve executiebevoegdheid van de gerechtsdeurwaarder heeft vanzelfsprekend een weerslag op de beoordeling van zijn aansprakelijkheid, niet alleen ten aanzien van zijn opdrachtgever, maar ook ten aanzien van derden zoals bv. andere schuldeisers van de geëxecuteerde, de derde bij wie beslag wordt gelegd, de huurder die wordt uitgedreven.

3. Wanneer de gerechtsdeurwaarder verzocht wordt zijn ambt te verlenen bij de executie van een vonnis, is hij in principe verplicht die opdracht te aanvaarden. In enkele bij de wet omschreven gevallen kan hij evenwel zijn ambtsverlening weigeren, bv. als de procedure waarvan toepassing wordt gevraagd, niet langer bestaat. Te denken valt aan de opdracht om over te gaan tot de uitvoering van de procedure

van lijfswang (Laenens, J., «L'obligation de l'huissier de justice de prêter son ministère», *J.T.*, 1974, 732). Voor een foutieve ambtweigerig kan de gerechtsdeurwaarder door de schuldeiser aansprakelijk worden gesteld, zij het op buitencontractuele grondslag aangezien geen overeenkomst tot stand is gekomen (Dalcq, R., *o.c.*, 352, nr. 957). De bewijslast voor de schuldeiser is vrij zwaar: hij dient het bewijs te leveren van de verloren kans, de fout van de gerechtsdeurwaarder, het oorzakelijk verband en de schade, nl. de verloren kans. Hij kan zich ook wenden tot de procureur des Konings, die overeenkomstig art. 139 Ger.W. ten aanzien van particulieren op een daartoe gedaan verzoek de gerechtsdeurwaarder kan gelasten op te treden. Wanneer de gerechtsdeurwaarder de gegeven opdracht aanvaardt, wordt hij een bezoldigde lasthebber die ten aanzien van de schuldeiser-lastgever contractueel aansprakelijk is overeenkomstig de artt. 1991-1992 B.W. voor iedere culpa levis in abstracto (Bergen, 22 januari 1991, *J.L.M.B.*, 1991, 830 met noot Kohl, A.; Gutt, E. en Stranart-Thilly, A.M., «Examen de jurisprudence. Droit judiciaire privé (1965-70)», *R.C.J.B.*, 1973, 152, nr. 45; Paulus, C. en Boes, R., A.P.R., *Lastgeving*, nrs. 127-128). Hij treedt evenwel niet uitsluitend op in deze hoedanigheid van gewone lasthebber en zijn aansprakelijkheid mag niet enkel beoordeeld worden op grond van de principes inzake lastgeving geregeld in het B.W.

4. De opdracht van de gerechtsdeurwaarder reikt verder dan de instructies die hem zijn toevertrouwd door zijn lastgever. Een aantal argumenten kunnen deze stelling staven.

In de eerste plaats is er de duidelijke bepaling van art. 1393 Ger.W.: overhandiging van de uitgifte van het vonnis of van de akte geldt als *volmacht* voor alle tenuitvoerleggingen. Hoewel de rechtspositie van de gerechtsdeurwaarder ten aanzien van de opdrachtgever te beschouwen is als die van een lasthebber jegens een lastgever, onderworpen aan de desbetreffende bepalingen van het B.W., geeft art. 1393 Ger.W. aan deze last een *onherroepelijk* karakter in afwijking van art. 1991 B.W. De schuldeiser vermag geen andere aanwijzing te geven m.b.t. de executie behoudens de aanwijzing van het executiemiddel en de goederen waarop geëxecuteerd moet worden. Wanneer die instructie eenmaal aan de gerechtsdeurwaarder is gegeven, heeft deze de verdere afwikkeling daarvan autonoom in handen. Als ministeriële ambtenaar handelt hij onder zijn persoonlijke aansprakelijkheid (De Puydt, P., *De aansprakelijkheid van advocaten en gerechtsdeurwaarders*, Antwerpen, Kluwer, 1983, nr. 245 en de aldaar in voetnoot 2 geciteerde rechtspraak).

In de tweede plaats vervult de gerechtsdeurwaarder enkel de functie van een gewone lasthebber van de schuldeiser-opdrachtgever, zolang er geen samenloop is met andere schuldeisers. Zodra hij echter geconfronteerd wordt met aanspraken van andere schuldeisers, handelt hij niet alleen als een lasthebber van de schuldeiser-opdrachtgever, maar ook als een «uitvoeringsagent», «un auxiliaire obligé d'exécution» wiens taak verder reikt dan die welke hem door zijn opdrachtgever is toevertrouwd. In een dergelijk geval treedt hij op in naam van de collectiviteit van de schuldeisers en dient hij rekening te houden met alle rechten die in samenloop komen (Laenens, J., «Gerechtsdeurwaarders en debiteurs in crisistijd», *R.W.*, 1985-86, 1607, nr. 11; Brussel, 21 maart 1985, *Pas.*, 1985, II, 92).

De gerechtsdeurwaarder moet verder de tenuitvoerlegging vervolgen met strikte naleving van de bepalingen van

het Gerechtelijk Wetboek. Hij vervult immers een opdracht in het algemeen belang. Hij behoudt daarbij een zekere autonomie onder toezicht van de beslagrechter: de instructies van de lastgever zijn nooit voldoende om alle aansprakelijkheid af te wijzen, zelfs al handelt hij als lasthebber volledig conform de gegeven richtlijnen van zijn lastgever. Hij kan zich niet verschuilen achter de instructies van zijn cliënt om aan zijn aansprakelijkheid te ontkomen, noch tegenover zijn cliënt zelf, noch tegenover derden. Sommige auteurs aanvaarden zelfs dat de gerechtsdeurwaarder afbetalings-termijnen kan toestaan, ook al heeft zijn opdrachtgever hem hiertoe niet expliciet gemachtigd (De Leval, G., *La responsabilité professionnelle des huissiers de justice*, Journée d'étude Conférence de Jeune barreau de Mons, 28 avril 1989, p. 21; *Rep.Not.*, tw. «Délai de grâce», tome XIII, livre IV, titre I, p. 19, nr. 10).

Ten slotte moet hij zijn opdracht uitvoeren rekening houdend met de zorgvuldigheidsnormen die iedere voorzichtige gerechtsdeurwaarder in dezelfde omstandigheden in acht dient te nemen (Cass., 14 mei 1981, *R.W.*, 1981-82, 2473, *Arr. Cass.*, 1980-81, 1069; *Pas.*, 1981, 1, 1069).

Het is in dit licht dat de aansprakelijkheid van de gerechtsdeurwaarder zowel tegenover zijn opdrachtgever als tegenover derden moet worden beoordeeld.

5. Ten aanzien van zijn opdrachtgever vloeit zijn aansprakelijkheid voort uit elk verzuim dat hij in de uitvoering van zijn executie-opdracht mocht hebben begaan. Hij is verplicht de regelmatigheid te onderzoeken van de uitvoeringsmaatregelen die hem opgedragen worden, en moet weigeren mee te werken aan handelingen die in strijd zijn met de wet. Hij is bijgevolg verplicht het bestaan, de regelmatigheid en de actualiteit van de titel en aldus de wettigheid van zijn mandaat te onderzoeken en zijn bedenkingen dienaangaande mee te delen aan zijn opdrachtgever, die uiteindelijk beslist over de opportuniteit van de verdere executie (Vred. Brussel, 19 maart 1906 en 8 mei 1906, *J.T.*, 1906, 870; Jespers, H., *Comm.Ger.*, art. 517, nr. 2; Laenens, H., «L'obligation de l'huissier de justice d'exercer son ministère», *J.T.*, 1974, 732; Briers, M., *De gerechtsdeurwaarder. Een praktisch repertorium*, 1982, 19, nr. 56). Al is de beslagrechter uiteindelijk uitsluitend bevoegd om te oordelen over het regelmatig karakter en de actualiteit van de overgelegde titel (Beslagr. Brussel, 15 juni 1973, *J.T.*, 1973, 732; Beslagr. Luik, 16 oktober 1974, *Pas.*, 1974, III, 76; Beslagr. Verviers, 27 februari 1981, *Jur.Liège*, 1981, 202), toch mag de gerechtsdeurwaarder niet blindelings ingaan op een gegeven opdracht en is hij aansprakelijk als hij zijn diensten verleent bij het vervolgen van een tergende en roekeloze executie of een executie op basis van een manifest onwettige of onregelmatige titel. Indien en voor zover de gerechtsdeurwaarder een bepaalde beslissing aan zijn lastgever heeft overgelaten, zal de uiteindelijke aansprakelijkheid voor de aan de derde toegebrachte schade bij de opdrachtgever zelf liggen.

Anders is hij gebonden door de handelingen van de gerechtsdeurwaarder die hij slechts contractueel aansprakelijk zou kunnen stellen in geval van een fout bij de uitvoering van zijn mandaat (Gutt, E. en Stranart-Thilly, A.M., *o.c.*, 153, nr. 45). Wordt de titel door de schuldenaar betwist, dan dient het geschil aan de rechter te worden voorgelegd. Er bestaat discussie over de vraag of de hiertoe bevoegde rechter de rechtbank van eerste aanleg is (Luik, 13 december 1988, *J.L.M.B.*, 1989, 154) dan wel de beslagrechter (De Le-

val, G., V° «Saisie immobilière», *Rép.Not.*, nr. 461). Wordt de titel niet betwist, maar verzet de schuldenaar zich tegen de executie met de bewering dat de goederen hem niet toebehoren, zoals in casu, dan komt het de gerechtsdeurwaarder niet toe de gegrondheid van die beweringen na te gaan. Hij mag op grond van de regelmatige titel verder uitvoeren, maar handelt voorzichtig door eerst nog overleg te plegen met zijn opdrachtgever om een formele bevestiging van zijn opdracht te krijgen.

6. Die principes kunnen verduidelijkt worden aan de hand van enkele voorbeelden. Indien het naar aanleiding van een bezoek ter plaatse, meteen duidelijk is dat de verdere tenuitvoerlegging weinig zal opleveren, moet de gerechtsdeurwaarder zijn opdrachtgever daarvan verwittigen teneinde deze in staat te stellen om met kennis van zaken te beslissen over het al dan niet vervolgen van de executie (Bergen, 22 januari 1991, *J.L.M.B.*, 1991, 830, noot Kohl, A.). Wanneer hij gemakkelijk kon achterhalen dat de tenuitvoerlegging niets zou opleveren, moet hij de kosten van deze executie dragen en zelfs schadevergoeding betalen aan de schuldeiser wanneer hij tot taak had de schuldvorderingen «voor zover mogelijk» te recupereren in het belang van de schuldeiser (*R.P.D.B.*, tw. «Huissier», nr. 182; Van Compernelle, J., «Examen de jurisprudence. Saisies conservatoires et voies d'exécution», *R.C.J.B.*, 1987, 420, nr. 16). Het is de taak van een gerechtsdeurwaarder zijn lastgevers onmiddellijk in te lichten over het vruchteloos karakter van zijn verrichtingen. Wanneer de schuldvordering van fiscale aard is, moet hij bijzonder letten op, en informeren naar, de eisenbarheidsmodaliteiten van de schuld en het ogenblik van de verjaring. Een nalatigheid zou slechts verschoonbaar zijn als hij in extremis in het bezit werd gesteld van de stukken en opdracht kreeg om op te treden (Rb. Namen, 31 mei 1990, *J.L.M.B.*, 1991, 533). Hij moet bij de tenuitvoerlegging redelijk te werk gaan: al zijn de aangetroffen roerende goederen voor beslag vatbaar, toch mag hij niet tot beslag of verkoop overgaan als de opbrengst van de goederen manifest ontoereikend zal zijn om de kosten te dekken, of wanneer de goederen duidelijk niet toebehoren aan de schuldenaar (Van Compernelle, J., *o.c.*). Als de aanspraken van de derde echter twijfelachtig zijn, zoals het geval was in het geannoteerde arrest, mag de gerechtsdeurwaarder wel verder uitvoeren, maar hij handelt voorzichtig door eerst nog even overleg te plegen met zijn opdrachtgever om een formele bevestiging te hebben.

De gerechtsdeurwaarder kan door zijn lastgever aansprakelijk gesteld worden voor zijn gebrek aan zorg bij de executie van een vonnis, wanneer door het lange talmen en het inmiddels ingetreden faillissement van de debiteur de recuperatiekansen van de schuldeiser verloren zijn gegaan (Rb. Charleroi, 26 januari 1988, *J.T.*, 1988, 736).

7. Tegenover de geëxecuteerde en de derden wordt zijn positie bepaald door de wettelijke voorschriften omtrent executie en door de algemene zorgvuldigheidsplicht die iedere gerechtsdeurwaarder in soortgelijke omstandigheden moet naleven. Bij de uitvoering van zijn opdracht blijft de gerechtsdeurwaarder immers onderworpen aan de algemene zorgvuldigheidsplicht: hij moet handelen zoals een normaal zorgvuldige en voorzichtige gerechtsdeurwaarder in dezelfde omstandigheden zou hebben gedaan. Ondanks het feit dat hij geen bevelen heeft te ontvangen van de tegenpartij of andere derden, kan hij buitencontractueel aanspra-

kelijk gesteld worden overeenkomstig art. 1382 B.W. indien hij de strikte procedureregels heeft miskend of te kort is geschoten in het naleven van de algemene zorgvuldigheidsplicht. Zo bv. gaat hij onvoorzichtig en abusief te werk als hij een tenuitvoerlegging vervolgt zonder zich ervan te vergewissen dat op basis van de door de debiteur overgelegde betalingswijze de tenuitvoerlegging geen abusief karakter vertoonde (De Leval, G., *Traité des saisies*, Luik, 1988, voetnoot 259). Hij handelt eveneens foutief wanneer hij een executie aanvangt of voortzet na een gedane betaling, waarvan zijn lastgever of hijzelf kennis had kunnen hebben (Brussel, 23 februari 1968, *Bull.Am.*, 1968, 781; De Leval, G., «Saisies conservatoires et voies d'exécution», *Jur.Liège*, 1978-79, 355, nrs. 42-43). Hij kan evenwel zijn opdrachtgever contractueel aansprakelijk stellen wanneer deze heeft nagelaten hem in te lichten over de betalingen die hij rechtstreeks van zijn schuldenaar heeft ontvangen.

Bovendien moet de gerechtsdeurwaarder vooraf de beslagberichten consulteren om na te gaan of niet reeds beslag is gelegd op verzoek van andere schuldeisers. De beslagmaatregel levert immers geen voorrecht op voor de eerste beslaglegger, zodat de later optredende schuldeisers zich slechts hoeven aan te sluiten bij de aangevangen tenuitvoerlegging. Zo kunnen bijkomende uitvoeringskosten vermeden worden en wordt de collectieve aard van de beslagmaatregel geëerbiedigd (Rb. Luik, 7 maart 1984, *Jur.Liège*, 1984, 200; Rb. Hoei, 25 juni 1984, *Jur.Liège*, 1984, 485). De gerechtsdeurwaarder die nagelaten heeft vooraf de beslagberichten in te zien en hierdoor nutteloze uitvoeringskosten heeft gemaakt, kan verplicht worden deze zelf ten laste te nemen krachtens art. 866 Ger.W. (Van Compernelle, J., «Le caractère collectif des saisies», *Liber Amicorum E. Krings*, 1991, 843). Een tweede beslag is enkel gerechtvaardigd als dit de schuldeiser een beter resultaat zou opleveren dan het enkel aansluiten bij het reeds gelegde beslag, of om beslag te leggen op goederen die niet in het eerste beslag begrepen waren. Anderszins zal de onrechtmatigheid van het beslag die niet haar oorzaak vindt in fouten van de beslagtechniek, maar in een ondeugdelijke grondslag van het beslag zelf, niet aan de gerechtsdeurwaarder — die in dit opzicht een lijdelijke functie vervult — maar uitsluitend aan diens opdrachtgever moeten worden toegerekend.

8. Het is duidelijk dat de aansprakelijkheid van de gerechtsdeurwaarder tegenover zijn opdrachtgever en tegenover derden in beginsel moet worden beoordeeld op basis van de algemene principes inzake lastgeving of onrechtmatige daad. Daarbij moeten zijn monopoliepositie inzake executie, de plicht die hij heeft zijn ambt te verlenen, en de volmacht die hem hiertoe onherroepelijk wordt gegeven bij de overhandiging van de uitgifte, bijzonder in acht genomen worden. In geval van twijfel doet hij er goed aan de formele hernieuwde bevestiging van zijn opdracht te vragen, wat de gerechtsdeurwaarder in het geannoteerde arrest wijselijk heeft gedaan.

Karen Broeckx
Assistente Universiteit Antwerpen

RECHTBANK VAN KOOPHANDEL TE BRUSSEL

20e KAMER – 18 FEBRUARI 1991

Voorzitter : de h. Rutsaert

Advocaten : mrs. Grosemans loco Struyven en De Ost loco Eerdekens

Overeenkomst – Schadebeding – Leasing – Vergoeding van potentiële schade

Een schadebeding is geoorloofd wanneer het bedrag ervan overeenstemt met de potentiële schade die kon worden verwacht bij wanprestatie. Het beding krachtens hetwelk de leasinggever aanspraak maakt op de helft van de nog te vervallen huurgelden, is niet ongeoorloofd.

N.V. R. t/ R.

I. Met betrekking tot de feiten

Overwegende dat eiseres volgens overeenkomst van 17 mei 1988 een voertuig Renault R 11 TD in *financieringshuur* of leasing aan verweerder gegeven heeft ; dat verweerder op 2 juni 1988 het voertuig in ontvangst nam ; dat de maandelijkse huurprijs 8.713 fr., BTW inbegrepen, bedroeg ; dat verweerder sedert geruime tijd onregelmatig betaalde ; dat verweerder in de maand mei 1989 een *achterstand* van 34.852 fr. of van vier maanden huur had ; dat eiseres, krachtens het uitdrukkelijk ontbindend beding in artikel 10 van de algemene voorwaarden, de verbreking van de overeenkomst heeft vastgesteld op datum van 20 mei 1989 ; dat verweerder toen aangemaand werd om enerzijds het voertuig terug te geven en anderzijds de achterstallige huurgelden te betalen ;

dat bij aangetekend schrijven van 22 september 1989 verweerder op de hoogte werd gebracht van het bestek dat werd opgemaakt ter gelegenheid van de teruggave van de wagen, en van het feit dat hij een tegenexpertise kon laten uitvoeren, hetgeen hij niet deed ;

II. Het voorwerp van de vordering

1. Overwegende dat de *dagvaarding* hoofdzakelijk ertoe strekte verweerder te horen veroordelen tot betaling aan eiseres conform het rekeningsafschrift van 4 april 1990 van de volgende bedragen :

- vervallen en onbetaalde huurgelden	52.278
- gebruiksvergoeding voor de periode na ontbinding	17.426
- herstellingskosten	9.000
- conventionele verbrekingsvergoeding	115.005
- kosten voor de recuperatie van het voertuig	10.115
- onder aftrek van de waarborg gestort door verweerder	28.104
- totaal	175.720

3. Overwegende dat de vordering, zoals thans ingesteld *bij conclusie*, ertoe strekt :

- vast te horen stellen dat de *verbreking* van de overeenkomst ten nadele van verweerder op 20 mei 1989 is ingetreden ;

- verweerder te horen veroordelen tot de betaling van :	
- de conventionele verbrekingsvergoeding	115.005
- de kosten tot recuperatie van het voertuig	10.115
- totaal	125.120
- onder aftrek van de waarborg	-28.104
- saldo te betalen door verweerder	97.016
- meer de gerechtelijke interesten	p.m.

III. Met betrekking tot de verbreking van het contract

Overwegende dat niet wordt betwist dat : er huurachterstallen waren ; verweerder alzo wanprestatie pleegde ; met toepassing van het uitdrukkelijk ontbindend beding vervat in artikel 10 van de algemene voorwaarden, de overeenkomst op 20 mei 1989 ontbonden werd ten nadele van verweerder ;

IV. Met betrekking tot de conventionele verbrekingsvergoeding

1. Overwegende dat eiseres aanspraak maakt op een verbrekingsvergoeding gelijk aan 50% van de nog te vervallen huurgelden of 115.005 fr. op grond van artikel 10, 7°, van haar algemene voorwaarden ;

Overwegende dat verweerder deze vordering betwist ; dat verweerder in verschillende overwegingen ten onrechte naar de zogenaamde werkelijke schade door eiseres geleden verwijst ;

dat voor de rechtsgeldigheid van een conventionele schadevergoeding men zich moet terugplaatsen op het ogenblik van de totstandkoming van de overeenkomst ;

dat de toetsing niet zozeer gebeurt in verband met de werkelijke schade, welke trouwens moeilijk in exacte termen te voorzien is, maar veeleer in verband met de potentiële schade die redelijkerwijze door partijen kon worden verwacht in geval van verbreking van de overeenkomst ;

dat het beding van conventionele vergoeding in strijd zou zijn met de openbare orde en de goede zeden telkens als het buiten verhouding staat met de schade welke uit de wanprestatie redelijkerwijze kon voortvloeien (Cass., 24 november 1972, *Pas.*, 1973, I, 297) ;

dat de forfaitaire raming van de schade in de overeenkomst juist tot doel heeft elke discussie te vermijden zowel met betrekking tot het bestaan van de schade als met betrekking tot de omvang ervan ;

2. Overwegende dat eiseres het schadebeding verantwoordt door te verwijzen naar de volgende elementen :

a. dat de overeenkomst een duur had van vier jaar, terwijl het contract verbroken werd na ongeveer een jaar uitvoering van de overeenkomst ;

dat het daarna nog ongeveer een drietal maanden duurde alvorens eiseres opnieuw in het bezit was van het geleaste voertuig ;

dat eiseres derhalve voor een periode van drie jaar haar *winst* ging derven ;

dat men niet mag vergeten dat eiseres haar winst berekend heeft op de totaliteit van de verhuuringsperiode van vier jaar ;

b. dat een reeks vaste *kosten van zaakvoering*, eveneens berekend over de totaliteit van de huurperiode, niet integraal gedekt werden ;

c. dat door de verbreking van de overeenkomst nieuwe kosten ontstonden zoals *administratieve kosten*;

d. dat een eventuele *wederverkoop* van het geleaste voertuig, dat toch 15 maanden oud was op het ogenblik van de teruggave, slechts kon gebeuren aan een mindere prijs;

dat eiseres bij de realisatie van het geleaste voertuig verlies lijdt;

dat er bovendien kosten bijkomen voor onder andere het zoeken naar een koper;

3. Overwegende dat verweerder de *bewijslast* draagt van het feit dat het schadebeding buiten elke verhouding zou staan met de mogelijke schade welke uit de wanprestatie kan voortvloeien;

dat verweerder op het vlak van dit bewijs in gebreke blijft;

4. Overwegende dat de rechtbank van oordeel is dat het schadebeding te dezen een indemniserende functie vervult en dat het derhalve niet in strijd is met de openbare orde en de goede zeden;

dat de verbreking plaatsgevonden heeft op een ogenblik dat eiseres alle kansen verloren heeft om het voertuig te verkopen tegen een prijs, die voldoende hoog zou zijn om het verlies te dekken;

dat de rechtspraak soortgelijke schadebedingen (50% van de nog te vervallen huurgelden) als rechtsgeldig aanvaardt (Antwerpen, 18 juni 1984, *R.W.*, 1985-86, 603; Antwerpen, 29 januari 1979, *R.W.*, 1979-80, 1135; zie ook twee vonnissen uitgesproken door de Rechtbank van Koophandel te Brussel op 30 november 1990, waarbij eiseres telkens als eisende partij optrad, onuitgegeven, ingeschreven onder de nummers 3.527/90 en 3.526/90 van de algemene rol);

dat in die omstandigheden de vordering tot betaling van de verbrekingsvergoeding van 115.005 fr. *gegrond* is;

...

NOOT – Zie over deze problematiek o.m. E. Wymeersch, «Strafbedingen inzake kredietovereenkomsten», in *Liber amicorum E. Krings*, Brussel, 1991, 921-938.

WETGEVING

Vreemde munteenheden in openbare en administratieve akten

1. De wet van 12 juli 1991 (*B.S.*, 9 augustus 1991) wijzigt o.m. artikel 3 van de wet van 30 december 1885, dat als volgt luidt: «Dans les actes publics et administratifs, les sommes ne peuvent être exprimées qu'en francs et centimes» (*Pasin.*, 1885, 381).

Dit wordt nu: «In de openbare en administratieve akten worden de bedragen uitgedrukt in frank, in ecu of in een munteenheid van een Lid-Staat van de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling.»

Algemeen wordt aangenomen dat rechterlijke uitspraken openbare akten in de ruime zin zijn. Daarom was er betwisting ontstaan in de rechtspraak en de rechtsleer over de vraag of een Belgische rechter al dan niet een vonnis kon wijzen dat in een vreemde munt uitgedrukt was. Tot hertoe was het antwoord op deze vraag omstreden (zie hierover o.m. Fallon, M., «La monnaie de jugement en matière de contrats», noot onder Brussel, 31 maart 1987) *Ann.Dr.Liège*,

1989, 80-89; Van Hecke, G., *Problèmes juridiques des emprunts internationaux*, 2e ed., Leiden, 1964, p. 173; Niyonzima, M., *La clause de monnaie étrangère dans les contrats internationaux*, Brussel/Bruylant, Antwerpen, Maklu, 1991, pp. 206-209).

2. De heersende rechtspraak nam echter het standpunt in dat de voornoemde bepaling *niet* inhield dat vonnissen in vreemde munten onwettig waren (zie bv. Cass., 17 januari 1929, *Pas.*, 1929, I, 63; Cass., 2 oktober 1980, *Pas.*, 1981, I, 128, *J.T.*, 1980, 114; Antwerpen, 24 november 1982, *Jur. Anvers*, 1981-82, 257). In de praktijk werden dan ook, toen de vorige wetsbepaling nog van toepassing was, talrijke vonnissen, hetzij rechtstreeks, hetzij onrechtstreeks in vreemde munten gewezen. Zo heeft bv. het Hof van Beroep te Antwerpen de volgende beslissing genomen, m.b.t. een internationale vervoerovereenkomst: «... bevestigt het bestreden vonnis met de enkele wijziging dat verwerende partijen op hoofdeis, thans appellanten, ieder voor het geheel tot betaling van een bedrag van 32.347,50 U.S. dollars, om te zetten in Belgische franken aan de hoogste koers op 25 juli 1974...» (Antwerpen, 24 november 1982, *Jur. Anvers*, 1981-82, 257). Dit is dus een voorbeeld van een vonnis dat in een vreemde munt (nl. de U.S. Dollar) rechtstreeks werd uitgedrukt. De meeste Belgische rechters wezen echter geen rechtstreekse uitspraken in vreemde munt om het voormelde artikel 3 van de wet van 30 december 1885 formeel te kunnen eerbiedigen. Zij zegden daarom dat de toe te kennen geldsom in Belgische munt uitgesproken diende te worden maar dat deze som berekend moest worden op basis van de koers van de vreemde munt waarin het verschuldigde bedrag uitgedrukt was, op de dag van de daadwerkelijke betaling (zie bv. Brussel, 31 maart 1987, *Ann.Dr.Liège*, 1987, 74; Kh. Brussel, 12 mei 1932, *J.C.B.*, 1932, 118; Kh. Brussel, 26 april 1988, *T.B.H.*, 1990, 807).

3. De rechtspraak volgens welke vonnissen in vreemde munt niet onwettig waren, vond terecht steun in de rechtsleer (zie bv. Fallon, M., *o.c.*, pp. 77 e.v.; Niyonzima, M., *o.c.*, p. 206). De wet van 30 december 1885 had immers tot doel de monetaire overeenkomst goed te keuren die werd gesloten te Parijs op 6 november 1885 tussen de lidstaten van de zogenaamde «Union Latine» (België, Frankrijk, Zwitserland, Italië en Griekenland). In deze omstandigheden betrof het woord «francs» in de oude tekst van artikel 3 van de voormelde wet niet alleen de Belgische munt maar ook de andere munten van de «Union Latine». Deze munten waren immers verschillende benamingen van een zelfde munteenheid, nl. de «Franc de germinal» (*Een munt voor Europa*, Gemeentekrediet, 1991, p. 133). Bijgevolg kon het voornoemde artikel 3 niet inhouden dat publieke en administratieve akten enkel in Belgische franken uitgedrukt mochten worden. Dit artikel moest eerder worden geïnterpreteerd als een loutere raadgeving, zonder verplichting voor de rechters en de publieke ambtenaren (Piret, R., *Les variations monétaires et leurs répercussions en droit privé belge*, Brussel, Leuven, 1935, nr. 22, pp. 62-63).

4. Deze laatste zienswijze gold echter niet unaniem (zie bv., voor het verbod op vonnissen in een vreemde munt, Brussel, 15 januari en 5 februari 1965, *Pas.*, 1965, II, 310; Schrans, G., «Mag de Belgische rechter veroordelen tot betaling in vreemde munt?», *Liber amicorum Krings*, 1991, p. 311). Om een einde te maken aan de betwisting was een tussenkomst van de wetgever gewenst.

5. De wetgever heeft de heersende rechtspraak bevestigd door de uitdrukking van een bedrag in openbare akten in vreemde munten toe te laten. Zijn houding werd o.m. bepaald door economische beschouwingen. Het is immers bekend dat de Belgische regering sinds enkele jaren België wil uitbouwen tot een internationaal financieel centrum (zie o.m. Maystadt, Ph., «De modernisering van de Belgische financiële markten in Europees perspectief», *Bank Fin.*, 1989, 589 e.v.). Daarvoor moest o.m. rekening gehouden worden met de wens van buitenlandse medecontractanten van Belgische bedrijven hun vorderingen in vreemde munten rechtstreeks door Belgische rechters en ambtenaren bekrachtigd te zien. In dit verband moet worden opgemerkt dat ongeveer 70% van de invoerbetalingen van de Belgische ondernemingen in vreemde munten gebeuren (zie in die zin Schrans, o.c., p. 308).

De wet van 12 juli 1991 moet ook in een Europees en internationaalrechtelijk perspectief geplaatst worden. Artikel 106, eerste lid, van het EEG-Verdrag verplicht de lidstaten immers de betaling van de verkochte goederen en van geleverde diensten in de munt van de exporteur uit een andere lidstaat toe te staan.

Ook moet worden aangestipt dat artikel VIII (2)(a) van de statuten van de Internationaal Muntfonds aan de lidstaten het verbod oplegt om, zonder toelating van het I.M.F., beperkingen op te leggen bij het verrichten van betalingen voor «courante» internationale transacties («... *no member shall, without the approval of the Fund, impose restrictions on the making of payments and transfers for current international transactions*»).

6. De wet van 12 juli 1991 laat dus uitdrukkelijk het gebruik van vreemde munten in openbare en administratieve akten toe. Maar alleen de munten van de lidstaten van de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (OESO) en de ECU worden in aanmerking genomen (art. 1, tweede lid). Wat de ECU betreft, is de nieuwe wet een verder bewijs dat de Belgische regering de Europese munteenheid wil bevorderen tot een volwaardige munt. Die houding vindt niet overal in Europa steun. Men weet dat bv. de Duitse Bundesbank en de Britse regering zich kanten tegen de erkenning als echte munt van de ECU (in haar huidige staat) (zie, wat de positie van de Bundesbank betreft, Niyonzima, M., «La position de la Deutsche Bundesbank à l'égard de l'ECU avant et après l'avis (Mitteilung) du 16 juin 1987», *Bank. Fin.*, 1988, 17 e.v.).

7. De nieuwe wet zal o.m. ook als praktisch gevolg hebben dat het kapitaal, de jaarrekeningen van vennootschappen en notariële akten in principe in een vreemde munt of in ECU uitgedrukt zullen mogen worden.

8. De wet van 12 juli 1991 laat munten van het vroegere Oostblok en van Derde Wereld landen (althans uitdrukkelijk) niet toe als mogelijke rekeneenheden in de Belgische vonnissen en andere openbare en administratieve akten. Dit staat in tegenstelling tot bv. de overeenstemmende Engelse regel volgens welke vonnissen in vreemde munt toegelaten zijn welke de betrokken vreemde munt ook moge wezen (zie *Miliangos v. Frank (Textiles)* (1976), A.C. 443 H.L.). Ook de wetgeving van de Staat New York, die sedert 1987 vonnissen in vreemde munt toelaat, maakt geen onderscheid wat de betrokken vreemde munt betreft (zie *New York Judiciary Law*, section 27 (b)).

Wat de interpretatie van de nieuwe Belgische wet betreft, zijn twee houdingen mogelijk m.b.t. andere munten dan de OESO-munten. Ofwel neemt men aan dat vonnissen uitgedrukt in een dergelijke munt impliciet verboden zijn. Dit zal waarschijnlijk de houding zijn van diegenen die vóór de nieuwe wet dachten dat vonnissen uitgedrukt in vreemde munten verboden waren door de wet van 30 december 1885. Integendeel zullen diegenen die dachten dat de voornoemde wet enkel een (niet-bindende) richtlijn bevatte voor de rechter, nog altijd pleiten voor het niet-bestaan van een dergelijk verbod. Laatstgenoemde houding, die lijkt overeen te stemmen met de heersende rechtspraak op basis van de oude wet, lijkt mij de voorkeur te verdienen. In de praktijk zullen de meeste Belgische rechtbanken, zoals vroeger, waarschijnlijk geen rechtstreekse uitspraken in «niet-toegelaten» munten wijzen. Zij zullen bijgevolg vermoedelijk de in een «derde munt» toe te kennen geldsom in Belgische frank omzetten, volgens de koers op de dag van de daadwerkelijke betaling (zie ook in die zin Louis, J.V., *J.T.*, 1991, 670).

9. Evenmin als de oude tekst, bevat de nieuwe wet regels aangaande de omrekening in Belgische frank van verbintenissen die in een vreemde munt of in ECU uitgedrukt zijn. De nieuwe tekst bepaalt echter dat de Koning dergelijke regels kan bepalen (art. 1, derde lid). Weliswaar lijkt de tussenkomst van de wetgever m.b.t. de omrekeningsproblematiek niet dringend te zijn. Het staat immers in de rechtspraak en de rechtsleer al lang vast dat verbintenissen in vreemde munt, behoudens andersluidende wettelijke, verordenende of contractuele bepalingen, omgerekend worden volgens de koers op de dag van de daadwerkelijke betaling (zie bv. Arb. Besl., 20 augustus 1978, *Jur. Anvers*, 1981-82, 37; Arb. Besl., 4 december 1979, *Eur. Vervoer.*, 1980, 46; van Hecke, G., «Conversion de la monnaie de compte en monnaie de paiement», *Bank Fin.*, cahiers, 1979-4, p. 65). «Daadwerkelijke betaling» is het reëel ter beschikking zijn van het geld (Schrans, G., o.c., p. 313). Wanneer een vreemde munt verschillende noteringen heeft op dezelfde dag, moet men rekening houden met de officiële koers van de beurs te Brussel (art. 562 Ger.W.). Deze koers wordt op elke werkdag om 13u30 vastgelegd.

10. De artikelen 2 en 3 van de wet van 12 juli 1991 wijzen ook de artikelen 1018 en 1650 Ger.W.

Artikel 1018 Ger.W. somt de verschillende posten op die de gerechtelijke kosten en uitgaven uitmaken. Het nieuwe lid van dit artikel betreft de posten van de bedoelde kosten en uitgaven die in een vreemde munt werden gemaakt en die dan ook oorspronkelijk in een vreemde munt zijn uitgedrukt. Dit kan o.m. het geval zijn met de reis- en verblijfskosten in het buitenland van magistraten, griffiers en partijen, wanneer hun reis door de rechter bevolen werd (art. 1018, 5°, Ger.W.). Dergelijke kosten worden in Belgische frank omgerekend volgens de koers van de dag waarop het vonnis dat tot de kosten veroordeelt, wordt uitgesproken (art. 2 van wet van 12 juli 1991). Deze omrekeningsregel is dus een uitzondering op de algemene (jurisprudentiële) regel die, zoals reeds is aangestipt, de omrekening principieel vastlegt op de dag van de daadwerkelijke betaling.

11. Artikel 1650 Ger.W. betreft o.m., in geval van gedwongen tenuitvoerlegging, het definitief proces-verbaal van verdeling en rangschikking van de schuldeisers dat door de notaris moet worden opgesteld. De vraag die door de nieuwe wet opgelost wordt, is die naar de koers op grond

waarvan de bedragen van schuldvorderingen, voorrechten en hypotheeken die in een vreemde munt uitgedrukt zijn, door de notaris in Belgische frank moeten worden omgerekend bij het opstellen van het voornoemde proces-verbaal. De oplossing is: de koers van de dag waarop dit proces-verbaal wordt opgesteld. Dit is ook een uitzondering op de boven genoemde omrekeningsregel.

12. De wet van 12 juli 1991 is in werking getreden op 19 augustus 1991.

Matthias Niyonzima
Vrijwillig wetenschappelijk medewerker
Instituut voor contractenrecht K.U.Leuven

BOEKEN

F.-M. RÉMION, *Le Conseil d'Etat. Ses compétences – Son avenir*, Bruylant, Brussel, 1990, 264 pp.

Ter gelegenheid van zijn inrurstelling als eerste voorzitter van de Raad van State publiceerde de heer Féli-M. Rémon een heel interessant werk over deze instelling. Zijn publikatie kan niet afgedaan worden als het zoveelste tractaat over ons hoogste administratief rechtscollege met een beschrijving van zijn samenstelling, inrichting, bevoegdheden, rechtspleging, taalgebruik, enz. De Raad startte zijn activiteiten in 1948 en bijna al die tijd was de auteur er werkzaam. Voor hem was dus het ogenblik aangebroken om een balans op te maken en op grond van zijn ervaring een aantal waardeoordelen *de lege ferenda* uit te spreken.

Toch beoogde hij meer met de publikatie van het onderhavige werk. Omdat de Raad van State weinig bekendheid geniet bij het publiek en zijn activiteit (wellicht daarom) door velen met argwaan wordt gadeslagen, wilde hij een boek schrijven dat ook belangstellenden zonder juridische vorming probleemloos zouden kunnen lezen. In die opzet is hij wonderwel geslaagd, niet alleen dank zij het gebruik van een eenvoudige taal, maar ook omdat hij van zijn betoog een boeiend verhaal weet te maken, met vele illustraties en wijze overwegingen.

In het eerste deel worden de bevoegdheden en de werking van de afdeling administratie beschreven. Deze zijn genoegzaam bekend en hoeven hier niet te worden herhaald. Aan het einde van elk hoofdstuk formuleert de auteur talrijke suggesties voor een vlottendere en meer doelmatige procesgang: betere juridische scholing van de ambtenaren, vereenvoudigde afhandeling van kennelijk niet-ontvankelijke of ongegronde verzoeken, invoering van een administratief kort geding, verhoging van het aantal magistraten, mogelijkheid om een dwangsom te vorderen, jaarlijkse openbaarmaking van een klachtenboek (zoals het Rekenhof doet). Het moge de eerste voorzitter em. een troost zijn dat verscheidene van zijn voorstellen intussen door het parlement zijn goedgekeurd (wet 17 oktober 1990, *B.S.*, 13 november 1990, en wet 19 juli 1991, *B.S.*, 12 oktober 1991).

Sinds lange jaren wordt door talloze juristen er op aangedrongen dat in België administratieve rechtbanken worden opgericht. Rémon vraagt zich af of de instelling van een administratief gerecht van eerste aanleg bij de Raad van State niet meer opportuun zou zijn. Vele betwistingen voor de Raad hebben immers betrekking op ambtenarenzaken waarvoor dit rechtscollege dan exclusieve bevoegdheid zou krijgen (uiteraard met mogelijkheid van cassatieberoep bij de Raad van State). Het idee is aantrekkelijk maar moet m.i. verworpen worden. Ofschoon de overheid regelend optreedt in tal van domeinen van het maatschappelijk leven en de omvang van de bestuurlijke taken steeds maar uitbreiding neemt, blijft het aantal beroepen bij de Raad van State tamelijk beperkt, in elk geval in vergelijking met onze buurlanden. De drempel voor het administratief gerecht van eerste aanleg, met zetel te Brussel op het adres van de Raad van State of elders, zal voor de gewone burger zeker even hoog liggen als bij zijn grote broer in de Wetenschappen-

straat 33. Toch dient de verwezenlijking van een verruimde rechtsbescherming uitgangspunt én einddoel te vormen van welke hervorming van het administratief contentieux ook. Dat kan alleen door de oprichting van een administratief rechtscollege per provincie of per rechtsgebied van een hof van beroep. Ook acht ik het niet langer houdbaar dat de Raad van State zich moet inlaten met het vernietigingscontentieux in eerste aanleg van allerhande minder belangrijke bestuursakten (zie daarover Coppens, A., «Voor wanneer administratieve rechtbanken in België?», *T.B.P.*, 1992, 17-19).

Over de afdeling wetgeving, waaraan het tweede deel van zijn boek is gewijd, bestaan een aantal hardnekkige misvattingen die de heer Rémon een voor een uit de wereld helpt. Zo is het onjuist te beweren dat de adviesaanvragen van de regering of van een executieve voorrang krijgen op die van een voorzitter van een wetgevende vergadering. Ook worden de adviezen van de Raad bij voorontwerpen van reglementaire besluiten over het algemeen goed opgevolgd. Daarentegen maken de verschillende overheden ronduit misbruik van de bepaling van artikel 84 van de gecoördineerde wetten om in geval van spoedeisendheid een advies binnen drie dagen te vragen. Wanneer het inroepen van de dringende noodzaak verwordt tot een systeem, spreekt het vanzelf dat de behandeling van de *echt* dringende ontwerpen benadeeld wordt. Tot slot betreurt de auteur ook dat niet alle adviezen van de afdeling wetgeving (tot op vandaag een kleine 20.000) stelselmatig gepubliceerd worden.

In het derde en laatste deel van zijn boek, «De Raad van State en de politiek», weerlegt F.-M. Rémon de irritatie en de wreveld die de activiteit van de Raad van State wel eens in politieke kringen opwekt. Hij kon geen betere illustratie vinden van de moeilijke en delicate opdracht van de Raad dan de Voerense kwestie, die geleid heeft tot de verschillende arresten van 30 september 1986 (*R.W.*, 1986-87, 1003-1014, noot). Het zijn m.i. de mooiste bladzijden van het boek. De voorgeschiedenis van de zaak, de vroegere jurisprudentie van de Raad, de verschillende thesissen die opgeld maakten, al deze facetten worden door de auteur op een serene en uiterst objectieve manier beschreven en gecommentarieerd. Men kan er alleen maar uit besluiten dat de Raad van State een gordiaanse knoop moest ontwarren. Ook dient men begrip op te brengen voor het verdeeld advies dat de Raad van State naderhand uitbracht bij het voorontwerp dat de pacificatiewet van 9 augustus 1988 zou worden. *In casu* kwam het de Raad niet toe een politieke optie te nemen, dat was de taak van de politici. In dat verband is het in elk geval wenselijk dat de wetgever voor politiek geladen voorontwerpen de afdeling wetgeving van de Raad van State de bevoegdheid zou geven om eventueel een *dissenting opinion* naar voren te brengen.

Lange tijd werd het administratief procesrecht afgedaan als een rechtstak van gering belang. Zo is over de wenselijkheid om in België een Raad van State op te richten tot aan de vooravond van de Tweede Wereldoorlog heftig geredetwist (zie bv. de disputen van de professoren Boon en Victor in de kolommen van het *R.W.*, jaargang 1939-40). Voordien al had procureur-generaal Leclercq het spookbeeld van de Raad van State omschreven als «un cadavre qu'on a beau tuer, il renaît des poussières administratives comme le Phénix de ses cendres». Men vreesde dat door de instelling van een jurisdictioneel orgaan in de schoot van de uitvoerende macht, deze onder voogdij zou worden gesteld. Meteen zou dat het einde inluiden van het beginsel van de ministeriële verantwoordelijkheid terwijl ook het parlement niet langer zijn controletak naar behoren zou kunnen vervullen. In het andere geval, zo stelden de tegenstanders, zou de Raad van State een willig werktuig worden in handen van regering en administratie.

Ruim vier decennia na zijn oprichting kan niemand ontkennen dat de Raad van State zich werkelijk op het kruispunt van alle staatsmachten bevindt. Het wekt dan ook verbazing dat de instelling tot op heden geen grondwettelijke grondslag heeft hoewel daartoe diverse pogingen zijn ondernomen. Ook F.-M. Rémon betreurt dat hij de constitutionalisering van de Raad gedurende zijn ambtsperiode niet heeft kunnen beleven. Titel III van de Grondwet is door de preconstituante van 1991 andermaal en voor de zoveelste keer voor herziening vatbaar verklaard om een nieuw hoofdstuk in te voegen betreffende de administratieve rechtscolleges en de Raad van State (*B.S.*, 18 oktober 1991). Het valt nog te bezien wat van dit voornemen uiteindelijk gerealiseerd zal worden. Voor het administratief procesrecht in ons land komt het eerherstel in elk geval bijzonder laat.

A. Coppens

R. JANVIER (red.), **Openbaarheid en openheid van bestuur: (on)begrensde mogelijkheden**?, Die Keure, Brugge, 1991, XIII + 158 pp.

In dit verslagboek van een studiedag die op 6 november 1990 plaatsvond aan de U.I.A., is de eerste bijdrage van de hand van L.P. Suetens. Hij brengt de nadelen van de bestuurlijke beslotenheid in herinnering, wijst op de voordelen van de openbaarheid van bestuursdocumenten en onderzoekt de manier waarop in de Belgische rechtsorde de openbaarheid van bestuur kan worden gerealiseerd; als werkingsregel voor het bestuur of als grondrecht. Deze laatste optie geniet de voorkeur van de auteur, die pleit voor de inlassing van een artikel in de Grondwet, om alle twijfels weg te nemen die de *lege lata* nog kunnen rijzen: er is immers een evolutieve interpretatie van de huidige Grondwet nodig om de openbaarheid te gronden op het recht van vrije meningsuiting en de persvrijheid terwijl de internationale verdragen inzake grondrechten dit recht niet verschaffen (EVRM) of voorafgaand hun directe werking moet worden aanvaard (het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten van 19 december 1966).

F. De Rynck en M. Suykens bezinnen zich over de vraag hoe de openbaarheid en openheid van bestuur de kwaliteit van het overheidsapparaat kunnen verbeteren. Zij analyseren de evolutie die zich ter zake in de Vlaamse gemeenten heeft voorgedaan: een aantal initiatieven blijken uitgeleefd (de adviesraden); de informatie komt in nogal wat gemeenten in een te ver gevorderde fase van het besluitvormingsproces, of aan campagnes van de centrale overheden wordt louter naar de vorm deelgenomen. De auteurs reiken een aantal bijzonder interessante technieken aan die wel daadwerkelijk de openbaarheid van bestuur realiseren, als aanvulling bij een noodzakelijke wettelijke regeling: in een gemeentelijk reglement dienen de concrete regelen te worden uitgewerkt en de positie van een voorlichtingsambtenaar moet duidelijk gestalte krijgen.

De bijdrage van H. Coremans betreft de grenzen aan de openbaarheid, gesteld op grond van de privacy en de openbare orde, met inbegrip van de uitoefening van de strafvordering en de veiligheid van de staat. Hoewel een onbetwistbaar voorstander van grotere transparantie van het maatschappelijk bestel, verheelt hij enig scepticisme niet: de grenzen aan de openbaarheid zijn sterk en reëel, zoals blijkt uit de buitenlandse voorbeelden.

I. Opebeek bekijkt de openbaarheid vanuit het standpunt van de ambtenaar: zijn strafrechtelijke verplichting tot het bewaren van geheimen en zijn deontologische verplichting tot discretie over dienstzaken en tot gereserveerdheid. De auteur acht de discretieplicht, voor zover daardoor de ambtenaar monddood wordt gemaakt, in strijd met het grondrecht van de vrije meningsuiting, en zij is voorstander van een wijziging van het statuut van de ambtenaar: spreekvrijheid zou daarin de regel moeten worden en de discretieplicht ter bescherming van het bestuur de te omschrijven uitzondering.

K. Exelmans vraagt zich af hoe «openbaar» het openbaar centrum voor maatschappelijk welzijn wel is. Uit zijn ontleding van de werkingsregelen van het O.C.M.W., de verhouding van het O.C.M.W. tot zijn omgeving en tot zijn doelpubliek besluit hij, toch wel wat verrassend, dat het O.C.M.W. ertoe bijdraagt de wetmatigheden van een «in wezen onmenselijk bestel» te versluieren.

O.C.M.W.-secretaris K. De Weerdt komt aan een aantal van deze bezwaren tegemoet door onder meer de noodzakelijke samenwerking te benadrukken met organisaties die reeds werkzaam zijn in de sociale sector.

De vraag of de overheid een informatie-«beleid» voert, wordt gesteld door G. Agten, die in het bijzonder het gemeentelijk informatiebeleid aan onderzoek onderwerpt en daarbij een aantal criteria hanteert zoals de objectiviteit en de relevantie van de geboden informatie, onder meer in een informatieblad.

J. Ansoms reageert als politicus op deze bijdrage en stelt onder meer dat van alle bestuursniveaus het gemeentelijke bestuursniveau ongetwijfeld nog de grootste openbaarheid vertoont.

De ombudsamtenaren komen als «dei ex machina» aan bod bij M. De Bens, die de buitenlandse voorbeelden in herinnering brengt. Na een aantal modellen te hebben voorgesteld (nationale, centrale of lokale ombudsman) die in België zouden kunnen dienen, geeft hij het praktijkvoorbeeld van de Antwerpse ombudsman. Zijn bijdrage eindigt wat somber: hij vraagt zich af of de Belgische politici niet juist vrezen dat een ombudsman de ambtelijke doelhoven inzichtelijker zal maken waardoor hun dienstbetoon aan belang zal

inboeten en anderzijds of de ombudsman geen spreekbuis van de oppositie zal worden hetzij door de regering in een «public relations»-functie zal worden geduwd.

G. Ebbeling, ex-ombudsman van de stad Den Haag, bespreekt zeer grondig het statuut en de funditie van de ombudsmannen naar Nederlands recht en besluit dat openheid van bestuur de voorwaarde is voor een goede taakuitoefening door de ombudsman en dat openbaarheid het gevolg is van zijn optreden.

In een bijlage van het verslagboek vindt de lezer het reglement van de gemeentelijke ombudsman/ombudsvrouw van de stad Antwerpen en een slotbeschouwing van M. Platel over hoe de media aankijken tegen het fenomeen openbaarheid en openheid van bestuur: hij wijst op merkbare verbeteringen maar ook op het gevaar dat een overdaad van niet te controleren materiaal de echt relevante informatie verstikt.

De grote inspanningen van vooral de rechtsleer om de preventieve rechtsbescherming in België te propagieren hebben merkwaardigwijze sinds de studiedag waarvan het relaas hier werd besproken, tot een aantal wetgevende resultaten geleid: het decreet van 23 juni 1991 van de Waalse Gewestraad met betrekking tot de vrije toegang van de burgers tot de informatie betreffende het leefmilieu, de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen en het decreet van 23 oktober 1991 van de Vlaamse Raad betreffende de openbaarheid van bestuursdocumenten in de diensten en instellingen van de Vlaamse Executieve.

D. Verbiest

DE CALUWÉ A. e.a., **Les pratiques du commerce**, 2e uitgave, Brussel, Larcier, 1990-1991, losbladig, drie afleveringen, 606 pp., prijs 4.950 fr.

1. Onder de hierboven vermelde titel werd de tweede uitgave op de markt gebracht van het boek *Les pratiques du commerce* waarvan in 1978 A. De Caluwé, A.C., Delcorde en X. Leurquin de auteurs waren. Het auteursteam is inmiddels tot zeven uitgegroeid, zijnde de reeds genoemde drie, B. de Grauwe d'Aoust, J. Prosmans, G. Bogaert en P. Maeyaert. Aan een losbladige formule werd de voorkeur op een boekvorm gegeven.

De tot dusver beschikbare afleveringen (drie in totaal) behelzen een historische situering van de mededingingsproblematiek, de behandeling van de in de wet op de handelspraktijken (verder W.H.P.) omschreven wettelijke begrippen (produkten, diensten, de minister), de voorschriften inzake prijsaanduiding bij aanbod van produkten en diensten, de problematiek van de aankondiging van prijsverlaging en prijsvergelijking en van de bestelbon. Ten slotte worden de begrippen handelsreclame, misleidende, vergelijkende, verwarringstichtende reclame en reclame die een tekortkoming aan de W.H.P. in de hand werkt, uitvoerig geanalyseerd. De derde aflevering wordt afgerond met de behandeling van de voor de foutieve reclame verantwoordelijke persoon.

2. Opvallend is het grote belang dat door de auteurs wordt gehecht aan vroegere oplossingen. Zo wordt de vergelijking uitgelokt door de klant geïllustreerd aan de hand van beslissingen tussen 1895 en 1937 (11.189.1). Het thema van de overdrijvingen in de reclame (11.21.2) wordt als volgt ingeleid: «Il a été jugé qu'en l'état actuel de la législation...», maar dat is dan de actuele toestand geldend in 1902, want het desbetreffend arrest van het Hof van Beroep te Brussel dateert van 25 juli 1902!! Ook aan de parlementaire voorbereiding van wat uiteindelijk de wet van 14 juli 1971 is geworden, wordt heel veel aandacht besteed. Daarbij rijst dan toch de vraag of deze lange uitweidingen wel dienend zijn.

3. De Caluwé e.a. bespreken de begrippen die in artikel 1 aan bod komen. M.i. zou het aanbeveling verdienen hebben begrippen zoals handelaar en consument, die toch centraal staan in de W.H.P. eveneens in behandeling te nemen. Er kon dan tevens de «overstap» worden gedaan naar de wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en de bescherming van de consument (verder wet van 14 juli 1991) die o.m. de begrippen handelaar en ambachtsman vervangen heeft door verkoper.

4. M.b.t. het deel prijsaanduiding en aanduiding van prijsverlaging worden niet veel innoverende standpunten ingenomen met uitzondering dan wel inzake de zgn. omkering van de bewijslast die in artikel 4 werd gelezen.

Deze verkeerde stelling werd door mij (De Vroede, P. en Ballon, G.L., *Handelspraktijken*, nr. 148) en ook door anderen voorgestaan. Sinds de bijdrage van P. Lemmens («De bewijslast inzake prijsvergelijkingen en het vermoeden van onschuld-Handelspraktijken», *Jaarboek 1989*, p. 32) heb ik mijn standpunt herzien, ik verheug er mij dan ook over dat De Caluwé c.s. orde op zaken hebben gesteld.

5. Net zoals in de eerste uitgave van *Les pratiques du commerce* wordt uitgegaan van de vaststelling dat artikel 20, 1°, W.H.P. niet alle gevallen van mogelijke misleidende reclame vermeldt. Dat artikel 20, 1°, geen uitputtende opsomming van misleidingsmogelijkheden behelst werd reeds eerder aangetoond (De Vroede, P. en Ballon, G.L., *Handelspraktijken*, nr. 457). Het lijstje zoals het aan de hand van de rechtspraak werd opgesteld, en dat reeds tal van gevallen behelst die niet voorkomen in de opsomming van artikel 20, 1° (zie De Vroede, P., «Overzicht rechtspraak – Wet op de handelspraktijken, 1983-1988», *T.P.R.*, 1989, 215-221) kan dus voorzeker nog worden aangevuld. Vraag is evenwel of daarbij ook aan bod dienen te komen de gevallen van verwarring inzake handels- en produktbenamingen, het verwarringsrisico ten gevolge van de gebruikte verpakking, de aangewende benaming voor toneelvoorstellingen, films of kranten, het slaafs nabootsen, het kopiëren, enz.

Onder de pen van A. De Caluwé c.s. wordt artikel 20, 1°, een «catch-all»-artikel, want ook de gevallen van misbruik inzake oorsprongsbenamingen, soortbenamingen en onjuiste aanduiding van herkomst worden bij de behandeling van artikel 20, 1°, ondergebracht.

Voorzeker is er bv. aan het gebruik van verwarringstichtende handelsbenamingen een misleidingsrisico verbonden. Vraag is: wat domineert? Persoonlijk ben ik de mening toegedaan dat het de verwarringstichting is, m.a.w. ik houd het bij de «klassieke» aanpak en vrees dat een andere aanpak, ook al is hij theoretisch verdedigbaar, de bruikbaarheid van het werk niet ten goede komt, en in ieder geval tot tal van herhalingen zal leiden, wat trouwens door de auteurs wordt toegegeven.

Aan de haast simultane behandeling van misleidende reclame en verwarringstichtende benamingen is nog een ander bezwaar verbonden en dan wel dat hij die artikel 20, 1°, overtreedt geen handelaar hoeft te zijn terwijl deze hoedanigheid vereist is in geval van overtreding van 20, 3°, of van artikel 54.

6. De vergelijkende reclame wordt uitvoerig besproken en toch blijft de lezer soms op zijn honger wanneer hij leest, zonder verdere toelichting dat veroordeeld werd: «le dénigrement d'un jus concurrent» of de slogan «Rembourser la différence». Waarin bestond het afbrekende?

Verdienstelijk is dan weer dat de auteurs de problematiek van de zuivere vergelijkende reclame niet uit de weg zijn gegaan en op zeer objectieve wijze de argumenten van voor- en tegenstanders hebben uiteengezet.

7. Vaak wordt ook de inmiddels tot stand gekomen wet van 14 juli 1991 in behandeling genomen. Ter zake twee opmerkingen: een afzonderlijke behandeling van de wet van 14 juli 1991 zou de duidelijkheid ten goede zijn gekomen. Terecht onderstrepen De Caluwé c.s. het verkoopbevorderende van de sweepstake. De wetgever van 1991 heeft evenwel de sweepstake als dusdanig niet verboden, wel de reclame die errond wordt gemaakt, m.a.w. sweepstake werd niet als reclamevorm aangemerkt zoals beweerd wordt in randnummer 11-225.

8. Dat in een werk, dat nu reeds meer dan 600 pagina's met honderden verwijzingen telt, fouten en slordigheden voorkomen, is haast onvermijdelijk. Zulks is m.i. toch geen verschoningsgrond voor de zeer talrijke verkeerde geciteerde wettelijke en reglementaire teksten, noch voor de onjuiste of onvolledige voorstelling waarvan ik een lijstje heb afgedrukt in de bespreking van het werk, verschenen in *T.P.R.*, 1991, 967-969. Aan deze nog onvolledige opsomming wens ik nog het volgende toe te voegen. In randnummer 11-178 wordt gewag gemaakt van een decreet van 30 mei 1991 aangenomen door de Vlaamse Raad, waarbij elke verwijzing naar een prijs in de reclame verboden wordt. Het gaat hier om het decreet van 12 juni 1991 tot regeling van de reclame en sponsoring op radio en televisie (*B.S.*, 14 augustus 1991). Het verbod geldt dus niet elke reclame.

In randnummer 11.232 wordt verwezen naar een arrest van het Hof van Beroep te Brussel van 14 juli 1979 (*J.T.*, 1979, 541), dat toepassing zou hebben gemaakt van artikel 20, 4°, W.H.P. wegens reclame ten voordele van prijsverminderingen op farmaceutische producten. Niet alleen wordt hier verwezen naar artikel 10 van de

wet van 10 mei 1964 i.p.v. 25 maart 1964, maar bovendien is in het arrest geen spoor van artikel 20, 4°, te bekennen.

In hetzelfde randnummer wordt dan in de schoenen van de voorzitter van de Rechtbank van Koophandel te Antwerpen (9 januari 1973, *B.R.H.*, 1973, 108) geschoven dat hij reclame m.b.t. gestempelde couverts verboden zou hebben. In feite ging het om niet gestempelde couverts.

9. Niettegenstaande de hier aangehaalde onvolkomenheden beschouw ik het werk van De Caluwé c.s. als uiterst waardevol. Wellicht kunnen n.a.v. bijwerkingen de nodige verbeteringen worden aangebracht en zou ook gedacht kunnen worden aan een doorlopende paginering en een betere typografische uitwerking geschikt telkens opvallender te verduidelijken waarover gehandeld wordt.

Prof. P. De Vroede
VUB

AANGEKONDIGD

— K. DEKETELAERE, *Milieuvergunning en milieudiensten in het Vlaamse Gewest*, Brugge, Die Keure, 298 p., 950 fr.

— M. BOES, K. DEKETELAERE (ed.), *Codex Milieurecht*, Brugge, Die Keure, losbladige uitgave, 450 p., 2.500 fr.

— M. STORME, *Dromen van gerechtigheid. Beschouwingen over Ge-recht en rechtvaardigheid*, Tielt, Lannoo, 142 p., 495 fr.

— H. BOCKEN, P. VERBEEK (ed.), *Voorontwerp van Kaderdecreet Milieuhygiëne. Volume I. Verslag van de werkzaamheden van de Interuniversitaire Commissie tot herziening van het milieurecht*, Gent, Seminarie voor Milieurecht, 442 p., 1.600 fr.

— F.P.E. WIEMANS (red.), *Commentaren op het wetsvoorstel computercriminaliteit*, Maastricht, Cipher Management, 160 p., 49,95 fl.

— MINISTERIE VAN TEWERKSTELLING EN ARBEID, *Arbeidsblad, april - mei - juni 1990*, Brussel, (eigen uitgave), 120 fr.

— M.J.A. VAN MOURIK, *Huwelijk en vermogensrecht* (Studiepockets privaatrecht nr. 5, zesde herziene druk), Zwolle, Tjeenk Willink, 216 p., 54 fl.

— W.C.L. VAN DER GRINTEN, S.C.J.J. KORTMANN, A.J.M. NUYTTINCK, H. WAMMES (red.), *Onderneming en nieuw burgerlijk recht* Zwolle, Tjeenk Willink, 512 p., 65 fl.

— R. TEIJL, R.W. HOLZHAUER, *De toenemende complexiteit van het intellectuele eigendomsrecht. Een economische analyse* (Serie Rechts-economische Verkenningen nr. 1), Arnhem, Gouda Quint, 114 p., 32,50 fl.

— M. UYTENDAELE, *Le fédéralisme inachevé*, Brussel, Bruylant, 690 p., 4.400 fr.

— *Wetboek van Koophandel & Aanvullende Wetten* (vierde bijgewerkte druk, bewerkt door E. Dirix), Antwerpen / Apeldoorn, Maklu, 570 p., 695 fr.

— W.M. KLEIJN, D.A. DEN TONKELAAR (red.), *101 Praktijkvragen nieuw B.W.*, Zwolle, Tjeenk Willink, 172 p., 36,50 fl.

MEDEDELINGEN

Vrije Universiteit Brussel - Vacatures

De Vrije Universiteit Brussel meldt de externe vacatures van de volgende onderwijsopdrachten in de Faculteit Rechtsgeleerdheid:

- Introduction to the common law (15 uur)
- Engelse rechtsterminologie met tekstverklaring (30 uur college + 15 uur praktische werkzaamheden)
- Grondige studie van de BTW (30 uur)
- Besluitvorming in de Europese Gemeenschappen (30 uur)
- Grondige kennis in verband met het notariaat van het administratief recht (30 uur)
- Fiscaal strafrecht (30 uur)
- Grondige studie van de vennootschapsbelasting (30 uur)
- Taxatieprocedure (30 uur)
- Fiscale geschillenprocedure (30 uur)

- Common Market Law (deel II) (45 uur)
- Internationaal sociaal recht (30 uur)
- Nationale en Internationale Geschillenregeling (arbitrage) (30 uur)
- Bijzondere vraagstukken Europees en Internationaal Economisch Recht (30 uur)
- Begrotingsrecht (15 uur)
- Deontologie van de juridische beroepen (15 uur + 4 uur praktische werkzaamheden)
- Sociaal handhavings- en procesrecht (30 uur)
- Bank- en financierecht (45 uur)
- Bijzondere vraagstukken uit het bank- en financierecht (15 uur)
- Grondbeginselen van leningen en verzekeringen (30 uur)
- Franse rechtsterminologie met tekstverklaring (30 uur + 15 uur praktische werkzaamheden)
- Juridische aspecten van het overheidsoptreden (lagere besturen) (30 uur)
- Administratieve contracten (30 uur)
- Bijzondere vraagstukken van provincie- en gemeenterecht (30 uur)
- Belgische internationaal fiscaal recht (30 uur)
- Bijzondere vraagstukken van het internationaal en Europees fiscaal recht (30 uur).

Inlichtingen: Belgisch Staatsblad van 17 december 1991, blz. 28722 en volgende en bij de Decaan prof. dr. Ch. Eliaerts, tel.: 02/641.25.43.

Vacature U.I.A.

Bij de afdeling U.I.A., van het project van de «Interuniversitaire Commissie voor de herziening van het milieurecht in het Vlaamse Gewest» is een mandaat vacant van voltijds wetenschappelijk medewerker voor de periode 01.02.1992 tot 31.07.1993 voor een licentiaat in de rechten met belangstelling voor het milieurecht.

Kandidaten wordt verzocht hun kandidaatstelling met C.V. te richten aan prof. dr. W. Lambrechts, Departement Rechten U.I.A., Universiteitsplein, 1 te 2610 Wilrijk (telefonische inlichtingen 03/820.29.19).

Uitstraling permanenten vorming. Vrije Universiteit Brussel – Studiedag «De nieuwe wet betreffende de handelspraktijken». – Brugge, 23 november 1991

Bedoeling van deze studiedag was een aantal belangrijke innovaties van de wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken toe te lichten.

Na een verwelkoming door professor S. Loccufier, prorektor van de VUB, beklemdoende professor dr. P. De Vroede de ratio legis van de nieuwe wet die drievoudig is, namelijk de concurrentievervalsingen verder normaliseren, een betere voorlichting en efficiënte bescherming van de consument waarborgen (o.m. door de reglementering van de onrechtmatige bedingen of van bepaalde verkopen zoals de verkoop op afstand) en ten slotte, ons recht aan de Europese wetgeving o.m. inzake misleidende reclame aanpassen.

Professor P. De Vroede analyseerde een aantal nieuwe begrippen in de wet zoals «verkoper», «consument» of nog «diensten» en «homogene diensten».

Vervolgens was het de beurt aan mr. P. Maeyaert om de nieuwe voorschriften inzake prijsaanduiding en aankondiging van prijsvermindering uit de doeken te doen en aan de praktijk te toetsen. Hierbij werd de nadruk gelegd op de interpretatiemoeilijkheden die uit artikel 5, laatste lid, voortvloeien.

Na een uitvoerige bespreking van de nieuwe verbodsbepalingen inzake reclame door professor De Vroede, werd de reglementering van de onrechtmatige bedingen (die verregaande gevolgen zal hebben op alle overeenkomsten die met consumenten worden gesloten) door professor dr. M. Flamée op de korrel genomen.

Voorts werden openbare verkopen, verkoop met verlies, uitverkoop, waardebonnen en gezamenlijk aanbod van producten en diensten onder de loupe genomen door professor P. De Vroede en mr. Maeyaert. Het begrip «met de eerlijke handelsgebruiken strijdige daden», dat voortaan eveneens in het licht van de consumentenbelangen geïnterpreteerd zal worden, werd andermaal uitvoerig besproken door professor De Vroede.

Ten slotte werden de waarschuwingsprocedure – een preventieve administratieve procedure –, de omkering van de bewijslast voor de adverteerder en de regeling tot minnelijke schikking door ambtenaren van Economische Zaken, becommentarieerd door professor D. Struyven.

Het verslagboek van de studiedag zal eerlang verschijnen bij Uitgeverij Die Keure (inlichtingen – tel. 050/33.12.35 – fax 050/34.37.68).

P. De Vroede en D. Struyven

Studiedag «Europese sociale zekerheid»

Het Departement Rechten van de U.I.A. (Vakgroep Sociaal Recht) organiseert in samenwerking met de Vereniging voor Arbeidsrecht een studiedag over de «Europese sociale zekerheid».

Programma:

- 10u00 Verwelkoming door prof. J. Van Steenberghe (U.I.A.)
- 10u10 Algemene bepalingen: materiële en personele werksfeer, vaststelling van de toe te passen wetgeving door de heer Y. Jorens (U.I.A.)
- 10u50 Ziekte en moederschap, arbeidsongevallen en beroepsziekten door de heer N. Stiemer (Ziekenfondsraad Nederland)
- 11u35 Invaliditeit, ouderdom en overlijden (pensioenen) door prof. G. Van Limberghen (V.U.B.)
- 12u15 Gezins- en kinderbijslagen door prof. G. Vonk (Katholieke Hogeschool Tilburg)
- 14u00 Werkloosheid door de heer H. Gilliams (referendaris bij het Hof van Justitie)
- 14u40 Verhouding E.G. en werknemers uit derde landen door de heer R. Cornelissen (Europese Commissie).

De studiedag vindt plaats te Wilrijk op vrijdag 20 maart 1992 in de Aula van de U.I.A., en aan de Katholieke Universiteit te Nijmegen op vrijdag 24 april 1992.

Inlichtingen: mevr. Chr. Monteyne, U.I.A., Universiteitsplein I, 2610 Wilrijk (tel. 03/820.29.25).

«De nieuwe wet op de voorlopige hechtenis»

De v.z.w. Uitstraling-Permanente Vorming V.U.B. organiseert een studiedag op zaterdag 25 januari 1992 in het Burghotel, Burg, Brugge, met als thema: «De nieuwe wet op de voorlopige hechtenis».

Programma:

- 9u10 Verwelkoming door prof. dr. S. Loccufier, prorektor V.U.B.
- 9u15 De arrestatie en het bevel tot medebrengen door de heer A. Winants, eerste substituu-procureur des Konings te Brussel
- 10u00 Het bevel tot aanhouding door prof. dr. A. De Nauw (V.U.B.)
- 11u15 De procedure voor de onderzoeksgerechten door de heer M. Rozie, raadsheer in het Hof van Beroep te Antwerpen
- 12u00 De procedure voor de vonnisgerechten door de heer M. De Swaef, advocaat-generaal in het Hof van Cassatie
- 14u00 Vraagstelling en conclusies o.l.v. prof. dr. P. De Vroede (V.U.B.)

Inlichtingen: U.P.V., tel. 02/641.27.50.

Studienamiddag «Produkt- en dienstenaansprakelijkheid»

De Kamer van Koophandel en Nijverheid van Antwerpen, Markgravestraat 12, 2000 Antwerpen, organiseert op 23 januari 1992 een studienamiddag over «Produkt- en dienstenaansprakelijkheid. Lastenverzwaring voor het Belgische bedrijfsleven?».

Programma:

- Interpretatie van de Europese wetgeving en de Belgische wet inzake produktaansprakelijkheid door prof. H. Cousy (K.U.Leuven).
- Produktaansprakelijkheid en algemene verkoopsvoorwaarden door mr. M. Huybrechts.
- Verzekeringstechnische aspecten door de heer A. Van de Poele (A.G.-Groep).

Inlichtingen: mevr. H. Van Loon, tel. 03/232.22.19; fax: 03/233.64.42.