

DE ONBEVOEGDHEID VAN DE RECHTER IN KORT GEDING INZAKE ASIELZOEKERS

Na de wijziging van de wet van 6 mei 1993 is de bevoegdheid om uitspraak te doen over de terugleiding naar de grens, bedoeld in artikel 70bis, aan de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg uitdrukkelijk ontnomen. Art. 63, § 2, van de vreemdelingenwet van 15 december 1980, als gewijzigd door art. 25 van de wet van 6 mei 1993, bepaalt namelijk: «De administratieve beslissingen genomen met toepassing van de artikelen 3, 7, 11, 19, van titel II, hoofdstuk II, en van titel III, hoofdstuk Ibis zijn *niet vatbaar voor een vordering in kort geding* op grond van artikel 584 van het Gerechtelijk Wetboek.»

Ondanks deze duidelijke wetsbeschikking heeft de voorzitter van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel zich in een beschikking van 8 oktober 1993 betreffende de door de afgewezen asielzoekster Hélène Asawo Omekoko, ingediend verzoek bevoegd verklaard. In deze zaak ¹ was de rechter in kort geding van oordeel dat «il n'est pas sans juridiction pour connaître de la présente cause, dès lors qu'il apparaît qu'à tout le moins l'article 13 de la Convention des Droits de l'Homme ² et, 2, 3 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ³ ne sont pas respectés par la loi du 21 mai 1993 relative au recours d'un candidat réfugié politique dont la demande a été jugée manifestement non fondée».

Om tot die conclusie te komen heeft de rechter in kort geding onder andere zich op een arrest ⁴ beroepen waarin het Hof van Beroep te Luik op 27 juli 1989 een beslissing om iemand terug naar de grens te leiden bevestigd door de commissaris-generaal bestempelde als een «refoulement irrégulier» waarvan de betwisting het karakter van een «droit civil» zou hebben.

Een onregelmatige uitzetting kan weliswaar de schending van een recht uitmaken, maar dan moet vooraf het «onregelmatige» karakter van de uitzetting zijn vastgesteld. Hiervan kan geen sprake

zijn wanneer de betrokkene het voorwerp heeft uitgemaakt van een weigering van toegang door de Dienst Vreemdelingen-zaken, wanneer hij een dringend beroep bij de commissaris-generaal heeft kunnen indienen, wanneer deze laatste de beslissing van de Dienst Vreemdelingen-zaken bevestigd heeft en van oordeel was dat de betrokkene kan worden teruggeleid naar de grens van het land dat hij is ontvlucht en waar, volgens zijn verklaring, zijn leven, zijn fysieke integriteit of zijn vrijheid in gevaar zou verkeren, en indien hij heeft vermeld dat de aangevochten beslissing en de maatregel tot verwijdering uitvoerbaar zijn niettegenstaande elk hoger beroep. In dit geval is de uitvoering van de terugleiding volkomen *regelmatig* en kan ze bijgevolg geen aanleiding geven tot een betwisting over een recht of een verplichting van burgerrechtelijke aard. De burgerlijke rechter kan opdracht geven een terugleiding waartoe overgegaan wordt in strijd met de bij wet ingestelde asielprocedure, opschorten. Hij heeft daarentegen helemaal niet het recht om zich in de plaats te stellen van de krachtens de wet bevoegde instanties om de risico's van een eventuele verwijdering in te schatten.

Alvorens verscheidene aspecten te onderzoeken van enkele vragen die door deze beschikking worden opgeroepen, past het eerst een overzicht te geven van de recente ontwikkeling die de Belgische wetgeving inzake asiel heeft doorgemaakt.

I. De ontwikkeling van de wetgeving inzake asiel

De ontwikkeling van de wetgeving inzake asiel heeft geleidelijk aan geleid tot de *overdracht van de bevoegdheid van de burgerlijke rechter volgens de vormen van het kort geding naar de commissaris-generaal voor de vluchtelingen en de staatlozen* die uitspraak doet over het dringend beroep. In de wet van 14 juli 1987 was de burgerlijke rechter bevoegd om uitspraak te doen over de terugleidingsmaatregelen in het kader van een procedure volgens de vormen van het kort geding, zelfs indien de bevoegde minister een dringend verzoek tot heronderzoek van de weigering tot toegang na een voor de asielaanvrager *ongunstig* advies van de commissaris-generaal had verworpen. In de wet van 18 juli 1991 werd deze bevoegdheid enkel en alleen in die gevallen behouden waarin de bevoegde minister voorbijging aan een voor de asielaanvrager *gunstig* advies van de commissaris-generaal. Door de mogelijkheid op te heffen waarover de bevoegde minister beschikte om voorbij te gaan aan de voor de asielzoeker gunstige tussenkomst van de commissaris-generaal, heeft de wet van 6 mei 1993 de bevoegdheid van de burgerlijke rechter in deze materie niet behouden, aangezien de onafhankelijke en gespecialiseerde instantie, die trouwens de voor de erkenning van de status van vluchteling bevoegde instantie is, voortaan een beslissingsbevoegdheid uitoefent inzake de dringende beroepen die tegen de weigeringen van toegang tot de procedure ten gronde zijn ingediend.

De procedure voor de burgerlijke rechter volgens de vormen van het kort geding heeft nooit uitgeblonken, noch door haar ef-

¹ Nog niet gepubliceerd.

² «Een ieder wiens rechten en vrijheden, welke in dit Verdrag zijn vermeld, zijn geschonden, heeft recht op *daadwerkelijke rechtshulp* voor een nationale instantie, zelfs indien deze schending zou zijn begaan door personen in de uitoefening van hun ambtelijke functie.

³ «Iedere Staat die partij is bij dit Verdrag verbindt zich: a. Te verzekeren dat een ieder wiens rechten of vrijheden als in dit Verdrag erkend, worden geschonden recht heeft op *daadwerkelijke rechtshulp*, zelfs indien deze schending zou zijn begaan door personen in de uitoefening van hun ambtelijke functie; b. Te verzekeren dat het recht van een ieder die aanspraak maakt op zodanige rechtshulp wordt vastgesteld door bevoegde rechterlijke, bestuurlijke of wetgevende autoriteiten, of door een in het rechtsstelsel van de Staat erkende andere bevoegde autoriteit, en de mogelijkheden van het instituut van rechtsherstel verder tot ontwikkeling te brengen; c. Te verzekeren dat de bevoegde autoriteiten wanneer rechtsherstel is toegekend dit daadwerkelijk ten uitvoer leggen». Daar dit artikel niet wezenlijk verschilt van artikel 13 van de Europese Conventie, zal de argumentatie worden ontwikkeld op basis van dit laatste artikel dat al het voorwerp heeft uitgemaakt van internationale rechtspraak.

⁴ J.L.M.B., 1989, 1062.

fectiviteit, noch door haar doeltreffendheid. Zeldzaam⁵ zijn de gevallen waarin de rechter een daadwerkelijke bescherming heeft geboden aan de asielzoeker die bedreigd werd met een terugleidingsbevel, zelfs wanneer de commissaris-generaal een gunstig advies voor de asielzoeker had gegeven, waaraan de minister van Justitie was voorbijgegaan. In het algemeen hebben de beroepen volgens de vormen van het kort geding geen ander effect gehad dan een verlenging met verscheidene weken van het verblijf van de betrokkene in de transitzone. Aldus werd in belangrijke mate bijgedragen tot de beklagenswaardige levensomstandigheden die er heersten.

Sedert 22 oktober 1991 was het, krachtens de wet van 19 juli 1991, mogelijk de Raad van State te vragen om een *opschortend effect* toe te kennen *aan het beroep tot nietigverklaring* van een afwijzing van het dringend verzoek tot heronderzoek dat werd ingediend tegen een weigeringsbeslissing van toegang of verblijf. Aangezien de Raad van State bedolven werd onder deze verzoeken, was het de Raad onmogelijk om de hem door de wet opgelegde termijnen na te leven. Bijgevolg verzekerde het louter indienen van een dergelijk verzoek aan de betrokkenen de toegang tot of het verblijf op het grondgebied. Het was inderdaad onmogelijk om tot een uitvoerbare beslissing te komen binnen de maximale termijn van twee maanden⁶ gedurende welke een vreemdeling die het voorwerp uitmaakt van een weigering van toegang, kan worden vastgehouden in een welbepaalde aan de grens gelegen plaats.

Precies om die reden werd de mogelijkheid om het opschortend effect van het beroep tot nietigverklaring aan te vragen opgeheven voor de bevestigende beslissingen genomen door de commissaris-generaal van weigeringen van toegang of verblijf beslist door de minister of zijn gemachtigde na 31 mei 1993⁷, voor

zover de commissaris-generaal de aangevochten beslissing uitvoerbaar verklaart niettegenstaande elk hoger beroep, overeenkomstig art. 63/5, vierde lid, van de wet van 15 december 1980, als gewijzigd door de wet van 6 mei 1993. Het beroep bij de commissaris-generaal daarentegen is voortaan opschortend en de bevoegde minister kan niet meer voorbijgaan aan een beslissing van de commissaris-generaal over het dringend beroep.

De mogelijkheid om in dezen het opschortend effect van het beroep tot nietigverklaring te vragen heeft dus slechts minder dan twee jaar bestaan. Van deze mogelijkheid heeft men moeten afzien omdat ze het gevaar inhield de asielprocedure volledig te verlammen. Toen de wetgever zich rekenschap gaf van het onuitvoerbaar karakter van deze procedure, heeft hij ze afgeschaft. Algemeen werd aangenomen dat België een rechtsstaat was vooraleer deze nieuwe mogelijkheid bestond, en dit is niet minder het geval nu deze mogelijkheid niet meer bestaat.

De Afdeling Wetgeving van de Raad van State gaf weliswaar op 14 oktober 1992 een advies⁸ waarin zij van oordeel was dat de commissaris-generaal «bij de huidige stand van de wet, evenwel geen rechterlijke overheid [is], noch een instantie die minimale waarborgen inzake procedure biedt, inzonderheid aangezien hij de rechten van verdediging niet in acht hoeft te nemen en de termijn waarbinnen het dringende beroep bij hem moet worden ingesteld, bijzonder kort is»⁹. Hoewel zij niet alle waarborgen van een jurisdictionele procedure biedt, bevat de procedure voor de commissaris-generaal in de praktijk toch verscheidene elementen van zulk een procedure (zie *infra*).

ingediend vóór de wijzigingen die aangebracht werden door de wet van 6 mei 1993 — is helemaal niet strijdig met het gelijkheidsbeginsel. Artikel 26 van het Pact van de Verenigde Naties inzake burgerrechten en politieke rechten van 19 december 1966 stelt: «Allen zijn gelijk voor de wet en hebben zonder discriminatie aanspraak op gelijke bescherming door de wet.» Artikel 14 van hetzelfde Pact voorziet: «Allen zijn gelijk voor de rechtbanken en de rechterlijke instanties». Artikel 69bis, al. 2, van de wet van 15 december 1980 is niet strijdig met het discriminatieverbod. Het gelijkheidsbeginsel en het verbod van discriminatie sluiten immers een verschillende behandeling *naargelang van het behoren tot bepaalde categorieën van personen* niet uit, voor zover het differentiëriterium een objectieve en redelijke rechtvaardiging heeft (RvS, 17 maart 1992, nr. 39.012). Het behoud op het vlak van de procedure van een gunstiger regime voor wie de procedure in gang heeft gezet vóór de wijziging van de desbetreffende wet is geenszins willekeurig, wel integendeel (zie verder dienaangaande, Marc BOSSUYT, *L'interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'homme*, Brussel, Bruylant, 1976, 262 pp.; *Guide to the 'travaux préparatoires' of the International Covenant on Civil and Political Rights*, Dordrecht, Nijhoff, 1987, 479-492, en «Het gelijkheidsbeginsel in de internationale Pacten inzake mensenrechten», in A. ALEN en P. LEMMENS, *Egalité et Non-discrimination*, Antwerpen, Kluwer, 1991, 33-46.

⁸ Parl.St., Senaat, nr. 555/I, 1992-1993, p. 46-47.

⁹ De termijnen voor het indienen van een dringend beroep zijn inderdaad zeer kort (één werkdag — voorheen 24 u — voor de personen die in een welbepaalde plaats worden vastgehouden, en drie werkdagen voor de anderen). De termijn van één werkdag wordt verantwoord door de bezorgdheid om de termijn van vasthouding in een welbepaalde plaats zo veel mogelijk te beperken. Bijna alle asielzoekers die het voorwerp uitmaken van een weigering van toegang dienen trouwens een dringend beroep in en dat gebeurt steeds binnen de termijnen. Voor wie het voorwerp uitmaakt van een weigering van verblijf zijn de gevallen waarin de dringende beroepen worden afgewezen wegens tardiviteit zeer uitzonderlijk.

⁵ In een van de zeldzame gevallen waarin de voorzitter van de rechtbank de terugleiding van een asielzoeker waartoe besloten was door de minister van Justitie ondanks het gunstig advies van de commissaris-generaal op 19 februari 1992, had verboden (op 9 maart 1992), heeft de betrokkene eerst de opschorting door de Raad van State op 17 maart 1992 van de maatregel tot terugleiding moeten afwachten, gevolgd door een bevel om het grondgebied te verlaten besloten op 7 mei 1992 door de minister van Justitie, een nieuw gunstig advies van de commissaris-generaal op 21 mei 1992 en — meer dan een jaar later (op 25 juni 1993) — een opschorting door de Raad van State van de afwijzing van zijn dringend verzoek tot heronderzoek waartoe besloten was op 29 juni 1992. Zo wacht betrokkene, die sedert bijna twee jaar in België is, nog altijd op een beslissing van de Raad van State die een einde zou moeten maken aan de toestand van juridisch vacuüm die niet alleen zijn verblijf in België kenmerkt, maar ook dat van zijn kinderen en zijn echtgenote, die nochtans onder het mandaat van de VN-Hoge Commissaris voor de vluchtelingen werd erkend als vluchteling. Dit voorbeeld toont aan dat, wanneer het gaat om een asielzoeker die door zijn nationale autoriteiten wordt gezocht op politieke gronden, noch het beroep volgens de vormen van het kort geding, noch de procedure tot opschorting voor de Raad van State hem een daadwerkelijke bescherming bieden, maar wel de beslissingsbevoegdheid van de commissaris-generaal inzake het dringend beroep.

⁶ Cf. art. 74/5 van de wet van 15 december 1980, als gewijzigd door de wet van 18 juli 1991: «Het vasthouden in een welbepaalde aan de grens gelegen plaats mag ten hoogste twee maanden duren. Na het verstrijken van deze termijn krijgt de betrokkene toestemming het rijk binnen te komen.»

⁷ Artikel 69bis van de wet van 15 december 1980 is van toepassing op alle asielzoekers. Het feit dat op dit ogenblik sommige asielzoekers nog onder de oude wet vallen — wanneer hun aanvraag werd

De wetgever was van oordeel de suggestie van de Raad van State niet te kunnen volgen om dwingende operationele redenen. Het toevertrouwen aan de Vaste Beroepscommissie van het beroep inzake ontvankelijkheid zou de vermenigvuldiging met twintig¹⁰ vereisen van de vier kamers die er op dit ogenblik bij deze commissie bestaan. Op dit ogenblik telt de Vaste Beroepscommissie, die nochtans minder dan 10% van de uitvoerbare beslissingen inzake asiel neemt, reeds meer leden met een graad van ambtenaar-generaal dan het volledige Ministerie van Justitie.

De omschakeling van het commissariaat-generaal in een juridictionele instantie zou onder andere inhouden dat, om het persoonlijke verhoor van de asielzoekers te verzekeren in het kader van het onderzoek van hun dringend beroep inzake ontvankelijkheid door de autoriteit die gemachtigd is om de beslissing te nemen, de meeste medewerkers van de commissaris-generaal (op dit ogenblik zijn bijna 200 juristen voorzien) niet in rang 10 (bestuurssecretaris) maar in rang 15 (adjunct-commissaris) zouden moeten worden benoemd, met als enige bijkomende voorwaarde dat zij ouder dan dertig jaar zouden moeten zijn.

De suggestie van de Afdeling Wetgeving van de Raad van State was dus een theoretische constructie die helemaal geen rekening hield met wat men in de praktijk kan vereisen van een rechtsstaat, opdat hij zich op een doeltreffende wijze organiseert om zich te kwijten van de verplichtingen die hij aangaat in zijn hoedanigheid van staat die partij is bij de Conventie van Genève. Deze suggestie drong zich niet op, daar de relevante beschikkingen van het wetsvoorstel in niets strijdig waren met de toepasselijke internationale normen.

II. De Belgische wet eerbiedigt de toepasselijke internationale normen

De strijdigheid van art. 63, § 2, van de vreemdelingenwet met een internationale en voor België bindende norm staat geenszins vast, wel integendeel. In verband hiermee kunnen de volgende punten worden opgemerkt:

1) Een vreemdeling die niet in het bezit is van de noodzakelijke documenten heeft *geen enkel* recht om in België te blijven: een vreemdeling die niet beschikt over de vereiste documenten (normaal een geldig nationaal paspoort en een visum voor de Benelux) heeft niet het recht om het Belgische grondgebied te betreden of om erop te verblijven. Wanneer de instanties die wettelijk bevoegd zijn om de hoedanigheid van vluchteling vast te stellen (de Dienst Vreemdelingenzaken voor de kennelijk ongegronde aanvragen en de commissaris-generaal voor de vluchtelingen die tegelijk bevoegd is voor het onderzoek ten gronde van de aanvragen en voor de beroepen tegen de negatieve beslissingen van de Dienst Vreemdelingenzaken) hebben beslist dat het niet gaat om een vluchteling, maar om een vreemdeling in een onwettige situatie, heeft deze laatste geen enkel recht om in Bel-

gië te blijven¹¹. De toegang tot en het verblijf in het koninkrijk zijn *geen subjectieve rechten* en vallen dus *a fortiori* niet onder de bevoegdheid van de burgerlijke rechter.

2) De internationale verdragen waarborgen *geen recht op asiel*: noch de Europese Conventie van de Rechten van de Mens¹², noch de Conventie van Genève verlenen *een recht op asiel*, zelfs niet aan vluchtelingen. De staten hebben altijd geweigerd de internationale verplichting om territoriaal asiel te verlenen aan de vluchtelingen die zich in hun land aandienen, op te nemen. De Conventie van Genève legt de verdragspartijen enkel een verplichting op om vluchtelingen niet uit te zetten¹³. Deze verplichting kan niet worden geschonden wanneer vooraf is vastgesteld dat de vreemdeling in kwestie geen vluchteling is. Het principe van niet-uitzetting («non-refoulement») daarentegen zou worden geschonden, indien de vreemdeling zou worden teruggeleid naar zijn land waar hij met reden vreest voor zijn leven, zijn fysieke integriteit of zijn vrijheid, onafhankelijk van het feit of de beslissing tot terugleiding genomen zou zijn door een juridictionele instantie of niet.

3) Art. 16¹⁴ van de Conventie van Genève verleent geen enkel recht aan afgewezen asielzoekers. Het schrijft enkel een rechtsingang voor in de gevallen waarin ook de onderdanen van het land zelf daarvan het genot hebben. Indien de Belgische onderdanen het genot van rechtsingang hebben in het kader van een bepaalde procedure, moeten de vluchtelingen in dezelfde materie dat ook hebben. Indien de wet daarentegen, voor bepaalde zaken, niet in het genot van rechtsingang voorziet voor de Belgische onderdanen in het kader van een bepaalde procedure, zal de vluchteling en *a fortiori* de asielzoeker daar ook geen recht op hebben.

Bovendien slaat artikel 16 van de Conventie van Genève op de «vluchtelingen in de zin van de Conventie van Genève» en niet op de vreemdelingen die een asielaanvraag hebben ingediend en van wie de bevoegde instanties hebben vastgesteld dat zij geen vluchtelingen zijn¹⁵. Men moet aannemen dat minstens de au-

¹¹ In de zaak Moustaquim, heeft het Europees Hof in zijn arrest van 18 februari 1991, § 43, duidelijk gesteld dat «les Etats contractants ont, en vertu d'un principe de droit international bien établi, et sans préjudice des engagements découlant pour eux de traités y compris l'article 3, le droit de contrôler l'entrée, le séjour et l'éloignement des non-nationaux».

¹² Bovendien heeft het Europees Hof, in de zaak Vilvarajah en anderen, in zijn arrest van 30 oktober 1991 beslist dat «ni la Convention [européenne] ni ses Protocoles ne consacrent le droit à l'asile politique».

¹³ Cf. art. 33, § 1, van de Conventie van Genève: «Geen der Verdragsluitende Staten zal, op welke wijze ook, een vluchteling uitzetten of terugleiden naar de grenzen van een grondgebied waar zijn leven of vrijheid bedreigd zou worden op grond van zijn ras, godsdienst, nationaliteit, het behoren tot een bepaalde sociale groep of zijn politieke overtuiging.»

¹⁴ Artikel 16 – Rechtsingang. 1. Een vluchteling heeft het genot van rechtsingang op het grondgebied van alle Verdragsluitende Staten. 2. Een vluchteling geniet in de Verdragsluitende Staat waar hij zijn gewone verblijfplaats heeft, dezelfde behandeling als een onderdaan, wat betreft rechtsingang, waaronder begrepen rechtsbijstand en vrijstelling van de cautio judicatum solvi. 3. In andere Verdragsluitende Staten dan die waar hij zijn gewone verblijfplaats heeft, geniet een vluchteling, wat betreft de in lid 2 bedoelde aanlegenheden, dezelfde behandeling als een onderdaan van het land waar hij zijn gewone verblijfplaats heeft.»

¹⁵ Senaat, Doc. 515/2 (1986/1987), p. 7.

¹⁰ De vier kamers van de Vaste Beroepscommissie behandelen gemiddeld 120 beroepen per maand. Het commissariaat-generaal heeft de laatste drie maanden voor het eerst een gemiddelde van 1.200 beslissingen over dringende beroepen (of adviezen over dringende verzoeken tot heronderzoek) bereikt. Zij zou echter dit gemiddelde moeten verdubbelen om het hoofd te kunnen bieden aan de dringende beroepen die de laatste maanden werden ingediend (een gemiddelde van 2.200 beroepen is vereist). Bijgevolg zouden 228 bijkomende mandatarissen van rang 15 of 16 moeten worden benoemd.

teurs van de Conventie van Genève over de status van vluchteling wisten waarover ze het hadden toen ze de term «vluchteling» gebruikten. In de Conventie van Genève kan de term «vluchteling» op niets anders slaan dan op de vluchteling zoals hij in diezelfde Conventie van Genève wordt gedefinieerd. De staten die partij zijn bij deze conventie, hebben zeker niet dezelfde verplichtingen op zich willen nemen ten opzichte van vreemdelingen die – hoe wel ze zich vluchteling verklaard hebben – niet als zodanig erkend zijn door de bevoegde instanties en *a fortiori* ten opzichte van hen over wie de bevoegde instanties beslist hebben dat zij geen vluchtelingen zijn in de zin van de Conventie van Genève.

In de woorden van P-Y. Carlier¹⁶, «une fois que l'étranger s'est vu reconnaître la qualité de réfugié, la Convention de Genève met en place une série de protections destinées à accorder au réfugié tantôt un statut équivalent au national du pays d'accueil, tantôt le statut le plus favorable parmi ceux accordés aux ressortissants étrangers».

De vreemdeling wiens aanvraag onontvankelijk is verklaard door de bevoegde instanties, kan geen aanspraak maken op de eerbiediging van de rechten die alleen aan de vluchtelingen zijn verleend.

4) Artikel 6 van de Europese Conventie is niet van toepassing op de asielprocedure: het «recht op een eerlijk proces», zoals bepaald door artikel 6 van de Europese Conventie, betreft «het vaststellen van burgerlijke rechten en verplichtingen of het bepalen van de gegrondheid van een (...) ingestelde strafvervolgning». Welnu, noch de verdragen betreffende de rechten van de mens (die trouwens niet van toepassing zijn op de asielprocedure, aangezien deze geen burgerlijk recht in de zin van art. 6 van de Europese Conventie en van art. 14 van het Internationaal Pact inzake burgerrechten en politieke rechten betreft), noch de Conventie van Genève (die geen subjectief recht op territoriaal asiel toekent) voorzien in de verplichting om het voordeel van een procedure met opschortend effect in het kader van een administratief of gerechtelijk beroep toe te kennen. In de zaak Shankerath Lukka vs. het Verenigd Koninkrijk heeft de Europese Commissie op 16 oktober 1986 beslist dat: «la décision d'autoriser ou non un étranger à rester dans un pays est un acte discrétionnaire des autorités publiques. Il s'ensuit que (...) la décision d'expulser (...) n'implique donc pas, comme telle, des droits de caractère civil, au sens de l'article 6, paragraphe 1er, de la Convention (...)»

Zo ook heeft de Raad van State in verscheidene arresten van 1992 geoordeeld dat: «ne peut être considéré comme sérieux, le moyen pris de la violation de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, dès lors que la procédure relative à la reconnaissance des candidats réfugiés n'a pas pour objet les droits civils de l'intéressé»¹⁷.

Voor zover de vreemdeling zich beroept op de bepalingen van de vreemdelingenwet om het onderzoek van zijn aanvraag te verkrijgen moet worden benadrukt dat deze materie uitdrukkelijk door de wetgever is onttrokken aan de bevoegdheid van de hoven en rechtbanken. Het gaat bijgevolg niet om een burgerlijk recht in de zin van de Belgische Grondwet. Het komt enkel toe aan de Raad van State – en niet aan de hoven en rechtbanken – om

te waken over het correcte verloop van de asielprocedure. In dit verband moet worden verwezen naar de beslissing¹⁸ van het Hof van Beroep te Brussel van 30 juni 1992: «En confiant au seul Conseil d'Etat la compétence de connaître au provisoire et au fond des recours dirigés par les personnes qui revendiquent la qualité de réfugié politique et demandent l'asile en Belgique, le législateur a qualifié le droit d'asile comme étant un droit politique. Par application de l'article 93 de la Constitution, le juge des référés doit se déclarer incompétent ou sans juridiction.»

Inderdaad zijn onafhankelijke en gespecialiseerde instanties (de commissaris-generaal en, in geval van een weigering door hem van een ontvankelijke aanvraag de Vaste Beroepscommissie) belast met het toezicht op de eerbiediging van de Conventie van Genève. Bovendien kan bij de Raad van State een beroep tot nietigverklaring worden ingediend tegen de beslissingen van de Vaste Beroepscommissie of tegen de beslissingen van de commissaris-generaal inzake dringende beroepen. Het is dus een jurisdictionele instantie (de Raad van State) die als laatste waakt over de naleving, door de administratieve overheden (de Dienst Vreemdelingenzaken en de commissaris-generaal), van de normen die van toepassing zijn op de asielprocedure¹⁹.

5) Artikel 13 van de Europese Conventie is geen bepaling met rechtstreekse werking in het nationale recht. Volgens J. Velu en R. Ergec²⁰: «l'article 13 n'est pas rédigé de manière suffisamment précise (...): la mise en oeuvre de cette disposition dans l'ordre interne requiert l'intervention du législateur qui dispose, à cet effet, d'une large marge d'appréciation (...). Il serait, dès lors, peu compatible avec le principe de la séparation des pouvoirs que le juge puisse directement dans l'article 13 un chef de compétence qui ne serait pas prévu par les règles nationales d'organisation judiciaire».

6) In elk geval zal artikel 13 slechts een rol gaan spelen wanneer een ander artikel van de Europese Conventie wordt geschonden of tenminste wanneer er sprake is van «des motifs sérieux et avérés de croire à un risque réel»²¹ van een schending door de aangevochten beslissing. Elke asielzoeker (of tenminste zijn raadsman) kan steeds beweren dat hij zal worden gefolterd, wanneer hij zal worden teruggeleid naar zijn land van oorsprong en hij kan bijgevolg gemakkelijk het gevaar voor een schending van artikel 3 van de Europese Conventie aanvoeren. In deze veronderstelling is er geen sprake van een effectieve, maar enkel van een hypothetische schending. Het gevaar dat daarvoor bestaat moet worden ingeschat door de bevoegde nationale instanties (in België: de commissaris-generaal voor de vluchtelingen). Welnu, volgens Velu en Ergec²²: «il ne suffit pas que l'individu allègue la violation d'un droit. Il doit de manière plausible se prétendre victime de la violation d'un droit protégé (...). L'article 13 ne saurait... s'interpréter comme exigeant un recours interne pour toute doléance, si injustifiée soit-elle, qu'un individu peut présenter sur le terrain de la Convention: il doit s'agir d'un grief défendable au regard de celle-ci.»

In België is de verwijdering van het grondgebied van een afgewezen asielzoeker enkel mogelijk indien de commissaris-generaal uitdrukkelijk verklaard heeft, overeenkomstig art. 63/5, vierde lid, van de wet van 15 december 1980, als gewijzigd door de

¹⁸ Rev.dr.étr., 1992, 306.

¹⁹ Geen enkele grondwettelijke bepaling schrijft voor dat het beroep tot nietigverklaring een opschortend effect moet hebben.

²⁰ La Convention européenne des droits de l'homme, Brussel, 1990, 93.

²¹ Eur. Hof, zaak Cruz Varas, arrest van 20 maart 1991, §§ 75-76.

²² Ibid., 92.

¹⁶ CARLIER, Y., *Le droit des étrangers, statuts, évolution européenne, droits économiques et sociaux*, F.U.S.L., 1993, 71.

¹⁷ Zie nr. 38.993 van 13 maart 1992, alsook nr. 38.576 van 24 januari 1992, nr. 38.656 van 5 februari 1992, nr. 38.997 van 13 maart 1992, nr. 39.076 van 27 maart 1992, etc.

wet van 6 mei 1993, dat de betrokkene kan worden teruggeleid naar de grens van het land dat hij is ontvlucht en waar, volgens zijn verklaring, zijn leven, zijn fysieke integriteit of zijn vrijheid in gevaar zou zijn. Bijgevolg is de verwijdering enkel mogelijk indien de in deze materie wettelijk bevoegde instantie tot de conclusie is gekomen dat de schending van dit recht *niet waarschijnlijk* is en dat zijn klacht bijgevolg *niet verdedigbaar* is in het licht van de Europese Conventie.

7) Het zou hooguit gaan om een *onrechtstreekse aansprakelijkheid*: in elk geval gaat het niet om een eventuele schending door de staat die partij is bij de Europese Conventie maar om de onrechtstreekse aansprakelijkheid waaraan de staat zich blootstelt die deze persoon terugleidt naar een land waar de betrokkene het slachtoffer zou zijn van een schending van artikel 3 van de Europese Conventie.

De instanties van de Europese Conventie hebben de mogelijkheid van zulk een onrechtstreekse aansprakelijkheid niet uitgesloten. Een eerste stap in die richting werd gezet door de Europese Commissie in de minnelijke regeling die zij aannam op 19 juli 1974 in de zaak Amekrane. In deze zaak werd de It.-kol. Amekrane, die met zijn jachtvliegtuig het vliegtuig van de koning van Marokko had aangevallen, door het Verenigd Koninkrijk vanuit zijn toevluchtsoord (Gibraltar) uitgeleverd aan de Marokkaanse overheid die hem terechtstelde. Een tweede stap werd gezet door het Europees Hof in de zaak Soering (arrest van 7 juli 1989). In deze zaak werd de uitlevering van de betrokkene gevraagd voor een misdaad waarvoor hij de doodstraf kon krijgen in de Verenigde Staten. Het geval van de betrokkenen was dus erg verschillend van die van afgewezen asielzoekers, voor wie er zelfs geen aanwijzing bestaat dat zij effectief worden gezocht door de autoriteiten van hun land van oorsprong en nog minder dat zij er de doodstraf riskeren.

Door zich echter te baseren op het arrest Soering heeft het Europees Hof in de arresten Cruz Varas (20 maart 1991) en Vilvarajah en anderen²³ (30 oktober 1991) toegegeven dat de uitzetting van een asielzoeker een probleem kan scheppen ten aanzien van artikel 3 van de Europese Conventie en dus de Staat in kwestie verantwoordelijk kan stellen «lorsqu'il y a des motifs sérieux et avérés de croire que l'intéressé courra, dans le pays de destination, un risque réel d'être soumis à la torture ou à des peines ou traitements inhumains ou dégradants». Het Hof heeft niettemin verduidelijkt dat «une simple possibilité de mauvais traitement n'entraîne pas en soi une infraction à l'article 3»²⁴.

8) Het beroep dat openstaat bij de *commissaris-generaal voor de vluchtelingen* vormt in elk geval een *daadwerkelijk beroep*. In de veronderstelling dat artikel 13 van toepassing zou zijn, zou er «daadwerkelijke rechtshulp voor een nationale instantie» nodig zijn. Welnu, zoals werd opgemerkt door Velu en Ergec²⁵, «l'instance nationale au sens de l'article 13 peut aussi bien être un organe juridictionnel qu'un organe non-juridictionnel». Onder de door de auteurs geciteerde voorbeelden kan men «le ministre compétent, ou même un

directeur de prison chargé d'appliquer les règlements litigieux»²⁶ aanhalen. Indien deze voorbeelden aanvaard werden door de bevoegde instanties van de Europese Conventie, dan spreekt het vanzelf dat het beroep dat openstaat bij de Belgische commissaris-generaal voor de vluchtelingen een daadwerkelijke rechtshulp voor een nationale instantie in de zin van artikel 13 van de Europese Conventie betekent. Verscheidene elementen dragen daartoe bij:

- a) het beroep bij de commissaris-generaal is opschortend;
- b) de commissaris-generaal is een onafhankelijke en onpartijdige administratieve overheid;
- c) de beslissing van de commissaris-generaal heeft bindende kracht;
- d) bepaalde minimale procedurewaarborgen zijn verzekerd. De asielzoeker wordt systematisch opgeroepen om te verschijnen. Indien nodig zal een tolk aanwezig zijn. Tijdens het verhoor kan hij zijn argumenten kracht bijzetten, (nieuwe en/of aanvullende) stukken neerleggen en zich laten bijstaan door een advocaat of door elke andere persoon van zijn keuze²⁷. De beslissing wordt gemotiveerd en betekend aan de bevoegde minister, evenals aan de eisende partij en zijn eventuele advocaat.

Erkend moet worden dat de overeenstemming van de Belgische wet met artikel 13 van de Europese Conventie betwistbaar was vóór de wijzigingen die erin werden aangebracht door de wet van 6 mei 1993. Vóór deze wijzigingen

²⁶ *Ibid.*, 102.

²⁷ Behalve het persoonlijke verhoor van de aanvrager door de autoriteit die gemachtigd is om de beslissing te nemen (de commissaris-generaal) – daar er verscheidene honderden beslissingen per maand moeten worden genomen, worden de verhoren afgenomen door op het commissariaat-generaal geaffecteerde bestuurssecretarissen –, is het enige andere kenmerk van een op het commissariaat-generaal ontbrekende jurisdictionele procedure de toegang tot het dossier. De wet schrijft de toegang tot het dossier enkel voor in de jurisdictionele fase van het onderzoek van een beroep tegen een door de commissaris-generaal genomen beslissing. Zo voorziet art. 57/19 van de wet van 15 december 1980, als gewijzigd door de wet van 14 juli 1987, dat slechts kennis kan worden genomen van het administratief dossier «vanaf de vijfde werkdag vóór de dag van de zitting» van de Vaste Beroepscommissie. Op vraag van de stafhouders van de Balie van Brussel heeft de commissaris-generaal echter op een pretoriaanse manier deze toegang – vanaf zijn in functie treden op 1 februari 1988 – uitgebreid tot de wettelijke termijn voor het indienen van een beroep bij de Vaste Beroepscommissie of de Raad van State. De commissaris-generaal verleent de asielzoeker de toegang tot het dossier onder dezelfde voorwaarden als aan de bevoegde minister of zijn gemachtigde. De toegang tot het dossier nog tijdens het onderzoek van het commissariaat-generaal is ondenkbaar zonder de vaststelling van de relevante feiten die het nemen van de beslissing voorafgaat in het gedrang te brengen. De toegang tot het dossier in de fase van het onderzoek van een asielaanvraag zou het de medewerkers van het commissariaat-generaal inderdaad praktisch onmogelijk maken om de opeenvolgende verklaringen van de asielzoeker op hun standvastigheid te controleren. In Frankrijk hebben noch de asielzoeker of zijn raadsman, noch de bevoegde minister of zijn gemachtigde, noch de gerechtelijke instanties toegang tot het dossier bij de O.F.P.R.A. krachtens art. 3, laatste alinea, van de wet van 25 juli 1952 houdende oprichting van een «Office français de protection des réfugiés et apatrides» dat bepaalt dat «Les locaux de l'Office ainsi que ses archives et, d'une façon générale, tous les documents lui appartenant ou détenus par lui sont inviolables».

²³ Over deze zaak, zie LAMMERANT, Isabelle en BOSSUYT, Marc, «La conformité à la Convention européenne des mesures d'éloignement du territoire de demandeurs d'asile déboutés», *Rev. trim.dr.h.*, 1993, 411-430.

²⁴ Eur. Hof, zaak Vilvarajah et autres, arrest van 30 oktober 1991, § 111.

²⁵ *Ibid.*, 101.

werd het beroep dat, in rechte, niet opschortend was (terwijl het dat in feite wel was), ingediend bij dezelfde instantie die de eerste beslissing had genomen. Deze instantie (de minister of zijn gemachtigde) was niet onafhankelijk en de tussenkomst van de commissaris-generaal had geen bindende maar slechts raadgevende kracht. Door de wet van 6 mei 1993 wordt het dringend beroep, dat van rechtswege opschortend is geworden, ingediend bij een andere instantie dan die welke de eerste beslissing heeft genomen. Deze instantie is onafhankelijk en zij beschikt voortaan over een beslissingsbevoegdheid. Het beroep bij de commissaris-generaal beantwoordt dus ruimschoots aan de eisen van artikel 13 van de Europese Conventie.

9) Dit standpunt wordt bevestigd door *de recente rechtspraak van het Europees Hof* in een zaak die uitgeprocedeerde Tamil asielzoekers aanbelangt. Het Europees Hof heeft in de zaak Vilvarajah en anderen (§ 122) verduidelijkt dat artikel 13 «un recours interne habilitant l'instance nationale compétente à connaître du contenu du grief fondé sur la Convention et, de plus, à offrir le redressement approprié» vereist. Het lijkt geen twijfel dat sinds de door de wet van 6 mei 1993 in de wet van 15 december 1980 aangebrachte wijzigingen, de commissaris-generaal voor de vluchtelingen, die uitspraak doet over een dringend beroep, voldoet aan die twee vereisten. De commissaris-generaal spreekt zich voortaan uitdrukkelijk uit over de klachten die steunen op artikel 3 van de Europese Conventie, wanneer hij oordeelt dat overgegaan kan worden tot de terugleiding naar de grens van het land dat de aanvrager ontvlucht is en waar, volgens zijn verklaring, *zijn fysieke integriteit* in gevaar zou verkeren. Het Europees Hof heeft trouwens, in zijn arrest Vilvarajah en anderen (*ibid.*), opgemerkt: «il ne va pas cependant jusqu'à exiger une forme particulière de recours, les Etats contractants jouissant d'une marge d'appréciation pour honorer les obligations qu'il leur impose.»

10) De Conventie van Genève schrijft geen jurisdictionele procedure voor de bepaling van de hoedanigheid van vluchteling voor. Gedurende verscheidene decennia werd deze bevoegdheid in België uitgeoefend door de Vertegenwoordiger van de VN-Hoge Commissaris voor de vluchtelingen volgens een procedure die helemaal niet jurisdictioneel was. Al die tijd was er zelfs geen motivering van de negatieve beslissingen evenmin als een beroepsinstantie.

In de Conclusies nr. 30 betreffende «le problème des demandes manifestement infondées ou abusives du statut de réfugié ou d'asile» die in 1983 door het Uitvoerend Comité van de VN-Hoge Commissaris voor de vluchtelingen werden aangenomen, staat te lezen dat «le caractère manifestement infondé ou abusif d'une demande devrait être établi par l'autorité normalement compétente pour déterminer le statut de réfugié». Welnu, in België is deze autoriteit noch de burgerlijke rechter in kort geding, noch de Raad van State, maar de commissaris-generaal voor de vluchtelingen.

De wet van 6 mei 1993 is bijgevolg op dit punt conform met de conclusies van het UNHCR aangezien het in laatste instantie voortaan de commissaris-generaal is (en niet — zoals in de vorige wetgeving — de bevoegde minister) die de beslissingsbevoegdheid ter zake heeft.

Er bestaat dus geen enkele basis in de internationale verdragen (of in de Belgische Grondwet) waarop een jurisdictionele procedure met opschortend effect in het bepalen van de status van vluchteling kan worden vereist.

III. De moeilijkheden van de toepassing van de asielprocedure

Om de ontelbare asielaanvragen die kennelijk ongegrond zijn te behandelen, heeft de wetgever zijn vertrouwen gesteld in een procedure die bestaat uit een eerste fase, waarin de bevoegde administratie (*de Dienst Vreemdelingenzaken*) de eerste beslissing neemt; een tweede fase, waarin een gespecialiseerde administratie met beslissingsautonomie (*de commissaris-generaal voor de vluchtelingen*) een dringend beroep met opschortend beroep onderzoekt; en uiteindelijk een derde fase, waarin de hoogste administratieve jurisdictie (*de Raad van State*) een bevoegdheid tot nietigverklaring uitoefent op basis van een beroep dat niet opschortend is.

Welnu, zelfs bij het organiseren van de asielprocedure zoals geregeld in de wet van 6 mei 1993 ondervindt de Belgische Staat, ondanks enorme inspanningen, de grootste moeilijkheden om ze toe te passen. Zo heeft de Regering, met het doel de achterstand trachten weg te werken in drie jaar, besloten om bijna 200 juristen ter beschikking van de commissaris-generaal te stellen. Indien de burgerlijke rechter van oordeel is dat hij voortaan bevoegd is om beroepen tegen bevestigende beslissingen van de commissaris-generaal te behandelen, zou moeten worden voorzien in de benoeming van bijna evenveel (onder)voorzitters van de rechtbank van eerste aanleg. Ter illustratie is het misschien nuttig erop te wijzen dat in drie maanden tijd (van 1 september tot 30 november 1993) de commissaris-generaal 6.527 dringende beroepen tegen weigeringen van toegang of van verblijf genomen door de Dienst Vreemdelingenzaken ontvangen heeft. De ervaring in dezen toont onder andere aan dat bepaalde advocaten alle beroepsmiddelen uitputten met het doel het verblijf van hun cliënten in België maximaal te verlengen.

Op 1 december 1993 heeft het commissariaat-generaal een achterstand van 9.480 dossiers ten gronde, van 3.199 dringende verzoeken tot heronderzoek en van 7.513 dringende beroepen. Meent de burgerlijke rechter in deze omstandigheden dat het verantwoord is zich het recht voor te behouden om de bevestigende beslissingen van de commissaris-generaal te onderzoeken, ondanks de wettelijke bepaling die hem deze bevoegdheid uitdrukkelijk onttrekt? Wil hij aan zijn — nochtans niet te verwaarlozen — achterstand inzake strafzaken en burgerrechtelijke zaken een bijkomende achterstand op het administratief vlak (die snel erg groot zou worden, ondanks de urgentie) voegen, in weerwil van de duidelijke wetbepaling die hem ter zake onbevoegd verklaart?

Indien — ondanks de wettelijke bepalingen in tegengestelde zin — de burgerlijke rechter zich bevoegd acht om kennis te nemen van de afgewezen asielaanvragen, zou het zonder twijfel beter zijn het commissariaat-generaal op te heffen, aangezien het overduidelijk een overbodige instantie zou worden. Zou het niet verkiesliker zijn het aan de verantwoordelijkheid van de wetgever over te laten om te beslissen of de burgerlijke rechter al in een betere positie verkeert dan de commissaris-generaal om over deze kwesties te oordelen, en of hij beter de eenheid van rechtspraak in deze materie zou kunnen waarborgen, waarbij een verscheidenheid aan beslissingen, genomen door een veelheid van rechters die niet met de situatie van de rechten van de mens in een honderdtal verscheidene landen vertrouwd zijn, zou

worden vermeden? Inzake asiel hangt het niveau van de verleende bescherming meer af van de specifieke kwalificaties van de onderzoekers van de aanvragen dan van het juridictionele karakter van een procedure vol van vormelijkheden die totaal onaangepast zijn aan de materie.

De situatie inzake asiel is zeker zorgwekkend voor het functioneren van een rechtsstaat. Een van de bronnen van ongerustheid zijn de levensomstandigheden op de plaatsen waar de asielzoekers aan wie de toegang tot het grondgebied geweigerd is, worden vastgehouden. Tot tweemaal toe (door beschikkingen van 25 juni 1993²⁸ en van 25 november 1993²⁹) – en daarvoor dient hij gelukgewenst – is de voorzitter van de Rechtbank van Eerste Aanleg van Brussel van oordeel geweest dat in enkele welbepaalde gevallen deze levensomstandigheden in strijd waren met art. 3 van de Europese Conventie van de Rechten van de Mens. In deze gevallen ging het niet om een onrechtstreekse aansprakelijkheid van de Staat voor hypothetische schendingen, maar om daadwerkelijke schendingen waarvan de verantwoordelijkheid rechtstreeks berust bij de Staat. De commissaris-generaal heeft nu al sedert zes jaar deze omstandigheden regelmatig³⁰ aan de kaak gesteld zonder dat er, helaas, efficiënte maatregelen werden genomen om soms erg pijnlijke toestanden te vermijden.

Men moet er zich echter eveneens rekenschap van geven dat de overbelasting van deze plaatsen wordt veroorzaakt door de praktijk van enkele raadslieden die – zelfs in de gevallen waarin het overduidelijk niet gaat om vluchtelingen – alle interne beroepsmiddelen aanwenden, met inbegrip nu ook van die waarvoor de wetgever duidelijk de onbevoegdheid van de instantie of de onontvankelijkheid van het beroep vastgesteld heeft, te weten de aanvraag in kort geding voor de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg of de vraag tot opschorting voor de Raad van State. Door deze op voornoemde grond ongerechtvaardigde beroepen niet onmiddellijk en categorisch te weigeren, dragen deze instanties bij tot de overbelasting van deze plaatsen en tot de pijnlijke omstandigheden waarin deze asielzoekers zich bevinden, met inbegrip van degenen wier dringend beroep gunstig zal worden ontvangen door de commissaris-generaal.

De traagheid van de asielprocedure zorgt ook in het land zelf voor een overbelasting van talrijke OCMW's en vreemdelingendiensten van de steden en gemeenten. Het budget van het Ministerie van Volksgezondheid moest in 1993 op vijf miljard Belgische frank worden gebracht voor de opvang van ongeveer 20.000 asielzoekers voor wie de procedure lopend is, terwijl minder dan 10% van hen vluchtelingen in de zin van de Conventie van Genève zijn. Dit bedrag moet in verband worden gebracht met de magere 25 miljoen Belgische frank die België als jaarlijkse toelage voor het budget van de VN-Hoge Commissaris voor de vluchtelingen uittrekt om bij te dragen tot de opvang van bijna 20 miljoen vluchtelingen in de wereld of m.a.w. 200.000 keer minder per persoon. In Duitsland bedraagt het budget voor de opvang van

de asielzoekers wegens de traagheid van de asielprocedure 7 miljard Deutsch Mark (140 miljard Belgische frank) per jaar, wat meer is dan zijn jaarlijkse bijdrage voor bijstand aan het geheel van ontwikkelingslanden.

In België, en wel zonder dat de uitvoerende of de rechterlijke macht, met inbegrip van de voorzitters van de rechtbanken van eerste aanleg en de Raad van State, erin slagen hieraan een einde te maken, verklaren verscheidene gemeentelijke overheden en ontelbare voorzitters van OCMW's voortaan openlijk dat zij de wet niet meer naleven door te weigeren vreemdelingen in te schrijven, die zich nochtans op hun grondgebied bevinden, of door te weigeren asielzoekers bij te staan, die nochtans hulp nodig hebben. Moet daar dan nog bijkomen dat voorzitters van rechtbanken van eerste aanleg deze slechte voorbeelden volgen – ook al zijn zij gedreven door edelere motieven – door op hun beurt de duidelijke bepalingen van een recente wet af te wijzen door zich te baseren op zeer betwistbare juridische constructies?

IV. De specifieke kenmerken van de asielprocedure

Op gevaar af ondoeltreffend te worden moet de asielprocedure enerzijds waarborgen dat geen enkele vluchteling die een gegronde vrees voor vervolging heeft om een van de redenen vermeld in de Conventie van Genève, wordt teruggestuurd naar zijn land waar zijn leven, zijn fysieke integriteit of zijn vrijheid in gevaar verkeert. Anderzijds moet de asielprocedure de overheid in staat stellen om de aanvragen van talrijke vreemdelingen die – meestal zonder te beschikken over de vereiste documenten – door middel van deze procedure trachten zolang mogelijk in ons land te verblijven, snel genoeg te behandelen.

De wetgever is van oordeel geweest dat het, om de snelheid en de billijkheid van de procedure te garanderen, verkieslijker was de verantwoordelijkheid voor het bepalen van de status van vluchteling toe te vertrouwen aan een administratieve instantie, die gecentraliseerd, gespecialiseerd en onafhankelijk is, eerder dan aan een rechterlijke macht die gedecentraliseerd en niet gespecialiseerd is.

Het is misschien nuttig om, in het licht hiervan, te herinneren aan enkele *specifieke kenmerken van de asielprocedure*. Naast het overduidelijke belang dat de meeste asielzoekers erbij hebben om alle beroepsmiddelen aan te wenden om de duur van hun verblijf in ons land te verlengen, moet ook meer in het bijzonder de aandacht worden gevestigd op:

- a) het gedeeltelijk subjectieve karakter van de aangevoerde vrees;
- b) de materiële onmogelijkheid om de waarheid van de aangedragen verhalen na te gaan in de landen van oorsprong door er onderzoekscommissies naartoe te sturen;
- c) de onzekerheid die inherent is aan de toekomstige ontwikkelingen in de landen van oorsprong; en vooral
- d) de grote verscheidenheid van de asielaanvragen (die afkomstig zijn uit meer dan 110 verschillende landen).

In deze context kan men zich afvragen op basis van welke informatie de burgerlijke rechter een beslissing inzake asiel zou kunnen nemen:

- a) Zou hij geregelde contacten onderhouden met de Belgische ambassades, met de instanties van de buurlanden die

²⁸ *Rev.dr.étr.*, 1993, 211-215.

²⁹ Nog niet gepubliceerd.

³⁰ Zie vooral zijn Eerste Jaarverslag (1988), §§ 156 en 160, zijn Tweede Jaarverslag (1989), § 149 en zijn Vijfde Jaarverslag (1992), § 189.

met dezelfde vragen worden geconfronteerd of met het VN-Hoog Commissariaat voor de vluchtelingen?

b) Zou hij medewerkers hebben die ervaring ter zake hebben opgedaan en die zich hebben gespecialiseerd in de ontwikkeling van de respectieve toestand in meer dan honderd verschillende landen?

c) Zou hij over specifieke documentatie ter zake beschikken die doorlopend wordt bijgewerkt?

d) Zou hij een algemeen zicht hebben op de in België ingediende asielaanvragen alsook op de noodgedwongen gevarieerde en aan evolutie onderworpen praktijk die in deze materie door de bevoegde instanties wordt gevoerd?

e) Hoe zou hij het aan boord leggen om het gevaar te vermijden van inconsequenties in zijn beslissingen, beïnvloed door indrukken verkregen via de media of door de partijdige informatie die door de raadsleden van de betrokkenen wordt verschaft en die zich vaak beperkt tot uit de lucht gegrepen beweringen die door geen enkel authentiek bewijs worden gestaafd?

In die omstandigheden kan men zich afvragen of jurisdictionele procedures werkelijk de meest aangewezen procedures zijn om verscheidene duizenden kennelijk ongegronde asielaanvragen te behandelen. Opdat zij hun rol kunnen blijven vervullen moeten de instanties en rechtscolleges die belast zijn met de toepassing van de asielprocedure, voortdurend hun ware reden van bestaan voor ogen houden, namelijk het bieden van de noodzakelijke bescherming aan de vluchtelingen in de zin van de Conventie van Genève. Een overdreven nadruk daarentegen op vormelijkheden die geen rekening houden met de eigenheid van de asielprocedure, komt de bescherming van de vluchtelingen helemaal niet ten goede, maar kan integendeel de asielprocedure onherroepelijk in een bodemloze afgrond storten.

Het is misschien nuttig deze kwestie in een ruimer kader te plaatsen. Op dit ogenblik worden namelijk alle Europese landen geconfronteerd met enorme problemen inzake asiel. Bepaalde landen hebben door die problemen dit jaar wijzigingen moeten aanbrengen in hun Grondwet. Zo heeft Duitsland zijn Grondwet moeten wijzigen om de toevloed van asielzoekers (meer dan 440.000 op één jaar) een halt toe te roepen. Ook Frankrijk, dat dit jaar nochtans minder asielaanvragen zal noteren dan België (terwijl België in 1990 vijf keer minder asielzoekers had dan Frankrijk), heeft zijn Grondwet gewijzigd nadat het Grondwettelijk Hof geoordeeld had dat de laatste wijzigingen van de asielprocedure in strijd waren met de preambule van de Franse Grondwet.

Besluit

Zoals hierboven werd aangetoond, is de Belgische wet die de asielprocedure regelt, met geen enkele grondwettelijke of internationale bepaling in strijd. Geen enkele van deze normen schrijft voor dat de burgerlijke rechter bevoegd moet zijn inzake asiel. De wet van haar kant bepaalt daarentegen uitdrukkelijk dat de burgerlijke rechter *niet* bevoegd is ter zake. Volgens de heersende interpretatie van de Grondwet is de burgerlijke rechter niet bevoegd wanneer het gaat om een materie die toevertrouwd is aan het toezicht van de Raad van State. Door zich ondanks alles toch bevoegd te verklaren zou de burgerlijke rechter zich schuldig maken aan *een duidelijk misbruik van bevoegdheid*, dat des te ernstiger is, omdat het, wegens het eigen karakter van de

procedure in kort geding, vaak moeilijk is voor de gedaagde om zulk een ontvankelijkheidsbeslissing op korte termijn door de appellinstanties te laten vernietigen.

De primauteit van de internationale norm *die rechtstreeks van toepassing is* op nationale normen houdt weliswaar in dat de nationale rechter de toepassing van een nationale norm, wanneer deze in strijd is met zulk een internationale norm³¹, moet weigeren. Dit veronderstelt echter dat de nationale rechter handelt in het kader van de bevoegdheden die de nationale wet hem heeft toebedeeld. De internationale norm kan een rechter niet bevoegd maken die dat niet is krachtens zijn nationaal recht. Voorschriften van procedurele aard, zoals opgenomen in artikel 13 van de Europese Conventie, hebben geen rechtstreekse werking in de nationale rechtsorde of zijn in elk geval niet van toepassing. Zij kunnen in elk geval niet de bevoegdheid van welk rechtscollege ook zodanig uitbreiden dat de hem door zijn nationale wet verleende bevoegdheid wordt overschreden. Zelfs indien artikel 13 zou vereisen dat een jurisdictioneel beroep met opschortend effect in dezen zou moeten worden gewaarborgd — *quod non* — dan nog zou geen enkel nationaal rechtscollege zich kunnen baseren op dit artikel om hem een bevoegdheid toe te kennen die hem door de wetgever uitdrukkelijk is onzegd.

Vooraleer een rechter de toepassing van een duidelijke wetsbepaling kan weigeren moet ten minste de strijdigheid van deze bepaling met een rechtstreeks toepasbare norm van internationaal recht duidelijk zijn. Dit zou het geval kunnen zijn wanneer de internationale instantie die gemachtigd is om die norm te interpreteren tot deze conclusie zou zijn gekomen in een arrest met juridisch bindende kracht. Welnu, dit is helemaal niet het geval. In afwezigheid van zulk een gezaghebbende uitspraak is het voor een rechter bijzonder gewaagd om op deze manier te handelen. Zo een beslissing draagt zeker niet bij tot eerbiediging van de wet.

Op straffe van het aantasten van het fundamentele principe van de scheiding der machten, is het bovendien niet voldoende dat een rechter tot het besluit van een mogelijke tegenstrijdigheid tussen de interne en de internationale norm zou *kunnen* komen, maar moet dit besluit *zich* ook, te goeder trouw, dwingend *opdringen*. Dit is hier zeker niet het geval. In deze omstandigheden zou het duidelijk moeten zijn, dat de rechter zich het best van zijn taak kwijt om bij te dragen tot het goed functioneren van de rechtstaat *door de wet na te leven* eerder dan door zich baserend op een redenering die het hoogste voorbehoud oproept, *de wet terzijde te stellen*.

Marc BOSSUYT³²

³¹ In overeenstemming met het arrest van het Hof van Cassatie van 27 mei 1971, *Pas.*, 1971, I, 886.

³² Hoogleraar Volkenrecht aan de Universiteit Antwerpen (UIA), commissaris-generaal voor de vluchtelingen en de staatlozen, lid van de VN-Sub-Commissie mensenrechten.

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

D. De aflevering van medische attesten en overlijdens attesten («post mortem»-certificaten)

31. In onze samenleving wordt de arts elke dag opnieuw weer overstelpd met vragen naar medische attesten met het oog op sociale voordelen, vrijstellingen en andere preferentiële rechten en behandelingen. Een toenemende aanwending van geneeskundige attesten is blijkbaar onafwendbaar geworden in een steeds meer op veiligheid en op comfort ingestelde gemeenschap.

De problematiek van de aflevering van medische attesten aan de patiënt waarin medische gegevens van die patiënt worden bekendgemaakt, vormt nu precies een mooie praktijkgerichte illustratie van al hetgeen in de vorige regels uiteengezet werd omtrent de zelfmoord en het medisch beroepsgeheim, en meer in het bijzonder van de schermutelingen in de rechtsleer en rechtspraak m.b.t. de werkelijke aard van het medisch beroepsgeheim. Hierbij kan dan een onderscheid gemaakt worden naargelang het medisch attest wordt afgeleverd aan de patiënt zelf (zie infra, nrs. 32 en 33) of aan derden, hetzij de verwanten van de (overleden) patiënt (zie infra, nrs. 36 e.v.), hetzij bv. een verzekeringsraads-geneesheer (zie infra, nrs. 44 e.v.).

1° Aan de patiënt zelf

32. In navolging van art. 67 van de Code van Medische Plichtenleer, dat stelt dat «de geneesheer het recht heeft, maar niet verplicht is om, aan een patiënt, die erom verzoekt, een getuigschrift betreffende zijn gezondheidstoestand te overhandigen. De geneesheer mag een getuigschrift weigeren. Hij alleen beslist over de inhoud en de wenselijkheid om het aan de patiënt te overhandigen», wordt in de rechtspraak en de rechtsleer meestal aanvaard dat een arts *rechtstreeks* aan zijn patiënt en op uitdrukkelijke vraag van deze laatste, zonder dat hij daartoe door die patiënt gedwongen kan worden ¹¹⁸, een medisch attest *mag* afleveren

¹¹⁸ Rechtsleer: LAMBERT, P., o.c., 162-164; RYCKMANS, X. en MEERT-VAN DE PUT, R., o.c., 120-121 en 157 e.v., nr. 215; BLANPAIN, R., o.c., 283-284; ENAULT wijst erop dat de arts het stilzwijgen dient te bewaren, niettegenstaande de toestemming van zijn patiënt, wanneer er een mogelijkheid bestaat dat er dan schade toegebracht kan worden aan de patiënt zelf, hetzij in zijn eer, hetzij in zijn belangen (ERNAULT, J., o.c., 317, nr. 344). Rechtspraak: 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, goedkeurende noot GROSEMANS, R., *Inf.R.I.Z.I.V.*, 1981, 151, instemmende noot GROSEMANS, R. Het Hof van Beroep te Bergen oordeelde dat de behandelende geneesheer mag weigeren aan zijn cliënt (sociale verzekerde) een gedetailleerd medisch attest af te geven om ervan gebruik te maken in een proces, en dat het attest dat door hem aan de patiënt wordt overhandigd, enkel met het doel het aan

waarin hetzij de gezondheid (positief attest), hetzij de afwezigheid van een ziekte (negatief attest) ¹¹⁹ wordt bevestigd, ook wanneer hij weet dat het bestemd is voor derden (zoals bv. een levensverzekeringsmaatschappij) ¹²⁰. De patiënt mag het attest, dat absoluut noodzakelijk is om in rechte zijn recht op schadevergoeding veilig te stellen, immers naar eigen goeddunken aanwenden ¹²¹.

33. Het afleveren van een attest aan de patiënt waarin medische gegevens van die patiënt worden bekendgemaakt, kan dus worden beschouwd als een *toepassing van de toestemming van de patiënt als geldige rechtvaardiging van een inbreuk op art. 458 Sw.* Daar de toestemming van de patiënt slechts een geldige rechtvaardigingsgrond is voor zover ze *vrijwillig* wordt gegeven (zie supra, nr. 24) ¹²², mag de arts slechts ingaan op het verzoek van de patiënt mits deze laatste *niet onder druk* is gezet *door een derde* om dit getuigschrift te vragen aan de arts ¹²³. Uit de praktijk blijkt nl. maar al te vaak dat het getuigschrift meestal bestemd is om bij een derde (in casu bv. de controlerende arts van een verzekeringsmaatschappij) terecht te komen ¹²⁴. Op die wijze maakt de arts bijgevolg, met toestemming van de patiënt en via hem, op een *onrechtstreekse* wijze gegevens die onder de geheimhoudingsplicht vallen, bekend aan derden (zie infra, nrs. 34 e.v.). Blanpain wijst er daarom dan ook op dat hierbij dan slechts de hoogst noodzakelijke inlichtingen mogen worden gevraagd en gegeven, rekening houdend met de bestemming van het getuigschrift ¹²⁵.

2° Aan derden

34. Indien de zieke *minderjarig is of fysiek of geestelijk* niet in staat is om het attest aan te vragen en tot zijn bestemming aan te wenden, mag de geneesheer aan een derde die voor de belangen van de zieke optreedt, een dergelijk getuig-

de gerechtelijke deskundige mee te delen, niet voorgelegd kan worden aan het Hof (hetgeen uiteraard slechts zou kunnen geschieden na mededeling aan de verzekeraar of aan zijn geneesheer-raadgever). Zie eveneens in deze zin: Rb. Brussel, 27 februari 1975, *R.G.A.R.*, 1976, nr. 9581; Kh. Antwerpen, 26 april 1974, *R.G.A.R.*, 1974, nr. 9332.

¹¹⁹ Zie daarover RUTSAERT, J., o.c., 495, nr. 37; LECLERCQ, J., o.c., nr. 7750.

¹²⁰ Bergen, 1 juni 1987, *R.G.A.R.*, 1988, nr. 11.364; Rb. Brussel, 27 februari 1975, *R.G.A.R.*, 1976, nr. 9581; Rb. Brugge, 19 januari 1988, *R.W.*, 1988-89, 757; Rb. Leuven; 5 januari 1979, *VI.T.Gez.*, 1981-82, 32. Zie eveneens NYS, H., «De aflevering van medische certificaten», *VI.T.Gez.*, 1981-82, 32.

¹²¹ BLANPAIN, R., o.c., 283.

¹²² Cf. Rb. Luik, 18 april 1986, *Jur.Liège*, 1986, 418-419.

¹²³ NYS, H., «Het geheimzinnige beroep op het geheim van het beroep», *R.W.*, 1978-79, 2604-2606; BLANPAIN, R., o.c., 283.

¹²⁴ LAMBERT, P., o.c., 165.

¹²⁵ BLANPAIN, R., o.c., 283-284.

schrift afleveren op voorwaarde dat dit niet schadelijk is voor de belangen van de zieke zelf ¹²⁶.

35. Indien echter prestaties zijn overeengekomen voor het geval van overlijden van de verzekerde, is het overleggen van een geneeskundig attest post mortem vaak onontbeerlijk, zowel voor de erfgenamen en/of begunstigten die uitbetaling van het kapitaal wensen te verkrijgen (zie infra, nrs. 36 e.v.), als voor de verzekeraar die de exacte oorzaak wenst te kennen van het overlijden alsmede van de omstandigheden waarin het zich heeft voorgedaan (zie infra, nrs. 44 e.v.). Vooral bij zelfmoord van de verzekerde (zie supra, voetnoot nr. 1) is zulks van belang.

a. Verwanten (erfgenamen en/of begunstigten) van de patiënt

36. De verwanten van de overleden patiënt zullen van de handelende arts van de patiënt of de arts die het overlijden heeft vastgesteld, vaak een *attest post mortem* vragen, ten einde hen in staat te stellen het bewijs te kunnen leveren van bv. de ongezondheid van geest van de erflater of de afwezigheid van zelfmoord (zie supra, voetnoot nr. 1). In dit laatste geval zal de uitkering van het kapitaal van de levensverzekering voor de erfgenamen en/of begunstigten dus vaak afhangen van het verkrijgen van een attest post mortem waarin de juiste doodsoorzaak wordt omschreven.

37. Het is net hier dat de problemen beginnen want, zoals we boven reeds opmerkten (zie supra, nr. 32), dient men er immers rekening mee te houden dat de handelende arts zo'n attest alleen rechtstreeks mag overhandigen aan de patiënt zelf. Meer nog, hij is daartoe helemaal niet verplicht. Het probleem is nu precies dat, wanneer die patiënt overleden is, elke persoonlijke en rechtstreekse overhandiging uiteraard onmogelijk wordt. Voor de verwanten van die overleden patiënt zijn er in de praktijk dan slechts twee gevallen mogelijk: ofwel heeft de overledene aan zijn handelende arts een *uitdrukkelijke* ¹²⁷ en *voorafgaande toestemming* gegeven om een attest te overhandigen aan zijn verwanten; ofwel heeft de overledene zich daaromtrent helemaal *niet uitgesproken*.

Beide mogelijkheden stellen op hun beurt de nodige problemen, de ene al meer dan de andere.

38. Indien de overledene zich t.a.v. zijn handelende arts helemaal *niet* heeft *uitgesproken* omtrent de overhandiging van medische attesten aan zijn verwanten, en we ons derhalve in het tweede geval bevinden, rijst de vraag of een verwant in de plaats van de overleden patiënt kan toestemmen in de bekendmaking van geheimplichtige gegevens. *M.a.w. kan er in casu sprake zijn van een plaatsvervangende toestemming?*

¹²⁶ ERNAULT, J., o.c., nr. 7746; DE LAET, H., «Documents médicaux et professionnels», *R.D.P.*, 1955-56, 50; BLANPAIN, R., o.c., 284.

¹²⁷ Een stilzwijgende ontheffing is eventueel ook mogelijk op voorwaarde dat de feiten of de omstandigheden waaruit ze afgeleid wordt, voor geen andere interpretatie vatbaar zijn. Er is m.a.w. een omstandig stilzwijgen vereist. Over de gevaren verbonden aan een te ruime uitlegging van het begrip «stilzwijgende ontheffing», zie RYCKMANS, X. en MEERT-VAN DE PUT, R., o.c., nr. 169 (zie ook supra, voetnoot 83).

39. In principe wordt zulks in de *rechtsleer* uitgesloten ¹²⁸. Deze rechtvaardigingsgrond veronderstelt immers dat *alle* belanghebbenden hun toestemming geven ¹²⁹. Daar de betrokken patiënt overleden is, is deze voorwaarde hier niet vervuld. Art. 65 van de Code van de Geneeskundige Plichtenleer sluit hierbij aan, nl.: «De dood van een zieke ontheft de geneesheer niet van zijn beroepsgeheim. De erfgenamen kunnen er hem evenmin van ontslaan of erover beschikken.» M.a.w. «la mort emporte son secret» ¹³⁰. De plaatsvervangende toestemming zou slechts in aanmerking genomen kunnen worden voor zover de belangen van de overleden patiënt en de verwanten samenlopen ¹³¹. Indien er m.a.w. een conflict van belangen bestaat of kan ontstaan tussen de overledene en zijn erfgenamen, dan kan de toestemming van de erfgenamen niet die van de overleden patiënt vervangen ¹³².

40. Ook de *meerderheid van de Belgische rechtspraak* lijkt, naast uiteraard de Orde der Geneesheren ¹³³, in deze afwijzende richting te gaan ¹³⁴. Het recht een arts te ontheffen van zijn zwijgplicht, dat persoonlijk en niet vermogensrechtelijk van aard is en bijgevolg niet overgaat op de erfgenamen van de overledene, houdt immers op te bestaan bij het overlijden van de persoon die dit recht heeft. Erfgenamen kunnen de zwijgplicht dus niet opheffen, zelfs al vallen hun belangen samen met die van de erflater ¹³⁵. Niettemin wordt

¹²⁸ Zie o.m. RUTSAERT, J., o.c., 495, nr. 38. *Contra*: LEGROS, R., «Le secret médical», *Rev.dr.int. et dr.comp.*, 1958, 454 e.v., nrs. 4 en 5; VAN NESTE, F., o.c., 1297, nr. 16.

¹²⁹ DUPONT, L., *Beginselen van strafrecht*, Leuven, 1980, nr. 957.

¹³⁰ VAN NESTE, F., o.c., 1297, nr. 16.

¹³¹ LAMBERT, P., o.c., 117 en 164. *Contra*: BLANPAIN, R., o.c., 284.

¹³² NYS, H., o.c., 429, nr. 1005. Voorbeelden treft men aan in de rechtspraak omtrent de vordering tot nietigverklaring van testamentaire beschikkingen op grond van ongezondheid van geest van de testator. Om een schenking onder de levenden te kunnen doen of om een testament te kunnen maken moet men namelijk gezond van geest zijn (art. 901 B.W.). Zie daarover o.m. NIJS, J., «Commentaar bij art. 901 B.W.», in COENE, PINTENS, VASTERSAVENTS, *Ervenissen, schenkingen en testamenten. Commentaar en overzicht van rechtspraak en rechtsleer*; PUELINCKX-COENE, M.A., «Vrijgevigheid een privilege van gezonden van geest», *R.W.*, 1979-80, 481-518; SACE, J., «Du consentement en matière testamentaire», *Rev.Not.B.*, 1981, 128-139; RENAULT, J. en GRÉGOIRE, M., «Chronique de jurisprudence en matière de successions (1949-1966)», *J.T.*, 1969, 77 en 78, met veelvuldige verwijzingen; CARLIER, L., «Bewijs van captatie en medisch beroepsgeheim», *J.T.*, 1949, 378, noot onder Brussel, 4 mei 1949; DILLEMANS, R., PUELINCKX-COENE, M., PINTENS, W. en TORFS, N., «Schenkingen en testamenten», *T.P.R.*, 1985, 543, in het bijzonder nr. 3; MEERT-VAN DE PUT, R., «Het medisch getuigenschrift van geestesbekwaamheid», *VI.T.Gez.*, 1983-84, 241.

¹³³ Uit de adviezen van de Raad van de Orde blijkt duidelijk dat men de afgifte van certificaten post mortem in testamentaire aangelegenheden steeds verworpen heeft (bv. *Tijdschrift Orde van Geneesheren van Brabant*, I, 1961, 3; I, 1963, 4; I, 1967, 4 en 5).

¹³⁴ Dit in tegenstelling tot de huidige Franse doctrine die meer en meer geneigd is om de arts, op vraag van de erfgenamen van de patiënt, toe te staan een attest post mortem af te geven (zie o.m. noot R. SAVATIER, onder Cass.fr., 22 januari 1957, *D.*, 1957, Jur., 445, en noot VAN REEPINGHEN, Ch., onder hetzelfde arrest, *J.T.*, 1957, 717; Civ. Seine, 18 februari 1952, *D.*, 1952, 3, 298, noot; Cass.fr., 26 mei 1964, *D.*, 1965, Jur., 109; Cass.fr., 13 juli 1936, *D.H.*, 1936, 588, S., 1938, 1, 201, noot).

¹³⁵ O.m. Luik, 15 januari 1957, *J.T.*, 1958, 130; Luik, 19 februari 1957, *J.T.*, 1958, 129, noot VAN REEPINGHEN, Ch.; Gent, 24 juni 1963,

door *recente rechtspraak* aanvaard dat de erfgenamen van een patiënt diens behandelend arts wel kunnen ontslaan van zijn onthoudingsplicht wanneer zulks onontbeerlijk is voor de vrijwaring van de morele belangen van de overledene en de eigen morele en materiële belangen van de erfgenamen, m.a.w. wanneer hun belangen samenvallen ¹³⁶.

41. Uit dit alles blijkt dat in ons tweede geval het attest door de behandelende arts vaak geweigerd zal worden op basis van art. 65 van de Code van de Geneeskundige Plichtenleer, daar hij anders het risico van disciplinaire sancties loopt. Maar zelfs wanneer deze arts toch een medisch attest zou overhandigen, lopen de verwanten tegen een meestal afwijzende rechtspraak en rechtsleer aan die het attest in kwestie nietig zullen verklaren en uit het debat zullen weren omdat het is afgegeven in strijd met het medisch beroepsgeheim.

Het gevolg van dit alles is dat de verwanten, en dan vooral de verwanten die begunstigde zijn van het kapitaal van een levensverzekering die te hunnen voordele is afgesloten door de overledene, niet tegemoet kunnen komen aan de boven geschetste bewijsplicht wanneer de verzekeringsmaatschappij weigert uit te betalen omdat de overledene bv. zelfmoord heeft gepleegd (zie supra, voetnoot 1).

42. Het komt er voor de verwanten dus op aan te hopen dat ze zich in het eerste geval bevinden, nl. dat de overledene zijn arts *vooraf* de toestemming gaf om een geneeskundig attest te overhandigen aan zijn achtergebleven verwanten. Wanneer dit dan inderdaad het geval blijkt te zijn, rijst de netelige vraag of *de verwanten van de overleden patiënt zich dan inderdaad wel rechtsgeldig kunnen beroepen op de toestemming die die overleden patiënt aan zijn behandelend arts heeft gegeven om een certificaat post mortem te overhandigen aan zijn verwanten*. Het is duidelijk dat zich ook hier grote problemen voordoen aangezien we hier weer terechtkomen in

de boven geschetste problematiek omtrent de toelaatbaarheid van het feit de toestemming van de patiënt te laten fungeren als rechtvaardigingsgrond van de arts om zijn beroepsgeheim te doorbreken (zie supra, nrs. 22 e.v.).

43. Voor zover men oordeelt dat arts en patiënt geen geldige afspraak kunnen maken over de absoluut geldende geheimhoudingsplicht van de arts (zie supra, nrs. 22 en 23), kunnen de verwanten van de overleden patiënt zich dan niet op die afspraak beroepen ¹³⁷. Gaat men daarentegen uit van de functionalistische opvatting van het beroepsgeheim (zie supra, nr. 24), dan *kan* de arts op dit verzoek ingaan, weliswaar zonder dat hij daartoe verplicht is ¹³⁸. De wil van de overledene dient dan evenwel duidelijk vast te staan. Indien hij echter gedurende zijn leven niet op de hoogte was van zijn ziekte, omdat de geneesheer ze hem niet heeft meegegeeld of omdat hij ze niet kende, heeft de patiënt de geneesheer volgens Blanpain ¹³⁹ niet ontslagen en mag de arts bijgevolg geen attest afleveren.

b. Overige derden (bv. een levensverzekeringsmaatschappij)

(i) INLEIDING

44. Het is echter duidelijk dat niet alleen de verwanten van de overleden patiënt er belang bij kunnen hebben dat hun een medisch getuigschrift ter hand wordt gesteld. Ook de levensverzekeringsmaatschappij zelf zal er een overduidelijk belang bij hebben dat zij de exacte doodsoorzaak van haar overleden verzekerde kent. Immers, als de dood veroorzaakt is door een fout van de verzekerde (bv. overmatig drankmisbruik reeds op het moment van het aangaan van het contract) of wanneer het gaat om een contractueel (bv. een AIDS-uitsluitingsclausule; cf. infra, voetnoot 155) of wettelijk uitgesloten risico (zoals bv. zelfmoord), dan kan de maatschappij enerzijds een beroep doen op de artt. 5, 6 en 7 van de nieuwe wet op de landverzekeringsovereenkomst ¹⁴⁰ of zich anderzijds baseren op art. 101, § 1, van de

R.W., 1963-64, 1128; Brussel, 13 oktober 1964, *Pas.*, 1965, II, 239; Gent, 12 april 1965, *R.W.*, 1965-66, 104; Gent, 4 mei 1965, *R.W.*, 1965-66, 629; Brussel, 30 maart 1966, *R.W.*, 1969-70, 390; Brussel, 3 januari 1972, *Pas.*, 1972, II, 56; Brussel, 8 maart 1972, *Rev.dr.pén. crim.*, 1971-72, 923 e.v., noot P.E. TROUSSE met veelvuldige verwijzingen naar de gespecialiseerde rechtspraak en rechtsleer; Kh. Antwerpen, 26 april 1974, *R.G.A.R.*, 1974, nr. 9332; Rb. Brussel, 27 februari 1975, *R.G.A.R.*, 1976, nr. 9581; Bergen, 9 december 1975, *Pas.*, 1976, II, 159; Brussel, 7 juni 1979, *J.T.*, 1980, 744, *Rev.Not.B.*, 1982, 43, noot F.L., *Rec.Enr.Not.*, 1982, 177; Bergen, 20 juni 1979, *Pas.*, 1979, II, 130, met noot van J. SACE; Luik, 6 december 1979, *Jur.Liège*, 1980, 129; Bergen, 18 juni 1980, *Rev. Not.B.*, 1981, 93, met noot van J. SACE, *Rec.Gén.Enr.Not.*, 1981, 251, nr. 22.632, met noot van A.C.; Luik, 22 januari 1981, *Jur.Liège*, 1981, 233; Gent, 21 juni 1984, *Vl.T.Gez.*, 1984-85, 455-456; Rb. Antwerpen, 8 maart 1984, *Rev.Not.B.*, 1984, 490.

¹³⁶ Brussel, 7 februari 1989, *R.G.A.R.*, 1991, nr. 11.848, noot COLLE, Ph. Zie eveneens in die zin Cass.fr., 22 januari 1957, *J.T.*, 717, met noot van Ch. VAN REEPINGHEN; Brussel, 8 maart 1972, *Rev.dr.pén.crim.*, 1971-72, 923; Brussel, 27 oktober 1976, *J.T.*, 1977, 624, *Pas.*, 1977, II, 128; Brussel, 24 februari 1988, *Jur.Liège*, 1988, 1028, noot HENRY, P.; Vred. Brussel, 14 maart 1988, *De Verz.*, 1990, 286, noot CLAASSENS, H. Volgens Van Neste is deze soepelere rechtspraak t.a.v. familieleden van de patiënt te verklaren door het feit dat zij geacht worden het recht op informatie dat de patiënt zelf toekomt (zie supra, voetnoot 91), in bepaalde omstandigheden zoals bv. na het overlijden van de patiënt, in de plaats van de patiënt uit te oefenen (VAN NESTE, F., o.c., 203, nr. 10).

¹³⁷ Volgens het Hof van Beroep te Gent zou, zelfs als de geldigheid van de toestemming van de patiënt wordt aanvaard, deze geen gevolg kunnen hebben voor de verwanten van de patiënt (Gent, 21 juni 1984, *Vl.T.Gez.*, 1984-85, 455-456).

¹³⁸ Niet alleen wegens het feit dat de patiënt dikwijls de draagwijdte van zijn toestemming niet beseft, maar ook een algemeen belang tot grondslag heeft (zie supra, nr. 20) (BLANPAIN, R., o.c., 284).

¹³⁹ BANPAIN, R., o.c., 284.

¹⁴⁰ Overeenkomstig art. 5 van de nieuwe wet op de landverzekeringsovereenkomst wordt aan de verzekeringnemer een plicht tot mededeling van het risico opgelegd. Deze bepaling verplicht de verzekeringnemer immers om, bij het sluiten van de overeenkomst, alle hem bekende omstandigheden nauwkeurig mee te delen die hij *redelijkerwijs* moet beschouwen als gegevens die van invloed kunnen zijn op de beoordeling van het risico door de verzekeraar. Er zal dus geen sanctie zijn als de verzekeringnemer nalaat een bepaalde omstandigheid te vermelden waarvan hij redelijkerwijs het belang niet kan onderkennen. Evenmin moet hij mededeling doen van die omstandigheden die aan de verzekeraar bekend zijn of die deze redelijkerwijs had moeten kennen. Genetische gegevens mogen niet worden meegedeeld (zie eveneens infra, nrs. 71 en 72, alsmede voetnoot 221). Indien op sommige schriftelijke vragen van de verzekeraar niet wordt geantwoord en indien deze toch de overeenkomst heeft gesloten, kan hij zich, behalve in geval van bedrog, later niet

gelijknamige nieuwe wet (zie supra, voetnoot 1). M.a.w., het medisch attest stelt de verzekeringsmaatschappij dus in staat om – via haar adviserend geneesheer (zie infra, voetnoot nr. 173) – de noodzakelijke conclusies te trekken, enerzijds op het vlak van de verzwijgingen en de valse verklaringen, en anderzijds op het vlak van de uitgesloten risico's¹⁴¹.

45. Vandaar dat de verzekeringsmaatschappij dan een attest zal trachten te krijgen van de behandelende arts van de overleden verzekerde. Net zoals t.a.v. de verwanten, doen zich ook hier dezelfde gevallen voor.

Indien de patiënt zich *niet* vooraf heeft *uitgesproken* voor de rechtstreekse overhandiging van een attest aan zijn verzekeraar, zou men hier eveneens de theoretische vraag kunnen stellen of de verzekeraar zich dan kan beroepen op zijn

meer op dat verzuim beroepen. Luidens art. 6 van de nieuwe wet is de verzekeringsovereenkomst *nietig* wanneer het *opzettelijk* verzwijgen of het *opzettelijk* onjuist meedelen van gegevens over het risico, de verzekeraar misleidt bij de beoordeling van dat risico. Volgens art. 7 van de nieuwe wet is de overeenkomst daarentegen *niet* nietig wanneer het verzwijgen of het onjuist meedelen van gegevens *niet opzettelijk* geschiedt. In dat geval stelt de verzekeraar dan voor om de overeenkomst te *wijzigen*. Indien de verzekeringnemer deze wijziging weigert of te lang wacht om ze te aanvaarden, kan de verzekeraar de overeenkomst *opzeggen*. Doet het schadegeval zich voor vooraleer deze wijziging of opzegging van de overeenkomst in werking treedt, dan maakt de wet een onderscheid naargelang de verzwijging of de onjuiste verklaring al dan niet aan de verzekeringnemer verweten kan worden. Indien de verzekeringnemer een verwijt treft, d.w.z. indien hij als een goede huisvader had moeten weten dat hij een of ander element voor de beoordeling van het risico had moeten meedelen, is de verzekeraar slechts tot prestatie gehouden op basis van de verhouding tussen de betaalde premie en de premie die de verzekeringnemer zou hebben moeten betalen, indien hij het risico naar behoren had meegedeeld. Indien de verzekeringnemer daarentegen geen enkel verwijt gemaakt kan worden, is de verzekeraar tot de overeengekomen prestatie gehouden. Bij een schadegeval zou de verzekeraar zijn prestatie echter kunnen beperken tot het betalen van een bedrag dat gelijk is aan alle betaalde premies, op voorwaarde dat hij het bewijs levert dat hij het risico, waarvan de ware aard door dat schadegeval aan het licht komt, in geen geval zou hebben verzekerd. Het laatste lid van art. 7 voegt hier ten slotte nog aan toe dat, wanneer gedurende de loop van de verzekering een omstandigheid bekend wordt die beide partijen op het ogenblik van het sluiten van de overeenkomst onbekend was, artikel 25 of 26 toegepast dient te worden, naargelang die omstandigheid een vermindering of een verzwaring van het verzekerde risico tot gevolg heeft. Voor meer informatie hierover, raadplege men o.m. SCHUERMANS, L., «De nieuwe wet op de landverzekeringsovereenkomst van 25 juni 1992», *R.W.*, 1992-93, 696-700, nrs. 25-35; X, «De wet van 25 juni 1992 op de landverzekeringsovereenkomst. Wat de consument erover moet weten», in *Verzekeringscapitulum* 1992, Brussel, Beroepsvereniging der Verzekeringsondernemingen (B.V.V.O.), 1992, 31-33; X, «De nieuwe wet op de landverzekeringsovereenkomst», in *Bedrijfseconomisch en juridisch dossier*, Diegem, Ced-Samson, 1993, 13-16. Aangaande de rechtspraak i.v.m. art. 9 van de oude verzekeringswet, kan men ook nog consulteren Cousy, H. en CLAASSENS, H., «De verzwijging in de verzekeringsovereenkomst naar Belgisch recht», *T.P.R.*, 1984, 915 e.v.; FONTAINE, M., «La réticence ou la fausse déclaration relative à un fait ignoré de l'assuré et l'erreur inexcusable de l'assureur», *R.C.J.B.*, 1980, 219 e.v., noot onder Cass., 20 april 1978; FAGNART, J.-L., o.c., 681 e.v. Toegepast op de AIDS-problematiek: VANSWEEVELT, T., o.c., 176-179, nrs. 19-23.

¹⁴¹ ERNAULT, J., o.c., 316, nr. 344; FONTAINE, M., *Droit des assurances*, Brussel, Larcier, 1975, 274, nr. 80, voetnoot 21.

plaatsvervangende toestemming. Het betreft echter een theoretische vraag daar we boven reeds gezien hebben dat het overgrote deel van de rechtsleer en rechtspraak uitermate afwijzend staat t.o.v. de overhandiging van attesten aan verwanten van de patiënt, zelfs indien hun belangen gelijklopend zijn met die van de overledene (zie supra, nrs. 39 en 40). Als men al zo terughoudend is t.o.v. deze categorie van personen – die toch nauw betrokken zijn t.o.v. de patiënt, waarom zou men dan inschikkelijker zijn t.o.v. personen of instellingen die veel verder af staan van de overledene?

En inderdaad, de rechtspraak aanvaardt alleen dat de arts die ingaat op het verzoek van zijn patiënt om een attest op te stellen, dit certificaat alleen *rechtstreeks aan die patiënt* dient te overhandigen¹⁴². Wordt het daarentegen aan een derde, bv. een notaris, een advocaat of een gerechtelijk deskundige, overhandigd, dan is dit getuigenschrift nietig omdat het in strijd met het beroepsgeheim is afgegeven¹⁴³ voor zover er in dat attest überhaupt geheime gegevens openbaar worden gemaakt¹⁴⁴. En zoals we reeds opmerkten, is de toestemming van de patiënt, volgens de meerderheid van de rechtspraak, daarbij irrelevant daar art. 458 Sw. van openbare orde is en arts en patiënt derhalve niet over de geheimhoudingsplicht kunnen beschikken (zie vooral infra, nrs. 46 e.v.).

(ii) CLAUSULE IN DE LEVENSVZERKERINGSPOLIS

46. Net zoals voor de verwanten van de patiënt, zat er voor de verzekeraars dan ook niets anders op dan te hopen dat ze zich in het tweede geval zouden bevinden, nl. wanneer de patiënt een *voorafgaande toestemming* verleende aan zijn behandelende arts om rechtstreeks aan zijn verzekeringsmaatschappij een medisch attest te overhandigen. De verzekeraars zijn op dit vlak echter niet geheel overgeleverd aan het doen en laten van de verzekerde. Integendeel, in de

¹⁴² Bergen, 9 februari 1975, *Pas.*, 1976, II, 159.

¹⁴³ Brussel, 15 maart 1971, *Pas.*, 1971, II, 190, *J.T.*, 1971, 290, *Rev.Not.B.*, 1971, 291. Deze personen dienen er in dat geval voor te zorgen dat zij het attest van de betrokkene zelf krijgen...

¹⁴⁴ Vgl. met Cass., 6 april 1982, *Arr.Cass.*, 1981-82, 980, *Pas.*, 1982, I, 924, *R.W.*, 1983-84, 932. In deze zaak had de Correctionele Rechtbank te Kortrijk een vrouw vrijgesproken van een haar ten laste gelegd misdrijf omdat uit de door haar raadsman overgelegde medische attesten bleek dat zij zich op het ogenblik van de feiten geen rekenschap kon geven van de door haar gestelde daden. Het Hof van Beroep te Gent vernietigde de uitspraak. De attesten dienden uit het debat te worden geweerd aangezien ze in strijd met het medisch beroepsgeheim door de arts van de vrouw rechtstreeks aan haar advocaat waren bezorgd. Het Hof van Cassatie vernietigde dit arrest echter op grond van de overweging dat «uit de enkele omstandigheid dat de bedoelde getuigenschriften door de behandelende geneesheer van eiseres aan haar raadsman zijn toegestuurd, niet noodzakelijk volgt dat zij zijn afgeleverd met schending van het medisch beroepsgeheim». Door deze getuigenschriften zonder voldoende motivering (i.v.m. het feitelijk onderzoek naar de eigenlijke inhoud ervan en of er al dan niet geheime gegevens in geopenbaard werden) uit het debat te weren, werd het recht van verdediging geschonden. Zie ook de opmerkingen van Nys i.v.m. de vraag of het Hof in dit arrest aanvaard zou hebben dat een patiënt toestemming kan geven aan zijn arts om medische geheimen bekend te maken, supra, voetnoot 111. Zie ook Arbrb. Gent, 6 februari 1989, *R.W.*, 1988-89, 1093-1094.

praktijk zullen zij de uitbetaling van het kapitaal vaak afhankelijk maken van de voorafgaande overlegging van een medisch attest ¹⁴⁵.

47. In concreto betekent dit dat de aspirant-verzekeringnemer er zich t.o.v. zijn verzekeringsmaatschappij toe zal moeten verbinden om zelf een attest te vragen aan zijn arts en dit vervolgens te bezorgen aan zijn verzekeraar, of zijn behandelende arts te ontslaan van het beroepsgeheim en hem *uitdrukkelijk* te machtigen om het attest waarvan sprake is in de algemene voorwaarden van de polis, rechtstreeks aan de adviserend geneesheer van de verzekeraar af te geven wanneer die erom verzoekt. Meestal gaat het hier om een *schriftelijke verklaring* die de verzekerde aflegt bij de ondertekening van de polis. Sommige verzekeraars laten een dergelijke verklaring soms ook ondertekenen bij de invulling van de medische vragenlijst ¹⁴⁶. Daar de verzekeringspolis een toetredingscontract is, dient m.i., om latere betwistingen te vermijden (bv. omtrent de kennisneming en aanvaarding), echter de voorkeur gegeven te worden aan een afzonderlijke akte die de vrije wil van de verzekerde beter vrijwaart ¹⁴⁷.

48. Wanneer de aspirant-verzekeringnemer zich aldus contractueel heeft verbonden, heeft de verzekeraar derhalve een contractueel pressiemiddel om alsnog een medisch attest in handen te krijgen. Wanneer de verzekerde deze contractuele verplichting niet nakomt, kan de verzekeraar zich namelijk beroepen op de *exceptio non adimpleti contractus* en de uitbetaling van het kapitaal weigeren ¹⁴⁸. Alsdan heeft de verzekeraar een zekere garantie dat het tweede geval zich zal voordoen ¹⁴⁹. Maar net zoals voor de verwanten van de

overleden patiënt, zijn dan nog alle problemen voor de verzekeraars niet van de baan. Immers, weer blijken dezelfde obstakels op te rijzen. Zoals reeds uitgebreid aangehaald werd (zie supra, nrs. 19 e.v.), bestaat er in de Belgische rechtsleer en rechtspraak sinds jaar en dag een duidelijke controverse omtrent de vraag of de patiënt zijn arts kan ontheffen van zijn beroepsgeheim. En die vraag hangt dan weer nauw samen met de vraag naar de ware aard van het medisch beroepsgeheim, dat — naargelang van de opvatting die men verdedigt — hetzij een absoluut dan wel een functioneel karakter heeft (zie supra, nrs. 22 e.v.). Het rechtstreeks gevolg van deze onenigheid is dat men het ook omtrent de geldigheid van de bovenvermelde polisclausule in de rechtspraak en rechtsleer grondig oneens is.

49. Volgens bepaalde uitspraken is een dergelijke afspraak tussen verzekeraar en verzekerde op zichzelf geldig, maar is ze niet bindend voor de arts aangezien ze tegenover hem een «res inter alios acta» is ¹⁵⁰. De arts is dus niet verplicht een dergelijk attest af te geven ¹⁵¹. Indien hij echter in eer en geweten oordeelt dat de mededeling van de gevraagde gegevens *niet* van dien aard zijn dat ze de belangen van zijn overleden patiënt kan schaden, kan de arts dus wel op vrijwillige basis het gevraagde attest overhandigen *aan zijn patiënt*, die het dan zal doorzenden naar zijn verzekeraar (zie supra, nr. 32). Daarbij dienen ook de beperkingen die de polisclausule bevat in acht te worden genomen. Als in het attest *meer gegevens worden bekendgemaakt* dan die waarvoor de verzekerde patiënt had toegestemd, dan wordt de geheimhoudingsplicht geschonden en moeten die gegevens uit

¹⁴⁵ Over de inhoud van dit medisch attest, zie o.m. GLANSDORFF, F., o.c., 322, nrs. 26 en 27.

¹⁴⁶ Zie bv. Rb. Brussel, 27 februari 1975, *R.G.A.R.*, 1976, nr. 9581. Zie daarover ook infra, voetnoot 173.

¹⁴⁷ Zie eveneens COLLE, Ph., o.c., 238, nr. 13.

¹⁴⁸ Dit optreden van de verzekeraar vindt zijn rechtvaardiging in de regel der tegenwerpbaarheid van de excepties in het kader van het derdenbeding. Het derdenbeding vertoont immers een accessoir en een causaal karakter ten opzichte van de hoofdovereenkomst (d.i. het verzekeringscontract). Zijn ontstaan en voortbestaan is ervan afhankelijk. Het derdenbeding vindt zijn oorzaak in de (dekings)verhouding tussen de verzekeringnemer (die bedingt) en de verzekeraar (die belooft). Hieruit vloeit voort dat de verzekeraar aan de derde-begunstigde(n) alle excepties en verweermiddelen mag tegenwerpen die hij kan putten uit zijn verhouding tot de verzekeringnemer. Dit is o.m. het geval wanneer de verzekeraar de ontbinding van de verzekeringsovereenkomst vordert wegens wanprestatie van de verzekeringnemer (Belgische rechtsleer: zie o.m. DIRIX, E., *Obligatoire verhoudingen tussen contractanten en derden*, Wilrijk, 1983, 73-75, nrs. 110-111; DE PAGE, H., *Traité élémentaire de droit civil belge*, II, 1964, 676 e.v., nrs. 696 e.v.; VANDEPUTTE, R., *De overeenkomst. Haar ontstaan, haar uitvoering en verdwijning, haar bewijs*, Brussel, 1977, 345; Franse rechtsleer: zie o.m. WEIL, A., *La relativité des conventions en droit privé français*, Parijs, 1939, 698, nr. 398; LABROUMET, Chr., *Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé*, Bordeaux, 1968, 371, nr. 162; *Encyclopédie Dalloz*, tw. «Stipulation pour autrui», nrs. 38 e.v.; PLANIOL, M. en RIPERT, G., *Traité pratique de droit civil français*, VI, Parijs, 1952, 469, nr. 363; DEMOGUE, R., *Traité des obligations en général*, VII, Parijs, 1923, 169-171, nrs. 801 en 802; GAUDEMET, E., *Traité général des obligations*, Parijs, 253).

¹⁴⁹ Zoals reeds bleek (zie supra, nr. 41), zullen de artsen — onder druk van het rigide standpunt van hun Orde en de rechtspraak — echter vrij weigerachtig staan tegenover de overhandiging van een overlijdensakte of een geneeskundig attest nopens de doodsoorzaak van hun patiënt, aan de verwanten (erfgenamen en/of begunstigten) van de verzekerde. Het gevolg daarvan is dat deze laatste geen bewijsmiddel kunnen voorleggen aan de verzekeraar omtrent de werkelijke doodsoorzaak van de patiënt. Aldus komen ze buiten hun wil hun contractuele verplichting niet na. Bepaalde auteurs hebben getracht aan deze — voor de verzekerde — onbillijke situatie, een mouw aan te passen door te stellen dat zulk een weigering ongeoorloofd is wanneer de begunstigde kan bewijzen dat hij al het mogelijke heeft gedaan om deze attesten te krijgen, doch daarbij gestuit is op de weigering van de behandelende geneesheer, die zich op zijn beroepsgeheim beroept (FREDERICO, S., COUSY, H. en ROGGE, J., «Overzicht van rechtspraak (1969-1981). Verzekeringen», *T.P.R.*, 1981, 520, nr. 160; RYCKMANS, X. en MEERT-VAN DE PUT, R., o.c., 159, nr. 216; ERNAULT, J., o.c., 118, nr. 344; PICARD, M. en BESSON, A., *Les assurances terrestres*, I, *Le contrat d'assurance*, (5e ed.), Parijs, 1982, 599; zie eveneens Kh. Antwerpen, 26 april 1974, *R.G.A.R.*, 1974, nr. 9332). Volgens Glansdorff volgt er dan ook uit de polis een inspanningsverbintenis voor de verzekerde (GLANSDORFF, F., o.c., 320, nr. 14).

¹⁵⁰ Zie o.m. ACHSLOUGH, H., o.c., 633. Zie eveneens Antwerpen, 23 juni 1976, *De Verz.*, 1978, 475, noot J.R.; Rb. Leuven, 5 januari 1979 en Brussel, 3 februari 1981, *V.T.Gez.*, 1981-82, 32 e.v., noot Nys, H. Hierbij aansluitend, maar genuanceerder is de opvatting van het Hof van Beroep te Brussel. De clausule in een polis waarbij de verzekerde alle inlichtingen of getuigenschappen i.v.m. zijn gezondheidstoestand voor en na een ongeval moet bezorgen, heeft niet tot gevolg dat een arts ontheven is van zijn zwijpplicht. Slechts indien deze clausule tot gevolg zou hebben dat de arts ontheven is van zijn zwijpplicht, dan is zij in strijd met art. 6 B.W. (Brussel, 27 oktober 1976, *Pas.*, 1977, II, 128, *J.T.*, 1977, 624).

¹⁵¹ Gent, 12 april 1965, *R.W.*, 1965-66, 104, noot; Kh. Antwerpen, 26 april 1974, *R.G.A.R.*, nr. 9332, noot; Rb. Brussel, 27 februari 1975, *R.G.A.R.*, 1976, nr. 9581, noot; Rb. Leuven, 5 januari 1979, *V.T.Gez.*, 1981, 32.

het debat geweerd worden. In alle gevallen dienen de bekendmakingen strikt beperkt te blijven tot hun voorwerp. Wanneer de clause bv. alleen maar bepaalt dat met ja of neen dient te worden geantwoord op de vraag of de doodsoorzaak al dan niet valt binnen de uitgesloten risico's terwijl de behandelende arts een vragenlijst kreeg in te vullen die duidelijk méér gegevens diende te bevatten, is het attest uitgereikt in strijd met de zwijgplicht¹⁵². Wanneer de patiënt slechts toestemming heeft gegeven om de oorzaak van zijn overlijden in een attest te vermelden, en de behandelende arts vermeldt ook het ogenblik waarop de eerste symptomen van de ziekte waaraan de patiënt is overleden, zich hebben voorgedaan, dan is dit attest afgegeven in strijd met het beroepsgeheim¹⁵³.

50. De meerderheid van de rechtspraak heeft zich echter steeds tegen de rechtsgeldigheid van die clause gekant precies omdat het «openbare orde»-karakter van art. 458 Sw. verhindert dat de arts en patiënt kunnen beschikken over het medisch beroepsgeheim (zie infra, nr. 20). Aan de wetten die de openbare orde en de goede zeden betreffen, kan door bijzondere overeenkomsten immers geen afbreuk worden gedaan (art. 6 B.W.). Een artikel van een levensverzekeringsovereenkomst dat de uitbetaling van het kapitaal afhankelijk stelt van een medisch attest dat de doodsoorzaak vermeldt, kan noch uitdrukkelijk noch stilzwijgend impliceren dat partijen het eens zijn over een eventuele schending van het geneeskundig beroepsgeheim¹⁵⁴. Een dergelijke overeenkomst kan dus alleen gevolgen hebben tussen de contracterende partijen, doch niet voor de behandelende geneesheer¹⁵⁵. Bovendien wordt soms naar voren geschoven dat, wanneer de geldigheid van de clause toch aanvaard

wou worden terwijl de arts de afgifte van het attest zou weigeren (om de tuchtsancties van zijn Orde te vermijden), de verzekerde patiënt dan met lege handen zou blijven zitten¹⁵⁶.

51. Niettegenstaande deze strikte houding van de overgrote meerderheid van de rechterlijke beslissingen, dient men ook hier te wijzen op recente rechtspraak die de afgifte van een attest aan een derde aanvaardt, wanneer het attest inhoudelijk geen betrekking heeft op geheimplichtige gegevens of het bewijs daarvan niet wordt geleverd (zie ook supra, voetnoot 145).

(iii) STANDPUNT VAN DE ORDE DER GENEESHEREN

52. Analooq aan de meerderheidsopvatting binnen de Belgische rechtspraak legt de Orde der Geneesheren, als partijganger van de absolutistische visie omtrent het medisch beroepsgeheim (zie supra, nr. 22), in het algemeen belang van de maatschappij, aan de artsen een categorisch verbod op inlichtingen te verschaffen (bv. via een medisch attest) aan de geneesheren van de verzekeringsmaatschappijen, niettegenstaande de verzekerden hierom verzoeken ter uitvoering van de bovenvermelde polisclausule – die volgens de Orde – geen enkele rechtskracht kan hebben¹⁵⁷. Volgens de Orde staat het immers als een paal boven water dat in de landen waar de patiënt de arts van zijn zwijgplicht kan ontslaan (zie infra, nr. 62), de overgrote meerderheid van medische attesten goedbetaalde welwillendheidsattesten zijn die geenszins stroken met de meest elementaire waarheid. De patiënt vraagt immers niet per se een waarheidsgetrouw medisch attest, maar wel een «goed» attest waardoor hij zonder moeilijkheden de gewenste voordelen kan verkrijgen. Farber¹⁵⁸ voegt daar nog op een niet mis te verstane wijze aan toe dat de arts – die als derde partij nooit om zijn toestemming werd verzocht – door met of zonder toestemming van de patiënt, gegevens vrij te geven, alleen de winstmarge van de verzekeringsmaatschappijen helpt vergroten, hetgeen helemaal zijn taak niet is. Deze auteur stelt dan ook dat, indien de verzekeringsmaatschappij twijfels heeft, het haar taak is om zelf – op eigen kosten en eventueel met behulp van een deskundige die in geen geval de behandelende arts mag zijn van de verzekerde – de onjuistheid van de verklaringen van rechthebbenden aan te tonen. Volgens de Provinciale Raad van de Orde van Brabant zou de controlerend arts van de maatschappij het onderzoek

¹⁵² Kh. Antwerpen, 26 april 1974, *R.G.A.R.*, 1974, nr. 9332; Rb. Brussel, 27 februari 1975, *R.G.A.R.*, 1976, nr. 9581.

¹⁵³ Rb. Leuven, 5 januari 1979, *VI.T.Gez.*, 1981-82, 32 e.v., noot Nys, H.

¹⁵⁴ Deze strenge rechtspraak vormt een belangrijke hinderpaal voor de effectiviteit van de zgn. AIDS-uitsluitingsclausules in de levensverzekeringpolis. Deze clausules – die in België dan ook vrijwel niet toegepast worden – zijn volgens VANSWEEVELT principieel rechtsgeldig daar de partijen op grond van de wilsautonomie vrij zijn om, mits zij de rechtsregels van de openbare orde, de goede zeden en de dwingende rechtsregels in acht nemen, al dan niet te contracteren en om zelf de inhoud van hun overeenkomst te bepalen. Voor de levensverzekeringsovereenkomsten zijn het voornamelijk dwingende rechtsregels die de contractuele vrijheid van partijen aan banden leggen. Krachtens art. 11 van het zgn. Reglement-Leven (K.B. van 5 juli 1985 betreffende de levensverzekeringsactiviteit, *B.S.*, 13 juli 1985, 10.389; dit K.B. werd opgeheven door een gelijknamig K.B. van 17 december 1992, *B.S.*, 31 december 1992, 27.893) mogen de verzekeringsondernemingen inzake risico-uitsluiting de draagwijdte van de algemene voorwaarden niet beperken door bijzondere bedingen, behalve voor een verzwaaard risico in de persoon van de verzekerde bij het sluiten van een contract. Een verzwaaard risico zal bv. aanwezig zijn bij een seropositieve verzekerde. De verzekerde moet de risico-uitsluiting dan wel laten goedkeuren door de Controledienst voor de Verzekeringen (VANSWEEVELT, T., «Aids en levensverzekeringen», *VI.T.Gez.*, 1990, 168, nr. 5; zie eveneens VANSWEEVELT, T., *Aids en recht. Een aansprakelijkheids- en verzekeringsrechtelijke studie*, 1989, Antwerpen-Brussel, Maklu en Ced-Samson).

¹⁵⁵ Zie in die zin o.m. Brussel, 27 oktober 1976, *Pas.*, 1977, II, 128, *J.T.*, 1977, 624; Brussel, 3 februari 1981, *VI.T.Gez.*, 1981-82, 34, noot Nys, H.; Gent, 21 juni 1984, *VI.T.Gez.*, 1984-85, 455.

¹⁵⁶ Zo oordeelde de Rechtbank van Koophandel te Antwerpen dat, indien de verzekerde van tevoren had geweten dat de artsen zeer weigerachtig staan om dergelijke attesten te verstrekken, hij zijn toestemming wellicht niet gegeven zou hebben. Nu hij dat niet wist, is zijn toestemming aangetast door dwaling. Volgens de rechtbank kan worden getwijfeld aan de goede trouw van de verzekeraar wanneer hij de afgifte van een attest als voorwaarde oplegt, wel wetend hoe moeilijk het is om zo'n attest te krijgen van een arts (Kh. Antwerpen, 26 april 1974, *R.G.A.R.*, 1974, nr. 9332).

¹⁵⁷ Zie bv. het advies van de Nationale Raad van de Orde van 4 maart 1971, *T.Orde Gen.*, 1970-71, afl. 21, 22; 16 november 1991, *T.Orde Gen.*, 1992, afl. 55. Eveneens: SCREVEN, R., «Beroepsgeheim en expertise», *T.Orde Gen.*, 1985-86, nr. 34, 7.

¹⁵⁸ FARBER, J., «De openbare orde en het medisch geheim», *T.Orde Gen.*, 1987, afl. 35, 29-30. Zie eveneens FARBER, J., «Le point de vue de l'Ordre des médecins», *Cons.Man.*, 1987, 37-40.

dan op autonome wijze dienen te voeren, d.i. zonder dat hij een beroep mag doen op de verzekerde of de behandelende arts van deze laatste ¹⁵⁹. Het is in deze optiek dat art. 68 van de Code van de Geneeskundige Plichtenleer dan ook voorschrijft dat de behandelende arts *inzake levensverzekeringen* noch rechtstreeks, noch onrechtstreeks aan de verzekeraar of aan de adviseur van een verzekeringsmaatschappij inlichtingen mag verstrekken m.b.t. de doodsoorzaak van een verzekerde ¹⁶⁰. Anders stelt de behandelende geneesheer zich bloot aan tuchtsancties.

53. Ten gevolge van deze strikte houding van de Orde der Geneesheren en de meerderheid van de rechtspraak, staan de artsen (officieel dan toch; zie infra, voetnoot 167) veelal weigerachtig t.a.v. de overhandiging van medische attesten aan derden en zullen ze zich vaak veiligheidshalve – om tuchtsancties te vermijden – beroepen op (verschuilen achter?) hun medisch beroepsgeheim. Verzekerden en verzekeraars staan bijgevolg in de kou.

54. In dat geval rest hun nog alleen naar *de rechter* te stappen om hem te vragen de overlegging van het overlijdensattest te bevelen. Overeenkomstig art. 877 Ger.W. moet de rechter dan wel van oordeel zijn dat dit stuk bewijs inhoudt van een ter zake dienend feit. Geeft de rechter dit bevel, wat hij ook vermag in het kader van een *deskundigenonderzoek* ¹⁶¹, dan maakt hij gebruik van zijn bevoegdheid om de geneesheer te verplichten in rechte getuigenis te komen afleggen (zie supra, nr. 14) ¹⁶².

Indien men de regels van de getuigenis in rechte naar analogie toepast op de overlegging van het medisch dossier (zie supra, nr. 16), dan betekent dit concreet dat art. 877 Ger.W. door de arts *niet* moet worden nageleefd, *voor zover het geheime gegevens betreft* en onder voorbehoud van toetsing

door de rechter ¹⁶³. Het uiteindelijke gevolg hiervan is dat de artsen (om problemen met de Orde te vermijden) zich ook hier veeleer zullen hullen in een stilzwijgen gebaseerd op het beroepsgeheim. De overlegging van het medisch dossier is dus niet noodzakelijk een oplossing voor de problemen van de verzekeraars.

(iv) STANDPUNT VAN DE (LEVEN)VERZEKERAARS

55. Uiteraard is die hardnekkige houding, mede onder impuls van de functionalistische visie op het beroepsgeheim (zie supra, nr. 24) en met de meest diverse argumenten ¹⁶⁴, enorm bekritiseerd door de *verzekeraars*, *consumentenorganisaties* ¹⁶⁵ en bepaalde *rechtsleer* die de geheimhoudingsplicht versoepeld en aangepast wensen te zien aan de gewijzigde, hedendaagse levensomstandigheden ten einde de levensverzekering «binnen de normen van de moraal» te houden. Anders ontstaan er absurde – om niet te zeggen hypocriete ¹⁶⁶ – en onbegrijpelijke wantoestanden die volkomen in het nadeel spelen van de verzekerden en de verzekeringsschuldeisers of -begunstigden enerzijds, en de verzekeraars anderzijds ¹⁶⁷.

¹⁶³ De rechter mag de opheffing van het beroepsgeheim in het belang van een goede rechtsbedeling namelijk slechts bevelen in de gevallen dat zulks onmisbaar is voor de oplossing van het voorliggende geschil. Bovendien mag hij alleen die gegevens opvragen die strikt noodzakelijk zijn voor de oplossing van het geschil (COLLE, Ph., o.c., 239, nr. 16).

¹⁶⁴ Zo stelde ERNAULT zelfs op basis van het in verzekeringskringen ondertussen berucht geworden cassatiearrest van 30 oktober 1978 (zie supra, nr. 28): «Il paraît raisonnable de considérer, sur la base des prémisses posées par la Cour suprême, que le secret médical serait détourné de son but si le médecin s'interdisait de communiquer au médecin-conseil de l'assureur, avec l'accord du candidat à l'assurance, les informations dont la transmission est une condition d'un droit ou d'une faculté (telle de conclure une police d'assurance) que ce dernier voudrait exercer. Pareille communication a lieu dans l'intérêt du candidat lui-même, et de son propre consentement, et, dans ces conditions, on ne voit pas qu'elle puisse être de nature à 'altérer la confiance dans le médecin traitant que le secret médical doit inspirer' selon les termes employés par la Cour» (ERNAULT, J., o.c., 119, nr. 107).

¹⁶⁵ Zie o.m. H.D.C. en A.M.D.C., «Medisch beroepsgeheim: er is voor en er is tegen», *Budget & Recht*, december 1989, nr. 88, 4-8; DUMOLEN, M., «Een arts is ook maar een mens... Aansprakelijkheid van medisch personeel», *Butget & Recht*, februari 1988, nr. 77, 19-23.

¹⁶⁶ Er wordt namelijk vaak op gewezen dat een te strikte, rigoureuze toepassing van het beroepsgeheim in de gezondheidszorg praktisch gezien tot de nodige hypocriete situaties leidt. In de praktijk moeten de verzekerden en de verzekeringsmaatschappijen immers nogal dikwijls – meer dan eens zelfs met de stilzwijgende medewerking van hun respectieve artsen of gezondheidszorgverstrekkers – hun toevlucht nemen tot allerlei «afspraken» of «regelingen» om te verkrijgen wat hun aan medische documenten of inlichtingen toekomt. Het staat dus onomstotelijk vast dat er tussen de dagelijkse praktijk van talrijke gezondheidszorgverstrekkers en de theorie of officiële leer (o.m. van bepaalde orden) een uitgesproken kloof bestaat (CLAASSENS, H., o.c., p. 363).

¹⁶⁷ Zie o.m. GLANSORFF, F., o.c., 317 e.v.; BROCHIER, J., «Verzekeraars en geneesheren: voor een rationale en doelmatige samenwerking», *De Verz.*, 1977, 491-503; BROCHIER, J., «Zienswijze van de verzekeringsraadsgeneesheer», *Cons. Man*, 1987, 109-116; ERNAULT, J., o.c., 117-119, nr. 107; DIERKENS, R., «Beroepsgeheim en verzekering», in *Actuele problemen van verzekeringsrecht* (FRE-

¹⁵⁹ Zoals vermeldt door ERNAULT, J., o.c., 117, nr. 107.

¹⁶⁰ In een recenter advies aanvaardde de Nationale Raad van de Orde der Geneesheren echter dat, bij overlijden ten gevolge van een ongeval, dit mag worden bevestigd in een attest dat rechtstreeks aan de begunstigde van de verzekering moet worden bezorgd (*T.Orde Gen.*, 1983, afl. 31, p. 28; vgl. met Vred. Brussel, 14 maart 1988, *De Verz.*, 1990, 286, noot CLAASSENS, H.: de arts die weigert de oorzaak van het overlijden van de dader van een verkeersongeval mee te delen, geeft blijk van een verkeerde opvatting van het medisch beroepsgeheim. Het bekendmaken van de overlijdensoorzaak zou de betrokkene niet in zijn eer, zijn belangen of zijn affectie benadelen). Zie ook recentelijk, infra nr. 69.

¹⁶¹ Kort ged. Rb. Brussel, 7 maart 1988, *J.T.*, 1988, 458; Arrbrb. Brussel, 2 februari 1990, *J.T.T.*, 1990, 276. Zie daarover meer informatie bij o.m. VOORDECKER, G., «Le point de vue de l'expert judiciaire», *Cons.Man.*, 1987, 91 e.v. Claassens wijst er echter op dat een deskundigenonderzoek niet alleen de nodige ongemakken met zich mee brengt voor de verzekerde of zijn erfgenamen, maar ook voor de artsen (bv. een autopsie lange tijd na het overlijden), daar ze steeds achteraf zal plaatshebben waardoor ze niet steeds een oplossing kan bieden voor de gestelde bewijsproblemen. Bovendien – en dit geldt ook voor de verplichte overlegging van het medisch dossier – dient men zich noodzakelijkerwijze te richten tot de rechtbank wat op zijn beurt resulteert in verlies van tijd en geld (CLAASSENS, H., o.c., 55).

¹⁶² De geneesheer die zulks zou weigeren, stelt zich bloot aan strafrechtelijke sancties (art. 495bis Sw. en art. 928 Ger.W.) en aan een veroordeling tot schadevergoeding waarvan het bedrag vrij door de rechter bepaald wordt (art. 882 Ger.W.).

56. Zo hebben de verzekeraars steeds beweerd dat de overlegging van medische verklaringen altijd een technisch en juridisch noodzakelijke voorwaarde geweest is om de *dekking van het risico te rechtvaardigen* en om te kunnen *bepalen in welke mate de verzekeringsmaatschappij tot uitkering gehouden is*. Het is bovendien een essentieel middel om de verzekeraar in staat te stellen de nodige selectie uit te voeren die voor billijkheid tussen de verzekerden moet zorgen (zie ook *infra*, nr. 73). Men mag trouwens niet vergeten dat het voor de verzekeringsmaatschappijen om een echte noodzaak gaat over *betrouwbare en nauwkeurige medische statistieken* te beschikken. Zonder deze statistische gegevens wordt hun bedrijvigheid – bv. de opbouw van gerechtvaardigde premietarieven – in sterke mate belemmerd ¹⁶⁸.

57. Men wijst er ook op dat het slachtoffer van een ongeval of zijn nabestaanden een tweede maal slachtoffer worden wanneer de *schaderegeling op de lange baan* raakt door gebrek aan medewerking van de kant van zijn behandelende geneesheren ¹⁶⁹. In sommige gevallen kan de strikte houding van de artsen zelfs tot gevolg hebben dat de verzekerde *onmogelijk de vergoeding* waarop hij gerechtigd is, kan *ontvangen*.

58. Bovendien, en dit is zeker zo erg, zal de strikte, absolute opvatting van het medisch geheim in de levensverzekering het *verzekeringsbedrog door bepaalde verzekerings-schuldeisers of -begunstigden verhullen en zelfs aanmoedigen* aangezien sommige ziekten of bezwarende toestanden niet ontdekt kunnen worden door een normaal geneeskundig onderzoek dat uitgevoerd wordt door de verzekeringsraads-geneesheer (zie ook *infra*, voetnoot 173) ¹⁷⁰.

Een ander gevolg, dat hiermee samengaat, is een noodzakelijke verscherpte medische controle bij het aangaan van het verzekeringscontract, hetgeen een *verzwaarde procedure*

en een *verhoging van de kosten van de verzekering* met zich meebrengt, die uiteindelijk ten koste gaan van de oprechte verzekerden die daardoor tweemaal in de kou worden gezet ¹⁷¹.

59. Sterke kritiek op de houding van de Orde der Geneesheren wordt eveneens geleverd door de *verzekeringsraads-geneesheren* in het bijzonder ¹⁷².

Deze artsen voelen zich op het vlak van het beroepsgeheim namelijk gediscrimineerd door art. 68 van de Code ¹⁷³ dat hen als een soort «tweederangsgeneesheren» onbevoegd verklaart om het beroepsgeheim te delen met de behandelende arts ¹⁷⁴, terwijl diezelfde Code in art. 58 ¹⁷⁵, art. 60 ¹⁷⁶

¹⁷¹ FREDERICQ, S., COUSY, H. en ROGGE, J., *o.c.*, 520-521, nr. 162; VAN GOMPEL, R., *o.c.*, 14; ERNAULT, J., *o.c.*, 117, nr. 107.

¹⁷² Deze artsen spelen een belangrijke rol in het kader van de levensverzekering. Voor het opmaken van het levensverzekeringscontract is het voor de verzekeringsmaatschappij immers onontbeerlijk de gezondheidstoestand van de aspirant-verzekerde – die een risico incarneert t.a.v. de verzekeraar – goed te kennen. Dit risico kan, in een relatieve mate, geschat worden aan de hand van gegevens zoals ouderdom, geslacht, gewicht en zo meer. Het gevaar ligt evenwel vooral verscholen in antecedenten en «verborgen gebreken» van de aspirant-verzekerde. Om zulks beter te kunnen inschatten vraagt de verzekeraar aan de aspirant hem zijn medisch verleden te openbaren (bv. door het invullen van een gedetailleerde medische vragenlijst die alleen zou mogen vragen naar feiten die relevant zijn voor de beoordeling van het risico; zie daarover o.m. m.b.t. de AIDS-problematiek VANSWEEVELT, T., *o.c.*, 174-175, nrs. 15-18). Daar de kandidaat over het algemeen niet in staat is op de hem gestelde medische vragen degelijk te antwoorden, wordt hem ook vaak gevraagd zich te onderwerpen aan een grondig, voorafgaand medisch onderzoek met röntgenfoto's, electrocardiogram en allerlei ontledingen (zie daarover DE GRAAF, H., «Levensverzekering. Het geneeskundig onderzoek», *Verz.W.*, 1981, 467-471). Dit onderzoek wordt meestal uitgevoerd door een controlearts van de verzekeringsmaatschappij die dan, als de nodige informatie verzameld is, het risico zal evalueren. Ingevolge zijn advies, zal de verzekeringsmaatschappij ofwel het levensverzekeringscontract opstellen (met gewoon tarief, of met bijpremie), ofwel de zaak uitstellen of zelfs weigeren. Het probleem is nu dat al deze maatregelen van de verzekeraar (vragenlijst en medisch onderzoek) in sommige gevallen niet volstaan om het risico correct in te schatten. De geneesheer-raadgever kan immers vaak niet correct oordelen zonder de inbreng van degene die het medisch verleden en de huidige toestand van de aspirant het beste kent, nl. de behandelende geneesheer van de aspirant. Vandaar dat de controlearts zijn collega zal ondervragen of hem zal verzoeken een medisch attest te bezorgen (bv. om na de dood van de verzekerde de exacte doodsoorzaak vast te stellen). Maar zoals uit de bovenstaande regels blijkt, zal de behandelende arts – daarin gesteund door de meerderheid van de rechtsleer en de rechtspraak, en onder druk van de met disciplinaire sancties zwaaiende Orde der Geneesheren (zie *infra*, nr. 41) – zich vaak beroepen op zijn beroepsgeheim en elke medewerking weigeren. En dit tot begrijpelijke ergernis van de verzekeraars (die het risico niet naar behoren kunnen inschatten met de nodige financiële implicaties van dien) en de controleartsen (die hun functie niet naar behoren kunnen vervullen)!

¹⁷³ Deze bepaling stelt nl.: «Inzake levensverzekeringen mag de behandelende geneesheer, rechtstreeks noch onrechtstreeks aan de verzekeraar of aan de geneesheer-adviseur van een verzekeringsmaatschappij, inlichtingen verstrekken m.b.t. de doodsoorzaak van de verzekerde.»

¹⁷⁴ Brochier drukt het als volgt uit: «Voor de behandelende geneesheer zijn wij soms de spelbreker, de onbescheiden snuffelaar die zijn recht betwist te beweren zonder bewijs, willekeurig te han-

DERICQ, S., red.), Gent, Gakko, 1974, 540-547; VAN GOMPEL, R., «Het medisch geheim: mogelijke oplossingen in een acuut probleem voor de verzekeringsondernemingen – Le secret médical: solutions possibles à un problème préoccupant pour les entreprises d'assurances», *De Verz.*, 1982, 5-19; CLAASSENS, H., «Le point de vue de l'assureur», *Cons. Man.*, 1987, 49-64; CLAASSENS, H., «Het beroepsgeheim in de verzekeringsmaatschappij», *V.T.Gez.*, 1986-87, 357-364; DALCO, R.O., «Réflexions sur le secret professionnel», *R.G.A.R.*, 1986, nr. 11.056 (1-4) en *Cons.Man.*, 1987, 65-76; VAN DE RYCK, J., *o.c.*, II.1.4-75; LESTHAEGHE, M., «Standpunt van een raadsman van verzekeringsmaatschappijen», *Cons.Man.*, 1979, 128-132.

¹⁶⁸ VAN GOMPEL, R., *o.c.*, 16.

¹⁶⁹ BROCHIER wijst er nog op dat zulks bij het publiek een verstaanbare wreveligheid en verbittering doet ontstaan t.o.v. het medisch korps. «De mensen kunnen niet begrijpen dat het onmogelijk is inlichtingen te bekomen nopens hun onderbeenbreuk, terwijl men in de pers kan lezen dat de Koning aan discushernia lijdt, de Koningin aan galstenen, de eerste minister een nieuwe hartklep krijgt, de kardinaal aan de prostaat wordt geopereerd en de president van de V.S. kanker heeft aan de dikke darm» (BROCHIER, J., *o.c.*, 111).

¹⁷⁰ Zie o.m. CLAASSENS, H., *o.c.*, 363; VAN GOMPEL, R., *o.c.*, 14; ERNAULT, J., *o.c.*, 318, nr. 344; STANDAERT, M., noot onder Kh. Brussel, 10 juni 1980, 28 mei 1981 en 16 februari 1984, *De Verz.*, 1987, 129-130, nr. 5. Zie ook DALCO, R.O., *Expertises civiles*, 508. Ofschoon deze auteur stelt dat het absoluut karakter van het beroepsgeheim t.a.v. derden (niet t.a.v. de patiënt) de regel dient te blijven, maakt hij toch – o.m. om bedrog te vermijden – uitzondering t.a.v. de erfgenamen van de overleden patiënt die de afwezigheid van zelfmoord van deze laatste wensen te bewijzen aan de hand van medische getuigschriften.

en art. 67¹⁷⁷ de geneesheren-inspecteurs van de dienst voor geneeskundige controle van het R.I.Z.I.V. en van verzekeringsinstellingen tegen ziekte, invaliditeit en arbeidsongevallen, de ziekenfondsraadsgeneesheren en de artsen die door de overheid aangesteld worden om zekere staatspensioenaanvragen te onderzoeken, enz., wél erkent en de behandelende geneesheer wél de toelating geeft om hen te helpen in de uitoefening van hun taak¹⁷⁸.

delen en milde ongeschiktheidsattesten uit te delen; om niet te spreken van een beetje verachting voor wie in opdracht van een 'baas' optreedt» (BROCHIER, J., *o.c.*, 496).

¹⁷⁵ Dit artikel stelt: «Binnen uitdrukkelijk vastgelegde perken, gelden wettelijke uitzonderingen voor de hierna opgesomde gevallen:

a) Het verstrekken van inlichtingen, in het kader van de wetgeving op de ziekte- en invaliditeitsverzekering, aan de geneesheren-inspecteurs van de dienst voor geneeskundige controle van het R.I.Z.I.V., in zoverre die inlichtingen noodzakelijk zijn voor hun controleopdracht en binnen de perken ervan blijven. Het verstrekken van deze inlichtingen en het aanwenden ervan door de geneesheren-inspecteurs zijn onderworpen aan het eerbiedigen van het beroepsgeheim.

b) Het verstrekken van inlichtingen of medische gegevens over de verzekerde, aan de geneesheren-adviseurs van verzekeringsinstellingen tegen ziekte en invaliditeit en binnen de perken van de medisch-sociale raadplegingen. De geneesheer-adviseur van een verzekeringsinstelling is, zoals elke andere geneesheer, gebonden door het beroepsgeheim: hij moet aan die instelling uitsluitend zijn besluiten op administratief vlak meedelen.

c) De aangifte aan gezondheidsinspecteurs van overdraagbare epidemische ziekten, overeenkomstig de modaliteiten en voorwaarden in de wet vastgelegd.

d) De aangifte aan gezondheidsinspecteurs van geslachtsziekten, overeenkomstig de wetgeving inzake de voorkoming van deze ziekten.

e) De aangifte, binnen drie dagen, aan de ambtenaar van de burgerlijke stand, van de geboorte waarbij de arts tegenwoordig is geweest en die niet door de vader of door andere personen die bij de bevalling tegenwoordig waren, zou zijn aangegeven.

f) De afgifte van reglementaire geneeskundige getuigschriften nodig voor de aangifte van werkongevallen met vermelding van alle indicaties die rechtstreeks in verband staan met het oorzakelijk trauma.

g) Het afleveren van medische getuigschriften, in uitvoering van de wettelijke voorschriften inzake collocatie.

h) Het getuigen in rechte (artikel 63).

i) Het verschijnen voor de Raad van de Orde (artikel 69).»

¹⁷⁶ Volgens art. 60 «is de geneesheer gerechtigd aan een door de bevoegde overheid aangeduide geneesheer, alle geneeskundige gegevens mede te delen ten einde het onderzoek van pensioenaanvragen van militairen of oorlogsslachtoffers te vergemakkelijken».

¹⁷⁷ Art. 67 stelt: «... Wanneer een patiënt om een getuigschrift verzoekt met het oog op sociale voordelen, mag de geneesheer hem dit getuigschrift afleveren op voorwaarde dat hij het voorzichtig en discreet opstelt; hij mag dit getuigschrift, met de goedkeuring van zijn patiënt of diens nabestaanden, zo nodig ook rechtstreeks, overhandigen aan de geneesheer van de instelling waarvan de toekenning van bedoelde sociale voordelen afhangt.» Zie eveneens art. 102 Code dat de behandelende geneesheer ertoe verplicht gewetensvol en in alle objectiviteit elk voor het verkrijgen van sociale voordelen vereiste document op te stellen.

¹⁷⁸ BROCHIER, J., *o.c.*, 500-501; VAN CAMP, C., *o.c.*, 32-35; DELHUVENNE, M., *o.c.*, 558, nr. 17; LESTHAEGHE, M., *o.c.*, 130; CLAASSENS, H., *o.c.*, 59.

Bij deze negatieve en discriminatoire houding van de Orde t.o.v. de verzekeringsraadsgeneesheren en de particuliere verzekeraars in het algemeen blijft het echter niet. De Orde stelt zich inderdaad zelfs rondt op t.o.v. deze artsen door hen op basis van art. 129 van de Code van Geneeskundige Plichtenleer, dat onverholven stelt dat «de adviseerende en controlerende geneesheer moet vermijden de behandelende geneesheer ertoe te brengen het beroepsgeheim te schenden», te vervolgen omdat zij de behandelende geneesheer ertoe aangezet hebben om zijn beroepsgeheim te schenden¹⁷⁹.

60. Om die redenen en om de terughoudendheid van de behandelende geneesheren t.o.v. de verzekeringsraadsgeneesheren i.v.m. de mededeling van medische attesten en andere gegevens die onder het medisch beroepsgeheim ressorteren, enigszins te verzachten, verdedigen de verzekeraars en de controleartsen de theorie van het *gedeed geheim* («le secret partagé»), d.i. de mededeling door de behandelende geneesheer of enige andere door de verzekerde gekozen arts aan de geneeskundig adviseur van de verzekeraar van inlichtingen van medische aard en met toestemming van de verzekerde¹⁸⁰.

Volgens deze strekking is het weliswaar een feit dat het gedeeld beroepsgeheim op zich in strijd is met een strikte interpretatie van art. 458 Sw. zoals die gehuldigd wordt door de Orde der Geneesheren (zie supra, nr. 22). Maar ofschoon de wetgever van 1810 en ook die van 1867 aan de geneesheer de zwijgplicht hebben opgelegd erga omnes, is het eveneens een onmiskenbaar feit dat de geneesheer thans in de huidige maatschappij – die werkelijk gebaseerd is op de hulp van de collectiviteit aan de zieke en mede t.g.v. de ontwikkelingen in de geneeskunde – het geheim deelt, niet alleen met zijn collega's, maar ook met paramedici en zelfs met administratieve hulpkrachten. De eisen van de therapie van de ziekte, die vaak groepswork is, maken mededelingen aan collega's, verpleegkundigen, paramedici en administratieve diensten van het ziekenhuis inderdaad vaak noodzakelijk¹⁸¹.

¹⁷⁹ Zie bv. een beslissing van de provinciale raad van Brabant, *T.Orde Gen.*, 1984-85, 35, nr. 33; ERNAULT, J., *o.c.*, 117, nr. 107; VAN GOMPEL, R., *o.c.*, 10. Zie eveneens THIRY, T., «Problematiek van het beroepsgeheim. Tuchtrecht Orde der Geneesheren», *Vl.T. Gez.*, 1986-87, 327; CLAASSENS, H., *o.c.*, 57.

¹⁸⁰ Zoals boven reeds bleek (zie supra, nr. 9) wordt de toepassing van deze theorie in de Belgische rechtsleer – in tegenstelling tot in het buitenland (zie infra, nr. 62) – op zijn minst betwist, meestal afgewezen. Zie daarover GLANSBORFF, F., *o.c.*, 321, nr. 25; RUTSAERT, J., *o.c.*, 496, nr. 44; LAMBERT, P., *o.c.*, 121-124; ERNAULT, J., *o.c.*, 317, nr. 344; VAN GOMPEL, R., *o.c.*, 13; RYCKMANS, X. en MEERT-VAN DE PUT, R., *o.c.*, nrs. 166-167; BEERNAERTS, A., «Secret professionnel et assurances-vie», *Cons.Man.*, 1987, 45.

¹⁸¹ LECLERCQ, J., *o.c.*, nr. 7734; KEFER, F., «Le secret médicale dans la législation sociale», *R.D.P.*, 1992, 619, nr. 5; DIERKENS, R., «Beroepsgeheim en verzekering», in *Actuele problemen van verzekeringsrecht*, FREDERICQ, S. (red.), Gent, Gakko, 1974, 540-547. Dierkens wijst er wel op dat dergelijke mededelingen slechts geoorloofd zijn in de mate waarin ze voor de patiënt en voor zijn behandeling noodzakelijk zijn (DIERKENS, R., *o.c.*, 262). Voor Carels (CARELS, A., *o.c.*, 333) kan naast de wettelijke uitzonderingen, eveneens nog een bijkomende uitzondering aanvaard worden waarbij de informatie over de patiënt uitgewisseld mag worden met diegenen die direct met de verzorging van de patiënt betrokken zijn. Tegenover alle an-

Het is dan ook vanuit de hoek van de controleartsen van particuliere verzekeringsmaatschappijen dat gepleit wordt voor een wettelijke regeling die analoog is aan die welke bv. voorkomt in het kader van de wet van 9 augustus 1963 op de Z.I.V., waar wel een *wettelijk gedeeld beroepsgeheim* bestaat tussen de adviserend geneesheer en de behandelende arts van de verzekerde (zie supra, voetnoten 15, 16 en 62)¹⁸².

Hoe dat ook zij, veel van deze problemen met de verzekeringsraadsgeneesheren zijn m.i. te reduceren tot hun ge-

brekkelig (niet bestaand?) statuut¹⁸³.

(Slot in volgend nummer)

deren zou de strikte zwijgplicht onverminderd van kracht blijven. *Contra*: DALCO, R.O., *Expertises civiles*, 507, die zich samen met GROSEMANS, R., (noot onder Arbh. Bergen, 5 september 1980, *J.T.*, 1980, 743) verzet tegen het bestaan van het gedeeld geheim tussen de behandelende geneesheer van een patiënt en een adviserend geneesheer van een verzekeringsmaatschappij. Deze laatsten helpen immers niet mee bij de verzorging van de patiënt. In tegenstelling tot andere artsen verzamelen zij slechts informatie die meegedeeld wordt aan hun opdrachtgever, de verzekeringsmaatschappij (zie ook supra, voetnoot 19).

¹⁸² GLANSBORFF, F., *o.c.*, 321, nr. 25. *Contra*: ACHSLOUGH, H., *o.c.*, 633; HANNEQUART, Y., *o.c.*, 114. Uit de artt. 36, 84 en 104 van de wet van 9 augustus 1963 vloeit namelijk voort dat de behandelende arts, algemeen geneeskundige of medisch specialist, ertoe gehouden is, zonder zich te kunnen verschuilen achter het medisch beroepsgeheim, aan de adviserende 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. Maar zoals boven reeds vastgesteld werd (zie supra, voetnoot 15), brengt ook deze bepaling op haar beurt interpretatieproblemen met zich mee. De interpretatie die aan dit artikel gegeven werd door VANDEN BUSSCHE zou bij een transponering van deze regeling op de controlearts van de particuliere verzekeringsmaatschappij, m.i. ook goede diensten kunnen bewijzen. Dierkens lijkt ook in deze zin te redeneren wanneer hij stelt dat «de controlearts geenszins mag optreden als een 'brievenbus'. Hij mag de verzekeringsmaatschappij alleen in kennis brengen van de conclusies die hij op het vlak van het risico meent te moeten trekken uit de inlichtingen die hem werden verschaft en niet deze inlichtingen zelf» (DIERKENS, R., *o.c.*, (540), 546-547).

¹⁸³ Zie o.m. CLAASSENS, H., *o.c.*, 364. Het is m.i. wel duidelijk dat er een wezenlijk onderscheid bestaat tussen de verhouding patiënt/behandelend geneesheer enerzijds en de verhouding onderzochte persoon/geneesheer-raadgever die in opdracht van zijn werkgever (de verzekeringsmaatschappij) bepaalde feiten dient te controleren en de nodige inlichtingen moet doorspelen aan deze laatste. De behandelende geneesheer treedt immers op in het kader van een vertrouwensrelatie (zie supra, nr. 11), terwijl deze vertrouwensrelatie helemaal niet bestaat in het geval van de geneesheer-raadgever (BLANPAIN, R., *o.c.*, 285). Aldus zou men inderdaad kunnen beweren dat hij niet gebonden is door het beroepsgeheim t.a.v. die verzekeringsmaatschappij aangezien hij niet de noodzakelijke confidant van de patiënt is en hem niet behandelt met het oog op genezing (RYCKMANS, X. en MEERT-VAN DE PUT, R., *o.c.*, 157, nr. 215; LAMBERT, P., *o.c.*, 168; VAN GOMPEL, R., *o.c.*, 10 (citeert Bergen, 21 juni 1978); GUERAT, J., «A propos du secret médical», *Cons.Man.*, 1981, afl. 2-3, (45), 69). T.a.v. derden is de controlearts daarentegen wel gebonden door het beroepsgeheim (GUERAT, J., *o.c.*, 70).

RECHTSPRAAK

ARBITRAGEHOF

20 JANUARI 1994

Voorzitter: de h. De Grève

Rapporteurs: de hh. De Baets en François

Advocaat: mr. Lietaer

Dienstplicht – Herkeuringsraad – Recht van verdediging – Recht op bijstand en vertegenwoordiging door een advocaat – Non-discriminatie

De herkeuringsraad is een rechtscollege dat uitspraak doet over geschillen waarin rechtsvragen kunnen rijzen. Het niet toestaan door de wetgever aan de dienstplichtigen van het recht op bijstand en vertegenwoordiging door een advocaat op de terechtzitting van die raad schendt de artt. 6 en 6bis Gw. bij ontstentenis van een redelijke en objectieve verantwoording.

H.

B.1. De eiser voor het rechtscollege dat de vraag heeft gesteld voert aan dat artikel 43, § 2, van het koninklijk besluit van 30 april 1962 houdende de gecoördineerde dienstplichtwetten het gelijkheids- en niet-discriminatiebeginsel schendt voor zover het de dienstplichtige belet zich te laten bijstaan of vertegenwoordigen door een advocaat op de terechtzittingen van de herkeuringsraden, terwijl de rechtzoekende in de rechtspleging voor andere rechtscolleges, ook administratieve rechtscolleges zittend in militieaangelegenheden, wel het recht heeft zich door een advocaat te laten bijstaan of vertegenwoordigen.

Hij is van oordeel dat de wetgever met de betwiste maatregel een onwettig doel nastreefde of althans een onderscheid invoerde dat, geleid op het doel van de maatregel, noch pertinent noch evenredig is.

B.2. Artikel 15 van de wet van 1 december 1976 tot wijziging van de op 30 april 1962 gecoördineerde dienstplicht-

wetten heeft in artikel 43, § 2, van dezelfde gecoördineerde wetten de woorden «zijn advocaat of zijn gevolmachtigde» vervangen door de woorden «of zijn gevolmachtigde die doctor in de geneeskunde moet zijn» zodat die bepaling nu luidt: «§ 2 Hij mag de aanvraag van de betrokkene niet onontvankelijk verklaren zonder de betrokkene te hebben opgeroepen om hem, of zijn gevolmachtigde die doctor in de geneeskunde moet zijn te horen en het hem mogelijk te maken een memorie of verweerschrift in te dienen.»

...

De in artikel 15 voorgestelde wijziging werd als volgt verantwoord: «Naar goed recht en in het belang van de dienstplichtige zelf is het dienstig gebleken te eisen dat de gevolmachtigde van de aanvrager de hoedanigheid van doctor in de geneeskunde heeft, daar voor de herkeuringsraden alleen aangelegenheden in verband met de lichamelijke geschiktheid of ongeschiktheid worden behandeld en geen enkele overweging van juridische aard bij de door die raden te nemen beslissingen voorzien wordt» (*Gedr.St., Kamer, 1975-76, nr. 784/1, 6*). In het verslag van de kamercommissie van Binnenlandse Aangelegenheden werd de maatregel nader toegelicht met de overweging: «De persoon die de dienstplichtige bijstaat of vertegenwoordigt moet arts zijn. Dat is logisch, aangezien het enige probleem dat ter bespreking komt de lichamelijke geschiktheid betreft. Deze wijziging moet een eind aan bepaalde misbruiken maken» (*Gedr.St., Kamer, 1975-76, nr. 784/6, 6*).

B.3. De grondwettelijke regels van de gelijkheid en niet-discriminatie sluiten niet uit dat een verschil in behandeling tussen categorieën van personen wordt ingesteld, voor zover dat verschil op een objectief criterium berust en redelijk verantwoord is.

Het bestaan van een dergelijke verantwoording moet worden beoordeeld rekening houdend met het doel en de gevolgen van de betwiste maatregel en met de aard van de ter zake geldende beginselen; het gelijkheidsbeginsel is geschonden wanneer vaststaat dat er geen redelijk verband van evenredigheid bestaat tussen de aangewende middelen en het aangewende doel.

B.4.1. In tegenstelling tot wat is beweerd, kunnen de geschillen die aan de herkeuringsraden worden voorgelegd rechtsvragen oproepen, wat wordt aangetoond door artikel 50 van de gecoördineerde dienstplichtwetten dat voorziet in de mogelijkheid om de beslissingen van de herkeuringsraden te bestrijden met een voorziening in cassatie. De rechtspleging die voor de herzieningsraad moet worden gevolgd, dient het recht van verdediging te eerbiedigen omdat het een algemeen rechtsbeginsel is.

Tot het recht van verdediging behoort het recht om zich door een advocaat te laten bijstaan. Door die bijstand op de terechtzittingen van de herkeuringsraden niet toe te staan, miskent de wetgever het recht van verdediging van een categorie van burgers. Aldus roept hij een onderscheid in het leven dat, gelet op de ter zake geldende beginselen, niet wordt verantwoord door de aangevoerde overwegingen.

B.4.2. Het recht te worden bijgestaan door een advocaat maakt weliswaar deel uit van de uitoefening van het recht van verdediging, doch geen enkel algemeen rechtsbeginsel waarborgt het recht zich voor een rechtscollege te laten vertegenwoordigen door een advocaat.

Wanneer de wetgever evenwel van oordeel is een bepaalde categorie van burgers die mogelijkheid van vertegen-

woordiging te moeten ontnemen, moet hij zich hiervoor baseren op objectieve en redelijke overwegingen.

Uit de parlementaire voorbereiding vloeit voort dat de wetgever misbruiken wilde tegengaan die in bepaalde rechtsplegingen zouden zijn begaan. De parlementaire voorbereiding toont evenwel niet precies aan — en het Hof ziet niet in — welke misbruiken zouden moeten worden tegengaan.

De bekritiseerde maatregel is niet objectief en redelijk verantwoord.

B.4.3. De betwiste bepaling schendt de artikelen 6 en 6bis van de Grondwet.

Om die redenen, zegt het Hof voor recht:

Artikel 43, § 2, van de bij koninklijk besluit van 30 april 1962 gecoördineerde wetten, als gewijzigd bij artikel 15 van de wet van 1 december 1976 tot wijziging van de op 30 april 1962 gecoördineerde dienstplichtwetten schendt de artikelen 6 en 6bis van de Grondwet, in zoverre het advocaten uitsluit om dienstplichtigen bij te staan of te vertegenwoordigen op de terechtzittingen van de herkeuringsraden.

NOOT — De herkeuringsraad en de advocaat

In het geannoteerde arrest antwoordde het Arbitragehof bevestigend op de volgende prejudiciële vraag: schendt art. 43, § 2, van de gecoördineerde dienstplichtwetten art. 6 en/of 6bis van de Grondwet in zoverre het advocaten uitsluit om dienstplichtigen bij te staan of te vertegenwoordigen op de terechtzittingen van herkeuringsraden.

1. *Voorafgaande opmerking.* De prejudiciële vraag werd gesteld door de Herkeuringsraad van de provincie Oost-Vlaanderen. Overeenkomstig art. 26, § 1, van de bijzondere wet op het Arbitragehof zijn alleen rechtscolleges bevoegd tot het stellen van prejudiciële vragen. Zonder aan te geven aan welke criteria een college moet voldoen om als rechtscollege te worden aangemerkt, bevestigde (veelal worden de militierechtscolleges, waaronder de herkeuringsraden vermeld als voorbeelden van «andere» administratieve rechtscolleges: Lambrechts, W., *Geschillen van bestuur*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1988, 163; Mast, A. en Dujardin, J., *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, 12e druk, Brussel, Story Scientia, 1992, 644) het Hof impliciet doch zeker, namelijk door de prejudiciële vraag niet als onontvankelijk af te wijzen, dat de herkeuringsraad een (administratief) rechtscollege is (zie ook Cass., 22 juni 1992, *Arr. Cass.*, 1992, nr. 558; bij dit arrest vernietigde het Hof een beslissing van dezelfde herkeuringsraad omdat deze weigerde een (soortgelijke) prejudiciële vraag te stellen aan het Arbitragehof, zonder vast te stellen dat voldaan was aan een van de voorwaarden van art. 26, § 2, Wet Arbitragehof; ook het Hof van Cassatie poneerde zonder meer dat de herkeuringsraad een rechtscollege is in de zin van art. 26, § 1, wet Arbitragehof.)

2. *Ten gronde.* Art. 43, § 2, Dienstplichtwet, als gewijzigd door art. 15 van de wet van 1 december 1976 bepaalt dat de herkeuringsraad de aanvraag van de betrokkene niet onontvankelijk mag verklaren zonder de betrokkene te hebben opgeroepen om hem of zijn gevolmachtigde die doctor in de geneeskunde moet zijn te horen (Vóór deze wetswijziging kon de advocaat van de dienstplichtige worden gehoord.) Deze bepaling verhindert de dienstplichtige m.a.w. zich te laten bijstaan of vertegenwoordigen door een advocaat op de te-

rechtzittingen van de herkeuringsraad. In de rechtspleging voor andere rechtscolleges, waaronder ook de militierechtscolleges, daarentegen heeft een rechtzoekende deze rechten wel. Het Hof herhaalt zijn inmiddels klassiek geworden omschrijving van het gelijkheidsbeginsel (Arbitragehof, nr. 21/89, 13 juli 1989, *B.S.*, 21 juli 1989).

In zijn motivering maakt het Hof uitdrukkelijk het onderscheid tussen enerzijds het *recht op bijstand* door een advocaat en anderzijds het *recht op vertegenwoordiging* door een advocaat. Alleen het recht om zich te laten bijstaan door een advocaat behoort tot het recht van verdediging. Dit laatste is een algemeen rechtsbeginsel dat in iedere rechtspleging moet worden gewaarborgd. De wetgever schendt het recht van verdediging van een bepaalde categorie burgers (dienstplichtigen) door die bijstand niet toe te staan op de terechtzitting van de herkeuringsraden. Daardoor roept hij een onderscheid in het leven tussen bepaalde categorieën rechtzoekenden. Opdat dit verschil in behandeling de toets aan het gelijkheidsbeginsel kan doorstaan, is vereist dat het verschil rust op een objectief criterium en dat het redelijk verantwoord is. Door te refereren aan een mogelijke verantwoording van een dergelijk onderscheid waarbij aan de ene categorie wel doch aan de andere categorie niet het recht op bijstand wordt verleend, lijkt het Arbitragehof afbreuk te doen aan het doorgaans aanvaarde absolute karakter van het recht op bijstand door een advocaat waaraan geen afbreuk mag worden gedaan. Nu het normencomplex waaraan het Arbitragehof mag toetsen, beperkt is tot bepaalde grondwetsartikelen, kan het niet anders dan een mogelijke schending van een algemeen rechtsbeginsel in te kleden als een schending van (bijvoorbeeld en hoofdzakelijk) het gelijkheidsbeginsel. Aangezien het Hof dit beginsel steeds zo heeft geïnterpreteerd dat niet elke ongelijke behandeling tussen bepaalde categorieën van personen *ipso facto* een dergelijke schending uitmaakt, laat het ook hier de mogelijkheid van de redelijke en objectieve verantwoording van het onderscheid open. In casu evenwel is het Hof van oordeel dat een dergelijke verantwoording niet voorhanden is. Terecht wijst het Hof de stelling van de wetgever van de hand dat een herkeuringsraad geen rechtsvragen hoeft te beantwoorden. Gelet op de aard van het in het geding zijnde rechtsbeginsel kan worden aangenomen dat het Hof er slechts zeer zelden toe zal besluiten dat een bepaalde verantwoording voldoet aan de door het Hof vooropgestelde maatstaf (zie *supra*).

Het recht op vertegenwoordiging door een advocaat wordt door het Arbitragehof anders beoordeeld. Allereerst oordeelt het Hof dat geen enkel algemeen rechtsbeginsel het recht op vertegenwoordiging door een advocaat waarborgt. Verleent de wetgever het recht van vertegenwoordiging door een advocaat aan een bepaalde categorie rechtzoekenden, dan moeten er redelijke en objectieve overwegingen voorhanden zijn om dit recht aan een andere categorie te ontfangen. Volgens de wetgever was dit in casu nodig om «aan bepaalde misbruiken een einde te maken». Terecht besliste het Hof dat een dergelijke algemene en niet-gespecificeerde overweging (welke misbruiken?) niet beantwoordt aan het vereiste van een redelijke en objectieve verantwoording (afwezigheid van wettig doel). Art. 43, § 2, schendt dan ook de artt. 6 en 6bis van de Grondwet in zoverre het advocaten uitsluit om dienstplichtigen bij te staan of te vertegenwoordigen.

3. *Slotopmerking.* Met het uitdrukkelijk onderscheid tussen het recht op bijstand en het recht op vertegenwoordiging sluit het Hof zich (terecht) aan bij eerdere rechtspraak van de Raad van State (R.v.St., Leiser, nr. 30.637, 7 september 1988, *Pas.*, 1991, IV, 122, 130). Er zijn namelijk zaken waarin de persoonlijke verschijning van de betrokkene, gelet op de aard en de concrete omstandigheden van de zaak, de regel is. (Dit is bv. het geval in tuchtzaken: zie Goffin, L., «De la comparution personnelle dans la procédure disciplinaire de la fonction publique», *J.T.*, 1993, 781-782; Opdebeek, I., *Tuchtrecht in de lokale besturen*, Brugge, Die Keure, 1992, 153-154, en bij de persoonlijke verschijning in bepaalde gevallen van de verdachte voor onderzoeksgerechten: cf. Cass., 27 oktober 1975, *Arr.Cass.*, 1976, 267. Storme daarentegen verwijst inzake procesvertegenwoordiging zonder meer naar hetgeen hij geschreven heeft inzake recht op bijstand door een advocaat. Beide rechten blijken volgens deze auteur door hetzelfde algemeen rechtsbeginsel te worden gewaarborgd: cf. Storme, M., «Algemene beginselen van behoorlijke procesvoering», in *Algemene rechtsbeginselen*, Van Hoecke, M. (red.), Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1991, 184.) Daarenboven is immers niet duidelijk hoe en in hoeverre een verplichte persoonlijke verschijning en dus verbod van vertegenwoordiging door een advocaat een schending kan opleveren van het recht van verdediging. Tevens kan hierbij worden opgemerkt dat in casu de wetgever het principe van de vertegenwoordiging als dusdanig niet ter discussie stelde (cf. de wet voorzag uitdrukkelijk in een mogelijke vertegenwoordiging van de dienstplichtige door een arts) doch alleen dat van de vertegenwoordiging door een advocaat.

Cathy Bex
Universiteit Antwerpen (U.I.A.)

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 16 SEPTEMBER 1993

Voorzitter: de h. Sace

Rapporteur: de h. Parmentier

Advocaat-generaal: de h. Piret

Advocaten: mrs. Van Ommeslaghe en Simont

Verbintenissen – Schuldvergelijking – Zichtrekening

Het compensatieverbod uit art. 1293 B.W. in geval van bewaargeving is niet van toepassing op de zichtrekeningovereenkomst bij een bank.

N.V. G. t/ N.V. B.

Gelet op het bestreden arrest, op 10 september 1991 door het Hof van Beroep te Brussel gewezen;

Over het middel: schending van de artikelen 1289, 1290, 1291, 1293, inzonderheid 1293, eerste lid, en 1293, 2°, 1915, 1937 van het Burgerlijk Wetboek en 97 van de Grondwet,

doordat het arrest beslist 1. dat eiseres geen fout had begaan door de vervalste overschrijvingsopdracht ten bedrage van 840.000 frank uit te voeren op de rekening van weerster ten voordele van V.; 2. dat daarentegen V., door

het vervalsen van de door eiseres uitgevoerde overschrijvingsopdracht van 840.000 frank had gehandeld als bediende van verweerster, waardoor laatstgenoemde krachtens artikel 1384, derde lid, van het Burgerlijk Wetboek tot beloop van het verschuldigde bedrag aansprakelijk was; het arrest niettemin weigert de wettelijke schuldvergelijking toe te passen tussen de schuldvordering tot schadevergoeding die eiseres uit dien hoofde jegens verweerster bezat en de wederkerige schuldvordering die laatstgenoemde op eiseres bezit, en eiseres veroordeelt om het volledig bedrag van 840.000 frank, verhoogd met de moratoire interest vanaf 7 januari 1985, aan verweerster terug te betalen, op grond: «dat de bij (eiseres) geopende zichtrekening van (verweerster) een contract van bewaargeving van geld op zicht inhoudt dat voornamelijk tot doel heeft het geld van de klant te bewaren en hem de diensten van de bank te verlenen; dat de bankier die het geld in bewaring neemt een verplichting tot teruggave heeft naar analogie van die welke op de bewaarnemer rust krachtens artikel 1937 van het Burgerlijk Wetboek; dat het contract waarbij geld in bewaargeving wordt gegeven de bankier immers tal van verplichtingen oplegt, waaronder de verplichtingen om het creditsaldo geheel of gedeeltelijk terug te betalen, wanneer de klant daarom vraagt (zie Van Ryn en Heenen, *Principes de droit commercial*, IV, nr. 456, blz. 336; zie ook Cass., 27 september 1990, *J.T.*, 1991, 88); dat de bank haar contractuele verbintenissen niet nakomt, wanneer zij de rekening van haar klant debiteert zonder daartoe opdracht te hebben gekregen; dat een vals order gelijkstaat met afwezigheid van opdracht; dat de bank zich evenmin op overmacht kan beroepen, aangezien overmacht de nakoming van haar verplichting tot teruggave niet onmogelijk maakt, daar die verplichting betrekking heeft op soortzaken; dat bijgevolg de bankier in beginsel het risico moet dragen van een overschrijvingsopdracht die niet beantwoordt aan de definitie van cheque of daarmee niet wettelijk kan worden gelijkgesteld; dat de niet-tegenwerpbaarheid van de vervalste order volgt uit de beginselen inzake de aansprakelijkheid van de bankier als bewaarnemer van gelden en niet uit artikel 1293 van het Burgerlijk Wetboek dat een werkelijke schuld veronderstelt alsook een betaling, door de schuldenaar verricht om die schuld te doen tenietgaan (wat de niet-toepassing van artikel 1293 van het Burgerlijk Wetboek betreft, zie Brussel, 18 december 1987, *R.D.C.B.*, 1989, 788); dat de motivering van de eerste rechter op dit punt niet kan worden gevolgd», en «dat de verplichting tot teruggave die voor de bank voortvloeit uit haar rekeningovereenkomst met haar klant, voor haar een resultaatsverbintenis is; dat de vraag niet is of de bankier al dan niet aansprakelijk is jegens de houder van de rekening, maar dat het enkel erom gaat vast te stellen dat hij niet bevrijd is van zijn verplichting als bewaarnemer; dat de fout van de ad interim bij (verweerster) tewerkgestelde bediende de bank niet bevrijdt, ook al ontslaat ze hem van haar aansprakelijkheid als dienstverlener»; dat de wettelijke schuldvergelijking niet mag worden toegepast, wanneer de bewaarnemer, die tot teruggave gehouden is, niet de exceptie van schuldvergelijking mag tegenwerpen aan de schuldvordering die hij op de bewaargever bezit; dat artikel 1293 immers bepaalt dat schuldvergelijking plaatsheeft, uit welke oorzaak de wederzijdse schulden ook ontstaan, uitgezonderd in drie gevallen, onder meer in geval van een eis tot teruggave van iets dat in bewaring of in bruikleen is gegeven (1293, 2°); dat het trouwens niet

aanvaardbaar is dat wettelijke schuldvergelijking mogelijk zou zijn tussen het creditsaldo op een depositorekening bij de bank en de schuldvordering tot schadevergoeding die een bank op haar klant kan hebben wegens diens fout uit misdrijf of oneigenlijk misdrijf,

terwijl, (...) vierde onderdeel, artikel 1293 van het Burgerlijk Wetboek wettelijke schuldvergelijking toestaat tussen wederkerige, vervangbare, vaststaande en opeisbare schuldvorderingen, uit welke oorzaak de wederzijdse schulden ook ontstaan, behalve in de uitzonderingsgevallen die het bepaalt en die zich te dezen niet voordeden, omdat onder meer de rekening bij de bank geen contract van bewaargeving is in de zin van artikel 1293, 2°, van het Burgerlijk Wetboek; het arrest, in zoverre het de wettelijke schuldvergelijking tussen de schuldvordering van verweerster tot teruggave van het deposito en de wederkerige schuldvordering van eiseres tot schadevergoeding uitsluit omdat die schuldvergelijking, gezien de oorzaak van die schuldvorderingen, onmogelijk is, ook al zouden die schuldvorderingen voldoen aan de vereisten van artikel 1291 van het Burgerlijk Wetboek, artikel 1291 alsook de artikelen 1289, 1290 en 1293, inzonderheid eerste lid en 2°, van het Burgerlijk Wetboek schendt:

...

Wat het vierde onderdeel betreft:

Overwegende dat luidens artikel 1293 van het Burgerlijk Wetboek schuldvergelijking plaatsheeft, uit welke oorzaak de wederzijdse schulden ook ontstaan, uitgezonderd in geval van: (...) 2° een eis tot teruggave van iets dat in bewaring of in bruikleen is gegeven;

Overwegende dat die uitzondering niet van toepassing is op een zichtrekeningscontract bij een bank;

Overwegende dat het arrest, door het tegendeel te beslissen en door bovendien te oordelen dat wettelijke schuldvergelijking «niet mogelijk is tussen het creditsaldo op een depositorekening bij de bank en de schuldvordering tot schadevergoeding die een bank op haar klant kan hebben wegens diens fout uit misdrijf of oneigenlijk misdrijf», de in het onderdeel aangegeven wetsbepalingen schendt;

...

NOOT – *Compensatie en tegoeden op bankrekeningen*

1. Een werknemer onttrekt door middel van vervalste overschrijvingsopdrachten 840.000 fr. aan de bankrekening van zijn werkgever. Het bestreden arrest beslist dat de bank geen fout heeft begaan door de vervalste uitvoeringsopdrachten uit te voeren. Voor deze malversaties van zijn bediende heeft de werkgever zelf in te staan (art. 1384, derde lid, B.W.). Aangesproken door de werkgever/rekeninghouder tot terugbetaling van deze gelden, werpt de bank de exceptie op van schuldvergelijking op grond van haar tegenvordering geput uit art. 1384, derde lid, B.W. Deze schuldvergelijking wordt niet toelaatbaar geacht. Volgens het Hof te Brussel is bij het openen van de zichtrekening een contract van bewaargeving tot stand gekomen en heeft de bankier als bewaarnemer een verplichting tot afgifte (Hof Brussel, 10 september 1991, *J.L.M.B.*, 1992, 1085, met noot De Patoul). Tegen deze verplichting tot teruggave mag de bewaarnemer dan niet de exceptie van schuldvergelijking tegenwerpen wanneer hij over een tegenvordering op de bewaargever zou beschikken. Luidens art. 1293, 2°, B.W. is im-

mers geen schuldvergelijking mogelijk ten aanzien van een eis tot teruggave van iets dat in bewaring of in bruikleen is gegeven.

Dit arrest wordt vernietigd. Het Hof van Cassatie beslist – zonder zich nader in te laten met de kwalificatie van de tussen partijen gesloten overeenkomst – dat de uitzondering uit art. 1293, 2°, B.W. niet van toepassing is op een zichtrekeningscontract.

2. Volgens de klassieke opvatting doet het saldo van een bankrekening enkel een schuldvordering ontstaan van de rekeninghouder op de bank. De aanspraken jegens de bank worden niet in zakenrechtelijke termen gedacht. De bank geldt als eigenaar van de «gedeponeerde» gelden, terwijl de rekeninghouder enkel beschikt over een schuldvordering op de bank. Dit rekeningtegoed is vatbaar voor een beslag onder derden en voor inpandgeving of overdracht volgens de regels die daaromtrent gelden voor schuldvorderingen op naam.

Terloops zij vermeld dat een zakenrechtelijke analyse wel steun kan vinden in een gedeelte van de Franse rechtsleer. Een rekeningtegoed is volgens die auteurs geen schuldvordering. Het gaat gewoonweg om «geld», nl. scripturaal geld, d.w.z. geld dat gematerialiseerd is door de inschrijving op een rekening. Het giraal betalingsverkeer doet geen overdrachten van schuldvorderingen ontstaan, maar moet geanalyseerd worden als het uitvoeren van werkelijke betalingen door middel van het crediteren en debiteren van rekeningen. «La monnaie scripturale se transmet, non par une cession de créance, mais par un jeu d'écritures dont on admet qu'il est pour ce bien l'équivalent de ce qu'est la tradition pour un meuble corporel», zo schrijft Cabrillac («Les sûretés conventionnelles sur l'argent», *Mélanges J. Derruppé*, Parijs, (333), 338, nr. 17. Zie hierover ook Libchaber, R., *Recherches sur la monnaie en droit privé*, Parijs, 1992, 156 e.v.; Rives-Lange, J.-L., «La monnaie scripturale», *Mélanges Henry Cabrillac*, Parijs, 1968, 405-422). Voor het aanwenden van het rekeningtegoed tot zekerheid dienen dan bijvoorbeeld de regels die gelden voor schuldvorderingen, niet te worden nageleefd. Een pandrecht kan dan gerealiseerd worden door de blokkering van de rekening of door de overboeking van het tegoed op een daartoe bestemde rekening. Deze boeking komt neer op de traditio bij roerende lichamelijke goeden (zie hierover Dirix, E., «Verhaalsrechten op schuldvorderingen», in *Zekerheden en executierecht. Actuele problemen*, Leuven, 1993, 17 e.v.).

3. Hoe moet nu de overeenkomst tussen bank en rekeninghouder waarin die schuldvordering haar grondslag vindt, worden gekwalificeerd? Het geannoteerde arrest laat zich hierover niet uit. Ook het Franse Cour de Cassation heeft zich tot op heden beperkt tot de vaststelling dat deze rechtsverhouding een schuldvordering doet ontstaan jegens de bank (Cass., fr., 20 april 1983, *Bull.civ.*, 1983, I, nr. 127; Cass.fr., 7 februari 1984, *Bull.civ.*, 1984, I, nr. 49, *Rép.Défr.*, 1984, 1387, met noot Larroumet). Deze kwalificatievraag is ook omstrede. Dat het om een (onregelmatige) bewaargeving zou gaan, wordt veelal ontkennend beantwoord (in die zin nochtans: Kluyskens, *De contracten*, 1952, 598, nr. 479; Quaden, P., «La nature juridique du dépôt d'espèces», *Rev. Banque*, 1961, 883). Het woordgebruik – «deposito» – is immers misleidend. De klassieke rechtsleer beschouwt de overeenkomst als een verbruiklening, waarbij de bankier het recht heeft de gelden naar eigen goedgevoelen te gebruiken

onder de verplichting deze terug te geven op het contractueel bepaalde tijdstip (De Page, *Traité*, V, 261-262, nr. 268; Henrion, R., «La nature juridique des dépôts bancaires», *Rev.Banque*, 1962, 400 e.v.). De recentere rechtsleer benadrukt daarentegen het geheel eigen karakter van de rechtsverhouding tussen bank en cliënt waarbij het begrip «rekening» centraal staat. De partijen komen overeen dat de cliënt houder wordt van een rekening waarin al zijn vorderingen jegens de bank worden opgenomen en hij over het saldo van deze rekening kan beschikken (Van Gerven, W., e.a., *Handels- en economisch recht*, I, B, 1989, 546, nr. 596; Van Ryn en Heenen, *Principes*, III, 1988, 335, nr. 455).

4. Dat in deze laatste opvatting de bank zich tegenover de cliënt op schuldvergelijking kan beroepen, hoeft geen beoog. In die benadering staan het begrip rekening en de contractueel afgesproken permanente compensatie immers centraal. De kwalificatie van verbruiklening staat de compensatie evenmin in de weg.

Is dit antwoord echter noodzakelijk anders wanneer men de overeenkomst met de bank beschouwt als een (oneigenlijke) bewaargeving? Door een gedeelte van de rechtsleer wordt art. 1293, 2°, B.W. gewoon terzijde geschoven, gelet op de specifieke aard van de bewaargeving (Ripert en Roblot, *Traité de droit commercial*, Parijs, 1992, 442, nr. 2361). Hierna zal worden aangetoond dat dit zelfs niet nodig is om de compensatie toe te laten.

Art. 1293, 2°, B.W. geldt als een nogal duistere bepaling. Luidens dit artikel mag de bewaarnemer, wanneer hij door de bewaargever tot de teruggave wordt aangesproken, zich niet op schuldvergelijking beroepen. Dit verbod is evident bij (eigenlijke) bewaargeving. De voorwaarden voor schuldvergelijking zijn immers niet vervuld, nl. het bestaan van twee liquide vorderingen (art. 1291 B.W.). Om aan die bepaling enige betekenis te geven, werd aangenomen dat het compensatieverbod betrekking heeft op de vordering tot vergoedende schadevergoeding wanneer de zaak is tenietgegaan. De vraag of dit verbod ook geldt bij oneigenlijke bewaargeving, waarbij de bewaargever nochtans enkel over een schuldvordering beschikt, wordt veelal bevestigend beantwoord (Laurent, *Principes*, t. 18, 461, nr. 446; De Page, *Traité*, V, 259, nr. 265, D, voor wie de bewaargever trouwens eigenaar blijft; Kluyskens, A., *De contracten*, 599, nr. 479; Vandeputte, *De overeenkomst*, 299; *Rép. dr.civ.*, tw. *Compensation*, nr. 56; anders: Baudry-Lacantinerie en Wahl, *Traité*, XXIII, 602-603, nr. 1117). De verklaring voor deze ruime interpretatie vindt men enkel in de oudere rechtsleer. Het compensatieverbod wordt er op een ethische grondslag gebaseerd. De teruggaveverplichting moet beschouwd worden als een ereplicht. Welnu, de bewaarnemer handelt onfatsoenlijk wanneer hij zou weigeren aan die verplichting te voldoen. Compenseren moet hier beschouwd worden als een ongeoorloofde vorm van eigenrichting. Naar onze tijd vertaald, betekent dit: zo'n compensatie is niet verzoenbaar met de eisen der goede trouw bij de uitvoering van de overeenkomst (zie bij Laurent, *Principes*, t. 18, 461, nr. 446; Demolombe, *Cours*, XXVIII, nr. 592).

Schuldvergelijking is inderdaad een vorm van eigenrichting en moet begrepen worden in samenhang met andere zekerheidsrechten van dezelfde strekking (exceptio non adimpleti contractus, retentierecht). Nu valt meteen op dat art. 1948 B.W. aan de bewaarnemer uitdrukkelijk een retentierecht verleent m.b.t. de schuldvordering voor hetgeen hem

wegens de bewaargeving is verschuldigd. Zoals bekend wordt aan het retentierecht en het opschortingsrecht een grotere slagkracht gegeven wanneer er een nauw verband bestaat tussen de wederzijdse vorderingen. Mag men hieruit niet afleiden dat bij oneigenlijke bewaargeving schuldvergelijking eveneens mogelijk moet blijven wanneer het gaat om een samenhangende vordering, d.w.z. een schuldvordering die betrekking heeft op de bewaargeving. Dat in het onderhavige geval de bank zich op de schuldvergelijking beroept, kan immers bezwaarlijk strijdig worden geacht met de eisen der goede trouw. Onder het oude recht was dit niet anders. Pothier, op wiens gezag Laurent een beroep doet voor zijn ruime interpretatie van art. 1293, 3°, B.W., maakt uitdrukkelijk voorbehoud voor schuldvorderingen die uit de bewaargeving voortvloeien. Voor dergelijke vorderingen beschikt de bewaarnemer zowel over het retentierecht als over het recht om te verrekenen (Pothier, *Traité des obligations*, nr. 593; zie ook Cassin, R., *L'exception tirée de l'inexécution*, Parijs, 1914, 307-308).

5. Ten slotte nog dit. Schuldvergelijking onderstelt dat twee personen wederkerig elkaars schuldeiser zijn. Verrekening is niet mogelijk wanneer de vordering en de tegenvordering in verschillende vermogens vallen. Dit kan bij rekeningtegoeden het geval zijn wanneer de rekeninghouder bij het openen van de rekening heeft aangegeven dat hij de rekening houdt in een bijzondere kwaliteit. Te denken valt aan een «derden»-rekening van advocaat of notaris, de rekening geopend door een penningmeester van een feitelijke vereniging, door een beheerder van een appartementsgebouw e.d.m. De tegoeden op een dergelijke *kwaliteitsrekening* behoren niet tot het vermogen van de rekeninghouder; zij zijn derhalve niet vatbaar voor beslag door diens persoonlijke schuldeiser, zomin als zij het voorwerp kunnen uitmaken van schuldvergelijking (Dirix, E., «Recente trends in de zakelijke zekerheidsrechten», in *Het zakenrecht: absoluut niet een rustig bezit*, Antwerpen, 1992, 10-13; zie ook o.m. A.P.R., tw. *Beslag*, 338-339, nr. 658; Lanoye, L., «Beslag onder derden op een bankrekening», in *Liber amicorum Briers*, 1993, (281), 285-293; Swennen, H., «Trustachtige rechtsfiguren in België», *T.P.R.*, 1992, (1097), 1114, nrs. 14 e.v.; Nederland: H.R., 3 februari 1984, *N.J.*, 1984, nr. 752, met noot; Frankrijk: Cass.fr., 19 februari 1985, *Bull. civ.*, 1985, II, nr. 68; over de modelovereenkomst daarover tussen de Federatie van Notarissen en de Belgische Vereniging der Banken waarin iedere compensatie door de bank met debetsaldi van andere rekeningen van de notaris uitdrukkelijk wordt uitgesloten: De Corte, R. en Verbeke, A., *Nieuwsbrief Zekerheden*, januari 1994, 17-19). Aan het afgescheiden karakter worden door de rechtspraak terzake strenge eisen gesteld. Compensatie blijft mogelijk wanneer de kwalitatieve aard van de rekening niet ondubbelzinnig blijkt en/of dit afgescheiden karakter door de rekeninghouder niet werd gerespecteerd (zie bv. Hof Brussel, 16 april 1987, *J.T.*, 1987, 575; Hof Antwerpen, 20 april 1993, *Rev. Not.B.*, 1993, 454; Trib. Comm. Parijs, 1 oktober 1992, *J.C.P.*, 1993, II, 22005; compensatie is geoorloofd wanneer de bank onvoldoende op de hoogte was van de fiduciaire verhouding.)

Eric Dirix

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER – 15 DECEMBER 1993

Voorzitter: de h. Ghislain

Rapporteur: de h. Simonet

Openbaar ministerie: de h. Piret

Advocaat: mr. Veiders

Wegverkeer – Voorrang – Overdreven snelheid – Aansprakelijkheid – Fout – Oorzakelijk verband

Het feit dat de tot voorrang verplichte bestuurder de voorranghebbende heeft kunnen zien naderen, sluit niet noodzakelijk een fout van de voorranghebbende uit noch een oorzakelijk verband tussen zijn overdreven snelheid en de aan de tot voorrang verplichte bestuurder toegebrachte schade.

R. t/ M.

Gelet op het bestreden vonnis, op 28 april 1993 in hoger beroep gewezen door de Correctionele Rechtbank te Eupen en gelet op de in het Duits gestelde voorzieningen tegen die beslissingen;

I. Op de voorziening van Verdy R.

...

B. In zoverre de voorziening gericht is tegen de beslissingen op de burgerlijke rechtsvorderingen van de verweerder Thomas M. tegen eiser en van eiser tegen genoemde verweerder:

...

Over beide middelen samen:

Overwegende dat de door de rechtbank in hoger beroep gedane vaststelling dat verweerder eiser had kunnen zien naderen niet noodzakelijk een fout van eiser of een oorzakelijk verband tussen de door het vonnis te zijnen laste vastgestelde overdreven snelheid en de schade, zoals zij zich heeft voorgedaan, uitsluit;

Dat de rechtbank, op grond van haar overwegingen dat de zeer overdreven snelheid waarmee eiser reed, heeft bijgedragen tot het verloop van het ongeval en dat, indien hij met een aangepaste snelheid had gereden, het ongeval had kunnen worden voorkomen of althans dat de gevolgen ervan beperkt hadden kunnen zijn, haar beslissing dat eiser ten dele voor het ongeval aansprakelijk verklaard wordt, naar recht verantwoordt;

...

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

10e KAMER – 26 FEBRUARI 1993

Voorzitter: de h. Craeybeckx

Raadsheren: de h. Van Houche (rapporteur) en mevr. Lenders

Openbaar ministerie: de h. Salden

Advocaten: mrs. Isenborghs en Borgers

Strafvordering – Behandeling van de zaak – Hoger beroep – Uitstel

Hoger beroep kan worden ingesteld tegen de beslissing waarbij een zaak sine die, zelfs zonder verzet van de partijen, wordt verdaagd, indien ze een feitelijke of een rechtskwestie beslecht.

Tegen een vonnis dat de beslissing over de schuldvraag afhankelij maakt van de beslechting van een burgerlijk geschil omtrent het eigendomsrecht, kan derhalve hoger beroep worden ingesteld.

M. t/ M.

Gelet op het naar vorm en termijn regelmatig hoger beroep van de burgerlijke partij tegen de beslissing van de Correctionele Rechtbank te Hasselt van 25 september 1992 vermeld op het zittingsblad en luidende als volgt: «De Rechtbank, aangezien de zaak niet in staat van wijzen is, verwijst de zaak terug naar het parket op onbepaalde datum»;

Overwegende dat beklagde van oordeel is dat de bestreden beslissing tot uitstel voor onbepaalde tijd een beslissing van inwendige aard is die geen enkele uitspraak doet over een feitelijke of rechtskwestie en, daar ze geen nadeel kan berokkenen aan een van de gedingvoerende partijen derhalve niet voor beroep vatbaar is (1046 Gerechtelijk Wetboek);

Overwegende dat hoger beroep kan worden ingesteld tegen de beslissing waarbij een zaak sine die, zelfs zonder verzet van de partijen, wordt verdaagd, indien zij een feitelijke kwestie of een rechtskwestie beslecht (Cass., 27 mei 1975, *Arr. Cass.*, 1975, 1021);

Overwegende dat uit de volledige lezing van het zittingsblad van 25 september 1992 – «Mr. Borgers verklaart dat nog steeds geen vonnis is gewezen» – samen met het door de raadsman van beklagde aan de correctionele rechtbank gericht schrijven van 23 september 1992 impliciet blijkt dat de rechtbank de beslissing over de schuldvraag afhankelijk maakt van de beslechting van een burgerlijk geschil omtrent het eigendomsrecht van de grond waarop de partij hout, waarvan sprake in de telastlegging, gestapeld was; dat door de beslissing de zaak in deze context voor onbepaalde tijd uit te stellen er een onmiddellijk nadeel ontstaat voor de burgerlijke partij, nu deze stelt dat de beslechting van bovenvermeld geschil voor de voortgang van het strafproces niet ter zake is aangezien beklagde naar aanleiding van verklaringen afgelegd aan de hoofdveldwachter te Halen tijdens in 1988 gevoerde opsporingsonderzoeken verklaarde dat de partij hout in kwestie afkomstig was van de burgerlijke partij (weerlegging van het vermoeden van eigendom vermeld in artikel 552, eerste lid, Burgerlijk Wetboek door beklagde zelf);

Overwegende dat derhalve het hoger beroep van de burgerlijke partij ontvankelijk is;

Overwegende dat de beslissing a quo vernietigd dient te worden en het Hof de zaak met toepassing van artikel 215 van het Wetboek van Strafvordering tot zich trekt zowel ten aanzien van de strafdading als ten aanzien van de burgerlijke vordering;

Overwegende dat het gepast voorkomt, alvorens verder te oordelen, de debatten te heropenen ten einde het de partijen en inzonderheid beklagde, die er zich toe beperkte de ontvankelijkheid van het hoger beroep te betwisten mogelijk te maken verder ten gronde te debatteren;

NOOT – *Hoger beroep tegen het uitstel van de behandeling van de zaak*

1. Een vonnis dat, zonder over de zaak zelf uitspraak te doen, de behandeling van een strafzaak zonder verzet van de partijen verdaagt, is niet vatbaar voor hoger beroep, tenzij een feitelijke of rechtskwestie is beslecht of hierdoor aan een van de gedingvoerende partijen nadeel is berokkend (Cass., 25 juni 1973, *Pas.*, 1973, I, 997).

2. De stelling dat het hoger beroep tegen het uitstel alleen dan ontvankelijk is wanneer het uitgaat van het openbaar ministerie en dan nog slechts als de verdaging de publieke vordering in het gedrang kan brengen, is als te restrictief te verwerpen (cf. Hof Antwerpen, 18 maart 1976, *Pas.*, 1976, II, 45).

3. Reeds eerder besliste het Hof van Beroep te Antwerpen dat, als de strafzaak eenmaal regelmatig aanhangig is gemaakt, geen enkele wettelijke bepaling de strafrechter veroorlooft de zaak naar het parket terug te verwijzen en de behandeling *sine die* uit te stellen (Hof Antwerpen, 16 januari 1986, *R.W.*, 1986-87, 950, en de noot van M. De Swaef).

4. Deze beslissing ligt in de lijn van de rechtspraak van het Franse Hof van Cassatie, dat van oordeel is dat een uitstel *sine die* in feite neerkomt op een rechtswijgering van de kant van de strafrechter (Cass.fr., 29 maart 1962, *Bull.crim.*, nr. 158; Cass.fr., 8 oktober 1963, *Bull.crim.*, nr. 272).

«Le devoir des juges est de rendre la justice», schreef La Bruyère, «leur métier de la différer. Quelques-uns savent leur devoir et font leur métier.»

A. Vandeplas

HOF VAN BEROEP TE GENT

17e KAMER – 23 NOVEMBER 1993

Voorzitter: de h. Lievens

Openbaar ministerie: de h. Vandeputte

Advocaten: mrs. Decordier en De Grootte

Raad van State – Administratief kort geding – Bevoegdheid – Vreemdeling – Schorsing van bevel het grondgebied te verlaten

Wanneer een akte of een reglement van een administratieve overheid vatbaar is voor vernietiging krachtens art. 14, eerste lid, Wet Raad van State, kan alleen de Raad van State de schorsing van de tenuitvoerlegging ervan bevelen.

Dat komt erop neer dat de rechterlijke macht dan niet bevoegd is om een schorsing te bevelen of voorlopige maatregelen te nemen, tenzij wanneer subjectieve rechten worden beoordeeld.

Nu te dezen, ten aanzien van een vreemdeling, de schorsing van het bevel het grondgebied te verlaten het eigenlijk onderwerp van de vordering is, is de Raad van State, met uitsluiting van de civiele kortgedingrechter, bevoegd.

Belgische Staat t/ T.

Alle stukken werden ingezien, inzonderheid de op 27 mei 1992 op tegenspraak gewezen beschikking in kort geding, verleend door de wd. voorzitter van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Dendermonde, in welk bevelschrift aan de Belgische Staat verbod werd opgelegd van tenuitvoerlegging van het aan Zafer T. op 8 april 1992 betekende bevel om het grondgebied van het Rijk te verlaten, tot wanneer de Raad van State ten gronde recht zal hebben gedaan over het beroep tot nietigverklaring van bovenvermeld bevel, terwijl het meergevorderde werd afgewezen als zijnde ongegrond (met name het afleveren van een verblijfsdocument, zodat T. in de mogelijkheid zou zijn hier te werken).

...

Beoordeling

1. Het Hof verleent akte aan elk van de procespartijen van de herneming van de voor de eerste rechter neergelegde conclusies.

2. De beslissing tot het betekenen van het bevel om het grondgebied te verlaten steunt onbetwistbaar op artikel 7, eerste lid, 1°, van de vreemdelingenwet van 15 september 1980 (in het Rijk als vreemdeling verblijven zonder houder te zijn van de vereiste documenten).

Het lijdt geen twijfel dat de geïntimeerde Zafer T. (van Turkse nationaliteit, geboren te Selim (Turkije) op 5 september 1971) in de loop van april 1990 België is binnengekomen zonder de vereiste documenten, namelijk een geldig paspoort voorzien van een geldig visum (aangebracht door een Belgische, Nederlandse of Luxemburgse diplomatieke of consulaire vertegenwoordiger; zie artikel 2 van de wet van 15 december 1980; het visum werd in Ankara op 27 september 1989 geweigerd wegens vestigingsgevaar in België, cf. dossier appellant, stuk 11).

Het te Antwerpen, op het Consulaat-Generaal van Turkije te Antwerpen, op 6 juni 1990 gesloten huwelijk (met Mevrouw Selime A., van Turkse nationaliteit en wonende te Temse) kan dan ook niet tot gevolg hebben de onregelmatigheid van de binnenkomst te regulariseren.

Het Hof merkt trouwens op dat het bevel om het grondgebied te verlaten niet inhoudt dat de geïntimeerde definitief van zijn echtgenote en van zijn kinderen wordt gescheiden, wél dat hij tijdelijk uit het land wordt verwijderd, hetgeen hem de mogelijkheid biedt zich in het bezit te stellen van de vereiste documenten voor een regelmatige binnenkomst (cf. arrest Raad van State nr. 39.336 van 7 mei 1992). Immers, een bevel om het grondgebied te verlaten, genomen op grond van artikel 7 van de vreemdelingenwet, is slechts vatbaar voor eenmalige uitvoering; eenmaal uitgevoerd heeft zodanig bevel geen rechtskracht meer, en het uitgevoerde bevel verhindert dan ook de betrokken vreemdeling niet naar België terug te komen (arrest Raad van State nr. 29.302 van 8 februari 1988).

Uit het voorgaande volgt dat het aan de geïntimeerde betekende bevel om het grondgebied te verlaten ogenschijnlijk niet een onrechtmatig karakter vertoont.

3. De Belgische wetgever is voorzichtig te werk gegaan bij de uitbouw van dit administratief geding.

In een eerste fase maakte de wetgever een schorsingsprocedure mogelijk in vreemdelingenzaken op grond van artikel 70 van de wet van 15 december 1980.

Kort na de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof kreeg de Raad van State — tweede fase — door de wet van 16 juni 1989 de mogelijkheid over te gaan tot schorsing van tenuitvoerlegging van administratieve rechtshandelingen indien het beroep schending van de artikelen 6, *6bis* en 17 van de Grondwet aanvoerde.

Na de kritiek op de eerste fase (wegens strijdigheid met het Europees Verdrag over de Rechten van de Mens en met het Internationaal Verdrag van New York), en na de juridische acrobatieën van de tweede fase, heeft de wet van 19 juli 1991 (in werking getreden op 22 oktober 1991; zie ook het K.B. van 5 december 1991 tot bepaling van de rechtspleging in kort geding voor de Raad van State, *B.S.*, 14 januari 1992) het administratief kort geding op een veralgemeende wijze ingevoerd bij de Raad van State.

Artikel 17, § 1, eerste lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State bepaalt uitdrukkelijk dat, wanneer een akte of een reglement van een administratieve overheid vatbaar is voor vernietiging krachtens artikel 14, eerste lid, de Raad van State als enige de schorsing van de tenuitvoerlegging ervan kan bevelen; bij de aanvechting van overheidsbeslissingen is het dus mogelijk om op basis van onverschillig welk ernstig rechtsmiddel de schorsing van een administratieve rechtshandeling te vorderen op voorwaarde dat bovendien ook een moeilijk te herstellen ernstig nadeel wordt aangetoond; om de afdwingbaarheid van de maatregel te verhogen kan bovendien aan de betrokken overheid een dwangsom worden opgelegd.

De wet van 19 juli 1991 heeft dus het administratief kort geding verruimd tot schorsing van elke aangevochten overheidsakte, ongeacht de aangevoerde nietigheidsgrond.

4. De wet van 19 juli 1991 komt dus eigenlijk neer op een onbevoegdheid van de rechterlijke macht tot het bevelen van schorsing en het nemen van voorlopige maatregelen, tenzij wanneer subjectieve rechten worden beoordeeld, aangezien de bescherming van een subjectief recht (hetzij een burgerlijk recht, hetzij een politiek recht, behoudens — wat de politieke rechten betreft — de bij de wet gestelde uitzonderingen) grondwettelijk (artt. 92 en 93) is voorbehouden aan de rechterlijke macht.

Daaruit volgt dat het werkelijk onderwerp van de vordering onderzocht moet worden (aangezien de bevoegdheid bepaald wordt door het onderwerp van de vordering), en wel in hoofde van de eiser.

Nu vaststaat dat het recht op een stabiel gezinsleven niet rechtstreeks in gevaar wordt gebracht door het aangevochten bevel het grondgebied te verlaten (cf. punt 2 *supra*), doet de dagvaarding in kort geding ervan blijken dat de geïntimeerde met klem de rechtsgeldigheid én de gegrondheid van voornoemd bevel betwist, en, daar het beroep tot nietigverklaring bij de Raad van State de tenuitvoerlegging van deze maatregel niet schorst, vraagt de eiser de opschorting van deze maatregel.

Met andere woorden: de schorsing van het bevel het grondgebied te verlaten is het eigenlijk onderwerp van de vordering; derhalve is de Raad van State, met uitsluiting van de civiele kortgedingrechter bevoegd (cf. *Parl. Stukken, Sennaat*, nr. 1300/1, (1990-1991), p. 23 van de memorie van toelichting).

(Volgt onbevoegdverklaring van de rechter in kort geding)

ARBEIDSHOF TE ANTWERPEN AFDELING HASSELT

4e KAMER – 14 OKTOBER 1993

Voorzitter : mevr. Homans

Raadsheren in sociale zaken : de hh. Hellings en Dreessen
Openbaar ministerie : mevr. Van Strydonck

Advocaten : mrs. Geurts loco Swennen en Baeten loco Collette

**Werkloosheid – Recht op uitkeringen – Werkverlating
– Gehuwde werkloze – Samenwoningsplicht – Woon-
plaatskeuze – Uitsluiting en sanctie – Non-discriminatie-
beginsel – Proportionaliteitsbeginsel**

De gehuwde vrouw die het werk verlaat om met haar echtgenoot dicht bij diens werk te gaan wonen, zonder een voorbeider werk geschikte woonplaats te zoeken, kan krachtens de bepalingen van de artt. 126 en 134 van het Werkloosheidsbesluit 1963 van het recht op uitkeringen worden uitgesloten en wegens werkverlating een sanctie oplopen.

Deze bepalingen zijn op alle werklozen toepasselijk en zijn niet discriminerend.

De uitsluiting schendt het proportionaliteitsbeginsel niet.

R.V.A. t/ V.

A. Uit de stukken van het administratief dossier en de verklaring van geïntimeerde op formulier-C30 blijkt dat oorspronkelijk alleen geïntimeerde werk had, nl. als gezins- en sanitaire helpster te Heverlee sedert 1 september 1984. Haar echtgenoot werkte niet. Zij woonden toen te Leuven. Toen de echtgenoot in 1987 werk vond te Paal-Beringen hebben zij, beiden uit Limburg afkomstig, besloten terug naar Limburg te komen wonen. Zij kochten op 25 maart 1987 een huis te Hasselt. Daar dit nog niet bewoonbaar was, gingen ze voorlopig bij de ouders van geïntimeerde te Neerglabbeek inwonen en nam geïntimeerde op 21 april 1987 ontslag uit haar werk te Heverlee. Geïntimeerde zegt uitdrukkelijk dat ze er niet aan gedacht hebben een tussenoplossing te zoeken, nl. op een plaats te gaan wonen tussen Heverlee en Paal, zodat voor beide echtgenoten het werk nog vlot bereikbaar was, bv. te Diest of Bekkevoort, beide plaatsen gelegen binnen een straal van 30 km van Paal. (...)

Uiteraard stond het geïntimeerde en haar echtgenoot volkomen vrij van daar te gaan wonen waar zij zelf het verkozen. Zij staan dan echter ook zelf in voor de eventueel minder gunstige gevolgen van hun vrije keuze.

Zo kan geïntimeerde haar werkloosheid die hiervan het gevolg was, niet zonder meer ten laste leggen van de verzekering tegen inkomstenverlies door onvrijwillige werkloosheid.

Volkomen terecht heeft de gewestelijke werkloosheidsinspecteur dan ook geoordeeld dat geïntimeerde door omstandigheden afhankelijk van haar wil werkloos werd, en derhalve, krachtens artikel 126, eerste lid, 1°, van het koninklijk besluit van 20 december 1963, geen aanspraak kan maken op werkloosheidsuitkeringen.

Voor de toepassing van artikel 126, eerste lid, 1°, van het Werkloosheidsbesluit is overigens niet vereist dat de werk-nemer, door zelf een einde aan de arbeidsovereenkomst te

maken, blijk heeft gegeven van zijn onwil tot werken (Cass., 13 juni 1983, *J.T.T.*, 1984, 131, met noot, *R.W.*, 1983-84, 1627, met noot).

Anderzijds toont geïntimeerde, die immers zelf vrijelijk beslist heeft te Neerglabbeek en Hasselt in plaats van bv. te Diest of Bekkevoort te gaan wonen, geen omstandigheden van die dwingende aard aan dat van haar «redelijkerwijze niet kan worden gevergd de dienstbetrekking te laten voortduren» (Cass., 13 juni 1983, gec.).

Eveneens vermocht de gewestelijke werkloosheidsinspector geïntimeerde, die zelf het werk verlaten heeft en derhalve door eigen toedoen werkloos werd, een sanctie op te leggen krachtens artikel 134 van het Werkloosheidsbesluit.

Nu geïntimeerde en haar echtgenoot uit vrije wil blijken besloten te hebben uitgerekend naar Neerglabbeek en nadien naar Hasselt te verhuizen en zij er aldus zelf voor gezorgd hebben dat de afstand tot de werkplaats van geïntimeerde vrij groot werd, beroept geïntimeerde zich tevergeefs op haar «samenwoningsplicht» krachtens artikel 213 van het Burgerlijk Wetboek en op de afstandscriteria van artikel 42 van het ministerieel besluit van 4 juni 1964 als wettige redenen voor haar werkverlating.

...

Het Hof (...) merkt op dat het recht op sociale-zekerheidsuitkeringen kan worden beperkt op grond van wettelijk vastgestelde objectieve criteria.

De bepalingen van de artikelen 126 en 134 van het koninklijk besluit van 20 december 1963, in casu door appellante toegepast, vormen zulke bij wet vastgestelde beperkende objectieve criteria die voor alle werklozen – en dus ook voor geïntimeerde – zonder discriminatie gelden.

Zoals reeds opgemerkt ontzegt appellante geïntimeerde geenszins het recht om in volle vrijheid een woonplaats te kiezen.

Appellante heeft echter niet alleen het recht doch ook de plicht om bij elke aanvraag van werkloosheidsuitkeringen na te gaan of de aanvrager voldoet aan alle voorwaarden van toelaatbaarheid en vergoedbaarheid als in de wet vastgelegd.

In casu deed appellante niet meer of minder.

Er is geen sprake van schending van het proportionaliteitsbeginsel door appellante: daar geïntimeerde op het ogenblik van haar aanvraag van werkloosheidsuitkeringen niet blijkt te voldaan aan de wettelijke bepaalde toekenningsvoorwaarden kan zij geen aanspraak maken op werkloosheidsuitkeringen.

Geïntimeerde dient zelf in te staan voor de minder gunstige gevolgen van haar vrije keuze en kan deze niet op de gemeenschap afwentelen.

CORRECTIONELE RECHTBANK TE TONGEREN

9e KAMER – 16 DECEMBER 1993

Voorzitter : de h. Crijns

Rechters : de hh. Vrancken en Robeyns

Openbaar ministerie : mevr. Mevesen

Advocaten : mrs. Welkenhuysen en Sas loco Maesen

Onrechtmatige daad – Schade en schadeloosstelling – Voertuigschade – Totaal verlies – Belasting op de invertering van het nieuwe voertuig

De integrale schadevergoeding bij totaal verlies van een voertuig omvat tevens de belasting op de invertering van het nieuwe voertuig, berekend op basis van de vervangingswaarde die het vernielde voertuig bezat vóór het schadegeval.

C.V. C. t/ T.

Gezien het vonnis dat de Politie rechtbank te Tongeren, afdeling Maaseik, op 1 april 1993 op tegenspraak heeft uitgesproken, waartegen de burgerlijke partij, een coöperatieve vennootschap C., op 14 april 1993 hoger beroep heeft ingesteld en waartegen beklagde Mario T. bij conclusies, neergelegd ter zitting op 18 november 1993, incidenteel beroep heeft ingesteld.

Het hoger beroep en het incidenteel beroep werden tijdig en in de vereiste vormen ingesteld en zijn ontvankelijk.

De politie rechtbank heeft beklagde Mario T. veroordeeld om aan de burgerlijke partij de C.V. C. te betalen: – voertuigschade: 400.800 fr., – 50% van de B.T.W.: 94.653 fr., – depannage: 7.373 fr., maar heeft de vordering tot terugbetaling van de belasting op de invertering afgewezen en enkel voorbehoud verleend voor de huur van een vervangwagen.

Het hoger beroep werd beperkt tot de belasting op de invertering en de huur van een vervangwagen, terwijl het incidenteel beroep werd beperkt tot de belasting op de toegevoegde waarde.

1. De belasting op de invertering

Op 4 april 1992 werd de bedrijfswagen van de burgerlijke partij totaal vernield volgens de expertise die werd afgesloten op 21 april 1992. Het betrof een nieuwe Audi type Avant bouwjaar 1992. De burgerlijke partij kocht een soortgelijk voertuig waarvoor zij vóór 1 augustus 1992 de belasting op de invertering van 35.000 frank (13 PK) diende te betalen, die werd ingevoerd bij de wet van 1 juni 1992 (B.S., 1 juni 1992) en die van toepassing werd vanaf 1 juni 1992 (Err., B.S., 18 juli 1992).

Naar analogie met de recente rechtspraak van het Hof van Cassatie betreffende de belasting op de toegevoegde waarde, meer bepaald met het in voltallige zitting gewezen arrest van 13 april 1988 (Cass., 13 april 1988, Arr.Cass., 1987-88, 1016; Pas., 1988, I, 936, met conclusie van de advocaat-generaal Liekendaal; R.W., 1988-89, 301; (Verkeersrecht), 1988, nr. 88/80, 143, met noot; R.G.A.R., 1988, nr. 11.366, met noot J.P.; De Verz., 1988, met noot J.R.), oordeelt deze correctionele rechtbank dat de integrale schadevergoeding bij totaal verlies van een voertuig tevens de belasting op de invertering van het nieuw voertuig bevat, berekend op basis van de vervangingswaarde die het vernielde voertuig bezat vóór het schadegeval (cf. voor de B.T.W. of de inschrijvingsstaks: Van Oevelen, A., «Recente vernieuwende cassatierechtpraak inzake schade en schadeloosstelling bij onrechtmatige daad», *Recht Halen uit Aansprakelijkheid*, Post-universitaire cyclus Willy Delva, 1992-93, nr. 24, 144).

Het feit dat de wet houdende invoering van een belasting op de invertering dateert en in werking trad na het verkeersongeval, verhindert niet dat de betaling van de door de

ze wet ingevoerde belasting een rechtstreeks gevolg blijft van het verkeersongeval.

Omdat het totaal vernielde voertuig slechts enkele maanden oud was, is beklagde gehouden tot integrale terugbetaling van de belasting op de invertering.

Het gevorderde saldo van 49.956 fr. - 35.000 fr. = 19.956 fr. betrof slechts de normale verkeersbelasting die verrekend wordt met het gedeelte dat betaald werd voor het vervangen voertuig.

Het hoger beroep is derhalve voor dit onderdeel deels gegrond.

...

3. De belasting op de toegevoegde waarde (50%)

De burgerlijke partij vordert 50% terug van de B.T.W. op de waarde van het totaal vernielde voertuig.

Beklagde stelt dat de burgerlijke partij als handelsvennootschap de B.T.W. voor 100% heeft gerecupereerd.

Artikel 45, § 2, W. B.T.W. bepaalt nochtans duidelijk dat ten aanzien van de levering, de invoer en de intracommunautaire verwerving van automobielen voor personenvervoer, daaronder begrepen de voertuigen die zowel voor personenvervoer als voor goederenvervoer kunnen dienen, en ten aanzien van goederen en diensten met betrekking tot die voertuigen, de aftrek in geen geval hoger mag zijn dan 50% van de betaalde belasting.

Het incidenteel beroep van beklagde is derhalve ongegrond.

RECHTBANK VAN KOOPHANDEL TE ANTWERPEN

12e KAMER – 8 DECEMBER 1993

Voorzitter: mevr. De Roeck

Advocaten: mrs. Schroeyens, Pepermans en Lange

Borgtocht en garantie – Bankgarantie – Zelfstandige verbintenis – Voorwaarden voor afroep – Interpretatie

Wanneer ter opheffing van een scheepsbeslag door de scheepseigenaar een bankgarantie werd afgeleverd voor de schuld van de bevrachters en inmiddels over die schuldvordering door de bodemrechter is beslist, zijn de voorwaarden voor de afroep niet verhinderen op grond dat over de betwisting over het beslag en de garantie nog geen definitieve uitspraak gedaan is.

Vennootschap naar Noors recht N. t/ N.V. P. e.a.

Overwegende dat eiseres t.o.v. B. en B.C., gevestigd te Drammen (Noorwegen), een vordering had voor levering van gasoil aan boord van de schepen Laila en Rolf Buck;

Dat zij bij beschikkingen van 5 maart 1991 en 29 mei 1991 toelating kreeg bewarend beslag te leggen op voornoemde vaartuigen respectievelijk voor de bedragen voor 1.700.000 fr. en 1.100.000 fr. «tot dat door de beslagene partij borg zal worden gesteld ten belope van het bedrag waarvoor toelating tot bewarend beslag verleend was»;

Dat verweerster twee bankgaranties heeft gegeven, nl. nr. AC 488 van 6 maart 1991 ten belope van 1.700.000 fr. en nr. AC 855 van 30 mei 1991 ten belope van 1.100.000 fr., ten-

einde de vordering van eiseres te verzekeren t.o.v. de scheepseigenaar en de bevrachters B. en B.C.;

Dat door de scheepseigenaar B.S., vrijwillig tussenkomende partij in het onderhavige geding, verzet werd aangetekend voor de beslagrechter te Antwerpen, welk verzet evenwel bij beschikking van 4 februari 1992 ongegrond werd verklaard; dat de scheepseigenaar hoger beroep heeft ingesteld;

Dat inmiddels bij vonnissen van 25 april 1991 van de rechtbank van Drammen in Noorwegen B. en B.C. veroordeeld werden om aan eiseres te betalen respectievelijk de bedragen van 49.544,43 USD en 22.126,62 USD, met aanhef en kosten;

Dat beide vonnissen in kracht van gewijsde zijn gegaan;

Dat eiseres met het onderhavige geding veroordeling nastreeft van verweerster tot betaling van het bedrag van 2.800.000 fr., op basis van de garantiebrieven;

Overwegende dat verweerster en de vrijwillig tussenkomende partij stellen dat de vordering van eiseres niet kan worden toegewezen nu er nog geen uitspraak is over het door de vrijwillig tussenkomende partij ingesteld hoger beroep tegen de beschikking van de beslagrechter, welk beroep ertoe strekt de garanties te doen vernietigen voor de schuld der bevrachters B. en B.C.;

Overwegende dat de onderhavige procedure, gebaseerd op een zelfstandige verbintenis die verweerster op zich nam t.o.v. eiseres, los staat van de beslagprocedure;

Dat de stelling van de vrijwillig tussenkomende partij als zou de garantie zelf definitief moeten worden in die zin dat zij door geen enkel rechtsmiddel meer kan worden tenietgedaan, tegen de inhoud gaat van de garantiebrieven;

Dat conform de bewoordingen van de garantiebrieven verweerster gehouden is de betalingen te verrichten wanneer eiseres een definitief vonnis voorbrengt waaruit blijkt dat haar schuldenaars B. en/of B.C., veroordeeld werden om aan haar de gevraagde bedragen te betalen;

Dat, nu deze definitieve uitspraken worden voorgelegd, verweerster tot betaling dient over te gaan;

...

RECHTSPRAAK IN KORT BESTEK

Hof van Cassatie (1e Kamer), 14 maart 1991

Overeenkomst – Exceptie van niet-uitvoering – Gelding – Van rechtswege – Beoordeling van de ernst van de tekortkoming van de eiser tot ontbinding tegen wie de exceptie wordt opgeworpen

Het bestreden vonnis (Rb. Brussel, 4 april 1989) wordt om de volgende redenen vernietigd:

«Overwegende dat de exceptie van niet-uitvoering in wederkerige contracten van rechtswege geldt; dat zij aan iedere partij de mogelijkheid biedt de uitvoering van haar verbintenis op te schorten en de nakoming van haar eigen verbintenissen uit te stellen tot zolang de tegenpartij de hare niet heeft uitgevoerd;

«Overwegende dat het vonnis vaststelt 'dat uit de (door eiser) neergelegde briefwisseling blijkt dat hij de (verweerders) sinds 1981 regelmatig op de hoogte heeft gebracht van de uit te voeren herstellingen; dat (de verweerders) weliswaar stipt hebben gereageerd op sommige klachten van (eiser), maar dat blijkt dat op andere klachten, die in 1983 werden geuit, pas einde 1986 of in april 1988 is ingegaan; dat dus kan worden aangenomen dat de (verweerders) in zekere mate in gebreke zijn gebleven waardoor het genot van hun huurder kon zijn gestoord';

«Overwegende dat het staat aan de rechters om, op grond van die vaststellingen te beoordelen of de ernst van de tekortkomingen van de verweerders het niet-uitvoeren door de eiser van zijn verbintenissen kon rechtvaardigen;

«Dat de appelrechter, door de in het middel weergegeven redenen, zijn beslissing tot verwerping van de exceptie van niet-uitvoering niet naar recht heeft verantwoord.»

(Voorzitter: de h. Rappe – Rapporteur: mevr. Charlier – Openbaar ministerie: mevr. Liekendael – Advocaten: mrs. Simont en De Bruyn – In de zaak: D. t/ B. e.a.)

Hof van Cassatie (1e Kamer), 14 maart 1991

Overeenkomst – Niet-nakoming – Schadevergoeding – Belofte van advocaat verzet te doen tegen een vonnis – Ingebrekestelling – Niet meer vereist na het verstrijken van de termijn van verzet

Het bestreden arrest (Hof Brussel, 5 april 1989) acht eiser, een advocaat, aansprakelijk omdat hij niet in september 1984 verzet heeft gedaan tegen een vonnis. Eiser voert aan dat het arrest, in zoverre het zijn beslissing niet baseert op de fout die eiser zou hebben begaan door de termijn van verzet te laten voorbijgaan, maar op het feit dat hij in gebreke is gebleven het verzet te doen onmiddellijk na het ontvangen van de stukken, hem niet wettig tot schadevergoeding kan veroordelen zonder het bestaan vast te stellen van een ingebrekestelling of van feiten waardoor verweerster van zodanige ingebrekestelling was vrijgesteld. Het middel faalt naar recht:

«Overwegende dat uit het arrest blijkt dat verweerster door eisers fout vervallen is van het recht om verzet te doen; dat, aangezien dit rechtsmiddel binnen een bepaalde termijn moet worden aangewend, de ingebrekestelling niet vereist was.»

(Voorzitter-rapporteur: de h. Rappe – Openbaar ministerie: mevr. Liekendael – Advocaten: mrs. Simont en Gérard – In de zaak: Van den B. t/ Vennootschap naar Frans recht B.)

Kh. Antwerpen (kort geding), 9 februari 1994

Borgtocht en garantie – Bankgarantie op eerste verzoek – Abstract karakter – Bedrieglijke afroep – Bewijs

De opdrachtgever van de garantie komt in verzet tegen de afroep door de begunstigde. De vordering strekt tot het

opleggen van nadere voorwaarden voor de afroep. Deze vordering wordt afgewezen:

«Overwegende dat algemeen wordt aanvaard dat de garantie op eerste verzoek globaal genomen en gelet op de gestipuleerde bedingen een abstract karakter heeft. De basisrelatie die bestaat tussen de opdrachtgever en de begunstigde kan niet ingeroepen worden tegenover de bankier die de waarborg verleent dan in de hypothese waarin er overduidelijk bedrieglijk werd gehandeld. Dit misbruik moet zo evident zijn dat een betaling door de bankier hem als een fout aangerekend zou kunnen worden. Een verbod om zijn verbintenissen na te komen kan aan de bankier die een tegenwaarborg geeft niet worden opgelegd tenzij in de hypothese waarin onbetwistbaar vaststaat dat hij kennis had van een fout die door de garanderende bankier werd begaan bij de uitvoering van zijn garantie;

«Overwegende dat de verbintenis slechts kan worden bepaald in het licht van de bewoordingen van de garantiebrieven, alleen deze tekst bepaalt de omvang van de verbintenis in het voordeel van de begunstigde alsook de voorwaarden voor de opheffing van de garantie;

«Overwegende dat de vordering van eiseres erop zou neerkomen bijkomende voorwaarden op te leggen voor de afroep van de uitgestelde garantie op eerste verzoek, wat uiteraard niet kan;

«Overwegende dat evenmin wordt aangetoond dat de bankgarantie bedrieglijk wordt afgeroepen.»

(Voorzitter: de h. De Decker – Advocaten: mrs. Eve-raert loco Demeyere, Grootjans en Roosendaal – In de zaak: I.R.I.S.L. t/ N.V. G. e.a.)

IN MEMORIAM

Alfons de Vreese

Emeritus afdelingsvoorzitter in het Hof van Cassatie Alfons de Vreese is op 9 maart 1994 te Gent overleden. Bij de uitvaart op 12 maart 1994 (Sint-Pietersbuiten Gent) sprak prof. dr. Marcel Storme, voorzitter van de Vlaamse Juristenvereniging, de navolgende lijkrede uit:

De man die wij vandaag ten grave dragen, was in alle betekenissen van deze woorden een hoogmagistraat – magistratus et magister –, die bovendien een onversplinterde levensstijl, waarin recht en cultuur één geheel vormen, wist te cultiveren.

Bij het heengaan van haar Ere-Ondervoorzitter Alfons de Vreese rouwt de Vlaamse Juristenvereniging, maar ook de juridische wereld in binnen- en buitenland, die deze levenskunstenaar op haar weg heeft mogen ontmoeten.

Maar hij was veel meer dan een levenskunstenaar. Nomen non sit omen. Hij was helemaal niet *bevreesd* om met vrienden harde taal te spreken en tegenstrevers verzoenend tegemoet te treden.

In tal van moeilijke omstandigheden heb ik mogen meemaken dat hij het initiatief nam om bruggen te slaan, generatiewisselingen in verenigingen en bestuursraden mogelijk te maken en voor jonge mensen levend getuigenis af te leggen over een verleden tijd die voedingsbodem was voor de toekomst.

Hij was ook diegene, die er trots op mocht gaan «geen macht te hebben toebehoord, die 't menselijk hart houdt voor een koopbaar ding» (W. Moens).

Vanaf de leeftijd van 27 jaar behoorde hij tot dat ras van magistraten, dat integer, intelligent en rechtvaardig – met hoofd en hart – het rechterlijk ambt uitoefende. Maar hij die zo graag Italiaans sprak, wist ook dit ambt te situeren «nel cuore della città».

In het hart van de samenleving betekende dat hij tijd vrijmaakte om zich in te zetten voor de Vlaamse Juristenvereniging waarvan hij vanaf haar heroprichting in 1964 de eerste Ondervoorzitter werd. In opdracht van deze Vereniging zou hij samen met zijn collega-Ondervoorzitter Van Parys een manifest schrijven over Eigentijdse rechtsstructuren (1966), die moesten bijdragen tot de voltooiing van de Vlaamse ontvoeringsstrijd, en dit uiteraard tot op het niveau van het Hof van Cassatie: «Deze eindvoltooiing zal pas dan werkelijkheid worden wanneer het Hof van Cassatie de weerspiegeling zal zijn van de beide volksgemeenschappen in dit land» (R.W., 1969-70, 1129 e.v.).

Omdat dit Hof, waartoe hij van 1961 tot 1979 behoorde en waarvan hij Afdelingsvoorzitter werd, zo schreef hij in 1979: «the guardian of the rule of law and of civil liberties» is.

Indien het hoogste Hof in dit land, waartoe de heer De Vreese van 1961 tot 1979 behoorde, ons vandaag de voltooiing heeft gebracht van een volwaardige Nederlandse rechtscultuur, dan is dit in zeer hoge mate te danken aan de dierbare overledene. Dat het uitgedund archief, hetwelk hij in zijn onmiddellijke nabijheid bleef koesteren, praktisch herleid was geworden tot documenten daarover, is de bevestiging van deze zorg en van deze voldoening.

In het hart van de samenleving, dit betekende ook dat hij maar al te goed beseftte dat een volwaardige rechtscultuur hooggekwalificeerde wetenschap postuleerde. Hij werd dan ook de onbetwiste Voorzitter van de Jury van de prestigieuze Fernand Collin-prijs, waardoor jonge navorsers in het recht gesteund en gestimuleerd werden. En hij nam deze taak waar met een scrupuleuze zorg en de suprême onafhankelijkheid, die een magistraat weet te sieren.

Men moet de bibliotheek van deze «honnête homme» Vreese niet gekend hebben om te beseffen dat voor hem de Renaissance in Italië een bijzonder tijdvak in de geschiedenis was geweest, een tijdvak waarin de elite van de geest drager was van fundamentele vernieuwingen en waarin het leven nog de intense felheid vertoonde van het herfsttij der Middeleeuwen.

Maar het was ook een tijdvak, waarin men op zoek was naar de wetten van de proporties en naar het type van de «uomo universale».

De wetten van de proporties heeft hij wonderwel gerespecteerd.

Als magistraat wist hij de dwang der precisie te paren aan de zin voor rechtvaardigheid.

Als Vlaming kon hij principiële standvastigheid verzoenen met de tolerantie van het Prince-lid.

Als mens wist hij door afstandelijke vormelijkheid heen de hartelijkheid der vriendschap te openbaren.

Omdat hij hier in dit stukje land, dat ligt als een kleinood tussen de zee en de heide, zo goed geworteld zat, was het universalisme hem niet vreemd: het Benelux-Gerechtshof, het Europacollege, de redactie van het S.E.W., de Vereniging voor de Vergelijkende Studie van het Recht in België en Nederland, de Internationale Unie van Magistraten, zijn stuk voor stuk geestelijke kinderen geweest, waaraan hij liefdevolle aandacht heeft besteed: «l'amor che muove il Sole e l'altre stelle» (Divina Commedia, Paradiso, 33, 145).

Als jong afgestudeerd Gents jurist werd hij eerste laureaat van de interuniversitaire wedstrijd voor reisbeurzen. Sindsdien heeft de reislust hem nooit verlaten. Vandaag begeleiden wij hem bij zijn laatste reis.

Moge de Heer, die zijn hoop was, maar ook zijn opperste Rechter, hem ontvangen in Zijn Rijk van Liefde en Gerechtigheid.

REACTIE

Conformiteit en risico in het nieuwe kooprecht (Ned.)

(Naar aanleiding van de bespreking van zijn boek door M. Dambre bezorgde G.B.A. Paquay de navolgende reactie. M. Dambre acht het niet opportuun daarop een nawoord te publiceren.)

Ik plaats kanttekeningen bij de bespreking door Maarten Dambre van de Universiteit Gent van mijn dissertatie «Conformiteit en risico in het nieuwe kooprecht» (Ned.) in het Rechtskundig Week-

blad van 15 januari 1994, p. 685. De volgende passage, geciteerd uit p. 184 van mijn boek, is volledig uit het verband gerukt: «... wie bemerkt dat een produkt (van een bepaald merk) niet erg duurzaam is, zal een andere keuze moeten maken. De gedachte dat de consument-koper voor die inspanning en alertheid moet worden beschermd, kan niet berusten op het recht.» Anders dan Dambre suggereert, komt in die passage niet mijn visie op de onderzoeksplicht van de koper tot uiting. Zij slaat op de situatie dat de verkochte zaak bij de risico-overgang, dat is het moment van de levering, in orde is bevonden, maar na enige tijd goed functioneren defect raakt. Indien er geen verkopersgarantie is gegeven, zou de koper tóch verhaal moeten hebben binnen een zekere periode. Voor wat buiten die periode valt, moet het risico worden opgevangen door de alertheid van de koper. Deze conclusie/aanbeveling is dus een poging om een punt te vinden waarop de overeenkomst als uitgewerkt kan worden beschouwd.

Dambre heeft ook nergens in mijn boek kunnen lezen, dat ik tot de conclusie ben gekomen dat de verkoper eigenlijk geen informatie hoeft te geven over de kwaliteit van verkochte zaken. Wél in het door hem aangehaalde redactionele commentaar in het Tijdschrift voor Consumentenrecht (TvC) 1992, nr. 5, blz. 288 van de hand van J.G.J. Rinkes. Mijn reactie daarop in TvC 1993, nr. 2, blz. 107 was: «Nergens in mijn proefschrift wordt beweerd of geconcludeerd dat de verkoper geen informatieverplichting heeft voor de kwaliteit van de koopwaar, zoals Rinkes beweert. In het proefschrift is veel over kwaliteit in het kooprecht geschreven, maar op een geheel andere voet. Rinkes heeft waarschijnlijk het persbericht van de universiteit (van Utrecht) op het oog (RUU 1-15 september 1992) dat overigens is afgestemd op niet-juristen. Rinkes pikt daaruit een zinnetje, maar onvolledig. Daardoor wordt een voorbeeld vervormd tot een belangrijke conclusie van mijn proefschrift.» Zo worden de verkeerde berichten de wereld ingestuurd! Dat moet de bedoeling van Rinkes zijn geweest, want zijn referenties aan mijn boek waren alle objectief onjuist. Daarom heb ik mijn reactie daarop, die twee en een halve bladzijden met rectificaties omvatte, afgesloten met de conclusie: «... het gaat niet aan om op bijna orwelliaanse wijze onderzoeksresultaten te herschrijven.» De redactie van het TvC heeft die reactie in de rubriek Mededelingen geplaatst. Dat verklaart wellicht dat Dambre haar over het hoofd heeft gezien.

De achtergrond van dit gedoe is het misnoegen van sommige mensen in Nederland over de wijze waarop de Nederlandse wetgever de bescherming voor de consument-koper gestalte heeft gegeven. Er is géén zelfstandig consumentenkooprecht gekomen. Het gewone kooprecht is dwingend recht voor de consumentenkoop, waardoor de wettelijke actierechten de consument niet kunnen worden ontnomen. Hij heeft wél een wettelijke onderzoeksplicht en mededelingsplicht bij de levering. Dat is een zogenaamde *Obliegenheit*. Maar, naar de wet is de *inhoud* van de overeenkomst niet veel anders dan voor de burgerlijke koop of de (nationale) handelskoop. Daarbij schrijft de wet voor, dat de koper vóór de koop onderzoekt. Niet zozeer de zaak zelf, maar wat de kenmerken zijn, de «description», zodat hij daarop zijn verwachtingen kan en mag baseren. Voor de verkoper is er geen speciale informatieverplichting opgenomen. Het is een flexibel systeem zonder eenvoudige waarheden en daardoor niet erg geschikt als intellectuele basis voor activisme. In zeer beperkte kring was de teleurstelling zo groot, dat men de werkelijkheid is gaan ontkennen. Juridisch onderzoek dat de wet serieus neemt, mag rekenen op distorsies en vergroving in de weer-gave, waarop vervolgens de stelling wordt gebaseerd dat de onderzoeksresultaten niet passen in moderne ontwikkelingen. Maarten Dambres verwijzing: «... werd de auteur in Nederland verweten...» is wel geografisch juist, maar elke bijgedachte aan méér dan de mening van zeer weinigen moet worden vermeden.

G.B.A. Paquay

BOEKEN

D. BREILLAT, J.A.B. JANUS en A.B. VAN RIJN, **Naar een nieuwe structuur van het Koninkrijk**, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1993, 125 pp.

Het Koninkrijk uit de titel van dit boekje, dat de drie preadviezen voor de Staatsrechtconferentie 1993 bundelt, verwijst naar het «globale» Koninkrijk der Nederlanden, d.w.z. onze kille noorderbuur plus de broeierige Caribische gebiedsdelen Aruba en de (overblijvende) Nederlandse Antillen (Bonaire, Curaçao, Saba, Sint Eustatius en Sint Maarten). Twee bijdragen beschrijven, met voldoende aandacht voor de overzeese zienswijze, hoe Nederland worstelt met de dekolonisering, een proces dat overigens in volle gisting blijkt. In het derde (Franstalige) preadvies komen de heterogene en overwegend pragmatisch geïnspireerde verhoudingen tussen de Fransen en hun «confettis de l'Empire» aan bod.

De staatsrechtelijke belangstelling voor deze problematiek is, zo geeft het boekje ook toe, miniem. Het zou bovendien van misplaatste kamergeleerdheid getuigen het juridische karakter uit te spitten, zonder oog te hebben voor de sociale, economische en menselijke aspecten van de verhoudingen tussen de gebiedsdelen. Het siert de auteurs dat zij dit beseffen.

Mark Wouters

P.J.J. VAN BUUREN, L. BOEREMA en J.H. JANS, **Gedoogrecht(spraak)**, Tjeenk Willink, Zwolle, 1993, 45 pp.

De voorliggende publikatie bevat de tekst van de inleidingen en een verslag van de discussies tijdens de op 25 maart 1993 te Utrecht gehouden ledenvergadering van de Nederlandse Vereniging voor Milieurecht. Op de agenda van de vergadering stond de bespreking van de eerder gepubliceerde preadviezen over gedoogrecht(spraak) (reeks VMR 1993-2).

De Belgische lezer mag dan al wat vertrouwd zijn met de figuur van het stilzitten van het bestuur, enige omlijning van het hier beoogde «gedoogrecht» zal toch wel nuttig zijn. Bedoeld wordt immers het feit dat het bestuur niet optreedt door middel van de hem ter beschikking staande handhavingsbevoegdheden en als het ware stilzit bij het handhaven van de van kracht zijnde reglementering. Gedoogsituaties van die aard lijken in Nederland vooral in het milieurecht, waar er een scala van bestuurlijke handhavingsmogelijkheden bestaat, voor te komen.

Het gedogen kan passief, dan wel actief van aard zijn. Van een passief gedogen is sprake wanneer de overheid weet heeft van een overtreding, ermee weliswaar niet instemt, doch evenmin ertegen optreedt. Actief gedogen bestaat er veelal in dat de overheid vooraf, en doorgaans onder bepaalde voorwaarden, toestemming geeft voor het handelen in strijd met algemeen verbindende voorschriften. Dat laatste kan bijvoorbeeld zijn ingegeven door de overweging dat, naar verwachting, voor de betrokken activiteit na een zekere tijd een vergunning zal worden verleend. De grens met de tijdelijke of voorlopige vergunning lijkt hier niet scherp te trekken.

Het boekje bevat ongetwijfeld interessante stukken (o.m. omtrent de vraag of er zoets als een rechtstreeks werkende handhavingsverplichting op grond van EG-richtlijnen bestaat), niettemin lijkt men in Nederland naar Belgische normen toch wel zeer ver te gaan bij het besproken aspect van het stilzitten van het bestuur. Ik ontken bijvoorbeeld niet moeite te hebben bij het volgen van een redenering die finaal erin uitmondt dat een omwonende die opkomt tegen een vergunning tot het exploiteren van een bedrijf dat hem hinder berokkent, «misbruik van bevoegdheid» zou kunnen plegen als hij van dat bedrijf verlangt dat het de wet naleeft. In ieder geval lijken de consequenties van het hier bedoelde gedogend optreden van het bestuur, inclusief die van burgerrechtelijke en strafrechtelijke aard, in Nederland anders en meer toelaatbaar te zijn dan in België (zie bv. R.v.St., N.V. Funtastic, nr. 42.524 van 1 april 1993). De opportuniteitsbeoordeling bij de strafvervolgning door het openbaar ministerie in geval van milieumisdrijven en het aannemen van verzachtende omstandigheden door de rechter, zijn wat dat betreft amper te vergelijken met de verstrekkende gevolgen van gedoogrecht die sommige Nederlandse auteurs aannemelijk achten.

Aan de efficiëntie van regelgeving wordt steeds meer aandacht besteed. Op wetsevaluatie en andere procédés van toetsing van de degelijkheid en effectiviteit van wetgeving wordt steeds vaker een beroep gedaan. Het handhaven van een uitgewerkte reglementering is echter essentieel voor de efficiëntie ervan. Het hier besproken

«gedoogrecht» is volgens mij hiermee moeilijk verzoenbaar. Trouwens, welke sancties zullen wel of niet worden toegepast en ten aanzien van welke adressaat van de reglementering zullen afwijkingen worden gedoogd? Begrippen als gelijkheid en verbod van willekeur lijken mij hier vlug om de hoek te komen kijken...

Het besproken werk behandelt een interessante problematiek welke in Nederland uiteenlopende reacties uitlokt (zie o.m. het standpunt van Boerema). Hoewel het werk is gesproken uit een lofwaardig initiatief van de Nederlandse Vereniging voor Milieurecht, overstijgt het erin bestudeerde vraagstuk ongetwijfeld de milieuproblematiek. Ook in België kan het werk een interessante dimensie toevoegen aan de discussie in verband met het stilzitten van het bestuur. Consultatie ervan kan ongetwijfeld nuttig zijn..., wellicht ook om er vlugger van op de hoogte te geraken hoe ver de gevolgen van dat stilzitten kunnen reiken en vanaf welk ogenblik die gevolgen moeilijk nog toelaatbaar kunnen worden geacht.

Marnix van Damme

B. HESSEL (red.), **De knikkers van het spel: facultaire gedachten over materiële rechtvaardigheid**, Utrecht, Lemma, 1993, 372 pp.

Dit vrij lijvige boek bundelt de bijdragen die een aantal juristen en niet-juristen van de Utrechtse juridische Faculteit schreven ten behoeve van een facultaire onderzoeksdag rond het thema «materiële rechtvaardigheid».

Als verantwoording voor dit algemeen thema wordt aangehaald dat er de laatste jaren binnen verschillende juridische deeldisciplines een verschuiving valt waar te nemen van de formele naar de materiële rechtvaardigheid: «naast de aandacht voor de regels van het maatschappelijk spel lijkt de jurist meer aandacht te krijgen voor de knikkers.»

Het eerste van de vier subthema's gaat over de verhouding tussen *formele en materiële rechtvaardigheid* en verdient als verhelderende kennismaking bijzondere aandacht. In de verschillende bijdragen stelt men allereerst vast dat er een trend is bij juristen om formele rechtvaardigheid voorop te stellen, in een gedachtengang die gevat wordt verwoord als volgt: «Als de — al dan niet geautomatiseerde — procedures maar formeel naar behoren zijn verlopen, zal de uitkomst hiervan ook wel materieel rechtvaardig zijn.» Meteen wordt ook gewezen op het gevaar van deze voorliefde van juristen voor vormvoorschriften. Vooral in het straf(proces)recht — en daarmee raakt het eerste subthema een bijzonder actueel thema in België — valt het contrast op tussen juristen en leken in hun denken over recht. De jurist grijpt naar criteria van interne logica, meent dat het strafprocesrecht er vooral is voor de verdachte en dat een behoorlijke procedure borg staat voor de kwaliteit van de rechtsstaat. De leek daarentegen verwacht materiële rechtvaardigheid van het (straf)recht, wil resultaat, namelijk dat de maatschappij beveiligd wordt en geeft weinig om «due process» en «in dubio pro reo». Vandaar het totale onbegrip en de spontane verontwaardiging van het volk over op procedureregels stoelende vrijspraken in zaken als Kirschen, Transnuklear, Ceres (zwarte bloem).... wie meent dat het recht in de eerste plaats een morele inslag heeft en rechtvaardig is, komt bedrogen uit. In de Agusta-zaak zien we opnieuw de jurist schermen met «het recht van verdediging», «de Rechten van de Mens» en de parlementaire onschendbaarheid van de verdachten, terwijl de goegemeente zich met ongeduld afvraagt waarom de vervolging en berechting van de schuldigen nog langer uitblijft.

Het is deze (groeïende) kloof tussen enerzijds juristen en overheid en anderzijds de burger — de veelzeggende titel van het eerste artikel luidt: «Over juristen en gewone mensen» — die naar voren wordt geschoven als het belangrijkste bezwaar tegen de formaliseringstendens. De jurist, gevangen in zijn «formeel-juridische ivoren toren», luistert niet naar wat er leeft in de samenleving, beperkt zich — veiligerwijze — tot het (uitgebreid) creëren van de formele randvoorwaarden, liever dan zich uit te spreken over de inhoudelijke criteria. De burger neemt hem deze werkelijkheidsvreemde aanpak hoe langer hoe meer kwalijk.

Dat juristen zich terugtrekken «op het terrein waarop zij wel bij uitstek deskundig zijn» (nl. procedures) heeft talrijke en uiteenlopende oorzaken, zo blijkt: de informatisering, de nadruk op inter-nationale rechtsbeginselen met artikel 6 E.V.R.M. voorop, de tech-

nische complexiteit van de materies, het feit dat bestuur of medici geen inhoudelijke bemoeienissen wensen op hun terrein en wellicht vooral het ontbreken van een inhoudelijke consensus. Dit laatste wordt uitstekend geïllustreerd in het domein van de ethische vraagstukken van leven en dood, zoals euthanasie en de opzettelijke levensbeëindiging van ernstig gehandicapte baby's. Gezien de onmogelijkheid om een inhoudelijk compromis te bereiken tussen ethici, medici, politici,... «ligt de vlucht in procedurale oplossingen voor de hand» (p. 3).

Zo de verschillende auteurs onder dit eerste subthema al besluiten — terecht, zo lijkt — met een pleidooi voor meer materiële rechtvaardigheid in het recht, dan moet men met Widdershoven (samenfattende inleiding) toch opmerken dat er veel minder duidelijkheid en overeenstemming is over wat materiële rechtvaardigheid dan precies is en wie ervoor moet zorgen (parlement, rechter,...). Widdershoven waarschuwt ten slotte dat materiële rechtvaardigheid niet kan zonder een zekere mate van formele (procedurele) rechtvaardigheid.

Onder het tweede subthema, *algemene beginselen van materiële rechtvaardigheid*, bespreken vier auteurs hoe het begrip rechtvaardigheid kan worden ingevuld op verschillende rechtsgebieden. In een eerste bijdrage wordt nagegaan op welke niveaus de verschillende betekenissen van rechtvaardigheid zich manifesteren in het strafrecht en wijst de auteur op de groeiende instrumentalisering van het strafrecht (en de overschatting van het strafrecht als instrument tot ordening), de discrepanties tussen de «prima facie»-rechtvaardigheid van de strafrechtspleging en de sociale rechtvaardigheid ervan — de sociaal zwakkeren onder de justitiabelen worden meer getroffen door de toepassing van het strafrecht (dat overigens in se wel rechtvaardig is). Na een rechtsfilosofisch hoofdstuk over het Neo-retributivisme en een kritiek erop, behandelen de volgende twee bijdragen — over rechtvaardigheid in het nieuwe erfrecht en over gelijkheid in het belastingrecht — eerder aspecten van de zogenaamde distributieve rechtvaardigheid dan van de retributieve uit het strafrecht.

In het derde deel wordt het thema van de mensenrechten behandeld en meer bepaald *de universaliteit van de grondrechten*.

De door juristen onderschatte sterke verbondenheid tussen mensenrechten en cultuur, ontwikkelingen op het terrein van de rechten van de mens, de precieze inhoud van het Europese Unieburger-schap na Maastricht en een onderzoek naar «de universaliteit» van de Nederlandse grondrechten komen aan bod in dit derde deel van het boek.

In het laatste (omvangrijk) deel werden een aantal bijdragen gegroepeerd rond de beginselen *vrijheid, gelijkheid en solidariteit*, in het bijzonder in het economisch publiekrecht — de «Utrechtse» benadering — en het sociaal recht. De onderwerpen kunnen als volgt kort worden samengevat: materiële rechtvaardigheid in het economisch publiekrecht, met bijzondere aandacht voor de doelnormen uit de economische regulering; de betekenis van vrijheid, gelijkheid en solidariteit in de ontwikkeling van het sociaal zekerheidsrecht tijdens de laatste vijftig jaar, met het Beveridge report als vertrekpunt voor de analyse; het vrijheids- en gelijkheidsconcept in de (oplossing van) het emancipatievraagstuk; «zorgen over rechtvaardigheid»: zorgethiek en rechtvaardigheidsethiek in hun relatie tot het recht; de gelijke behandeling van mannen en vrouwen: van formele en materiële gelijkheidsbeginselen naar compensatierecht en permanente strijd om verandering van machtsverhouding tussen mannen en vrouwen; de gelijke behandeling van alleenstaanden tegenover gehuwden of samenwonenden.

Redacteur professor Hessel, die naast de algemene inleiding ook de samenvatting van het vierde deel voor zijn rekening neemt, besluit het boek met «een poging tot onderlinge afstemming». In zijn inleiding schrijft hij: «Niet zelden bestaat de samenhang tussen de diverse bijdragen in bundels als deze slechts uit lijm en kaff», en hij licht meteen toe op welke manier de saamhorigheid en onderlinge afstemming in deze bundel werden bevorderd. De resultaten hiervan zijn voelbaar en vergemakkelijken ongetwijfeld de lezing van deze bundel. Vooral de interessante synthetische inleidingen dragen daar zeker toe bij. Niettemin ontging mij van enkele bijdragen hun samenhang en precieze relevantie onder het betrokken (sub)thema; misschien ware ook een korte situering van de verscheidene auteurs op zijn plaats geweest. Dat neemt niet weg dat professor Hessel, vanuit zijn eigen rijke achtergrond en uitgebreide vakkennis en ervaring, er wel degelijk in slaagt een samenhang bloot

te leggen in deze bonte verzameling van bijdragen zonder «tussen de bomen van het bos van het onderzoek te verdwijnen».

Stan Brijs

AANGEKONDIGD

R.W. HOLZHAUER, *Ontoelaatbare reclame*, Zwolle, Tjeenk Willink, 240 p., 62,50 fl.

Ph. GAUTIER, *Essai sur la définition des traités entre Etats*, Brussel, Bruylant, 620 p., 4.400 fr.

L. WICHERS HOETH, *Kort begrip van het intellectuele eigendomsrecht* (7e druk), Zwolle, Tjeenk Willink, 372 p., 69 fl.

Verbintenissenrecht – Deel III – De verbintenis uit de wet (Asser serie, 9e druk), Zwolle, Tjeenk Willink, 370 p., 89,50 fl.

J. MELLAERTS, J. ROODHOOF en L. WYNANT (red.), *Recente evoluties in het burgerlijk recht*, Deurne, Kluwer, 126 p., 1.752 fr.

P. VAN ORSHOVEN, *Fisclex 1993 - Regionale en provinciale belastingen*, Brussel, Story-Scientia, 638 p., 2.350 fr.

Ph. COLLE, *Bijzonder geregelende verzekeringcontracten*, Antwerpen/Apeldoorn, Maklu, 260 p., 1.650 fr.

Het Adelsrecht en de Raad van Adel, Brussel, Larcier, 274 p., 2.400 fr.

F.C.M.A. MICHIELS, *De wet milieubeheer* (tweede druk), Zwolle, Tjeenk Willink, 340 p., 52,50 fl.

Th. AFSCHRIFT, *L'évitement licite de l'impôt et la réalité juridique*, Brussel, Larcier, 376 p., 2.950 fr.

J. COUTURIER en B. PEETERS, *Het Belgisch belastingrecht* (tweede druk), Antwerpen / Apeldoorn, Maklu, 696 p., 3.250 fr.

S. STJNS, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, Antwerpen / Apeldoorn, Maklu, 706 p., 4.950 fr.

C. BERX, *De ruime grondwetgevende bevoegdheid van deelstaten: een rechtsvergelijkende studie*, Antwerpen / Apeldoorn, Maklu, 208 p., 1.250 fr.

J. ERAUW, *Bronnen van Internationaal Privaatrecht. Actualisering tot 1 januari 1994*, Antwerpen / Apeldoorn, 130 p., 495 fr.

Th.L.J. BOD, *De wettelijke regeling van pensioenverevening bij scheiding*, Zwolle, Tjeenk Willink, 50 p., 20 fl.

J. DUJARDIN, St. GILCART, J. VANDE LANOTTE, H. VUYE en P. WERY, *Gecoördineerde Grondwet van 17 februari 1994*, Brugge, Die Keure, 128 p., 350 fr.

MEDEDELINGEN

Studienamiddag «Bijzondere topics uit het vennootschapsrecht»

De IPO Management School (UFSIA) organiseert op donderdag 5 mei 1994 in het Aula-gebouw van de U.I.A. te Wilrijk een studienamiddag (14u00 - 17u30) met als thema: «Bijzondere topics uit het vennootschapsrecht». Sprekers zijn prof. H. Braeckmans (U.I.A.) en de heer Ph. Ernst (U.I.A.).

Inlichtingen: IPO Management School, mevr. K. Mercelis, Kipdorp 19, 2000 Antwerpen (tel. 03/220.49.89).

Studienamiddag «Contracten m.b.t. de herstructurering en overdracht van ondernemingen»

De IPO Management School (UFSIA) organiseert op donderdag 19 mei 1994 in het Aula-gebouw van de U.I.A. te Wilrijk een studienamiddag (14u00 - 17u30) met als thema: «Contracten m.b.t. de herstructurering en overdracht van ondernemingen». Spreker is mr. J.P. Blumberg.

Inlichtingen: IPO Management School, mevr. K. Mercelis, Kipdorp 19, 2000 Antwerpen (tel. 03/220.49.89).

Colloquium «De toegang voor de consumenten tot het recht en het gerecht»

De Faculteit Rechten van de U.C.L. organiseert op donderdag 19 mei 1994 in het Thomas Morus College (Auditorium Montesquieu), Place Montesquieu 2 te Louvain-la-Neuve een colloquium met als thema »De toegang voor de consumenten tot het recht en het gerecht».

Programma:

09u00 Onthaal

09u15 Opening van het colloquium door prof. N. Verheyden-Jeanmart (decaan van de Rechtsfaculteit, U.C.L.) en de heer B. Van Doninck (Diensten voor Programmatie van het Wetenschapsbeleid)

09u30 De toegankelijkheid van de diensten verbonden met de gerechtelijke administratie en de deelname van de consumenten: voorstelling van de doelstellingen van de door het Centre de droit de la consommation voor de Dienst Programmatie van het Wetenschapsbeleid uitgevoerde studies door prof. Th. Bourgoignie (U.C.L.)

Voormiddag «De juridische informatie en consultatie»

10u00 De specifieke kenmerken van de juridische hulp aan de consument door mr. J. Laffineur

10u45 Geprivilegieerde interventies door mr. Y. Hannequart, mr. J. Hamaide, mr. M. Van Doosselaere en de heren M. Bourdoux, J.M. Jacquemin en L. Verschingel

11u00 Debat

Namiddag: «De gerechtelijke en buitengerechtelijke wijzen van geschillenbeslechting»

14u15 – De buitengerechtelijke wijzen van beslechting van consumentengeschillen in België: alternatief of aanvulling? door mevr. F. Domont-Naert (U.C.L.)

– Kritische evaluatie van de systemen van buitengerechtelijke geschillenbeslechting in Europa door mevr. W. Jacobs (Universiteit Utrecht)

– De hervorming van de procedure: een eerste balans inzake de toegang tot de rechter door prof. J. Laenens (U.I.A.)

15u45 Debat

16u45 Einduitenzettingen door de heer M. Gasparinetti (Administrateur, Dienst Consumentenbeleid Europese Commissie) en de heer Ch. Panier (Voorzitter Rechtbank van Eerste Aanleg te Namen)

Inlichtingen: Centre de droit de la consommation, mevrouw M. Gerard, Place des Doyens 1, 1348 Louvain-la-Neuve (tel. 010/47.85.31; fax: 010/47.85.32).

Studiedag «Hoe vertrouwelijk is telefoon of telefax?»

Op woensdag 8 juni 1994 organiseert het Interdisciplinair Centrum voor Recht en Informatica (ICRI) van de K.U.L. in het auditorium Zeger Van Hee, Tiensestraat 41 te Leuven een studiedag met als thema «Hoe vertrouwelijk is telefoon of telefax? Juridische en technische aspecten van telecommunicatie-beveiliging».

Programma:

09u00 Ontvangst en inleiding door prof. J. Dumortier (K.U.L.)

09u30 Afluisteren en aftappen: is er een probleem? door prof. R. Govaerts (K.U.L.)

10u00 Inleiding in de cryptografie als beveiliging tegen af luisterpraktijken door prof. J. Vandewalle (K.U.L.)

11u00 Juridische beteugeling van af luisteren en onderscheppen van telecommunicatieberichten door de heer L. Arnou (K.U.L.)

11u45 Juridische beperkingen bij het gebruik van cryptografische technieken door prof. J. Dumortier (K.U.L.)

14u30 Hoe kan men zichzelf beveiligen tegen af luisteren en onderscheppen van telecommunicatieberichten? door de heer P. Waltrop

15u15 Paneldiscussie

16u00 Einde

Inlichtingen: ICRI, mevr. N. Verbiest, Tiensestraat 41, 3000 Leuven (tel. 016/28.52.73; fax 016/28.54.38)