

HET MEDISCH BEROEPSGEHEIM EN ZIJN IMPACT OP DE LEVENSVZERZEKERING (eerste deel)

Een stand van zaken voor en na de wet van 25 juni 1992 op de landverzekeringsovereenkomst

I. INLEIDING

1. Al wie t.a.v. een verzekeraar een recht wil laten gelden op verzekerde prestaties of op schadevergoeding, moet overeenkomstig art. 1315 B.W. bewijzen dat het schadegeval aan alle voorwaarden beantwoordt opdat de verzekeraar tot uitvoering van de verzekerde prestaties moet overgaan.

Omgekeerd ligt de *bewijslast bij de verzekeraar* wanneer deze de overeengekomen verzekeringsdekking wil weigeren, bv. op grond van zelfmoord¹ of een verzwijging of valse ver-

¹ Overeenkomstig art. 41, vierde lid, van de oude verzekeringswet van 11 juni 1874 (hierna: Verzekeringwet) was de verzekeraar namelijk niet gehouden «wegens het overlijden van degene die zijn eigen leven liet verzekeren, wanneer dit overlijden het gevolg was van een gerechtelijke veroordeling, van een tweegevecht, van zelfmoord, behoudens het bewijs dat deze niet vrijwillig is geschied, of wanneer het overlijden als onmiddellijke en rechtstreekse oorzaak heeft gehad een misdaad of een wanbedrijf gepleegd door de verzekerde, waarvan deze de gevolgen heeft kunnen voorzien». Uit deze bepaling bleek dus dat de verzekeraar niet gehouden was wanneer de doodsoorzaak zelfmoord was, behoudens het bewijs dat deze niet vrijwillig was geschied. Overeenkomstig art. 1315 B.W. («actori incumbit probatio») diende de verzekeraar derhalve de bewijslast te dragen aangezien hij de zelfmoordexceptie opwierp ten einde van de uitkeringsverplichting bevrijd te worden. Op grond van dezelfde gemeenrechtelijke bepaling diende de begunstigde dan, als de zelfmoord wel degelijk bewezen was door de verzekeraar, op zijn beurt het onvrijwillig karakter ervan aan te tonen. Om aan hun respectieve bewijslast te voldoen, konden beide partijen dan een beroep doen op alle bewijsmiddelen rechtens (zoals getuigenissen en gewichtige, precieze en met elkaar overeenstemmende vermoedens, een autopsie, een verwijzing naar het strafrechtelijk onderzoek dat bij ieder gewelddadig overlijden ingesteld wordt, of – en dat kwam vaker voor – geneeskundige (overlijdens)attesten. Deze laatste praktijk dreigde dan evenwel in conflict te komen met het beroepsgeheim van de geneesheer (zie infra, nrs. 31 e.v.). Niettegenstaande deze middelen, lag het door art. 41, vierde lid, van de Verzekeringwet gehanteerde onderscheid tussen de al dan niet vrijwillige zelfmoord vaak aan de basis van onoverkomelijke bewijsproblemen in de praktijk. Bovendien bleek de subjectiviteit van de feitenrechter in vele van deze delicate, maar ook droevige gevallen, duidelijk op het voorplan te komen daar in deze feitenkwestie bij uitstek de nodige welomlijnde beoordelingscriteria ontbraken (voor gedetailleerde studies omtrent de oude bepaling, raadplege men o.m. COLLE, Ph., «Zelfmoord, medisch beroepsgeheim en levensverzekering», *De Verz.*, 1990, 231-240, en de talrijke verwijzingen; COLLE Ph., «Zelfmoord als bevrijdingsgrond voor de levensverzekeraar», *R.G.A.R.*, 1991, nr. 11.849, noot onder Luik, 21 november 1988 en Brussel, 7 februari 1989; HENRY, P., «La preuve du caractère involontaire d'un suicide», *Jur. Liège*, 1989, 435-436, noot onder Luik, 23 december 1988). De wetgever is dan ook in de nieuwe wet op de landverzekeringsovereenkomst van 25 juni 1992 tegemoet geko-

klaring van zijn verzekerde bij het sluiten van het verzekeringscontract.

In beide gevallen kan niet volstaan worden met losse beweringen: datgene wat men aanvoert, dient men naar behoren te bewijzen.

2. In de dagelijkse praktijk zullen de *verzekerde en de verzekeraar* dan ook op de meest adequate manier alle nodige medische documenten of bewijsmiddelen trachten te verkrijgen die nuttig of onmisbaar zijn om hun stelling te kunnen staven, m.a.w. om aan de op hen rustende bewijslast te kunnen voldoen. Beide partijen beschikken daartoe over een aantal mogelijkheden. Zo kunnen ze een gerechtelijke expertise (zie infra, voetnoot 162) vragen of de overlegging van de desbetreffende medische documenten in rechte eisen overeenkomstig art. 877 Ger.W. (zie infra, nr. 16). Daarnaast kunnen ze in het verzekeringscontract bepaalde clausules (laten) opnemen waardoor de verzekerde of de verzekeringsbegunstigde evenals hun rechthebbenden ertoe worden gebracht – of zelfs zo nodig contractueel worden gedwongen – de onmisbare medische documenten over te leggen (zie infra, nrs. 46 e.v.). De meest eenvoudige, directe en logische manier bestaat er echter in dat zowel de verzekeraar als de verzekerde in nauw overleg of in volledige overeenstemming met elkaar, «gewoon» de behandelende arts van de verzekerde op dit punt om zijn positieve medewerking vragen die er bv. in bestaat een medisch attest te overhandigen (zie infra, nrs. 31 e.v.). Maar wat blijkt nu uit de praktijk? In veruit de meeste gevallen wordt op dit verzoek – onder druk van de Orde der Geneesheren – onmiddellijk (en heel vaak zonder de minste nuance of verantwoording) negatief geantwoord op grond van het *medisch beroepsgeheim*, dat volgens de Orde absoluut blijkt te zijn en waarop derhalve geen andere dan de wettelijke uitzonderingen gemaakt mogen worden (art. 458 Sw.; zie infra, nrs. 22 en 23). We staan hier m.a.w. voor een conflict tussen de regels van de bewijsvoering zoals die gehanteerd worden in de verzekeringswereld (met o.m. de verzekerde en de verzeke-

men aan deze kritiek door het onderscheid tussen de bewuste zelfmoord en de ontoerekenbare zelfmoord op te heffen. Overeenkomstig art. 101, § 1, van de nieuwe wet op de landverzekeringsovereenkomst (zie ook infra, voetnoot 197) dekt de verzekering namelijk, tenzij het tegendeel bedongen is, de zelfmoord van de verzekerde niet indien die gebeurt minder dan een jaar na de inwerking-treding van de overeenkomst. De tekst laat de verzekeraar dus de mogelijkheid om de zelfmoord die gebeurt minder dan een jaar na de inwerking-treding van de overeenkomst, toch te dekken. Wenst hij dit daarentegen niet te doen en beroept hij zich op deze uitsluiting, dan dient hij wel het bewijs te leveren van de zelfmoord overeenkomstig de boven uiteengezette algemene beginselen.

raar) en het beroepsgeheim van de medische wereld (met o.m. de behandelende arts en de Orde der Geneesheren)².

3. In deze verhandeling zal gepoogd worden om enig licht te werpen op de stellingen van beide partijen. Daartoe zal uitgegaan worden van de problematiek van de levensverzekering, enerzijds wegens het feit dat de recente wet op de landverzekeringsovereenkomst van 25 juni 1992 op dit vlak eindelijk voor een doorbraak heeft gezorgd (art. 95; zie infra, nrs. 64 e.v.) en anderzijds omdat het probleem zich hier in zijn volle omvang voordoet. Het is in dit kader dat de problematiek van het medisch beroepsgeheim op een – helaas – beknopte wijze uiteengezet zal worden, maar waarbij toch dieper ingegaan zal worden op de verschillende opvattingen omtrent de aard van het medisch beroepsgeheim die m.i. aan de uiteindelijke basis liggen van de diepe malaise die tot voor kort, d.i. voor de nieuwe wet op de landverzekeringsovereenkomst, heerste enerzijds in de rechtspraak en de rechtsleer, maar anderzijds ook tussen de verzekeraars en de geneesheren/Orde der Geneesheren.

II. LEVENSVZERKERING EN MEDISCH BEROEPSGEHEIM

A. Het beroepsgeheim

4. Het *beroepsgeheim* als dusdanig wordt in zijn meest gangbare betekenis omschreven als de plicht die door de wet of de zeden aan sommige personen is opgelegd en het recht dat zij volgens de traditie hebben om zaken geheim te houden die hun uit hoofde van hun staat of beroep noodzakelijkerwijs in vertrouwen zijn meegedeeld of bekend zijn geworden³.

Het *medisch beroepsgeheim* wordt strafrechtelijk geregeld door art. 458 Sw.

B. Het medisch beroepsgeheim volgens art. 458 Sw.

5. Overeenkomstig art. 458 Sw. «worden geneesheren, heekkundigen, officieren van gezondheid, apothekers, vroedvrouwen en alle andere personen die uit hoofde van hun beroep kennis dragen van geheimen die hun zijn toevertrouwd, en deze bekendmaken buiten het geval dat zij geroepen worden om in rechte getuigenis af te leggen en buiten het geval dat de wet hen verplicht die geheimen bekend te maken, gestraft met gevangenisstraf van acht dagen tot zes maanden en met geldboete van honderd frank tot vijfhonderd (x 100) frank».

6. Dit artikel van ons Strafwetboek van 1867 dat een bijna letterlijke overname is van art. 378 van het Strafwetboek van 1810⁴, legt fundamenteel een *zwijgplicht* op. Voor degenen

aan wie geheimen werden toevertrouwd wegens hun staat of beroep is zwijgen – behalve bij getuigenis in rechte (zie infra, nr. 14) – namelijk niet te beschouwen als een recht, maar wel integendeel als een gebiedende plicht. Een tekortkoming aan die plicht kan aanleiding geven tot disciplinaire, burgerlijke en/of strafrechtelijke aansprakelijkheid. Het komt er dus op aan precies te weten wat nu de juiste draagwijdte en de toepassingsvoorwaarden zijn van art. 458 Sw.

1° Het personeel toepassingsgebied van art. 458 Sw.

7. Zoals uit de eerste, ruim geformuleerde zinsnede van art. 458 Sw. blijkt, zijn heel wat personen gehouden door het medisch beroepsgeheim.

Naast o.m. de rechter⁵, de advocaat⁶, de notaris⁷ en de priester als biechtvader⁸ gaat het hier uiteraard in de eerste plaats om *alle artsen*, zonder enig onderscheid, voor zover zij uit hoofde van hun beroep kennis hebben van geheimen. Geneesheren behoren tot de voor de patiënt *noodzakelijke confidenten* die, krachtens art. 458 Sw., verplicht worden het stilzwijgen te bewaren over al wat ze aldus vernomen hebben in de uitoefening van hun ambt of wegens het vertrouwen dat aan hun beroep is gehecht (zie ook infra, nr. 11).

8. Naast de gewone huisarts en de geneesheer-specialist, kan hier eveneens gedacht worden aan de op arbeidsgeschiktheid controlerende artsen in opdracht van een werkgever (cf. art. 31, § 2, voorlaatste lid, Arbeidsovereenkomstenwet)⁹, de arbeidsgeneesheren (bedrijfsartsen)¹⁰, de ge-

heerst. Vandaar ook dat de geneesheer, mede wegens het strafbare element in deze materie, zich dikwijls hult in een stilzwijgen van «quand-même et toujours» (zie infra, nr. 53). Daarbij komt tevens dat de geneeskunde sinds 1810 een enorme ontwikkeling heeft doorgemaakt, en dat een zelfde artikel toegepast dient te worden op toestanden en omstandigheden die de wetgevers van 1810 en 1867 zeker niet konden vermoeden. Sommige auteurs spreken dan ook over het medisch beroepsgeheim als «doolhof» (cf. HAZEWINKEL-SURINGA, D., *De doolhof van het beroepsgeheim*, Haarlem, 1959, 9).

⁵ De rechters zijn tot geheimhouding gehouden wat de beraadslagingen betreft waaraan ze hebben deelgenomen, behoudens de door de wet bepaalde gevallen (Cass., 4 mei 1953, *Pas.*, 1953, I, 673, *Arr.Cass.*, 1953, 597).

⁶ Cf. Cass., 11 februari 1946, *Pas.*, 1946, I, 66, *Arr.Cass.*, 1946, 58. Voor nadere informatie daarover, raadplege men o.m. VAN GOETHEM, H., «Het beroepsgeheim van de advocaat», *Jura Falc.*, 1981-82, 205; LAMBERT, P., «Le caractère confidentiel de la correspondance échangée entre l'avocat et son client», *J.T.*, 1983, 44; GOFIN, L., «L'avocat ou le médecin doit-il révéler à ses autorités disciplinaires le secret dont il est professionnellement le dépositaire?», *Ann.Dr.Louvain*, 1984, 365; HAVERANS, C., «Het beroepsgeheim van de advocaat in het fiscaal recht: geheimhouding en inkomstenbelastingen», *Fiskofoon*, 1986, 90; STEVENS, J., *Regels en gebruiken van de advocatuur te Antwerpen*, Kluwer, Antwerpen, 1990, 416 e.v., nrs. 811 e.v.; LECLERCO, J., *Secret professionnel*, in *Novelles – Droit pénal*, IV, Brussel, Larcier, 1989, 266 e.v., nrs. 7697 e.v.

⁷ LECLERCO, J., *Secret professionnel*, in *Novelles – Droit pénal*, IV, Brussel, Larcier, 1989, 284 e.v., nrs. 7768 e.v.; Cass., 22 maart 1888, *Pas.*, 1888, I, 129, en Cass., 1 juli 1912, *Pas.*, 1912, I, 367.

⁸ Cf. Cass., 5 februari 1877, *Pas.*, 1877, I, 114.

⁹ De opdracht van deze artsen is door de wetgever beperkt tot het nagaan van de arbeidsgeschiktheid van de werknemers en kan door de werkgever niet worden uitgebreid (Cass., 6 december 1984, *Arr.Cass.*, 1984-85, nr. 220). Zie verder over dit onderwerp BLAN-

² Zie o.m. FAGNART, J.-L., «Examen de jurisprudence (1981-1990). Les assurances terrestres», *R.C.J.B.*, 1991, 737, nr. 44.

³ *R.P.D.B.*, v° «Secret professionnel», nr. 1; VAN REEPINGHEN, Ch., «Le secret professionnel du médecin», *J.T.*, 1950, 441-448. Zie ook Cass., 20 februari 1905, *Pas.*, 1905, I, 141.

⁴ In de voorbereidende teksten vindt men echter bijzonder weinig beschouwingen omtrent de juiste betekenis en de draagwijdte van deze wettelijke bepaling (zie daarover BLANPAIN, R., «Juridische aspecten van het medisch beroepsgeheim», *R.W.*, 1965-66, 274-275). Het is dan ook niet te verwonderen dat bijna nergens een uniforme interpretatie voorhanden is en de grootste rechtsonzekerheid

vangenisartsen¹¹ en de medische directeur (hoofdgeneesheer) van een ziekenhuis (art. 13, 1°, Ziekenhuiswet van 23 december 1963)¹². Daarnaast kunnen we nog de adviserend geneesheren van ziekenfondsen¹³ en de geneesheren-inspecteurs¹⁴ van het R.I.Z.I.V. t.o.v. alle andere personen

PAIN, R., «Het medisch beroepsgeheim», in OVERSTEYNS, B. (red.), *Gezondheid en onderneming*, Brugge, Die Keure, 1989, 76-77; HAAGDORENS, J., «De discretieplicht van de door de werkgever gemachtigde en betaalde controlegeneesheer», *R.W.*, 1985-86, 1233-1234, noot onder Rb. Antwerpen, 27 november 1984; PETIT, J., «De bevoegdheid van de controlerende geneesheer bij een geschil nopens de arbeidsongeschiktheid van een werknemer», *VI.T.Gez.*, 1982-83, 3 e.v.

¹⁰ Overeenkomstig art. 104, § 2, A.R.A.B., bestaat de opdracht van de bedrijfsarts enerzijds in het onderzoeken van de gezondheidstoestand van de werknemers en het verstrekken van adviezen aan hen, en anderzijds in het attent zijn op de arbeidsvoorwaarden die de gezondheidstoestand van de werknemers kunnen schaden. Aan het eerste aspect van zijn opdracht is het beroepsgeheim van de arbeidsgeneesheer als medicus verbonden, aan het andere aspect zijn beroepsgeheim als lid van het bedrijf die inzicht heeft of kan hebben in bepaalde fabricagemethoden of productieprocessen (art. 148septies A.R.A.B.). Zie daarover Nys, H., «Medisch beroepsgeheim en informatisering in de arbeidsgeneeskunde», *Soc. Kron.*, 1987, 233.

¹¹ BULTHÉ, B., «De gevangenisarts en de rechten van de mens», *Bull. Strafnr.*, 1982, 293-294; Nat. Raad Orde Gen., *T. Orde Gen.*, 1985-86, afl. 34, 25; VANSWEEVELT, T., *Aids en recht. Een aansprakelijkheids- en verzekeringsrechtelijke studie*, Antwerpen, Apeldoorn, 1989, 49-50. *Contra*: PIETERS, F., «Het jaar van het virus: AIDS-virus in de Belgische gevangenis», *Panopticon*, 1986, 565.

¹² Brussel, 3 januari 1972, *Pas.*, 1972, II, 56. In dezelfde zin: Cass., 30 oktober 1978, *Arr. Cass.*, 1979, 235, *Pas.*, 1979, I, 248, *R.W.*, 1978-79, 2232, *J.T.*, 1979, 369, *R.D.P.*, 1979, noot R.S. *De Verz.*, 1979, 91, noot J.R., *Inf.R.I.Z.I.V.*, 1979, 55, noot GROSEMANS, R. Het betrof in casu wel een arts die, naast zijn directeursfunctie, ook nog een medische praktijk had en als behandelend arts was opgetreden. *Contra*: Arbrb. Brussel, 3 juni 1977, *J.T.*, 1977, 627 (vernietigd door het Hof van Cassatie).

¹³ Brussel, 8 november 1973, *Pas.*, 1974, II, 50, *J.T.*, 1974, 138; Arbh. Bergen, 20 september 1977, *T.S.R.*, 1978, 203; Arbh. Bergen, 5 september 1980, *J.T.*, 1980, 742, met instemmende noot van GROSEMANS, R., *J.T.T.*, 1981, 107, *T.S.R.*, 1981, 71; *R.D.P.*, 1981, 99, noot GROSEMANS, R., *Inf.R.I.Z.I.V.*, 1981, 151, noot GROSEMANS, R. De Nationale Raad van de Orde der Geneesheren baseert de zwijgplicht van deze artsen veeleer op art. 21 K.B. nr. 35 van 20 juli 1967 houdende het statuut en het barema van de adviserend geneesheren (B.S., 29 juni 1967). Op grond hiervan mogen zij medische gegevens niet overhandigen aan een patiënt met het oog op het instellen van een rechtsgeding (*T.Orde Gen.*, 1988, afl. 40, 11-12). *Contra*: Arbh. Bergen, 16 januari 1976, *Inf.R.I.Z.I.V.*, 1976, 256. Voor meer informatie, raadplege men VAN DEN BUSSCHE, A., «Beroepsgeheim en ziekenfondsen», *VI.T.Gez.*, 1986-87, 352 e.v.

¹⁴ Betwisting blijft er bestaan over de zwijgplicht van de adviserend geneesheer van een ziekenfonds tegenover de geneesheren-inspecteurs van het R.I.Z.I.V. Art. 84 Z.I.V.-Wet van 9 augustus 1963 verplicht de adviserend geneesheren aan deze inspecteurs — zonder dat die met name worden genoemd — alle inlichtingen te verstrekken die zij voor de uitoefening van hun controleopdracht nodig hebben. Maar de mededeling en het gebruik van deze gegevens is wel afhankelijk van de eerbiediging van het beroepsgeheim. Op grond hiervan maakt Vanden Bussche een onderscheid tussen gegevens «nodig voor de uitoefening van de controleopdracht», die zonder enige twijfel moeten worden meegedeeld en andere die door het beroepsgeheim van de adviserend geneesheer worden be-

dan hun opdrachtgevers¹⁵ vermelden.

9. Wegens de principiële onderworpenheid aan art. 458 Sw. zou er in deze laatste gevallen van een gedeeld beroepsgeheim tussen de adviserende arts en de behandelende arts van de verzekerde gesproken kunnen worden¹⁶. Vermeersch¹⁷ definieert deze theorie als volgt: «het feit dat een bepaald geneesheer zijn geheim mag delen met ieder ander geneesheer die gerechtigd is ervan kennis te nemen maar op de uitdrukkelijke voorwaarde dat deze laatste strikt zou gehouden worden aan het beroepsgeheim tegenover eenieder en over alles dat hij door die mededeling heeft geleerd».

In bepaalde rechtsleer en onder impuls van een strikte opvatting van het beroepsgeheim (zie infra, nrs. 22 en 23), bestaat er echter een duidelijke tendens om — buiten de zonet opgesomde bijzondere (wettelijke) gevallen — de arts die iemand aan een medisch onderzoek onderwerpt *in opdracht van een derde* (bv. een werkgever, een verzekeraar), te onttrekken aan de toepassing van art. 458 Sw. omdat hij, bij het uitvoeren van een opdracht, zijn beroep niet — of slechts subsidiair — uitoefent. Alsdan is er *geen* sprake van een *gedeeld beroepsgeheim*¹⁸.

scherm en die deze laatste derhalve kan weigeren mee te delen (VANDEN BUSSCHE, A., o.c., 1986-87, 352). Schutyser daarentegen kent aan de geneesheren-inspecteurs van het R.I.Z.I.V., wegens hun controlebevoegdheid over de taakuitoefening van de adviserend geneesheer, het recht toe tot inzage in de volledige medische dossiers van de ziekenfondsen (SCHUTYSER, K., *De geneeskundige controle in de sociale zekerheid*, Gent, Story-Scientia, 1973, 309. *Contra*: VANDEN DRIESSCHE, R., «De adviserend geneesheer, de samenwerking met de behandelend geneesheer, het beroepsgeheim en de arbeidsrechtbank», *B.T.S.Z.*, 1977, 773-779).

¹⁵ Zie o.m. PURNELLE, G., «Het beroepsgeheim in het raam van de geneeskundige controle van het R.I.Z.I.V.», *Inf.R.I.Z.I.V.*, 1990, 163; GROSEMANS, R., «Beschouwingen over de aansprakelijkheid van de geneesheer-deskundige en vooral van de geneesheer-inspecteur van dienst voor geneeskundige controle van het R.I.Z.I.V.», *Inf.R.I.Z.I.V.*, 1978, 311; SCHUTYSER, K., *De geneeskundige controle in de sociale zekerheid*, Gent-Leuven, 1973, 302; DELAHAYE, R. en RIGA, J., «Het geneeskundig geheim in het kader van de verplichte ziekte- en invaliditeitsverzekering», *Inf.R.I.Z.I.V.*, 1990, 309-317. Art. 35 Z.I.V.-Wet (Cass., 7 september 1989, *R.W.*, 1989-90, 404) en art. 79, 1° en 9°, jjs. artt. 80 en 102 Z.I.V.-Wet (R.v.St., Millet, nr. 12.113, 16 december 1966, *T.S.R.*, 1967, 226, noot MEERT, R.; R.v.St., Muret, nr. 34.523, 23 maart 1990, *A.P. (M.)*, 1990, 47 en 207, *T.B.P.*, 1991 (verkort), 207) gelden als enige uitzonderingen op dit beginsel. In de zaak Muret oordeelde de Raad van State uitdrukkelijk dat uit art. 458 Sw. volgt dat er geen schending is van het medisch beroepsgeheim wanneer de bekendmaking van feiten geschiedt in door de wet toegelaten gevallen. De geneesheren-inspecteurs van de Dienst voor geneeskundige controle schenden bijgevolg het beroepsgeheim niet wanneer zij, in overeenstemming met art. 79, 1° en 9°, art. 80 en art. 102 Z.I.V.-Wet overtredingen vaststellen en die meedelen aan hun hiërarchische oversten, aan de leden van de beperkte kamer, de commissie van beroep en de controlecommissie, die allen ook door het beroepsgeheim zijn gebonden.

¹⁶ LECLERCQ, J., *Secret professionnel*, in *Nouvelles — Droit pénal*, IV, Brussel, Larcier, 1989, 276, nr. 7734.

¹⁷ VERMEERSCH, J., «Het dualisme in het beroepsgeheim van de geneesheer», *R.W.*, 1959-60, 1244.

¹⁸ Zie o.m. HAAGDORENS, J., «De discretieplicht van de door de werkgever gemachtigde en betaalde controlegeneesheer», *R.W.*, 1985-86, 1233; DELHUVENNE, M., «Juridische dubbelzinnigheden van het medisch beroepsgeheim», *B.T.S.Z.*, 1978, 558; HANNEQUART, Y., «L'assureur face au secret médical», *Cons.Man.*, 1979,

Andere auteurs betwisten deze stelling. Volgens hen is het weliswaar verdedigbaar te stellen dat een gerechtelijk deskundige niet optreedt in het kader van zijn beroepsuitoefening, maar kan niettemin geenszins ontkend worden dat een arts die een opdracht uitvoert voor een derde, in principe handelt op beroepsmatige wijze en dus onderworpen is aan art. 458 Sw. Dat is volgens deze strekking zeker het geval voor een arbeidsgeneesheer, een adviserend geneesheer van een ziekenfonds, alsook voor de controleartsen die handelen in opdracht van een werkgever en de *raadsgeneesheren van verzekeringsmaatschappijen* (zie daarover meer specifiek, infra, nrs. 59 en 60)¹⁹.

De rechtspraak heeft zich over deze controverse vooralsnog niet expliciet uitgesproken²⁰.

10. Naast de artsen, zijn ook *alle andere personen die, net zoals de arts, beroepshalve een taak vervullen in de gezondheidszorg* en aldus kennis dragen van geheimen die hun zijn toevertrouwd, gehouden door art. 458 Sw.²¹ Het gaat dan o.m. om al wie rechtstreeks of onrechtstreeks meewerkt aan de medische hulpverlening, zoals paramedici²² en verpleeg-

kundigen²³, kinesitherapeuten en vroedvrouwen²⁴, de bestuurder van onverschillig welke spoedhulpwag²⁵. Daarnaast is ook het personeel dat toegang heeft tot de medische dossiers gehouden door art. 458 Sw.²⁶. Hetzelfde geldt voor het administratief personeel in dienst van ziekenfondsen²⁷. Of art. 458 Sw. eveneens geldt voor de echtgenoot/ote of de partner van een arts, wordt betwist²⁸ en zelfs uitgesloten voor wie verantwoordelijk is voor de ontvangst van patiënten op een verpleegafdeling²⁹.

2° Het materieel toepassingsgebied van art. 458 Sw.

11. Uit art. 458 Sw. kan men bovendien een drietal elementen distilleren die van belang zijn om het materiële toepassingsgebied van deze bepaling af te bakenen. Opdat een gegeven onder toepassing van art. 458 Sw. kan vallen, dient de arts er in de eerste plaats *uit hoofde van zijn beroep* kennis van te hebben gekregen³⁰. Vandaar ook de term «medisch» beroepsgeheim. Vervolgens dient dit gegeven een *geheim karakter* te hebben, hetgeen volgens Van Neste³¹ betekent dat het moet gaan om «feiten, gegevens, beslissingen, oordelen, meningen die verborgen gehouden moeten worden. Het betreft dus particuliere waarheden die, overeenkomstig algemeen aanvaarde criteria en normen, niet kenbaar, openbaar

114; PETIT, J., «De bevoegdheid van de controlerend geneesheer bij geschil nopens de arbeidsongeschiktheid van de werknemer», *VI.T. Gez.*, 1982-83, 7, noot 9; GROSEMANS, R., noot onder Arbh. Bergen, 5 september 1980, *Inf.R.I.Z.I.V.*, 1981, 151, *J.T.*, 1980, 742, *J.T.T.*, 1981, p. 107, *T.S.R.*, 1981, 71, *R.D.P.*, 1981, 99. Volgens deze laatste auteur dient de arts in een relatie «ad sanandum» met de door hem onderzochte en of behandelde persoon te staan. Voor de Franse rechtsleer, zie o.m. THOUVENIN, D., *Le secret médical et l'information du malade*, Lyon, Presses Universitaires de Lyon, 1982, 73.

¹⁹ Nys, H., o.c., 388, nrs. 900-902. Deze auteur stelt dat door de toepassing van art. 458 Sw. te beperken tot artsen die in een relatie «ad sanandum» staan tot hun patiënten, een voorwaarde gesteld wordt die in dit artikel niet voorkomt. Zie eveneens VAN NESTE, F., noot onder Cass., 4 december 1979, *R.W.*, 1980-81, 307; RYCKMANS, X. en MEERT-VAN DE PUT, R., *Les droits et obligations des médecins*, I, 1971, Brussel, Larcier, nr. 497. Voor de Franse rechtsleer: MAZEN, N.-J., *Le secret professionnel des praticiens de la santé*, Parijs, Vigot, 1988, 35.

²⁰ In zijn arrest van 6 november 1974 heeft de Raad van State wel beslist dat artsen die handelen in opdracht van de Administratieve Gezondheidsdienst (A.G.D.) niet optreden als «behandelend geneesheer», waardoor zij zich tegen deze dienst niet op het beroepsgeheim kunnen beroepen (R.v.St., *Van De Plas*, nr. 16.702, 6 november 1974). Van zijn kant oordeelde het Hof van Cassatie dat de arts die door de Hoge Militieraad is aangesteld voor het onderzoeken van de gezondheidstoestand van de vader van een dienstplichtige, zijn beroepsgeheim niet schendt door aan de Hoge Militieraad de resultaten van zijn onderzoek mee te delen (Cass., 20 juli 1979, *Arr.Cass.*, 1979, 1335, *Pas.*, 1979, I, 1303; vgl. H.v.J., 10 juni 1980, *Jur.H.v.J.*, 1980, 1797, concl. adv.-gen. CAPOTORI, *J.T.*, 1981, 739-741 — zie ook infra, nr. 29). Hetzelfde geldt voor de arts die in opdracht van een verzekeringsmaatschappij handelt (Brussel, 27 oktober 1976, *J.T.*, 1977, 624; *contra*: Rb. Brussel, 27 februari 1975, *R.G.A.R.*, 1976, nr. 9581, waarin wordt verdedigd dat de raadgevende arts van een verzekeringsmaatschappij het beroepsgeheim deelt met de behandelende arts).

²¹ Cass., 9 februari 1988, *Arr.Cass.*, 1987-88, nr. 346; DIERKENS, R., «Beroepsgeheim en recht», *VI.T. Gez.*, 1986-87, 262. Het kan inderdaad niet ontkend worden dat de hedendaagse geneeskunde «team-work» is geworden, hetgeen de nodige gevolgen zou kunnen hebben op het vlak van het «gedeelde beroepsgeheim» (zie infra, nr. 60).

²² Pol. Luik, 8 januari 1986, *Jur.Liège*, 1986, 103-104; Pol. Florenville, 20 februari 1968, *J.T.*, 1970, 311.

²³ CARELS, A., «Het beroepsgeheim van de verpleegkundige», *VI.T. Gez.*, 1986-87, 331-342; DE BEER, W., «Het juridische aspect van het beroepsgeheim van verpleegkundigen», *Acta Hospitalia*, 1985, 79-82; Nys, H., «Beroepsgeheim van de verpleegkundigen», in DE BAUW, M. e.a., *Handboek Recht voor verpleegkundigen*, 1990, Kluwer, Antwerpen, nrs. 400-407; PEETERS, E., «Het beroepsgeheim van de verpleegkundige», *Verpleegkundigen en Gemeenschapzorg*, 1985, 136.

²⁴ Bergen, 9 december 1975, *Pas.*, 1976, II, 159, *Rev.Not.B.*, 1977, 123, noot F.L.

²⁵ Corr. Charleroi, 27 juni 1974, *J.T.*, 1975, 28; K.I. Luik, 6 maart 1985, *Jur.Liège*, 663, concl. SPIRLET, A.

²⁶ Brussel, 11 maart 1969, *R.W.*, 1968-69, 1515.

²⁷ Corr. Gent, 18 september 1987, *VI.T. Gez.*, 1987-88, 340, noot VAN LIL, M.

²⁸ In bevestigende zin: RYCKMANS, X. en MEERT-VAN DE PUT, R., o.c., nr. 172. In ontkennende zin: K.I. Luik, 22 januari 1987, *Pas.*, 1987, II, 79-80, concl. MASSA, H., *Jur.Liège*, 1987, 217, *J.T.*, 1988, 174.

²⁹ Pol. Luik, 8 januari 1986, *Jur.Liège*, 1986, 103-104; MEERT-VAN DE PUT, R., «La confidentialité des données et le secret médical: aspect juridique», *Louvain Médical*, 1986, 522. *Contra*: AERDEN, R., «Het beroepsgeheim in het ziekenhuis», *VI.T. Gez.*, 1986-87, 346.

³⁰ Op de vragen of art. 458 Sw. eveneens van toepassing is, enerzijds op mededelingen gedaan aan een arts buiten diens beroepsuitoefening maar als kennis, vriend of collega, en anderzijds op gegevens die de arts weliswaar toevertrouwd werden in het kader van zijn beroepsuitoefening maar irrelevant zijn daarvoor, wordt meestal ontkennend geantwoord (zie o.m. RYCKMANS, X. en MEERT-VAN DE PUT, R., o.c., nr. 184; LAMBERT, P., *Le secret professionnel*, Brussel, Nemesi, 1985, 156-157; BLANPAIN, R., o.c., 277-278; DUMON, F., «Le secret médical», *Cons.Man.*, 1987, 23-24). In het tweede geval zou de betrokken arts wel een tuchtsanctie opgelegd kunnen worden daar art. 57 van de Code van de Geneeskundige Plichtenleer als vallend onder het beroepsgeheim vermeldt, niet alleen wat tijdens de uitoefening van het beroep is vernomen, maar ook ter gelegenheid daarvan (zie ook infra, voetnoot 35).

³¹ VAN NESTE, F., «Kan het beroepsgeheim absoluut genoemd worden?», *R.W.*, 1977-78, 1281. Zie eveneens BLANPAIN, R., o.c., 276-277.

gemaakt mogen worden». Dergelijke criteria en normen zijn zowel tijds- als situatiegebonden waarbij zowel met de particuliere belangen van derden als met bepaalde openbare belangen rekening gehouden moet worden³². Ten slotte dient dit gegeven *door de arts in het kader van een «noodzakelijk vertrouwen» verkregen te zijn*, waardoor het zijn geheim karakter kan verkrijgen³³.

M.a.w. de arts is verplicht geheim te houden, al hetgeen hij heeft gezien, gehoord, vastgesteld, of hetgeen hem is toevertrouwd of eenvoudig gezegd in verband met de gezondheid van zijn zieke. Iedere rechtstreekse of onrechtstreekse bekendmaking van feiten die geheim zijn van natuur, of die hem tijdens of bij gelegenheid van de uitoefening van zijn beroep uitdrukkelijk of stilzwijgend zijn meegedeeld in zijn hoedanigheid van noodzakelijke vertrouwenspersoon, maakt schending uit van het beroepsgeheim³⁴.

3° Het opzettelijk bekendmaken van geheimen

12. Voor de toepasselijkheid van art. 458 Sw. is ook een opzettelijke bekendmaking vereist van geheimen.

Wat *geheimen* zijn, werd hoger reeds uiteengezet (zie *supra*, nr. 11). Gelet op de formulering van het wanbedrijf in art. 458 Sw., wordt aangenomen dat ook (*algemeen*) *opzet* vereist is. Voldoende is m.a.w. dat de schending geschied is op een bewuste wijze³⁵.

³² Nys, H., *o.c.*, 395, nr. 916. Men dient er wel rekening mee te houden dat men de geheimen niet te veel als op zichzelf staand gaat beschouwen, los van het verband met het oorspronkelijke recht op waarheid. Anders loopt men het risico het geheim en de zwijgplicht te verabsoluteren (VAN NESTE, F., *o.c.*, 1281). Voor een overzicht van rechtspraak omtrent de delicate kwalificatie van «gegeven met geheim karakter», zie o.m. Nys, H., *o.c.*, 1255, nrs. 10-14).

³³ «Toevertrouwen» mag men niet te letterlijk opvatten. Behalve hetgeen de patiënt uitdrukkelijk aan de arts heeft toevertrouwd, valt ook nog onder de bescherming van art. 458 Sw. al datgene wat de arts zelf heeft vastgesteld tijdens het onderzoek. Men kan dit beschouwen als zijnde stilzwijgend toevertrouwd (Brussel, 8 maart 1972, *R.D.P.*, 1971-72, 923). Niettemin treft men in de rechtsleer en de rechtspraak ook striktere interpretaties aan (o.m. BLANPAIN, R., *o.c.*, 278; zie eveneens: «Het beroepsgeheim strekt ertoe de in vertrouwen door een patiënt aan zijn arts meegedeelde gegevens niet openbaar te maken» (Arbrb. Gent, 6 februari 1989, *R.W.*, 1988-89, 1093).

³⁴ DIERKENS, R., *o.c.*, 262. Vergelijk met de ruime opvatting van het medisch beroepsgeheim in de artt. 56 en 57 van de Code van de Geneeskundige Plichtenleer. Art. 56: «Het beroepsgeheim van de geneesheer omvat zowel al wat de patiënt hem gezegd of toevertrouwd heeft, als wat de geneesheer weet of heeft ontdekt ten gevolge van onderzoeken of van door hem gedane navorsingen.» Art. 57: «Het beroepsgeheim omvat alles wat de geneesheer heeft gezien, gehoord, vernomen, vastgesteld, ontdekt of opgevangen tijdens of bij gelegenheid van de uitoefening van zijn beroep.» Lambert wijst erop dat deze bepalingen klaarblijkelijk een ruimere draagwijdte hebben dan art. 458 Sw. daar ze niet alleen gelden voor feiten die de arts te weten komt wegens de uitoefening van zijn beroep, maar ook die welke hem ter kennis komen ter gelegenheid van de uitoefening van zijn beroep (LAMBERT, P., *o.c.*, 156, voetnoot nr. 14. Zie ook CLAASSENS, H., «Le point de vue de l'assureur», *Cons. Man.*, 1987, 57-58).

³⁵ Corr. Neufchâteau, 15 mei 1986, *Jur.Liège*, 1986, 446. Door de bekendmaking van medische gegevens via een onachtzaamheid kan art. 458 Sw. niet worden geschonden (BLANPAIN, R., *o.c.*, 279). Maar

Bij de concretisering van de term «bekendmaken», d.i. het verspreiden in ruimere kring, is het onbelangrijk of de gegevens aan één, dan wel aan meerdere personen bekend zijn gemaakt³⁶. De hoedanigheid van de persoon of personen aan wie de gegevens zijn meegedeeld, is daarentegen wel van belang. Zo heeft Nys³⁷ het over een louter «toevertrouwen» wanneer de arts de gegevens over de patiënt doorgeeft aan een collega die eveneens gebonden is door het beroepsgeheim.

Opdat er sprake kan zijn van een geoorloofd *toevertrouwen*, en niet van een volgens art. 458 Sw. strafbaar *bekendmaken*, dienen volgens deze auteur twee voorwaarden vervuld te zijn. Enerzijds mogen niet meer gegevens overgebracht worden dan nodig, daar het anders gaat om een strafbare bekendmaking. En anderzijds dient het doorgeven te gebeuren – hetzij op verzoek van de patiënt hetzij met diens uitdrukkelijke of stilzwijgende toestemming – aan een persoon met wie de patiënt een *vertrouwensrelatie* heeft (bv. van medisch specialist naar huisarts) of zal hebben (bv. van huisarts naar medisch specialist). Volgens Nys is zulk een relatie uitgesloten wanneer de arts handelt in opdracht van een derde, zoals bv. een verzekeringsmaatschappij³⁸. Hetgeen onvermijdelijk betekent dat een overbrengen van medische gegevens van de huisarts van de patiënt naar de arts van de maatschappij in de persoon van de eerste een strafbare bekendmaking uitmaakt! De theorie van het gedeelde beroepsgeheim («secret partagé»), waarop in bepaalde rechtsleer een veelvuldig beroep wordt gedaan om het doorgeven van geheimen aan collega's te verantwoorden³⁹, kan zulks volgens Nys niet verhinderen⁴⁰.

C. Uitzonderingen op het medisch beroepsgeheim volgens art. 458 Sw.

13. Uit de tekst van art. 458 Sw. blijkt reeds dat geneesheren niet gehouden zijn door hun medisch beroepsgeheim wanneer zij «geroepen worden om in rechte getuigenis af te leggen (... wanneer) de wet hen verplicht die geheimen bekend te maken». Vandaar dat in deze beknopte studie dan ook even stilgestaan zal worden bij de getuigenis in rechte van geneesheren (zie *infra*, nrs. 14 en 15), de overlegging van het medisch dossier (zie *infra*, nr. 16) en de wettelijke be-

tuchtrechtelijke sancties en een burgerrechtelijke veroordeling tot schadevergoeding zijn niet uitgesloten wanneer de schending te wijten is aan onvoorzichtigheid of nalatigheid (DIERKENS, R., *o.c.*, 261; HENNAU, Chr. en VERHAEGEN, J., «Recherche policière et secret médical», *J.T.*, 1988, 167).

³⁶ Nys, H., *o.c.*, 396, nr. 921.

³⁷ Nys, H., *o.c.*, 396, nr. 921.

³⁸ Nys, H., *o.c.*, 397, nr. 922.

³⁹ RYCKMANS, X. en MEERT-VAN DE PUT, R., *o.c.*, nr. 166. Zie eveneens, *supra*, nr. 9, en *infra*, nr. 60.

⁴⁰ Nys stelt het als volgt: «Al bij al heeft men geen behoefte aan dubbelzinnige constructies zoals het gedeeld beroepsgeheim om patiëntengegevens in de gezondheidszorg vlot te laten doorstromen en toch voldoende te beschermen. Art. 458 Sw. verhindert niet het toevertrouwen van patiëntengegevens door een arts aan een collega met het oog op de hulpverlening aan een patiënt.» (Nys, H., *l.c.*, 397, nr. 921). Voor een kritische bespreking van de verschillende opvattingen over het gedeeld beroepsgeheim, zie LAMBERT, P., *o.c.*, 121.

palingen die de arts uitdrukkelijk van zijn beroepsgeheim ontheffen (zie *infra*, nr. 17)⁴¹.

1° In rechte getuigenis afleggen: spreek- en zwijgrecht

14. Zoals blijkt uit de tekst van art. 458 Sw., is de arts die besluit de hem toevertrouwde geheimen bekend te maken wanneer hij *geroepen* wordt om in rechte getuigenis af te leggen – d.i. het afleggen van een mondelinge of schriftelijke verklaring voor de burgerlijke rechter, de strafrechter of de onderzoeksrechter⁴² – niet strafbaar⁴³⁻⁴⁴. De geneesheer kan daarentegen ook besluiten *geen getuigenis* af te leggen en dus het stilzwijgen te bewaren⁴⁵. Er bestaat geen eensgezindheid over de grondslag van dit recht om te zwijgen.

⁴¹ In het kader van deze beknopte verhandeling kunnen uiteraard niet alle aspecten van de uitzonderingen op het medisch beroepsgeheim grondig geanalyseerd worden. Omtrent de problematiek van de goede rechtsbedeling, m.n. het recht op verdediging van de arts voor de rechtbanken, zijn recht om als eisende partij op te treden voor de rechter (bv. een vordering tot betaling van honorarium) en zijn optreden in tuchtzaken voor een disciplinaire instantie van de Orde der Geneesheren, raadplege men derhalve o.m. RYCKMANS, X. en MEERT-VAN DE PUT, R., *o.c.*, nrs. 204 e.v.; LAMBERT, P., *o.c.*, 113 e.v.; NYS, H., *o.c.*, 1267-1271, nrs. 38-46; NYS, H., *o.c.*, 418-420, nrs. 977-982; BRASSEUR, H., «Le secret médical et le droit de la défense du médecin», *De Verz.*, 1990, 184, noot onder Brussel, 18 oktober 1989; GOFFIN, L., «L'avocat ou le médecin peut-il révéler à ses autorités disciplinaires le secret dont il est professionnellement le dépositaire?», *Ann.Dr.*, 1984, 370; THIRY, Y., «Problematiek van het beroepsgeheim. Tucht recht orde der geneesheren», *VI.T.Gez.*, 1986-87, 328.

⁴² Cass., 12 april 1976, *R.D.P.*, 1975-76, 917. Het verlenen van medewerking aan politie of rijkswacht valt hier dus niet onder (HENNAU, Chr. en VERHAEGEN, J., *o.c.*, 165).

⁴³ Over de juridische kwalificatie van deze niet-strafbaarheid bij getuigenis in rechte bestaan uiteenlopende opvattingen. Volgens bepaalde auteurs gaat het om een spreekrecht, dat evenwel niet mag worden misbruikt (zie o.m. DIERKENS, R., *o.c.*, 267; HENNAU, Chr. en VERHAEGEN, J., *o.c.*, RUTTIENS, R., «Getuigenis in rechte en medisch beroepsgeheim», *T.Orde Gen.*, 1987, afl. 38, 56). Anderen stellen dan weer dat het een louter straffeloze bekendmaking, m.a.w. een toelating van de strafwet of een strafrechtelijke immuniteit betreft, die civielrechtelijke of tuchtrechtelijke sancties niet zou betreffen (zie o.m.: DUPONT, L. en VERSTRAETEN, R., *Handboek Belgisch Strafrecht*, 1990, Leuven, nr. 352; DUMON, F., *o.c.*, 24; Cass., 30 oktober 1978, *R.W.*, 1978-79, 2232).

⁴⁴ Over de vraag of de arts in dat geval toch nog tuchtrechtelijk gestraft kan worden door de Orde der Geneesheren, bestaan uiteenlopende opvattingen. MARÉCHAL, LEGROS en RUTTIENS antwoorden hier bevestigend op (geciteerd door LAMBERT, P., *o.c.*, 139; RUTTIENS, *o.c.*, 56). DUMON, HENNAU en VERHAEGEN sluiten een tuchtsanctie niet uit wanneer de arts enerzijds n.a.v. zijn getuigenis een deontologische fout begaat en anderzijds misbruik maakt van zijn spreekrecht (DUMON, F., «Le secret médical», *Cons. Man.*, 1987, 25; HENNAU, Chr. en VERHAEGEN, J., *o.c.*, 117). HANNEQUART gaat eveneens in deze richting op voorwaarde dat de raad van de orde zijn mening niet in de plaats stelt van het geweten van de arts en de eer en de waardigheid van het beroep door het getuigenis in het gedrang zijn gebracht (HANNEQUART, Y., *o.c.*, 1172-1173). LAMBERT gaat het verst door de vraag onvoorwaardelijk positief te beantwoorden (LAMBERT, P., *o.c.*, 139-140).

⁴⁵ BLANPAIN, R., *o.c.*, 288. Blijkbaar wordt het bestaan van een (zwijg)recht i.p.v. een straffeloze mogelijkheid hier meer aanvaard (Cass., 23 september 1986, *Arr.Cass.*, 1986-87, nr. 43, *T.G.R.*, 1987, 128; het Hof oordeelt nl. «dat aan het recht van een getuige om

Volgens Ruttiens⁴⁶ blijkt zulks impliciet uit art. 458 Sw. zelf: het recht om te spreken houdt ook in dat men het recht heeft te zwijgen. Nys⁴⁷ betwist deze stelling daar art. 458 Sw. volgens hem de nadruk legt op de spreekplicht en niet op het zwijgrecht dat in civiele zaken volgt uit art. 929 Ger.W., waaruit blijkt dat het beroepsgeheim voor de getuige een wettige reden is om te worden ontslagen van de eed of het getuigenis. Ofschoon er in het Wetboek van Strafvordering geen analoge bepaling te vinden is, wordt het zwijgrecht ook in strafzaken algemeen aanvaard. In elk geval kan de arts echter niet tot spreken worden gedwongen, zelfs indien hij van zijn geheimhoudingsplicht is ontslagen door de patiënt⁴⁸. Over de opportuniteit te spreken of te zwijgen kan de arts immers zelf in geweten oordelen wanneer hij als getuige wordt gedagvaard⁴⁹. Al doet hij er m.i. wel goed aan, bij zijn besluitvorming, rekening te houden met de zienswijze van de patiënt⁵⁰.

15. De arts is echter niet geheel vrij in zijn beoordeling. Vooral het cassatiearrest van 23 juni 1958 betekende een bres in de opvatting dat een geneesheer die geroepen wordt om te getuigen, volledig autonoom beslist. De feitenrechter dient nl. na te gaan of «in acht genomen de gegevens van de zaak, de getuige, door het stilzwijgen te bewaren, het beroepsgeheim niet afwendt van zijn doel.»⁵¹ Als dat dan toch

wegens het beroepsgeheim, het stilzwijgen te bewaren...»; Pol. Luik, 16 oktober 1985, *Jur.Liège*, 1985, 594; SCREVEENS, R., «Le médecin témoin ou expert devant les juridictions et les droits de l'homme», *R.D.P.*, 1982, 107 e.v.; HANNEQUART, Y., noot onder Cass., 13 mei 1987, *Jur.Liège*, 1987, 1171). DIERKENS stelt het als volgt: «De voorziening van art. 458 Sw. inzake getuigenis in rechte houdt een dubbele uitzondering in: de principieel gebiedende plicht te zwijgen wordt omgebogen in een recht te spreken; de even principieel gebiedende plicht te getuigen, en dus te spreken, wordt omgezet in een recht te zwijgen» (DIERKENS, R., *o.c.*, 267). Van dit zwijgrecht wordt bovendien geen afstand gedaan door de omstandigheid dat de arts tijdens het vooronderzoek verklaringen zou hebben afgelegd en zich dan niet op het beroepsgeheim zou hebben beroepen (Cass., 23 september 1986, *Arr.Cass.*, 1986-87, nr. 43).

⁴⁶ RUTTIENS, R., «Getuigenis in rechte en medisch beroepsgeheim», *T.Orde Gen.*, 1987, afl. 38, p. 55.

⁴⁷ NYS, H., «Getuigenis in rechte», *T.Orde Gen.*, 1987, afl. 36, 57-61, en NYS, H., *o.c.*, 399, nr. 928. Zie voor het Franse recht, dat geen uitzondering maakt voor een getuigenis in rechte van de houder van een beroepsgeheim, FENAUX, H., «Etendue de l'obligation du secret professionnel du médecin», *D.*, 1988, 106.

⁴⁸ BLANPAIN, R., *o.c.*, 288. Volgens sommige rechtspraak en rechtsleer zou de getuige toch moeten spreken wanneer hij door de patiënt ontslagen is van zijn zwijgplicht. Rechtspraak: Arbh. Bergen, 16 januari 1976, *Inf.R.I.Z.I.V.*, 1976, 256; Arbh. Bergen, 20 september 1977, *T.S.R.*, 1978, 203, kwam hierop terug; Arbrb. Brussel, 3 juni 1977, *J.T.*, 1977, 627, vernietigd door Cass., 30 oktober 1978, *R.W.*, 1978-79, 2232. Rechtsleer: DUMON, F., *o.c.*, 24. Deze auteur wijst er wel op dat, wanneer de arts dan toch nog twijfelt over de opportuniteit van een getuigenis, een tussenkomst van de rechter (eventueel na het advies van een lid van de Raad van de Orde der Geneesheren) noodzakelijk is die eventueel kan besluiten tot een niet-openbare zitting.

⁴⁹ Cass., 23 september 1986, *Arr.Cass.*, 1986-87, nr. 43.

⁵⁰ Zie ook DIERKENS, R., *o.c.*, 267.

⁵¹ Cass., 23 juni 1958, *Arr.Cass.*, 1958, 854, *Pas.*, 1958, I, 1180, *R.D.P.*, 1957-58, 1020, *J.T.*, 1958, 597, met kritische noot van CARLIER, L., die stelde dat «les tribunaux ne peuvent se substituer à la conscience du médecin.» In dezelfde zin: Cass., 30 oktober 1978,

het geval blijkt te zijn, zal de geneesheer, zoals iedere getuige, moeten spreken omdat het beroepsgeheim niet geldt.

Uit deze cassatierechtspraak uit het eind van de jaren vijftig zou men m.i. reeds een — weliswaar beperkte — stap naar een relatieve in plaats van een absolute zeggenschap van de geneesheer over het beroepsgeheim, kunnen ontwaren. Maar zoals nog zal blijken, werd deze tendens — mede ten gevolge van een opvallende verharding van de medische deontologie daaromtrent (cf. art. 64 van de Code van de Geneeskundige Plichtenleer, uitgevaardigd door de Nationale Raad van de Orde der Geneesheren in 1975; het zgn. «rode boekje»⁵²)⁵³ — niet voortgezet door het cassatiearrest van 30 oktober 1978 (zie *infra*, nr. 28). Pas in de tweede helft van de jaren tachtig blijken er weer tendensen naar een versoepelde opvatting van het medisch geheim op te duiken in de (cassatie)rechtspraak (zie *infra*, nr. 30).

2° Het overleggen van het medisch dossier⁵⁴

16. Luidens art. 877 Ger.W. kan de rechter wanneer er gewichtige, bepaalde en met elkaar overeenstemmende vermoedens bestaan dat een partij of een derde (bv. een raad van de Orde der Geneesheren)⁵⁵ een stuk onder zich heeft, dat het bewijs inhoudt van een ter zake dienend feit, bevelen⁵⁶ dat het stuk of een eensluidend afschrift ervan bij het

R.W., 1978-79, 2232; Cass., 23 september 1986, *Arr.Cass.*, 1986-87, nr. 43; Cass., 20 maart 1989, *Arr.Cass.*, 1988-89, nr. 409, *J.T.*, 1990, 195). Zie eveneens BLANPAIN, R., *o.c.*, 289.

⁵² De in 1950 door de Hoge Raad van de Orde der Geneesheren opgestelde code werd door de Raad van State vernietigd (R.v.St., 6 oktober 1951, *Rev.Jur.Dr.Adm.*, 1952, 97). Voor de recentste versie van de Code van Geneeskundige Plichtenleer (editie 1992), zie *T.Orde Gen.*, 1933/Maart, nr. 59.

⁵³ Nys, H., «Het medisch beroepsgeheim en de aflevering van een geneeskundige verklaring», *VI.T.Gez.*, 1981-82, 37, nr. 6, noot onder Rb. Leuven, 5 januari 1979 en Brussel, 3 februari 1981.

⁵⁴ Voor gedetailleerde informatie, raadplege men o.m. LAFFINEUR, J., «Dossier médical et droits du patient», *D.C.C.R.*, 1991-92, 966-1002; SHUTYSER, K., «Eigendom en medische dossiers», *R.W.*, 1983-84, 3021 e.v.; DALCO, R.O., *Expertises civiles*, 501-504; CORBISSIER, I., «Pouvoirs et transparence dans la relation thérapeutique», *R.G.A.R.*, 1990, nr. 11.682; X, «Het medisch beroepsgeheim en artikel 877 van het Gerechtelijk Wetboek», *T. Orde Gen.*, 1976-77, 33-41; VAN COMPERNOLLE, J., «La procédure forcée de production de document dans le Code judiciaire», *Ann.Louvain*, 1981, 89 en vooral p. 99 m.b.t. de absolute opvatting van het medisch beroepsgeheim. Zie eveneens art. 42 en art. 62 van de Code van de Geneeskundige Plichtenleer die de arts toestaan, zonder hem daartoe te verplichten, aan de patiënt in de mate waarin deze laatste er belang bij heeft (beoordeling door de arts), alle objectieve elementen van het medisch dossier, te bezorgen. Het gehele medische dossier, nl. de röntgenopnames, de negatiefopnamen, de onderzoeksresultaten, de medische protocols, de nota's van de artsen die medische gegevens bevatten, moet als objectief medisch gegeven worden beschouwd, behalve wanneer de aangestelde gerechtsdeskundigen menen dat bepaalde stukken onder het beroepsgeheim vallen (Rb. Brussel, 18 januari 1991, *R.G.A.R.*, 1992, nr. 11.905).

⁵⁵ Cass., 23 juni 1986, *Arr.Cass.*, 1985-86, nr. 668.

⁵⁶ De sanctie vinden we in art. 882 Ger.W., luidens hetwelk een partij of een derde die zonder wettige reden nalaat het stuk of het afschrift over te leggen, kan worden veroordeeld tot een «schadevergoeding als behoort». Volgens NYS en LAMBERT kan, naar analogie van art. 929 Ger.W. (zie *supra*, nr. 14), onder «wettige reden»

dossier van de rechtspleging wordt gevoegd⁵⁷. Volgens de meerderheid van de rechtspraak⁵⁸ gaat het hier om een verplichting die volkomen analoog is met de verplichting een getuigenis in rechte af te leggen. Hetgeen concreet tot gevolg heeft dat art. 877 Ger.W. door een arts niet hoeft te worden nageleefd, *voor zover het geheime gegevens betreft* en onder voorbehoud van toetsing door de rechter⁵⁹. M.a.w. zoals de arts die gedagvaard wordt om over een feit dat onder de zwijgplicht valt, een getuigenis af te leggen, de keuze heeft tussen spreken of zwijgen, zo kan de arts die het bevel krijgt een document dat onder het beroepsgeheim valt te

het medisch beroepsgeheim verstaan worden (NYS, H., «Getuigenis in rechte en medisch beroepsgeheim», *T.Orde Gen.*, 1987, afl. 36, 57-59; NYS, H., *o.c.*, 401, nr. 932, en LAMBERT, P., «Secret professionnel et dossier disciplinaire», *J.T.*, 1990, 196). *Contra*: COLLE, Ph., *o.c.*, 239. Aanvoeren dat het beroepsgeheim een «wettige reden» kan zijn in de zin van art. 882 Ger.W. om het attest niet af te leveren of om geen getuigenis af te leggen, leidt volgens COLLE nl. tot een «cirkelredenering» die de door art. 458 Sw. aan de rechter verleende macht om de arts tot getuigenis te brengen, volledig ontkracht. De omstandigheden waarin de rechter gemachtigd is het beroepsgeheim van artsen te doorbreken vinden o.m. precies hun oorsprong in bovengenoemde artikelen. Volgens deze auteur dient art. 929 Ger.W., dat het beroepsgeheim waarvan de getuige bewaarder is, uitdrukkelijk beschouwt als een wettige reden, dan ook dringend herzien te worden.

⁵⁷ Bepaalde rechtspraak aanvaardt dat het dossier dan aan een gerechtelijk deskundige — en dus niet aan de rechter — ter hand gesteld kan worden (Kh. Brussel, 16 februari 1984, *De Verz.*, 1987, 124, met afwijzende noot van STANDAERT, M., die nl. betwijfelt of de arts wel op zo'n bevel mag ingaan; de deskundige zou dan zelf tot geheimhouding verplicht zijn jegens de rechter en dat maakt de deskundigenopdracht zinloos). Zie eveneens Arbrb. Brussel, 2 februari 1990, *J.T.T.*, 1990, 276: de rechter beval op grond van art. 982 Ger.W. het medisch dossier te bezorgen aan de aangestelde gerechtsdeskundige die zijn verslag er dan op kon baseren en, indien de bescherming van het privé-leven het eiste, zijn bron geheim diende te houden. *Contra*: Arbh. Bergen, 16 januari 1976, *Inf.R.I.Z.I.V.*, 1976, 256.

⁵⁸ GLANSDORFF, F. en LAGASSE, D., «Le secret médical administratif et ses prolongements», *J.T.*, 1981, 738, nr. 12, voetnoot 67; NYS, H., «Getuigenis in rechte en medisch beroepsgeheim», *T.Orde Gen.*, 1987, afl. 36, 57-59; NYS, H., *o.c.*, 401, nr. 932, en LAMBERT, P., «Secret professionnel et dossier disciplinaire», *J.T.*, 1990, 196. Deze auteurs verwijzen daarbij naar Cass., 30 oktober 1978, *R.W.*, 1978-79, 2232: dit arrest werd gewezen op de voorziening van een geneesheer — als hoofd van de dienst heelkunde van een ziekenhuis, waar een werknemer als slachtoffer van een arbeidsongeval was opgenomen — ingediend tegen het vonnis van een arbeidsrechtbank dat de overlegging van het medisch dossier had beslist en het weigeren van die overlegging onder het voorwendsel van het beroepsgeheim had verworpen (cf. *infra*, nr. 28). Zie ook voordien reeds Arbh. Bergen, 16 januari 1976, *Inf.R.I.Z.I.V.*, 1976, 256, en X, «Het medisch beroepsgeheim en artikel 877 van het Gerechtelijk Wetboek», *T.Orde Gen.*, 1976-77, 33-41. *Contra*: HENRY, P., «Contre le droit au secret médical», *Jur.Liège*, 1980, 129.

⁵⁹ NYS, H., *o.c.*, 401, nr. 932, met verwijzing naar Cass., 20 maart 1989, *Arr.Cass.*, 1988-89, nr. 409. Dit arrest oordeelt inderdaad nogmaals dat «de rechter op grond van de specifieke gegevens van de zaak dient na te gaan of de weigering, onder aanvoering van het beroepsgeheim, van een geneesheer of een tuchtoverheid om overeenkomstig art. 877 Ger.W. de stukken die hij onder zich heeft op de griffie van het rechtscollege bij het dossier van de rechtspleging te voegen, het geheim niet afwendt van het bij de instelling ervan beoogde oogmerk.» *Contra*: COLLE, Ph., *o.c.*, 239.

overhandigen, de afgifte weigeren met een beroep op zijn zwijgplicht. Ook in dit geval zal de rechter nagaan of deze weigering verantwoord is of niet.

Zoals we zullen zien heeft deze opvatting dan tot gevolg dat de overhandiging van het medisch dossier als dusdanig geen uitkomst meer biedt voor de verzekeringsmaatschappij om een voor haar noodzakelijk medisch attest te krijgen, daar de betrokken arts zich (onder druk van zijn Orde) meestal zal beroepen op zijn beroepsgeheim (zie infra, nr. 54).

3° Wettelijke verplichting om geheimen bekend te maken

17. Volgens art. 458 Sw. geldt het verbod beroepsgeheim bekend te maken niet wanneer de wet verplicht de geheimen bekend te maken⁶⁰. Als voorbeelden kan men o.m. naar voren schuiven: de verplichte mededeling van alle noodzakelijke inlichtingen en stukken aan geneesheren-inspecteurs van de dienst voor geneeskundige controle van het R.I.Z.I.V. (art. 84 Z.I.V.-Wet)⁶¹, de aangifte van besmettelijke en seksueel overdraagbare ziekten (K.B., 1 maart 1971 m.b.t. de profylaxe tegen overdraagbare ziekten, *B.S.*, 23 april 1971, en besluitwet van 24 januari 1945 m.b.t. de profylaxe der geslachtsziekten, *B.S.*, 26 januari 1945)⁶², de kennisgeving van bevalling buiten een ziekenhuis en de aangifte van de geboorte (cf. artt. 56, §§ 2 en 3, *B.W.*)⁶³, de aangifte van arbeidsongevallen (cf. art. 58, f, van de Code van Geneeskundige Plichtenleer; vgl. art. 62, vierde lid, Arbeidsongevallenwet), het medisch getuigschrift voorafgaand aan de gedwongen opname in een psychiatrisch ziekenhuis

(art. 58, g, van de Code van Geneeskundige Plichtenleer), en de aangifte van misdrijven (cf. art. 30 Sv.)⁶⁴.

4° Geheimhoudingsplicht en rechtvaardigingsgronden

a. Algemeen

18. Behalve de uitzonderingen die in art. 458 Sw. zelf of op basis van een uitdrukkelijke wetsbepaling geregeld zijn (zie supra, nr. 17), kunnen uitzonderingen op de geheimhoudingsplicht ook voortvloeien uit de toepasselijkheid in een concreet geval van een (strafrechtelijk toegelaten) rechtvaardigingsgrond⁶⁵. Hierbij kan o.m. gedacht worden aan de *noodtoestand* en de *aangifte van misdrijven*⁶⁶, het *wettelijk voorschrift* (cf. supra, nr. 17) en het *overheidsbevel* (art. 70 Sw.)⁶⁷, en last but not least de *toestemming van de patiënt*. Vooral op deze laatste rechtvaardigingsgrond zal nader ingegaan worden wegens het belang voor de in het kader van deze beknopte studie behandelde materie.

⁶⁴ Zie eveneens art. 20, K.B. 31 mei 1885, dat volgens rechtsleer en rechtspraak geen verplichting inhoudt om geheimen bekend te maken en misdrijven aan te geven (rechtsleer: o.m. HANNEQUART, Y., o.c., 1171; RYCKMANS, X., en MEERT-VAN DE PUT, R., o.c., nr. 189; DUMON, F., o.c., 20; rechtspraak: Cass., 14 juni 1965, *J.T.*, 1965, 486, *Pas.*, 1965, I, 1102, noot, *Rev.Adm.*, 1965, 10; Cass., 30 oktober 1978, *R.W.*, 1978-79, 2232).

⁶⁵ DIERKENS wijst erop dat iedere afwijking van de zwijgplicht die voorkomt buiten de gevallen die uitdrukkelijk bij de wet zijn bepaald, gerechtvaardigd moet zijn door een zeer gegronde reden, gebaseerd op een duidelijke noodzaak (DIERKENS, R., o.c., 263).

⁶⁶ De bescherming van het privé-leven van een patiënt en van de vertrouwensrelatie tussen arts en patiënt kan namelijk in conflict komen met de bescherming van andere waarden en belangen zoals de opsporing van misdadigers, de bescherming van minderjarigen tegen mishandeling, e.d.m. Daar art. 458 Sw. deel uitmaakt van het strafrecht en het bijgevolg niet losgemaakt kan worden van de algemene systematiek van het strafrecht, is er op zich geen reden waarom bij de toepassing van dat artikel niet de in het Strafwetboek geregelde mechanismen die t.v.v. de beklagde kunnen werken (zoels bv. de noodtoestand), zouden spelen. Voor meer informatie omtrent deze vooral gerechtelijke – en in deze studie niet aan bod komende – problematiek, raadplege men o.m. DE NAUW, A., «La consécration jurisprudentielle de l'état de nécessité», *R.C.J.B.*, 1989, 593; HENNEAU, Chr. en VERHAEGEN, J., o.c., 165; NYS, H., o.c., 409 e.v., nr. 958 e.v.; DIERKENS, R., o.c., (261), 263-267. En meer specifiek over kindermishandeling en medisch beroepsgeheim: DASSEN, A., «Kindermishandeling en het beroepsgeheim van de geneesheer», *R.W.*, 1972-73, 929; LAHAYE, N., «Le droit de l'enfant au secret professionnel face à la puissance parentale», *R.D.P.*, 1980, 569; LAMBERT, P., «Enfants maltraités et toxicomanes dans la polémique du secret professionnel», *R.D.P.*, 1990, 305; LUYCKX, J., «Kindermishandeling en medisch beroepsgeheim», *Limb.Rechtsl.*, 1979, 61.

⁶⁷ Als voorbeeld zou hier o.m. gedacht kunnen worden aan art. 63, § 1, van de Wegverkeerswet dat de verplichting oplegt een bloedmonster te laten nemen door een daartoe gevorderde geneesheer. Alsdan dient de gevorderde arts o.m. een formulier in te vullen waarin hij verslag moet doen van zijn klinisch onderzoek en bevindingen bekendmaakt die onder de geheimhoudingsplicht vallen (art. 2 K.B., 10 juni 1959). Voor nadere informatie omtrent dit onderwerp, consultere men o.m. HUTSEBAUT, F., «De bloedproef en het beroepsgeheim van de geneesheer», *Panopticon*, 1984, 150; NYS, H., o.c., 416-417, nrs. 972-974.

⁶⁰ Volgens sommige auteurs wordt hiermee slechts een formele wet bedoeld (zie o.m. DUMON, F., o.c., 20-21; SCHUERMANS, L., «Enkele slotbeschouwingen», *Cons.Man.*, 1979, nr. 2-3, p. 156; NYS, H., o.c., 402, nr. 935. Deze laatste auteur wijst er wel op dat zulk een wet aan de Koning kan opdragen deze uitzonderingen nader uit te werken). Voor anderen volstaat een wet in de materiële zin (RYCKMANS X. en MEERT-VAN DE PUT, R., o.c., nr. 125).

⁶¹ Uit de artt. 36, 84 en 104 van de wet van 9 augustus 1963 vloeit voort dat de behandelende arts, algemeen geneeskundige of medisch specialist, gehouden is, zonder zich te kunnen verschuilen achter het medisch beroepsgeheim, aan de adviserend arts van de verzekeringsinstelling of aan de medische inspecteur van de dienst voor geneeskundige controle van het R.I.Z.I.V. alle inlichtingen van medische aard mee te delen die zij nodig hebben om hun controleopdracht i.v.m. de financiële tegemoetkoming van de verzekeringsinstelling en het R.I.Z.I.V. uit te oefenen. Zie o.m. Cass., 7 september 1989, *R.W.*, 1989-90, 404. Zie eveneens art. 58, a, van de Code van de Geneeskundige Plichtenleer en art. 104 Z.I.V.-Wet. Voor meer informatie daarover, raadplege men o.m. SCHUTYSER, K., o.c., 13; DELHUVENNE, M., «Juridische dubbelzinnigheden van het medisch beroepsgeheim», *B.T.S.Z.*, 1978, 562; PURNELLE, G., «Het beroepsgeheim in het raam van de geneeskundige controle van het R.I.Z.I.V.», *Inf.R.I.Z.I.V.*, 1990, 161. Zie ook supra, voetnoten 14, 15 en 16.

⁶² Zie daarover o.m. NYS, H., «Is aangifte van AIDS wettelijk verplicht?», *R.W.*, 1987-88, 1323, nrs. 5-9; HINNEKENS, M. en RONS-MANS, E., *Geneeskunst. Coördinatie van de geldende wetten, besluiten en internationale conventies in verband met de verschillende takken van de geneeskunst*, Heule, 282/5-8.

⁶³ Zie daarover NYS, H., o.c., 1261-1262, nr. 26.

b. De toestemming van de patiënt

19. Om de vraag op te lossen of de patiënt zijn behandelende geneesheer mag ontheffen van zijn beroepsgeheim, dient noodzakelijkerwijze vooraf een onderzoek gedaan te worden naar de *werkelijke aard* van het medisch beroepsgeheim.

(i) JURIDISCHE AARD VAN HET MEDISCH BEROEPSGEHEIM

20. Van oudsher reeds wordt algemeen aangenomen dat de eerbiediging van het medisch beroepsgeheim een regel is van openbare orde, die raakt aan de essentiële belangen van de Staat of de gemeenschap, of die op het gebied van het privaatrecht de grondregelen bepaalt waarop de economische of morele orde van een bepaalde maatschappij is gevestigd⁶⁸. Aldus worden op de schending van deze regel strafrechtelijke sancties gesteld. De *maatschappij* heeft er namelijk belang bij dat er een beroepsgeheim bestaat. Wie zou er nog een arts bezoeken of zich naar een ziekenhuis begeven, wanneer hij weet dat de intiemste zaken aan de buitenwereld prijsgegeven kunnen worden? Men zou angstvallig vermijden zich te laten verzorgen of dit toch zo lang mogelijk uitstellen. Door het beroepsgeheim kunnen alle zieken zich met al hun geheimen tot de arts wenden, hetgeen de *volksgezondheid* duidelijk ten goede komt⁶⁹. Het beroepsgeheim is echter ook ingesteld in het belang van de individuele patiënt. Het belangt hem immers aan dat de gegevens die hij in volle vertrouwen meedeelt aan zijn arts, hun vertrouwelijk karakter behouden en door deze laatste niet publiek gemaakt worden (zonder zijn toestemming). Een optimale hulpverlening zou niet gewaarborgd zijn, indien de arts niet in een sfeer van volledig vertrouwen naar de diepste oorzaken van de klacht kan speuren. Ten slotte dient het beroepsgeheim ook de artsen zelf daar het de betrouwbaarheid van hemzelf en zijn beroep t.o.v. het publiek ten goede

⁶⁸ Cf. DE PAGE, H., *Traité élémentaire de droit civil belge*, I, 1962, 3e druk, Brussel, Bruylant, nr. 91. Dit beginsel wordt niet alleen bevestigd door de rechtsleer (zie infra, voetnoot 71) en de rechtspraak (o.m. Cass., 23 juni 1958, *Arr.Cass.*, 1958-59, 854, *J.T.*, 1958, 597, noot CARLIER, L.; Cass., 30 oktober 1978, *Pas.*, 1979, I, 248; zie ook infra, nr. 45), maar ook door art. 55 van de Code van de medische plichtenleer. Voorheen meende men de grondslag van het beroepsgeheim te vinden in de toepassing van een overeenkomst van bewaargeving of in een overeenkomst sui generis (zie daarover RYCKMANS, X. en MEERT-VAN DE PUT, R., o.c., 118 e.v., en VAN CAMP, C., o.c., 26).

⁶⁹ LEGEIN, M., «Le secret professionnel du médecin», *Journal des procès*, 1987, afl. 111, 14-15. In tegenstelling tot wat men de subjectieve opvatting van de grondslag van het beroepsgeheim zou kunnen noemen (d.i. het beroepsgeheim bekeken vanuit het particulier belang van de patiënt), gaat het hier veeleer om een objectieve interpretatie van het beroepsgeheim. VAN NESTE wijst er dienaangaande op dat, wanneer men – zoals de Orde der Geneesheren dit doet – op dit laatste de klemtoon legt, men veeleer geneigd zal zijn om de inhoud van het geheim zo ruim mogelijk op te vatten (cf. artt. 56 en 57 Code van de Geneeskundige Plichtenleer; zie infra, voetnoot 35), hetgeen volgens deze auteur vermeden dient te worden door voortdurende correcties van de subjectieve interpretatie (VAN NESTE, F., «Het medisch beroepsgeheim», in HEYVAERT, A., KRUIJTHOF, R. en VANSWEEVELT, T. (red.), *Juridische aspecten van de geneeskunde*, Antwerpen, Kluwer, 1989, 194-195, nr. 2).

komt⁷⁰. Of zoals een Frans auteur het uitdrukte: «Il n'y a pas de médecin sans confiance, pas de confiance sans confidence, pas de confidence sans secret»⁷¹.

21. De hamvraag is nu echter of deze maatschappelijke finaliteit van het medisch beroepsgeheim ertoe kan leiden dat men aan dit beroepsgeheim een absoluut, dan wel een relatief karakter dient toe te kennen. Deze vraag ligt aan de basis van een hele polemie binnen de rechtsleer en rechtspraak.

Hierbij dient opgemerkt te worden dat het hier niet louter gaat om een theoretische woordenstrijd omtrent de precieze juridische draagwijdte van wat nu onder «openbare orde» verstaan dient te worden, maar eerder om een maatschappelijk debat in het kader van een op het eigentijdse maatschappelijk gebeuren gerichte gezondheidszorg, waaraan verregaande praktische gevolgen kleven, o.m. op het vlak van de levensverzekering.

(ii) BETWISTING IN DE RECHTSLEER

(a) De absolute opvatting van het medisch beroepsgeheim

22. Volgens de klassieke leer die haar wortels vindt in de Franse revolutie en (vooral door de artsen) duidelijk uitgewerkt werd rond de eeuwwisseling⁷², is het medisch beroepsgeheim, precies omdat het is ingesteld in het openbaar belang (d.i. het belang van de gehele bevolking), onttrokken aan de beschikkingsmacht van de arts en de patiënt. Daar het – strafrechtelijk gesanctioneerd⁷³ – medisch beroepsgeheim ingesteld is in het openbaar belang en dus niet uitsluitend in het belang van de patiënt, moet het algemeen belang dat de zwijgplicht oplegt, *voorrang* hebben op het recht op de waarheid en het bewijsrecht van derden. Volgens Van Neste⁷⁴ liggen ook de toenemende automatisering (cf. de computerverwerking van medische gegevens) en socialisering van de geneeskunde (d.w.z. het medisch onderzoek en verzorging waaraan een groot aantal artsen en verpleegkundigen en ander paramedisch personeel hun medewerking verlenen) aan de basis van deze paniekerige verabsolutering

⁷⁰ RYCKMANS, X. en MEERT-VAN DE PUT, R., o.c., nrs. 162-164; VAN REEPINGHEN, Ch., «Le secret professionnel du médecin», *J.T.*, 1950, 441; RUTSAERT, J., «Le système jurisprudentiel du droit au respect de la vie privée», *J.T.*, 1973, 495, nr. 36; DALCO, R.O., «Réflexions sur le secret professionnel», *R.G.A.R.*, 1986, nr. 11.056(2); BLANPAIN, R., o.c., 275-256; HENRY, P., «Contre le droit au secret médical», *Rev.Liège*, 1980, 131, noot onder Luik, 6 december 1979; VAN NESTE, F., o.c., 1300, nr. 19; DIERKENS, R., o.c., 262; LECLERCQ, J., o.c., nr. 7719; DELHUVENNE, M., «Juridische dubbelzinnigheden van het medisch beroepsgeheim», *B.T.S.Z.*, 1978, 552 e.v., nrs. 9 e.v. Zie eveneens Brussel, 3 februari 1981, *VL.T.Ge.*, 1981-82, 34, noot NYS, H.; CARELS, H., o.c., 332.

⁷¹ PORTES, A., *A la recherche d'une éthique médicale*, Parijs, 1964, 153.

⁷² Zie o.m. de zaak Watelet: Cass.fr., 19 december 1885, *Sirey*, 1886, I, 176, *Dall.pér.*, 1886, I, 347, noot. Voor een rechtshistorisch overzicht van het ontstaan van deze absolute strekking, raadplege men LAMBERT, P., o.c., 39-42, en VAN CAMP, C., «Juridische beschouwingen omtrent het medisch beroepsgeheim», *Cons.Man.*, 1979, afl. 2-3, pp. 20-21.

⁷³ Daar deze strafrechtelijke tekst van openbare orde is, dient het verbod dat door deze tekst wordt opgelegd, van dezelfde aard te zijn, m.a.w. absoluut en van openbare orde.

⁷⁴ VAN NESTE, F., o.c., 196, nr. 3.

van het medisch beroepsgeheim dat men tot elke prijs veilig wenst te stellen.

Vandaar dat de geneesheer volgens deze *absolute strekking*, buiten de gevallen waarin hij ertoe wettelijk verplicht is of waarin hij in rechte moet getuigen (art. 458 Sw.), noch rechtstreeks, noch onrechtstreeks inlichtingen mag verstrekken nopens feiten waarvan hij in het kader van zijn beroep kennis heeft gekregen. De patiënt is dus niet meester over het geheim. Mede omdat hij niet steeds de juiste draagwijdte van zijn beslissing kan inschatten wegens gebrek aan kennis of informatie die in zijn voordeel door zijn arts is verzwegen (bv. om de psychisch wankel patiënt niet nodeloos ongerust te maken), kan hij – zelfs indien hij er belang bij heeft – de geneesheer niet van het beroepsgeheim ontslaan. Laat men dit wel toe, dan kan deze onwetendheid of dit gebrek aan inzicht tot gevolg hebben dat het prijsgeven van het beroepsgeheim in het nadeel van de patiënt uitvalt (bv. in verzekeringszaken)⁷⁵. Trouwens, hoe zou de patiënt aan zijn arts toestemming kunnen geven om een waarheid te onthullen die hem niet bekend is⁷⁶? A fortiori kunnen de erfgenamen het niet doen (bv. om hun recht op een verzekeringskapitaal te bewijzen) (zie ook infra, nrs. 36 e.v.). De geneesheer kan dus, behoudens expliciete wettelijke uitzonderingen ingegeven door hogere belangen, in de regel, noch door de patiënt, noch door de rechter verplicht worden te spreken: geheimhouding, altijd en overal⁷⁷!

23. In België wordt de absolute opvatting omtrent het medisch beroepsgeheim hardnekkig verdedigd door de *Nationale Orde der Geneesheren* en door talrijke raden van de Orde (o.m. in diverse principiële beslissingen van 1963, 1965, 1969 en 1981). De Code van de Geneeskundige Plichtenleer van 1975 – die weliswaar (nog) niet bindend is verklaard bij K.B.⁷⁸, doch de facto wel toegepast wordt – stelt

⁷⁵ VERMEERSCH, E., «Het medisch beroepsgeheim: ethische grondslagen», *VL.T.Gez.*, 1986-87, 275-276.

⁷⁶ VERMEERSCH, J., «Het dualisme in het beroepsgeheim van de geneesheer», *R.W.*, 1959-60, 1243.

⁷⁷ GROSEMANS vertolkte de absolutistische opvatting op een kernachtige wijze door te stellen dat «als men met nadruk erop zou wijzen dat het geneeskundig beroepsgeheim gevestigd is in het belang van de patiënt, dan zou men voorbijgaan aan het karakter van openbare orde van dat beroepsgeheim, want in feite is het niet alleen gevestigd in het belang van de patiënt, maar meer nog in het belang van de gemeenschap: er is immers geen andere 'meester van het geheim' dan de wet zelf en (behoudens de wettelijke uitzonderingen) heeft niets of niemand de macht om de geneesheer die tot het beroepsgeheim is gehouden, daarvan te ontheffen» (GROSEMANS, R., noot onder Cass., 30 oktober 1978, *Inf.R.I.Z.I.V.*, 1978 (61), 67). Zie eveneens in die zin FARBER, J., «De openbare orde en het medisch geheim», *T.Orde Gen.*, 1987, afl. 35, 29-30; BEAUTHIER, J.-P., «Secret médical», *Cons. Man.*, 1989-91, 149-164.

⁷⁸ Cf. art. 15, § 1, K.B. nr. 79 van 10 november 1967 betreffende de Orde der Geneesheren (zie daarover o.m. Nys, H., «Opmerkingen over het bindend karakter van de Code van medische plichtenleer, en onkostenvergoedingen door ziekenhuisgeneesheren», noot onder Rb. Brugge, 14 maart 1983, *VL.T.Gez.*, 1983-84, 37-39, en Nys, H., «Het bindend karakter van de bepalingen van de Code van medische plichtenleer: een ommekeer in de cassatierechtspraak?», *VL.T.Gez.*, 1983-84, 225-227). DALCO en CLAASSENS vragen zich dienaangaande dan ook af of de weigeringen van de ministers van Volksgezondheid sinds 1975 om de Code overeenkomstig de wet van 1975 verbindend te verklaren, te maken kunnen hebben met het feit dat zij hiermee impliciet aan de artsen suggereren om sommige bepa-

dienaangaande uitdrukkelijk in art. 64 dat «de verklaring van een zieke waarbij hij zijn geneesheer ontheft van zijn zwijgplicht, niet volstaat om de geneesheer van zijn verplichting te ontslaan»⁷⁹.

(b) *De functionele opvatting van het medisch beroepsgeheim*

24. Tegen de stringente, absolute opvatting is er in de – overigens steeds talrijker wordende – rechtsliteratuur door de jaren heen langzaam maar zeker een duidelijke beweging ontstaan om het vrije beschikkingsrecht van de patiënt over de gegevens die onder de geheimhoudingsplicht vallen, te erkennen⁸⁰. De arts die, op verzoek of met toestemming van de patiënt, de geheimhoudingsplicht niet naleeft, pleegt volgens deze strekking m.a.w. geen misdrijf. Door de vrije toestemming van de patiënt wordt de wederrechtelijkheid van de schending van de geheimhoudingsplicht opgeheven⁸¹.

lingen van die Code (zoals bv. de artt. 42 en 67) in overeenstemming te brengen met de rechtspraak van het Hof van Cassatie, die zoals we zullen zien (zie infra, nrs. 26 e.v.), in volle ontwikkeling is (DALCO, R.O., o.c., 507; CLAASSENS, H., o.c., 58).

⁷⁹ Het dient gezegd te worden dat er een onmiskenbare invloed uitgaat van de Code van Geneeskundige Plichtenleer op de rechtspraak inzake de toestemming van de patiënt (zie Nys, H., «Het medisch beroepsgeheim en de aflevering van een geneeskundige verklaring», *VL.T.Gez.*, 1981-82, 37). Niettemin zijn er ook tekenen die erop wijzen dat ook in de medische deontologie meer rekening wordt gehouden met de wil van de patiënt inzake de geheimhouding van gegevens die op hem betrekking hebben. In een advies van de Nationale Raad van de Orde der Geneesheren van 13 juli 1981 (*T.Orde Gen.*, 1981, afl. 29, 42 e.v.) over het verstrekken van inlichtingen aan de politie over een patiënt die via de dienst-100 na een ongeval op de openbare weg in een ziekenhuis wordt opgenomen, blijkt dit duidelijk. Wanneer de patiënt oordeelsbewust is en zijn wil geldig kan uiten, dan kan de arts – met toestemming van de patiënt – een algemene beschrijving geven van de opgelopen verwondingen en van de ernst ervan. Kan de patiënt geen toestemming geven, dan moet de arts zich beperken tot een zeer algemene beschrijving van zijn toestand. Ook wat de vraag om inlichtingen door een verzekeringsmaatschappij betreft, wordt in het advies gesteld dat met toestemming van de patiënt inlichtingen over de opgelopen letsels mogen worden verstrekt. Na verzoek van een procureur-generaal om bijkomende inlichtingen werd dit advies op 9 oktober 1982 bevestigd (*T.Orde Gen.*, 1982, afl. 31, 18). Er werd aan toegevoegd dat ook de identiteit van het slachtoffer aan de politie mag worden meegedeeld (*T.Orde Gen.*, 1982, afl. 31, 17). Op 12 februari 1983 werd het advies «vervolledigd» in die zin dat ook een raming van de duur van de arbeidsongeschiktheid mag worden meegedeeld (*T.Orde Gen.*, 1982-83, afl. 31, 25-26).

⁸⁰ In Frankrijk waren er reeds dissonante stemmen te horen vanaf het einde van de vorige eeuw (zie daarover LAMBERT, P., o.c., 42-46). In België kreeg die stroming pas enige tijd later vaste vorm. Zo gingen er in 1958 stemmen op t.v.v. een meer liberale visie dan de absolute theorie die als maatschappelijk achterhaald aangemerkt werd (zie LEGROS, R., «Considérations sur le secret médical», *R.D.P.*, 1957-58, 859 en 860). Dit werd in 1965 nog beter uitgedrukt door BLANPAIN, R., o.c., 278. Zie eveneens RYCKMANS, X. en MEERT-VAN DE PUT, R., o.c., nr. 165; VAN NESTE, F., o.c., 1281-1304, en de uitvoerig geciteerde rechtspraak.

⁸¹ De toestemming van de patiënt zal dan uiteraard wel moeten beantwoorden aan de voorwaarden die in het algemeen gesteld worden aan de toestemming van de benadeelde als rechtvaardigingsgrond. Dit betekent dat de toestemming op voorhand moet zijn gegeven; dat ze vrij en dus met kennis van zaken wordt gegeven en dat diegene die toestemt, de enige belanghebbende mag zijn. De

De patiënt kan de arts dus middels een *expliciete toestemming*⁸² en zelfs *vooraf*⁸³, van zijn geheimhoudingsplicht ontslaan. Het beroepsgeheim strekt immers tot vrijwaring van het *vertrouwen* dat de patiënt in de geraadpleegde geneesheer moet kunnen stellen⁸⁴. De bedoeling is dat de patiënt ongehinderd alle mogelijke gegevens, elementen, omstandigheden en daden, ook uit zijn persoonlijke levenssfeer, aan de geneesheer kan meedelen zonder in beginsel te moeten vrezen dat ze in de openbaarheid terechtkomen. M.a.w. de patiënt moet vrij met de arts kunnen spreken. Het beroepsgeheim beoogt aldus in de eerste plaats de bescherming van de belangen van de patiënt, en die belangen zijn op zijn minst *gelijkwaardig* aan het belang van de geneesheer en dat van de maatschappij (zie *supra*, nr. 20)⁸⁵. Het bewaren van het medisch beroepsgeheim, dat geen doel op zich kan zijn, mag niet tot gevolg hebben dat de belangen van de patiënt of van zijn rechtverkrijgende erdoor geschaad worden⁸⁶. Zoniet, dan zal het beroepsgeheim op zich als waarde gaan gelden, los van het fundamentele recht op waarheid, en loopt men het gevaar alle zin voor maat en proporties te verliezen⁸⁷. Dit is de *functionele opvatting* omtrent het beroepsgeheim. In die opvatting is en blijft de patiënt eigenaar («meester») van het geheim, zodat zijn recht erkend moet worden om de arts van zijn geheimhoudingsplicht te ontheffen⁸⁸. Men is het er in het algemeen wel over eens dat uit het *mogen* spreken op grond van verzoek of toestem-

ming van de zieke evenwel niet besloten mag worden tot een *moeten* spreken⁸⁹. De patiënt die over een recht op informatie beschikt t.o.v. zijn behandelende arts – die een corresponderende informatieplicht heeft (cf. artt. 29 en 33 van de Code van de Geneeskundige plichtenleer)⁹⁰, kan m.a.w. – net zoals elke handelings- en genotsbekwame – beslissen dat, indien hij er belang bij heeft, zijn behandelende geneesheer hem op zijn verzoek alle inlichtingen mag geven nopens zijn persoonlijke gezondheidstoestand (voor zover de patiënt die mentaal kan verwerken)⁹¹, en dat hij deze eventueel schriftelijk volledig en oprecht zal mogen beschrijven⁹². Anderzijds moet de patiënt ook vrij kunnen besluiten om deze gegevens aan derden over te brengen en mee te delen⁹³. Deze stellingname, nl. de niet tegenwerpbaarheid van het beroepsgeheim binnen de relatie arts/patiënt, hoeft geen afbreuk te doen aan het openbare-ordekarakter en de maatschappelijke finaliteit van het medisch beroepsgeheim⁹⁴. Trouwens, zo merkt men op, het optreden van de wetgever zelf van 1810 en 1867 in art. 458 Sw. (getuigenis in rechte

toestemming mag niet behept zijn met wilsgebreken (DUPONT, L., *Beginnelsen van strafrecht*, I, 1980, Acco, Leuven, I, 175. In die zin: DALCO, R.O., o.c., nr. 11.056(2).

⁸² Wegens het belang van het medisch beroepsgeheim en de betrokken partijen kan een *stilzwijgende toestemming* van de patiënt niet of slechts met grote terughoudendheid in overweging genomen worden om de arts van zijn beroepsgeheim te ontslaan (RYCKMANS, X., en MEERT-VAN DE PUT, R., o.c., 118-119, nr. 169). Zie eveneens, *infra*, voetnoot 128.

⁸³ Voor een toepassing, zie *infra*, nrs. 46 e.v.

⁸⁴ DALCO, R.O., o.c., nr. 11.056(1); VAN NESTE, F., «Het medisch beroepsgeheim», in *Juridische aspecten van de geneeskunde*, in HEYVAERT, A., KRUITHOF, R. en VANSWEEVELT, Th. (red.), Antwerpen, Kluwer, 1989, 194.

⁸⁵ LAMBERT, P., o.c., 41-43; GLANSORFF, F. en LAGASSE, D., «Le secret médical administratif et ses prolongements», *J.T.*, 1981, 733-738, noot bij H.v.J., 10 juni 1980; DALCO, R.O., o.c., nr. 11.056(1).

⁸⁶ RYCKMANS X. en MEERT-VAN DE PUT, R., o.c., 120, nr. 170; LAMBERT, P., o.c., 135; ERNAULT, J., o.c., 118, nr. 107; VAN NESTE, F., o.c., 196, nr. 3; CORBISSIER, I., o.c., nr. 11.682(7), nr. 11; DIERKENS wijst erop dat de zwijgplicht alleen t.a.v. de zieke kan gelden wanneer, door het spreken, het geheim van een andere geopenbaard zou worden. Wanneer de geneesheer meent er goed aan te doen bepaalde gegevens niet mee te delen aan zijn patiënt, dan moet dit zwijgen, dat eerder een verzwijgen is, zijn verantwoording vinden in de regels eigen aan de voorlichting (DIERKENS, R., o.c., 262).

⁸⁷ VAN NESTE, F., o.c., 1299-1301.

⁸⁸ DALCO drukt het als volgt uit: «Pour le patient le médecin a un devoir de secret; il n'a pas à son égard un droit au secret» (DALCO, R.O., o.c., nr. 11.056(2)). Zie eveneens SCHUTYSER, K., *De geneeskundige controle in de sociale zekerheid*, 1973, Gent, Story-Scientia, (254-310), 277; VAN GOMPEL, R., «Het medisch geheim: mogelijke oplossingen in een acuut probleem voor de verzekeringsondernemingen», *De Verz.*, 1982, 5-19; ERNAULT, J., *Droit de l'assurance vie. Contrats individuels. Grande Branche*, Brussel, Bruylant, 1987, 317, nr. 344; LAENENS, J., «De medische expertise», in HEYVAERT, A., KRUITHOF, R. en VANSWEEVELT, T. (red.), *Juridische*

aspecten van de geneeskunde, 1989, Antwerpen, Kluwer, 1989, 506; VERMEERSCH, E., o.c., 275.

⁸⁹ GLANSORFF, F., o.c., 319, nr. 13; LECLERCQ, J., o.c., nr. 7755; RYCKMANS, X. en MEERT-VAN DE PUT, R., o.c., nrs. 169 en 170; CARLIER, L., noot onder Cass., 23 juni 1958, *J.T.*, 1958, 597; CONSTANT, L., «La protection du secret médical en droit pénal comparé», *R.D. pén.crim.*, 1958-59, 11. R. Legros vat het probleem als volgt samen: «L'autorisation émanée du maître du secret est exclusive de l'infraction mais n'oblige cependant pas le médecin à parler. Le patient, en effet, ne mesure pas toujours la portée de sa décision laquelle peut d'ailleurs intéresser des tiers» (LEGROS, R., «Considérations sur le secret médical», *R.P.D.*, 1957-58, 863). Het probleem is natuurlijk dat men de patiënt dan toch (indirect) als onmondig gaat beschouwen. Hoe kan men zulks dan oplossen? Schutysen deed wat dat betreft een interessante suggestie door te stellen dat de geneesheer slechts een spreekplicht heeft wanneer de rechter de geldigheid erkent van de toestemming die door de patiënt aan de geneesheer is gegeven (SCHUTYSER, K., *De geneeskundige controle in de sociale zekerheid*, Story-Scientia, Brussel, 1973, 277. Zie eveneens GLANSORFF, F. en LAGASSE, D., o.c., nr. 12).

⁹⁰ Over de informatieplicht van de arts, raadplege men o.m. VANSWEEVELT, T., *De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer en het ziekenhuis*, 1992, Antwerpen-Brussel, Maklu-Ced. Samson-Bruylant, nrs. 326-394.

⁹¹ CARELS, A., o.c., 333.

⁹² DALCO, R.O., «Expertises civiles et secret professionnel des médecins», in *Liber Amicorum Prof. em. E. Krings*, Brussel, Story-Scientia, 1991, 500-501.

⁹³ Hierbij dient wel opgemerkt te worden dat het recht van de patiënt om de geheimhoudingsplicht van de arts op te heffen een recht is dat geen deel uitmaakt van het vermogen maar de persoon raakt (art. 458 Sw. bevindt zich trouwens in titel VIII van het Sw., «Misdaden en wanbedrijven tegen personen»). Het beschikkingsrecht van de patiënt over de gegevens die onder de geheimhoudingsplicht vallen is dus geen vermogensrecht (lees: eigendomsrecht) (COLLE, Ph., o.c., 237, nr. 13; VAN NESTE, F., o.c., 1989, 197, nr. 3; NYS, H., o.c., 1991, 409, nr. 956; NYS, H., o.c., 1267, nr. 37, en de aldaar geciteerde rechtspraak). Ook het beroepsgeheim zelf kan niet het voorwerp zijn van zakelijke rechten, het materieel substraat waarin het is opgenomen (bv. een medisch dossier, een magneetband, e.d.m.) kan dit dan weer wel (zie daarover o.m. SCHUTYSER, K., «Eigendomsrecht en medische dossiers», *R.W.*, 1983-84, 3021-3048).

⁹⁴ DALCO, R.O., o.c., nr. 11.056 (2); CORBISSIER, I., o.c., nr. 11.682(7), voetnoot 66.

en andere wettelijke uitzonderingen) is de beste illustratie van het feit dat het beroepsgeheim geen absoluut karakter toegemeten mag worden daar er hogere waarden kunnen zijn die primeren op het beroepsgeheim⁹⁵. Bovendien wordt aangenomen dat de arts bevrijd is van het beroepsgeheim indien dit voor zijn eigen verdediging noodzakelijk is⁹⁶. Dierkens⁹⁷ vraagt zich dan ook af of het dan normaal en rechtvaardig is aan te nemen dat een geneesheer de geheimen die hem zijn toevertrouwd, mag openbaren wanneer zijn eigen belang op het spel staat, en terzelfder tijd aan de gene die hem deze geheimen heeft toevertrouwd maar niet gegeven, een op zijn minst gelijk recht van revelatie te ontzeggen wanneer deze revelatie hem dienstig kan zijn.

25. Zoals we verder zullen zien (zie infra, nrs. 55 e.v.) wordt de functionele opvatting omtrent het beroepsgeheim vooral verdedigd door de *verzekeringsmaatschappijen*.

(iii) ONTWIKKELING IN DE RECHTSpraak VAN EEN ABSOLUTE
OPVATTING NAAR EEN FUNCTIONELE OPVATTING VAN HET
MEDISCH BEROEPSGEHEIM

26. Parallel aan de verschuiving binnen de rechtsleer van de absolutistische visie naar de functionalistische visie m.b.t. het medisch beroepsgeheim, kan er de laatste jaren een soortgelijke tendens vastgesteld worden op het vlak van de rechtspraak.

27. Oorspronkelijk was de rechtspraak, en meer in het bijzonder die van het *Hof van Cassatie*, weinig soepel t.a.v. de beoordeling van de aard van het medisch beroepsgeheim.

Reeds in 1958 besliste ons hoogste rechtscollege in zijn arrest van 23 juni 1958⁹⁸ dat de omstandigheid dat de patiënt — die weliswaar meester van het geheim is — de geneesheer van de plicht tot geheimhouding van hetgeen hij hem toevertrouwde ontlastte, niet hoeft te betekenen dat de arts daardoor dan verplicht wordt om, zelfs voor het gerecht, feiten kenbaar te maken die door het medisch geheim dat van openbare orde is — gedekt zijn.

De latere rechtspraak heeft het absolute karakter van het beroepsgeheim herhaaldelijk bevestigd⁹⁹.

28. Uiteindelijk bleek het hele debat — mede onder impuls van de in 1975 door de Orde der Geneesheren aangenomen Code van Medische Plichtenleer — een doorslaggevende wending te krijgen als gevolg van een arrest van het Hof van Cassatie van 30 oktober 1978 dat oordeelde dat «het

beroepsgeheim de openbare orde raakt en de zieke daarover dus niet kan beschikken; dat de geneesheer niet ontheven wordt van het geheim door de omstandigheid dat de zieke zou hebben ingestemd met het verspreiden van de door hem aan de geneesheer gedane confidenties»¹⁰⁰. M.a.w. de zwijgplicht (en dus niet enkel het zwijgrecht) van de arts krijgt voorrang op het bewijsrecht en het recht op waarheid van de patiënt of zijn nabestaanden. Volgens Grosemans maakte dit cassatiearrest «een einde aan een controverse over de vraag of de toestemming van de patiënt, waarbij de geneesheer van het beroepsgeheim wordt ontheven, voldoende is om de geneesheer zijn vrijheid terug te geven.»¹⁰¹

En inderdaad, alle hoven van beroep die zich nadien dienden uit te spreken over deze kwestie, bleken deze absolute stelling in eerste instantie over te nemen¹⁰².

29. Met deze duidelijke stellingname van de hoogste Belgische rechtscolleges leek de controverse in onze recht-

¹⁰⁰ Cass., 30 oktober 1978, *Arr. Cass.*, 1979, 235, *Pas.*, 1979, I, 248, *R.W.*, 1978-79, 2232, en de noot van Nys, H., 2604-2606, *J.T.*, 1979, 369, *R.D.P.*, 1979, 293, noot R.S., *De Verz.*, 1979, 91, noot van RUTSAERT, J., *Inf.R.I.Z.I.V.*, 1979, 55, met instemmende noot van GROSEMANS, R. De feiten die aan de basis lagen van dit arrest waren als volgt. Werknemer L.-C. slachtoffer van een val, werd overgebracht naar het medisch-heelkundig instituut van Anderlecht waar hij enige tijd opgenomen bleef in de dienst heelkunde waarvan dokter V.d.G. diensthoofd was. De «Caisse Patronale...», de verzekeringsmaatschappij van de werkgever van L.-C., dagvaardde L.-C. voor de Arbeidsrechtbank te Brussel om een deskundige te horen aanstellen met als opdracht uit te maken wat de toestand van L.-C. was, onder voorbehoud of het ongeval al dan niet had plaatsgevonden op de weg naar en van het werk. In haar vonnis van 22 december 1972 stelde de Arbeidsrechtbank te Brussel een geneesheer aan tot gerechtsdeskundige ten einde het slachtoffer te onderzoeken. In de loop van de procedure vroeg de «Caisse Patronale...» — met instemming van L.-C. — dat de rechtbank op grond van de artt. 877 e.v. Ger.W. de overlegging zou bevelen van het geneeskundig dossier van L.-C. dat zich in het medisch-heelkundig instituut van Anderlecht bevond, en de neerlegging van dat dossier op de griffie. In haar vonnis van 19 november 1976 werd op dit verzoek ingegaan door de Arbeidsrechtbank te Brussel en via gerechtsbrief van 19 januari 1977 werd het ziekenhuis ingelicht. In zijn brief van 25 januari 1977 meldde dokter V.d.G. dat hij daarop niet kon ingaan wegens zijn gebondenheid door het medisch beroepsgeheim op grond van art. 458 Sw. In haar vonnis van 3 juni 1977 besliste de Arbeidsrechtbank te Brussel echter dat het overleggen van het medisch dossier niet mocht worden geweigerd onder het voorwendsel van eerbiediging van het geneeskundig beroepsgeheim. De rechtbank beval dan ook de neerlegging ervan op de griffie, met toepassing van art. 879 Ger.W., anders zou de betrokken arts zich blootstellen aan een eventuele burgerlijke-aansprakelijkheidsvordering op grond van art. 882 Ger.W. Dokter V.d.G. was het hier niet mee eens en tekende cassatieberoep aan. Uiteindelijk werd hij door ons hoogste rechtscollege in het gelijk gesteld op grond van het absolute karakter van het medisch beroepsgeheim.

¹⁰¹ GROSEMANS, R., noot onder Cass., 30 oktober 1978, *Inf.R.I.Z.I.V.*, 1979, 55-70.

¹⁰² Arbh. Bergen, 5 september 1980, *J.T.*, 1980, 742, met instemmende noot van GROSEMANS, R., *J.T.T.*, 1981, 107, *Inf.R.I.Z.I.V.*, 1981, 151, noot GROSEMANS, R., *R.D.P.*, 1981, 99, noot R.G., *T.S.R.*, 1981, 71; Luik, 22 januari 1981, *Jur.Liège*, 1981, 233; Brussel, 3 februari 1981, *VI.T.Gez.*, 1981-82, 38, noot Nys, H.; Gent, 21 juni 1984, *VI.T.Gez.*, 1984-85, 455. Zie voor de lagere rechtspraak Corr. Charleroi, 17 juni 1980, *o.c.*, 425.

⁹⁵ LAMBERT drukt het als volgt uit: «On ne peut dire plus clairement que le secret professionnel a un caractère relatif et doit s'effacer devant un intérêt social plus important», (LAMBERT, P., *o.c.*, 43). Zie ook DALCO, R.O., *o.c.*, nr. 11.056 (2).

⁹⁶ Voor verwijzingen zie supra, voetnoot 42.

⁹⁷ DIERKENS, R., *o.c.*, (540), 544. Zie eveneens DALCO, R.O., *o.c.*, nr. 11.056 (4).

⁹⁸ Cass., 23 juni 1958, *Arr. Cass.*, 1958, 854, *J.T.*, 1958, 597, noot CARLIER, L. Zie daarover o.m. DAUBRESSE D., «Commentaire de l'arrêt de la Cour de cassation du 23 juin 1958», *Bull.off. de l'Ordre des médecins*, 16. Vgl. eveneens Cass., 22 maart 1926, *Pas.*, 1926, I, 310, en Cass., 15 maart 1948, *Arr. Cass.*, 1948, 149.

⁹⁹ O.m. R.v.St., 30 september 1955, *Rec.jur.dr.adm.*, 1956, 100; Rb. Charleroi, 16 mei 1963, *J.T.*, 1963, 472; Gent, 12 april 1965, *Pas.*, 1965, II, 181; Cass., 14 juni 1965, *Pas.*, 1965, I, 1102; Corr. Charleroi, 27 juni 1974, *J.T.*, 1975, 28; Brussel, 18 juni 1974, *Pas.*, 1975, II, 42; Brussel, 8 maart 1972, *Rev.dr.pén.crim.*, 1971-72 923; Gent, 5 januari 1971, *R.W.*, 1970-71, 1714.

spraak dan ook inderdaad beslecht. Toch bleek dit niet helemaal het geval te zijn. En wel om een viertal redenen.

Allereerst was er het feit dat bepaalde *lagere rechtspraak* zich niet wenste neer te leggen bij de stringente opvatting van het Hof van Cassatie en aanvaardde, uitzonderlijk, dat een persoon zijn arts inderdaad op anticipatieve wijze kan ontslaan van zijn zwijgplicht ¹⁰³.

Daarnaast was er het arrest van het *Hof van Justitie* te Luxemburg van 10 juni 1980 ¹⁰⁴ dat door sommige auteurs in verband werd gebracht met de toestemming van de patiënt en aldus een voorbode genoemd werd van een zwenking van de cassatierechtspraak in die zin dat de expliciete toestemming van de patiënt als rechtsgrond voor de onthefing van de zwijgplicht zou kunnen fungeren ¹⁰⁵. Het Hof stelt immers vast dat het medisch beroepsgeheim aan bepaalde beperkingen onderhevig is die o.m. volgen uit de uitdrukkelijke toestemming van de betrokken persoon en het feit dat het zich op het medisch beroepsgeheim beroepen de goede werking van het gerecht zou belemmeren ¹⁰⁶. Hoe

¹⁰³ Rb. Leuven, 5 januari 1979, *VI.T.Gez.*, 1981-82, 32, noot Nys, H. Zie eveneens vóór het cassatiearrest van 30 oktober 1978 Kh. Antwerpen, 26 april 1974, *R.G.A.R.*, 1974, nr. 9332 (1); Rb. Brussel, 27 februari 1975, *R.G.A.R.*, 1976, nr. 9581.

¹⁰⁴ H.v.J., 10 juni 1980, nr. 155/78 (M./Commissie), *Jur.H.v.J.*, 1980, 1797, concl. adv.-gen. F. CAPOTORI, *J.T.*, 1981, 739-741, met uitgebreide noot van GLANSORFF, F. en LAGASSE, D. Het betrof het geval van een dame (mevr. M.) die niet in dienst werd genomen door de Europese Commissie op grond van een medisch verslag uitgebracht door de keurende artsen van de Commissie. Mevr. M. verzocht daarom haar behandelende arts kennis te nemen van de argumenten van de keurende artsen. In vroegere, soortgelijke gevallen kon een conflict tussen enerzijds de eisen van het medisch beroepsgeheim en anderzijds de plicht tot motivering van de niet-indienstneming op medische gronden vermeden worden door de motieven mee te delen aan een arts naar keuze van de betrokkene. In dit geval was de gegeven informatie naar het oordeel van het Hof te summier, omdat de keurende artsen zich op hun zwijgplicht bleven beroepen. Het Hof onderzocht of dit beroep op de zwijgplicht gerechtvaardigd was. De dame in kwestie had aan het Hof uitdrukkelijk toestemming gegeven alle ter zake dienende inlichtingen in te winnen, terwijl de medische onderzoeken verricht waren in het kader van een administratieve wervingsprocedure. In die omstandigheden moest de weigering om bruikbare medische informatie over de redenen tot niet-indienstneming te verschaffen, leiden tot de nietigverklaring van het besluit tot niet-indienstneming.

¹⁰⁵ CLAESSENS, H., «Le point de vue de l'assureur», *Cons.Man.*, 1987, 56, en DUMON, F., «Le secret médical», *Cons.Man.*, 1987, 27-28, stellen hoge verwachtingen in dit arrest. Zie eveneens erg duidelijk GLANSORFF, F. en LAGASSE, D., «Le secret médical administratif et ses prolongements», *J.T.*, 1981, 737 e.v., nrs. 10 e.v., noot bij H.v.J., 10 juni 1980; VAN NESTE, F., o.c., 199, nr. 6; LAENENS, J., o.c., 506. Andere auteurs betwijfelen dit dan weer omdat voor het Hof niet zozeer de toestemming van de betrokkene doorslaggevend bleek te zijn, als wel de administratieve procedure in het kader waarvan het medisch onderzoek plaatshad: o.m. Nys, H., «Het beroepsgeheim in de gezondheidszorg. Overzicht van rechtspraak (1970-1984)», *R.W.*, 1985-86, (1249-1274), 1264-1265, nrs. 31-34.

¹⁰⁶ Het Hof overwoog namelijk: «S'il est vrai que dans tous les Etats membres le secret médical est protégé, en raison de la relation de confiance qui s'établit entre le malade qui recherche les soins et le médecin, les droits de tous les Etats membres reconnaissent aussi — bien que dans une mesure variable — certaines limites à la portée de ce secret. De telles limites résultent notamment des circonstances suivantes:

het ook zij, deze rechtspraak van het Hof van Justitie is volkomen in overeenstemming met de bestaande Belgische rechtspraak van de Raad van State inzake het medisch beroepsgeheim in het kader van administratieve wervingsprocedures ¹⁰⁷.

30. Maar ook in een nog recenter verleden bleek er zich een bepaalde ontwikkeling te voltrekken. Zo lijken de *Hoven van Beroep te Brussel en Luik* namelijk hun positie recentelijk herzien te hebben ¹⁰⁸.

En bovendien is er ook een zekere ontwikkeling merkbaar in de rechtspraak van het *Hof van Cassatie* zelf. Volgens Dalcq

- lorsque la personne concernée a donné explicitement son consentement;

- lorsque le médecin intervient dans le cadre d'une procédure de contrôle administratif, de manière que n'existe pas le rapport spontané de confiance qui est le fondement du secret;

- lorsque l'invocation du secret médical aurait pour effet de bloquer le fonctionnement normal de la justice» (H.v.J., 10 juni 1980, *J.T.*, 1981, 741, nr. 19).

¹⁰⁷ Volgens de rechtspraak van de Raad van State kan voor de rechter geen beroep gedaan worden op het medisch beroepsgeheim wanneer het gaat om medische onderzoeken verricht in opdracht van de administratie. In zijn arrest van 6 november 1974 heeft de Raad van State namelijk beslist dat artsen die handelen in opdracht van de Administratieve Gezondheidsdienst (A.G.D.), niet optreden als een «behandelend geneesheer», waardoor zij zich tegen deze dienst niet op het beroepsgeheim kunnen beroepen (R.v.St., Van De Plas, nr. 16.702, 6 november 1974).

Voordien had de Raad van State de toestemming van de patiënt reeds uitdrukkelijk aanvaard als rechtsgrond voor de opheffing van de zwijgplicht en dit in de volgende bewoordingen: «Daar de behandelende arts niet verplicht is tot geheimhouding t.o.v. zijn patiënt, (kan) er geen schending van het beroepsgeheim zijn, wanneer de gegevens voor de beoordeling van het geval op verzoek van die patiënt aan de adviserende geneesheer worden voorgelegd» (R.v.St., 26 april 1974, Oger, nr. 16.387, *Arr.R.v.St.*, 1974, 463). In dit arrest ging het om een aanvraag door de behandelende arts gericht tot de adviserend arts van een verzekeringsinstelling voor kinesitherapeutische behandelingen van meer dan vijf zittingen. Voor meer informatie over de Belgische administratieve rechtspraak in deze materie, raadplege men o.m. GLANSORFF, F. en LAGASSE, D., o.c., nrs. 5 t.e.m. 9.

¹⁰⁸ Luik, 23 december 1988, *Jur.Liège*, 1989, 432, noot HENRY, P.; Luik, 21 november 1988 en Brussel, 7 februari 1989, *R.G.A.R.*, 1991, nr. 11.848(1) en nr. 11.849(1), noot COLLE, Ph. In deze arresten heeft het Hof aanvaard dat de erfgenamen van een overleden patiënt diens behandelende arts kunnen ontslaan van zijn zwijgplicht wanneer zulks onontbeerlijk is voor de vrijwaring van de belangen van de overledene en de eigen morele en materiële belangen van de erfgenamen (zie ook infra, nr. 40). In een arrest van 24 februari 1988 overwoog het Hof van Beroep van Brussel zelfs: «Il a été jugé que le médecin a non seulement le droit, mais le devoir de se libérer du secret professionnel chaque fois qu'il y va de l'intérêt majeur de son client (Brussel, 16 december 1957, *J.T.*, 1958, 90); que cet arrêt, qui a fait l'objet d'un pourvoi en cassation, n'a pas été cassé par l'arrêt que la Cour suprême a rendu le 23 juin 1959; que la doctrine a progressivement montré que la conception du secret absolu ne résiste pas à l'analyse lorsqu'elle se trouve confrontée à des valeurs dont la sauvegarde revêt une importance au moins égale à celle que le secret professionnel protège» (Brussel, 24 februari 1988, *Jur.Liège*), 1988, 1028, noot HENRY, P.). Zie eveneens Bergen, 1 juni 1987, *R.G.A.R.*, 1988, nr. 11.364(1).

cq ¹⁰⁹ heeft het Hof van Cassatie sinds 1978 in sommige van zijn arresten bepaalde correcties aangebracht op het absoluut karakter van het medisch beroepsgeheim zoals dat in zijn arrest van 30 oktober 1978 duidelijk werd gezegd. Hierbij wordt dan onder meer verwezen naar het arrest van 6 april 1982 ¹¹⁰, het arrest van 5 februari 1985 ¹¹¹ en de arresten van 23 september 1986 ¹¹² en 20 maart 1989 ¹¹³. Maar

¹⁰⁹ DALCO, R.O., «Expertises civiles et secret professionnel des médecins», in *Liber Amicorum Prof. em. E. Krings*, 1991, Brussel, Story-Scientia, 1991, 495-509.

¹¹⁰ Cass., 6 april 1982, *Pas.*, 1982, I, 924, *R.W.*, 1983-84, 932. Voor de feiten van deze zaak, zie infra voetnoot 145. Nys merkt m.i. echter terecht op dat men uit dit arrest *niet* kan afleiden dat een patiënt toestemming kan geven aan zijn arts om medische geheimen bekend te maken o.a. aan zijn advocaat. De toestemming kwam zelfs niet ter sprake. Het enige wat eruit afgeleid kan en mag worden, is dat het afgeven van een medisch attest aan een ander dan de patiënt zelf niet automatisch een schending van het beroepsgeheim oplevert aangezien daartoe eerst in feite onderzocht moet worden wat de eigenlijke inhoud ervan is en of er al dan niet geheime gegevens in geopenbaard worden (Nys, H., *o.c.*, 1266-1267, nr. 36).

¹¹¹ In dit arrest oordeelde het Hof dat art. 458 Sw. geen wettelijk beletsel vormt tegen de inbeslagneming van het medisch dossier. Een arts die ervan verdacht wordt, als arts, in de uitoefening van zijn beroep een misdrijf te hebben gepleegd, kan zich volgens het Hof niet beroepen op een onbeperkt beroepsgeheim ten einde zich aan de vervolgingen te onttrekken. Het beroepsmisdrijf sluit aldus het beroepsgeheim uit. Bij de beoordeling van het al dan niet wettelijk karakter van de inbeslagneming diende weliswaar geen onderscheid gemaakt te worden tussen de gevallen waarin een patiënt zelf om de opheffing van het beroepsgeheim verzoekt of integendeel vraagt om de geheimhouding te bewaren (Cass., 5 februari 1985, *Arr. Cass.*, 1984-85, nr. 332, *J.Proc.*, 1985, afl. 59, 28; in casu betrof het een zwangerschapsafbreking; zie in dezelfde zin, m.b.t. hetzelfde misdrijf, *Corr. Gent*, 18 september 1987, *VL.T. Gez.*, 1987-88, 330, noot VAN LIL, M., en *Corr. Gent*, 12 februari 1988, *T.G.R.*, 1988, 35, *VL.T. Gez.*, 1987-88, 347, noot VAN LIL, M.).

¹¹² Volgens deze beslissing mag een getuige die geroepen is om in rechte getuigenis af te leggen over feiten die door het beroepsgeheim gedekt zijn, zulks bekendmaken indien hij oordeelt zulks te moeten doen. Hij kan niet tot spreken worden gedwongen indien hij meent het beroepsgeheim te moeten bewaren. Hij beoordeelt immers zelf de opportuniteit van zijn beslissing, zelfs indien hij van zijn beroepsgeheim ontslagen werd, mits de rechter oordeelt dat, in acht genomen de gegevens van de zaak, die getuige door het stilzwijgen te bewaren, het beroepsgeheim niet afwendt van zijn doel. Het is precies in deze rechterlijke beoordeling dat de beperking zit op het vermeende absolute karakter van het medisch geheim (Cass., 23 september 1986, *Arr. Cass.*, 1986-87, nr. 43, *T.G.R.*, 1987, 128; zie eveneens supra, nr. 15).

¹¹³ Het Hof oordeelde in dit arrest dat de rechter, op grond van de gegevens van de zaak, hoort na te gaan of de weigering van een tuchtrechtscollege om, onder aanvoering van het beroepsgeheim (art. 30 K.B. nr. 79 van 10 november 1967) de stukken die het onder

het is vooral het cassatiearrest van 9 februari 1988 dat in dezen voor de nodige commentaren heeft gezorgd. Het Hof overwoog daarin nl. dat «het beroepsgeheim waartoe art. 458 Sw. onder meer de geneesheren, heilkundigen en andere gezondheidsverzorgeren verplicht, de bescherming beoogt van de patiënt; dat het daarin besloten liggende verbod om, behoudens rechtvaardigingsgrond, feiten bekend te maken die aanleiding kunnen geven tot strafrechtelijke vervolgingen ten laste van de patiënt, niet kan worden uitgebreid tot feiten waarvan de patiënt het slachtoffer zou zijn» ¹¹⁴. Volgens sommige commentatoren is het Hof daarmee teruggekomen op zijn arrest van 30 oktober 1978. In het arrest van 1988 zou het Hof immers de zgn. functionele opvatting over het beroepsgeheim hebben aanvaard door uitdrukkelijk te zeggen dat dit geheim strekt tot bescherming van de patiënt ¹¹⁵. Anderen zijn terughoudender ¹¹⁶. Volgens hen kan uit dit laatste niet afgeleid worden dat een patiënt zijn arts kan ontslaan van zijn zwijgplicht. Er is nl. een verschil tussen het geheim opvatten ter bescherming van de patiënt en het geheim opvatten als ter beschikking staand van de patiënt.

Het is echter wel een feit dat zich bij de auteurs die het cassatiearrest van 30 oktober 1978 bekritisieren (zie supra, nr. 24), ook de vroegere procureur-generaal DUMON heeft gevoegd ¹¹⁷.

(tweede deel in volgend nummer)

Koen TROCH

zich heeft ter griffie van het gerecht bij het dossier van de rechtspleging te voegen, het medisch geheim niet afwendt van het bij zijn instelling beoogde doel (Cass., 20 maart 1989, *Arr. Cass.*, 1988-89, nr. 409, *J.T.*, 1990, 195; zie ook supra, voetnoot 59).

¹¹⁴ Cass., 9 februari 1988, *Arr. Cass.*, 1987-88, nr. 346, *R.G.A.R.* 1989, nr. 11.574(1). Zie eveneens JANVIER, R., «Medisch beroepsgeheim», *Medi-ius*, 1991, afl. 1, 22-23.

¹¹⁵ COLLE, Ph., *o.c.*, 237, noot 35. Zie eveneens in deze richting DALCO, R.O., *o.c.*, 498; FAGNART, J.-L., *o.c.*, 739, nr. 45; SCHUERMANS, L., «De nieuwe wet op de landverzekeringsovereenkomst van 25 juni 1992», *R.W.*, 1992-93, 741, nr. 172, en voetnoot 236.

¹¹⁶ Nys, H., *Geneeskunde, recht en medisch handelen*, A.P.R., Brussel, Story-Scientia, 1991, 408, nr. 954, 415, nr. 968.

¹¹⁷ Dumon stelde het als volgt: «Je me dois de vous dire que je ne crois pas, après mûres réflexions, pouvoir approuver l'arrêt de notre Cour de cassation du 30 octobre 1978 sans réticence. Je le regrette, car non seulement, je l'avoue, j'en avais approuvé la doctrine, mais aussi parce qu'il m'est désagréable de critiquer une décision de notre Cour suprême à laquelle je demeure très attaché» (DUMON, F., *o.c.*, 29).

Uit het openbare-ordekarakter van de geheimhoudingsplicht afleiden dat de patiënt die verplichting niet kan opheffen, is volgens Dumon geenszins pertinent. Vanzelfsprekend is de geheimhoudingsplicht van openbare orde. Maar de toestemming of het verzoek van de patiënt maakt een bekendmaking mogelijk: «celle-ci ne méconnaît aucune règle d'ordre public ou non» (DUMON, F., *o.c.*, 30).

RECHTSPRAAK

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 22 OKTOBER 1993

Voorzitter: de h. Verougstraete

Rapporteur: de h. Forrier

Openbaar ministerie: de h. De Swaef

Advocaten: mrs. Simont en Bützler

Ziekte- en invaliditeitsverzekering – Uitkeringsverzekering – Werknemers – Arbeidsongeschiktheidsuitkeringen – Verloren verdienvermogen – Dekking – Omvang – Gemeen recht – Verlies verdienvermogen – Schadeloosstelling – Cumulatie – Beperking

De rechter kan, in het gemene recht, in een concreet geval, vaststellen dat slechts een gedeelte van het verloren verdienvermogen van een getroffen(e) gedeekt is door de forfaitaire Z.I.V.-uitkeringen die deze getroffen(e) voor zijn arbeidsongeschiktheid ontvangt, en op die grond beslissen dat cumulatie met de gemeenrechtelijke vergoeding voor het verloren verdienvermogen in een bepaalde mate is toegestaan. Daartoe is evenwel vereist dat het onvermogen tot verdienen in het Z.I.V.-stelsel meer dan 66% bedraagt.

N.V. R. t/ V.

Gelet op het bestreden arrest, op 26 september 1991 door het Hof van Beroep te Brussel gewezen;

Over het derde middel: schending van de artikelen 1382, 1383 van het Burgerlijk Wetboek en van de artikelen 56, meer bepaald § 1, eerste lid, als gewijzigd bij artikel 8 van het K.B. nr. 22 van 23 maart 1982 en 76quater, § 2, van de wet van 9 augustus 1963 tot instelling van een regeling voor verplichte ziekte- en invaliditeitsverzekering, artikel 76quater, § 2, voorheen artikel 70, waarvan het tweede lid, met uitzondering van § 3, werd omgevormd tot artikel 76quater bij artikel 44 van de wet van 30 december 1988 (tevorens was § 2, eerste lid, van artikel 70 aangevuld bij artikel 17 van de wet van 15 juli 1971; § 2, derde lid, toegevoegd bij artikel 32 van de wet van 8 april 1965 en gewijzigd bij artikel 28 van de wet van 27 juni 1969; de hele § 2 gewijzigd bij artikel 1 van het K.B. nr. 19 van 4 december 1978. Het zesde lid van § 2 vervolgens aldus vervangen bij artikel 66 van de wet van 1 augustus 1985, met uitwerking op 9 juni 1982), en, voor zoveel nodig, schending van, de bovenvermelde wijzigende bepalingen,

doordat het hof van beroep vaststelde: «Uit de onderscheiden medische verslagen, ook die opgesteld in het kader van de uitkeringen door het ziekenfonds, blijkt dat (verweerder) zich in een aangeboren ziekelijke toestand bevond die slechts tot uiting kwam na het ongeval; uit de voorliggende stukken moet worden aangenomen dat het ongeval een arbeidsongeschiktheid van 35% meebracht en de bestaande ziekelijke toestand een van 65%; derhalve dienen de ziekenfondsuitkeringen niet afgetrokken te worden van de in het

kader van de blijvende arbeidsongeschiktheid uit te keren gemeenrechtelijke vergoedingen»,

terwijl eiseres in haar conclusie na tussenarrest van 9 april 1991 stelde dat verweerder, in de omstandigheden eigen aan het schadegeval, niet gerechtigd was tot cumulatie van de uitkeringen in het stelsel van de ziekte en invaliditeit met de vergoeding door eiseres ingevolge het gemene recht verschuldigd wegens de blijvende arbeidsongeschiktheid; artikel 76quater, § 2, cumulatie van de bedoelde vergoedingen slechts toestaat in zoverre deze vergoedingen niet dezelfde schade of hetzelfde gedeelte ervan dekken; de schade bedoeld in artikel 76quater, § 2, wat de invaliditeitsuitkeringen betreft, bestaat in een vermindering, ten gevolge van het intreden of verergeren van letsels of functionele stoornissen, van het verdienvermogen van de werknemer die alle werkzaamheid heeft onderbroken, tot een derde of minder dan een derde, overeenkomstig de criteria bepaald in artikel 56, § 1, van de wet van 9 augustus 1963; de feitenrechter op grond van de gegevens eigen aan de zaak kan oordelen dat de forfaitaire vergoedingen toegekend in het kader van de ziekte- en invaliditeitsverzekering niet dezelfde schade of hetzelfde gedeelte ervan dekken en derhalve op een andere oorzaak berusten dan de toegekende gemeenrechtelijke vergoedingen, op voorwaarde dat wordt vastgesteld dat de forfaitaire vergoedingen strekken tot vergoeding van een welbepaalde aantasting van het verdienvermogen die meer dan 66% belooft,

terwijl het arrest in zoverre het enerzijds vaststelt dat «uit de onderscheidene medische verslagen blijkt dat (verweerder) zich in een aangeboren ziekelijke toestand bevond, die slechts tot uiting kwam na het ongeval» en anderzijds dat «het ongeval een arbeidsongeschiktheid van 35% meebracht en de bestaande ziekelijke toestand een van 65%», niet wettig kon besluiten tot cumulatie van de ziekenfondsuitkeringen met de gemeenrechtelijke vergoedingen, nu het arrest enerzijds de cumulatie met de ziekenfondsvergoedingen toestaat, doch nalaat vast te stellen dat het verdienvermogen van verweerder ten belope van meer dan 66% is aangetast, en anderzijds door aldus te oordelen in strijd met de in het middel aangehaalde wetsbepalingen, de cumulatie van beide vergoedingssystemen toestaat voor schade met een zelfde oorzaak of voor een zelfde gedeelte van de schade (schending van de artikelen 56 en 76quater, § 2, van de wet van 9 augustus 1963 tot instelling en organisatie van een regeling voor verplichte ziekte- en invaliditeitsuitkering en voor zoveel nodig van de artikelen 1382 en 1383 van het Burgerlijk Wetboek):

Overwegende dat artikel 76quater, § 2, van de wet van 9 augustus 1963 het samengaan verbiedt van de bij deze wet bepaalde verzekeringsprestaties en de schadeloosstelling in het gemene recht of krachtens een andere Belgische of vreemde wetgeving, wanneer bedoelde prestaties en vergoedingen betrekking hebben op dezelfde schade of hetzelfde gedeelte van de schade;

Overwegende dat de schade, bedoeld in genoemd artikel 76quater, § 2, van de wet van 9 augustus 1963, wat de inva-

liditeitsprestaties betreft, bestaat in een vermindering, als rechtstreeks gevolg van het intreden of het verergeren van letsels of functionele stoornissen bij de werknemer die alle werkzaamheid heeft onderbroken, van zijn vermogen tot verdienen tot een derde of minder dan een derde, volgens de criteria bepaald bij artikel 56, § 1, van die wet ;

Overwegende dat, hoewel de schadeloosstelling naar gemeen recht, wanneer die wegens arbeidsongeschiktheid verschuldigd is, eveneens betrekking heeft op een vermindering van het vermogen tot verdienen, zij evenwel niet noodzakelijk het verlies van hetzelfde gedeelte van dit vermogen dekt als wat door de verzekeringsprestaties wordt vergoed ;

Overwegende dat het forfaitaire karakter van deze laatste prestaties, die, in de regel, een onvermogen tot verdienen van 66% tot 100% dekken, niet belet dat de feitenrechter, op grond van gegevens eigen aan de zaak die hij beslecht, in feite vaststelt dat bedoelde prestaties een welbepaald onvermogen tot verdienen dekken ; dat daartoe echter vereist is dat dit onvermogen meer dan 66% bedraagt ;

Overwegende dat het arrest beslist dat «uit de voorliggende stukken moet worden aangenomen dat het ongeval een arbeidsongeschiktheid van 35% meebracht en de bestaande ziekelijke toestand een van 65%», waaruit volgt dat de arbeidsongeschiktheid van 35% ingevolge het ongeval er mede oorzaak van was dat het verdienvermogen van verweerder tot een derde of minder was gedaald ;

Dat het arrest, door te oordelen «dat derhalve de ziektefondsuitkeringen niet dienen te worden afgetrokken van de in het kader van de blijvende arbeidsongeschiktheid uit te keren gemeenrechtelijke vergoedingen», het samengaan van de bedoelde vergoedingen onwettig toestaat en de in het middel aangewezen wetsbepalingen schendt ;

...

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 28 OKTOBER 1993

Voorzitter : de h. Sace

Rapporteur : mevr. Charlier

Openbaar ministerie : de h. Velu, procureur-generaal

Advocaat : mr. Draps

Vennootschap – B.V.B.A. – Zaakvoerder – Bevoegdheden – Handelshuur

Art. 130 Vennootschappenwet wordt geschonden door het vonnis dat beslist dat de hoedanigheid van zaakvoerder van een B.V.B.A. niet automatisch de hoedanigheid van bijzonder lasthebber inhoudt met de machtiging om een voorwaardelijke instemming met de hernieuwing van een handelshuur in ontvangst te nemen, tenzij anders bepaald is in de statuten.

N.V. Immobilière L. t/ B.V.B.A. M.

Gelet op het bestreden vonnis, op 11 september 1992 in hoger beroep gewezen door de Rechtbank van Eerste Aanleg te Luik ;

...

Overwegende dat artikel 130 van de gecoördineerde wetten op de handelsvennootschappen bepaalt : “iedere zaakvoerder van een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid kan alle handelingen verrichten die nodig of dienstig zijn tot verwezenlijking van het doel van de vennootschap, behoudens die waarvoor volgens de wet alleen de algemene vergadering bevoegd is ; iedere zaakvoerder vertegenwoordigt de vennootschap jegens derden (...) ; de vennootschap is verbonden door de handelingen van de zaakvoerders (...)” ;

Overwegende dat krachtens artikel 13 van de regelmatig overgelegde statuten van de vennootschap, verweester, “de vennootschap wordt beheerd door één of meer lasthebbers (...) . Het beheer beschikt over de ruimst mogelijke bevoegdheden om alle daden van beheer en beschikking te verrichten in de zaken van de vennootschap (...) ;

Overwegende dat het bestreden vonnis vaststelt dat het schrijven van de verhuurder, waarin de hernieuwing van de handelshuur aan andere voorwaarden wordt onderworpen, gericht is aan Emile en Marguerite M., rempart des Arbalétriers, 28, te Visé en dat hun hoedanigheid van zaakvoerders van de vennootschap, verweester, niet wordt betwist ;

Overwegende dat het bestreden vonnis, nu het beslist dat “de hoedanigheid van zaakvoerder van een B.V.B.A. niet automatisch de hoedanigheid van bijzonder lasthebber insluit met de machtiging om een voorwaardelijke instemming met de hernieuwing van een handelshuur in ontvangst te nemen, behoudens een – in casu niet voorhanden – andersluidende bepaling in de statuten”, bovengenoemd artikel 130 schendt en de verbindende kracht van de statuten van de vennootschap, verweester, miskent ;

Dat het vonnis dus niet kon beslissen dat de verhuurder op de aanvraag tot huurhernieuwing niet geantwoord had in de bij artikel 14 van de wet op de handelshuur voorgeschreven vormen ;

...

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER – 8 DECEMBER 1993

Voorzitter-rapporteur : de h. Ghislain

Openbaar ministerie : de h. Janssens de Bisthoven

Advocaat : mr. Simont

Wegverkeer – Richtingsverandering – Naar links afslaan – Tegenligger

De bestuurder die op een kruispunt naar links afslaat, moet voorrang verlenen aan de tegenligger die met naleving van art. 61.1, 2°, Wegverkeersreglement het oranjegeel licht voorbijrijdt.

S. t/ De B. e.a.

Gelet op het bestreden vonnis, op 3 juni 1993 in hoger beroep gewezen door de Correctionele Rechtbank te Bergen ;

...

Over het tweede middel :

Wat het eerste onderdeel betreft :

Overwegende dat luidens artikel 61.1, 2°, van het Wegverkeersreglement vast oranjegeel licht betekent dat het

verboden is de stopstreep of, zo er geen stopstreep is, het verkeerslicht zelf, voorbij te rijden, tenzij de bestuurder bij het aangaan van dat licht, zo dicht genaderd is, dat hij niet meer op voldoende veilige wijze kan stoppen; zo dit licht bij een kruispunt geplaatst is, mag de bestuurder, die de stopstreep of het licht in dergelijke omstandigheden voorbijgereden is, het kruispunt evenwel slechts oversteken op voorwaarde de andere weggebruikers niet in gevaar te brengen;

Overwegende dat het vonnis, na te hebben vastgesteld dat eerstgenoemde verweerster «het licht is voorbijgereden toen het op oranjegeel stond» en dat «(verweerster), gezien de ingewikkelde structuur van het kruispunt, met het oog op de veiligheid van de overige weggebruikers, het kruispunt zo snel mogelijk moest ontruimen in plaats van erop te blijven staan door te remmen na het licht te zijn voorbijgereden», beslist, enerzijds, dat, toen het licht op oranjegeel sprong, eerstgenoemde verweerster dat licht zo dicht genaderd was dat zij niet meer op voldoende veilige wijze kon stoppen, anderzijds, dat zij het kruispunt is overgestoken zonder de overige weggebruikers in gevaar te brengen;

Wat het tweede onderdeel betreft:

Overwegende dat de feitenrechter, nu hij oordeelde dat eerstgenoemde verweerster artikel 61.1, 2°, van het Wegverkeersreglement niet had overtreden, de beslissing dat eisers bij het linksafslaan voorrang diende te verlenen aan verweerster (Valérie De B.) die uit de tegenovergestelde richting naderde op de rijbaan die eiseres ging verlaten, naar recht heeft verantwoord naar het vereiste van artikel 19.3, 3°, van het Wegverkeersreglement;

Dat het middel niet kan worden aangenomen;

...

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 9 DECEMBER 1993

Voorzitter: de h. Sae

Rapporteur: de h. Rappe

Openbaar ministerie: mevr. Liekendael

Advocaat: mr. Gérard

Erfrecht – Inkorting – Door begiftigde toegestane pacht

De inkorting van een schenking van een onroerend goed die het beschikbare gedeelte overschrijdt, laat de door de begiftigde gegeven pacht bestaan.

D. en T. t/ De C.

Gelet op het bestreden vonnis, op 5 mei 1992 door de Rechtbank van Eerste Aanleg te Doornik in hoger beroep gewezen;

...

Over het eerste middel: schending van de artikelen 826, 830, 832, 843, 844, 866, 913, 915, 920, 921, 922, 924, 925, 928, 929 en 930 van het Burgerlijk Wetboek en 97 van de Grondwet,

(doordat) de rechtbank, op een vordering van de eisers waarin wordt gevraagd de uitspraak uit te stellen tot de staat

van vereffening van de nalatenschap van de heer René de C. is vastgelegd, op grond dat, nu de schenking aan verweerster van de aan de eisers verpachte gronden, “vatbaar is voor inbreng of althans voor inkorting, de goederen eventueel uit het vermogen van (verweerster) kunnen verdwijnen”, erop heeft gewezen dat “wijlen René de C., bij akte van 14 maart 1983 van notaris Luc A., de (blote eigendom) van de in de litigieuze opzegging aangewezen gronden aan zijn zoon Gaëtan de C. (verweerster) had geschonken, maar als voorschot op het erfdeel en met vrijstelling van inbreng in natura in zijn nalatenschap”, en vervolgens de vordering tot uitstel van de uitspraak afwijst op grond dat “de door de (eisers) aangevoerde onverdeeldheid bijgevolg geen invloed heeft op het onderhavige geschil met name in zoverre de zeer eventuele inkorting van de bewuste schenking niet in natura zou gebeuren en dat de litigieuze gronden aldus het vermogen (van verweerster) niet zouden verlaten”,

terwijl de inkorting van de schenkingen die het beschikbaar gedeelte van een nalatenschap overschrijden, en de inbreng van schenkingen in het kader van de verrichtingen van verdeling van een nalatenschap twee verschillende juridische begrippen zijn; als beginsel geldt dat de inkorting van schenkingen in natura gebeurt behoudens de bij de wet bepaalde uitzonderingen, zodat het bestreden vonnis, door te beslissen dat de eventuele inkorting van de litigieuze schenking niet in natura zal gebeuren, omdat zij van de inbreng in natura was vrijgesteld, zonder aan te geven of een van de wettelijke uitzonderingen op het beginsel van de inkorting in natura te dezen van toepassing kon zijn, gegrond is op een verwarring van de begrippen inbreng en inkorting, en bijgevolg de verwerping van de vordering tot uitstel niet naar recht verantwoordt (schending van alle in het middel aangewezen wettelijke bepalingen met uitzondering van artikel 97 van de Grondwet) en, althans, het Hof van Cassatie niet in staat stelt de wettelijkheid van de tot staving van de verwerping van de genoemde vordering gegeven redenen te toetsen (schending van artikel 97 van de Grondwet);

Overwegende dat, nu de beslissing van het bestreden vonnis om de vordering tot uitstel van de eisers niet aan te nemen naar recht verantwoord is door het feit dat de inkorting van een schenking van een onroerend goed die het beschikbare gedeelte overschrijdt, de door de begiftigde gegeven pacht laat bestaan, de schending van de in het middel aangewezen bepalingen de wettigheid van die beslissing niet kan aantasten en bijgevolg niet tot cassatie kan leiden;

Dat het middel niet ontvankelijk is;

...

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 10 DECEMBER 1993

Voorzitter: mevr. Baeté-Swinnen

Rapporteur: de h. Waüters

Openbaar ministerie: de h. du Jardin

Advocaten: mrs. Houtekier en Bützler

Algemene rechtsbeginselen – Begrip – Rechtspraak

De rechtsspreuk «Res perit debitori» is geen algemeen rechtsbeginsel.

N.V. C. t/ M.

Gelet op het bestreden vonnis, op 8 september 1992 in hoger beroep gewezen door de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel;

Gelet op het verzoekschrift tot cassatie, dat aan dit arrest is gehecht en daarvan deel uitmaakt;

Over het middel:

Overwegende dat de rechtsspreuk «res perit debitori» geen algemeen rechtsbeginsel is;

Dat de miskenning van een rechtsspreuk die geen algemeen rechtsbeginsel is, enkel tot cassatie kan leiden als zij in een wetsbepaling is vastgelegd en die wetsbepaling als geschonden wordt aangewezen;

Dat het middel geen wetsbepaling aanwijst die de aangevoerde rechtsspreuk inhoudt;

Overwegende dat voor het overige, uit de stukken waarop het Hof vermag acht te slaan, niet blijkt dat eiseres voor de feitenrechter heeft aangevoerd dat het huurgoed gedurende de huurtijd gedeeltelijk door toeval werd vernield; dat de feitenrechter dit feit evenmin uit eigen initiatief ter verantwoording van zijn door het middel bekritiseerde beslissing geeft;

Dat het als geschonden aangewezen artikel 1722 van het Burgerlijk Wetboek noch van openbare orde, noch van dwingend recht is;

Dat het middel in zoverre nieuw is;

Dat het middel niet ontvankelijk is;

...

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

7e KAMER – 2 SEPTEMBER 1993

Voorzitter-rapporteur: de h. Libert

Raadsheren: de h. Van Gelder en mevr. Nailis

Openbaar ministerie: de h. Liégeois

Advocaat: mr. Meys

Wegverkeer – Rijbewijs – Ontzetting

Luidens art. 44 van de Wegverkeerswet staat er geen hoger beroep open tegen de uitspraak van het gerecht over het verzoek tot opheffing van het verval van het recht tot sturen wegens lichamelijke ongeschiktheid.

Van B.

Gelet op het vonnis van de Correctionele Rechtbank te Mechelen van 4 februari 1993, dat, met toepassing van artikel 44 van het K.B. van 16 maart 1968, voor recht zegt dat beklagde toegelaten wordt een voertuig te besturen zodra hij geslaagd is in de onderzoeken voorzien bij artikel 38, § 3, van het K.B. van 16 maart 1968;

Gelet op het hoger beroep dat beklagde op 5 februari 1993 tegen dit vonnis heeft ingesteld;

Overwegende dat, luidens artikel 44 van de Wegverkeerswet, geen hoger beroep openstaat tegen de uitspraak van het

gerecht over het verzoek om opheffing van het verval van het recht tot sturen wegens lichamelijke ongeschiktheid;

Overwegende gevolglijk dat het hoger beroep niet toelaatbaar is;

...

NOOT – Over ontzegging van rijbevoegdheid

1. Wanneer, naar aanleiding van een veroordeling wegens overtreding van het Wegverkeersreglement of wegens een verkeersongeval te wijten aan het persoonlijk toedoen van de dader, de schuldige lichamelijk ongeschikt wordt bevonden tot het besturen van een motorvoertuig, moet het verval van het recht tot sturen worden uitgesproken.

2. Het verval wegens lichamelijke ongeschiktheid is een openbare veiligheidsmaatregel en geen straf (Cass., 23 juni 1969, *Arr.Cass.*, 1969, 1065).

Heeft het openbaar ministerie geen hoger beroep ingesteld, dan kan in hoger beroep geen ontzegging van rijbevoegdheid wegens lichamelijke ongeschiktheid worden uitgesproken, indien deze maatregel niet door de eerste rechter was opgelegd (Cass., 14 juni 1971, *Arr.Cass.*, 1971, 1031).

3. De feitenrechter beoordeelt op onaantastbare wijze, op grond van de hem voorgedragen gegevens, of de beklagde lichamelijk ongeschikt is om een motorvoertuig te besturen (Cass., 23 juni 1969, *Arr.Cass.*, 1969, 1065) en of deze ongeschiktheid blijvend dan wel tijdelijk is (Cass., 7 november 1960, *Pas.*, 1961, I, 209).

Uiteraard kan tegen deze beslissing hoger beroep, verzet en beroep in cassatie worden ingesteld.

4. Luidens art. 44 van de Wegverkeerswet kan hij die wegens lichamelijke ongeschiktheid van het recht tot sturen vervallen is verklaard, na twee jaar om opheffing van het verval verzoeken indien aan zijn ongeschiktheid een einde is gekomen.

Hij moet daartoe een verzoek indienen bij een aan het openbaar ministerie gerichte dagvaarding voor het gerecht dat de maatregel van verval heeft uitgesproken.

5. Tegen de uitspraak van dit gerecht staat geen hoger beroep open, maar de beklagde kan eventueel verzet doen en ook een voorziening in cassatie instellen (Cass., 12 februari 1964, *Pas.*, 1964, I, 628).

De wetgever heeft uitdrukkelijk het recht van hoger beroep ingeperkt, maar deze uitzondering op geldende procedureregels moet restrictief worden geïnterpreteerd (*Parl.St.*, Kamer, 1955-56, nr. 397/1, 13-14).

6. De uitschakeling van het recht van hoger beroep valt te betreuren, daar heel wat voorzieningen in cassatie konden worden voorkomen door toedoen van de rechter in beroep.

Het gebeurt namelijk maar al te vaak dat de opheffing van het verval wordt onderworpen aan voorwaarden die geen steun vinden in enige wettelijke bepaling.

7. Zo moest het Hof van Cassatie bij arrest van 10 juni 1968 een vonnis van de Correctionele Rechtbank te Oudenaarde van 1 oktober 1964 vernietigen waarbij het verval werd opgeheven op voorwaarde dat de betrokkene zich onthield van het gebruik van elke alcoholische drank wanneer hij het stuur nam (*Arr.Cass.*, 1968, 1237).

Bij arrest van 20 april 1971 vernietigde het Hof een vonnis van de Politie rechtbank te Oudenaarde van 23 november 1970, waarbij de opheffing afhankelijk werd gemaakt van

een medische controle wegens suikerziekte en chronische artritis (*Arr. Cass.*, 1971, 777).

8. Te dezen heeft de Correctionele Rechtbank te Mechelen op 4 februari 1993 de opheffing toegestaan op voorwaarde dat de beklaagde zou slagen voor de onderzoeken vermeld in § 3 van art. 38 van de Wegverkeerswet. Ook deze voorwaarde heeft geen wettelijke basis.

Nu er geen hoger beroep openstaat tegen zulke beslissingen, kon het Hof van Beroep te Antwerpen de onwettigheid niet ongedaan maken. Van Celsus wordt in de *Digesta* de volgende passage geciteerd: «Scire leges, non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem.»

A. Vandeplass

HOF VAN BEROEP TE GENT

17e KAMER – 9 NOVEMBER 1993

Voorzitter: de h. Lievens

Advocaten: mrs. Meyntjens en Aps

Architect – Contract – Ontstaan – Precontractuele fase – Vergoeding

Het architectencontract bestaat als contract slechts als o.a. aan de voorwaarde van een bepaald voorwerp is voldaan. Wat het voorwerp van de opdracht betreft, kan geen geldig architectencontract ontstaan zonder bepaling van het programma en het budget.

Te dezen blijkt dat men dienaangaande is blijven steken in de precontractuele fase. Wanneer er enkel een precontractuele fase is geweest, heeft de architect recht op honorarium voor de door hem gegeven adviezen en door hem geleverde prestaties (niet voor de winstderving).

M. t/ B.-B.

1. De eerste rechter heeft de vordering van de oorspronkelijke eiser, architect Jan M. (ingeleid bij dagvaardingsexploot van 25 mei 1988 en strekkende tot opvordering van een saldo honorarium van 55.000 fr., plus 17% BTW, toelaatbaar verklaard en, onder afwijzing van de ingestelde tegeneis (terugvordering van het betaalde voorschot van 20.000 fr.), gedeeltelijk ingewilligd: de heer Walter B en zijn echtgenote, mevrouw Godelieve B., werden veroordeeld tot betaling van 30.000 fr., te vermeerderen met de BTW.

(...)

Beoordeling

...

2. In de eerste plaats moet worden beklemtoond dat de contractuele verhouding tussen architect en opdrachtgever juridisch niet onderworpen is aan vormvereisten (zoals bv. het opmaken van een geschrift): zelfs een eigenlijk architectencontract kan – afgezien van de problematiek van de bewijsleer – mondeling worden gesloten (de architectenovereenkomst heeft een burgerlijk karakter en valt bijgevolg onder toepassing van de regels van het Burgerlijk Wetboek, ook wat de bewijsvoering aangaat).

De omstandigheid dat de architect deontologisch heeft nagelaten een schriftelijke overeenkomst op te stellen (im-

mers, artikel 20 van het Reglement van beroepsplichten van de architecten – K.B. 18 april 1985, *B.S.*, 8 mei 1985 – bepaalt dat voor iedere opdracht een schriftelijke overeenkomst moet worden opgesteld) heeft geen doorwerking op de civielrechtelijke rechtsverhouding tussen opdrachtgever en architect, maar stelt de architect – die qua plichtenleer is verbonden ten opzichte van zijn Orde – bloot aan tuchtmaatregelen.

De ontstentenis van het bestaan van een geschrift heeft dus geen processuele relevantie ten opzichte van de vordering en bovendien geen enkele relevantie met betrekking tot de problematiek van de juridische geldigheid van de contractuele relatie (afgezien van de bewijsvoering: wie de bewijslast draagt, draagt ook het bewijsrisico).

De eerste rechter heeft dus terecht de vordering onvanke-lijk verklaard.

3. Het Hof wijst erop dat in de rechtsleer terecht wordt gesteld dat, wanneer een regelmatig geschreven bewijs ontbreekt, het bewijs van de omvang van de opdracht zware problemen doet rijzen, gelet op de deontologische fout van de architect.

4. Vervolgens wil het Hof beklemtonen dat de opvatting krachtens welke, op basis van de wet van 20 februari 1939, er een wettelijk vermoeden bestaat van het ontstaan van een architectencontract zodra een kandidaat-bouwer zich tot een architect wendt, onjuist is.

Immers, de wet van 20 februari 1939 beoogt de bescherming van de titel en van het beroep van architect, maar de contractuele verhouding tussen opdrachtgever en architect wordt beheerst door de algemene regels van het verbintenisrecht, aangevuld – aan de zijde van de architect – door het beroepsreglement, en verder geconcretiseerd in rechtspraak en rechtsleer.

Verder geldt de bedenking dat het architectencontract, als contract, slechts geldig bestaat (cf. artikel 1108 van het Burgerlijk Wetboek) wanneer vier voorwaarden zijn vervuld, namelijk: (1) een geldige toestemming, (2) bekwaamheid om contracten aan te gaan, (3) een bepaald voorwerp en (4) een geoorloofde oorzaak.

Wat het voorwerp van de architectonische opdracht betreft, wordt algemeen aangenomen – aangezien blijkens het Reglement op de beroepsplichten van de architect de volledige opdracht onderverdeeld is in zeven deelopdrachten bij het sluiten van de architectenovereenkomst het contract moet vermelden met welke van die deelopdrachten de architect is belast (art. 20) – dat geen geldig architectencontract kan ontstaan zonder bepaling van het programma en van het budget (en beide punten moeten op een redelijke wijze worden opgevat: het programma hoeft niet tot in de laatste details vast te liggen, en het budget niet tot de laatste frank toe bepaald te zijn; het volstaat dat beide elementen voldoende bepaald zijn) (cf. H. Galaude in *O.G.P.*, bank III, pag. III-C, 2-4).

Naar het oordeel van het Hof lijdt het geen twijfel dat de vorming van het contract is «stilgevallen» – nadat de eerste geïntimeerde zowel het bouwplan als de bouwvraag had ondertekend – toen op 8 juli 1987 de bouwvergunning werd geweigerd omdat de dakkapellen groter waren dan twee derde van de gevelbreedte (het volstond om de dakkapellen te versmallen om het plan te laten goedkeuren); die fout is onvoldoende zwaar om over te gaan tot ontbinding van het contract.

5. Daaruit volgt dat men in casu is blijven steken in de precontractuele fase zodat er, in de juridische zin van het woord, geen architectencontract – noch voor een volledige, noch voor een gedeeltelijke opdracht – tot stand is gekomen, met het juridisch gevolg dat de deontologische norm nr. 2 bij de berekening van het honorarium niet toepasselijk kan zijn (de architect mag de deontologische regels bij het sluiten van een contract niet overtreden, cf. Cass., 31 mei 1974, *R.W.*, 1974-75, 307; Cass., 29 maart 1984, *R.W.*, 1984-85, 1096).

Bovendien moet erop gewezen worden dat, zelfs indien een volledige opdracht of een gedeeltelijke opdracht zou zijn gegeven, de opdrachtgever, als meester van de opdracht, naar zijn goedvinden de opdracht eenzijdig mag verbreken (= afzeggen), met toepassing van artikel 1794 van het Burgerlijk Wetboek (cf. Cass., 4 september 1980, *R.W.*, 1980-81, 2686, en noot van prof. Dieux bij dit cassatie-arrest in *R.C.J.B.*, 1981, 528 tot 546), met vergoeding van de reeds door de architect geleverde prestaties en vergoeding voor de winstderving (cf. Geert Baert, «Afzegging van het architectencontract betreffende een volledige opdracht», *R.W.*, 1990-91, 1112-1116; zie ook Hof Gent, 16 november 1990, *T.G.R.*, 1991, 8).

De stelling van de geïntimeerden dat, wanneer geen architectencontract is ontstaan (zoals in casu) de initiële inspanningen van de architect niet in rekening gebracht mogen worden (omdat dit hoort bij de «service» van hun beroep), is duidelijk onjuist: wanneer er enkel een precontractuele fase is geweest (zoals in casu) heeft de architect recht op honorarium voor de door hem gegeven adviezen en voor de door hem geleverde prestaties (echter niet voor de winstderving daar er geen contract is ontstaan).

6. Een in het licht van het bestaande bewijsmateriaal globaliserende waardebeoordeling – aan de hand van objectieerbare criteria (gespendeerde tijd, graad van moeilijkheid, waarde van de intellectuele prestaties, vergoeding van de materiële kosten) – moet leiden, zonder noodzaak voor een deskundigenonderzoek, tot een billijke schadeloosstelling.

Met de eerste rechter is het Hof van oordeel dat een totaal honorarium van 50.000 frank – waarop in mindering gebracht moet worden het reeds ontvangen voorschot van 20.000 frank, blijkt dus 30.000 frank, plus de BTW (van 17%) – billijk en rechtmatig.

ARBEIDSHOF TE ANTWERPEN AFDELING HASSELT

4e KAMER – 16 SEPTEMBER 1993

Voorzitter: mevr. Homans

Raadsheren in sociale zaken: de hh. Haesevoets en Ulenaers

Openbaar ministerie: de h. Van Nuffel

Advocaten: mrs. Peeters en Neuts

Bestaansminimum – Aanvraag – O.C.M.W. – Afwezigheid van beslissing – Beroep – Arbeidsgerechtigd – Rechtsmacht

Het verzuim van een O.C.M.W. binnen de wettelijke termijn een beslissing te nemen op een aanvraag tot toekenning van het bestaansminimum staat gelijk met een afwijzende beslissing.

De arbeidsrechtbank schendt het principe van de scheiding der machten niet door kennis te nemen van het beroep daartegen en de zaak ten gronde te beoordelen.

O.C.M.W. Voeren t/ B.

a. Appellante is van mening dat de eerste rechter zich ten onrechte bevoegd heeft verklaard om kennis te nemen van een beroep van een bestaansminimumaanvragers wegens het niet-nemen van een beslissing door het openbaar centrum voor maatschappelijk welzijn. Door vervolgens zelf de beslissing te nemen, zij het in de vorm van een veroordeling van het openbaar centrum voor maatschappelijk welzijn om het bestaansminimum vanaf de datum van aanvraag uit te keren, heeft de eerste rechter, als dus nog appellante, het principe van de scheiding der machten miskend.

b. Artikel 9, § 1, van de wet van 7 augustus 1974 tot instelling van het recht op een bestaansminimum verplicht het openbaar centrum voor maatschappelijk welzijn over elke aanvraag tot toekenning van een bestaansminimum gemotiveerd binnen dertig dagen na ontvangst van de aanvraag uitspraak te doen.

Ook artikel 24 van het koninklijk besluit van 30 oktober 1974 houdende algemeen reglement betreffende het bestaansminimum legt diezelfde verplichting op.

Tegen deze beslissing kan de belanghebbende binnen een maand beroep instellen bij de bevoegde arbeidsrechtbank (artikel 10, § 1, Wet van 7 augustus 1974). Of de betrokkene diezelfde mogelijkheid heeft ingeval het openbaar centrum voor maatschappelijk welzijn binnen dertig dagen na de aanvraag geen beslissing neemt wordt in de wet van 7 augustus 1974 of in het koninklijk besluit van 30 oktober 1974 niet uitdrukkelijk bepaald.

In de organieke wet betreffende de openbare centra voor maatschappelijk welzijn, meer bepaald in artikel 71, tweede lid, gebeurt dit wel: «Hetzelfde (nl. dat een ieder bij de bevoegde beroepskamer in beroep kan gaan tegen een beslissing inzake individuele dienstverlening) geldt wanneer één der organen van het centrum één maand, te rekenen van de ontvangst van het verzoek, heeft laten verstrijken zonder een beslissing te nemen» (deze bepaling is luidens artikel 74 weliswaar niet van toepassing op de geschillen die tot de bevoegdheid van de arbeidsrechtbank behoren).

c. Het Hof meent dat het voorliggende geschil, door geïntimeerde tegen appellante bij de arbeidsrechtbank aanhangig gemaakt wegens het feit dat appellante nalaat een beslissing te nemen op de aanvraag tot toekenning van het bestaansminimum, een «geschil betreffende de toekenning van het bestaansminimum» is zodat de arbeidsgerechten krachtens artikel 580, 8°, c, van het Gerechtelijk Wetboek wel degelijk bevoegd zijn om hiervan kennis te nemen.

Anderzijds heeft de eerste rechter het niet-nemen van een beslissing door het openbaar centrum voor maatschappelijk welzijn na een aanvraag tot toekenning van het bestaansminimum en een aangetekende ingebrekestelling 49 dagen later terecht gelijkgesteld met een afwijzende beslissing, waarna hij, gelet op de devolutieve werking van het beroep bij de rechtbank, de zaak ten gronde vermocht te beoordelen – de wetgeving inzake het bestaansminimum is bovendien van openbare orde – en appellante kon veroordelen om aan geïntimeerde, vanaf de datum van haar aanvraag, het bestaansminimum toe te kennen.

Door aldus te handelen heeft de eerste rechter naar het oordeel van het Hof het principe van de scheiding der machten niet geschonden.

BURGERLIJKE RECHTBANK TE BRUSSEL**BESLAGRECHTER – 11 JANUARI 1994**

Beslagrechter : mevr. Cooreman

Advocaten : mrs. Bartholomeeusen, De Gryse, Verbist loco Lagae, De Smet, Tillemans loco De Vlies

Beslag en executie – Uitvoeringsimmunitieit van de overheid – Continuïteit van de openbare dienst – Beoordeling – Beslag onder derden

De beoordeling van de geoorlooftheid van een beslag ten laste van de Staat dient te gebeuren aan de hand van het criterium van de continuïteit van de openbare dienst. De toepassing van dat criterium impliceert dat het beslag wordt gelegd op bepaalde of gespecificeerde goederen. Een derdenbeslag gelegd ten laste van de Staat op alle sommen die deze derde aan de Staat verschuldigd is, laat een dergelijke toetsing niet toe en dient derhalve te worden opgeheven.

N.V. N. t/ Van I. en Belgische Staat

Eiseres vraagt te zeggen voor recht dat het uitvoerend beslag onder derden van 14 mei 1993 doelloos is, minstens dat het beslag niet rechtsgeldig is.

Eerste verweerster vraagt de hoofdeis af te wijzen als ongegrond en vordert dat eiseres schuldenaar wordt verklaard van de oorzaken en kosten van het beslag en dat voor recht wordt gezegd dat de kosten van de verklaring van derde beslagene begroot dienen te worden op 1.850 fr.

...

Als reactie hierop stelt eiseres

– een incidentele vordering in, strekkend tot schadevergoeding wegens tergend en roekeloos geding ten bedrage van 20.000 fr., met de gerechtelijke interesten vanaf heden ten laste van eerste verweerster,

– een vordering tot tussenkomst en vrijwaring in tegen tweede verweerder waarbij zij veroordeling vraagt tot vrijwaring van elke veroordeling die te haren laste bij onmogelijkheid uitgesproken zou kunnen worden, zowel in hoofdsom, als interesten en kosten. Zij vraagt bovendien in elk geval akte te verlenen dat zij voorbehoud formuleert voor het vorderen van schadevergoeding tegen eerste verweerster wegens onterechte beslagprocedure en tweede verweerster wegens het verrichten van een daad van onbehoorlijk bestuur.

Eerste verweerster vraagt de afwijzing van de incidentele vordering. Tweede verweerder betwist de vordering tot tussenkomst en vrijwaring niet.

Naar aanleiding van ons tussenvonnis, waarbij o.m. de belangen van eiseres en tweede verweerder werden geschetst in het kader van de gevolgen van de beoordeling van de rechtsgeldigheid en rechtmatigheid van het beslag onder derden, gelegd in handen van eiseres, heeft eerste verweerster gewezen op het volledig gebrek aan enige reactie van tweede verweerder op haar verder aandringen om tot uitvoering over te gaan van de beschikking van de voorzitter van de rechtbank te Oudenaarde in kort geding.

In haar conclusie, neergelegd op 29 juni 1993 ter zitting, vermeldt tweede verweerder aangaande de vraag gesteld in

ons tussenvonnis : «Het bedrag van 300 miljoen is uiteraard nog niet vastgelegd op de begroting van het betrokken departement, deze uitzonderlijke uitgave moet aan de Ministerraad voorgelegd worden. Alvorens besluitster enig aanbod tot betaling en kantonnement kan doen, moeten er kredieten beschikbaar zijn, wat actueel nog niet het geval is.»

...

1. Belang van eiseres

Het bestaan van belang en hoedanigheid van partijen moet ambtshalve door de rechtbank worden onderzocht. Daar in ons tussenvonnis hierover niets werd gezegd, moet impliciet doch noodzakelijkerwijze worden afgeleid dat ten tijde van de uitspraak eiseres over een belang beschikte.

Eiseres werd geconfronteerd met het stilzwijgen van de beslagene, ondanks diens specifieke hoedanigheid. Dit stilzwijgen zou zelfs als onverschilligheid kunnen worden begrepen. Op lakonieke wijze verwijst tweede verweerder, in zijn conclusie neergelegd op de zitting van 28 mei 1993 – inleidingszitting – naar de argumentatie van eiseres en stelt : «Dat deze enerzijds geen sommen verschuldigd is aan de Belgische Staat, Ministerie van Verkeer en Infrastructuur en anderzijds de immunitieit zich verzet tegen dergelijk uitvoerend beslag onder derden».

Gelet op de sommen waarvoor beslag is gelegd en de gevolgen die haar door haar positie konden worden opgelegd later – hetgeen ook gebeurde daar een tegeneis werd ingesteld jegens haarzelf – heeft eiseres er nog steeds belang bij het geschil te laten beslechten en de beslagrechter te laten oordelen of het beslag al dan niet doelloos was, dan wel valt onder het principe van de uitvoeringsimmunitieit.

Het komt een derde, in wiens handen beslag wordt gelegd, niet toe te oordelen over de rechtsgeldigheid of rechtmatigheid van een beslag. Terecht heeft eiseres de beoordeling overgelaten aan de rechtbank, overeenkomstig artikel 1395 Gerechtelijk Wetboek.

2. Heeft het beslag, zoals gelegd, een voorwerp ?

Hiervoor dient te worden nagegaan of is voldaan aan de basisvereisten voor een uitvoerend beslag onder derden. Is er een schuldeiser en zo ja, wie ? (beslaglegger). Is er een schuldenaar en zo ja, wie ? (beslagene). Wat is het onderpand van de schuldeiser ?

Eiseres is zonder enige twijfel schuldeiser, zij beschikt over een uitvoerbare titel, namelijk een bevelschrift, gewezen in kort geding door de voorzitter van de rechtbank te Oudenaarde. Haar schuldenaar is de Belgische Staat. De Belgische Staat, die een rechtspersoonlijk bezit, wordt vertegenwoordigd door de minister van Verkeerswezen, hierboven nader omschreven. Deze vertegenwoordiging wordt geregeld in artikel 705 Gerechtelijk Wetboek en het gaat om een vertegenwoordiging in rechte. Als publiekrechtelijke rechtspersoon is de Staat één en ondeelbaar. De ministeriële departementen zijn geen afzonderlijke rechtspersonen.

Een ministerieel departement is dus een onderdeel van de Staat, hetgeen niet impliceert dat het rechtspersoonlijkheid heeft (dit heeft het niet). Het zijn van zulk een onderdeel betekent niet dat het in rechte kan optreden, noch dat het een eigen vermogen heeft. Dit zijn nochtans vereisten om van rechtspersoonlijkheid te kunnen spreken. In rechte treedt de Belgische Staat op, vertegenwoordigd door een be-

paalde minister; het vermogen is eveneens dat van de Belgische Staat.

Het vermogen, dat het onderpand vormt van schuldeisers, is het geheel van goederen en rechten in geld waardeerbaar dat aan een rechtssubject – de schuldenaar – toebehoort. Dit vermogen vormt het onderpand, zoals bepaald in de artikelen 7 en 8 van de Hypotheekwet. Het is de Staat die een vermogen heeft, niet de afzonderlijke ministeriële departementen. Een onderscheid wordt gemaakt tussen het «dommein» en de schuldvorderingen, rechtsoverdrachten en financiële middelen uit belastingopbrengsten, lening e.d.m. (B. Peeters, «De immuniteit tegen gedwongen uitvoering en het begrotingsargument», *T.B.H.*, 1990, 649 en 650). Zij behoren echter alle tot het vermogen van de Staat.

Het voorwerp van het beslag is noodzakelijkerwijze een gedeelte of het geheel van dit onderpand, namelijk hetgeen waarop men beslag wil leggen. Het is de beslagleggende partij die een eventuele keuze zal maken.

Het beslag, zoals gelegd, heeft namelijk een duidelijk voorwerp: hetgeen als voorwerp wordt aangeduid in het beslagexploot; al hetgeen aan de Belgische Staat toekomt. De vermelding in het exploit «vertegenwoordigd door de vice-eerste minister, minister van Verkeerswezen en Overheidsbedrijven», houdt verband met de libellering in de titel die ten uitvoer wordt gelegd, doch houdt geen verband met het voorwerp van het beslag. Beslag wordt gelegd op het vermogen van de schuldenaar en een ministerieel departement heeft geen eigen vermogen zoals boven is gebleken.

In verband met de onrechtstreeks aangevoerde begrotingsargumenten dient het volgende te worden benadrukt. De begrotingsargumenten kunnen als volgt worden samengevat. Volgens de begrotingsbeginselen geldt de regel van de kas-eenheid: alle ontvangsten van de Staat worden gecentraliseerd in één kas, namelijk in de administratie van de Thesaurie van het Ministerie van Financiën. Wat de uitgaven betreft, dient rekening te worden gehouden met de regels van de rijksmiddelenbegroting en de specialiteitsregel. Dit impliceert dat de uitgavenkredieten niet globaal ter beschikking staan van de regering en de ministers. Elke ontvangst moet, ingevolge dit zelfde specialiteitsbeginsel, afzonderlijk in de rijksmiddelenbegroting worden bepaald en aangerekend op het juiste begrotingsartikel (B. Peeters: *ibidem*, 651 e.v.).

De begrotingsargumenten houden verband met de regeling van de staatsfinanciën. Zij maken het mogelijk te bepalen welk ministerieel departement de uitgave moet inschrijven ingeval het om een vrijwillige uitvoering gaat. Met andere woorden, de uitgaven – de vrijwillige uitvoering – zullen gedragen moeten worden in het kader van een bepaalde administratieve begroting die in overeenstemming zal moeten zijn met de algemene uitgavenbegroting. Bij vrijwillige uitvoering wordt een departement als het ware de «schuldenaar».

De tenlasteneming – noodzakelijkerwijze – in de begroting van een bepaald departement (bestemming van de inkomsten) heeft ook tot gevolg dat ook rekening dient te worden gehouden met de onmogelijkheid tot schuldvergelijking tussen de verschillende departementen. Deze onmogelijkheid vloeit voort uit dezelfde specialiteitsregel, uit het feit dat de verschillende departementen geen afzonderlijke rechtspersoon zijn en uit het principe van niet-bestemming.

Dit betekent dat de tenlasteneming van een bepaalde uitgave dient te gebeuren door het ministerie dat de Staat vertegenwoordigde bij de oorzaak, oorsprong van de schuld. Het is immers dat departement dat de uitgave zal moeten inschrijven in zijn begroting, zij het dat verschillende mogelijkheden hiertoe voorhanden zijn (bv. opname in de begroting, bijkredieten, leningen). De begroting van een ministerie is een onderverdeling van «de» begroting en impliceert dus niet dat een ministerie een afzonderlijke juridische entiteit vormt.

Deze regels zijn echter vreemd aan de specifieke elementen betreffende de gedwongen uitvoering, namelijk de uitvoering via een uitvoerend beslag. Bij gedwongen uitvoering gaat men na op welke goederen beslag is gelegd en kan men nagaan of dit kan, met andere woorden, of de goederen waarop beslag is gelegd voor beslag vatbaar zijn. Aldus rijst, met de specifieke gegevens van de onderhavige zaak, het probleem van de uitvoeringsimmuniteit – de principiële onbeslagbaarheid van de goederen van de Staat – een probleem dat verschillend is van het voorwerp van het beslag.

De begrotingsargumenten houden dan ook verband met de beslagbaarheid en niet met hetgeen het voorwerp is van het beslag. Het principe van niet-bestemming, door eerste verweerster aangehaald, bevestigt enkel dat de ministeries geen eigen rechtspersoonlijkheid hebben. Rekening houdend met de hierboven geschetste principes en beginselen zou dus enkel rekening kunnen worden gehouden met hetgeen de derde beslagene verschuldigd is aan de Belgische Staat. De rechtmatigheid zal hierna worden onderzocht. De hoofdstelling van eiseres is dan ook ongegrond.

3. De beslagbaarheid van het voorwerp van het beslag

De formulering van het voorwerp van het beslag is zeer algemeen.

Zo de beslagbaarheid vroeger niet ter discussie werd gesteld, kan men de laatste jaren vaststellen dat een zeer duidelijke tendens is ontstaan, voornamelijk bij de lagere rechtbanken, om dit principe niet meer te aanvaarden op algemene wijze en zonder nuancering. De maatschappelijke ontwikkelingen en de houding van de Belgische Staat hebben hiertoe bijgedragen. Vroeger was het immers ondenkbaar dat tot gedwongen tenuitvoerlegging zou moeten worden overgegaan ten opzichte van de Belgische Staat, omdat het als vanzelfsprekend werd beschouwd dat de Staat zijn schulden zou nakomen. Dit is thans niet meer zo.

Het criterium dat wordt gehanteerd door diegenen die de immuniteit beperken, is dat van de bestemming van het in beslag genomen: is deze vereist voor de continuïteit van de openbare dienst of niet (zie ook J. Linsmeau, «L'immunité d'exécution des pouvoirs publics», in *La responsabilité des pouvoirs publics*, Brussel, 1991, o.m. p. 491).

In een zeer recent arrest van het Hof van Cassatie wordt eveneens dit criterium gehanteerd. In het kader van een beslag inzake namaak oordeelde het Hof dat het voorlopig onder zich houden van een voorwerp of document door een expert, in het kader van de beschrijving ervan, het principe dat, ingevolge de continuïteit van de openbare dienst, de goederen van een publieke persoon geen voorwerp kunnen uitmaken van een gedwongen tenuitvoerlegging, slechts schendt voor zover dit feit op effectieve wijze de continuïteit zou belemmeren (Cass., 30 september 1993).

Met andere woorden, het moet gaan om welomlijnde, gespecificeerde goederen (zij het gelden) waarover kan wor-

den nagegaan of deze al of niet aan dit criterium beantwoorden. Globale beslagen, niet gedifferentieerd, niet gespecificeerd of welomlijnd kunnen niet in aanmerking worden genomen. In casu is dit het geval. Er is dus onbeslagbaarheid door de aard van het voorwerp, zoals omschreven in het beslagexploot. Het beslag dient dan ook te worden opgeheven. Het is dus overbodig de andere argumenten van eiseres te onderzoeken.

4. De tegeneis van eerste verweerster

In zoverre deze strekt tot het verklaren van eiseres als eenvoudige schuldenaar en de kosten van de verklaring te haren laste te leggen is de tegeneis ongegrond.

De houding van verweerster is niet in strijd met hetgeen de wet, rechtspraak en de rechtsleer oplegt aan een derde in wiens handen beslag is gelegd.

Terecht heeft eiseres zich als derde tot de beslagrechter gewend om te horen beslissen over de rechtsgeldigheid en rechtmatigheid van het gelegde beslag. Het komt immers niet toe aan een derde in wiens handen beslag is gelegd, om dit te doen, doch aan de beslagrechter. Eiseres heeft de zaak aanhangig gemaakt vooraleer zij overging tot haar verklaring als derde.

Gelet op hetgeen onder punt 3 werd geoordeeld, is het overbodig na te gaan of eiseres al of niet gelden verschuldigd was aan de Belgische Staat. De burgerlijke sanctie van de eenvoudige schuldenaarsverklaring kan bezwaarlijk worden opgelegd aan een derde die al het nodige heeft gedaan om te voldoen aan zijn verplichtingen als derde en zelfs onmiddellijk de beslagrechter heeft geadieerd na de beslaglegging. Evenmin kan aan eiseres kwalijk worden genomen dat zij niet onmiddellijk, gelet op haar omvang en de zeer recente oprichting van haar vennootschap, een volledig gedetailleerde verklaring kon afleggen. In de loop der debatten heeft zij dit wel gedaan. De tegeneis op zijn gegrondheid onderzoeken alsof hij zou losstaan van de overige debatten, zou erop neerkomen dat op onrechtstreekse wijze vennootschappen, zoals eiseres, de plaats zouden moeten innemen van de werkelijke schuldenaar, omdat deze een gerechtelijke beslissing niet wenst uit te voeren en aldus de scheiding van de machten negeert door een uitvoerbare beslissing naast zich neer te leggen en geen enkele daad te verrichten om deze beslissing na te komen. Aan de onwil van de werkelijke schuldenaar kan, vanwege deze manifeste onwil, geen schuldenaar worden gesubstitueerd op grond van vermeende foutieve handelingen, waarvan duidelijk is dat deze niet de wettelijke bescherming geniet van de wettelijke schuldenaar op het gebied van de regels van beslagbaarheid. Het doel heiligt de middelen niet, hoe pijnlijk het ook is vast te stellen dat de Belgische Staat aan zijn verplichtingen niet voldoet.

RECHTBANK VAN KOOPHANDEL TE BRUGGE AFDELING OOSTENDE

3e KAMER – 10 JUNI 1993

Voorzitter: de h. Vercruyse

Advocaten: mrs. Teerlynck en Bosmans

Faillissement – Verzoek tot machtiging om een onroerend goed uit de hand te verkopen – Verzet van de eerst ingeschreven hypothecaire schuldeiser – Misbruik van recht

Misbruik van recht kan ook ontstaan door de uitoefening van een recht zonder redelijk en voldoende belang.

Wanneer de eerst ingeschreven hypothecaire schuldeiser, ten aanzien van het verzoek van de curator van een faillissement tot machtiging om een onroerend goed uit de hand te verkopen, instemt met de aangeboden prijs, maar bijkomende voorwaarden stelt die niets te maken hebben met de tegeldemaking van het onroerend goed en die zelfs niet aanvaard kunnen worden door de curator, is het verzet van die schuldeiser tegen de gevorderde machtiging onredelijk en maakt hij misbruik van zijn recht van uitwinning.

Faillissement M. t/ N.V. A. e.a.

1. Feiten en procedure

Bij verzoekschrift van 30 april 1993, neergelegd op 3 mei 1993, vordert eiser q.q. met toepassing van art. 1193ter Ger.W. gemachtigd te worden, om overeenkomstig de bepalingen van het ontwerp van notaris J.P. M. te T., de volgende onroerende goederen uit de hand te verkopen, namelijk 1) een hofplaats met gerieven en afhankelijkheden en medegaand erf, staande en gelegen te T., (...) aan Gabriël M. voor de prijs van 3.500.000 frank; 2) een perceel grond gelegen (...) aan de B.V.B.A. B. of de heer B. in eigen naam, voor de prijs van 150.000 frank.

De ingeschreven hypothecaire en bevoorrechte schuldeisers werden bij gerechtsbrief van 4 mei 1993 behoorlijk opgeroepen voor de zitting van 13 mei 1993.

Op deze zitting is de N.V. A. verschenen om gehoord te worden. De zaak werd verdaagd op verzoek van eiser q.q. om gepleit te worden op de zitting van 27 mei 1993.

De N.V. A. is eerst ingeschreven hypothecair schuldeiseres en verzet zich tegen de vordering van de curator.

2. Beoordeling

2.1. Nopens het recht

Terecht voert de tussenkomende partij aan dat zij als eerst ingeschreven schuldeiseres tot uitwinning kan overgaan, ongeacht de stand van het faillissement en dat dit haar exclusief recht is, zonder dat de curator een concurrerend recht tot uitwinning heeft (cf. Cass., 21 september 1984, *R.W.*, 1985-86, 318).

Dit alles mede gelet op het feit dat de N.V. A. het uitvoerend beslag betekend op 12 november 1992 heeft doen overschrijven in de registers van de Hypotheekbewaarder van het tweede kantoor te Brugge op 19 november 1992 en het faillissement van Dirk M. slechts werd uitgesproken op 3 december 1992.

2.2. Nopens het misbruik van dit recht

Misbruik van recht kan niet alleen ontstaan door de uitoefening van een recht met de enkele bedoeling om te schaden, maar ook door de uitoefening van dat recht zonder redelijk en voldoende belang. (cf. Cass., 19 november 1987, *R.W.*, 1987-88, 1060).

Waar de N.V. A. instemde met de aangeboden prijs van 3.500.000 frank, respectievelijk 150.000 frank, maar bijkomende voorwaarden heeft gesteld die niets te maken hebben

met de tegeldemaking van het onroerend goed en die zelfs niet konden worden aanvaard door de curator, is haar verzet tegen de gevorderde machtiging onredelijk en maakt zij misbruik van haar recht.

Ongeacht de vraag of de curator en de gefailleerde al dan niet terecht de som van 1.024.000 frank schadevergoeding van de verzekeringsmaatschappij V. opvoert, waar deze laatste het bedrag reeds heeft uitbetaald – wederrechtelijk naar de mening van de gefailleerde en de curator – aan de N.V. A., is de voorwaarde door deze laatste gesteld, om af te zien van welke procedure ook in dit verband geenszins aanvaardbaar en bijzonder onredelijk.

Naar aanleiding van de pleidooien ter zitting van 13 mei en 27 mei 1993 heeft de N.V. A. nogmaals bevestigd dat zij akkoord ging met de aangeboden prijs, maar de uitwinning slechts zou staken wanneer de curator en gefailleerde er zich toe verbonden de bovenvermelde betaling als definitief aan te nemen.

Het verzet van de N.V. A. is derhalve ongegrond.

2.3. *Nopens de voorwaarden van de verkoop*

Uit het voorliggende schattingsverslag van notaris M. van 26 april 1993 blijkt dat het onroerend goed in kwestie bestaat uit een slecht onderhouden hofplaats, met een hofstedewoning en een tweede woning, waar de ouders van de gefailleerde ingevolge een recht op bewoning wonen, en stallingen. Het eigendom paalt niet aan de openbare weg en wordt bereikt via een aardeweg (uitweg). De hofstedewoning is verouderd en behoudens de living die vernieuwd werd, zijn alle andere kamers oud en vetuust en geven de indruk van een krotwoning.

De binnenmuren zijn gebouwd uit hout, regenwater sijpelt door de muren en de zoldering, overal zijn sporen van vochtigheid. De tweede woning bestaat uit een keuken, living en slaapkamer en is ingericht voor bejaarde mensen. De stallingen zijn niet meer geschikt voor veeteelt. Het hele bedrijf is ongeschikt als landbouwbedrijf. Bovendien zou de aanwezigheid van een containerpark met allerlei afvalprodukten een reële minderwaarde betekenen voor het onroerend goed.

Uit het deskundig verslag van landmeter D. van 22 februari 1992 blijkt eveneens de verouderde infrastructuur, waardoor het onroerend goed enkel nog als stalling voor runderen bestemd lijkt, terwijl de eventuele verkoop als «fermette» eerder een minderwaarde zou opleveren gelet op de meerdere gebouwen.

De schatting in de respectieve rapporten loopt niet ver uiteen. Notaris M. raamt de normale verkoopwaarde op 3.200.000 frank en de gedwongen verkoopwaarde op 2.800.000 frank, landmeter D. raamt, aan de hand van uitvoerige vergelijkingspunten, de normale verkoopwaarde op 3.300.000 frank en de gedwongen verkoopwaarde op 2.900.000 frank.

Met inachtneming van alle bovenstaande elementen komt deze schatting de Rechtbank als aanvaardbaar en redelijk voor.

De aangeboden prijs ligt aldus gevoelig hoger dan de geraamde waarde; bovendien zal op deze wijze de gefailleerde gemakkelijker in eigen onderhoud kunnen voorzien nu hij niet dient uit te kijken naar een andere woning, zodat de schuldeisers belang hebben bij een onderhandse verkoop overeenkomstig de voorwaarden van de ontwerpakte van notaris M.

NOOT – Tegen bovenstaand vonnis werd geen hoger beroep ingesteld. De onderhandse verkoop is effectief uitgevoerd.

VREDEGERECHT TE SINT-JANS-MOLENBEEK

23 NOVEMBER 1993

Rechter: de h. Sacré

Advocaten: mrs. Vandenheuvel en Lauwaert loco De Greve-Verstreken

Taalgebruik – Gerechtszaken – Samenhangende zaken – Procesecconomie

Wanneer voor het Vredegerecht te Sint-Jans-Molenbeek een eerste zaak is ingeleid in het Frans en een tweede zaak in het Nederlands, en beide zaken wegens samenhang dienen te worden gevoegd, maar wegens het verstek van een van de twee verweerders in de tweede zaak niet kan worden ingegaan op het verzoek tot taalwijziging, is er grond om de tweede zaak in het Frans voort te zetten als blijkt dat in de in het Frans ingeleide zaak reeds een uitvoerig deskundigenverslag is ingediend, deze zaak het eerst is ingeleid en het merendeel van de stukken in het Frans zijn.

Van R. t/ D. en T.

Overwegende dat partijen ons verzoeken huidig geding samen te voegen met het geding dat op de rol van onze rechtbank staat ingeschreven onder nummer 41.500 en dat werd ingeleid ten verzoeken van de heer Roger Van R. tegen de B.V.B.A. R.

Overwegende dat beide procedures betrekking hebben op één zelfde huurovereenkomst en de verweerders D. en T. in feite zijn gedagvaard in hun respectieve hoedanigheden van vereffenaar (eerste verweerder) en commissaris-verificateur (tweede verweerder) van de B.V.B.A. R., in vereffening gestelde vennootschap;

Overwegende dat het in het belang van een goede rechtsbedeling is beide zaken samen te voegen zodat in één enkel vonnis uitspraak kan worden gedaan en de mogelijkheid dat er twee tegenstrijdige uitspraken worden gegeven aldus wordt uitgesloten;

Overwegende dat de zaak ingeschreven onder nr. 41.500 echter werd ingeleid in de Franse taal terwijl het onderhavige geding vanzelfsprekend werd ingeleid in de Nederlandse taal daar beide verweerders in het Vlaamse gewest woonachtig zijn, eerste verweerder te Hever, tweede verweerder te Sint Job in 't Goor;

Overwegende dat eerste verweerder verklaart dat hij zich niet verzet tegen een wijziging van de taal van de procedure maar dat hierop niet kan worden ingegaan nu tweede verweerder verstek maakt en enkel een wijziging kan worden toegestaan op verzoek van partijen zo de meerderheid van de verweerders hierom verzoekt;

Overwegende dat, nu beide samenhangende zaken in een andere taal zijn ingeleid, deze rechtbank, die niet mag weigeren recht te spreken, ook niet wanneer zij vaststelt dat haar een geschil wordt voorgelegd waarvoor de wetgever geen oplossing aanreikt, zelf ambtshalve de wijziging van de

taal van één van beide procedures zal dienen te bevelen op gevaar anders de samengevoegde zaken niet als één zaak te kunnen behandelen nu de wetgever van 1935 dergelijk conflict niet regelt;

Overwegende dat in de zaak AR.41.500 reeds een vonnis werd gegeven, een deskundige met een opdracht werd belast en dat het deskundig verslag reeds werd neergelegd;

Dat deze procedure in het Frans geschiedde en het deskundig verslag, een zeer lijvig document, in het Frans werd neergelegd;

Dat het om redenen van proceseconomie aangewezen is voor recht te zeggen dat de procedure in het Nederlands ingeleid, in het Frans zal dienen te worden voortgezet daar vaststaat dat de vertaling van het omvangrijke deskundig verslag het verder verloop van de procedure nodeloos zou vertragen en hoge extra kosten zou meebrengen;

Dat eveneens rekening kan worden gehouden met het feit dat de in het Frans ingeleide zaak als eerste werd ingeleid;

Dat ten slotte het merendeel van de stukken van het dossier in het Frans zijn opgesteld;

Overwegende dat derhalve dient te worden bevolen dat na samenvoeging de zaken ingeschreven onder de nummers 41.500 en 46.154 van onze algemene rol samen zullen worden behandeld in de Franse taal (zie o.a. Lindemans, *Taalgebruik in Gerechtszaken*, Algemeen Praktische Rechtsverzameling, nr. 123; Rechtbank Brussel, 9 februari 1987, *R.W.*, 1986-87, 2175; «Taalgebruik in Gerechtszaken 1980/1985», Leo Lindemans, *R.W.*, 1985-86, 2268, in fine; Vred. Molenbeek, 15 januari 1991, A.R. 16.430, onuitgegeven);

...

EUROPESE RECHTSPRAAK IN KORT BESTEK

Coördinatie: Jan Wouters

Hof van Justitie, 24 november 1993 en 15 december 1993

Goederenverkeer – Nationale regelingen inzake verkoop met verlies en inzake het verbod van publiciteit voor farmaceutische producten – Grenzen aan de toepasselijkheid van artikel 30 EG-Verdrag

Beide arresten handelen over de vraag onder welke voorwaarden overheidsregelingen die een invloed hebben op de handel tussen de lidstaten, onder het principiële verbod van art. 30 EG-Verdrag vallen en derhalve, behoudens rechtvaardiging, verboden zijn. Dit is een problematiek die reeds aanleiding heeft gegeven tot een indrukwekkende hoeveelheid rechtspraak en tot een nog veel indrukwekkender hoeveelheid rechtsleer. In een eerder verschenen kanttekening («Vrij verkeer van goederen: grenzen aan de toepasselijkheid van artikel 30 EEG», *R.W.*, 1990-91, 197 e.v.) werd een overzicht gegeven van de evolutie van 's Hof's rechtspraak. Die evolutie kan kort worden samengevat als volgt. In het Dassonville-arrest (arrest van 11 juli 1974, zaak 8/74, *Jur.*, 1974, 837) maakte het Hof van Justitie uit dat het in art. 30 vervatte verbod op «maatregelen van gelijke werking als

kwantitatieve invoerbeperkingen» van toepassing is op «iedere handelsregeling die de intra-communautaire handel al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel, kan belemmeren». Een erg ruime formulering, en gedurende de volgende twintig jaar werd het Hof steeds opnieuw met de vraag geconfronteerd of er eigenlijk wel handelsregelingen denkbaar waren die er *niet* onder vielen, en die dus niet naar gemeenschapsrecht hoefden te worden gerechtvaardigd.

Dat de «Dassonville»-formule van toepassing is op regelingen die ingevoerde goederen t.a.v. nationale goederen *discrimineren*, is nooit betwist. In het zogenaamde Cassis de Dijon-arrest (arrest van 20 februari 1979, zaak 120/78, *Rewe, Jur.*, 1979, 649) heeft het Hof vervolgens uitgemaakt dat ook regelen die (formeel) zonder onderscheid van toepassing zijn op nationale en ingevoerde goederen, binnen het toepassingsbereik van art. 30 kunnen komen. Volgens de «Cassis de Dijon»-regel valt een handelsregeling die, als gevolg van de verschillen tussen de wetgevingen van de lidstaten, de verhandeling van ingevoerde goederen *de facto moeilijker* maakt dan die van nationale goederen, eveneens onder het principiële verbod van art. 30 EG-Verdrag.

In recente arresten kwam het Hof er ten slotte toe het verbod van art. 30 principieel eveneens toepasselijk te achten op handelsregelingen die niet voortspruiten uit dispariteiten tussen de verschillende nationale regelingen, en die m.a.w. de verhandeling van ingevoerde goederen niet moeilijker maken dan die van nationale goederen. Het gaat dan om handelsregelingen waarvan enkel vaststaat dat zij een invloed hebben op de verhandeling van goederen, daaronder ook begrepen grensoverschrijdende transacties. Het bekendste voorbeeld van deze rechtspraak zijn de zgn. «zondagssluitingszaken» waarin het Hof aanvaardde dat regelingen die tot een zeker omzetverlies leiden van ondernemingen die zowel nationale als ingevoerde goederen verkopen, eveneens binnen het toepassingsbereik van art. 30 kunnen komen (zie het arrest van 23 november 1989 in zaak 145/88, *B & Q I, Jur.*, 1989, 3851 en het arrest van 28 februari 1991 in zaak C-332/89, *Marchandise, Jur.*, 1991, I-1027). Anderzijds werd in deze arresten ook geoordeeld dat de uit dergelijke regelingen voortspruitende handelsbelemmeringen aan een minder stringente rechtvaardigingstest onderworpen zijn om uit te maken of ze per slot van rekening aanvaardbaar zijn.

Op te merken valt dat de zondagssluiting-jurisprudentie tot stand kwam op andersluidende conclusie van advocaat-generaal Van Gerven. Deze had in zijn conclusie in de *B & Q*-zaak het Hof voorgesteld om te aanvaarden dat een aantal handelsregelingen niet binnen het toepassingsgebied van art. 30 komen. Meer bepaald meende de advocaat-generaal dat een regeling waarvan niet kan worden aangetoond dat zij hetzij discriminerend is t.a.v. ingevoerde goederen, hetzij de verhandeling van ingevoerde goederen moeilijker maakt dan die van nationale goederen, hetzij leidt tot een afscherming van de desbetreffende markt, niet wordt geviséerd door het verbod van art. 30 EG. De advocaat-generaal voegde daaraan toe dat, wanneer men in het geval van dergelijke regelingen art. 30 wél van toepassing zou achten, dit het noodzakelijk zou maken om een heel aantal regelingen die per slot van rekening niet in verband staan met de totstandkoming of de werking van de interne markt, toch naar gemeenschapsrecht te rechtvaardigen. Zoals gezegd, sloeg het Hof een andere weg in, maar uit de *B & Q*- en *Marchandise*-

arresten bleek dat het wel bereid was om dergelijke maatregelen te onderwerpen aan een minder stringente rechtvaardigingstoets, en ze te billijken op grond van «nationale beleidskeuzen» die een naar gemeenschapsrecht gerechtvaardigd doel nastreven.

Drie jaar en één dag na het B & Q-arrest blijkt het Hof terug te keren op zijn schreden en uiteindelijk toch de door advocaat-generaal Van Gerven aanbevolen weg in te slaan. De zaak Keck en Mithouard stelde een Franse regeling aan de orde, die een verbod instelde op de verkoop van producten tegen een lagere prijs dan hun daadwerkelijke inkoop-prijs. Het Hof merkte op dat een dergelijke wetgeving niet tot doel heeft het goederenverkeer tussen de lidstaten te regelen. Weliswaar is het juist dat een dergelijke regeling kan leiden tot een vermindering van omzet, ook wat betreft producten die uit andere lidstaten afkomstig zijn. In afwijking van vroegere rechtspraak oordeelde het Hof evenwel dat die eventualiteit niet volstaat om art. 30 toepasselijk te achten. Het herinnerde eraan dat de «Cassis de Dijon»-rechtspraak uitgedacht werd met het oog op de handelsbelemmerende effecten van produkt-specifieke regelingen (zoals voorschriften betreffende de benaming, vorm, samenstelling, verpakking en etikettering van producten). Wanneer het daarentegen gaat om (i) nationale bepalingen die bepaalde verkoopmethoden aan banden leggen (en m.a.w. niet specifiek op een bepaald produkt gericht zijn) of verbieden, en wanneer (ii) zulke bepalingen van toepassing zijn op alle marktdeelnemers die op het nationale grondgebied activiteiten ontplooiën en (iii) zij zowel rechtens als feitelijk dezelfde invloed hebben op de verhandeling van nationale producten en op de verhandeling van producten uit andere lidstaten, dan kunnen die bepalingen niet worden beschouwd als een «handelsbelemmering» in de zin van het Dassonville-arrest, aldus het Hof. Immers, wanneer aan die voorwaarden is voldaan, dan heeft de toepassing van zulk een regeling op ingevoerde producten niet tot gevolg dat voor die producten de toegang tot de markt wordt verhinderd of meer wordt bemoeilijkt dan voor andere producten het geval is. Aangezien de litigieuze Franse regeling aan de voorwaarden voldeed, verklaarde het Hof art. 30 niet van toepassing.

Enkele weken later werd deze oplossing bevestigd in het arrest Hünernmund. Hier ging het om een Duitse regel volgens welke het aan in Baden-Württemberg gevestigde apothekers verboden was om, buiten de apotheek, reclame te maken voor para-farmaceutische producten. Opnieuw stelde het Hof vast dat de regeling weliswaar kon leiden tot een lagere omzet van de bewuste producten, maar dat zij een identieke impact had, in rechte zowel als in feite, op de verhandeling van ingevoerde en van nationale producten, en evenmin de toegang tot de markt van ingevoerde producten kon verhinderen.

Het Hof liet in het Keck en Mithouard-arrest duidelijk verstaan dat de nieuwe wending in zijn jurisprudentie ingegeven is door het toenemend aantal prejudiciële vragen die het in de laatste jaren werd voorgelegd betreffende nationale regelingen die weliswaar een «invloed» hebben op de verhandeling van goederen, maar die per slot van rekening geen verband houden met de integratie van de gemeenschappelijke markt. Daarmee werd de door advocaat-generaal Van Gerven in zijn B & Q-conclusie uitgedrukte waarschuwing bewaarheid: breidt men het toepassingsgebied van art. 30 te ver uit, dan zal dat leiden tot een «Überfor-

derung» van het Hof. Met het Keck en Mithouard-arrest wil het Hof deze situatie verhelpen: het reikt de nationale rechter een praktisch bruikbare leidraad aan waarmee deze kan uitmaken of een gegeven regeling, gegeven de weerslag ervan op het handelsverkeer, binnen het toepassingsbereik van art. 30 valt. Toch zullen nationale rechters er m.i. goed aan doen om, wanneer zij geconfronteerd worden met een regeling die prima facie lijkt te voldoen aan het Keck en Mithouard-arrest, maar van mening zijn dat deze regeling niettemin leidt tot de afscherming van de betrokken markt, het Hof van Justitie te ondervragen over de toepasselijkheid van art. 30 EG-Verdrag.

(Voltallig Hof – Eerste arrest: gevoegde zaken C-267/91 en C-268/91, Keck en Mithouard – Tweede arrest: zaak C-292/92, Hünernmund).

H.M. Gilliams

Hof van Justitie, 7 december 1993

Dienstenverkeer – Begrip dienst – Stelsel van studietoelagen

In deze prejudiciële zaak werd het Hof gevraagd naar de toepasselijkheid van de EG-verdragsbepalingen inzake dienstenverkeer (artt. 59 en 60) op de situatie waarin een student uit de ene lidstaat aan een hogeschool van een andere lidstaat studeert. In de eerste plaats was het de vraag of cursussen verstrekt aan een hogeschool in die situatie als dienstverrichtingen in de zin van art. 60 EG moeten worden beschouwd. Het Hof bevestigde zijn vroegere rechtspraak (arrest van 27 september 1988, zaak 263/86, Humbel, *Jur.*, 1988, 5365, r.o. 17-19) volgens welke het wezenlijke kenmerk van het element vergoeding – eigen aan het begrip dienst in de zin van art. 60 EG – erin bestaat dat zij de economische tegenprestatie voor de dienst in kwestie, een kenmerk dat ontbreekt in het kader van het nationale onderwijsstelsel. Dit geldt ook voor een hoger-onderwijsinstituut dat hoofdzakelijk door middel van openbare gelden wordt gefinancierd. Het Hof preciseert echter dat cursussen die gegeven worden in instellingen voor hoger onderwijs die wezenlijk door privé-gelden (studenten of ouders) worden gefinancierd en een commercieel doel nastreven, wél diensten in de zin van art. 60 EG uitmaken (cf. reeds in die zin de conclusie van advocaat-generaal Van Gerven van 13 januari 1993 in zaak C-19/92, Kraus, *Jur.*, 1993, I-1684, nr. 20).

In de tweede plaats luidde de vraag of de artt. 59 en 62 EG toestaan dat een lidstaat zijn onderdanen alleen dan studietoelagen voor studies aan een hogeschool toekent, wanneer de betrokkene in het eigen land studeert doch niet in een andere lidstaat. Het antwoord van het Hof was bondig dat, indien geen dienst in de zin van art. 60 EG voorligt, voornoemde bepalingen geen toepassing vinden.

Ten slotte werd gevraagd of het met het algemene gelijkheidsbeginsel verenigbaar is wanneer een lidstaat die tot een bepaald ogenblik voor hogeschoolopleidingen in een andere lidstaat studietoelagen betaalde, die toelage afschaft. Het kort antwoord van het Hof was dat, zoals in eerdere rechtspraak vastgesteld, bij de huidige ontwikkelingsstand van het gemeenschapsrecht een aan studenten ter zake van levensonderhoud en opleiding toegekende steun in beginsel buiten

het toepassingsgebied van het EG-Verdrag valt (arrest van 21 juni 1988, zaak 39/86, *Lair, Jur.*, 1988, 3161, r.o. 15). Men kan zich afvragen of het Hof hier nog zo licht overgegaan zou zijn indien ten tijde van de feiten van het bodemgeding het Europese Unieverdrag al van kracht was geweest: de nieuwe artt. 126 en 127 EG kennen immers (beperkte) bevoegdheden aan de Gemeenschap toe ter versterking en aanvulling van het beleid van de lidstaten inzake onderwijs resp. beroepsopleiding (daarover K. Coppenhelle, W. Devroe en J. Wouters, «Het Europees gemeenschapsrecht na het Verdrag van Maastricht», *R.W.*, 1993-94, 870, nr. 96). (Vijfde kamer – Zaak C-109/92, *Wirth*)

J. Wouters

Hof van Justitie, 9 december 1993

Sociale zekerheid migrerende werknemers – Ouderdomspensioenenberekening

In deze prejudiciële zaak wordt het Hof gevraagd of het gemeenschapsrecht er zich tegen verzet dat de door de Belgische wetgeving geregelde gelijkstelling van tijdvakken van invaliditeit met tijdvakken van arbeid voor de berekening van een pensioen onderworpen is aan de voorwaarde dat men op het ogenblik van het intreden van de arbeidsongeschiktheid arbeid in loondienst verrichtte in België. Zijn de Belgische bevoegde autoriteiten ook gehouden deze tijdvakken gelijk te stellen indien de betrokkene op het ogenblik van het intreden van de arbeidsongeschiktheid arbeid in loondienst verrichtte, niet in België, maar in een andere lidstaat? Het Hof beantwoordt deze vraag positief.

Volgens de bepalingen van de verordening nr. 1408/71 over de sociale zekerheid van migrerende werknemers (art. 46, lid 1) stelt het bevoegde orgaan van een lidstaat het uitkeringsbedrag vast dat overeenstemt met de totale duur van tijdvakken van verzekering of van wonen welke krachtens de wettelijke regeling van deze staat in aanmerking dienen te worden genomen. Onder deze tijdvakken van verzekering dient men te verstaan de tijdvakken die door de wetgeving waaronder ze zijn vervuld, als zodanig worden erkend, alsmede alle met deze tijdvakken gelijkgestelde tijdvakken, voor zover zij als zodanig door deze wetgeving zijn erkend. Hoewel men dus voor de berekening van de pensioenuitkering enkel rekening dient te houden met verzekeringstijdvakken en met deze tijdvakken gelijkgestelde tijdvakken, zoals bepaald onder de nationale wetgeving waaronder ze zijn vervuld, mag deze wetgeving het doel van de artt. 48 en 51 EG niet ignoreren (zie ook arrest van 15 oktober 1991, zaak 302/90, *Faux, Jur.*, 1991, 4875, r.o. 25-28). Het Hof bevestigt hierbij zijn vroegere rechtspraak dat het doel van deze artikelen niet zou worden bereikt indien de migrerende werknemers ten gevolge van de uitoefening van hun recht op vrij verkeer voordelen op het gebied van de sociale zekerheid zouden verliezen die hun reeds door de wettelijke regeling van een lidstaat zijn gewaarborgd; een dergelijk gevolg zou een werknemer in de Gemeenschap er immers van kunnen weerhouden zijn recht van vrij verkeer uit te oefenen, en daarmee een belemmering voor dit vrije verkeer kunnen opleveren (zie o.a. ook arrest van 7 maart 1991, zaak 10/90, *Masgio, Jur.*, 1991, 1119, r.o. 18; arrest van 4 oktober 1991,

zaak 349/87, *Paraschi, Jur.*, 1991, 4501, r.o. 22). Dit is hier nu het geval daar het vooruitzicht dat men het recht zou verliezen op gelijkstelling van invaliditeitstijdvakken met verzekeringstijdvakken omdat men zich van een lidstaat naar een andere lidstaat begeeft, de betrokkene kan ontraden gebruik te maken van zijn recht op vrij verkeer.

(Derde kamer – Gevoegde zaken C-45/92 en C-46/92, *Lepore*)

Y. Jorens

Hof van Justitie, 14 december 1993 en 22 december 1993

Gelijke beloning voor mannen en vrouwen – Toepassing van het arrest Barber in de tijd – Toepasselijkheid van artikel 119 EG op aanvullende bedrijfspensioenregelingen – Gebruik van naar geslacht verschillende actuariële berekeningsmethoden

Beide arresten maken deel uit van de zgn. «Post-Barber»-zaken, d.w.z. zaken die voor het Hof van Justitie kwamen nadat het Hof in zijn arrest Barber van 17 mei 1990 (zaak C-262/88, *Jur.*, 1990, I-1889) had geoordeeld dat het beginsel van gelijke beloning voor mannen en vrouwen als neergelegd in art. 119 EG ook geldt voor bedrijfspensioenregelingen en dat bijgevolg mannelijke werknemers op dezelfde leeftijd recht moeten hebben op een bedrijfspensioen als hun vrouwelijke collega's die zich in dezelfde omstandigheden bevinden. Gemeenschappelijk aan beide zaken is een eerste kwestie, nl. de precieze toepassing van het arrest Barber in de tijd. In dit arrest had het Hof immers, zich bewust van de verregaande financiële gevolgen van zijn uitspraak, de werking van zijn uitspraak in de tijd beperkt. Dit gebeurde echter op een wijze die vier verschillende interpretaties toeliet, de ene al met zwaardere financiële repercussies voor de pensioenstelsels dan de andere. Als complicerende factor gold dat de lidstaten in het kader van het Verdrag van Maastricht via een aan het EG-Verdrag gehecht protocol het Hof de pas afsneden door voor één bepaalde interpretatie te kiezen (daarover K. Coppenhelle, W. Devroe en J. Wouters, «Het Europees gemeenschapsrecht na het Verdrag van Maastricht», *R.W.*, 1993-94, 865, nr. 89). In het arrest Ten Oever van 6 oktober 1993 (zaak C-109/91, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*) hakte het Hof de knoop door inzake de werking in de tijd van het arrest Barber: werknemers kunnen zich ter afdwining van gelijke behandeling op het gebied van bedrijfspensioenen slechts op de directe werking van art. 119 EG beroepen voor die uitkeringen die verschuldigd zijn uit hoofde van na 17 mei 1990 (datum van het Barber-arrest) verschuldigde tijdvakken van arbeid. Deze interpretatie stemt overeen met het voornoemde «Barber»-protocol. In beide onderhavige zaken bevestigde het Hof de uitspraak in de zaak Ten Oever.

In de zaak Moroni had het Arbeitsgericht Bonn het Hof daarnaast nog twee vragen gesteld. In de eerste plaats vroeg het of de Barber-uitspraak (die betrekking had op het Britse stelsel van «contracted-out» pensioenen, d.w.z. bedrijfspensioenen die het wettelijk pensioen gedeeltelijk vervangen) ook geldt voor aanvullende bedrijfspensioenen. Het Hof beantwoordde die vraag bevestigend onder verwijzing naar zijn arrest Bilka (arrest van 13 mei 1986, zaak 170/84, *Jur.*, 1986,

1607). Het Hof preciseerde evenwel dat pas in de zaak Barber de problematiek van de verschillende pensioenleeftijd aan bod was gekomen, zodat de in dat arrest ingelaste beperking in de tijd ook voor aanvullende bedrijfspensioenen geldt. In de tweede plaats had de rechter te Bonn het Hof gevraagd naar de impact op de inroepbaarheid van art. 119 EG van art. 8, lid 1, van richtlijn 86/378/EEG van de Raad (richtlijn van 24 juli 1986 betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen in ondernemings- en sectoriële regelingen inzake sociale zekerheid, *Pb.*, 1986, L 225, 40), dat de toepassing van het beginsel van gelijke behandeling in bedrijfspensioenregelingen enkel liet ingaan vanaf 1 januari 1993. Het Hof antwoordde dat art. 119 EG toepasselijk is zodra een discriminatie kan worden vastgesteld op grond van de enkele criteria van gelijke arbeid en gelijk loon. Aangezien dit het geval is met discriminaties bij bedrijfspensioenen die voortvloeien uit een verschillende pensioenleeftijd, valt deze kwestie rechtstreeks onder art. 119. Daarbij benadrukte het Hof dat richtlijn 86/378 niet de draagwijdte van laatstgenoemde bepaling vermag te beperken.

In de zaak Neath ging het verder om het delicate probleem van het gebruik van *naar geslacht verschillende actuariële berekeningsmethodes* in het kader van bedrijfspensioenregelingen. Vooral de pensioenfondsen hadden opgeworpen dat dergelijke berekeningsmethodes, die uitgaan van een statistisch hogere levensverwachting voor vrouwen dan voor mannen, normaal zijn en noodzakelijk voor het financiële evenwicht van bedrijfspensioenstelsels. Advocaat-generaal Van Gerven had het Hof geadviseerd deze praktijk onverenigbaar met art. 119 EG te verklaren. Mede op basis van Amerikaanse precedents oordeelde hij dat het recht op gelijk loon een individueel recht is, zodat een werknemer niet louter op grond van zijn geslacht (en van zijn statistische levensverwachting) een lagere resp. hogere pensioenuitkering mag worden toegekend (conclusie van 28 april 1993 in de zaken C-109/91, C-110/91, C-152/91 en C-200/91, nog niet gepubliceerd in de *Jur.*, nrs. 27-43). Het Hof daarentegen besloot dat het gebruik van naar geslacht verschillende actuariële factoren in zgn. stelsels met vaste uitkeringen (d.i. het type dat in de zaak Neath aan de orde was en waarbij de grootte van pensioenuitkeringen wordt vastgelegd volgens het aantal dienstjaren) buiten het toepassingsgebied van art. 119 EG valt. De door het Hof daartoe ontwikkelde redenering is op zijn minst merkwaardig. «Beloning» in de zin van art. 119 is volgens het Hof slechts datgene wat het gevolg is van een door de werkgever ten aanzien van zijn werknemers aangegane verbintenis tot betaling (van uitkeringen of specifieke voordelen) en wat derhalve binnen de daaraan beantwoordende verwachtingen van de werknemers valt. Welnu, aldus het Hof, bij pensioenstelsels met vaste uitkeringen bestaat die verbintenis in de betaling van periodieke pensioenuitkeringen, zodat, wat de werkgever betreft, enkel dit aspect binnen het begrip «beloning» valt. Die verbintenis staat echter los van de aan pensioenbetalingen ten grondslag liggende financieringsmethoden, waaronder het gebruik van naar geslacht verschillende actuariële berekeningselementen: die blijven buiten het bereik van art. 119 EG. Het resultaat is dat ongelijkheid van werkgeversbijdragen in stelsels met vaste uitkeringen niet onder art. 119 verboden is. Hetzelfde geldt voor overdrachtsbetalingen tussen pensioenstelsels en voor de conversie van het periodieke pen-

sioen in een kapitaalsom, aangezien in beide gevallen de waarde enkel met verwijzing naar de gekozen financieringsmethodes kan worden bepaald.

Het Hof gaf wel toe dat de bijdragen van *werknemers* tot bedrijfspensioenstelsels als loon worden beschouwd zodat art. 119 daarop toepassing vindt. Dat kon ook moeilijk anders, aangezien die bijdragen rechtstreeks van het loon van de werknemer worden afgetrokken.

(Voltallig Hof – Eerste arrest: zaak C-110/91, Moroni – Tweede arrest: zaak C-152/91, Neath)

J. Wouters

Hof van Justitie, 15 december 1993

Belasting over de toegevoegde waarde – Schadevergoeding wegens vervroegde beëindiging van een huurovereenkomst

Krachtens art. 2 juncto 6 van de Zesde BTW-Richtlijn is elke handeling die geen levering van een goed is, belastbaar als dienstverrichting. Art. 13, B, sub b, voorziet echter in een belastingvrijstelling voor de *verhuur van onroerende goederen*, onder voorbehoud van de mogelijkheid voor de lidstaten om de belastingplichtigen te laten kiezen voor belastingheffing (art. 13, C, sub a). Via een dergelijk keuzerecht kan worden vermeden dat de belastingvrijstelling, die aftrek van voorbelasting onmogelijk maakt, de neutraliteit van het BTW-stelsel zou verstoren. Na vier specifieke gevallen van verhuring te hebben opgesomd die toch belastbaar zijn, bepaalt de laatste zin van art. 13, B, sub b, dat de lidstaten «nog andere handelingen van de toepassing van deze vrijstelling (kunnen) uitsluiten».

Vijf jaar vóór de vervaldag van de huurovereenkomst komen Guildhall Properties Ltd, eigenaar van kantoorruimten, en Lubbock, huurder, overeen de huurovereenkomst vervroegd te beëindigen, middels schadevergoeding ten voordele van Lubbock van £850.000, BTW inbegrepen. De Engelse wetgeving sluit schadevergoeding die naar aanleiding van het verbreken van een huurovereenkomst wordt betaald, uit van de belastingvrijstelling voor verhuur van onroerende goederen. De Engelse belastingautoriteiten eisen dus van Lubbock betaling van de BTW op de schadevergoeding. Lubbock wendt zich tot de rechter en beroept zich op art. 13 van de Zesde BTW-Richtlijn. De nationale rechter vraagt het Hof of lidstaten de tussen huurder en verhuurder overeengekomen verbrekingsvergoeding mogen uitsluiten van de belastingvrijstelling bedoeld bij art. 13, B, sub b, met toepassing van de laatste zin van die bepaling.

De Engelse regering hanteert een restrictieve interpretatie van de vrijstelling voor de verhuur van onroerende goederen. De beëindiging van een huurovereenkomst middels schadevergoeding kan in die optiek niet als verhuur van onroerende goederen worden beschouwd, en is dus zonder meer belastbaar. Daarnaast beroept de Engelse regering zich op de ruime bewoordingen van voornoemde laatste zin van art. 13, B, sub b. Lubbock betoogt dat een vervroegde verbreking van huurovereenkomst middels schadevergoeding gelijkgesteld moet worden met een verhuur. Verbreking van huurovereenkomst en huurovereenkomst hebben immers symmetrische rechtsgevolgen, met name de terbe-

schikkingstelling van het gehuurde goed door één contracts-partij aan de andere.

Advocaat-generaal Darmon deelt het standpunt van Lubbock. Treffend vergelijkt hij het voorliggende geval met onderhuur. Daar doet de huurder afstand van zijn genotsrecht op het gehuurde goed en ontvangt hij van de onderhuurder een vergoeding voor de resterende duur van de hoofdhuur. In het geval van verbreking van een huurovereenkomst verleent de huurder een soortgelijke economisch waardeerbare dienst: ook hij doet afstand van zijn genotsrecht op het gehuurde goed en ook hij ontvangt een vergoeding die wordt berekend in verband met de resterende duur van de huurovereenkomst. De verrichting waarbij middels schadevergoeding een einde wordt gemaakt aan een huurovereenkomst dient dus aan hetzelfde belastingregime te worden onderworpen als de onderhuur, nl. belastingvrijstelling onder voorbehoud van keuzerecht.

Het Hof volgt de advocaat-generaal en oordeelt dat de lidstaten, wegens de gelijkstelling tussen verhuur en beëindiging van huurovereenkomst, geen beroep kunnen doen op de laatste zin van art. 13, B, sub b.

In België werden de bepalingen van art. 13, B en C, bijna woordelijk omgezet door art. 50 van de wet van 28 december 1992 tot wijziging van het Wetboek van de belasting over de toegevoegde waarde en het Wetboek der registratie-, hypotheek- en griffierechten (*B.S.*, 31 december 1992). Er is ons geen wetsbepaling of administratieve praktijk bekend die de schadevergoeding wegens vervroegde verbreking van een huurovereenkomst aan BTW onderwerpt.

(Voltallig Hof – Zaak C-63/92, Lubbock Fine and Company)

A. Rombouts

Hof van Justitie, 15 december 1993

Sociale zekerheid migrerende werknemers – Ouderdomspensioenen – Berekening – Nationale anti-cumulatiebepalingen

In deze prejudiciële zaak werd het Hof gevraagd naar de berekeningswijze overeenkomstig de verordening nr. 1408/71 over de sociale zekerheid van migrerende werknemers van een pensioen van een migrerende werknemer.

In de eerste plaats was de vraag welke tijdvakken het bevoegde orgaan, de Belgische Rijksdienst voor Pensioenen (RVP), in aanmerking moet nemen voor de berekening van het theoretisch pensioenbedrag. Dient de RVP hierbij ook rekening te houden met tijdvakken vervuld in het buitenland, die aldaar als tijdvakken van verzekering worden beschouwd, zoals bv. legerdienst, zelfs indien deze tijdvakken in België geen recht zouden geven op een pensioenuitkering? Het Hof antwoordt op deze vraag positief door te bepalen dat het bevoegde orgaan van een lidstaat alle tijdvakken dient samen te tellen die zijn vervuld onder de wettelijke regelingen van de lidstaten waaraan de werknemer onderworpen is geweest, zelfs indien deze tijdvakken door het recht van de lidstaat van het bevoegde orgaan niet in aanmerking moesten worden genomen. Nergens wordt de vereiste gesteld dat de in andere lidstaten vervulde tijdvakken

a.h.w. omzetbaar moeten zijn in het nationale recht van de lidstaat van het bevoegde orgaan.

In de tweede plaats bepaalt het Hof dat voor de berekening van het werkelijke uitkeringsbedrag het bevoegde orgaan rekening dient te houden met alle verzekeringstijdvakken die door de wettelijke regelingen van alle lidstaten als zodanig worden erkend en vervuld zijn vóór het intreden van het verzekerd risico. In die zin dient de RVP bij de berekening van dit werkelijke uitkeringsbedrag rekening te houden met alle vóór het intreden van het verzekerd risico vervulde fictieve tijdvakken waarmee overeenkomstig de door het bevoegde orgaan toegepaste wettelijke regeling de jaren van daadwerkelijke arbeid of daarmee gelijkgestelde jaren zijn vermeerderd (zie ook arrest van 18 februari 1992, zaak 5/91, Di Prinzio, *Jur.*, 1992, 897, r.o. 54-56). Bij de berekening van dit werkelijke uitkeringsbedrag zijn de nationale anti-cumulatiebepalingen, zoals de Belgische nationale regel die het aantal bijkomende fictieve jaren vermindert met het aantal jaren waarvoor de werknemer aanspraak kan maken op een pensioen in een andere lidstaat (zie ook arrest van 4 juni 1985, zaak 58/84, Romano, *Jur.*, 1985, 1679, r.o. 15; arrest van 4 juni 1985, zaak 117/84, Ruzzu, *Jur.*, 1985, 1697, r.o. 16), niet van toepassing indien we te maken hebben met gelijksoortige uitkeringen (zie ook arrest van 11 juni 1992, gevoegde zaken C-90/91 en C-91/91, Di Crescenzo, *Jur.*, 1992, I-3851; deze regeling werd uitdrukkelijk opgenomen in art. 46ter, lid 1, van de verordening (EEG) nr. 1248/92 (*Pb.*, 1992, L 136, 7) tot wijziging van de verordening nr. 1408/71.

Ten slotte wordt de vraag gesteld naar de toepassing van het principe van de eenheid van loopbaan dat de loopbaan van werknemers tot 45 jaren beperkt.

Volgens het Hof verzetten noch de artt. 12, lid 2, en 46 van de verordening nr. 1408/71, noch de artt. 48 en 51 EG er zich tegen dat als gevolg van de toepassing van deze anti-cumulatiebepaling, het aantal verzekeringstijdvakken vervuld in de lidstaat van het orgaan dat de uitkering vaststelt, wordt verminderd wegens in een andere lidstaat vervulde verzekeringstijdvakken. Enerzijds verzet de verordening zich immers niet tegen de toepassing van nationale anti-cumulatiebepalingen indien het pensioen wordt berekend op basis van de nationale wetgeving alleen. Anderzijds is deze regeling niet discriminerend en wordt de vermindering van de rechten van de migrerende werknemer die zijn ontstaan in de lidstaat van het orgaan dat de uitkering vaststelt, gecompenseerd door het recht op pensioen waarop hij ingevolge de verordening in een andere lidstaat aanspraak maakt.

(Tweede kamer – Gevoegde zaken C-113/92, C-114/92 en C-156/92, Fabrizzi en Neri)

Y. Jorens

Hof van Justitie, 13 januari 1994

Selectief distributiesysteem – Artikel 85 EG-Verdrag – Voorwaarde voor geldigheid dat systeem sluitend is

Bij een selectief distributiesysteem selecteert een fabrikant zijn distributeurs op basis van bepaalde criteria en wordt de wederverkopers de verplichting opgelegd om al-

leen aan andere door de fabrikant erkende wederverkopers verder te verkopen of aan eindgebruikers.

Volgens vaste rechtspraak is een selectief distributiesysteem niet in strijd met art. 85, lid 1, EG indien bij de keuze van de wederverkopers objectieve criteria van kwalitatieve aard worden gehanteerd m.b.t. de vakbekwaamheid van de wederverkoper, zijn personeel en de inrichting van zijn bedrijf, en deze voorwaarden uniform en zonder discriminatie worden toegepast voor alle potentiële wederverkopers. Voor de verenigbaarheid met art. 85, lid 1, is tevens vereist dat de aard van de goederen zelf het opzetten van een dergelijk distributiesysteem noodzakelijk maakt, bv. door het feit dat de verkoop van het produkt zelf of het onderhoud ervan specifieke kennis vereist (zie bv. arrest van het Hof van 25 oktober 1977, *Metro I*, zaak 26/76, *Jur.*, 1977, 1875; arrest van het Gerecht van 27 februari 1992, *Vichy*, zaak T-19/91, *Jur.*, 1992, II-415).

Het arrest *Cartier* heeft betrekking op het selectief distributiesysteem van *Cartier*. Buiten de EG leek het selectief distributiesysteem van *Cartier* niet sluitend te zijn. Zo lukte het de Duitse warenhuisketen *Metro*, die zelf geen erkende dealer van produkten van *Cartier* is, zich bij de Zwitserse erkende *Cartier*-dealer te bevoorraden. Dit werd mogelijk gemaakt omdat de Zwitserse wetgeving selectieve distributie verbiedt. *Cartier* weigerde echter elke garantie m.b.t. zijn produkten die door *Metro* te koop werden aangeboden. Dit leidde ertoe dat *Metro* zich genoodzaakt zag een eigen garantiesysteem voor deze produkten op te zetten, wat voor haar een aanzienlijke financiële last betekende. Van oordeel dat *Cartiers* weigering een schending van art. 85, lid 1, EG uitmaakte, daagde *Metro* eerstgenoemde voor de Duitse rechter. Deze legde het Hof twee prejudiciële vragen voor.

Ten eerste wenste hij te vernemen of het feit dat een fabrikant alleen binnen de Gemeenschap een «sluitend» selectief distributienet heeft terwijl dit buiten de Gemeenschap niet zo is, ertoe leidt dat het selectief distributiesysteem art. 85, lid 1, EG schendt. Verder vroeg de Duitse rechter zich af of de weigering van *Cartier* om haar garantie toe te kennen aan *Cartier*-produkten die door niet erkende wederverkopers werden verkocht, een schending uitmaakt van art. 85, lid 1.

Volgens het Hof wordt de verenigbaarheid van een selectief distributiesysteem met art. 85, lid 1, niet ter discussie gesteld door het enkele feit dat de fabrikant die binnen de Gemeenschap een selectief distributienet heeft, buiten de Gemeenschap geen dergelijk distributiesysteem heeft opgezet of een niet-sluitend selectief distributiesysteem heeft. Verder oordeelde het Hof dat, wanneer blijkt dat een selectief distributiesysteem verenigbaar is met art. 85, ook de beperking van de garantie tot bij erkende distributeurs gekochte goederen als geldig moet worden beschouwd.

Een niet onbelangrijk detail in deze zaak is het feit dat de Zwitserse wetgeving selectieve distributiesystemen verbiedt. Het was precies in dit land dat het *Cartier*-distributiesysteem «lekkende» vertoonde. Daardoor is het des te opvallender dat het Hof in deze zaak zijn uitspraak niet beperkt heeft tot situaties waarin het selectief distributiesysteem van een fabrikant buiten de Gemeenschap ondermijnd wordt buiten de wil van de fabrikant zelf.

Met dit arrest lijkt daardoor vroegere rechtspraak van het Hof op de helling te komen staan (hierboven aangehaalde arresten *Metro I* en *Vichy*; arrest van 10 december 1985,

ETA/DK Investment, zaak 31/85, *Jur.*, 1985, 3933) die oordeelt dat een selectief distributiesysteem slechts verenigbaar is met art. 85 EG indien de aard van de goederen het opzetten van een dergelijk distributiesysteem noodzakelijk maakt. Indien een fabrikant buiten de Gemeenschap voor de distributie van zijn goederen geen selectief distributiesysteem opzet, kan diezelfde fabrikant immers moeilijk beweren dat binnen de Gemeenschap de aard van de goederen het opzetten van een selectief distributiesysteem wel noodzakelijk maakt. Toch ondermijnt volgens het arrest *Cartier* een dergelijke situatie niet de verenigbaarheid van het selectief distributiesysteem met art. 85, lid 1, EG.

(Vijfde kamer – Zaak C-376/92, *Metro/Cartier*)

I. Maselis

Hof van Justitie, 19 januari 1994

Begrip «onderneming» – Artt. 85 en 90 EG-Verdrag

Eurocontrol is een internationale instelling die in 1960 opgericht werd door een aantal Europese staten waaronder de Beneluxlanden, Duitsland en Frankrijk. De activiteiten van Eurocontrol hebben alle betrekking op de luchtvaart en kunnen onderverdeeld worden in drie domeinen: (1) onderzoek, planning, coördinatie en personeelsvorming; (2) het innen van heffingen voor het gebruik van luchtroutes, waarbij dient opgemerkt te worden dat het de betrokken staten zelf zijn – en niet Eurocontrol – die het bedrag van de heffing vaststellen; (3) controle van het luchtruim.

De luchtvaartmaatschappij SAT werd door Eurocontrol voor de Belgische rechter gedaagd omdat ze een bedrag van meer dan 3 miljoen USD aan heffingen aan Eurocontrol verschuldigd was voor het gebruik van luchtroutes. SAT wierp echter op dat Eurocontrol bij het vaststellen van de heffingen, de artt. 86 en 90 EG geschonden had door voor een zelfde prestatie verschillende heffingen te hanteren in de verschillende lidstaten. Aangezien de mededingingsregels van het EG-Verdrag slechts van toepassing zijn op overeenkomsten en praktijken van «ondernemingen», achtte het Hof van Cassatie het nodig het Hof van Justitie te vragen of Eurocontrol wel een onderneming is in de zin van de artt. 86 en 90 EG.

Het Hof van Justitie oordeelde dat de activiteiten van Eurocontrol door hun natuur, hun doel en door de regels waaraan ze onderworpen zijn, verbonden zijn met de uitoefening van overheidsprerogatieven die betrekking hebben op de controle van en het toezicht op het luchtruim. De activiteiten hebben volgens het Hof geen economisch karakter die de toepassing van de mededingingsregels rechtvaardigen. Bijgevolg kan Eurocontrol niet als een onderneming in de zin van de artt. 86 en 90 EG worden aangemerkt.

Dit arrest is gebaseerd op vaste rechtspraak van het Hof die oordeelt dat elke entiteit die een economische activiteit uitoefent als een onderneming aangemerkt dient te worden in de zin van het EG-mededingingsrecht, ongeacht het juridisch statuut van deze entiteit of haar financieringsvorm (zie bv. arresten van 23 april 1991, *Höfner en Elser*, zaak C-41/90, *Jur.*, 1991, I-1979 en van 17 februari 1993, *Poucet en Pistre*, gevoegde zaken C-159/91 en C-160/91, *Jur.*, 1993, I-637). In het arrest *Eurocontrol* heeft het Hof bijgevolg on-

derzocht of Eurocontrol een of andere economische activiteit uitoefent. Het Hof stelde vast dat Eurocontrol voor rekening van de betrokken staten opdrachten van algemeen belang uitvoert die tot doel hebben bij te dragen tot het verbeteren van de veiligheid in de luchtvaart. Het innen van de heffingen voor het gebruik van luchtroutes kan volgens het Hof niet losgemaakt worden van de andere activiteiten van de organisatie die alle verbonden zijn met het uitoefenen van overheidsprerogatieven. De heffingen die vastgesteld worden door de betrokken staten en door Eurocontrol geïnd worden voor rekening van deze staten, vormen, volgens het Hof, de tegenprestatie voor het verplicht en exclusief gebruik van de installaties en diensten van een internationale organisatie.

De conclusie van het Hof is dat Eurocontrol een overheidsinstantie is die enkel activiteiten verricht «krachtens overheidsbevoegdheid». Aangezien Eurocontrol geen activiteiten van economische aard uitoefent, kan deze instelling bijgevolg niet als een onderneming in de zin van de artt. 85, lid 1, en 90 EG worden aangemerkt.

(Voltallig Hof – Zaak C-364/92, SAT/Eurocontrol)

I. Maselis

BOEKEN

P. LEWALLE, *Le référé administratif*, Luik, Ed. Collection Scientifique de la Faculté de Droit de Liège, 1993, 193 pp.

Sinds het begin van de jaren 90 is het administratief recht meer, maar vooral fundamenteeler gewijzigd dan de voorbije decennia. Vooral 22 oktober 1991 is een historische datum. Op die dag trad immers de wet van 19 juli 1991 in werking waardoor het administratief kort geding voor de Raad van State werd ingevoerd. Door deze nieuwe bevoegdheid heeft het annulatieberoep bij de Raad van State duidelijk een nieuw elan gekregen. Terwijl tot voor kort een annulatieberoep soms werd afgedaan als een louter platonisch rechtsmiddel, wordt een annulatieberoep met daaraan gekoppeld een vordering tot schorsing en eventueel tot het bevelen van voorlopige maatregelen opnieuw een aantrekkelijke vorm van rechtsbescherming tegen de overheid.

In een eerste deel bespreekt de auteur de problemen rond de invoering van dit administratief kort geding in ons juridictioneel systeem, waarbij onder meer wordt uitgegaan van de grondwettelijke bepalingen enerzijds en art. 584 van het Gerechtelijk Wetboek anderzijds.

Het tweede deel is gewijd aan de wet van 16 juni 1989. Deze wet verleende de Raad van State alleen een schorsingsbevoegdheid indien een ernstig middel kon worden aangevoerd steunend op de schending van het gelijkheidsbeginsel, het niet-discriminatiebeginsel en de onderwijsvrijheid en -gelijkheid.

In het derde en laatste deel, dat de hoofdbroek uitmaakt van dit boek, komt ten slotte de wet van 19 juli 1991 aan bod. Deze wet heeft niet alleen de schorsingbevoegdheid van de Raad van State uitgebreid wat de schorsingsgronden betreft, maar heeft de Raad van State ook de bevoegdheid verleend om voorlopige maatregelen te bevelen. Aldus is in België een administratief kort geding ingevoerd dat vergelijkbaar is met wat ondermeer in Frankrijk en Nederland bestaat.

De auteur bespreekt zowel de grondvoorwaarden voor het kort geding als de procedure. Interessant hierbij is de ontleding van de grondvoorwaarden opdat de Raad van State kan schorsen, nl. het bestaan van een ernstig middel enerzijds en van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel anderzijds. De auteur onderzoekt de rechtspraak hierover aan de hand van de diverse domeinen van het administratief recht, zoals het milieurecht, het ambtenarenrecht, het vreemdelingenrecht, het onteigeningsrecht, de ruimtelijke ordening en stedenbouw, de politiematregelen, het onderwijs, de overheids-

opdrachten, enz. Deze aanpak is ongetwijfeld zeer nuttig voor de praktijkjurist.

Aldus geeft dit boek een beknopt, maar duidelijk overzicht van de problemen waartoe het administratief kort geding leidt. Wat we missen in dit werk, is een hoofdstuk over de belangenafweging (zelfs indien aan alle voorwaarden is voldaan is de Raad van State niet verplicht een schorsing of voorlopige maatregelen te bevelen), een bibliografie en een trefwoordenregister.

De auteur rondt wel af met enkele voorlopige conclusies. Hij laakt hierin onder meer het veeleer theoretisch karakter van het onderscheid tussen het objectief en het subjectief «contentieux» en de contradicties waartoe de coëxistentie van het administratief en het civielrechtelijk kort geding leidt. Aldus raakt de auteur een gevoelige snaar. Want, hoe revolutionair de jaren 90 nu reeds zijn voor het administratief recht, dé grondoorzaken van zoveel problemen in het administratief recht zijn nog niet aangepakt, nl. de bevoegdheidsverdeling tussen de burgerlijke rechter en de administratieve rechter enerzijds en de herverdeling van de administratieve rechtspraak tussen de Raad van State en op te richten administratieve rechtbanken anderzijds.

*Ingrid Opdebeeck
Universiteit Antwerpen (UIA)*

W. FABER, *90 jaren in beroep. Geschiedenis van de raden van beroep en de ambtenarengerechten*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1992, 208 pp.

Op 1 juli 1992 heeft de eerste fase van de reorganisatie van de rechterlijke macht in Nederland haar beslag gekregen. Op dat moment zijn de raden van beroep en de ambtenarengerechten opgeheven als zelfstandige rechtscolleges en geïntegreerd in de rechtbanken. Sociale-zekerheidszaken en ambtenarenzaken worden voortaan behandeld door «de arrondissementsrechtbank, sector bestuursrecht». Aldus werd een tijdperk afgesloten waarin de oudste administratiefrechtelijke instanties als zelfstandige rechterlijke colleges hebben gefunctioneerd. Tevens is een eind gekomen aan het lekenelement in de sociale-zekerheidsrechtspraak.

Dit was voor de auteur, oud-voorzitter van de raad van beroep en het (militaire) ambtenarengerecht te 's-Gravenhage, de aanleiding om terug te blikken op bijna 90 jaren raden van beroep en bijna 60 jaren ambtenarengerechten. Na de wetsgeschiedenis in herinnering te hebben gebracht, schetst de auteur de samenstelling en organisatie van deze rechtscolleges, de reikwijdte en omvang van de rechtspraak en de procedure. De auteur eindigt met een statistisch overzicht van de werklust van deze rechtscolleges en de duur van de procedure. De statistische gegevens zijn evenwel niet altijd zodanig verwerkt dat zij bruikbare informatie opleveren, wat de auteur zelf trouwens toegeeft.

Ten slotte volgen een zeer beknopte bibliografie en twee bijlagen: een overzicht van de voorzitters van de raden van beroep en een overzicht van de wetten die het mogelijk maken een beroep in te stellen bij de raden van beroep, de ambtenarengerechten en, in hoger beroep, bij de Centrale Raad van Beroep.

Tijdsdruk heeft de auteur blijkbaar parten gespeeld, daar algemene conclusies ontbreken. Dit is storend voor een rechtshistorisch werk waarvan de inleiding herinnert aan Sophocles' woorden: «Een verstandig mens beoordeelt het heden naar het verleden.» Het wordt aan de lezer overgelaten om uit de gedetailleerde en met illustraties en statistische gegevens gedocumenteerde geschiedschrijving inzichten te puren die relevant kunnen zijn voor het heden.

*Ingrid Opdebeeck
Universiteit Antwerpen (UIA)*

MEDEDELINGEN

Conferentie «Verzekeringen, banken en mutualiteiten: overeenstemming en afwijkingen»

De Belgische Vereniging voor Verzekeringsrecht (B.V.V.R.) organiseert op dinsdag 26 april 1994 om 17u00 in het Huis der Ver-

zekering, de Meeûsplantsoen 29 te Brussel, een conferentie over het onderwerp: «Verzekeringen, banken en mutualiteiten: overeenstemming en afwijkingen». Sprekers zijn prof. J.-L. Fagnart (U.L.B.), prof. H. Claessens (K.U.L.), prof. J. Le Brun (U.C.L.) en de heer G. Gelders (voorzitter Controledienst der Mutualiteiten).

Inlichtingen: secretariaat B.V.V.R., de Meeûsplantsoen 29, 1040 Brussel (tel. 02/547.57.21).

Universitair nieuws – Doctoraat rechten V.U.B.

De heer Tony Joris zal op dinsdag 26 april 1994 te 14u30 in de Aula QC van de Vrije Universiteit Brussel zijn proefschrift tot het behalen van de graad van doctor in de rechten openbaar verdedigen.

Het proefschrift is getiteld: «Steunmaatregelen en het Europees gemeenschapsrecht. Een onderzoek van het communautaire beleid, met bijzondere nadruk op procedure en rechtsbescherming.»

Promotor is prof. dr. M. Marescau.

Studiedag «Invoeging van sociale grondrechten in de grondwet»

Het Centrum voor Arbeidsrecht van de faculteit Rechtsgeleerdheid van de V.U.B. organiseert op vrijdag 29 april 1994 een studiedag over de «Invoeging van sociale grondrechten in de grondwet». Deze studiedag vindt plaats in de Aula QA van de V.U.B., Campus Oefenplein en vangt aan te 9u00.

Inlichtingen: Centrum voor Arbeidsrecht, V.U.B., Pleinlaan 2, 1050 Brussel (tel. 02/641.25.64; fax: 02/641.36.33).

Studiedag «Sport en recht»

Op vrijdag 29 april 1994 organiseren het Vlaams Pleitgenootschap en de Conférence du Jeune Barreau bij de Balie te Brussel een studiedag over sport en recht. De studiedag vindt plaats in het Congressenpaleis, Koudenberg 3 te Brussel, ingang via de Keizerslaan, zaal Dynastie A.

Programma:

08u45 Onthaal

09u00 Inleiding door mr. M. Claise

Voormiddag onder voorzitterschap van mr. J. Maeschalck

09u15 Sportrecht en overeenkomst door prof. R. Blanpain (K.U.L.)

09u45 Sociale aspecten van beroeps- en amateursport door mr. J.P. Lacomble

10u45 Tuchtrechtelijke procedure in sportzaken door mr. C. Coomans

11u15 Sportrecht en gerechtelijk recht door prof. J. Linsmeau (U.L.B.)

11u45 Beantwoording van schriftelijke vragen

Namiddag onder voorzitterschap van prof. F. Rigaux

14u00 Bestuursrecht en sportrecht door prof. M. Boes (K.U.L.)

14u30 Sport en aansprakelijkheidsrecht door mr. L. Misson

15u30 Doping en medische verantwoorde sportbeoefening door prof. F. Hutsebaut (K.U.L.)

16u00 Beantwoording van schriftelijke vragen

16u30 Sport en recht, synthesesrapport door de heer P. Martens (rechter in het Arbitragehof)

17u00 Afsluiting door mr. P. Stalpaert (voorzitter Vlaams Pleitgenootschap)

Inlichtingen: Secretariaat Vlaams Pleitgenootschap (tel. 02/508.65.83).

«International Asset Securitization»

Op dinsdag 3 mei 1994 te 15u00 organiseert de Stichting Forum Internationale een bijeenkomst in de Kleine Zittingzaal van het Vredespaleis te Den Haag met als thema: «International Asset Securitization». Spreker is prof. Theodor Baums van de Universiteit van Osnabrück.

Inlichtingen: mevr. Freedberg-Swartzburg, T.M.C. Asser Instituut, Alexanderstraat 20-22, Postbus 30461, 2500 GL 's-Gravenhage (tel. 00-31/70.34.20.320).

Internationale Vereniging van Jonge Advocaten – Jaarlijks congres

De Internationale Vereniging van Jonge Advocaten organiseert haar 32e jaarlijks congres in Vichy (Fr.) van 30 augustus tot 4 september 1994.

Het congres dat wordt geopend met een seminarie over milieubescherming, bevat verder volgende onderwerpen:

Marketing en publiciteit: iets voor advocatenkantoren?; Europa na Maastricht; Noord-Amerikaans Vrijhandelsverdrag: een nieuwe dag in een nieuwe wereld; Garanties bij overnames van ondernemingen; Bescherming van de rechten van de mens en de dagelijkse praktijk van advocaten; Recente ontwikkelingen inzake zekerheden; Aansprakelijkheden van bestuurders en bedrijfsleiders in geval van faillissement; Overmacht in internationale contracten: een benadering vanuit de arbitrageprocedure; Bescherming van know-how; Ongewenst seksueel gedrag; Milieu: een fiscale benadering.

Inlichtingen: mr. Helena De Backer (tel. 02/374.57.77) en mr. Nicole Van Ranst (tel. 02/374.92.00).

Prijs "Medi-Ius" ICMS

Reglement

1. Het informatiecentrum Menselijke Schade (ICMS) kent, om de drie jaar, een prijs toe ten belope van 100.000 fr. Deze prijs draagt de naam «Prijs Medi-Ius».

2. De «Prijs Medi-Ius» wordt toegekend aan een publikatie over de problematiek van de evaluatie van menselijke schade. Daarbij zal de voorkeur worden gegeven aan een studie die bijdraagt tot de bevordering van de rechtszekerheid inzake menselijke schade en tot een correcte schatting en een rechtvaardige vergoeding van deze schade.

3. Voor de «Prijs Medi-Ius» komen alle boeken, artikels en noten i.v.m. evaluatie van menselijke schade in aanmerking die werden gepubliceerd in de loop van de drie jaren voorafgaand aan het jaar waarin de prijs wordt toegekend. Publikaties van de leden van de jury komen niet in aanmerking.

4. De jury wordt samengesteld door de stuurgroep van het ICMS en moet bestaan uit een lid van het zelfstandig academisch personeel van het departement rechten en van het departement geneeskunde aan de Universiteit Antwerpen (U.I.A.), een magistraat, een verzekeraar en een verzekeringsgeneeskundige. De jury duidt zelf haar voorzitter en een secretaris aan.

5. Kandidaturen voor de «Prijs Medi-Ius» moeten bij de voorzitter van de jury worden ingediend, ten laatste op 1 september van het jaar waarin de prijs wordt toegekend. Daarnaast kunnen andere kandidaten voorgedragen worden door alle leden van de redactie van het tijdschrift «Medi-Ius» en van de stuurgroep van het ICMS. Het aantal voorgedragen publikaties wordt beperkt tot twee per lid. Een exemplaar van de publikatie en een curriculum vitae van de auteur worden daaraan telkens toegevoegd. Alleen publikaties waarvan minstens één van de auteurs afgestudeerd is aan een Belgische Universiteit, komen in aanmerking.

6. De jury beslist autonoom over de toekenning van de prijs. Bij de beoordeling wordt evenwel in het bijzonder aandacht besteed aan de wetenschappelijke waarde van de publikatie, de objectiviteit, de originaliteit en de betekenis ervan voor de praktijk. Bij de uitreiking van de «Prijs Medi-Ius» wordt door de voorzitter een motivering van de jurybeslissing meegedeeld. Aan de bekroning wordt een zo ruim mogelijke publiciteit gegeven.

7. In geval van gelijkwaardigheid kan de jury de prijs maximaal over twee publikaties verdelen. De jury zal er naar streven de prijs afwisselend toe te kennen aan verschillende disciplines (geneeskunde, rechten, e.a.). Indien de prijs niet kan worden toegekend, wordt de termijn van indiening van kandidaturen met één jaar verlengd.

8. De «Prijs Medi-Ius» wordt voor de eerste keer toegekend in 1994.